



# Arbeitsrechtliche Entscheidungen

## **Aufsätze/Beiträge**

*Dr. Alexander Lentz*

Bericht über die 76. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht am 14./15.9.1918 in Bonn

*Dr. Oliver Vollstädt/Dr. Lukas Middel*

Workshopbericht 1: Datenschutzgrundverordnung und IT-Betriebsvereinbarungen

*Axel J. Klasen*

Workshopbericht 2: Best Ager – oder doch die Alten: Zum Arbeitsrecht für rentennahe und Arbeitnehmer jenseits des Regelrentenalters

*Axel Gröger*

Workshopbericht 3: Das Direktionsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

*Thomas Ubber/David Schäfer*

Workshopbericht 4: Rechtliche Vorbereitung, Rechtskontrolle von Arbeitskämpfen und ihre Folgen

Nachtrag von der Frühjahrstagung in Hamburg

## **Entscheidungen**

Allgemeines Vertragsrecht

Bestandsschutz

Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht

Tarifrecht

Prozessuales

Sonstiges

Streitwert und Gebühren

## **Aktuelle Diskussion**

Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler – Zwei Meinungen?

Brückenteilzeit: *Regina Bell* und *Dr. Christian Arnold*

*Dr. Martin Riemer*

Abfindungsvergleiche nicht ohne Steuerberater abschließen

## **Rezensionen**

**Herausgeber:**  
**RA Dr. Hans-Georg Meier**



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft  
Arbeitsrecht



DeutscherAnwaltVerlag

## **Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,**

dies ist mein Abschieds-Editorial als Chefredakteur. Das nenne ich so ganz ohne Wehmut, stattdessen mit Dankbarkeit und Freude. Mit Dankbarkeit, weil Sie alle es mir ermöglicht haben, dieses von mir initiierte Zeitschriftenprojekt, wie ich mit ein wenig Stolz vermerken darf, zu entwickeln, zu führen und zu gestalten, und mit Freude, weil es über mein Wirken hinaus weiterbesteht. Deutlich mehr als 25 Jahre habe ich daran gearbeitet, viele Jahre allein, jetzt aber auch schon viele Jahre mit der Unterstützung von Dr. Nathalie Oberthür und Regina Steiner, den verdienstvollen früheren Mit-Redakteur Roland Gross nicht zu vergessen. Nun ist Dr. Alexander Lentz aus Hamburg hinzugekommen, der tatkräftig an der Neu-Konzeption der AE mitwirkt. Diese Neukonzeption ist das Ergebnis einer langen Diskussion und einer (sich über den Nutzen der AE sehr positiv äussernden) Mitgliederbefragung. Vieles wurde diskutiert, verworfen, verändert. Kosten und verfügbare (ehrenamtliche) Arbeitskraft waren zu berücksichtigen. Auch das Ergebnis beschlossener Veränderungen bedarf weiterhin Ihrer positiv – kritischen Begleitung, derer ich mir aus den Erfahrungen der Vergangenheit sicher bin.

Nun bleibt mir noch, Sie besonders auf die Entscheidung Nr. 117 hinzuweisen, die das zur Zeit aktuelle Thema der Loyalitätspflicht im diakonisch/caritativen Arbeitsverhältnis erörtert; Nr. 114 setzt sich mit der Konkretisierungspflicht bei Rechtfertigungssachverhalten auseinander und Nr. 130 ist dienlich, wenn Sie mal kleinlich sein wollen.

An dieser Stelle also letztmalig gebe ich meiner Hoffnung Ausdruck, dass diese und die folgenden AE Ihnen nutzen mögen.

Berlin, im Dezember 2018

Ihr Dr. Hans-Georg Meier

Rechtsanwalt



# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Aufsätze/Beiträge</b>	114
<i>Dr. Alexander Lentz</i> : Bericht über die 76. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht am 14./15.9.2018 in Bonn	114
• Workshopbericht 1 von <i>Dr. Oliver Vollstädt/Dr. Lukas Middel</i> , Datenschutzgrundverordnung und IT-Betriebsvereinbarungen	115
• Workshopbericht 2 von <i>Axel J. Klasen</i> , Best Ager – oder doch die Alten: Zum Arbeitsrecht für rentennahe und Arbeitnehmer jenseits des Regelrentenalters	116
• Workshopbericht 3 von <i>Axel Gröger</i> , Das Direktionsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	120
• Workshopbericht 4 von <i>Thomas Ubber/David Schäfer</i> , Rechtliche Vorbereitung, Rechtskontrolle von Arbeitskämpfen und ihre Folgen	121
Nachtrag von der Frühjahrstagung in Hamburg	123
• Workshop 3: Betriebsratswahlen 2018 – Fallstricke kennen und vermeiden	123
• Hauptvortrag: Die Entwicklung des Betriebsbegriffs – von der „Fabrikhalle zur Matrixeinheit“	124
<b>Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen</b>	125
<b>Entscheidungen</b>	126
<b>Aktuelle Diskussion</b>	137
<b>Neues AE-Format: Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler – Zwei Meinungen?</b>	137
Ein Thema: Brückenteilzeit	
Zwei Arbeitsrechtler: Regina Bell und Dr. Christian Arnold	138
<i>Dr. Martin Riemer</i> : Abfindungsvergleiche nicht ohne Steuerberater abschließen	142
<b>Rezensionen</b>	143
Christian Kühn: GmbH-Geschäftsführer	143
Holthausen/Kurschat: Vertragsgestaltung für Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte	143
Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier: International and European Labour Law	144
Impressum	145

## Liste der AE-Einsender

AE kann ihr Informationsziel nur erreichen, wenn möglichst viele Entscheidungen aus der Mitgliedschaft der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV kommen. Wir nennen daher hier regelmäßig mit Dank und Lob diejenigen, die sich um die AE besonders verdient gemacht haben.

### Einsender mit mehr als 40 Entscheidungen

Bauer	Bertram	Ansbach	Koch, Dr.	Friedemann	Berlin
Berrisch	Hansjörg	Gießen	Mansholt	Werner	Darmstadt
Brötzmann, Dr.	Ulrich	Mainz	Müller	Steffen	Iserlohn
Graumann	Ingo	Iserlohn	Pauly, Dr.	Stephan	Bonn
Gross	Roland	Leipzig	Puhr-Westerheide	Christian	Duisburg
Gussen, Prof. Dr.	Heinz	Rheda-Wiedenbrück	Schrader, Dr.	Peter	Hannover
Höser, Dr.	Jürgen	Frechen	Weberling, Prof. Dr.	Johannes	Berlin

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Banse, Dr.	Thomas	Düren	Neef, Prof. Dr.	Klaus	Hannover
Faecks	Friedhelm	Marburg	Peter	Michael	Bad Honnef
Franzen	Klaus-Dieter	Bremen	Rütte	Klemens	Hamm
Heinemann	Bernd	Sankt Augustin	Schaefer	Rolf	Hannover
Hilligus	Kurt-Jörg	Neustadt i. Holst.	Schmitt	Jürgen	Stuttgart
Kelber, Dr.	Markus	Berlin	Seidemann, Dr.	Gisbert	Berlin
Krügermeyer-Kalthoff	Rolf	Köln	Tschöpe, Dr.	Ulrich	Gütersloh
Link	Jochen	Villingen	Zahn	Thomas	Berlin
Lodzick	Michael	Darmstadt	Zeißig, Dr.	Rolf	Berlin
Müller-Knapp	Klaus	Hamburg			

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer	Dietmar	Wieh	Keller	Thomas	München
Behrens	Walter	Hamburg	Kistner	Heinz	Hannover
Chaudry	Ijaz	Frankfurt/M.	Krutzki	Gottfried	Frankfurt a.M.
Clausen	Dirk	Nürnberg	Lampe, Dr.	Christian	Berlin
Clemenz Dr.	Susanne	Gütersloh	Matyssek	Rüdiger	Ratingen
Cornelius	Astrid	Darmstadt	Müller-Wiechards	Wolfram	Lübeck
Dribusch	Bernhard	Detmold	Pouyadou, Dr.	Richard M.	Augsburg
Geus	Franz	Schweinfurth	Schäder Dr.	Gerhard	München
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schmalenberg, Dr.	Werner	Bremen
Gosda	Ralf	Ahlen	Schneider-Bodien	Marcus	Düsseldorf
Gravenhorst, Dr.	Wulf	Düsseldorf	Schramm	Joachim	Lübecke
Greinert	Jaqueline	Kassel	Schulz, Dr.	Georg R.	München
Hertwig, Dr.	Volker	Bremen	Sparla	Franz	Aachen
Hesse, Dr.	Walter	Berlin	Straub, Dr.	Dieter	München
Hjort	Jens	Hamburg	Thiele	Volker	Düren
Jung	Nikolaus	Oberursel	Weber	Axel	Frankfurt/M.

### Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Becker, Dr.	Gunnar	Berlin	Kunzmann, Dr.	Walter	Euskirchen
Beckmann	Paul-Werner	Herford	Matissek	Reinhard	Kaiserslautern
Böse	Rainer	Essen	Pfeiffer	Gerd	Hagen
Brammertz, Dr.	Dieter	Aachen	Preßer	Wolfgang	Neunkirchen
Crämer	Eckart	Dortmund	Pütter, Dr.	Albrecht	Flensburg
Daniels	Wolfgang	Berlin	Richter	Klaus	Bremen
Eckert, Dr.	Helmut	Offenbach	Richter, Dr.	Hanns-Uwe	Heidelberg
Fischer	Ulrich	Frankfurt/Main	Rierner, Dr.	Martin	Brühl
Fromlowitz	Horst	Essen	Schäfer	Dieter	Essen
Gehrmann	Dietrich	Aachen	Schipp, Dr.	Johannes	Gütersloh
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schönfeld	Julia	Bremen
Grimm, Dr.	Detlev	Köln	Striegel	Bernhard	Kassel
Heimann	Marko	Cham	Struckhoff	Michael H.	München
Herbert, Dr.	Ulrich	Coburg	Sturm	Joachim	Bottrop
Howald, Dr.	Bert	Stuttgart	Theissen-Graf Schwe-		
Karle	Gerd	Balingen	initz	Ingo	Hagen
Kern	Jan H.	Hamburg	Thieme	Hans	Frankfurt/M.
Keunecke	Carsten	Frechen	Thon	Horst	Offenbach
Kistner	Uwe	Eisenberg	Vrana-Zentgraf	Silke	Darmstadt
Krafft	Alexander	Öhringen	Wolf	Dr. Thomas	Büdingen
Kroll	Matthias W.	Hamburg	Zerfowski	Michael	Karlsruhe
Kühn	Stefan	Karlsruhe	Zirnbauer	Ulrich	Nürnberg

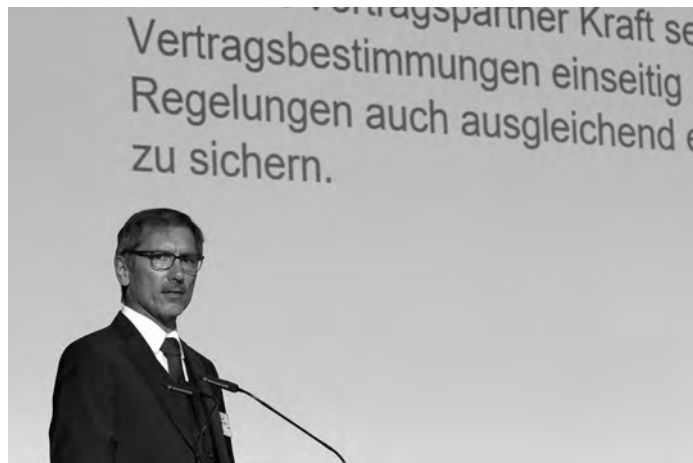
## Bericht über die 76. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht am 14./15.9.2018 in Bonn

Dr. Alexander Lentz, Hamburg<sup>1</sup>

Zur diesjährigen Herbsttagung hatte die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht ihre Mitglieder ins traditionsreiche Bonn eingeladen, immerhin Geburtsort des Grundgesetzes und zahlreicher weiterer arbeitsrechtlicher Gesetzesklassiker wie des KSchG oder des BetrVG 1972. Auch das am Rheinufer gelegene Tagungshotel, das Kameha Grand Hotel, schien passgenau für die Arbeitsrechtsfamilie ausgewählt worden zu sein. Warb es doch bereits auf seiner Website im Vorfeld damit, genau der richtige Ort für Menschen zu sein, die eine „Leidenschaft für das Außergewöhnliche“ teilen.



Bei so viel Tradition lag es nahe, auch die Vorträge mit einem arbeitsrechtlichen „Klassiker“ zu beginnen. **„Ausgewählte arbeits- und sozialrechtliche Fragen bei Abschluss des Aufhebungsvertrages“** lautete das Thema von Dr. Peter Meyer (Foto) aus Berlin. Mit großer Sorgfalt vorbereitet enthielt der Vortrag insbesondere auch eine umfassende Aufarbeitung der Rechtsprechung zu den angrenzenden Randbereichen aus dem Steuer- und Sozialversicherungsrecht. Diese war zum Teil so aktuell, dass die vorab zur Verfügung gestellten Folien – wie im Fall des Urteils des BSG – B 11 AL 16/17 R vom 30.8.2018 – im Rahmen des Vortrags noch ein „Update“ erhielten. Ergänzt um verschiedene Klauselvorschläge bot der Vortrag so auch dem erfahrenen Praktiker die Gelegenheit, das eigene Muster an der einen oder anderen Stelle nochmals kritisch zu hinterfragen. Notwendige Beraterhinweise für den Mandanten, bspw. zur ggf. dann doch nicht „allumfassenden Abgeltungsklausel“ im Anschluss an die Entscheidung des OLG München vom 18.4.2018 (– 7 U 3130/17), rundeten diesen rundum gelungenen Vortrag ab.



„**Neue Entwicklungen im Arbeitsrecht**“ wurden sodann von Jürgen Markowski (Foto) aus Nürnberg präsentiert. Dass dazu immer mehr auch Spannungen im arbeitsrechtlichen Mehrebenensystem gehören, wurde bereits mit der ersten dort referierten Entscheidung deutlich, dem Beschluss des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 6.6.2018 zu § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.

Ein mindestens ebenso großes Konfliktpotential für voneinander abweichende Entscheidungen von Bundesarbeitsgericht, Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof bietet aufgrund seines verfassungsrechtlichen Schwerpunkts das Thema „Arbeitsrecht und Kirche“. Es fand mit den beiden jüngst ergangenen Leitentscheidungen des EuGH („Egenberger“ und „Wiederverheirateter Chefarzt“) ebenfalls Berücksichtigung. Wie in den Vorjahren war dieses Format allerdings in erster Linie dazu bestimmt, in knapp 45 Minuten den Kollegen möglichst die Entscheidungen zu präsentieren, die sie für ihre tägliche Praxis gewinnbringend einsetzen können. Bei der Auswahl zum Individual- und Kollektivarbeitsrecht sowie zur Leiharbeit hatte sich der Referent zudem die Mühe gemacht, vereinzelt auch LAG Entscheidungen zu präsentieren, deren Revision zum Teil noch anhängig ist. Hierzu zählte beispielsweise die Entscheidung des LAG Düsseldorf zur möglichen Rechtsscheinwirkung einer Betriebsvereinbarung (– 10 TaBV 64/17 vom 27.4.2018). Somit gab es sicher kaum einen Teilnehmer, der trotz regelmäßiger Fachzeitschriftenlektüre nicht doch das eine oder andere Neue mitnehmen konnte.

<sup>1</sup> [www.labourlawlentz.de](http://www.labourlawlentz.de).



**„Die Provision – eine arbeitsrechtliche Herausforderung“** lautete der Titel des sich anschließenden Vortrags von *Dr. Marcus Michels* (Foto) aus Köln. Als ob dies nicht bereits Herausforderung genug wäre, war ihm zudem das stets gefürchtete „Suppenkoma“-Zeitfenster im Anschluss an die Mittagspause zugewiesen worden. Ausgestattet mit einer mehr als 60 slides umfassenden Power Point Präsentation war er jedoch hervorragend vorbereitet, um am Ende beide Herausforderungen mit Bravour zu meistern. Allen Teilnehmern stellte er damit zudem dankenswerterweise ein Referenzdokument zur Verfügung, das auch später einen schnellen Einstieg in nahezu alle Fragestellungen rund um die Provision ermöglicht. In der sich an den Vortrag anschließenden Fachdiskussion stellte sich *Dr. Michels* zahlreichen Fragen der Kollegen, bspw. zur Handhabung von Gebietsveränderungen, der Auswirkung von Vertretungssituationen oder zu dem maßgeblichen Referenzzeitraum bei Krankheit. *Dr. Michels* machte dabei deutlich, dass bei einzelnen der Fragestellungen arbeitgeberseitig durchaus erhebliche Gestaltungspielräume bestehen bzw. bei ansonsten gleichem Sachverhalt die jeweils anzutreffende vertragliche Ausgestaltung zu höchst unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.

Im Anschluss verteilten sich die Tagungsteilnehmer sodann auf die vier Workshops über die im Folgenden die Referenten berichten.

### **Workshopbericht 1: Datenschutzgrundverordnung und IT-Betriebsvereinbarungen – Rechtliche Anforderungen und Gestaltungsmöglichkeiten**

Referenten: Dr. Oliver Vollstädt, Düsseldorf<sup>1</sup> und Dr. Lukas Middel, Berlin (Foto, rechts)<sup>2</sup>

Im Rahmen der Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht stand natürlich auch das derzeit brandaktuelle Thema des Beschäftigtendatenschutzes zur Diskussion. Im Forum diskutierten rund 130 TeilnehmerInnen und Teilnehmer die Auswirkungen der DSGVO auf künftige und bestehende Betriebsvereinbarungen.

Die seit dem 25.5.2018 geltende Verordnung (EU) 2016/679 – gemeinhin als DSGVO bezeichnet – wird durch das neue nationale Datenschutzrecht im BDSG – geändert durch das DSAnpUG-EU – flankiert. Die DSGVO ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat (Art. 288 Abs. 2 AUEV). Gleichwohl enthält die DSGVO zahlreiche sektorspezifische Öffnungsklauseln, weshalb sich bereits der Terminus einer „Richtlinie im Verordnungsgewand“ zu etablieren scheint. Die Öffnungsklausel im Beschäftigungskontext ist dem Umstand geschuldet, dass entgegen präziser Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments (im Jahre 2014) keine nennenswerten materiell-rechtlichen Regelungen in diesem Bereich vorgesehen sind.

Daraus resultieren zahlreiche offene Fragen, die mitunter große praktische Auswirkungen entfalten können. Im Zentrum des Workshops stand die Frage, welchen rechtlichen Rahmen die DSGVO für Betriebsvereinbarungen bereitstellt? Sind die Betriebsparteien gänzlich frei, wenn sie spezifische – also dem Arbeitsrecht eigentümliche – Regelungen in Form von Betriebsvereinbarungen verhandeln. Sind sie an Mindestanforderungen der DSGVO gebunden und falls ja, was zeichnet derartige Mindestanforderungen aus? Welche konkreten Vorgaben adressiert die Verordnung etwa in Art. 88 Abs. 2 DSGVO, wenn sie angemessene aber eben auch besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde verlangt. Die unterschiedlichen Positionen hierzu wurden mit prägnanten Thesen gegenübergestellt, wobei die dem Arbeitsrecht sonst übliche Lagerbildung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretung nur eine untergeordnete Rolle spielte. Die Bewältigung der neuen Anforderungen der DSGVO und das Abstecken der betrieblichen Gestaltungsspielräume stehen (noch) im Vordergrund.



Die Referenten stellten auch das Schicksal der in der Praxis so üblichen Standardklauseln etwa zum generellen Verbot von Leistungs- und Verhaltenskontrollen oder Beweisverwertungsverboten auf den Prüfstand. Denn derartige Klauseln erhöhen ggf. das allgemeine Datenschutzniveau und könnten je nach Lesart dem Gebot der Vollharmonisierung widerspre-

<sup>1</sup> [www.kliemt.de](http://www.kliemt.de).

<sup>2</sup> [www.dka-kanzlei.de](http://www.dka-kanzlei.de).

chen, es sein denn, sie stellten die gerade geforderten besonderen Schutzmechanismen dar, die Art. 88 Abs. 2 DSGVO adressiert. Da diese Fragestellungen die betriebliche Praxis stark betreffen und beschäftigen wäre eine schnelle gesetzgeberische Präzisierung durch spezifische nationale Regelungen durchaus wünschenswert; sie zeichnet sich indes nicht ab. Diese Ungewissheit bietet aber auch eine Chance für die Betriebsparteien wirklich sektorspezifische, wenn nicht gar branchenspezifische Fallgestaltungen herauszuarbeiten und maßgeschneiderte Lösungen zu eruiieren.

Den Referenten fiel es nicht leicht, die zahlreichen anderen Fragenstellungen auszuklammern, etwa die Fragen nach dem Schicksal der arbeitsrechtlichen Einwilligung, der eigenen Verantwortlichkeit des Betriebsrats und dem generellen Zusammenspiel von BetrVG und DS-GVO (respektive BDSG). Derartige Fragestellungen müssen an anderer Stelle weiterverfolgt werden. Der Fokus auf die Betriebsvereinbarung als einer der zentralen datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm sollte sich indes als richtig herausstellen, denn allein für diesen Themenkomplex erwies sich das angesetzte Zeitfenster als sportlich. Die rege Beteiligung aus dem Plenum verdeutlichte die Aktualität und Tragweite dieses Themas. Eine auch aus Sicht der Referenten runde Veranstaltung.

**Workshopbericht 2:  
Best Ager – oder doch die Alten  
Zum Arbeitsrecht für rentennahe und  
Arbeitnehmer jenseits des Regelrentenalters**

Verfasst von dem Referenten: *Axel J. Klasen, Stuttgart*<sup>1</sup> (Foto)  
Das Lebensalter als rechtlich relevantes Kriterium spielt über die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG hinaus eine immer gewichtigere Rolle im Arbeitsrecht. Besonders gilt dies im Zusammenhang mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen und neuerdings auch zunehmend für die Möglichkeiten, ein Arbeitsverhältnis über die individuelle Regelaltersgrenze hinaus fortzuführen. Der Schwerpunkt des Workshops lag orientiert an der Besprechung des BAG auf diesen beiden Themenkomplexen. Am Ende schlossen sich noch Betrachtungen zum Alter innerhalb der betrieblichen Altersversorgung sowie im Sozialplanrecht an.



**I. Beendigung von Arbeitsverhältnissen und Rentenbezug**

Nach jahrzehntelanger, gängiger Praxis enden Arbeitsverhältnisse häufig durch Erreichen eines vereinbarten Alters. **Vielfach sind solche Altersgrenzen zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses im Arbeitsvertrag vereinbart, wobei die AGB-Vorschriften zu beachten sind, wenn es sich, wie meist, um Formularwerke handelt.** Die zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen führende Altersgrenze kann sich aber auch wie bei Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder im kirchlichen Bereich aus Kollektivvereinbarungen des 3. Weges ergeben. Es entspricht seit 2002 ständiger Rechtsprechung des BAG, dass es sich bei diesen Altersgrenzen um Befristungen im Rechtssinne handelt; **seine frühere Rechtsprechung, in der das BAG das Vorliegen einer auflösenden Bedingung angenommen hatte, hat es aufgegeben.** Deshalb muss ein Sachgrund zur Rechtfertigung dieser Befristung vorliegen. Schon lange vor Geltung des TzBfG hat das BAG entschieden, dass der Anspruch auf Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung i.d.R. eine ausreichende Alterssicherung gewährleistet und daher einen ausreichenden Sachgrund für die Altersbegrenzung eines Arbeitsverhältnisses

<sup>1</sup> [www.heussen-law.de](http://www.heussen-law.de).

ses darstellt. Andernfalls werde zu sehr in den Bestandsschutz des KSchG eingegriffen, der die wirtschaftliche Grundlage für das Bestreiten des Lebensunterhaltes sichern soll. In Anbetracht der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG sei der Verlust der Arbeitsvergütung zum Bestreiten des Lebensunterhaltes verfassungsrechtlich nur zu rechtfertigen, wenn der dauerhafte Bezug von Leistungen aus einer Altersversorgung an die Stelle der Vergütung tritt. Diese Anbindung an eine rentenrechtliche Versorgung ist Bestandteil des Sachgrunds bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis durch Erreichen einer Altersgrenze. Und weil befristungsrechtlich der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für das Vorliegen eines Sachgrundes entscheidend ist, kommt es nicht auf die Höhe des Rentenanspruches an. Der Arbeitnehmer, so das BAG, muss seine Lebensplanung auf die zu erwartenden Versorgungsbezüge einrichten. Aus dem europäischen Recht ergibt sich nach der Rechtsprechung des EuGH im Ergebnis nichts anderes.

Maßgeblich ist stets das Vorliegen von Versorgungsansprüchen aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Den gleichen Zweck erfüllt eine Regelaltersrente aus einem berufsständischen Versorgungswerk i.S.v. § 6 Abs. 1 SGB VI, da dies aus Sicht des Gesetzgebers der gesetzlichen Rente gleich steht. Hingegen können Ansprüche aus einer betrieblichen Altersversorgung die für die sachliche Rechtfertigung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Altersgrenze maßgebliche Absicherung der Arbeitnehmer nicht ersetzen. Erst recht sind sonstige Zahlungen des Arbeitgebers, die als Ausgleich für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlt werden, nicht zur sachlichen Rechtfertigung der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses geeignet.

Zwar bewirkt die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Erreichen des Renteneintrittsalters eine unmittelbare altersbedingte Ungleichbehandlung bei den Entlassungsbedingungen (§§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 1 S. 1, 1 AGG), doch ist diese nach § 10 S. 3 Nr. 5 Hs. 1 AGG typisierend betrachtet gerechtfertigt. Derartige Altersgrenzen sollen zumindest auch eine bessere Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen bewirken und den Zugang Jüngerer zur Beschäftigung fördern; hierin liegt ein legitimes Ziel i.S.v. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG (Gleichbehandlung im Beruf). Zum Erreichen dieses Ziels ist die Altersbefristung auch erforderlich und angemessen, wenn eine Altersrente als Einkommensersatz verfügbar ist; im Übrigen ist kein Arbeitnehmer daran gehindert, nach Erreichen des Regelrentenalters berufstätig zu sein.

Bei besonderen Berufsgruppen wie etwa Piloten, Flugingenieuren oder Kabinenpersonal kann eine spezielle Rechtfertigung nach § 8 AGG gegeben sein.

Soweit solche Altersgrenzen arbeitsvertraglich vereinbart werden, ist in formeller Hinsicht das – strenge – Schriftformerfordernis des § 14 IV TzBfG einzuhalten.

Kann man damit Altersbefristung auf das Regelrentenalter als gefestigt betrachten, ist fraglich, ob auch Altersbefristungen

unterhalb dieser Grenze zulässig sind. In einer älteren Entscheidung war das BAG der Ansicht, dass die Erwägungen zur Rechtfertigung der (vormaligen Regel)Altersgrenze 65 auch auf eine vereinbarte Altersgrenze 63 zutreffen, sofern der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt durch den Bezug einer gesetzlichen Altersrente wirtschaftlich abgesichert ist. Demgegenüber hat es jüngst ausdrücklich offen gelassen, ob Altersgrenzen unterhalb der Regelaltersgrenze ohne Hinzutreten besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt sein können. Jedenfalls komme eine Beendigung aufgrund Altersgrenzenregelung nicht ohne die Möglichkeit des Bezugs einer gesetzlichen Altersrente in Betracht. In der Praxis ergeben sich insoweit ohnehin durch § 41 S. 2 SGB VI Grenzen; danach gilt eine Vereinbarung, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der Arbeitnehmer vor Erreichen der Regelaltersgrenze eine Altersrente beantragen kann, dem Arbeitnehmer gegenüber als auf das Erreichen der Regelaltersgrenze abgeschlossen, sofern die Vereinbarung nicht innerhalb der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen oder von dem Arbeitnehmer innerhalb der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt bestätigt worden ist. Sinn dieser Schutzvorschrift ist es, die Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmer zu sichern, ob sie Altersruhegeld beziehen wollen oder es vorziehen, weiter zu arbeiten. Arbeitnehmer sollen über die Gültigkeit einer vereinbarten Altersgrenze erst in einem Lebensabschnitt befinden können, in welchem sie die Auswirkungen richtig beurteilen können.

## II. Aufhebungsverträge

Wird die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Erreichen eines bestimmten Alters mit zeitlich größerem Abstand vereinbart, kann fraglich sein, ob es sich nicht um eine Befristung, sondern um einen Aufhebungsvertrag handelt. Zur Abgrenzung der Befristung vom Aufhebungsvertrag hat das BAG jüngst weitere Orientierungshilfe gegeben: Danach liegt kein Aufhebungsvertrag vor, wenn der gewählte Beendigungszeitpunkt die jeweilige Kündigungsfrist um ein Vielfaches überschreitet und es auch sonst an weiteren Vereinbarungen fehlt, wie sie regelmäßig in Aufhebungsverträgen getroffen werden, z.B. Freistellungen, Urlaubsregelungen, ggf. Abfindungen u.Ä.

## III. Kündigungsschutz

Im Anwendungsbereich des KSchG ist weder das Alter als solches und/oder das Erreichen des Regelrentenalters noch der Anspruch auf Rente für sich genommen ein Kündigungsgrund, wie aus § 41 S. 1 SGB VI folgt. Altersbedingte verminderte Leistungsfähigkeit und/oder erhöhte Krankheitsanfälligkeit sind als personenbedingter Kündigungsgrund denkbar, letztlich ist das eine Einzelfallfrage. Arbeitnehmer mit Anspruch auf Regelaltersrente sind in einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 1 KSchG hinsichtlich des Kriteriums „Lebensalter“ deutlich weniger schutzbedürftig als ein AN, der noch keine Altersrente beanspruchen kann. Auch das rechtfertigt sich tra-



gend damit, dass in Gestalt der Rentenbezugsmöglichkeit dauerhaft ein Ersatzinkommen für entfallendes Arbeitseinkommen zur Verfügung steht. Eine Kündigung wegen tatsächlichem Rentenbezug wäre an § 1 Abs. 2 KSchG zu prüfen; Entscheidungen des BAG sind hierzu nicht ersichtlich. Schließlich wird in der Literatur streitig diskutiert, ob eine Kündigung zulässig sein kann, um einen vernünftigen Altersaufbau der Belegschaft zu erreichen und/oder Aufstiegschancen für jüngere Mitarbeiter zu eröffnen.

Nachdem im Kleinbetrieb kein KSchG gilt, kann eine Kündigung im Einzelfall altersdiskriminierend sein und gegen § 134 BGB i.V.m. §§ 7 Abs. 1, 1, 3 AGG verstoßen.

#### IV. Befristung nach Erreichen des Regelalters

Zunehmend wird diskutiert, ob ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer nach Erreichen der Regelaltersgrenze zulässigerweise befristet werden kann. Insoweit gilt das TzBfG. Näher zu betrachten ist der Sachgrund des § 14 Abs. 2 Nr. 6 TzBfG (Gründe in Person des Arbeitnehmers). Hier verändert sich nun der Maßstab im Vergleich zur Altersbefristung auf die Regelaltersgrenze: das BAG nimmt keine typisierende Betrachtung mit Blick auf Nachwuchsplanung mehr vor, sondern setzt erstens voraus, dass der betreffende Arbeitnehmer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beanspruchen kann. Zweitens muss die befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einer konkreten, zurzeit der Befristungsvereinbarung bestehenden Personalplanung des Arbeitgebers dienen (z.B. Einarbeitung Ersatzkraft, Überbrückung bis zur Nachbesetzung der Stelle). Nur eine solche konkrete Nachwuchsplanung zeige, dass die Altersbefristung dem legitimen Ziel besserer Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG dient.

Eine Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers erscheint denkbar, doch hält das BAG auch in seiner neuesten Rechtsprechung daran fest, dass insoweit konkrete Tatsachen vorliegen müssen, aus denen sich tatsächlich der Wunsch des Arbeitnehmers erschließt. Denkbar ist des Weiteren, dass eine Befristung aus Gründen sozialer Überbrückung erfolgt. Doch kommt auch das nur in Betracht, wenn es ohne den in der Person des Arbeitnehmers begründeten sozialen Zweck zu keinerlei Vertragsschluss gekommen wäre; d.h. betriebliche/dienstliche Interessen dürfen für den Vertragsschluss nicht ausschlaggebend gewesen sein, was wiederum durch konkrete Anhaltspunkte zu untermauern ist.

Spätestens seit der EuGH im Februar 2018 seine Europarechtskonformität bejaht hat, ist der erst seit dem 1.7.2014 geltende § 41 S. 3 SGB VI von großer praktischer Bedeutung: Sieht eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vor, können die Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, ggf. auch mehrfach, hinausschieben. Damit sind ein wichtiger Streitpunkt und die Ungewissheit über die Nutzung der Regelaltersgrenze für die Praxis entschieden. Zweifelsohne ermöglicht die Vorschrift

zeitlich befristete Verlängerungen; die Gesetzesbegründung dürfte auch dafür sprechen, dass sich ein neuer Beendigungszeitpunkt aus dem Zweck der Befristung ergeben kann (z.B. Abschluss laufender Projekte; Einarbeitung jüngerer). Die Anzahl der möglichen Verlängerungen ist bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs nicht beschränkt; hier wird diskutiert, ob ggf. die Rechtsprechung des BAG zur Rechtsmissbrauchskontrolle bei Sachbefristungen entsprechend herangezogen werden kann. Auch bei Verlängerungen des Arbeitsverhältnisses gemäß § 41 S. 3 SGB VI ist das Schriftformerfordernis nach § 14 Abs. 4 TzBfG einzuhalten. Weiter besteht für die Praxis bei der Anwendung dieser Vorschrift derzeit noch eine Unwägbarkeit darin, ob das bestehende Arbeitsverhältnis einfach „nur“ verlängert werden darf, d.h. ohne es ansonsten inhaltlich zu modifizieren, oder ob beides zugleich denkbar ist. Die Gegner einer gleichzeitigen inhaltlichen Modifikation sehen sich durch das EuGH-Urteil aus dem Februar 2018 bestätigt. Der EuGH hat nämlich – eher in der Art eines obiter dictums – ausgeführt, die Tatsache, dass keine Änderung der übrigen Vertragsbedingungen erfolge, gewährleistet, dass der betroffene AN zu den ursprünglichen Konditionen weiterbeschäftigt werde und zugleich seinen Altersrentenanspruch behält. Eine Entscheidung des BAG zu dieser Frage gibt es noch nicht.

#### V. Betriebliche Altersversorgung

Leistungen einer betrieblichen Altersversorgung gehören zum Entgelt. Das BetrAVG enthält keine Norm, die umfassend gegen Benachteiligungen beim Entgelt schützt. Unbenommen des § 2 Abs. 2 S. 2 AGG, wonach für die betriebliche Altersversorgung das BetrAVG gilt, findet das AGG auch auf die betriebliche Altersversorgung Anwendung, solange das BetrAVG keine vorrangigen Sonderregelungen im Verhältnis zum AGG enthält. Gem. § 10 S. 3 Nr. 4 AGG ist die Festsetzung von Altersgrenzen in betrieblichen Versorgungssystemen grundsätzlich zulässig. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 6 RL 2000/78/EG. Nach Art. 6 Abs. 2 dieser RL können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug einer Altersrente im Rahmen betrieblicher Altersversorgung keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt. Die Festsetzung von Altersgrenzen in der betrieblichen Altersversorgung ist somit unionsrechtlich in der Regel zulässig. Damit werden Hindernisse beseitigt, die der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung entgegenstehen können. Die jeweils festgelegte Altersgrenze muss indes ein legitimes Ziel verfolgen und gem. § 10 S. 2 AGG angemessen sein. Das kann der Fall sein, wenn ein Lebensalter von 50 Jahren als Höchstalter zur Aufnahme in eine Versorgungseinrichtung festgelegt ist. Im Ergebnis Gleiches kann gelten, wenn bis zur Regelaltersgrenze eine mindestens 15-jährige Zugehörigkeit zur betreffenden Versorgungseinrichtung Voraussetzung für einen Anspruch auf betriebliche Altersversorgung ist. Im Kern rechtfertigt das BAG dies damit, dass – typisierend betrach-

tet – in solchen Fällen im Vergleich zu einem 40-jährigen Erwerbsleben noch keine unangemessene Benachteiligung der Ausgeschlossenen bestehe, zumal bereits bis zum Erreichen dieser Altersgrenzen Gelegenheit bestand, anderweitig Betriebsrentenanwartschaften zu erdienen. Nach den gleichen Maßstäben kann auch der Ausschluss eines Arbeitnehmers von der Überleitung in ein geändertes System der betrieblichen Altersversorgung gerechtfertigt sein, der zurzeit des Inkrafttretens der Änderung bereits das 63. Lebensjahr vollendet hat.

Vom Arbeitgeber mit einer betrieblichen Altersversorgung angestrebte arbeits- und sozialpolitische Ziele können legitime Ziele i.S.v. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG sein, dementsprechend auch Ziele, die einen Ausgleich zwischen den verschiedenen beteiligten Interessen schaffen sollen, um die betriebliche Altersvorsorge zu verbreiten. Dazu gehört es auch, den unternehmerischen Belangen nach einer begrenzten und kalkulierbaren Belastung Rechnung zu tragen. Insoweit ist eine Altersbegrenzung angemessen, wenn mit der Begrenzung dieses verfolgte Ziel erreicht wird, ohne die legitimen Interessen der nachteilig betroffenen AN übermäßig zu beeinträchtigen. Erforderlich ist die Festlegung des Höchstalters zur Begrenzung anrechenbarer Beschäftigungszeiten, wenn sie nicht über das hinausgeht, was zur Zielerreichung notwendig ist. Daher hat das BAG die Zulässigkeit einer Regelung in einer Versorgungseinrichtung unbeanstandet gelassen, wonach Dienstzeiten nach Vollendung des 60. Lebensjahres bei der Ermittlung der Versorgungsansprüche unberücksichtigt bleiben. Anders ist die Frage der Altersdiskriminierung zu beurteilen, wenn anderweitig erworbene Anwartschaften als Startgutschrift in ein neues System zur betrieblichen Altersversorgung eingebracht werden und Übergangsregeln die Gesamt-Versorgungsansprüche bei Mitarbeitern mit vollendetem 45./55. Lebensjahr auf Höchstbeträge deckeln. Das ist weder angemessen noch erforderlich, weil eine solche Bestimmung ihr Eingreifen nicht an die Höhe der Versorgungsansprüche knüpft, die die anspruchsberechtigten AN nach dem neuen System erwerben, sondern sich ausschließlich bei älteren Arbeitnehmern nachteilig auswirkt, weil bei Jüngeren keine Kappung erfolgt.

## VI. Sozialpläne

Ausgangspunkt zu altersbezogenen Regelungen in Sozialplänen ist grundsätzlich, dass ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt typischerweise größere Schwierigkeiten haben als jüngere (BT-Drucks 16/1780 S. 36). Dem soll § 10 S. 3 Nr. 6 AGG Rechnung tragen. Das liegt im allgemeinen sozialpolitischen Interesse und ist von Art. 6 I RL 2000/78/EG gedeckt. Ziel des § 10 S. 3 Nr. 6 AGG ist es, älteren Arbeitnehmern wegen deren schlechteren Arbeitsmarktchancen einen höheren Nachteilsausgleich zu gewähren. Eine Gestaltung des Sozialplans muss geeignet sein, dieses Ziel tatsächlich zu fördern, wobei die Interessen der benachteiligten Altersgruppen nicht unverhältnismäßig stark vernachlässigt werden dürfen, § 10 S. 2 AGG. So kann eine Altersgruppenbildung in einem Sozialplan (alle

bis 29-jährigen, alle bis 39-jährigen und alle ab 40) geeignet sein, das Ziel – Ausgleich erhöhter wirtschaftlicher Nachteile Älterer infolge Arbeitsplatzverlusts – zu fördern. Aus der Altersgruppenbildung resultierende Unterschiede bei der Bemessung der Abfindung sind angemessen und erforderlich i.S.d. § 10 S. 2 AGG. Die Gruppenbildung ist erforderlich, um die sich mit zunehmendem Alter verschlechternden Chancen auf dem Arbeitsmarkt und damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen oder zu mildern. Mit diesen Altersgruppen haben die Betriebsparteien den ihnen zustehenden Gestaltungsspielraum nicht überschritten, sondern haben das zunehmende Risiko längerer Erwerbslosigkeit in vertretbarer Weise berücksichtigt.

Als angemessen und erforderlich i.S.d. § 10 S. 2 AGG hat das BAG auch eine Sozialplanregelung gebilligt, nach der Arbeitnehmer, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten, eine geringere Abfindung erhalten, wenn sie zwar nicht unmittelbar nach Bezug von Arbeitslosengeld I rentenberechtigt sind, die Abfindung aber ausreichend bemessen ist, um die wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen, die sie nach Arbeitslosengeldbezug bis zum frühestmöglichen Bezug einer Altersrente erleiden. Auf Grund des ihnen zustehenden Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums können die Betriebsparteien die Nachteile aus der Betriebsänderung in typisierter und pauschalierter Form ausgleichen. Daher ist die vorgenommene Kürzung der übermäßigen Begünstigung Älterer mit langer Betriebszugehörigkeit bei der an Lebensalter und Betriebszugehörigkeit orientierten Abfindung zwecks verteilungsgerechter Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen zugunsten Jüngerer nicht zu beanstanden. Angesichts begrenzter Sozialplanmittel und der den anderen Arbeitnehmern voraussichtlich entstehenden Nachteile gibt es insbesondere kein rechtliches Erfordernis, die Rentenabschläge für die Inanspruchnahme der vorzeitigen Altersrente auszugleichen. In vergleichbarer Weise können Arbeitnehmer von Abfindungsleistungen in einem Sozialplan ausgeschlossen werden, wenn sie nach Bezug von Arbeitslosengeld I rentenberechtigt sind und zuvor die Fortsetzung des ArbV an anderem Unternehmensstandort abgelehnt haben. Eine Begrenzung des Abfindungsanspruchs rentenaher und damit weniger finanziell schutzbedürftiger Arbeitnehmer ist gerechtfertigt, wenn dies im Interesse der Verteilungsgerechtigkeit zur stärkeren Kompensation der Nachteile führt, die jüngere Arbeitnehmer erleiden.

Abschließend ist noch auf eine sich in der Literatur abzeichnende neue Diskussion zu Höchstbetragsgrenzen in Sozialplänen hinzuweisen: Aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit hat das BAG – allerdings noch für einen Sachverhalt vor Inkrafttreten des AGG – es grds. für zulässig erachtet, in einem Sozialplan Abfindungshöchstgrenzen festzulegen, um der überproportionalen Begünstigung langjährig Beschäftigter entgegenzuwirken, die durch nach der Beschäftigungsdauer berechnete Abfindungen entsteht. Mit guten Gründen wird dies neuerdings gemessen am AGG in Zweifel gezogen (vgl. *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557 ff.).

## Workshopbericht 3: Das Direktionsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Verfasst von dem Referenten *Axel Groeger, Bonn*<sup>1</sup> (Foto)

Seit jeher erfolgt die Kontrolle, ob sich eine Weisung im Rahmen billigen Ermessens hält, nach § 106 GewO i.V.m. § 315 BGB<sup>2</sup>.

### I. Rechtsprechungsänderung des BAG

Nach § 106 Satz 1 GewO i.V.m. § 315 BGB ist der Arbeitnehmer nicht – auch nicht vorläufig – an eine unbillige Weisung gebunden, sofern er sie nicht trotz ihrer Unbilligkeit akzeptiert<sup>3</sup>. Nach der richtigen Entscheidung des 10. Senats des BAG enthält § 106 GewO eine (innere) Grenze für das Weisungsrecht, aus der folgt, dass keine Bindung an unbillige (=gesetzwidrige) Weisungen entsteht. Damit tragen (wieder) beide Arbeitsvertragsparteien das Risiko einer Fehleinschätzung der Rechtmäßigkeit/Unbilligkeit. Eine gerichtliche Ersatzleistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB scheidet im Anwendungsbereich des § 106 GewO aus.

Den Arbeitnehmer trifft bei einer unbilligen Weisung keine Klageobliegenheit. Das Recht, die Unwirksamkeit einer Weisung geltend zu machen, kann nur nach allgemeinen Grundsätzen verwirken<sup>4</sup>.



### II. Unterschied zwischen vertraglich geschuldeter und zu bewirkender Arbeitsleistung

Bei einer im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitspflicht obliegt es dem Arbeitgeber, sie nach § 106 GewO näher zu bestimmen. Erst die durch die wirksame Ausübung des Weisungsrechts näher bestimmte Tätigkeit ist die i.S.v. § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung. Der Arbeitnehmer muss die Arbeitsleistung so anbieten, wie sie zu bewirken ist<sup>5</sup>. Verlangt der Arbeitgeber rechtlich einwandfrei eine bestimmte Arbeitsleistung, hat der Arbeitnehmer sie so zu bewirken. Der Arbeitgeber gerät nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer diese Arbeit ablehnt und stattdessen eine andere, ebenfalls vertragsgemäße Arbeit anbietet<sup>6</sup>.

Jedoch kann der Arbeitnehmer nach § 280 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz haben, wenn der Arbeitgeber seine Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB schuldhaft verletzt, indem er dem Arbeitnehmer keinen leidensgerechten (oder keinen konfliktfreien) Arbeitsplatz zuweist<sup>7</sup>. Dazu muss er jedoch dem Arbeitgeber mitteilen, wie er sich seine weitere, die auftretenden Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt.

Ferner kann dem Arbeitnehmer bei der Entstehung des Schadens ein Mitverschulden vorzuwerfen sein, wenn ihn an dem persönlichen Unvermögen, die bisherige Tätigkeit auszuüben, ein Verschulden trifft<sup>8</sup>.

### III. Ausübungskontrolle

Der Zweck eines tarifvertraglichen Anhörungsrechts des Arbeitnehmers verlangt nicht, eine Weisung bereits deshalb als unwirksam anzusehen, weil der Arbeitnehmer mangels Anhörung seine Interessen nicht zuvor einbringen konnte. Es kommt nicht auf die vom Arbeitgeber angestellten Erwägungen, sondern darauf an, ob die getroffene Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt<sup>9</sup>.

Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements i.S.v. § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine formelle oder unmittelbare materielle Voraussetzung für die Wirksamkeit der Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber. Dies gilt auch dann, wenn die Weisung (auch) auf Gründe gestützt wird, die mit dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers zusammenhängen<sup>10</sup>.

Geht es nicht um die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes, sondern darum, Arbeitsplätze anders zuzuschneiden und für den Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zu schaffen, der nur „nicht-schwere“ Tätigkeiten umfasst, ist der Arbeitgeber dazu nicht verpflichtet. Schneidet der Arbeitgeber jedoch gleich-

<sup>1</sup> [www.redeker.de](http://www.redeker.de).

<sup>2</sup> Siehe BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452; a.A. NK-ArbR/Boecken/Pils, § 106 GewO Rz. 68, wonach § 315 BGB unanwendbar ist, da das Leistungsbestimmungsrecht nicht vertraglich eingeräumt werde, sondern gesetzlich begründet sei.

<sup>3</sup> a.A. jedoch BAG 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858; krit. bereits Boemke, NZA 2013, 6; nunmehr BAG 14.6.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1185; 14.9.2017 – 5 AS 7/17; 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, AP § 106 GewO Nr. 37, 38.

<sup>4</sup> BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452.

<sup>5</sup> BAG 19.5.2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119.

<sup>6</sup> BAG 30.4.2008 – 5 AZR 502/07, ZTR 2008, 498.

<sup>7</sup> BAG 19.5.2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119.

<sup>8</sup> BAG 30.4.2008 – 5 AZR 502/07, ZTR 2008, 498.

<sup>9</sup> BAG 18.10.2017 – 10 AZR 47/17, NZA 2018, 162; 24.5.2018 – 6 AZR 116/17.

<sup>10</sup> BAG 18.10.2017 – 10 AZR 47/17, NZA 2018, 162; 28.6.2018 – 2 AZR 436/17.

sam die Arbeitsplätze immer wieder neu zu, z.B. indem er täglich oder in anderen Zeitabständen bestimmte Touren zuweist, gebietet § 241 Abs. 2 BGB, dabei jeweils im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren auf die gesundheitlichen Einschränkungen der Beschäftigten Rücksicht zu nehmen<sup>11</sup>.

#### IV. Sonstiges

Das Angebot einer Tätigkeit im Rahmen einer stufenweisen Wiedereingliederung i.S.v. § 74 SGB V ist grds. kein ordnungsgemäßes Angebot. Denn eine stufenweise Wiedereingliederung ist nicht Teil des Arbeitsverhältnisses, sondern ein Vertragsverhältnis eigener Art<sup>12</sup>. Jedoch kann ein schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 81 Abs. 4 S. 1 SGB IX a.F. eine anderweitige Tätigkeit auch im Rahmen einer Wiedereingliederung verlangen. Versäumt es der Arbeitgeber schuldhaft, die behinderungsgerechte Beschäftigung nach § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 bis 5 SGB IX zu ermöglichen, hat der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch in Höhe der entgangenen Vergütung<sup>13</sup>.

Wird der Arbeitnehmer dauerhaft örtlich versetzt und begründet er an der neuen Arbeitsstelle einen Zweitwohnsitz, so kann er bei rechtswidriger Versetzungsanordnung einen Schadensersatzanspruch für die durch die betrieblich veranlasste Begründung eines Zweitwohnsitzes entstandenen finanziellen Nachteile haben<sup>14</sup>.

Ist der in einem vollstreckbaren Titel aufgeführte Arbeitsplatz weggefallen, kann sich der Arbeitgeber nicht ohne Weiteres auf eine Unmöglichkeit der Beschäftigung berufen. Bei einer rahmenmäßigen Umschreibung der Tätigkeit ist oft nur ein Teil des (Weiter)beschäftigungsanspruchs tituliert. Der Titel verhindert nicht die spätere Zuweisung einer anderen Tätigkeit im Rahmen des Direktionsrechts<sup>15</sup>. Umstritten ist, ob eine nach dem Entstehen des Vollstreckungstitels vorgenommene Versetzung des Gläubigers (AN), deren Rechtmäßigkeit zwischen den Parteien streitig ist, im Zwangsvollstreckungsverfahren unbeachtlich ist oder ob das Vollstreckungsgericht die Rechtmäßigkeit zu prüfen hat<sup>16</sup>.

#### Workshopbericht 4: „Lucky Stike?“ – rechtliche Vorbereitung, Rechtskontrolle von Arbeitskämpfen und ihre Folgen

Verfasst von den Referenten *Thomas Ubber* (rechts), Frankfurt<sup>1</sup> und *David Schäfer*, Bremen<sup>2</sup> (Foto, links)

Die Frage der Rechtmäßigkeit von Tarifauseinandersetzungen nimmt einen immer wichtigeren Platz in den Erwägungen der Tarifvertragsparteien ein. Die Referenten RAe Thomas Ubber und David Schäfer schauen als Berater und Vertreter von Arbeitgebern bzw. Gewerkschaften regelmäßig von entgegengesetzten Seiten auf das Streik- und Streitgeschehen und sind dabei – trotz einer wachsenden Zahl gerichtlicher Entscheidungen zum Arbeitskämpfrecht – auch weiterhin häufig un-

terschiedlicher Meinung. Eine lebhafte Diskussion mit den zahlreichen interessierten Teilnehmern war die Folge.



Die zwischen den Gerichten streitige Frage, ob der Arbeitskampf „offensichtlich“, „eindeutig“ oder „einfach nur“ rechtswidrig sein muss, um einen Verfügungsanspruch zu bejahen<sup>3</sup>, ist für die Tarifvertragsparteien eine akademische, darauf konnten sich die Referenten noch relativ schnell verständigen.

Hitzig ging es hingegen zu bei der vom Hessischen LAG<sup>4</sup> bejahten Frage, ob bei der Feststellung der Streikziele auch Äußerungen vertretungsberechtigter Repräsentanten der Gewerkschaft außerhalb des formellen Streikbeschlusses zu berücksichtigen seien. Kommt man nur so den „eigentlichen“ Forderungen der Gewerkschaft auf die Schliche oder erstickt dieser Ansatz jegliche Kompromissfindung bereits im Keim? Streikforderungen nachträglich fallen zu lassen, z.B. weil sie sich als rechtswidrig entpuppen, ist an sich möglich. Einig war man sich auch noch darüber, dass dies keine Wirkung „*extunc*“ entfalten kann. Diskutiert wurde jedoch, ob es wegen des „*ultima ratio*“ Prinzips auch noch erforderlich ist, den Arbeitskampf zu unterbrechen und vor weiteren Maßnahmen zu neuen Verhandlungen aufzufordern.

<sup>11</sup> BAG 28.6.2017 – 5 AZR 263/16, NZA 2017, 1528.

<sup>12</sup> BAG 6.12.2017 – 5 AZR 815/16, NZA 2018, 439.

<sup>13</sup> LAG Berlin-Brandenburg 23.5.2018 – 15 Sa 1700/17.

<sup>14</sup> Hess. LAG 10.11.2017 – 10 Sa 964/17 (Revision 5 AZR 125/18).

<sup>15</sup> BAG 21.3.2018 – 10 AZR 560/16, BeckRS 2018, 4604.

<sup>16</sup> LAG Baden-Württemberg 26.4.2017 – 1 Ta 2/17, juris.

<sup>1</sup> [thomas.ubber@allenovery.com](mailto:thomas.ubber@allenovery.com).

<sup>2</sup> [schaefer@kanzlei-wv.de](mailto:schaefer@kanzlei-wv.de).

<sup>3</sup> Vgl. nur beispielhaft LAG München vom 28. August 2007 – 5 Sa 735/07

<sup>4</sup> Hess. LAG vom 7. November 2014, 9 SaGa 1496/14

Auch bei der Frage, wann eine Streikforderung als „hinreichend bestimmt“ gelten kann, gingen die Meinungen auseinander<sup>5</sup>. Einig war man sich darüber, dass kein vollständig ausformulierter Tarifvertragsentwurf vorzulegen ist. Ob aber über eine generische Beschreibung hinaus weitere Konkretisierungen erforderlich sind, blieb streitig.

Beim Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge und bei Tarifpluralität soll der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Sicht der Arbeitgeber Gemeinwohlbelange und Fragen der Parität berücksichtigen und so Streiks eingrenzen. Ein Konzept, dass die Gewerkschaften mit Verweis auf Durchführungsregelungen wie z.B. Notdienste ablehnen. Auch sei man für das Verhalten konkurrierender Gewerkschaften nicht verantwortlich.

Die kürzliche Bestätigung der „Rühreitheorie“ durch das BAG<sup>6</sup> (bereits eine gegen die Friedenspflicht verstoßende Arbeitskampfforderung führt zur Rechtswidrigkeit des gesamten Arbeitskampfs) hält die Arbeitgeberseite für richtig; dies folge aus der Friedenspflicht als Funktionsbedingung der Tarifautonomie. Hingegen ist sie aus Gewerkschaftssicht nicht mit Art. 11 EMRK vereinbar, was sich letztlich auch aus einer jüngeren Entscheidung des EGMR<sup>7</sup> ergebe.

Kontrovers waren auch die Meinungen der Referenten und Teilnehmer zu der Frage, wie die Gerichte mit der Prüfung der AGG-Konformität von Streikforderungen umzugehen haben.<sup>8</sup> Aus Sicht der Gewerkschaften soll den Sozialpartnern hier ein weites Ermessen zustehen<sup>9</sup>, was auch bei der Beurteilung von Streikforderungen zu gelten habe. Die Arbeitgeberseite verwies hingegen auf die strikte Bindung der Tarifvertragsparteien an das AGG<sup>10</sup>; gegen eine Einschätzungsprärogative spreche auch, dass es um einseitige Forderungen und nicht um von beiden Seiten gebilligte Regelungen gehe.

Das BAG<sup>11</sup> hat den Gewerkschaften im Streit um Schadenersatz wegen eines rechtswidrigen Streiks die Berufung auf den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens abgesprochen. Zu Recht, meint der Arbeitgebervertreter, denn anderenfalls müssten die Gewerkschaften auch bei rechtswidrigen Streiks keine Schadenersatzforderungen fürchten. Dem halten die Gewerkschaften entgegen, dass dieser Einwand ohnehin nur bei einer entsprechenden Überzeugung des Tatsachengerichts greife und sie die Beweislast trage, wodurch Missbrauch ausgeschlossen sei.

Arbeitskämpfe, die die Allgemeinheit betreffen, lassen niemanden kalt. Entsprechend leidenschaftlich trugen die Workshopteilnehmer ihren Teil dazu bei, dass das Panel – einvernehmlich – deutlich überzogen wurde. Da den Referenten der Stoff trotzdem nicht ausging, verabredete man eine Fortsetzung im nächsten Jahr.

Mit der traditionellen Abendveranstaltung fand der erste Tagungstag dann sein Ende.



„Mit Arbeit spielt man nicht – Plädoyer für ein gerechtes Arbeitsrecht“ lautete der vielversprechende Titel des Vortrags, den Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn, für den 2. Tagungstag vorbereitet hatte. Dass ihm die arbeitsmarktpolitischen Effekte arbeitsrechtlicher Regelungen wie auch die katholische Soziallehre als Richtschnur des Arbeitsrechts besonders am Herzen liegen, hatte Prof. Thüsing (Foto) bereits im Rahmen seiner 2015 erschienenen gleichlautenden Monographie deutlich gemacht. Ihr Titel beruhte insoweit nicht zufällig auf

5 Vgl. zuletzt ArbG Düsseldorf vom 10. November 2015 – 1 Ga 80/15; ArbG Düsseldorf vom 11. November 2015 – 4 Ga 82/15; ArbG Darmstadt vom 11. November 2015 – 7 Ga 7/15

6 BAG vom 26. Juli 2016 – 1 AZR 160/14

7 EGMR vom 27. November 2014 – 36701/09 – „Hrvatski lijevnicki sindikat/Kroatien

8 Vgl. Hess. LAG vom 9. August 2011 – 9 SaGa 1147/11; Hess. LAG vom 7. November 2014 – 9 SaGa 1496/14; Hess. LAG vom 22. November 2016 – 16 SaGa 1459/16

9 Vgl. EuGH vom 8. September 2011 – C-297/10 „Hennings“ und C-298/10 „May“

10 Vgl. EuGH vom 13. September 2011 – C-447/09 „Prigge“; BAG vom 22. Oktober 2008 – 10 AZR 842/07

11 BAG vom 26. Juli 2016 – 1 AZR 160/14

einem Zitat von Papst Franziskus. Wie bereits damals gelang es ihm auch heute mit seinem Vortrag, dieses anspruchsvolle Thema äußerst kurzweilig, aktuell und praxisnah zu vermitteln. Nach einem kurzen historischen Abriss dienten insbesondere zwei jüngere Gesetzesprojekte, das Entgelttransparenzgesetz und der Gesetzentwurf zur Weiterführung des Teilzeitrechts, dazu, einige grundsätzliche Entwicklungen im Rahmen der Gesetzgebung kritisch zu hinterfragen. Aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit als Sachverständiger bei Anhörungen in den Ausschüssen des Bundestages erhielten die Teilnehmer anhand konkreter Beispiele gleichzeitig einen authentischen Einblick in den politischen Willensbildungsprozess mit all seinen Widersprüchen und Schwierigkeiten. Im Rahmen der sich anschließenden Diskussion ergänzten einige Teilnehmer diese Debatte um die jüngsten Entwicklungen über die im Ko-

alitionsvertrag bereits kurz angerissenen Bereichsausnahmen des KSchG für die Finanzindustrie.

Mit so viel Hintergrundinformation auch für das Kommende gut aufgestellt, richteten alle Teilnehmer ihren Blick bereits nach München. Dort wird am 15./16.3.2019 die nächste Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft stattfinden und sich so allen Teilnehmern erneut die Möglichkeit bieten, sich ihrer gemeinsamen „Leidenschaft für das Außergewöhnliche“ zu widmen.

### Save the Date!

Frühjahrstagung

15./16.3.2019

München

## Nachtrag von der Frühjahrstagung in Hamburg

### Workshop 3: Betriebsratswahlen 2018 – Fallstricke kennen und vermeiden

Obwohl das Betriebsverfassungsgesetz und die Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (die Wahlordnung) relativ gut strukturierte und inhaltlich engmaschige rechtliche Vorgaben zur Vorbereitung und Durchführung der Betriebsratswahl enthalten und die Rechtsprechung durch eine Vielzahl von Entscheidungen zur Klärung dieser Vorgaben beigetragen hat, scheint die betriebliche Praxis für steten Nachschub an offenen Fragen zu sorgen:

- Wie wirken sich moderne betriebliche Strukturen auf den Betrieb im herkömmlichen Sinn bzw. auf die Kontur derjenigen Einheiten im Unternehmen aus, in denen Betriebsräte zu wählen sind?
- Welche Folgen haben Matrixorganisationen für das aktive und passive Wahlrecht?
- Für wen ergibt sich unter welchen Voraussetzungen Sonderkündigungsschutz im Kontext der Betriebsratswahl?
- Welche Rolle spielen die Mittel moderner elektronischer Kommunikation bei der Vorbereitung und Durchführung der Wahl? Ist eine Online-Stimmabgabe zulässig? Welche Möglichkeiten des Rechtsschutzes bestehen im laufenden Wahlverfahren?

Im Workshop – moderiert von *Jürgen Markowski* – behandeln *Isabel Hexel* (Oppenhoff & Partner, Köln) und *Tobias Fischer* (Weder.Fischer.Doyuran, Frankfurt am Main) solche Fragen und stellen typische rechtliche Fallstricke unter Berücksichti-

gung der neuen Rechtsprechung und anhand des Ablaufs der Betriebsratswahl dar.

Die Anforderungen an eine formal ordnungsgemäß durchgeführte Betriebsratswahl sind hoch. Die Verantwortung des die Wahl leitenden Wahlvorstands ist somit sehr groß. Denn das Interesse an der Durchführung einer wegen fehlerhafter Wahl neuen Wahl ist gemeinhin allseits eher gering. Solche Neuwahlen belasten nicht nur die Ressourcen des Arbeitgebers, sie gefährden mitunter auch die Attraktivität dieses Meinungsbildungsprozesses in der Belegschaft. *Isabel Hexel* und *Tobias Fischer* nahmen insoweit nicht nur die Perspektive des Wahlvorstands ein. Sie setzten bei ihrer Darstellung die Akzente jeweils auch aus der Sicht des Arbeitgebers bzw. der Arbeitnehmer; *Isabel Hexel* berät und vertritt Arbeitgeber, *Tobias Fischer* berät und vertritt Betriebsräte und Arbeitnehmer. Dass damit verbundene grundsätzliche Positionen nicht immer eine eindeutige Linie der potenziellen Konfrontation zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern bzw. der Belegschaft erzeugen, zeigt eine aktuelle Entscheidung des BAG zu dem sich aus § 20 BetrVG ergebenden Neutralitätsgebot. Danach darf niemand die Wahl des Betriebsrats durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflussen. Dies begründet nach Auffassung des BAG jedoch keine Verpflichtung des Arbeitgebers, sich jeder kritischen Äußerung über den bestehenden Betriebsrat oder einzelne seiner Mitglieder im Hinblick auf eine zukünftige Wahl zu enthalten (BAG Beschl. v. 25.10.2017 – 7 ABR 10/16). Im Workshop wurde vor diesem Hintergrund auch die mögliche Einflussnahme des Arbeitgebers im Vorfeld der Wahl diskutiert und erörtert.

**Hauptvortrag:  
Die Entwicklung des Betriebsbegriffs – von der  
„Fabrikhalle zur Matrixeinheit“**



Mit dem Thema „Die Entwicklung des Betriebsbegriffs – von der Fabrikhalle zur Matrixeinheit“ hat Frau *Dr. Barbara Rein-*

*hard* (Foto) eine Vielzahl aktueller Fragestellungen und Entscheidungen rund um den arbeitsrechtlichen Betriebsbegriff aufgegriffen. Nachdem sie zunächst Unterschiede der Begriffsdefinitionen im Kündigungsrecht, in der Betriebsverfassung und beim Betriebsübergang herausgearbeitet hatte, hat sie sich insbesondere mit der Übertragung dieser Vorgaben auf Matrixstrukturen wie auch auf andere moderne Formen der Zusammenarbeit beschäftigt. Dabei wurde deutlich, dass der aus der klassischen Organisation bekannte räumlich-funktionale Zusammenhang im Rahmen von New Work über digitale Formen der Zusammenarbeit aufgefangen werden kann. Ein unverändert offenes Problem stellt sich aber bei der Annahme von betriebsverfassungsrechtlichen Mehrfachzuständigkeiten, wenn nämlich sog. Matrixmanager in verschiedene Betriebe eingegliedert werden. Die anschließenden Wortbeiträge zeigten, dass das Thema längst in der arbeitsrechtlichen Praxis angekommen ist und insbesondere in der Mitbestimmung noch eine befriedigende Lösung fehlt.

# Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>			
113. Arbeitnehmerstatus, Honorararzt, keine Vorgeiflichkeit sozialgerichtlicher Statusfeststellungsverfahren	126	125. Einigungsstelle, Anzahl der Beisitzer, Regelbesetzung mit zwei Beisitzern	133
114. Versetzung, Anforderung an Betriebsratsanhörung, Wahrung billigen Ermessens	126	126. Sozialplan, Sprinterprämie in freiwilliger BV, Stichtagsregelung	133
115. Urlaub, wirksame Urlaubserteilung vor Befristungsablauf	126	<b>Tarifrecht</b>	
<b>Bestandsschutz</b>			
116. Betriebsbedingte Kündigung, Umstrukturierung einer Leitungsebene, geändertes Anforderungsprofil	127	127. TV FlexAZ, kein Anspruch auf Altersteilzeit in Betrieben unter 40 Beschäftigten	134
117. Verhaltensbedingte Kündigung, Wiederheirat eines Caritas-Einrichtungsleiters nach Änderung der Grundordnung 2015	127	<b>Sonstiges</b>	
118. Außerordentliche Kündigung, Vorlage gefälschter Atteste, Zwei-Wochen-Frist, Hemmung der Frist (nur) durch konkret darzulegende Ermittlungsmaßnahmen	129	128. Massenentlassung, Begriff des „beherrschenden Unternehmens“	134
119. Außerordentliche Kündigung, private Haushaltshilfe auf Kosten des Arbeitgebers, Darlegungs- und Beweislast für Entschuldigungsgründe	130	129. Schmerzensgeld, schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Versuch, Kündigungsgründe gegenüber Betriebsratsmitgliedern zu konstruieren, Haftung des beratenden Rechtsanwalts	134
120. Auflösungsantrag nach Betriebsübergang	131	130. Verzug, Abführung der Lohnsteuer zum gesetzlichen Fälligkeitszeitpunkt verspätet	134
121. Auflösungsantrag, leitender Angestellter, Personalkompetenz als prägende Aufgabe	131	131. Verzugspauschale, kein Anspruch im Arbeitsverhältnis	135
<b>Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht</b>			
122. Betriebsvereinbarung, Ablösung betrieblicher Übung zu Ungunsten des Arbeitnehmers	131	<b>Prozessuales</b>	
123. Betriebsrat, Mitbestimmung, kein Unterlassungsanspruch bei (bereits durchgeführter) Betriebsänderung	131	132. Zulässigkeit des Rechtswegs, Bewerbungsverfahrensanspruch	135
124. Betriebsrat, Mitbestimmung, keine einstweilige Unterlassungsverfügung nach Blockade des Einigungsstellenverfahrens durch Betriebsrat	132	133. Zulässigkeit des Rechtswegs, keine Zusammenhangszuständigkeit bei Vergütungsklage	135
		134. Amtsermittlung im Beschwerdeverfahren; Verwertung von Videoaufzeichnungen des Arbeitgebers	135
		135. Streitwert, Teilzeitbegehren wie Änderungskündigung zu bewerten	136
		136. Gebühren, gebührenausslösende anwaltliche Tätigkeit im Rechtsmittelverfahren	136
		137. PKH, Mutwilligkeit bei unterlassener Geltendmachung des familienrechtlichen Prozesskostenvorschusses	136
		138. PKH, kein Prozesskostenvorschuss für Zeugnisklage	137



## Allgemeines Vertragsrecht

### Allgemeines Vertragsrecht

#### 113. Arbeitnehmerstatus, Honorararzt, keine Voreigenschaft sozialgerichtlicher Statusfeststellungsverfahren

1. Die Tätigkeit eines Krankenhaus- oder Klinikarztes kann typologisch sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als Honorararzt erbracht werden. Das folgt bereits aus § 2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 KHEntgG und ist nicht beschränkt auf Ärzte mit Facharztqualifikation.

2. Haben die Parteien sich danach für den Vertragstyp des freien Honorararztvertrages entschieden, sind sie an dieser Wahl festzuhalten, es sei denn, die tatsächliche Vertragsabwicklung stünde dem entgegen und ergäbe im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung, dass abweichend vom vertraglich Vereinbarten tatsächlich doch ein Arbeitsverhältnis vorgelegen hat (hier verneint). Die Darlegungs- und Beweislast für eine solche abweichende Vertragspraxis trägt der ein Arbeitsverhältnis geltend machende Kläger.

3. Die Aussetzung eines arbeitsgerichtlichen Statusfeststellungsverfahrens bis zum Abschluss eines parallel betriebenen sozialversicherungsrechtlichen Statusfeststellungsverfahrens der Deutschen Rentenversicherung kommt nicht in Betracht. Es fehlt an einer zumindest teilweise rechtlich präjudiziellen Bedeutung der sozialversicherungsrechtlichen Prüfung für das arbeitsgerichtliche Verfahren im Sinne von § 148 ZPO.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 6.2.2018 – 3 Sa 632/17

#### 114. Versetzung, Anforderung an Betriebsratsanhörung, Wahrung billigen Ermessens

##### Leitsätze der Redaktion:

1. Das allgemeine Direktionsrecht umfasst das Recht zur Versetzung innerhalb des Gemeinschaftsbetriebes zweier rechtlich selbstständiger Unternehmen.

2. Gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Versetzung zu unterrichten. Dabei hat er dem Betriebsrat Auskunft über die Person sowie über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben. Fehlt es daran, fehlt es – trotz der durch den Betriebsrat erteilten Zustimmung – an einer ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrats im Sinne des § 99 BetrVG.

3. Eine Versetzung muss billiges Ermessen wahren. Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber ausschließlich betriebliche Interessen berücksichtigt (Wahrung des Betriebsfriedens), nicht aber die Interessen des Arbeitnehmers (Veränderung des Lebens-

rhythmus und Verringerung des Einkommens durch Wechsel von Nacht- in Tagschicht).

■ Arbeitsgericht Gießen vom 8.3.2018 – 4 Ca 430/17 eingereicht von Rechtsanwalt Stefan Schneider Auf dem Hohenstein 5, 61231 Bad Nauheim Tel.: 06032/9268722, Fax: 06032/9268724 www.arbeitsrecht-wetterau.de

#### 115. Urlaub, wirksame Urlaubserteilung vor Befristungsablauf

##### Aus den Entscheidungsgründen:

Steht im auslaufenden Arbeitsverhältnis noch hinreichende Zeit für die Urlaubsgewährung zur Verfügung, kann die Situation des § 7 Abs. 4 BUrlG im Regelfall nicht eintreten, dies gilt gerade im Fall einer Befristung, bei welcher sich beide Parteien langfristig bei ihren Planungen auf den Beendigungszeitpunkt einstellen können. Versäumt es der Arbeitnehmer, noch ausstehenden Erholungsurlaub rechtzeitig vor dem Ablauftermin zu beantragen, kann der in erster Linie zur Erteilung in natura verpflichtete Arbeitgeber den Anspruch nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (beispielsweise Urt. v. 14.8.2007 – 9 AZR 934/06) dadurch erfüllen, dass er den Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch freistellt. Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anderweitige Wünsche des Arbeitnehmers zur Urlaubslage entgegenstehen können – dies allerdings nur dann, wenn der Arbeitnehmer eine konkrete andere zeitliche Festlegung des Urlaubs verlangt (dazu gleichfalls das zitierte Urt. v. 14.8.2007 m.w.N.) betrifft dies regelmäßig nur gekündigte Arbeitsverhältnisse, wenn der Arbeitnehmer bei der im Regelfall langfristigen Planung seines Urlaubs noch nicht mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem entsprechenden Ablauftermin rechnen konnte. Die Situation im befristeten Arbeitsverhältnis mit dem seit der Befristungsvereinbarung bekannten Ablauftermin ist anders.

Selbst wenn allerdings unterstellt wird, dass auch bei Beendigung durch Fristablauf Urlaubswünsche des Arbeitnehmers einer Erteilung in natura im verbleibenden Vertragszeitraum entgegenstehen können, ergibt sich im vorliegenden Fall kein Abgeltungsanspruch des Klägers. Die Beklagte hat ihn nicht nur unter Urlaubsanrechnung unwiderruflich freigestellt, sondern nach seinen Urlaubswünschen gefragt und mangels Reaktion hierauf die in den Zeitraum der ohnehin 4,5-wöchigen Freistellung fallenden Urlaubsdauer für die 9 Arbeitstage vom 19. bis 31.7.2017 festgelegt. Damit hat sie den verbliebenen

Urlaubsanspruch des Klägers in natura erfüllt, dieser ist vollständig erloschen, zur Abgeltung verbleibt nichts.

■ **Arbeitsgericht Köln**  
vom 12.4.2018 – 6 Ca 5011/17  
eingereicht von Rechtsanwalt Volker Thiele  
Oberstraße 1, 52349 Düren  
Tel.: 02421/13040, Fax: 02421/17469  
www.fachanwalt-thiele.de

## Bestandsschutz

### 116. Betriebsbedingte Kündigung, Umstrukturierung einer Leitungsebene, geändertes Anforderungsprofil

1. Fallen die bisherigen Aufgaben nach einer Umstrukturierung weiter an und werden sie nur um zusätzliche Aufgaben erweitert, gelten für die Darlegungslast des Arbeitgebers zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung erhöhte Anforderungen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich die Umstrukturierung als Umgestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes oder als Abbau dieser Stelle bei gleichzeitiger Einrichtung eines neuen Arbeitsplatzes darstellt. Entscheidend ist, ob durch die Umstrukturierung ein anderer Arbeitsbereich entstanden ist. Das ist der Fall, wenn der veränderte Arbeitsplatz nach Bedeutung und Verantwortung erheblich anspruchsvoller wird. Dazu bedarf es der Darlegung, welche konkreten Aufgaben hinzukommen und wie sie sich auf die Arbeit des betroffenen Arbeitnehmers auswirken.

2. Das Anforderungsprofil für den neuen Arbeitsbereich beruht auf unsachlichen Erwägungen, wenn alle Aspekte, die für die Erledigung des ganz überwiegend verbleibenden Teils der Aufgaben von Bedeutung sind, unberücksichtigt bleiben.

3. Fallen für mehrere Arbeitnehmer Beschäftigungsmöglichkeiten weg und konkurrieren diese um eine geringere Zahl freier Arbeitsplätze, führen Auswahlfehler im Angebotsverfahren nicht zur Sozialwidrigkeit einer Kündigung, wenn bei gesetzeskonformem Vorgehen und bei ausreichender Beachtung sozialer Gesichtspunkte der klagende Arbeitnehmer gleichermaßen von einer Beendigungskündigung betroffen gewesen wäre (BAG v. 27.7.2017 – 2 AZR 476/16, Rn 42).

■ **Landesarbeitsgericht Düsseldorf**  
vom 23.5.2018 – 1 Sa 762/17

### 117. Verhaltensbedingte Kündigung, Wiederheirat eines Caritas-Einrichtungsleiters nach Änderung der Grundordnung 2015

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 9.8.2017 erweist sich nicht als gerechtfertigt im Sinne von § 626 BGB mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis nicht zum 31.3.2018 beendet worden ist. Ein schwerwiegender Loyalitätsverstoß seitens des Klägers i.S.v. Art. 5 Abs. II c GrO liegt nach Auffassung der erkennenden Kammer nicht vor. Des Weiteren führt

auch die Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Sozialwidrigkeit der Kündigung. (...)

Der Kläger hat sich zwar durch die Wiederverheiratung in Widerspruch zu den berechtigten Loyalitätserwartungen der Beklagten gesetzt, und damit eine Nebenpflicht verletzt, jedoch liegt nach der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse in der Fassung vom 27.4.2015 jedenfalls kein schwerwiegender Loyalitätsverstoß seitens des Klägers vor.

Mit der Wiederverheiratung hat der Kläger generell gegen seine Loyalitätsobliegenheit aus §§ 2, 6 des Arbeitsvertrages i.V.m. § 4, 16 AVR für den Caritasverband i.V.m. der Grundordnung (Art. 5 Abs. 2 GrO) verstoßen. Durch die Eingehung seiner zweiten (standesamtlichen) Ehe hat der Kläger den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe verletzt. Dieser zählt zu den wesentlichen Grundsätzen der katholischen Glaubens- und Sittenlehre. Er wird in den Vorschriften des Codex Iuris Canonici von 1983 bekräftigt (CIC Can. 1055, 1056, 1134) und insbesondere Can. 1141, nach dem die gültig geschlossene und vollzogene Ehe zwischen Getauften durch keine menschliche Gewalt und aus keinem Grunde, außer durch den Tod, aufgelöst werden kann (vgl. insoweit auch BAG v. 16.9.2004 – 2 AZR 447/03). Im Streitfall lag daher zum Zeitpunkt der Kündigung ein Verstoß gegen Can. 1085 § 2 CIC vor.

Das Verlangen der Beklagten nach Einhaltung der Vorschriften der katholischen Glaubens- und Sittenlehre steht auch im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Dem Kläger steht freilich das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG und auf Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) zu. Diese Grundrechte umfassen regelmäßig auch die Freiheit, eine zweite Ehe einzugehen. Die Gestaltung des privaten Lebensbereichs steht außerhalb der Einfluss-sphäre des Arbeitgebers und wird durch arbeitsvertragliche Pflichten nur insoweit eingeschränkt, wie sich das private Verhalten auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt. Berührt außerdienstliches Verhalten den arbeitsvertraglichen Pflichtenkreis nicht, so ist der Arbeitgeber regelmäßig nicht berechtigt, die ihm bekannt gewordenen Umstände aus der Privatsphäre des Arbeitnehmers durch den Ausspruch einer Kündigung zu missbilligen (BAG v. 10.9.2009 – 2 AZR 257/08, Rn 20; BAG v. 16.9.2004 – 2 AZR 447/03, Rn 43).

Die Grundrechte des Arbeitnehmers nach Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG bestehen jedoch nicht uneingeschränkt. Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 4.6.1985 (– 2 BvR 1718/83), dem das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung gefolgt ist (so z.B. BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 139/00, Rn 53; BAG v. 24.4.1997 – 2 AZR 268; BAG v. 18.11.1986 – 7 AZR 274/85), kommt das durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV verfassungsrechtlich verbürgte Selbstordnungs- und Selbstverwaltungsrecht neben den verfassten Kirchen auch den ihnen zugeordneten, insbesondere karitativen Einrichtungen zu (BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1718/83). Die Verfas-

## Bestandsschutz

sungsgarantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gewährleistet den Kirchen darüber zu befinden, welche Dienste es in ihren Einrichtungen geben soll und in welchen Rechtsformen sie wahrzunehmen sind. Die Kirchen können sich dabei der staatlichen Privatautonomie bedienen, um ein Arbeitsverhältnis zu begründen und zu regeln (BVerfGE 4.6.1985 – 2 BvR 1718/83).

Bedienen sich die Kirchen wie jedermann der Privatautonomie zur Begründung von Arbeitsverhältnissen, so findet auf diese das staatliche Arbeitsrecht Anwendung. Die Einbeziehung der kirchlichen Arbeitsverhältnisse in das staatliche Arbeitsrecht hebt indessen deren Zugehörigkeit zu den „eigenen Angelegenheiten“ der Kirche i.S.v. Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV nicht auf. Das ermöglicht es den Kirchen, in den Schranken des für alle geltenden Gesetzes den kirchlichen Dienst nach ihrem Selbstverständnis zu regeln und dazu die spezifischen Obliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer verbindlich zu machen. Werden Loyalitätsanforderungen in einem Arbeitsvertrag festgelegt, nimmt der kirchliche Arbeitgeber nicht nur die allgemeine Vertragsfreiheit für sich in Anspruch; er macht zugleich von seinem verfassungskräftigen Selbstbestimmungsrecht Gebrauch (BVerfGE 4.6.1985 – 2 BvR 1718/03).

Welche kirchlichen Grundverpflichtungen als Gegenstand des Arbeitsverhältnisses bedeutsam sein können, richtet sich nach den von der verfassten Kirche anerkannten Maßstäben. Dagegen kommt es weder auf die Auffassung der einzelnen betroffenen kirchlichen Einrichtungen, bei denen die Meinungsbildung von verschiedenen Motiven beeinflusst sein kann, noch auf diejenige breiter Kreise unter Kirchenmitgliedern oder gar einzelner, bestimmten Tendenzen verbundener Mitarbeiter an (BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 139/00). Die Arbeitsgerichte haben die vorgegebenen kirchlichen Maßstäbe für die Bewertung einzelner Loyalitätsanforderungen zugrunde zu legen, soweit die Verfassung das Recht der Kirche anerkennt, hierüber selbst zu befinden. Es bleibt danach grundsätzlich den verfassten Kirchen überlassen, verbindlich zu bestimmen, was die „Glaubwürdigkeit der Kirche und der Einrichtung, in der sie beschäftigt sind“ (vgl. Art. 4 Abs. 4, Art. 5 Abs. 5 GrO) erfordert, welches die zu beachtenden „Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre“ sind (vgl. Art. 4 Abs. 1 GrO) und welche „Loyalitätsverstöße“ (vgl. Art. 5 Abs. 2 GrO) aus „kirchenspezifischen Gründen“ als „schwerwiegend“ anzusehen sind. Auch die Entscheidung darüber, ob und wie innerhalb der im kirchlichen Dienst tätigen Mitarbeiter eine Abstufung der Loyalitätsanforderungen eingreifen soll (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 GrO), ist grundsätzlich eine dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht unterliegende Angelegenheit (vgl. BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 139/00; bestätigend: EGMR 3.2.2011 – 18136/02). Unter Berücksichtigung der damit maßgeblichen kirchlichen Vorschriften hat die Beklagte das Vorliegen eines schwerwiegenden zur Kündigung berechtigenden Loyalitätsverstößes nicht hinreichend dargelegt.

Nach Art. 5 Abs. 2 GrO in der Fassung vom 27.4.2015 kommt die Wiederheirat als Kündigungsgrund in Betracht, wenn diese Handlung nach den konkreten Umständen objektiv geeignet ist, ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen.

Die Beklagte hat nicht dargelegt, weshalb die Wiederheirat des Klägers im vorliegenden Fall geeignet sein soll, ein erhebliches Ärgernis im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GrO zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen. Entgegen des schriftsätzlichen Vortrags der Beklagten in diesem Rechtsstreit ist der Kläger bei Ausspruch der Kündigung nicht mehr als Einrichtungsleiter bei ihr beschäftigt gewesen. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Zeugnis, das die Beklagte dem Kläger unter dem 20.7.2018 übersandt hat. Darin wird ausgeführt, dass der Kläger ab dem 24.7.2017 im Auftrag des Vorstandes mit Rechercheaufgaben und der Konzepterstellung für Projekte beschäftigt worden ist. Diesen Zeugnisinhalt muss die Beklagte gegen sich gelten lassen (vgl. BAG v. 8.2.1972 – 1 AZR 189/71). Der Kläger ist danach jedenfalls zum Zeitpunkt der Kündigung nicht als Einrichtungsleiter St. Barbara Haus eingesetzt worden. Dies wurde im Übrigen im Kammertermin am 14.8.2018 schließlich von der Beklagten unstreitig gestellt. Die Frage, ob der Kläger als „Einrichtungsleiter“ überhaupt als „leitender Mitarbeiter“ i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 s. HS GrO zu qualifizieren wäre, obwohl er weder Einstellungs- noch Entlassungsbefugnis hat und zur Wahl der Mitarbeitervertretung zugelassen ist, kann daher dahin stehen.

Im Übrigen ist Art. 5 GrO Lex Specialis zu Art. 4 GrO und regelt das Vorgehen bei Verstößen gegen Loyalitätsobliegenheiten. In Art. 5 Abs. 2 Nr. 2c) 2 HS sowie Art. 5 Abs. 3 S. 2 der neuen Fassung der GrO vom 27.4.2015 ist die Weiterbeschäftigung im Falle eines Loyalitätsverstößes in der Regel nur für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ausgeschlossen, die pastoral, katechetisch, aufgrund einer Missio canonica oder einer sonstigen schriftlich erteilten bischöflichen Beauftragung beschäftigt werden. Leitende Mitarbeiter sind dort ausdrücklich nicht mehr aufgeführt.

Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass und weshalb die Eingehung der zweiten Ehe durch den Kläger nach den konkreten Umständen objektiv geeignet ist, ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft der Beklagten oder im beruflichen Wirkungskreis des Klägers zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen. Sie hat damit diese nach der GrO für die Annahme des Vorliegens eines schwerwiegenden Loyalitätsverstößes erforderlichen Voraussetzungen gem. Art. 5 Abs. 2 Nr. 2c) nicht substantiiert und unter Beweisanzug vorgetragen. Hierbei wäre auch zu berücksichtigen gewesen, dass die Beklagte mindestens 5 weitere Mitarbeiter beschäftigt, die in zweiter Ehe verheiratet sind. Die Wiederheirat ist daher im Betrieb der Beklagten offensichtlich nicht in jedem Fall ein erhebliches Ärgernis für die Dienstge-

meinschaft. Substantiierten Vortrages und Beweisantrittes hätte es insoweit jedenfalls bedurft.

6. Darüber hinaus wäre die Kündigung – das Vorliegen eines schweren Loyalitätspflichtverstoßes unterstellt – nach Auffassung der erkennenden Kammer auch mangels erforderlicher Einzelfallabwägung gern. Art 5 Abs. 3 GrO unwirksam. (...)

7. Schließlich erweist sich die Kündigung als unverhältnismäßig wegen Missachtung der Verfahrensvorschrift des Art. 5 Abs. 1 GrO. Nach Art. 5 Abs. 1 GrO muss der kirchliche Dienstgeber, wenn ein Mitarbeiter die Beschäftigungsanforderungen nicht mehr erfüllt, durch „Beratung“, d.h. „ein klärendes Gespräch“ zu erreichen versuchen, dass der Mitarbeiter diesen Mangel auf Dauer beseitigt. Im vorliegenden Fall ist die Beklagte dieser Verpflichtung nicht nachgekommen.

8. Da die Kündigung aus den oben aufgeführten Gründen unwirksam ist, kommt es auf die Rechtsfrage ob eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Religionszugehörigkeit vorliegt, bzw. ob ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigungsfähig ist oder nicht, nicht an. Die Entscheidung des BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BbR 661/12 sowie das nachfolgende Verfahren beim EuGH (C- 68/17) waren daher für den hiesigen Rechtsstreit nicht maßgeblich.

#### ■ Arbeitsgericht Hagen

vom 14.8.2018 – 4 Ca 1514/17

eingereicht von Rechtsanwalt Gerd Pfeiffer

Märkischer Ring 114, 58097 Hagen

Tel.: 02331/109410, Fax: 02331/109435

www.pfeiffer-theus.de

### **118. Außerordentliche Kündigung, Vorlage gefälschter Atteste, Zwei-Wochen-Frist, Hemmung der Frist (nur) durch konkret darzulegende Ermittlungsmaßnahmen**

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Gemäß § 626 Abs. 2 BGB kann die Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Dies ist der Fall, sobald er eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis der einschlägigen Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung darüber ermöglicht, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen eine Kündigung sprechenden Umstände (BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12; BAG v. 21.2.2013 – 2 AZR 433/12). Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen begännen. Dies gilt allerdings nur so lange, wie er aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts ver-

schaffen sollen (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12). Solange zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinende Maßnahmen durchgeführt werden, läuft die Ausschlussfrist nicht an. Um den Lauf der Frist nicht länger als notwendig hinauszuschieben, muss – sofern der Kündigungsgegner angehört werden soll – die Anhörung innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Diese Frist darf im Allgemeinen und ohne dass besondere Umstände vorlägen, nicht mehr als eine Woche betragen (BAG v. 20.3.2014-2 AZR 1037/12; BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09). (...)

In Anwendung dieser Grundsätze hat die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist nicht eingehalten. Die am 8.11.2017 ausgesprochene und dem Kläger am 9.11.2017 zugegangene Kündigung ist nicht innerhalb der zweiwöchigen Frist erfolgt. Der Kündigungsberechtigte Herr H. hatte jedenfalls ab dem 20.9.2017 hinreichende Kenntnis von dem Kündigungssachverhalt. Die Beklagte hat nicht dargelegt, welche konkreten Ermittlungen sie in der Zeit vom 15.9.2017 bis zum Ausspruch der Kündigung oder jedenfalls bis zum 13.10.2017 angestellt hat. Die Beklagte hat auch die spätere Anhörung des Klägers nicht in der gebotenen Eile durchgeführt.

Die mit der Prüfung des Sachverhalts betrauten Mitarbeiter hatten aufgrund der E-Mail des Herrn Dr. med. K. vom 15.9.2017 seit diesem Zeitpunkt Kenntnis davon, dass die E-Mails und die Atteste nicht von dem vermeintlichen Aussteller stammten. Dies hat Herr Dr. med. K. eindeutig in seiner E-Mail zum Ausdruck gebracht. Der Kläger hat sodann am 18.9.2017 ausdrücklich um ein Gespräch zur Aufklärung des Sachverhalts gebeten. Er hat bereits in diesem Telefonat gegenüber Herrn S. seinen Fehler eingeräumt und geäußert, dass er Angst vor einer fristlosen Kündigung habe. Es war mithin spätestens zu diesem Zeitpunkt klar, dass der Kläger selbst die E-Mails verfasst hatte. Die Einzelheiten des Sachverhalts übermittelte Herr S. am 20.9.2017 in seinem Prüfungsvermerk an den Kündigungsberechtigten Herrn H. In diesem wurde zwar das Telefonat zwischen dem Kläger und Herrn S. nicht erwähnt, jedoch wurde der wesentliche Sachverhalt konkret mitgeteilt. Ab diesem Zeitpunkt ist von dem Beginn der Frist des § 626 Abs. 2 BGB auszugehen ist, da in dem Prüfungsvermerk jedenfalls die kündigungsrelevanten Tatsachen mitgeteilt wurden.

Die Beklagte hat den Sachverhalt in der Folge dem Justizariat zur rechtlichen Prüfung vorgelegt. Die Prüfungen dort waren am 11.10.2017 abgeschlossen! Das Justizariat wies dabei darauf hin, dass die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB bereits abgelaufen sei. Erstmals am 13.10.2017 hörte die Beklagte den Kläger zu dem Sachverhalt an. Es ist dabei nicht nachvollziehbar, welche konkreten Ermittlungen die Beklagte in der Zeit vom 20.9.2017 bis zum 11.10.2017, mithin in einem Zeitraum von drei Wochen, angestellt haben will. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass sie aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt hat, die ihr eine

## Bestandsschutz

umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollten. Die Beklagte hat behauptet, dass eine rechtliche Prüfung erforderlich gewesen sei. Sie hat pauschal behauptet, dass sie geprüft habe, ob die Aussage des Herrn Dr. med. K. vom 15.9.2017, dass die vorherigen E-Mails nicht von ihm stammen würden, der Wahrheit entspreche und ob der Kläger hierzu in Verbindung stehe. Weiter behauptet sie pauschal, die Ermittlungen seien am 11.10.2017 abgeschlossen gewesen. Dieser unsubstanzierte Vortrag ist in Anbetracht der oben genannten Anforderungen an die Darlegungslast der erforderlichen Ermittlungen ungenügend. Es ist weder erkennbar welche Tatsachen konkret ermittlungsbefürdigt gewesen sein sollen noch welche weiteren Ermittlungen erforderlich gewesen sollen. Es ist nichts dazu vorgetragen, welche Ermittlungen die Beklagte vorgenommen haben will. Auch die Behauptung, es sei eine rechtliche Prüfung erforderlich gewesen und es sei zu prüfen gewesen, welche Straftatbestände ggf. erfüllt seien, ersetzt nicht einen substantiierten Vortrag dazu, welche Ermittlungen warum erforderlich waren und angestellt worden sind. Nachvollziehbare Gründe für eine Ermittlungsdauer von drei Wochen sind jedenfalls nicht genannt.

■ Arbeitsgericht Frankfurt / Main

vom 17.5.2018 – 12 Ca 8088/17

eingereicht von Rechtsanwalt Stefan Schneider

Auf dem Hohenstein 5, 61231 Bad Nauheim

Tel.: 06032/9268722, Fax: 06032/9268724

www.arbeitsrecht-wetterau.de

### 119. Außerordentliche Kündigung, private Haushaltshilfe auf Kosten des Arbeitgebers, Darlegungs- und Beweislast für Entschuldigungsgründe

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Weiterhin war vorliegend jedenfalls die Vergütung von Frau Kr zu Lasten der Beklagten für Leistungen im Haushalt des Klägers auch im konkreten Einzelfall geeignet, eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers zu rechtfertigen. (...)

Der Kläger hat in eigenem Namen einen geringfügigen Arbeitsvertrag mit Frau Kr über die Erbringungen von Haushaltsleistungen im Umfang von 32 Stunden pro Kalendermonat abgeschlossen. Sodann wurde Frau Kr von dem Kläger als geringfügige Angestellte der Beklagten angemeldet und bezog ihre Vergütung seit März 2016 von dieser. Der Umfang der von Frau Kr bezogenen Vergütung entspricht im Wesentlichen der für den Kläger erbrachten Arbeitsleistung im Umfang von 32 Stunden pro Kalendermonat und lag nur in einigen Monaten wenige Stunden oberhalb der mit dem Kläger arbeitsvertraglich vereinbarten Stunden. Auch der Kläger hat nicht behauptet bzw. dargelegt, ob und ggf. wann Frau Kr Arbeitsleistungen für die Beklagte erbracht haben soll. Dementsprechend wurde das von Frau Kr bezogene Arbeitsentgelt insgesamt für die bei dem Kläger erbrachten Arbeitsleistungen

gezahlt. Damit aber hat der Kläger Leistungen von der Beklagten bezogen, für die keine Veranlassung bestand und hierdurch das Vermögen der Beklagten geschädigt.

Soweit der Kläger den unentgeltlichen Bezug der Leistungen von Frau Kr damit zu rechtfertigen versucht, dass dies auf einer Absprache zwischen ihm und dem Geschäftsführer der Beklagten beruhe, kann der Kläger diesen Einwand nicht hinreichend substantiiert und unter Beweisantritt darlegen. Grundsätzlich ist der kündigende Arbeitgeber verpflichtet, alle Umstände darzulegen und zu beweisen, die eine Kündigung begründen. Hierzu gehören auch die Tatsachen, die einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund für das Verhalten des Arbeitnehmers ausschließen (vgl. BAG v. 17.3.2016 – 2 AZR 110/15). Allerdings darf es nicht zu einer Überforderung der mit der Darlegungs- und Beweislast belegten Partei kommen, so dass sich ihr Umfang danach richtet, wie substantiiert sich der gekündigte Arbeitnehmer auf die Kündigungsgründe einlässt. Es gilt eine abgestufte Verteilung der Darlegungs- und Beweislast (LAG Rheinland-Pfalz v. 3.7.2014 – 5 Sa 27/14). Nicht ausreichend ist es, dass der gekündigte Arbeitnehmer Rechtfertigungsgründe pauschal ohne nähere Substantiierung vorbringt (BAG v. 19.12.1991 – 2 AZR 367/91; vgl. ferner BAG v. 17.3.2016 – 2 AZR 110/15). Vielmehr ist der Arbeitnehmer nach § 138 Abs. 2 ZPO gehalten, die Gründe, aus denen er seine Rechtfertigungsgründe herleiten will, ausführlich vorzutragen, um damit die seitens des Arbeitgebers gegen ihn erhobenen Vorwürfe hinreichend zu bestreiten (BAG v. 19.12.1991 – 2 AZR 367/91). Entsprechend ist eine konkrete Angabe der dem Rechtfertigungsgrund zugrundeliegenden Tatsachen erforderlich, damit der Arbeitgeber diese gegebenenfalls konkret bestreiten kann (vgl. BAG v. 19.12.1991 – 2 AZR 367/91). Kommt der Arbeitnehmer in einer solchen Prozesslage seiner sekundären Darlegungslast nicht nach, gilt das tatsächliche Vorbringen des Arbeitgebers i.S.v. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BAG v. 17.3.2016 – 2 AZR 110/15).

Soweit der Kläger sich mithin darauf beruft, dass er in einem Gespräch im Januar 2016 mit dem Geschäftsführer der Beklagten vereinbart habe, dass Frau Kr auch für diesen arbeiten und daher einen Arbeitsvertrag der Beklagten erhalten solle, hat der Kläger die zu seiner Entlastung vorgetragenen Tatsachen nicht hinreichend konkret dargelegt. Insbesondere konkretisiert der Kläger nicht, wann und unter welchen Umständen das entsprechende Gespräch zwischen ihm und dem Geschäftsführer der Beklagten stattgefunden haben soll. Auch können seitens des Klägers keine Zeugen für dieses Gespräch benannt werden, lediglich das Gesprächsergebnis sei auch Frau Kr mitgeteilt worden. Damit aber kann der Kläger nicht substantiiert darlegen, dass die Bezahlung von Frau Kr durch die Beklagte mit dieser abgesprochen war. Mangels hinreichend substantiiertem Tatsachenvortrag des Klägers wann und mit welchem konkreten Inhalt das Gespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten stattgefunden haben soll, durfte sich die Beklagte insoweit darauf beschränken, konkret zu be-

streiten, dass ein solches Gespräch stattgefunden hat. Es wäre sodann an dem Kläger, substantiiert und unter Beweisantritt zu dem Gesprächsdatum und -verlauf vorzutragen. (...) Mit hin ist nach dem beiderseitigen Tatsachenvortrag sowie den unstreitigen Tatsachen festzustellen, dass der Kläger eine Haushaltshilfe auf Kosten der Beklagten eingestellt hat, ohne hierzu berechtigt gewesen zu sein. Hierdurch hat der Kläger das Vermögen der Beklagten geschädigt. Eine solche Vermögensschädigung ist geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers darzustellen.

■ Arbeitsgericht Köln  
vom 11.10.2017 – 20 Ca 7976/16  
eingereicht von Rechtsanwalt Rolf Krügermeyer-Kalthoff  
Hauptstraße 331, 51143 Köln  
Tel.: 02203/955670, Fax: 02203/9556713

### 120. Auflösungsantrag nach Betriebsübergang

Ein Arbeitgeber, der eine Kündigung vor einem Betriebsübergang ausgesprochen hat, ist wegen des Verlustes der Arbeitgeberstellung durch den Betriebsübergang nicht mehr aktiv legitimiert für einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Auflösungszeitpunkt zeitlich nach dem Betriebsübergang liegt (im Anschluss an BAG v. 24.5.2005 – 8 AZR 246/04).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 23.5.2018 – 1 Sa 762/17

### 121. Auflösungsantrag, leitender Angestellter, Personalkompetenz als prägende Aufgabe

Auch wenn der Arbeitnehmer Mitglied der ersten Führungsebene und leitender Angestellter i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes ist, gehört er bei vertraglich eingeräumter Einstellungs- und Entlassungsbefugnis dem Personenkreis der leitenden Angestellten i.S.v. § 14 Abs. 2 KSchG nur an, wenn die ihm eingeräumten Personalkompetenzen tatsächlich prägend für sein Aufgabengebiet sind. Werden sie auf Unternehmensebene u.a. durch Strategieentscheidungen und kollektivrechtliche Regelungen beschränkt und haben sie im Ergebnis nur noch eine untergeordnete Bedeutung, bedarf der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses einer Begründung.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 23.5.2018 – 1 Sa 762/17

## Betriebsverfassungsrecht/ Personalvertretungsrecht

### 122. Betriebsvereinbarung, Ablösung betrieblicher Übung zu Ungunsten des Arbeitnehmers

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Es stellt sich die Frage, ob die Ansprüche aus betrieblicher Übung nicht „betriebsvereinbarungsoffen“ sind. 2009 hat das BAG das zwar verneint (BAG 3.8.2009 – 10 AZR 483/08), es besteht aber die Tendenz, dass kollektive Regelungsgegenstände (wozu eine betriebliche Übung gehört) auch betriebsvereinbarungsoffen sind (LAG Düsseldorf v. 7.7.2017 – 6 Sa 172/17).

Die Berufung war aufgrund der grundsätzlichen Frage, ob eine betriebliche Übung noch als betriebsvereinbarungsoffen anzusehen ist, nach § 64 Abs. 3 Ziffer 1 ArbGG zuzulassen.

■ Arbeitsgericht Kaiserslautern  
vom 13.3.2018 – 3 Ca 53/18  
eingereicht von Rechtsanwalt Uwe Kistner  
Jakob-Schiffer-Straße 2, 67304 Eisenberg  
Tel.: 06351/132630, Fax: 06351/132633  
www.kanzlei-kistner.de

### 123. Betriebsrat, Mitbestimmung, kein Unterlassungsanspruch bei (bereits durchgeführter) Betriebsänderung

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Ob dem Betriebsrat ein Anspruch auf Unterlassung einer Betriebsänderung bis zum Abschluss der Verhandlungen über einen Interessenausgleich zusteht oder ob im Rahmen des § 111 BetrVG ein Unterlassungsanspruch bereits vom Grundsatz her nicht in Betracht kommt, ist umstritten.

Teilweise wird ein solcher Anspruch wegen der fehlenden gesetzlichen Regelung und unter Hinweis auf den Nachteilsausgleich in § 113 BetrVG grundsätzlich verneint (vgl. LAG Baden-Württemberg v. 21.10.2009 – 20 TaBVGa 1/09; LAG Nürnberg v. 9.3.2009 – 6 TaBVGa 2/09; LAG Rheinland-Pfalz v. 24.11.2004 – 9 TaBV 29/04). Dieser Auffassung hat sich die Beschwerdekammer im Beschl. v. 27.8.2014 – 4 TaBVGa 4/14 angeschlossen.

Nach anderer Ansicht steht dem Betriebsrat ein Anspruch auf Unterlassung einer Betriebsänderung bis zum Zustandekommen oder endgültigen Scheitern eines Interessenausgleichs zu, da nur auf diese Weise der Verhandlungsanspruch des Betriebsrats nach § 112 BetrVG hinsichtlich des Interessenausgleichs gesichert werden könne (vgl. LAG Hamm v. 17.2.2015 – 7 TaBVGa 1/15; LAG Schleswig-Holstein v. 15.12.2010 – 3 TaBVGa 12/10).

Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, welcher der vorgenannten Auffassungen zu folgen ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass im Zusammenhang mit Betriebsänderungen i.S.v. § 111 BetrVG grundsätzlich Unterlassungsansprüche des

## Betriebsverfassungsrecht

Betriebsrats jedenfalls zur Sicherung seines Verhandlungsanspruchs denkbar sind, sind die Voraussetzungen für einen derartigen Anspruch vorliegend nicht (mehr) gegeben. Ein Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung einer Betriebsänderung besteht jedenfalls dann nicht (mehr), wenn die Betriebsänderung bereits durchgeführt worden ist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 22.3.2018 – 4 TaBV 20/17

### 124. Betriebsrat, Mitbestimmung, keine einstweilige Unterlassungsverfügung nach Blockade des Einigungsstellenverfahrens durch Betriebsrat

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Es liegt indes ein Verfügungsgrund nicht vor.

Unter Verfügungsgrund ist die Dringlichkeit einer regelnden Entscheidung zu verstehen. Sie muss notwendig sein, um zu verhindern, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder erschwert wird oder um sonstige wesentliche Nachteile abzuwenden, §§ 935, 940 ZPO.

An sich ist die Dringlichkeit in Fällen, in denen der Arbeitgeber einseitig Maßnahmen, die dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegen, durchführt oder durchführen will, zu bejahen, wenn der Zeitablauf dazu führen würde, dass der Arbeitgeber die Maßnahme unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts faktisch erzwingen könnte. Vorliegend kann das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers zwar nicht mehr wahrgenommen werden, wenn der 15.6.2018 verstrichen ist und sich damit auch die eingesetzte Einigungsstelle erledigt hat.

Ein Verfügungsgrund ist indes dann zu verneinen, wenn der Anspruchsteller selbst dazu beigetragen hat, dass eine Entscheidung über den Streit erforderlich wird und diese nunmehr wegen des Zeitablaufs nicht mehr im Hauptsacheverfahren erhältlich ist. Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt und gilt in der Regel dann, wenn der Gläubiger des Anspruchs lange zugewartet hat, bis er gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen hat (*Zoller*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 32. Aufl., Rn 4 f. zu § 940).

Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben. Allerdings ist nicht darauf abzustellen, ob und wann der Antragsteller gerichtliche Hilfe hätte in Anspruch nehmen können. Vielmehr ist entscheidend, ob die Einigungsstelle hätte angerufen werden können.

Gelingt es dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber nicht, sich über einen mitbestimmungspflichtigen Tatbestand zu einigen, ist im weiteren Verlauf nicht das Arbeitsgericht anzurufen. Vielmehr ist in den Fällen der Mitbestimmung jeweils gesetzlich bestimmt, dass die Einigungsstelle anzurufen sei. So gilt im hierzu entscheidenden Fall § 87 Abs. 2 BetrVG, der vorsieht, dass in den Fällen, in denen es eine Einigung über eine Angelegenheit nach Abs. 1 nicht gibt, die Einigungsstelle entscheidet. Das Betriebsverfassungsgesetz hat somit eine klare

Regelung für den Fall geschaffen, wie zu verfahren ist, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat bezüglich einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit gemeinsam keine Lösung finden.

Der Antragsteller hat es unter Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) verhindert, dass die Frage der Verlängerung der Arbeitszeit in der Einigungsstelle geklärt wurde. Zwar oblag es nicht dem Antragsteller, die Einigungsstelle anzurufen und ihr Zustandekommen zu initiieren. Die Einigungsstelle entscheidet nur, wenn dies eine oder beide Betriebsparteien beantragen. In aller Regel wird, wenn nur eine Betriebspartei die Veränderung eines bestehenden Zustandes anstrebt, es diese Partei sein, die aktiv wird, um eine Einigungsstelle zu beauftragen.

Der Antragsteller hat indes die Bemühungen der Antragsgegnerin, die Angelegenheit in die Einigungsstelle zu bringen, unterlaufen. Die Antragsgegnerin hat bereits am 5.4.2018 beim Antragsteller beantragt, die Zustimmung zur längeren Öffnungszeit am 15.6.2018 zu erteilen. Dies hat der Antragsteller unter dem 19.4.2018 abgelehnt. Ein Betriebsrat ist nicht verpflichtet, die Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme zu erteilen. Er kann sie vielmehr verweigern, ohne dass dies überhaupt begründet werden muss.

Die Antragsgegnerin hat den Antragsteller unter dem 9.5.2018 darauf hingewiesen, dass, nachdem eine Einigung nicht zustande gekommen sei, die Einigungsstelle zu befinden habe. Sie hat dem Antragsteller einen konkreten Vorschlag unterbreitet, wer den Vorsitz der Einigungsstelle übernehmen und wie viele Beisitzer teilnehmen sollten. Der Antragsteller sollte sich bis 11.5.2018 äußern.

Der Antragsteller hat es unterlassen, eine Erklärung abzugeben. Er hat der Einigungsstelle und ihrer von der Antragsgegnerin vorgeschlagenen Besetzung weder zugestimmt noch hat er Einwendungen dagegen vorgebracht. Vielmehr hat er geschwiegen mit der Folge, dass die Antragsgegnerin gehalten war, gemäß § 100 ArbGG das Arbeitsgericht Nürnberg anzurufen.

Dem Antragsteller war bekannt, dass die Angelegenheit nur durch eine Einigungsstelle geklärt werden konnte und dass sie eilbedürftig war. Soweit er sich darauf beruft, es bestehe keine rechtliche Verpflichtung, sich einer Einigungsstelle ohne entsprechende gerichtliche Entscheidung zu stellen, ist dies nur grundsätzlich zutreffend. Die Arbeitsgerichte werden, wie alle anderen Gerichte auch, vorgehalten, um Streitigkeiten zu regeln und so den Rechtsfrieden zu gewährleisten. Demgegenüber hat der Antragsteller die Antragsgegnerin offensichtlich in das Verfahren nach § 100 ArbGG gezwungen, um Zeit zu gewinnen und sich den Verhandlungen in einer Einigungsstelle und einem etwaigen von ihm nicht gewünschten Spruch zu entziehen. So hat der Antragsteller weder vorgebracht noch im Termin am 6.6.2018 im Verfahren beim Arbeitsgericht Nürnberg selbst Einwendungen erhoben, die die Besetzung der Einigungsstelle betrafen, sondern lediglich gel-

tend gemacht, die (dortige) Antragstellerin solle den Antrag zurücknehmen, da eine inhaltliche Lösung der Thematik nicht mehr erreicht werden könne. Dies war objektiv falsch, da auch nach der Entscheidung des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 6.6.2018 eine Sitzung der Einigungssteile ohne weiteres hätte stattfinden können, hätte der Antragsteller nicht angekündigt, gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Beschwerde einlegen zu wollen, obwohl auch zu diesem Zeitpunkt Einwendungen nicht erhoben waren.

Der Antragsteller hat es demgemäß ohne sachliche Begründung unterlassen, das Instrumentarium, das der Gesetzgeber zur Verfügung gestellt hat, um dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats Geltung zu verschaffen, in Anspruch zu nehmen, ohne dass hierfür ein sachlich einleuchtender Grund ersichtlich ist. Insbesondere wäre es spätestens ab Mitte Mai 2018 ohne weiteres möglich gewesen, in der Einigungssteile eine Lösung des Problems zu erreichen, nötigenfalls durch einen Spruch. Soweit sich der Antragsteller darauf beruft, er habe aus der Belegschaft in Nürnberg klar den Auftrag erhalten, der Sonderöffnung nicht zuzustimmen, ist dies unerheblich. Der Betriebsrat hat kein imperatives Mandat, sondern führt sein Amt eigenverantwortlich, wobei er insbesondere den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu berücksichtigen hat.

Nur am Rande sei angemerkt, dass insbesondere die Einwendungen des Antragstellers gegen die Verlängerung der Öffnungszeiten in der Einigungssteile besprochen worden wären und nach aller Erfahrung auch sonstige, vorzugsweise finanzielle Anreize für die Beschäftigten hätten gefunden werden können.

Der vom Antragsteller geltend gemachte Unterlassungsanspruch soll das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sichern. Nachdem sich der Antragsteller ohne plausiblen Grund der Einigungssteile entzogen und damit selbst verursacht hat, dass sein Mitbestimmungsrecht im Ergebnis nicht zum Tragen gekommen ist, fehlt es am Verfügungsgrund.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 15.6.2018 – 3 TaBVGa 2/18  
eingereicht von Rechtsanwältin Linda Pouyadou  
Steingasse 13, 86150 Augsburg  
Tel.: 0821/7101030, Fax: 0821/71010399  
www.hsk-arbeitsrecht.de

### 125. Einigungsstelle, Anzahl der Beisitzer, Regelbesetzung mit zwei Beisitzern

1. Bei der gerichtlichen Festsetzung der Anzahl der Beisitzer einer Einigungsstelle ist zu berücksichtigen, dass Effizienz und Arbeitsfähigkeit der Einigungsstelle unter einer zu hohen Anzahl von Beisitzern leiden können und dass die Einigungsstelle nach § 76 Abs. 3 Satz 1 BetrVG einen gesetzlichen Auftrag nicht nur zur unverzüglichen Aufnahme ihrer Tätigkeit, sondern auch zur zügigen und konzentrierten weiteren Durchführung des Verfahrens bis zu seinem Abschluss hat.

2. Im Regelfall ist eine Einigungsstelle mit je zwei Beisitzern auf jeder Seite zu besetzen. Das entspricht der üblicherweise erforderlichen Besetzung auf beiden Seiten mit je einer – meist internen – die betrieblichen Gegebenheiten und Sachfragen kennenden und einer – oft externen – rechtskundigen Person (h.M., vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 12.7.2017 – 4 TaBV 23/17; LAG Hamm v. 10.8.2015 – 7 TaBV 43/15; LAG Düsseldorf v. 4.2.2013 – 9 TaBV 129/12; Hessisches LAG v. 3.11.2009 – 4 TaBV 185/09; LAG Hamm v. 9.2.2009 – 10 TaBV 191/08; *Fitting*, BetrVG, § 76 Rn 20; *GMP/Künzl*, ArbGG, Anhang I. „Einigungsstellenverfahren“ Rn 67 f.; *Kliemt*, in: Schwab/Weth, ArbGG, Anhang „Einigungsstellenverfahren“ Rn 80 m.w.N.; a.A. *DKKW/Berg*, BetrVG, § 76 Rn 27 f.).

3. Im Übrigen richtet sich die Anzahl der Beisitzer nach folgenden Kriterien und kann dann je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles eine höhere oder niedrigere als die Regelbesetzung rechtfertigen:

- Schwierigkeit und Umfang der Regelungsstreitigkeit
  - Zumutbarkeit der mit einer höheren Beisitzerzahl verbundenen Kostenbelastung des Arbeitgebers
  - Bedeutung der Angelegenheit nur, soweit sich bei außergewöhnlich weitreichenden Auswirkungen der Entscheidung der Einigungsstelle schon hieraus die Notwendigkeit einer personellen Verstärkung ihrer Fachkompetenz ergibt.
4. Irrelevant für die Bemessung der Beisitzerzahl ist die Betriebsgröße als solche. Ihr kann im Einzelfall bei der Beurteilung der Bedeutung der Angelegenheit Relevanz zukommen. Eine in ihren Auswirkungen relativ unbedeutende Angelegenheit wie eine Schulungsmaßnahme wird aber nicht allein deshalb bedeutender, weil sie für besonders viele Mitarbeiter relativ unbedeutende Auswirkungen hat.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 8.5.2018 – 3 TaBV 15/18

### 126. Sozialplan, Sprinterprämie in freiwilliger BV, Stichtagsregelung

Die Betriebsparteien können bei einer möglichen Betriebsänderung im Interesse des Arbeitgebers zusätzlich zu einem Sozialplan in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung Leistungen für den Fall vorsehen, dass der Arbeitnehmer von der Möglichkeit zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage keinen Gebrauch macht oder nach Abschluss der Betriebsvereinbarung einen Aufhebungsvertrag schließt. Sie dürfen Arbeitnehmer hiervon ausnehmen, die vor einem Stichtag, der vor dem Abschluss der Betriebsvereinbarung liegt, bereits einen Aufhebungsvertrag geschlossen hatten.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 16.1.2018 – 6 Sa 359/17



## Sonstiges

## Tarifrecht

**127. TV FlexAZ, kein Anspruch auf Altersteilzeit in Betrieben unter 40 Beschäftigten**

In Verwaltungen/Betrieben kommunaler Arbeitgeber mit weniger als 40 Tarifbeschäftigten besteht kein Anspruch auf Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses nach § 4 TV FlexAZ (Tarifvertrag zu flexiblen Arbeitszeitregelungen für ältere Beschäftigte).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 30.5.2018 – 2 Sa 55/18

## Sonstiges

**128. Massenentlassung, Begriff des „beherrschenden Unternehmens“**

Art. 2 Abs. 4 Unterabs. 1 der Richtlinie 98/59/EG ist dahin auszulegen, dass unter einem „den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen“ jedes Unternehmen zu verstehen ist, das mit dem Arbeitgeber durch Beteiligungen an dessen Gesellschaftskapital oder durch andere rechtliche Verbindungen verbunden ist, die es ihm ermöglichen, einen bestimmenden Einfluss in den Entscheidungsorganen des Arbeitgebers auszuüben und ihn zu zwingen, Massenentlassungen in Betracht zu ziehen oder vorzunehmen. Rein tatsächliche Kriterien wie das Bestehen eines gemeinsamen Vermögensinteresses genügen nicht.

■ Europäischer Gerichtshof  
vom 7.8.2018 – C-61/17, C-62/17 und C-72/17  
eingereicht von Rechtsanwalt Friedemann Koch  
Marburger Straße 16, 10789 Berlin  
Tel.: 030/21248990, Fax: 030/212489920  
www.friedemann-koch.de

**129. Schmerzensgeld, schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Versuch, Kündigungsgründe gegenüber Betriebsratsmitgliedern zu konstruieren, Haftung des beratenden Rechtsanwalts****Leitsätze der Redaktion:**

1. Das gezielte Einschleusen betriebsfremder Personen in die Belegschaft mit dem Ziel, Betriebsratsmitgliedern wahrheitswidrig vertragswidriges Verhalten zu unterstellen (Tätlichkeiten gegenüber Kollegen) oder vertragspflichtiges Verhalten aktiv hervorzurufen (Abschieds-Umtrunk mit Alkohol während der Nachtschicht und hierauf gerichtete Kontrolle durch das Management) mit dem Ziel, unliebsame Betriebsratsmitglieder aus dem Unternehmen zu entfernen (zur Pressebeurteilung des NDR: „Die Rausschmeißer – Feuern um jeden Preis“) stellt eine schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung dar.

2. Das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht

im Privatrechtsverkehr und insbesondere auch im Arbeitsverhältnis ist zu beachten (BAG v. 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13). Bei einem derart intensiven Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist eine angemessene Entschädigung zu leisten, die angesichts der Schwere nicht unter drei Monatsgehälter fallen darf. Hierbei hat sich die Kammer von der Entschädigung bei Verletzung des Benachteiligungsverbots in § 15 Abs. 2 AGG leiten lassen und eine Entschädigung in Höhe von drei aktuellen Gehältern festgesetzt.

3. Die Begründetheit eines Schmerzensgeldanspruchs gegen den dem Arbeitgeber zu dieser Vorgehensweise ratenden Rechtsanwalt wurde im Rahmen des Teilurteils offengelassen, da vorab über die Rüge der Rechtswegzuständigkeit zu entscheiden ist.

■ Arbeitsgericht Gießen  
vom 26.1.2018 – 3 Ca 433/17

eingereicht von Rechtsanwalt Stefan Schneider  
Auf dem Hohenstein 5, 61231 Bad Nauheim  
Tel.: 06032/9268722, Fax: 06032/9268724  
www.arbeitsrecht-wetterau.de

**130. Verzug, Abführung der Lohnsteuer zum gesetzlichen Fälligkeitszeitpunkt verspätet****Leitsätze der Redaktion:**

1. Ein arbeitsgerichtlicher Vergleich, der vorsieht, dass der Arbeitgeber „eine Abfindung i.H.v. 9.000 EUR brutto in monatlichen Raten zu je 1.000 EUR jeweils zum Ersten des Monats“ zahlt, lässt drei mögliche Auslegungen zu:

Zum einen ist denkbar, dass die Parteien vereinbart haben, dass jeden Monat erneut aus einem Betrag von 1.000 EUR brutto Lohnsteuer abgeführt und der sich ergebende Restbetrag an den Arbeitnehmer ausgezahlt wird. Der Vergleich kann ferner so ausgelegt werden, dass die Vergleichssumme zum Erhalt der steuerlichen Begünstigung (Fünftelungsprinzip) in einer Summe abzurechnen und ans Finanzamt abzuführen ist, sowie an den Arbeitnehmer die errechnete Nettosumme in neun gleichen Beträgen zu zahlen war. Der Vergleich kann aber auch so ausgelegt werden, dass die Steuern in einem Betrag zu zahlen waren und die an den Arbeitnehmer netto fließende Summe in Beträgen von jeweils 1.000 EUR zu begleichen war.

2. In jedem Fall gilt die im Vergleich vereinbarte Fälligkeitsregelung auch für die Abführung der Lohnsteuer an das Finanzamt. Da grundsätzlich der Arbeitnehmer Steuerschuldner ist, der Arbeitgeber lediglich Zahlstelle, unterfallen die an das Finanzamt abzuführenden Anteile der Brutto-Forderung keinen anderen Fälligkeitsregelungen als die an den Arbeitnehmer auszuzahlende Netto-Forderung.

3. Lässt der Arbeitgeber die Lohnsteuer erst zum gesetzlichen Fälligkeitstermin am 15. des Monats von der Finanzverwal-

tung kraft Lastschriftinzug einziehen, gerät der Arbeitgeber in Verzug.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 5.9.2018 – 2 Ta 165/18  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Martin Riemer  
Kaiser-Wilhelm-Ring 27-29, 50672 Köln  
Tel.: 0221/9333560, Fax: 0221/93335619  
www.dr-riemer.de

### 131. Verzugspauschale, kein Anspruch im Arbeitsverhältnis

Arbeitnehmer haben keinen Anspruch auf die gesetzliche Verzugspauschale. Zwar findet § 288 Abs. 5 BGB grundsätzlich auch in Fällen Anwendung, in denen sich der Arbeitgeber mit der Zahlung von Arbeitsentgelt in Verzug befindet. Allerdings schließt § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch wegen erstinstanzlich entstandener Beitreibungskosten, sondern auch einen entsprechenden materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch und damit auch den Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB aus.

■ Bundesarbeitsgericht  
vom 25.9.2018 – 8 AZR 26/18

## Prozessuales

### 132. Zulässigkeit des Rechtswegs, Bewerbungsverfahrensanspruch

Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des geltend gemachten Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG nach § 2 Abs. 1 Nr. 3c ArbGG eröffnet, wenn das betreffende öffentliche Amt im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden soll.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 15.08.2018 – 2 Ta 77/18

### 133. Zulässigkeit des Rechtswegs, keine Zusammenhangszuständigkeit bei Vergütungsklage

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist nicht eröffnet. Für den Antrag zu 3 besteht keine Zusammenhangszuständigkeit nach § 2 Abs. 3 ArbGG. Ein sic-non-Antrag kann nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG v. 11.6.2003 – 5 AZB 43/02) nicht angenommen werden. § 2 Abs. 3 ArbGG findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit für die Zusammenhangsklage allein aus der Verbindung mit einem sic-non-Antrag folgen kann (vgl. BAG a.a.O.).

a) Die Klägerin hat im Klageantrag zu Ziffer 3 Vergütung gefordert. Für diesen Zahlungszeitraum von April bis Mai 2017 liegt die Geltendmachung rückständiger Leistungen vor, de-

ren Bestand unabhängig von der Rechtsqualität des Beschäftigungsverhältnisses ist.

Eine Zuständigkeitsbegründung über das Rechtsinstitut des sic-non-Falles scheidet aus. Anspruchsgrundlage dieses Vergütungsanspruchs kann sowohl die Tätigkeit als freier Mitarbeiter als auch ein Arbeitsverhältnis sein. Es handelt sich insoweit um einen sog. aut-aut-Fall, bei dem das Gericht im Rahmen der Rechtswegentscheidung zu prüfen hat, ob die tatsächlichen Voraussetzungen einer Arbeitnehmereigenschaft oder zumindest die Voraussetzung der Zuordnung zur Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen vorliegen (LAG Rheinland-Pfalz v. 3.9.2010 – 10 Ta 119/10). Die Darlegungs- und Beweislast für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft oder die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person trifft dabei vorliegend die Klägerin.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht  
vom 15.5.2018 – 4 Ta 27/18 (9)  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross  
Schorlemmerstraße 2, 04155 Leipzig  
Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224  
www.advo-gross.de

### 134. Amtsermittlung im Beschwerdeverfahren; Verwertung von Videoaufzeichnungen des Arbeitgebers

#### Aus den Entscheidungsgründen:

1. Die Videoaufzeichnungen und die Aussage der dazu befragten Zeugen sind im vorliegenden Rechtsstreit verwertbar.

a) Nach Auffassung der Kammer liegt in der Auswertung der Videoaufzeichnungen durch den Zeugen [...] kein Verstoß gegen die Betriebsvereinbarung.

b) Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen sind nicht festzustellen. Die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten zur Aufdeckung von Straftaten gem. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F. setzt nach der im Oktober 2016 maßgeblichen Rechtslage lediglich einen „einfachen“ Verdacht im Sinne eines Anfangsverdachts voraus, der über wage Anhaltspunkte und bloße Mutmaßungen hinausgehen musste (BAG, Urt. v. 20.10.2016 – 2 AZR 395/15, BAGE 157, 69 – 83, Rn 25). Das war hier der Fall. (...)

d) Die Beweisaufnahme durch die Beschwerdekammer leidet schließlich nicht unter einem wesentlichen Verfahrensmangel. Insbesondere dürfte kein mangels Einverständnis der Beteiligten unzulässiger Freibeweis i.S.d. § 284 S. 2 ZPO vorliegen. Nach § 83 Abs. 2 ArbGG ist das Gericht gehalten, immer dann Beweis zu erheben, wenn die Wahrheit einer entscheidungserheblichen Tatsache nicht feststeht (GMP/Spinner, ArbGG § 83 Rn 99). Die Beweiserhebung bedarf keines Beweisantrages durch einen Beteiligten (GMP/Spinner ArbGG § 83 Rn 100). Für die Beweisaufnahme gelten nach § 80 Abs. 2 ArbGG die Vorschriften über das Urteilsverfahren, also auch die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den Zeugenbeweis und die Einnahme des Augenscheins. Während sich das Gericht im Urteilsverfahren aber darauf beschränken kann,

## Streitwert und Gebühren

gem. § 139 ZPO darauf hinzuwirken, dass ungenaue Angaben ergänzt und Beweismittel bezeichnet werden, hat es im Beschlussverfahren den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln. Es ist daher berechtigt und verpflichtet, im Rahmen der gestellten Anträge von sich aus eigene Erhebungen anzustellen (BAG v. 21.10.1980 – 6 ABR 41/78; GMP/Spinner, ArbGG § 83, Rn 101). Das Gericht hat daher die aus seiner Sicht maßgeblichen Zeugen gehört und die von der Antragstellerin zur Akte gereichten Screenshots, die das verdächtige Verhalten des Beteiligten [...] dokumentierten, in Augenschein genommen. Der Vorhalt der Screenshots und der Videoaufzeichnungen, die die Antragstellerin zum Termin mitgebracht hatte, diente der Aussageerleichterung und war gern. § 378 ZPO zulässig.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 6.7.2018 – 9 TaBV 47/17  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Leister  
Bischof-Hemmerle-Weg 9, 52076 Aachen  
Tel.: 0241/510550, Fax: 0241/51055260  
www.steinundpartner.de

## Streitwert und Gebühren

### 135. Streitwert, Teilzeitbegehren wie Änderungskündigung zu bewerten

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Bei einem Streitwert über das Teilzeitbegehren eines Arbeitnehmers sind wegen der Vergleichbarkeit mit einer sog. Änderungsschutzklage die Regeln über die Bemessung des Streitwerts einer Änderungskündigung heranzuziehen. Denn ebenso wie es bei der Änderungsschutzklage um den Inhaltsschutz des Arbeitsverhältnisses geht, will der Arbeitnehmer mit seinem Wunsch auf Reduzierung der Arbeitszeit in den Inhalt des Arbeitsverhältnisses eingreifen. Für die Streitwertfestsetzung ist die Klage des Arbeitnehmers auf Herabsetzung der Arbeitszeit daher lediglich das Gegenteil einer Klage, mit der er sich gegen eine Herabsetzung seiner Arbeitszeit durch eine Änderungskündigung des Arbeitgebers wehrt.

Änderungsschutzklagen sind als Streitigkeiten um wiederkehrende Leistungen gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 GKG regelmäßig mit dem dreifachen Jahresbetrag der wiederkehrenden Leistung zu bemessen. Gleichzeitig ist dabei allerdings zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die in § 42 Abs. 3 GKG geregelte Streitwertobergrenze für Bestandsschutzstreitigkeiten zu beachten. Denn es wäre nicht zu rechtfertigen, dass der Streitwert einer bloßen Änderungsschutzklage den Wert einer Bestandsschutzklage, für die die Kappungsgrenze des § 42 Abs. 3 GKG gilt, übersteigen könnte.

■ LAG Niedersachsen  
vom 25.9.2018 – 4 Ta 260/18  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Hans G. Holly  
Gartenweg 9, 29342 Wienhausen  
Tel.: 05149/9876060, Fax: 05149/92224

### 136. Gebühren, gebührenauslösende anwaltliche Tätigkeit im Rechtsmittelverfahren

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die Entgegennahme der Rechtsmittelschriften und die Prüfung auf etwaige Fristen sind Tätigkeiten, die nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 9 RVG dem vorangegangenen Rechtszug zuzuordnen und damit mit den Gebühren des Berufungsverfahrens abgegolten sind.

Aus der Bezeichnung im Beschl. v. 23.1.2018 als Prozessbevollmächtigter II. Instanz ergibt sich gerade nicht, dass der Beklagtenvertreter auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren tätig war. Offensichtlich geht selbst das Bundesarbeitsgericht nicht von einer Vertretung durch den Beklagtenvertreter im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren aus.

Eine allgemeine Prozessvollmacht, die bereits vor Klageerhebung erteilt wird und sich auf alle im Verfahren möglichen Eventualitäten erstreckt, ist ebenfalls kein Nachweis für eine Tätigkeit im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren. Gebührenauslösend kann eine solche Tätigkeit nur dann sein, wenn die Partei zusätzlich einen ausdrücklichen Auftrag zur Vertretung im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren erteilt hat.

■ Arbeitsgericht Leipzig  
vom 27.6.2018 – 1 Ca 2731/16  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross  
Schorlemmerstraße 2, 04155 Leipzig  
Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224  
www.advo-gross.de

### 137. PKH, Mutwilligkeit bei unterlassener Geltendmachung des familienrechtlichen Prozesskostenvorschusses

#### Aus den Entscheidungsgründen:

In der Sache hat die Beschwerde leider keinen Erfolg, weil die Klägerin die prozesskostenhilfe-rechtliche Situation in Bezug auf die Prozesskostenvorschusspflicht (§ 1360a Abs. 4 BGB) ihres Ehemanns verkennt. Das Beschwerdegericht muss nach Abschluss des Prozesses zwar zunächst davon ausgehen, dass ein Prozesskostenvorschuss nicht mehr verlangt werden kann. Jedoch ist die PKH nunmehr wegen Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung zu versagen, weil der zuvor bestehende Anspruch von der Klägerin nicht geltend gemacht worden ist.

1. Für Ehegatten in ehelicher Gemeinschaft (§ 1360a Abs. 4 BGB) ist die Prozesskostenvorschusspflicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Es handelt sich um einen Unterfall des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1613 Abs. 2 BGB. Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht dafür, den Prozesskostenvorschuss nur für einen Streit um personenbezogene Angelegenheiten zu gewähren. Anerkannt ist, dass Kündigungsschutzprozesse in diesem Sinne persönliche Angelegenheiten sind (BAG v. 29.10.2007 – 3 AZB 25/07). Der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss hängt davon ab, dass der Berechtigte außerstande ist, die Kosten des Rechtsstreits selbst zu tragen. Außerdem muss der Verpflichtete selbst leistungsfähig sein, was nach

den Grundsätzen der Billigkeit (§ 115 Abs. 2 ZPO) zu bewerten ist.

a) Allerdings ergibt sich aus dem Gesetz nichts dafür, dass ein Vorschussanspruch nicht besteht, wenn der Vorschusspflichtige nur ratenweise leisten kann. Richtig ist, dass der Anwalt sich nicht mit Raten zufriedengeben muss. Wenn er Raten nicht akzeptiert, kann dennoch PKH mit Ratenzahlung in der Höhe angeordnet werden, die dem Prozesskostenvorschuss entspricht. Der Bedürftige hat das dann an den Verpflichteten weiterzuleiten (*Dürbeck/Gottschalk*, PKHA/KH, 8. Aufl. 2016, Rn 446). Ist ein Vorschussanspruch nach Abschluss des Prozesses nicht mehr realisierbar, muss das Arbeitsgericht die PKH wegen Mutwilligkeit (§ 114 ZPO) verweigern (*Dürbeck/Gottschalk*, PKH/VKH, 8. Aufl. 2016, Rn 453; OLG Hamm v. 17.6.2014 – 11-11 WP 98/14).

b) Diese Maßstäbe zugrunde gelegt, hat das Arbeitsgericht vorliegend zu Recht gegenüber der Klägerin eine Ratenzahlung von 90,00 EUR monatlich angeordnet. Diese ist bedürftig, was sich aus den Ausführungen unter 1. der Beschlussanlage ergibt. Der Streit betrifft als Kündigungsschutzprozess eine personenbezogene Angelegenheit der Klägerin. Ihr Ehemann ist als Verpflichtender leistungsfähig. Er hätte selbst ein einzusetzendes Einkommen in Höhe von 718,89 EUR und beide zusammen hätten ein Familieneinkommen in Höhe von 310,05 EUR zur Verfügung. Die Berechnung ergibt sich ebenfalls aus der Beschlussanlage unter 2. Gegen die Berechnung wendet sich die Beschwerde nicht. Vor diesem Hintergrund wäre nach § 115 Abs. 2 Satz 1 ZPO eine Monatsrate in Höhe

von 155,00 EUR angemessen. Das Gericht hat eine Rate in Höhe von 90,00 EUR für zumutbar (§ 115 Abs. 3 ZPO) gehalten. Auch Einwände gegen diese Ermessensentscheidung sind nicht geltend gemacht. Im Ergebnis hatte die Klägerin einen Vorschussanspruch in Höhe von 90,00 EUR pro Monat, den sie jedoch nicht geltend gemacht hat. Deshalb muss ihr das Beschwerdegericht bezüglich der Ratenzahlung die weitere PKH-Bewilligung verwehren. Dass sie den Anspruch nicht geltend gemacht hat, ist als mutwillig anzusehen. Es hat schlussendlich bei der arbeitsgerichtlichen Entscheidung zu verbleiben.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom 30.7.2018 – 22 Ta 108/18  
eingereicht von Rechtsanwalt Gerd Karle  
Friedrichstraße 28, 72336 Balingen  
Tel.: 07433/7098, Fax: 07433/20325  
www.karle-roethemeyer.de

### 138. PKH, kein Prozesskostenvorschuss für Zeugnisklage

Klagen, die auf die Zahlung von Entgelt oder die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses gerichtet sind, sind keine persönlichen Angelegenheiten im Sinne von § 1360a BGB. Der Ehegatte ist daher nicht zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet, der im Prozesskostenhilfverfahren zu berücksichtigen wäre.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 19.6.2018 – 3 Ta 58/18

## Neues AE Format

### Ein Thema: Zwei Arbeitsrechtler – Zwei Meinungen?

Dr. Alexander Lentz, Hamburg<sup>1</sup>

#### Welcher Ansatz steht hinter diesem neuen Format für die AE?

Die AG Arbeitsrecht des DAV steht seit jeher auch für einen umfassenden inhaltlichen Austausch zwischen Arbeitsrechtlern aus beiden „Lagern“. Workshops zu unterschiedlichen Themen – von Kollegen gemeinsam aus Sicht des Betriebsrats wie auch des Arbeitgebers präsentiert – sind seit Jahren fester Bestandteil der jährlichen Frühjahrs- und Herbsttagungen. Dieses lebendige Element unserer AG würden wir gerne auch in die AE tragen. *Ein Thema – Zwei Arbeitsrechtler – Zwei Meinungen?* greift für jede AE ein aktuelles arbeitsrechtliches Thema auf. Die Premiere widmet sich dem Thema „Brückenteilzeit“. Dafür und für alle künftigen Themen suchen wir jedes Mal aufs Neue zwei Arbeitsrechtler (m/w/d). Eine oder einer eher im Arbeitgeberlager, einer oder eine eher im Arbeitnehmerlager verortet.

#### Wer kann sich einbringen?

Wie das Kürzel „(m/w/d)“ im Absatz zuvor andeutet sind auch wir jedes Mal auf „Bewerbungen“ aus unserem Mitgliederbereich angewiesen. Das Format ist somit für alle Mitglieder offen. Wir werden lediglich darauf achten, das sich jeweils ein eher arbeitnehmer- und ein eher arbeitgeberorientierter Anwalt gegenüberstehen. Das Format bietet den Teilnehmern die Möglichkeit, sich den anderen Mitgliedern vorzustellen und miteinander ins Gespräch zu kommen. Zu Beginn des Artikels präsentiert sich das jeweilige Mitglied kurz mit Foto, Kanzleiname, Emailadresse und – wenn gewünscht – auch noch mit einem Einzeiler zu etwaigen Schwerpunkten / Spezialisierungen.

<sup>1</sup> [www.labourlawlentz.de](http://www.labourlawlentz.de).

**Was ist zu tun?**

Zu jedem Thema werden den beiden Teilnehmern 8 – 10 praxisrelevante Fragen präsentiert. Jede Frage soll mit maximal zwei bis drei Sätzen zu beantwortet werden. Für alle anderen Mitglieder soll das Ergebnis dann die Möglichkeit bieten, sich mit einem relativ kurzen Text von 2 – 3 Seiten ein Thema auch „lagerübergreifend“ zu erschließen. Ob sich dabei dann wirklich immer „Zwei Meinungen“ gegenüberstehen oder man sich ggf. auch einig ist, was der Gesetzgeber wieder einmal zu regeln versäumt hat, wird sich dann zeigen.

**Welcher Ablauf ist geplant?**

Da wir das Format erst entwickeln, ist einiges noch im Fluss. In einem ersten Schritt wird jeder Bearbeiter die Fragen mit einer Bearbeitungszeit von einem Monat erhalten. Bei aktuellen Vorgaben (bspw. Gesetzesentwürfen) kann es passieren, dass ggf. auch noch einmal kurzfristig auf Änderungen reagiert werden muss. Geplant ist im Idealfall zudem ein zweiter Schritt. Hierfür erhalten die Autoren zunächst die Antworten des anderen. In einer Telko von max. 30 Minuten besteht dann die Möglichkeit, sich mit dem Counterpart direkt auszutauschen. Im Nachgang kann der eigene Text dann noch einmal ergänzt werden. Die Premiere widmet sich dem Thema „Brückenteilzeit“. Wir freuen uns, mit Regina Bell und Dr. Christian Arnold zwei renommierte Kollegen gewonnen zu haben, die jeweils aus ihrer Sicht Stellung nehmen.

**Ein Thema: Brückenteilzeit  
Zwei Arbeitsrechtler: Regina Bell und Dr. Christian Arnold  
Zwei Meinungen?**

**Die Neuregelungen des TzBFG zum 1.1.2019  
(BT-Drucks 19/3452 vom 19.7.2018)**



© Tanja Kirschbaum

Regina Bell ist Gründungspartnerin der in München beheimateten Kanzlei Bell & Fuchs Anwältinnen im Arbeitsrecht. Sie vertritt Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer und Betriebsräte im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht.

Email: [zentrale@anwaeltinnen-arbeitsrecht.de](mailto:zentrale@anwaeltinnen-arbeitsrecht.de)

Web: [www.anwaeltinnen-arbeitsrecht.de](http://www.anwaeltinnen-arbeitsrecht.de)



Dr. Christian Arnold ist Partner der Kanzlei Gleiss Lutz in Stuttgart. Er berät Arbeitgeber zum kollektiven und individuellen Arbeitsrecht sowie beim Abschluss und der Beendigung von Dienstverträgen mit Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern.

Email: [christian.arnold@gleisslutz.com](mailto:christian.arnold@gleisslutz.com)

Web: [www.gleisslutz.com](http://www.gleisslutz.com)

## 1. Welche Regelung im Rahmen der Änderungen des TzBfG zur Brückenteilzeit wird die Praxis aus Ihrer Sicht vor die größten Herausforderungen stellen?

### Rechtsanwältin Bell:

Die größte Herausforderung für die Praxis wird trotz gewisser Erfahrungswerte zu § 8 Abs. 7 TzBfG die Bestimmung des Schwellenwerts von 45 „in der Regel beschäftigten“ Arbeitnehmern sein, zumindest solange noch keine gerichtlichen Entscheidungen hierzu vorliegen: Zählen Leiharbeitnehmer bei der Regelbeschäftigung mit? Sind Arbeitnehmer in Elternzeit oder Langzeiterkrankte „beschäftigt“?

Ebenfalls schwierig für die Praxis dürfte sein, herauszufinden, auf welche Rechtsgrundlage der Arbeitnehmer seinen Wunsch auf Verringerung der Arbeitszeit stützt. Denn das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz kennt nun zwei Teilzeitanprüche mit unterschiedlichen Voraussetzungen. Daneben bestehen Regelungen für Teilzeit in Elternzeit, Teilzeit im Rahmen der Familienpflegezeit oder Pflegezeit.

Leider wurde mit Einführung der Brückenteilzeit das Prinzip nicht geändert, wonach der Arbeitnehmer bei Ablehnung der Teilzeit durch den Arbeitgeber Klage erheben muss, um seinen Anspruch durchzusetzen. Entweder gelingt im Konsultationsverfahren eine Einigung mit dem Arbeitgeber, dann bräuhete es das Gesetz eigentlich nicht oder der Anspruch „verpufft“, weil die meisten Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis vor einer Klage zurückschrecken.

### Rechtsanwalt Dr. Arnold:

Die größte Herausforderung ist die mittlerweile unüberschaubare Zahl verschiedener Teilzeitanprüche (z.B. PflegeZG, FPfZG, BEEG und der neue Teilzeitanpruch in der Metall- und Elektroindustrie). Schon die bestehenden Normen zur Teilzeit sind unterschiedlich ausgestaltet, etwa hinsichtlich Wartefrist, Mindestarbeitnehmerzahlen oder Ankündigungsfristen. Durch die neue befristete Teilzeit kommt ein weiterer Anspruch mit wieder anderen Anspruchsvoraussetzungen hinzu.

Mitarbeiter können durch den befristeten Teilzeitanpruch noch weitgehender einseitig in die Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrags eingreifen, in dem sie nicht nur die Arbeitszeit verringern, sondern auch die Dauer der Verringerung festlegen können. Das Nebeneinander, besonders aber die Kombination der verschiedenen Teilzeit- und Rückkehransprüche bedeutet eine große bürokratische Belastung für Unternehmen.

## 2. Wo sehen Sie aktuell die größten Gestaltungsmöglichkeiten als Anwalt auf Arbeitnehmerseite bzw. Arbeitgeberseite?

### Rechtsanwältin Bell:

Als Arbeitnehmervertreterin würde ich Gestaltungsmöglichkeiten vor allem in der Phase der Antragstellung sehen, in der mit dem Mandanten die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen für einen Teilzeitanpruch, abgestimmt auf seine konkrete Lebenssituation, zu erläutern sind und dementsprechend der Antrag formuliert werden müsste.

Allerdings zeigt die Beratungsrealität, dass Mandanten in der Regel erst dann einen Anwalt aufsuchen, wenn ihr Antrag bereits abgelehnt wurde, so dass sich der Gestaltungsspielraum reduziert auf die Bewertung des Risikos für den Arbeitnehmer, wenn er sich zu einer Klage gegen den Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis entscheiden möchte. In der Realität entscheiden sich die wenigsten Arbeitnehmer für diesen Weg.

### Rechtsanwalt Dr. Arnold:

Die wichtigsten Gestaltungsmöglichkeiten für Arbeitgeber liegen wohl außerhalb des neuen Gesetzes. Arbeitgeber können auf den befristeten Teilzeitanpruch am besten durch eine Flexibilisierung der Arbeitszeitmodelle reagieren. Durch Arbeitszeitkonten kann z.B. in größeren Unternehmen zumindest eine kürzere befristete Teilzeit durch andere Mitarbeiter aufgefangen werden. Je flexibler die ganze Belegschaft arbeitet, desto eher lässt sich die befristete Teilzeit einzelner realisieren.

Aus diesem Grund wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber einen deutlich höheren Schwellenwert als 45 Mitarbeiter vorgesehen hätte. Zwar wird es auch bei größeren Unternehmen stets Funktionen geben, in denen so wenige Mitarbeiter arbeiten, dass sich befristete Teilzeit nicht durch die vorhandenen Mitarbeiter ausgleichen lässt. Die Chance einer Realisierung der befristeten Teilzeit steigt aber in der Regel mit wachsender Belegschaftsgröße. Der Gesetzgeber hätte daher besser einen Schwellenwert von 200 Mitarbeitern oder mehr festlegen sollen. Dann hätte sich der Gesetzgeber auch die streitanfälligen Regelungen zur Maximalzahl von Mitarbeitern in befristeter Teilzeit bei einer Belegschaftsgröße bis 200 Mitarbeitern sparen können.

### 3. An welchen Stellen des Entwurfs kann / wird die Rechtsprechung konkretisierend eingreifen?

#### Rechtsanwältin Bell:

Die Rechtsprechung wird nach wie vor bei der Frage der „entgegenstehenden betrieblichen Gründe“, mit denen bislang der Anspruch auf Teilzeit und nun auch der neue Brückenteilzeitanspruch vom Arbeitgeber abgelehnt werden kann, gefordert sein. Auch bei der Berechnung des Schwellenwerts sowie der Überforderungsquote wird die Rechtsprechung bemüht werden, ebenso wie bei der Gestaltung der diesbezüglichen Darlegungs- und Beweislast. Wie bisher auch wird sich die Rechtsprechung immer wieder mit der Auslegung der Teilzeitanträge befassen müssen.

#### Rechtsanwalt Dr. Arnold:

Die Rechtsprechung wird sich – wie auch im Rahmen der bereits vorhandenen Teilzeitanprüche – mit der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe der neuen Vorschriften auseinandersetzen müssen, kann dabei aber in vielen Fällen an die bestehende Rechtsprechung anknüpfen. Zudem wird die Rechtsprechung klarstellen müssen, ob ein freier Teilzeitarbeitsplatz zur Aufstockung eines vorhandenen Teilzeitarbeitsplatzes dienen kann oder nicht. Nach derzeitiger Rechtsprechung kann dem Wunsch auf Verlängerung der Arbeitszeit entgegengehalten werden, der neue freie Arbeitsplatz sei ebenfalls ein Teilzeitarbeitsplatz, so dass durch ihn keine Verlängerung auf Vollzeit möglich sei.

### 4. Wird aus Ihrer Sicht den Tarifvertragsparteien künftig eine maßgebliche Rolle bei der Ausgestaltung alternativer Regelungen (soweit möglich) zukommen?

#### Rechtsanwältin Bell:

Da sowohl Arbeitgeber und Gewerkschaften mit dem Gesetzesentwurf nicht glücklich sind, wären Tarifverträge eine Möglichkeit, klare und auf die Branche zugeschnittene Regelungen für Teilzeit- und Rückkehransprüche zu definieren. Beispielhaft sei hier der Tarifabschluss in der Metall- und Elektroindustrie auf Reduzierung der Arbeitszeit mit Rückkehrgarantie erwähnt.

Problematisch erscheint allerdings die Tariföffnungsklausel in § 9a Abs. 6 TzBfG n.F., wonach zuungunsten der Arbeitnehmer vom Zeitraum, für den eine Arbeitszeitverringerung beansprucht werden kann, abgewichen werden kann. Tarifverträge sollten kein Instrument zur Unterschreitung gesetzlicher Mindeststandards sein.

#### Rechtsanwalt Dr. Arnold:

Die im Gesetz selbst für die Tarifvertragsparteien vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten sind gering, da sie nur den Zeitraum der Arbeitszeitverringerung betreffen. Abweichungen sollen insoweit nur „durch“, nicht „aufgrund“ eines Tarifvertrages zulässig sein (§ 9a Abs. 6 TzBfG n.F.).

Das neue Gesetz wird meines Erachtens zudem die Initiativen der Gewerkschaften bremsen, ähnliche Regelungen zur Flexibilisierung der Teilzeit nach dem Vorbild der Metall- und Elektroindustrie zu schaffen. Sehr wahrscheinlich wird die Praxis zunächst die Erfahrungen mit dem neuen Gesetz abwarten.

### 5. Welche – ggf. veränderte – Rolle können/werden aus Ihrer Sicht Betriebsräte einnehmen?

#### Rechtsanwältin Bell:

Die Möglichkeit des Arbeitnehmers zum Erörterungsgespräch nach § 7 Abs. 2 TzBfG n.F., das der Arbeitgeber durchführen muss, wenn der Arbeitnehmer Dauer und/oder Lage seiner Arbeitszeit verändern möchte, ein Mitglied des Betriebsrats hinzuziehen zu können, stärkt die Position des Betriebsrates. Hierzu trägt auch das erweiterte Informationsrecht nach § 7 Abs. 3 TzBfG n.F. bei, wonach der Arbeitgeber dem Betriebsrat nun auch sämtliche von den Arbeitnehmern geäußerten Wünsche nach Veränderung von Lage und/oder Dauer der Arbeitszeit mitteilen muss.

Der Betriebsrat wird somit besser in der Lage sein, das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Ziffer 3 BetrVG zu begründen, beispielsweise wenn ein Vollzeitarbeitsplatz mit einem externen Bewerber besetzt werden soll statt mit einem internen Teilzeitarbeitnehmer, der einen Anspruch auf Arbeitszeitverlängerung geltend gemacht hat.

#### Rechtsanwalt Dr. Arnold:

Sofern Unternehmen die befristete Teilzeit durch flexible Arbeitszeitmodelle ausgleichen möchte, hat der Betriebsrat bei der Einführung oder Änderung der Arbeitszeitmodelle mitzubestimmen. Im Übrigen sehe ich keinen Anlass für eine Änderung der Rolle des Betriebsrats mit Blick auf die Brückenteilzeit. Die wenigen neuen Regelungen, die den Betriebsrat erwähnen (§ 7 Abs. 2, 3 TzBfG n.F.), schaffen keine neuen Mitbestimmungsrechte. Mit dem etwas erweiterten Informationsrecht nach § 7 Abs. 3 TzBfG n.F. wird die Praxis zurechtkommen.

## 6. Ist die Situation „konkurrierender“ Arbeitnehmer um eine begrenzte Anzahl von geeigneten Arbeitsplätzen ausreichend gelöst oder wird sie in der Praxis zu Problemen führen?

### Rechtsanwältin Bell:

Die Situation „konkurrierender“ Arbeitnehmer ist nicht gelöst bei der Arbeitgeberentscheidung, welcher Arbeitnehmer den freien Vollzeitarbeitsplatz nach § 9 bekommen soll. Bei der Brückenteilzeit kann eine Konkurrenzsituation nur entstehen, wenn mehrere Arbeitnehmer für den gleichen Zeitpunkt eine Verringerung der Arbeitszeit beantragen und der Arbeitgeber wegen der Zumutbarkeitsquote für Unternehmen bis 200 Arbeitnehmern nicht allen stattgeben muss. Ob der Fall tatsächlich praxisrelevant ist, muss sich zeigen. Gelöst ist das Problem, nach welchen Kriterien der Arbeitgeber die Auswahl vornehmen darf, jedoch ebenfalls nicht. Da dem Arbeitgeber ein Auswahlermessen zusteht, wäre gegebenenfalls an eine entsprechende Vereinbarung mit dem Betriebsrat zu denken.

### Rechtsanwalt Dr. Arnold:

Die Regelungen zur Maximalzahl von Mitarbeitern in befristeter Teilzeit in § 9a Abs. 2 TzBfG werden in der Praxis zu Streit führen. Wird die Maximalzahl durch die Teilzeitanträge mehrerer Arbeitnehmer überschritten, ist der Arbeitgeber nach der Gesetzesbegründung berechtigt, die Auswahl unter den Arbeitnehmern nach billigem Ermessen zu treffen. Er kann somit entscheiden, mit welchen Arbeitnehmern er Teilzeitverträge abschließt und bei welchen er den Abschluss ablehnt. Klare Vorgaben, welche Gesichtspunkte bei der Auswahl zu berücksichtigen sind, macht das Gesetz aber nicht. Neben der individuellen persönlichen Situation könnte ein Arbeitgeber z.B. auch die Betriebszugehörigkeit oder die Position des Mitarbeiters berücksichtigen.

## 7. Wenn Sie nur einen Wunsch frei hätten: Was hätte der Gesetzgeber in jedem Fall anders machen müssen?

### Rechtsanwältin Bell:

Ich hätte mir gewünscht, dass der Gesetzgeber, statt eine zweite Befristungsalternative zu schaffen, ein unbeschränktes Rückkehrrecht zur Vollzeitbeschäftigung eingeräumt hätte, wenigstens aber analog zu den Voraussetzungen des Teilzeitanspruchs. Damit hätten auch die Arbeitnehmer, die aktuell in der „Teilzeitfalle“ sitzen, eine echte Chance auf Aufstockung ihrer Arbeitszeit erhalten. Die Neufassung des § 9 TzBfG erleichtert zwar die vom Arbeitnehmer darzulegenden und zu beweisenden Voraussetzungen für einen entsprechenden Anspruch auf Vollzeit, setzt aber voraus, dass im Unternehmen ein Vollzeitarbeitsplatz frei ist, den der Arbeitgeber besetzen möchte.

Außerdem wären nicht automatisch 38 % aller Arbeitnehmer von einem Rückkehrrecht in Vollzeit ausgegrenzt, da sie in Betrieben mit bis zu 44 Arbeitnehmern tätig sind, also unterhalb der Schwelle für die Anwendbarkeit der Brückenteilzeit.

Ein jederzeitiges Rückkehrrecht zur Vollzeit würde den Arbeitnehmern mehr Flexibilität in ihrer Lebensplanung ermöglichen und vielleicht auch Männer ermutigen, Stunden zu reduzieren, denn noch immer arbeiten 64 % aller Mütter in Teilzeit, aber nur 5,7 % der Väter.

(Die Zahlen sind der Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Linksfaktion entnommen.)

### Rechtsanwalt Dr. Arnold:

Die Bundesregierung verfolgt mit dem befristeten Teilzeitanspruch gleichstellungs- und familienpolitische Ziele. Trotzdem ist der Anspruch nicht an familiäre Belange gebunden, sondern kann anlass- und begründungslos geltend gemacht werden. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der befristete Teilzeitanspruch nur für bestimmte Anlässe in Anspruch genommen werden kann.

Die Ankündigungsfrist von drei Monaten ist zu kurz bemessen. Es macht für Unternehmen einen großen Unterschied, eine dauerhafte Teilzeit oder eine befristete Teilzeit aufzufangen. Unternehmen werden kaum in der Lage sein, bei einer dreimonatigen Ankündigungsfrist den befristeten Teilzeitarbeitsplatz neu zu besetzen. Durch flexible Arbeitszeitmodelle werden die Ausfälle nur in größeren Unternehmen abzufangen sein. Steht diese Möglichkeit nicht zur Verfügung, wird die Brückenteilzeit nur durch die befristete Einstellung von Ersatzkräften bewältigt werden können. Einen entsprechenden Befristungstatbestand hat der Gesetzgeber allerdings nicht geschaffen.



## Abfindungsvergleiche nicht ohne Steuerberater abschließen

Rechtsanwalt Dr. Martin Riemer, Brühl/Rheinland<sup>1</sup>

Die Situation ist Arbeitsrechtlern nur zu bekannt: Ein emotional (von beiden Seiten) aufgeladener Kündigungsschutzprozess, der im Güetermin nicht geschlichtet werden konnte. Für den Kammertermin waren die Parteien persönlich geladen: Bis auf wechselseitige Vorwürfe hatten sie sich nichts zu sagen. Zunehmend wurden auch die Anwälte emotional und dazwischen eine Arbeitsrichterin, die – wie üblich – nur den Vergleich wollte. Egal wie. Irgendwann war es soweit, irgendwann nach langen Schriftsätzen, Abfindungsangeboten und Gegenangeboten, schlug das Gericht – letztmals – eine Einigung vor, mit Ratenzahlungsvereinbarung, was schließlich angenommen wurde. Ein Vergleich ist nur dann ein guter Vergleich, wenn er beiden Seiten weh tut, behaupten Rechtspsychologen.

Offenbar tat der Vergleich dem Arbeitnehmer bzw. seinem Anwalt mehr weh, so dass dieser noch eine offene Rechnung meinte begleichen zu müssen – und fand die Gelegenheit dazu bei der Fälligkeit des ratenweise gem. §§ 9, 10 KSchG zu zahlenden Betrages. Als Abfindungssumme waren 9.000 EUR ausbedungen: Ob Brutto- oder Nettobetrag legte der Wortlaut des Vergleichs zwar nicht fest. Da Zahlungen an den Arbeitnehmer jedoch stets „brutto“ erfolgen, war dieses zumindest klar. Ferner sah der Wortlaut des Vergleichs vor, dass die Abfindung in monatlichen Raten von 1.000 EUR zu leisten war, jeweils zum Monatsersten ab dem 1.5.2018 und mit einer Verfallsklausel für den gesamten offenen Restbetrag, wenn diese Frist um mehr als eine Woche bei einer Rate überschritten würde.

Wie setzt ein Arbeitgeber, der sich rechtstreu verhalten möchte, bzw. dessen Steuerberater, diesen Vergleich nun um? Nach unbestrittener Abrechnung entfielen auf die 9.000 EUR Bruttoabfindungssumme 4.050 EUR Lohnsteuer, 364,50 EUR an Kirchensteuer und 222,75 EUR Solidaritätszuschlag, zusammen 4.637,25 EUR. Verblieben netto 4.362,75 EUR. Welchen Betrag zahlt der Arbeitgeber nun aber wann auf das Konto des Arbeitnehmers und an die Finanzverwaltung aus? Das LAG Köln (Beschl. v. 5.9.2018, 2 Ta 165/18; siehe Entscheidung Nr. 130 in diesem Heft) kommt zu dem Ergebnis, dass die Auslegung des Wortlauts drei Varianten eröffne:

1. Jeweils zum Monatsersten zahlt der Arbeitgeber den Nettobetrag aus 1.000 EUR an den Arbeitnehmer und die jeweiligen Steuern daraus an das Finanzamt. Also ein Neuntel aus 4.637,25 EUR an die Finanzverwaltung und ein Neuntel aus 4.362,75 EUR an den Arbeitnehmer. Dann müsse, um die Verfallsklausel nicht auszulösen, aber auch die abzuführende Lohn- und Kirchensteuer nebst Solidaritätszuschlag – also monatlich 515,25 EUR – jeweils binnen einer Woche nach dem Monatsersten an die Finanzverwaltung abgeführt werden.

2. Zum Erhalt der steuerlichen Begünstigung nach dem „Fünftelungsprinzip“ wird die Bruttosumme auf einmal versteuert, die Steuerlast in Höhe von 4.362,75 EUR auf einmal an das Finanzamt abgeführt und der Nettoestbetrag in neun gleichen monatlichen Raten von 484,75 EUR an den Arbeitnehmer ausgezahlt. Dies setze voraus, um die Verfallsklausel nicht eintreten zu lassen, dass die Steuern gleichwohl bis zum 7. des jeweiligen Kalendermonats, in dem der jeweilige Nettobetrag fällig würde, beim Finanzamt angekommen seien – also gleiche Fälligkeit für die Steuerlast wie unter 1.

3. Ferner könne es auch so sein, dass die Parteien vereinbart hätten, dass der Arbeitgeber die Steuern vorab an das Finanzamt zahlt und den Nettobetrag in Höhe von monatlich 1.000 EUR an den Arbeitnehmer abführe, da die Parteien nicht die Anzahl der Raten mit hatten protokollieren lassen. Also ab dem 1.5. vier Mal 1.000 EUR an den Arbeitnehmer, mit einer Schlussrate von 362,75 EUR. Bis wann die Steuerlast zu zahlen wäre, lässt das LAG offen: Wahrscheinlich wohl auch jeweils bis zum 7. des jeweiligen Kalendermonats, in dem die Nettoraten von 1.000 EUR fällig würden.

Der Fall eignet sich für ein Preisausschreiben mit der Bitte um Einsendung der richtigen Lösung. Die steuerrechtlich bewanderten Leser mögen einwenden, dass diese drei Auslegungsvarianten wenig Sinn ergäben, wenn der Arbeitgeber – wie hier jedoch nicht – der Finanzverwaltung eine Lastschriftzugsermächtigung für die abzuführenden Steuern erteilt hätte, da diese zum gesetzlichen Fälligkeitszeitpunkt aus § 41a Abs. 1 EStG die Steuern dann abbuchen würde. Ja und nein: Denn das LAG Köln meint, dass für die Abführung der Steuerlast nicht auf die gesetzliche Regelung abzustellen wäre, sondern auf die gewillkürte Parteivereinbarung im Vergleich, die auch bereits eine frühere Fälligkeit der Steuerlast zulasse.

Es ging dem Arbeitnehmeranwalt einerseits jedoch ersichtlich nicht darum, dass die Finanzverwaltung rechtzeitig ihr Geld bekäme, was seinem Mandanten mehr oder weniger egal sein konnte. Er wollte dem Arbeitgeber schlichtweg nochmal eins auswischen („nachtreten“) – und hatte daher die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich auch gar nicht erst angedroht und eine etwaige abweichende Auffassung zum Abrechnungsverhalten des Arbeitgebers geäußert, sondern ist – hintenherum – den Vollstreckungsweg über einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gegangen.

Andererseits: Der Beschluss erging im Wege der sofortigen Beschwerde gem. § 78 ArbGG in einem Arrestverfahren gem. § 916 ZPO, also in einem „summarischen Verfahren“. Arrest-

<sup>1</sup> [www.dr-riemer.de](http://www.dr-riemer.de).

verfahren zu gewinnen ist ohnehin fast unmöglich. Die Einzelrichterin des Landesarbeitsgerichts zitiert keinen einzigen Paragraphen, noch eine einzige Rechtsquelle aus Rechtsprechung oder Literatur. Was darauf hindeutet, dass die Bearbeitungstiefe eben nicht übermäßig „tief“ war. Entsprechend korrigierte sie sich teilweise auch erneut in einem späteren Beschl. v. 1.10.2018, gleiches Az., (BeckRS 2018, – liegt an) Der Wortlaut des Vergleichs entsprach dem üblichen Muster, wie es täglich in einer Vielzahl von Fällen zur Anwendung gelangt, und war von der Richterin 1. Instanz formuliert worden. Für gewöhnlich entstehen diese Probleme auch nicht. Jedenfalls scheint darüber noch niemand weiter nachgedacht zu haben. Für die Praxis bleibt nun aber: Unsicherheit, wenn ein und derselbe Wortlaut drei Auslegungsmöglichkeiten zulässt.

Diese kann wohl zukünftig nur dadurch beseitigt werden, dass auch hinsichtlich der Fälligkeit von Steuerlasten eine ausdrückliche Regelung mit in den Vergleichstext aufgenommen wird.

Zu den Gerichtsverhandlungen bei den Arbeitsgerichten sollten die Arbeitgeber, da steuerrechtliche Kompetenz von Arbeitsrichtern nicht erwartet werden kann, zukünftig nicht lediglich einen Rechtsanwalt, sondern überdies wohl auch noch ihren Steuerberater mitbringen. Oder den Abfindungsvergleich bei gleichzeitiger Ratenzahlungsvereinbarung nur widerruflich abschließen, unter dem Vorbehalt, dass der Steuerberater dagegen keine Einwände erhebt und darum weiß, wie er die Formulierungskünste der Arbeitsrichter umzusetzen hat.

## Rezensionen

Christian Kühn

### **GmbH-Geschäftsführer**

dtv Verlagsgesellschaft München, 4. Aufl. 2018, 228 Seiten (DIN A5), 18,90 EUR  
ISBN 978-3-423-51222-0

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauch (MoMiG) wurde die Haftung des GmbH-Geschäftsführers verschärft. Die Neuauflage des Buches nimmt diese Haftung in den Blick. Auch die Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von Arbeitnehmerschutzgesetzen auf den Geschäftsführer und der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte wird erörtert und war eine Neuauflage wert und natürlich – ebenfalls mit Rücksicht auf die Neuerungen – die Pflichten des Geschäftsführers im Rahmen des Datenschutzes. In konzentrierter Darstellung werden u.a. die Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers erörtert, die Pflichten bei der Gründung der Gesellschaft bis zu ihrer manchmal unfreiwilligen Beendigung. Eine Reihe von strafrechtlichen Gefahren wird aufgeführt, u.a. für Produktfehler und Verletzung von Geheimhaltungspflicht. Schließlich wird auch der Geschäftsführeranstellungsvertrag als Muster dargestellt, eine Geschäftsordnung, Dienstwagenordnung und eine Pensionszusage. Dieses handliche Büchlein ermöglicht einen raschen Zugang zu den Problemen rund um den Geschäftsführeranstellungsvertrag und gibt die Antwort auf den größten Teil der sich regelmäßig stellenden Fragen. Im Besten Sinne ein Taschenbuch.

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Holthausen/Kurschat

### **Vertragsgestaltung für Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte**

C.H.Beck Verlag 2017, 949 Seiten, im Leinen mit Formularen zum Download, 139 Seiten, 248,00 EUR  
ISBN 978-3-406-66202-7

Dieses Werk nennt sich selbst einen Vertragskommentar für komplexe Arbeitsverträge und befasst sich mit ca. 400 Klauseln und Mustern. Es ist in vier Teile gegliedert (A. Klauselgestaltung o. Ä., B. Vertragsmuster für Geschäftsführer und Vorstände einschließlich Aufhebungsverträgen und Ruhensvereinbarungen, C. Erläuterungen zu Einzelklauseln, D. Besondere Regelungen für Aufsichtsratsmitglieder).

Mit den Herausgebern zusammen haben 30 Anwälte an diesem umfangreichen Werk mitgewirkt und die Probleme der Vertragsgestaltung auch aus der Sicht unterschiedlicher Interessen bearbeitet (Was kann der Geschäftsführer verlangen? Was sollte man ihm nicht gewähren? Was muss der Aufsichtsrat dem Vorstand auferlegen? Vor welcher Klausel sollte sich der Vorstand hüten?). Das führt nicht nur zur besseren Wahrnehmung der Interessen, die der Rechtsanwalt gerade zu betreten hat, sondern auch zum besseren Verständnis, warum die andere Seite etwas nicht gewähren wird, nicht gewähren kann. Eine objektivierte Diskussion um die Vertragsgestaltung ist damit das Ergebnis des Studiums dieses Werkes.

Besonderer Ausdruck dieser Interessengegensätze aber auch sich entwickelnder rechtlicher Probleme sind die umfangreichen Ausführungen mit Blick auf den deutschen corporate governance kodex und Compliance-Vorgaben. In großen und speziell internationalen Unternehmen wird hierauf bereits umfangreich organisatorisch Rücksicht genommen, wenn auch oft ohne Erfolg, wie man z.B. bei der Betrachtung der Deutschen Bank vermuten muss. In den mittelgroßen und kleineren Unternehmen (z.B. auch in dem riesigen Gebiet der

kirchlichen diakonischen/caritativen Unternehmen) kann man noch nicht von einer ernsthaften Umsetzung dieses Gedankenguts sprechen. Kommt es deshalb zu Verwerfungen, stehen in erster Linie die Organvertreter im Kreuzfeuer der Kritik und ggf. auch strafrechtlicher Ermittlungen. Umso wichtiger sind die in diesem Werk gegebenen Handlungsempfehlungen und taktischen Hinweise.

Dieses Werk ist rundherum für alle diejenigen zu empfehlen, die für die „Chefetage“ arbeiten, allerdings auch für deren Gegner.

*Dr. Hans-Georg Meier*  
*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Ales/Bell/Deinert/Robin-Olivier

### **International and European Labour Law**

Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Aufl. 2018, Hardcover,  
 1664 Seiten, 280,00 EUR  
 ISBN 978-3-8487-2460-4

An diesem Werk haben 80 (!) Autoren mitgewirkt, zahlreiche aus Deutschland, aber eben auch aus Italien, Frankreich, Irland, Großbritannien (sie werden wohl in ihrem Land zukünftig keinen Vorteil davon haben), aus Beirut (ein Migrationspezialist), Belgien, den Niederlanden, der Schweiz, Polen, den USA und sogar Neuseeland. Dass es den Herausgebern gelungen ist, alle diese Autoren zu koordinieren verdient höchsten Respekt.

Zugleich zeigt diese vor allem europäische aber auch internationale Beteiligung an dem Werk die enorme Bedeutung, die das internationale und das europäische Arbeitsrecht heute für unsere Lebenswirklichkeit, die Beschäftigungs- und die Sozial-situation haben. Umso wichtiger ist es, diese Bedeutung auch rechtlich zu erfassen und zu verarbeiten (bevor es der jeweilige Gegner tut). Aufgeteilt ist das umfassende Werk in neun Teile mit den grundlegenden Bestimmungen der Europäischen Union, u.a. mit der Europäischen Sozialcharta und den Vereinbarungen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), den Bestimmungen zur Gleichberechtigung, zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, Gesundheits- und Sicherheitsbestimmungen (Part 5) und der Arbeitnehmerbeteiligung (Part 8), um nur einige zu nennen. Das besondere Ziel des Werkes ist es nicht nur, das Europäische Regelwerk darzustellen, sondern zugleich das internationale Arbeitsrecht einzubinden und das regionale. Alle Autoren kommen aus unterschiedlichen rechtlichen Hintergründen, was eine vielfältige Sicht auf die europäischen und internationalen Regeln gewährleistet. Insoweit ist es nur folgerichtig, wenn die Autoren die Leserschaft dazu aufrufen, an diesem Prozess zugunsten zukünftiger Auflagen mitzuwirken.

Ob wir es wollen oder nicht: Das in Deutschland gesprochene Arbeitsrecht steht unter einem starken Einfluss europäischer und sogar internationaler Regeln und Übereinkünfte. Dieses Werk ermöglicht die Auseinandersetzung damit.

*Dr. Hans-Georg Meier*  
*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

**Impressum**

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

**Herausgeber:**

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier und die  
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

**Chefredakteur:**

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier  
Tautenzienstraße 11  
10789 Berlin  
Telefon (030) 25 45 91 55  
Telefax (030) 25 45 91 66  
E-Mail: m.bendel@advocati.de

**Redaktion:**

Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür  
Kanzlei RPO Rechtsanwältinnen  
Im Mediapark 6  
50670 Köln  
Telefon (0221) 355051-50  
Fax (0221) 355051-35  
E-Mail: oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de  
www.rpo-rechtsanwaelte.de

Rechtsanwältin Regina Steiner  
Kanzlei Steiner, Mittländer, Fischer  
Berliner Str. 44  
60311 Frankfurt  
Telefon (069) 21 93 99-0  
Fax (069) 21 93 99-21  
E-Mail: info@steiner-mittlaender.de  
www.steiner-mittlaender.de

für die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen  
Anwaltverein (Adresse s. unten)

**Geschäftsführender Ausschuss:**

Geschäftsstelle:  
Rechtsanwalt Dr. Johannes Schipp (Vors.)  
Münsterstraße 21  
33330 Gütersloh  
Telefon (0 52 41) 90 33-0  
Telefax (0 52 41) 1 48 59

**Deutscher Anwaltverein  
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**

Geschäftsstelle  
Max Gröning  
Littenstraße 11  
10179 Berlin  
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 171  
Telefax (030) 72 61 52-195

**Verlag:**

Deutscher AnwaltVerlag  
Rochusstr. 2-4  
53125 Bonn  
Telefon: (0228) 9 19 11-0  
Telefax: (0228) 9 19 11-23  
E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

**Anzeigen**

Deutscher Anwaltverlag  
Adresse: s.o.  
E-Mail: anzeigen@anwaltverlag.de

**Lektorat**

Anne Krauss  
Telefon: (0228) 9 19 11-52  
E-Mail: krauss@anwaltverlag.de

**Satz**

Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn

**Druck**

Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen

**Erscheinungsweise**

Die AE erscheint vierteljährlich.

**Bezugspreise 2018**

Inland € 105,- (zzgl. MwSt und Versand)  
Einzelheft € 34,20 (zzgl. MwSt und Versand)

Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 6 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

**Urheber- und Verlagsrecht**

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze – sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urhebergesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte an die Redaktionsanschrift zu senden.

**Manuskripte**

Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnenstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

**Haftungsausschluss:**

Verlag und Autoren übernehmen keinerlei Gewähr für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der abgedruckten Inhalte. Insbesondere stellen (Formulierungs-)Hinweise, Muster und Anmerkungen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Verantwortung für die Verwendung trägt der Leser.