



**Liebe Kolleginnen und Kollegen,
sehr geehrte Damen und Herren,**

in der Rubrik „**Ein-Blick**“ befassen wir uns mit der spannenden Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen arbeitsvertragliche Ansprüche durch Betriebsvereinbarungen auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden können.

In unserem „**Sonderbeitrag**“ widmen wir uns der Entscheidung des BAG vom 25.01.2018 zum Betriebsübergang. Hier hat das BAG nochmals klargestellt, dass ein Betriebsübergang voraussetzt, dass die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die insoweit Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt.

Das LAG Hamm hatte darüber zu entscheiden, ob ein Verhinderungsfall im Sinne des § 29 Abs. 2 Satz 6 BetrVG vorliegt, wenn ein Betriebsratsmitglied sich wegen erhöhtem Arbeitsaufkommen in seiner Stellung als Arbeitnehmer im Betrieb als unabkömmlich erachtet, und wie ein Betriebsratsvorsitzender hierauf zu reagieren hat. Die Entscheidungsbesprechung und eine Handlungsempfehlung für Betriebsratsvorsitzende findet Ihr/finden Sie unter der Rubrik „**Betriebsrat**“ auf den Seiten 8 bis 11.

Darüber hinaus stellen wir ein aktuelles Urteil des EuGH zum Thema Rufbereitschaft und Arbeitszeit im Hinblick auf örtliche sowie persönliche und soziale Einschränkungen des Arbeitnehmers in unserer Rubrik „**Arbeitnehmer**“ vor.

Weitere interessante und praxisrelevante Entscheidungen aus dem individuellen sowie kollektiven Arbeitsrecht, die für die Betriebsratsarbeit von Bedeutung sind, befinden sich unter den Kategorien „**Kurzüberblick über Entscheidungen**“ .

Schließlich laden wir Euch/Sie herzlich zu unserem **Kanzleigespräch** am **13. September 2018** in **Oldenburg** ein. Nähere Informationen findet Ihr/finden Sie auf Seite 24 dieses Newsletters. Anmeldungen nehmen wir gerne entgegen. Wir freuen uns, Euch/Sie in Oldenburg begrüßen zu können.

Eure/Ihre
schwegler rechtsanwälte



„Ein-Blick“	<i>Ist eine Verschlechterung des Arbeitsvertrags durch Betriebsvereinbarung (doch nicht so einfach) möglich?</i>	3
Betriebsräte:	<i>Verhinderung im Ermessen des BR-Mitglieds? Kontrollpflichten der BR-Vorsitzenden bei Verhinderungen? Verhinderungsgrund „erhöhtes Arbeitsaufkommen“?</i>	8
Betriebsräte:	<i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i> <ul style="list-style-type: none"> - Keine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Freistellungswahl bei unterlassener Beratung mit dem Arbeitgeber - Keine Vorgaben durch Einigungsstelle zur Besetzung des Pflegepersonals - Aufhebungsvertrag mit Abfindung für ein Betriebsratsmitglied 	12
Arbeitnehmer:	<i>EuGH: Rufbereitschaft am Wohnsitz kann Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG sein</i>	15
Arbeitnehmer:	<i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i> <ul style="list-style-type: none"> - Betriebsbedingte Kündigung - Zur arbeitgeberseitigen Erläuterungspflicht beim Wegfall einer Hierarchieebene - Die arbeitgeberseitig verweigerte Wiedereingliederung - Anspruch des Arbeitnehmers auf Schadenersatz bei rechtswidriger Versetzung 	19
Sonderbeitrag:	<i>Kein Betriebsübergang, wenn der Erwerber nur als „verlängerte Werkbank“ des Veräußerers tätig wird</i>	22
Veranstaltungen		24
Veröffentlichungen		26
Impressum		27



Ist eine Verschlechterung des Arbeitsvertrags durch Betriebsvereinbarung (doch nicht so einfach) möglich?

Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts stellt in einer jüngst ergangenen Entscheidung (BAG, Urteil vom 11.04.2018 – 4 AZR 119/17) die vom Ersten Senat vor einigen Jahren behauptete „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ arbeitsvertraglicher sog. Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) infrage.

Problem und Entwicklung

Eigentlich schienen die Dinge doch lange Zeit einigermaßen klar: Im Arbeitsrecht herrscht – insoweit oft das Rangprinzip überlagernd – anerkanntermaßen das sog. Günstigkeitsprinzip. Das bedeutet für den Fall, dass verschiedenrangige Rechtsquellen eine identische arbeitsrechtliche Thematik unterschiedlich regeln, dass für den Arbeitnehmer die für ihn günstigere Regelung gilt, auch wenn diese aus einer im Rang niedriger stehende Rechtsquelle stammt. Dies kann beispielsweise dann gegeben sein, wenn eine aus einer Betriebsvereinbarung stammende – und damit im Range höher stehende – Regelung auf eine arbeitsvertragliche – mithin im Rang niedriger stehende – Regelung trifft.

Vor einigen Jahren hatte dann aber der Erste Senat des BAG entschieden, dass Rentenaltersklauseln, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Renteneintrittsalter führen, auch in Betriebsvereinbarungen enthalten sein können (BAG, Urteil vom 05.03.2013 – 1 AZR 417/12). Und obwohl es in dem seinerzeitigen Streitfall eigentlich gar nicht darauf ankam, äußerte der Erste Senat beiläufig die Meinung, dass arbeitsvertragliche AGB im Allgemeinen „betriebsvereinbarungsoffen“ seien, sofern es um Regelungen mit „kollektivem Bezug“ gehe. In der arbeitsrechtlichen Literatur machte daraufhin schon das Wort vom „Tod des Günstigkeitsprinzips“ die Runde, wenn – so ist ja diese BAG-Sichtweise zu lesen – eine verschlechternde Betriebsvereinbarung die günstigere arbeitsvertragliche Regelung verdrängen könne.

In einer nun kürzlich ergangenen Entscheidung hat sich der Vierte Senat des BAG von dieser Rechtsprechung m.E. zumindest vorsichtig distanziert (BAG, Urteil vom 11.04.2018 – 4 AZR 119/17, liegt bisher nur als Pressemeldung des Gerichts vor). Denn: Dieser Senat lässt in seiner Entscheidung die Frage nun ausdrücklich offen, ob arbeitsvertragliche AGB durch Betriebsvereinbarungen auch zuungunsten des Arbeitnehmers ersetzt werden können. Dies ist wohl durchaus als Fingerzeig zu verstehen.



Was ist mit „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ genau gemeint?

Bekanntlich enthalten Arbeitsverträge oft Bezugnahmen auf Tarifverträge, d. h. Regelungen, denen zufolge die Tarifverträge einer bestimmten Branche und/oder einer bestimmten Gewerkschaft auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sein sollen. Häufig sind solche Bezugnahmeklauseln „dynamisch“ gehalten, d.h. die in der Klausel genannten Tarifverträge sollen „in ihrer jeweiligen Fassung“ gelten.

Dadurch kommen dem Arbeitnehmer insbesondere künftige Entgelterhöhungen zugute, aber es kann natürlich auch sein, dass tarifliche Vergünstigungen wegfallen, wenn die Tarifpartner dies so vereinbaren.

Arbeitsverträge können aber auch dynamische Bezugnahmen auf Betriebsvereinbarungen enthalten, beispielsweise auf Betriebsvereinbarungen zu den Themen Überstunden, Bonusregelungen oder Betriebsrente. Mit einer solchen Klausel legt der Arbeitnehmer im Ergebnis die weitere Gestaltung seiner arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten in die Hand der Betriebsparteien. Er muss dann künftige Betriebsvereinbarungen in ihrer jeweiligen Gestalt akzeptieren – und zwar auch, wenn diese aus seiner Sicht ungünstiger sind als die ursprünglich geltenden Regelungen.

Wenn dies ausdrücklich so im Arbeitsvertrag geregelt ist, mag man hiergegen kaum Einwände haben können. Schließlich hat der Arbeitnehmer dies bei Vertragsschluss akzeptiert. Mit dem oben genannten Urteil vom 05.03.2013 hatte der Erste Senat des BAG nun aber diese „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ von Arbeitsverträgen erheblich ausgeweitet. Denn dieser Entscheidung zufolge sollen arbeitsvertragliche Regelungen schon dann durch Betriebsvereinbarungen abgelöst und aus Arbeitnehmersicht verschlechtert werden können, wenn der Vertragsgegenstand in den AGB enthalten ist und einen „kollektiven Bezug“ hat – ohne dass davon etwas ausdrücklich im Arbeitsvertrag steht. Das kann für Arbeitnehmer zu bösen Überraschungen führen.

Diese Sichtweise ist auch unter Arbeitsrechtlern umstritten. Kritische Stimmen wenden ein, dass nahezu alle Arbeitsverträge AGB beinhalten, die wiederum stets generelle Regelungen enthalten, d.h. nicht speziell für diesen oder jenen einzelnen Arbeitnehmer gedacht sind. Mithin haben dann praktisch alle Arbeitsverträge (bzw. arbeitsvertragliche AGB) einen sog. „kollektiven Bezug“ und können, so jedenfalls der Erste Senat des BAG, durch Betriebsvereinbarungen geändert werden – und dies eben insbesondere auch dann, wenn die Betriebsvereinbarungen – aus Arbeitnehmersicht – ungünstiger als der Arbeitsvertrag sind.



In der Konsequenz hatte damit der Erste Senat des BAG in der Tat das Günstigkeitsprinzip jedenfalls für das Verhältnis Betriebsvereinbarung – Arbeitsvertrag weitgehend beseitigt.

Zur Erinnerung: Dieses seit langem arbeitsrechtlich anerkannte Prinzip besagt, dass Betriebsvereinbarungen nur dann vom Arbeitsvertrag abweichen können, wenn die Abweichungen für den Arbeitnehmer günstiger sind als der Arbeitsvertrag.

Mit der oben genannten Entscheidung vom 11.04.2018 hat der Vierte Senat des BAG nun aber deutlich gemacht, dass er diese Rechtsprechung des Ersten Senats durchaus kritisch sieht.

Der aktuelle Fall (des Vierten Senats) des BAG: Arbeitsvertragliche Zusicherung der Bezahlung nach Tarif soll durch spätere Betriebsvereinbarung beseitigt werden.

Geklagt hatte hier ein Masseur, der seit 1991 in einem privaten Senioren- und Pflegezentrum beschäftigt war. Er hatte im Dezember 1992 mit seinem Arbeitgeber eine arbeitsvertragliche Zusatzvereinbarung über die Verringerung seiner Arbeitszeit getroffen. In dieser Vereinbarung heißt es:

„Die Vergütung für die vereinbarte Tätigkeit beträgt monatlich in der Gruppe BAT Vc/3 = DM 2.527,80 brutto.“

Aufgrund der konkreten Angabe einer tariflichen Vergütungsgruppe in dieser Vereinbarung konnte der Arbeitnehmer, auch unter Berücksichtigung der bereits zuvor getroffenen vertraglichen Vereinbarungen, davon ausgehen, dass der Arbeitgeber ihn künftig (dynamisch) nach Tarif vergüten wollte.

Kurz darauf, im Februar 1993, vereinbarten Arbeitgeber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung, der zufolge in ihrem Anwendungsbereich „analog die für die Angestellten des Bundes und der Länder vereinbarten Bestimmungen des Lohn- und Vergütungstarifvertrages – BAT vom 11.01.1961“ gelten sollten. Diese Betriebsvereinbarung sollte „automatisch“ zum Bestandteil der Arbeitsverträge der von ihr betroffenen Arbeitnehmer werden, falls diese Arbeitsverträge vor dem Februar 1993 geschlossen worden waren. Ergänzend sollten die Arbeitnehmer einen entsprechenden Nachtrag zum Arbeitsvertrag erhalten. Einen solchen Nachtrag unterschrieb auch der Masseur, und zwar im März 1993. Später kündigte der Arbeitgeber die Betriebsvereinbarung zum Jahresende 2001.



Im März 2006 vereinbarten die Parteien im Zusammenhang mit einer Arbeitszeiterhöhung eine Gehaltserhöhung „entsprechend der 0,78 Stelle auf 1.933,90 Euro“, wobei „alle übrigen Bestandteile des bestehenden Arbeitsvertrages ... unverändert gültig“ bleiben sollten.

Der Arbeitnehmer war der Meinung, er habe aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel Anspruch auf Bezahlung nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst in der für die kommunalen Arbeitgeber geltenden Fassung (TVöD/VKA) bzw. nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L). Das sah der Arbeitgeber anders.

Die Vorinstanzen, das Arbeitsgericht Essen und das Landesarbeitsgericht Düsseldorf, gaben dem Arbeitgeber recht. Zur Begründung führt das LAG Düsseldorf (Urteil vom 25.10.2016 – 8 Sa 500/16) an:

Der Arbeitnehmer habe zwar ursprünglich Bezahlung nach Tarif verlangen können, denn das ergab sich aus der arbeitsvertraglichen Vereinbarung vom Dezember 1992. Diese Vereinbarung war allerdings – so das LAG – in Form von AGB getroffen worden und daher gemäß der Rechtsprechung des Ersten BAG-Senats eben „betriebsvereinbarungsoffen“. Damit hatte der Arbeitnehmer im Ergebnis also Pech, denn die spätere Betriebsvereinbarung vom Februar 1993 sei an die Stelle dieser arbeitsvertraglichen Regelung getreten – und da sie zum Jahresende 2001 gekündigt worden war, könne sich der Kläger auch nicht mehr auf sie berufen.

Denn obwohl sie gemäß § 77 Abs. 6 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zugunsten des Arbeitnehmers nachwirkte, half das dem Arbeitnehmer hier nichts, da diese Betriebsvereinbarung auf den mittlerweile ausgelaufenen BAT verwies und eine Auslegung im Sinne eines Verweises auf die Nachfolge-Tarifverträge (TVöD/VKA) hier nicht möglich war – so jedenfalls das LAG.

Die Entscheidung des Vierten Senats des BAG

Die hiergegen gerichtete Revision des Arbeitnehmers hatte vor dem Vierten Senat des BAG Erfolg. Allerdings (oder besser: leider) lässt der Vierte Senat die Frage ausdrücklich offen, ob arbeitsvertragliche AGB durch Betriebsvereinbarungen auch zuungunsten des Arbeitnehmers ersetzt werden können. In der derzeit allein vorliegenden Pressemeldung des BAG heißt es zur Begründung:

Der Arbeitgeber war im Streitfall verpflichtet, den Arbeitnehmer nach der jeweiligen Entgelttabelle des TVöD/VKA zu bezahlen. Denn dem Arbeitnehmer war (im Dezember 1992) die Vergütung nach den jeweils geltenden Regelungen des BAT



und nachfolgend des TVöD/VKA arbeitsvertraglich zugesichert worden. Die Betriebsvereinbarung vom Februar 1993 konnte diese Vereinbarung nicht zulasten des Arbeitnehmers ändern. Denn die Vergütungsvereinbarung vom Dezember 1992, so das BAG – und hier liegt der entscheidende Unterschied zu den Vorinstanzen – sei eine Individualvereinbarung über arbeitsvertragliche Hauptleistungspflichten – d. h.: hier lagen gar keine AGB vor, die möglicherweise „betriebsvereinbarungsoffen“ sein könnten. Deshalb musste die vom LAG aufgeworfene Frage einer – generellen – Betriebsvereinbarungsoffenheit von arbeitsvertraglichen AGB hier im Streitfall nicht entschieden werden, so das BAG.

Fazit

Mit seiner vorliegenden Entscheidung hat der Vierte Senat des BAG zumindest zwischen den Zeilen deutlich gemacht, dass er die Rechtsprechung des Ersten Senats durchaus kritisch sieht, dem zufolge Arbeitgeber und Betriebsrat praktisch schrankenlos arbeitsvertraglich festgelegte Ansprüche beseitigen können, sofern diese „Allgemeine Arbeitsbedingungen“ sind. Der Vierte Senat stellt jedenfalls klar, wo die Grenzen solcher „Allgemeinen Arbeitsbedingungen“ liegen, nämlich bei individualvertraglich vereinbarten Vergütungen. Ungeachtet der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung, so der Vierte Senat, kann die Betriebsvereinbarung eine arbeitsvertragliche Vergütungsabrede bereits deshalb nicht verdrängen, weil es sich bei der Vereinbarung der Vergütung nicht um eine „Allgemeine Geschäftsbedingung“, sondern um eine „individuell vereinbarte, nicht der AGB-Kontrolle unterworfenene Regelung der Hauptleistungspflicht“ handelt. Es bleibt abzuwarten, ob sich bei nächster Gelegenheit möglicherweise dann abschließend der Große Senat des BAG mit der Problematik der „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ wird befassen und eine grundsätzliche Antwort geben müssen.



Karsten Sparchholz, Berlin

◀ *zur Inhaltsübersicht*



Verhinderung im Ermessen des Betriebsratsmitglieds? Kontrollpflichten der Betriebsratsvorsitzenden bei Verhinderungen? Verhinderungsgrund „erhöhtes Arbeitsaufkommen“?

- Landesarbeitsgericht Hamm, Beschluss vom 08.12.2017 - 13 TaBV 72/17 -

Sachverhalt

In einem Produktionsbetrieb mit ca. 340 Arbeitnehmern existiert ein neunköpfiger Betriebsrat. Der Vorsitzende nahm im Mai 2017 an einer Schulung teil. Die Schulungsteilnahme war im Rahmen einer Betriebsratssitzung bei sieben anwesenden Betriebsratsmitgliedern beschlossen worden. Zwei Betriebsratsmitglieder hatten sich am Morgen des Sitzungstages telefonisch beim Betriebsratsvorsitzenden abgemeldet. Als Grund für ihre Abwesenheit nannten beide ein erhöhtes Arbeitsaufkommen.

Der Betriebsratsvorsitzende entschied, dass dies nicht zu einer zeitweiligen Verhinderung im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG führte, sodass er darauf verzichtete, Ersatzmitglieder zu laden.

In der Anwesenheitsliste der Betriebsratssitzung wurde für die beiden abwesenden Betriebsratsmitglieder jeweils vermerkt: „Ist am Arbeitsplatz“.

Der Betriebsratsvorsitzende nahm dann, wie in der Betriebsratssitzung beschlossen, an der Schulungsveranstaltung teil. Der Arbeitgeber verweigerte jedoch die Kostentragung hinsichtlich der Schulungsveranstaltung.

Daraufhin führte der Betriebsrat ein Beschlussverfahren mit dem Ziel, den Arbeitgeber zur Kostentragung verpflichten zu lassen. Nachdem das Arbeitsgericht in erster Instanz gegen den Betriebsrat entschied, legte dieser Beschwerde gegen die Entscheidung beim Landesarbeitsgericht Hamm ein.

Der Betriebsrat trug im Beschlussverfahren und auch in zweiter Instanz vor, dass es sich um eine erforderliche Schulungsveranstaltung handele, für die der Arbeitgeber auch die Kosten zu tragen habe.

Der Arbeitgeber trug vor, die Schulungsveranstaltung wäre nicht erforderlich gewesen und für die Seminarteilnahme des Betriebsratsvorsitzenden habe kein ordnungsgemäßer Beschluss des Betriebsrats zugrunde gelegen, weil für die beiden Betriebsratsmitglieder, die nach vorheriger telefonischer Ankündigung nicht an der Betriebsratssitzung teilgenommen hatten, keine Ersatzmitglieder geladen worden seien.



Der Betriebsrat trug vor, der Beschluss sei wirksam zustande gekommen, sodass der Arbeitgeber das Gremium von den Seminarkosten freistellen müsse.

Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht Hamm wies die Beschwerde des Betriebsrats zurück. Nach Ansicht des Gerichts war die Beschlussfassung zur Entsendung des Betriebsratsvorsitzenden zu der streitgegenständlichen Schulungsveranstaltung nicht wirksam, so dass eine Kostentragungspflicht des Arbeitgebers nicht entstehen konnte. Die Rechtsbeschwerde ließ das Landesarbeitsgericht nicht zu. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht eingelegt worden.

Das LAG führte dazu aus, dass nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Ladung aller Betriebsratsmitglieder einschließlich etwaiger Ersatzmitglieder, nach Maßgabe des § 25 Abs. 1 BetrVG eine wesentliche Voraussetzung für das ordnungsgemäße Zustandekommen eines Betriebsratsbeschlusses sei. Sei für ein zeitweilig verhindertes Mitglied ein vorhandenes Ersatzmitglied nicht geladen, so sei der Betriebsrat an einer wirksamen Beschlussfassung gehindert.

Des Weiteren führte das Landesarbeitsgericht Hamm aus, dass die zeitweilige Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds immer dann vorläge, wenn es aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage sei, die anstehenden Amtsgeschäfte wahrzunehmen. Im Einzelfall können die Voraussetzungen auch dann erfüllt sein, wenn das betroffene Betriebsratsmitglied in seiner Stellung als Arbeitnehmer im Betrieb unabkömmlich ist, weil die von ihm geschuldete Arbeitsleistung unbedingt, z.B. im Interesse wartender Kunden oder zur Behebung eines Notfalls, sofort erbracht werden muss.

Liege ein solcher Interessenkonflikt zwischen Amts- und Arbeitspflicht vor, hat das betroffene Betriebsratsmitglied unter Wahrung der von ihm eingegangenen Verpflichtung zur gewissenhaften Amtsführung darüber zu entscheiden, welchen Pflichten es den Vorrang einräumt. Entscheidet es sich dafür, die Arbeit zu erbringen, ist sodann vom Betriebsratsvorsitzenden im Rahmen des § 29 Abs. 2 Satz 6 BetrVG regelmäßig davon auszugehen, dass ein Verhinderungsfall gegeben ist. Nur wenn Anhaltspunkte für eine pflichtwidrige Entscheidung des jeweiligen Betriebsratsmitglieds vorliegen, kann Veranlassung bestehen, den angegebenen Hinderungsgrund nachzuprüfen und ggf. auf die Ladung eines Ersatzmitglieds zu verzichten.

Das Landesarbeitsgericht Hamm entschied, dass die beiden abwesenden Betriebsratsmitglieder sich unter Wahrung der ihnen obliegenden Pflicht



gem. § 29 Abs. 2 Satz 5 BetrVG beim Betriebsratsvorsitzenden für die Betriebsratssitzung unter Hinweis auf zu erledigende Arbeitsaufgaben abwesend gemeldet hätten. Es wäre nun Aufgabe des Betriebsratsvorsitzenden gewesen, näher zu ermitteln, inwiefern es konkrete Anhaltspunkte dafür gäbe, dass kein Verhinderungsgrund vorliege.

Des Weiteren wäre es die Aufgabe des Betriebsratsvorsitzenden gewesen, diese Anhaltspunkte zu dokumentieren und diese dann auch im Beschlussverfahren vorzutragen.

Da der Betriebsratsvorsitzende dies nicht getan habe, hätte er davon ausgehen müssen, dass die beiden Betriebsratsmitglieder verhindert waren, und dementsprechend Ersatzmitglieder für die beiden Verhinderten laden müssen.

Da er dies nicht getan habe, sei der Betriebsratsbeschluss der lediglich 7 Betriebsratsmitglieder unwirksam gewesen.

Kritik

Die Entscheidung des LAG stellt vorliegend wohl darauf ab, dass ein Betriebsratsvorsitzender bei der Mitteilung eines Betriebsratsmitglieds über seine Verhinderung an diese Entscheidung des Betriebsratsmitglieds gebunden ist. Wenn er Zweifel an der Verhinderung des Betriebsratsmitglieds hat, muss er erst nach Anhaltspunkten dafür suchen, ob das Betriebsratsmitglied ggf. doch nicht verhindert ist.

Wobei das Landesarbeitsgericht wohl auch davon ausgeht, dass ein von einem Betriebsratsmitglied festgestelltes und mitgeteiltes „erhöhtes Arbeitsaufkommen“ als Verhinderungsgrund ausreichend ist.

Ist es ggf. noch akzeptabel, wenn man den Betriebsratsmitgliedern zugesteht, dass sie selber einschätzen können, wann sie meinen, verhindert zu sein, ist es wohl etwas überzogen, wenn man dem Betriebsratsvorsitzenden dann nicht zuspricht, aus den von dem vermeintlich verhinderten Betriebsratsmitglied mitgeteilten Informationen zu entscheiden, ob hier ein Verhinderungsfall vorliegt, der zur Ladung eines Ersatzmitglieds zwingt, oder nicht.

Insbesondere bei der Angabe eines „erhöhten Arbeitsaufkommens“ – das in vielen Arbeitsbereichen keine Seltenheit ist und eben nicht zu den klassischen Verhinderungsgründen wie Krankheit und Urlaub zählt – sollte einem



Betriebsratsvorsitzenden wohl zugestanden sein, nach eigenem Ermessen zu entscheiden, ob das „erhöhte Arbeitsaufkommen“ tatsächlich vorliegt und dazu führt, dass das betroffene Betriebsratsmitglied unabkömmlich und damit verhindert ist. Des Weiteren vernachlässigt die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm im vorliegenden Sachverhalt auch, dass die Information dem Betriebsratsvorsitzenden erst am Morgen des Sitzungstages zugegangen ist, so dass hier ggf. die Ladung von Ersatzmitgliedern, sogar im Fall einer Verhinderung, gar nicht mehr vorzunehmen gewesen wären, da sie nicht mehr rechtzeitig hätte erfolgen können.

Fazit

Auch wenn es sich bei der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm nicht um eine höchstrichterliche Entscheidung handelt, steht es zu befürchten, dass andere Arbeitsgerichte und Landesarbeitsgerichte dieser Entscheidung folgen könnten.

Mithin sollte der Betriebsratsvorsitz künftig bei Meldungen von Betriebsratsmitgliedern über deren Verhinderung bei Zweifeln am tatsächlichen Vorliegen eines Verhinderungsgrundes den konkreten Sachverhalt, aus dem sich die Verhinderung ergeben soll, bei dem jeweiligen Betriebsratsmitglied erfragen. Handelt es sich nach dem konkret mitgeteilten Sachverhalt um einen, der auf keinen Fall einen Verhinderungsgrund darstellt, kann man wohl davon ausgehen, dass ein Nichterscheinen des jeweiligen Betriebsratsmitglieds eine Pflichtverletzung darstellen würde, und dass kein Ersatzmitglied zu laden ist. Das Betriebsratsmitglied ist dann wohl auch darauf hinzuweisen, dass aus Sicht des Betriebsratsvorsitzes kein Verhinderungsfall vorliegt, und dass eine Nichtteilnahme an der Betriebsratssitzung eine Pflichtverletzung darstellt.

Empfehlenswert ist es, sowohl die Nachfrage beim Betriebsratsmitglied als auch den Hinweis an das Betriebsratsmitglied so schriftlich zu dokumentieren, dass im Fall eines gerichtlichen Beschlussverfahrens unter Zuhilfenahme der Dokumentation dargelegt werden kann, dass der Betriebsratsvorsitz Anhaltspunkte hatte, die nahelegen, dass kein Verhinderungsfall vorlag.



Sebastian Kolb, Berlin

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



Keine Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Freistellungswahl bei unterlassener Beratung mit dem Arbeitgeber

– BAG, Beschluss vom 22.11.2017 - 7 ABR 26/16 –

Unterlässt der Betriebsrat die in § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vorgeschriebene vorherige Beratung mit dem Arbeitgeber, führt dies weder zur Nichtigkeit, noch zur Anfechtbarkeit der Freistellungswahl.

Im Rahmen der im Jahr 2014 durchgeführten Betriebsratswahl wurde im Betrieb der Arbeitgeberin ein 35-köpfiger Betriebsrat gewählt. In der konstituierenden Sitzung wurden zehn nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellende Betriebsratsmitglieder gewählt. Nachdem zwei Betriebsratsmitglieder ihre Freistellung widerrufen haben, bzw. aus dem Betriebsrat ausgeschieden sind, wurden im Oktober 2014 zwei weitere freizustellende Betriebsratsmitglieder gewählt. Eine vorherige Beratung mit dem Arbeitgeber über die Wahl der ersatzweise freizustellenden Betriebsratsmitglieder hat nicht stattgefunden. Daraufhin haben drei Betriebsratsmitglieder ein arbeitsgerichtliches Verfahren eingeleitet, die Nichtigkeit der Freistellungswahl geltend gemacht und diese hilfsweise angefochten.

Die Anträge sind, wie auch in den Vorinstanzen, erfolglos geblieben. Die Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder kann grundsätzlich nach § 19 Abs. 1 BetrVG angefochten werden. Im vorliegenden Fall sind jedoch keine Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren offenkundig verletzt worden. Eine Nichtigkeit kommt nur in Betracht, wenn gegen allgemeine Grundsätze einer ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen wird, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr vorliegt.

Die Beratungspflicht nach § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG stellt jedoch keine wesentliche Vorschrift des Wahlverfahrens dar, deren Verletzung die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Wahl zur Folge haben kann. Es handelt sich vielmehr um eine Konkretisierung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 2 Abs. 1 BetrVG. Zudem hat die Beratung im Vorfeld der Wahl stattzufinden, sodass die Durchführung der Wahl an sich nicht betroffen ist. Selbst wenn der Arbeitgeber im Rahmen der Beratung Bedenken gegen die Freistellung bestimmter Betriebsratsmitglieder äußert, sind die Betriebsratsmitglieder bei ihrer in geheimer Wahl zu treffenden Auswahlentscheidung frei. Das Beratungserfordernis schützt die Belange des Arbeitgebers und nicht anderer Betriebsratsmitglieder. Diesen Belangen wird jedoch durch das in § 38 Abs. 2 Satz 4 bis 7 BetrVG geregelte Einigungsstellenverfahren abschließend und hinreichend Rechnung getragen. Einer zusätzlichen Anfechtungsmöglichkeit bedarf es vor diesem Hintergrund nicht.



Keine Vorgaben durch Einigungsstelle zur Besetzung des Pflegepersonals

– LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 25.04.2018 - 6 TaBV 21/17 –

Eine Einigungsstelle kann nicht beschließen, wie viel Personal in einer Klinik auf jeder Station mindestens eingesetzt werden muss. Zudem hat der Betriebsrat bei der Personalplanung nach § 92 BetrVG nur ein Beratungsrecht.

Die Arbeitgeberin und der bei ihr gebildete Betriebsrat haben wiederholt über die Mindestbesetzung des Pflegepersonals auf bestimmten Stationen gestritten. Im Jahr 2013 wurde in diesem Zusammenhang eine Einigungsstelle zum Arbeits- und Gesundheitsschutz gebildet. Die Einigungsstelle hat einen Spruch gefällt und eine Schichtbesetzung mit einer bestimmten Zahl von Pflegekräften für bestimmte Belegungssituationen vorgegeben.

Das LAG Schleswig-Holstein hat festgestellt, dass der Spruch der Einigungsstelle unwirksam ist. Die Einigungsstelle hat ihre Kompetenz überschritten, indem sie ihre Entscheidung auf unzulässige Feststellungen zu bestehenden Gefährdungen begründet hat. Der Betriebsrat hat zwar gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich jedoch auf Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung von Gesundheitsschäden. Für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts müssen jedoch zunächst Gefährdungen feststehen oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung konkret festgestellt werden. Ein Gutachten zur Belastungs- und Gefährdungssituation des Pflegepersonals genügt jedoch nicht den Anforderungen an eine Gefährdungsbeurteilung.

Selbst beim Vorliegen einer Gefährdung hätte die Einigungsstelle mit ihrem Spruch die Grenzen des ihr nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i.V.m § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG eingeräumten Ermessens überschritten. Der Spruch hat die Personalplanung des Arbeitgebers nach § 92 BetrVG betroffen. Bei dieser steht dem Betriebsrat jedoch kein Mitbestimmungsrecht zu. Er kann lediglich Unterrichtung und Beratung verlangen.

Aufhebungsvertrag mit Abfindung für ein Betriebsratsmitglied

– BAG, Urteil vom 21.03.2018 - 7 AZR 590/16 –

Das BAG hat beschlossen, dass ein Betriebsratsmitglied durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrags in der Regel nicht unzulässig begünstigt wird.

Der Kläger war seit 1983 bei der Beklagten beschäftigt und seit 2006 Vorsitzender des im Betrieb gewählten Betriebsrats. Anfang Juli 2013 hatte die Beklagte beim



Arbeitsgericht unter Berufung auf vermeintlich verhaltensbedingte Gründe ein Verfahren zur Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers eingeleitet. Kurze Zeit später haben die Parteien außergerichtlich einen Aufhebungsvertrag geschlossen, in dem unter anderem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2015, die Freistellung unter Vergütungsfortzahlung und eine Abfindung i.H.v. 120.000 € netto vereinbart wurden. Die Abfindung sollte noch im laufenden Arbeitsverhältnis ausgezahlt werden. Das betroffene Betriebsratsmitglied hat nach Abschluss des Aufhebungsvertrags sein Betriebsratsamt niedergelegt und die vereinbarte Abfindung erhalten. Rund ein Jahr später hat er jedoch gerichtlich den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht. Begründet hat er dies damit, dass der Aufhebungsvertrag nichtig sei, weil er durch die überdurchschnittlich hohe Abfindung und die sehr lange Freistellungsphase als Betriebsratsmitglied in unzulässiger Weise begünstigt wurde.

Die Klage blieb auch beim BAG ohne Erfolg. Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Betriebsrattätigkeit weder benachteiligt, noch begünstigt werden. Vereinbarungen, die hiergegen verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig. Durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrags wird das Betriebsratsmitglied allerdings in der Regel nicht unzulässig nach § 78 Satz 2 BetrVG begünstigt. Die günstigere Verhandlungsposition des Betriebsratsmitglieds, im Vergleich zu einem Arbeitnehmer ohne Betriebsratsamt, beruht vielmehr auf dem in § 15 KSchG und § 103 BetrVG geregelten Sonderkündigungsschutz. Durch die höhere Abfindungszahlung entgeht der Arbeitgeber dem finanziellen Risiko, aufgrund eines unter Umständen erfolglosen Zustimmungsersetzungsverfahrens und einer in der Folge unwirksamen Kündigung für längere Zeit mit ungewollten Lohnkosten belastet zu werden.

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



EuGH: Rufbereitschaft am Wohnsitz kann Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG sein

– EuGH, Urteil vom 21.02.2018 - C-518/15 (Ville de Nivelles ./ Matzak, nationales Gericht: Cour du travail de Bruxelles, Belgien) –

Art. 2 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahingehend auszulegen, dass die Bereitschaftszeit, die ein Arbeitnehmer zu Hause verbringt und während deren er der Verpflichtung unterliegt, einem Ruf des Arbeitgebers zum Einsatz innerhalb von acht Minuten Folge zu leisten, wodurch die Möglichkeit, anderen Tätigkeiten nachzugehen, erheblich eingeschränkt ist, als Arbeitszeit anzusehen ist (4. Leitsatz).

Art. 2 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahingehend auszulegen, dass er die Mitgliedsstaaten nicht verpflichtet, das Arbeitsentgelt für Bereitschaftszeiten zu Hause, wie die im Ausgangsverfahren fraglichen in Abhängigkeit davon festzulegen, ob diese Zeiten zuvor als „Arbeitszeit oder als Ruhezeit“ eingestuft wurden (3. Leitsatz).

Der EuGH befasst sich in seiner Entscheidung im Wesentlichen mit der ihm vorgelegten Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen zu Hause geleistete Rufbereitschaft Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, im folgenden Richtlinie 2003/88, sein kann.

Der Fall

Der Kläger wurde 1981 freiwilliger Feuerwehrmann der Stadt Nivelles. Zu den Aufgaben der freiwilligen Feuerwehr gehört neben den Einsätzen auch die Wahrnehmung der Wach- und Bereitschaftsdienste in der Kaserne. Nach der Gemeindeverordnung war der Kläger verpflichtet, seinen Wohnsitz/Aufenthaltort an einem Ort zu haben, von dem die Kaserne in acht Minuten erreicht werden kann. Zur Erfüllung des Bereitschaftsdienstes war der Kläger also verpflichtet, an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort, seinem Wohnsitz, persönlich anwesend zu sein und dem Ruf zum Arbeitsplatz innerhalb von acht Minuten Folge leisten zu können. Der Kläger machte gegenüber der Stadt Nivelles Entschädigungsansprüche von zunächst 1 Euro für die nicht bezahlten Dienstjahre, insbesondere die Bereitschaftsdienste, geltend.

Das *Tribunal du travail de Nivelles* gab der Klage weitgehend statt. Die Stadt Nivelles legte gegen das Urteil Rechtsmittel bei der *Cour du travail Bruxelles* ein. Dieses Gericht fragt mit Blick auf die für die zu Hause geleisteten Bereitschaftsdienste, ob diese als Arbeitszeit einzuordnen sind und ob solche Bereitschaftsdienste unter den Begriff der Arbeitszeit i.S.d. Richtlinie 2003/88 fallen.



Die Entscheidung

Der EuGH verweist auf seine bisherige Rechtsprechung und stellt zunächst klar, dass die Begriffe Arbeitszeit und Ruhezeit einander ausschließen (EuGH, Urteil vom 03.10.2000 - C-303/98). Ziel der Richtlinie 2003/88, sei es, die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, indem ihnen Mindestruhezeiten sowie angemessene Ruhepausen zugestanden werden. Außerdem gehöre zu den wesentlichen Merkmalen des Begriffes Arbeitszeit i.S.v. Art. 2 der Richtlinie 2003/88 nicht die Intensität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit oder dessen Leistung (EuGH, Urteil vom 01.12.2005 - C-14/04). Daher sei auch bereits entschieden worden, dass die **persönliche Anwesenheit und die Verfügbarkeit** des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz während des Bereitschaftsdienstes als Bestandteil seiner Aufgaben anzusehen sei, also Arbeitszeit sei, auch wenn die tatsächlich geleistete Arbeit von den Umständen abhängt (EuGH, Urteil vom 03.10.2000 - C-303/98).

Weiterhin verweist der EuGH auf seine Rechtsprechung, nach der für die Einordnung als Arbeitszeit i.S.d. Richtlinie 2003/88 entscheidend sei, dass sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalte und diesem zur Verfügung stehen muss, um ggf. sofort die Arbeitsleistung erbringen zu können. Gerade diese Verpflichtung, aufgrund derer der betroffene Arbeitnehmer seinen **Aufenthaltort während der Bereitschaftszeiten nicht frei bestimmen könne**, sei als Bestandteil seiner Arbeitspflicht anzusehen – und damit Arbeitszeit (EuGH, Urteil vom 09.09.2003 - C-151/02). Etwas anderes gelte schließlich nach (bisheriger) Rechtsprechung des EuGH dann, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen der Rufbereitschaft zwar ständige Erreichbarkeit schulde, seine Anwesenheit am Arbeitsplatz jedoch nicht erforderlich sei. Da er in dieser Situation freier über seine Zeit verfügen und eigenen Interessen nachgehen könne, sei unter diesen Umständen nur die Zeit, die er für tatsächliche Erbringungen von Leistungen aufwendet, als Arbeitszeit i.S.d. Richtlinie 2003/88 anzusehen.

Bezogen auf den zu entscheidenden Fall erweitert der EuGH seine Rechtsprechung und kommt bezogen auf den Kläger zu dem Ergebnis, dass auch die vom Kläger **zu Hause zu leistende Rufbereitschaft** Arbeitszeit i.S.d. Richtlinie 2003/88 ist, denn zum einen war dem Kläger der häusliche Aufenthaltsort während der Rufbereitschaft vom Arbeitgeber vorgegeben, zugleich war der Kläger verpflichtet, sich innerhalb von acht Minuten am Arbeitsplatz einzufinden. **Die Verbindung dieser Pflichten führe dazu, dass objektiv die Möglichkeiten des Klägers, sich seinen persönlichen und sozialen Interessen zu widmen, stark eingeschränkt** seien. Darin unterscheide sich die Situation des Klägers von der eines Arbeitnehmers, der während seines Bereitschaftsdienstes einfach nur für den Arbeitgeber erreichbar sein muss.



Unter diesen Umständen sei der Begriff der Arbeitszeit richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass eine Situation, in der der Arbeitnehmer dazu verpflichtet sei, die Zeit des Bereitschaftsdienstes zu Hause zu verbringen, für seinen Arbeitgeber verfügbar zu sein und sich innerhalb von acht Minuten an seinem Arbeitsplatz einzufinden, als Arbeitszeit zu werten sei.

Gleichzeitig stellt der EuGH jedoch klar, dass die o.g. Einordnung von Rufbereitschaft als Arbeitszeit **keine Aussage dazu trifft, ob und in welcher Form die während der Rufbereitschaft erbrachte Leistung zu vergüten ist**, denn die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88 regelt nicht die Frage des Entgelts für Arbeitnehmer. Dies liege nach Art. 153 Abs. 5 AEUV außerhalb der Zuständigkeit der Union. Vielmehr könnten die Mitgliedsstaaten auf nationaler Ebene bestimmen, ob und in welcher Höhe das Arbeitsentgelt eines Arbeitnehmers für die Arbeitszeit von dem für die Ruhezeit abweicht, sogar, dass für letzteres gar kein Arbeitsentgelt gewährt wird.

Bedeutung der Entscheidung

Mit seiner Entscheidung ergänzt der EuGH seine Rechtsprechung zum Fall der häuslichen Rufbereitschaft als Arbeitszeit. Der EuGH legt den Schutzzweck der Arbeitsrichtlinie, Sicherheit und Gesundheit des Arbeitnehmers, zugrunde und stellt fest, dass es sich auch um Arbeitszeit handelt, wenn der Arbeitnehmer nicht nur zu Hause erreichbar sein muss, sondern in so kurzer Zeit am Arbeitsort erscheinen muss, dass die Möglichkeit einer persönlichen Freizeitgestaltung erheblich eingeschränkt ist. Die Entscheidung setzt konsequent das Ziel des dem Arbeitnehmer dienenden Gesundheitsschutzes durch Trennung von Arbeitszeit und Freizeit um. Mit Blick auf die vom EuGH verwendeten Kriterien sollten Arbeitnehmer auch zukünftig prüfen, in welchem Umfang sich die auch häuslich erbrachte Rufbereitschaft als persönliche und soziale Einschränkung darstellt.

Die theoretische Möglichkeit, sich während der Rufbereitschaft zu Hause vorübergehend „frei“ entfalten zu können, bedeutet nicht automatisch Ruhezeit. Vielmehr wird man zur Bewertung, ob häusliche Rufbereitschaft Arbeitszeit ist, in einer Gesamtschau andere Kriterien heranziehen müssen, wie z.B. die Wahrscheinlichkeit eines Arbeitseinsatzes oder die Verkehrsanbindung vom Wohnort zum Arbeitsplatz.

Das Bundesarbeitsgericht hatte bereits entschieden, dass eine auf Rufbereitschaft bezogene, für den Arbeitnehmer ungünstige vergütungsrechtliche Regelung dann keine Anwendung findet, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen des Rufbereitschaftsdienstes nicht frei über seinen Aufenthaltsort bestimmen kann, z.B.



wenn er diesen so bestimmen muss, dass er innerhalb von 10 bis 20 Minuten seine Arbeit wieder aufnehmen kann. Dann läge auch Arbeitszeit i.S.d. Richtlinie 2003/88 und des Arbeitszeitgesetzes vor.

Hier wird man in jedem Einzelfall prüfen müssen, ob die streitgegenständliche Zeitspanne den Arbeitnehmer tatsächlich in seiner sozialen und persönlichen Entfaltung beeinträchtigt.

Auch Betriebsräte und Gewerkschaften werden die Entscheidung des EuGH bei der Gestaltung von Betriebsvereinbarungen berücksichtigen müssen, auch hinsichtlich der dann zu regelnden vergütungsrechtlichen Fragen.



Dario Dell`Anna, Berlin

◀ *zur Inhaltsübersicht*



Betriebsbedingte Kündigung – Zur arbeitgeberseitigen Erläuterungspflicht beim Wegfall einer Hierarchieebene

– Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 13.10.2017 – 4 Sa 109/17 –

Kündigt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer betriebsbedingt aufgrund des Wegfalls einer Hierarchieebene, muss ersterer vor Gericht erläutern, aus welchen Gründen er die Stelle gestrichen hat und welche dauerhaften Vorteile damit verbunden sein sollen.

Bleiben hier Fragen offen, ist die Kündigung unwirksam, so das LAG Köln in einer aktuellen Entscheidung.

Ein bundesweit tätiges Unternehmen kündigte im Juli 2016 eine langjährig beschäftigte Vollzeit-Führungskraft, welche die betriebseigene Schreinerei in Kerpen geleitet hatte. Der gekündigte Arbeitnehmer war zuständig für die Materialbestellung, die Verwaltung der im Fundus vorhandenen Teile, die Steuerung des Maschinenparks, die Arbeitseinteilung sowie die Urlaubs- und Abwesenheitsplanung nebst Leitung des ihm unterstellten Teams aus 20 Mitarbeitern.

Im Kündigungsschutzverfahren erläuterte der Arbeitgeber seine Stellenstreichung damit, dass Leitungsaufgaben von Arbeitnehmern der Arbeitsvorbereitung mit erledigt werden sollen. Hierfür seien freie Kapazitäten vorhanden. Die übrig bleibenden Führungsaufgaben solle künftig eine andere Führungskraft („Plant Manager“) übernehmen.

Das LAG Köln bestätigte die Entscheidung des ArbG Köln und erklärte die Kündigung für unwirksam. Bestehe die Unternehmensentscheidung in der Streichung einer einzelnen Stelle und in der Umverteilung der vom Stelleninhaber zuletzt erledigten Arbeiten, muss der Arbeitgeber die Stellenstreichung hinsichtlich ihrer organisatorischen Durchführbarkeit und zeitlichen Nachhaltigkeit verdeutlichen. Das muss er sehr konkret machen, d.h. unter ungefährender Angabe der Wochenstunden, die der gekündigte Stelleninhaber für seine Arbeitsaufgaben zuletzt aufgewendet hat. Da der Arbeitgeber diesbezüglich nicht vorgetragen hatte, welchen Anteil an der 40-Stundenwoche des Arbeitnehmers die einzelnen Tätigkeiten jeweils hatten, gingen die Behauptungen des Arbeitgebers zu ihrer geplanten Umverteilung auf andere Mitarbeiter ins Leere.



Die arbeitgeberseitig verweigerte Wiedereingliederung

– BAG, Urteil vom 06.12.2017 - AZR 815/16 –

Der Anspruch auf Lohn setzt voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft wie vereinbart anbietet. Daran fehlt es, wenn er mit einer stufenweisen Wiedereingliederung erst in den Job zurückkehren will. Kann der Arbeitgeber dies verweigern, muss er auch keinen Lohn zahlen. Dies hat das BAG am 06.12.2017 entschieden.

Der Kläger ist Lehrer in Nordrhein-Westfalen. Seit März 2007 war er arbeitsunfähig erkrankt. Die behandelnde Ärztin empfahl ihm für die Zeit vom 26.06.2009 bis 03.07.2009 eine stufenweise Wiedereingliederung, mit täglich drei Arbeitsstunden. Die volle Arbeitsfähigkeit sollte nach den Sommerferien, also Mitte August 2009 erreicht werden. Das beklagte Land lehnt die Wiedereingliederung ab. Am 25.08.2009 teilte der Kläger sodann mit, dass seine Arbeitsunfähigkeit am 31.08.2009 enden würde und beantragte weiterhin seine Wiedereingliederung. Das Land verweigerte den schulischen Einsatz am 03.09.2009, solange die Arbeitsfähigkeit nicht durch einen Amts- oder Vertrauensarzt festgestellt sei. Der Kläger übermittelte sodann am 14.10.2009 eine ärztliche Bescheinigung, wonach er im Rahmen normaler schulischer Rahmenbedingungen wieder voll arbeitsfähig sei. Weiter forderte er das Land auf, ihn vertragsgemäß zu beschäftigen und zu vergüten.

Nachdem das Land dies abgelehnt hatte, erhob er Klage auf Vergütung für den Zeitraum November 2009 bis September 2011. Der Kläger vertrat die Auffassung, wieder arbeitsfähig gewesen zu sein, während das Land ihm die Wiedereingliederung zu Unrecht verweigert habe. Daher sei das Land verpflichtet, ihm Annahmeverzugslohn zu zahlen.

Diese Argumentation lehnte das BAG ab.

Der Annahmeverzugslohn setze ein tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung voraus, welches der Kläger nicht erteilt hatte. Zwar genüge ein wörtliches Angebot, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen. Dies greife vorliegend jedoch nicht, da der Kläger seine Arbeitsleistung lediglich im Rahmen einer Wiedereingliederung angeboten habe. Im Gegensatz zur angebotenen Arbeitsleistung liege der vorrangige Zweck der Wiedereingliederung in der Rehabilitation und nicht im Austausch von Arbeitsleistung und Vergütung. Da der Kläger in allen Schreiben lediglich die Wiedereingliederung und nicht seine Arbeitsleistung angeboten habe, hat es ein wörtliches Angebot der Arbeitsleistung nie abgegeben.



Anspruch des Arbeitnehmers auf Schadenersatz bei rechtswidriger Versetzung

– Hessische Landesarbeitsgericht, Urteil vom 10.11.2017 - 10 Sa 964/17 –

Ordnet ein Arbeitgeber rechtswidrig eine Versetzung an, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Schadenersatz. Das Hessische LAG hat in einer Entscheidung vom 10.11.2017 klargestellt, dass dieser Anspruch die Miete einer Zweitwohnung, anteilige Reisekosten für das Pendeln zum Erstwohnsitz und ein Tagesgeld, das dem Trennungsgeld für Beamte entspricht, umfasst.

Der Arbeitnehmer war mehr als 20 Jahre bei seinem Arbeitgeber beschäftigt. Dieser versetzte ihn in eine ca. 480 km entfernte Niederlassung. Der Arbeitnehmer folgte der Anordnung, erhob aber zeitgleich Klage gegen die Versetzung. Er mietete eine Wohnung am neuen Arbeitsort und fuhr beinahe jedes Wochenende mit seinem privaten PKW nach Hause. Nach einem zweijährigen Rechtsstreit gewann er und musste am alten Arbeitsort weiter beschäftigt werden. Weil er aber während des Einsatzes am neuen Arbeitsort erhebliche Mehraufwendungen gehabt hatte, machte er die Kosten für die Miete, die Heimfahrten und ein Trennungsgeld geltend.

Das Gericht sprach dem Arbeitnehmer die Miete für die Zweitwohnung in Gänze als ersatzfähigen Schaden zu. Denn der Arbeitnehmer müsse so gestellt werden, als hätte es die unwirksame Versetzung nicht gegeben.

Mit Rücksicht auf die Erstattung der wöchentlichen Heimfahrt mit dem privaten PKW sprach ihm das Gericht nur den Betrag für die Zugfahrt mit der Bahn für jedes zweite Wochenende zu. Dies begründete es damit, dass weder in den Reisekostenregelungen des öffentlichen Dienstes, noch bei Montagetätigkeiten, Heimfahrten an jedem Wochenende bezahlt würden. Da die Fahrtzeit selbst zudem keine Arbeitszeit sei, müsse der Arbeitgeber sie nicht zusätzlich bezahlen.

Auch die Kosten der Familientrennung waren voll ersatzfähig. Zwar bestand vorliegend keine betriebliche, tarifliche oder sonstige diesbezüglich anwendbare Vereinbarung. Nach dem Leitbild der öffentlich-rechtlichen Reisekostenregelungen – konkret der Trennungsgeldverordnung (TGV) – welche das Gericht heranzieht, lasse sich der Schaden des Arbeitnehmers ohne Weiteres beziffern. Dem Arbeitnehmer stehe daher „für den höheren Aufwand ein monatlicher Ausgleich von 236,00 EUR zu“, der den Vorschriften für ein Trennungstagegeld entspreche.

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



Kein Betriebsübergang, wenn der Erwerber nur als „verlängerte Werkbank“ des Veräußerers tätig wird

– BAG, Beschluss vom 25.01.2018 - 8 AZR 338/16 –

Ist das neue Unternehmen, auf das die Aufgaben übertragen werden sollen, nur der »verlängerte Arm« des alten Unternehmens, so findet kein Betriebsübergang statt. Dann handelt es sich nicht um einen Inhaberwechsel, der Voraussetzung für einen Betriebsübergang ist.

Der Arbeitnehmer ist seit 1976 im Unternehmen beschäftigt. Dieses betreibt verschiedene Standorte. Zum 31.03.2011 wurde eine neue Gesellschaft gegründet. Diese übernahm die Produktion an allen Standorten in Lohnfertigung mit den vor Ort beschäftigten Arbeitnehmern im Rahmen einer „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“. Dazu wurden ein Geschäftsbesorgungsvertrag und ein Pachtvertrag für die Produktionsanlagen abgeschlossen. In dem Geschäftsbesorgungsvertrag heißt es, dass ausschließlich auf Rechnung und im Namen des Ursprungsunternehmens gearbeitet wird. Ebenfalls im Eigentum des Ausgangsunternehmens verblieben die Immobilien und die Patente.

Das Ursprungsunternehmen war der Auffassung, dass es sich bei dieser Maßnahme um einen Betriebsübergang handelte. Daher wurden die Arbeitnehmer darüber unterrichtet, dass ihr Arbeitsverhältnis im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auf die neue Gesellschaft übergegangen sei. Diese hat auch ab 01.04.2011 die Löhne gezahlt und die Steuern und Sozialversicherungsabgaben übernommen.

Es kam, wie es kommen musste (oder sollte?): Im Frühjahr 2013 wurde die Stilllegung der neuen Gesellschaft beschlossen. Der Arbeitnehmer klagte gegen die Kündigung, diese Klage wurde verloren. Aber es stellte sich die Frage, ob die Kündigung nicht deshalb ins Leere ging, weil mangels Betriebsübergang nach wie vor ein Arbeitsverhältnis mit dem Ursprungsunternehmen bestand. Hierüber hat das BAG entschieden und festgestellt, dass niemals ein Betriebsübergang stattgefunden hatte. Dies hatte zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Ursprungsunternehmen fortgalt.

Ein Betriebsübergang kann nur dann vorliegen, wenn es zu einem Wechsel in der Person des Inhabers kommt. Dazu reicht der Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags und eines Pachtvertrags allein nicht aus. Hinzu kommen muss, dass der neue Betriebsinhaber nach außen gegenüber Kunden und Lieferanten im eigenen Namen auftritt.



Nur dann liegt die erforderliche Betriebsfortführungsabsicht vor und nur dann handelt es sich um einen tatsächlichen Wechsel der Organisationsgewalt. Hier wurde stattdessen auf Rechnung und im Namen des alten Betriebsinhabers gearbeitet. So wurde die neu gegründete Gesellschaft zur „verlängerten Werkbank“ des alten Inhabers, der „neue Betriebsinhaber“ war nur Stellvertreter des alten Betriebsinhabers.

In diesem Fall handelt es sich nicht um einen Betriebsübergang. Gut für die Arbeitnehmer, böses Erwachen für den alten Betriebsinhaber!



Dr. Michael Bachner, Frankfurt/Main

◀ *zur Inhaltsübersicht*

Kanzleigespräch 2018 in Oldenburg

Das Kanzleigespräch findet am Donnerstag, den **13. September 2018, von 11.00 Uhr bis ca. 17.00 Uhr**, in der Peterstr. 3, 26122 Oldenburg (im großen Vortragssaal des Kulturzentrums PFL) statt.

Bei der Veranstaltung handelt es sich um eine **Schulungsmaßnahme nach § 37 Abs. 6 BetrVG; Schulungsgebühren werden nicht erhoben**. Es sind folgender Ablauf und folgende Themen vorgesehen:

11:00 Uhr Öffnung des Tagungsgebäudes und Begrüßungsimbiss

11:30 Uhr Eröffnung, Begrüßung

11:45 Uhr **Quo vadis? Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung**

Referent: Wilhelm Mestwerdt, Präsident des Landesgerichts Niedersachsen

13:30 Uhr Mittagsimbiss

14:30 Uhr **Wie wollen wir zukünftig arbeiten? Arbeitsbeziehungen in der digitalen Arbeitswelt. Gestaltungsaufgaben und -möglichkeiten für Betriebsräte**

Referent: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis, Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (IDEAS), Universität zu Köln

16:00 Uhr „Auf ein Glas, auf ein Wort“

Selbstverständlich bieten wir Gelegenheit zum Austausch mit den Referenten im Rahmen einer sich jeweils an die Referate anschließenden Diskussion. Im Anschluss an die Veranstaltung laden wir zum Kennenlernen und zum geselligen Beisammensein ein. Für einen kleinen Imbiss ist dann natürlich ebenfalls gesorgt.

Anmeldungen erbitten wir bis **30.08.2018**, entweder **per Post, Fax oder E-Mail** an unsere **Oldenburger Kanzleiadresse**, Am Festungsgraben 45, 26135 Oldenburg, Fax: 0441/25112, E-Mail: oldenburg@schwegler-rae.de. Die mit der Anmeldung verbundenen personenbezogenen Daten werden ausschließlich zum Zwecke der Durchführung der Veranstaltung sowie deren Vor- und Nachbereitung verarbeitet. Mit der Anmeldung wird zugleich die Zustimmung zu dieser Datenverarbeitung erteilt.

Wir freuen uns auf Ihre/Eure Teilnahme und auf das persönliche Gespräch mit Ihnen/Euch.



Anmeldeformular:

schwegler rechtsanwälte
Am Festungsgraben 45
26135 Oldenburg

Fax: 0441-25112
E-Mail: oldenburg@schwegler-rae.de

An der Tagung Ihrer Kanzlei am **13. September 2018 in Oldenburg** nehme/n
ich/wir teil.

Vor- und Nachname:

Vor- und Nachname:

Vor- und Nachname:

Unternehmen:

Firmenanschrift:

.....

Telefon/Telefax:

E-Mail:

Datum:

Die mit der Anmeldung verbundenen personenbezogenen Daten werden ausschließlich zum Zwecke
der Durchführung der Veranstaltung sowie deren Vor- und Nachbereitung verarbeitet. Mit der
Anmeldung wird zugleich die Zustimmung zu dieser Datenverarbeitung erteilt.

Unterschrift:



Peter Berg

Das Tarifeinheitsgesetz auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts
in: Festschrift für Heinz Josef Willemsen zum 65. Geburtstag, 2018, S. 45ff.

Wahlen der JAV jetzt planen
in: Arbeit im Betrieb 2018, Heft 5, S. 36ff.

Dr. Sascha Lerch

Rückzahlung von Urlaubsentgelt und Entgeltfortzahlung wegen krankheitsbedingter
Arbeitsunfähigkeit
in: ArbR – Arbeitsrecht Aktuell 2018, S. 181

Dr. Lars Weinbrenner / Dr. Sascha Lerch

Einstellung von Mitarbeitern – Antworten für die Praxis
Verlag Vahlen, 3. Auflage 2018

Dr. Lars Weinbrenner

OVG Lüneburg: Auswahl bei einem Dauerarbeitsplatz und mehreren Weiter-
beschäftigungsverlangen durch JAV-Mitglieder
in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2018, S. 66

Kündigung – Antworten für die Praxis
Verlag Vahlen, 2. Auflage 2018



V.i.S.d.P.:

RA Dr. Michael Bachner
Schillerstraße 28
60313 Frankfurt am Main
bachner@schwegler-rae.de

Kontakt:

Düsseldorf

Königsallee 60 G
D-40212 Düsseldorf
Tel.: 0211/300 43-0
Fax: 0211/300 43-499
duesseldorf@schwegler-rae.de

Lorenz Schwegler*
Felix Laumen*
Yvonne Reinartz*
Dr. Michael Schwegler*

Simone Rohs
Dr. Alexander Metz, LL.M.
Charlotte Roth
Peter Berg

Berlin

Unter den Linden 12
D-10117 Berlin
Tel.: 030/440137-0
Fax: 030/440137-12
berlin@schwegler-rae.de

Gunter Rose
Michael Merzhäuser*
Heike Merzhäuser*
Dr. Sascha Lerch*
Dr. Lars Weinbrenner*
Sebastian Kolb

Karsten Sparchholz
Hans-Otto Umlandt
Dario Dell'Anna
Patrick Kessler
Katharina Portnjagin
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin

Frankfurt am Main

Schillerstraße 28
D-60313 Frankfurt am Main
Tel.: 069/216599-0
Fax: 069/216599-18
frankfurt@schwegler-rae.de

Dr. Michael Bachner*
Peter Gerhardt*
Ariane Mandalka

Köln

Riehler Straße 36
D-50668 Köln
Tel.: 0221/35557-0
Fax: 0221/35557-599
koeln@schwegler-rae.de

Dieter Lenz*
Dr. Herbert Grimberg
Werner Lohre
Özer Arslan

Oldenburg

Am Festungsgraben 45
D-26135 Oldenburg
Tel.: 0441/9250-263
Fax: 0441/25112
oldenburg@schwegler-rae.de

Hajo A. Köhler*
Ralf Trümner*
Jürgen Oehlmann
Anna-Lena Trümner

München

Unsöldstraße 2
80538 München
Tel.: 089/230 35 327
Fax: 0211/300 43-499
muenchen@schwegler-rae.de

Dr. Michael Schwegler* (Zweigstelle)

Wissenschaftliche Berater:

Prof. Dr. Wolfgang Däubler
Prof. Dr. Bernhard Nagel

* Partner

Hinweis und Haftungsausschluss

Dieser Newsletter ist sorgfältig zusammengestellt. Er soll den Mandanten von schwegler rechtsanwälte einen Überblick über das aktuelle Geschehen im Arbeitsrecht bieten. Im Einzelfall auftretende Rechtsfragen können nur unter Beachtung konkreter, immer differenziert zu betrachtender Sachverhalte beantwortet werden, so dass die Lektüre dieses Newsletters nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall ersetzt. schwegler rechtsanwälte können deshalb für Schäden, die aus der Anwendung oder Übernahme von in diesem Newsletter gefundenen Inhalten in der Praxis resultieren, keine Haftung übernehmen.