

Your World First



# update

Arbeitsrecht

März 2016



# Inhalt

2 | Editorial

## Schwerpunkt

3 | Arbeiten 4.0 – arbeiten wann und wo es beliebt?

## Arbeitsvertragsrecht

- 6 | Angemessener Nachtzuschlag bei Dauernachtarbeit
- 7 | Keine Anrechnung von Praktika auf die Probezeit
- 8 | Urlaubsabgeltungsanspruch auch für Erben
- 9 | Intransparenz einer Urlaubsgeldklausel
- 10 | Befristung wegen Elternzeitvertretung
- 11 | Haftung des Arbeitgebers bei Diebstahl im Betrieb

## Kündigung und Kündigungsschutz

- 12 | Aufhebungsverträge können bei Massenentlassungsschwellenwerten mitzählen
- 14 | Betriebsbedingte Kündigung bei Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Ausland
- 15 | Kein Zugang von Kündigungsschreiben an Sonntagen

## Betriebsverfassungsrecht

16 | Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei generellem Handyverbot während der Arbeitszeit

## Sozialrecht

17 | CGZP: Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen durch Rentenversicherung von Zeitarbeitsunternehmen grundsätzlich möglich

## Aktuell

- 18 | Vorträge
- 19 | Veröffentlichungen

# Editorial

Was verbirgt sich eigentlich hinter dem Begriff „Arbeiten 4.0“? Welche Besonderheiten bringt die digitalisierte Arbeitswelt mit sich? Wo liegen ihre Vorteile und wo ihre Nachteile? Und vor allem: Was muss arbeitsrechtlich beachtet werden?

Antworten zu diesen Fragen erhalten Sie im Schwerpunkt des aktuellen Update Arbeitsrecht. Im Fokus stehen dabei vor allem die Themen „flexible Arbeitszeiten“ und „flexible Arbeitsorte“.

In der Rechtsprechungsübersicht widmen wir uns unter anderem einer Entscheidung des Bundesar-

beitsgerichts, in der die Richter der Frage nachgehen, wie hoch ein angemessener Nachtarbeitszuschlag bei Dauernachtarbeit sein muss. Des Weiteren haben die höchsten Richter entschieden, dass Praktika, die einem Berufsausbildungsverhältnis vorausgehen, nicht auf die Probezeit des Ausbildungsverhältnisses angerechnet werden dürfen.

Sie erfahren ferner, unter welchen Umständen eine Urlaubsgeldklausel in einem Arbeitsvertrag unwirksam ist, weil sie nicht ausreichend klar formuliert ist. Spannend ist aber auch eine Entscheidung, die sich mit der Frage befasst, welche Sicherheits-

vorkehrungen der Arbeitgeber zu treffen hat, um Privateigentum seiner Mitarbeiter im Betrieb vor Diebstahl zu schützen.

Zu guter Letzt informieren wir Sie darüber, inwieweit der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung eines generellen Handyverbots im Unternehmen hat.

Viel Spaß beim Lesen!

Dr. Eckhard Schmid Dr. Oliver Simon

# Arbeiten 4.0 – arbeiten wann und wo es beliebt?

Vor einem Jahr hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales den Dialog „Arbeiten 4.0“ gestartet und die Frage gestellt, ob angesichts der aktuellen technologischen Trends, gesellschaftlichen Entwicklungen und Veränderungen am Arbeitsmarkt ein neues Leitbild von Arbeit erforderlich ist.

Aber was verbirgt sich hinter dem Begriff „Arbeiten 4.0“ eigentlich?

Das Ministerium knüpft mit dieser Diktion zunächst an den Begriff „Industrie 4.0“ an, also das Schlagwort für die vierte industrielle Revolution. Er beschreibt die historische Entwicklung der Arbeitswelt in diesem Kontext wie folgt:

- **Arbeiten 1.0** ist der Beginn der Industriegesellschaft Ende des 18. Jahrhunderts.
- **Arbeiten 2.0** beschreibt die Anfänge des Wohlfahrtsstaates und die beginnende Massenproduktion am Ende des 19. Jahrhunderts.
- **Arbeiten 3.0** erfasst die Fließbandproduktion nebst Entwicklung der Gewerkschaftsbewegung und der sozialen Marktwirtschaft. Aber auch die weitere Automatisierung durch In-

formationstechnologie und Elektronik sind von dem Begriff erfasst. Arbeiten 3.0 beschreibt zudem die fortschreitende Globalisierung.

- **Arbeiten 4.0** meint schließlich die Arbeit im Zeitalter der Digitalisierung und der wachsenden Bedeutung des Internets.

Arbeiten 4.0 wird vernetzter, digitaler und flexibler sein als je eine historische Phase der Arbeit zuvor. Die genaue Ausgestaltung der zukünftigen Arbeitswelt ist aber noch offen. Jedoch lässt sich jetzt schon sagen, dass in vielen Arbeitsbereichen ein zeitlich und räumlich „entgrenztes“ Arbeiten stattfinden wird. Denn Laptops, Tablet-PCs, Smartphones mit E-Mail- und Internetzugang sind in der Arbeitswelt inzwischen gang und gäbe.

Dies birgt für alle Beteiligten Vor- und Nachteile. Für die Arbeitnehmer bedeutet dies zunächst, dass der Arbeitstag nicht mehr mit dem Verlassen des Unternehmens endet. Bereits jetzt gibt die Hälfte der Berufstätigen laut einer Befragung des Forsa-Instituts an, auch nach Dienstschluss regelmäßig für Vorgesetzte, Kunden und Mitarbeiter erreichbar zu sein. Neben dieser belastenden

Komponente eröffnet die Möglichkeit des flexiblen Arbeitens den Arbeitnehmern aber auch ein deutlich selbstbestimmteres Tätigwerden. So können zahlreiche Arbeiten von zu Hause aus erledigt werden und der Mitarbeiter kann familiäre Bedürfnisse besser in seinen Arbeitsalltag einbinden. Stoßzeiten im Berufsverkehr lassen sich durch Tätigkeiten von zu Hause aus vermeiden und Handwerkertermine können problemlos in den Tagesablauf eingeplant werden. Auch Führungspositionen können vor diesem Hintergrund häufiger mit einer Teilzeitbeschäftigung in Einklang gebracht werden.

Für den Arbeitgeber hat diese Arbeitsweise einerseits den Vorteil, dass anfallende Arbeiten besser kurzfristig erledigt und Reisezeiten effektiver genutzt werden können. Außerdem lassen sich Mitarbeiter, die weit vom Arbeitsort entfernt wohnen oder wegen familiärer Belange nur sehr beschränkt vor Ort einsetzbar sind, besser einbinden – vor dem Hintergrund des bestehenden Fachkräftemangels ein wichtiger Aspekt. Andererseits kann das Unternehmen die Mitarbeiter nur noch eingeschränkt kontrollieren und muss ihnen deutlich mehr vertrauen.

Im Folgenden wird dargestellt, ob und wie sich moderne Arbeitsformen mit den bestehenden Gesetzen umsetzen lassen und wo das

deutsche Arbeitsrecht an seine Grenzen stößt. Die Fragen, die es zu beantworten gilt, lauten also:

- Welche arbeitsrechtlichen Besonderheiten sind bei „Arbeiten 4.0“ zu beachten?
- Wie viel Flexibilität lassen die bestehenden Gesetze zu?

## 1. Flexible Arbeitszeiten

Sofern keine vertragliche, betriebliche oder tarifliche Vereinbarung besteht, die die Lage der Arbeitszeiten regelt, darf ein Arbeitgeber grundsätzlich nach billigem Ermessen bestimmen, wann seine Mitarbeiter zu arbeiten haben. Insoweit ist flexibles Arbeiten zwar grundsätzlich möglich, doch muss ein Unternehmen dabei die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere die des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG), beachten:

### Höchstarbeitszeiten

Zunächst schreibt das ArbZG in § 3 vor, dass die Dauer der werktäglichen Arbeitszeit maximal acht Stunden regelmäßig nicht überschreiten darf. Diese kann auf bis zu zehn Stunden pro Tag verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden.

Ein deutlich flexibleres Arbeiten wäre möglich, wenn der Gesetzgeber die Tageshöchstgrenze abschafft und lediglich eine maximale Wochenarbeitszeit vorgeben würde – so auch die Forderungen der Arbeitgeberverbände.

### Ruhezeiten

Nach § 5 Abs. 1 ArbZG müssen Arbeitnehmer nach Beendigung ihres Arbeitstags eine mindestens elfstündige Ruhezeit einhalten, bevor sie ihre Arbeit wieder aufnehmen. Arbeitet ein Mitarbeiter abends spät

noch von zu Hause aus, so bedeutet dies faktisch, dass er erst elf Stunden später wieder aktiv werden und unter Umständen gar nicht wie gewohnt frühmorgens am Arbeitsplatz erscheinen darf. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt diese elfstündige Ruheverpflichtung sogar dann, wenn der Mitarbeiter die Ruhezeit lediglich kurzfristig unterbricht, also beispielsweise ein kurzes Telefonat am Abend führt. Ob in derartigen Situationen die Ruhezeit jedes Mal neu zu laufen beginnt, ist jedoch umstritten. Der Gedanke, die Arbeit am Nachmittag für beispielsweise familiäre Belange zu unterbrechen und abends wieder aufzunehmen, ist rechtlich gesehen daher in der Praxis oft nicht durchführbar.

Die gesetzlich vorgeschriebenen Ruhezeiten zielen auf Arbeitsverhältnisse ab, die klassisch ausgestaltet sind. Ist also beispielsweise eine Kernarbeitszeit vorgegeben und/oder die Anwesenheit des Arbeitnehmers vor Ort tatsächlich erforderlich, können solche Vorgaben sinnvoll sein. Denn die Ruhezeiten berücksichtigen unter anderem auch erforderliche Wege- und Rüstzeiten des Mitarbeiters. Für mobiles Arbeiten sind solche starren Ruhezeiten jedoch kontraproduktiv und nicht mehr zeitgemäß.

### Wochenend- und Feiertagsarbeit

Zunächst ist festzuhalten, dass Samstage Arbeitstage i. S. d. ArbZG sind. Soweit nichts anderes vereinbart wurde, darf der Arbeitgeber für diese Tage Arbeit anordnen und der Arbeitnehmer seine Arbeit an diesen Tagen erledigen.

Problematischer sind Sonn- und Feiertage. Das ArbZG schützt nämlich die Sonn- und Feiertagsruhe. Ohne das Vorliegen einer behördlichen Genehmigung ist die Arbeit an diesen Tagen nur ausnahmsweise möglich – und zwar dann, wenn es um eine

Tätigkeit gemäß § 10 ArbZG geht (z. B. Not- und Rettungsdienste, Pflegeleistungen, Gaststättenbetrieb). Diese öffentlich-rechtlichen Vorschriften sind auch für den Arbeitnehmer zwingend. Er darf daher eigentlich nicht einfach am Sonntag seinen Laptop hochfahren und für die Woche vor- oder nacharbeiten, obwohl dies schon vielfach Realität ist.

Auch diese gesetzlichen Vorschriften sollten im Sinne einer möglichst flexiblen Tätigkeit und im Interesse einer selbstbestimmten „Work-Life-Balance“ der Arbeitnehmer auf den Prüfstand gestellt werden.

### Vergütung

Ist vereinbart, dass der Arbeitnehmer zeitlich flexibel arbeiten darf, sind auch Wochenendtätigkeiten oder Arbeiten in den Abendstunden zu bezahlen. Bei der Gestaltung des Arbeitsvertrags sollte darauf geachtet werden, dass bei freiwilliger – also nicht vom Arbeitgeber angeordneter – Nacht- oder Wochenendarbeit keine Zuschläge zu zahlen sind.

## 2. Flexible Arbeitsorte

Nicht nur die Arbeitszeit lässt sich flexibel gestalten. Das Zeitalter der aktuellen Digitalisierung bringt es mit sich, dass in vielen Berufen auch der Ort, an dem die Arbeitsleistung erbracht wird, zumindest theoretisch frei gewählt werden kann. Das Thema Home-Office ist schon seit vielen Jahren aktuell. Nun geht der Trend aber dahin, dass auch auf Reisen, am Pool, im Café oder an vergleichbaren Orten gearbeitet wird (sog. „Mobile Office“).

Soweit keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden, unterliegt die Frage, wo ein Mitarbeiter seine Arbeitsleistung zu erbringen hat, dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Einen Anspruch auf Tätigkeit im Home-Office oder im Mobile Office gibt es allerdings grund-

sätzlich nicht. Eine klarstellende vertragliche Vereinbarung bietet sich daher an.

### Haftungsfragen

Eine wichtige Frage bei Tätigkeit im Home- oder Mobile Office ist, wer haftet, wenn Eigentum des Arbeitgebers zu Schaden kommt. Verursacht der Mitarbeiter diesen selbst, so gelten die Grundsätze der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung. Der Arbeitnehmer haftet dann nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit vollständig. Bei leichter Fahrlässigkeit muss der Arbeitgeber für den Schaden aufkommen; bei mittlerer Fahrlässigkeit wird der Schaden anteilig unter den Parteien aufgeteilt.

Bei mobiler Tätigkeit besteht aber die erhöhte Gefahr, dass Dritte, also beispielsweise Familienangehörige, das Eigentum des Unternehmens beschädigen. Wer dann haftet, ist umstritten. Am sinnvollsten erscheint es, diese Frage vertraglich zu regeln. Der Mitarbeiter sollte ausdrücklich verpflichtet werden, das ihm überlassene Firmeneigentum so aufzubewahren, dass etwa Familienmitglieder es nicht beschädigen können. Kommt er dem nicht nach, haftet er voll.

### Datenschutz

Datenschutzrechtlich ergeben sich beim mobilen Arbeiten nur wenige Besonderheiten, da es sich hierbei auch um eine interne Datenverarbeitung handelt. Da der Arbeitgeber allerdings allgemein verpflichtet ist, erforderliche Maßnahmen zu treffen, um die Datensicherheit zu gewährleisten, muss er für das mobile Arbeiten ggf. besondere Schutzvorkehrungen treffen. So sollte der Mitarbeiter vertraglich verpflichtet werden, personenbezogene Daten im Mobile Office gegen Verlust zu schützen. Für das Arbeiten unterwegs sollten

Sichtschutzfolien für elektronische Geräte verbindlich vorgeschrieben werden. Bei dienstlichen Telefonaten in der Öffentlichkeit hat der Arbeitnehmer sorgfältig darauf zu achten, dass keine Geschäftsgeheimnisse preisgegeben werden.

### Arbeitsschutz

Das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) gilt auch bei mobiler Tätigkeit. Der Arbeitgeber muss daher auch bei dieser Arbeitsform die Arbeit so gestalten, dass eine Gefährdung für Leben oder Gesundheit möglichst vermieden wird. Zu diesem Zweck hat das Unternehmen eine Gefährdungsbeurteilung durchzuführen (§§ 3 ff. ArbSchG). Soweit Mitarbeiter im Home-Office tätig sind, sollte sich das Unternehmen vor allem ein vertragliches Zugangsrecht zu der Wohnung der Arbeitnehmer einräumen lassen. Zu beachten ist, dass derartige Zutrittsrechte sich aber nicht unbegrenzt und zu jeder Zeit durchsetzen lassen. Vielmehr dürfen sie nur für den Einzelfall und nach vorheriger Abstimmung mit dem Arbeitnehmer eingeräumt werden.

### Bring Your Own Device (BYOD)

Nicht selten stellt sich beim mobilen Arbeiten die Frage, inwieweit es sinnvoll ist, Arbeitnehmern zu gestatten, eigene mobile Endgeräte, also etwa private Smartphones, für die Tätigkeit einzusetzen. Abgesehen davon, dass es unter Umständen problematisch ist, solche Geräte in das firmeninterne Netzwerk zu integrieren, hat der Arbeitgeber die Schwierigkeit, dass er nicht ohne Weiteres auf Daten des Unternehmens zugreifen kann, wenn diese auf den privaten Endgeräten gespeichert sind. Insofern muss bei solchen Erwägungen sichergestellt sein, dass dienstliche und private Daten auf diesen Geräten getrennt werden. Außerdem muss das Unternehmen Sorge dafür tragen,

dass Betriebsgeheimnisse auch auf den Endgeräten des Mitarbeiters ausreichend geschützt werden.

### 3. Betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen laut Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) im oben genannten Kontext vor allem in drei Bereichen:

- § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG: Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über die Lage der täglichen Arbeitszeit sowie über Pausen.
- § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG: Mitbestimmungsrecht bei der vorübergehenden Verlängerung oder Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit.
- § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: Mitbestimmungsrecht bei der Einführung oder Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

Im Hinblick auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist zu beachten, dass viele mobile Endgeräte, die im Mobile-Office genutzt werden, geeignet sind, das Verhalten der Mitarbeiter zu überwachen. So lässt sich ein Arbeitnehmer über sein Smartphone beispielsweise problemlos orten oder auch zeitlich beobachten.

Festhalten lässt sich jedenfalls, dass der Betriebsrat in vielen Arbeitsbereichen, die das Mobile-Office betreffen, Mitbestimmungsrechte hat. Inwieweit sich flexible betriebliche Lösungen vereinbaren lassen, ist damit auch vom jeweiligen Betriebsrat abhängig. Häufig wird hier ein Umdenken erforderlich sein, nicht zuletzt auch im Interesse der Mitarbeiter. ■

# Angemessener Nachtzuschlag bei Dauernachtarbeit

§ 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) bestimmt, dass Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden einen Anspruch auf einen angemessenen Zuschlag oder auf eine angemessene Anzahl bezahlter freier Tage haben, soweit nicht eine tarifvertragliche Ausgleichsregelung besteht. Nach der Rechtsprechung ist in der Regel ein Zuschlag i. H. v. 25 Prozent auf den Bruttostundenlohn bzw. die entsprechende Anzahl freier Tage für die zwischen 23.00 Uhr und 6.00 Uhr geleisteten Nachtarbeitsstunden angemessen. Bei Dauernachtarbeit erhöht sich dieser Anspruch regelmäßig auf 30 Prozent.

In einem vom Bundesarbeitsgericht (BAG) zu entscheidenden Fall ging es um einen Lkw-Fahrer, der im Paketlinientransportdienst tätig war. Seine Arbeitszeit begann in der Regel um 20.00 Uhr und endete unter Einschluss von Pausenzeiten um 6.00 Uhr. Sein Arbeitgeber war nicht tarifgebunden. Für die Arbeitszeit zwischen 21.00 Uhr und 6.00 Uhr

erhielt der Fahrer einen Nachtzuschlag auf seinen Stundenlohn i. H. v. zunächst etwa 11 Prozent. Später hob das Unternehmen diesen Zuschlag schrittweise auf zuletzt 20 Prozent an. Das reichte dem Arbeitnehmer aber nicht. Er klagte daher auf Feststellung, dass sein Arbeitgeber verpflichtet sei, ihm einen Nachtarbeitszuschlag i. H. v. 30 Prozent vom Stundenlohn zu zahlen oder einen Freizeitausgleich von zwei Arbeitstagen für 90 geleistete Nachtarbeitsstunden zu gewähren.

Der 10. Senat gab ihm recht. Unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 5 ArbZG sei für die zwischen 23.00 Uhr und 6.00 Uhr geleisteten Arbeitsstunden regelmäßig ein Zuschlag i. H. v. 25 Prozent auf den Bruttostundenlohn bzw. die entsprechende Anzahl bezahlter freier Tage angemessen. Eine Reduzierung der Höhe des Nachtarbeitsausgleichs komme in Betracht, wenn während der Nachtzeit eine spürbar geringere Arbeitsbelastung bestehe, etwa durch Arbeitsbereit-

schaft oder Bereitschaftsdienst. Besondere Belastungen könnten aber auch zu einem höheren Ausgleichsanspruch führen. Eine erhöhte Belastung liege nach gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen bei Dauernachtarbeit vor. In einem solchen Fall erhöhe sich der Anspruch regelmäßig auf einen Nachtarbeitszuschlag i. H. v. 30 Prozent bzw. eine entsprechende Anzahl freier Tage. Im zu entscheidenden Fall habe der Mitarbeiter Dauernachtarbeit erbracht. Daher stehe ihm ein Ausgleichsanspruch i. H. v. 30 Prozent zu. Entgegen der Auffassung des Arbeitgebers sei ein für die Zeit zwischen 21.00 Uhr und 23.00 Uhr gezahlter Zuschlag nicht anrechenbar. Ebenso wenig sei die Höhe des Stundenlohns des Arbeitnehmers relevant. Erkennbare Anhaltspunkte dafür, dass in diesem bereits ein anteiliger Nachtarbeitszuschlag enthalten sei, hätten nicht bestanden. ■ (BAG vom 9. Dezember 2015 – 10 AZR 423/14, bislang nur als Pressemitteilung verfügbar)



## Arbeitsvertragsrecht

# Keine Anrechnung von Praktika auf die Probezeit

Das Berufsbildungsgesetz (BBiG) schreibt vor, dass jedes Berufsausbildungsverhältnis mit einer Probezeit beginnt. Diese muss mindestens einen und darf höchstens vier Monate betragen. Innerhalb dieser Zeit kann das Ausbildungsverhältnis jederzeit ohne Frist gekündigt werden. Der Gesetzgeber gibt den Vertragsparteien damit ausreichend Gelegenheit, die für die Ausbildung im konkreten Ausbildungsberuf wesentlichen Umstände eingehend zu prüfen. Das BAG hat in einem aktuellen Fall entschieden, dass dies auch nur unter den Bedingungen des Berufsausbildungsverhältnisses mit seinen spezifischen Pflichten möglich ist. Daher darf nach Auffassung der Richter die Dauer eines vorausgegangenen Praktikums nicht auf die Probezeit in einem folgenden Berufsausbildungsverhältnis angerechnet werden. Auf den Inhalt und die Zielsetzung des Praktikums komme es dabei nicht an.

Im Frühjahr 2013 hatte sich ein Bewerber bei einem Unternehmen um eine Ausbildung zum Kaufmann im Einzelhandel beworben. Der Betrieb sagte ihm zu, dass er seine Ausbildung zum 1. August 2013 beginnen könne. Zur Überbrückung schlossen die Parteien zunächst einen „Praktikantenvertrag“ mit einer Laufzeit bis zum 31. Juli 2013. Der gesonderte Berufsausbildungsvertrag sah sodann eine Probezeit von drei Monaten vor. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2013, das dem Auszubildenden am gleichen Tag zuzuging, kündigte der Arbeitgeber das Berufsausbildungsverhältnis fristlos. Der Azubi hielt die Kündigung für unwirksam. Sie sei erst nach Ablauf der Probezeit erklärt worden. Denn das dem Berufsausbildungsverhältnis vorausgegangene Praktikum sei auf die Probezeit anzurechnen; so würde die maximale Probezeit von vier Monaten überschritten. Der Arbeitgeber habe sich bereits

während des Praktikums ein vollständiges Bild über ihn machen können.

Die Klage war in allen Instanzen erfolglos. Die Richter entschieden, dass das Berufsausbildungsverhältnis während der Probezeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden durfte. Die Tätigkeit des Auszubildenden vor dem 1. August 2013 sei nicht zu berücksichtigen. Dasselbe hätte im Übrigen auch dann gegolten, wenn es sich hierbei nicht um ein Praktikum, sondern um ein Arbeitsverhältnis gehandelt hätte.

■ (BAG vom 19. November 2015 – 6 AZR 844/14; vgl. zur Rechtslage beim Arbeitsverhältnis BAG vom 16. Dezember 2004 – 6 AZR 127/04)

# Urlaubsabgeltungsanspruch auch für Erben

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG erlosch der Urlaubsanspruch eines Mitarbeiters, wenn er lange Zeit arbeitsunfähig erkrankt war und unmittelbar im Anschluss an seine Arbeitsunfähigkeit verstarb. Der Urlaubsanspruch wandelte sich in diesen Fällen auch nicht in einen Urlaubsabgeltungsanspruch, der auf die Erben übergehen konnte. Die Richter vertraten den Standpunkt, dass ein Abgeltungsanspruch nur für den Arbeitnehmer höchstpersönlich und zu Lebzeiten entstehe (siehe etwa BAG vom 20. September 2011 – 9 AZR 416/10). Dem ist der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Jahr 2014 entgegengetreten (EuGH vom 12. Juni 2014 – C-118/13; wir berichteten in unserem CMS Update Arbeitsrecht, Ausgabe Oktober 2014) und hat entschieden, dass den Erben in solchen Situationen im Grundsatz ein Abgeltungsanspruch zustehe. Es sei mit der Europäischen Richtlinie über Arbeitszeitgestaltung (RL 2003/88/EG) unvereinbar, wenn dieser Anspruch mit dem Tod des Mitarbeiters erlösche. Die Richtlinie schreibt vor, dass jeder Arbeitnehmer Anspruch auf einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen hat und dass dieser – außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden darf. Auch im

Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod eines Arbeitnehmers – so die Richter – müsse durch einen finanziellen Ausgleich die praktische Wirksamkeit des Urlaubsanspruchs sichergestellt werden. Der unwägbare Eintritt des Todes dürfe nicht dazu führen, dass rückwirkend der Anspruch auf Jahresurlaub vollständig verloren gehe.

Das BAG hat nun seine Rechtsprechung der des EuGH angepasst. Im aktuellen Fall hatten die Erben eines am 15. Mai 2013 verstorbenen Arbeitnehmers gegen dessen ehemaligen Arbeitgeber geklagt. Der Mitarbeiter war seit 9. Januar 2008 als schwerbehinderter Mensch anerkannt und ab diesem Zeitpunkt bis zu seinem Tod arbeitsunfähig erkrankt. Die Deutsche Rentenversicherung hatte ihm ab Mai 2009 eine befristete Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung und ab März 2011 eine unbefristete Rente wegen voller Erwerbsminderung bewilligt. Sein Arbeitsverhältnis endete am 17. März 2011. Die Erben und der ehemalige Arbeitgeber stritten vor Gericht darüber, ob der Urlaubsanspruch des Erblassers aus 2009 bereits verfallen war und ob ein bestehender Urlaubsabgeltungsanspruch auf die Erben übergegangen ist.

Der 9. Senat urteilte wie folgt:

Der verstorbene Mitarbeiter habe Anspruch auf Urlaubsabgeltung. Ihm hätten bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 17. März 2011 aus dem Urlaubsjahr 2009 noch 25 Urlaubstage zugestanden. Diese Ansprüche seien auch nicht verfallen. Gesetzliche Urlaubsansprüche arbeitsunfähiger Arbeitnehmer gingen nach unionsrechtskonformer Auslegung erst 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahrs unter.

Dieser Urlaubsabgeltungsanspruch sei mit dem Tod des Arbeitnehmers auf seine Erben übergegangen. Aus der Einordnung des Urlaubsabgeltungsanspruchs als reinen Geldanspruchs folge, dass dieser Anspruch weder von der Erfüllbarkeit oder Durchsetzbarkeit des Urlaubsanspruchs abhängen noch mit dem Tod des Arbeitnehmers untergehe. Vielmehr sei er vererbbar.

Soweit das BAG in der Vergangenheit nur einen Schadensersatzanspruch, nicht aber den Urlaubsabgeltungsanspruch selbst als vererblich angesehen hat, hält der 9. Senat hieran nicht mehr fest. ■ (BAG vom 22. September 2015 – 9 AZR 170/14)



## Arbeitsvertragsrecht

# Intransparenz einer Urlaubsgeldklausel

Sind Klauseln in einem Arbeitsvertrag vorformuliert, sodass der unterschreibende Mitarbeiter keinen Einfluss mehr auf sie nehmen kann, sind sie einer AGB-Prüfung zu unterziehen. Regelungen in vorformulierten Arbeitsverträgen müssen daher unter anderem transparent sein (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB).

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln hat in diesem Zusammenhang eine Klausel in einem Vertrag, die die Auszahlung von Urlaubsgeld betraf, für unwirksam erklärt, weil sie gegen das Transparenzgebot verstieß. In dem Vertrag hieß es: „Voraussetzung für die Auszahlung (des Urlaubsgelds,

Anm. d. Red.) ist die wirtschaftliche Situation des Unternehmens.“

Die Richter hielten diese Formulierung für unklar und unverständlich. Diese Voraussetzung für die Auszahlung des Urlaubsgelds könne zum einen so ausgelegt werden, dass ein Urlaubsgeld wegen der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens (nur) dann nicht in Betracht komme, wenn der Arbeitgeber zum Fälligkeitszeitpunkt nicht in der Lage sei, den geschuldeten Betrag aufzubringen.

Zum anderen könne man diese aber auch so verstehen, dass schon eine angespannte oder weniger günstige

wirtschaftliche Lage des Unternehmens der Auszahlung von Urlaubsgeld entgegenstünde. Schließlich könne man die Klausel sogar auch so ausgelegt, dass die Zahlung von Urlaubsgeld nur bei einer positiven wirtschaftlichen Lage des Unternehmens in Frage komme. Die Unklarheit der Klausel sei objektiv geeignet, den Arbeitnehmer von der Geltendmachung seines Anspruchs abzuhalten, benachteilige ihn infolgedessen unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und sei daher unwirksam. ■ (LAG Köln vom 7. Mai 2015 – 7 Sa 1069/14)

# Befristung wegen Elternzeitvertretung

Ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Mitarbeiters eingesetzt werden soll. In der Praxis geschieht das häufig, wenn ein Angestellter Elternzeit in Anspruch nimmt und seine Stelle vorübergehend vakant ist. Der Sachgrund der Vertretung wird in solchen Fällen durch § 21 Abs. 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) konkretisiert. Nach § 21 Abs. 3 BEEG muss die Dauer der Befristung des Arbeitsvertrags entweder kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar oder den in § 21 Abs. 1 und Abs. 2 BEEG genannten Zwecken zu entnehmen sein. Mit der Elternzeitvertretung kann daher nicht nur ein kalendermäßig befristeter, sondern auch ein sog. zweckbefristeter Arbeitsvertrag geschlossen werden. Eine solche Zweckbefristung zur Elternzeitvertretung kann sogar schon dann vereinbart werden, wenn die Stammkraft ihre Elternzeit noch gar nicht förmlich nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG verlangt, sondern deren Inanspruchnahme nur angekündigt hat.

Das BAG hatte über den Fall eines Arbeitnehmers zu entscheiden, der als Arbeitsvermittler mit Beratungsaufgaben bei der Agentur für Arbeit von Februar 2006 bis Mai 2012 auf der Grundlage von insgesamt sieben befristeten Arbeitsverträgen beschäftigt war. Der letzte befristete Arbeits-

vertrag trug das Datum 3. Dezember 2010. Als Befristungsgrund war dort die Elternzeitvertretung für eine schwangere Kollegin genannt. Zu dem im Vertrag ausgewiesenen Zeitpunkt hatte diese der Agentur für Arbeit den voraussichtlichen Entbindungstermin (10. Mai 2011) mitgeteilt und angekündigt, danach für ein Jahr Elternzeit nehmen zu wollen. Einen offiziellen Elternzeitantrag bis zum 16. Mai 2012 stellte sie aber erst nach der Geburt ihres Kindes. Mit Schreiben vom 27. März 2012 teilte die Arbeitsagentur dem Vertreter mit, dass das befristete Arbeitsverhältnis mit dem Ende der Elternzeit der Stammmitarbeiterin mit Ablauf des 16. Mai 2012 ende. Wider Erwarten kehrte die eigentliche Stelleninhaberin nach dem Ende ihrer Elternzeit dann aber zunächst doch nicht an ihren Arbeitsplatz zurück, da sie sich bei Beendigung der Elternzeit wieder im Mutterschutz befand und daraufhin erneut Elternzeit in Anspruch nahm.

Der Vertreter versuchte vor den Arbeitsgerichten eine Entfristung seines Vertrags zu erreichen und wollte über den 16. Mai 2012 hinaus weiterbeschäftigt werden – in allen Instanzen ohne Erfolg. Nach Auffassung der Richter endete sein Arbeitsverhältnis am 16. Mai 2012. Die Beteiligten hätten eine Zweckbefristung bis zum Erreichen des Zwecks „Ende der Elternzeit der zu vertretenden Mitar-

beiterin“ vereinbart. Der Vertragswortlaut habe zwar keine näheren Angaben zur Elternzeit enthalten, habe aber erkennen lassen, dass es sich dabei um die Elternzeit handeln sollte, die sich an die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende Schwangerschaft der Stammmitarbeiterin anschließen sollte. Es sei nicht von Belang, dass die schwangere Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keinen Antrag auf Gewährung von Elternzeit nach § 16 Abs. 1 BEEG gestellt habe. Es sei vielmehr ausreichend, dass sie zu diesem Zeitpunkt schwanger gewesen sei und angekündigt habe, Elternzeit in Anspruch nehmen zu wollen. Weitere Elternzeiten der Mitarbeiterin sollten von der Befristungsabrede ersichtlich nicht erfasst sein. Dafür spreche die Verwendung des Singulars „Elternzeit“. Zudem sei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Inanspruchnahme einer weiteren Elternzeit nicht absehbar gewesen.

Die Befristungsabrede verletze auch nicht das Transparenzgebot, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht festgestanden habe, zu welchem kalendermäßig bestimmten oder bestimmbar Datum die Elternzeit enden würde. Die Vereinbarung sei auch deshalb nicht unklar, weil eine Regelung für den Fall der Nichtinanspruchnahme der Elternzeit fehle. ■ (BAG vom 9. September 2015 – 7 AZR 148/14)

# Haftung des Arbeitgebers bei Diebstahl im Betrieb

Das LAG Hamm hatte sich jüngst mit einer Fragestellung zu beschäftigen, die bislang kaum vor den Gerichten behandelt wurde, aber für die betriebliche Praxis durchaus relevant sein kann.

Es ging um die Frage, welche Schutzpflichten ein Arbeitgeber im Hinblick auf das von den Arbeitnehmern in den Betrieb mitgebrachte Eigentum hat.

Geklagt hatte ein Krankenhausmitarbeiter. Er behauptete, im Sommer 2014 Schmuck und Uhren im Wert von rund EUR 20.000 in den Rollcontainer des Schreibtisches seines Büros gelegt und diesen verschlossen zu haben. Er habe vorgehabt, diese Wertsachen noch am selben Abend zur Bank zu bringen, sei aber aufgrund erheblicher Arbeitsbelastung nicht dazu gekommen. Einige Tage später habe er sodann festgestellt, dass die Tür zu seinem Büro, die normalerweise verschlossen sei, aufgeschlossen worden sei. Darüber hinaus sei der Rollcontainer aufgebrochen und seine Wertsachen entwendet worden. Das Öffnen der Bürotür sei nur mittels eines Generalschlüssels möglich gewesen. Eine Kollegin von ihm habe diesen in leichtfertiger Weise in ihrer Kitteltasche aufbewahrt,

woraus selbiger nach Aufbrechen ihres Spindes entwendet worden sei.

Der Mitarbeiter vertrat die Auffassung, das Krankenhaus habe es unterlassen, durch klare Anweisungen oder Vorkehrungen für eine sichere Aufbewahrung des Generalschlüssels zu sorgen. Dadurch sei der Diebstahl der Wertsachen erst möglich gewesen. Dementsprechend habe er Anspruch auf Schadensersatz gegenüber seinem Arbeitgeber.

Im Ergebnis verneinten die Richter einen solchen Anspruch. Schutzpflichten des Arbeitgebers im Hinblick auf die von den Arbeitnehmern in den Betrieb mitgebrachten Sachen ließen sich regelmäßig nur dann begründen, wenn es sich um Gegenstände handele, die ein Arbeitnehmer zwingend, mindestens aber regelmäßig mit sich führe oder aber unmittelbar oder mittelbar für die Arbeitsleistung benötige. Nur dann habe der Arbeitgeber mögliche und zumutbare Maßnahmen zu ergreifen, um den Mitarbeiter vor Verlust oder Beschädigung der eingebrachten Sachen zu schützen. Hinsichtlich anderer, ohne jeden Bezug zum Arbeitsverhältnis und insbesondere ohne Kenntnis und Einverständnis des Arbeitgebers mitgebrachter (Wert-)

Gegenstände ließen sich Obhut- und Verwahrungspflichten hingegen nicht begründen. Dies sei schon allein deshalb notwendig, um den Arbeitgeber vor unerwarteten und unkalkulierbaren Haftungsrisiken zu schützen. ■ (LAG Hamm vom 21. Januar 2016 – 18 Sa 1409/15)

## Tipp für die Praxis:

Die Arbeitsstättenverordnung (ArbeitsstättV) schreibt vor, dass Unternehmen in Arbeitsstätten ohne Umkleieräume jedem Beschäftigten mindestens eine Kleiderablage zur Verfügung stellen müssen. Ein abschließbares Fach zur Aufbewahrung persönlicher Wertgegenstände muss hingegen nicht vorhanden sein. Eine derartige Pflicht des Arbeitgebers besteht nur auf Baustellen. Ein Betrieb kann jedoch im Einzelfall aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht verpflichtet sein, für die Beschäftigten geeignete Einrichtungen zum Schutz ihrer Kleidungsstücke und Wertgegenstände zur Verfügung zu stellen. (vgl. z. B. BAG vom 5. März 1959 – 2 AZR 268/56)

# Aufhebungsverträge können bei Massenentlassungsschwellenwerten mitzählen

Entlässt ein Unternehmen eine größere Anzahl von Arbeitnehmern, muss dies der Arbeitsagentur angezeigt werden. Zudem ist der Betriebsrat zu unterrichten und die Massenentlassung ist mit ihm zu beraten (sog. Konsultationsverfahren, das mit dem Interessenausgleichsverfahren nach §§ 111, 112 BetrVG verbunden werden kann). Die entsprechenden Schwellenwerte, also die Mitarbeiteranzahl/Zahl der entlassenen Mitarbeiter, ab deren Überschreitung diese Pflichten bestehen, ergeben sich aus § 17 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

In diesem Zusammenhang hat der EuGH unlängst Folgendes entschieden: Die Frage, ob der Schwellenwert für eine Massenentlassung i. S. d. Europäischen Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG (die in Deutschland durch die §§ 17 ff. KSchG umgesetzt ist) erreicht ist, richtet sich nicht nur nach der Zahl der „Entlassungen“ im engeren Sinne. Zu berücksichtigen seien vielmehr auch Vertragsaufhebungen infolge der Weigerung der Arbeitnehmer, einer erheblichen Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen zuzustimmen. Damit bestätigt der EuGH die in Deutschland bestehende Rechtslage.

Zugrunde lag ein Fall nach spanischem Recht. Ein gekündigter Arbeitnehmer machte geltend, dass sein Arbeitgeber das Verfahren für eine Massenentlassung hätte durchführen müssen. Der insoweit maßgebliche Schwellenwert sei erreicht worden, da auch die Entlassung befristeter Beschäftigter vor Auslaufen der Befristung und die Beendigung von Arbeitsverträgen durch Aufhebungsverträge zu berücksichtigen seien. Zu diesen Aufhebungsverträgen sei es nur deshalb gekommen, weil das Unternehmen das Festgehalt der Beschäftigten um 25 Prozent habe kürzen wollen. Damit seien die Mitarbeiter nicht einverstanden gewesen und hätten dementsprechend Aufhebungsverträge unterzeichnet.

Das zuständige spanische Gericht hatte dem EuGH u.a. folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Zählen auch Entlassungen befristeter Beschäftigter vor Auslaufen der Befristung zu den Entlassungen i. S. d. Richtlinie?
2. Kann auch die Aufhebung eines Arbeitsvertrags eine Entlassung i. S. d. Richtlinie sein? Gilt als Entlassung also auch die vom Arbeitgeber veranlasste, aber auf Wunsch

des Mitarbeiters vereinbarte Beendigung des Arbeitsverhältnisses?

Der EuGH bejahte beide Fragen. Auch Arbeitnehmer mit einem für eine bestimmte Zeit oder Tätigkeit geschlossenen Vertrag gehören nach seiner Auffassung zu den Arbeitnehmern, die i. S. d. Richtlinie „in der Regel“ in dem Betrieb beschäftigt sind. Sie müssten denselben Schutz genießen wie unbefristet tätige Arbeitnehmer, wenn sie sich in einer vergleichbaren Lage befänden, wenn also das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Laufzeit beendet werde.

Eine „Entlassung“ i. S. d. Richtlinie liege überdies auch vor, wenn ein Arbeitgeber einseitig die Arbeitsbedingungen eines Arbeitnehmers verschlechtere und es daraufhin zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag komme. Der Begriff der Entlassung dürfe nach der Zielsetzung der Richtlinie, die insbesondere den Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen verstärken solle, nicht eng ausgelegt werden. Er müsse vielmehr auch Fälle umfassen, in denen Mitarbeiter in anderer Weise als durch eine Kündigung aus dem Arbeitsverhältnis gedrängt würden. ■ (EuGH vom 11. November 2015 – C-422/14)



### **Tipps für die Praxis:**

Der EuGH bestätigt mit seiner Entscheidung erneut seine Rechtsprechung, dass eine Entlassung im unionsrechtlichen Sinn jede Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Veranlassung des Arbeitgebers ist. Das Bundesarbeitsgericht geht ebenfalls in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass vom Arbeitgeber veranlasste Aufhebungsverträge und Eigenkündigungen bei den

Schwellenwerten des § 17 KSchG mitzuzählen sind (vgl. jüngst BAG vom 19. März 2015 – 8 AZR 119/14). Jeder Unternehmer tut deshalb gut daran, wenn er sich bei der Vorbereitung von Entlassungen fragt, wie viele Aufhebungsverträge er in den letzten 30 Kalendertagen geschlossen bzw. Eigenkündigungen erhalten hat. Soweit der Schwellenwert überschritten wurde und die Anzeige- bzw. die Konsultationspflicht mit dem Betriebsrat für vergangene Aufhebungsverträge/

Eigenkündigungen nicht eingehalten ist, empfiehlt es sich, die zusätzlich geplanten arbeitgeberseitigen Kündigungen zeitlich nach hinten zu schieben. Denn Verstöße gegen die Anzeige- bzw. die Konsultationspflicht nach § 17 KSchG führen nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der betriebsbedingten Kündigungen bzw. der Aufhebungsverträge und sogar der Eigenkündigungen der Mitarbeiter.

# Betriebsbedingte Kündigung bei Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Ausland

Eine betriebsbedingte Kündigung darf grundsätzlich nicht ausgesprochen werden, wenn die Möglichkeit besteht, den betroffenen Mitarbeiter auf einer anderen vergleichbaren freien Stelle im Unternehmen zu beschäftigen. Der Arbeitgeber ist dabei aber nicht verpflichtet, einen Arbeitsplatz in einem im Ausland gelegenen Betrieb oder Betriebsteil des Unternehmens anzubieten. Dies hat das BAG in einer aktuellen Entscheidung abermals bestätigt.

Im zu entscheidenden Fall ging es um eine Bank mit Hauptsitz in der Türkei. Allerdings unterhielt sie auch einige Zweigstellen in Deutschland. Diese Filialen wurden zum 30. April 2011 geschlossen. Einem türkischen Mitarbeiter einer solchen Filiale wurde ab dem 9. Mai 2011 die Tätigkeit eines Leiters der Abteilung für Auslandsgeschäfte in einer Niederlassung in Istanbul zugewiesen. Der Arbeitnehmer trat die Stelle aber nicht an. Nach zweimaliger Abmahnung wegen Arbeitsverweigerung kündigte ihm die Bank mit Schreiben vom 31. Mai 2011 außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Der Angestellte

wehrte sich dagegen und argumentierte, die verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung sei unwirksam, weil die Bank ihm eine Tätigkeit in der Türkei nicht kraft ihres Direktionsrechts habe zuweisen können. Eine betriebsbedingte ordentliche Beendigungskündigung habe seine Arbeitgeberin aber ebenfalls nicht aussprechen dürfen, weil sie als milderes Mittel zunächst eine Änderungskündigung hätte aussprechen müssen, mit dem Ziel, ihn als Leiter der türkischen Filiale zu beschäftigen. Die Vorinstanzen hatten der Klage des Arbeitnehmers stattgegeben. Im Verfahren vor dem BAG ging es nun nur noch um die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung. Die Bank beantragte insoweit, die gegen die ordentliche Kündigung gerichtete Klage abzuweisen.

Der 2. Senat hielt zwar die Versetzung in die Türkei wegen Überschreitung der Grenzen des Direktionsrechts für unwirksam. Weiter urteilten die Richter jedoch, dass die ordentliche Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sei, da eine Weiterbeschäftigung des

Mitarbeiters in Deutschland nicht möglich gewesen sei. Die aus dem Kündigungsschutzgesetz folgende Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz zu beschäftigen, erstreckte sich nicht auf Arbeitsplätze im Ausland. Das BAG betonte, dass die Bank nicht „selbstwidersprüchlich“ gehandelt habe, indem sie die Kündigung vorrangig auf die Weigerung des Mitarbeiters gestützt habe, weisungsgemäß in der Türkei tätig zu werden, die ordentliche Kündigung dann aber hilfsweise damit begründet habe, dass er dort nicht eingesetzt werden müsse. Zum einen sei der Arbeitnehmer lediglich dann – noch – vom Wegfall des Beschäftigungsbedarfs in Deutschland betroffen, wenn die Versetzung in die Türkei sich als unwirksam erweise. Zum anderen sei die Annahme der Bank, ein Versetzungsrecht zu besitzen, ohne Weiteres mit ihrer Leugnung einer Versetzungspflicht vereinbar. ■ (BAG vom 24. September 2015 – 2 AZR 3/14)



## Kündigung und Kündigungsschutz

# Kein Zugang von Kündigungsschreiben an Sonntagen

Wirft der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter ein Kündigungsschreiben an einem Sonntag in den Briefkasten, geht dieses grundsätzlich an diesem Tag nicht mehr zu. Denn an einem Sonntag muss der Arbeitnehmer nicht mit dem Zugang von Postzustellungen rechnen und dementsprechend seinen Briefkasten nicht überprüfen. Dies gilt auch bei einer Kündigung in der Probezeit.

Eine Anwaltskanzlei hatte ihrer Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten, die sich noch in einer dreimonatigen Probezeit befand, nach § 622 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt. Das Kündigungsschreiben warf die Kanzlei

am letzten Tag der Probezeit in den Hausbriefkasten der Mitarbeiterin ein. Dieser Tag war ein Sonntag. Die Angestellte leerte ihren Briefkasten an dem Tag nicht.

Mit ihrer Klage machte die Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte geltend, das Arbeitsverhältnis sei erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich mit Ablauf einer vierwöchigen Kündigungsfrist, beendet worden. Ihre Arbeitgeberin habe ihr nicht mehr innerhalb der Probezeit gekündigt.

Die Richter gaben ihr recht. Ein Kündigungsschreiben müsse dem Mitarbeiter zugehen. Dies setze voraus, dass unter gewöhnlichen

Umständen mit der Kenntnisnahme des Schreibens zu rechnen sei. Arbeitnehmer seien jedoch nicht verpflichtet, ihre Briefkästen an Sonntagen zu überprüfen. Dies gelte selbst dann, wenn am Wohnort sonntags regelmäßig sog. „Wochenblätter“ verteilt würden. Die Kündigung sei der Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten dementsprechend frühestens am folgenden Werktag zu den üblichen Postleerungszeiten und damit nach Ablauf der Probezeit zugegangen. Dementsprechend sei eine vierwöchige Kündigungsfrist zugrunde zu legen. ■ (LAG Schleswig-Holstein vom 13. Oktober 2015 – 2 Sa 149/15)

# Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei generellem Handyverbot während der Arbeitszeit

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ein zwingendes Mitbestimmungsrecht bei Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Die Betriebsparteien können zur Regelung der Ordnung des Betriebs verbindliche Verhaltensregeln für die Mitarbeiter aufstellen, um einen ungestörten Arbeitsablauf sowie ein reibungsloses Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb sicherzustellen. Wenn Regelungen getroffen werden sollen, die auf das Verhalten der Beschäftigten im Betrieb abzielen, ist zwischen Maßnahmen, die das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betreffen, und Regelungen, die das Arbeitsverhalten der Mitarbeiter zum Inhalt haben, zu differenzieren. Letztere sind mitbestimmungsfrei, wenn sie sich ausschließlich auf die arbeitsvertragliche Leistungsverpflichtung der Beschäftigten beziehen.

Vor diesem Hintergrund hat das Arbeitsgericht (ArbG) München entschieden, dass der Betriebsrat mitzubestimmen hat, wenn ein Unternehmen ein generelles Verbot der Nutzung von privaten Mobiltelefonen während der Arbeitszeit verhängt.

Das Gericht hatte über den Fall eines Unternehmens mit ca. 500 Beschäftigten zu entscheiden. Die Firmenleitung hatte eine Mitteilung an die Belegschaft herausgegeben, die lautete:

„(...) wie bereits auf der Betriebsversammlung angekündigt, möchten wir Sie informieren, dass die Benutzung privater Mobiltelefone zu privaten Zwecken während der Arbeitszeit ab sofort verboten wird. Jegliche Nutzung der Mobiltelefone während der Arbeitszeit – sowohl dienstlich als auch privat – ist im Voraus durch die jeweilige Führungskraft zu genehmigen. Bei Zuwiderhandlung verstößt der Mitarbeiter/die Mitarbeiterin gegen die Hauptleistungspflicht des Arbeitsvertrags. Auslöser des Verbots ist, dass leider wiederholt KollegInnen angetroffen wurden, die während der Arbeitszeit mit ihren Mobiltelefonen mit eindeutig privater Nutzung beschäftigt waren.“

Der Betriebsrat monierte daraufhin, dass sein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verletzt worden sei, und beantragte den Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung gegen den Arbeitgeber. Mit Erfolg:

Das Gericht argumentierte, dass ein generelles Handyverbot nicht das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten der Mitarbeiter betreffe. Denn Arbeitnehmer könnten ihre Arbeitspflicht grundsätzlich auch dann zügig und fehlerfrei verrichten, wenn sie ab und an einen Blick auf ihr Handy werfen würden, um zu prüfen, ob es verpasste Anrufe oder eingegangene Textnachrichten anzeige. Im Übrigen lenke auch nicht jede Nutzung des Mobiltelefons zu Kommunikationszwecken von der Arbeits-

leistung ab. So könne es z. B. für die Konzentration am Arbeitsplatz sogar förderlich sein, wenn ein Arbeitnehmer wisse, dass er bei Bedarf für seine Kinder oder pflegebedürftigen Eltern erreichbar sei.

Das generelle Nutzungsverbot von Mobiltelefonen betreffe damit vielmehr die betriebliche Ordnung und regule das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb; nicht zuletzt deshalb, weil die private Nutzung von Mobiltelefonen am Arbeitsplatz – sei es zum Telefonieren, sei es zum Abspielen von Musik oder zum Radiohören – selbst bei ordnungsgemäßer Erbringung der eigenen Arbeitsleistung andere Mitarbeiter stören könne. ■ (ArbG München vom 18. November 2015 – 9 BVGa 52/15)

## Tipp für die Praxis:

Das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten eines Beschäftigten kann aber beispielsweise dann betroffen sein, wenn das Handyverbot nur für bestimmte Arbeitnehmer ausgesprochen wird, weil das Mobiltelefon ihre Arbeitsleistung beeinträchtigen könnte, etwa wenn gefährliche Maschinen geführt/bedient werden müssen.

# CGZP: Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen durch Rentenversicherung von Zeitarbeitsunternehmen grundsätzlich möglich

Obwohl das Schicksal der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (CGZP) inzwischen durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) besiegelt wurde und auch die daraus erwachsenden Konsequenzen für das Arbeitsrecht durch das BAG in zahlreichen Urteilen höchstrichterlich geklärt sind, ist nach wie vor ungewiss, wie sich die Tarifunfähigkeit der CGZP sozialversicherungsrechtlich auswirkt. Die Deutsche Rentenversicherung (DRV) hat bei zahlreichen Personaldienstleistern, die die Tarifverträge der CGZP angewendet haben, „Sonderprüfungen“ durchgeführt und erhebliche Nachforderungen geltend gemacht. In diesem Zusammenhang stellt sich vor allem die Frage, ob die DRV tatsächlich dazu berechtigt war.

Am 16. Dezember 2015 hat sich das Bundessozialgericht (BSG) dieser Problematik angenommen. Im

Ergebnis wurde die Angelegenheit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung jedoch zurückverwiesen.

Der BSG argumentierte in einer Pressemitteilung, dass sich der klagende Personaldienstleister aufgrund der vorangegangenen Verfahren in der Arbeitsgerichtsbarkeit und beim BVerfG grundsätzlich nicht erfolgreich auf einen Vertrauensschutz berufen könne. Wegen unwirksamer tariflicher Regelungen bestehe ein Anspruch der beschäftigten Zeitarbeitnehmer auf ein gleich hohes Arbeitsentgelt, wie es die Stammbeschäftigten des Kundenunternehmens erhielten, wonach sich dann auch die Beitragshöhe richte.

Allerdings lasse sich derzeit noch nicht verfahrensfehlerfrei entscheiden, in welcher Höhe und für welche Zeiträume genau Beiträge nachzuzahlen seien: Vor einer abschließenden Entscheidung

müssten zunächst die betroffenen Beschäftigten und alle insoweit von den nachgeforderten Beiträgen begünstigten anderen Sozialversicherungsträger als notwendig Beigeladene am Rechtsstreit beteiligt werden. Darüber hinaus müssten Tatsachenfeststellungen dazu nachgeholt werden, welche Beiträge auf welche konkreten Entgeltansprüche entfielen und welche Beitragsanteile darüber hinausgehend auf einer (an sich grundsätzlich zulässigen) Schätzung beruhten. Sollten zudem – wie vorliegend – über die vierjährige Verjährungsfrist hinaus Beiträge wegen vorsätzlicher Vorenthaltung unter Berufung auf die 30-jährige Verjährungsfrist nacherhoben werden, bedürfe es genauerer Feststellungen zum Vorsatz, also insbesondere zur Kenntnis und zum Verhalten der im Betrieb verantwortlichen Personen.

■ (BSG vom 16. Dezember 2015 – B 12 R 11/14 R).

## Unsere Newsletter im letzten Quartal

- Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Syndikusanwälte
- Entwurf eines Gesetzes für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern
- Auswertung elektronischer Kommunikation

[www.cms-hs.com/arbeitsrecht](http://www.cms-hs.com/arbeitsrecht)



Aktuell

## Vorträge

### **HR-Fitness-Club, „Gesundheit & Familie & Performance – Work-Life-Balance war vorgestern“**

- 12. April 2016, München (Martina Hidalgo)
- 13. April 2016, Stuttgart (Dr. Achim Lindemann)
- 19. April 2016, Frankfurt/Main (Carsten Domke, LL. M.)
- 20. April 2016, Köln (Dr. Alexander Bissels)
- 26. April 2016, Hamburg (Bernd Rook)
- 27. April 2016, Berlin (Prof. Dr. Marion Bernhardt)
- 28. April 2016, Leipzig (Dr. Antje-Kathrin Uhl/ Dr. Dagmar Unger-Hellmich)

**Prof. Dr. Marion Bernhardt, „Ausgewählte Probleme des Kündigungsschutzrechts“**, Ringvorlesung an der HU Berlin am 8. Juni 2016

**Dr. Alexander Bissels, „Quo vadis, Zeitarbeit: Änderungen des AÜG und Auswirkungen**

**für die Praxis“**, Vortrag für den Bundeskongress AÜG-Netzwerk am 6. Juni 2016 in Detmold

**Prof. Dr. Björn Gaul, „Einsatz von Fremdpersonal in IT-Projekten“**, Vortrag im Rahmen der Kölner IT-Tage Recht 2016 am 17. März 2016 in Köln

**Prof. Dr. Björn Gaul, „Aktuelles zur betriebsbedingten Kündigung“**, Vortrag für die Bielefelder Fachlehrgänge am 4. Mai 2016 auf Sylt

**Dr. Andreas Hofelich, „Aktuelle Entwicklungen in der betrieblichen Altersversorgung“**, Vortrag für Datakontext und ARGE Betriebliche Altersversorgung am 15. März 2016 in Leipzig

**Dr. Sören Langner, LL. M., „Modernes Arbeitszeitrecht und Mindestlohn“**, Vortrag im Rahmen des BVI-Immobilienkongresses am 13. Mai 2016 in Berlin

**Dr. Martin Lützeler, „Rechtssicheres Delegieren“**, Vortrag im Rahmen des gfo-Regionalmeetings am 7. März 2016 in Köln

**Dr. Susanne Mujan, LL. M., „Die Mitarbeiter als Kernelement der Kooperation – arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten unter Beteiligung des Betriebsrats“**, Vortrag im Rahmen der CMS-Veranstaltung „Stadtwerke und strategische Kooperation“ am 10. März 2016 in Frankfurt/Main

**Maria-Susanna Schumacher, LL. M., „Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen: Inhalt und Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelungen“**, Vortrag für den Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen am 8. März 2016 in Hannover

Aktuell

# Veröffentlichungen

**Dr. Alexander Bissels / Kira Falter, „Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die rückwirkende Feststellung der Tarifunfähigkeit der CGZP durch die Arbeitsgerichte“**, Anmerkung zu BVerfG vom 25. April 2015 – 1 BvR 2314/12 in der Zeitschrift „Arbeit und Arbeitsrecht“, 2016, S. 53

**Prof. Dr. Björn Gaul / Tobias C. Hahne, „Der Versuch des Gesetzgebers zur Kennzeichnung von Arbeitnehmern, Leiharbeitnehmern und sonstigem Fremdpersonal durch § 611a BGB“**, Aufsatz in der Zeitschrift „Betriebs-Berater“, 2015, S. 58 ff.

**Dr. Sören Langner, LL. M., Kommentierung der arbeitsrechtlichen Bezüge zu §§ 5, 20, 126, 131, 194, vor §§ 322–325 sowie 322–325 UmwG**, in:

Schmitt/Hörtnagl/Stratz, „UmwG, UmwStG“, C.H. Beck, 7. Auflage, 2016

**Dr. Sören Langner, LL. M. / Dr. Jochen Lux, „Besonderheiten bei der Legal Due Diligence“**, in: Timmreck (Hrsg.), „Mergers & Acquisitions im Krankenhaussektor“, Kohlhammer 2016, erscheint demnächst

**Dr. Achim Lindemann / Dr. Nikolaus Polzer, „Die (unrichtige) Arbeitsbescheinigung nach § 312 SGB III“**, Aufsatz in der Zeitschrift „Der Betrieb“, 2015, S. 2.935 ff.

**Dr. Daniel Ludwig / Dr. Oliver Ramcke, „Tarifpluralität innerhalb des DGB? – Handlungsoptionen für den Arbeitgeber“**, Aufsatz in der Zeitschrift „Betriebs-Berater“, 2015, S. 2.933 ff.

**Dr. Martin Lützeler, „Mitbestimmung bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes nach § 3 ArbSchG?“**, Aufsatz in der Zeitschrift „Arbeitsrecht Aktuell“, 2015, Heft 22, S. 545

**Dr. Martin Lützeler / Manuel Evertz, LL. M., „Strategisches Management im öffentlichen Dienst – darf der Personalrat mitbestimmen?“**, Aufsatz in der „Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht“, 2015, Heft 12, S. 246

**Dr. Susanne Mujan, LL. M., „Flexibler Einsatz von Arbeitnehmern in EVU“**, Aufsatz in der Zeitschrift „Energiewirtschaftliche Tagesfragen“, 2016, Heft 1–2

## Impressum

Das Update Arbeitsrecht wird verlegt von CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB.

CMS Hasche Sigle  
Lennéstraße 7  
10785 Berlin

Verantwortlich für die fachliche Koordination:

Dr. Alexander Bissels  
CMS Hasche Sigle  
Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18  
50678 Köln

Martina Hidalgo  
CMS Hasche Sigle  
Nymphenburger Straße 12  
80335 München

Dr. Stefanie Klein-Jahns  
CMS Hasche Sigle  
Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18  
50678 Köln

Dr. Franziska Reiß  
CMS Hasche Sigle  
Breite Straße 3  
40213 Düsseldorf



#### **Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.**

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.

**[www.cms-lawnow.com](http://www.cms-lawnow.com)**



#### **Ihre juristische Online-Bibliothek.**

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.

**[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)**

---

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Moskau, Peking, Shanghai und Teheran für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

**[www.cmslegal.com](http://www.cmslegal.com)**

#### **CMS-Standorte:**

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

**[www.cms-hs.com](http://www.cms-hs.com)**