

# Luther.

## Newsletter Arbeitsrecht

3. Ausgabe 2019

**FOKUS**  
Geschäfts-  
geheimnisse

# Inhalt

## ■ LEITARTIKEL

Geschäftsgeheimnisse in Theorie und betrieblicher Praxis | [Seite 4](#)

Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie: Neuregelung des Hinweisgeberschutzes in Sicht | [Seite 7](#)

## ■ WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

Eine Verdachtskündigung ist stets eine personenbedingte Kündigung | [Seite 9](#)

Verzicht auf Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang | [Seite 11](#)

Karenzentschädigung und Auskunft über anderweitigen Erwerb | [Seite 13](#)

Betriebliche Altersversorgung - Wirksamkeit einer sogenannten Spätehenklausel | [Seite 15](#)

Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitszeit - Unterlassungsansprüche | [Seite 16](#)

## ■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

Urlaubserteilung in der Kündigungsfrist | [Seite 18](#)

Versetzung an einen anderen Arbeitsort | [Seite 18](#)

Schweigen ist im Rechtsverkehr grundsätzlich keine Willenserklärung | [Seite 18](#)

Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel | [Seite 19](#)

Unterlassungsansprüche des Betriebsrats bei nicht mitbestimmten Dienstplänen in einem Krankenhaus | [Seite 19](#)

## ■ ALLGEMEINE HINWEISE

Autoren dieser Ausgabe | [Seite 20](#)

Veranstaltungen und Veröffentlichungen | [Seite 21](#)

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

die Digitalisierung der Arbeitswelt schreitet mit großen Schritten voran. Die Vorteile und Chancen der Digitalisierung für die moderne Arbeitswelt von heute und morgen liegen auf der Hand. Für Arbeitgeber steigen damit aber auch die Risiken eines unberechtigten Zugriffes auf ihr Know-how. Dieses zunehmend digitalisierte Know-how macht inzwischen nicht selten den eigentlichen Wert des Unternehmens aus. Grund genug für Arbeitgeber, die hinreichende Sicherung ihrer Geschäftsgeheimnisse kritisch zu hinterfragen, insbesondere im Hinblick auf technische, organisatorische und vertragliche Maßnahmen. Seit dem 26. April 2019 gilt mit dem Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) eine neue rechtliche Grundlage für Geschäftsgeheimnisse. Mit dem neuen GeschGehG ändern sich zu einzelnen Punkten die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Umgang und Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Paul Schreiner und David Meyer beleuchten daher in dieser Ausgabe die gesetzlichen Neuerungen des GeschGehG und erklären, wie Arbeitgeber zukünftig ihr Know-how hinreichend schützen müssen, um es vor unberechtigten Zugriffen zu bewahren.

Mit der so genannten Whistleblowing-Richtlinie (2018/0106 COD), die das EU-Parlament am 16. April 2019 verabschiedet hat, befasst sich in dieser Ausgabe Martina Ziffels. Die Richtlinie muss binnen zwei Jahren nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in nationales Recht umgesetzt werden. Das Thema Whistleblowing wird vor dem Hintergrund zunehmend verschärfter Compliance-Regelungen sowie sich verändernden Arbeitsorganisationen globaler Konzernstrukturen an Bedeutung gewinnen.

Wie gewohnt befassen wir uns auch in diesem Newsletter selbstverständlich wieder mit den aus unserer Sicht wesentlichen Entscheidungen der letzten Monate, bei denen wir denken, dass sie für Sie von besonderem Interesse sind.

Sprechen Sie sehr gerne unsere Autoren bei Fragen zu den jeweiligen Kommentaren und Artikeln an. Wir freuen uns auf Ihr Feedback zu unserem Newsletter und wünschen Ihnen nunmehr viel Spaß bei der Lektüre!

Ihr  
Achim Braner



**Achim Braner**  
Partner  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a.M.

■ LEITARTIKEL



## Geschäftsgeheimnisse in Theorie und betrieblicher Praxis

Seit dem 26. April 2019 gilt mit dem Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) eine neue rechtliche Grundlage für eben solche Geschäftsgeheimnisse. Der Bundestag hat mit rund einjähriger Verspätung die Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen umgesetzt. Damit ändern sich hierzulande an einigen Stellen die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Umgang und Schutz von kritischem Know-how.

### Geschäftsgeheimnisse und ihre Bedeutung

Wie findet der Google-Algorithmus unter unzähligen Seiten im Internet ausgerechnet die gesuchte? Welche Inhaltsstoffe müssen gemischt werden, um den Geschmack von Cola zu erhalten? Und warum schmeckt die Pizza im italienischen Ristorante um die Ecke besser als diejenige aus dem heimischen Ofen?

Wer diese oder vergleichbare Fragen beantworten will, benötigt regelmäßig Kenntnis bestimmter Informationen, die nur wenigen bekannt sind und in den meisten Fällen bestens gehütet werden – die sog. Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnisse. Nicht selten machen Geschäftsgeheimnisse sogar den wesentlichen Wert von Unternehmen aus. Der Umstand, dass nur ein beschränkter Kreis von Personen überhaupt Kenntnis von den Geschäftsgeheimnissen hat, ist Kernvoraussetzung für den Erfolg des Unter-

nehmens. Wäre Google weiterhin derart erfolgreich im Verkauf von Anzeigen, wenn die Funktionsweise der Suchmaschine einfach analysiert und gleichwertig nachgebildet werden könnte? Würde sich Cola in gleicher Weise verkaufen, wenn der Softdrink mit wenigen – und mutmaßlich ohne größere Schwierigkeiten – für jeden käuflichen Inhaltsstoffen zuhause gemischt werden könnte? Und würde sich das Ristorante um die Ecke weiterhin rentieren, wenn mit der Kenntnis von Rezept und Ofentechnik demnächst Pizza nach original-italienischem Vorbild in den heimischen vier Wänden nachgekocht werden könnte?

Zugegeben, der Besuch beim Italiener erfolgt nicht immer nur der exzellenten Pizza wegen. Entsprechendes gilt aber sicher nicht für viele Unternehmen, deren Geschäftsmodell auf vertraulichem Know-how – also einem Geschäftsgeheimnis – aufbaut. So zeigt der Blick auf die Liste der wertvollsten Unternehmen,

dass sich im vorderen Feld insbesondere solche Unternehmen befinden, deren wesentlicher Wert durch geistiges Eigentum (intellectual property – IP) und weniger durch materiellen Besitz bestimmt wird. Das gilt sowohl international – denkt man an die unter dem Akronym FAANG zusammengefassten amerikanischen Tech-Konzerne – wie auch national. Das nach dem Börsenwert wertvollste Unternehmen hierzulande ist keines aus dem Kreis der klassischen ‚Deutschland AG‘, sondern der Software-Hersteller SAP. Und der wesentliche Wert von SAP besteht im Kern aus IP und damit aus Geschäftsgeheimnissen.

## Neuerungen und neue Anforderungen an das Geschäftsgeheimnis

Neu ist damit nach § 2 GeschGehG, dass Geschäftsgeheimnisse nur noch solche Informationen sein können, die durch „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ geschützt werden. Dieses Anforderungsmerkmal hatten bislang weder der BGH, noch das BAG formuliert und gefordert – es ist gegenüber der bisherigen Rechtslage damit eine echte Neuerung. Das GeschGehG schützt Informationen in rechtlicher Hinsicht nur noch dann, wenn der Geheimnisinhaber in tatsächlicher Hinsicht ebenfalls entsprechende Vorkehrungen getroffen hat.

Außerdem wird beim Vergleich der neuen und alten Definition deutlich, dass der „bekundete oder mutmaßliche Wille“ zukünftig nicht mehr Teil der Definition und als rein subjektives Element auch nicht ausreichend ist. Auch in dieser Hinsicht wird zukünftig insbesondere derjenige Geheimnisinhaber geschützt, der sich um die Geheimhaltung seines Geheimnisses kümmert, etwa indem er es aktiv schützt und seinen Willen nach außen erkennbar bekundet oder in anderer Weise manifestiert.

## Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen - Bestandsaufnahme

Das wirft nach neuer Rechtslage insbesondere die Frage nach einem angemessenen Schutzkonzept für Geschäftsgeheimnisse – und vertrauliche Interna im Allgemeinen – auf. Damit gemeint sind in erster Linie technische Absicherungen gegen den unberechtigten Zugriff auf das Geheimnis, daneben aber auch (arbeits-)vertragliche Sicherungsmaßnahmen.

In dieser Hinsicht ist eine Bestandsaufnahme dringend erforderlich, in welchen Bereichen kritisches Wissen überhaupt vorgehalten wird und dem – im schlechtesten Fall ungeschützten – Zugriff durch eigene Unternehmensangehörige oder sogar Dritte unterliegt. Daneben sind insbesondere auch diejenigen Geheimnisträger zu identifizieren, die bestimmungsgemäß Kenntnis von Geschäftsgeheimnissen erlangen (müssen). Dies werden v.a. Arbeitnehmer in Führungspositionen oder Organträger

## Definition des Geschäftsgeheimnisses

Im Fokus des neuen GeschGehG steht natürlich zunächst die Definition, was ein Geschäftsgeheimnis ist und was unter den Schutzbereich des Gesetzes fällt. Unter einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis war nach der bisherigen Rechtsprechung jede Tatsache zu verstehen, die

- im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb steht,
- nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt, also nicht offenkundig ist,
- und nach dem bekundeten oder mutmaßlichen Willen des Betriebsinhabers geheim gehalten werden soll,
- sofern der Betriebsinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung besitzt.<sup>1</sup>

Diese Begriffsbestimmung hatte die Rechtsprechung an § 17 UWG a.F. entwickelt, also zu einer strafrechtlichen Vorschrift aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes. Im Rahmen des GeschGehG wurde diese deutsche Definition mit dem europäischen Recht harmonisiert und findet sich – geringfügig modifiziert – nun in § 2 GeschGehG. Danach ist ein Geschäftsgeheimnis eine Information,

- die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und
- die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist;
- bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.

Im Rahmen der Novelle ist der Begriff des „Betriebsgeheimnisses“ weggefallen, welcher sich v.a. auf technische Betriebsabläufe, insbesondere Herstellung und Herstellungsverfahren, bezog. Dieser wird vom neuen, nun einheitlichen Begriff des Geschäftsgeheimnisses umfasst. Zu den Geschäftsgeheimnissen zählen damit weiterhin vielfältige Informationen wie Kunden- und Geschäftsdaten, Konstruktions- und Planungsunterlagen, Kaufgewohnheiten der Kundschaft und Marktstrategien, Patentanmeldungen oder Forschungs- und Entwicklungsprojekte.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 26.02.2009 - I ZR 28/06

sein, aber auch auf niedrigeren Ebenen der betrieblichen Hierarchie finden sich nicht selten Arbeitnehmer, die bestimmungsgemäß mit Geschäftsgeheimnissen umgehen. Auf diese Mitarbeiter eines Unternehmens sollten sich sowohl technische als auch (arbeits-)vertragliche Maßnahmen beziehen.

## Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen - Handlungsbedarf

Insbesondere in Zeiten zunehmender Digitalisierung steigen Chancen, aber auch Risiken des unberechtigten Zugriffes auf – zunehmend digital vorhandenes – Know-how. Es ist deshalb nicht nur zur Verhinderung der Offenlegung und Ausnutzung von Geschäftsgeheimnissen erforderlich, entsprechende (technische) Sicherheitsmaßnahmen zu prüfen bzw. einzuführen, sondern auch um später in den Schutzbereich des GeschGehG zu gelangen. Solche Maßnahmen können etwa physische Zugangsbeschränkungen wie abgeschlossene Räume, aber auch digitale Zugriffsbeschränkungen wie eine Zugriffsrechteverwaltung sein.

Als weitere Maßnahmen sind v.a. (arbeits-)vertragliche Sicherungsmaßnahmen wie Geheimhaltungsvereinbarungen (NDA) oder ergänzende Klauseln in Arbeitsverträgen dringend zu empfehlen, wie sich bereits aus den veränderten Akzentuierungen der Definition des GeschGehG ergibt. Grundsätzlich sind Beschäftigte zwar im laufenden Beschäftigungsverhältnis – auch ohne ausdrückliche (arbeits-)vertragliche Vereinbarung – bereits zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet.<sup>1</sup> Allerdings wird man zukünftig in entsprechenden Fallgestaltungen verstärkt zu bewerten haben, in welchem tatsächlichen Umfang ein Geschäftsgeheimnis vorlag und ob der Arbeitgeber als Geheimnisinhaber aktiv Schutzmaßnahmen ergriffen hat. Das kann bei einem allzu nachlässigen Umgang mit Geschäftsgeheimnissen und diesbezüglicher Vertragsgestaltung schnell zweifelhaft sein. Wie zuvor bereits erwähnt wird der „mutmaßliche Wille“ diesbezüglich jedenfalls nicht mehr genügen. Insofern erleichtern eine arbeitsvertragliche Vereinbarung und Kennzeichnung des Geheimnisses die spätere Rechtsverfolgung und den Nachweis des Verschuldens bei Zuwiderhandlungen. Nicht zu unterschätzen ist zudem die Appellfunktion einer Vertragsbestimmung, die einer Offenlegung – und damit einem i.d.R. beachtlichen Schaden für den Geheimnisinhaber – durchaus vorbeugen und ein besonderes Bewusstsein schaffen kann.

## Inhaltliche Gestaltung von (arbeits-)vertraglichen Geheimhaltungsvereinbarungen

Bei der Gestaltung von Vereinbarungen sind in den meisten Fällen die AGB-rechtlichen Vorgaben zu beachten. Vor dem

Abschluss ausufernder und weitestgehender Verschwiegenheitsvereinbarungen, sog. „catch-all“- oder „All“-Klauseln, kann dabei nur gewarnt werden. Bereits zur alten Rechtslage wurden solche von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung als unwirksam und unangemessen eingestuft, wenn der Arbeitgeber nicht hinsichtlich sämtlicher erfasster Informationen ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung nachweisen konnte.<sup>2</sup> Daran fehlt(e) es in den meisten Fällen, wenn die Vereinbarung Formulierungen wie etwa „sämtliche betrieblichen Vorgänge“ verwendet. Zusatzvereinbarungen zur Geheimhaltung müssen daher möglichst konkret sein und sich auf das wesentliche Maß beschränken, d.h. in erster Linie auf Geschäftsgeheimnisse.

Besonderes Augenmerk sollte zudem auf die zeitliche und sachliche Reichweite einer Geheimhaltungsvereinbarung gelegt werden. Solche Vereinbarungen können – soweit sie durch berechnete Interessen gedeckt sind – auch Pflichten über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus vorsehen. Während das während der Tätigkeit erworbene Erfahrungswissen grundsätzlich auch nach Vertragsbeendigung anderweitig eingesetzt werden darf, kann die Verwertung von Geschäftsgeheimnissen umfänglich untersagt werden. Bei korrekter Formulierung sind solche nachvertraglichen Geheimhaltungsvereinbarungen auch nicht als Wettbewerbsverbot zu qualifizieren, sodass sie keine Karenzentschädigungspflicht (§§ 74ff. HGB) auslösen.

Eine besondere Gestaltung ist ferner in denjenigen Sachverhalten zu beachten, in denen Geheimhaltungspflichten zugunsten von Personen oder Unternehmen statuiert werden, die in keinem Vertragsverhältnis zum Verpflichteten stehen, namentlich im Konzernverbund. Nach altem Recht wurden Geheimhaltungsvereinbarungen zugunsten verbundener Unternehmen überwiegend für zulässig gehalten. Daran wird auch nach dem neuen GeschGehG festzuhalten sein, weil sich die neue Definition im Hinblick auf das fragliche Merkmal „berechtigtes Interesse“ nicht unterscheidet – selbst wenn dieses im Kern (nur) beim verbundenen Unternehmen besteht.

## Besondere Konstellationen - Zusammenarbeit mit Dritten

Zuletzt sollten auch die Konstellationen nicht übersehen werden, in denen Dritte bestimmungsgemäß in Kontakt mit Geschäftsgeheimnissen treten, die nicht in einem Anstellungsverhältnis zum Geheimnisinhaber stehen. Dies kann etwa bei Arbeitnehmerüberlassung oder bei Beauftragung Dritter im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen der Fall sein. In diesen Fällen besteht i.d.R. eine nur vorübergehende Vertragsbe-

1 BAG, Urt. v. 08.05.2014 - 2 AZR 249/13

2 BAG, Urt. v. 19.05.1998 - 9 AZR 394/97

ziehung, sodass die Gefahr des Verlustes von Geschäftsgeheimnissen naturgemäß besonders groß ist – insbesondere, wenn der Vertragspartner in der Folge für die Konkurrenz arbeitet.

Auch moderne Arbeitsformen wie agiles Arbeiten verdienen im Rahmen der Sicherung von Geschäftsgeheimnissen besonderes Augenmerk. In der betrieblichen Praxis wird diese Arbeitsform nicht selten mit verschiedenen Formen des (befristeten) Einsatzes von Drittpersonal verbunden, sodass sich auch insofern die o.g. Fragestellungen ergeben können. Daneben ist agiles Arbeiten durch projekthaft organisierte Teamarbeit gekennzeichnet, wobei diese Teams je nach Einsatz und Ressourcenbedarf flexibel gebildet und geändert werden. Die Besetzung agiler Teams kann auch in kürzeren Zeiträumen wechseln und eine flexible Anpassung der Zugriffsmöglichkeiten auf Geschäftsgeheimnisse erfordern. Auch wenn der schnelle Informationsfluss für den Erfolg agiler Arbeit regelmäßig notwendig ist, sollte bei der Bereitstellung von Geschäftsgeheimnissen immer ein notwendiges Schutzniveau gewährleistet sein. Ein allzu freigiebiger Umgang birgt stets die Gefahr, angemessene Schutzmaßnahmen tatsächlich nicht mehr gewährleisten zu können und damit den rechtlichen Schutz des GeschG zu verlieren.

#### → Autoren

Paul Schreiner  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen

David Meyer  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen



## Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie: Neuregelung des Hinweisgeberschutzes in Sicht

Das EU-Parlament hat am 16. April 2019 die Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, verabschiedet (2018/0106 COD). Diese so genannte Whistleblowing-Richtlinie muss binnen zwei Jahren nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in nationales Recht umgesetzt werden, wie Art. 26 der Richtlinie bestimmt.

### Zweck der Richtlinie

Die Richtlinie zielt in erster Linie darauf ab, Verstöße gegen Unionsrecht effektiver feststellen und beheben zu können. Zu diesem Zweck sollen Hinweisgeber, die solche Verstöße melden, umfassender geschützt werden.

### Schwellenwerte für die verpflichtende Einrichtung von Meldesystemen

Die Richtlinie beinhaltet eine verpflichtende Einführung interner Meldesysteme. Unternehmen mit 50 oder mehr Beschäftigten werden unabhängig von ihrer Branche verpflichtet, interne Kanäle und Verfahren für Meldungen und Folgemaßnahmen einzurichten (Art. 8 Abs. 2 und 3). Der nationale Gesetzgeber kann diese Verpflichtung aber auch auf Unter-

nehmen unterhalb des Schwellenwerts von 50 Beschäftigten erstrecken (Art. 8 Abs. 7). Die Verpflichtung gilt auch zwingend für Gemeinden und juristische Personen des öffentlichen Rechts, wobei der nationale Gesetzgeber wiederum Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern bzw. 50 Beschäftigten davon ausnehmen kann (Art. 8 Abs. 9). Unterhalb dieser Schwellenwerte wird daher die Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber darüber entscheiden, ob eine Verpflichtung zur Einführung interner Meldesysteme besteht oder nicht.

### Aufbau von Meldesystemen

Die Richtlinie sieht ein mehrstufiges Meldesystem vor. Auf einer ersten Stufe dienen interne Kanäle als Anlaufstelle des Hinweisgebers, ohne dass dieser nachteilige Folgen befürchten soll. Die Richtlinie ent-

hält die Vorgabe an die Mitgliedsstaaten, Regelungen zu schaffen, dass interne Kanäle vorrangig zu nutzen sind, wenn wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet (Art. 7 Abs. 2).

Auf einer zweiten Meldestufe stehen externe Kanäle. Darunter sind behördliche Systeme zu verstehen. Der Hinweisgeber soll die Meldung extern erstatten, nachdem er die internen Kanäle genutzt hat und keine zeitnahe Rückmeldung erfolgt, wobei im Ausnahmefall auch eine direkte Ansprache der externen Kanäle zulässig ist (Art. 10).

Unter engen Voraussetzungen ist darüber hinaus die Offenlegung des Hinweises an die Öffentlichkeit, d.h. an Presse oder soziale Medien gestattet (Art. 15).

## Stufensystem der Meldekanäle

Da sich aus der Richtlinie ein Recht zur direkten Meldung von Verstößen an externe Stellen ergeben kann, besteht ein Widerspruch zu den vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Anforderungen. Gerade die Frage, ob der hinweisgebende Arbeitnehmer zunächst vorrangig interne innerbetriebliche Stellen aufzusuchen hat, war in der Vergangenheit mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung des BAG. Das BAG hat eine grundsätzliche Obliegenheit des Arbeitnehmers zu einer vorherigen innerbetrieblichen Klärung angenommen (Urt. v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, Urt. v. 7.12.2006 – 2 AZR 400/05 und Urt. v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16). Nach Auffassung des BAG ist Arbeitnehmern wegen ihrer vertraglichen Rücksichtnahmepflicht in der Regel zunächst eine innerbetriebliche Meldung und Klärung zumutbar. Anders liegt der Fall nur dann, wenn für den Whistleblower eine konkrete Gefahr eigener Strafverfolgung besteht, die Straftat in Kenntnis oder mit Duldung des Arbeitgebers erfolgt und interne Abhilfe somit nicht zu erwarten ist oder wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Straftat handelt. Besondere Bedeutung kommt nach der Rechtsprechung des BAG darüber hinaus den Motiven zu, die der Whistleblower für die Meldung hat. Das Motiv spielt indes in der Richtlinie keine Rolle und wird in den Erwägungsgründen zur Richtlinie (Erwägungsgrund 33) als unerheblich angesehen. Wie diese Unterschiede zwischen der Rechtsprechung des BAG und den Vorgaben der Richtlinie in der Umsetzung des Gesetzgebers in Einklang gebracht werden, bleibt abzuwarten. Letztlich geht es dabei um die Frage, ob ein von einem Mitarbeiter gegebener Hinweis eine Pflichtverletzung dieses Mitarbeiters darstellt – die Gegenstand einer Abmahnung oder sogar Kündigung sein kann – oder eine berechtigte Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte. Auch vor diesem Hintergrund ist dringend die Einrichtung eines unternehmensinternen Compliance-Systems anzuraten.

## Welchen Anforderungen haben Meldesysteme zu genügen?

Zentrale Anforderung an die Einrichtung von Meldesystemen ist die Sicherheit. Unbefugte dürfen keinen Zugriff erlangen können und die Identität des Hinweisgebers muss geschützt werden (Art. 16 Abs. 1). Dabei können auch anonyme Meldungen ermöglicht werden. Hinweise sollen mündlich, schriftlich, telefonisch oder durch andere Sprachübermittlung oder im Rahmen einer persönlichen Zusammenkunft erfolgen können.

Der Schutz der Identität des Hinweisgebers steht in einem Spannungsverhältnis zum Datenschutz, da die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des Betroffenen gegen den Hinweisgeber die Offenlegung der Identität des Hinweisgebers erfordert. Insoweit sieht Art. 15 DSGVO einen Auskunftsanspruch vor. Auch in diesem Punkt sind im Rahmen der Umsetzung in nationales Recht konkrete Regelungen wünschenswert. Aus datenschutzrechtlicher Sicht führt auch die Pflicht zur Dokumentation aller Meldungen und deren Löschung zu Handlungsbedarf.

## Wer ist als Hinweisgeber geschützt?

Die Richtlinie schützt Arbeitnehmer, Bewerber, Praktikanten und auch aus dem Arbeitsverhältnis bereits ausgeschiedene Arbeitnehmer (Art. 4). Der Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich ausdrücklich auch auf Gesellschafter und Organmitglieder eines Unternehmens sowie Aktionäre und Aufsichtsräte. Darüber hinaus sind beispielsweise auch Freiberufler, Berater und Auftragnehmer erfasst.

## Welche Meldungen sind geschützt?

Die Richtlinie kommt nur bei Vorliegen eines Verstoßes gegen EU-Rechtsvorschriften zur Anwendung. Zudem sind nur die in Art. 2 Abs. 1 aufgezählten Rechtsbereiche geschützt, die jedoch durch den nationalen Gesetzgeber erweitert werden können. So könnte die Richtlinie auch im Arbeitsschutz Bedeutung erlangen, wenn der deutsche Gesetzgeber dies so vorsehen würde. Notwendig ist stets eine Meldung in Bezug auf einen Verstoß oder eine Umgehung von europarechtlichen Vorgaben, es sei denn, die Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber erstreckt den Anwendungsbereich auch auf Verstöße gegen nationales Recht.

## Welchen Schutz genießen Hinweisgeber?

Jegliche Formen der direkten oder indirekten Repressalien werden ausdrücklich verboten einschließlich deren Androhung oder Versuch. Dazu gehören Suspendierung, Entlassung, Diskriminierung und zahlreiche weitere Maßnahmen. Der Hinweis-

geber soll durch die erforderlichen Maßnahmen geschützt werden, die im Rahmen der nationalen Umsetzung festzulegen sind. Dies umfasst Kündigungsschutz sowie effektiven Rechtsschutz, auch im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzes, z.B. im Hinblick auf Weiterbeschäftigungs- oder Wiedereinstellungsanordnungen.

Zugunsten des Hinweisgebers erfolgt eine Beweislastumkehr. Macht der Hinweisgeber glaubhaft, eine von ihm erlittene Benachteiligung sei Folge einer Meldung oder Offenlegung, wird angenommen, die Benachteiligung sei eine Vergeltungsmaßnahme für die Meldung. Im Arbeitsverhältnis führt dies dazu, dass der Arbeitgeber nachweisen muss, dass die Maßnahme auf anderen Gründen beruht, um jede Kausalität auszuschließen. Das Risiko, dass dieser Nachweis nicht erbracht werden kann, trägt der Arbeitgeber.

### Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Hinweisgebersysteme sind auch in verschiedenster Hinsicht Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrats. So ist bei der Umsetzung eines Meldesystems das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu beachten, da Verhalten der Arbeitnehmer und Ordnung im Betrieb betroffen sind. Erfolgt die Umsetzung mittels technischer Einrichtungen, wird in der Regel § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG relevant werden. Auch im Rahmen der Einleitung von Untersuchungen ist zu prüfen, ob durch die konkreten Untersuchungsmaßnahmen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats tangiert sind, wobei insbesondere die Unterrichtspflichten nach § 80 BetrVG eine Rolle spielen können.

### Fazit

Obwohl Hinweisgebersysteme ein grundlegender Baustein jedes Compliance-Systems sind, gibt es bislang nur vereinzelte Regelungen im deutschen Recht, beispielsweise in der Finanzbranche. An der grundsätzlichen Empfehlung an Unternehmen, im eigenen Interesse ein Whistleblowing-System einzurichten, ändert sich durch die Richtlinie nichts. Die Vorgaben der Richtlinie für Meldesysteme und der Schutz von Hinweisgebern können als Anreiz und Leitlinie für die Einrichtung solcher Systeme, auch schon vor der erst in zwei Jahren zu erwartenden Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber dienen.

#### → Autorin

Martina Ziffels  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Hamburg

#### ■ WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

## Eine Verdachtskündigung ist stets eine personenbedingte Kündigung

Der dringende Verdacht einer Pflichtverletzung kann eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen.

■ BAG, Urteil vom 31. Januar 2019 – 2 AZR 426/18

### Zum Fall:

Der als schwerbehindert anerkannte Kläger war seit 1996 bei der beklagten Arbeitgeberin beschäftigt. Die Beklagte stellte dem Kläger einen Pkw nebst Tankkarte - auch zur privaten Nutzung - zur Verfügung. Im Jahr 2013 teilte die Beklagte dem Kläger mit, er würde verdächtigt, wichtige Geschäftsgeheimnisse unerlaubt an Dritte weitergegeben zu haben. Aus diesem Grunde sollte sein dienstlicher Computer untersucht werden, welchen der Kläger unter Mitteilung der Passwörter freiwillig herausgab.

Im Zuge der Untersuchung stieß die Beklagte zufällig auf einen nicht als „privat“ gekennzeichneten Ordner, der eine Übersicht über die vom Kläger durchgeführten Betankungen des dienstlichen Pkw enthielt. Aus den dort erfassten Kraftstoffmengen, den Tankdaten und den von ihr anschließend recherchierten Betankungsorten ergab sich aus Sicht der Beklagten zumindest der dringende Verdacht eines wiederholten Tank-/Spesenbetruges durch den Kläger.

Mehrere Kündigungen aus dem Jahr 2013 wurden vom BAG mangels Zustimmung des Integrationsamtes und wegen unzureichender Betriebsratsanhörung am 22. September 2016 – 2 AZR 700/15 – zunächst für unwirksam befunden. Nach ordnungsgemäßer Beteiligung des Betriebsrats und Zustimmung des Integrationsamtes kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut ordentlich, fristgerecht am 15. Dezember 2016 zum 30. Juni 2017.



Die Kündigungsschutzklage des Klägers hatte vor dem Arbeitsgericht Stuttgart Erfolg. Das LAG Baden-Württemberg hat der Berufung der Beklagten dagegen (teilweise) entsprochen und den Kündigungsschutzantrag abgewiesen.

### Die Entscheidung:

Die Revision des Klägers hatte vor dem Zweiten Senat des BAG keinen Erfolg, die ordentliche Kündigung war wirksam.

Die ordentliche Kündigung sei als Verdachtskündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Der Verdacht stelle gegenüber dem verhaltensbezogenen Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Pflichtverletzung tatsächlich begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers rechtfertigen könne. Der schwerwiegende Verdacht einer Pflichtverletzung könne zum Verlust der vertragsnotwendigen Vertrauenswürdigkeit des Arbeitnehmers und damit zu einem Eignungsmangel führen. Dies gelte unabhängig von Betriebsgröße und Vertrauensstellung des Arbeitnehmers, die

nur bei der Interessenabwägung eine Rolle spielen könnten.

Nach Ansicht des BAG handele es sich bei der Verdachtskündigung ferner nicht um eine „unterentwickelte Tat Kündigung“ im Sinne einer Absenkung des nach § 286 Abs. 1 ZPO erforderlichen Beweismaßes. Vielmehr unterscheide sich der materiell-rechtliche Bezugspunkt der richterlichen Überzeugungsbildung: Bei einer Tat Kündigung müsse das Gericht davon überzeugt sein, der Arbeitnehmer habe eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung begangen, wobei die diese Würdigung tragenden (Indiz-)Tatsachen entweder unstreitig oder bewiesen sein müssen. Hingegen müsse das Gericht bei einer Verdachtskündigung mit dem erforderlichen Grad an Gewissheit zu der Überzeugung gelangen, der Arbeitnehmer weise aufgrund des Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung einen Eignungsmangel auf. Dazu müssen die den Verdacht begründenden (Indiz-)Tatsachen ihrerseits unstreitig sein oder vom Arbeitgeber „voll“ bewiesen werden.

Eine ordentliche Verdachtskündigung sei aber nur dann durch den bloßen Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens i.S.v. § 1

KSchG aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers „bedingt“, wenn das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist – wäre es erwiesen – sogar eine sofortige Beendigung gerechtfertigt hätte. Für die ordentliche Kündigung gelte dabei anders als für eine außerordentliche Verdachtskündigung zwar nicht die starre Frist des § 626 Abs. 2 BGB, innerhalb derer der Arbeitgeber das Recht zur ordentlichen Verdachtskündigung ausüben müsste. Allerdings könne ein längeres Zuwarten zu der Annahme berechtigen, die Kündigung sei nicht durch den Verlust des vertragsnotwendigen Vertrauens bedingt. Ein Arbeitgeber dürfe jedenfalls einen Kündigungsgrund nicht über längere Zeit „auf Vorrat“ halten.

Das BAG sah die Kündigung als sozial gerechtfertigt an. Der Kläger hätte die jeweils auf die Tankkarte der Beklagten getankten Mengen nur tanken können, wenn er zuvor den Tank punktgenau leergefahren hätte. Dass und ggf. warum dies geschehen sei, habe der Kläger aber nicht vorgetragen. Schließlich stünden der Sichtung und Verwertung der auf dem Dienstrechner zufällig gefundenen Tankbelege auch keine datenschutzrechtlichen Bedenken entgegen. Die Maßnahme sei nicht verdeckt durchgeführt worden. Vielmehr habe die Beklagte die Untersuchung zuvor angekündigt, sodass der Kläger die Möglichkeit gehabt habe, etwaige private Dateien auf seinem Dienstrechner als „privat“ zu kennzeichnen.

### Unser Kommentar:

Der Zweite Senat grenzt in seiner Entscheidung im Rahmen der ordentlichen Verdachtskündigung zwischen personenbedingter sowie verhaltensbedingter Kündigung ab und stuft die ordentliche Verdachtskündigung als personenbedingte Kündigung ein, was dogmatisch überzeugt. Schließlich geht es hier in erster Linie um den mit dem dringenden Tatvorwurf einhergehenden Vertrauens-

verlust gegenüber dem Arbeitnehmer, also um einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund.

Darüber hinaus bestätigt das BAG ausdrücklich, dass eine Verdachtskündigung auch als ordentliche Kündigung erklärt werden kann. Bei der einzuhaltenden Frist gilt zwar nicht die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB (auch nicht analog). Gleichwohl muss sich der Arbeitgeber bei dem Ausspruch der Kündigung zeitnah entscheiden und zügig handeln. Andernfalls besteht die Gefahr der Verwirkung, insbesondere wenn der Arbeitnehmer darauf vertrauen durfte, der Arbeitgeber werde das Arbeitsverhältnis wegen des Vorwurfs nicht mehr ordentlich kündigen.

Der Arbeitgeber sollte bei Ausspruch einer vermeintlich verhaltensbedingten Tat Kündigung aus Beweisgründen immer auch den Ausspruch einer Verdachtskündigung in Betracht ziehen. Anders als bei der Tat Kündigung bedarf es bei der Verdachtskündigung nämlich nicht des zur Überzeugung des Gerichts vollständigen Beweises des Tatvorwurfs. Vielmehr muss der Arbeitgeber im Rahmen der Verdachtskündigung „nur“ belegen, dass er aufgrund von Tatsachen den dringenden Verdacht haben darf, dass der Arbeitnehmer eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat, die – wäre sie erwiesen – eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätte. Diese Sachlage entspricht oftmals auch der Realität, da der Arbeitgeber in den seltensten Fällen mehr als nur einen konkreten Verdacht gegen den Arbeitnehmer in der Hand hat. Zu beachten ist schließlich noch, dass der Arbeitnehmer vor Ausspruch der Verdachtskündigung zwingend zum Tatvorwurf anzuhören ist.

→ Autor

Anel Hrustic  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Frankfurt a.M.

# Verzicht auf Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang

## Der Verzicht auf das Widerspruchsrecht bei einem Betriebsübergang muss eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht werden

■ BAG, Urteil vom 28. Februar 2019 – 8 AZR 201/18

### Der Fall

Die Klägerin war seit dem 3. Januar 2005 bei der V-GmbH und Co. KG (im Folgenden: Schuldnerin) als Schlachthilfe im Bereich „Stall bis Eingang Kühlhaus“ beschäftigt. Mit Schreiben vom 5. August 2015, welches der Klägerin am 11. September 2015 zugeht, wurde die Klägerin über einen Übergang der Arbeiten im Bereich „Stall bis Eingang Kühlhaus“ auf die C-GmbH zum 1. September 2015 in Kenntnis gesetzt.

In dem Schreiben hieß es unter anderem: *„Sofern Sie sich für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entscheiden, bitten wir Sie Ihr Einverständnis auf der beigefügten Erklärung bis zum 15.8.2015 schriftlich zu erklären. Sollte bis zu diesem Zeitpunkt eine ausdrückliche Erklärung nicht vorliegen, gehen wir von Ihrem stillschweigenden Einverständnis mit dem Betriebsübergang aus. Ihnen steht es frei, dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Bitte beachten Sie, dass der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Zugang dieser Unterrichtung schriftlich zu erfolgen hat. Der Widerspruch kann sowohl gegenüber uns oder dem Dienstleistungsunternehmen erklärt werden.“*

Des Weiteren sah das Schreiben eine gesamtschuldnerische Haftung der Schuldnerin und der C-GmbH für die Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis vor, *„soweit sie vor dem Betriebsübergang entstanden sind und vor Ablauf*

*von 1,5 Jahren nach diesem Zeitpunkt fällig werden“.*

Im September 2015 unterzeichnete die Klägerin die beigefügte vorformulierte Einverständniserklärung. Sie widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses zunächst nicht und arbeitete ab dem 1. September 2015 für die C-GmbH.

Am 24. Oktober 2016 widersprach die Klägerin schriftlich dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C-GmbH. Sodann wurde am 31. Dezember 2016 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte mit Wirkung zum 24. Februar 2017 zum Insolvenzverwalter bestellt.

Mit ihrer Klage vom 25. November 2016 begehrt die Klägerin die Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis über den 31. August 2015 hinaus fortbesteht. Sie vertritt die Auffassung, dass die Unterrichtung der Schuldnerin fehlerhaft gewesen sei und dementsprechend die Widerspruchsfrist gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nicht begonnen habe. Außerdem habe sie weder auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet noch sei von einer Verwirkung des Widerspruchsrechts auszugehen.

### Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen hat die Berufung der Kläge-



rin zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin vor dem Bundesarbeitsgericht hatte Erfolg.

Nach Ansicht des BAG könne vorliegend dahinstehen, ob ein Betriebsübergang stattgefunden habe. Denn die Klage habe in jedem Fall in der Sache Erfolg. Werde ein Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB verneint, so sei die Klage bereits mangels Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Inhaber begründet. Der Widerspruch der Klägerin ginge insoweit ins Leere. Läge hingegen ein wirksamer Betriebsübergang auf die C-GmbH vor, hätte die Klägerin nach Ansicht des BAG dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses wirksam widersprochen. Mangels ordnungsgemäßer Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB habe die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nicht innerhalb der Monatsfrist des § 613a Abs. 6 S. 1 BGB widersprechen müssen. Das Unterrichtungsschreiben gebe das Haftungssystem nach § 613a Abs. 2 BGB nicht zutreffend wieder. Denn die gesamtschuldnerische Haftung werde im Schreiben im Vergleich zu der gesetzlichen Regelung von einem Jahr auf 1,5 Jahre verlängert und die Einschränkung der Haftung im Sinne des § 613a Abs. 2 S. 2 BGB fehlerhaft.

Darüber hinaus habe die Klägerin nach Auffassung des BAG durch die Einverständniserklärung aus September 2015 allenfalls temporär, nämlich höchstens bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtungsschreiben genannten Monatsfrist auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet. Ein darüber hinaus gehender Verzichtswille sei in der Einverständniserklärung der Klägerin nicht erkennbar. Dies ergebe sich daraus, dass es sich bei der Einverständniserklärung um Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 BGB handle, welche unter Berücksichtigung des Inhalts des Unterrichtungsschreibens auszulegen sei. Dabei sei zu beachten, dass ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten sei und dass deren Aufgabe nur unter strengen Voraussetzungen angenommen werden könne. Das Widerspruchsrecht, das den grundrechtlichen Wertungen aus Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung trage, habe für den Betroffenen eine hohe Bedeutung. Auch dies sei bei der Auslegung einer Erklärung als Verzicht auf das Widerspruchsrecht zu beachten. Ein Verzicht müsse daher eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht werden. Eine ausdrückliche Erklärung sei hingegen nicht erforderlich.

Vor diesem Hintergrund habe die Klägerin aufgrund der Ausführungen im Unter-

richtungsschreiben nicht davon ausgehen müssen, dass ein Widerspruch nach Abgabe der erbetenen Einverständniserklärung ausgeschlossen sei. Darauf habe die Schuldnerin schon nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hingewiesen. Außerdem habe die Frist zur Erklärung des Einverständnisses deutlich vor der Frist zur Erklärung des Widerspruchs gelegen. Dazu komme, dass die Einverständniserklärung allein bei der Schuldnerin abgegeben gewesen sei, wohingegen der Widerspruch sowohl bei der Schuldnerin als auch bei der C-GmbH hätte erklärt werden können. Insoweit werde in dem Unterrichtungsschreiben eine Trennung zwischen dem Einverständnis und dem Widerspruchsrecht vorgenommen. Etwas anderes folge auch nicht daraus, dass die Klägerin für die C-GmbH gearbeitet habe oder dass das Unterrichtungsschreiben erst nach der Frist für die Abgabe der Einverständniserklärung der Klägerin zugegangen sei.

Auch sei das Widerspruchsrecht zum Zeitpunkt seiner Ausübung nicht verwirkt. Die widerspruchlose Weiterarbeit bei einem neuen Inhaber oder die Einverständniserklärung verwirklichen nicht ohne Weiteres das für die Verwirkung erforderliche Umstandsmoment. Die Motive der Klägerin für ihren Widerspruch dürfen im Rahmen der Verwirkung nicht berücksichtigt werden. Insbesondere sei eine Verwirkung erst dann anzunehmen, wenn die widerspruchlose Weiterarbeit über einen erheblichen Zeitraum erfolge. Ein Zeitraum von sieben Jahren sei dabei als angemessen zu erachten. Da die Klägerin bereits mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C-GmbH widersprochen habe, fehle es bereits an dieser Voraussetzung.

### Unser Kommentar

Das BAG setzt einen strengen Maßstab für die Annahme eines Verzichts auf das Widerspruchsrecht und dessen Verwir-

kung an. Vor dem Hintergrund der vom BAG angenommenen fehlerhaften Unterrichtung und der damit einhergehenden Nichtingangssetzung der Widerspruchsfrist ist Arbeitgebern zu raten, bei der Erstellung eines Unterrichtungsschreibens besonderes Augenmerk auf die Einhaltung der Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB zu lenken. Darüber hinaus sollten Arbeitgeber sich insgesamt streng am Wortlaut des § 613a BGB orientieren. Andernfalls besteht auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 S. 1 BGB keine vollständige Klarheit darüber, wer dem Übergang wirksam widersprochen hat und wessen Arbeitsverhältnis auf den neuen Inhaber übergeht. Vor dem Hintergrund der hier besprochenen Entscheidung kann und darf sich ein Arbeitgeber nicht darauf verlassen, dass allein durch die Aufnahme der Tätigkeit beim übernehmenden Betrieb ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht vorliegt. Der Arbeitgeber darf einen Verzicht nur annehmen, wenn dieser eindeutig, zweifelsfrei und unmissverständlich – aus Sicht des Arbeitgebers daher am besten ausdrücklich – zum Ausdruck kommt.

Jedenfalls bleibt festzuhalten, dass künftig ein Verzicht bzw. eine Verwirkung des Widerspruchsrechts nur beim Vorliegen strenger Voraussetzungen bzw. besonderer Umstände anzunehmen ist. Zu beachten ist ferner, dass auch ein genereller Verzicht (im Vorfeld des Betriebsübergangs) unzulässig sein dürfte. Es ist mithin allen Arbeitgebern zu raten, bei Betriebsübergängen den hier dargestellten strengen Maßstab des BAG zu beachten und nicht vorschnell einen Verzicht auf das Widerspruchsrecht anzunehmen.

#### → Autorin

Ines Gutt  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen

# Karenzentschädigung und Auskunft über anderweitigen Erwerb

## Auskunftsanspruch des Arbeitgebers während Karenzzeit bei anderweitigem Erwerb durch selbstständige Tätigkeit

■ BAG, Urteil vom 27. Februar 2019 – 10 AZR 340/18

### Der Fall

Die Entscheidung des BAG beruht auf einer Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein. Das Unternehmen der Beklagten finanziert Prozesse von Berufssportlern wegen erlittener Sportverletzungen. Der Kläger war als angestellter Rentenberater ehemaliger Mitarbeiter der Beklagten. Die Beteiligten hatten ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für die Dauer von einem Jahr gegen Zahlung einer Karenzentschädigung vereinbart.

Nach der Beendigung seines Arbeitsvertrages und während der Karenzzeit machte der Kläger sich selbstständig. Er hatte mit einer ihm bekannten Unternehmensberatung einen Gesellschaftsvertrag über die Gründung einer GmbH geschlossen. Die GmbH verfolgte den gleichen Geschäftszweck wie die Beklagte. Der Kläger setzte seine Ehefrau als „Strohfrau“ bei der GmbH ein. Die GmbH stellte die Ehefrau des Klägers an und überließ ihr einen Dienstwagen. Die GmbH leistete Gehaltszahlungen in Höhe von EUR 20.880 brutto; jedoch ohne dass die Ehefrau des Klägers zu irgendeinem Zeitpunkt tatsächlich Tätigkeiten für die GmbH ausübte. Vielmehr handelte es sich um die Gegenleistung für die vom Kläger gegenüber der GmbH erbrachten Tätigkeiten.

Im Folgenden verklagte der Kläger die Beklagte auf Zahlung der Karenzentschädigung. Die Beklagte begehrte widerklagend Auskunft vom Kläger über die Höhe seines anderweitigen Erwerbs

zu erhalten, um diesen auf den Anspruch auf Zahlung der Karenzentschädigung anrechnen zu können. Zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs der Beklagten nach § 74 c Abs. 2 HGB legte der Kläger eidesstattlich versichernd seine Einkommenssteuererklärung und den Einkommenssteuerbescheid vor, in denen er nur geringe Einkünfte erzielt hatte. Die Beklagte erweiterte ihre Widerklage und verlangte vom Kläger die Gewinn- und Verlustrechnung vorzulegen, um die vom Kläger erteilten Auskünfte über seine Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit prüfen zu können.

### Die Entscheidung

Das BAG hat der Revision der Beklagten stattgegeben. Das BAG stellte fest, dass der Anspruch des Klägers auf die Karenzentschädigung dem Grunde nach bestehe. Sein Anspruch sei derzeit aufgrund der fehlenden Auskunft über seinen anderweitigen Verdienst unbegründet. Zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs der Beklagten sei dem Kläger die Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung zumutbar. Aus Sicht des BAG hat der Kläger mit der vorgelegten Einkommenssteuererklärung eine von vornherein unglaubhafte Auskunft über das während der Karenzzeit erzielte Einkommen erteilt und über den mit seiner Ehefrau zum Schein abgeschlossenen Arbeitsvertrag versucht, eigenes Einkommen zu verschleiern.

Das BAG stellte fest, dass der Auskunftsanspruch des früheren Arbeitgebers



nach § 74c Abs. 2 HGB im Hinblick auf anderweitigen Verdienst während der Karenzzeit selbst bei eidesstattlicher Versicherung nicht erfüllt sei, wenn der vorgelegte Einkommenssteuerbescheid auf von vorneherein ungläubhaften Angaben beruht. In einem solchen Fall könnte der frühere Arbeitgeber gemäß § 242 BGB die Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung verlangen, da er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seiner Entschädigungszahlung notwendigen Auskünfte nicht auf andere zumutbare Weise selbst beschaffen kann.

Weiter sei für den während der Karenzzeit erwirtschafteten Gewinn aus selbständiger Tätigkeit nicht das Zuflussprinzip nach § 11 Abs. 1 EStG entscheidend, sondern das Entstehungsprinzip. Maßgeblich ist, ob und inwieweit der Anspruch aus der anderweitigen Verwertung der Arbeitskraft bereits während der Karenzzeit realisiert wurde. Der Gewinn ist im Karenzzeitraum realisiert, wenn der Arbeitnehmer die von ihm geschuldeten Erfüllungshandlungen in der Weise erbracht hat, dass ihm der Anspruch auf die Gegenleistung – von dem mit jeder Forderung verbundenen Risiken abgesehen – so gut wie sicher ist.

### Unser Kommentar

Auf den ersten Blick wirkt das Urteil wie eine deutliche Stärkung der Position der Arbeitgeber, deren Verpflichtung es ist, den anderweitigen Verdienst des früheren Arbeitnehmers während der Karenzzeit nachzuweisen. Das aktuelle Urteil des BAG darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der Arbeitgeber grundsätzlich immer noch mit der Vorlage des Einkommenssteuerbescheides zufrieden zu geben hat und die Karenzentschädigung nur mit Leistungsverweigerungsrecht zurückhalten kann, wenn der Arbeitnehmer den Auskunftsanspruch nicht oder nicht vollständig erfüllt. Nur, wenn der Arbeitnehmer eine nicht ernst gemeinte, unvollständige oder von vornherein ungläubhafte Auskunft abgibt und versucht, Gewinne seiner Gesellschaft zu verschleiern, kann der Arbeitgeber die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft des früheren Arbeitnehmers verlangen. Die konkreten Anforderungen an eine solche Verschleierung sind jedoch weiter unklar. Zu einer vergleichbaren Entscheidung gelangte schon das LAG Hamm im Jahr 1974 (Urteil vom 28.1.1974 – 2 Sa 832/73). In dieser Entscheidung hatte das LAG festgestellt, dass ein als Unternehmer tätiger früherer Angestellter in der Karenzzeit

nicht ohne weiteres, d. h. ohne begründete Zweifel an der Richtigkeit seiner Angaben, verpflichtet werden kann, seinem ehemaligen Arbeitgeber die Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung zur Einsicht vorzuweisen. Allerdings sind Selbständige und Kleinunternehmer nicht zur Erstellung einer Gewinn- und Verlustrechnung verpflichtet, § 241a HGB, sondern können ihre Besteuerung auf Grundlage einer einfachen Einnahmen-Überschuss-Rechnung durchführen. Es erscheint daher zweifelhaft, ob der Arbeitnehmer, der eine solche Gewinn- und Verlustrechnung nicht aufgestellt hat, nur zum Zwecke der Auskunftserteilung zu einer Erstellung verpflichtet werden kann.

Erfreulich ist das Urteil für Arbeitgeber insoweit, als dass das BAG durch die Anwendung des Realisations-/Entstehungsprinzips die Verschiebung von Geldzuflüssen auf die Zeit nach der Karenzzeit stark begrenzt und hierdurch Versuche, die Anrechnung des anderweitigen Erwerbs zu umgehen, erschwert.

#### Autorin

Kerstin Belovitzer  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Stuttgart

# Betriebliche Altersversorgung - Wirksamkeit einer sogenannten Spätehenklausel

Eine Spätehenklausel, die einem Arbeitnehmer Hinterbliebenenversorgung für seinen Ehegatten nur für den Fall zusagt, dass die Ehe vor Vollendung des 62. Lebensjahres des Arbeitnehmers geschlossen ist, verstößt nicht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, wenn die Vollendung des 62. Lebensjahres die feste Altersgrenze der Versorgungsordnung darstellt. (Amtlicher Leitsatz)

■ BAG, Urteil vom 22. Januar 2019 – 3 AZR 560/17

## Der Fall

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger monatlich eine Hinterbliebenenrente zu gewähren. Der Kläger begründete im September 2013 mit dem im Mai 1943 geborenen, zwischenzeitlich aber verstorbenen Arbeitnehmer der Beklagten eine eingetragene Lebenspartnerschaft. Das Arbeitsverhältnis endete kurz nach der Vollendung seines 62. Lebensjahres mit Eintritt in den Ruhestand. Aufgrund der einschlägigen Versorgungsordnung erhielt er ab diesem Zeitpunkt eine betriebliche Altersrente. Die Versorgungsordnung sieht u. a. auch einen Anspruch auf Witwen- bzw. Witwerrente vor, es sei denn, die Ehe wird nach Vollendung des 62. Lebensjahrs geschlossen (Spätehenklausel). Zum Zeitpunkt der Eintragung der Lebenspartnerschaft war der ehemalige Mitarbeiter der Beklagten 70 Jahre alt.

Nach dem Tod seines Lebenspartners verlangte der Kläger von der Beklagten die Zahlung einer betrieblichen Hinterbliebenenrente. Der Kläger ist der Ansicht, einen Versorgungsanspruch zu haben, da der Leistungsausschluss diskriminierend sowie gleichheitswidrig und damit im Ergebnis unwirksam sei.

## Die Entscheidung

Das BAG gab der Revision der Beklagten statt und wies die Klage ab. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung einer Hinterbliebenenrente.

Zwar verstoße die Voraussetzung einer Eheschließung und damit der Ausschluss eingetragener Lebenspartner gegen die auf das vorliegende Versorgungsverhältnis anwendbaren § 1 und § 7 Abs. 2 AGG. Der Ausschluss eingetragener Lebenspartner stelle eine unmit-

telbare Benachteiligung des verstorbenen Lebenspartners des Klägers wegen der sexuellen Identität dar. Allerdings sei der Anspruch aufgrund der Spätehenklausel der Versorgungsordnung ausgeschlossen, da die eingetragene Lebenspartnerschaft zwischen dem Kläger und dem ehemaligen Arbeitnehmer der Beklagten erst nach Vollendung des 62. Lebensjahres begründet wurde. Auch bei Gleichbehandlung mit einem hinterbliebenen Ehepartner stehe dem Kläger keine Hinterbliebenenrente zu.

Darüber hinaus sei die Klausel auch nicht altersdiskriminierend, auch wenn die Klausel an das Alter des unmittelbar Versorgungsberechtigten anknüpft. Zwar bewirke der in der Klausel enthaltene Ausschluss von der Hinterbliebenenversorgung eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters im Sinne der §§ 1, 3 Abs. 1 AGG, da Arbeitnehmer, deren Ehe bzw. Lebenspartnerschaft erst nach dem 62. Lebensjahr geschlossen wird, eine ungünstigere Behandlung erfahren als Arbeitnehmer, die vor Vollendung des 62. Lebensjahres heiraten bzw. eine Lebenspartnerschaft begründeten.

Diese Ungleichbehandlung sei jedoch nach § 10 S. 3 Nr. 4 AGG gerechtfertigt, da die Hinterbliebenenversorgung in der



Regel in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Alters- und Invalidenrente stehe. Die Spätehenklausel verfolge das legitime Ziel, das mit der Gewährung einer Hinterbliebenenversorgung verbundene finanzielle Risiko zu begrenzen. Auch sei es angemessen, dass die Klausel an die feste Altersgrenze der Versorgungsordnung und nicht an die gesetzliche Regelaltersgrenze anknüpft, da sie an ein betriebsrentenrechtliches Strukturprinzip anknüpfe. Zu diesem Zeitpunkt müsse der Arbeitgeber in der Regel mit der Inanspruchnahme der Betriebsrente rechnen. Gleich wirksame, mildere Mittel seien nach Ansicht des BAG nicht gegeben, sodass die Ungleichbehandlung auch erforderlich sei.

## Unser Kommentar

Nachdem das BAG Ende 2017 in Abkehr zu seiner vorherigen Rechtsprechung bereits die Zulässigkeit von Spätehenklauseln anerkannte, setzt das BAG diese Rechtsprechung mit seinem Urteil nun fort. Insbesondere hat es auch Klarheit darüber geschaffen, dass die oben dargestellte feste Altersgrenze nicht an das gesetzliche Renteneintrittsalter gekoppelt sein muss. Arbeitgeber sollten vor diesem Hintergrund die bei ihnen geltenden Versorgungsordnungen hinsichtlich der Spätehenklauseln dahingehend überprüfen, ob diese – wie vom BAG vorausgesetzt – an ein betriebsrentenrechtliches Strukturprinzip anknüpfen, was sich in der Versorgungsordnung wiederfindet. Eine solche Anknüpfung ist immer dann anzunehmen, wenn die Klauseln auf eine in der Versorgungsordnung enthaltene feste Altersgrenze zur Inanspruchnahme der betrieblichen Altersversorgung abstellen.

### → Autorin

Johanna Schobeß, LL.M.  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Leipzig

# Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitszeit - Unterlassungsansprüche

In besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen kann dem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden, wenn er diese Rechtsposition durch eigenes betriebsverfassungswidriges Verhalten erlangt hat.

■ BAG, Urteil vom 12. März 2019 – 1 ABR 42/17

## Der Fall

Die Arbeitgeberin betreibt eine in den Krankenhausplan des Landes Niedersachsen aufgenommene Klinik und beschäftigt über 300 Mitarbeiter. Dort ist der antragstellende Betriebsrat gebildet.

Bis Anfang 2015 erfolgte die Aufstellung der Dienstpläne zwischen den Beteiligten einvernehmlich. Ende Januar 2015 beschloss der Betriebsrat, die Arbeitgeberin möge die Dienstpläne spätestens vier Wochen vor dem Inkrafttreten vorlegen, damit das Mitbestimmungsverfahren spätestens zwei Wochen vor Beginn des jeweiligen Dienstplans abgeschlossen werden könne.

Über die Dienstpläne für Zeiträume ab März 2015 konnte zwischen den Betriebsparteien jedoch keine Einigkeit mehr erzielt werden. Der Betriebsrat lehnte die Bildung einer Einigungsstelle regelmäßig ab. Die Arbeitgeberin leitete daraufhin jeweils Verfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle beim Arbeitsgericht ein. Gegen die Bildung der Einigungsstelle legte der Betriebsrat jedoch Beschwerde ein und verzögerte die Einigungsstelle, indem er sich der Vereinbarung eines Sitzungstermins verschloss und nicht freiwillig Beisitzer benannte. Konkrete, auf die Dienstpläne

bezogene Einwände, trug der Betriebsrat indes nicht vor.

Die Arbeitgeberin setzte die Dienstpläne schließlich einseitig in Kraft. Hiergegen wehrte sich der Betriebsrat und machte Unterlassungsansprüche geltend.

## Die Entscheidung

### Verletzung von Mitbestimmungsrechten

Das BAG stellt zunächst klar, dass die Arbeitgeberin die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG wiederholt verletzt hat, indem sie Dienstpläne einseitig in Kraft setzte. Darauf, dass die Arbeitgeberin zuvor erfolglos versuchte, das Verfahren nach § 87 Abs. 2 BetrVG durchzuführen, kommt es nicht an. Denn die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats sind nur dann gewahrt, wenn der Betriebsrat den Dienstplänen entweder zustimmt oder eine Einigung der Betriebsparteien durch die Einigungsstelle ersetzt wird.

### Allgemeiner und besonderer Unterlassungsanspruch

Wegen der Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte steht dem Betriebsrat der allgemeine Unterlassungsanspruch aus § 87 Abs. 1 BetrVG sowie - bei erhebli-



cher Pflichtverletzung des Arbeitgebers - der Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG zu.

### **Aber: Einwand der unzulässigen Rechtsausübung**

Die Ausübung der Unterlassungsansprüche unterliegt jedoch – so das BAG – dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG. Dieses umfasst das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung. In eng begrenzten Ausnahmefällen kann eine unzulässige Rechtsausübung vorliegen, wenn sich eine Betriebspartei auf eine formale Rechtsposition beruft, die sie durch eigenes – betriebsverfassungswidriges – Verhalten erlangt hat.

Diese Voraussetzungen lagen hier vor, da der Betriebsrat entgegen seiner betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten keine Anstrengungen unternahm, mit der Arbeitgeberin in Verhandlungen über die aus seiner Sicht unzureichenden Dienstpläne zu treten. Ferner wirkte er auch nicht an der gesetzlich vorgesehenen Konfliktlösung in der Einigungsstelle mit, sondern verzögerte das Verfahren derart, dass ein Spruch der Einigungsstelle vor Inkrafttreten der Dienstpläne unmöglich wurde. Der Betriebsrat nahm damit lediglich eine Blockadehaltung ein, die darauf abzielte, seine Mitbestimmungsrechte (unzulässigerweise) überhaupt nicht auszuüben.

### **Unser Kommentar**

Die Entscheidung des BAG ist in erster Linie eine Einzelfallentscheidung. Aus ihr lassen sich gleichwohl grundsätzliche Aussagen herausarbeiten:

#### **Pflicht zur Ausübung der Mitbestimmungsrechte**

Das BAG bestätigt zunächst seine Rechtsprechung, nach der der Betriebsrat zur Ausübung seiner Mitbestimmungsrechte verpflichtet ist. In der Ablehnung der Ausübung der Mitbestimmungsrechte liegt ein unzulässiger Verzicht (BAG, Beschluss vom 22.8.2017 - 1 ABR 5/16). Hieraus folgt, dass der Betriebsrat sich auch dem Einigungsstellenverfahren nicht entziehen darf.

#### **Keine vorläufige Durchführung im Rahmen des § 87 BetrVG**

Das BAG stellt in seiner Entscheidung zudem klar, dass der Arbeitgeber die Mitbestimmungsrechte des § 87 BetrVG verletzt, wenn er Dienstpläne ohne Zustimmung des Betriebsrats in Kraft setzt. Anders als im Rahmen der personellen Maßnahmen nach §§ 99, 100 BetrVG sieht das Gesetz keine vorläufige Durchführung der beabsichtigten Maßnahme vor.

### **Unzulässige Rechtsausübung**

Begibt sich der Betriebsrat – entgegen seiner gesetzlichen Pflichten – dennoch in eine Blockadehaltung und verschleppt auch das Einigungsstellenverfahren, kann sich der Arbeitgeber nicht mehr rechtskonform verhalten. Setzt er Dienstpläne dennoch in Kraft, verletzt er die Rechte des Betriebsrats. Setzt er sie hingegen nicht in Kraft, verletzt er unter Umständen seine öffentlich-rechtlichen Pflichten (hier: die Durchführung der Notfallversorgung der Bevölkerung).

Dieses Dilemma löst das BAG auf, indem es zwar auf die Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats erkennt, gleichwohl dem Betriebsrat die Berufung auf seine damit einhergehenden Unterlassungsansprüche unter Verweis auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung versagt.

### **Fazit**

Die Entscheidung des BAG ist nicht als Freibrief für den Arbeitgeber zu verstehen, mitbestimmungspflichtige Maßnahmen auch ohne Zustimmung des Betriebsrats durchzuführen. Unter welchen Voraussetzungen der Betriebsrat objektiv in so erheblichem Maße gegen seine Mitwirkungspflichten verstoßen hat, dass in der Berufung auf Unterlassungsansprüche die bloße Ausnutzung einer formal erlangten Rechtsposition zu sehen ist, müssen die Arbeitsgerichte im Einzelfall klären. Ein möglicher Anhaltspunkt können die Häufigkeit und eine langanhaltende Dauer der Pflichtverletzung oder einzelne, besonders schwerwiegende Pflichtverstöße des Betriebsrats sein.

#### **→ Autor**

Joschka Gommers  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Hamburg

## ■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

### Urlaubserteilung in der Kündigungsfrist

#### ■ LAG Hamm, Urteil vom 8. Mai 2019 – 5 Sa 12/19

Der Wirksamkeit einer Urlaubserteilung in der Kündigungsfrist steht weder entgegen, dass die Unwiderruflichkeit der Befreiung von der Arbeitspflicht nicht ausdrücklich hervorgehoben wurde, noch dass es an einer vorherigen Zusage der Vergütung mangelt, wenn der Vergütungsanspruch unstreitig besteht.

#### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten um die Zahlung einer Urlaubsabgeltung. Das zwischen dem Kläger und der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis wurde aufgrund einer Kündigung der Beklagten beendet. Mit Erklärung im Kündigungsschreiben wurde der Kläger unter Anrechnung von Urlaubstagen bis zum Ende der Beschäftigungszeit freigestellt. Das LAG verneinte einen Anspruch des Klägers aus § 7 Abs. 4 BUrlG, da bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein Urlaubsanspruch des Klägers mehr vorhanden war. Die restlichen Urlaubsansprüche wurden seitens der Beklagten durch die Freistellung während der Kündigungsfrist bereits erfüllt, § 362 Abs. 1 BGB. Die Voraussetzung, dass die Freistellungserklärung des Arbeitgebers hinreichend deutlich erkennen lässt, dass eine Befreiung von der Arbeitspflicht zur Erfüllung des Anspruchs auf Urlaub gewährt wird, sei vorliegend erfüllt. Dem stehe nicht entgegen, dass die Beklagte in dem Kündigungsschreiben nicht ausdrücklich die Unwiderruflichkeit der Befreiung von der Arbeitspflicht hervorgehoben hatte. Es fehle auch nicht an einer vorherigen Zusage des Urlaubsentgeltes (§ 11 Abs. 2 BUrlG), da die Vergütung des Zeitraumes der Freistellung im vorliegenden Fall unstreitig gewesen sei.

### Versetzung an einen anderen Arbeitsort

#### ■ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13. August 2018 – 16 Sa 1466/17

Wird im Arbeitsvertrag der Ort der Arbeitsleistung kombiniert mit einem Versetzungsvorbehalt mit Einsatzmöglichkeit im gesamten Unternehmen vereinbart, liegt in der Regel keine vertragliche Beschränkung auf den im Vertrag genannten Ort der Arbeitsleistung vor.

#### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Versetzung des Klägers an einen anderen Arbeitsort. Der Kläger war an einem

Wertstoffhof beschäftigt, der von der Beklagten betrieben wird. Gegen den Kläger lief ein Ermittlungsverfahren wegen Diebstahls von Schrottteilen, das wegen Geringfügigkeit eingestellt wurde. In der Folge wurde der Kläger an einen anderen Standort der Beklagten versetzt, an dem kein Wertstoffhof betrieben wird. Im Arbeitsvertrag ist sowohl der Ort der Arbeitsleistung, als auch ein Versetzungsvorbehalt für den Einsatz im gesamten Unternehmen bestimmt. Das LAG hat entschieden, dass die Versetzung des Klägers rechtmäßig gewesen sei. Wegen des im Arbeitsvertrag bestimmten Versetzungsvorbehalts, liege keine vertragliche Beschränkung auf den im Vertrag genannten Ort der Arbeitsleistung vor. Die Grenzen des billigen Ermessens iSv. §§ 106 Satz 1 GewO, 315 BGB habe die Beklagte gewahrt. Aufgrund des dringenden Verdachts, dass der Kläger die Beklagte in strafrechtlich relevanter Weise geschädigt habe, habe die Beklagte ein schutzwürdiges Interesse daran, den Kläger nicht mehr auf dem Wertstoffhof zu beschäftigen.

### Schweigen ist im Rechtsverkehr grundsätzlich keine Willenserklärung

#### ■ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 2. April 2019 – 5 Sa 221/18

Soll in einem Arbeitsverhältnis eine nachteilige Änderung im Bereich der Hauptleistungspflichten vereinbart werden, kann das Schweigen einer Partei regelmäßig nicht als Annahmeerklärung ausgelegt werden.

#### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über die Höhe des Stundenlohnes. Das Ende des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses wurde im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses durch einen Vergleich festgelegt. Dabei verpflichtete sich die Beklagte unter anderem zur Fortzahlung der Bezüge bis zum Beendigungstermin. Die Beklagte rechnete das Arbeitsverhältnis basierend auf einem geringeren Stundenlohn ab, verglichen zu dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Stundenlohn. Das LAG hat entschieden, dass für die Abrechnung basierend auf dem geringeren Stundenlohn keine Änderungsvereinbarung zustande gekommen wäre. Auf die mündliche Erklärung der Beklagten habe der Kläger nur mit Schweigen reagiert, dem gerade keine Zustimmung zur Vertragsänderung entnommen werden könne.

## Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel

■ LAG Köln, Urteil vom 16. April 2019 –  
4 Sa 35/19 (noch nicht rechtskräftig)

Für die Auslegung einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel muss die Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise, der von den Vertragsparteien verfolgte Regelungszweck sowie die erkennbare Interessenlage der Beteiligten berücksichtigt werden.

### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über den Inhalt einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel. Nach der Aufhebung des Sonderzahlungsgesetz Nordrhein-Westfalen (SZG-NRW) wurden die jährlichen Sonderzahlungen in die monatlichen Bezüge integriert. Die Beklagte gab die damit einhergehende Erhöhung des Bruttogrundgehalts nach der Besoldungstabelle nicht an den Kläger weiter. Dieser machte mit seiner Klage den Differenzlohn geltend. Das LAG hat entschieden, dass die Beklagte nicht verpflichtet war, die zum 1. Januar 2017 erfolgte Erhöhung des Grundgehalts der Beamtenbesoldung Nordrhein-Westfalen an den Kläger weiterzugeben. Der Kläger habe keinen Anspruch gemäß § 611 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der Bezugnahmeklausel des Arbeitsvertrags und der Landesbesoldungsordnung auf Zahlung der zum 1. Januar 2017 infolge der Integration der jährlichen Sonderzahlung in die monatlichen Bezüge erfolgten Erhöhung des Grundgehalts der Beamtenbesoldung Nordrhein-Westfalen. Für die Auslegung der Bezugnahmeklausel käme es darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist. Zudem müsse ferner der von den Vertragsparteien verfolgte Regelungszweck sowie die der jeweils anderen Seite erkennbare Interessenlage der Beteiligten berücksichtigt werden. Ausgehend von diesen Auslegungskriterien umfasse die Bezugnahmeklausel nicht die zum 1. Januar 2017 umgelegte anteilige Jahressonderzahlung.

## Unterlassungsansprüche des Betriebsrats bei nicht mitbestimmten Dienstplänen in einem Krankenhaus

■ LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom  
12. Juli 2019 – 2 TaBV 908/19

Missachtet die Arbeitgeberin die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Erstellung von Dienstplänen in einem Krankenhaus, kann der Betriebsrat ihr gegenüber den allgemeinen Unterlassungsanspruch aus § 87 Abs. 1 BetrVG geltend machen.

### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten um einen Unterlassungsanspruch im Hauptsacheverfahren bezüglich der Mitbestimmung des Betriebsrats bei der erstmaligen Erstellung von Dienstplänen in Krankenhäusern. Zwischen den Parteien bestand eine Rahmenbetriebsvereinbarung zu Arbeitszeiten, die nach dem Ende ihrer Wirksamkeit nicht durch eine Folgevereinbarung ersetzt wurde. Der Betriebsrat erwirkte eine einstweilige Verfügung, mit der der Arbeitgeberin die Anordnung, Vereinbarung oder Duldung von Arbeitsstunden ohne Zustimmung des Betriebsrats oder der Einigungsstelle zu einem entsprechenden Dienstplan untersagt wurde. Gleichzeitig setzte der Betriebsrat ein Unterlassungsverfahren am Arbeitsgericht Berlin in Gang. Gegen dessen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Antragstellers. Das LAG hat entschieden, dass der Betriebsrat sein Begehren auf den allgemeinen Unterlassungsanspruch aus § 87 Abs. 1 BetrVG stützen könne. Die Arbeitgeberin habe wiederholt Dienstpläne durchgesetzt und dabei die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG missachtet.

■ ALLGEMEINE HINWEISE

## Autoren dieser Ausgabe



**Achim Braner**

Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a.M.  
Telefon: +49 69 27229 23839  
achim.braner@luther-lawfirm.com



**Ines Gutt**

Associate, Rechtsanwältin  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen  
Telefon +49 201 9220 24845  
ines.gutt@luther-lawfirm.com



**Paul Schreiner**

Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen  
Telefon +49 201 9220 11691  
paul.schreiner@luther-lawfirm.com



**Kerstin Belovitzer**

Senior Associate, Rechtsanwältin, Fachanwältin  
für Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Stuttgart  
Telefon +49 711 9338 16709  
kerstin.belovitzer@luther-lawfirm.com



**David Meyer**

Senior Associate, Rechtsanwalt  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen  
Telefon +49 201 9220 24808  
david.meyer@luther-lawfirm.com



**Johanna Schobeß, LL.M.**

Associate, Rechtsanwältin  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Leipzig  
Telefon +49 341 5299 10759  
johanna.schobess@luther-lawfirm.de



**Martina Ziffels**

Counsel, Rechtsanwältin, Fachanwältin für  
Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg  
Telefon +49 40 18067 12189  
martina.ziffels@luther-lawfirm.com



**Joschka Gommers**

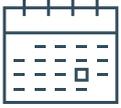
Associate, Rechtsanwalt  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg  
Telefon +49 40 18067 12189  
joschka.gommers@luther-lawfirm.com



**Anel Hrustic**

Associate, Rechtsanwalt  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a.M.  
Telefon +49 69 27229 24679  
anel.hrustic@luther-lawfirm.com

# Veranstaltungen und Veröffentlichungen



Eine Übersicht mit unseren Veranstaltungen finden Sie [hier](#)



Eine Liste unserer aktuellen Veröffentlichungen finden Sie [hier](#)

## Impressum

**Verleger:** Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0  
Telefax +49 221 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)  
**V.i.S.d.P.:** Achim Braner, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt a.M., Telefon +49 69 27229 23839,  
[achim.braner@luther-lawfirm.com](mailto:achim.braner@luther-lawfirm.com)

**Copyright:** Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Arbeitsrecht“ an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto:unsubscribe@luther-lawfirm.com)

**Bildnachweis:** Fotolia: Seite 1; Valery Kachae/fotolia: Seite 4, wildpixel/iStock: Seite 7; Stadtrate/iStock: Seite 10; vege/fotolia: Seite 12, Nuthawut Somsuk/iStock: Seite 14; Lightstar59/iStock: Seite 15, Zmaj88/iStock: Seite 17, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH: Seite 3, Seite 20

## Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand.

Berlin, Brüssel, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig,  
London, Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon

Luther Corporate Services: Delhi-Gurugram, Kuala Lumpur, Shanghai, Singapur, Yangon

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com).

**Auf den Punkt. Luther.**

