

# Luther.

## Newsletter Arbeitsrecht

2. Ausgabe 2019

**FOKUS**  
Home Office

# Inhalt

## ■ LEITARTIKEL

Chancen und Risiken des Home Office | [Seite 4](#)

EuGH: EU-Staaten müssen Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung verpflichten – Bedeutung für die Krankenhauslandschaft | [Seite 8](#)

## ■ WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

EuGH verlangt systematische Aufzeichnung der Arbeitszeit | [Seite 10](#)

Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitkräfte | [Seite 12](#)

Kürzung des Urlaubsanspruchs wegen Elternzeit | [Seite 13](#)

Zeiten unbezahlten Sonderurlaubs bleiben bei der Berechnung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs unberücksichtigt | [Seite 15](#)

Keine Rückzahlung von Ausbildungskosten bei Eigenkündigung aus unverschuldeten personenbedingten Gründen | [Seite 16](#)

Nachträgliche Beteiligung des Betriebsrates bei Einstellung | [Seite 18](#)

## ■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

Schadensersatz wegen Verfall des Schwerbehindertenzusatzurlaubs | [Seite 19](#)

Entschädigung wegen Nichtbeschäftigung eines Arbeitnehmers | [Seite 19](#)

Vorlage konzerninterner Kalkulationen im Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG  
[Seite 20](#)

Auskunftsanspruch des Betriebsrats über geleistete Sonderzahlungen | [Seite 20](#)

Betriebsvereinbarung über Fahrzeiten der Außendienstmitarbeiter | [Seite 20](#)

Geltung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) für ausländische Arbeitnehmer bei Kurzeinsätzen in Deutschland | [Seite 21](#)

## ■ ALLGEMEINE HINWEISE

Autoren dieser Ausgabe | [Seite 22](#)

Veranstaltungen und Veröffentlichungen | [Seite 23](#)

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

Sommer, Sonne, Strand und Meer. Die schönste Zeit des Jahres liegt vor uns. Was liegt da näher als nunmehr die richtige Reiselektüre für den Urlaub zusammenzustellen. Mit unserem aktuellen Newsletter Arbeitsrecht haben Sie sicher eine gute Wahl getroffen. Ob am Strand oder in den Bergen, halten Sie sich auf dem Laufenden und verfolgen Sie die aktuellen arbeitsrechtlichen Themen. In dieser Ausgabe befassen wir uns wieder mit der sich im Wandel befindlichen Arbeitswelt.

In Zeiten der schnell voranschreitenden Digitalisierung und einer sich hierdurch dramatisch verändernden Arbeitsorganisation in den Unternehmen sind die Themen Home Office und mobiles Arbeiten in aller Munde. Vor dem Hintergrund des zunehmenden Kampfs um Fachkräfte müssen sich Unternehmen zudem modern und flexibel präsentieren. Auch wenn Home Office und mobiles Arbeiten heutzutage technisch von nahezu allen Orten möglich ist und in einzelnen Branchen bereits alltäglich erscheint, so stellen sich doch eine Fülle von rechtlichen Fragen und Themen in diesem Zusammenhang. Kerstin Gröne beleuchtet diese daher in dieser Ausgabe.

Die aktuelle Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14. Mai 2019 zur Arbeitszeiterfassung hat in der arbeitsrechtlichen Welt ein Beben verursacht und sorgt für große Aufregung. Mit Blick auf eine immer schnelllebigere und unregelmäßiger erscheinende Arbeitswelt sowie einen zunehmenden Personalmangel, der immer größere Flexibilität auf Seiten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer fordert, wirft diese Entscheidung eine Vielzahl an Fragen auf. Martina Ziffels befasst sich daher mit dieser Entscheidung in unserem Rechtsprechungsüberblick. Unsere Expertinnen im Bereich Health Care Dr. Eva Rütz und Katharina Gorontzi widmen sich in dieser Ausgabe zudem ausführlich der Bedeutung und den Auswirkungen dieser EuGH-Entscheidung für die Krankenhauslandschaft.

Selbstverständlich befassen wir uns daneben auch in diesem Newsletter mit den Entwicklungen in der Rechtsprechung. Wir haben hierbei wieder eine Auswahl getroffen, bei der wir hoffen, dass sie für Sie von besonderem Interesse ist. Wie immer freuen wir uns auf Ihr Feedback zu unseren Themen. Sprechen Sie unsere Autoren gerne direkt an, wenn Sie Anregungen oder Fragen haben.

Wir würden uns zudem freuen, Sie nach den Ferien bei einer unserer Veranstaltungen begrüßen zu können. Die Termine zum Arbeitsrechtsfrühstück an den einzelnen Standorten werden Ihnen zeitnah zugehen.

Haben Sie viel Spaß bei der Lektüre. Wir wünschen Ihnen einen schönen Sommer und eine erholsame Zeit!

Achim Braner



**Achim Braner**

Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Frankfurt a.M.

■ LEITARTIKEL

## Chancen und Risiken des Home Office

„Heimarbeit“, „Home Office“, „Telearbeit“, „Mobile Office“ – die Bezeichnungen sind vielfältig, das zugrundeliegende Prinzip ähnlich: Die Digitalisierung eröffnet vielfältige Möglichkeiten fern ab von einem rein betriebsbasierten Einsatz von Arbeitnehmern.

### Home Office in Deutschland – wo stehen wir?

Vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) sowie vom Statistischen Bundesamt veröffentlichte Studien zeigen, dass 11% der Befragten wenigstens gelegentlich auch von zu Hause aus arbeiten. Dabei lag der Anteil der Befragten, die von zu Hause aus arbeiten können unter Selbständigen (41%) und Angestellten (31%) wesentlich höher als unter befragten Arbeitern (2%). Der Wunsch, von zu Hause aus arbeiten zu können, ist weit verbreitet, 39% der Befragten, die bisher (noch) nicht im Home Office arbeiten, gaben an, generell gerne von zu Hause aus arbeiten zu wollen. Deutschland liegt bei der Ermöglichung von nicht betriebsgebundenen Arbeitsweisen insgesamt unter dem europäischen Durchschnitt. Europaweit arbeiteten 2017

rund 15% der Erwerbstätigen wenigstens gelegentlich zu Hause, wobei die Niederlande mit 38% deutlicher Spitzenreiter war.

Auch wenn das tatsächliche Angebot von Home Office-Modellen von Unternehmen zu Unternehmen stark variiert und in Deutschland bei der Umsetzung – gerade auch im internationalen Vergleich – noch „Luft nach oben ist“, ist das Home Office als flexibles Arbeitsmodell in Zeiten immer weiter zunehmender Digitalisierung nicht mehr wegzudenken. Daher verwundert es nicht, dass es von Seiten den BMAS Bestrebungen gibt – wie im Koalitionsvertrag vereinbart – eine gesetzliche Regelung zu treffen, welche insbesondere die Frage nach einem Recht des Arbeitnehmers auf Home Office ausgestalten soll. Mit der Verabschiedung eines „Home Office-Gesetzes“ ist aber in dieser Legislaturperiode nicht mehr zu rechnen.



**Folgende Begriffe rund um das Arbeiten außerhalb des Betriebes sollten unterschieden werden.**

### Heimarbeit

Die Arbeitsform der Heimarbeit ist gesetzlich im Heimarbeitengesetz (HAG) geregelt. Heimarbeiter sind Personen, die in selbstgewählter Arbeitsstätte z.B. der eigenen Wohnung oder selbstgewählten Betriebsstätte allein oder mit Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden erwerbsmäßig arbeiten (§ 2 HAG). Kennzeichen der Heimarbeit ist, dass es sich um eine selbständige, weisungsfreie Tätigkeit handelt, die keiner organisatorischen Einbindung in den Betrieb eines Auftraggebers bedarf. Der Heimarbeiter ist damit gerade kein Arbeitnehmer.

### Telearbeit

Der Begriff der Telearbeit stammt aus dem Bereich der Arbeitssicherheit. § 2 ArbStättV definiert (häusliche) Telearbeitsplätze als vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich des Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit dem Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat.

### Home Office und Mobile Office

Im allgemeinen Sprachgebrauch haben sich die Bezeichnungen Home Office und Mobile Office etabliert. Beide Begriffe sind gesetzlich nicht definiert. Sie werden verwendet, um Arbeitsformen zu beschreiben, die sich durch eine Loslösung von einem betriebsbasierten Arbeitseinsatz auszeichnen. Während beim Home Office die Tätigkeit des Arbeitnehmers in dessen private Räumlichkeiten verlagert wird, wird der Begriff Mobile Office noch weiter verstanden und umfasst alle Modelle, in denen der Arbeitnehmer an einem beliebigen Ort jenseits von Büro oder Heimbüro nach seiner Wahl tätig wird – sei es auch im Café. Die Tätigkeit im Mobile Office erfordert nur eine knappe Mindestausstattung des Arbeitnehmers mit Smartphone und Laptop, sodass sich der Arbeitsplatz völlig von physischen Begrenzungen löst und sich nur noch auf virtuelle Verbindungen wie z.B. die Nutzung eines bestimmten Datenraumes stützt.

## Ein Recht auf Home Office?

Derzeit besteht in Deutschland kein gesetzlich geregelter Rechtsanspruch auf Home Office, welcher Arbeitgeber dazu verpflichten würde, dem danach ersuchenden Arbeitnehmer Home Office zu gewähren.

Im Einzelfall kann die *Rücksichtnahme-(Fürsorge)plicht* des Arbeitgebers ergeben, dass es nicht mehr billigem Ermessen entspräche, wenn der Arbeitgeber zumindest die vorübergehende Tätigkeit im Home Office verweigerte. Jedoch ist zu beachten, dass bei der im Einzelfall erforderlichen Interessenabwägung den Interessen des Arbeitnehmers die grundrechtlich geschützten Rechte des Unternehmers aus Art. 12, 14 und 2 Abs. 1 GG gegenüberzustellen sind. Ein Anspruch kann damit nur in besonderen Ausnahmefällen auf diesen Rechtsgedanken gestützt werden, etwa bei drohendem Unvermögen des Arbeitnehmers.

Ebenso kann sich in Einzelfällen ein Anspruch auf Gewährung von Home Office aus dem Grundsatz der *Gleichbehandlung* im Rahmen des Ermessens bei der Direktionsrechtsausübung ergeben, sofern der Arbeitgeber allen anderen vergleichbaren Arbeitnehmern die Möglichkeit auf Home Office eingeräumt hat.

## Pflicht zum Home Office?

Auch der Arbeitgeber kann ein Interesse an der Einrichtung eines Home Office-Arbeitsplatzes haben. Dass der Arbeitgeber sich nicht auf § 106 S.1 GewO berufen kann, um eine solche Weisung einseitig zu erteilen, hat jüngst das LAG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 14. November 2018 (Az.: 17 Sa 562/18) geurteilt (wir berichteten hierüber in unserem Newsletter 1/2019, Rechtsprechung in Kürze).

Hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, dass ein Arbeitnehmer im Home Office tätig wird, bleibt vor diesem Hintergrund grundsätzlich nur die einvernehmliche Regelung oder zur Vermeidung einer sonst unumgänglichen Kündigung die Änderungskündigung.

## Technischer Arbeitsschutz – Anwendbarkeit von ArbSchG, ArbStättV, BetrSichV

Die Ableistung der Arbeit im Home Office entbindet den Arbeitgeber nicht von seiner Verantwortung zur Sicherstellung des Arbeitsschutzes. Der Home-Arbeitsplatz stellt grundsätzlich genauso einen Arbeitsplatz dar, wie es der Arbeitsplatz im Betriebsgebäude tut.

## **Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)**

Das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) umfasst grundsätzlich alle Arbeitsverhältnisse, sodass das ArbSchG sowohl auf Beschäftigungsverhältnisse im Home Office als auch im Mobile Office umfassend Anwendung findet. Den Arbeitgeber trifft eine umfassende Organisationspflicht (§ 3 ArbSchG). Dies beinhaltet die Pflicht, die Beschaffenheit des Arbeitsplatzes zu untersuchen, die sich daraus ergebenden Gefahren zu beurteilen und – sofern Gefahren drohen – diese durch angemessene Maßnahmen zu verhüten.

Da sich der Arbeitsort im privaten Bereich des Arbeitnehmers befindet – und damit in einem von Art. 13 GG besonders geschützten Bereich, gelten aber Besonderheiten.

## **Zutrittsrecht des Arbeitgebers?**

Um den Arbeitsplatz im Rahmen der durchzuführenden Gefährdungsbeurteilung zu untersuchen, bedürfte der Arbeitgeber eines Kontroll- und damit eines Zutrittsrechtes zur Wohnung des Arbeitnehmers. Ein solches allgemeines Zutrittsrecht des Arbeitgebers besteht vor dem Hintergrund des Art. 13 GG gerade nicht. Auch aus der Vereinbarung des Home Office als solches kann nicht die konkludente Zustimmung zu einem Betretungsrecht entnommen werden. Das Betretungsrecht kann auch nicht durch Betriebsvereinbarungen geschaffen werden. Dies bringt den Arbeitgeber in die missliche Situation, dass er zwar für die Arbeitssicherheit verantwortlich bleibt, aber gleichzeitig nicht berechtigt ist, die dafür erforderlichen Maßnahmen auszuführen.

## **Vertraglich vereinbarte Zutritts-gewährung**

Um diese Situation interessengerecht zu lösen, könnte die Gewährung von Home Office davon abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Betretung der Privaträume vertraglich zugesteht. Dass dies kaum praktikabel

ist, zeigt der Fall, dass der Arbeitnehmer nicht alleine in seiner Wohnung lebt: die Zustimmung aller anderen Mitbewohner wäre ebenfalls erforderlich.

## **Gefährdungsbeurteilung mit Hilfe von §§ 15, 16 ArbSchG**

Zu lösen ist dieses Dilemma über eine konsequente Anwendung der §§ 15, 16 ArbSchG. Diese begründen die (Mitwirkungs-) Pflicht der Arbeitnehmer, für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen sowie von ihnen festgestellte Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit dem Arbeitgeber zu melden. Zwar ist primärer Adressat des ArbSchG der Arbeitgeber. Dies rührt aber daher, dass der klassische vom Arbeitgeber kontrollierbare „Präsenzarbeitsplatz“ Modell gestanden hat. Im Betrieb des Arbeitgebers ist es denklogisch, dass diesem auch die Hauptverantwortung für Arbeitsschutz zufällt. Jedoch wandelt sich die Situation, wenn die Arbeit in Räumen des Arbeitnehmers verrichtet wird. Der Arbeitgeber kann nicht kontrollieren, ob der Arbeitnehmer seine Tätigkeit auf einem ergonomischen Schreibtischstuhl vor einem optimal eingestellten Bildschirm verrichtet oder nicht doch bei schönem Wetter am Laptop auf dem harten Holzgartenstuhl in der Sonne. Den Arbeitgeber trifft in jedem Fall eine umfassende Informationspflicht über die Grundsätze einer sicheren und gesundheitsschützenden Arbeitsplatz-Ausgestaltung (§ 12 ArbSchG).

Der Arbeitgeber sollte dem Arbeitnehmer eine Analyse anbieten: Er sollte Fragebögen aushändigen, welche die möglichen und typischen Gefährdungspotenziale im Home Office (z.B. ungünstige ergonomische Arbeitshaltung, Bedingungen der Bildschirmarbeit, äußere Einflüsse wie Temperatur und Geräusche, psychische Belastungen durch fehlende soziale Interaktion mit Kollegen) abfragen. Er sollte die Untersuchung, zumindest aber eine „Ferndiagnose“ anbieten. Die Abfragen sollten in regelmäßigen Abständen wie-

derholt werden bzw. der Arbeitnehmer angehalten werden, Änderungen mitzuteilen.

## **Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)**

Die ArbStättV, die wie zahlreiche andere Verordnungen auf Grundlage der in § 18 ArbSchG enthaltenen Verordnungsermächtigung erlassen wurde, findet auf Home Office-Arbeitsplätze Anwendung, die unter die Definition eines Telearbeitsplatzes fallen: also dann, wenn im Privatbereich ein fester Arbeitsplatz für eine gewisse Dauer eingerichtet ist und der Arbeitnehmer dort regelmäßig zumindest einen Teil seiner Arbeitsleistung erbringt. Dann sind Teile der ArbStättV anwendbar (vgl. §§ 1 Abs. 3, 3 und 6 ArbStättV sowie der Anhang Nr. 6 der ArbStättV). Da die „dauerhafte Einrichtung“ beim Mobile Office fehlt, findet die ArbStättV auf diese schon der Natur der Sache nach keine Anwendung.

## **Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV)**

Die BetrSichV gilt sowohl für Home Office- als auch für Mobile Office-Arbeitsplätze, da Anknüpfungspunkt in § 1 BetrSichV in erster Linie das Arbeitsmittel und nicht die Ausgestaltung des Arbeitsortes ist.

## **Ein Unfall zu Hause: wann die gesetzliche Unfallversicherung (GUV) greift**

Auch Beschäftigte im Home Office sind in der gesetzlichen Unfallversicherung Versicherte (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII). Die GUV schützt grundsätzlich bei Unfällen während der betrieblichen Tätigkeit als auch auf Betriebswegen sowie Wegeunfälle (§ 8 Abs. 1 SGB VII). Beginnt bei einer Tätigkeit im Büro der Versicherungsschutz mit Verlassen der Privaträume, und zwar mit dem Durchschreiten der privaten Wohnungstür, verhält es sich im Falle des Home Office so, dass auch Unfälle im Haus des Versicherten selbst versichert sein können, sofern



sich Wohnung und Arbeitsstätte im selben Haus befinden und Home Office vereinbart war. Ereignet sich bei Home Office-Tätigkeiten auf einem Betriebsweg im Haus des Versicherten ein Unfall, besteht ebenfalls Unfallversicherungsschutz. Mit seinen Entscheidungen vom 31. August 2017 bzw. 27. November 2018 hat das BSG seine Rechtsprechung hinsichtlich des Schutzes von Betriebswegen im häuslichen Bereich geändert. Das BSG sieht als relevant an, welche objektive Handlungstendenz der Versicherte beim Unfall hatte. Wollte dieser eine dem Unternehmen dienende Tätigkeit ausüben, liegt ein Arbeitsunfall auf einem Betriebsweg vor. Ob eine dem Unternehmen dienliche Tätigkeit angestrebt war, bemisst sich nach den objektiven Umständen des Einzelfalls, sodass entscheidend ist, welche konkrete Tätigkeit mit welchem Zweck der Versicherte in dem Moment des Unfalls ausgeübt hat. Ausgenommen vom Versicherungsschutz bleiben im Home Office damit weiterhin Verrichtungen zur Nahrungsaufnahme und der Toilettengang, da sich

hier kein sich aus der Arbeitstätigkeit ergebendes höheres Risiko verwirklicht.

### Mitbestimmung bei Fragen des Home Office

Plant der Arbeitgeber die Einführung von Home Office-Angeboten, hat der Betriebsrat Informations- und Unterrichtsrechte (vgl. §§ 80 Abs. 2, 90, 92, 93 und 95 BetrVG). Der Betriebsrat soll bereits frühzeitig die Auswirkungen des geplanten Home Office beraten und Bedenken äußern können. Zudem ist er über Aspekte der Personalplanung, also welche Mitarbeiter für Home Office-Arbeitsplätze vorgesehen sind, zu informieren.

Stellt der Arbeitgeber allgemeine Verhaltensregeln jenseits der konkreten Arbeitsaufgabe im Rahmen des Home Office auf (z.B. Umgang mit Arbeitsmitteln, Duldung eines Zutrittsrechts, etc.), eröffnet dies die zwingende Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Kollektive Regelungen, die die Arbeitszeit modifizieren (z.B. Festlegung von Kernarbeitszeiten im Home Office), eröffnet den Mit-

bestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Im Weiteren kann sich eine Mitbestimmung auf Basis des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ergeben: dieser hat die Einrichtung technischer Vorrichtungen im Blick, welche die Verhaltens- bzw. Leistungskontrolle des Arbeitnehmers ermöglichen. Dabei ist irrelevant, ob der Arbeitgeber diese Kontrolle bezweckt. Maßgeblich ist die objektive Geeignetheit. Nutzt der Arbeitnehmer im Home Office IT des Arbeitgebers oder digitale Systeme zur Zeiterfassung, gibt dies bereits Auskunft über das Arbeitsverhalten des Arbeitnehmers und wäre für eine Kontrolle geeignet. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist bei allen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu beachten und der Betriebsrat einzubeziehen. Aufgrund der Vielzahl von mitbestimmungspflichtigen Bereichen kann es sinnvoll sein, eine umfassende Betriebsvereinbarung zu allen betroffenen Aspekten zu schließen.

#### → Autorin

Kerstin Gröne  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Köln

# EuGH: EU-Staaten müssen Arbeitgeber zur Arbeitszeiterfassung verpflichten – Bedeutung für die Krankenhauslandschaft

## Das Thema

Das Arbeitsleben wird schnelllebiger – und unregelmäßiger. Durch die Digitalisierung sowie kurzfristige Nachfragen kommt es dazu, dass die regelmäßige Arbeitszeit von Arbeitnehmern immer schlechter planbar wird. Dadurch kommt es in Unternehmen häufiger unabwendbar zur Überschreitung der regelmäßigen Arbeitszeit oder zur Nichteinhaltung von Ruhepausen. Von besonderer Relevanz ist dieses Thema in Branchen, die von Akuteinsätzen, langen Schichten und zusätzlich von Personalmangel geprägt und geplagt sind, wie z.B. das Gesundheitswesen oder auch die Daseinsvorsorge.

Für große Aufregung sorgt aktuell die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 14. Mai 2019. Danach verpflichtet der EuGH die Mitgliedsstaaten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann. Mit einem solchen System können künftig nicht nur Arbeitnehmer besser ihre täglich geleisteten Arbeitsstunden nachvollziehen, sondern auch Aufsichtsbehörden wird es dadurch möglich, künftig rascher etwaige Verstöße gegen die Arbeitsschutzvorschriften aufzudecken und zu ahnden.

[Link](#) zu dem Beitrag vom 14. Mai 2019

## Die Entscheidung

In seiner Entscheidung wies der EuGH zunächst auf die Bedeutung des Grundrechts eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten hin. Ziel der insoweit maßgeblichen Arbeitszeitrichtlinie sei ein besserer Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer, und zwar unabhängig von der nach dem nationalen Recht vorgesehenen wöchentlichen Höchstarbeitszeit. Der Arbeitnehmer sei die schwächere Partei des Arbeitsvertrages, so dass verhindert werden müsse, dass der Arbeitgeber ihm seine Rechte beschneide.

Ohne ein System – so der EuGH – mit dem weder die Zahl der täglich geleisteten Arbeitsstunden noch die Zahl der Überstunden objektiv und verlässlich ermittelt werden könne, sei es für die Arbeitnehmer praktisch unmöglich, diese Rechte durchzu-

setzen. Die objektive und verlässliche Bestimmung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit sei für die Feststellung, ob die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschließlich der Überstunden sowie die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten eingehalten worden sind, unerlässlich.

Ein solch zugängliches Arbeitszeiterfassungssystem biete den Arbeitnehmern ein besonders wirksames Mittel, einfach zu objektiven und verlässlichen Daten über die tatsächlich geleistete Arbeitszeit zu gelangen und erleichtere dadurch sowohl den Arbeitnehmern den Nachweis einer Verkenntung ihrer Rechte als auch den zuständigen Behörden und nationalen Gerichten die Kontrolle der tatsächlichen Beachtung selbiger.

## Rückkehr zur Stechuhr?

In Deutschland verfügen wir grundsätzlich bereits über starke Schutzgesetze, wie insb. das Arbeitszeitgesetz, die den Schutz und die Position des Arbeitnehmers stärken sowie tägliche Arbeitshöchstzeiten, Pausen- und Ruheregeln sowie Sonn- und Feiertagsruhe regeln. Aufzeichnungspflichten sind auch bereits jetzt schon gesetzlich vorgesehen.

Bislang aber waren Arbeitgeber lediglich verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit (in der Regel acht Stunden tägl.) hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Durch die Einführung eines vom EuGH geforderten Arbeitszeiterfassungssystems ändert sich zwar nicht der rechtliche Rahmen hinsichtlich der erlaubten werktäglichen Arbeitshöchstzeiten. Neu ist aber die erweiterte Dokumentationspflicht. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, die gesamte geleistete Arbeitszeit seiner Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Das erhöht den administrativen Aufwand und konterkariert die Arbeit auf Basis der Vertrauensarbeitszeit. Dies mag zum einen lästig und zum anderen auch seitens der Arbeitnehmer in solchen Fällen nicht gewünscht sein.

Eine Anpassung des Dokumentationsverhaltens ist aber dennoch zwingend. Denn ohne Anpassung der oftmals gelebten Praxis drohen ordnungsbehördliche Sanktionen mit massiven Bußgeldern. Bei ordnungsgemäßer Dokumentation ist besonders auf die Einhaltung auch der Höchstarbeitszeiten zu achten. Denn der Nachweis von Verstößen wird durch die nunmehr strengeren Dokumentationspflichten deutlich erleichtert.

## Und was ändert sich konkret für den Gesundheitssektor?

Was aber bedeutet die Entscheidung aus Luxemburg für den Gesundheitssektor, insbesondere für die Krankenhäuser, die ohnehin schon unter Personalmangel zu leiden haben und in denen händeringend versucht wird, trotzdem dem Patientenwohl gerecht zu werden?

Insbesondere im Gesundheitsbereich ist das Ende der Arbeitszeit v.a. aufgrund nicht absehbarer Notfälle nicht immer planbar. Erschwerend kommt ein gravierender Personalmangel hinzu, der der Gesundheitsbranche zunehmend zu schaffen macht. Die Leistung von (unbezahlten) Überstunden steht für viele Ärzte und Pflegekräfte auf der Tagesordnung. Eine engmaschige Arbeitszeiterfassung führt – so die Befürchtung – zu Problemen bei der Dienstplangestaltung wie auch der Bewältigung von Notfällen. Ob hier die Ursache in der Dokumentationspflicht oder nicht vielmehr in einem generellen Personalmangel liegt, sei dahingestellt.

Letzteres scheint die ärztliche Gewerkschaft Marburger Bund (MB) zu vertreten. Dieser bewertete die EuGH-Entscheidung positiv und MB-Chef Rudolf Henke fordert, dass sich der „*Umgang mit ärztlicher Arbeitszeit [...] grundlegend ändern*“ müsse. Der MB verhandelt seit Monaten mit der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände über einen neuen Tarifvertrag für Ärzte an kommunalen Krankenhäusern. Kern der Verhandlungen wird sicherlich auch die systematische Erfassung von Arbeitszeiten sein, um damit indirekt auch den Druck auf die Krankenhäuser zur Schaffung einer besseren personellen Ausstattung zu erhöhen.

Worauf ist aber konkret zu achten, wenn künftig Notfallpatienten behandelt werden müssen, die medizinischen und pflegerischen Kräfte aber bereits über den gesetzlichen Arbeitszeithöchstgrenzen liegen? Kann bzw. muss z. B. ein Operateur die Operation mit Verweis auf die Arbeitshöchstzeiten beenden oder wird die „pragmatische Lösung“ gesucht, wonach sich Ärzte und Pflegekräfte ausstempeln und trotz der Zeitüberschreitung weiterarbeiten? Bei einer solch gelebten Praxis riskieren die Häuser wegen der Verletzung von Arbeitsschutznormen jedenfalls massive Bußgelder.

Diese Probleme sind selbstverständlich nicht neu im Krankenhausalltag und das Arbeitszeitgesetz bietet insbesondere für Notfälle Ausnahmen. Solche Ausnahmen von den engmaschigen Dokumentationspflichten und Arbeitszeithöchstgrenzen sind auch laut des EuGH zulässig, „*wenn die Dauer der Arbeitszeit aufgrund der besonderen Merkmale der betreffen-*

*den Tätigkeit nicht gemessen und/oder vorgegeben wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann*“.

Dies bietet sicherlich eine ausreichende Rechtfertigung, um den besonderen Bedürfnissen im Krankenhausalltag nachzukommen. Allerdings darf dieser Ausnahmetatbestand nicht überspannt werden, indem er zu großzügig angewendet wird – und schlicht dauerhafte Personalengpässe damit ignoriert werden. Denn die EU-rechtlichen Vorgaben dürfen dadurch nicht unterlaufen werden. Notfälle gehören zum Krankenhausalltag und dürfen kein Einfallstor zur Überschreitung der Arbeitshöchstzeiten bilden. Der Arbeitgeber im Gesundheitswesen muss vielmehr Behandlungen, Operationen und Personal so planen und organisieren, dass die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes eingehalten werden.

Von zentraler Bedeutung ist es deshalb, Arbeitszeitmodelle zu entwickeln, die diese Bedürfnisse vereinen und nicht ausschließlich in der Einstellung von mehr Personal bestehen.

Zentral ist sicherlich, das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes Notfall sauber zu dokumentieren. Dabei sind aber auch datenschutzrechtliche Vorgaben einzuhalten. Der Patientennamen oder seine Chiffre sollten aus der arbeitszeitrechtlichen Dokumentation nicht ersichtlich sein, aber der Notfall abstrakt beschrieben sein. Dies führt aufgrund der bereits bestehenden ärztlichen Dokumentationspflicht auch nicht grundsätzlich zu einem administrativen Mehraufwand. Eine Anpassung der Weiterbildungskonzepte in der Facharztausbildung ist ebenfalls notwendig, um zugleich den Anforderungen des EuGH und dem Erreichen des Weiterbildungsziels in der in der Weiterbildungsordnung festgelegten Weiterbildungszeit zu ermöglichen.

Werden diese Stellschrauben genutzt, ist es sicher auch möglich, den Vorgaben des EuGH und des Arbeitszeitgesetzes zu genügen und gleichzeitig den Pflichten gegenüber den Patienten insb. bei Notfällen nachzukommen.

### → Autorinnen

Dr. Eva Maria K. Rütz, LL.M.  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Düsseldorf

Katharina Gorontzi, LL.M.  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Düsseldorf

■ WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN

## EuGH verlangt systematische Aufzeichnung der Arbeitszeit

Arbeitgeber sind nach EU-Recht verpflichtet, ein objektives, verlässliches und zugängliches System zur Erfassung der Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer einzurichten. Insbesondere in Bereichen, in denen bisher keine Erfassung der Arbeitszeit erfolgt ist, besteht Änderungsbedarf.

### ■ EuGH, Urteil vom 19. Mai 2019 – C-55/18

#### Der Fall

Im Ausgangsverfahren erhob die CCOO, eine spanische Gewerkschaft, eine Verbandsklage gegen die Deutsche Bank. Mit ihrer Klage beehrte sie die Feststellung, dass die Deutsche Bank nach Art. 35 Abs. 5 des spanischen Arbeitnehmerstatuts verpflichtet sei, ein System zur Erfassung der Arbeitszeit des bei ihr beschäftigten Personals einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden könne.

Der spanische Nationale Gerichtshof hatte Zweifel an der Vereinbarkeit der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichts zu Art. 35 Abs. 5 des Arbeitnehmerstatuts mit dem Unionsrecht und rief den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren an. Bisher sollte nämlich lediglich eine Aufstellung der von den Arbeitnehmern geleisteten Überstunden geführt werden.

Nach Ansicht des Nationalen Gerichtshofs sei dies nicht ausreichend. Das spanische Recht könne nicht gewährleisten, dass die speziell in der Richtlinie 2003/88 vorgesehenen Verpflichtungen hinsichtlich der Mindestruhezeiten und der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie die sich aus der Richtlinie 89/391 ergebenden Verpflichtungen in Bezug auf

die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit beachtet würden. Somit könne eine generelle Pflicht zur Erfassung der gesamten Arbeitszeit bestehen und nicht bloß der Überstunden. Daher fragte der Gerichtshof, ob es aufgrund der unionsrechtlich auferlegten Verpflichtungen erforderlich sei, ein entsprechendes System einzuführen, welches die tägliche effektive Arbeitszeit für Vollzeitarbeitnehmer erfasse.

#### Die Entscheidung

Der EuGH hat festgestellt, dass die Regelung eines Mitgliedstaats dem Unionsrecht entgegensteht, wenn sie nach ihrer Auslegung durch die nationalen Gerichte die Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.

Nach Art. 3 der Richtlinie 2003/88 haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von 11 zusammenhängenden Stunden gewährt wird. Ferner haben sie die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die wöchentliche Ruhezeit von 24 Stunden zuzüglich

der täglichen Ruhezeit von 11 Stunden sowie die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden bei einer durchschnittlichen Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum eingehalten werden (Art. 5 und 6 Buchstabe b). Zwar werde dadurch keine konkrete Maßnahme festgelegt, doch sei es nur mithilfe einer systematischen Arbeitszeiterfassung möglich, die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit objektiv und verlässlich zu messen. Nur so könne die tatsächliche Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit sowie der täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten sichergestellt werden. Sonst würden die Mindestvorschriften der Richtlinie 2003/88, die auf Ebene der Europäischen Union zur Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bezwecken sollen, ausgehöhlt werden. Die Mitgliedstaaten müssten daher zur Gewährleistung der vollen Wirksamkeit der Richtlinie die Beachtung dieser Mindestruhezeiten umsetzen und jede Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit verhindern.

Zudem setze die Einstufung als „Überstunden“ auch voraus, dass die Dauer der von dem jeweiligen Arbeitnehmer geleisteten Arbeitszeit überhaupt bekannt ist und somit zuvor gemessen wurde.

Eine Erfassung und Dokumentation der Arbeitszeiten erleichtere es Arbeitnehmern, ihre Rechte mithilfe des entsprechenden Nachweises durchzusetzen. Auch Behörden und Arbeitnehmervertretungen würde erst so die Möglichkeit eingeräumt, sich einen Überblick über die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit zu verschaffen.

Letztlich solle es den Mitgliedstaaten im Rahmen des ihnen insoweit eröffneten Spielraums obliegen, die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Systems, insbesondere dessen Form, festzulegen. Diese Festlegung könne auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs und der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, wie etwa ihrer Größe, erfolgen.

## Unser Kommentar

Die Mitgliedstaaten werden durch die Entscheidung dazu verpflichtet, die Modalitäten für ein objektives, verlässliches und zugängliches Arbeitszeiterfassungssystem zu schaffen, welches jeden Arbeitgeber zur Erfassung der tatsächlichen Arbeitszeit anhalten soll. Wie die Modalitäten konkret auszusehen haben, hat der EuGH hingegen offen gelassen und die Gestaltung in das Ermessen der Mitgliedstaaten gelegt. In Betracht kommt nach den Ausführungen des EuGH insbesondere ein technisches Erfassungssystem.

Zwar müssen die Anforderungen hinsichtlich der Höchstarbeitszeit oder der Ruhezeiten durch die Mitgliedstaaten nicht verschärft werden, wenn sie sich – wie in Deutschland – bereits im Einklang mit der Richtlinie befinden, doch bedarf es auch im deutschen Recht einer Änderung. Ähnlich wie im spanischen Recht besteht nach § 16 Abs. 2 S.1 ArbZG eine Regelung, wonach der Arbeitgeber lediglich zur Aufzeichnung der über die werktägliche Arbeitszeit von 8 Stunden hin-



ausgehenden Arbeitszeit verpflichtet ist und damit nur Überstunden zu dokumentieren sind.

Nach § 17 MiLoG sind bereits heute einige Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitszeit zu erfassen, soweit Arbeitnehmer geringfügig beschäftigt werden oder in einem der in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftsbereiche oder Wirtschaftszweige tätig sind.

Problematisch ist die Entscheidung hinsichtlich der Vertrauensarbeitszeit, bei der Beschäftigte ihre geschuldete Arbeitszeit selbst organisieren. Diese steht nach fast einhelliger Ansicht in der bisher praktizierten Form regelmäßig nicht im Einklang mit Unionsrecht, da durch den Arbeitgeber zwingend eine Arbeitszeiterfassung zu erfolgen hat, nicht wie bisher nur eine Kontrolle der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten.

Zu der Frage, ob nach dem Urteil unmittelbar Handlungsbedarf für den Arbeitgeber besteht oder ob eine gesetzliche Neuregelung abgewartet werden darf, werden derzeit höchst unterschiedliche Auffassungen vertreten. Die Diskussion wird vor dem Hintergrund geführt, dass die Richtlinien keine konkreten Vorgaben hinsichtlich einer Arbeitszeiterfassung enthalten. Das Urteil des EuGH trifft auch keine Aussage zu einer möglichen Horizontalwirkung des Art. 31 Abs. 2 der

Charta der Grundrechte in der Europäischen Union im Hinblick auf dessen arbeitszeitrechtlichen Gewährleistungsgehalt. Dass ein Arbeitsgericht oder eine Behörde zu dem Ergebnis kommt, dass den Anforderungen des Urteils des EuGH vom 14. Mai 2019 bereits jetzt durch eine richtlinienkonforme Auslegung dergestalt Rechnung getragen werden kann, dass Arbeitgeber zur Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems verpflichtet sind, ist unwahrscheinlich, da § 16 Abs. 2 ArbZG die Aufzeichnungspflicht ausdrücklich auf die werktägliche über acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit beschränkt. Ein Risiko ergibt sich jedoch mittelbar, wenn der Arbeitnehmer Nachteile dadurch erleidet, dass eine Aufzeichnung der Arbeitszeit nicht erfolgt, z.B. im Hinblick auf die Darlegung von Überstunden. In diesem Fall muss damit gerechnet werden, dass ein Gericht im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung der bestehenden gesetzlichen Regelungen dem Arbeitgeber künftig das Risiko einer fehlenden Dokumentation der Arbeitszeit auferlegt, z.B. durch Beweiserleichterungen zugunsten des Arbeitnehmers. Mittelbar ergibt sich daraus bereits jetzt Handlungsbedarf für den Arbeitgeber.

→ Autorin

Martina Ziffels  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg

# Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitkräfte

Eine tarifliche Bestimmung, nach der ein Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge erst besteht, wenn die für eine Vollzeittätigkeit maßgebliche Stundenzahl überschritten wird, verstößt gegen § 4 Abs. 1 TzBfG.

■ BAG, Urteil vom 19. Dezember 2018 – 10 AZR 231/18

## Der Fall

Die Klägerin ist bei der Beklagten als stellvertretende Filialleiterin in Teilzeit tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für die Systemgastronomie Anwendung. Dieser regelt u.a. Mehrarbeitszuschläge und sieht – wie im Fall der Klägerin – die Möglichkeit einer einzelvertraglichen Vereinbarung einer Jahresarbeitszeit vor. Nach den Regelungen des Manteltarifvertrags ist Mehrarbeit bei einer festgelegten Jahresarbeitszeit die Arbeitsleistung, die vom Arbeitgeber angeordnet, gebilligt oder geduldet wurde und die am Ende des Zwölfmonatszeitraums über die vereinbarte Jahreszeit hinausgeht. Bei Teilzeitkräften liegt Mehrarbeit gemäß den tariflichen Regelungen einschränkend nur bei derjenigen Arbeitszeit vor, die über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit einer Vollzeittätigkeit hinausgeht.

Den nach Ablauf des Zwölfmonatszeitraums bestehenden Zeitsaldo der Klägerin vergütete die Beklagte mit der Grundvergütung. Hingegen gewährte sie ihr keine Zuschläge für die Arbeitszeit, die die Klägerin über die vereinbarte Jahresarbeitszeit hinaus geleistet hat. Die Beklagte begründete dies damit, die Klägerin habe die Arbeitszeit einer Vollzeitkraft nicht überschritten und damit keine Mehrarbeit i.S.d. Tarifvertrages geleistet.

Die Klägerin verlangt nunmehr von der Beklagten Mehrarbeitszuschläge für die Arbeitsleistung, die sie über ihre einzelvertraglich vereinbarte Jahresarbeitszeit hinaus erbracht hat. Die Vorinstanzen haben der Klage überwiegend stattgegeben.

## Die Entscheidung

Die Revision der Beklagten hatte mit Blick auf die Mehrarbeitszuschläge keinen Erfolg. Das BAG gab der Klägerin Recht. Nach Ansicht des BAG ist der Mehrarbeitszuschlag für diejenige Arbeitszeit zu zahlen, die über die jeweils individuell festgelegte Arbeitszeit hinausgeht. Dies ergebe die Auslegung des Tarifvertrages.

Es liege eine unzulässige Diskriminierung von Teilzeitkräften gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG vor, wenn die Tarifvertragsparteien ei-

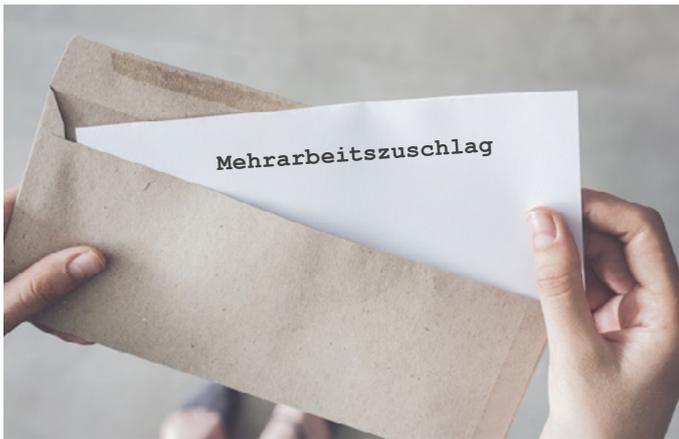
nen Zuschlag erst bei Überschreiten der Jahresarbeitszeit für Vollzeitkräfte vorgesehen hätten. Teilzeitbeschäftigte dürften ohne sachlichen Grund nicht schlechter als vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer behandelt werden. Das Arbeitsentgelt sei Teilzeitkräften mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil ihrer Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspreche. Damit seien die einzelnen Entgeltbestandteile und nicht die Gesamtvergütung zu vergleichen.

## Unser Kommentar

Mit seiner Entscheidung gibt der Zehnte Senat des BAG seine gegenläufige Ansicht auf (BAG, Urteil vom 26. April 2017 – 10 AZR 589/15) und schließt sich der Auffassung des Sechsten Senats an (BAG, Urteil vom 23. März 2017 – 6 AZR 161/17).

Bislang hielt es der Zehnte Senat im Einklang mit der ursprünglichen Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1994 – C 399/92) für zulässig, Mehrarbeitszuschläge erst dann an Teilzeitbeschäftigte zu zahlen, wenn sie die Arbeitszeit für Vollzeitbeschäftigte überschritten (zuletzt BAG, Urteil vom 26. April 2017 – 10 AZR 589/15). Der Senat begründete seine Auffassung damit, dass der Mehrarbeitszuschlag die grundsätzlich zu vermeidende Arbeitsbelastung durch ein zusätzliches Entgelt ausgleichen soll. Eine quartalsbezogene Betrachtung und Ausgleichsmöglichkeit mache deutlich, dass nicht der Schutz des individuellen Freizeitbereichs bezweckt werde.

Demgegenüber entschied der Sechste Senat des BAG (BAG, Urteil vom 23. März 2017 – 6 AZR 161/16) zuletzt, dass einem Teilzeitbeschäftigten Mehrarbeitszuschläge bereits bei Überschreitung der individuell vereinbarten Arbeitszeit zustünden. Mit einem Überstundenzuschlag werde allein der Umstand belohnt, dass Arbeitnehmer ohne Freizeitausgleich mehr als vertraglich geschuldet arbeiteten und dadurch planwidrig die Möglichkeit einbüßten, über ihre Freizeit zu verfügen. Dies betreffe jedoch Vollzeitbeschäftigte wie Teilzeitbeschäftigte gleichermaßen. Der Sechste Senat berief sich bei seiner Entscheidung u.a. auf die „Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit“ im Anhang der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember



## Kürzung des Urlaubsanspruchs wegen Elternzeit

§ 17 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG), der die Kürzung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs vorsieht, steht im Einklang mit dem Unionsrecht. Erforderlich für die rechtmäßige Kürzung des Erholungsurlaubs ist jedoch eine empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer.

■ BAG, Urteil vom 19. März 2019 – 9 AZR 362/18

1997. Zudem habe sich der EuGH inzwischen von seiner früheren Betrachtung der Entgeltgleichheitsregeln gelöst (EuGH, Urteil vom 27. Mai 2004 – C-285/02 Elsner-Lakeberg), sodass der Entgeltbestandteil des Überstundenzuschlags isoliert zu betrachten sei. Dieser Ansicht hat sich nun richtigerweise der Zehnte Senat angeschlossen.

Die erfolgte Klarstellung des BAG hat nicht nur Auswirkungen auf Tarifverträge, sondern erstreckt sich aufgrund des Verweises auf § 4 Abs. 1 TzBfG gleichwohl auch auf betriebliche und arbeitsvertragliche Ansprüche auf Mehrarbeitszuschläge. Darüber hinaus lässt sich – auch wenn der Fall vorliegend eine vereinbarte Jahresvergütung betrifft – die Begründung des BAG in gleicher Weise auf die Festlegung einer Tages-, Wochen-, oder Monatsarbeitszeit übertragen. Arbeitgeber müssen daher überprüfen, wie sie die Mehrarbeit ihrer Teilzeitbeschäftigten vergüten. Insbesondere die Arbeitgeber, die ihren Teilzeitbeschäftigten Mehrarbeitszuschläge erst bei Überschreiten der Arbeitszeit einer Vollzeittätigkeit bezahlen, werden den Teilzeitbeschäftigten in Zukunft auch Zuschläge bereits ab der ersten Arbeitsstunde, die diese über ihre individuell vereinbarte Arbeitszeit hinaus leisten, bezahlen müssen.

Wer als Arbeitgeber bei grundsätzlich bestehender Anspruchsgrundlage die Zahlung von Mehrarbeitszuschlägen bei teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern insgesamt vermeiden möchte, sollte den Anfall von Mehrarbeit kontrollieren. Hierfür bietet sich – sofern noch nicht vorhanden – das Führen von Arbeitszeitkonten mit den entsprechenden Vereinbarungen, wie z.B. der Vereinbarung einer maximalen Anzahl an möglichen aufzubauenden Mehrarbeitsstunden an. Darüber hinaus kommt auch eine individualrechtliche Abgeltung der Mehrarbeitsstunden nach den Grundsätzen des BAG in Betracht.

→ Autorin

Johanna Schobeß  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Leipzig

### Der Fall

Die Klägerin war bei der Beklagten seit dem 1. Juni 2001 als Assistentin der Geschäftsleitung beschäftigt und befand sich unter anderem vom 1. Januar 2013 bis zum 15. Dezember 2015 durchgehend in Elternzeit. Mit Schreiben vom 23. März 2016 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zum 30. Juni 2016 und beantragte - unter Einbeziehung der während der Elternzeit entstandenen Urlaubsansprüche - ihr für den Zeitraum der Kündigungsfrist Urlaub zu gewähren.

Mit Schreiben vom 4. April 2016 erteilte die Beklagte der Klägerin vom 4. April bis zum 2. Mai 2016 Urlaub. Die Gewährung des auf die Elternzeit entfallenden Urlaubs lehnte sie darin jedoch ab. Die Klägerin hat mit ihrer Klage zuletzt noch die Abgeltung von 89,5 Arbeitstagen Urlaub aus dem Zeitraum ihrer Elternzeit geltend gemacht. Als Begründung führte sie an, § 17 BEEG verstoße gegen europarechtliche Vorgaben. Da § 17 Abs. 1 BEEG gegen Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2003/88/EG (Arbeitszeit-Richtlinie) verstoße, sei das deutsche Recht nicht anzuwenden, und zwar unabhängig davon, ob die entscheidungserhebliche Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorab zur Entscheidung vorgelegt oder das Bundesverfassungsgericht die Bestimmung für verfassungswidrig erklärte habe. Die Vorinstanzen (Arbeitsgericht Detmold, Landesarbeitsgericht Hamm) haben die Klage abgewiesen.

### Die Entscheidung

Die zugelassene Revision der Klägerin hatte vor dem 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) keinen Erfolg.



Nach Auffassung des BAG habe die Beklagte die Urlaubsansprüche der Klägerin aus den Jahren 2013 bis 2015 mit Schreiben vom 4. April 2016 wirksam gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel gekürzt.

Möchte der Arbeitgeber von seiner ihm durch § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG eingeräumten Befugnis Gebrauch machen, den Erholungsurlaub für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel zu kürzen, müsse er eine darauf gerichtete empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben. Dazu sei es ausreichend, dass für den Arbeitnehmer erkennbar sei, dass der Arbeitgeber von der Kürzungsmöglichkeit Gebrauch machen will. Das BAG stellt in diesem Zusammenhang ausdrücklich klar, dass die Kürzungsmöglichkeit auch den übergesetzlichen Urlaub erfasst. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Arbeitsvertragsparteien für den vertraglichen Mehrurlaub eine von § 17 Abs. 1 BEEG abweichende Regelung vereinbart haben, worin eine Kürzungsmöglichkeit für den vertraglichen Mehrurlaub ausgeschlossen oder im Vergleich zu § 17 Abs. 1 BEEG eingeschränkt ist.

Das BAG führt weiterhin aus, dass die in § 17 Abs. 1 BEEG vorgesehene Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs weder gegen Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeit-Richtlinie noch gegen § 5 Nr. 2

der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der RL 2010/18/EU verstoße. Das Unionsrecht verlange nach der Rechtsprechung des EuGH nicht, Arbeitnehmer, die wegen Elternzeit im Bezugszeitraum nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet waren, Arbeitnehmern gleichzustellen, die in diesem Zeitraum tatsächlich gearbeitet haben.

### Unser Kommentar

Der vertragliche bzw. gesetzliche Urlaubsanspruch entsteht grundsätzlich auch während der Elternzeit, obwohl das Arbeitsverhältnis in dieser Zeit ruht. Gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG kann der Arbeitgeber „den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen“. Das Gesetz verdeutlicht mit dieser Formulierung, dass der Arbeitgeber einseitig entscheiden kann, aber auch muss, ob er von der ihm gesetzliche eingeräumten Kürzungsmöglichkeit Gebrauch machen möchte oder nicht. Wie das BAG in seiner neuesten Entscheidung ausdrücklich klargestellt hat, ist hierfür lediglich eine empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung erforderlich, um den Anspruch auf Erholungsurlaub herabzusetzen. Diese Erklärung kann, wie vorliegend, auch nach dem Zeitraum der Elternzeit erfolgen und muss dem Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin nicht vorab zugehen.

In den vergangenen Jahren war umstritten, ob die Kürzungsmöglichkeit möglicherweise gegen Art. 7 Abs.1 Arbeitszeit-Richtlinie verstößt. Denn diese Vorschrift garantiert Arbeitnehmern europaweit einen vierwöchigen Mindesturlaub pro Jahr, und zwar unabhängig von ihrer tatsächlichen Arbeitsleistung im Urlaubsjahr. Mittlerweile hat der EuGH diese Debatte im Oktober 2018 zugunsten der Arbeitgeberseite entschieden (EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2018, C-12/17). In dieser aktuellen Grundsatzentscheidung hatte der EuGH klargestellt, dass es nicht gegen Art. 7 der Arbeitszeit-Richtlinie verstößt, wenn das Recht eines EU-Mitgliedsstaates vorsieht, dass ein Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin während eines Elternurlaubs keine Urlaubsansprüche erwirbt. Nach der hier vertretenen Auffassung des EuGH ist es europarechtskonform, bei der Berechnung von Urlaubsansprüchen ausschließlich Zeiträume zu berücksichtigen, in denen tatsächlich gearbeitet wurde.

Mit der vorliegenden Entscheidung beseitigt das BAG eine jahrelange rechtliche Unsicherheit, die mit der Anwendung von § 17 Abs.1 Satz 1 BEEG verbunden war, was zu einer lange erwarteten Planungssicherheit auf Seiten der Arbeitgeber führt.

Die abzugebende Kürzungserklärung des Arbeitgebers sollte dem Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin in jedem Fall vor der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugehen, da § 17 Abs. 1 BEEG keine Anwendung auf Urlaubsabgeltungsansprüche findet, was das BAG bereits in einem vorangegangenen Urteil im Jahr 2015 klargestellt hatte (BAG, Urteil vom 19. Mai 2015 – 9 AZR 725/13).

#### → Autorin

Bettina Partzsch, LL.M. (Melbourne)  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Düsseldorf

# Zeiten unbezahlten Sonderurlaubs bleiben bei der Berechnung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs unberücksichtigt

In Abänderung der bisherigen Rechtsprechung hat das BAG nunmehr ausdrücklich entschieden, dass der Arbeitnehmer auch keinen Anspruch auf gesetzlichen Erholungsurlaub erwirbt, wenn er wegen eines vertraglich vereinbarten Sonderurlaubs in einem Kalenderjahr durchgehend nicht arbeitet.

■ BAG, Urteil vom 19. März 2019 – 9 AZR 315/17 (Pressemitteilung)

## Zum Fall

Die Klägerin war bei der beklagten Stadt seit dem 1. Juli 1991 beschäftigt, zunächst in Vollzeit, später in Teilzeit mit unterschiedlichen Wochenarbeitszeiten. Im Verlauf des Beschäftigungsverhältnisses gewährte die Beklagte der Klägerin antragsgemäß zwei Jahre unbezahlten Sonderurlaub. Nachdem die Klägerin zunächst nur für den Zeitraum vom 1. September 2013 bis zum 31. August 2014 unbezahlten Sonderurlaub beantragt hatte, wurde dieser auf weiteren Antrag der Klägerin bis zum 31. August 2015 verlängert.

Nach ihrer Rückkehr aus dem Sonderurlaub wandte sich die Klägerin an die Beklagte und begehrte zunächst die Gewährung des ihr nach ihrer Auffassung zustehenden tariflichen Urlaubsanspruchs in Höhe von 30 Tagen für die Kalenderjahre 2013 bis 2015, für das Jahr 2013 jedoch abzüglich bereits genommener 16 Urlaubstage.

Mit Schreiben vom 24. November 2015 lehnte die Beklagte die Erfüllung der Ansprüche ab. Sie vertrat die Auffassung, dass die Urlaubsansprüche verfallen seien. Mit Schriftsatz vom 24. Dezember 2015 machte die Klägerin die Urlaubsansprüche daraufhin klageweise geltend.

Das ArbG hat die Klage unter anderem mit der Begründung abgewiesen, dass

nach ihrer Auffassung zwar auch während des Sonderurlaubs Urlaubsansprüche weiterhin bestehen würden und entstehen könnten. Diese seien vorliegend jedoch entweder erfüllt oder untergegangen. Jedenfalls sei nämlich der Urlaubsanspruch während des Sonderurlaubs auf den gesetzlichen Mindesturlaub zu kürzen.

Die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin hatte teilweise Erfolg. Das LAG verurteilte die Beklagte zur Gewährung von 20 Urlaubstagen für das Jahr 2014. Dies mit der Begründung, dass jedenfalls der gesetzliche Urlaubsanspruch bestehen bleibe und vorliegend auch nicht ha-  
be verfallen können.

## Die Entscheidung

Die Revision der Beklagten vor dem BAG hatte Erfolg. Nach Auffassung des 9. Senats hat die Klägerin auch für das Jahr 2014 keinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub.

In der bisher allein vorliegenden Pressemitteilung stellt das BAG bereits klar, dass Arbeitnehmer, die sich in einem Kalenderjahr durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befinden, mangels Verpflichtung zur Arbeitsleistung, keinen Anspruch auf Erholungsurlaub haben. Bei der Berechnung der Urlaubsdauer sei zu berücksichtigen, dass die Arbeits-

vertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von unbezahltem Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt haben. Insoweit weist das BAG ausdrücklich darauf hin, dass es nicht mehr an seine bisherige Rechtsprechung zum Urlaubsanspruch bei unbezahltem Sonderurlaub festhält.

## Unser Kommentar

Wie vom BAG in seiner Pressemitteilung selbst angeführt, vertrat es bis zuletzt die Auffassung, dass die Vereinbarung einer unbezahlten Freistellung wegen Sonderurlaubs jedenfalls auf die Entstehung von gesetzlichen Urlaubsansprüchen nach dem Bundesurlaubsgesetz grundsätzlich keine Auswirkung habe. So heißt es in der vom BAG zitierten Entscheidung ausdrücklich (vgl. Urteil vom 6. Mai 2014 – 9 AZR 678/12):

*„Für das Entstehen des Urlaubsanspruchs ist nach dem Bundesurlaubsgesetz allein das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses Voraussetzung. Der Urlaubsanspruch nach den §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG steht nicht unter der Bedingung, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum eine Arbeitsleistung erbracht hat. [...]*

*Der Umstand, dass das Ruhen des Arbeitsverhältnisses [...] vereinbart*

*wurde, gebietet keine andere Beurteilung [...]. Sowohl der Umfang des Mindesturlaubsanspruchs als auch die Definition des Geltungsbereichs des Bundesurlaubsgesetzes sind gemäß § 13 Abs. 1 BUrlG der Disposition der Arbeitsvertragsparteien entzogen.“*

Auch wenn zunächst abzuwarten bleibt, wie das BAG seinen Kurswechsel beim unbezahlten Sonderurlaub begründen wird, ist dieser zunächst zu begrüßen, da das Ergebnis dem eigentlichen Sinn und Zweck von Urlaub Rechnung trägt. Sinn und Zweck des gesetzlichen Urlaubsanspruchs ist nämlich, die Erholung des Arbeitnehmers von geleisteter Arbeit. Während eines Sonderurlaubes erbringt der Arbeitnehmer jedoch gar keine Arbeitsleistung, sodass ein Anspruch auf Gewährung der Urlaubstage auch nicht erforderlich ist.

Es deutet sich zudem an, dass dies nicht der einzige Kurswechsel im Urlaubsrecht bleiben wird, sondern lediglich der Beginn eines Umbruchs in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Erholungsurlaub sein könnte. So hat der 9. Senat am selben Tage nämlich ebenfalls entschieden, dass der Arbeitgeber (ebenfalls) in zulässiger Weise den gesetzlichen Urlaubsanspruch im Zeitraum der Elternzeit kürzen dürfe, gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG. Es bleibt daher abzuwarten, inwieweit das BAG seine Ansichten zum Urlaub noch weiter überdenken wird.

→ Autorin

Nina Stephan  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Essen

## Keine Rückzahlung von Ausbildungskosten bei Eigenkündigung aus unverschuldeten personenbedingten Gründen

Klauseln, die den Arbeitnehmer im Falle einer Eigenkündigung aus unverschuldeten personenbedingten Gründen zur Rückzahlung von Fortbildungskosten verpflichten, können unwirksam sein.

■ BAG, Urteil vom 11. Dezember 2018 – 9 AZR 383/18

### Der Fall

Die klagende Fluggesellschaft beschäftigte den Beklagten als Verkehrspiloten. Zur Aufrechterhaltung seines Type Ratings (Musterberechtigung für bestimmte Flugzeuge) ist er gesetzlich zu jährlichen Fortbildungen verpflichtet. Die Parteien schlossen eine Fortbildungsvereinbarung, nach der sich der Beklagte zur Rückzahlung der von der Klägerin übernommenen Fortbildungskosten verpflichtete, wenn das Arbeitsverhältnis binnen sechs Monaten nach der Fortbildung aus einem nicht von der Klägerin (mit)veranlassten Grund beendet wird. Der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien enthielt darüber hinaus den Passus, dass das Arbeitsverhältnis bei Wegfall der medizinischen Tauglichkeit unter Suspendierung der Leistungspflichten ruhend gestellt wird. Nachdem der Beklagte die Fortbildung absolviert hatte, kündigte er binnen des Rückzahlungszeitraums. Die Klägerin nahm ihn daraufhin auf Rückzahlung der Fortbildungskosten in Anspruch.

### Die Entscheidung

Die Revision gegen die klageabweisenden Urteile der Vorinstanzen hatte keinen Erfolg. Ein Rückzahlungsanspruch

der Fluggesellschaft besteht nicht. Die als allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizierende Klausel benachteiligt den Beklagten in Zusammenschau mit der Ruhendstellung des Arbeitsverhältnisses bei Fortfall der medizinischen Tauglichkeit unangemessen, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Zwar differenzieren die Rückzahlungsbedingungen nach dem Grund des Ausscheidens des Beklagten. Nach den Regelungen in der Fortbildungsvereinbarung entsteht die Rückzahlungsverpflichtung nur dann nicht, wenn das Arbeitsverhältnis aus einem von der Klägerin (mit)veranlassten Grund endet. Der Beklagte hat es damit aber im Falle einer unverschuldeten personenbedingten Eigenkündigung – das BAG hat hier die krankheitsbedingte Kündigung des Arbeitnehmers im Blick – nicht in der Hand, durch eigene Betriebstreue die Rückzahlungspflicht nicht zur Entstehung gelangen zu lassen. Da die AGB-Kontrolle abstrakt-generell erfolgt, kam es darauf, ob der Beklagte tatsächlich aus unverschuldeten personenbedingten Gründen gekündigt hat, nicht an. Die §§ 305 ff. BGB missbilligen bereits das Stellen derartiger Vertragsbedingungen, nicht erst deren konkreten Gebrauch.



## Unser Kommentar

Mit der Entscheidung setzt das BAG seine Rechtsprechung zur Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten konsequent fort.

Rückzahlungsklauseln sind in aller Regel als AGB zu qualifizieren und dementsprechend an den § 305 ff. BGB zu messen. Rückzahlungsklauseln dürfen den Arbeitnehmer gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht unangemessen benachteiligen. Der Arbeitnehmer darf deshalb durch Rückzahlungsklauseln – bei einer typisierenden Betrachtungsweise – insbesondere nicht in seiner grundrechtlich geschützten arbeitsplatzbezogenen Berufswahlfreiheit beeinträchtigt werden.

Dementsprechend ist bei der Bindungsdauer von Rückzahlungsklauseln nach der Dauer der Fortbildung und dem Wert des durch sie erlangten Vorteils zu differenzieren: Je länger und je wertiger die Fortbildung für den Arbeitnehmer ist, desto länger darf die Bindungsdauer der Klausel ausfallen (vgl. etwa BAG, Urteil vom 11. April 1984 – 5 AZR 430/82; 14. Januar 2009 – 3 AZR 900/07). Ferner muss sich der etwaige Rückzahlungsbetrag während der Bindungsdauer rätierlich mindern, da der Arbeitgeber während des bestehenden Arbeitsver-

hältnisses aus der Fortbildung des Arbeitnehmers Nutzen zieht (BAG, Urteil vom 23. April 1987 – 5 AZR 159/85).

Schließlich muss es der Arbeitnehmer in der Hand haben, durch eigene Betriebstreue das Entstehen der Rückzahlungsverpflichtung zu verhindern.

Fortbildungsvereinbarungen müssen somit hinsichtlich des die Rückzahlungsverpflichtung auslösenden Beendigungstatbestandes differenzieren. Sie müssen so gestaltet sein, dass sie keine Rückzahlungsverpflichtung auslösen, wenn der Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ausschließlich in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt. Denn grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das Rentabilitätsrisiko, dass sich die Investition in den Arbeitnehmer nicht auszahlt (BAG, Urteil vom 18. März 2014 – 9 AZR 545/12).

Auch bei der Eigenkündigung des Arbeitnehmers ist dementsprechend zu differenzieren: Hat der Arbeitgeber die Kündigung zumindest mitveranlasst, rührt der Umstand der Kündigung nicht allein aus der Sphäre des Arbeitnehmers her. Diese Fälle müssen deshalb ausdrücklich von dem Anwendungsbereich der Klausel ausgeschlossen werden (BAG, Urteil vom 28. Mai 2013 – 3 AZR 103/12).

Gleiches gilt für die nun erstmals höchstrichterlich entschiedene Konstellation der personenbedingten Eigenkündigung aufgrund des unverschuldeten Wegfalls der medizinischen Tauglichkeit, wenn für diesen Fall zugleich das Ruhen der arbeitsvertraglichen Leistungspflichten angeordnet wird. Denn konnte der Arbeitnehmer die zum Wegfall der medizinischen Tauglichkeit führenden Umstände nicht steuern, ist dies dem Rentabilitätsrisiko des Arbeitgebers zuzuordnen. Eine derartige personenbedingte Kündigung darf die Rückzahlungsverpflichtung deshalb nicht auslösen, sondern muss ausdrücklich von dem Anwendungsbereich der Klausel ausgenommen werden.

Ob das BAG den Fall ebenso entschieden hätte, wenn in der Vertragsklausel zu dem unverschuldeten personenbedingten Kündigungsgrund nicht zugleich auch das Ruhen des Arbeitsverhältnisses hinzugetreten wäre, ist nicht eindeutig. Zumindest im amtlichen Leitsatz fehlt der Hinweis, dass Rückzahlungsklauseln nur in solchen Kopplungsfällen unwirksam sind.

### → Autor

Joschka Gommers  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Hamburg

# Nachträgliche Beteiligung des Betriebsrates bei Einstellung

## Keine Zustimmungsfiktion bei nachträglicher Anhörung des Betriebsrates zu einer personellen Einzelmaßnahme

■ BAG, Urteil vom 21. November 2018 – 7 ABR 16/17

### Der Fall

Die Beteiligten streiten über die Aufhebung einer Einstellung. Der Betriebsrat begehrte mit Antrag vom Januar 2016 beim Arbeitsgericht die Aufhebung der Einstellung eines Arbeitnehmers nach § 101 BetrVG. Die Beklagte, ein Unternehmen mit mehreren Betrieben bundesweit, hatte zum 1. Oktober 2015 einen „Branch Manager“ eingestellt. Hierbei erfolgte lediglich eine Unterrichtung des Betriebsrates nach § 105 BetrVG. Die Beklagte ging davon aus, es handle sich bei der neu besetzten Stelle um die Position eines leitenden Angestellten im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG. Im Februar 2016 nach der Güteverhandlung im gegenwärtigen Verfahren unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat vorsorglich über die Einstellung des „Branch Managers“ und ersuchte ihn rückwirkend um Zustimmung gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG. Im Unterrichtungsschreiben teilte die Beklagte Arbeitgeberin mit, dass sie an ihrer Rechtsauffassung, der „Branch Manager“ sei leitender Angestellter, festhalte. Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung zu der Einstellung mit der Begründung eine nachträgliche Unterrichtung zu einer schon umgesetzten Maßnahme sei nicht rechtzeitig und nicht ordnungsgemäß. Der Betriebsrat meinte, dass die Arbeitgeberin die Einstellung zunächst hätte aufheben müssen, bevor der Betriebsrat um Zustimmung nach § 99 BetrVG ersucht wird. Die Beklagte war der Ansicht der Betriebsrat habe der Einstellung mangels Begründung nicht ordnungsgemäß widersprochen. Aus Sicht der Beklagten galt die Zustimmung des Betriebsrats daher als erteilt, § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG. In einem Parallelverfahren wurde auf Antrag des Betriebsrats durch rechtskräftigen Beschluss des ArbG Essen festgestellt, dass der „Branch Manager“ kein leitender Angestellter im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG ist.

### Die Entscheidung

Das BAG gab der Rechtsbeschwerde des Betriebsrates gegen den antragsabweisenden Beschluss des Landesarbeitsgerichts statt. Das BAG stellte fest, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Einstellung des „Branch Managers“ wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrates aufzuheben. Das BAG unter-

streicht, dass das Landesarbeitsgericht zu Unrecht angenommen habe, dass die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des „Branch Managers“ nach § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG als erteilt gelte. Die Zustimmungsfiktion greife nicht ein, auch wenn der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung nicht in beachtlicher Weise begründet hatte.

Das BAG hob hervor, dass Arbeitgeber nicht verpflichtet sind, Einstellungen nach § 101 BetrVG grundsätzlich aufzuheben, nur wenn mangels Angabe von beachtlichen Gründen die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 BetrVG greift oder die Zustimmungsverweigerung nicht frist- und formgerecht mitgeteilt wird. Aus Sicht des BAG kann die Zustimmungsfiktion jedoch nur greifen, wenn ihre Voraussetzungen im Rahmen einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrates gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG vor einer Einstellung gegeben sind. Wird das Zustimmungsverfahren erst nach der Einstellung oder zu einem Zeitpunkt eingeleitet, in dem schon eine abschließende und endgültige Entscheidung bereits getroffen wurde, entspricht dies nicht den Anforderungen des § 99 Abs. 1 BetrVG. In einem solchen Zustimmungsverfahren kann deshalb auch keine Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 BetrVG eingreifen. Das BAG stellt klar, dass eine Zustimmungsverweigerung nicht ihre Wirkung dadurch verliert, dass der Arbeitgeber ein neues Zustimmungersuchen beim Betriebsrat einreicht. Der Arbeitgeber kann mehrere Zustimmungersetzungsverfahren nacheinander oder gleichzeitig anhängig machen.

Das BAG machte jedoch deutlich, dass jedes Zustimmungersuchen jeweils die Einleitung eines neuen Besetzungsvorgangs voraussetzt. Will der Arbeitgeber eine versäumte Zustimmung ersetzen, ist dies erst möglich, wenn die bisher betriebsverfassungswidrig umgesetzte personelle Maßnahme aufgehoben wurde.

### Unser Kommentar

In seiner Entscheidung hebt das BAG zum einen nochmals den Wortlaut des § 99 Abs. 1 BetrVG hervor und erinnert, dass die Zustimmung des Betriebsrates stets vor einer personellen Ein-

zelmaßnahme einzuholen ist. Zum anderen zeigt es Arbeitgebern auch einen Weg auf, wie sie in Zweifelfällen betriebsverfassungskonform agieren und betriebsverfassungswidrige Zustände wieder beheben können: Solange noch keine abschließende und endgültige Entscheidung getroffen wurde, die personelle Maßnahme also noch nicht umgesetzt worden ist, steht einem (erneuten) Zustimmungersuchen aus Sicht des BAG nichts entgegen. Hat der Arbeitgeber die personelle Maßnahme allerdings schon umgesetzt und die Person beispielsweise schon eingestellt, hat der Arbeitgeber aus Sicht des BAG erst den betriebsverfassungswidrigen Zustand zu beseitigen und die personelle Maßnahme aufzuheben, bevor er ein neues Besetzungsverfahren einleitet.

Die strengen Anforderungen des BAG an ein Nachholen des Zustimmungsverfahrens unter Aufhebung der vorherigen Entscheidung leuchten ein, wenn entsprechend des gesetzlichen Leitgedankens, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG nicht auf ein bloßes Einspruchsrecht reduziert werden soll. Mit dem Antrag nach § 101 BetrVG sieht das Betriebsverfassungsgesetz für den Betriebsrat ein Mittel vor, das gewährleisten sollte, dass Arbeitgeber auch künftig die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats achten.

Die Entscheidung des BAG schafft für Arbeitgeber Klarheit im Hinblick auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei personellen Maßnahmen. Allein lässt das BAG allerdings die Arbeitgeber bei der Auslegung des Begriffs der „Aufhebung“ einer personellen Maßnahme. Unklar ist weiter, wie die Aufhebung der zustimmungslos umgesetzten Einstellung ausgestaltet werden soll. Die bloße Kündigung des Arbeitsvertrages wird nicht ausreichen. Denn die Aufhebung der Einstellung soll gerade die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb revidieren und nicht nur den Abschluss des Arbeitsvertrages. Wäre ein neu eingestellter Arbeitnehmer dann infolge einer unwiderruflichen Freistellung nicht mehr in den Betrieb eingegliedert, bräuchte der Betriebsrat bei seiner Kündigung auch nicht nach § 102 BetrVG angehört werden.

#### → Autorin

Kerstin Belovitzer  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Stuttgart

## ■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

### Schadensersatz wegen Verfall des Schwerbehindertenzusatzurlaubs

■ LAG Niedersachsen, Urteil vom 16. Januar 2019 – 2 Sa 567/18

Die fehlende Information über den Verfall des Schwerbehindertenzusatzurlaubs führt zu einem Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers.

#### Entscheidung

Das LAG hat einer Arbeitnehmerin einen Schadensersatzanspruch gegen ihre Arbeitgeberin wegen Verfall des Schwerbehindertenzusatzurlaubs zugesprochen. Die Klägerin machte im Rahmen einer Kündigungsschutzklage unter anderem einen Anspruch auf Abgeltung des von ihr nicht genommenen Schwerbehindertenzusatzurlaub geltend. Während des gesamten Arbeitsverhältnisses hatte die Klägerin keinen Schwerbehindertenzusatzurlaub genommen. Eine Aufforderung durch die Beklagte gab es nicht.

Nach Ansicht des LAG folgt aus der Rechtsprechung des EuGH (6. November 2018 – C-684/16) die Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seinen Urlaub tatsächlich wahrzunehmen. Dies stelle im Arbeitsverhältnis eine Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB dar. Verletze der Arbeitgeber seine Informations- und Hinweispflichten, habe der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 BGB i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB. Diese Grundsätze seien auf den Zusatzurlaub für Schwerbehinderte gem. § 125 SGB IX a.F. (jetzt: § 208 SGB IX) übertragbar.

### Entschädigung wegen Nichtbeschäftigung eines Arbeitnehmers

■ LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 7. Juni 2018 – 26 Sa 1246/17

Wird ein Arbeitnehmer längere Zeit nicht beschäftigt, kann ihm ein Entschädigungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber zustehen.

#### Entscheidung

Das LAG hat einem Arbeitnehmer einen Entschädigungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber zugesprochen, da dieser ihn monatelang nicht beschäftigt hatte. Der Kläger hatte Entschädigung verlangt, da sein Arbeitgeber ihm infolge eines

abgelehnten Aufhebungsangebots seine Tätigkeit entzogen hatte. Seine bisherigen Aufgaben wurden auf andere Belegschaftsmitglieder übertragen. Das LAG leitet einen Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG her. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers sei Teil seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dieses habe der Arbeitgeber durch die monatelange Nichtbeschäftigung verletzt. Auf schutzwürdige Belange könne der Arbeitgeber sich nicht berufen, da die Aufgaben des Klägers nicht weggefallen seien. Da auch eine anderweitige Befriedigung des Anspruchs – insbesondere eine Nachholbarkeit – ausscheide, komme nur eine materielle Entschädigung in Betracht. In diesem Fall hielt das Gericht eine Entschädigung i.H.v. 5.000 EUR für angemessen.

### Vorlage konzerninterner Kalkulationen im Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG

#### ■ LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20. Dezember 2018 – 10 Sa 490/16

Für eine Beherrschung i.S.d. § 17 Abs. 3a KSchG genügt ein bestimmender Einfluss aufgrund einer rechtlichen Verbindung beliebiger Art.

#### Entscheidung

Die klagende Arbeitnehmerin war in der Fluggastabfertigung am Flughafen Berlin-Tegel tätig. Ihre Arbeitgeberin, die Beklagte, erbrachte ausschließlich Leistungen für ein verbundenes Konzernunternehmen, welches Bodenservices für Fluggesellschaften anbot. Nachdem das verbundene Konzernunternehmen sämtliche Aufträge kündigte, legte die Beklagte den Betrieb still und kündigte alle Arbeitsverhältnisse.

Im Rahmen der Kündigungsschutzklage musste sich das LAG mit der Frage beschäftigen, ob die Arbeitgeberin ihre Anzeigepflicht gegenüber dem Betriebsrat aus § 17 KSchG verletzt hatte. Zur Auslegung des Begriffs des beherrschenden Unternehmens i.S.d. § 17 Abs. 3a KSchG bzw. Art. 2 Abs. 4 Massenentlassungs-RL 98/59/EG hatte das LAG den EuGH angerufen, welcher entschied, dass eine Beherrschung dann vorliege, wenn durch Beteiligungen an dessen Gesellschaftskapital oder durch andere rechtliche Verbindungen bestimmender Einfluss hinsichtlich der Massenentlassungsentscheidung ausgeübt werden könne (EuGH, Urteil vom 7. August 2018 – C-61/17 ua [Bichat ua]).

In der nun ergangenen Entscheidung hat es das LAG offen gelassen, ob das verbundene Konzernunternehmen als beherr-

schendes Unternehmen anzusehen sei, da der Betriebsrat jedenfalls ausreichend konsultiert worden sei. Ferner seien auch keine anderen Unwirksamkeitsgründe ersichtlich, weshalb die Kündigung der Klägerin insgesamt wirksam gewesen sei.

### Auskunftsanspruch des Betriebsrats über geleistete Sonderzahlungen

#### ■ LAG Hessen, Urteil vom 10. Dezember 2018 – 16 TaBV 130/18

Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber Auskunft verlangen, an welche Arbeitnehmer Sonderzahlungen geleistet wurden.

#### Entscheidung

Ein Betriebsrat hatte vom Arbeitgeber Auskunft darüber verlangt, an welche Arbeitnehmer, in welcher Höhe, auf welcher Grundlage und nach welchen Kriterien Zulagen, Prämien, Gratifikationen, Provisionen oder sonstige Sonderzahlungen gezahlt wurden. Das LAG entschied, dass sich ein solcher Anspruch des Betriebsrats aus § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG ergebe. Eine Verdrängung dieses allgemeinen Unterrichtsanspruchs durch § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG würde schon deshalb nicht in Frage kommen, da sich die hier verlangte Auskunft des Betriebsrats auf einen abgrenzbaren Teil der Vergütung beziehe und nicht einer Bruttolohn- und Gehaltsliste im Sinne des Satz 2 gleichkomme. Da der Betriebsrat auch dargelegt habe, dass er die Auskunft zur Wahrnehmung seiner Aufgaben aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG benötige, bestehe ein Anspruch auf schriftliche Auskunft. Die vom Arbeitgeber geltend gemachten datenschutzrechtlichen Bedenken teilte das LAG nicht.

### Betriebsvereinbarung über Fahrzeiten der Außendienstmitarbeiter

#### ■ LAG Düsseldorf, Urteil vom 14. Dezember 2018 – 10 Sa 96/18

Die Vergütung eines Teils der Reisezeiten eines Außendienstmitarbeiters kann mittels Betriebsvereinbarung ausgeschlossen werden.

#### Entscheidung

Das LAG hat die Klage eines Arbeitnehmers auf Vergütung von Reisezeiten abgewiesen. Der Kläger arbeitet bei der Beklagten als Servicetechniker im Außendienst. Dabei fährt er regelmäßig direkt von zuhause zum ersten Kunden und abends vom letzten Kunden unmittelbar nach Hause zurück. Die ersten 20 Minuten der An- und Abreisezeiten werden von der Beklagten nicht ver-

gütet, da dieser Zeitraum gemäß der einschlägigen Betriebsvereinbarung nicht zur Arbeitszeit zählt. Der Kläger verlangt dagegen die Vergütung der gesamten Reisezeit.

Das LAG hat die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung festgestellt und daher eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers abgelehnt. Die Betriebsvereinbarung verstoße nicht gegen den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG, da weder eine Regelung über die tariflich festgelegte Höhe der Vergütung, noch über den Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit getroffen werde. Es werde lediglich definiert, welche Reisezeiten der Außendienstmitarbeiter als Arbeitszeit gelten. Auch ein Verstoß gegen zwingendes Europarecht liege nicht vor. Der Kläger könne sich nicht auf die Richtlinie 2003/88/EG berufen, da diese sich nicht auf den vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff beziehe. Anwendbar sei die Betriebsvereinbarung, da der Arbeitsvertrag des Klägers betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet sei.

## Geltung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) für ausländische Arbeitnehmer bei Kurzeinsätzen in Deutschland

■ FG Berlin-Brandenburg, 16. Januar 2019 –  
1 K 1161/17

Das MiLoG ist gegenüber ausländischen Arbeitgebern anwendbar, wenn deren Arbeitnehmer in Deutschland tätig werden.

### Entscheidung

Das FG hat die Klage eines polnischen Logistikunternehmens auf Feststellung, dass das MiLoG auf sie als im Ausland ansässiges Unternehmen nicht anwendbar sei, zurückgewiesen. Die Klägerin, welche europaweit Güterfernverkehrsleistungen erbringt und deren 50-60 angestellte Kraftfahrer monatlich ca. 1.500 Stunden ihrer Arbeitszeit in Deutschland verbringen, war bereits 2015 mit ihrer Verfassungsbeschwerde aus Subsidiaritätsgründen gescheitert.

Das FG hat sich nun ausführlich mit der Auslegung des MiLoG auseinandergesetzt. Dabei folge schon aus dem Wortlaut des § 20 MiLoG, dass Arbeitgeber im In- und Ausland verpflichtet seien, ihren Arbeitnehmern ein Arbeitsentgelt i.H.d. gesetzlichen Mindestlohns zu zahlen. Eine teleologische Reduktion des Gesetzes auf solche Fälle, bei denen entsandte Arbeitnehmer nicht nur kurzzeitig in Deutschland tätig werden, widerspreche dem Gesetzeszweck und finde keine Grundlage in den Regelungen des MiLoG. Auch höherrangiges Unions- und Verfassungsrecht erfordere keine andere Auslegung. Für Transporttätigkeiten gelte das Gesetz jedenfalls dann, wenn diese über reine Transittouren hinausgehen.

■ ALLGEMEINE HINWEISE

## Autoren dieser Ausgabe



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



**Johanna Schobeß, LL.M.**  
Associate  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Leipzig  
Telefon +49 341 5299 10759  
johanna.schobess@luther-lawfirm.de



**Kerstin Gröne**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Mediatorin, Counsel  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Köln  
Telefon +49 221 9937 25786  
kerstin.groene@luther-lawfirm.com



**Bettina Partzsch, LL.M. (Melbourne)**  
Rechtsanwältin  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 24995  
bettina.partzsch@luther-lawfirm.com



**Dr. Eva Maria K. Rütz, LL.M.**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Medizinrecht,  
Fachanwältin für Arbeitsrecht, Partnerin  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 27048  
eva.ruetz@luther-lawfirm.com



**Nina Stephan**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Senior Associate  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen  
Telefon +49 201 9220 24758  
nina.stephan@luther-lawfirm.com



**Katharina Gorontzi, LL.M.**  
Rechtsanwältin, Senior Associate  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 25038  
katharina.gorontzi@luther-lawfirm.com



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

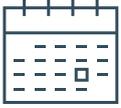


**Martina Ziffels**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Counsel  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg  
Telefon +49 40 18067 12189  
martina.ziffels@luther-lawfirm.com



**Kerstin Belovitzer**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Senior Associate  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Stuttgart  
Telefon +49 711 9338 16709  
kerstin.belovitzer@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; vm/iStock: Seite 4,  
Faberrlnk/iStock: Seite 7; jj\_voodoo/iStock: Seite 11; sebra/fotolia: Seite 13, mapoli-photo/fotolia: Seite 14; AA+W/fotolia: Seite 17, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH: Seite 3, Seite 22

## 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.**

