

## Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

die „Jamaika-Sondierungen“ sind gescheitert und die Regierungsbildung ist derzeit unklar. Wann welche Regierung wieder Gesetze in den Bundestag einbringen wird, ist daher völlig offen. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hingegen legt nie eine Pause ein, so dass wieder von zahlreichen praxisrelevanten Entscheidungen zu berichten ist.

Erwähnenswert ist zunächst, dass das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung zum Mindestlohn immer weiter konkretisiert (vgl. den nebenstehenden Beitrag). Die Entscheidungen zum „MiLoG“ haben sich wie ein roter Faden durch das Jahr gezogen, was wegen der wachsenden Rechtssicherheit zu begrüßen ist.

Interessant ist auch, dass scheinbar immer mehr Urteile mit Bezug zum Beschäftigtendatenschutz ergehen. Ob dies mit der Datenschutzgrundverordnung zusammenhängt, die Mitte nächsten Jahres in Deutschland direkt anwendbar wird, ist offen. Bemerkenswert sind jedenfalls zwei Fälle, in denen es um die Überwachung von E-Mails des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz und um die Überwachung durch einen Detektiv geht (vgl. die Beiträge auf den Seiten 2 und 3).

Hinweisen möchten wir außerdem auf die interessanten Entscheidungen zur Kündigung einer Geschäftsführerin wegen illoyalen Verhaltens (Seite 3), zum Thema Schadensersatz wegen nicht gewährten Urlaubs (Seite 4) und zur Behandlung von rentenbezugsberechtigten Arbeitnehmern im Zusammenhang mit betriebsbedingten Kündigungen.

Wir wünschen eine informative Lektüre und stehen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit besten Grüßen



Dr. Christopher Melms  
für die Praxisgruppe Arbeitsrecht

## Inhalt

Rechtsprechung	Seite 1
Kurzmeldungen	Seite 8
Hinweise und Impressum	Seite 8

## Rechtsprechung

### Grundsatzurteil: Anwendung der Mindestlohnregeln bei Nachtarbeit und Feiertagsvergütung

Bundesarbeitsgericht vom 20. September 2017 – 10 AZR 171/16

#### Sachverhalt

Die Mitarbeiterin ist langjährig bei der Arbeitgeberin als Montagekraft beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer der sächsischen Metall- und Elektroindustrie (nachfolgend „MTV“) Anwendung. Er sieht in der einschlägigen Fassung einen Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 25 Prozent des tatsächlichen Stundenverdienstes und ein „Urlaubsentgelt“ in Höhe des 1,5-fachen durchschnittlichen Arbeitsverdienstes vor. Für den Monat Januar 2015 (für den erstmals der gesetzliche Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz – MiLoG – in Höhe von EUR 8,50 galt) zahlte die Arbeitgeberin neben dem vertraglichen Stundenverdienst von EUR 7,00 bzw. EUR 7,15 eine „Zulage zum MiLoG“. Die Vergütung für einen Feiertag und einen Urlaubstag berechnete sie ebenso wie den Nachtarbeitszuschlag für fünf Stunden nicht auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns, sondern nach der niedrigeren vertraglichen Stundenvergütung. Darüber hinaus rechnete sie ein gezahltes „Urlaubsgeld“ auf Mindestlohnansprüche der Mitarbeiterin an. Diese verlangte mit ihrer Klage eine Vergütung aller im Januar 2015 abgerechneten Arbeits-, Urlaubs- und Feiertagsstunden mit EUR 8,50 brutto und war der Auffassung, auch der Nachtarbeitszuschlag sei auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns zu berechnen.

#### Die Entscheidung

Das BAG urteilte zugunsten der Mitarbeiterin. Zwar gewähre das MiLoG nur Ansprüche für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden, d.h. also nicht für solche Arbeitszeit, die aufgrund eines gesetzlichen Feiertags- oder Urlaubs ausfällt. Nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz müssen Arbeitgeber aber für Arbeitszeiten, die aufgrund eines gesetzlichen Feiertags ausfallen, dem Mitarbeiter das Arbeitsentgelt zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte (sog. Entgeltausfallprinzip). Für die Fälle, in denen sich die Vergütung nach dem MiLoG bestimme, könnte nichts anderes gelten. Auch der tarifliche Nachtarbeitszuschlag und das tarifliche Urlaubsentgelt müssten nach den Bestimmungen des MTV (mindestens) auf Grundlage des damals geltenden gesetzlichen Mindestlohns von EUR 8,50 berechnet werden, da dieser Teil des „tatsächlichen Stundenverdienstes“ im Sinne des MTV sei. Eine Anrechnung des gezahlten „Urlaubsgelds“ auf Ansprüche nach dem MiLoG könne nicht erfolgen, da der MTV hierauf einen eigenständigen Anspruch begründe und es sich nicht um Entgelt für geleistete Arbeit handle.

#### Konsequenzen für die Praxis

Mit dieser richtungsweisenden Entscheidung hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung zum Mindestlohn weiter ausgebaut und für die Praxis Rechtssicherheit geschaffen. Sämtliche Urteile des BAG

befassen sich mit den Grundfragen des MiLoG, für welche Tätigkeiten bzw. wann Mindestlohn zu zahlen ist und welche Zahlungen des Arbeitgebers auf den Mindestlohnanspruch des Mitarbeiters angerechnet werden dürfen. Das BAG hatte bereits entschieden, dass alle Vergütungszahlungen, die sich auf die „normale“ Arbeitsleistung des Mitarbeiters beziehen, geeignet sind, dessen Anspruch auf den Mindestlohn zu erfüllen. Ausgenommen von der Anrechnung auf den Mindestlohn sind nur Zahlungen, die ohne Rücksicht auf die tatsächliche Arbeitsleistung erbracht werden oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen (z.B. Halte- oder Treueprämien oder der Nachtarbeitszuschlag nach dem Arbeitszeitgesetz).

Folge der aktuellen Entscheidung ist, dass jedenfalls für solche tariflichen Nachtarbeitszuschläge, die nach dem tatsächlichen Stundenverdienst berechnet werden, der Mindestlohn die Untergrenze für die Berechnung ist. Arbeitsvertragliche Nachtarbeitszuschläge sind nach dem Wortlaut des Arbeitszeitgesetzes auf der Basis des gesetzlichen Mindestlohns zu berechnen. Auch sonstige Zulagen und Zuschläge sind am Mindestlohn zu messen, jedenfalls soweit eine prozentuale Berechnung anhand des Stundenlohns vereinbart wurde.

### Praxistipp

Gestaltungsspielraum für Arbeitgeber besteht dahingehend, Zulagen oder Zuschläge im Arbeitsvertrag konkret zu definieren (z.B. EUR 0,50 pro Stunde zusätzlich zum „normalen“ Stundenlohn, der dem Mindestlohn genügt). Für Feier- und Urlaubstage hat das BAG klargestellt, dass der Lohn zu bezahlen ist, den der Mitarbeiter ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte, und damit auf jeden Fall der Mindestlohn. Hinsichtlich der Anrechnung von Urlaubsgeld kommt es auf den Zweck des „Urlaubsgelds“ an: Eine zusätzliche Vergütung, die zum Zeitpunkt des Urlaubsantritts gezahlt wird, darf jedenfalls nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden. Sofern das „Urlaubsgeld“ aber den Charakter eines Entgelts für die geleistete Arbeit hat und nicht an den tatsächlichen Urlaubsantritt geknüpft ist, ist es auf den Mindestlohn anrechenbar.



**Nadine Radbruch,**  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## Selbst bei Verbot der privaten Internetnutzung kann Überwachung unzulässig sein

*Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte vom 5. September 2017 – 61496/08 (Barbulescu v. Rumänien)*

### Sachverhalt

Der Arbeitgeber hatte den Mitarbeiter mehrfach darauf hingewiesen, dass das Internet nur zu dienstlichen Zwecken genutzt werden darf. Er hatte den Arbeitnehmer auch generell darüber informiert, dass Fehlverhalten kontrolliert und zu Sanktionen führen werde. Außerdem war dem Mitarbeiter bekannt, dass das Unternehmen bereits das Arbeitsverhältnis einer Kollegin wegen privater Nutzung des

Internets gekündigt hatte. Gleichwohl nutzte der Arbeitnehmer den dienstlichen Internetzugang, um seinem Bruder und seiner Verlobten private Nachrichten zu senden. Aus diesem Grund kündigte der Arbeitgeber. Nachdem seine Klage gegen die Kündigung von den rumänischen Gerichten abgewiesen wurde, wandte sich der Arbeitnehmer an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).

### Die Entscheidung

Der EGMR entschied, dass Rumänien gegen Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstoßen habe. Nach dieser Vorschrift habe jeder Staat, der wie Rumänien an die EMRK gebunden ist, die Verpflichtung, das Recht seiner Bürger auf den Schutz des Privatlebens und die private Korrespondenz in adäquater Weise zu schützen. Dieser Verpflichtung sei Rumänien nicht nachgekommen. Der Arbeitnehmer könne sich grundsätzlich auf Art. 8 EMRK berufen, obwohl sich der Sachverhalt am Arbeitsplatz ereignet und der Arbeitgeber die private Nutzung des Internets untersagt habe. Keine Direktive des Arbeitgebers könne das private Sozialleben am Arbeitsplatz „auf null“ beschränken. Art. 8 EMRK sei verletzt worden, weil die staatlichen Gerichte nicht festgestellt hätten, ob der Arbeitnehmer hinreichend darüber informiert worden sei, dass seine private Internetnutzung kontrolliert werde, in welcher Art und in welchem Umfang dies geschah und in welchem Ausmaß dadurch in Rechte des Arbeitnehmers eingegriffen wurde. Zudem hätten die staatlichen Gerichte nicht festgestellt, aus welchem rechtfertigenden Grund es überhaupt zu der Überwachung gekommen sei und ob es nicht Mittel gegeben hätte, die weniger in die Rechte des Arbeitnehmers eingegriffen hätten.

### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des EGMR, dessen Rechtsprechung von deutschen Arbeitsgerichten zu beachten ist, macht deutlich, dass ein Arbeitgeber selbst dann nicht anlass- und wahllos die private Internetnutzung eines Arbeitnehmers überwachen darf, wenn der Arbeitgeber diese gänzlich untersagt hat. Zudem ist nach der Entscheidung des EGMR (jedenfalls soweit private Korrespondenz betroffen ist) zusätzlich zu beachten, dass der Arbeitnehmer vor einer Überwachung zumindest abstrakt hinreichend darüber informiert worden sein muss, dass die Internetnutzung vom Arbeitgeber kontrolliert wird, in welcher Art und in welchem Umfang dies geschieht und in welchem Ausmaß dadurch in seine Rechte eingegriffen wird.

### Praxistipp

Arbeitgeber sollten auch bei einem Ausschluss der Privatnutzung Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bereits bei der Einstellung in gegebenenfalls später nachweisbarer Form mitteilen, unter welchen Umständen die Internetnutzung überprüft wird. Zudem sollte auch bei erlaubter privater Internetnutzung auf eine mögliche Überprüfung (wenn der Verdacht einer Straftat oder einer erheblichen Pflichtverletzung besteht) hingewiesen werden. Andernfalls läuft das Unternehmen Gefahr, dass ein deutsches Arbeitsgericht eine Kündigung, die unmittelbar mit den Ergebnissen einer solchen Überwachung begründet wird, für unwirksam erklärt – obwohl der deutsche Beschäftigtendatenschutz eingehalten wurde. Übrigens wird eine solche Information an die Mitarbeiter im Hinblick auf Art. 13 der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), die zum 25. Mai 2018 in Kraft tritt (vgl. [Morasch im BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe September 2016, Seite 2 f.](#)), ohnehin notwendig werden.

Erkenntnisse völlig anlassloser Kontrollen dürften in Zukunft in Gerichtsprozessen auch dann kaum noch verwertbar sein, wenn die Privatnutzung nicht erlaubt war.



**Dr. Daniel Hund, LL.M (NYU),**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München



**Dr. Anja Branz,**  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Berlin

## Überwachung durch Detektiv – verdeckte Ermittlung im Arbeitsverhältnis kann auch unterhalb der Strafbarkeitsschwelle zulässig sein

*Bundesarbeitsgericht vom 3. August 2016 – 10 AZR 710/14*

### Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war seit 35 Jahren bei einem Hersteller von Stanzwerkzeugen als Monteur beschäftigt. Er war seit Januar 2015 durchgehend krankgeschrieben. Seit März 2015 bezog er Krankengeld. Ende Mai 2015 ergaben sich für den Arbeitgeber Anhaltspunkte, dass der Arbeitnehmer trotz Krankschreibung für ein Konkurrenzunternehmen tätig geworden war. Die Anhörung des Mitarbeiters zu diesen Verdachtsmomenten hatte keinen Erfolg. Daraufhin beauftragte der Arbeitgeber einen Detektiv mit einer verdeckten Überwachung. Der Detektiv stellte durch seine Ermittlung fest, dass der Arbeitnehmer trotz vermeintlicher Arbeitsunfähigkeit tatsächlich für das Konkurrenzunternehmen tätig war. Der Arbeitgeber kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis fristlos.

### Die Entscheidung

Das BAG entschied, dass auch bei einem konkreten Verdacht einer „nur“ schwerwiegenden Pflichtverletzung (hier: Wettbewerbsverletzung; also nicht einer Straftat) eine vom Arbeitgeber veranlasste verdeckte Überwachungsmaßnahme zulässigerweise über § 32 Abs. 1 Satz 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG; für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses) durchgeführt und die Ergebnisse im Verfahren verwertet werden können. Die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, dass der Einsatz verdeckter Überwachungsmaßnahmen nur bei Vorliegen des konkreten Verdachts einer Straftat über § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG möglich sei.

Grundvoraussetzung sei ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung, das im Zusammenhang mit der Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten steht. Ein solcher Zusammenhang soll jedoch auch dann bestehen, wenn der Arbeitgeber dem konkreten Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers nachgeht.

### Konsequenzen für die Praxis

Nach dem BAG ist zu beachten, dass der mit der Datenerhebung verbundene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dazu führt, dass der Arbeitgeber auch im Rahmen des Absatz 1 die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze zu beachten hat. D.h. der Eingriff in die Rechte des Arbeitnehmers müsste erforderlich und verhältnismäßig sein und es darf kein milderes Mittel als den verdeckten Detektiveinsatz (z.B. Befragung von Kollegen, Internetrecherche) geben, um die Pflichtverletzung aufzudecken. Daraus folgt zudem, dass sich auch hier der Verdacht aus konkreten Tatsachen (konkrete Anhaltspunkte sind zu dokumentieren) ergeben muss und eine verdeckte Ermittlung „ins Blaue hinein“ unzulässig ist. Der Verdacht muss jedoch nicht „dringend“ sein (d.h. es müssen keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Beschäftigte „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ eine schwere Pflichtverletzung begangen hat), ein „einfacher“ Verdacht, d.h. Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht, sind ausreichend. Nur wenn diese Grundsätze berücksichtigt werden, kann § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG nach dem BAG für Pflichtverletzungen eine ausreichende Grundlage für einen verdeckten Detektiveinsatz sein.

### Praxistipp

Das BAG stellt mit seiner Entscheidung klar, dass auch bei Pflichtverletzungen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle verdeckte Ermittlungsmaßnahmen nicht ausgeschlossen sind. Die für Straftaten nach Satz 2 entwickelten, oben erörterten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit sind jedoch weitgehend zu übertragen: Arbeitgeber sind somit gut beraten, vor einem verdeckten Detektiveinsatz alle Umstände zu dokumentieren und sämtliche anderen Ermittlungsmöglichkeiten lückenlos auszuschöpfen, um nicht ein Verwertungsverbot im arbeitsgerichtlichen Verfahren zu riskieren.

### Dr. Anja Branz,

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

### Dr. Daniel Hund, LL.M (NYU),

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

**Hinweis:** Der Beitrag ist in einer etwas ausführlicheren Version im Deutschen AnwaltSpiegel, Ausgabe 22/2017, Seite 8 ff. erschienen.

## Fristlose Kündigung einer Geschäftsführerin wegen illoyalen Verhaltens

*Bundesarbeitsgericht vom 1. Juni 2017 – 6 AZR 270/15*

### Sachverhalt

Eine Geschäftsführerin war auf Grundlage eines Arbeitsvertrags für einen gemeinnützig eingetragenen Verein tätig, dessen Zweck die Förderung der Unfallverhütung ist. Der Verein bildet den Dachverband für die örtlichen Mitgliedsverbände. Zwischen der Geschäftsführerin und dem damaligen Präsidenten (Vorstand) des Vereins kam es im Frühjahr 2013 zu Unstimmigkeiten hinsichtlich der Behandlung angeblicher Überstunden der Geschäftsführerin. Daraufhin rief die Geschäftsführerin die Vereinsmitglieder zur Einberufung einer außer-

ordentlichen Mitgliederversammlung auf, mit dem Ziel, die Vereins- spitze abzuwählen. Der Vorstand des Vereins kündigte das mit der Geschäftsführerin bestehende Arbeitsverhältnis.

### Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hatte das bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung, sondern nur durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung als wirksam beendet angesehen. Das Landes- arbeitsgericht sah hingegen sogar die fristlose Kündigung als wirk- sam an. Das BAG bestätigt, dass wegen des illoyalen Verhaltens der Geschäftsführerin ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses vorliegt. Arbeitnehmer sind verpflichtet, Störungen des Betriebsfriedens oder Betriebsablaufs zu vermeiden. Verhält sich ein Mitarbeiter bewusst illoyal gegenüber Vorgesetzten und führt dies zu einer gewichtigen Störung des Betriebsfriedens, kann eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ggf. auch ohne Abmahnung gerechtfertigt sein. Ein gezieltes Einwirken einer Geschäftsführerin eines Vereins auf Vereinsmitglieder, um die Abwahl des Vereinsvorsitzenden oder des gesamten Vorstands zu erreichen, führt zur erheblichen Störung des Vereinsfriedens. Das BAG konnte aber nicht abschließend beurteilen, ob die hier einschlägige zweiwöchige Frist für die Erklärung der Kündigung eingehalten worden ist. Bei mehreren Pflichtverletzungen, die zu einem Gesamtverhalten zu- sammengefasst werden können, beginnt die Frist mit Kenntnis des letzten Vorfalls, der ein weiteres und letztes Glied in der Kette der Ereignisse bildet, die in ihrer Gesamtheit zum Anlass für eine Kündi- gung genommen werden. Die Sache wurde zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

### Konsequenzen für die Praxis

Das BAG und die Vorinstanzen waren sich einig, dass das illoyale Ver- halten der Geschäftsführerin gegenüber dem Präsidenten als Vorge- setzten die Basis für eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit irre- parabel zerstört hat. Die Gerichte mussten dabei herausarbeiten, ob es der Geschäftsführerin im Wesentlichen um die Beseitigung oder Bereinigung von Unstimmigkeiten zwischen ihr und dem Präsidenten zum Wohle des Vereins gegangen ist oder ob es der Geschäftsführerin im Wesentlichen darum ging, den Präsidenten bei den Mitgliedern des Vereins in Misskredit zu bringen. Nach Ansicht der Gerichte ging es der Geschäftsführerin insbesondere auch darum, den Präsidenten des Vereins in Misskredit zu bringen. In der Praxis ist deshalb immer abzuwägen, ob der Mitarbeiter zum Wohle oder zu Lasten des Arbeit- gebers handelt.

### Praxistipp

Generell gilt, dass illoyales und sogar intrigantes Verhalten, aber auch Beleidigungen oder Verleumdungen gegenüber dem Arbeitgeber, dessen Kunden oder Patienten, Vorgesetzten oder Arbeitskollegen, grundsätzlich geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.



**Dr. Erik Schmid,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## Schadensersatz wegen nicht gewährter Urlaubstage

*Bundesarbeitsgericht vom 16. Mai 2017 – 9 AZR 572/16*

### Sachverhalt

Die Mitarbeiterin war seit Mai 1989 bei einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt als Redakteurin beschäftigt und hatte Anspruch auf 31 Tage Erholungsurlaub pro Kalenderjahr. Sie vereinbarte mit ihrem Arbeitgeber auf Grundlage des Tarifvertrags über Altersteilzeitarbeit im Hessischen Rundfunk für den Zeitraum vom 1. April 2012 bis zum 31. März 2018 Altersteilzeit im Blockmodell mit einer Freistel- lungsphase ab dem 1. April 2015. Im Dezember 2014 beantragte die Mitarbeiterin für das Kalenderjahr 2015 31 Urlaubstage. Jedoch gewährte der Arbeitgeber ihr lediglich acht Tage Erholungsurlaub, da er der Ansicht war, dass der Mitarbeiterin wegen der Freistellungs- phase ab 1. April 2015 lediglich ein anteiliger Urlaubsanspruch für das Kalenderjahr 2015 zustehe. Daraufhin erhob die Mitarbeiterin im August 2015 gegen ihren Arbeitgeber Klage auf Zahlung von Schadensersatz für die Nichtgewährung von 23 Urlaubstagen in Höhe von EUR 3.769,53 brutto.

### Die Entscheidung

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Zwar haben Arbeitnehmer nach Ansicht des BAG grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Arbeitgeber rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt. Allerdings ist dieser Anspruch auf sog. Naturalrestitution gerichtet. D.h. Arbeitnehmer erhalten einen Schadensersatzanspruch in Form eines „Ersatzurlaubsanspruchs“ und müssen bezahlt freigestellt werden. Dieser Ersatzurlaubsanspruch richtet sich nach den Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG). Damit ist auch § 7 Abs. 4 BUrlG auf den Ersatzurlaubsanspruch anwendbar, wonach der Urlaubsanspruch nur dann abzugelten ist, wenn er wegen der Beendigung des Arbeits- verhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Ist das Arbeitsverhältnis nicht beendet, kann auch kein Ersatz in Geld verlangt werden. Dies hat nach dem BAG zur Folge, dass der Schadensersatzanspruch nicht auf Ersatz in Geld gerichtet sein kann. Denn andernfalls würde eine Rechtsgrundlage geschaffen, nach der Urlaub faktisch auch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses abgegolten werden kann. Dies laufe jedoch § 7 Abs. 4 BUrlG zuwider. Für die Mitarbeiterin bedeutete dies, dass sie keinen Anspruch auf Geldersatz geltend machen konnte, denn das Arbeitsverhältnis war wegen der Altersteilzeit noch nicht beendet. Auch den Ersatz- urlaubsanspruch konnte sie nicht mehr realisieren, da sie sich zum Zeitpunkt der Klage bereits in der Freistellungsphase der Altersteil- zeit befand.

### Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil betrifft einen Einzelfall und gibt Arbeitgebern daher keinen Freifahrtschein, Urlaubsansprüche ohne Grund abzulehnen. Denn so- lange das Arbeitsverhältnis besteht und der Arbeitnehmer nicht frei- gestellt ist, kann er seinen Ersatzurlaubsanspruch geltend machen und verlangen, bezahlt freigestellt zu werden. Wenn das Arbeitsver- hältnis endet, greift § 7 Abs. 4 BUrlG, wonach der Urlaubsanspruch abzugelten ist.

### Praxistipp

Arbeitgeber können konkrete Urlaubswünsche im Einzelfall ablehnen. Dies ist jedoch nur zulässig, wenn dem Urlaubswunsch dringende be- triebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegen-

stehen (§ 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG). Dringende betriebliche Belange können z.B. im Falle eines besonders hohen Krankenstands vorliegen. Wird ein Urlaubswunsch abgelehnt, verliert der Arbeitnehmer dadurch seinen Urlaubsanspruch nicht, es sei denn der Urlaub wird in das nächste Kalenderjahr übertragen und verfällt am 31. März. Sind Urlaubsanträge einmal zugesagt, „ist das Kind in den Brunnen gefallen“ und der Arbeitgeber kann seine Entscheidung nicht mehr revidieren. Daher sollte Urlaub nicht vorschnell genehmigt werden.



**Dr. Florian Olms,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## Erwerbstätige Rentner bei der Sozialauswahl weniger schutzwürdig

*Bundesarbeitsgericht vom 27. April 2017 – 2 AZR 67/16*

### Sachverhalt

Der 1947 geborene Arbeitnehmer war seit 1981 als Verbandsjurist beim Arbeitgeberverband tätig. Insgesamt waren dort sechs juristische Mitarbeiter und 19 weitere Arbeitnehmer tätig. Im Jahr 2007 wurde eine weitere juristische Mitarbeiterin, geboren 1979, eingestellt. Im Mai 2014 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dem 1947 geborenen Juristen, der zu diesem Zeitpunkt bereits eine Regelaltersrente bezog. Kündigungsgrund war der Rückgang an durch den Verband zu betreuenden Gerichtsverfahren. Im Kündigungsschutzverfahren war der Arbeitnehmer der Meinung, dass der Arbeitgeber die Sozialauswahl vor Ausspruch der Kündigung falsch durchgeführt habe. Sein Lebensalter sei nicht ausreichend berücksichtigt worden. Insbesondere die 2007 eingestellte Kollegin sei weniger schutzwürdig, da sie jünger und kürzer im Unternehmen sei. Die Klage hatte in den ersten beiden Instanzen Erfolg.

### Die Entscheidung

Das BAG hob die Entscheidung auf. Da der Arbeitnehmer zum Kündigungszeitpunkt bereits Regelaltersrente bezog, gelangte das Gericht zur Auffassung, dass trotz des höheren Lebensalters eine geringere Schutzwürdigkeit gegeben sei. Durch die Rente als Ersatz Einkommen sei der Kläger ausreichend abgesichert. Grundsätzlich spricht nach Auffassung des BAG ein hohes Lebensalter gegen eine einfache Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt. Längere Zeiten der Arbeitslosigkeit sollen daher über das Kriterium Lebensalter im Rahmen der Sozialauswahl vermieden werden. Jedoch realisiert sich diese Gefahr nur dann, wenn der von der Kündigung betroffene Arbeitnehmer nicht ohnehin bereits wirtschaftlich abgesichert ist. Dies war vorliegend durch den Bezug der Regelaltersrente der Fall. Das BAG kam deshalb zu dem Schluss, dass die Kündigung die anderen vergleichbaren Mitarbeiter deutlich härter getroffen hätte, als dies beim Arbeitnehmer der Fall war. Ein Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz sei ebenfalls nicht gegeben, da ein legitimer Zweck aus dem Bereich der Arbeitsmarktpolitik verfolgt werde.

### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Im Rahmen von betriebsbedingten Kündigungen spielt die Sozialauswahl eine entscheidende Rolle.

Sie ist jedoch schwierig durchzuführen und sehr fehleranfällig. Fehler führen zur Unwirksamkeit der Kündigung. Es ist erfreulich, dass das BAG hier eine klare Orientierungshilfe gibt. Unbestritten führt ein hohes Lebensalter zu einer schwierigeren Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt. Deshalb soll über das Auswahlkriterium des Lebensalters vermieden werden, dass ältere Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung in Langzeitarbeitslosigkeit oder anschließend sogar in Grundsicherung abrutschen. Verwirklicht sich dieses Risiko aber nicht, weil bereits eine wirtschaftliche Absicherung durch den Bezug von Regelaltersrente gewährleistet ist, darf nicht stur an diesem Kriterium festgehalten werden.

### Praxistipp

Die Entscheidung wirkt über den Anwendungsbereich im Kündigungsschutzrecht hinaus. So kann die Argumentation des BAG auch auf Verhandlungen mit Betriebsräten über den Abschluss eines Interessenausgleichs bzw. Sozialplans, insbesondere bei Sozialplanabfindungen, übertragen werden. Auch mit Blick auf die in Zeiten des Fachkräftemangels immer häufiger vorkommende Beschäftigung von Rentnern ist die Aussage des BAG zu begrüßen. Keinesfalls ist die Entscheidung aber als Freibrief für die Kündigung erwerbstätiger Rentner zu verstehen, da das Lebensalter nur eines von vier Kriterien im Rahmen der Sozialauswahl ist. Auch bei Arbeitnehmern, die bereits eine Regelaltersrente beziehen, ist daher weiterhin eine ordnungsgemäße Sozialauswahl durchzuführen, was dazu führen kann, dass ein anderer Arbeitnehmer weniger schutzbedürftig ist. Ob sich die Argumentation des BAG auch auf rentennahe Jahrgänge übertragen lässt, die beispielsweise nach Ablauf der Kündigungsfrist oder in kurzem zeitlichem Abstand danach eine Regelaltersrente beziehen können, musste das BAG nicht beurteilen. Ausgeschlossen scheint dies nicht, da sich auch bei dieser Personengruppe das Risiko der Arbeitslosigkeit nur bis maximal zum Erreichen der Regelaltersgrenze verwirklichen kann.



**Martin Biebl,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## Außerordentliche Kündigung wegen sexueller Belästigung durch Griff in Genitalen eines Kollegen

*Bundesarbeitsgericht vom 29. Juni 2017 – 2 AZR 302/16*

### Sachverhalt

Arbeitnehmer und Arbeitgeber streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen und hilfsweise einer ordentlichen Kündigung. Der Arbeitnehmer ist 1970 geboren und bei der Beklagten bereits seit 1991 tätig. Im Oktober 2014 griff der Mitarbeiter einem Leiharbeiter von hinten in den Genitalbereich und machte anschließend die Bemerkung, letzterer habe „dicke Eier“. Das Unternehmen kündigte nach Anhörung der Beteiligten und des Betriebsrats fristlos und später vorsorglich ordentlich ohne vorherige Abmahnung. In seiner Klage gab der Arbeitnehmer an, er habe den Kollegen lediglich unab-

sichtlich berührt. Ähnliche Vorfälle im Betrieb seien nicht mit Kündigungen geahndet worden. Der Arbeitgeber hingegen stufte das Verhalten als sexuelle Belästigung und damit als eine schwerwiegende Pflichtverletzung ein, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertige. Die Vorinstanz hatte die außerordentliche und ordentliche Kündigung für unwirksam gehalten. Sie meinte, eine Abmahnung sei vorrangig in Betracht zu ziehen gewesen.

### Die Entscheidung

Das BAG hob die Entscheidung auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück. Der Arbeitnehmer habe gegen die ihm obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Interesse des Arbeitgebers an der beeinträchtigungsfreien Zusammenarbeit im Betrieb verstoßen. Ferner stelle die Handlung eine sexuelle Belästigung dar, selbst wenn diese nicht sexuell motiviert sei. Die subjektive Wahrnehmung des Handelnden sei nicht entscheidend, sondern vielmehr, dass das Verhalten dazu führt, die Würde der betroffenen Person zu verletzen, und dass objektiv erkennbar ist, dass dieses Verhalten unerwünscht ist. Das Verhalten sei geeignet, einen wichtigen Kündigungsgrund darzustellen. Das BAG konnte bei der für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung erforderlichen Interessenabwägung keine abschließende Wertung vornehmen. Insbesondere bleibt offen, ob eine Änderung der Verhaltensweise des Arbeitnehmers für die Zukunft ausgeschlossen und die erstmalige Hinnahme dieses Verhaltens nach objektiven Maßstäben für das Unternehmen unzumutbar ist. Ob der Mitarbeiter zuvor hätte abgemahnt werden sollen, konnte das Gericht nicht abschließend entscheiden.

### Konsequenzen für die Praxis

Das BAG rückt mit diesem Urteil vom sog. „Prognoseprinzip“ und dem „Vertrauenskapital“ ab. Die Gerichte haben bislang zur Frage der Erforderlichkeit eines mildereren Mittels im Vergleich zur Kündigung eine Zukunftsprognose für das Arbeitsverhältnis erstellt und danach entschieden, ob z.B. eine Abmahnung des Verhaltens bereits erfolgversprechend gewesen wäre oder ob dies aufgrund anhaltender Störungen nicht unbedingt zum gewünschten Erfolg geführt hätte. In der Entscheidung des BAG zur medienwirksamen Kündigung einer Kassiererin wegen Unterschlagung zweier Pfandbons in Höhe von EUR 1,30 („Emmely“) wurde außerdem das sog. „Vertrauenskapital“ des Arbeitnehmers in den Fokus gerückt. Nach dieser Entscheidung hatte die Mitarbeiterin ein „Vertrauenskapital“ angespart, da das Arbeitsverhältnis für lange Jahre ungestört verlaufen war. Das Vertrauenskapital war auch nicht durch den einmaligen Vorfall vollständig verbraucht worden. In der hier vorliegenden Entscheidung kommt es dem BAG aber weder auf eine Wiederholungsgefahr des Verhaltens für die Zukunft an, noch führt die lange Betriebszugehörigkeit zu einer erhöhten Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers. Vielmehr bezieht das Gericht vergangene Störungen des Arbeitsverhältnisses, die aber keine Abmahnung auslösten, in die Überlegung zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Kündigung mit ein.

### Praxistipp

Im Ergebnis bleibt es aber dabei, dass Arbeitgeber gut beraten sind, ein entsprechendes Verhalten im Zweifel abzumahnern. Es bleibt abzuwarten, ob das BAG diese Ausrichtung seiner Entscheidung weiterverfolgt. Ungeachtet dessen kann eine schwerwiegende Vertragsverletzung des Mitarbeiters noch immer eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen, sofern die erstmalige Hinnahme offensichtlich und objektiv unzumutbar ist. Eine schwerwiegende Vertragsverletzung stellt insbesondere strafbares Verhalten dar, das sich gegen Arbeitskollegen oder den Arbeitgeber richtet, wie beispiels-

weise die Nötigung des Arbeitgebers durch Drohung mit rufschädigenden Aussagen oder Körperverletzungshandlungen.



**Nadine Kirchner,**  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main

## Wann kann/muss bei einem räumlich weiter entfernten Betriebsteil ein eigener Betriebsrat gewählt werden?

*Bundesarbeitsgericht vom 17. Mai 2017 – 7 ABR 21/15*

### Sachverhalt

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Standort der Arbeitgeberin im Chemiepark K eine betriebsratsfähige Organisationseinheit darstellt. Das Unternehmen unterhält einen Standort in W mit mehr als 1.500 Arbeitnehmern und einen weiteren Produktionsstandort in K, den es im Jahr 2000 erworben hatte und in dem rund 150 Mitarbeiter tätig sind. In W sind acht Produktionsanlagen, der Werksleiter und die zentrale Personalverwaltung angesiedelt, die für beide Standorte zuständig sind. Der Personalleiter unterzeichnet für beide Standorte sämtliche das Personal betreffende Verträge, Abmahnungen und Kündigungen sowie Betriebsvereinbarungen. Am Standort in K betreibt die Arbeitgeberin zwei Produktionsanlagen, denen ein fester Kreis von Arbeitnehmern zugeordnet ist. Mindestens eine dieser Anlagen arbeitet im sog. „Störfallbetrieb“. Die an dieser Anlage beschäftigten Mitarbeiter können ihre Arbeit während der Schicht maximal für 30 Minuten unterbrechen. Die Leitung der Anlagen am Standort K obliegt dem „Manager K Operations“. Dieser ist jedoch dem Werksleiter in W unterstellt. Die räumliche Entfernung der Standorte in W und K beträgt ca. 11 Kilometer. Die Fahrzeit beträgt mit dem PKW – je nach Verkehrslage – zwischen 20 und 30 Minuten, mit öffentlichen Verkehrsmitteln ca. 90 Minuten für die einfache Strecke.

Nach dem Erwerb des Standorts K kam die Arbeitgeberin mit dem dortigen Betriebsrat überein, die Betriebsratsstruktur vorübergehend beizubehalten, so dass in der Vergangenheit für beide Standorte gesonderte Betriebsräte gewählt wurden. Trotz der Aufforderung des Unternehmens, im Jahr 2014 einen einheitlichen Betriebsrat für beide Standorte zu wählen, wurden weiterhin getrennte Gremien für die Standorte K und W gewählt. Die Arbeitgeberin begehrte daraufhin die Feststellung, dass der Standort K keine betriebsratsfähige Organisationseinheit darstellt.

### Die Entscheidung

Das BAG wies den Antrag ab. Der Standort K stelle einen Betriebsteil dar, der „räumlich weit“ im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) vom Hauptbetrieb in W entfernt und deshalb „betriebsratsfähig“ sei. Das BAG stellte zunächst fest, dass am Standort K durch den Manager K Operations eine Leitung institutionalisiert sei, die den Einsatz der Arbeitnehmer dieses Standorts bestimme. Somit sei die grundsätzliche Voraussetzung für die Existenz eines selbständigen Betriebsteils, konkret ein Mindestmaß an organisatorischer Selbständigkeit, vorhanden. Allerdings sei der Betriebsteil in K räumlich weit vom Hauptbetrieb in W entfernt. Aufgrund des Störfallbetriebs sei es

den Arbeitnehmern in K nicht möglich, den Betriebsrat in W während ihrer Arbeitszeit aufzusuchen. Hierdurch war die persönliche Erreichbarkeit zwischen diesem Teil der Belegschaft und dem Betriebsrat so erschwert, dass der Betriebsrat in W die Interessen der Arbeitnehmer des Standortes K nicht ordnungsgemäß wahrnehmen könne. Das BAG stellte klar, dass auch die Erreichbarkeit des Betriebsrats per Post, Telefon oder moderner Kommunikationsmittel keine anderweitige Bewertung zulasse, da das BetrVG allein auf die räumliche Entfernung abstelle. Auch durch die Nutzung derartiger Kommunikationsmittel könne der persönliche Kontakt zwischen Arbeitnehmern und Betriebsrat nicht ersetzt werden.

### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BAG zur Frage, wann ein Betriebsteil räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt und somit betriebsratsfähig ist. Arbeitgeber sollten diese Rechtsprechung bei den anstehenden Betriebsratswahlen im Auge behalten, um keine Angriffspunkte für eine etwaige Wahlanfechtung zu bieten. Verfügt eine betriebliche Einheit über eine eigene Leitungsfunktion, können auch moderne Kommunikationsmittel die persönliche Vertretung der Mitarbeiter nicht ersetzen, wenn der Betriebsrat wegen der räumlichen Distanz nicht während der Arbeitszeit persönlich aufgesucht werden kann.



**Inka Adam,**  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main

## Steuerfreie Entschädigung nach dem AGG bereits bei strittiger Diskriminierung möglich

*Finanzgericht Rheinland-Pfalz vom 21. März 2017 – 5 K 1594/14*

### Sachverhalt

Im Rahmen eines Kündigungsschutzstreits wehrte sich eine behinderte Arbeitnehmerin gegen die ihr gegenüber ausgesprochene personenbedingte Kündigung und klagte zudem auf Zahlung einer Entschädigung wegen einer angeblichen Diskriminierung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Zur Begründung führte sie aus, dass der Arbeitgeber ihr u.a. deshalb gekündigt habe, weil sie kurz zuvor beantragt habe, sich mit einem Schwerbehinderten gleichstellen zu lassen (sog. Gleichstellungsantrag). Der Arbeitgeber bestritt bis zuletzt, die Arbeitnehmerin wegen ihrer Behinderung benachteiligt bzw. gekündigt zu haben, schloss mit ihr jedoch zur Beendigung des Rechtsstreits einen gerichtlichen Vergleich. Dieser sah eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor und verpflichtete den Arbeitgeber, zwar keine Abfindung, aber eine „Entschädigung“ gemäß § 15 AGG i.H.v. EUR 10.000,00 an die Arbeitnehmerin zu zahlen. Da das Finanzamt die Zahlung nicht als steuerfrei anerkannte, klagte die Arbeitnehmerin schließlich vor dem Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz.

### Die Entscheidung

Das FG Rheinland-Pfalz gab der Klage statt und verpflichtete das Finanzamt, den Steuerbescheid zugunsten der Arbeitnehmerin abzuändern. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) führte es zunächst aus, dass die Verwendung des Begriffs „Ent-

schädigung“ nicht zwingend zu einer Einordnung als Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG führe (BFH vom 27. Juli 2013 – III B 15/13). Nur diese sei jedoch steuerfrei, weil sie – anders als Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG – einen immateriellen Schaden ersetze und nicht etwa entgangene oder entgehende Einnahmen ausgleiche. Weiter nahm das FG sodann im Sinne der Arbeitnehmerin an, dass die Entschädigung vorliegend als steuerfreie Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG anzusehen war. Zwar räumte der Arbeitgeber die strittige Diskriminierung nicht ein. Nach Auffassung des FG genügte es jedoch für die Einordnung als steuerfreie Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG, dass zwischen den Parteien bis zum Vergleichsschluss „kontrovers“ blieb, ob tatsächlich eine Diskriminierung vorgelegen habe und dass sich die Parteien gerade deshalb zur Zahlung einer Entschädigung wegen einer „möglichen“ Diskriminierung verglichen.

### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Für die Praxis hat sie folgende Konsequenzen: Bei Streitigkeiten wegen Benachteiligungen nach dem AGG sollte beim Abschluss etwaiger Vereinbarungen genau danach differenziert werden, ob Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 AGG oder eine Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG gewährt wird. Denn nur letztere ist steuerfrei. Bei Kündigungsschutzstreitigkeiten, in denen auch Diskriminierungsvorwürfe geltend gemacht werden, sollte zudem geprüft werden, ob etwaige (Teil-)Zahlungen zur Beendigung des Rechtsstreits nicht auch als steuerfreie „Entschädigungen“ i. S. v. § 15 Abs. 2 AGG – statt ausschließlich als steuerpflichtige Abfindungen – gezahlt werden können.

Aus Arbeitgebersicht erfordert dies zwar die Bereitschaft, sich auf eine Entschädigung nach dem AGG einzulassen. Mit dem klarstellenden Zusatz, dass trotz Zahlung der Vorwurf der Benachteiligung nicht anerkannt werde und sie auch nur im Hinblick auf eine „mögliche“ – nicht aber erwiesene – Diskriminierung erfolge, könnte die Hemmschwelle hierfür im Einzelfall ggf. durchaus überwindbar sein. Stets erforderlich bleibt aber, dass ein ernsthafter Vorwurf einer Diskriminierung bestanden haben muss.

Weiter muss sich die Höhe des zu zahlenden Betrages im üblichen Rahmen für Zahlungen nach § 15 Abs. 2 AGG bewegen. Denn gerade bei hohen Zahlungen und gleichzeitiger Beendigung eines Arbeitsverhältnisses darf bezweifelt werden, dass die Gerichte stets eine Verschleierung einer Abfindungszahlung verneinen. Und da sich Arbeitgeber bei der Verschleierung steuerpflichtiger Abfindungen durch die Angabe unrichtiger Tatsachen u. a. dem Risiko einer strafbaren Steuerhinterziehung aussetzen (§ 370 Abs. 1 Abgabenordnung), ist hier besondere Vorsicht geboten.



**Henrik Lütthge,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Düsseldorf



**Florian Teichert, M.Sc.,**  
Steuerberater,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Düsseldorf

## Kurzmeldungen

### Rechtsprechungsänderung bei „unbilligen“ Weisungen des Arbeitgebers

Das BAG hat mit Urteil vom 18. Oktober 2017 (10 AZR 330/16) entschieden, dass Arbeitnehmer „unbilligen“ Weisungen des Arbeitgebers nicht – und auch nicht vorläufig bis zu einer gerichtlichen Klärung – folgen müssen. Damit ändert das Gericht seine Rechtsprechung. Es hatte zuvor die Auffassung vertreten, dass Arbeitnehmer Weisungen des Arbeitgebers zunächst befolgen müssen, auch wenn sie sie für unbillig halten, bis die Unbilligkeit der Weisung gerichtlich festgestellt wurde (vgl. hierzu bereits ausführlich *Müller* im [BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe September 2017, Seite 3](#)). Eine Weisung ist dann „billig“, wenn sie billigem Ermessen entspricht, d.h., wenn der Arbeitgeber die Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt hat.

Der 10. Senat des BAG hatte zuvor beim 5. Senat des Gerichts angefragt, ob er an seiner früheren Rechtsprechung festhalten möchte, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren. Der 5. Senat hatte am 19. September 2017 mitgeteilt, dass er an dieser Rechtsauffassung nicht mehr festhält. Arbeitgeber sollten daher bei der Weisungserteilung besonderes Augenmerk auf die sorgfältige Abwägung der beiderseitigen Interessen legen. Gerade wenn es um Weisungen zur überörtlichen Versetzung geht, sollten Arbeitgeber keinen „Schnellschuss“ riskieren. Zusätzlich ist der vorsorgliche Einsatz einer Änderungskündigung zu erwägen (Näheres im oben erwähnten Beitrag von *Müller*).

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

### Redaktion (verantwortlich)

Markus Bauer, Rechtsanwalt

Redaktionsschluss dieser Ausgabe ist der 22. November 2017.

### Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Dr. Thomas Puffe, Rechtsanwalt  
Tel.: +49 30 26471-281 • [Thomas.Puffe@bblaw.com](mailto:Thomas.Puffe@bblaw.com)

**Düsseldorf** • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf  
Christian von Buddenbrock, Rechtsanwalt  
Tel.: +49 211 518989-190 • [Christian.vonBuddenbrock@bblaw.com](mailto:Christian.vonBuddenbrock@bblaw.com)

**Frankfurt am Main** • Mainzer Landstraße 36  
60325 Frankfurt am Main  
Dr. Thomas Drosdeck, Rechtsanwalt  
Tel.: +49 69 756095-115 • [Thomas.Drosdeck@bblaw.com](mailto:Thomas.Drosdeck@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Dr. Christopher Melms, Rechtsanwalt  
Tel.: +49 89 35065-1143 • [Christopher.Melms@bblaw.com](mailto:Christopher.Melms@bblaw.com)

## Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar. Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [Markus.Bauer@bblaw.com](mailto:Markus.Bauer@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.

Alle Rechte vorbehalten.

## Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811



Weitere interessante Themen und Informationen zum Arbeitsrecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)