

# ARBEITSRECHT

## Liebe Leserinnen und Leser,

während es der Gesetzgeber im Arbeitsrecht derzeit eher ruhig angehen lässt, herrscht in der Rechtsprechung wie üblich reges Treiben. Für Aufsehen hat eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts gesorgt, in der geklärt wird, welcher Betriebsrat im Rahmen personeller Einzelmaßnahmen mitreden darf bzw. muss, wenn Matrixstrukturen bestehen. Immerhin jedes dritte deutsche Unternehmen wählt inzwischen diese Organisationsform – Grund genug, sich mit dem Beschluss ausführlicher auseinanderzusetzen (vgl. im nebenstehenden Beitrag).

Wichtige weitere Entscheidungen gibt es unter anderem zum Dauerbrennerthema sachgrundlose Befristung nach einer Vorbeschäftigung, die hier 22 Jahre zurücklag, zum Urlaubsverfall bei Langzeiterkrankten und zur Leiharbeit. Diese Entscheidungen lesen Sie samt Konsequenzen kompakt zusammengefasst und mit Praxistipps versehen ab [Seite 3](#) – außerdem Kurioses in unseren Kurzmeldungen ab [Seite 10](#). Hier erfahren Sie, wie Waschpulver und Baby-nahrung in einem Koffer zu einer fristlosen Kündigung führen konnten.

Wir wünschen Ihnen einen möglichst nicht so kuriosen Arbeitsalltag sowie eine informative Lektüre und stehen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Mit den besten Grüßen



**Dr. Wolfgang Lipinski**  
für die Praxisgruppe Arbeitsrecht

## INHALT

RECHTSPRECHUNG	Seite 1
KURZMELDUNGEN	Seite 10
HINWEISE UND IMPRESSUM	Seite 12

## RECHTSPRECHUNG

### Mitbestimmung des Betriebsrats im Rahmen von Matrixstrukturen

*Bundesarbeitsgericht vom 12. Juni 2019 – 1 ABR 5/18*

Eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) liegt auch vor, wenn ein Arbeitnehmer, der seinen Dienstsitz in einem bestimmten Betrieb des Unternehmens hat und dort regelmäßig tätig ist, zum Vorgesetzten von unternehmensangehörigen Arbeitnehmern eines anderen Betriebs bestellt und durch die Wahrnehmung dieser Führungsaufgaben (auch) der arbeitstechnische Zweck dieses anderen Betriebs verwirklicht wird (amtlicher Leitsatz).

#### SACHVERHALT

Ein Mitarbeiter wurde zum Bereichsleiter befördert. Er war schon zuvor dem Betrieb in der Zentrale zugeordnet gewesen. Der dortige Betriebsrat hatte der Beförderung zugestimmt. Nun allerdings nahm der Beschäftigte von der Zentrale aus seine Füh-

rungsaufgabe inklusive Weisungsbefugnis gegenüber mehreren Arbeitnehmern in einer anderen Betriebsstätte mit eigenem Betriebsrat wahr. Letzterer verweigerte seine Zustimmung zur Beförderung unter Verweis auf die unterbliebene interne Stellenausschreibung der Bereichsleitertätigkeit.

### ENTSCHEIDUNG

Das BAG bejahte eine „Einstellung“ im Sinne des BetrVG und damit die Notwendigkeit der Zustimmung durch den Betriebsrat dazu, wie der Bereichsleiter als Vorgesetzter in die Erfüllung der zu erledigenden Aufgaben in der Betriebsstätte einzubinden sei. Dies allein sei für eine Eingliederung in die Betriebsstätte und damit die aus rechtlicher Sicht zu wertende „Einstellung“ ausschlaggebend. Keine Rolle spiele, ob die Führungskraft ihre Arbeit auf dem Betriebsgelände oder innerhalb des Betriebs verrichte; eine Mindestanwesenheit im Betrieb sei nicht Voraussetzung. Unerheblich sei auch, wie viel Zeit der Angestellte in die Tätigkeit speziell für diese Betriebsstätte investiere. Denn aus dem BetrVG ließen sich keine quantitativen oder qualitativen Vorgaben für eine Einstellung entnehmen. Eine Zuordnung der Führungskraft in den Betrieb in der Zentrale stehe der Eingliederung in den Betrieb der untergeordneten Arbeitnehmer nicht entgegen. Denn eine zeitgleiche Eingliederung in mehrere Betriebe sei durchaus denkbar.

In diesem Fall war jedenfalls der lokale Betriebsrat und nicht der Gesamtbetriebsrat für die Einstellung der Führungskraft zuständig. Der hätte jedoch die Zustimmung zur Beförderung nicht verweigern dürfen. Denn der Arbeitgeber hatte in der Betriebsstätte der untergebenen Arbeitnehmer weder einen neuen Arbeitsplatz geschaffen noch einen dort schon vorhandenen Arbeitsplatz ersetzt. Damit war eine interne Stellenausschreibung der Bereichsleitertätigkeit nicht erforderlich.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Ungefähr ein Drittel der deutschen Unternehmen greifen mittlerweile auf die Organisationsform der so genannten Matrix zurück. Bei der Matrixstruktur wird das Unternehmen horizontal in projekt- oder produktbezogene Bereiche (Produkt 1, Produkt 2) aufgeteilt. Vertikal wird sie in funktionale Bereiche (z. B. Produktion, Vertrieb, Verwaltung) geteilt. Dies hat vor allem den Vorteil, dass der Kommunikationsweg zwischen den Abteilungen deutlich kürzer ist. Ferner wird eine enge, fachliche Steuerung der Mitarbeiter über Betriebs- und Unternehmensgrenzen hinaus ermöglicht. Die Effizienz und Spezialisierung der Arbeit kann erhöht werden.

Das 1972 in Kraft getretene BetrVG ist jedoch für eine solche moderne Matrixstruktur nicht ausgelegt. So muss nach dem BetrVG ein Unternehmen mit mehr als 20 Arbeitnehmern bei einer Einstellung und Versetzung im Betrieb vorher den Betriebsrat unterrichten und seine Zustimmung einholen. Doch gilt das auch bei der Übertragung einer Führungsaufgabe in der Matrixstruktur im Betrieb der untergebenen Mitarbeiter? Und welcher Betriebsrat ist ggf. zuständig? Das gelte bei einer Eingliederung in die Betriebsstätte, und deren lokaler Betriebsrat sei dann auch zuständig, so das Bundesarbeitsgericht in der hier besprochenen Entscheidung.

### PRAXISTIPP

Unternehmen müssen ab sofort alle Betriebsräte derjenigen Arbeitnehmer beteiligen, die der Weisungsbefugnis einer neuen Führungskraft unterfallen. Bei großen Unternehmen kann das schnell die Beteiligungspflicht einer Vielzahl von lokalen Betriebsratsgremien zur Folge haben. Der Betriebsrat kann zwar unter Umständen die Zustimmung verweigern. Für den Fall sieht das BetrVG jedoch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes ein Prozedere für eine vorläufige Durchführung der Einstellung vor, die der Betriebsrat selbst im Wege einer einstweiligen Verfügung nicht stoppen kann. Zur Vermeidung der Beteiligung des Betriebsrats bei der Übertragung von Führungsaufgaben sollten Arbeitgeber prüfen, ob die Führungskraft ein leitender Angestellter im Sinne des BetrVG ist. Denn bei leitenden Angestellten ist das BetrVG mit seinen Beteiligungspflichten nicht anwendbar. Im Zweifel sollte der lokale Betriebsrat vorsorglich bei der Einstellung beteiligt werden. Wichtig für die Praxis ist jedenfalls, dass das Gericht für Klarheit hinsichtlich der alleinigen Zuständigkeit des lokalen Betriebsrats gesorgt hat.



#### Dr. Wolfgang Lipinski

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München



#### Gerd Kaindl

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

**Hinweis:** Der Beitrag ist in einer anderen Form auch bei LTO online erschienen (vom 18. September 2019).

## Befristung ohne Sachgrund – Verbot der „Zuvor-Beschäftigung“: 22 Jahre sind „sehr lang“

Bundesarbeitsgericht vom 21. August 2019 – 7 AZR 452/17

Wird ein Arbeitnehmer 22 Jahre nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses erneut bei demselben Arbeitgeber eingestellt, gelangt das in § 14 Abs. 2 Satz 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) bestimmte Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer Vorbeschäftigung in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift regelmäßig nicht zur Anwendung.

### SACHVERHALT

Eine Arbeitnehmerin war von Oktober 1991 bis November 1992 als Hilfsbearbeiterin für Kindergeld bei der Bundesagentur für Arbeit beschäftigt. Im Oktober 2014 wurde die Arbeitnehmerin befristet bis zum 30. Juni 2015 als Telefonserviceberaterin im Servicecenter eingestellt. Ein Sachgrund lag nicht vor. Der sachgrundlos befristete Arbeitsvertrag wurde bis zum 30. Juni 2016 verlängert. Die Arbeitnehmerin klagt auf Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung am 30. Juni 2016 wirksam beendet wurde. Es habe eine Zuvor-Beschäftigung vorgelegen, weshalb der Arbeitsvertrag nicht sachgrundlos befristet werden dürfe.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) sah dies anders. Die Befristung des Arbeitsvertrags sei ohne Sachgrund wirksam. Zwar sei die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden habe; nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 6. Juni 2018 (1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14) sei aber der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG durch verfassungskonforme Auslegung einzuschränken. Danach sei das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar, wenn eine Gefahr der Kettenbefristung unter Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht bestehe. Das Verbot der Befristung könne unter anderem dann unzumutbar sein, wenn eine Zuvor-Beschäftigung *sehr lang* zurückliege. Ein solcher Fall sei vorliegend gegeben, weil die Zuvor-Beschäftigung bei der erneuten Einstellung 22 Jahre zurücklag. Besondere Umstände, die eine Anwendung des Verbots der sachgrundlosen Befristung gebieten könnten, lägen nicht vor.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das BAG hatte schon zu Beginn des Jahres die Gelegenheit, die vom BVerfG aufgestellten zeitlichen Vorgaben zur Zuvor-Beschäftigung zu konkretisieren: In zwei Urteilen vom 23. Januar 2019 (7 AZR 733/16; 7 AZR 161/15, vgl. [BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe März 2019](#), Seite 13) hat das BAG entschieden, dass das Verbot der sachgrundlosen Befristung für den Arbeitgeber dann zumutbar sei, wenn die Zuvor-Beschäftigung nur acht Jahre zurückliege. Bei einem solchen Zeitraum könne nicht von einer *sehr lang* zurückliegenden Zuvor-Beschäftigung

ausgegangen werden. Zudem hat das BAG entschieden, dass ca. 15 Jahre ebenfalls kein *sehr langer* Zeitraum in diesem Sinne sind (vom 17. April 2019 – 7 AZR 323/17). Die aktuelle Entscheidung bietet insoweit eine weitere Orientierungshilfe bei der Beurteilung, ob eine Zuvor-Beschäftigung *sehr lang* zurückliegt. Zumindest bei einem Zeitablauf von 22 Jahren kann das Anschlussverbot für den Arbeitgeber wegen des langen Zeitraums unzumutbar sein. Aufgrund des neuerlichen Urteils des BAG kann ein grober Rahmen für das Kriterium, wann eine Zuvor-Beschäftigung *sehr lang* zurückliegt, abgesteckt werden. Ab wann die Grenze der Zumutbarkeit für den Arbeitgeber zu ziehen ist, kann jedoch auch nach dieser Entscheidung nicht abschließend beantwortet werden. Die Beurteilung unterliegt – wie das BAG schon in den vorherigen Entscheidungen betont hat – einer Würdigung des konkreten Einzelfalls.

### PRAXISTIPP

Die Unzumutbarkeit des Befristungsverbots nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG unterliegt hohen Anforderungen. Soll ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen werden, sollte sichergestellt sein, dass der Bewerber nicht bereits zuvor im eigenen Unternehmen beschäftigt war – etwa mit Hilfe eines Fragebogens. Andernfalls droht sich das Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes umzuwandeln.



### Johannes Schäfer

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg

## Verdachtskündigung und Datenschutz – Was ist zu beachten?

Bundesarbeitsgericht vom 31. Januar 2019 – 2 AZR 426/18

Auch bei einer ordentlichen Verdachtskündigung gibt es keine starre Frist, innerhalb derer ein Arbeitgeber sein Kündigungsrecht ausüben muss. Allerdings kann das Recht zur Kündigung durch Zeitablauf verwirkt und die Kündigung nicht mehr erfolgreich auf einen möglichen Vertrauensverlust gestützt werden.

### SACHVERHALT

Der Arbeitnehmer wehrte sich gerichtlich gegen eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung. Gestützt war die Kündigung auf den Verdacht, dass der Arbeitnehmer mit seiner dienstlichen Tankkarte auch andere Fahrzeuge vertragswidrig betankt habe. Die Besonderheit des Falls lag in der Aufdeckung

des Tatverdachts und den Zeitabläufen: Auf Grund eines anderen Vorwurfs war der Dienstrechner des Arbeitnehmers mit dessen Zustimmung untersucht worden. In nicht als privat gekennzeichneten Dateien waren zufällig Hinweise auf Tankbelege entdeckt worden, aus denen wegen Kraftstoffart und -menge auf den Missbrauch der Tankkarte geschlossen werden konnte. Nachdem zunächst von den Arbeitsgerichten durch alle Instanzen aus rein formellen Gründen die Unwirksamkeit der im Jahr 2013 ausgesprochenen Kündigungen rechtskräftig festgestellt worden war, hatte der Arbeitgeber mit einer im Jahr 2016 wiederholten ordentlichen Kündigung Erfolg.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat wegen der erheblichen zeitlichen Abstände zwischen den ersten Kündigungen 2013 und der erfolgreichen Nachkündigung 2016 klargestellt, dass es keine starre Frist gibt, innerhalb derer ein Arbeitgeber sein Kündigungsrecht ausüben muss. Allerdings kann auch das Recht zur Kündigung nach § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) durch Zeitablauf verwirkt sein und ein längeres Zuwarten des Arbeitgebers zur Annahme führen, dass die Kündigung bei pflichtwidrigem Verhalten nicht mehr durch einen behaupteten Vertrauensverlust bedingt ist. Auch wenn bei einer ordentlichen Verdachtskündigung die Kündigungserklärungsfrist von zwei Wochen ab Kenntnis vom Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 2 BGB nicht gilt, soll sich ein Arbeitgeber zügig entscheiden müssen. Denn ein notwendiger Vertrauensverlust kann nur dann durch ein verdächtiges Verhalten „bedingt“ sein, wenn dieses Verhalten – wäre es erwiesen – sogar eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätte.

Außerdem hat das BAG deutlich gemacht, dass bestimmte Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen auch ohne Vorliegen eines durch Tatsachen begründeten Anfangsverdachts – insbesondere bei einer Straftat oder anderen schweren Pflichtverletzung – zulässig sein können. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Maßnahme offen erfolgt, der Arbeitnehmer zuvor darauf hingewiesen worden ist, welche Gründe die Einsichtnahme erfordern und dass der Betroffene Dateien durch eine Kennzeichnung als „privat“ von einer Einsichtnahme ausschließen kann.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung des BAG ist ein gutes Beispiel dafür, dass sich Durchhaltevermögen am Ende vor den Arbeitsgerichten lohnen kann. Ob das gemessen an wirtschaftlichen Maßstäben immer der richtige Weg ist, muss der Arbeitgeber in jedem Einzelfall neu entscheiden. Hält sich ein Unternehmen aber an die vom BAG festgelegten Spielregeln, ist auch bei bloßem Vorliegen eines Verdachts pflichtwidrigen Verhaltens eine Kündigung keinesfalls aussichtslos.

#### PRAXISTIPP

Ein Arbeitgeber sollte bei der Ermittlung von möglichen Kündigungssachverhalten immer darauf bedacht sein, keine zeitlichen Lücken entstehen zu lassen, sondern zügig durchermitteln und zeitnah eine abschließende Entscheidung treffen. Dann kann ein Kündigungssachverhalt trotz längerer Verfahrensdauer und nicht selten

völlig gegensätzlichen Bewertungen durch die Instanzgerichte auch nach Jahren zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden. Außerdem sollte bei anlassbezogenen Verdachtsmomenten die Sicherung von Daten auf dienstlichen Rechnern und sonstigen überlassenen Arbeitsgeräten eine hohe Priorität haben. Sind Datensätze einmal vorschnell gelöscht und nicht mehr wiederherstellbar, ist das Kind in den Brunnen gefallen. Eine spätere Verwertung ist dann in jedem Fall ausgeschlossen. Wann und unter welchen konkreten Umständen gesicherte Datenbestände untersucht werden dürfen, steht auf einem anderen Blatt und ist in jedem Einzelfall genau zu prüfen. Dem Arbeitgeber sind hier datenschutzrechtlich enge Grenzen gesetzt. Allerdings dürfen Unternehmen nach § 26 Abs. 1 Satz 1 Bundesdatenschutzgesetz alle Daten speichern und verwenden, die sie benötigen, um die ihnen obliegende Darlegungs- und Beweislast in einem potenziellen Kündigungsschutzprozess zu erfüllen.



#### Peter Weck

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf

## Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz bei Leiharbeit: Vorsicht bei arbeitsvertraglichen Bezugnahmen auf Tarifverträge geboten

*Bundesarbeitsgericht vom 16. Oktober 2019 – 4 AZR 66/18*

Will ein Zeitarbeitsunternehmen durch arbeitsvertragliche Verweisung auf einen geltenden Tarifvertrag vom Equal-Pay-Grundsatz abweichen, muss dieser Tarifvertrag durch die Inbezugnahme vollständig zur Anwendung kommen. Andernfalls kann die Vereinbarung unwirksam sein, so dass Verleiher die Nachzahlung von Gehältern und Sozialversicherungsbeiträgen droht.

#### SACHVERHALT

Im Arbeitsvertrag zwischen einem Kraftfahrer und einem Zeitarbeitsunternehmen waren verschiedene Tarifverträge zwischen der Tarifgemeinschaft des DGB und dem IGZ sowohl dynamisch, als auch in ihrer konkreten Fassung in Bezug genommen worden. Darin war ein geringeres Gehalt vorgesehen, als vergleichbare Stamarbeitnehmer im Entleiherbetrieb erhielten. Daneben wick der Arbeitsvertrag von den Tarifverträgen hinsichtlich einzelner

Regelungen zu Arbeitszeit, Ausschlussfrist und Vertragsstrafe ab. Der Leiharbeitnehmer war der Meinung, es läge keine vollständige Verweisung auf den Tarifvertrag vor und forderte die Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und dem, was ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer beim Entleiher verdiene.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG gab – entgegen den beiden Vorinstanzen – dem Leiharbeitnehmer Recht. Dieser hatte für den gesamten Zeitraum der Überlassung beim Entleiher einen Anspruch auf Equal Pay. Denn nach Auffassung des Gerichts wurde im Arbeitsvertrag keine wirksame Vereinbarung getroffen, die das Zeitarbeitsunternehmen zur Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz berechnete. Dieser Grundsatz gelte nach Systematik und Zweck des AÜG nur dann nicht unmittelbar, wenn die vollständige Anwendung eines für die Arbeitnehmerüberlassung einschlägigen Tarifwerks vereinbart sei. Vorliegend waren jedoch in den vertraglichen Abreden Abweichungen von den tariflichen Bestimmungen zu Ungunsten des Leiharbeitnehmers enthalten, die aus Sicht des Gerichts dazu führten, dass der Tarifvertrag nicht vollständig, sondern nur teilweise zur Anwendung kam.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Vom Equal-Pay-Grundsatz kann grundsätzlich weiterhin für höchstens neun Monate abgewichen werden, indem auf einen einschlägigen Tarifvertrag für die Arbeitnehmerüberlassung arbeitsvertraglich Bezug genommen wird. Zu beachten ist aber, dass eine zunächst vollumfängliche Verweisung auf einen Tarifvertrag durch einzelvertragliche, abweichende Regelungen gefährdet werden kann. Insbesondere, wenn diese im Vergleich mit dem Tarifvertrag zu Ungunsten des Leiharbeitnehmers wirken, kommt das Tarifwerk nicht mehr vollumfänglich zur Anwendung, so dass die Grundlage für die Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz entfallen kann und der Leiharbeitnehmer einen Anspruch auf die höhere Vergütung eines Stammarbeitnehmers hat. Dies kann zudem zur Folge haben, dass das Zeitarbeitsunternehmen zukünftig und rückwirkend erhöhte Sozialversicherungsbeiträge samt Arbeitnehmeranteil und Säumniszinsen abführen muss. Im Gegensatz zu den Vergütungsansprüchen des Arbeitnehmers unterliegen die Sozialversicherungsbeiträge dabei nicht den kurzen arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen, sondern einer vierjährigen Verjährungsfrist.

#### PRAXISTIPP

Zeitarbeitsunternehmen sind angehalten zu prüfen, inwieweit einzelvertragliche Regelungen und vollständig in Bezug genommenen Tarifverträge in den verwendeten Arbeitsverträgen divergieren. Insbesondere ist bei Abweichungen von Tarifverträgen zu Ungunsten des Leiharbeitnehmers künftig besondere Vorsicht geboten, um nicht die vollständige Anwendung des Tarifwerks und somit die einzig mögliche Rechtfertigung für die Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz zu riskieren. Ansonsten drohen Nachzahlungen von Gehältern, gegen die nur wirksame Ausschlussfristen in gewissem Umfang schützen. Gegen

eine nachträglich gebotene Verbeitragung von Differenzbeträgen zwischen Equal Pay und gezahltem Gehalt, die auch die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung betreffen und für die auch der Entleiher mithaftet, helfen indessen Ausschlussfristen nicht.



#### Dr. Daniel Hund, LL.M.

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München



#### Julia Wendel

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berlin

**Hinweis:** Der Beitrag ist in einer abweichenden Fassung mit dem Titel „Nur ein bisschen Bezugnahme geht nicht“ bei LTO online erschienen (vom 17. Oktober 2019).

## BAG verschärft die Voraussetzungen für Unterrichtsanspruch des Betriebsrats weiter

*Bundesarbeitsgericht vom 9. April 2019 – 1 ABR 51/17*

Der Betriebsrat hat bei der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs aus § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG höhere Hürden als vor Inkrafttreten der DSGVO zu nehmen, wenn vom Auskunftsbegehren personenbezogene Daten erfasst sind. Arbeitgeber können ein Verlangen des Betriebsrats auf Übermittlung bestimmter Arbeitnehmerdaten sowohl aus betriebsverfassungs- als auch aus datenschutzrechtlichen Erwägungen ablehnen.

### SACHVERHALT

Die Arbeitgeberin gewährte Mitarbeiterinnen, die eine Schwangerschaft mitteilten, das Recht, die Weitergabe dieser Information an den Betriebsrat zu untersagen. Wenn Mitarbeiterinnen davon Gebrauch machten, wurden keine entsprechenden Informationen übermittelt. Der Betriebsrat verlangte indessen, ihn über alle bekanntwerdenden Fälle der Schwangerschaft – auch gegen den Willen der Mitarbeiterinnen – zu unterrichten. Zur Begründung verwies er darauf, dass er nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG über die Einhaltung sämtlicher zugunsten von Arbeitnehmerinnen geltenden Gesetze, wie etwa des Mutterschutzgesetzes, zu wachen habe. Der Betriebsrat verklagte daher die Arbeitgeberin auf Mitteilung aller ihr angezeigten Schwangerschaftsfälle. Die beiden ersten Instanzen gaben dem Betriebsrat Recht.

## ENTSCHEIDUNG

Die Arbeitgeberin hatte vor dem BAG Erfolg. Der Betriebsrat habe nicht ausreichend dargelegt, dass die begehrte Auskunft erforderlich war, um eine konkrete gesetzliche Aufgabe zu erfüllen. Denn der Betriebsrat habe einem Arbeitgeber bereits bei der ersten Geltendmachung seines Anspruchs aufzuzeigen, welche konkrete Aufgabe er dabei wahrnimmt und warum die begehrten Informationen im Einzelfall zu ihrer Durchführung erforderlich sind. Ein allgemein gehaltener Verweis auf die Überwachung jeglicher gesetzlicher (Schutz-)Pflichten genügt hierzu nicht. Da im Streitfall eine Vielzahl von arbeitgeberseitigen Pflichten tangiert wurde, musste der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Prüfung ermöglichen, welches zugunsten der schwangeren Arbeitnehmerinnen konkret geltende Ge- bzw. Verbot (z. B. der Nachtarbeit) der Betriebsrat zu überwachen beabsichtigte und inwieweit er dafür die Unterrichtung über jede einzelne Schwangerschaft unter Namensnennung benötigte.

Zudem wies das BAG in dieser Entscheidung darauf hin, dass den Betriebsrat eine spezifische datenschutzrechtliche Schutzpflicht trifft. Verlangt er die Übermittlung sensibler Daten (z. B. Gesundheitsdaten), muss dem Arbeitgeber zusätzlich zu den oben genannten Voraussetzungen gezeigt werden, welche Schutzvorkehrungen und weitere Maßnahmen zur Datensicherheit getroffen wurden. Fehlen solche Maßnahmen, ist der Auskunftsanspruch des Betriebsrats ausgeschlossen.

## KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung hat für die Praxis enorme Bedeutung, da Betriebsräte regelmäßig ein gegen den Arbeitgeber gerichtetes Auskunftsbegehren nur pauschal mit seiner Allzuständigkeit nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG und einem allgemeinen Verweis auf das zu beachtende Gesetz rechtfertigen. Das BAG setzt seine Rechtsprechung zu den verschärften Voraussetzungen für die Darlegungslast des Betriebsrats bei Auskunftsansprüchen nach § 80 Abs. 2 BetrVG fort (vgl. BAG vom 12. März 2019 – 1 ABR 43/17). Nach der vorliegenden Entscheidung reicht ein genereller Verweis des Betriebsrats auf den beschäftigungsspezifischen Schutznormkomplex, der seinerseits eine Vielzahl von Pflichten für den Arbeitgeber enthält, zur Begründung seiner Auskunftsforderung nicht mehr aus. Vielmehr hat der Betriebsrat unter Einbeziehung betrieblicher Gegebenheiten (z. B. Nachtarbeit) darzulegen, welche konkrete gesetzliche Schutzpflicht er überwachen will. Zudem macht sich ein Unternehmen datenschutzrechtlich angreifbar, wenn es dem Betriebsrat die personenbezogenen Daten erteilt, ohne dass dieser die gesetzlich geforderten Schutzvorkehrungen und weiteren Maßnahmen zur Datensicherheit (z. B. Verschlüsselung der Daten, Anonymisierung, Passwortschutz, etc.) getroffen hat. Außerdem drohen dem Arbeitgeber in diesem Fall datenschutzrechtliche Sanktionen.

## PRAXISTIPP

Der Arbeitgeber kann mithilfe folgender Fragen prüfen, ob er die geforderten personenbezogenen Informationen weitergeben darf und muss:

- Hat der Betriebsrat eine konkrete Aufgabe genannt?
- Ist die vom Betriebsrat geltend gemachte Aufgabe im Betrieb überhaupt relevant?
- Sind die verlangten Informationen zur Durchführung dieser Aufgabe im Einzelfall erforderlich?
- Begehrt der Betriebsrat die Weitergabe sensibler Daten? Falls ja:
  - Hat der Betriebsrat die im konkreten Fall erforderlichen technischen und organisatorischen Schutzvorkehrungen (z. B. Pseudonymisierung, Verschlüsselung der Daten, Begrenzung der Zugriffsmöglichkeiten etc.) getroffen und dargelegt?
  - Sind diese Schutzvorkehrungen ausreichend?



### Dr. Daniel Hund, LL.M.

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
München



### Dr. Olga Morasch

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
München

## Geltung transformierter Betriebsvereinbarungen bei mehreren Betriebsübergängen

Wurden die Normen einer Betriebsvereinbarung in Folge eines Betriebsübergangs ins Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber transformiert, können sie auch bei einem nachfolgenden Betriebsübergang nur auf der Grundlage von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB für das auf den weiteren Erwerber übergegangene Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangen.

*Bundesarbeitsgericht vom 12. Juni 2019 – 1 AZR 154/17*

## SACHVERHALT

Der Kläger war seit 1987 bei der V-GmbH beschäftigt. Diese schloss 1992 eine Betriebsvereinbarung über betriebliche Versorgungsleistungen (BV 1992). Die V-GmbH übertrug 1999 den Geschäftsbereich auf die V-SEA GmbH. Im Mai 2013 verschmolz die V-SEA GmbH auf die Beklagte und wurde vollständig in deren Betrieb integriert. Bei der Beklagten galt bereits seit 2008

für Neueintritte eine Gesamtbetriebsvereinbarung zur betrieblichen Altersversorgung (GBV 2008). Zudem schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat der V-SEA GmbH nach der Verschmelzung im November 2013 einen Sozialplan, nach dem im Versorgungskonto die bis zum Verschmelzungszeitpunkt erdienten Versorgungsanswartschaften nach der BV 1992 gutzuschreiben waren. Der Kläger macht geltend, dass sich seine betriebliche Altersversorgung weiterhin nach der BV 1992 richte.

### ENTSCHEIDUNG

Durch den Betriebsübergang auf die Beklagte wurde die BV 1992 von der GBV 2008 abgelöst. Das BAG lässt in seiner Entscheidung offen, ob bereits mit dem ersten Betriebsübergang auf die V-SEA GmbH die BV 1992 für den Kläger nach § 77 Abs. 4 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz fortgalt oder ob ihre Bestimmungen im Sinne von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis transformiert wurden.

In einem zweiten Schritt zeigt das BAG, dass eine Fortgeltung der BV 1992 i.S.d. § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ausscheidet, da mit dem Betriebsübergang 2013 die V-SEA GmbH nicht unter Wahrung ihrer Identität auf die Beklagte übertragen worden sei. Zudem würden nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB transformierte Regelungen auch beim Betriebserberwerber ihren kollektivrechtlichen Charakter beibehalten und wandeln sich nach einem Betriebsübergang nicht in einzelvertragliche Regelungen um.

Soweit der Normenbestand einer Betriebsvereinbarung nach einem Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserberwerber transformiert wurde, könnten nachfolgende Betriebsübergänge nur auf dieser Grundlage auf das auf den weiteren Erwerber übergegangene Arbeitsverhältnis zur Anwendung gelangen. Allerdings gelte die Regelung nicht, wenn die Rechte und Pflichten beim neuen Inhaber durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Eine dahingehende Ablösung setze voraus, dass die beim Betriebserberwerber und Veräußerer geltenden Betriebsvereinbarungen inhaltlich denselben Gegenstand regeln und die übernommenen Arbeitnehmer in den Geltungsbereich der beim Erwerber bestehenden Betriebsvereinbarung fallen.

Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Dieser Annahme würden auch betriebsrentenrechtliche Erwägungen nicht entgegenstehen. Voraussetzung hierfür sei, dass für das übergehende Arbeitsverhältnis, im übernommenen als auch aufnehmenden Betrieb, betriebliche Versorgungsleistungen durch Betriebsvereinbarung vorgesehen werden und der erdiente Besitzstand aufrechterhalten bleibe. Der Arbeitnehmer müsse auf den Erhalt bereits anteilig verdienster Versorgungsleistung vertrauen dürfen.

### PRAXISTIPP

Mit der Entscheidung schafft das BAG Rechtsklarheit für den Umgang mit Betriebsvereinbarungen im Fall von mehreren Betriebsübergängen. Im Rahmen einer Transformation von Betriebsvereinbarungen gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis bleibt der kollektive

Charakter der Regelungen erhalten und wandelt sich nicht in einzelvertragliche Regelungen um. Zudem kann infolge eines Betriebsübergangs im Sinne von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB auch ein nachfolgender Betriebsübergang nur auf derselben gesetzlichen Grundlage transformiert werden, wobei eine Ablösung gem. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB vorbehalten bleibt. Insgesamt erhalten Betriebserberwerber auch nach mehreren erfolgten Betriebsübergängen mehr Gestaltungsspielraum. Es besteht die Möglichkeit, bisherige Regelungen auch auf die eintretenden Arbeitnehmer zu übertragen, um eine Harmonisierung der Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.



### Susan Muhyaddin

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf

## Urlaubsverfall bei Langzeiterkrankten

*Landesarbeitsgericht Hamm vom 24. Juli 2019 – 5 Sa 676/19*

Arbeitgeber müssen Langzeiterkrankte zum Urlaubsverfall erst nach Genesung belehren.

### SACHVERHALT

Eine Arbeitnehmerin war seit dem Jahr 2017 durchgängig erkrankt. Im Jahr 2017 konnte sie deshalb 14 Tage des ihr zustehenden Urlaubsanspruchs nicht nehmen. Im November 2018 forderte die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber auf, den nicht genommenen Urlaub aus dem Jahr 2017 abzugelten. Dies wies der Arbeitgeber zurück. Die Arbeitnehmerin beanspruchte mit ihrer im Dezember 2018 eingereichten Klage zunächst Abgeltung von 14 Urlaubstagen aus dem Jahr 2017, jedenfalls in der zweiten Instanz wollte sie dann festgestellt wissen, dass ihr aus dem Jahr 2017 noch ein Urlaubsanspruch in Höhe von 14 Tagen zusteht.

Die Arbeitnehmerin stützte sich auf die Entscheidung des EuGH vom 6. November 2018 (C-684/16 – *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV/Tetsuji Shimizu*, vgl. [BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe Dezember 2018](#), Seite 1 ff.), wonach der Arbeitgeber gehalten ist, konkret und transparent dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Dazu hat der Arbeitgeber klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass der Urlaub am Ende des Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums verfallen wird, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nimmt. Die Arbeitnehmerin vertrat die Ansicht, dass ihr restlicher Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2017 nicht verfallen konnte, da der Arbeitgeber es versäumt habe, sie entsprechend seiner

durch den EuGH statuierten Mitwirkungspflicht rechtzeitig auf den drohenden Verfall hinzuweisen.

#### DIE ENTSCHEIDUNG

Das LAG urteilte, dass die Belehrungspflicht des Arbeitgebers, dass Urlaubsansprüche bei Nichtinanspruchnahme bis zum 31. Dezember des Kalenderjahres oder bis zum 31. März des Folgejahres im Fall der Übertragung erlöschen, für Langzeiterkrankte bis zu ihrer Genesung nicht gelte. Die arbeitsunfähige Arbeitnehmerin könne ihren Jahresurlaub, auch bei einer förmlichen Aufforderung, diesen zu nehmen, wegen ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht antreten. Eine Belehrung als Obliegenheit des Arbeitgebers ergebe aber nur dann Sinn, wenn die Arbeitnehmerin in der Lage sei, auf die Belehrung zu reagieren. Dies sei bei einer durchgehenden Arbeitsunfähigkeit nicht der Fall. Zudem hätte die verlangte Belehrung auch deshalb nicht erfolgen können, weil diese schlicht unzutreffend gewesen wäre, da bestehende Urlaubsansprüche von Langzeiterkrankten nicht zum 31. Dezember des Kalenderjahres, sondern erst nach Ablauf von 15 Monaten ausgehend vom Ende des Kalenderjahres verfallen. Eine Belehrung sei damit erst erforderlich und möglich, wenn eine Genesung der Arbeitnehmerin eintrete.

#### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das LAG Hamm hat mit dieser Entscheidung nun einen ersten Wegweiser geschaffen, wie bei der Belehrung über den Verfall von Urlaubsansprüchen mit langzeiterkrankten Arbeitnehmern zu verfahren ist. Ausweislich der aufgrund der EuGH-Rechtsprechung ergangenen BAG-Entscheidung vom 19. Februar 2019 (9 AZR 423/16, vgl. [BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe Juni 2019](#), Seite 1 f.) müssen sich Arbeitgeber zur Erfüllung ihrer Mitwirkungsobliegenheit auf den Verfall des individuellen, „konkret“ zu bezeichnenden Urlaubsanspruchs eines bestimmten Jahres beziehen. Dies gestaltet sich aber bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern zuweilen schwierig, da sich die Verfallfristen danach richten, ob die Arbeitnehmer im Kalenderjahr genesen. Insofern hat das LAG Hamm eine praktikable Lösung vorgeschlagen, indem es die Pflicht zur Belehrung erst mit der Genesung eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers entstehen lässt.

#### PRAXISTIPP

Vorliegend handelt es sich zwar um eine aus Praxisgesichtspunkten begrüßenswerte Entscheidung, jedoch ist das LAG Hamm für seine zuweilen kreativen Entscheidungen und Begründungen bekannt. Arbeitgeber sollten daher bis zu einer etwaigen abschließenden höchstrichterlichen Entscheidung die Instanzrechtsprechung zur Belehrungspflicht bei Langzeiterkrankten im Auge behalten und vorsorglich weiterhin Belehrungen an langzeiterkrankte Arbeitnehmer versenden.



**Sonja Müller**  
Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Keine fristlose Kündigung bei Mitnahme eines kranken Kindes zur Arbeit während der Probezeit

Das Mitbringen von erkrankten Kindern zum Arbeitsplatz kann eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten darstellen. Eine solche Pflichtverletzung während einer bestehenden Probezeit rechtfertigt allerdings nicht ohne Weiteres den Ausspruch einer fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber. Eine Abmahnung ist grundsätzlich vorrangig.

*Arbeitsgericht Siegburg vom 4. September 2019 – 3 Ca 642/19*

#### SACHVERHALT

Die Arbeitnehmerin war als Altenpflegefachkraft in einer Pflegeeinrichtung beschäftigt. Während ihrer Probezeit erkrankten ihre Kinder. Die Betreuungsbedürftigkeit wurde ärztlich festgestellt. Die Arbeitnehmerin war gleichwohl zunächst weiter tätig und nahm zeitweise ihre erkrankten Kinder mit zur Arbeit. Einige Tage später erkrankte die Mitarbeiterin selbst und wurde krankgeschrieben. Die Arbeitgeberin kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich unter Einhaltung der während der Probezeit geltenden zweiwöchigen Kündigungsfrist. Der Mitarbeiterin sei es verboten gewesen, ihre Kinder mit zur Arbeit zu nehmen. Die Arbeitnehmerin erhob gegen die außerordentlich fristlose Kündigung Kündigungsschutzklage.

#### DIE ENTSCHEIDUNG

Das ArbG Siegburg gab der Kündigungsschutzklage statt und stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht fristlos, sondern erst aufgrund der ordentlichen Probezeitkündigung mit Ablauf der geltenden zweiwöchigen Kündigungsfrist beendet worden sei. Die außerordentlich fristlose Kündigung sei von keinem wichtigen Grund gemäß § 626 BGB getragen. Der Ausspruch einer Abmahnung als milderer Mittel hätte ausgereicht. Das ArbG Siegburg stellte aber klar, die Arbeitnehmerin habe gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Dies zum einen aus versicherungsrechtlichen Gründen, zum anderen habe sie ältere Patienten der Pflegeeinrichtung einer bestehenden Ansteckungsgefahr ausgesetzt.

#### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das Mitbringen von kranken Kindern zur Arbeitsstätte kann eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellen. Zu beachten ist aber vor allem: Nach Ansicht des ArbG Siegburg ist bei einer außerordentlich fristlosen Kündigung während der Probezeit (wie auch bei Kündigungen außerhalb der Probezeit) der Grundsatz „Abmahnung vor Kündigung“ zu wahren. Eine Abmahnung als milderer Mittel ist insoweit nicht „per se“ entbehrlich.

Die Entscheidung des ArbG Siegburg ist noch nicht rechtskräftig. Ob Berufung eingelegt wird, bleibt abzuwarten. Soweit ersichtlich hat sich auch das BAG mit einer solchen Fallkonstellation bislang noch nicht auseinandergesetzt.

**PRAXISTIPP**

Grundsätzlich sollten Arbeitgeber erwägen, die Mitnahme von erkrankten Kindern zum Arbeitsplatz gegenüber der Belegschaft per Weisung ausdrücklich zu untersagen. Dies gilt auch und erst recht, wenn Unternehmen grundsätzlich die Mitnahme von Kindern, etwa in einem eingerichteten Eltern-Kind-Büro, gestatten. Die arbeitgeberseitige Weisung könnte überdies mit dem Hinweis verbunden werden, dass ein Verstoß gegen das erklärte Verbot der Mitnahme von erkrankten Kindern den Ausspruch einer außerordentlich fristlosen und/oder ordentlichen Kündigung nach sich ziehen wird. Dies dient zum einen der Vermeidung von entsprechenden Pflichtverstößen und schützt andere Mitarbeiter vor der ungewollten Konsequenz einer Ansteckung; zum anderen kann eine solche Weisung die Erfolgsaussichten einer Kündigung erhöhen – insbesondere einer außerordentlichen Kündigung während der Probezeit. Der Verstoß gegen eine entsprechende Weisung stellt für sich genommen bereits eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar.

Ob die Mitnahme von erkrankten Kindern bzw. der Verstoß gegen die Weisung die Hürde einer erforderlichen schwerwiegenden Pflichtverletzung überschreitet, muss jeweils im Einzelfall gesondert geprüft werden. Mit Blick auf ein Abmahnungserfordernis kann dabei argumentiert werden, dass der arbeitgeberseitige Hinweis („Verstoß gegen das erklärte Verbot der Mitnahme von erkrankten Kindern zieht den Ausspruch einer Kündigung nach sich“) als „vorweggenommene Abmahnung“ den Ausspruch einer (weiteren) Abmahnung ersetzt. Nach Teilen der Rechtsprechung kann dies der Fall sein. Zur Risikominimierung sollte aber zugleich (hilfsweise) auch eine ordentliche (Probezeit-)Kündigung ausgesprochen werden.

**Benjamin Butz**

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg

## Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten des Mitbestimmungsgesetzes

*Bundesgerichtshof (BGH) vom 25. Juni 2019 – II ZB 21/18*

Leiharbeitnehmer, die auch weniger als sechs Monate beim Entleiher beschäftigt werden, sind bei den Schwellenwerten in der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen. Die Bewertung erfolgt arbeitsplatz- und nicht arbeitnehmerbezogen.

**SACHVERHALT**

In einem Logistikunternehmen (GmbH) besteht die Belegschaft ca. zu einem Drittel aus Leiharbeitnehmern. Die genaue Zahl der Arbeit- und Leiharbeitnehmer, die jedenfalls prognostiziert mehr als sechs Monate bei der GmbH eingesetzt werden sollen, betrug im Durchschnitt bzw. an einzelnen Stichtagen nicht mehr als 1.878. Damit wäre das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG; nur bei in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmern) nicht anwendbar. Wenn hingegen auch Leiharbeitnehmer mit einer Beschäftigungsdauer bei der GmbH von weniger als sechs Monaten berücksichtigt würden, wäre die Grenze von 2.000 Beschäftigten überschritten. Der Gesamtbetriebsrat beantragte festzustellen, dass ein Aufsichtsrat nach dem MitbestG hilfsweise nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) zu bilden sei. Das Landgericht hat dem Hilfsantrag stattgegeben, das Oberlandesgericht hat hingegen festgestellt, dass ein Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden sei.

**ENTSCHEIDUNG**

Der BGH stellt fest, dass es bei den Leiharbeitnehmern darum geht, wie viele Arbeitsplätze in einem Unternehmen regelmäßig über die Dauer von sechs Monaten hinaus mit Leiharbeitnehmern besetzt sind. Es komme nicht auf die Dauer des Einsatzes der einzelnen Leiharbeitnehmer an. § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG sei damit arbeitsplatz- und nicht arbeitnehmerbezogen zu verstehen. Damit sind bei der GmbH in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt und es ist ein Aufsichtsrat nach dem MitbestG zu bilden.

**KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS**

Nach dem Gesetzgeber und nach der Rechtsprechung sind Leiharbeitnehmer nicht pauschal bei arbeitsrechtlichen Schwellenwerten zu berücksichtigen. Es muss jeweils hinsichtlich der einzelnen Schwellenwerte differenziert werden. Es wird tatsächlich aber keine Differenzierung vorgenommen. Außerdem werden im Ergebnis doch pauschal alle Leiharbeitnehmer berücksichtigt. Arbeitgeber können sich (zukünftig) bei arbeitsrechtlichen Schwellenwerten nicht darauf verlassen, dass Leiharbeitnehmer nicht zu berücksichtigen sind.

**PRAXISTIPP**

Die Entscheidung des BGH sowie die (pauschale) Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der unternehmerischen Mitbestimmung hat keine Auswirkungen, wenn Unternehmen aus anderen Gründen nicht in den Geltungsbereich der Mitbestimmungsgesetze (§ 1 MitbestG, § 1 DrittelbG) fallen. Dies kann rechtskonform aufgrund der unternehmerischen Freiheit erreicht werden, indem

eine ausländische Rechtsform (österreichische GmbH, PLC), eine Personengesellschaft oder eine supranationale Rechtsform (z.B. SE) gewählt wird, die nicht vom Geltungsbereich des MitbestG/DrittelbG erfasst ist. Dies kann auch durch Sitzverlegung des Unternehmens an einen Ort außerhalb Deutschlands (Territorialitätsprinzip) oder durch Verteilung der Arbeitnehmer auf mehrere Gesellschaften jeweils unterhalb der Schwellenwerte und Kappung der (Konzern-)Zurechnungen erreicht werden.



### Dr. Erik Schmid

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

**Hinweis:** Ein ausführlicherer Beitrag zu diesem Thema von Markus Künzel und Dr. Erik Schmid ist im Deutschen Anwalt-Spiegel, Ausgabe 21/2019, Seite 11 ff. erschienen.

## KURZMELDUNGEN

### Änderungen im Berufsbildungsgesetz beschlossen – Mindestlohn für Azubis

Der Bundestag hat am 24. Oktober 2019 eine Reform des Berufsbildungsgesetzes beschlossen. Sie beinhaltet eine Mindestvergütung für Auszubildende, international vergleichbare Abschlussbezeichnungen und die Möglichkeit einer Teilzeitausbildung. Jeder Azubi, der im kommenden Jahr eine Berufsausbildung beginnt, soll nun mindestens 515 EUR im ersten Lehrjahr bekommen. Der Betrag wird in den folgenden Jahren schrittweise weiter auf bis zu 620 EUR monatlich im ersten Lehrjahr erhöht. Der Gesetzentwurf ist auf der Website des Bundesministeriums für Bildung und Forschung veröffentlicht.

### Gesetz für bessere Bezahlung von Pflegekräften verabschiedet

Ebenfalls am 24. Oktober 2019 hat das Parlament ein Gesetz für bessere Löhne in der Pflege beschlossen („Pflegelöhneverbesserungsgesetz“). Es sieht zwei Möglichkeiten für eine bessere Bezahlung von Pflegekräften vor: Einen durch Rechtsverordnung branchenweiten Tarifvertrag oder höhere Pflegemindestlöhne durch Rechtsverordnungen, die auf Empfehlungen der Pflegekommission basieren. Ziel ist es unter anderem, den Pflegeberuf angesichts fehlender Fachkräfte attraktiver zu machen.

Das Gesetz soll bis Ende des Jahres in Kraft treten. Der Gesetzentwurf ist auf der Website des Deutschen Bundestages abrufbar (Drucksache 19/13395).

### Paketbotengesetz kommt

Auch am 24. Oktober 2019 hat der Bundestag das Paketbotenschutzgesetz beschlossen. Es bestimmt für die Branche eine Nachunternehmerhaftung. Sie gilt bereits in der Bauwirtschaft und in der Fleischwirtschaft. Dabei haftet der Generalunternehmer, hier also insbesondere die großen Paketdienstleister, für von seinen Nachunternehmern abzuführende Versicherungsbeiträge gesamtschuldnerisch. Damit soll die Solidargemeinschaft der Beitragszahler geschützt und Schwarzarbeit sowie illegale Beschäftigung eingedämmt werden. Der Gesetzentwurf ist auf der Website des Ministeriums für Arbeit und Soziales abrufbar (Referentenentwurf vom 18. September 2019).

### BAG entscheidet zu Eingriffen in Versorgungsanswartschaften nach Betriebsübergang

Die Betriebsparteien sind bei Eingriffen in Versorgungsrechte an die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit gebunden. Das BAG hat diese Grundsätze in ständiger Rechtsprechung für Eingriffe in Versorgungsanswartschaften durch das sog. dreistufige Prüfungsschema präzisiert. Danach sind den abgestuften Besitzständen der Arbeitnehmer entsprechend abgestufte, unterschiedlich gewichtete Eingriffsgründe der Arbeitgeber gegenüberzustellen. Dieses Schema findet auch Anwendung, wenn eine Versorgungsordnung infolge eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB durch eine beim Erwerber bereits geltende Betriebsvereinbarung abgelöst wird. Das hat das BAG am 22. Oktober 2019 entschieden (3 AZR 429/18).

Dem Kläger war bei seinem ursprünglichen Arbeitgeber eine betriebliche Altersversorgung nach einer Betriebsvereinbarung zugesagt worden. Im Jahr 1998 kam es zu einer Verschmelzung mit der Betriebserwerberin, bei der es zu diesem Zeitpunkt zwei bereits geschlossene Ruhgeldordnungen (RGO I und II) sowie ein nicht geschlossenes Versorgungswerk (BV VO) in Form von Gesamtbetriebsvereinbarungen gab. Im Jahr 2000 schloss die Erwerberin mit den zuständigen Gewerkschaften einen Tarifvertrag (TV 2000), der Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung für die ehemaligen Mitarbeiter der ursprünglichen Arbeitgeberin enthielt. Danach sollten die RGO I und II einmalig geöffnet und die übernommenen Arbeitnehmer in diese Versorgungsordnungen so einbezogen werden, als hätten sie ihre gesamte Betriebszugehörigkeit beim Erwerber verbracht. Der Tarifvertrag ermächtigt die Betriebsparteien zur Regelung von Einzelheiten. Daraufhin schlossen Arbeitgeberin und Gesamtbetriebsrat eine Gesamtbetriebsvereinbarung für die übernommenen Arbeitnehmer (BV Überleitung).

Der Kläger erhielt auf dieser Grundlage ein Altersruhegeld. Im Juni 2014 teilte die Beklagte dem Kläger – wie auch einer Vielzahl anderer ehemaliger Mitarbeiter der ursprünglichen Arbeitgeberin – mit, dass sein Ruhegeld fehlerhaft berechnet worden

sei. Sie zahlte ab Juli 2014 das von ihr neu ermittelte niedrigere Ruhegeld. Der Kläger begehrt mit seiner Klage ein Altersruhegeld in der bisher gezahlten Höhe. Die Ablösung der beim Veräußerer geltenden Versorgungsordnung entfalte keine Wirkung. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem BAG Erfolg und führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (LAG). Die beim Erwerber bestehende BV VO war ungeeignet, die beim Veräußerer geltende Versorgungsordnung abzulösen. Die damit verbundenen Eingriffe hielten einer Überprüfung anhand des dreistufigen Prüfungsschemas nicht stand. Erst die später durch den TV 2000 geregelten Verschlechterungen sind gerechtfertigt. Die tariflichen Bestimmungen halten sich im Rahmen der Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit. Diese Grundsätze führen bei Tarifverträgen zu einer gegenüber dem dreistufigen Prüfungsschema eingeschränkten Überprüfung. Die Betriebsparteien haben in der BV Überleitung gegenüber dem TV 2000 jedoch weitere Verschlechterungen vorgenommen, die vom Tarifvertrag nicht gedeckt waren. Insofern ist die BV Überleitung wegen des gesetzlich vorgesehenen Tarifvorrangs teilunwirksam. Die Sache war an das LAG zurückzuverweisen. Dieses wird das dem Kläger zustehende Ruhegeld neu zu ermitteln haben.

*(Quelle: Pressemitteilung des BAG)*

## BAG: Feiertagsvergütung für Zeitungszusteller

Eine arbeitsvertragliche Regelung, nach der ein Zeitungszusteller einerseits Zeitungsabonnenten täglich von Montag bis Samstag zu beliefern hat, andererseits Arbeitstage des Zustellers lediglich solche Tage sind, an denen Zeitungen im Zustellgebiet erscheinen, verstößt gegen den Grundsatz der Unabdingbarkeit des gesetzlichen Anspruchs auf Entgeltzahlung an Feiertagen. Das hat das BAG am 16. Oktober 2019 entschieden (5 AZR 352/18).

Der Kläger ist bei der Beklagten als Zeitungszusteller beschäftigt. Arbeitsvertraglich ist er zur Belieferung von Abonnenten von Montag bis einschließlich Samstag verpflichtet. Arbeitstage sind nach der getroffenen Vereinbarung alle Tage, an denen Zeitungen im Zustellgebiet erscheinen. Fällt ein Feiertag auf einen Werktag, an dem keine Zeitungen im Zustellgebiet erscheinen, erhält der Kläger keine Vergütung. Mit seiner Klage verlangt er für fünf Feiertage im April und Mai 2015 (Karfreitag, Ostermontag, Tag der Arbeit, Christi Himmelfahrt und Pfingstmontag), an denen er nicht beschäftigt wurde, Vergütung von insgesamt 241,14 EUR brutto. Er meint, die Arbeit sei allein wegen der Feiertage ausgefallen, weshalb die gesetzlichen Voraussetzungen für den Entgeltzahlungsanspruch vorlägen. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

Die Revision der Beklagten führte zur Zurückverweisung der Sache an das LAG. Gemäß dem Entgeltfortzahlungsgesetz hat der Arbeitgeber für Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertags ausfällt, das Arbeitsentgelt zu zahlen, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Danach haben die Vorinstanzen zunächst zutreffend erkannt, dass der Kläger dem Grunde nach Anspruch auf die begehrte Feiertagsvergütung

hat. Die Beschäftigung des Klägers ist an den umstrittenen Feiertagen einzig deshalb unterblieben, weil in seinem Arbeitsbereich die üblicherweise von ihm zuzustellenden Zeitungen nicht erschienen sind. Die im Arbeitsvertrag enthaltene Vereinbarung zur Festlegung vergütungspflichtiger Arbeitstage ist, soweit sie darauf zielt, Feiertage aus der Vergütungspflicht auszunehmen, wegen der Unabdingbarkeit des gesetzlichen Entgeltzahlungsanspruchs unwirksam. Das Berufungsurteil unterlag gleichwohl der Aufhebung, weil das Berufungsgericht die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts fehlerhaft berechnet hat.

*(Quelle: Pressemitteilung des BAG)*

## LAG Hamm: Waschpulver und Babynahrung im Geldkoffer – fristlose Kündigung einer Sparkassenmitarbeiterin ist wirksam

Mit am 24. Oktober 2019 verkündetem Urteil hat das LAG Hamm entschieden, dass die Sparkasse Herne einer heute 54-jährigen Mitarbeiterin im April 2016 zu Recht außerordentlich fristlos kündigen konnte. Der Grund: Die seit dem Jahr 1991 beschäftigte Kassiererin hatte beim Öffnen eines von der Bundesbank im Mai 2015 angelieferten Geldkoffers nach eigener Darstellung nur je eine Packung Babynahrung und Waschpulver vorgefunden. Der für den verplombt angelieferten Koffer dokumentierte Geldbetrag in Höhe von 115.000 EUR in 50-EUR-Scheinen blieb hingegen verschwunden. Diesen gemäß Darstellung der Sparkasse nach Höhe und Stückelung ungewöhnlichen Geldbetrag hatte die Mitarbeiterin am Tag zuvor selbst bestellt (17 Sa 1038/18).

Die Kündigung hat die Sparkasse damit begründet, dass im Ergebnis eigener Aufklärungsbemühungen wegen zahlreicher gegen die Mitarbeiterin sprechender Indizien zumindest der dringende Verdacht eines Vermögensdelikts zu ihrem Nachteil begründet sei. Mit Urteilen vom 4. Oktober 2016 (3 Ca 1053/16) und vom 14. August 2017 (17 Sa 1540/16) haben das ArbG Herne und dann das LAG Hamm die Kündigung zunächst für unwirksam erachtet. Die erfolgreiche Revision der Beklagten zum BAG (Urteil vom 25. April 2018 – 2 AZR 611/17) führte zu einer Zurückverweisung an das LAG. Dieses – so die Erfurter Richter – habe nochmals umfassend zu untersuchen, ob aufgrund der vorliegenden Indizien nicht doch von einer Täterschaft der Klägerin auszugehen sei. Nach deren nochmaliger Prüfung sei die befasste Kammer nun von einer Wegnahme des Geldes durch die gekündigte Mitarbeiterin überzeugt. In die eigenständige Bewertung eingeflossen sind dabei die Feststellungen des Amtsgerichts Herne aus dem parallel laufenden Strafverfahren. Dieses hatte die Klägerin mit Urteil vom 22. Mai 2019 wegen Unterschlagung zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten verurteilt und die Einziehung des Geldbetrages angeordnet. Das Strafurteil ist noch nicht rechtskräftig.

Das LAG hat in seiner erneuten Entscheidung die Revision zum BAG nicht zugelassen. Für die mit dem Kündigungsschutzantrag unterlegene Mitarbeiterin besteht die Möglichkeit einer fristgebundenen Nichtzulassungsbeschwerde zum BAG.

*(Quelle: Justiz NRW)*

## Impressum

### BEITEN BURKHARDT

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

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

### REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Markus Bauer | Rechtsanwalt  
Redaktionsschluss dieser Ausgabe ist der 23. Oktober 2019.

Nicht gekennzeichnete Beiträge stammen aus der Redaktion.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten.

### HINWEIS

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

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.

### IHRE ANSPRECHPARTNER

#### BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 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)

#### HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg  
Dr. Thomas Lambrich | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 40 688745-144 | [Thomas.Lambrich@bblaw.com](mailto:Thomas.Lambrich@bblaw.com)

#### MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München  
Dr. Wolfgang Lipinski | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 89 35065-1133 | [Wolfgang.Lipinski@bblaw.com](mailto:Wolfgang.Lipinski@bblaw.com)

## FRÜHSTÜCKSSEMINARE

# Krankheitsbedingte Fehlzeiten

## BEM effektiv einsetzen, Fehler bei Kündigung vermeiden

<b>Berlin</b>	Donnerstag, 5. Dezember 2019
<b>Düsseldorf</b>	Donnerstag, 28. November 2019
<b>Frankfurt am Main</b>	Mittwoch, 4. Dezember 2019
<b>Hamburg</b>	Donnerstag, 12. Dezember 2019
<b>München</b>	Mittwoch, 27. November 2019

Weitere Informationen zu dieser Veranstaltung gibt es auch auf unserer Website unter: [www.beiten-burkhardt.com/de/veranstaltungen](http://www.beiten-burkhardt.com/de/veranstaltungen)



**BEITEN  
BURKHARDT**