

# Entscheidungen kommentiert

## Keine Altersdiskriminierung durch Befristung

§ 41 Satz 3 SGB VI; RL 2000/78/EG

**Wiederholte Befristungen gem. § 41 Satz 3 SGB VI sind keine unzulässigen Altersdiskriminierungen.**

(Leitsatz der Bearbeiterin)

**EuGH, Urteil vom 28.2.2018 – C-46/17**

### PROBLEMPUNKT

Der Kläger war bei der Stadt Bremen als angestellter Lehrer tätig. Das Arbeitsverhältnis war auf den Zeitpunkt des Renteneintritts befristet. Kurz vor Erreichen des Rentenalters vereinbarte er mit der Stadt Bremen die befristete Verlängerung dieses Arbeitsverhältnisses gem. § 41 Satz 3 SGB VI. Danach können Arbeitsverhältnisse, die bis zum Renteneintritt befristet sind, befristet

verlängert werden, sofern der ursprüngliche Vertrag mit Erreichen der Regelaltersrente endet. Nach Auslaufen dieser erstmaligen „Rentnerbefristung“ lehnte der Arbeitgeber weitere Befristungswünsche des Klägers ab. Hiergegen wandte er sich und sah sich durch die Befristungsregelung des § 41 Satz 3 SGB VI wegen seines Alters benachteiligt. Das LAG Bremen legte die Klage dem EuGH zur Überprüfung vor und wollte wissen, ob die Regelung mit dem Verbot der Altersdiskriminierung und EU-Recht gem. Art. 1, Art. 2 Abs. 1, 2 und Art. 6 der RL 2000/78/EG vereinbar ist.

### ENTSCHEIDUNG

Der EuGH bejahte die Vereinbarkeit der Altersbefristung des § 41 Satz 3 SGB VI mit EU-Recht. Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die bei Arbeitnehmern, die das Rentenalter erreicht haben, das Hinausschieben des Zeit-

punkts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses von einer befristet erteilten Zustimmung des Arbeitgebers abhängig macht. Eine Vereinbarung, aufgrund derer das Ende des Arbeitsverhältnisses mehrfach verschoben werden kann, stelle zunächst nur eine Ausnahme vom Grundsatz der automatischen Beendigung des Arbeitsvertrags bei Erreichen des Rentenalters zugunsten des Arbeitnehmers dar, der heute auch als Standardklausel in vielen Arbeitsverträgen enthalten ist. Die RL 2000/78/EG, auf die der Kläger sich bezieht, dient insbesondere dem Verhindern einer dauerhaften Benachteiligung wiederholt befristet beschäftigter Arbeitnehmer. Der Kritik, dass die Regelung eine Quelle potenziellen Missbrauchs zulasten der Arbeitnehmer ist oder dass die Regelaltersgrenzen systematisch zu einer Prekarisierung der betreffenden Arbeitnehmer führen können, tritt der EuGH entgegen. Sofern die Mitarbeiter wie hier in den Genuss einer abschlagsfreien Rente kommen und wenn eine Verlängerung des fraglichen Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber rechtlich zulässig ist, gibt es keine Bedenken. Arbeitnehmer, die das Rentenalter hingegen noch nicht erreicht haben, werden durch eine solche Regelung auch nicht benachteiligt. Die streitige Regelung ist nicht geeignet, den Abschluss aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge zu fördern, zumal sich die Regelung der Sache nach eher als eine vertragliche Verschiebung des ursprünglich vereinbarten Rentenalters als eine Vertragsbefristung darstellt.

### KONSEQUENZEN

Für die Praxis ergibt sich damit die Möglichkeit für Arbeitgeber, Arbeitnehmer auch über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus durch befristete Verträge rechtssicher zu beschäftigen. Insbesondere in Zeiten eines großen Fachkräftemangels kommt diese Entscheidung vielen Unternehmen und auch älteren Beschäftigten entgegen, denen sonst oftmals keine Beschäftigung mehr angeboten worden wäre.

### PRAXISTIPP

Arbeitgeber, die Mitarbeiter weiterbeschäftigen wollen, die das Rentenalter erreicht haben, können dies zukünftig auch befristet tun. Voraussetzung ist nur, dass der bisherige Vertrag schon eine Altersgrenze enthielt. Für Neuabschlüsse ist die Befristungsregelung nicht geeignet; hier bedarf es nach wie vor eines Sachgrunds i. S. d. § 14 TzBfG.

RAin Anika Nadler,  
HK2 Rechtsanwältin, Berlin



© pressmaster/stock.adobe.com

## Konsultation bei der Massenentlassung

**Art. 1 Abs. 1, Art. 2 RL 98/59/EG („Massenentlassungs-RL“)**

**Eine Änderungskündigung stellt nur dann eine Entlassung i. S. d. Massenentlassungs-RL dar, wenn diese auf eine wesentliche Änderung von wesentlichen Vertragsbedingungen gerichtet ist. Änderungen von Arbeitsbedingungen, die unerheblich sind oder lediglich unwesentliche Teile des Arbeitsverhältnisses betreffen, zählen nicht als Entlassung und können allenfalls als gleichgestellte Beendigung bei den Schwellenwerten Berücksichtigung finden.**

(Leitsätze der Bearbeiter)

**EuGH, Urteil vom 21.9.2017 – C-429/16**

### PROBLEMPUNKT

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens war bei der Beklagten, einer Klinik in Polen, beschäftigt. Die Beklagte bot ihren Angestellten aufgrund finanzieller Schwierigkeiten an, das Gehalt vorübergehend um 15 % zu kürzen, um über 100 Entlassungen zu verhindern, was die Klägerin ablehnte. Nach polnischem Recht führt die Ablehnung angebotener Vertragsänderungen mit Ablauf der Kündigungsfrist letztlich automatisch zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses, was funktional einer Änderungskündigung nach deutschem Recht entspricht. Die Beklagte ging davon aus, dass bei Ausspruch solcher Änderungskündigungen nicht die für Massenentlassungen vorgesehene Konsultation durchzuführen ist und unterließ dies dementsprechend.

Den von der Klägerin angestregten Prozess gegen die Änderungskündigung setzte das polnische Gericht aus und legte die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Es wollte wissen, ob Änderungskündigungen als Entlassungen i. S. d. Massenentlassungs-RL gelten und ob insoweit das Konsultationsverfahren bei Überschreiten der Schwellenwerte durchzuführen ist.

### ENTSCHEIDUNG

Der EuGH stellt für die Einordnung einer Änderungskündigung als Entlassung nicht auf das in jeder Änderungskündigung enthaltene Beendigungselement ab. Änderungskündigungen lösen nicht zwangsläufig Konsultationspflichten aus. Vielmehr macht der EuGH die Einordnung als Entlassung davon abhängig, welches Gewicht die beabsichtigten Vertragsänderungen haben. Eine Änderungskündigung gilt demnach nur dann

als „Entlassung“ i. S. d. Massenentlassungs-RL, wenn diese eine wesentliche Änderung wesentlicher Bestandteile des Vertrags zum Gegenstand hat. Unerhebliche Änderungen eines wesentlichen Bestandteils des Arbeitsvertrags sind daher ebenso wenig erfasst, wie erhebliche Änderungen unwesentlicher Vertragsbestandteile. Ob bereits die vorübergehende Kürzung des Gehalts um 15 % für mehrere Monate als wesentliche Vertragsänderung zu werten ist, muss das vorliegende Gericht unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden. Stellt das polnische Gericht lediglich eine unwesentliche Änderung fest und verneint daher eine Entlassung, wäre die Änderungskündigung jedenfalls als eine der Entlassung „gleichgestellte Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ i. S. d. Richtlinie zu werten. Soweit die Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 1 der Massenentlassungs-RL erfüllt sind, d. h. soweit insbesondere die jeweiligen Schwellenwerte an Entlassungen überschritten sind, muss das Konsultationsverfahren gegenüber der Arbeitnehmervertretung nach Art. 2 der Richtlinie bereits vor Ausspruch der Änderungskündigung durchgeführt werden.

### KONSEQUENZEN

Der Entscheidung des EuGH ist in der Sache zwar nicht zuzustimmen. Die Ansicht des EuGH, dass eine Änderungskündigung nur dann als „Entlassung“ zu werten ist, wenn diese mit einer wesentlichen Änderung wesentlicher Arbeitsbedingungen einhergeht, ist verfehlt. Denn auch wenn der Arbeitgeber mit seinem Angebot zur Vertragsänderung lediglich unwesentliche Änderungen vorschlägt oder unwesentliche Arbeitsbedingungen betroffen sind, hat die Ablehnung durch den Arbeitnehmer dieselbe Rechtsfolge wie bei einer wesentlichen Änderung wesentlicher Vertragsbedingungen; das Arbeitsverhältnis wird beendet. Die Anmerkung des EuGH, dass eine Änderungskündigung jedenfalls als „gleichgestellte Beendigung“ einzuordnen ist, wenn die Anforderungen an eine „Entlassung“ nicht erfüllt werden, hilft insoweit nicht. Denn „gleichgestellte Beendigungen“ sind nach der Massenentlassungs-RL nur für die Berechnung der Zahl der „Entlassungen“ und damit letztlich für die Frage relevant, ob die Schwellenwerte der Richtlinie überschritten sind und das Anzeige- und Konsultationsverfahren für die „Entlassungen“ durchzuführen ist. Eine Berücksichtigung „gleichgestellter Beendigungen“ findet allerdings nur statt, wenn daneben mindestens fünf (echte) „Entlassungen“ vorliegen. Spricht der Arbeitgeber daher, wie in der polnischen Vorlegesache, ausschließlich Änderungskündigungen aus, die ein Gericht aufgrund der Umstände des Einzelfalls nicht als „Entlassungen“ wertet, muss nach der Rechtsprechung des EuGH selbst dann kein Anzeige- und Konsultationsverfahren durchgeführt

werden, wenn ein Großteil der Belegschaft das Änderungsangebot ablehnt und ihr Arbeitsverhältnis beendet wird. Der Zweck der Massenentlassungs-RL, der Beendigung einer Großzahl von Arbeitsverhältnissen entgegenzuwirken, wird damit nicht erreicht.

Auswirkungen auf das deutsche Recht hat die Entscheidung hingegen nicht. Denn der deutsche Gesetzgeber hat insoweit eine überschießende Richtlinienumsetzung vorgenommen, als er Entlassungen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG) und andere vom Arbeitgeber veranlasste Beendigungen des Arbeitsverhältnisses (§ 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG) vollkommen gleichgestellt hat. Unabhängig davon, ob eine Änderungskündigung wesentliche Änderungen wesentlicher Vertragsbestandteile betrifft oder nicht, sind Änderungskündigungen daher nach deutschem Recht stets bei den Schwellenwerten einzubeziehen und Gegenstand des Anzeige- und Konsultationsverfahrens nach § 17 Abs. 1, Abs. 2 KSchG. Hinzu kommt, dass das BAG Änderungskündigungen richtigerweise bereits als „Entlassungen“ i. S. d. KSchG einordnet (vgl. BAG, Urt. v. 20.2.2014 – 2 AZR 346/12, AuA 4/15, S. 247), da jede Änderungskündigung ein Beendigungselement beinhaltet.



### PRAXISTIPP

Die Anforderungen an wirksame Konsultationsverfahren sind schon lange so hoch, dass der lapidare Hinweis in einem Interessenausgleich, das Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 KSchG sei durchgeführt worden, nicht ausreicht.

Arbeitgeber sollten bei geplanten Restrukturierungen dringend prüfen, ob die in § 17 Abs. 1 KSchG geregelten Schwellenwerte überschritten werden. Dabei sind geplante Änderungskündigungen unbedingt einzubeziehen. Wird der relevante Schwellenwert bei Einbeziehung der Änderungskündigungen überschritten und das Anzeige- und/oder Konsultationsverfahren vorher unterlassen, sind sämtliche Kündigungen unwirksam.

*RA Patrick Kominiak,  
Simmons & Simmons LLP, Düsseldorf;  
RA und FA für Arbeitsrecht  
Dr. Steffen Nguyen-Quang, EMBA,  
Simmons & Simmons LLP, Düsseldorf*

### Keine Hinterbliebenenversorgung für deutlich jüngere Ehepartner

§§ 1, 7, 10 AGG; RL 2000/78/EG

**Eine Regelung in einer Versorgungsordnung dahingehend, dass Ehegatten nur dann eine Hinterbliebenenversorgung erhalten, wenn sie nicht mehr als 15 Jahre jünger als der Versorgungsberechtigte sind, ist keine gegen das AGG verstoßende Diskriminierung wegen des Alters, da sie eine zulässige Ungleichbehandlung darstellt.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 20.2.2018 – 3 AZR 43/17**

#### PROBLEMPUNKT

Die Klägerin begehrt die Zahlung einer betrieblichen Hinterbliebenenversorgung. Sie ist die Witwe eines Arbeitnehmers, der 1950 geboren wurde und 2011 verstorben ist. Die Klägerin hat ihren Ehemann im Jahr 1995 geheiratet und ist ca. 18 Jahre jünger als der verstorbene Ehemann.

Diesem war arbeitgeberseitig u. a. eine Hinterbliebenenversorgung mittels auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Versorgungsordnung zugesagt worden. Danach setzt der Anspruch auf Leistungen an einen Ehegatten voraus, dass der Ehepartner nicht mehr als 15 Jahre jünger als der Versorgungsberechtigte selbst ist. Auf Basis dieser Regelung wird der Klägerin die Zahlung verweigert. Sie meint, dass die Versorgungsordnung eine Diskriminierung wegen des Alters enthalte. Die entsprechende Begrenzung der Versorgungszusage sei daher unwirksam. Folglich begehrt sie die Zahlung der Versorgungsleistungen.

Das LAG Köln hat der Klage anders als noch das ArbG Köln im Kern stattgegeben, da die Abstandsregelung eine nicht gerechtfertigte Altersdiskriminierung darstelle, weshalb sie unwirksam sei.

#### ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat das Berufungsurteil hingegen aufgehoben und die Klage abgewiesen. Der Dritte Senat erkannte in der Altersabstandsklausel zwar eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters. Diese ist jedoch nach § 10 Abs. 1 AGG gerechtfertigt.

Der Arbeitgeber hat ein legitimes Interesse daran, das mit einer Hinterbliebenenversorgung verbundene finanzielle Risiko zu begrenzen. Aus die-

sem Interesse heraus kann er auch den Kreis der in die Versorgung einbezogenen Personen wie vorliegend beschränken. Die hier gegenständliche Altersabstandsklausel ist auch erforderlich und angemessen. Insbesondere folgt aus der Begrenzung keine übermäßige Beeinträchtigung der legitimen Interessen der versorgungsberechtigten Mitarbeiter, welche von der Klausel betroffen sind. Wenn Ehepartner einen erheblichen Altersabstand aufweisen, haben diese ganz bewusst einen bestimmten Lebensabschnitt gewählt. Bei einem Altersabstand von mehr als 15 Jahren ist eine Ehe grundsätzlich darauf angelegt, dass der deutlich jüngere Hinterbliebene einen Teil seines Lebens ohne den Versorgungsberechtigten verbringen wird.

Der vorliegend festgelegte Altersabstand von mehr als 15 Jahren trifft zudem nur solche Ehegatten, deren Altersabstand zum Ehepartner den üblichen Abstand erheblich übersteigen.

#### KONSEQUENZEN

Die (europarechtliche) Prüfung einer möglichen Altersdiskriminierung findet nationalgesetzlich ihre Ausprägung im AGG. Der Dritte Senat führt diese Prüfung geradezu nach Lehrbuch durch. Zunächst stellt das BAG knapp eine evident erkennbare unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters fest. Die gegenständliche Abstandsregelung zielt schließlich direkt auf das jeweilige Lebensalter des Arbeitnehmers und dessen Ehepartner ab. Die Richter sehen im Ergebnis jedoch eine Rechtfertigung der Altersdiskriminierung. Das ist zutreffend. Zur Begründung werden im Kern zwei Argumente in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestellt.

Zum einen ist es legitim, dass ein Arbeitgeber den Kreis der Berechtigten so begrenzt, dass er die für ihn resultierenden finanziellen Folgen überschauen kann. Zum zweiten ergibt sich aus den Besonderheiten einer Ehe mit großem Altersabstand zwischen den Ehepartnern bereits das wechselseitige Übereinkommen, aufgrund einer unterschiedlichen verbleibenden Lebenserwartung einen späteren Lebensabschnitt nach dem Tod des Älteren wieder alleine verbringen zu müssen. Dieser Begründungsansatz wirkt stark abstrahiert. Er legt einem bestimmten Ehemodell eine Motivlage zu Grunde, die jedenfalls auch anderen Interpretationen zugänglich wäre. Die Begründung sollte daher eher aus Sicht der Interessenlage des Arbeitgebers hergeleitet werden, die hier von einigem Gewicht sein dürfte.

Der wesentliche Gesichtspunkt der Abstandsklausel ist die Risikobegrenzung für den Arbeitgeber. Bei einem sehr großen Altersabstand zwischen seinem Mitarbeiter und dessen Ehepartner würde eine potenziell unkalkulierbare Versorgungszusage für den noch vergleichsweise jungen Ehepartner geschaffen werden. Dies ist nicht im Interesse des Unternehmens. Die Versorgungs-

zusage für den Hinterbliebenen soll diesem einen Baustein für die eigene Versorgung des Risikos Alter geben. Bei einem vergleichsweise jungen Ehepartner ist dieses Risiko jedoch noch so weit entfernt, dass es nicht einbezogen werden muss. Ist der Ehepartner über 15 Jahre jünger als der Arbeitnehmer, wird dieser Umstand klar erkennbar. Die aus alledem folgende Interessenverteilung überwiegt deshalb zugunsten des Arbeitgebers, der seine Versorgungszusagen für Hinterbliebene entsprechend begrenzen können muss.

Zwar hat die vorliegende Altersabstandsregelung der höchstrichterlichen Kontrolle standgehalten. Daraus kann jedoch keinesfalls gefolgert werden, dass damit altersbezogene Versorgungszusagen grundsätzlich zulässig wären. Die Beachtung des AGG verlangt stets eine Einzelfallprüfung zum Vorliegen einer Rechtfertigung bei unterschiedlichen Behandlungen wegen des Alters. Das Urteil zeigt lehrbuchartig auf, in welchen Schritten diese Prüfung zu erfolgen hat.

#### PRAXISTIPP

Bei der Abfassung von Versorgungszusagen wie auch in allen anderen altersbezogenen arbeitsrechtlichen Fragestellungen sollten Arbeitgeber das AGG immer genau im Blick behalten. Andernfalls besteht das Risiko, dass sich eine vorgenommene Differenzierung als unwirksam erweist. Die Folgen können wirtschaftlich ganz erheblich sein.

*RA und FA für Arbeitsrecht  
Prof. Dr. Tim Jesgarzewski, FOM Hochschule  
Bremen, Direktor KompetenzCentrum für  
Wirtschaftsrecht, Hamburg*

APP

#### ARBEITSRECHT KOMMENTIERT

**Die AuA-Entscheidungsbesprechungen gibt es auch digital für Smartphone und Tablet – jetzt downloaden und alle Kommentare jederzeit durchsuchbar nutzen. Infos finden Sie unter [www.arbeit-und-arbeitsrecht.de/arbeitsrecht-kommentiert](http://www.arbeit-und-arbeitsrecht.de/arbeitsrecht-kommentiert)**

## Kein Betriebsübergang bei fehlendem Wechsel der verantwortlichen Person

### § 613a BGB

Im Falle eines echten Betriebsführungsvertrags, bei dem der Betriebsführer den Betrieb im Namen und auf Rechnung des bisherigen Eigentümers führt, kommt es nicht zu einem Betriebsübergang i. S. d. § 613a BGB und daher auch nicht zu einem Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsführer. Der erforderliche Wechsel der für den Betrieb wirtschaftlich verantwortlichen Person liegt in dieser Konstellation nicht vor.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 25.1.2018 – 8 AZR 338/16

### PROBLEMPUNKT

Die (nach eigener Ansicht ehemalige) Arbeitgeberin beantragte die Feststellung, dass das ursprünglich zwischen ihr und dem Arbeitnehmer bestehende Arbeitsverhältnis nicht über den 31.3.2011 hinaus fortbestand, sondern durch Betriebsübergang auf eine neu gegründete Gesellschaft (im Folgenden: „Gesellschaft“) übergegangen ist.

Der Mitarbeiter war seit 1976 als Schlosser im Betrieb der Arbeitgeberin in Berlin beschäftigt. Im März 2011 schlossen die Arbeitgeberin und die Gesellschaft eine „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ ab. In der Vereinbarung verpflichtete sich die Gesellschaft gegenüber der Arbeitgeberin zur Weiterführung aller bestehenden Betriebe. Soweit die Weiterführung der Betriebe im Zusammenhang mit der Lohnfertigung und Produktion stehen sollte, sollte sie jedoch im Rahmen einer Generalvollmacht ausschließlich im Namen und auf Rechnung der Arbeitgeberin erfolgen. Die Vereinbarung wurde zum 1.4.2011 umgesetzt. Vor diesem Tag wurden alle betroffenen Arbeitnehmer gem. § 613a BGB über einen Betriebsübergang und den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Gesellschaft unterrichtet.

Im März 2014 kündigte die Gesellschaft schließlich alle Arbeitsverhältnisse wegen Stilllegung des Berliner Betriebs. Die Kündigungsschutzklage des Schlossers gegen die Gesellschaft wurde rechtskräftig abgewiesen. Danach forderte er seine ehemalige Arbeitgeberin außergerichtlich auf, anzuerkennen, dass er weiterhin in einem Arbeitsverhältnis zu ihr stehe. Die Arbeitgeberin erhob daraufhin ihrerseits Klage und begehrte



© Maksim Kostenko/stock.adobe.com

die Feststellung, dass zwischen den Parteien über den 31.3.2011 hinaus kein Arbeitsverhältnis mehr besteht.

### ENTSCHEIDUNG

Die Arbeitgeberin hatte in der ersten Instanz Erfolg. In der zweiten Instanz wurde die Klage jedoch abgewiesen. Das BAG bestätigte schließlich die Berufungsentscheidung. Das Arbeitsverhältnis ist nicht im Wege des Betriebsübergangs auf die Gesellschaft übergegangen. Ein Betriebsübergang, der zu einem Übergang des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes geführt hätte, liegt nicht vor. Dieser setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person durch Rechtsgeschäft wechselt. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall. Die Gesellschaft handelte nur namens und auf Rechnung der Arbeitgeberin. Sie führte zwar den Betrieb, aber eben nicht im eigenen Namen. Als verantwortliche Person für den Betrieb war damit weiterhin die Arbeitgeberin zu sehen.

### KONSEQUENZEN

Die Entscheidung setzt die bisherige Rechtsprechung des BAG fort und liefert greifbare Kriterien für die Abgrenzung zwischen Betriebsübergang und echtem Betriebsführungsvertrag. Vorliegend handelte die Gesellschaft erkennbar nur als verlängerter Arm der Arbeitgeberin und gerade nicht als neuer Arbeitgeber i. S. d. Gesetzes. Der Erwerb einer wirtschaftlichen Einheit durch die Gesellschaft scheiterte deshalb daran, dass sämtliche Handlungen der Gesellschaft durch die Generalvollmacht weiterhin der bisherigen Arbeitgeberin zuzurechnen waren. Diese wurde

durch das Handeln des Generalbevollmächtigten berechtigt und verpflichtet. Ein Betriebserwerber muss jedoch nach außen erkennbar in eigenem Namen als Arbeitgeber auftreten.

Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit sich das BAG in der Urteilsbegründung auch mit dem Konstrukt des unechten Betriebsführungsvertrags auseinandersetzt. Dieser liegt dann vor, wenn der Betriebsführer in eigenem Namen und gerade nicht als verlängerter Arm handelt. In dieser Konstellation ist grundsätzlich ein Betriebsübergang anzunehmen.

### PRAXISTIPP

Betriebsführungsverträge machen häufig aus steuer- oder haftungsrechtlichen Gründen Sinn. So können durch einen Betriebsführungsvertrag bspw. steuerrechtliche Nachteile bei der Durchführung von Unternehmensumstrukturierungen vermieden werden. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist jedoch stets besondere Sorgfalt geboten und die Abgrenzung zwischen Betriebsführungsvertrag und Betriebsübergang im Vorfeld sehr genau zu prüfen. Das Urteil behandelt daher eine wichtige Schnittstelle, die häufig auch in Restrukturierungsfällen Bedeutung erlangt. Beachtet man die Vorgaben des Gerichts, bleiben sowohl Betriebsführungsvertrag als auch Betriebsübergang wichtige Gestaltungsmittel für Unternehmen. Eine unzureichende Planung im Vorfeld kann sich jedoch später rächen und sehr teuer werden.

RA und FA für Arbeitsrecht Martin Biebl, Beiten Burkhardt, München

## Nichtige Mehrarbeitsvergütungsvereinbarung für Betriebsratsmitglied

§ 78 Satz 2 BetrVG;  
§§ 134, 812, 814, 817 BGB

**1. Das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG lässt die Vereinbarung einer pauschalen Stundenvergütung zur Abgeltung von Betriebsratstätigkeiten nicht zu, wenn sie ohne sachlichen Grund wegen der Betriebsratstätigkeit gewährt wird und zu einer Verdiensterhöhung führt. Entsprechende Vereinbarungen sind gem. § 134 BGB nichtig.**  
**2. Die Rückforderung geleisteten Entgelts richtet sich in diesen Fällen nicht nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, sondern nach § 817 Satz 1 BGB. Dieser schließt die Anwendung des § 814 BGB aus.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 8.11.2017 – 5 AZR 11/17

### PROBLEMPUNKT

Der Kläger ist Zeitungsausträger sowie nicht freigestelltes Mitglied des im Betrieb der Beklagten gewählten Betriebsrats, zuletzt als deren Vorsitzender. Der Arbeitsvertrag sah bei einer Sechstage-Woche eine wöchentliche Arbeitszeit von sechs Stunden, eine Tätigkeit in einem Zustellbezirk und die Zahlung eines Stücklohns vor. Die Arbeitsleistung als Zusteller war in den frühen Morgenstunden bis 6:00 Uhr zu erbringen. Überstundenzuschläge waren nicht vereinbart. Sämtliche Betriebsratstätigkeiten fielen außerhalb dieser Arbeitszeit an. In mehreren Monaten des Jahres 2015 erbrachte die Beklagte zur Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs des Klägers Aufstockungszahlungen. Wegen der außerhalb der Arbeitszeit erbrachten Betriebsratsarbeit, die nicht in Freizeit ausgeglichen wurde, zahlte die Beklagte an den Kläger 18,07 Euro brutto/Stunde. Bei der Berechnung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung bezog sie diese Zahlungen nicht ein. Der Zeitungsausträger hatte deshalb Klage erhoben. Während des erstinstanzlichen Rechtsstreits nahm die Arbeitgeberin für den Zeitraum vom 1.8.2012 bis zum 11.7.2015 eine Nachberechnung des Urlaubsentgelts und der Entgeltfortzahlung unter Berücksichtigung der in den letzten drei Monaten vor Urlaubsantritt bzw. Beginn der Erkrankung an den Kläger für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit geleisteten Vergütung vor. Den errechneten Differenzbetrag von 5.607,25 Euro brutto beim Urlaubsentgelt und 344,73 Euro brutto bei der Entgeltfortzahlung, insgesamt 5.951,98 Euro

brutto, hatte sie am 6.11.2015 an den Mitarbeiter gezahlt, woraufhin dieser die Klage im Umfang der erfolgten Nachzahlung zurückgenommen hatte. Diesen Betrag verlangte die Arbeitgeberin mit ihrer Widerklage später zurück.

### ENTSCHEIDUNG

Das BAG hob die Entscheidung des LAG Hamm auf und verwies den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung und Entscheidung zurück. Die Widerklage ist mangels hinreichender Bestimmtheit i. S. d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig. Verlangt der Arbeitgeber die Rückzahlung geleisteter Bruttoarbeitsvergütung, ist § 26 SGB IV zu beachten und ein Zahlungsantrag nur dann hinreichend bestimmt, wenn die Höhe der abgeführten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung beziffert ist (BAG, Ur. v. 21.1.2015 – 10 AZR 84/14, NZA 2015, S. 871), was nicht der Fall war.

Das BAG gibt dem LAG Hamm umfangreich die Grundsätze bei der Berechnung des Urlaubsentgelts (§ 611 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 1, 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG) sowie der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 4 Abs. 1 EFZG) vor. Es setzt sich insbesondere mit dem Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG auseinander. Dieses lässt die Vereinbarung einer pauschalen Stundenvergütung zur Abgeltung von Betriebsratstätigkeiten nicht zu, wenn sie ohne sachlichen Grund wegen der Betriebsratstätigkeit gewährt wird und zu einer Verdiensterhöhung führt. Betriebsratsmitglieder erhielten andernfalls einen Sondervorteil gegenüber anderen Arbeitnehmern, die keine Verdiensterhöhung erlangen können. Vereinbarungen, die gegen das Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verstoßen, sind gem. § 134 BGB nichtig, was von Amts wegen zu berücksichtigen ist und keine Begünstigungsabsicht erfordert (BAG, Ur. v. 16.2.2005 – 7 AZR 95/04, NZA-RR 2005, S. 556).

Die Arbeitgeberin hatte im Einvernehmen mit dem Kläger seit Mai 2012 für Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit durchgehend pauschal einen „BR StdL Basisbezug“ von 18,07 Euro brutto je Stunde in Ansatz gebracht, obwohl die Höhe der Vergütung des Klägers für die in den Jahren 2012 bis 2015 erbrachte Arbeitsleistung Schwankungen unterlag und die Beklagte in mehreren Monaten des Jahres 2015 zur Erfüllung des Anspruchs auf Mindestlohn des Klägers Aufstockungszahlungen leistete. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärten die Parteien auf Nachfrage des Senats übereinstimmend, eine im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des MiLoG vorgenommene Neubewertung der Zustellstätigkeit des Klägers habe ergeben, dass die auf vertraglicher Grundlage je geleisteter Arbeitsstunde zu zahlende Vergütung den gesetzlichen Mindestlohn nicht erreichte. Dies legt nahe, dass der durchschnittliche Verdienst des Klägers, den er als Zeitungszusteller erzielt hat, deutlich un-



© luckybusiness/stock.adobe.com

ter den 18,07 Euro/Std. lag, die ihm die Beklagte für Betriebsratsarbeit zahlte.

### KONSEQUENZEN

Eine Vereinbarung über eine pauschale Vergütung für außerhalb der Arbeitszeit geleistete Betriebsratstätigkeit nach § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG kann nach § 78 Satz 2 BetrVG i. V. m. § 134 BGB nichtig sein. Dennoch gezahlte überhöhte Pauschalvergütungen kann der Arbeitgeber nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückfordern. Der Anspruch ist nach dem BAG nicht durch § 814 BGB ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB, wonach die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn auch dem Leistenden ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Last fällt, ist einschränkend auszulegen (Richardi/Thüsing, 16. Aufl., § 78 Rdnr. 37; a. A. Fitting, 28. Aufl., § 78 Rdnr. 23). Der Schutzzweck des Begünstigungsverbots (BR-Amt als unentgeltliches Ehrenamt, unbeeinflusste Amtsausübung) verlangt eine einschränkende Auslegung dahin, dass die Rückforderung nicht ausgeschlossen ist. Es wäre deshalb mit dem Zweck der Nichtigkeitsnorm unvereinbar, wenn eine Rückforderung nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen wäre und deshalb die Vermögensverschiebung beim zu Unrecht begünstigten BR-Mitglied erhalten bliebe.

### PRAXISTIPP

Eine gewährte unzulässige Begünstigung, die nach § 78 Satz 2 BetrVG verhindert werden soll, kann und sollte aus Compliance-Gründen zurückgefordert werden.

RA Volker Stück, Aschaffenburg

## Arbeitsvertragliche Ausschlussfrist für Urlaubsabgeltung

§ 7 Abs. 4 BUrlG; § 3 Abs. 1 MiLoG;  
§ 307 BGB

**1. Vor Inkrafttreten des MiLoG vereinbarte Ausschlussfristen sind nicht am Maßstab des § 3 Satz 1 MiLoG zu messen.**

**2. In der Erhebung einer Bestandschutzklage liegt keine Geltendmachung des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 17.10.2017 –  
9 AZR 80/17**

### PROBLEMPUNKT

Der im Dezember 2013 mit dem Kläger abgeschlossene Arbeitsvertrag enthielt eine Ausschlussklausel, nach der Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Vertragspartei geltend zu machen waren. Ansprüche, die nicht innerhalb dieser Frist geltend gemacht werden, sollten verfallen. Deliktische Ansprüche waren ausdrücklich ausgenommen. Nachdem der Kläger seit Dezember 2013 durchgehend arbeitsunfähig krank war, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2014. Vor dem LAG Düsseldorf schlossen die Parteien im November 2015 dann einen Vergleich, nach dem das Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher betriebsbedingter Kündigung rückwirkend mit Ablauf des 31.10.2014 endete. Auf den Einwand des Klägers, es stünden noch Urlaubsansprüche offen, erklärte der Prozessbevollmächtigte des Arbeitgebers im Prozess, dass das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß abgerechnet werde. In der Schlussabrechnung vom November 2015 wies der Arbeitgeber einen Urlaubsanspruch des Klägers i. H. v. 30 Tagen aus. Der Kläger machte die Abgeltung von 30 Urlaubstagen aus dem Jahr 2014 sowie die Zahlung einer Sonderurlaubsprämie geltend.

### ENTSCHEIDUNG

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das BAG hielt wie die Vorinstanzen die Ausschlussfrist für wirksam. Der Kläger hatte die von ihm geltend gemachten Ansprüche nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit geltend gemacht. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterlag der Anspruch auf Urlaubsabgeltung als reiner Geldanspruch der arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist. Das BAG ließ die Ausschlussklauseln auch nicht an § 3

Satz 1 MiLoG scheitern. Hiernach sind Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, insoweit unwirksam. Darauf kam es nach der Begründung des BAG jedoch nicht an, da der gesetzliche Mindestlohnanspruch erst seit dem 1.1.2015 besteht, das Arbeitsverhältnis aber bereits zum 31.10.2014 rechtlich beendet war. Sowohl die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs als auch der Geldanspruch aus dem übergesetzlichen Mehrurlaub waren aufgrund der vereinbarten Ausschlussfrist ausgeschlossen. Der Kläger hatte die dreimonatige Ausschlussfrist nicht eingehalten. Der Urlaubsabgeltungsanspruch wie auch die vom Kläger reklamierte Sonderurlaubsprämie sind gem. § 7 Abs. 4 BUrlG mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig geworden. Daran änderte sich auch nichts dadurch, dass die Parteien die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückwirkend zum 31.10.2014 erst durch einen im November 2015 vereinbarten Prozessvergleich beschlossen hatten. Allein mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage im Jahr 2014 hatte der Kläger die Ausschlussfrist im Hinblick auf die Urlaubsabgeltung nicht gewahrt. Zwar reicht eine Bestandschutzklage aus, um Ansprüche zu wahren, die vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängen. Beim Urlaubsabgeltungsanspruch verhält es sich jedoch gerade umgekehrt, dieser wird erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig. Der Hinweis des Prozessbevollmächtigten der Beklagten, das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß abrechnen zu wollen, enthielt keine Zusage hinsichtlich der Urlaubsabgeltung. Und auch mit dem Ausweis der noch bestehenden 30 Urlaubstage in der Schlussabrechnung des Arbeitgebers hat die Beklagte nicht auf ihre Einwendungen verzichten wollen.

### KONSEQUENZEN

Gem. § 7 Abs. 4 BUrlG ist der Urlaubsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten. Der Urlaubsanspruch wandelt sich also in einen reinen Geldanspruch; dann unterliegt er tarifvertraglichen und vertraglichen Ausschlussfristen. Zwar ist der gesetzliche Mindesturlaub nach § 13 BUrlG unabdingbar. Nach Aufgabe der sog. Surrogationstheorie durch das BAG gelten aber für Urlaubsabgeltungsansprüche wie für andere Geldansprüche auch vertragliche und tarifliche Ausschlussfristen (BAG, Urt. v. 9.8.2011 – 9 AZR 365/10). Dies ist auch mit europäischem Recht vereinbar (EuGH, Urt. v. 20.1.2009 – C-350/06 und C-520/06, Schultz-Hoff). Als reiner Geldanspruch entsteht der Urlaubsabgeltungsanspruch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird nach § 271 BGB sofort fällig (BAG, Urt. v. 8.4.2014 – 9 AZR 550/12). Das gilt nach ständiger Rechtsprechung des BAG auch dann, wenn der Arbeitnehmer bei Beendi-

gung des Arbeitsverhältnisses krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist (BAG, Urt. v. 21.2.2012 – 9 AZR 486/10). Führen die Arbeitsvertragsparteien einen Rechtsstreit um die Wirksamkeit der Kündigung und schließen sie dort einen Vergleich, bestätigen Sie damit die Beendigungswirkung der Kündigung. Damit ist auch der Urlaubsabgeltungsanspruch grundsätzlich zu diesem Zeitpunkt entstanden, auch wenn der Vergleich tatsächlich erst viel später abgeschlossen wird. Der Arbeitnehmer kann sich im Zweifel auch nicht darauf berufen, wenn Entgeltabrechnungen des Arbeitgebers weiterhin einen Urlaubsanspruch ausweisen. Lohnabrechnungen enthalten insoweit kein Schuldanerkenntnis des Arbeitgebers (BAG, Urt. v. 12.12.2000 – 9 AZR 508/99). Seit Inkrafttreten des MiLoG ist umstritten, welche Folgen es hat, wenn Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich von im Rahmen AGB vereinbarter arbeitsvertraglicher Ausschlussklauseln ausgenommen werden. Nach § 3 MiLoG sind Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, insoweit unwirksam. Im Hinblick auf die Verbotsnorm des § 9 Satz 3 AEntG hat das BAG eine Ausschlussklausel, die im Anwendungsbereich der PflegeArbbV Mindestentgeltansprüche nicht ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Ausschlussklausel herausnimmt, für vollständig unwirksam gehalten (BAG, Urt. v. 24.8.2016 – 5 AZR 703/15, AuA 4/17, S. 249). Demgegenüber geht das LAG Nürnberg in einer jüngeren Entscheidung davon aus, dass Ausschlussklauseln, die Mindestlohnansprüche nicht ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Klausel herausnehmen, nur insoweit unwirksam sind, als Ansprüche auf den Mindestlohn erfasst sind (LAG Nürnberg, Urt. v. 9.5.2017 – 7 Sa 560/16). Unklar ist darüber hinaus, ob eine Formulklausel in AGB nur die Verbotsgesetze berücksichtigen muss, die gerade im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gelten oder ob sie auch mit später erlassenen Verbotsnormen vereinbar sein muss. Das BAG ließ hier beide Fragen offen. Jedenfalls sind nämlich für die AGB-Prüfung solche Gesetze nicht zu berücksichtigen, die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht in Kraft getreten waren. Dies war vorliegend hinsichtlich des MiLoG der Fall. Der Arbeitnehmer kann die Frist einer einfachen Verfallklausel auch dann wahren, wenn er eine Kündigungsschutzklage erhebt (BAG, Urt. v. 7.11.1991 – 2 AZR 34/91). Dies gilt aber nur für Ansprüche, die gerade von dem Ausgang des Rechtsstreits abhängen, insbesondere also für Annahmeverzugslohnansprüche. Urlaubsabgeltungsansprüche gehören nicht dazu, sie setzen nicht den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, sondern dessen Beendigung voraus.

**PRAXISTIPP**

Arbeitsvertragliche Ausschlussfristen sollten Ansprüche auf gesetzlichen Mindestlohn ausdrücklich aus der Anwendbarkeit der Klausel herausnehmen. Zudem sollten Ausschlussklauseln die seit 1.10.2016 geltende Neuregelung des § 309 Nr. 13 BGB beachten, nach der keine strengere Form als die Textform i. S. d. § 126b BGB vereinbart werden darf. Vor Abschluss eines Vergleichs müssen die Parteien genau prüfen, welche Urlaubsansprüche noch offen sind. Insbesondere bei rückwirkenden Vergleichen werden Urlaubsabgeltungsansprüche sonst von arbeitsvertraglichen oder tariflichen Ausschlussklauseln erfasst.

*Dr. Ingo Plesterninks, Global Head Human Resources, Mauser Corporate GmbH, Brühl sowie RA und FA für Arbeitsrecht, Bonn*

**Arbeitgeberdarlehen, Gesamtfälligkeit und Ausschlussfristen**

**§§ 307, 309 BGB**

**1. Eine Abrede zur Gesamtfälligkeit eines Arbeitgeberdarlehens, welche an die Beendigung des Anstellungsverhältnisses geknüpft wird, ohne dabei zu beachten, aus welchem Grund dieses endet, ist unwirksam.**

**2. Zudem kann eine Ausschlussklausel aufgrund der Besonderheiten des Arbeitsrechts auch dann wirksam sein, wenn sie gegen § 309 Nr. 7 BGB verstößt.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 28.9.2017 – 8 AZR 67/15**

**PROBLEMPUNKT**

Nachdem das Anstellungsverhältnis durch eine arbeitgeberseitige Kündigung beendet wurde, verlangte der Arbeitgeber die Rückzahlung eines zuvor gewährten Darlehens, welches bis dato nur teilweise getilgt wurde. Das Unternehmen berief sich dabei auf eine Klausel in einem gesondert abgeschlossenen Vertrag, wonach mit Beendigung des Arbeitsvertrags Gesamtfälligkeit eintreten solle. Der Mitarbeiter hielt diese Klausel für unwirksam. Zudem machte er Ansprüche auf Zahlung einer Provision geltend. Beide Seiten wandten ein, der jeweils andere Anspruch werde von der arbeitsvertraglichen Ausschlussklausel erfasst. Die Parteien machten ihre Ansprüche klage- und widerklageweise geltend.

**ENTSCHEIDUNG**

Zunächst zur Klage auf Rückzahlung des Darlehens: Dieser hat das BAG zum Teil stattgegeben. Von Relevanz sind dabei zwei Aspekte: Erstens, dass die Abrede zur Gesamtfälligkeit unwirksam war und zweitens, dass der Anspruch nicht von der Ausschlussklausel erfasst wurde.

Die in dem Darlehensvertrag getroffene Regelung, wonach bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses Gesamtfälligkeit bzgl. des noch offenen Betrags eintreten solle, hat das BAG als unwirksam erachtet. Die Klausel benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen i. S. d. § 307 BGB. Zwar ist es bei sog. Arbeitgeberdarlehen durchaus möglich, die Fälligkeit an den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu knüpfen; dies entspricht einem anerkannten Bedürfnis der Praxis. Die hier in Rede stehende Regelung war aber zu weit gefasst und daher unwirksam, da die Klausel auch solche Fälle erfasste, in denen kein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers zu erkennen war. So besteht etwa im Fall der arbeitgeberseitigen Kündigung, deren Gründe nicht im Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder bei einer vom Arbeitgeber veranlassten Eigenkündigung des Arbeitnehmers kein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers an einer vorzeitigen Abwicklung des Darlehensvertrags. Es ist dem Arbeitgeber in derartigen Fällen vielmehr zuzumuten, den Vertrag wie vorgesehen abzuwickeln. Denn dann hat es der Mitarbeiter nicht selbst in der Hand, der vorzeitigen Fälligkeit etwa durch Betriebsstreue oder vertragsgerechtes Verhalten zu entgehen – im Gegenteil: dann kann das Unternehmen die Gesamtfälligkeit selbst herbeiführen.

Die Klausel war daher unwirksam und entfiel ersatzlos, § 306 BGB. Zur Absicherung dieses Ergebnisses hat das BAG noch ausgeführt, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nicht möglich ist. Notwendig dafür ist eine ergänzungsbedürftige Lücke im Regelungsplan der Parteien. Zwar war hier durch den Wegfall der Klausel eine Lücke entstanden. Der Arbeitgeber hat jedoch kein schützenswertes Interesse an der Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung. Der ersatzlose Wegfall der Klausel stellt keine unzumutbare Härte dar.

Weiterhin wurde der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (soweit er auch regulär fällig war) auch nicht von der Ausschlussfrist erfasst. Dem BAG reichte die Feststellung, dass der Arbeitgeber den Anspruch rechtzeitig geltend machte. Maßgeblich war, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber zuvor selbst davon abgehalten hatte, den Anspruch geltend zu machen, indem er ihm gegenüber erklärte, das Darlehen zurückzahlen, sobald er einen neuen Arbeitsplatz habe. Mit anwaltlichem Schreiben, in dem es hauptsächlich um die Provisionsansprüche des Angeklagten gehen sollte, bestätigte dieser den Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (obschon

er insoweit die Aufrechnung erklärte) und setzte eine Frist zur Rücküberung. Der Arbeitgeber hatte sich binnen dieser Frist – nun ebenfalls anwaltlich – gemeldet, den eigenen Anspruch bekräftigt und den gegnerischen Anspruch zurückgewiesen. Da diese Geltendmachung vor Ablauf der vom Mitarbeiter selbst gesetzten Frist geschah und da er seine Schulden seinem Arbeitgeber zuvor eingestand, hat das BAG angenommen, dass es nun treuwidrig ist, wenn er sich darauf berufen will, dass die Fristen der Ausschlussklausel nicht eingehalten worden seien. Hinsichtlich der Widerklage stellte das BAG fest, dass dieser streitige Anspruch jedenfalls von der Ausschlussklausel erfasst wurde. Interessant ist dabei die Feststellung, dass die Klausel zwar gegen § 309 Nr. 7b BGB – und damit gegen ein AGB-Verbot ohne Wertungsmöglichkeit – verstößt, die Klausel aber aufgrund der Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) gleichwohl wirksam ist. Die Klausel war detailliert ausformuliert und enthielt auch die Regelung, wonach Ansprüche wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit und Ansprüche bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen ausgenommen sind. Im Umkehrschluss waren alle anderen Ansprüche nicht vom Anwendungsbereich der Klausel ausgenommen. Folglich erfasste die Klausel auch die Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung beruhen (§ 309 Nr. 7b BGB). Die Klausel war jedoch aufgrund der Besonderheiten des Arbeitsrechts gleichwohl wirksam. Der Kern dieser Überlegung war, dass diese Ansprüche, die von der Klausel (an sich unzulässigerweise) erfasst wurden, solche sind, die typischerweise vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer geltend gemacht werden. Von besonderer praktischer Bedeutung ist nämlich die im Arbeitsrecht geltende Haftungsprivilegierung. Diese führt letzten Endes dazu, dass eine solche Haftungsprivilegierung durch Verfall grundsätzlich zugunsten des Beschäftigten wirkt und dem Verwender, also den Arbeitgeber nur im Ausnahmefall günstig ist. Eine unangemessene Benachteiligung konnte das BAG nicht erkennen.

APP

**ARBEITSRECHT KOMMENTIERT**

**Die AuA-Entscheidungsbesprechungen gibt es auch digital für Smartphone und Tablet – jetzt downloaden und alle Kommentare jederzeit durchsuchbar nutzen. Infos finden Sie unter [www.arbeit-und-arbeitsrecht.de/arbeitsrecht-kommentiert](http://www.arbeit-und-arbeitsrecht.de/arbeitsrecht-kommentiert)**

Die Widerklage wurde abgewiesen, da der Zahlungsanspruch nicht rechtzeitig geltend gemacht worden war.

## » KONSEQUENZEN

Eine Abrede zur Gesamtfälligkeit von Arbeitgeberdarlehen muss die Gründe der etwaigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses beachten. Das BAG hat zwei Beispiele genannt: die Kündigung des Arbeitnehmers, ausgelöst durch ein Verhalten des Arbeitgebers und die arbeitgeberseitige Kündigung, die nicht durch ein Verhalten des Arbeitnehmers begründet wurde. Dann, wenn der Arbeitgeber es selbst in der Hand hat, die Beendigung herbeizuführen, hat er kein schützenswertes Interesse an einer vorzeitigen Gesamtfälligkeit. Der Umkehrschluss liegt auf der Hand: Dann, wenn der Arbeitnehmer die Beendigung veranlasst oder zumindest zurechenbar auslöst, ist wiederum der Arbeitgeber schützenswert. Allerdings wird man hier eine Parallele zu Rückzahlungsvereinbarungen über Fortbildungskosten ziehen müssen; die Regelung darf auch für den Fall der freiwilligen Eigenkündigung des Arbeitnehmers nicht die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) dadurch einschränken, dass die sofortige Gesamtfälligkeit de facto zu einem unüberwindbaren Kündigungshindernis wird. Für Verfallklauseln ist dieses Urteil lesenswert, da es eine komplexe Regelung im Volltext enthält, die einer AGB-Prüfung standhält. Sie wäre freilich noch sicherer, wenn sie vollumfänglich den Anforderungen des AGB-Rechts inkl. § 309 Nr. 7b BGB genügen würde.

## ! PRAXISTIPP

Soll ein Arbeitgeberdarlehen mit einer Abrede versehen werden, wonach der noch offene Betrag mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig wird, muss diese Klausel danach differenzieren, aus welchem Grund der Arbeitsvertrag endet. Zudem darf eine solche Regelung nicht über Gebühr die Berufsfreiheit einschränken.

Für die anwaltliche Vertretungspraxis lässt sich dem Urteil entnehmen, dass man nicht leichtfertig Fristen zur Rückäußerung setzen sollte; jedenfalls muss vorher geprüft werden, ob man der Gegenseite damit nicht unbeabsichtigt einen zeitlichen Aufschub gewährt, der zumindest dem eigenen Mandanten am Ende nichts nützt.

RA Daniel Jutzi,  
Theilmann Fachanwälte, Osnabrück

## Anrechenbarkeit von Sonn- und Feiertagszuschlägen

§§ 362, 611 BGB; § 1 MiLoG; § 11 ArbZG

**Sonn- und Feiertagszuschläge unterliegen keiner besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung, sie werden für die tatsächliche Arbeitsleistung gewährt. Deshalb sind sie mindestlohnwirksam.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 24.5.2017 – 5 AZR 431/16**

## ○ PROBLEMPUNKT

Die Parteien haben über die Erfüllung eines vertraglichen Anspruchs auf Sonn- und Feiertagszuschläge gestritten.

Die Klägerin arbeitet seit dem 15.3.2008 durchschnittlich 40 Std./Woche als Küchenhilfe in dem Seniorenheim der Beklagten. Bis zur Einführung des Mindestlohns zum 1.1.2015 erhielt sie monatlich 1.340 Euro brutto und zusätzlich für die an Sonn- und Feiertagen geleisteten Arbeitsstunden jeweils 2 Euro. Ab dem 1.1.2015 wurde ihr Monatslohn an den gesetzlichen Mindestlohn angepasst und auf 1.473,31 Euro brutto (= 8,50 Euro/Std. × 40 Std./Woche × 4,333 Wochen/Monat) erhöht. Den Sonn- und Feiertagszuschlag zahlte die Beklagte nicht mehr. Die Angestellte verlangte klageweise die Auszahlung der Zuschläge für die im Mai und Juni 2015 geleisteten 48 Stunden an Sonn- und Feiertagen. Dies verweigerte die Beklagte mit dem Hinweis, sie zahle seit Januar 2015 den gesetzlichen Mindestlohn, womit auch der Anspruch auf Sonn- und Feiertagszuschläge erfüllt sei. Dementgegen meinte die Klägerin, sie könne Zahlung aus betrieblicher Übung beanspruchen, die keine Anrechnung auf den gesetzlichen Mindestlohn finde. Das ArbG Leipzig hat die Klage ab- und das Sächsische LAG die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

## △ ENTSCHEIDUNG

Die Revision der Klägerin blieb ebenfalls ohne Erfolg. Die Küchenhilfe hatte arbeitsvertraglich für die streitigen Monate Mai und Juni 2015 ein Bruttogehalt von jeweils 1.340 Euro sowie aufgrund betrieblicher Übung einen Zuschlag für jede an Sonn- und Feiertagen geleistete Stunde von jeweils 2 Euro zu beanspruchen. Diesen Anspruch hatte die Beklagte durch die Zahlung der jeweils 1.473,31 Euro brutto in beiden streitigen Monaten vollständig erfüllt. Die Beklagte war nicht verpflichtet, die Sonn- und Feiertagszuschläge zusätzlich zum gesetzlichen Mindestlohn zu zahlen, da diese mindestlohnwirksam waren.

## » KONSEQUENZEN

§ 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG setzt den Mindestlohn pro Zeitstunde fest. Dabei hängt der Anspruch nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen ab. Aufgrund dessen sind alle im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen mit Ausnahme der Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen, anrechenbar (vgl. BAG, Urt. v. 25.5.2016 – 5 AZR 135/16). Sonn- und Feiertagszuschläge unterliegen keiner besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung. Das Gesetz sieht lediglich eine Mindestzahl beschäftigungsfreier Sonntage (§ 11 Abs. 1 ArbZG) sowie als Ausgleich für Sonn- und Feiertagsarbeit lediglich Ersatzruhetage vor (§ 11 Abs. 3 ArbZG). Das ArbZG setzt für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden besondere Zahlungspflichten des Arbeitgebers fest (§ 6 Abs. 5 ArbZG), nicht aber für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen. Demgemäß sind Zuschläge für die an Sonn- und Feiertagen geleistete Arbeit im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachtes Arbeitsentgelt und werden gerade für die tatsächliche Arbeitsleistung gewährt. Hieraus folgt, dass derartige Zuschläge mindestlohnwirksam sind. Bei Einführung des MiLoG bestand Streit darüber, ob Zuschläge zur Regelarbeitsvergütung in Form von Sonn- und Feiertagszuschlägen auf den gesetzlichen Mindestlohn anzurechnen oder zusätzlich zum Mindestlohn zu zahlen sind. Demgemäß war auch die praktische Handhabung ungeklärt. Das BAG hat nunmehr Rechtsicherheit dahingehend geschaffen, dass derartige Zulagen wirksam auf den Mindestlohn anzurechnen sind. Dabei führt das Urteil die Rechtsprechung zu anrechnungsfähigen Zulagen konsequent fort, denn für den Mindestlohn nach der PflegeArbbV hatte das BAG (Urt. v. 18.11.2015 – 5 AZR 761/13) dies bereits zuvor entschieden. Das BAG stellt darauf ab, ob der Zuschlag für die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung gewährt wird. Ist dies – wie hier – der Fall, ist dieser grundsätzlich auf den Mindestlohnananspruch anzurechnen.

## ! PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten sorgfältig zwischen mindestlohnwirksamen und mindestlohnunwirksamen Gehaltsbestandteilen trennen, um Nachzahlungen zu vermeiden.

RA und Notar Dr. Ralf Laws LL.M. M.M.,  
FA für Arbeitsrecht und Steuerrecht,  
Fachberater für Unternehmensnachfolge,  
Brilon



## Whistleblowing: Kein Beschlagnahmenschutz für externe Ombudsleute

§§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 160a StPO

**1. Der Beschlagnahmenschutz des § 97 Abs 1 Nr. 3 StPO schützt Compliance-Ombudspersonen mit Blick auf die Erlangung von Informationen anonymer Hinweisgeber nicht, da zwischen ihnen kein schutzwürdiges mandatsähnliches Vertrauensverhältnis besteht.**

**2. Auch unmittelbar aus der Verfassung lässt sich im Verhältnis zwischen der Ombudsperson und dem anonymen Hinweisgeber kein Beschlagnahmeverbot herleiten.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

**LG Bochum, Beschluss vom 16.3.2016 – II-6 Qs 1/16**

### PROBLEMPUNKT

Das LG Bochum hatte die Frage zu klären, inwieweit Informationen einem Beschlagnahmeverbot unterliegen, die externe Compliance-Ombudspersonen von anonymen Hinweisgebern erhalten haben.

Bei der Staatsanwaltschaft Bochum war ein Ermittlungsverfahren gegen einen Geschäftsführer wegen des Verdachts der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) sowie der Untreue (§ 266 StGB) anhängig. Bei der Ombudsfrau, einer externen Rechtsanwältin, war eine anonyme Anzeige eingegangen, die diese per Mail in Auszügen an die Integritätsbeauftragte des Unternehmens weitergeleitet hatte. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft Bochum hat das AG Bochum die Durchsuchung der Geschäftsräume/Kanzlei der Ombudsperson sowie die Beschlagnahme der vollständigen Fassung der anonymen Anzeige angeordnet. Bei der Durchsuchung übergab die Ombudsperson zur Abwendung der Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen das Original der Anzeige. Sie legte gegen den Beschluss des AG Bochum Beschwerde ein und meint, dass die Beschlagnahme der Anzeige aufgrund der Beschlagnahmefreiheit der Unterlagen rechtswidrig sei. Ihre Beschwerde hatte keinen Erfolg.

### ENTSCHEIDUNG

Das LG Bochum wies die Beschwerde zurück, da ein Beschlagnahmeverbot nicht besteht. Dieses ergibt sich zunächst nicht aus §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO. Nach dem LG Bochum beschränkt sich der Tatbestand des § 97

Abs. 1 Nr. 3 StPO entgegen seinem Wortlaut auf das Vertrauensverhältnis zwischen einem Beschuldigten und einem von ihm mandatierten Berufsgeheimnisträger bzw. Rechtsanwalt. Die Beziehung von Nichtbeschuldigten zu zeugnisverweigerungsberechtigten Personen ist dagegen nicht vom Schutzbereich der Norm erfasst (vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.7.2008 – 2 BvR 2016/06, NJW 2009, S. 281, 282). Dies ergibt sich aus den Regelungen in § 97 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO, die sich beide nur auf den Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Beschuldigtem und Zeugnisverweigerungsberechtigten beziehen. Sinn und Zweck des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist es, den Anwendungsbereich des Beschlagnahmeverbots auf „andere Gegenstände“ als die in § 97 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO genannten zu erweitern (Meyer-Goßner/Schmitt § 97 StPO Rdnr. 10), nicht aber, am Strafverfahren nicht beteiligte Dritte bzw. Nichtbeschuldigte in den Schutzbereich des Beschlagnahmeverbots einzubeziehen.

Der Hinweisgeber ist weder Beschuldigter noch besteht ein die Schutzwirkung des § 97 StPO auslösendes „mandatsähnliches Vertrauensverhältnis“ zwischen ihm und der Ombudsperson. Hierfür fehlt es schon an einer besonderen, individuell begründeten Vertrauensbeziehung, bspw. durch ein Beratungersuchen des Hinweisgebers an die Ombudsperson. Zudem würde die Annahme einer konkludenten Mandatsübernahme bei der Ombudsperson zu einem Interessenwiderstreit mit dem Mandatsverhältnis zu dem beauftragenden Unternehmen führen. Eine von der Ombudsperson ausgesprochene Zusicherung, dass sie die Informationen des Hinweisgebers vertraulich behandeln würde, reicht nicht für die Begründung eines mandatsähnlichen Vertrauensverhältnisses aus.

Ein gesetzlich nicht normiertes Beschlagnahmeverbot kann sich in besonderen Ausnahmefällen zwar auch unmittelbar aus dem Grundgesetz ergeben (vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.10.2003 – 2 BvR 2211/00, NSTZ-RR 2004, S. 84). Die vorliegende Beschlagnahme hat jedoch weder in einen besonders sensiblen Bereich der Privatsphäre des Hinweisgebers eingegriffen noch sind hierdurch prozessuale Schutznormen umgangen worden. Die bloße Zusicherung, die übermittelten Informationen vertraulich zu behandeln, genügt insoweit nicht und hat keine Wirkung gegenüber den Strafverfolgungsbehörden.

Nach § 160a Abs. 5 StPO blieben die §§ 97, 100c Abs. 6 StPO von § 160a StPO unberührt. Demzufolge sind das Beschlagnahmeverbot nach § 160a Abs. 1 StPO und die besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 160a Abs. 2 StPO aufgrund des Vorrangs der spezielleren Vorschrift des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nicht anwendbar (h. M.: LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, NJW 2011, S. 944; a. A.: von Galen, NJW 2011, S. 945). Dies gilt unabhängig davon, ob im Einzelfall § 97 StPO oder § 160a StPO höhere Anforderungen an einen Eingriff stellen, da die Vorschrift

des § 160a Abs. 5 StPO keine „Meistbegünstigungsklausel“ enthält. Im Übrigen genügt die Beschlagnahmearrangement aufgrund des erheblichen Tatvorwurfs gegen den Beschuldigten jedenfalls den Anforderungen des § 160a Abs. 2 StPO.

### KONSEQUENZEN

Um anonyme Hinweise über Korruption und sonstige Compliance-Verstöße zu erlangen, beauftragen Unternehmen häufig externe Rechtsanwälte als sog. Ombudspersonen bzw. Ansprechpartner einer Whistleblower-Hotline, was state-of-the-art eines effektiven Compliance-Management-Systems (CMS) ist. Die Rechtsprechung hatte sich bereits mit der Beschlagnahme(freiheit) von Unterlagen bei externen Rechtsanwälten (LG Mannheim, Beschl. v. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12, NZWiSt 2012, S. 424) oder Verteidigungsunterlagen im Unternehmen (LG Braunschweig, Beschl. v. 21.7.2015 – 6 Qs 116/15, NSTZ 2016, S. 308) beschäftigt. Der vorliegende Fall betrifft erstmals konkret eine vom Unternehmen beauftragte externe Ombudsperson und lehnt ein Beschlagnahmeverbot für diese ab.

Durch die Ablehnung eines Beschlagnahmeverbots wird die von Ombudspersonen gegenüber Hinweisgebern i. d. R. zugesicherte Vertraulichkeit in Zweifel gezogen. Die Erwartung und Gewährleistung der Vertraulichkeit ist jedoch oft ausschlaggebend dafür, dass ein Hinweis erfolgt. Ombudsleute bzw. Whistleblower-Hotlines werden dadurch erheblich geschwächt. Der Hinweisgeber als Nichtbeschuldigter muss de lege lata damit rechnen, identifiziert und als Zeuge vernommen zu werden, auch in einer öffentlichen Verhandlung.

Um eine Entwertung der praktisch wichtigen Hinweisgebersysteme zu vermeiden, wäre de lege ferenda eine gesetzliche Klarstellung im einschlägigen § 160a StPO wünschenswert.

### PRAXISTIPP

Ombudsleute und Hinweisgeber müssen derzeit bis zu einer klarstellenden Gesetzesänderung mit einer Beschlagnahme und damit Verlust der Vertraulichkeit bzw. Anonymität rechnen. Dementsprechend vorsichtig sollten Unternehmen mit entsprechenden „Zusicherungen“ sein und diese ggf. anpassen.

RA Volker Stück,  
Aschaffenburg