

# Entscheidungen kommentiert

## Urlaubsabgeltungsanspruch bei Tod des Arbeitnehmers

**Art. 7 RL 2003/88/EG; Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC); § 1922 Abs. 1 BGB; § 7 Abs. 4 BUrlG**

**Vom EuGH nichts Neues: Die Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers können von dessen ehemaligem Arbeitgeber eine finanzielle Vergütung für den vom Arbeitnehmer nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub verlangen. Der Anspruch des verstorbenen Arbeitnehmers auf eine finanzielle Vergütung für nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub kann im Wege der Erbfolge auf seine Erben übergehen.**

(Leitsätze der Bearbeiter)

**EuGH, Urteil vom 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (verbundene Rechtssachen)**

### PROBLEMPUNKT

Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung des BAG ist in dem Fall, dass ein Arbeitnehmer stirbt, die Abgeltung des nicht genommenen Jahresurlaubs ausgeschlossen (vgl. BAG, Urt. v. 12.3.2013 – 9 AZR 532/11, v. 20.9.2011 – 9 AZR 416/10). Diesem Diktum trat der EuGH schon in seinem Urteil in Sachen „Bollacke“ vom 12.6.2014 (C-118/13, AuA 1/15, S. 52) entgegen. Art. 7 RL 2003/88/EG ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, wonach der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ohne Begründung eines Abgeltungsanspruchs für nicht genommenen Urlaub untergeht, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Laut EuGH entsteht somit der Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub auch bei dessen Tod im laufenden Arbeitsverhältnis und kann von seinen Erben gegen den Arbeitgeber geltend gemacht werden.

In der Folge legte das BAG diese Frage in zwei Fällen erneut dem EuGH vor (BAG, Urt. v. 18.10.2016 – 9 AZR 45/16 [A], 9 AZR 196/16 [A], AuA 10/17, S. 616). In den Ausgangsverfahren und Vorlagefragen sind die Klägerinnen jeweils Alleinerben ihrer verstorbenen Ehemänner. Ein

Erblasser war bei einer Körperschaft des öffentlichen Rechts beschäftigt, der andere bei einer Person des Privatrechts. Beide Arbeitgeber lehnten den Antrag auf Abgeltung des durch die Erblasser vor deren Tod nicht genommenen Jahresurlaubs ab. Das BAG führte zur Begründung der Vorlagen aus, der EuGH habe in seinem Urteil in Sachen „Bollacke“ nicht die Frage entschieden, ob der Anspruch auf finanziellen Ausgleich auch dann Teil der Erbmasse werde, wenn das nationale Erbrecht dies ausschließt. Der Urlaubsanspruch des Erblassers gehe nach deutschem Recht mit dessen Tod unter, weshalb er sich weder in einen Abgeltungsanspruch umwandelte noch Teil der Erbmasse werden könne. Eine unionsrechtskonforme Auslegung sei nicht möglich, da eine solche contra legem wäre.

### ENTSCHEIDUNG

Das Urteil bestätigt das schon in Sachen „Bollacke“ (EuGH v. 12.6.2014, a. a. O.) gefundene Ergebnis. Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub nach dem Unionsrecht geht nicht mit seinem Tod unter. Die Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers können eine finanzielle Vergütung für nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub geltend machen. Damit der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub volle praktische Wirksamkeit entfalten kann, muss der Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für nicht genommenen Jahresurlaub auf die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers im Wege der Erbfolge übergehen. Anderenfalls würde dem verstorbenen Arbeitnehmer rückwirkend sein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub entzogen. Sollte das nationale Erbrecht dies nicht erlauben und sich tatsächlich als mit dem Unionsrecht unvereinbar erweisen, können sich die Erben unmittelbar auf das Unionsrecht berufen, und zwar sowohl gegenüber einem öffentlichen als auch gegenüber einem privaten Arbeitgeber.

Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang auf die nach der Rechtsprechung des EuGH bestehende Verpflichtung der nationalen Gerichte hin, eine gefestigte Rechtsprechung ggf. abzuändern, wenn sie auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen einer Richtlinie nicht vereinbar ist. Ein nationales Gericht darf nicht davon ausgehen, dass es eine nationale Vorschrift nicht im Einklang mit dem Unionsrecht auslegen kann, nur weil es sie in

ständiger Rechtsprechung in einer nicht mit dem Unionsrecht zu vereinbarenden Weise ausgelegt hat. Daher muss das BAG erneut prüfen, ob die nationalen Vorschriften des § 7 Abs. 4 BUrlG und § 1922 Abs. 1 BGB einer mit der Richtlinie 2003/88/EG im Einklang stehenden Auslegung zugänglich sind.

Sofern das BAG wieder zu dem Ergebnis kommt, dass eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, so kann die Alleinerbin desjenigen Erblassers, der bei der Körperschaft des öffentlichen Rechts beschäftigt war, ohne Schwierigkeiten unmittelbar kraft der RL 2003/88/EG ihren Anspruch auf finanzielle Vergütung für nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub geltend machen. Dagegen kann sich die Alleinerbin desjenigen Erblassers, der bei der Person des Privatrechts beschäftigt war, aufgrund ihrer fehlenden horizontalen Wirkung nicht auf die Richtlinie als solche vor einem nationalen Gericht berufen. Es findet jedoch Art. 31 Abs. 2 GRC, wonach jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf bezahlten Jahresurlaub hat, in den Ausgangsverfahren Anwendung, da § 7 Abs. 4 BUrlG die RL 93/104/EG umgesetzt hat, deren Bestimmungen wiederum durch die RL 2003/88/EG kodifiziert worden sind. Nach Ansicht des EuGH weist Art. 31 Abs. 2 GRC die notwendigen Merkmale dafür auf, dass er in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen unmittelbar geltend gemacht werden kann. Ein mit einem Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen befasstes nationales Gericht ist daher verpflichtet, wenn es das einschlägige nationale Recht nicht im Einklang mit Art. 7 RL 2003/88/EG auslegen kann, erforderlichenfalls von der Anwendung jeder entgegenstehenden nationalen Vorschrift abzusehen. Nur so kann der aus Art. 31 Abs. 2 GRC erwachsende Rechtsschutz gewährleistet und für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmung gesorgt werden. Art. 31 Abs. 2 GRC kann in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen unmittelbar geltend gemacht werden, um die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften zu verhindern, aufgrund derer die Arbeitnehmer ihren Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub verlieren.

### KONSEQUENZEN

Das BAG wird nun entweder von seinem Diktum abrücken müssen, dass eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich sei (für die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung schon LAG Köln, Urt. v. 14.7.2016 – 8 Sa 324/16; LAG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2015 – 3 Sa 21/15), oder die deutschen Erbrechtsvorschriften schlicht unangewendet lassen, freilich mit der pikanten Folge, dass ein Abgeltungsanspruch für nicht genommenen Resturlaub nach deutschem Recht eigentlich nicht entsteht, ein Anspruch in diesem Fall aber dennoch Teil der Erbmasse wird.

## ! PRAXISTIPP

Freilich kann man mit guten Gründen anderer Ansicht als der EuGH sein. Die Praxis wird sich dennoch darauf einzustellen haben, den Erben verstorbener Arbeitnehmer finanziell den nicht genommenen Jahresurlaub abzugelten.

*RA Maximilian Dachlauer,  
Rödl & Partner, Nürnberg;  
RA und FA für Arbeitsrecht  
Dr. Christoph Kurzböck, LL.M. (Lyon),  
Rödl & Partner, Nürnberg*

## Beweislastumkehr bei der Risiko- und Gefährdungsbeurteilung von Nachtarbeit

**Art. 267 AEUV; RL 92/85/EWG; § 5 ArbSchG; RL 2006/54/EG; §§ 5, 9, 10, 14 MuSchG**

**Bei der Beurteilung der Risiken und Gefahren von Nachtarbeit für Mutter und Kind während der Stillzeit gilt eine umgekehrte Beweislast zulasten des Arbeitgebers.**

(Leitsatz der Bearbeiterin)

**EuGH, Urteil vom 19.9.2018 – C 41/17**

## ○ PROBLEMPUNKT

Die Klägerin ist bei einer Sicherheitsfirma in Spanien beschäftigt. Nach der Geburt ihres Sohnes wurde sie als Sicherheitsbedienstete in einem Einkaufszentrum eingesetzt. Ihre Arbeitszeit ist in achtstündigen Wechselschichten organisiert, die z. T. in den Nachtstunden liegen. Die Klägerin arbeitete nachts teilweise alleine und musste Sicherheitsrunden gehen und auf Notfälle reagieren. Sie beehrte nach spanischem Recht das Ruhen ihres Arbeitsverhältnisses während der Stillzeit sowie einen finanziellen Ausgleich wegen der gesundheitlichen Risiken. Die Arbeitnehmerin beantragte hierfür bei der zuständigen Berufsgenossenschaft ein ärztliches Attest über die gesundheitlichen Risiken ihres Arbeitsplatzes für Mutter und Kind während der Stillzeit. Die Berufsgenossenschaft verweigerte die Ausstellung eines solchen Attestes ohne Angabe von Gründen. Der Arbeitgeber lehnte daraufhin das Ruhen des Arbeitsverhältnisses ab. Der Widerspruch gegen die Entscheidung wurde zurückgewiesen, die darauffolgende Klage abgewiesen. Im Rechtsmittelverfahren trug die Klägerin vor, dass die Beurteilung der Risiken des Arbeitsplatzes nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei, da keine individuelle Prüfung stattgefunden habe.

Das zuständige spanische Rechtsmittelgericht legte dem EuGH daraufhin den Fall mit der Frage vor, wie der Begriff Nachtarbeit i. S. d. Europarechts auszulegen ist, wenn Nachtarbeit mit Schichtarbeit kombiniert wird. Weiter fragte das Gericht, ob für den Fall, dass die Risikobeurteilung des Arbeitsplatzes nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, die Beweislast dergestalt umgekehrt wird, dass der Arbeitgeber darlegen muss, dass keine Diskriminierung stattgefunden hat. Nach Art. 7 der europäischen Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG dürfen schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen nicht zur Nachtarbeit verpflichtet werden, wenn die Notwendigkeit des Nachtarbeitsverbots aufgrund der Schutzbedürftigkeit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmerinnen ärztlich attestiert wird. Die europäische Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG regelt die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben und bestimmt, dass wenn eine Person vor Gericht Tatsachen vorträgt, die eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vermuten lassen, der Beklagte verpflichtet ist, zu beweisen, dass keine Diskriminierung stattgefunden hat.

## △ ENTSCHEIDUNG

Der EuGH hat entschieden, dass eine schwangere oder stillende Arbeitnehmerin im Schichtdienst als „Nachtarbeiterin“ i. S. d. RL 92/85/EWG gilt, wenn sie nur teilweise während der Nachtzeit arbeitet. Eine Arbeitnehmerin im Schichtdienst genießt daher gleichermaßen den besonderen Schutz des Nachtarbeitsverbots, sofern sie ein entsprechendes ärztliches Attest vorlegt. Dies ergibt sich nach Ansicht der Richter daraus, dass die besonderen (Schutz-)Bestimmungen der Mutterschutzrichtlinie Anwendung finden sollen. Die Nachtarbeit hat nicht unerhebliche Auswirkungen auf die Gesundheit von werdenden oder stillenden Müttern.

Der EuGH bejahte für den vorliegenden Fall auch die Anwendbarkeit der Beweislastumkehr nach Art. 19 Abs. 4 der RL 2006/54/EG. Eine Beweislastumkehr ist auch möglich, wenn eine Risikobeurteilung gerichtlich durch die Arbeitnehmerin angefochten wird, die tatsächlich nicht stattgefunden hat. In dem Umstand, dass ein Risiko für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen nicht beurteilt wurde, liegt eine ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft und stellt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. Wenn die Arbeitnehmerin im Prozess darlegt, dass für die Risikobeurteilung keine spezifische Prüfung unter Berücksichtigung der jeweiligen individuellen Situation von Mutter und Kind stattgefunden hat, dann obliegt es der Beklagten zu beweisen, dass eine unmittelbare Diskriminierung nicht vorliegt.

## » KONSEQUENZEN

Hinsichtlich des Schutzes vor Nachtarbeit hat die Entscheidung keine hohe Praxisrelevanz, denn in Deutschland gilt für werdende und stillende Mütter ein noch strengerer Schutz nach dem MuSchG. Nach § 5 MuSchG gilt ein Beschäftigungsverbot für jede stillende Frau zwischen 20 Uhr abends und 6 Uhr morgens sowie an Sonn- und Feiertagen. Zudem haben in Deutschland werdende und stillende Mütter die Möglichkeit, selbst zu bestimmen, ob das Nachtarbeitsverbot im Einzelfall außer Kraft gesetzt wird – jedoch nur unter Vorlage einer entsprechenden ärztlichen Erlaubnis und nach Zustimmung der Aufsichtsbehörde, § 28 MuSchG.

Bedeutsam ist das Urteil aber im Hinblick auf die individuelle Risikobeurteilung. Der EuGH hat bereits 2017 entschieden, dass der Arbeitgeber die Beweislast für die ordnungsgemäße Durchführung der Risikobeurteilung des Arbeitsplatzes einer stillenden Arbeitnehmerin trägt und hat die Möglichkeit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts angenommen. Deutsche Arbeitgeber trifft bei der Gefährdungsbeurteilung im Rahmen des Schutzes von schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen eine besondere Verantwortung. Hinzugekommen ist im Mutterschutzrecht die Regelung, dass Arbeitgeber auch zur anlassunabhängigen mutterschutzbezogenen Gefährdungsbeurteilung verpflichtet sind, selbst wenn zum Zeitpunkt der Beurteilung noch keine Frauen an den Arbeitsplätzen tätig sind, § 5 ArbSchG. Die vorzeitige Beurteilung soll die rechtzeitige Umsetzung von Schutzmaßnahmen für werdende und stillende Mütter gewähren.

## ! PRAXISTIPP

§§ 10, 14 MuSchG verpflichten den Arbeitgeber zur allgemeinen und konkretisierten Gefährdungsbeurteilung und Dokumentation. Eine Unterlassung ist bußgeldbewährt. Bei der Gefährdungs- bzw. Risikobeurteilung müssen systematisch alle Gesichtspunkte der Arbeit überprüft werden. Es kommt dabei nicht auf die grundsätzliche Arbeitsbeschreibung, sondern auf die speziellen Aufgaben, Verantwortung und vertraglich geschuldete Leistung an. Die Beurteilung muss dabei für jede Tätigkeit gesondert stattfinden. Der Arbeitgeber ist zudem gesetzlich verpflichtet, die Betroffenen hinsichtlich der Risiken und Gefahren des Arbeitsplatzes zu informieren, zu unterrichten und Anpassungen ihrer Arbeitsbedingungen anzubieten, § 10 Abs. 2 Satz 2 MuSchG.

*RAin Veronika von Bergwelt,  
Eversheds Sutherland Germany LLP, München*

## Betriebsvereinbarung und allgemeines Persönlichkeitsrecht

§ 75 Abs. 2 BetrVG;  
Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG

**1. Die Regelung in einer Betriebsvereinbarung, nach der ein Arbeitgeber zu einem Personalgespräch, das er mit einem Arbeitnehmer führt – bevor er aufgrund eines diesem vorgeworfenen Fehlverhaltens eine arbeitsrechtliche Maßnahme ergreift – gleichzeitig auch den Betriebsrat zu laden hat, ist nach § 75 Abs. 2 BetrVG unwirksam.**

**2. Eine Schlichtungsregelung mit einer paritätischen Kommission ist unwirksam, wenn sie keinen Konfliktlösungsmechanismus vorsieht, falls die paritätisch besetzte Kommission nicht zu einer Mehrheitsentscheidung gelangt.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Beschluss vom 11.12.2018 –  
1 ABR 12/17

### PROBLEMPUNKT

Die Beteiligten streiten über die Einladung des Betriebsrats zu Personalgesprächen, die „disziplinarische“ Maßnahmen zum Gegenstand haben. Der Arbeitgeber betreibt ein Berufsförderungswerk, bei dem der antragstellende Betriebsrat gebildet ist. Die Beteiligten haben eine Rahmenbetriebsvereinbarung (RBV) geschlossen, die u. a. regelt:

„§ 4 Nr. 4.1 Satz 1: Zu Gesprächen, die im Rahmen des Prozesses zur Unternehmens-, Organisations- und Personalentwicklung zwischen Geschäftsleitung, Abteilungsleitung und den Arbeitnehmern stattfinden, in denen es sich um disziplinarische (arbeitsrechtliche wie z. B. Abmahnungen) Maßnahmen handelt, wird der Betriebsrat gleichzeitig zu Gesprächen eingeladen. Der Mitarbeiter kann arbeitsrechtlich so entscheiden, dass er dieses Gespräch ohne Beteiligung eines Betriebsratsmitgliedes führen möchte. Bei Nichtbeachtung der ordnungsgemäßen Einladung des Betriebsrates und des Arbeitnehmers hat das Gespräch keine arbeitsrechtliche Konsequenz. § 6: Bei Streitfällen wird zur Vermeidung des Rechtsweges eine paritätisch besetzte Kommission mit jeweils 2 Teilnehmern eingesetzt, die eine Mehrheitsentscheidung trifft.“

Nachdem in ca. 20 Gesprächen so verfahren wurde, teilte der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Oktober 2015 mit, die besagte Regelung verstoße gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der

Arbeitnehmer. Seitdem lud er den Betriebsrat nicht mehr zu Personalgesprächen ein, sondern informierte den betroffenen Arbeitnehmer darüber, dass er nach Wunsch ein Mitglied des Betriebsrats zum Gespräch hinzuziehen könne. Der Betriebsrat beantragte daraufhin, den Arbeitgeber zur Einhaltung der Regelung zu verpflichten. Das ArbG lehnte den Antrag ab. Das LAG Düsseldorf entsprach ihm auf die Beschwerde des Betriebsrats.

### ENTSCHEIDUNG

Das BAG hielt den Antrag auf Einladung zu den vom Arbeitgeber initiierten Disziplargesprächen für zulässig und hinreichend bestimmt i. S. v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. § 6 RBV steht nicht entgegen, weil die Regelung unwirksam ist. Sie sieht keinen Konfliktlösungsmechanismus vor, wenn die paritätisch besetzte Kommission nicht zu einer Mehrheitsentscheidung gelangt. In einem solchen Fall wäre einer Betriebspartei eine Anrufung der Gerichte gegen den Willen der anderen Betriebspartei dauerhaft unmöglich. Der damit verbundene Ausschluss der Gerichte für Arbeits-sachen verstößt gegen § 4 ArbGG.

Der Antrag ist jedoch unbegründet, denn § 4 Nr. 4.1 Satz 1 der RBV ist ungültig. Die Regelung verstößt gegen § 75 Abs. 2 BetrVG i. V. m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR; Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG). Mit dem Verfahren aus § 4 der RBV verstoßen die Parteien gegen die ihnen obliegende Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Das APR umfasst insbesondere die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (BVerfG, Urt. v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, NVwZ 2018, S. 1703). Das APR kann durch verfassungsgemäße Gesetze eingeschränkt werden, solange der Eingriff dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt, d. h. geeignet, erforderlich und angemessen ist (BAG, Beschl. v. 15.4.2014 – 1 ABR 2/13 [B], AuA 2/14, S. 118).

Hier liegt ein Eingriff in das APR eines Arbeitnehmers in der gleichzeitigen Einladung des Betriebsrats bei Personalgesprächen i. S. d. § 4 Nr. 4.1 der RBV vor. Die Information einer drohenden disziplinarischen Maßnahme aufgrund eines etwaigen fehlerhaften Verhaltens des Betroffenen erfahren somit (mindestens) alle Mitglieder des Betriebsrats. Dieser Eingriff ist nach dem BAG nicht verhältnismäßig und die Verfahrensweise auch nicht erforderlich. Der Schutz des Arbeitnehmers als strukturell unterlegene Partei gegenüber dem Arbeitgeber ist schon dann ausreichend sichergestellt, wenn die Initiativlast für

die Hinzuziehung des Betriebsratsmitglieds beim Arbeitnehmer liegen würde, wie auch § 81 Abs. 4 Satz 3 und § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG zeigen. Zudem ist die Regelung nicht angemessen, da der Arbeitnehmer nicht selbst entscheiden kann, welches Betriebsratsmitglied seines Vertrauens am Gespräch teilnimmt, sondern der Betriebsrat dies selbst bestimmt. Hinzu kommt, dass die Regelung für das am Gespräch teilnehmende Betriebsratsmitglied keine Pflicht zur Verschwiegenheit über dessen Inhalt regelt. § 79 Abs. 1 Satz 1 BetrVG greift insoweit nicht. Eine analoge Anwendung von § 99 Abs. 1 Satz 3, § 102 Abs. 2 Satz 5 BetrVG bzw. § 82 Abs. 2 Satz 3 BetrVG scheidet nach dem BAG – entgegen dem LAG – aus.

### KONSEQUENZEN

Das BAG betont den hohen Stellenwert des Persönlichkeitsrechts des Beschäftigten und das gesetzliche Leitbild in § 81 Abs. 4 Satz 3 und § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, wonach es der Arbeitnehmer in der Hand hat zu entscheiden, ob er überhaupt ein Mitglied des Betriebsrats zum Disziplargespräch hinzuziehen möchte und welches. Der Beschäftigte muss Herr seines Verfahrens sein, d. h. frei entscheiden, ob und wen er vom Betriebsrat dabeihaben möchte – wie auch beim BEM (vgl. BAG, Beschl. v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, AuA 6/17, S. 377; BVerwG v. 23.6.2010 – 6 P 8.09, BVerwGE 137, S. 148). Der Betriebsrat hat auch keinen Anspruch auf Information oder Überlassung aller Abmahnungen durch den Arbeitgeber (BAG, Beschl. v. 17.9.2013 – 1 ABR 26/12, AuA 1/14, S. 54).

### PRAXISTIPP

Über dem oft von Betriebsräten reklamierten Schutz der Beschäftigten steht deren Selbstbestimmungsrecht, über das sich die Betriebsparteien nicht hinwegsetzen dürfen – der Betriebsrat hat kein imperatives Mandat.

RA Volker Stück,  
Bonn

## Keine Pauschalzahlung bei Verzug des Arbeitgebers

§ 288 Abs. 5 BGB;  
§ 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG

**Der Anspruch auf die Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB wird durch § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG als die speziellere arbeitsrechtliche Regelung ausgeschlossen.**

(Leitsatz der Bearbeiter)

**BAG, Urteil vom 25.9.2018 –  
8 AZR 26/18**

### PROBLEMPUNKT

Der Gesetzgeber hatte durch das „Gesetz zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr“ vom 22.7.2014 § 288 Abs. 5 BGB neu gefasst. Seitdem ist dort geregelt, dass bei Schuldnerverzug mit Entgeltforderungen dem Gläubiger stets eine Pauschale von 40 Euro zu zahlen ist. Aufgrund dessen stellt sich die Frage, ob auch ein Arbeitnehmer die Pauschale beanspruchen kann, wenn sein Arbeitgeber mit einer Entgeltzahlung in Verzug gerät. In der Instanzrechtsprechung wurde die Frage unterschiedlich beantwortet.

Die Parteien stritten vorliegend darüber, ob die Arbeitgeberin ihrem Mitarbeiter zusätzlich zu verschiedenen tariflichen Besitzstandszulagen die Verzugs pauschale i. H. v. 40 Euro nach § 288 Abs. 5 BGB zu gewähren hatte. Das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters war im Jahre 2014 im Rahmen eines Betriebsübergangs auf die beklagte Arbeitgeberin übergegangen. Diese gewährte ihm zunächst monatlich eine Besitzstandszulage. Deren Zahlung stellte sie nach rund zwei Jahren wieder ein. Der Mitarbeiter machte die Zahlung von drei Besitzstandszulagen gerichtlich geltend; zusätzlich verlangte er für jeden Monat, in dem die Besitzstandszulage nicht gewährt wurde, die Pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB.

### ENTSCHEIDUNG

Der 8. Senat des BAG hat die Revision der Arbeitgeberin für begründet erachtet, nachdem die beiden Vorinstanzen der Klage des Arbeitnehmers im vollen Umfang stattgegeben hatten.

Der 8. Senat begründet seine Entscheidung damit, dass § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch ausschließt, sondern auch einen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch für bis zum Schluss einer eventuellen ersten Instanz entstandene Beitrei-

bungskosten und damit auch den Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG war die Bestimmung des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG auch schon vor der Neuregelung des § 288 Abs. 5 BGB in der Weise auszulegen, dass sie sich auch auf materiellrechtliche Ansprüche auf Kostenerstattung auswirkt. Nach Ansicht des BAG gebietet neben dem Gesetzeswortlaut auch der Zweck des § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG einen Ausschluss der materiellrechtlichen Kostenerstattung. Dieser Zweck besteht insbesondere darin, das erstinstanzliche arbeitsgerichtliche Verfahren zum Schutz des Arbeitnehmers möglichst zu verbilligen und somit sein Kostenrisiko überschaubar zu halten. Letzteres erfolgt in der Weise, dass jede Partei von vornherein weiß, dass sie bis zum Schluss einer eventuellen ersten Instanz angefallene Beitreibungskosten stets und maximal nur in dem Umfang zu tragen hat, die sie selbst aufwendet.

Auch der Anspruch auf die Verzugs pauschale ist nach Ansicht des 8. Senats ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch in diesem Sinne. Es handelt sich bei dem Anspruch nicht um einen Anspruch „sui generis“, der insbesondere Strafcharakter hat. Vielmehr sollen mit der Vorschrift die mit der Beitreibung typischerweise verbundenen Kosten pauschaliert werden, um den ansonsten notwendigen Nachweis u. a. der Schadenshöhe zu ersparen.

### KONSEQUENZEN

Für Arbeitgeber ist die Entscheidung eine positive Nachricht. Sollte diese Rechtsprechung durch die weiteren Senate des BAG bestätigt werden, findet die Verzugs pauschale im Arbeitsrecht keine Anwendung. Gerade bei monatlich zu zahlendem Arbeitsentgelt – wie im Arbeitsverhältnis üblich – hätte die Anwendung der Verzugs pauschale sehr weitreichende Folgen für die Arbeitgeber gehabt. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der laufenden Entgeltansprüche der aktiven Belegschaft, sondern im besonderen Maße auch hinsichtlich der Ansprüche aus einer bAV, bei der der Arbeitgeber die Leistungen unmittelbar erbringt oder für deren Erbringung einzustehen hat. Berechtigte in diesem Sinne können nicht nur ehemalige Arbeitnehmer sein, sondern auch ihre Hinterbliebenen. Auch sie können nach der aktuellen Rechtsprechung die Pauschale des § 288 Abs. 5 BGB nicht beanspruchen.

Die Entscheidung wirkt sich auch zugunsten derjenigen Dritten aus, die ebenso wie der Arbeitgeber Partei eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens mit einem aktiven oder ehemaligen Arbeitnehmer oder dessen Hinterbliebenen sein können. Hier seien nur die Unterstützungskassen genannt, die nach der Rechtsprechung des BAG zusammen-

mit dem Arbeitgeber als Gesamtgläubiger für die Erbringung von Versorgungsleistungen gerichtlich in Anspruch genommen werden können.



### PRAXISTIPP

Sollten Arbeitnehmer oder auch Berechtigte einer bAV die Verzugs pauschale geltend machen, kann ihnen die Entscheidung des BAG entgegengehalten werden. Hierbei ist aber zu beachten, dass in Abhängigkeit von dem jeweiligen Entgeltanspruch die Zuständigkeit eines anderen Senats des BAG gegeben sein kann. Bspw. ist der 3. Senat für die bAV zuständig, der 5. Senat für Arbeitsentgeltansprüche, der hier befasste 8. Senat für Betriebsübergang und damit in Zusammenhang stehende Kündigungen sowie daran anschließende Ansprüche auf Weiterbeschäftigung, Wiedereinstellung und Abfindung und der 10. Senat für Gratifikationen, gewinn-, umsatz- und ergebnisorientierte Zahlungen und Zielvereinbarungen. Die vorliegende Entscheidung des 8. Senats ist für die übrigen Senate des BAG nicht abschließend. Grundsätzlich ist sie auch für Instanzgerichte nicht bindend. Lediglich bei erneuter Zuständigkeit des 8. Senats dürfte es sicher sein, dass die getroffene Entscheidung bestätigt würde. Es gibt widerstreitende Instanzrechtsprechung zu der hier entschiedenen Frage. Auch die Vorinstanz, das LAG Düsseldorf hatte wie mehrere andere Instanzgerichte die Anwendbarkeit der Verzugs pauschale im Arbeitsrecht angenommen. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass andere Senate des BAG abweichend entscheiden und die wirklich finale Klärung über die Anwendung der Verzugs pauschale im Arbeitsrecht durch den Gemeinsamen Senat des BAG erfolgt.

Joachim H. Kaiser,  
Aon, Rechtsabteilung Retirement Solutions,  
Mülheim an der Ruhr;  
Christine Geßner,  
Aon, Rechtsabteilung Retirement Solutions,  
Mülheim an der Ruhr

## Betriebliche Übung bei Entgelterhöhungen

§§ 133, 157, 151, 242 BGB

**Erhöht der Arbeitgeber bei einer dynamischen arbeitsvertraglichen Inbezugnahme eines Tarifvertrags einen von ihm gewährten übertariflichen Entgeltbestandteil in gleicher Weise wie den tariflichen, kommt es mangels entgegenstehender Anhaltspunkte zu einer betrieblichen Übung in Bezug auf den übertariflichen Vergütungsanteil.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 19.9.2018 – 5 AZR 439/17**

### PROBLEMPUNKT

Die Parteien stritten über eine Gehaltserhöhung. Der Arbeitsvertrag des Klägers verwies auf den Tarifvertrag für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken in dessen jeweiliger Fassung. Der dazugehörige Manteltarifvertrag sieht eine Eingruppierung in neun Tarifgruppen vor. Jede Tarifgruppe enthält mehrere Stufen, denen die Beschäftigten nach Berufsjahren zuzuordnen sind. Die Beklagte fügte diesen Stufen weitere, sog. übertarifliche Steigerungsstufen hinzu. Bis zum Jahr 2016 hatte die Beklagte die Gehälter entsprechend den Tarifierhöhungen im Bankengewerbe erhöht und dabei auch die übertariflichen Stufen berücksichtigt. Im Zuge einer Tarifierhöhung für 2014 wies die Beklagte den Kläger erstmals darauf hin, es bestehe im Rahmen der Tariflohnerhöhung kein Anspruch auf eine Erhöhung auch des übertariflichen Teils des Gehalts. Ab 2016 berücksichtigte die Beklagte Tariflohnerhöhungen nicht mehr bei den außertariflichen Entgeltbestandteilen des Klägers.

### ENTSCHEIDUNG

Das BAG gab dem Anspruch des Klägers auf die Gehaltserhöhung statt. Der Kläger hatte aus betrieblicher Übung einen Anspruch auf Erhöhung auch des übertariflichen Anteils seines Entgelts. Entscheidend für das Entstehen des Anspruchs aus betrieblicher Übung ist es, wie der Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände verstehen musste und ob er auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durfte. Eine betriebliche Übung kann auch bzgl. übertariflicher Leistungen entstehen. Von der betrieblichen Übung profitieren alle Beschäftigten eines Betriebs unabhängig davon, ob der betreffende

Arbeitnehmer selbst bisher schon in die Übung einbezogen worden ist.

Gibt ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber freiwillig Tarifierhöhungen an seine Beschäftigten weiter, kommt es ohne weitere Anhaltspunkte nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht zu einer betrieblichen Übung. Die fehlende Tarifgebundenheit des Arbeitgebers verdeutlicht für den Arbeitnehmer, dass der Arbeitgeber die Erhöhung der Löhne und Gehälter nicht ohne Beitrittsprüfung entsprechend der Tarifentwicklung vornehmen will. Im vorliegenden Fall war die Beklagte hingegen bereits durch die vertragliche dynamische Inbezugnahme von Tarifverträgen gegenüber ihren Arbeitnehmern vertraglich gebunden. Zudem hatte die Beklagte ein betriebliches Entgeltsystem mit über den Tarifvertrag hinausgehenden Steigerungsstufen geschaffen und seit jeher mit dem tariflichen Entgelt auch die übertariflichen Entgeltbestandteile erhöht. Anders als bei der Bindung an die freiwillige Weitergabe von Tarifierhöhungen war diese Gehaltsentwicklung auch überschaubar. Einen der betrieblichen Übung entgegenstehenden Vorbehalt hatte der Arbeitgeber nicht geäußert.

### KONSEQUENZEN

Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Eine betriebliche Übung kann auch bzgl. übertariflicher Leistungen und übertariflicher Anteile einer einheitlichen Leistung entstehen (BAG, Ur. v. 29.8.2012 – 10 AZR 571/11, AuA 4/13, S. 246). Die betriebliche Übung gilt grundsätzlich für alle Arbeitnehmer des Betriebs. Ob der betreffende Arbeitnehmer selbst bisher schon in die Übung einbezogen wurde, ist daher unerheblich (BAG, Ur. v. 28.5.2008 – 10 AZR 274/07).

Gibt ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber Tarifierhöhungen an seine Beschäftigten weiter, dreht das BAG das Regel-Ausnahme-Prinzip um und geht davon aus, dass bereits aus der fehlenden Tarifgebundenheit des Arbeitgebers deutlich wird, dass er nicht den Willen hat, die Erhöhung der Löhne und Gehälter auch zukünftig weiterzugeben. Andernfalls würde der nicht tarifgebundene Arbeitgeber schlechtergestellt als der tarifgebundene, der die Möglichkeit hat, durch Verbandsaustritt eine dauerhafte Bindung zu vermeiden. Es müssen daher deutliche Anhaltspunkte dafürsprechen, dass der nicht tarifgebundene Arbeitgeber die Tarifierhöhungen auch in Zukunft weitergeben will (ständige Rechtsprechung, etwa BAG, Ur. v. 14.2.2016 – 4 AZR 990/13, AuA 8/17, S. 492). An dieser Rechtsprechung hält

der 5. Senat mit der vorliegenden Entscheidung fest, argumentiert aber, dass sich diese Grundsätze nicht auf jede freiwillige Weitergabe tariflicher Entgelterhöhungen übertragen lassen. Entgegen den Vorinstanzen hatte das BAG daher hier eine betriebliche Übung angenommen. Der Arbeitgeber war durch die dynamische Bezugnahme Klausel vertraglich gebunden, tarifliche Entgelterhöhungen weiterzugeben. Darüber hinaus hatte er das in Bezug genommene Tarifsystem um übertarifliche Stufen erweitert und Tarifierhöhungen stets auch auf diese angewendet. Im Übrigen fehlte es an einem der betrieblichen Übung entgegenstehenden Vorbehalt.

### PRAXISTIPP

Gibt ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber freiwillig Tarifierhöhungen weiter, führt dies nach der ständigen Rechtsprechung des BAG nicht ohne Weiteres zu einer betrieblichen Übung. Arbeitgeber müssen aber darauf achten, dass die Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände nicht dahin verstehen dürfen, der Arbeitgeber wolle diese Erhöhungen auch in Zukunft weitergeben. Sicherheitshalber sollte er seinen fehlenden Bindungswillen durch einen Vorbehalt klar und deutlich zum Ausdruck bringen.

*Dr. Ingo Plesterninks,  
VP HR Mauser International Packaging  
Solutions, Brühl, sowie  
RA und FA für Arbeitsrecht, Bonn*

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)**

## Mindestlohn: arbeitsvertragliche Ausschlussfrist in Verträgen seit 1.1.2015

§§ 305 ff. BGB; § 3 Abs. 1 MiLoG

**Eine vom Arbeitgeber vorformulierte arbeitsvertragliche Verfallklausel, die ohne jede Einschränkung alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und damit auch den ab dem 1.1.2015 von § 1 MiLoG garantierten Mindestlohn erfasst, verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Sie ist insgesamt unwirksam, wenn der Arbeitsvertrag nach dem 31.12.2014 geschlossen wurde.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 18.9.2018 – 9 AZR 162/18**

### PROBLEMPUNKT

Der Kläger war bei dem Beklagten als Fußbodenleger beschäftigt. Dem Arbeitsverhältnis liegt ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 1.9.2015 zugrunde, welcher eine Ausschlussklausel beinhaltet. Danach verfallen alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht worden sind. Nachdem der Beklagte das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. Das Verfahren wurde durch einen Vergleich beendet, dem zufolge das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 15.8.2016 endet und bis dahin vertragsgemäß abgerechnet wird. Die seitens des Beklagten erstellte und dem Kläger am 6.10.2016 zugegangene Abrechnung für August 2016 wies keine Urlaubsabgeltung aus. Der Kläger machte daraufhin am 17.1.2017 den Anspruch auf Urlaubsabgeltung gerichtlich anhängig. In dem Verfahren hat sich der Beklagte darauf berufen, dass der Anspruch auf Urlaubsabgeltung verfallen sei, weil der Kläger ihn nicht rechtzeitig innerhalb der Ausschlussfrist geltend gemacht habe. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, nachdem das ArbG Hamburg ihr noch stattgegeben hatte.

### ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat das Berufungsurteil aufgehoben und die erstinstanzliche Entscheidung wiederhergestellt. Der Kläger hat nach § 7 Abs. 4 BUrlG einen Anspruch auf Abgeltung von 19 Urlaubstagen mit insgesamt 1.687,20 Euro brutto. Dieser ist auch nicht wegen der vorliegenden Versäu-

mung der vertraglichen Ausschlussfrist verfallen, da er nicht innerhalb dieser Frist geltend gemacht werden musste.

Die Ausschlussklausel ist unwirksam und daher ersatzlos aus dem im Übrigen wirksamen Arbeitsvertrag zu streichen. Sie verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Ausschlussklausel ist nicht klar und verständlich, weil sie unter Verstoß gegen § 3 Satz 1 MiLoG den ab dem 1.1.2015 zu zahlenden gesetzlichen Mindestlohn nicht ausdrücklich ausnimmt. Die Klausel ist deshalb gem. § 306 Abs. 1 BGB insgesamt unwirksam. Sie kann folglich auch nicht für den hier gegenständlichen Anspruch auf Urlaubsabgeltung aufrechterhalten werden.

### KONSEQUENZEN

Das Urteil erscheint in seiner Wirkung zunächst begrenzt. Es umfasst nur Ausschlussklauseln, die in Arbeitsverträgen seit dem 1.1.2015, also dem Inkrafttreten des allgemeinen und flächendeckenden Mindestlohns, geschlossen wurden. Diese müssen der Unverzichtbarkeit des Mindestlohns Rechnung tragen. Das folgt unmittelbar aus § 3 Satz 1 MiLoG, der die Unverzichtbarkeit bereits dem Wortlaut nach deutlich formuliert. Der Sinn und Zweck der Norm ist auch genau auf diese Unverzichtbarkeit gerichtet.

Diese gesetzgeberische Entscheidung findet Eingang in die arbeitsvertraglich durchzuführende AGB-Kontrolle der Ausschlussklausel. Danach kann eine Vertragsklausel sowohl aus ihrem Regelungsgehalt heraus wegen einer ganz wesentlichen Abweichung vom gesetzlichen Grundgedanken als auch wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam sein. Beides ist hier der Fall. Der 9. Senat nimmt eine solche AGB-Kontrolle vor und kommt wegen des zutreffend festgestellten Verstoßes zur Anwendung der Rechtsfolgenregelung des § 306 BGB. Danach ist eine unwirksame Klausel aus dem Vertrag zu streichen. Die dadurch entstehende Lücke wird durch die Anwendung der gesetzlichen Regelungen geschlossen. Das sind vorliegend die Vorschriften zur Regelverjährung der §§ 195, 199 BGB.

Das BAG stellt richtigerweise klar, dass eine geltungserhaltende Reduktion der Ausschlussklausel nicht möglich ist. Mit dieser würde die Klausel auf den gerade noch rechtlich zulässigen Regelungsgehalt zurückgeführt. Eine solche Maßnahme ist dem AGB-Recht wesensfremd. Dieses weist das Risiko der Verwendung von AGBs demjenigen zu, der sie zur Anwendung bringt (Verwenderrisiko). Das ist der Arbeitgeber. Dies ist der Kerngehalt des AGB-Rechts, der in § 306 BGB seinen Ausdruck für die Rechtsfolgeseite findet. Hiervon macht auch § 3 Satz 1 MiLoG keine Ausnahme. Der Mindestlohn ist danach

unverzichtbar. Ein Verstoß gegen dieses gesetzliche Gebot führt zur Unwirksamkeit der entsprechenden Vereinbarung.

Spannend bleibt hiernach aber noch die Frage, ob Ausschlussklauseln genauso zu behandeln sind, die vor dem 1.1.2015 vereinbart wurden. Hierzu hat das BAG keine Aussage getroffen. Würden die o. g. Grundsätze auch für diese Altfälle in der gleichen Form angewendet werden, wären nahezu alle alten Ausschlussfristen damit unwirksam.

Die Anwendungspraxis sieht sich daher zwei unterschiedlich großen Problemfeldern ausgesetzt. Fest steht: Seit 1.1.2015 müssen bei der Formulierung von Ausschlussklauseln Mindestlohnansprüche ausdrücklich ausgenommen werden. Andernfalls ist die Ausschlussklausel insgesamt unwirksam. Dieses Problem dürfte beherrschbar sein, da es bereits mit der Einführung des MiLoG erkannt wurde und in die Beratungspraxis entsprechenden Eingang gefunden hat.

In Bezug auf die Altfälle muss weiter mit erheblicher Unsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit bestehender Ausschlussklauseln gelebt werden. Diese Unsicherheit dürfte sich für den klauselverwendenden Arbeitgeber mit dem vorliegenden Urteil noch einmal verstärkt haben. In Anknüpfung an die vergleichbar begründete Entscheidung zum Mindestlohn in der Pflege (BAG, Urte. v. 20.6.2018 – 5 AZR 262/17, AuA 2/19, S. 118; 5 AZR 377/17, AuA 10/18, S. 614) hat nun auch der 9. Senat des BAG im Ergebnis eine vollständige Unwirksamkeit der gesamten Ausschlussklausel bejaht.

Das ist im Ergebnis und in der Begründung zutreffend. Die Rechtsfolge der vollständigen Unwirksamkeit folgt zwingend aus dem Kerngehalt der §§ 305 ff. BGB. Auch für die Altfälle kann danach nichts anderes gelten. Der AGB-Verwender trägt das Risiko, dass seine Formulierungen aufgrund einer später eintretenden Gesetzesänderung unwirksam werden, nachdem sie zunächst der Gesetzeslage entsprochen haben.

### PRAXISTIPP

Arbeitgeber sind gut beraten, vorhandene Ausschlussklauseln auf den aktuellen Stand zu bringen, wenn sich die Gelegenheit dazu bietet. Wie das in der Praxis tatsächlich gelingen kann, ist wie stets im Falle gewünschter Vertragsänderungen stark einzelfallabhängig.

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

## Ersatzurlaubsanspruch ist vertraglicher Ausschlussfrist nicht unterworfen

§§ 7 Abs. 2 und 3, 13 BUrlG;  
§ 9 Abs. 1 KSchG; § 249 Abs. 1 BGB

**1. Der Ersatzurlaubsanspruch, welcher an die Stelle des gesetzlichen Mindesturlaubs tritt, unterfällt den gesetzlichen Regeln des § 7 Abs. 3 BUrlG und ist gem. § 13 Abs. 1 BUrlG der individualvertraglichen Disposition entzogen.**

**2. Der nach § 7 Abs. 4 BUrlG an die Stelle des Ersatzurlaubsanspruchs tretende Abgeltungsanspruch ist hingegen als reiner Geldanspruch einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfristenregelung zugänglich.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 19.6.2018 –  
9 AZR 615/17

### PROBLEMPUNKT

Die Parteien stritten über die Abgeltung von 18 Ersatzurlaubstagen. Die beklagte Arbeitgeberin hatte das Arbeitsverhältnis des klagenden Arbeitnehmers ordentlich zum 31.10.2015 gekündigt und bot ihm die Fortsetzung zu geänderten Bedingungen an. Der Arbeitnehmer schlug dieses Angebot jedoch aus, zog vor das ArbG Lübeck und erhob Kündigungsschutzklage verbunden mit einem Auflösungsantrag gem. § 9 Abs. 1 KSchG, welcher darauf gerichtet war, das Arbeitsverhältnis zum 31.10.2015 aufzulösen. Zudem erweiterte er die Klage dann am 24.11.2015 auf einen Anspruch zur Abgeltung seiner restlichen Urlaubsansprüche aus dem Jahr 2015. Vorsorglich forderte er außerdem die Arbeitgeberin auf, ihm den für das Jahr 2015 zustehenden Urlaub noch zu gewähren. Durch ein rechtskräftiges Teilurteil wurde das Arbeitsverhältnis dann schließlich mit Ablauf des 12.4.2016 beendet. Bzgl. der Abgeltung seines Ersatzurlaubsanspruchs obsiegte der Arbeitnehmer dann im weiteren Verlauf. Hiergegen wandte sich die Arbeitgeberin erst mit der Berufung und dann auch mit der Revision. Dabei vertrat sie die Auffassung, dass der streitgegenständliche Urlaub des Arbeitnehmers aufgrund arbeitsvertraglicher Ausschlussfristen bereits verfallen sei, weil er dessen Gewährung nicht rechtzeitig verlangt habe. Sie war zudem der Meinung, dass ein Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 KSchG die Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung entfallen ließ.

### ENTSCHEIDUNG

Der Argumentation der Arbeitgeberin folgte das BAG hingegen nicht. Dazu führte es aus, dass sich der nicht rechtzeitig gewährte und im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch gem. §§ 275 Abs. 1 und 4, 280 ff., 249 Abs. 1 BGB in einen Schadensersatzanspruch umwandelt, welcher wiederum die Gewährung von Ersatzurlaub zum Inhalt hat. Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer einen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 KSchG gestellt hat, rechtfertigt zudem keine anderweitige rechtliche Bewertung, da dem Arbeitnehmer hierdurch kein Gestaltungsrecht zur Verfügung steht. Es handelt sich vielmehr nur um einen Gestaltungsantrag, weil allein dem arbeitsgerichtlichen Urteil eine gestaltende Wirkung zukommt. Vorliegend hatte der Arbeitnehmer somit einen Anspruch auf 18 Ersatzurlaubstage, welcher, so das BAG weiter, auch keiner Ausschlussfristenregelung unterfallen konnte. Dies ergibt der in § 249 Abs. 1 BGB normierte Grundsatz der Naturalobligation, der darauf gerichtet ist, einen möglichst gleichwertigen Schadensersatzanspruch zu schaffen. Wenn aber der gesetzliche Urlaubsanspruch nur in sehr engen Grenzen einer Ausschlussfrist unterfallen kann, so muss dies auch für den aus dem Schadensersatz resultierenden Ersatzurlaubsanspruch gelten. Aus diesem Grund unterfällt auch der Ersatzurlaubsanspruch dem Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG und ist somit gem. § 13 BUrlG, zumindest bezogen auf den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch, einer zulasten des Arbeitnehmers weitergehenden Disposition entzogen. Dass die von der Arbeitgeberin verwendete Ausschlussfristenregelung über Urlaubsansprüche gerade diese Unterscheidung von Mindest- und Mehrurlaub nicht herausstellt, macht sie zudem intransparent und damit insgesamt unwirksam.

Im nächsten Schritt stellte das BAG fest, dass der Arbeitnehmer seinen Ersatzurlaubsanspruch aufgrund des bereits beendeten Arbeitsverhältnisses nicht mehr nehmen kann, weshalb dieser Anspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten ist. Ferner kann dieser reine Geldanspruch dann einer vertraglichen Ausschlussfrist unterfallen, was der Arbeitgeberin jedoch nicht zugute kam. Denn die verwendete arbeitsvertragliche Ausschlussregelung über Schadensersatzansprüche stellte hinsichtlich des Fristbeginns auf die Fälligkeit des Anspruchs als auch auf den Entstehungszeitpunkt des Anspruchs ab. Das BAG erkannte hierin einen undeutlichen Regelungsgehalt, weshalb es auch diese Ausschlussfristenregelung als intransparent und damit unwirksam verwarf. Im Ergebnis blieb die Revision somit überwiegend unbegründet und ohne nennenswerten Erfolg.

### KONSEQUENZEN

Das BAG hat, nachdem es dies in der Vergangenheit bisher offenließ, nunmehr klargestellt, dass der Ersatzurlaubsanspruch nicht durch eine vertragliche Ausschlussfrist ausgeschlossen werden kann, zumindest soweit dieser Ersatzanspruch aus dem gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch folgt. Dass dann hingegen der aus dem Ersatzurlaubsanspruch resultierende Abgeltungsanspruch einer vertraglichen Ausschlussfrist zugänglich sein soll, mag überraschen und ist mit Blick auf das Europarecht auch nicht frei von Zweifeln. Darüber hinaus hat das BAG noch einmal die Anforderungen an transparente Ausschlussfristenregelungen deutlich gekennzeichnet, weshalb man gut beraten ist, sich diese Ausführungen zu eigen zu machen.

### PRAXISTIPP

Personalverantwortliche sollten aus diesem Urteil vor allem zwei Lehren ziehen. Zum einen ist der gesetzliche Mindesturlaub ein Anspruch des Arbeitnehmers, der individualvertraglich nicht beschnitten werden kann. Zum anderen sollten die im Arbeitsvertrag verwendeten Ausschlussfristenregelungen immer genau beschreiben, welche Ansprüche durch sie erfasst werden. Bezogen auf den Urlaubsanspruch bedeutet dies, dass hier zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch und dem vertraglichen Mehrurlaub eine Abgrenzung stattzufinden hat.

RA und FA für Arbeitsrecht Volker Serth,  
Kanzlei FPS, Frankfurt am Main

## Anfechtung der Betriebsratswahl: Einspruch gegen die Wählerliste

§ 19 Abs. 1 BetrVG; §§ 4, 2 WO

**1. Ein Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste nach § 4 Abs. 1 WO ist nicht Voraussetzung dafür, in einem späteren Wahlanfechtungsverfahren die Aufnahme nicht Wahlberechtigter in die Wählerliste rügen zu können.**

**2. Der Wahlvorstand ist zwar nicht dazu verpflichtet, die Wählerliste auch in elektronischer Form zu veröffentlichen. Macht er aber von der durch § 2 Abs. 4 Satz 3 WO eröffneten Möglichkeit einer ergänzenden Bekanntmachung der Wählerliste mittels der im Betrieb vor-**

**handenen Informations- und Kommunikationstechnik Gebrauch, muss er auch im Verlauf des Wahlverfahrens vorgenommene Änderungen der Wählerliste auf entsprechendem Wege bekannt machen.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

**BAG, Beschluss vom 2.8.2017 – 7 ABR 42/15**

## PROBLEMPUNKT

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Betriebsratswahl 2014. Der Wahlvorstand einer Klinik erließ am 28.1.2014 ein Wahlausschreiben, in dem u. a. stand:

„Mit diesem Wahlausschreiben und den dazugehörigen Wählerlisten sowie der Wahlordnung (WO) zum Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ist die Betriebsratswahl eingeleitet. Die Wählerlisten und die Wahlordnung hängen für jedermann zugänglich in bzw. an den Schaukästen an der Zentralumkleide (Bauteil A, EG), im Vorraum zur Verwaltung (Bauteil C, EG) sowie im Gang zum Wirtschaftshof (Bauteil A, 1. UG), zur Einsichtnahme aus. Wahlausschreiben, Wählerlisten und Wahlordnung können außerdem im Intranet eingesehen werden.“

Er korrigierte die veröffentlichten Wählerlisten mehrfach. Eine Korrektur der auch im Intranet veröffentlichten elektronischen Wählerliste erfolgte jedoch nicht. Damit gab es unterschiedliche Wählerlisten mit unterschiedlichen Angaben zu den wahlberechtigten Arbeitnehmern. Vier Arbeitnehmer fochten die Betriebsratswahl aus diesem Grund an. Einen Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste hatten die Betroffenen beim Wahlvorstand zuvor aber nicht eingelegt. Der neu gewählte Betriebsrat war der Auffassung, dass eine Anfechtung deshalb ausscheide. Außerdem komme es auf die Wählerliste im Intranet nicht an, da diese nur optional sei. Das ArbG erklärte die Wahl für unwirksam, das LAG wies die Beschwerde des Betriebsrats zurück.

## ENTSCHEIDUNG

Das BAG hielt die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats auch für unbegründet, denn die Betriebsratswahl ist nach § 19 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Nach § 19 Abs. 1 BetrVG kann die Wahl beim ArbG angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Zur Anfechtung berechtigt sind nach § 19

Abs. 2 Satz 1 BetrVG mindestens drei Wahlberechtigte, eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft oder der Arbeitgeber. Die Wahlanfechtung ist nach § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an gerechnet, zulässig. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Auch wenn eine Anfechtung der Betriebsratswahl mit einer Fehlerhaftigkeit der Wählerliste begründet wird, ist ein vorheriger Einspruch gegen die Wählerliste (§ 4 Abs. 1 WO) nach dem BAG keine formelle Voraussetzung für die – spätere – Anfechtung (so ErfK/Koch, 17. Aufl., § 19 BetrVG Rdnr. 3; a. A.: Fitting, 28. Aufl., § 19 BetrVG Rdnr. 14). Eine solche gravierende Rechtsfolge hätte einer gesetzlichen Regelung bedurft. Ohne gesetzliche Verordnungsermächtigung können die Bestimmungen der WO als niederrangige Rechtsnormen gegenüber dem Gesetz weder zusätzliche materielle Voraussetzungen aufstellen noch von den gesetzlichen Anforderungen Ausnahmen zulassen. Sie können somit das gesetzliche Anfechtungsrecht nicht einschränken (GK/Kreutz, 10. Aufl., § 19 BetrVG Rdnr. 60). Die materiellen Voraussetzungen einer Wahlanfechtung nach § 19 Abs. 1 BetrVG liegen ebenfalls vor. Bei der Wahl wurde gegen wesentliche Wahlvorschriften verstoßen. Der Wahlvorstand hat gegen § 2 Abs. 4 WO verstoßen, indem er die Wählerliste nachträglich um 17 Personen ergänzt hat, ohne die im Intranet veröffentlichte Fassung der Liste entsprechend zu ändern. Der Wahlvorstand ist zwar nicht dazu verpflichtet, die Wählerliste auch in elektronischer Form zu veröffentlichen. Macht er aber von der durch § 2 Abs. 4 Satz 3 WO eröffneten Möglichkeit einer ergänzenden Bekanntmachung der Wählerliste mittels der im Betrieb vorhandenen Informations- und Kommunikationstechnik Gebrauch, muss er auch im Verlauf des Wahlverfahrens vorgenommene Änderungen der Wählerliste auf entsprechendem Wege bekannt machen (Richardi/Forst, BetrVG, 15. Aufl., § 2 WO Rdnr. 16). Arbeitnehmer, die sich über ihre Wahlberechtigung informieren wollen, müssen nicht mit Abweichungen zwischen den im Betrieb ausgelegten und den im Intranet veröffentlichten Wählerlisten rechnen. Der Fehler war möglicherweise kausal für das Wahlergebnis. Nachträgliche Recherchen über das Wahlverhalten einzelner Wahlberechtigter verletzen den durch § 14 Abs. 1 BetrVG gewährleisteten Grundsatz der geheimen Wahl und sind deshalb unzulässig. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für den eigentlichen Wahlakt, sondern auch für die Wahlvorbereitung sowie nach Beendigung der Wahl gegenüber Auskunftsverlangern über die Stimmabgabe.

## KONSEQUENZEN

Die Entscheidung klärt die höchstrichterlich offene und umstrittene Frage, ob ein vorheriger Einspruch gegen die Wählerliste eine formelle Voraussetzung für die spätere Anfechtung ist: Er ist es nach dem BAG nicht. Der Wahlvorstand ist wegen der Bedeutung der Aufnahme wahlberechtigter Arbeitnehmer in die Wählerliste dazu verpflichtet, die Richtigkeit der Wählerliste laufend zu überprüfen. Insoweit stellt das BAG klar, dass bei optionaler Verwendung einer elektronischen Form der Wählerliste (im Intranet) diese mit der Papierversion durchgehend 1:1 identisch sein muss. Abweichungen bzw. die Nicht-Pflege der Onlineversion der Wählerliste können einen Anfechtungsgrund begründen.

## PRAXISTIPP

Bis zur Rechtskraft der erfolgreichen Wahlanfechtung bleibt ein Betriebsrat im Amt und kann z. B. wirksam Betriebsvereinbarungen schließen, Schulungen besuchen und Beschlussverfahren einleiten. Auch wenn ein Einspruch gegen die Wählerliste im laufenden Wahlverfahren nicht Voraussetzung für eine spätere Anfechtung ist, zeigt der Fall, dass es wichtig ist, erkannte Wahlfehler noch vor der Stimmabgabe zu korrigieren, z. B. durch Einspruch gegen eine fehlerhafte Wählerliste. Korrigiert der Wahlvorstand die Wählerliste dann nicht, kann das ArbG per einstweiliger Verfügung dem Wahlvorstand eine Korrektur aufgeben.

RA Volker Stück,  
Bonn

## Zahlungen zur einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses

**§ 24 Nr. 1a EStG i. V. m.  
§ 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 EStG**

**Wird an den Arbeitnehmer bei einer (einvernehmlichen) Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung gezahlt, ist die Frage, ob er dabei unter tatsächlichem Druck stand, regelmäßig irrelevant.**

(Leitsatz des Bearbeiters)

**BFH, Urteil vom 13.3.2018 – IX R 16/17**



## PROBLEMPUNKT

Der Kläger, der als Verwaltungsangestellter tätig war, schloss am 19.12.2012 mit seiner Arbeitgeberin im Zuge eines angekündigten Personalabbaus – im gegenseitigen Einvernehmen und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist – einen Auflösungsvertrag. Hierin waren u. a. die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.3.2013 sowie eine zum Zeitpunkt des Ausscheidens fällige Abfindung i. H. v. 36.250 Euro vereinbart. Ab dem 1.4.2013 bezog der Kläger bei vorzeitigem Renteneintritt Renteneinkünfte. Er beantragte in seiner Est-Erklärung 2013, den Abfindungsbetrag dem ermäßigten Steuersatz gem. § 34 Abs. 1, Abs. 2 EStG zu unterwerfen. Dem kam das beklagte FA – auch nach Erhebung eines Widerspruchs – nicht nach und setzte die Steuer ohne Ermäßigung fest. Das FG Münster änderte den Bescheid ab und wandte den ermäßigten Steuersatz gem. § 34 Abs. 2 Nr. 2 EStG i. V. m. § 24 Nr. 1a EStG auf die Abfindungszahlung an.

## ENTSCHEIDUNG

Das FG hatte zutreffend entschieden, dass die dem Kläger gezahlte Abfindung dem ermäßigten Steuersatz unterlag, weil es sich hierbei um eine Entschädigung für entgehende Einnahmen i. S. d. § 24 Nr. 1a EStG handelte. Die aufgrund des Auflösungsvertrags vom 19.12.2012 geleistete Abfindung war zum Ausgleich des dem Kläger infolge des Wegfalls seiner Bezüge erlittenen Schadens bestimmt. Auf eine Druck- oder Zwangssituation kam es dabei nicht an. Dass der Kläger nicht aus eigenem Antrieb das Arbeitsverhältnis beendet hatte, war schon daran zu ersehen, dass die Arbeitgeberin eine Abfindung gezahlt hat. Es war davon auszugehen, dass diese nur deshalb gezahlt wurde, weil hierzu eine rechtliche Veranlassung bestand und die Arbeitgeberin ein erhebliches eigenes Interesse an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses hatte. Zudem hatte diese durch den angekündigten Personalabbau alle in Betracht kommenden Beschäftigten unter tatsächlichen Druck gesetzt. Ob der Kläger hiervon unmittelbar betroffen war, war unerheblich, da zu geplanten Einsparungsmaßnahmen auch die Frühverrentung rentennaher Mitarbeiter gegen Abfindung gehörte. Demgemäß spielte es auch keine Rolle, ob der Kläger auf die Arbeitgeberin zugegangen war, um ein Angebot auf Abschluss eines Auflösungsvertrags gegen Abfindung zu erhalten oder umgekehrt.

Der steuerfreie Teil der bezogenen Renten des Klägers war zwar mangels progressionssteigernder Wirkung nicht in die Vergleichsberechnung einzubeziehen. Eine Zusammenballung von Einkünften i. S. d. § 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 EStG lag jedoch vor, da beim Kläger unter Berücksichti-

gung seiner – steuerbaren – Renteneinkünfte eine erhöhte steuerliche Belastung entstand.

## KONSEQUENZEN

Abfindungen nach §§ 9, 10 KSchG, die wegen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gezahlt werden, gelten als Einkünfte aus nicht selbstständiger Tätigkeit und sind daher nach §§ 2 Abs. 1, 19, 24 Nr. 1a EStG in vollem Umfang steuerpflichtig. Sind in dem zu versteuernden Einkommen derartige außerordentliche Einkünfte enthalten, so ist die auf alle im Veranlagungszeitraum bezogenen außerordentlichen Einkünfte entfallende Einkommensteuer gem. § 34 Abs. 1 EStG nach der sog. Fünftelregelung zu berechnen. Die Fünftelregelung mildert den Progressionseffekt, der durch die Kumulierung steuerpflichtiger Einnahmen, also der Addition der laufenden mit den außerordentlichen Einkünften, entsteht, ab.

Voraussetzung für das Eingreifen dieser Regel ist zunächst, dass die im konkreten Einzelfall gezahlte Abfindung unter den Begriff der außerordentlichen Einkünfte gem. § 24 Nr. 1a EStG fällt. Dies ist der Fall, wenn es sich um eine Entschädigung handelt, die als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen gewährt worden ist. Voraussetzung ist hierfür, dass die Entschädigung unmittelbar durch den Verlust steuerbarer Einnahmen bedingt sowie dazu bestimmt sein muss, diesen Schaden auszugleichen; ferner muss sie auf einer neuen Rechts- oder Billigkeitsgrundlage beruhen (BFH, Urt. v. 25.8.2009 – IX R 3/09, BFHE 226, S. 261), z. B. auf einem Aufhebungsvertrag, auf § 1a KSchG, einem Sozialplan, einem arbeitsgerichtlichen Urteil oder Vergleich. Weitere Voraussetzung ist, dass der Steuerpflichtige das schadenstiftende Ereignis nicht aus eigenem Antrieb herbeigeführt hat. Diesem Erfordernis liegt die Überlegung zugrunde, dass die Fünftelregelung nur in den Fällen gerechtfertigt ist, in denen sich der Betroffene hinsichtlich des Verlusts seiner Einnahmen in einer Zwangssituation befindet und sich dem zusammengeballten Zufluss der Einnahmen nicht entziehen kann (BFH, Urt. v. 27.7.2014 – IX R 64/01, BFH/NV 2005, S. 191). Dies setzt voraus, dass der Ausfall der Einnahmen entweder von dritter Seite veranlasst wurde oder, soweit er vom Steuerpflichtigen selbst oder mit dessen Zustimmung herbeigeführt worden ist, dass dieser unter rechtl. wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck stand (BFH, Urt. v. 29.2.2012 – IX R 28/11, BFH/NV 2012, S. 1218). Der BFH lässt offen, ob an dem Erfordernis der Druck- bzw. Zwangssituation bei Zahlung einer Abfindung durch einen Arbeitgeber festzuhalten ist (BFH, Urt. v. 23.11.2016 – IX R 48/14, BFHE 256, S. 290). Letztlich ist dieses Erfordernis überflüssig. Dies ergibt sich schon daraus, dass kein Arbeitgeber ohne Not eine Ab-

findung zahlt. Hierdurch wird vielmehr belegt, dass die (einvernehmliche) Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht allein auf Veranlassung des Arbeitnehmers erfolgt. Aus der Zustimmung zu einer Abfindungszahlung kann somit regelmäßig abgeleitet werden, dass hierzu eine rechtliche Veranlassung bestand und der Arbeitgeber zumindest auch ein erhebliches eigenes Interesse an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses hat. Nur in Ausnahmefällen gilt diese Vermutung nicht. Die Anwendung der Fünftelregelung erfordert zudem, dass die zu begünstigenden Einkünfte in einem Veranlagungszeitraum zu erfassen sind und durch die Zusammenballung von Einkünften erhöhte steuerliche Belastungen entstehen (BFH, Urt. v. 26.1.2011 – IX R 20/10, BFHE 232, S. 471). Dies setzt zum einen voraus, dass die Abfindung grundsätzlich in einem Kalenderjahr gezahlt wird (BFH, Urt. v. 11.11.2009 – IX R 1/09, BFHE 227, S. 93); zum anderen muss in dem Kalenderjahr eine Zusammenballung von Einkünften i. S. d. § 34 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 EStG erfolgt sein. Das erfordert die Prüfung, ob der Steuerpflichtige einschließlich der Abfindung insgesamt mehr erhalten hat, als er bei ungestörter Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses erhalten hätte (BFH, Urt. v. 9.10.2008 – IX R 85/07, BFH/NV 2009, S. 558). Das kann bereits der Arbeitgeber erkennen, sodass er bei der Lohnabrechnung die Fünftelregelung anzuwenden hat.

## PRAXISTIPP

Der BFH lässt zwar offen, ob an dem Erfordernis der Drucksituation festzuhalten ist, deutet aber recht deutlich an, dass darauf zumindest bei der Zahlung einer arbeitsrechtlichen Abfindung verzichtet werden kann (so wohl auch BFH, Urt. v. 23.11.2016, a. a. O.). Zu beachten ist ferner, dass die Frage, ob eine Entschädigung im konkreten Fall als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen gezahlt wurde, grundsätzlich aus der Sicht der Vertragsparteien zu beurteilen ist (BFH, Urt. v. 29.2.2012, a. a. O.). Hiernach kann die Vermutungswirkung noch durch vertragliche Vereinbarungen untermauert werden, indem bspw. vertraglich festgehalten wird, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses „auf Veranlassung des Arbeitgebers“ und „als Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes“ erfolgt.

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