

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor belt system and other complex structures, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
November 2017**

Inhalt

Neues aus der Rechtsprechung

Einigkeit beim BAG: Arbeitnehmer müssen unbillige Weisungen nicht befolgen

Neues aus der Rechtsprechung

Vorsicht beim Vorbeschäftigungsverbot

Neues aus der Rechtsprechung

Überwachung durch einen Detektiv

Neues aus der Wirtschaft

Zahl tödlicher Arbeitsunfälle im ersten Halbjahr 2017 gestiegen

Loschelder Praxistipp

„You're fired“ – So kündigen Sie richtig

Neues aus der Rechtsprechung

Einigkeit beim BAG: Arbeitnehmer müssen unbillige Weisungen nicht befolgen

Wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistungspflicht des Arbeitnehmers durch Weisungen konkretisiert, muss er – neben vielen anderen rechtlichen Vorgaben – billiges Ermessen wahren. Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hatte jedoch in einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 geurteilt, „lediglich“ unbillige Weisungen seien vorläufig verbindlich. Auf Nachfrage des Zehnten Senats erklärte der Fünfte Senat nun, an dieser Auffassung nicht festzuhalten. Danach gilt nun wieder: Arbeitnehmer müssen unbilligen Weisungen nicht – auch nicht vorläufig – folgen.

Das **Weisungsrecht** des Arbeitgebers, mit dem er gemäß §§ 106 GewO, 315 BGB **Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung** näher konkretisiert, ist geradezu kennzeichnend für das Arbeitsverhältnis. Es braucht Weisungen des Arbeitgebers, um die Leistung des Arbeitnehmers, die im Arbeitsvertrag nahezu ausnahmslos nur rahmenmäßig umschrieben ist („Schlosser“, „Sachbearbeiter Controlling“), zu konkretisieren. Gemäß § 106 GewO hat der Arbeitgeber bei solchen Weisungen gesetzliche Vorschriften, etwaige kollektivarbeitsrechtliche Bestimmungen und den Arbeitsvertrag sowie, zuletzt, **billiges Ermessen** zu beachten. Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt vom Arbeitgeber eine „Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit“; in die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen.

Was aber gilt, wenn die Grenze des billigen Ermessens bei einer konkreten Weisung überschritten ist? Rechtlich gesehen, ist die Weisung damit eigentlich rechtswidrig. Kann es sein, dass der Arbeitnehmer sie gleichwohl vorläufig – und vorsorglich – beachten muss?

Bis zu einer Entscheidung des **Fünften Senats des BAG** im Jahr 2012 galt, dass unbillige Weisungen nicht verbindlich sind. Dann entschied der Fünfte Senat (Urt. v. 22.02.2012, 5 AZR 249/11, Rn. 24), dass **Arbeitnehmer unbillige Weisungen vorläufig befolgen müssen, sofern sie nicht aus anderen Gründen unwirksam** seien. Wenn ein Arbeitnehmer meine, die Weisung sei unbillig, müsse er gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Hilfe der Arbeitsgerichte in Anspruch nehmen.

Diese Auffassung widersprach nicht nur der bis dahin nahezu allgemeinen Meinung, sie führte auch zu **Fehlanreizen**. Die (scheinbar) lediglich unbillige, nicht auch aus anderen Gründen rechtswidrige Weisung wurde ein Mittel, um Mitarbeiter, von denen sich ein Unternehmen trennen wollte, in die Trennungssituation hineinzutreiben. Hier bot sich insbesondere eine **Versetzung „in die Pampa“** an. Denn viele Arbeitsverträge legen den Arbeitsort nicht konkret fest und begründen so ein weites örtliches Versetzungsrecht. Wurde dieses nun

ausgeübt und der Mitarbeiter mit fadenscheiniger Begründung in einen weiter entfernt liegenden Betrieb versetzt, führte die neue Rechtsprechung des Fünften Senats dazu, dass dem Arbeitnehmer kaum etwas anderes übrig blieb, als der Versetzung vorläufig Folge zu leisten und parallel den Weg zum Arbeitsgericht zu beschreiten – oder sich mit dem Arbeitgeber auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einigen. Denn nach der Auffassung des Fünften Senats hätte es ja eine Pflichtverletzung bedeutet, der Weisung nicht Folge zu leisten; der Arbeitnehmer hätte also eine Abmahnung und dann eine – gegebenenfalls sogar fristlose – Kündigung riskiert.

Die Entscheidung des Fünften Senats erfuhr ganz überwiegend Kritik und wurde vehement abgelehnt. Dann aber ergab sich die **Gelegenheit zu einer Klärung innerhalb des BAG**. Der Zehnte Senat musste einen Fall entscheiden, in dem ein Mitarbeiter einer unbilligen Versetzung an einen anderen Arbeitsort nicht gefolgt war und dafür eine Abmahnung erhalten hatte, aber kein Arbeitsentgelt. Der **Zehnte Senat** präsentierte in seinem **Beschluss vom 14.06.2017** (10 AZR 330/16 (A)) eine vollständige Falllösung und Entscheidung – zugunsten des klagenden Arbeitnehmers –, musste aber beim Fünften Senat anfragen (gemäß § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG), ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhalte. Der Fünfte Senat teilte nun per Beschluss vom 14.09.2017 (5 AS 7/17) mit, dass er dies nicht tue. Der Zehnte Senat wird also den Fall so entscheiden, wie von ihm bereits im Beschluss vom 14.06.2017 im Detail ausgeführt. Die **Kernaussage** lautet:

„Der Arbeitnehmer muss einer unbilligen Weisung nicht – auch nicht vorläufig – Folge leisten. An das Nichtbefolgen einer unbilligen Weisung kann der Arbeitgeber keine Sanktionen knüpfen.“

Zur gerichtlichen Kontrolle von Weisungen

Daneben enthält der Beschluss des Zehnten Senats vom 14.06.2017 bemerkenswerte Ausführungen zur **gerichtlichen Kontrolle einer Arbeitgeberweisung** (Rn. 47 ff). Üblicherweise bestehe für die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen ein Spielraum, so dass oftmals mehrere billige, rechtmäßige Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Gerichtlich zu überprüfen sei dann nur, ob der Arbeitgeber die **Grenzen seines Leistungsbestimmungsrechts beachtet** habe. Diese Prüfung obliege vor allem den Tatsachengerichten (Arbeitsgericht und Landesarbeitsgerichte), während in der Revisionsinstanz – beim BAG – nur noch geprüft werde, ob das Tatsachengericht „den unbestimmten Rechtsbegriff selbst verkannt habe (hier: den des billigen Ermessens), ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungsätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist.“ Mit anderen Worten: Es gibt keine vollständige Überprüfung der Arbeitgeberweisung; es ist nicht die Aufgabe der Arbeitsgerichte, die „richtige“ Weisung zu „finden“.

Folgen für die Praxis

Arbeitgeber müssen nun insbesondere bei wesentlichen, das Arbeitsverhältnis prägenden Weisungen **gründlich prüfen, ob die Weisung nicht nur gesetzliche, etwaige kollektivrechtliche und arbeitsvertragliche Vorgaben, sondern auch billiges Ermessen beachtet**. Allerdings verbleiben – gerade wegen des beschriebenen Spielraums – Grauzonen, in denen weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer zweifelsfrei beurteilen kann, ob die Weisung gerade noch billig ist oder nicht mehr. Diese Grauzone wiederum „nutzt“ eher dem Arbeitgeber. Denn wenn sich eine Weisung in dieser Grauzone befindet, trägt der Arbeitnehmer das Risiko, durch die Nichtbefolgung der Weisung eine grobe Pflichtverletzung zu begehen, die – nach Abmahnung – auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könnte, nämlich wenn die Weisung vom Weisung als billig und damit verbindlich beurteilt wird. Trotz dieser verbleibenden Unsicherheit führt die Klärung in der BAG-Rechtsprechung dazu, dass die mit der Entscheidung des Fünften Senats vom Februar 2012 entstandenen Fehlanreize deutlich reduziert werden.



Neues aus der Rechtsprechung

Vorsicht beim Vorbeschäftigungsverbot

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG kann jeder Arbeitsvertrag ohne sachlichen Grund für eine Dauer von bis zu zwei Jahren befristet werden. Nach Satz 2 ist die sachgrundlose Befristung allerdings dann nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hatte (sog. Vorbeschäftigungsverbot). Das BAG ist bislang davon ausgegangen, dass Vorbeschäftigungen, die länger als drei Jahre zurückliegen, im Rahmen des Vorbeschäftigungsverbots keine Berücksichtigung finden. Diese BAG-Rechtsprechung droht nun zu kippen.

Die Rechtsprechung des BAG (erstmalig im Urteil vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09) zur zeitlichen Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG auf drei Jahre hat heftige Kritik erfahren.

Bereits das **Arbeitsgericht Braunschweig** hatte durch Beschluss vom 03.04.2014 – 5 Ca 463/13 das Bundesverfassungsgericht angerufen, um die Grenzen verfassungskonformer Auslegung durch die Arbeitsgerichtsbarkeit auszuloten (BVerfG – 1 BvL 7/14). In jüngerer Zeit hatten mehrere Kammern des **LAG Baden-Württemberg** (LAG Baden-Württemberg v. 26.09.2013 – 6 Sa 28/13; v. 21.02.2014 – 7 Sa 64/13; v. 11.08.2016 – 3 Sa 8/16) die Rechtsprechung des BAG als falsch angesehen, weil der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG eindeutig sei.

Dieser Rechtsauffassung schließen sich nun zwei Kammern des **LAG Niedersachsen** an, und zwar die 9. Kammer im Urteil vom 23.05.2017 – 9 Sa 1304/16 und die 6. Kammer im Urteil vom 20.07.2017 – 6 Sa 1125/16. Auch die 8. Kammer des **LAG Hessen** stellt sich dem BAG im Urteil vom 11.07.2017 – 8 Sa 1578/16 entgegen. In allen Entscheidungen wurde die Revision zum BAG zugelassen, so dass der 7. Senat in seiner „neuen“ Besetzung die Rechtsprechung aus dem Jahr 2011 korrigieren können, wenn er das will. Dabei stützen sich die Kammern auf den eindeutigen Wortlaut „bereits zuvor“ und auf den Umstand, dass Forderungen im Hinblick auf eine zeitliche Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbot auf einen Zeitraum von zwei Jahren bewusst nicht in den Gesetzestext aufgenommen waren (vgl. Preis, NZA 2005, 714, 715; dazu auch Höpfner, NZA 2011, 893 m.w.N.).

Arbeitgeber sollten sich darauf einstellen, dass die **Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbot auf den Zeitraum von drei Jahren in Kürze fallen kann** und auch kein Vertrauensschutz besteht. Daher sollte **bei Einstellungen einen lückenlosen Lebenslauf der Arbeitnehmer** eingefordert und zum Gegenstand des Einstellungsfragebogens gemacht werden. Dies wird datenschutzrechtlich nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG bzw. dem neuen § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG (in der ab 25.05.2018 geltenden Fassung) als „erforderlich“ zur Entscheidung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses anzusehen sein.



Neues aus der Rechtsprechung

Überwachung durch einen Detektiv

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass der Arbeitgeber die verdeckte Überwachung durch einen Detektiv nicht nur zur Aufklärung von Straftaten, sondern auch zur Aufklärung anderer schwerwiegender Pflichtverletzungen seiner Arbeitnehmer und zur Vorbereitung von Kündigungen anordnen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass hinreichend konkrete Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen wurde.

Das LAG Baden-Württemberg hatte den nahezu absurden Rechtsstandpunkt vertreten, die Überwachung durch einen Detektiv dürfe nur zur Aufklärung von im Arbeitsverhältnis begangener Straftaten, nicht aber bei sonstigen Pflichtverletzungen angeordnet werden (Urt. v. 20. 07.2016 – 4 Sa 61/15). Damit hätten „bloße“ Pflichtverletzungen (wie Wettbewerbsbehandlungen) nicht mehr aufgeklärt werden können. Diese Ansicht ist unzutreffend. Mit Urteil vom 29.06.2017 (2 AZR 597/16) hat das BAG die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg aufgehoben und die maßgeblichen Voraussetzungen für verdeckte Überwachungsmaßnahmen im Arbeitsverhältnis dargestellt:

- Neben Straftaten können auch **schwerwiegende Pflichtverletzungen** im Arbeitsverhältnis verdeckte Überwachungsmaßnahmen rechtfertigen (unter Bezugnahme auf Grimm, JM 2016, 17, 19).

- Voraussetzung ist aber stets, dass **hinreichend konkrete Anhaltspunkte** vorliegen, die auf eine durch den Arbeitnehmer begangene schwerwiegende Pflichtverletzung hindeuten. Die Anordnung darf somit nicht „ins Blaue hinein“ getroffen werden.

Liegen diese Voraussetzung vor, können die durch eine verdeckte Überwachungsmaßnahme gewonnenen Erkenntnisse in ein Gerichtsverfahren als Beweismittel eingeführt werden. **Andernfalls** besteht ein **Beweisverwertungsverbot**.

Im zugrundeliegenden Fall hatte der Arbeitgeber den Verdacht, ein Mitarbeiter arbeitete heimlich in einem durch seine Söhne gegründeten Konkurrenzunternehmen mit. Konkurrenzfähigkeit stellt nach § 60 Abs. 1 HGB zwar eine schwerwiegende Pflichtverletzung, aber keine Straftat dar. Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen einer Detektei bestätigten diesen Verdacht. Hierauf kündigte der Arbeitgeber fristlos. Im Kündigungsrechtsstreit war die Frage streitentscheidend, ob die durch die Detektei gewonnenen Erkenntnisse als Beweismittel zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen werden dürfen. Dies hängt nach Ansicht der BAG nun allein davon ab, ob vor der Ermittlungsanordnung bereits ein hinreichend konkreter Anfangsverdacht bestand. Dieser muss also genau dokumentiert sein.



Neues aus der Wirtschaft

Zahl tödlicher Arbeitsunfälle im ersten Halbjahr 2017 gestiegen

Die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (DGUV) hat Zahlen zu den meldepflichtigen Arbeitsunfällen im ersten Halbjahr 2017

bekanntgegeben: Daraus ergibt sich, dass tödliche Arbeitsunfälle entgegen dem bisherigen Trend erstmals wieder zugenommen haben.

In den **ersten sechs Monaten des Jahres 2017 kamen 223 Menschen** durch einen **Arbeitsunfall ums Leben**. Im Vorjahreszeitraum waren es 198. Die Gesamtzahl der meldepflichtigen Arbeitsunfälle stagnierte hingegen: Im ersten Halbjahr 2017 ereigneten sich **insgesamt 433.037 meldepflichtige Arbeitsunfälle** gegenüber 431.471 im ersten Halbjahr 2016.

In der Vergangenheit war die Zahl tödlicher Arbeitsunfälle bis dahin kontinuierlich gesunken. 1993 hatten die Vorfälle ihren Höchststand. Auf das Gesamtjahr gerechnet ereigneten sich damals 1.543 tödliche Arbeitsunfälle. Im Gesamtjahr 2016 waren es noch 424. Dieser Trend wird sich 2017 voraussichtlich nicht fortsetzen.

Arbeitsunfälle können für Arbeitgeber spürbare Konsequenzen haben. Zwar steht grundsätzlich die Berufsgenossenschaft als Unfallversicherer für den Unfallschaden ein. Wurde der Arbeitsunfall jedoch durch grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz verursacht, kann die Berufsgenossenschaft verantwortliche Personen für die übernommenen Kosten in Regress nehmen (§ 110 SGB VII). Fällt der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit oder des Vorsatzes dem Geschäftsführer oder Vorstand zur Last, haftet auch das Unternehmen (§ 111 SGB VII). Bei schweren und erst Recht tödlichen Arbeitsunfällen leitet die Staatsanwaltschaft strafrechtliche Ermittlungen ein. Zeigen sich Versäumnisse im Arbeitsschutz, können verantwortliche Führungskräfte der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB) oder der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) beschuldigt werden (ausführlich *Grimm/Kühne, ArbRB 2017, 219 - 221*).



Loschelder Praxistipp

„You're fired“ – So kündigen Sie richtig

Mit einem markigen Ausruf lässt sich in Deutschland kein Arbeitsverhältnis beenden. Es gelten strikte Formvorschriften. Oft scheitern Kündigungen an unvorhergesehenen formellen Fehlern. Unsere Checkliste hilft Ihnen über Fallstricke hinweg.

Selbst bei schwersten Pflichtverletzungen kann eine Kündigung des verantwortlichen Mitarbeiters scheitern, weil Formvorgaben missachtet wurden. Im besten Fall kann die Kündigung erneut und zu einem späteren Zeitpunkt ausgesprochen werden, sobald der Fehler auffällt. Im schlimmsten Fall werden entscheidende Fristen versäumt. Beachten Sie deshalb unsere Checkliste:

- Die Kündigung bedarf nach § 623 BGB der Schriftform. Da Kündigungsschreiben muss mit einer **Originalunterschrift** eines Mitarbeiters versehen sein, der zur Kündigung berechtigt ist. Das sollte am besten die Unterschrift des **Geschäftsführers/Vorstands** persönlich sein. Darf das Unternehmen nur durch zwei Geschäftsführer/Vorstände gemeinschaftlich vertreten werden, sollten beide unterschreiben. Nach der Rechtsprechung des BAG gilt grundsätzlich auch der **Personalleiter** des Unternehmens zum Kündigungsausspruch ermächtigt (grundlegend BAG, Urt. v. 30.05.1972 – 2 AZR 298/71). Theoretisch können auch andere Personen zum Kündigungsausspruch bevollmächtigt werden. Im letzten Fall kann ein Arbeitnehmeranwalt die Kündigung aber regelmäßig mangels Vollmachtsnachweis nach § 174 BGB zurückweisen und es ergeben sich daher zusätzliche Risiken.
- Im Kündigungsschreiben sollte die **Kündigungsfrist** angegeben werden. Fehler bei der Fristberechnung können unter Umständen zur Unbestimmtheit der Kündigung führen. Um unnötige Risiken zu vermeiden, sollten Sie folgende Formulierung verwenden:

„Hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis fristgemäß zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Dieser ist nach unserer Berechnung der [Datum].“

- Kündigen Sie **fristlos**, sollten Sie hilfsweise immer auch eine fristgemäße Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt aussprechen.
- Als Arbeitgeber müssen Sie beweisen können, dass das Kündigungsschreiben mit Originalunterschrift dem Arbeitnehmer persönlich **zugegangen** ist. Am besten übergeben Sie das Schreiben persönlich und lassen sich ein Empfangsbekenntnis gegenzeichnen. Ist dies nicht möglich, kann auch ein Kurierdienst eingesetzt werden. Der Mitarbeiter, der das Kündigungsschreiben in den Briefumschlag einbettet und dem Kurierdienst übergibt, sollte einen Aktenvermerk fertigen und als

Zeuge zur Verfügung stehen. Der Kurierdienst sollte ein Zustellprotokoll anfertigen und den Kurier als möglichen Zeugen zur Verfügung stellen.

- Die Kündigung des Geschäftsführers einer GmbH muss durch die Gesellschafterversammlung bzw. einen gegebenenfalls bestehenden Aufsichtsrat erfolgen. Hierzu muss ein formell wirksamer **Gesellschafter- bzw. Aufsichtsratsbeschluss** gefasst werden. Bei der Kündigung eines Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft bedarf es stets eines Aufsichtsratsbeschlusses. Wir fügen diese Beschlüsse den Kündigungsschreiben im Original immer bei. Dann gibt es keine Diskussionen über Bevollmächtigungen.

Besteht ein **Betriebsrat**, muss dieser Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung angehört werden. Ist der Arbeitnehmer **schwerbehindert** oder gleichgestellt, muss vor Kündigungsausspruch neben dem Betriebsrat eine bestehende Schwerbehindertenvertretung angehört und die Zustimmung des Integrationsamts beantragt werden. Dies gilt sinngemäß auch nach jeweiligem landespersonalvertretungsrecht für **Personalräte**.



Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne
+49 (0) 221 650 65-348
jonas.kuehne@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de