

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 hook and chain. Below it, another similar 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
April 2018**

Inhalt

Neues aus der Rechtsprechung:

BAG: Der Arbeitgeber darf (taktisch klug) in den Betriebsratswahlkampf eingreifen

Neues aus der Rechtsprechung:

BAG: Leistungszusagen können durch Betriebsvereinbarung aufgehoben werden

Neues aus der Rechtsprechung:

EuGH: Kettenbefristung nach Erreichung des Renteneintrittsalters zulässig

Neues aus der Rechtsprechung:

Achtung: Drohende Lohnnachforderungen bei geduldeten Überstunden

Loschelder Praxistipp:

Anhörung vor Ausspruch einer (fristlosen) Kündigung (Teil 3)

Neues aus der Rechtsprechung:

BAG: Der Arbeitgeber darf (taktisch klug) in den Betriebsratswahlkampf eingreifen

Mit seinem Beschluss vom 25.10.2017 (Az. 7 ABR 10/16) hat das BAG klargestellt, dass der Arbeitgeber bei Betriebsratswahlkämpfen keine Neutralitätspflicht beachten muss. Der Arbeitgeber darf sich kritisch über den bestehenden Betriebsrat äußern, zur Aufstellung arbeitgeberfreundlicher Listen aufrufen und Unterstützer ihm nicht genehmer Wahlbewerber als „Verräter“ bezeichnen. Dem Arbeitgeber ist es lediglich verwehrt, Nachteile anzudrohen oder Vorteile zu versprechen. Bisher war diese Frage in der juristischen Literatur deutlich restriktiver gesehen worden.

Im zu entscheidenden Fall hatte der bisherige Betriebsratsvorsitzende im Zuge einer Betriebsratswahl sein Mandat verloren. Zusammen mit zwei Unterstützern leitete er darauf ein gerichtliches **Wahlanfechtungsverfahren** ein. Die Antragsteller behaupteten, der Personalleiter hätte unzulässig in den vorangegangenen Betriebsratswahlkampf eingegriffen. Insbesondere habe der Personalleiter

- bei „Scheuentreffen“ vor ca. 80 anwesenden AT-Angestellten die **Arbeit des damaligen Betriebsratsvorsitzenden** öffentlich **diskreditiert**,
- **Beschäftigte angesprochen, ob sie sich zur Wahl stellen** und ggf. den Betriebsratsvorsitz übernehmen wollten und
- geäußert, jeder, der Frau S. seine Stimme bei der Betriebsratswahl gebe, begehe **„Verrat“**. Frau S. dürfe in keinem Fall wiedergewählt werden.

Das **BAG wies den Antrag ab**. Selbst wenn sämtliche Behauptungen der Antragsteller zutreffend wären, läge darin keine unzulässige Beeinflussung der Betriebsratswahl. Im Betriebsratswahlkampf unterläge der Arbeitgeber **keinem Neutralitätsgebot**. Zwar dürfe nach **§ 20 Abs. 2 BetrVG** niemand die Wahl des Betriebsrats durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflussen. Die innere Freiheit der Wahlentscheidung werde aber grundsätzlich bereits durch das Wahlgeheimnis gewährleistet. Deshalb bedrohten Entscheidungsempfehlungen des Arbeitgebers die Freiheit der Wahl nicht.

Die **Grenze des Zulässigen** überschreite der Arbeitgeber erst, wenn er den Wahlberechtigten, Kandidaten oder Listen **Nachteile zufügt oder androht oder Vorteile gewährt oder verspricht**. Wenn der Arbeitgeber Wähler bestimmter Kandidaten als „Verräter“ bezeichne,

sei dies zu aber zu unbestimmt, um in diese Wortwahl eine Drohung hineinlesen zu können.

Diese klare Entscheidung des BAG ist zu begrüßen. Ohne rechtliches Risiko darf der Arbeitgeber bei Betriebsratswahlen also offen als Gegenspieler der Gewerkschaftsseite auftreten, eigene Arbeitgeberlisten anregen und Wahlwerbung betreiben. Auch zugespitzte und polemische Stellungnahmen der Arbeitgeberseite sind zulässig. Dies bedeutet allerdings nicht, dass ein solches Vorgehen in jedem Fall taktisch klug ist. Nach wie vor sollten Arbeitgeber bei ihrer Einflussnahme ein sensibles Gespür für die Stimmungen in der Belegschaft zeigen, damit sich Eingriffe nicht kontraproduktiv auswirken.



Neues aus der Rechtsprechung:

BAG: Leistungszusagen können durch Betriebsvereinbarung aufgehoben werden

Sagt der Arbeitgeber durch eine Gesamtzusage gegenüber der Belegschaft einheitliche dauerhafte Leistungen zu, z.B. Weihnachts- oder Jubiläumsgelder, war es in der Vergangenheit sehr schwierig, sich von derartigen Leistungsversprechen wieder zu lösen. Mit Urteil vom 24.10.2017 (Az. 1 AZR 846/15) hat das BAG entschieden, dass Gesamtzusagen im Grundsatz betriebsvereinbarungsoffen sind. Sie können deshalb durch Betriebsvereinbarungen abgelöst werden. Diese Rechtsprechung gibt Arbeitgebern in Krisenzeiten Spielräume, um mit dem Betriebsrat in betrieblichen Bündnissen für Arbeit die Lohnkosten zu senken.

Bei einer **Gesamtzusage** verspricht der Arbeitgeber der gesamten Belegschaft oder zumindest größeren Arbeitnehmergruppen bestimmte Leistungen, indem er sie durch Aushang, Rundschreiben oder Rundmail ankündigt. Werden diese Leistungen dauerhaft zugesagt, z.B. als regelmäßige Weihnachts- oder Jubiläumsgelder, erwerben die betroffenen Arbeitnehmer dauerhaft laufende arbeitsvertragliche Ansprüche. Von da an kann sich der Arbeitgeber nicht mehr einseitig von seinem Leistungsversprechen lösen. Das BAG hat nun klargestellt, dass eine Lösung allerdings durch Betriebsvereinbarung möglich ist.

Im zu entscheidenden Fall hatte der Arbeitgeber sämtlichen Mitarbeitern des Unternehmens in diversen Rundschreiben im Jahre 1999 ein **Jubiläumsgeld** zugesagt. Das Jubiläumsgeld sollten alle Mitarbeiter erhalten, sobald sie eine bestimmte Betriebszugehörigkeit erreichen. Bei diesen Rundschreiben dürfte es sich um eine **Gesamtzusage** gehandelt haben, mit der sich der Arbeitgeber selbst gebunden hatte. Im Jahre 2008 regelte der Arbeitgeber den Jubiläumsgeldanspruch allerdings in einer Gesamtbetriebsvereinbarung mit seinem Gesamtbetriebsrat neu. Diese Gesamtbetriebsvereinbarung kündigte der Arbeitgeber dann im Jahr 2013 ohne Nachwirkung. Bei ihrem Ausscheiden im Jahre 2015 klagte eine Arbeitnehmerin gleichwohl auf Auszahlung des Jubiläumsgeldes. Sie stützte ihren Anspruch auf die Gesamtzusage aus dem Jahr 1999.

Das BAG wies die Klage nun in letzter Instanz ab. **Betriebliche Einheitsregelungen** in Form von Gesamtzusagen sind betriebsvereinbarungsoffen, solange bei Erteilung der Zusage nichts anderes bestimmt wurde. Sie **können daher durch Betriebsvereinbarungen abgelöst werden**, selbst wenn der Inhalt der Betriebsvereinbarungen für die Arbeitnehmer schlechter ist. Auf das Günstigkeitsprinzip komme es nicht an. Im vorliegenden Fall sei die Gesamtzusage aus dem Jahr 1999 durch die Gesamtbetriebsvereinbarung aus dem Jahr 2008 endgültig abgelöst worden. Durch Kündigung im Jahr 2013 wurde auch die Betriebsvereinbarung aufgehoben. Damit waren sämtliche Rechtsgrundlagen für Jubiläumsgeldansprüche entfallen.

Mit dieser Entscheidung setzte das BAG seine erstmals durch Urteil vom 05.03.2013 (Az. 1 AZR 417/12) begründete Rechtsprechung zur grundsätzlichen Betriebsvereinbarungsoffenheit betrieblicher Einheitsregelungen konsequent fort. Diese Rechtsprechung erweitert die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers in mitbestimmten Betrieben spürbar. Gerade in **wirtschaftlichen Krisenzeiten** empfiehlt es sich für Arbeitgeber künftig, Verhandlungen mit bestehenden Betriebsräten über die Aufhebung zugesagter Einheitsleistungen wie 13. Gehälter, Urlaubsgelder u.ä. aufzunehmen und ein **betriebliches Bündnis für Arbeit** anzubieten. Tarifvertragliche Ansprüche, selbst wenn diese nur aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung finden, können wegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG allerdings nicht durch Betriebsvereinbarung abgelöst werden.



Neues aus der Rechtsprechung: EuGH: Kettenbefristung nach Erreichung des Renteneintrittsalters zulässig

Jeder Arbeitsvertrag sollte eine Regelung enthalten, die ihn automatisch beendet, sobald der Arbeitnehmer das Renteneintrittsalter erreicht. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 6 TzBfG sind derartige Befristungen grundsätzlich zulässig. Soll das Arbeitsverhältnis über die Erreichung des Renteneintrittsalters hinaus fortgesetzt werden, sind von da an gemäß § 41 S. 3 SGB VI unbegrenzte sachgrundlose Kettenbefristungen zulässig. Der EuGH hat durch Urteil vom 28.02.2018 (Az. C-46/17) entschieden, dass derartige Kettenbefristungen nicht gegen das Europarecht verstoßen.

Der Umstand, dass ein Arbeitnehmer das Renteneintrittsalter erreicht hat, stellt keine soziale Rechtfertigung einer Kündigung dar (§ 41 S. 1 SGB VI). Dennoch wird der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis häufig beenden wollen, da er mit einem altersbedingten Leistungsabfall des Arbeitnehmers rechnet. Dieses Ziel lässt sich erreichen, indem ein **Arbeitsvertrag nur befristet bis zur Erreichung des Renteneintrittsalters abgeschlossen** wird. Eine solche Befristung ist nach § 14 Abs. 1 Nr. 6 TzBfG grundsätzlich zulässig und sollte in keinem Arbeitsvertrag fehlen. Damit die Befristung wirksam ist, muss jeder Arbeitsvertrag gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG in **Schriftform**, d.h. mit beiderseitiger Unterschrift von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, geschlossen werden.

Kommt der Arbeitgeber mit einem besonders motivierten Arbeitnehmer überein, das Arbeitsverhältnis **über den Zeitpunkt des Renteneintrittsalters hinaus fortzusetzen**, sollte eine solche Vereinbarung keinesfalls unbefristet geschlossen werden. Andernfalls

hätte der Arbeitgeber große Schwierigkeiten, aus einer solchen Vereinbarung gegen den Willen des Arbeitnehmers wieder herauszukommen. Stattdessen sind von nun an gemäß § 41 S. 3 SGB VI **unbegrenzte Kettenbefristungen** zulässig.

Achtung: Sämtliche Verlängerungen der Befristung müssen unbedingt schriftförmlich (§ 14 Abs. 4 TzBfG) vereinbart werden, bevor das Fristende erreicht worden ist, und zu einer nahtlosen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen. Nach h.M. dürfen die sonstigen arbeitsvertraglichen Bedingungen zudem nicht geändert werden.

Bislang wurde kontrovers diskutiert, ob diese unbegrenzte Zulässigkeit von Kettenbefristungen mit den EU-Richtlinien 1999/70/EG (befristete Arbeitsverträge) und 2000/78/EG (Antidiskriminierung) zu vereinbaren ist. Durch Urteil vom 28.02.2018 hat der **EuGH** nun klargestellt, dass **§ 41 S. 3 SGB VI europarechtskonform** ist und zulässigerweise das mehrfache Hinausschieben der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, d.h. Kettenbefristungen, rechtfertigt. Arbeitgeber haben damit Rechtssicherheit.



Neues aus der Rechtsprechung:

Achtung: Drohende Lohnnachforderungen bei geduldeten Überstunden

Das heutzutage in der personalpolitischen Praxis weitgehend übliche Konzept der Vertrauensarbeitszeit wird durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung nicht unterstützt. Das LAG Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 28.06.2017 (Az. 15 Sa 66/17) entschieden, dass ein Arbeitgeber, der allgemein duldet, dass seine Führungskräfte regelmäßig Überstunden leisten, nicht darauf vertrauen kann, dass sie

geleistete Überstunden bei Gelegenheit wieder „abfeiern“. Spätestens wenn Mitarbeiter aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, muss der Arbeitgeber die geleisteten Überstunden vergüten. Vor Vergütungsnachforderungen wegen angeblich geleisteter Überstunden sollten sich Arbeitgeber daher unbedingt durch wirksame Verfallklauseln im Arbeitsvertrag schützen.

Nur im Ausnahmefall, nämlich wenn Arbeitnehmer sehr hohe Einkommen oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung beziehen und keine abweichende arbeitsvertragliche Regelung besteht, gelten Überstunden als mit dem Grundgehalt abgegolten. Anderenfalls muss der Arbeitgeber **Überstunden** entweder **vergüten** oder durch Freizeitausgleich abgelden. Nach § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG ist der Arbeitgeber zu diesem Zweck verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen.

Dies gilt zwar nur dann, wenn der Arbeitgeber die Leistung der Überstunden selbst veranlasst hat und sie ihm nicht bloß durch den Arbeitnehmer aufgedrängt wurden. An die Veranlassung von Überstunden werden jedoch zum Teil nur sehr niedrige Anforderungen gestellt. Regelmäßig wird bereits dann von der Veranlassung von Überstunden durch den Arbeitgeber ausgegangen, wenn der Arbeitgeber es seinen Arbeitnehmern im Rahmen eines Vertrauensarbeitszeit-Modells überlässt, ihre tägliche Arbeitszeit selbst einzuteilen, und der Arbeitgeber hierbei den Anfall von Überstunden wissentlich in Kauf nimmt.

Dies zeigt exemplarisch das **Urteil des LAG Berlin-Brandenburg**. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger war bei dem beklagten Arbeitgeber als Leiter Technik/Fuhrpark beschäftigt. Nach seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis forderte er Abgeltung für 535,25 angeblich geleistete Überstunden, deren angebliche zeitliche Lage er in privaten Aufzeichnungen detailliert dokumentiert hatte. Der beklagte Arbeitgeber konnte den behaupteten Überstunden nicht substantiiert entgegenreten, da er selbst über keine Arbeitszeitaufzeichnungen verfügte.

Der Arbeitgeber versuchte sich stattdessen erfolglos mit dem Einwand zu verteidigen, er habe die behaupteten Überstunden weder angeordnet, gebilligt noch geduldet. Zwar habe er gewusst, dass sämtliche Führungskräfte Überstunden leisten. Jedoch habe der Kläger seine Arbeitszeit frei einteilen können. Der Arbeitgeber sei davon ausgegangen, dass der Kläger geleistete Überstunden von sich aus „abfeiert“. Dazu wäre der Kläger auch in der Lage gewesen, hätte er Aufgaben an untergebene Mitarbeiter delegiert, statt diese selbst zu erledigen.

Das LAG Berlin-Brandenburg folgte dem Einwand des Arbeitgebers nicht, sondern gab der Klage fast vollständig statt. Der Arbeitgeber hätte „aufgedrängte“ Überstunden vermeiden können, indem er den Kläger einfach nach Hause geschickt hätte. Stattdessen habe der Arbeitgeber die Überstunden geduldet, indem er trotz Kenntnis nicht gegen sie vorging. Ob der

Arbeitgeber von den aufgelaufenen Überstunden im Einzelfall Kenntnis genommen habe, spiele rechtlich keine Rolle. Der Arbeitgeber sei nach § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG verpflichtet, eine effektive Arbeitszeiterfassung einzurichten. Auch habe er grundsätzlich gewusst, dass Führungskräfte generell Überstunden leisten. Ein Arbeitgeber, der Arbeitszeiten vor diesem Hintergrund nicht kontrolliert, sei rechtlich nicht schutzwürdig. Er müsse sich die Überstunden zurechnen lassen und vergüten.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit steht dem **Konzept der Vertrauensarbeitszeit** insgesamt skeptisch gegenüber. Obwohl sich rechtliche Risiken deshalb nicht vollständig ausschließen lassen, bleibt das Konzept der Vertrauensarbeitszeit dennoch **praktikabel**. Die Lösung besteht darin, wirksame **Verfallklauseln** in Arbeitsverträge aufzunehmen, die bestimmen, dass Ansprüche automatisch untergehen, wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Fälligkeit textförmlich geltend gemacht werden. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass ein Arbeitnehmer bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses allenfalls Überstundenabgeltung für die letzten drei Monate, nicht aber über Jahre hinweg, geltend machen kann. Derartige Forderungen, die nur selten vorkommen, werden wirtschaftlich verkraftbar sein.

Achtung: Verfallklauseln müssen strengen Anforderungen genügen, damit sie wirksam sind. Bei der Arbeitsvertragsgestaltung ist also besondere Sorgfalt geboten. Formulierungstipps enthält unser Newsletter Oktober 2017.



Loschelder Praxistipp:

Anhörung vor Ausspruch einer (fristlosen) Kündigung (Teil 3)

Hört der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu einer Verdachtskündigung an, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen. Dies gilt aber nur, wenn der Arbeitnehmer dies von sich aus verlangt. Bei allen anderen Personalgesprächen hat der Arbeitnehmer nur im Ausnahmefall einen Anspruch, Dritte als Vertrauenspersonen hinzuzuziehen.

Der Ausspruch einer **Verdachtskündigung** setzt die vorherige **Anhörung** des Arbeitnehmers voraus. Mit Urteil vom 13.03.2008 (Az. 2 AZR 961/06) hat das BAG entschieden, dass Arbeitnehmer das Recht haben, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, wenn sie in Hinblick auf eine Verdachtskündigung angehört werden.

Dies bedeutet aber **nicht**, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Rahmen des Anhörungsverfahrens **über** sein **Recht belehren** muss, **einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen**. Nur wenn der Arbeitnehmer von sich aus die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes ausdrücklich verlangt, muss der Arbeitgeber einen neuen Anhörungstermin anberaumen, bei dem ein Rechtsanwalt teilnehmen kann, oder dem Arbeitnehmer alternativ die Möglichkeit einräumen, schriftlich durch einen Rechtsanwalt zu den gestellten Fragen Stellung zu nehmen. Würde ein Arbeitgeber trotz ausdrücklichen Verlangens des Arbeitnehmers die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes verweigern, wäre die Anhörung fehlerhaft und eine später ausgesprochene Kündigung könnte nicht als Verdachtskündigung gerechtfertigt werden.

Nach verbreiteter Auffassung hat der Arbeitnehmer alternativ das **Recht, ein Betriebsratsmitglied** statt eines Rechtsanwalts zum Anhörungsverfahren hinsichtlich einer Verdachtskündigung hinzuzuziehen. Um rechtliche Mängel im Anhörungsverfahren zu vermeiden, sollten Arbeitgeber somit auch Betriebsratsmitglieder beteiligen, wenn dies ausdrücklich verlangt wird.

Für die Dauer der Verzögerung, die sich wegen der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes oder Betriebsratsmitglieds ergibt, ist die **2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB gehemmt** (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 06.11.2009, Az. 6 Sa 1121/09).

Bei **sonstigen Personalgesprächen** kann der Arbeitnehmer nur im Ausnahmefall die Hinzuziehung von Dritten als Vertrauensperson verlangen. Dies ist in folgenden Konstellationen der Fall:

- **Zieht der Arbeitgeber** zum Personalgespräch einen **Rechtsanwalt hinzu**, hat der Arbeitnehmer aus Gründen der Waffengleichheit ebenfalls das Recht, einen Rechtsanwalt zu beteiligen.
- Ordnet der Arbeitgeber **Personalgespräche zu Themen an, die außerhalb der Reichweite** seines **arbeitsvertraglichen**

Weisungsrechtes liegen (z.B. zum Abschluss eines Änderungsvertrages, vgl. BAG, Urt. v. 23.06.2009, Az. 2 AZR 606/08), ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, zum Personalgespräch zu erscheinen. Macht der Arbeitnehmer die Teilnahme Dritter zur Gesprächsbedingung, muss der Arbeitgeber dies akzeptieren.

- Bei **Gehaltsgesprächen** und **Leistungsbeurteilungen** (§ 82 Abs. 2 S. 2 BetrVG) sowie Gesprächen zur Frage, wie ein Arbeitnehmer bislang **unzureichende Kenntnisse und Fähigkeiten weiterzuentwickeln** hat (§ 81 Abs. 4 S. 3 BetrVG), ist auf Wunsch des Arbeitnehmers ein Betriebsratsmitglied zu beteiligen.
- Auch bei Einreichung einer **Beschwerde** kann der Arbeitnehmer ein Betriebsratsmitglied hinzuziehen (§ 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG).



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 65-129
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