

The background of the page is a teal-tinted photograph of an industrial setting. 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 industrial structures, including pipes, beams, and possibly other machinery, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, with some reflections on the metallic surfaces.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
April 2021**

## Inhalt

### Neues aus der Rechtsprechung

**Kurzarbeit (Null) reduziert den Urlaubsanspruch**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Betriebsrat kann mobiles Arbeiten nicht verhindern**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Feuerwehr und slowenische Berge – EuGH präzisiert die Abgrenzung zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Überstundenvergütung für Besserverdiener?**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Kein einklagbarer Anspruch auf BEM**

## Neues aus der Rechtsprechung

### Kurzarbeit (Null) reduziert den Urlaubsanspruch

*Die Kurzarbeit war und ist wichtiger Baustein zur Stabilisierung des Arbeitsmarkts in der Pandemie. Nicht unumstritten und durchaus anspruchsvoll ist der Umgang mit be- und entstehenden Urlaubsansprüchen der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer. Mit der Frage, ob Kurzarbeit Null zu einer Kürzung des Urlaubsanspruchs führt, hat sich das LAG Düsseldorf in einer aktuellen Entscheidung beschäftigt (Urteil vom 12. März 2021, Az. 6 Sa 824/20 – liegt bisher nur als Pressemitteilung vor).*

Die klagende Arbeitnehmerin war pandemiebedingt u.a. in den Monaten Juni, Juli und Oktober 2020 durchgängig in Kurzarbeit Null. Im August und im September 2020 wurden ihr von ihren (teilzeitbedingten) 14 Urlaubstagen 11,5 gewährt. Sie machte gerichtlich geltend, dass ihr auch die „verbleibenden“ 2,5 Urlaubstage für das Kalenderjahr 2020 zustehen. Der Arbeitgeber hielt dem entgegen, dass mangels einer Arbeitspflicht während der Kurzarbeit Null keine Urlaubsansprüche entstanden seien.

Das LAG verneinte einen Urlaubsanspruch für die vollen Monate der Kurzarbeit Null.

Der Jahresurlaubsanspruch sei für jeden vollen Monat der Kurzarbeit Null um 1/12 zu kürzen. Denn der Erholungszwecke des Urlaubsanspruchs setze eine Arbeitsverpflichtung voraus. Eine solche bestehe während der Kurzarbeit Null jedoch gerade nicht. Es handele sich auch nicht um eine mit der Arbeitsunfähigkeit vergleichbaren Situation; vielmehr sei die Konstellation mit der von Teilzeitkräften vergleichbar, bei denen es abhängig von der Anzahl der Wochenarbeitsstage zu einer Reduzierung des Urlaubsanspruchs komme. Die Revision zum BAG wurde zugelassen.

Die noch nicht rechtskräftige Entscheidung des LAG Düsseldorf ist zu begrüßen und liegt auf einer Linie mit der bisherigen Rechtsprechung von BAG und EuGH. Das BAG hat etwa bei unbezahlttem Sonderurlaub (BAG, Urteil vom 19.03.2019, Az. 9 AZR 315/17) und bei der Freistellungsphase in der Altersteilzeit im Blockmodell (BAG, Urteil vom 24.09.2019, Az. 9 AZR 481/18) Urlaubsansprüche verneint.

Konsequenterweise dürfte auch eine explizite Vereinbarung zur Kürzung des Urlaubs im Rahmen der Einführung von Kurzarbeit nicht erforderlich sein, sondern die Kürzung ohne Weiteres eintreten. Um Streitigkeiten zu vermeiden, ist eine solche Abrede jedoch nach wie vor ratsam.

Wir halten Sie selbstverständlich über den Fortgang des Verfahrens informiert.



### Neues aus der Rechtsprechung

#### **Betriebsrat kann mobiles Arbeiten nicht verhindern**

*Home-Office und mobiles Arbeiten sind und bleiben vorerst Dauerbrenner. Arbeitgeber sind nach wie vor dazu angehalten bzw. bei Büroarbeit und vergleichbaren Tätigkeiten sogar verpflichtet, ihren Arbeitnehmern die außerbetriebliche Arbeit zu ermöglichen. Die Frage, ob der Arbeitgeber den Betriebsrat bei der Einführung mobilen Arbeitens beteiligen muss, beschäftigte das LAG Hessen (Beschluss vom 18. Juni 2020, Az. 5 TaBVGa 74/20).*

Die am Verfahren beteiligten Arbeitgeberinnen hatten in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall anlässlich der gegenwärtigen Pandemielage mobiles Arbeiten eingeführt. Die Einführung mobilen Arbeitens diente dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer. Gegenstand des eingeführten Arbeitszeitmodells war die Möglichkeit, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mobiles Arbeiten – befristet für eine Woche (verlängerbar) – zu

vereinbaren, wobei der Tätigkeitsschwerpunkt der Arbeitnehmer im Betrieb verbleiben sollte. Eine einseitige verbindliche Anordnung mobilen Arbeitens durch den Arbeitgeber erfolgte nicht. Der Betriebsrat machte einen Anspruch auf Unterlassung der Durchführung mobilen Arbeitens wegen Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte geltend.

Das LAG lehnte einen Unterlassungsanspruch ab. Insbesondere sei das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht verletzt, da die Einführung mobilen Arbeitens nicht die Ordnung im Betrieb betreffe, sondern untrennbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung selbst verknüpft sei. Jedenfalls dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – durch das mobile Arbeiten keine neuen technischen Einrichtungen eingeführt werden, sondern auf die bereits vorhandene IT-Infrastruktur zurückgegriffen wird, bestehe auch kein Beteiligungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 oder Nr. 7 BetrVG.

Zwar beständen Beteiligungsrechte nach §§ 80 Abs. 2, 90, 92a BetrVG; die Nichtbeachtung dieser Unterrichts- und Beratungsrechte führe jedoch nicht zu einem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats.

Das LAG führte zudem aus, dass nicht ohne Weiteres davon auszugehen sei, dass es sich bei der freiwilligen und befristeten Aufnahme mobilen Arbeitens um eine mitbestimmungspflichtige Versetzung i.S.d. v. §§ 99 Abs. 1, 95 Abs. 3 BetrVG handelt. Jedenfalls im vorliegenden Fall und vor dem Hintergrund des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sei die Tätigkeit im Rahmen mobilen Arbeitens nicht zweifelsfrei eine „andere“.

Schließlich gesteht das LAG dem Arbeitgeber angesichts der Pandemielage zu, auf Gesundheitsgefahren schnell reagieren können zu müssen, ohne ggf. eine Entscheidung einer Einigungsstelle zu erzwingen. Gerade durch die Einführung mobilen Arbeitens würden gravierende Gefahren für die Gesundheit der Arbeitnehmer abgewendet. Dem ständen lediglich geringfügige Nachteile für die betreffenden Arbeitnehmer gegenüber.

Wenn die Beteiligung des Betriebsrats bei der Einführung mobilen Arbeitens (zeitlich) nicht geboten erscheint, so ist es, soweit

möglich, ratsam, die Einführung mobilen Arbeitens lediglich anzubieten und nicht verpflichtend einzuführen. Auch eine zeitliche Begrenzung kann dazu führen, dass jedenfalls ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nicht anzunehmen ist. Hier sind die Einzelfallumstände maßgeblich. Wir beraten Sie gerne zu den Gestaltungsmöglichkeiten.



## **Neues aus der Rechtsprechung**

### **Feuerwehr und slowenische Berge**

#### **– EuGH präzisiert die Abgrenzung zwischen Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft**

*In der deutschen Tagespresse ist das Urteil des EuGH vom 9. März 2021 in der Rechtssache C-580/19 (RJ/Stadt Offenbach) häufig unter der Überschrift „Bereitschaftsdienst ist Arbeitszeit“ dargestellt worden. Dass Bereitschaftsdienst Arbeitszeit ist, ist allerdings keineswegs neu, sondern ständige Rechtsprechung des EuGH und, ihm folgend, auch der deutschen Arbeitsgerichte, seit der bereits älteren SIMAP-Entscheidung (3. Oktober 2000, Az. C-303/98). Wichtig an der Entscheidung des EuGH zu einem Feuerwehrmann der Stadt Offenbach sowie einer am gleichen Tage ergangenen Entscheidung zu einem slowenischen Rundfunktechniker (Az. C-344/19) ist die sorgfältige Abgrenzung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit von der Rufbereitschaft, die als solche keine Arbeitszeit ist.*

In beiden Urteilen erinnert der EuGH noch einmal an die Grundlagen seiner Rechtsprechung: Zum einen sind bestimmte Arbeitsformen entweder Arbeitszeit oder Ruhezeit im Sinne der

Arbeitszeitrichtlinie, so dass eine eindeutige Einordnung einer bestimmten Arbeitsgestaltung in eine dieser beiden Kategorien erforderlich ist. Zum anderen betont der EuGH, dass seine Entscheidungen alleine das Arbeitszeitschutzrecht betreffen, aber keine vergütungsrechtlichen Konsequenzen haben. Die Parteien können daher ohne weiteres eine abweichende Vergütung für Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst vereinbaren. Allerdings fordert hier das BAG, dass für diese Zeiten eine, wenn auch geringere, Vergütung gezahlt wird.

In beiden Urteilen geht der EuGH von seiner Rechtsprechung aus, dass Bereitschaftsdienst Arbeitszeit ist und dadurch gekennzeichnet ist, dass der Arbeitnehmer persönlich an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort anwesend sein und ihm zur Verfügung stehen muss, um gegebenenfalls sofort seine Leistungen erbringen zu können: Das ist Arbeitszeit, da der Arbeitnehmer sich außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds aufhalten muss und weniger frei über die Zeit verfügen kann, in der er nicht in Anspruch genommen wird.

Da diese Freiheitseinschränkungen bei der Rufbereitschaft deutlich geringer sind – hier kann sich der Arbeitnehmer an einem von ihm selbst gewählten Ort aufhalten und muss lediglich auf Aufforderung des Arbeitgebers seine Arbeitsleistung in angemessener Zeit aufnehmen – ist die Rufbereitschaft als solche keine Arbeitszeit. Arbeitszeit liegt erst vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer tatsächlich zur Aufnahme der Tätigkeit auffordert.

Beide Urteile vom 09.03.2021 betreffen Sachverhalte, die zwischen diesen typischen Fallgestaltungen lagen: Zwar konnten die Arbeitnehmer ihren Arbeitsort grundsätzlich frei wählen, unterlagen jedoch spürbaren Einschränkungen ihrer Freiheit: So musste der Feuerwehrmann in der Lage sein, 20 Minuten nach einer Aufforderung durch den Arbeitgeber in Dienstkleidung und mit dem Dienstfahrzeug die Stadtgrenze der Stadt Offenbach zu erreichen: Dies bei mittlerer Verkehrsdichte und normalen Straßen- und Witterungsverhältnissen und unter Inanspruchnahme von Sonder- und Wegerechten. Im Parallelfall aus Slowenien war ein Rundfunktechniker, der eine aufgrund der geographischen Lage in den slowenischen Bergen schwer zugängliche Sendeanlage zu betreuen hatte, während der Rufbereitschaft verpflichtet, innerhalb einer Stunde den Dienst aufzunehmen. Dies führte faktisch dazu,

dass er sich während seines Bereitschaftsdienstes ohne große Freizeitmöglichkeiten in der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Dienstunterkunft aufhalten musste.

In beiden Fällen nahm der EuGH keine eigene Bewertung der Sachverhalte vor, die er den nationalen Gerichten überließ, sondern gab lediglich einige Hinweise zur Bewertung:

- Auch Zeiten von Rufbereitschaft sind dann in vollem Umfang Arbeitszeit, wenn durch die dem Arbeitnehmer auferlegten Einschränkungen seine Möglichkeiten, die Zeit zu gestalten und sie seinen eigenen Interessen zu widmen, objektiv gesehen ganz erheblich beeinträchtigt sind.
- Relevant sind lediglich Einschränkungen, die dem Arbeitnehmer durch Rechtsvorschriften oder seinen Arbeitgeber auferlegt werden; bloße organisatorische Schwierigkeiten infolge natürlicher Gegebenheiten oder der freien Entscheidung des Arbeitgebers sind unerheblich – als Beispiel nennt der EuGH den Fall, dass das Gebiet, das der Arbeitnehmer während der Bereitschaftszeiten in Form von Rufbereitschaft praktisch nicht verlassen kann, nur wenige Möglichkeiten für Freizeitaktivitäten bietet. Das deutet darauf hin, dass die Rufbereitschaft in den slowenischen Bergen keine Arbeitszeit ist.
- Im Übrigen ist aus Sicht des EuGH eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen. Hierzu gehört, ob die Frist, innerhalb derer der Arbeitnehmer nach Aufforderung die Arbeit aufzunehmen hat, sachgerecht ist. Die Folgen einer Frist für den Arbeitnehmer sind anhand des konkreten Falles zu beurteilen, wobei dem Arbeitnehmer auferlegte Einschränkungen bzw. Erleichterungen zu berücksichtigen sind. Solche Einschränkungen sind im Falle des Feuerwehrmannes das Erfordernis in Dienstkleidung zu erscheinen; Erleichterungen jedoch, die die Mitnahme des Dienstfahrzeuges sowie die Möglichkeit, Sonder- und Wegerechte zu nutzen.
- Neu ist, dass der EuGH auch die durchschnittliche Häufigkeit der von einem Arbeitnehmer während der Bereitschaftszeiten geleisteten Einsätze berücksichtigen will: Die hohe Gefahr

einer Inanspruchnahme belastet den Arbeitnehmer deutlicher als eine eher unwahrscheinliche Inanspruchnahme.

Die Urteile des EuGH sind von dessen Grundüberlegung aus, das Vorliegen von Arbeitszeit anhand der Qualität der dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehenden Freizeit zu bestimmen, konsequent. Überzeugen können die Überlegungen des EuGH aber nicht. So ist eine klare Abgrenzung zwischen den unbeachtlichen organisatorischen Umständen und den relevanten Vorgaben des Arbeitgebers kaum möglich: Ob eine vom Arbeitgeber gesetzte Reaktionsfrist sachgerecht ist, lässt sich nicht abstrahiert von den organisatorischen Umständen bewerten. Schwerer wiegt, dass die für die arbeitszeitrechtlich grundlegende Frage, ob Arbeitszeit vorliegt, eine klare Abgrenzung künftig deutlich erschwert ist, vor allem solange, bis die Arbeitsgerichte klarere Leitlinien für die vom EuGH geforderte Gesamtabwägung entwickeln konnten.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Überstundenvergütung für Besserverdiener?

*Es entspricht der gefestigten Rechtsprechung des BAG, dass eine Überstundenvergütung bei „Besserverdienern“ grundsätzlich nicht in Betracht kommt, da es bei diesen regelmäßig an einer Vergütungserwartung für geleistete Überstunden fehlt. Das LAG Düsseldorf führt diese Rechtsprechung fort, vertritt jedoch in seiner Entscheidung vom 23. September 2020 (Az. 14 Sa 296/20) die Auffassung, dass die fehlende Vergütungserwartung nur bis zur gesetzlichen Höchstgrenze im Rahmen des ArbZG gelte – darüber hinausgehende Überstunden müssten vergütet werden.*

Der Kläger war jahrelang Gebietsverkaufsleiter bei der Beklagten. Zu seinen Aufgaben gehörte die Betreuung von insgesamt zwölf Filialen, die er mit hoher Frequenz persönlich aufsuchen musste. Bürotätigkeiten führte der Kläger im Home-Office aus. Sein Bruttomonatsgehalt betrug durchschnittlich ca. 7.200,00 € brutto, womit er im Jahr 2019 über der Beitragsbemessungsgrenze West in der gesetzlichen Rentenversicherung lag (6.700,00 € pro Monat). Sein Arbeitsvertrag enthielt eine Klausel, wonach sämtliche Überstunden mit dem Bruttogehalt abgegolten seien.

Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen kündigte, verlangte der Kläger die Auszahlung vermeintlich geleisteter Überstunden in Höhe von insgesamt 115.000,00 € brutto. Er behauptete, er habe in den Jahren 2016 bis 2019 insgesamt 3.010 Überstunden geleistet. Dabei stützte er sich auf die bei der Beklagten verwendete Arbeitsplanungssoftware, in der er seine Arbeitszeiten eingetragen hatte. Der Kläger machte geltend, nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig über zehn Stunden pro Arbeitstag gearbeitet zu haben. Im Übrigen habe seine durchschnittliche Wochenarbeitszeit im Zeitraum vom 01.01.2016 bis zum 31.08.2019 nur in fünf Monaten unterhalb von 48 Stunden gelegen.

Nachdem das ArbG Duisburg die Klage vollumfänglich abgewiesen hatte, hat das LAG Düsseldorf die Berufung für teilweise begründet erachtet und dem Kläger ca. 23 % der geltend gemachten Vergütung zugesprochen, also 26.442,40 € brutto. Dabei ist das Gericht vom tatsächlichen Vorliegen der Überstunden ausgegangen, da die Beklagte nur unzureichend auf den Sachvortrag des Klägers erwidert hat.

Das Gericht hat zunächst im Einklang mit der BAG-Rechtsprechung erklärt, dass die pauschale Überstundenabgeltungsklausel im Arbeitsvertrag unwirksam ist. Das führe aber nicht automatisch zu einem Vergütungsanspruch; dieser beurteile sich vielmehr anhand von § 612 Abs. 1 BGB.

Wie das Gericht richtigerweise ausführt, gilt danach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass jede Mehrarbeitszeit zu vergüten ist, gibt es nicht. Die Vergütungserwartung ist stets anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankommt. Die objektive Vergütungserwartung wird deshalb in weiten Teilen des Arbeitslebens gegeben sein. Sie wird aber u.a. dann fehlen, wenn Dienste höherer Art geschuldet sind oder insgesamt eine deutlich herausgehobene Vergütung gezahlt wird. Von letzterem Fall wird regelmäßig ausgegangen werden können, wenn das Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.

Da die Vergütung des Klägers über der Beitragsbemessungsgrenze lag, hat das LAG Düsseldorf entsprechend der genannten Grundsätze zunächst festgestellt, dass der Kläger grundsätzlich keine Vergütungserwartung im Sinne des § 612 Abs. 1 BGB habe.

Neu ist hingegen die Bewertung des LAG Düsseldorf, dass die überdurchschnittliche Vergütung des Klägers nur die Vergütungserwartung für die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit im Ausgleichszeitraum nach § 3 ArbZG ausschließe. Die Annahme einer fehlenden Vergütungserwartung könne aufgrund des hohen Gehalts nicht für die im Ausgleichszeitraum nach § 3 ArbZG über 48 Stunden wöchentlich hinausgehende Arbeitsleistung gelten.

Denn der Kläger hätte erwarten dürfen, dass die Gegenleistung für die vereinbarte Vergütung maximal die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG ist, da der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nur im Rahmen des gesetzlich Zulässigen verlangen könne.

Daher hat das Gericht unter Betrachtung einzelner sechsmonatiger Referenzzeiträume (§ 3 Satz 2 ArbZG) die behaupteten geleisteten Arbeitsstunden mit den im gesamten Referenzzeitraum nach dem ArbZG maximal zulässigen Arbeitsstunden in Ausgleich gebracht. Für die über den maximal zulässigen Umfang hinausgehenden und damit nach dem ArbZG unzulässigen Überstunden im Umfang von insgesamt 1.300 Stunden hat das Gericht dem Kläger einen Vergütungsanspruch dem Grunde nach zugesprochen. Aufgrund einer längeren Freistellungsphase am Ende des Arbeitsverhältnisses reduzierte sich der Abgeltungsanspruch zwar deutlich, aber summierte sich im Ergebnis immerhin noch auf einen Betrag in Höhe von ca. 26.400,00 € brutto.

Auf den ersten Blick mag die Entscheidung des LAG Düsseldorf nachvollziehbar sein, im Detail ist sie jedoch wenig überzeugend.

Ungeachtet dessen besteht nunmehr das Risiko, dass dieses Urteil den ein oder anderen „Besserverdiener“ auf die Idee bringen könnte, bei einer Trennung im Streit die Abgeltung von vermeintlich geleisteten Überstunden geltend zu machen – und sei es nur, um hierdurch den Verhandlungsrahmen zu erhöhen.

Schließlich verdeutlicht dieser Fall, wieso eine wirksame Ausschlussklausel im Arbeitsvertrag essentiell ist (sehen Sie hierzu unseren [Praxistipp vom Juli 2020](#)).



## Neues aus der Rechtsprechung

### Kein einklagbarer Anspruch auf BEM

*Sind Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, ist der Arbeitgeber gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX verpflichtet, ein betriebliches Eingliederungsmanagement („BEM“) durchzuführen. Den Arbeitgeber trifft eine entsprechende Initiativpflicht. Das LAG Nürnberg hat entschieden, dass umgekehrt kein einklagbarer Anspruch der Arbeitnehmer auf Durchführung eines BEM existiert (Urteil vom 8. Oktober 2020, Az. 5 Sa 117/20).*

Der Kläger war im Jahr 2018 an insgesamt 122 Tagen arbeitsunfähig erkrankt, im Jahr 2019 an 86 Tagen. Die beklagte Gemeinde führte gleichwohl kein BEM durch. Der Kläger konsultierte daher gegen Ende des letzten Arbeitsunfähigkeitszeitraums einen Rechtsanwalt, der bei der Gemeinde schriftlich die Durchführung eines BEM beantragte. Diese hielt sich dazu jedoch nicht für verpflichtet und verwies im Übrigen auf die im konkreten Fall „offensichtliche Ergebnislosigkeit“ eines solchen Verfahrens.

Das LAG Nürnberg gab der Gemeinde Recht und verneinte einen individuellen Anspruch des Arbeitnehmers auf Durchführung eines BEM. Ein solcher Anspruch ergebe sich **weder** unmittelbar aus **§ 167 Abs. 2 SGB IX** **noch** aus der arbeitgeberseitigen Rücksichtnahmepflicht gemäß **§ 241 Abs. 2 BGB**. Während den **Mitarbeitervertretungen** in **§ 167 Abs. 2 Satz 6 SGB IX** ein **durchsetzbares Initiativrecht** ausdrücklich zuerkannt worden sei, habe der Gesetzgeber einen Anspruch der Arbeitnehmer gerade nicht vorgesehen. In der Norm selbst seien auch keine Rechtsfolgen für den Fall vorgesehen, dass der Arbeitgeber seiner Pflicht nicht nachkomme. Im Übrigen seien Arbeitnehmer bei Kündigungen und Direktionsentscheidungen des Arbeitgebers dadurch hinreichend geschützt, dass eine **Untätigkeit des Arbeitgebers im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt** werde. Es bestehe daher **keine Notwendigkeit, einen solchen Anspruch aus § 241 Abs. 2 BGB herzuleiten**.

Das LAG Nürnberg hat die Revision gemäß **§ 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG** zugelassen. Denn 2014 hatte das LAG Hamm einen Anspruch auf Durchführung eines BEM aus **§ 241 Abs. 2 BGB i.V.m. § 84 Abs. 2 SGB IX** (der Vorgängervorschrift von **§ 167 Abs. 2 SGB IX**) ohne nähere Begründung bejaht (Urteil vom 13.11.2014 –

15 Sa 979/14). Es ist also zu erwarten, dass das BAG diese Rechtsfrage in naher Zukunft für die Praxis entscheiden wird.

Auch wenn ein unmittelbarer Anspruch des Arbeitnehmers (vorerst) unter Verweis auf die vorbeschriebene Entscheidung zurückgewiesen werden kann, sind die (kündigungsrechtlichen) Folgen eines unterbliebenen BEMs natürlich weiterhin zu berücksichtigen. Wir beraten Sie gerne dazu.



## 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 Singraven  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel  
+49 (0) 221 650 65-129  
malte.goebel@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