

michels.pmks

F a c h a n w ä l t e

Rheinische Arbeitsrechtstage

Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung

Köln, 23.06.2017

Ulrich Kortmann
Fachanwalt für Arbeitsrecht

I. Gesetzgebung

- Bundesteilhabegesetz vom 23.12.2016
 - » Einfügung des § 95 II 3 SGB IX mit Wirkung zum 30.12.2016: Anhörung der Schwerbehindertenvertretung Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigung
- Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
 - » Reform ist zum 01.04.2017 in Kraft getreten.
- Betriebsrentenstärkungsgesetz
 - » Gesetzentwurf wird derzeit in den Ausschüssen beraten.
 - » Wesentliche Änderungen: Stärkung der Tarifparteien (v. a. Entgeltumwandlung nach dem Opt-Out-Modell auf tarifvertraglicher Basis, reine Beitragszusagen)
- Entgelttransparenzgesetz
 - » Gesetz wurde am 30.03.2017 durch den Bundestag angenommen, kein Einspruch des Bundesrates
- Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz vom 27.04.2017
 - » Vollständige Neufassung des BDSG zur Umsetzung der DS-GVO.

- Wesentliche Inhalte des Entwurfs:
 - Allgemeine Bestimmungen (§ § 1-9):
 - Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Entgeltbenachteiligung wegen des Geschlechts (§ 3)
 - Feststellung von gleicher oder gleichwertiger Arbeit (§ 4)
 - Entgeltgleichheitsgebot (§ 7)
 - Individuelle Rechte (§ § 10-16)
 - Individueller Auskunftsanspruch (§ 10)
 - Aufgaben und Rechte des Betriebsrates (§ 13)
 - Verfahren bei tarifgebundenen und tarifanwendenden Arbeitgebern (§ 14)
 - Verfahren bei nicht-tarifgebundenen und -anwendenden Arbeitgebern (§ 15)
 - Betriebliches Prüfverfahren (§ § 17-20)
 - Berichtspflichten für Arbeitgeber (§ § 21-22)

- Allgemeine Bestimmungen:

- Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Entgeltbenachteiligung (§ 3)

- Bei gleicher/gleichwertiger Arbeit ist eine unmittelbare/mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile verboten.
 - „Unmittelbar“: Auch bei Anknüpfung an Schwangerschaft oder Mutterschaft
 - „Mittelbar“:
 - Dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die Angehörige eines Geschlechts auf besondere Weise benachteiligen können.
 - Außer: angemessen und erforderlich im Hinblick auf ein rechtmäßiges Ziel (z. B. arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien.

- Allgemeine Bestimmungen:
 - Definition „gleicher oder gleichwertiger Arbeit“ (§ 4): zu bestimmen nach einer „Gesamtheit von Faktoren“
 - Art der Arbeit
 - Ausbildungsanforderungen
 - Arbeitsbedingungen
 - Besondere Anforderungen an Entgeltsysteme:
 - Entgeltsystem muss so ausgestaltet sein, dass eine Benachteiligung wegen des Geschlechts ausgeschlossen ist,
 - ... muss Art der zu verrichtenden Tätigkeit objektiv berücksichtigen,
 - ... muss auf für weibliche und männliche Beschäftigte gemeinsamen Kriterien beruhen,
 - ... muss die einzelnen Differenzierungskriterien diskriminierungsfrei gewichten,
 - ... muss insgesamt durchschaubar sein
 - Anwendungsbeispiele:
 - Gewichtung von typischer „Frauenarbeit“ und typischer „Männerarbeit“ (Bewertung von „Muskelarbeit“ einerseits und „Filigranarbeit“ andererseits)
 - Teilzeit darf nicht zu Nachteilen führen (siehe aber schon § 4 TzBfG).
 - Entgeltsystem muss Bewertungskriterien abschließend enthalten.
 - Zulässigkeit von Gehaltsbändern?

- Allgemeine Bestimmungen:

- Tarifliche/gesetzliche Entgeltregelungen (§ 4 IV, V)

„Für tarifvertragliche Entgeltregelungen ... gilt eine Angemessenheitsvermutung. Tätigkeiten, die aufgrund dieser Regelungen unterschiedlichen Entgeltgruppen zugewiesen werden, werden als nicht gleichwertig angesehen, sofern die Regelungen nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen“

- Bedeutung der Vorschrift:

- Tarifvertragsparteien dürfte eine Einschätzungsprärogative zustehen (sonst wäre die Angemessenheitsvermutung wertlos)
 - „Höherrangiges Recht“: Gemeint sein dürften Grundrechte und europäische Rechtsnormen, nicht jedoch einfaches Bundesrecht (da sonst auch die Anforderungen an nicht privilegierte Entgeltsysteme einzuhalten wären).

- Allgemeine Bestimmungen:
 - Rechtsfolgen:
 - Entgelttransparenzgesetz sieht außer dem Verbot keine weiteren Rechtsfolgen vor.
 - Diese ergeben sich aus den allgemeinen Grundsätzen, d. h. § 134 BGB, AGG usw.
 - Bei Unwirksamkeit einer diskriminierenden Entgeltregelung grundsätzlich „Angleichung nach oben“, vgl. EuGH, Urteil vom 28.01.2015 – C-417/13 (ÖBB Personenverkehr AG/Gotthard Starjakob).
 - Fazit:
 - Der Sache nach enthalten die allgemeinen Bestimmungen des Entgelttransparenzgesetzes nichts neues.
 - Mehr oder weniger erfolgreich wird versucht, einzelne Aspekte der Rechtsprechung des EuGH zur Entgeltdiskriminierung in Gesetzesform zu gießen.
 - Ob neue Anforderungen an Entgeltsysteme gestellt werden sollen, ist fraglich.

- Auskunftsrechte (§ § 10 - 16):

- Überblick:

- Voraussetzung für den Auskunftsanspruch: Betrieb/Dienststelle mit idR. mehr als 200 Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber.
- Differenzierung danach, ob Arbeitgeber einen Tarifvertrag anwendet bzw. an diesen gebunden ist.
 - Tarifierende/- gebundene Arbeitgeber: **Vereinfachte Auskunft**. TV-Parteien sind über Auskunftersuchen zu informieren. Nach Vereinbarung können die Vertreter der TV-Parteien die Auskunft auch unmittelbar an den Beschäftigten erteilen.
 - Nicht-tarifierende /-gebundene Arbeitgeber: **Erweiterte Auskunft**
- Tarifgebundener/-anwendender Arbeitgeber:
 - „Tarifgebundene Arbeitgeber“: Arbeitgeber, die auf Grundlage von § 3 Abs. 1 TVG, § 5 TVG einen Tarifvertrag anwenden.
 - „Tarifierende Arbeitgeber“: Übernahme eines fachlich/örtlich/persönlich einschlägigen Tarifvertrags „verbindlich und inhaltsgleich“ durch Bezugnahmeklausel.
 - Nicht tarifgebunden /-anwendend: übertarifliche Leistungen, AT-Angestellte

- Auskunftsrechte (§ § 10 - 16):

- Verfahren bei nicht tarifgebundenen/-anwendenden Arbeitgeber:

- Auskunftersuchen: Arbeitnehmer muss - soweit zumutbar - eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit benennen (§ 10 I)

- Erfüllung des Auskunftsanspruchs:

- Prüfung, ob die vom Beschäftigten genannten gleichen/gleichwertigen Tätigkeiten tatsächlich gleich/gleichwertig sind. Falls nicht, kann der Arbeitgeber die aus seiner Sicht vergleichbaren Tätigkeiten zugrunde legen, muss dies jedoch eingehend begründen (§ 15 IV).

- Auskunft zu den Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung

- Wie wurden das Entgelt des Beschäftigten und die Entgelte für Vergleichstätigkeiten festgelegt?

- Darstellung und Erläuterung etwaiger Entgeltsysteme.

- Angabe des auf Vollzeittätigkeit hochgerechneten statistischen Mediangehalts (nicht Durchschnitt!) aller im Betrieb Beschäftigten des anderen Geschlechts, die die Vergleichstätigkeit ausüben (entfällt aus Datenschutzgründen, wenn <6)

- Beispiel:

Arbeitnehmer	Bruttoentgelt	Tz-Quote	Vz-Äquivalent
1	2112	1	2.050,00 €
2	2485	1	2.100,00 €
3	1305	0,6	2.175,00 €
4	2500	1	2.650,00 €
5	2662	1	2.680,00 €

- Auskunftsrechte (§ § 10 - 16):
 - Verfahren bei tarifgebundenen/-anwendenden Arbeitgeber:
 - Auskunftersuchen: Muss - soweit zumutbar - eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit benennen (§ 10 I)
 - Erfüllung des Auskunftsanspruchs:
 - Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung: Hier reicht ein Hinweis auf die angewandten Tarifverträge und wo diese einzusehen sind.
 - Angabe des auf Vollzeitätigkeit hochgerechneten statistischen Mediangehalts aller im selben Betrieb Beschäftigten des anderen Geschlechts, die in derselben Entgeltgruppe eingruppiert sind (entfällt aus Datenschutzgründen, wenn <6)
 - Information der TV-Parteien über die erteilte Auskunft (anonymisiert?).
 - Delegation der Auskunftersuchen an TV-Parteien möglich nach Vereinbarung.
 - Information des Beschäftigten, wer die Auskunft erteilt.

- Auskunftsrechte (§ § 10 - 16):

- Rolle des Betriebsrats

- Besteht ein Betriebsrat, ist das Auskunftsverlangen grundsätzlich an den Betriebsrat zu richten (§ § 14 I und 15 II)
- Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat die notwendigen Informationen zu erteilen, insbesondere „aufbereitete“ Entgeltlisten zu überlassen (§ 13 III).
- Der Betriebsrat kann verlangen, dass der Arbeitgeber die Auskunftsverpflichtung übernimmt (§ 14 II).
- Der Arbeitgeber kann die Auskunftsverpflichtung für die Dauer der Amtszeit übernehmen, wenn er dies dem Betriebsrat „erläutert“.

- Auskunftsrechte (§ § 10 - 16):

- Rechtsfolgen bei unterbliebener Auskunft:

- Unterlässt der nicht-tarifgebundene/nicht tarifyanwendende Arbeitgeber die Erfüllung der Auskunftspflicht, trägt er im Streitfall die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot im Sinne des Gesetzes vorliegt.
 - Dies gilt auch dann, wenn der BR die Auskunftsverpflichtung hat und die Auskunft aus Gründen unterbleibt, die der Arbeitgeber zu vertreten hat.
 - Bei tarifgebundenen/tarifyanwendenden Arbeitgebern bleibt die Verletzung der Auskunftspflicht sanktionslos.

- Auskunftsrechte (§ § 10 - 16):

- Bedeutung der erteilten Auskunft:

- Ist das eigene Entgelt geringer als das Medianentgelt der vergleichbaren Beschäftigten des anderen Geschlechts, stellt sich die Frage, was der Betroffene mit dieser Auskunft anfängt.

- Klage auf Zahlung der Differenz?

- Anspruchsgrundlage § 15 I AGG

- Darlegung einer Diskriminierung? Stellt die Differenz zum Mediangehalt ein Indiz iSv. § 22 AGG dar?

- m.E. keine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Diskriminierung. Mediangehalt des anderen Geschlechts ist wenig aussagekräftig.

- Es wird keine Auskunft erteilt: Was tun?

- „Beweislastumkehr“ des § 15 IV EntgelttransparenzG = Indiz nach § 22 AGG

- Klage worauf?

- Betriebliches Prüfverfahren
 - Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten werden „aufgefordert“, einen Bericht zur Gleichstellung und zur Entgeltgleichheit zu erstellen.
 - Bericht soll alle fünf Jahre (tarifgebundene-/anwendende) bzw. alle drei Jahre (nicht tarifgebundene-/anwendende) erstellt werden und ist im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.
 - Betriebliches Prüfverfahren ist freiwillig. Aus anwaltlicher Sicht ist dringend abzuraten, das betriebliche Prüfverfahren durchzuführen. Sollte hiernach das Entgeltsystem diskriminierend sein, drohen erhebliche Nachforderungen der Beschäftigten.

II. Rechtsprechung

1. Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang

EuGH, Urteil vom 27.04.2017, C-680/15 - Asklepios-Kliniken

Sachverhalt:

- Kläger waren seit 1978 bzw. 1986 bei kommunalen Krankenhaus beschäftigt. Arbeitsverträge verwiesen dynamisch auf den BAT.
- Teile des Krankenhaus gingen in Folge eines Betriebsübergangs auf die nicht tarifgebundene G-GmbH über. In diesem Zusammenhang wurden den Klägern einzelvertraglich die dynamische Fortgeltung des BAT durch die G-GmbH zugesagt.
- Klägerinnen verlangen weiterhin Vergütung nach dem TVöD in seiner jeweils geltenden Fassung.

Entscheidung der Vorinstanzen (LAG Hessen vom 10.12.2013, 8 Sa 538/13)

- Klage stattgegeben. Dynamische Bezugnahme auf Tarifvertrag nach Betriebsübergang auf nicht-tarifgebundenen Arbeitgeber verstößt insbesondere nicht gegen Art. 3 Betriebsübergangs-RL.
- EXKURS: Im Urteil des EuGH vom 18.07.2013 – C-426/11 (Alemo-Herron) hatte der EuGH zu einem englischen Sachverhalt angenommen, ein Betriebserwerber dürfe nicht dynamisch an Tarifverträge gebunden werden, auf die er überhaupt keinen Einfluss mehr nehmen könne. BÜ-RL diene nicht nur dem Arbeitnehmerschutz, sondern auch einem gerechten Interessenausgleich zw. Erwerber und Arbeitnehmern.

1. Fortgeltung dynamischer Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang

EuGH, Urteil vom 27.04.2017, C-680/15 - Asklepios-Kliniken

Vorlagebeschluss des BAG vom 17.06.2015, 4 AZR 61/14:

- Nach Auffassung des BAG ist die dynamische Bezugnahmeklausel eine privatautonom vereinbarte Vertragsbestimmung wie jede andere auch, die gem. Art. 3 I BÜ-RL auch den Erwerber binden müsse.
- Alemo-Herron-Entscheidung sei nicht einschlägig, da im Vereinigten Königreich Bezugnahmeklauseln eine andere Funktion hätten (im UK wird die normative Geltung von Tarifverträgen durch Bezugnahme begründet).
- Vorliegend sei auch der Veräußerer, der die dynamische Bezugnahme zugesagt habe, nicht tarifgebunden gewesen und hätte auch nicht Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes VKA werden können.

Entscheidung des EuGH:

- Alemo-Herron-Entscheidung sei nicht dahingehend zu verstehen, dass er in jedem Fall verhindern solle, dass nach dem Betriebsübergang eine dynamische Bezugnahmeklausel ihre Wirkung entfalte.

„Haben der Veräußerer und die Arbeitnehmer eine „dynamische“ Vertragsklausel frei vereinbart und ist diese zum Zeitpunkt des Übergangs in Kraft, ist daher die Richtlinie 2001/23 und insbesondere ihr Art. 3 so zu verstehen, dass sie grundsätzlich vorsehen, dass diese sich aus einem Arbeitsvertrag ergebende Pflicht auf den Erwerber übergeht.“

- Gleichwohl müsse es dem Erwerber möglich sein, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln.
- Dies sei gewährleistet, da laut dem Vorlagegericht die Möglichkeit einer einvernehmlichen oder einseitigen Beseitigung der Dynamik bestehe .

1. Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang

EuGH, Urteil vom 27.04.2017, C-680/15 - Asklepios-Kliniken

Fazit:

- Nach der Entscheidung des EuGH dürfte eine Rechtsprechungsänderung nicht erforderlich sein. Dynamische Bezugnahme Klauseln dürften weiterhin auch nach Betriebsübergang dynamisch wirken.
- Unbefriedigend ist die Begründung:
 - EuGH stellt auf die Möglichkeit einer einvernehmlichen oder einseitigen Aufhebung der Dynamik ab.
 - BAG hat im Vorlagebeschluss auf die Möglichkeit einer Änderungskündigung verwiesen.
 - Dieses Mittel kommt aber nur bei wirtschaftlicher Existenzgefährdung und damit praktisch nie in Betracht.
 - EuGH fußt daher möglicherweise auf der fehlerhaften Annahme, ein Erwerber könne sich einseitig von dynamischen Bezugnahme Klauseln lösen.

2. Massenentlassungsschutz von Arbeitnehmern in Elternzeit

BAG, Urteil vom 26.01.2017 - 6 AZR 442/16

Sachverhalt:

- Arbeitgeber kündigt am 24.12.2009 nahezu allen Arbeitnehmern seines Betriebs.
- Massenentlassungsanzeige nach § 17 I KSchG wurde am 17.12.2009 erstattet.
- Ein Konsultationsverfahren nach § 17 II KSchG wurde nicht durchgeführt.
- Auf Antrag des Arbeitgebers vom 16.12.2009 erklärt die Arbeitsschutzbehörde die Kündigung der Klägerin, die sich in Elternzeit befand, für zulässig. Hierauf kündigt am 10.03.2010 der Arbeitgeber auch der Klägerin.

Prozessverlauf:

- BAG hielt die Kündigung im Urteil vom 25.4.2013, 6 AZR 49/12, für wirksam, da außerhalb des 30-Tages-Zeitraums des § 17 KSchG

§ 17 Abs. 1 KSchG: „Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er ... innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt.“

Abs. 2: „Beabsichtigt der Arbeitgeber, nach Absatz 1 anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat er dem Betriebsrat rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen“

2. Massenentlassungsschutz von Arbeitnehmern in Elternzeit

BAG, Urteil vom 26.01.2017 - 6 AZR 442/16

Entscheidung des BVerfG:

- Urteil des BAG wurde nach Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG aufgehoben (BVerfG, Beschluss vom 08.06.2016 – 1 BvR 3634/13)
- Nach Auffassung des BVerfG verstößt die Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern in Elternzeit gegen Art. 3 I iVm. 6 GG (Gleichheitsgebot, Schutz von Ehe und Familie).
- Die Schutzmechanismen des § 17 KSchG würden nur deswegen nicht greifen, weil aufgrund der erforderlichen Entscheidung der Arbeitsschutzbehörde bei Ausspruch der Kündigung regelmäßig bereits der 30-Tage-Zeitraum abgelaufen sei.
- Diese Ungleichbehandlung sei verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.
- Schlussfolgerung des BVerfG:

„Bei Beschäftigten mit Sonderkündigungsschutz gilt dann der 30-Tage-Zeitraum nach § 17 I 1 KSchG auch dann als gewahrt, wenn die Antragstellung bei der zuständigen Behörde innerhalb dieses Zeitraums erfolgt“

- Entscheidung des BVerfG wurde nahezu unisono kritisiert. Es fehlt m. E. eine Auseinandersetzung mit der Frage von Sinn und Zweck der 30-Tages-Frist, denn diese „benachteiligt“ auch andere Nachzügler-Kündigungen. Diese sind nicht Teil einer Massenentlassung und genießen daher nicht den Schutz des § 17 KSchG bzw. der Massenentlassungsrichtlinie.

2. Massenentlassungsschutz von Arbeitnehmern in Elternzeit

BAG, Urteil vom 26.01.2017 - 6 AZR 442/16

Entscheidung des BAG:

- BAG folgt notgedrungen dem BVerfG.
- Unausgesprochen: BVerfG erweitert den nationalstaatlichen Massenentlassungsbegriff über den europarechtlichen Massenentlassungsbegriff hinaus.
- Nach Auffassung des BAG hat das BVerfG trotzdem seine Kompetenzen nicht überschritten, da die MERL für die Arbeitnehmer günstigere einzelstaatliche Maßnahmen zulässt.
- BAG sieht zahlreiche Folgeprobleme:
 - Was, wenn der Antrag auf behördliche Zustimmung außerhalb der 30-Tages-Frist erfolgt?
 - Was, wenn die Behörde nach Ablauf der 90-tägigen Freifrist des § 18 IV KSchG erfolgt?
 - Gilt der erweiterte Entlassungsbegriff des BVerfG auch für andere behördliche Zustimmungserfordernisse?
 - Gilt der erweiterte Entlassungsbegriff des BVerfG nur bei Betriebsstilllegungen oder auch bei „einfachen“ Massenentlassungen?
 - Was, wenn der Arbeitgeber Entlassungen so staffelt, dass gerade eben die Schwellenwerte des § 17 KSchG nicht erreicht werden?

2. Massenentlassungsschutz von Arbeitnehmern in Elternzeit

BAG, Urteil vom 26.01.2017 - 6 AZR 442/16

Fazit:

- Alle vom BAG aufgeworfenen Fragen sollten aus Gründen der Vorsorge ernst genommen werden.
- Im Zweifel bei der Anzeige und im Rahmen des Konsultationsverfahrens auch alle Arbeitnehmer aufführen, die nur nach behördlicher Zustimmung gekündigt werden können. „Beabsichtigter Kündigungstermin“ = Zeitpunkt der Antragsstellung
- Freifrist des § 18 IV KSchG beachten: Vorsorglich erneute Anzeige erstatten.

3. „Selbstüberlassung“ eines Gesellschafter-Geschäftsführers an einen Entleiher

BAG, Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16

Sachverhalt:

- Kläger (K) war für den NDR zunächst als freier Mitarbeiter (Kameramann) tätig, gem. einer internen Vorgabe max. 60 Tage im Jahr.
- Um die Tätigkeit auszuweiten, schlägt NDR dem K folgendes Modell vor:
 - K gründet die K-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer er ist.
 - Die K-GmbH holt eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 1 AÜG ein und überlässt K an den NDR
- K wird fortan fast ausschließlich für den NDR tätig.
- Daneben werden auch Arbeitnehmer der K-GmbH an den NDR überlassen.
- K beruft sich auf ein Arbeitsverhältnis zum NDR:
 - Er sei in die Betriebsabläufe des NDR integriert worden.
 - Er sei in zeitlicher, örtlicher und fachlicher Hinsicht den Weisungen des NDR unterworfen gewesen.

Vorinstanz (LAG Schleswig-Holstein vom 01.12.2015 – 1 Sa 439 b/14):

- Klage stattgegeben:
 - AÜG findet keine Anwendung, da K als Geschäftsführer nicht Arbeitnehmer iSd. AÜG ist.
 - Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist nach allgemeinen Kriterien zu beurteilen. Hiernach lag eine ein Arbeitsverhältnis begründende Weisungsgebundenheit vor.

3. „Selbstüberlassung“ eines Gesellschafter-Geschäftsführers an einen Entleiher

BAG, Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16

Entscheidung des BAG:

- Klage abgewiesen:
- Ausdrückliches Vertragsverhältnis nicht zwischen NDR und K, sondern NDR und K-GmbH
- Auch kein konkludenter Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen NDR und K:
Die Einsätze von K beim NDR dienten der Erfüllung des Überlassungsvertrages zwischen NDR und K-GmbH. K durfte dies nicht so verstehen, als wolle sich der NDR unmittelbar mit ihm vertraglich verbinden (kein Rechtsbindungswille).
- Auch nach dem objektiven Geschäftsinhalt kein Arbeitsverhältnis:
 - K ist weder nach nationalem noch europäischem Recht als Arbeitnehmer zu werten und konnte daher nicht gem. § 1 AÜG überlassen werden.
 - Zwar unterstand K beim NDR deren arbeitsrechtlichem Weisungsrecht.
 - Soweit der Alleingesellschafter/Geschäftsführer aber die autonome Entscheidung trifft, sich selbst zu überlassen, betrifft dies nur sein Rechtsverhältnis zur Gesellschaft, ohne auf das Rechtsverhältnis zum Entleiher auszustrahlen. Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist vom Schutzzweck des AÜG nicht geboten. Der Entleiher kann im Zweifel auch nicht erkennen, in welchem Rechtsverhältnis der überlassene Arbeitnehmer zum Verleiher steht.
 - Dies gilt aber nur dann, wenn der Alleingesellschafter/Geschäftsführer - wie hier - frei entscheiden kann, wie er den Überlassungsvertrag erfüllt (mit Selbst-Überlassung oder Überlassung anderer Arbeitnehmer).
 - Auch kein Rechtsmissbrauch, da die K-GmbH auch andere Arbeitnehmer überließ.

3. „Selbstüberlassung“ eines Gesellschafter-Geschäftsführers an einen Entleiher

BAG, Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16

Fazit:

- Entscheidung verdient Zustimmung, da vorliegend kein reines Scheingeschäft vorlag.
- Modell ist gleichwohl nicht zur Nachahmung empfohlen.
- NDR hatte „Glück“, dass die auf seine Initiative gegründete K-GmbH neben K auch weitere Arbeitnehmer verlieh.
- In anderen Fällen könnte institutioneller Rechtsmissbrauch anzunehmen sein.
- Entscheidung dürfte auch nach der AÜG-Reform 2017 nicht anders ausfallen.

4. Erfüllung des Mindestlohns durch Zulagen und Prämien

BAG, Urteil vom 21.12.2016 – 5 AZR 374/1

Sachverhalt:

- Telefonistin in einer Taxiruf-Zentrale erhält neben ihrem Grundentgelt (<Mindestlohn) eine Wechselschichtzulage, eine Funkprämie (für die nachgewiesene und angewandte Fähigkeit, mehrere Funkkanäle zu bedienen) und eine pauschale, als Leistungszulage bezeichnete Zulage.
- Insgesamt überschreitet die Gesamtvergütung den Mindestlohn
- Klägerin verlangt die Differenz zwischen Grundentgelt und Mindestlohn.

Entscheidung:

- Anders als die Vorinstanz (LAG Berlin-Brandenburg) weist das BAG die Klage ab.
- Bezugnahme auf EuGH v. 12.02.2015 – C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto)
- Bestandteile des Mindestlohns sind hiernach alle "zwingend und transparent geregelten Gegenleistungen des Arbeitgebers".
- Es kommt nicht darauf an, ob die Leistung eine (wie auch immer definierte) "Normalleistung" des Arbeitnehmers abgelten soll.

4. Erfüllung des Mindestlohns durch Zulagen und Prämien

BAG, Urteil vom 21.12.2016 – 5 AZR 374/1

Entscheidung:

- Sinn und Zweck des Mindestlohns

„Vorrangiger Zweck des gesetzlichen Mindestlohns ist es, jedem Arbeitnehmer ein existenzsicherndes Monatseinkommen zu gewährleisten ... Diesem Zweck vermag jede dem Arbeitnehmer verbleibende Vergütungszahlung des Arbeitgebers zu dienen, unabhängig davon, zu welcher Tageszeit, unter welchen Umständen oder in welcher Qualität die Arbeit erbracht wurde (vgl. Sittard, RdA 2015, 99 [102]). Folglich fehlt von den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers nur solchen die Erfüllungswirkung, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung (zB § 6 V ArbZG) beruhen.“

- Vorliegend:

- Wechselschichtzulage ist auf den Mindestlohn anrechenbar, und zwar unabhängig davon, ob diese fortlaufend oder nur für tatsächlich geleistete Schichten gezahlt wird. Eine besondere gesetzliche Zweckbestimmung existiert nicht, diese existiert nur für Nachtschichten (§ 6 V ArbZG).
- Funkprämie ist auf den Mindestlohn anrechenbar, da sie eine bestimmte Fähigkeit honoriert und damit ebenfalls Gegenleistung für Arbeit darstellt.
- Leistungszulage stellt offenkundig eine Gegenleistung für Arbeit dar.

4. Erfüllung des Mindestlohns durch Zulagen und Prämien

BAG, Urteil vom 21.12.2016 – 5 AZR 374/1

Fazit:

- BAG setzt seine „großzügige“ Rechtsprechung fort (vgl. BAG, Urteil vom 25.5.2016 – 5 AZR 135/16)
- Es gilt der Grundsatz: „Alles ist Mindestlohn“ außer:
 - Besondere gesetzliche Zweckbestimmung: Nachtarbeitszuschläge, § 6 V ArbZG.
 - Entgeltleistung verbleibt nicht endgültig beim Arbeitnehmer (BAG vom 25.05.2016), insbesondere bei Rückzahlungsvorbehalten (Weihnachtsgeld).
 - (pauschalierter) Aufwendersatz.
 - „Schmutzzulage“: anrechenbar, wenn lediglich erschwerte Bedingungen hierdurch abgegolten werden sollen. Eher nicht, wenn erhöhter Aufwand für Reinigung erfasst werden soll.
 - Leistungen des Arbeitgebers, die unabhängig von einer Arbeitsleistung gezahlt werden
 - u.U. Weihnachts- und Urlaubsgeld (diese Leistungen haben aber häufig einen „Mischcharakter“ und stellen auch Gegenleistung für Arbeit dar).
 - Retention Bonus, Signing Bonus (eher selten in mindestlohnnahen Arbeitsverhältnissen)

5. Unvermögen des Arbeitnehmers wegen Hausverbots

BAG, Urteil vom 28.09.2016 – 5 AZR 224/16

Sachverhalt:

- Arbeitnehmer war bei einem Gebäudereiniger angestellt und wurde als Wagenschieber beim Kunden METRO eingesetzt.
- Arbeitsvertraglich war nur ein Einsatz in einem bestimmten METRO-Markt vereinbart.
- Nach im Einzelnen streitigen Vortrag hatte nach einer lautstarken Auseinandersetzung der Betriebsleiter des METRO-Marktes dem Arbeitnehmer Hausverbot erteilt.
- Arbeitgeber konnte aus diesem Grunde AN nicht beschäftigen.
- Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche.

Entscheidung:

- Klage wurde zweitinstanzlich stattgegeben. LAG hatte offengelassen, ob ein Hausverbot des Kunden tatsächlich erteilt wurde.
- BAG hebt auf und verweist zurück an andere Kammer des LAG zur weiteren Sachaufklärung.

5. Unvermögen des Arbeitnehmers wegen Hausverbots

BAG, Urteil vom 28.09.2016 – 5 AZR 224/16

Entscheidung:

- Hausverbot ist nach Auffassung des BAG kein Fall des § 615 S. 3 BGB (Betriebsrisiko).
 - Arbeitnehmer behält seinen Vergütungsanspruch auch ohne Arbeit geleistet zu haben, wenn der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.
 - Beispiele: Auftragsmangel, Produktionsausfall, u. U. Streik bei Zulieferer
- Annahmeverzug des Arbeitgebers (§ 615 S. 1 BGB)?
 - Liegt vor, wenn Arbeitgeber Arbeitsleistung nicht annimmt, obwohl Arbeitnehmer leistungsfähig und leistungswillig ist.
 - Liegt nicht vor, wenn Arbeitnehmer nicht leisten kann (Unvermögen), z. B. bei Krankheit, fehlender Arbeitserlaubnis usw.
- Hausverbot durch Kunden begründet Unvermögen des Arbeitnehmers, und zwar unabhängig davon, ob es berechtigt ist oder nicht (!)
 - Vergütungsanspruch bleibt nur dann aufrechterhalten, wenn Arbeitgeber für das Unvermögen des Arbeitnehmers allein oder überwiegend verantwortlich ist (§ 326 II BGB). Beweislast hierfür: Arbeitnehmer
 - Im Rahmen des Zumutbaren kann im Einzelfall eine Pflicht des Arbeitgebers bestehen, auf den Kunden einzuwirken, das Hausverbot aufzuheben.

5. Unvermögen des Arbeitnehmers wegen Hausverbots

BAG, Urteil vom 28.09.2016 – 5 AZR 224/16

Entscheidung:

- Aber: Vertrag zwischen Kunde und Arbeitgebers ist Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - Spricht der Kunde ein Hausverbot ohne triftigen Grund aus, verletzt er gegenüber dem Arbeitnehmer seine Rücksichtnahmepflichten. „Triftiger Grund“ für Hausverbot liegt dann vor, wenn ein Arbeitgeber aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers eine Kündigung ernsthaft in Betracht gezogen hätte.
 - Verletzung der Rücksichtnahmepflicht begründet Schadensersatz des Arbeitnehmers gegen Kunden in Höhe seines Verdienstauffalls, der vor den Arbeitsgerichten geltend zu machen ist. Beweislast: Arbeitnehmer.

Fazit:

- Entscheidung ist aus Arbeitnehmersicht problematisch, da gerade in „Hausverbotsfällen“ häufig eine Beweisnot des Arbeitnehmers bestehen dürfte.
- Aus Arbeitgebersicht ebenfalls zwiespältig, da Kunde mit in Auseinandersetzung gezogen werden könnte und zudem der Arbeitgeber eine Schadenminderungspflicht ggü. Kunden haben dürfte (z. B. Änderungskündigung des Arbeitnehmers)
- Aus Kundensicht ist zu beachten, dass Hausverbote wg. des Haftungsrisikos nicht leichtfertig ausgesprochen werden sollten.

6. Amtsenthebung eines Betriebsratsmitglied - Pflichtverletzung aus vorangegangener Amtszeit

BAG, Beschluss vom 27.07.2016 – 7 ABR 14/15

Sachverhalt:

- Arbeitgeber informiert den Betriebsrat im Januar 2014 unter Hinweis auf strengste Vertraulichkeit über einen möglichen Verkauf von Unternehmensanteilen an einen Interessenten.
- BR-Mitglied A brachte im Februar 2014 den möglichen Verkauf im Rahmen einer Sitzung der ver.di-Betriebsgruppe und auf einer Betriebsversammlung zur Sprache.
- Im März 2014 beantragt der Arbeitgeber den Ausschluss von A aus dem Betriebsrat wegen grober Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten (§ 23 I BetrVG).
- Im April 2014 fanden Betriebsratswahlen statt. A wurde wiedergewählt.
- Hierauf stellt der Arbeitgeber den Antrag um und begehrt nunmehr, A aus dem neugewählten Betriebsrat auszuschließen.
- ArbG weist den Antrag zurück, LAG gibt ihm statt.

6. Amtsenthebung eines Betriebsratsmitglied - Pflichtverletzung aus vorangegangener Amtszeit

BAG, Beschluss vom 27.07.2016 – 7 ABR 14/15

Entscheidung:

- Antrag ist unbegründet. Eine Pflichtverletzung aus der vorangegangenen Amtszeit kann keinen Ausschluss eines BR-Mitglieds aus den neugewählten BR rechtfertigen.
- Dies gilt unabhängig davon, ob die Pflichtverletzung aus der vorausgegangenen Amtszeit sich noch belastend auswirkt.
- Mitgliedschaft im Betriebsrat ist eng verknüpft mit der Amtszeit des Betriebsrats (die Regelungen finden sich gemeinsam im Abschnitt zur „Amtszeit des Betriebsrats“).
- Auch ein Antrag auf Auflösung des gesamten Betriebsrats ist auf die jeweilige Amtsperiode begrenzt.
- Zudem würde es ggf. vom Zufall abhängen, ob Rechtskraft einer Entscheidung noch in der einen Amtsperiode eintritt oder erst in der folgenden Amtsperiode und damit, ob das BR-Mitglied für die vorangegangene oder folgende Amtszeit ausgeschlossen wird.

6. Amtsenthebung eines Betriebsratsmitglied - Pflichtverletzung aus vorangegangener Amtszeit

BAG, Beschluss vom 27.07.2016 – 7 ABR 14/15

Fazit:

- Ob Pflichtverletzungen einer vorangegangenen Amtszeit einen Ausschluss rechtfertigen, war bislang umstritten; letzte BAG-Entscheidung stammt aus 1969.
- Die Entscheidung ist zwar schlüssig begründet, das Ergebnis trotzdem unbefriedigend.
- BAG stellt sich gegen die hM (u. a. ErfKomm/Koch, GK-Oetker, Richardi/Thüsing), wonach jedenfalls dann ein Ausschluss wg. Pflichtverletzungen aus der vorausgegangenen Amtsperiode in Betracht kommt, wenn diese sich noch belastend auswirken.
- Entscheidung des BAG ermöglicht den BR-Mitgliedern ab ca. Mitte der Amtsperiode eine gewisse „Narrenfreiheit“ in Anbetracht der Verfahrensdauer vor den Arbeitsgerichten.
- Für sinnvolle Anträge nach § 23 I BetrVG, die mitunter Verfahren nach § 103 BetrVG vorzuziehen sind, bleibt nur ein enges Zeitfenster.
- Problematik ist wohl nur de lege lata zu lösen (z. B. mit einem zeitlich befristeten Verlust des passiven Wahlrechts, der gleichzeitig mit dem Ausschluss aus dem BR verhängt wird).

7. Fristlose Kündigung wegen Weigerung, ein elektronisches Warn- und Berichtssystem zu nutzen

BAG, Urteil vom 17.11.2016 – 4 AZR 730/15

Sachverhalt:

- ÖPNV-Unternehmen führt in seinen Bussen ein elektronisches „Warn- und Berichtssystem“ per Betriebsvereinbarung ein.
- Die Betriebsvereinbarung kommt unter Beteiligung des Landes-Datenschutzbeauftragten zustande.
- Das System informiert die Busfahrer durch eine Warnleuchte über hochtouriges Fahren, Leerlaufzeitüberschreitungen, scharfes Bremsen, überhöhte Beschleunigung und Geschwindigkeitsüberschreitungen. Die Daten werden aufgezeichnet und gespeichert.
- Die Teilnahme ist verpflichtend, auf Wunsch der Busfahrer jedoch auch mit einem anonymisierten Zugangsschlüssel
- Kläger (25 Jahre BZ) weigert sich trotz mehrfacher Abmahnung, sich mit einem anonymisierten Zugangsschlüssel vor jeder Fahrt anzumelden.
- Arbeitgeber kündigt außerordentlich und fristlos.
- Kläger hält Kündigung für unwirksam. Die BV sei unwirksam. Hilfsweise habe er sich in einem „gut begründeten Verbotsirrtum“ befunden.

7. Fristlose Kündigung wegen Weigerung, ein elektronisches Warn- und Berichtssystem zu nutzen

BAG, Urteil vom 17.11.2016 – 4 AZR 730/15

Entscheidung:

- Kündigung ist rechtmäßig. Arbeitnehmer hat beharrlich seine arbeitsvertragliche Leistungspflicht verletzt, was einen wichtigen Grund „an sich“ darstellt.
- Das Warn- und Berichtssystem entspricht den Anforderungen des BDSG:
 - Es werden personenbezogene Daten erfasst, denn trotz Anonymisierung ist es unter Hinzuziehung von Dienstplänen ohne großen Aufwand möglich, den Anonymisierungsschutz aufzuheben.
 - Ob die BV für sich genommen eine Rechtsfertigung gem. § 4 BDSG darstellt, kann dahinstehen, denn die Erhebung/Verarbeitung/Nutzung ist bereits durch § 32 BDSG gerechtfertigt.
 - Die BV Warn- und Berichtssystem ist erforderlich und verhältnismäßig.
 - System soll die Busfahrer zur vorausschauenden und sparsamen Fahrweise anhalten; bei Abweichungen von Durchschnittswerten wird somit Schulungsbedarf identifiziert.
 - Ziel wäre bei rein freiwilliger Teilnahme nicht erreichbar.
 - Keine „Totalüberwachung“, da nicht das gesamte Verhalten überwacht wird, sondern nur einzelne Fahrmanöver, aus denen Durchschnittswerte gebildet werden.
- „Verbotsirrtum“ des Klägers ist unbeachtlich.

7. Fristlose Kündigung wegen Weigerung, ein elektronisches Warn- und Berichtssystem zu nutzen

BAG, Urteil vom 17.11.2016 – 4 AZR 730/15

Fazit:

- Entscheidung dürfte bedeutsam sein im Hinblick auf erweiterte technische Möglichkeiten der Telematik.
- Problem von Arbeitgebern mit großer Dienstwagenflotte: unachtsame Fahrweise der Dienstwagenberechtigten, hohe Versicherungsbeiträge, Kündigung durch Versicherer (so HDI Gerling ggü. der Bayer AG 2015).
- Entscheidung dürfte die Einführung von Telematik-Tarifen bei Dienstwagenflotten erleichtern.
- Sanktionen für unachtsame Fahrer: Eigenbeteiligung? Entzug des Dienstwagens?

8. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einrichtung und Betrieb einer Facebookseite

BAG, Beschluss vom 13.12.2016 - 1 ABR 7/15

Sachverhalt:

- Arbeitgeber betrieb einen konzerneinheitlichen Außenauftritt auf einer Facebookseite, auf der Besucher u. a. Beiträge und Kommentare posten können.
- Es existiert ein 10-köpfiges Redaktionsteam, welches die Facebookseite redaktionell betreut, d. h. ggf. Besucher-Beiträge kommentiert bzw. ggf. gelöscht werden.
- Die Redakteure nutzen eine allgemeine Administratorenkennung, die keine Rückschlüsse auf den jeweiligen Nutzer ermöglicht.
- Besucherbeiträge enthalten zum Teil Kritik am Verhalten von einzelnen Mitarbeitern des Arbeitgebers.
- Konzernbetriebsrat reklamiert Mitbestimmungsrecht und verlangt:
 1. Den Arbeitgeber zu verpflichten, die Facebookseite abzumelden.
 2. Hilfsweise, den Arbeitgeber zu verpflichten, Postings von Besuchern der Facebookseite zu unterbinden.

8. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einrichtung und Betrieb einer Facebookseite

BAG, Beschluss vom 13.12.2016 - 1 ABR 7/15

Entscheidung:

- Kein Anspruch auf Unterlassung, überhaupt eine Facebookseite zu betreiben.
 - Kein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG
 - Technische Einrichtung (+)
 - Aber keine Eignung zur Überwachung von Leistung und Verhalten der Redakteure.
 - § 87 I Nr. 6 BetrVG ist grundsätzlich nur einschlägig, wenn die erhobenen Daten einzelnen Arbeitnehmern zugeordnet werden können.
 - Wird die Gesamtleistung einer Gruppe aufgezeichnet, kommt ein Mitbestimmungsrecht nur in Betracht, wenn der auf die Gruppe ausgeübte Überwachungsdruck auf die einzelnen Gruppenmitglieder durchschlägt. Dies ist bei 10 Arbeitnehmern nicht der Fall.
 - **Anmerkung:** In BAG, Beschluss vom 18.02.1986 - 1 ABR 21/84, hat das BAG eine Gruppe von 6-8 Arbeitnehmern, deren Arbeitsleistung im Gruppenakkord aufgezeichnet wurde, für hinreichend klein gehalten, dass der Druck „durchschlägt“.

8. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einrichtung und Betrieb einer Facebookseite

BAG, Beschluss vom 13.12.2016 - 1 ABR 7/15

Entscheidung:

- Aber: Der KBR kann verlangen, dass der Arbeitgeber ohne seine Beteiligung keine Besucherbeiträge zulässt.
 - Mitbestimmungsrecht gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG besteht
 - Technische Einrichtung (+)
 - Hier: Eignung zur Überwachung von Leistung und Verhalten von Mitarbeitern des Arbeitgebers.
 - Bereits die Möglichkeit, dass Besucher der Seite Postings erstellen, die das Verhalten oder die Leistung einzelner genannter oder identifizierbarer Mitarbeiter betreffen, begründet die Überwachungseignung.
 - Nicht erforderlich ist, dass der Arbeitgeber die Besucherbeiträge auswertet.

Fazit:

- Einrichtung einer Seite in einem sozialen Medium, die auch der Kommunikation mit Kunden dient, wird immer mitbestimmungspflichtig sein.
- Die Nutzung eines gemeinsamen (Administratoren-) Accounts zur redaktionellen Betreuung eines Angebots dürfte (mit Ausnahme sehr großer Teams) regelmäßig ebenfalls der Mitbestimmung unterliegen.

9. Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung

BAG, Beschluss vom 14. Juni 2017 - 10 AZR 330/16 (bislang nur PM)

Sachverhalt:

- Arbeitgeber versetzt Arbeitnehmer, nachdem dieser einen Kündigungsrechtsstreit gewonnen hatte, von Dortmund nach Berlin, weil es in Dortmund angeblich keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für ihn gibt.
- Arbeitnehmer kommt dieser Weisung nicht nach und wird nach Abmahnung fristlos gekündigt.
- Die Versetzung nach Berlin war unbillig.

Entscheidung:

- Der 10. Senat möchte die Auffassung vertreten, dass der Arbeitnehmer dieser unbilligen Weisung nicht Folge leisten musste und die Kündigung daher unwirksam ist.
- Er sieht sich hieran durch die Rechtsprechung des 5. Senats gehindert und fragt daher den 5. Senat zur Vermeidung einer Vorlage an den Großen Senat, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhalten will (§ 45 III 1 ArbGG).

9. Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung

BAG, Beschluss vom 14. Juni 2017 - 10 AZR 330/16 (bislang nur PM)

Hintergrund:

- 5. Senat hatte 2012 die Auffassung vertreten, dass ein Arbeitnehmer eine Weisung des Arbeitgebers zunächst einmal befolgen muss:

„Entgegen der Auffassung des Kl. ist es allerdings für die Frage des (fehlenden) Leistungswillens unerheblich, ob die Zuweisung der Tätigkeit [...] billigem Ermessen entsprach. Die unbillige Leistungsbestimmung ist nicht nichtig, sondern nur unverbindlich, § 315 III 1 BGB. Entsteht Streit über die Verbindlichkeit, entscheidet nach § 315 III 2 BGB das Gericht. Deshalb darf sich der Arbeitnehmer über eine unbillige Ausübung des Direktionsrechts – sofern sie nicht aus anderen Gründen unwirksam ist – nicht hinwegsetzen, sondern muss entsprechend § 315 III 2 BGB die Gerichte für Arbeitssachen anrufen. Wegen der das Arbeitsverhältnis prägenden Weisungsgebundenheit [...] ist der Arbeitnehmer an die durch die Ausübung des Direktionsrechts erfolgte Konkretisierung unter anderem des Inhalts der Arbeitsleistung vorläufig gebunden, bis durch ein rechtskräftiges Urteil (etwa auf Grund einer Klage auf Beschäftigung mit der früheren Tätigkeit) die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung feststeht.“

- Entscheidung wurde heftig kritisiert („nicht vertretbar“ - ErfK/Preis 17. Aufl., § 106 GewO, Rn. 7a; differenzierend zw. unbilligen/unzumutbaren Weisungen Hromdka, NZA 2017, 601).
- Die Instanzrechtsprechung ist gespalten (dagegen: LAG Düsseldorf vom 06.04.2016 - 12 Sa 1153/15; LAG Köln vom 28.08.2014 - 6 Sa 423/14; dem 5. Senat folgend: LAG Rheinland-Pfalz vom 17.3.2014 - 3 Sa 535/13; LAG Köln vom 13.1.2014 – 2 Sa 614/13)

9. Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung

BAG, Beschluss vom 14. Juni 2017 - 10 AZR 330/16 (bislang nur PM)

Fazit:

- Reaktion des 5. Senats bleibt abzuwarten. Der langjährige Senatsvorsitzende Dr. Müller-Glöge ist seit dem 31.01.2017 im Ruhestand, der Vorsitz noch nicht neu besetzt.
- Persönliche Auffassung:
 - Die Rechtsauffassung des 5. Senats führt zu einer unangemessenen Risikoverschiebung auf den Arbeitnehmer, der unbillige Leistungen zunächst einmal befolgen muss, bis eine rk. Entscheidung oder einstweilige Verfügung ihn hiervon entbindet.
 - Arbeitnehmer trägt ohnehin das Irrtumsrisiko (inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit der Weisung im Kündigungsschutzprozess nach Kündigung wg. beharrlicher Arbeitsverweigerung).
 - Bei geringfügigen Überschreitungen des Weisungsrechts u. U. Pflicht zur Befolgung aus vertraglichen Rücksichtnahmepflichten (§ 241 II BGB).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ulrich Kortmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Hohenstaufenring 57
50674 Köln
Tel.: +49 - (0)221 / 50003 – 717
Fax: +49 - (0)221 / 50003 – 636
www.michelspmks.de
E-Mail: kortmann@michelspmks.de