

Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 2017

Inhalt

1. Arbeitsvertragsrecht	2
2. Kündigungsrecht	7
3. Betriebsverfassungsrecht.....	13
4. Tarifrecht	15
5. Betriebliche Altersvorsorge	17
6. Gleichbehandlung / Schwerbehindertenrecht	18

Hinweis:

Es handelt sich um eine Zusammenstellung der Entscheidungen vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2017. Die Entscheidungen liegen teilweise nur als Pressemitteilungen des BAG vor. Leitsätze sind als solche (*Ls.*) gekennzeichnet.

Quellen:

Soweit Textpassagen aus den Pressemitteilungen des BAG vom Tag der Entscheidung übernommen werden, ist dies angegeben. Leitsätze des BAG sind mit dem Klammerzusatz „*Ls.*“ gekennzeichnet, Orientierungssätze des BAG mit dem Zusatz „*Os.*“.

1. Arbeitsvertragsrecht

Weisungsrecht – Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung

BAG, Beschluss vom 14. September
2017
5 AS 7/17

Der Fünfte Senat hält an seiner im Urteil vom 22. Februar 2012 (- 5 AZR 249/11 - Rn. 24, BAGE 141, 34) vertretenen Auffassung, wonach sich ein Arbeitnehmer über eine unbillige Ausübung des Weisungsrechts - sofern sie nicht aus anderen Gründen unwirksam ist - nicht hinwegsetzen darf, sondern entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Gerichte für Arbeitssachen anrufen muss, nicht mehr fest. (Ls.)

In der genannten Entscheidung aus dem Jahr 2012 hat der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts noch entschieden, dass unbillige Leistungsbestimmungen nicht per se nichtig, sondern nur unverbindlich seien. Ein Arbeitnehmer sei in der Folge an eine unbillige Weisung gebunden, bis die Unverbindlichkeit durch gerichtliches Urteil festgestellt sei. Der 10. Senat wollte in einem Verfahren hingegen die Auffassung vertreten, dass der Arbeitnehmer im Anwendungsbereich des § 106 GewO eine unbillige Weisung des Arbeitgebers auch dann nicht befolgen müsse, wenn keine dementsprechende rechtskräftige Entscheidung der Gerichte für Arbeitssachen vorliege (vgl. Beschluss vom 14. Juni 2017, 10 AZR 330/16 (A)).

Mit Beschluss vom 14. September 2017 hat der 5. Senat nach entsprechender Anfrage des 10. Senates entschieden, nicht mehr an seiner noch 2012 vertretenen Auffassung festzuhalten und sich der Auffassung des 10. Senats anzuschließen. So treffe § 106 S. 1 GewO keine ausdrückliche Regelung über die Rechtsfolgen von Weisungen, die billigem Ermessen nicht entsprechen. Allerdings lege bereits der Wortlaut nahe, dass der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nur dann näher bestimmen kann, wenn er billiges Ermessen wahrt. Hielte er diese Grenzen nicht ein, verließ er den Rahmen, den das Gesetz für sein Bestimmungsrecht vorgebe. An eine solchermaßen gesetzwidrige Weisung könne regelmäßig ohne ausdrückliche Anordnung keine Bindung bestehen.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 37/17 vom 19. September 2017)

**Versetzung von Nachtschicht in Wechselschicht -
Betriebliches Eingliederungsmanagement**

BAG, Urteil vom 18. Oktober 2017
10 AZR 47/17

Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements i.S.v. § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine formelle oder unmittelbare materielle Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung oder einer anderen Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Anordnung des Arbeitgebers (auch) auf Gründe gestützt wird, die im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers stehen. (Ls.)

(Quelle: Urteil vom 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17)

**Mindestlohn - Feiertagsvergütung -
Nachtarbeitszuschlag**

BAG, Urteil vom 20. September 2017
10 AZR 171/16

Die Höhe der Entgeltfortzahlung an Feiertagen bestimmt sich - soweit kein höherer tariflicher oder vertraglicher Vergütungsanspruch besteht - nach § 2 EFZG i. V. m. § 1 MiLoG. Sieht ein Tarifvertrag einen Nachtarbeitszuschlag vor, der auf den tatsächlichen Stundenverdienst zu zahlen ist, ist auch dieser mindestens aus dem gesetzlichen Mindestlohn zu berechnen.

Auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin finden kraft Nachwirkung tarifliche Regelungen Anwendung. U. a. ist ein Nachtarbeitszuschlag i. H. v. 25 % des tatsächlichen Stundenverdienstes und ein „Urlaubsentgelt“ i. H. d. 1,5fachen durchschnittlichen Arbeitsverdienstes vorgesehen. Für den Monat Januar 2015 zahlte die Beklagte neben dem vertraglichen Stundenverdienst von 7,00 Euro bzw. 7,15 Euro eine „Zulage nach MiLoG“. Die Vergütung für einen Feiertag und einen Urlaubstag berechnete sie ebenso wie den Nachtarbeitszuschlag für fünf Stunden nicht auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns, sondern nach der niedrigeren vertraglichen Stundenvergütung. Darüber hinaus rechnete sie ein gezahltes „Urlaubsgeld“ auf Mindestlohnansprüche der Klägerin an.

Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage eine Vergütung aller im Januar 2015 abgerechneten Arbeits-, Urlaubs- und Feiertagsstunden mit 8,50 Euro brutto und meint, auch der Nachtarbeitszuschlag sei auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns zu berechnen. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben.

Die Revision der Beklagten blieb vor dem 10. Senat - abgesehen von einer geringen rechnerischen Differenz - ohne Erfolg. Zwar gewährt das MiLoG nur Ansprüche für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden, nach § 2 Abs. 1 EFZG hat der Arbeitgeber aber für Arbeitszeit, die aufgrund eines gesetzlichen Feiertags ausfällt, dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte (Entgeltausfallprinzip). Dies gilt auch dann, wenn sich die Höhe des Arbeitsentgelts nach dem MiLoG bestimmt; dieses enthält keine hiervon abweichenden Bestimmungen. Ein Rückgriff des

Arbeitgebers auf eine vertraglich vereinbarte niedrigere Vergütung scheidet aus. Der tarifliche Nachtarbeitszuschlag und das tarifliche Urlaubsentgelt müssen nach den Bestimmungen des MTV ebenfalls (mindestens) auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns von (damals) 8,50 Euro berechnet werden, da dieser Teil des „tatsächlichen Stundenverdienstes“ im Sinne des MTV ist. Eine Anrechnung des gezahlten „Urlaubsgeldes“ auf Ansprüche nach dem MiLoG kann nicht erfolgen, da der MTV hierauf einen eigenständigen Anspruch gibt und es sich nicht um Entgelt für geleistete Arbeit handelt.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 40/17 vom 20. September 2017)

Verlängerung der Kündigungsfrist in AGB - unangemessene Benachteiligung

BAG, Urteil vom 26. Oktober 2017
6 AZR 158/16

Wird die gesetzliche Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder sog. Einmalbedingungen erheblich verlängert, kann darin auch dann eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB liegen, wenn die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber in gleicher Weise verlängert wird. (Ls.)

Bei einer vom Arbeitgeber vorformulierten Kündigungsfrist, die die Grenzen des § 622 Abs. 6 BGB und des § 15 Abs. 4 TzBfG einhält, aber wesentlich länger ist als die gesetzliche Regelfrist des § 622 Abs. 1 BGB, ist nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Beachtung von Art. 12 Abs. 1 GG zu prüfen, ob die verlängerte Frist eine unangemessene Beschränkung der beruflichen Bewegungsfreiheit darstellt.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 48/17 vom 26. Oktober 2017)

Vergütungsansprüche – tarifliche Mehrarbeitszuschläge

BAG, Urteil vom 26. April 2017
10 AZR 589/15

In diesem Fall hatte das BAG über die Auslegung einer tarifvertraglichen Regelung zu Mehrarbeitszuschlägen zu entscheiden. Die teilzeitbeschäftigte Klägerin hatte geltend gemacht, dass die tariflichen Mehrarbeitszuschläge auf die individuell vereinbarte Arbeitszeit zu beziehen seien. Folglich stünde ihr für die von ihr geleisteten weiteren Arbeitsstunden auch der Mehrarbeitszuschlag zu.

Das BAG ist dieser Ansicht nicht gefolgt. Mehrarbeit beziehe sich nach der arbeitsrechtlichen Begriffsverwendung und nach anderen gesetzlichen Regelungen grundsätzlich nicht auf das Überschreiten einer individuell vereinbarten Arbeitszeit, sondern auf die regelmäßige betriebliche oder gesetzlich höchstzulässige Arbeitszeit. Dieses (auch auf weitere Erwägungen gestützte) Auslegungsergebnis verstößt auch nicht gegen höher-rangiges Recht, insbesondere nicht gegen § 4 Abs. 1 TzBfG. Eine Ungleichbehandlung von Voll- und Teilzeitbeschäftigten ist nicht gegeben. Für die gleiche Anzahl von Arbeitsstunden werde für Teilzeit- und Vollzeit Arbeitnehmer die gleiche Gesamtvergütung geschuldet.

Literaturhinweise:

Zundel, Dr. Frank,
Die Entwicklung des Arbeitsrechts 2017,
NJW 2018, Heft Nr. 03, S. 126ff.

Es handelt sich um den ersten Teil des Berichts zur Entwicklung des Arbeitsrechts 2018. Dieser Teil befasst sich u.a. mit der Rechtsprechung zu Inhalt und Umfang arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten.

Weigert, Daniel-René,
Die Anrechenbarkeit von Vergütungsbestandteilen auf den gesetzlichen Mindestlohn ,
NZA 2017, Heft Nr. 12, S. 745ff.

Der Autor erarbeitet anhand der bisher ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Anrechenbarkeit von Vergütungsbestandteilen auf den Mindestlohn einen zusammenfassenden Überblick zu verschiedenen Vergütungsbestandteilen.

Talkenberg, Sybille,
Reform der Arbeitnehmerüberlassung – Fragen der praktischen Umsetzung,
NZA 2017, Heft Nr. 08, S. 473ff.

Die Autorin widmet sich einzelnen konkreten Umsetzungsfragen zur Reform der Arbeitnehmerüberlassung und arbeitet anhand von Beispielsfällen die (teils klärungsbedürftigen) Neuerungen auf.

div. Autoren,

**Aufsätze und Berichte zu Fragen des neuen Entgelttransparenzgesetzes,
NZA 2017, Heft Nr. 13, S. 809ff.**

In der Ausgabe 13/2017 der NZA wurden mehrere Aufsätze zum Entgelttransparenzgesetz veröffentlicht, beispielsweise von Prof. Dr. Martin Franzen zum Auskunftsanspruch oder von RA Prof. Dr. Thomas Kania zur Betriebsratsbeteiligung bei der Durchsetzung von Entgelttransparenz.

2. Kündigungsrecht

Massenentlassungsschutz - Benachteiligung von Personen in Elternzeit

BAG, Urteil vom 26. Januar 2017
6 AZR 442/16

Bei Arbeitnehmern in Elternzeit ist Entlassung i. S. d. § 17 KSchG bereits der Eingang des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung bei der zuständigen Behörde. (Ls.)

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts setzt die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungskonformen Erweiterung des Entlassungsbegriffs in § 17 KSchG um. In seiner Entscheidung vom 8. Juni 2016 (1 BvR 3634/13) hält das Bundesverfassungsgericht die Konzeption des Deutschen Gesetzgebers, wonach grundsätzlich nur die innerhalb des 30-Tage-Zeitraums zu kündigenden Arbeitnehmer in den Anwendungsbereich des § 17 KSchG fallen, mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 GG sowie mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in seiner Verstärkung durch Art. 3 Abs. 2 GG nicht uneingeschränkt vereinbar.

„Die Klägerin werde unzulässig wegen der von ihr in Anspruch genommenen Elternzeit und wegen ihres Geschlechts benachteiligt, wenn ihr der Schutz vor Massenentlassungen versagt werde, weil das Abwarten der gemäß § 18 BEEG a. F. wegen der Elternzeit notwendigen behördlichen Zustimmung zur Kündigung dazu geführt habe, dass die Kündigung erst nach Ablauf des 30-Tage-Zeitraums erklärt wurde. Daher seien Personen mit besonderem Kündigungsschutz, denen Kündigungen allein deshalb außerhalb des 30-Tage-Zeitraums zuzugingen, weil zuvor ein anderes behördliches Verfahren, das keinen dem Massenentlassungsschutz gleichwertigen Schutz biete, habe durchgeführt werden müssen, so zu behandeln wie Arbeitnehmer, für deren Kündigungen § 17 KSchG gilt. In diesen Fällen gelte deshalb der 30-Tage-Zeitraum auch dann als gewahrt, wenn die Antragstellung auf Zustimmung der zuständigen Behörde zu der Kündigung innerhalb dieses Zeitraums erfolgt sei. § 17 KSchG sei einer derartigen verfassungskonformen Auslegung zugänglich.“ - vgl. Rz. 28 des BAG-Urteils

Abgekürzte Kündigungsfrist in der Probezeit nur bei eindeutiger Vertragsgestaltung

BAG, Urteil vom 23. März 2017
6 AZR 705/15

Sieht der Arbeitsvertrag eine Probezeit von längstens sechs Monaten vor, kann das Arbeitsverhältnis gemäß § 622 Abs. 3 BGB ohne weitere Vereinbarung von beiden Seiten mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Ist jedoch in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag in einer weiteren Klausel eine längere Kündigungsfrist festgelegt, ohne unmissverständlich deutlich zu machen, dass diese längere Frist erst nach dem Ende der Probezeit gelten soll, ist dies vom Arbeitnehmer regelmäßig dahin zu verstehen, dass der Arbeitgeber schon während der Probezeit nur mit der vereinbarten längeren Frist kündigen kann.

Der Kläger war ab April 2014 bei der Beklagten als Flugbegleiter beschäftigt. Im schriftlichen Arbeitsvertrag, den die Beklagte vorformuliert hatte, war in § 1 pauschal bestimmt, dass sich die Rechte und Pflichten der Parteien nach einem Manteltarifvertrag richten; dieser sah während der Probezeit besondere Kündigungsfristen vor. In § 3 des Arbeitsvertrags war unter der Überschrift „Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses“ vorgesehen, dass die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses als Probezeit gelten. In § 8 des Vertrags, der mit „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ überschrieben war, war ohne Bezugnahme auf § 1 oder § 3 des Vertrags festgelegt, dass eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende gelte. Am 5. September 2014 erhielt der Kläger eine Kündigung zum 20. September 2014. Er begehrt die Feststellung, das Arbeitsverhältnis habe erst mit Ablauf der in § 8 des Arbeitsvertrags vereinbarten Frist und damit zum 31. Oktober 2014 geendet. Aus dem Vertrag ergebe sich nicht, dass innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses eine kürzere Kündigungsfrist gelten solle.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Bestimmungen des von der Beklagten vorformulierten Arbeitsvertrags sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen so auszulegen, wie sie ein durchschnittlicher, regelmäßig nicht rechtskundiger Arbeitnehmer versteht. Aus Sicht eines solchen Arbeitnehmers lässt eine Vertragsgestaltung wie die im Arbeitsvertrag der Parteien nicht erkennen, dass dem Verweis auf den Manteltarifvertrag und der Vereinbarung einer Probezeit eine Bedeutung für Kündigungsfristen zukommt. Nach Wortlaut und Systematik des Vertrags ist vielmehr allein die Bestimmung einer sechswöchigen Kündigungsfrist maßgeblich. Diese Frist gilt auch für Kündigungen in der vereinbarten Probezeit.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 17/17 vom 23. März 2017)

Kündigungsschutz nach einem Entlassungsverlangen des Betriebsrats

BAG, Urteil vom 28. März 2017
2 AZR 551/16

Wird einem Entlassungsverlangen des Betriebsrats im Verfahren nach § 104 S. 2 BetrVG rechtskräftig stattgegeben, begründet dies ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG für eine ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung. (Ls.)

In einem Beschlussverfahren ist allein zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein berechtigtes Verlangen des Betriebsrates nach § 104 S. 2 BetrVG vorliegen. Nach - soweit ersichtlich - allgemeiner Auffassung stelle § 104 BetrVG eine Ergänzung von § 75 Abs. 1 und § 99 Abs. 2 Nr. 6 BetrVG dar. Es handele sich demnach um einen eigenständigen, betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch unter den in der Bestimmung genannten Voraussetzungen, ohne dass es auf das Maß des individuellen Kündigungsschutzes des betroffenen Arbeitnehmers ankäme.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 19/17 vom 28. März 2017)

Überwachung mittels Keylogger - Verwertungsverbot

BAG, Urteil vom 27. Juli 2017
2 AZR 681/16

Der Einsatz eines Software-Keyloggers ist nicht nach § 32 Abs. 1 BDSG erlaubt, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht. (Ls.)

Der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, ist nach § 32 Abs. 1 BDSG unzulässig, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 2011 als „Web-Entwickler“ beschäftigt. Im Zusammenhang mit der Freigabe eines Netzwerks teilte die Beklagte ihren Arbeitnehmern im April 2015 mit, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werde. Sie installierte auf dem Dienst-PC des Klägers eine Software, die sämtliche Tastatureingaben protokollierte und regelmäßig Bildschirmfotos (Screenshots) fertigte. Nach Auswertung der mit Hilfe dieses Keyloggers erstellten Dateien fand ein Gespräch mit dem Kläger statt. In diesem räumte er ein, seinen Dienst-PC während der Arbeitszeit privat genutzt zu haben. Auf schriftliche Nachfrage gab er an, nur in geringem Umfang und in der Regel in seinen Pausen ein Computerspiel programmiert und E-Mail-Verkehr für die Firma seines Vaters abgewickelt zu haben. Die Beklagte, die nach dem vom Keylogger erfassten Datenmaterial davon ausgehen konnte, der Kläger habe in erheblichem Umfang Privataktivitäten am Arbeitsplatz erledigt, kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

Die Vorinstanzen haben der dagegen gerichteten Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die durch den Keylogger gewonnenen Erkenntnisse über die Privattätigkeiten des Klägers dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden. Die Beklagte hat durch dessen Einsatz das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt. Die Informationsgewinnung war nicht nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässig. Die Beklagte hatte beim Einsatz der Software gegenüber dem Kläger keinen auf Tatsachen beruhenden Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung. Die von ihr „ins Blaue hinein“ veranlasste Maßnahme war daher unverhältnismäßig. Hinsichtlich der vom Kläger eingeräumten Privatnutzung hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, diese rechtfertige die Kündigungen mangels vorheriger Abmahnung nicht.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 31/17 vom 27. Juli 2017)

EuGH-Vorlage: Massenentlassung – Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern

BAG, EuGH-Vorlage vom 16. November
2017
2 AZR 90/17 (A)

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) um die Beantwortung der folgenden Fragen ersucht:

1. Ist Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (RL 98/59/EG) dahin auszulegen, dass zur Bestimmung der Zahl der in der Regel in einem Betrieb tätigen Arbeitnehmer auf die Anzahl der im Zeitpunkt der Entlassung bei gewöhnlichem Geschäftsgang beschäftigten Arbeitnehmer abzustellen ist?

2. Ist Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a RL 98/59/EG dahin auszulegen, dass bei der Bestimmung der Zahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer dort eingesetzte Leiharbeiter mitzählen können?

Sofern die zweite Frage bejaht wird:

3. Welche Voraussetzungen gelten für die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Bestimmung der Anzahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer? (Ls.)

In dem zu entscheidenden Sachverhalt trägt die Klägerin vor, ihre Kündigung sei unwirksam gewesen, da die Beklagte die vorgeschriebene Massenentlassungsanzeige nicht vorgenommen hätte. Diese sei aber angezeigt gewesen, da bei der Beklagten nicht mehr als 120 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sein und 12 Kündigungen innerhalb von 30 Tagen ausgesprochen worden seien. Die Beklagte ist der Auffassung, auch

die bei ihr dauerhaft eingesetzten Leiharbeitnehmer (anderes Konzernunternehmen) seien zu berücksichtigen, sodass i. d. R. über 130 Arbeitnehmer bei ihr beschäftigt seien.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 51/17 vom 16. November 2017)

Verhältnis von § 17 Ziff. 3 MTV Banken zu § 19 Nr. 3 MTV Banken

BAG, Urteil vom 26. Januar 2017
2 AZR 405/16

- 1. § 17 Nr. 3 MTV Banken führt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG bzw. § 70 Abs. 1 S. 2 LPersVG NRW zur Unwirksamkeit von Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen, die einen Sonderkündigungsschutz für langjährig Beschäftigte vorsehen.**
- 2. Dem Arbeitgeber ist es selbst dann nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zu berufen, wenn er bei ihrem Abschluss wusste, dass die getroffenen Regelungen gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG bzw. § 70 Abs. 1 S. 2 LPersVG NRW verstoßen.**
- 3. Eine Umdeutung einer unwirksamen Betriebsvereinbarung in eine vertragliche Einheitsregelung (Gesamtzusage oder gebündelte Vertragsangebote) entsprechend § 140 BGB kommt nur in Betracht, wenn besondere Umstände ausnahmsweise die Annahme rechtfertigen, der Arbeitgeber habe sich unabhängig von der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung auf jeden Fall verpflichten wollen, seinen Arbeitnehmern die in dieser vorgesehenen Leistung zu gewähren.**

Die Tarifnorm des § 19 Nr. 3 MTV enthält nach Auffassung des BAG keine Öffnungsklausel i. S. v. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG zugunsten betrieblicher Regelungen zum Sonderkündigungsschutz. § 19 Nr. 3 MTV gestatte nach seinem Wortlaut („bleiben bestehen“) und seiner systematischen Stellung nicht den Abschluss von für Arbeitnehmer günstigeren „betrieblichen“ Regelungen. Im MTV befinden sich verschiedene spezifische Öffnungsklauseln, die jeweils im Zusammenhang mit dem betreffenden Regelungsgegenstand eingefügt worden seien. Daneben könne § 19 Nr. 3 MTV nicht als generelle Öffnungsklausel für jede günstigere Regelung in einer Betriebsvereinbarung verstanden werden. § 19 Nr. 3 MTV bewirke ebenfalls nicht, dass zumindest Betriebsvereinbarungen, die vor Inkrafttreten des Tarifvertrags abgeschlossen wurden, fortgelten, soweit sie für Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen vorsehen würden als dieser. Der Wortlaut der Vorschrift sei eindeutig, es handele sich um eine Besitzstandsklausel, nach der lediglich in „vortarifierter“ Zeit erworbene Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers („auf die ein Arbeitnehmer ... Anspruch hat“) bestehen bleiben. Danach könnte allenfalls ein besonderer Kündigungsschutz weitergelten, den ein Arbeitnehmer schon vor dem Inkrafttreten von § 17 Nr. 3 MTV erworben habe, weil er zu diesem Zeitpunkt bereits mehr als zwanzig Jahre ununterbrochen bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten tätig gewesen sei.

"Stellvertretender" Datenschutzbeauftragter - Sonderkündigungsschutz

BAG, Urteil vom 27. Juli 2017
2 AZR 812/16

Beruft eine Stelle, die der Bestellpflicht nach § 4f Abs. 1 BDSG unterliegt, mehrere interne Datenschutzbeauftragte, können diese alle Sonderkündigungsschutz gemäß § 4f Abs. 3 S. 5, 6 BDSG erwerben. (Ls.)

Beruft eine Stelle, die der Bestellpflicht nach § 4f Abs. 1 BDSG unterliegt, mehrere interne Datenschutzbeauftragte, erwerben diese den in § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG normierten Sonderkündigungsschutz. Für dessen Eingreifen ist unerheblich, ob die Bestellung eines weiteren („stellvertretenden“) Datenschutzbeauftragten erforderlich war, um die im Betrieb oder der Dienststelle anfallenden Aufgaben zu erledigen. Mit der Voraussetzung, dass ein Beauftragter „nach Absatz 1 (...) zu bestellen (ist)“, knüpft § 4f Abs. 3 Satz 5 BDSG nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut an die grundsätzliche (allgemeine) Bestellpflicht der verantwortlichen Stelle nach § 4f Abs. 1 BDSG an.

Nach Ansicht des BAG war die Bestellung des Klägers nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte bereits eine andere Arbeitnehmerin zur internen Datenschutzbeauftragten bestellt hatte. Ist der „originär“ bestellte Datenschutzbeauftragte - wie im Streitfall - nicht nur kurzfristig an der Aufgabenwahrnehmung gehindert, besteht objektiv ein hinreichender Grund für die Bestellung einer Person zum Datenschutzbeauftragten, der während der voraussichtlichen Abwesenheit des Beauftragten dessen gesetzliche Aufgaben wahrnimmt. Ein Kompetenzkonflikt ist hier wegen der nicht nur kurzfristigen Abwesenheit des zuerst bestellten Amtsinhabers nicht zu befürchten. Daher bedarf es keiner Entscheidung, ob die Bestellung mehrerer Datenschutzbeauftragter dann Bedenken unterliegt, wenn dies zu Kompetenzüberschneidungen führt. Allerdings spricht vieles dafür, dass die einzelnen Bestellungen wirksam sind und es ggf. Aufgabe der verantwortlichen Stelle oder der Aufsichtsbehörde ist, eine klare Aufgabentrennung sicherzustellen oder eine Bestellung nach § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG zu widerrufen.*

**vgl. Rz. 13ff. des Urteils*

Literaturhinweise:

**Zundel, Dr. Frank,
Die Entwicklung des Arbeitsrechts 2017,
NJW 2018, Heft Nr. 05, S. 270ff.**

Es handelt sich um den zweiten Teil des Berichts zur Entwicklung des Arbeitsrechts 2017. Dieser Teil befasst sich mit der Rechtsprechung zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen und prozessualen und kollektivrechtlichen Problemen.

3. Betriebsverfassungsrecht

Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Anzahl freizustellender Betriebsratsmitglieder

BAG, Beschluss vom 2. August 2017

7 ABR 51/15

1. Leiharbeitnehmer sind bei der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 S.1 BetrVG mitzurechnen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs zählen. Dies hat der Gesetzgeber mit § 14 Abs. 2 S. 4 AÜG n.F. klargestellt.

2. Für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist die normale Beschäftigtenzahl maßgeblich, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Zur Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen, wenn sie unmittelbar bevorsteht. Künftige Veränderungen der Arbeitnehmerzahl, die nicht unmittelbar bevorstehen, können allenfalls eine spätere Anpassung der Zahl der Freizustellenden bedingen. (Os.)

§ 14 Abs. 2 S. 4 AÜG n.F. ist eine Normierung der inzwischen gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten des BetrVG. In den vergangenen Jahren haben mehrere Senate des BAG zu verschiedenen Schwellenwerten entschieden, dass bei der Beschäftigtenzahl die von dem Arbeitgeber eingesetzten Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen sind. So hat der 1. Senat entschieden, dass bei der Ermittlung der maßgeblichen Unternehmensgröße in § 111 S. 1 BetrVG Leiharbeitnehmer, die länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind, mitzuzählen sind (vgl. BAG vom 18.10.2011 – 1 AZR 335/10). Weiter hatte der 7. Senat entschieden, dass im Entleiherbetrieb regelmäßig beschäftigte Leiharbeitnehmer bei der Größe des Betriebsrates gemäß § 9 S. 1 BetrVG grundsätzlich zu berücksichtigen sind (vgl. BAG vom 13.03.2013 - 7 ABR 69/11) und dass auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeitnehmer bei dem für das Wahlverfahren maßgeblichen Schwellenwert des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG mitzuzählen sind (vgl. BAG vom 4.11.2015 - 7 ABR 42/13).

Betriebsratstätigkeit – ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden zu beachten

BAG, Urteil vom 18. Januar 2017

7 AZR 224/15

Ein Betriebsratsmitglied, das zwischen zwei Nachtschichten außerhalb seiner Arbeitszeit tagsüber an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen hat, ist berechtigt, die Arbeit in der vorherigen Nachtschicht vor dem Ende der Schicht einzustellen, wenn nur dadurch eine ununterbrochene Erholungszeit von elf Stunden am Tag gewährleistet ist, in der weder Arbeitsleistung noch Betriebsratstätigkeit zu erbringen ist. Nach § 5 Abs. 1 ArbZG ist dem Arbeitnehmer nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene

Ruhezeit von elf Stunden zu gewähren. Es kann dahinstehen, ob die Zeit der Erbringung von Betriebsratstätigkeit Arbeitszeit i. S. v. § 2 Abs. 1 ArbZG ist und § 5 Abs. 1 ArbZG deshalb Anwendung findet. Jedenfalls ist bei der Beurteilung, ob dem Betriebsratsmitglied in einer solchen Situation die Fortsetzung der Arbeit in der Nachtschicht wegen der bevorstehenden Betriebsratstätigkeit unzumutbar ist, die Wertung des § 5 Abs. 1 ArbZG zu berücksichtigen.

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats auch dann von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung ihres Arbeitsentgelts zu befreien, wenn eine außerhalb der Arbeitszeit liegende erforderliche Betriebsratstätigkeit die Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar gemacht hat.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 1/17 vom 18. Januar 2017)

Zustimmungsersetzungsverfahren – Anspruch auf Durchführung

BAG, Urteil vom 21. Februar 2017

1 AZR 367/15

Die vertragliche Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB begründet keine Verpflichtung des Arbeitgebers, ein gerichtliches Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen, wenn der Betriebsrat die nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG erforderliche Zustimmung zur Einstellung des Arbeitnehmers verweigert. (Ls.)

Einen Anspruch auf Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens hat das Bundesarbeitsgericht nur in Ausnahmefällen anerkannt, etwa bei einer Selbstverpflichtung zur Durchführung des Arbeitgebers oder im Falle eines kollusiven Zusammenwirkens der Betriebsparteien. Einen Anspruch aus vertraglicher Rücksichtspflicht wird hingegen nicht anerkannt.

Der Arbeitgeber hat ein eigenes schutzwürdiges Interesse selbst zu entscheiden, ob er von seinem Antragsrecht auf Einleitung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens Gebrauch machen und sich damit in eine gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Betriebsrat begeben will oder ob er hiervon Abstand nehmen möchte. Dieses Interesse muss er nicht hinter die Belange des Arbeitnehmers zurückstellen. Die vertragliche Rücksichtnahmepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer gebietet ihm weder, das mit der Durchführung eines gerichtlichen Beschlussverfahrens verbundene Verfahrens- und Kostenrisiko auf sich zu nehmen, noch muss er das Risiko eingehen, dass aus einer solchen gerichtlichen Auseinandersetzung weitere betriebliche Konflikte resultieren.*

Der Arbeitnehmer sei aber auch nicht schutzlos gestellt, da im Falle eines betriebsverfassungsrechtlichen Beschäftigungsverbots ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn bestehe.

**vgl. Rz. 22 des Urteils*

4. Tarifrecht

Tarifliche Stufenzuordnung - zulässige Privilegierung einschlägiger Berufserfahrung beim selben Arbeitgeber - Arbeitnehmerfreizügigkeit

BAG, Urteil vom 23. Februar 2017

6 AZR 843/15

Es verstößt nicht gegen die unionsrechtlichen Freizügigkeitsvorschriften in Art. 45 AEUV und Art. 7 der Verordnung (EU) 492/2011, dass § 16 Abs. 2 TV-L die beim selben Arbeitgeber erworbene einschlägige Berufserfahrung gegenüber entsprechenden Zeiten bei anderen Arbeitgebern privilegiert.

Die Klägerin ist seit Januar 2014 als Erzieherin beim beklagten Land beschäftigt. Sie wird nach Entgeltgruppe 8 Stufe 2 TV-L vergütet. Die Klägerin war seit 1997 bei verschiedenen anderen Arbeitgebern im deutschen Inland tätig. Sie hält die Privilegierung einschlägiger Berufserfahrung beim selben Arbeitgeber durch § 16 Abs. 2 TV-L unter anderem wegen der unmittelbar wirkenden unionsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeitsbestimmungen für unzulässig. Deshalb will die Klägerin festgestellt wissen, dass ihr seit Januar 2014 Entgelt aus Stufe 5 der Entgeltgruppe 8 TV-L zusteht.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hatte vor dem 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. § 16 Abs. 2 TV-L weist keinen hinreichenden Auslandsbezug auf, wenn Arbeitnehmer nur in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt waren und keine Qualifikationen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erworben haben. Der sachliche Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Freizügigkeitsvorschriften ist in solchen Fällen nicht eröffnet. Das ist durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt. Auch nationale Regelungen stehen der Privilegierung der beim selben Arbeitgeber erworbenen einschlägigen Berufserfahrung nicht entgegen.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 14/17 vom 23. Februar 2017)

- 1. Das Freiheitsrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG schützt alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen, insbesondere den Abschluss von Tarifverträgen, deren Bestand und Anwendung sowie Arbeitskampfmaßnahmen. Das Grundrecht vermittelt jedoch kein Recht auf unbeschränkte tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht zum eigenen Nutzen.**
- 2. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionen in ihrem Bestand, ohne dass damit eine Bestandsgarantie für einzelne Koalitionen verbunden wäre. Staatliche Maßnahmen, die darauf zielen, bestimmte Gewerkschaften aus dem Tarifgeschehen herauszudrängen oder bestimmten Gewerkschaftstypen die Existenzgrundlage zu entziehen, sind mit Art. 9 Abs. 3 GG ebenso unvereinbar wie die Vorgabe eines bestimmten Profils.**
- 3. Gesetzliche Regelungen, die in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallen, und die Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie herstellen und sichern sollen, verfolgen einen legitimen Zweck. Dazu kann der Gesetzgeber nicht nur zwischen den sich gegenüberstehenden Tarifvertragsparteien Parität herstellen, sondern auch Regelungen zum Verhältnis der Tarifvertragsparteien auf derselben Seite treffen, um strukturelle Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen auch insofern einen fairen Ausgleich ermöglichen und in Tarifverträgen mit der ihnen innewohnenden Richtigkeitsvermutung angemessene Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen hervorbringen können.**
- 4. Bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie verfügt der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum. Schwierigkeiten, die sich nur daraus ergeben, dass auf einer Seite mehrere Tarifvertragsparteien auftreten, rechtfertigen eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit grundsätzlich nicht. (Ls.)**

Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die Regelungen des Tarifeinheitengesetzes weitgehend mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Die Auslegung und Handhabung des Gesetzes muss allerdings der in Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Tarifautonomie Rechnung tragen; über im Einzelnen noch offene Fragen haben die Fachgerichte zu entscheiden. Unvereinbar ist das Gesetz mit der Verfassung nur insoweit, als Vorkehrungen dagegen fehlen, dass die Belange der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen bei der Verdrängung bestehender Tarifverträge einseitig vernachlässigt werden. Der Gesetzgeber muss insofern Abhilfe schaffen. Bis zu einer Neuregelung darf ein Tarifvertrag im Fall einer Kollision im Betrieb nur verdrängt werden, wenn plausibel dargelegt ist, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Belange der Angehörigen der Minderheitsgewerkschaft ernsthaft und wirksam in ihrem Tarifvertrag berücksichtigt hat. Das Gesetz bleibt mit dieser Maßgabe ansonsten weiterhin anwendbar. Die Neuregelung ist bis zum 31. Dezember 2018 zu treffen.

(Quelle: Pressemitteilung des BVerfG Nr. 57/2017 vom 11. Juli 2017)

5. Betriebliche Altersvorsorge

Literaturhinweise:

**Thees, Dr. Thomas/Ceruti, Nadine,
Arbeitsrechtliche Neuregelungen durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz ab 2018,
DB 2017, Heft Nr. 31, S. 1777ff.**

Die Autoren geben einen Kurzüberblick zu den wesentlichen arbeitsrechtlich relevanten Änderungen des neuen Betriebsrentenstärkungsgesetzes.

6. Gleichbehandlung / Schwerbehindertenrecht

Schadensersatz wegen unterbliebener Erhöhung der Wochenarbeitszeit - Benachteiligung wegen der (Schwer-)Behinderung

BAG, Urteil vom 26. Januar 2017

8 AZR 736/15

Der Kläger, der seit Dezember 2011 mit einem GdB von 50 als schwerbehinderter Mensch anerkannt ist, ist bei der Beklagten mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 27,5 Stunden beschäftigt. Im Juni 2013 verteilte die Beklagte ein Stundenvolumen von insg. 66,5 Stunden - unbefristet - an 14 teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter und schloss mit diesen entsprechende Änderungsverträge ab. Dabei wurden bis auf den Kläger, der mehrfach um eine Erhöhung seiner Wochenstundenzahl nachgesucht hatte, und einen weiteren Mitarbeiter, der erst im Januar 2013 in die Station in K. gewechselt war, sämtliche Teilzeitmitarbeiter mit Wunsch auf eine Stundenerhöhung berücksichtigt. Mit seiner Klage hat der Kläger eine Erhöhung seiner wöchentlichen Arbeitszeit unter entsprechender Vertragsänderung begehrt. In der Berufungsinstanz hat er seine Klage erweitert und zusätzlich hilfsweise einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG in Höhe der ihm entgangenen Vergütung geltend gemacht. Zur Begründung hat er sich darauf berufen, die Beklagte habe ihn bei der Vergabe der Stundenerhöhungen wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt.

Während das LAG noch eine belastende Indizienlage i. S. d. § 22 AGG annahm, stellte das BAG klar, dass die Vermutung einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes nur besteht, wenn Indizien vorliegen, die mit "überwiegender Wahrscheinlichkeit" darauf schließen lassen, dass ein in § 1 AGG genannter Grund ursächlich für die Benachteiligung war, also ein entsprechender Kausalzusammenhang vorliegt.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 5/17 vom 26. Januar 2017)
