



# Newsletter Arbeitsrecht

---

Ausgabe 4 / 2022

Aktuelles Arbeitsrecht

Arbeitsrechtliche Aspekte des Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten

BAG: Versetzung ins Ausland

BAG: Annahmeverzug – Mindestlohn unterliegt keiner Ausschlussfrist

BAG: Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und Dienstvertrag

Hessisches LAG: Grobe Pflichtverletzung bei Kündigung ohne vorherige Anhörung

LAG Schleswig-Holstein: Änderung des Dienstplans während der Freizeit

Bevorstehende Veranstaltungen

Aktuelle Veröffentlichungen

Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

# Aktuelles Arbeitsrecht

## I. Die elektronische AU-Bescheinigung

Die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) löst zum 01.01.2023 teilweise das bisherige Verfahren der Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) in Papierform ab. Die jeweilige Arztpraxis übermittelt die Arbeitsunfähigkeitsdaten des Arbeitnehmers elektronisch an die Krankenkasse, diese stellt sie dem Arbeitgeber elektronisch zum Abruf zur Verfügung. Der Abruf erfolgt über den Kommunikationsserver der jeweiligen Krankenkasse. Das Verfahren gilt aber nur für gesetzlich Versicherte, nicht für privat krankenversicherte Arbeitnehmer. Deshalb ist auch eine diesbezügliche Anpassung der Arbeitsverträge angezeigt. Die Einzelheiten können Sie einer Übersicht der BDA entnehmen

([https://arbeitgeber.de/wp-content/uploads/2022/11/BDA-Information\\_elektrKS\\_A4\\_quer\\_Web.pdf](https://arbeitgeber.de/wp-content/uploads/2022/11/BDA-Information_elektrKS_A4_quer_Web.pdf)).

## II. Hinweisgebergesetz

Der Deutsche Bundestag hat am 16.12.2022 das Hinweisgeberschutzgesetz beschlossen. Zusätzlich muss sich jedoch auch noch der Bundesrat mit dem Gesetz befassen. Dies könnte im Februar 2023 erfolgen. Das Hinweisgeberschutzgesetz ist mithin nach wie vor nicht in Kraft getreten. Die Pflicht zur Einrichtung von internen Meldestellen und Meldekanälen wird grundsätzlich Unternehmen mit mindestens 50 Beschäftigten treffen. Die Aufgaben einer internen Meldestelle können auch auf einen Dritten übertragen werden. Für Unternehmen ist es bereits jetzt zweckmäßig, die Organisationsform festzulegen. Dies kann auch unter Einbindung von fertigen Systemen kommerzieller Anbieter erfolgen.

## III. Arbeitszeiterfassung

Das Bundesarbeitsgericht hat mittlerweile seinen Beschluss vom 13.09.2022 - 1 ABR 22/21 - schriftlich begründet. Aus der Begründung ergibt sich insbesondere, warum die Pflicht der

Arbeitgeber zur Einführung eines Systems, mit dem Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeiten einschließlich der Überstunden erfasst werden, aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG folgen soll.

Wie genau die Arbeitszeiterfassung zu erfolgen hat, führt das Bundesarbeitsgericht nicht aus. Insoweit bleibt es bei den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes, der in seiner Entscheidung vom 14.05.2019 die Pflicht der Arbeitgeber zur Einführung eines „objektiven, verlässlichen und zugänglichen“ Systems festgestellt hat. Danach besteht – solange vom Gesetzgeber (noch) keine konkretisierenden Regelungen getroffen wurden – für Arbeitgeber ein Spielraum, bei dessen Ausgestaltung die Form dieses Systems festzulegen ist. Die Zeiterfassung kann elektronisch oder in Papierform erfolgen. Die Erfassung der Zeiten kann auch an die Arbeitnehmer delegiert werden. Damit wird die Durchführung von Vertrauensarbeitszeit weiterhin möglich sein, solange die Arbeitszeiten erfasst werden.

Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung dürfte bislang in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung nicht bußgeldbewehrt sein.

## IV. Verjährung von Urlaubsansprüchen

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 20.12.2022 - 9 AZR 26/20 - festgestellt, dass der gesetzliche Mindesturlaub der allgemeinen Verjährung unterliegen. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt aber erst am Ende des Kalenderjahres zu laufen, in welchem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt und dieser den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Arbeitgeber müssen ihren Mitwirkungsobliegenheiten also auch zu dem Zweck nachkommen, die mehrjährige Ansammlung von Urlaub zu verhindern.

**Hinweis:** Die Themen unter II. – IV. besprechen wir in unseren Webinaren im 1. Quartal 2023 (siehe Rubrik Bevorstehende Veranstaltungen).

*Dr. Gunnar Straube, Dr. Jennifer Rasche, Fachanwälte für Arbeitsrecht, beide Hannover*

# Arbeitsrechtliche Aspekte des Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten

Ab dem 01.01.2023 gilt das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG). Ziel ist die Verbesserung der internationalen Menschenrechtslage. Neben dem Staat werden nun auch Unternehmer verpflichtet, sich für den Schutz der Menschenrechte einzusetzen. Sie sollen im Rahmen ihrer Möglichkeiten Anstrengungen unternehmen, den Schutz der Menschenrechte und der Umwelt entlang ihrer Lieferketten zu sichern. Auch für den Bereich des Arbeitsrechts gibt es Auswirkungen.

## I. Erfasste Unternehmen

Das LkSG erfasst gemäß § 1 Abs. 1 LkSG Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz oder eine Zweigniederlassung im Sinne von § 13 HGB in Deutschland haben. Die Rechtsform des Unternehmens ist irrelevant.

Des Weiteren müssen die Unternehmen in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigen. Ab dem 01.01.2024 beträgt dieser Wert 1.000 Arbeitnehmer. Berücksichtigt werden zudem gemäß Abs. 2 Leiharbeiter, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt. Nicht zu berücksichtigen sind freie Mitarbeiter, Selbständige, Organmitglieder juristischer Personen, Gesellschafter (Ausnahme: die Person ist zugleich Arbeitnehmer im Unternehmen), Personen, deren Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis im Geschäftsjahr mehr als sechs Monate ruhen (z.B. ausgeschiedene Vorruheständler, Personen in der passiven Phase der Altersteilzeit, Arbeitnehmer in Elternzeit), Beamte und Soldaten sowie Auszubildende, Umschüler, Praktikanten und Volontäre.

„In der Regel“ bedeutet, dass die Anzahl der Arbeitnehmer nicht mittels eines bestimmten Stichtages zu ermitteln ist. Stattdessen ist eine Durchschnittsbetrachtung über einen längeren

Zeitraum angezeigt. Dafür soll neben rückblickender Betrachtung auch eine Prognose der zukünftigen Personalentwicklung erfolgen.

Zudem erfolgt eine Zurechnung der Mitarbeiter bei konzernverbundenen Unternehmen gemäß § 1 Abs. 3 LkSG. Der Obergesellschaft werden hierbei alle im Inland beschäftigten und ins Ausland entsandten Arbeitnehmer der konzernangehörigen Gesellschaften zugerechnet. Davon erfasst wird jede Generation von Untergesellschaften – mithin auch Enkel- und Urenkelgesellschaften.

## II. Lieferkette

Den Unternehmen werden gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 LkSG Sorgfaltspflichten in ihren Lieferketten auferlegt. Diese umfasst nach § 2 Abs. 5 LkSG alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden.

Erfasst wird das Handeln

- des Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich,
- eines unmittelbaren Zulieferers sowie
- eines mittelbaren Zulieferers. Der mittelbare Zulieferer unterscheidet sich vom unmittelbaren Zulieferer nur dahingehend, dass er nicht Vertragspartner des Unternehmens ist.

## III. Geschützte Rechtspositionen und Pflichten des Unternehmens

§ 2 Abs. 1 bis 3 LkSG regelt die durch das Gesetz geschützten Rechtspositionen. Die geschützten Menschenrechte ergeben sich abschließend aus den formulierten Verboten des § 2 Abs. 2 LkSG. Umweltbezogene Verbote ergeben sich aus § 2 Abs. 3 LkSG.

Das Gesetz verpflichtet Unternehmen nicht um jeden Preis für das Ziel des Menschenrechts-

schutzes. Da das Gesetz nur Bemühenspflichten auferlegt, schulden sie keinen Erfolg. Gemäß § 3 Abs. 1 LkSG müssen die Unternehmen den Sorgfaltspflichten nur „in angemessener Weise“ entsprechen. Was angemessen ist, hängt gemäß § 3 Abs. 2 LKSG von der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, seinem tatsächlichen Einflussvermögen, der Schwere und Umkehrbarkeit der Verletzungen und dem Gewicht des eigenen Verursachungsbeitrags ab.

Die unternehmerischen Sorgfaltspflichten werden in § 3 Abs. 1 LkSG abschließend aufgezählt. Dabei handelt es sich nicht um einmalig zu erfüllende Leistungspflichten, sondern um einen dauerhaften, sich wiederholenden Kreislauf verschiedener und aufeinander bezogener Verfahrensschritte.

Gemäß § 4 Abs. 1 LkSG sind die Unternehmen verpflichtet, ein wirksames Risikomanagement einzurichten und in alle maßgeblichen Geschäftsabläufe zu verankern. Dies soll laut § 4 Abs. 2 LkSG menschenrechtliche oder umweltbezogene Risiken bzw. Pflichtverletzungen aufzeigen und verhindern, beenden oder minimieren. Nach § 4 Abs. 3 LkSG wird das Risikomanagement von einer zuständigen Stelle innerhalb des Unternehmens überwacht. Die erfassten Unternehmen müssen daher einen „Menschenrechtsbeauftragten“ innerhalb des Unternehmens bestellen. § 4 Abs. 4 LkSG legt zudem fest, dass beim Risikomanagement die Interessen der Beschäftigten des Unternehmens und innerhalb der Lieferkette – also unmittelbare und mittelbare Zulieferer – angemessen zu berücksichtigen sind. Ausreichend dafür ist jedenfalls die freiwillige Konsultation zuständiger Gewerkschaften oder betrieblicher Arbeitnehmervertretungen.

§ 5 LkSG verpflichtet die Unternehmen zur Durchführung von Risikoanalysen. Wenn ein Risiko erkannt wird, hat das Unternehmen gemäß § 6 Abs. 1 LkSG unverzüglich angemessene Präventionsmaßnahmen zu ergreifen. § 6 Abs. 2 bis 4 LkSG unterscheidet zwischen

- der Abgabe einer Grundsatzerklärung des Unternehmens zu seiner Menschenrechtsstrategie,
- Maßnahmen im eigenen Geschäftsbereich, zu denen Schulungen der Beschäftigten zählen können, und
- Maßnahmen gegenüber unmittelbaren Zulieferern, insbesondere in Form vertraglicher Zusicherungen oder vertraglich vereinbarter Kontrollmechanismen.

§ 7 LkSG sieht Abhilfemaßnahmen vor. Das Unternehmen muss die Wirksamkeit ergriffener Maßnahmen mindestens jährlich sowie anlassbezogen bei einer Änderung der Risikolage überprüfen. Unwirksame Maßnahmen müssen aktualisiert werden.

#### IV. Arbeitsrechtliche Aspekte

§ 8 LkSG sieht die Einrichtung eines angemessenen unternehmensinternen Beschwerdeverfahrens vor. Für dieses ist gem. § 8 Abs. 2 LkSG eine Verfahrensordnung in Textform festzulegen.

Umstritten ist, ob diese der Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegt. Dies wird zumindest für den Fall erwogen, in dem Arbeitnehmer zur Anzeige verpflichtet sein sollen. Anders als § 16 AGG oder der Entwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz enthält das LkSG keine Regelung zum Schutz von Personen, welche sich an die entsprechende Stelle wenden. Vielmehr ist in § 8 Abs. 4 LkSG geregelt, dass das Verfahren wirksamen Schutz vor Benachteiligung oder Bestrafung bieten muss. Im Ergebnis wird man davon ausgehen müssen, dass entsprechende Hinweisgeber gem. § 612a BGB geschützt sind.

Je nach technischer Ausgestaltung des Systems kann sich auch eine Mitbestimmung des Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ergeben.

Bei der Durchführung von Schulungen gem. § 6 Abs. 3 Nr. 3 LkSG besteht ein Mitbestimmungsrecht gem. §§ 94 ff. BetrVG. Die Zeit der Teilnahme an diesen Schulungen ist Arbeitszeit.

Das LkSG hat auch eine Änderung des BetrVG zur Folge. Gem. § 106 Abs. 3 Nr. 5 b BetrVG ist der Wirtschaftsausschuss über Fragen der unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten gemäß dem Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz zu unterrichten. Der nach § 10 Abs. 2 LkSG zu erstellende Bericht lässt sich hierfür nutzen. Dieser kann um die Dokumentation nach § 10 Abs. 1 LkSG ergänzt werden. Zudem ist dem Wirtschaftsausschuss die nach § 6 Abs. 2 LkSG erforderliche Grundsatzklärung des Unternehmens über seine Menschenrechtsstrategie zur Kenntnis zu bringen.

Wenn sich anlassbezogene Aktualisierungen der Risikoanalyse, Präventions- und Abhilfemaßnahmen sowie des Beschwerdeverfahrens auf die wirtschaftliche Situation des Unternehmens auswirken können, ist der Wirtschaftsausschuss über diese Punkte zu informieren.

## **V. Bußgelder**

Die Erfüllung der Verpflichtungen nach dem Gesetz sind bußgeldbewehrt.

## **VI. Zusammenfassung**

Das LkSG wird viele Unternehmer in Deutschland (noch) nicht betreffen. Für die betroffenen Unternehmen aber ergeben sich aus dem Gesetz diverse Verpflichtungen, die in die Compliance-Struktur des Unternehmens eingebettet werden müssen. Bei der Umsetzung sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu beachten.

*Dr. Stefan Sasse, Fachanwalt für Arbeitsrecht, und Johannes Lührs, Rechtsanwalt, beide Magdeburg*

## Versetzung ins Ausland

BAG, Urteil vom 30.11.2022 - 5 AZR 336/21

### Der Fall

Der Kläger ist bei der Beklagten – einem international tätigen Luftverkehrsunternehmen mit Sitz im europäischen Ausland – als Pilot beschäftigt. Arbeitsvertraglich ist die Geltung irischen Rechts vereinbart. Stationierungsort des Klägers war der Flughafen in Nürnberg. Der Arbeitsvertrag sieht vor, dass der Kläger auch an anderen Orten stationiert werden kann. Aufgrund der Entscheidung, die Homepage am Flughafen Nürnberg Ende März 2020 aufzugeben, versetzte die Beklagte den Kläger an die Homepage am Flughafen Bologna in Italien.

Der Kläger hält seine Versetzung nach Bologna für unwirksam und begründete dies im Wesentlichen damit, dass das Weisungsrecht eines Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 GewO nicht eine Versetzung ins Ausland erfasse. Zumindest sei eine solche unbillig, weil dem Kläger dadurch sein tariflicher Vergütungsanspruch entzogen werde.

### Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hat die Klage des Klägers abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und angenommen, dass die Versetzung des Klägers nach § 106 Satz 1 GewO wirksam war. Das Bundesarbeitsgericht bestätigt die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg. Das Landesarbeitsgericht Nürnberg sei gemäß Art. 8 Rom I-Verordnung zutreffend davon ausgegangen, dass trotz der Vereinbarung irischen Rechts das deutsche Arbeitsrecht anzuwenden war. Ist arbeitsvertraglich ein bestimmter inländischer Arbeitsort nicht fest vereinbart, sondern ausdrücklich eine unternehmensweite Versetzungsmöglichkeit vorgesehen, umfasst das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 GewO auch die Versetzung an einen ausländischen Arbeitsort. Eine

Begrenzung des Weisungsrechts auf Arbeitsorte in der Bundesrepublik Deutschland ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Versetzung entsprach auch billigem Ermessen und hält der sogenannten Ausübungskontrolle stand. Die Versetzung sei Folge der unternehmerischen Entscheidung, die Homepage am Flughafen Nürnberg aufzugeben, wodurch die Möglichkeit, den Kläger dort zu stationieren, entfallen sei. Eine Einsatzmöglichkeit im Inland war nicht vorhanden, weshalb alle am Flughafen Nürnberg stationierten Piloten an einen italienischen Standort versetzt wurden. Die Weisung der Beklagten lasse den Inhalt des Arbeitsvertrages und damit insbesondere das arbeitsvertragliche Entgelt unberührt. Gleichwohl verliere der Kläger den Anspruch auf das höhere tarifliche Entgelt, da der von den Tarifvertragsparteien vereinbarte Geltungsbereich des Vergütungstarifvertrages auf die in Deutschland stationierten Piloten beschränkt ist.

### Unser Kommentar

Beachtlich und für die Praxis von Bedeutung ist in jedem Fall, dass Arbeitnehmer auch ins Ausland versetzt werden können. Die Unternehmen, für die dies eine realistische Alternative ist, sollten allerdings schon bei der Gestaltung der Arbeitsverträge darauf hinwirken. Zweckmäßig wird in jedem Fall eine Regelung sein, dass eine unternehmensweite Versetzung auch an andere Orte möglich ist. Gegebenenfalls kann diese arbeitsvertragliche Regelung sogar dahin konkretisiert werden, dass diese Orte auch im Ausland gelegen sein können. Dabei wird sich die Versetzungsmöglichkeit zunächst auf Standorte des Arbeitgebers beschränken. Betreibt dieser im Ausland rechtlich selbstständige Tochtergesellschaften, ist eine arbeitsvertragliche Regelung notwendig, die einen solchen Einsatz zulässt. Zudem muss jede Versetzung ins Ausland im Einzelfall angemessen sein. Dies ist in den meisten Fällen unternehmensseitig aber gestaltbar und kann entsprechend vorbereitet werden.

*Dr. Gunnar Straube, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hannover*

# Annahmeverzug – Mindestlohn unterliegt keiner Ausschlussfrist

BAG, Urteil vom 13.07.2022 - 5 AZR 498/21

## Der Fall

Die Parteien stritten über Annahmeverzugslohn. Der Kläger war bei dem beklagten Bauunternehmen als Vorarbeiter beschäftigt und betrieb daneben ein eigenes Baugewerbe. Auf das Arbeitsverhältnis fand ein Tarifvertrag Anwendung. Dieser sah eine Ausschlussfrist für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis vor. Danach war die Geltendmachung von Ansprüchen innerhalb von zwei Monaten nach deren Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei notwendig, andernfalls verfallen sie.

Im Juni 2017 erhielt der Kläger von der Beklagten ein Schreiben, welches die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsah. Daraufhin erhob der Kläger Kündigungsschutzklage, blieb von der Arbeit fern und erhielt auch keine Vergütung mehr. Im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses teilte die Beklagte mit, dass es sich nicht um eine Kündigung, sondern um das Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages handelt und erkannte den Anspruch des Klägers an.

Zwei Jahre später nach Abschluss des Rechtsstreits verlangte der Kläger die Vergütung wegen Annahmeverzugs in Höhe des Mindestlohns für den Zeitraum des Kündigungsschutzprozesses. Die Beklagte sah den Anspruch als verfallen an, da in dem Arbeitsvertrag eine Ausschlussfrist von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis geregelt war. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

## Die Entscheidung

Auf die Revision der Beklagten hat das Bundesarbeitsgericht die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Es sei noch aufzuklären, ob der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich leistungswillig war und ob

sich der Kläger anderweitigen Verdienst anrechnen lassen muss.

Unabhängig davon stellte das Bundesarbeitsgericht fest, dass der Annahmeverzugslohn in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns nicht nach der tarifvertraglichen Ausschlussfrist verfallen ist. Denn die tarifvertragliche Ausschlussfrist verstoße gegen § 3 Satz 1 MiLoG. Nach § 3 MiLoG sind Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, unwirksam.

## Unser Kommentar

Dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts sind zwei wichtige Aussagen zu entnehmen:

Vertragliche bzw. tarifvertragliche Ausschlussfristen können zwingende gesetzliche Regelungen nicht einschränken oder ausschließen. Ansprüche im Zusammenhang mit dem Mindestlohn sind daher nicht von Ausschlussfristen erfasst. Mit dieser Entscheidung führt das Bundesarbeitsgericht seine bisherige Rechtsprechung fort. Bei der Formulierung von Ausschlussfristenklausel sollte darauf geachtet werden, dass eine ausdrückliche Ausnahme für unverzichtbare Ansprüche – wie auf den gesetzlichen Mindestlohn – aufgenommen wird.

Sollten Indizien vorliegen, die darauf schließen lassen, dass der Arbeitnehmer im Annahmeverzugszeitraum subjektiv nicht zur Leistung bereit gewesen ist, kann der Arbeitgeber den Leistungswillen des Arbeitnehmers bestreiten. Denn dann obliegt es dem Arbeitnehmer, seinen Leistungswillen darzulegen und ggf. unter Beweis zu stellen. Sollte der Arbeitnehmer zwischenzeitlich einer anderen Tätigkeit nachgehen und dadurch Einnahmen erwirtschaften, müssen diese Einnahmen auf den Annahmeverzugslohn angerechnet werden. Dies gilt auch für Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit.

*Maja Steffanski, Rechtsanwältin, Hannover*

# Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und Dienstvertrag

BAG, Urteil vom 05.07.2022 - 9 AZR 323/21 -

## Der Fall

Die Parteien stritten darüber, ob zwischen ihnen seit dem 1. Juli 2010 wegen fehlender Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis besteht.

Der klagende Arbeitnehmer hatte mit der B-GmbH mit Wirkung zum 1. Juli 2010 ein Arbeitsverhältnis begründet. Die B-GmbH war nicht in Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Der Kläger wurde vom 1. Juli 2010 bis 30. April 2018 ununterbrochen im Betrieb der Beklagten eingesetzt. Er war einem Team zugeordnet, dem auch Mitarbeiter der Beklagten angehörten. Kommuniziert wurde im Team per E-Mail, stets an alle Teammitglieder. An wen sich die E-Mail jeweils richtete, ergab sich aus dem Kontext.

Der Kläger behauptet, er sei im Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen und habe nach ihren Arbeitsanweisungen gearbeitet. Zudem habe er teils Mitarbeiter der Beklagten vertreten. Die Beklagte behauptet, sie habe lediglich sach- und ergebnisbezogene (An-)Weisungen gegeben. Zwischen der B-GmbH und der Beklagten habe bis zum 30. April 2018 ein Dienstvertrag bestanden.

## Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht entschied zugunsten der Beklagten. Grundsätzlich sei die Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 S. 1 AÜG, bei der die überlassenen Arbeitnehmer beim Entleiher eingegliedert werden und seinen Weisungen unterliegen, von Werk- und Dienstverträgen zu unterscheiden, bei denen Arbeitnehmer den (An-)Weisungen des Werk- oder Dienstleisters unterliegen und als dessen Erfüllungsgelhilfe tätig werden.

Zu unterscheiden sei daher die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis nach § 106 GewO von der projektbezogenen werkvertraglichen Anweisung i.S.d. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB, die auch für Dienstverträge gelte.

Der tatsächliche Inhalt der Rechtsbeziehung sei sowohl auf Grundlage der ausdrücklichen Vereinbarung als auch unter Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Vertrages zu bestimmen. Sollten sich beide widersprechen, sei die praktische Durchführung maßgeblich. Daraus ließen sich am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, was die Vertragsparteien bei Vertragsschluss vereinbaren wollten. Bei der Abgrenzung komme es auf diesen Willen an.

## Unser Kommentar

Das Bundesarbeitsgericht festigt mit dieser Entscheidung seine Rechtsprechung hinsichtlich dieser Abgrenzung. Unternehmen, die entsprechende Werk- und Dienstverträge abschließen, müssen unabhängig davon, ob sie Werk- bzw. Dienstleister oder Berechtigte dieser Leistungen sind, bei der Vertragsdurchführung insbesondere darauf achten, dass arbeitsrechtliche Weisungen stets nur durch den Werk- oder Dienstleister erfolgen.

Arbeitsrechtliche Weisungen sind personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert und betreffen somit insbesondere Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung. Dem gegenüber sind (An-)Weisungen im Sinne des § 645 Abs. 1 S. 1 BGB sachbezogen und ergebnisorientiert. Sie können durch den Berechtigten der Werk- oder Dienstleistung auch gegenüber dem Erfüllungsgelhilfen ausgesprochen werden und beziehen sich ausschließlich auf die vereinbarte Werk- oder Dienstleistung.

Durch einen „eindeutig“ formulierten Werk- oder Dienstvertrag allein kann das Risiko des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG nicht wirksam ausgeschlossen, sondern nur begrenzt werden, da es im Zweifel auf die praktische Durchführung des Vertragsverhältnisses ankommt.

*Hendrik Krome, Rechtsanwalt, Hannover*



# Grobe Pflichtverletzung bei Kündigung ohne vorherige Anhörung

Hessisches LAG, Beschluss vom 08.08.2022 - 16 TaBV 191/21

## Der Fall

Der beklagte Arbeitgeber hatte im April 2019 eine Kündigung ausgesprochen, ohne den Betriebsrat vorher angehört zu haben. Auf die Beanstandung des Betriebsrates teilte der Arbeitgeber mit, dass die Kündigung auf Wunsch des Mitarbeiters ausgesprochen wurde und die Beteiligung des Betriebsrats aus diesem Grund unterblieb. Im September 2020 erklärte der Arbeitgeber sodann sechs krankheitsbedingte Kündigungen, erneut ohne vorherige Anhörung des Betriebsrates. Dies entschuldigte der Arbeitgeber im Nachgang mit einem Versehen des zuständigen Sachbearbeiters der Personalabteilung und versicherte zukünftig den Betriebsrat vor Ausspruch einer Kündigung zu hören, außer in Fällen, in denen der Mitarbeiter selbst um eine Kündigung bittet.

Der Betriebsrat hatte beim Arbeitsgericht beantragt, dem Arbeitgeber aufzugeben, es unter Androhung eines Ordnungsgeldes zu unterlassen, Kündigungen auszusprechen, ohne zuvor den Betriebsrat nach § 102 BetrVG zu beteiligen. Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen.

## Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht hat den Beschluss abgeändert und dem Antrag stattgegeben. Ein grober Verstoß gegen die Verpflichtungen des BetrVG liege zum einen deshalb vor, da der Arbeitgeber bereits Ende Februar 2019 gegenüber einem Mitarbeiter eine Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats ausgesprochen hatte. So war auch in diesem Fall, eine Betriebsratsanhörung erforderlich, auch wenn der Mitarbeiter bzw. sein Rechtsbeistand, um den Ausspruch einer Kündigung gebeten

hatten, um aus einer Aufhebungs- eine Abwicklungsvereinbarung zu machen. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts war die vom Landesarbeitsgericht Hamm (19.07.2002 - 10 TaBV42/02) damals als „höchstrichterlich nicht geklärt“ bezeichnete Frage zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung im Februar 2019 geklärt. Zum anderen waren auch bei dem Ausspruch der sechs Kündigungen aus September 2020 die Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG offensichtlich erforderlich.

Die Einwände des Arbeitgebers, dass zum fraglichen Zeitpunkt die Personalabteilung- von vielen Vorgesetztenwechsel geprägt gewesen sei und noch keine „eingeschwungene Praxis“ beim Kündigungsausspruch bestanden habe, seien unerheblich. Der Personalsachbearbeiter hätte ohne weiteres erkennen können, dass der Betriebsrat vor Ausspruch einer Kündigung anzuhören ist. Der Verstoß war zudem auch objektiv erheblich, da § 102 Abs. 1 BetrVG eines der wesentlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats ist. Die Pflichtverletzung war auch schwerwiegend.

Die festgestellte grobe Pflichtverletzung indiziere die Wiederholungsgefahr. Faktische oder rechtliche Gründe, die eine Wiederholungsgefahr des betriebsverfassungswidrigen Verhaltens ausschließen, lagen nicht vor. Das Landesarbeitsgericht sah eher die Gefahr, dass es jederzeit wieder vorkommen könne, dass der Personalsachbearbeiter vor Ausspruch einer Kündigung die Beteiligung des Betriebsrats vergisst. Die Zusicherung, sich künftig betriebsverfassungskonform zu verhalten, konnte die Wiederholungsgefahr nicht ausschließen.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung zeigt, dass vor jeder Kündigung – auch wenn diese auf Wunsch des Mitarbeiters erfolgt – der Betriebsrat anzuhören ist. Bei Verstößen gegen die betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten droht neben dem Antrag auf Unterlassen auch ein Bußgeld.

*Denise Blankenburg, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt*

# Änderung des Dienstplans während der Freizeit

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27.09.2022  
- 1 Sa 39 öD/22

## Der Fall

Die Parteien streiten über ein Stundenguthaben auf dem Arbeitszeitkonto und eine Abmahnung. Der Kläger wird als Notfallsanitäter im Rahmen von dienstplanmäßigen Einsätzen bei der Beklagten beschäftigt. Die Beklagte weist dabei auch Einsätze im „unkonkreten Springerdienst“ zu, die bis 20 Uhr des Vortages konkretisiert werden können.

Am 06.04.2021 endete der Dienst des Klägers um 19 Uhr, für den 08.04.2021 war als nächster Dienst ein unkonkreter Springerdienst eingetragen, der erst am 07.04.2021, dem arbeitsfreien Tag des Klägers, konkretisiert worden ist. Demnach hätte der Kläger um 06:00 Uhr seinen Dienst beginnen sollen. Die Beklagte versuchte ohne Erfolg den Kläger am 07.04.21 telefonisch auf seinem Privathandy zu erreichen und schickte ihm dann eine SMS, um ihn über den Dienstbeginn zu informieren. Die SMS las der Kläger nicht.

Am 08.04.2021 bot der Kläger seine Arbeitsleistung um 07:30 Uhr an. Die Beklagte hatte zwischenzeitlich bereits einen Mitarbeiter aus der Rufbereitschaft herangezogen und setzte den Kläger nicht weiter ein. Sie bewertete den Tag als unentschuldigtes Fehlen und zog die entsprechenden Stunden vom Arbeitszeitkonto ab. Wegen eines vergleichbaren Sachverhalts zog die Beklagte später erneut Stunden vom Arbeitszeitkonto ab und erteilte dem Kläger eine Abmahnung.

## Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hatte die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben.

Das Arbeitsgericht sah es als arbeitsvertragliche Nebenpflicht an, dass sich der Kläger nach

dem Beginn seines Dienstes erkundigen müssen.

Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts lagen hingegen die Voraussetzungen für einen Annahmeverzugslohnanspruch für die streitgegenständlichen Dienste vor. Der Kläger habe seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß angeboten, da die Beklagte dem Kläger gegenüber den unkonkreten Springerdienst nicht wie erforderlich konkretisiert habe.

Insbesondere sei die Konkretisierung am 07.04.2021 nicht ordnungsgemäß erfolgt, da die Dienstplanänderung im Wege des Direktionsrechts dem Kläger nicht zugegangen und deswegen nicht wirksam geworden sei. Den Zugang der empfangsbedürftigen Gestaltungserklärung hätte die Beklagte darlegen und beweisen müssen.

Die Beklagte habe nicht mit Kenntnisnahme der SMS rechnen können, da der Kläger in seiner Freizeit nicht verpflichtet sei, eine dienstliche SMS anzurufen und damit zugleich seine Freizeit zu unterbrechen. Eine entsprechende Nebenpflicht gäbe es nicht. Das aktive Lesen der SMS sei als Arbeitsleistung zu sehen, zu der der Kläger wegen der Unerreichbarkeit in seiner Freizeit nicht verpflichtet sei. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch ausdrücklich offengelassen, wie die Rechtslage einzuschätzen wäre, wenn die Weisung zugegangen wäre.

## Unser Kommentar

In dem ohnehin oftmals schwierigen Komplex der Dienstplangestaltung ist diese Entscheidung eine weitere Einschränkung von Flexibilisierungen. Wenn möglich, dürfte es sich anbieten Dienstplanänderungen so rechtzeitig anzuweisen, dass der Arbeitnehmer noch während seiner Arbeitszeit Kenntnis von diesen nimmt. Ausgenommen von dieser Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts dürften jedoch Bereitschaftsdienste und Rufbereitschaften sein, da der Arbeitnehmer hier gerade nicht damit rechnen darf unerreichbar zu sein.

*Ulrike Brinkmann, Rechtsanwältin, Bremen*

## Bevorstehende Veranstaltungen

17. Januar 2023: GÖHMANN-Webinare zum Arbeitsrecht, „Arbeitszeiterfassung: Beschluss des BAG vom 13.09.2022“ ([Dr. Gunnar Straube](#)), 10:00 Uhr bis 11:00 Uhr, kostenlose Anmeldung unter [Arbeitsrecht@goehmann.de](mailto:Arbeitsrecht@goehmann.de).
7. Februar 2023: GÖHMANN-Webinare zum Arbeitsrecht, „Hinweisgeberschutzgesetz“ ([Julia Schönfeld](#)) und „Verjährung von Urlaubsansprüchen“ ([Dr. Jennifer Rasche](#)), 10:00 Uhr bis 11:00 Uhr, kostenlose Anmeldung unter [Arbeitsrecht@goehmann.de](mailto:Arbeitsrecht@goehmann.de).

## Aktuelle Veröffentlichungen

Erstreikbarkeit von Entlastungstarifverträgen?, ZTR 2022, 640 bis 645 ([Dr. Stefan Sasse](#), [Juliane Krauß](#))

Anmerkung zu LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.08.2022 - 10 Sa 94/21, Globale vertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrages – Teilnichtigkeit einer Ausschlussfrist, ArbRAktuell 2022, 514 ([Dr. Jennifer Rasche](#))

## Ihre Ansprechpartner bei GÖHMANN

Wir gehören zu den größten arbeitsrechtlichen Beratungspraxen in Norddeutschland. Die Arbeitsgruppe wird von Frau Julia Schönfeld und Herrn Dr. Gunnar Straube geleitet. Informationen zu den Anwältinnen und Anwälten der Arbeitsgruppe Arbeitsrecht finden Sie unter <https://www.goehmann.de/kompetenzen/arbeitsrecht/>.



**Denise  
Blankenburg**  
Frankfurt a.M.



**Daniel Bomm**  
Braunschweig



**Ulrike Brinkmann**  
Bremen



**Dr. Karl von  
Hülsen**  
Berlin



**Hendrik Krome**  
Hannover



**Dr. Lisa von  
Laffert**  
Berlin



**Dr. André Pietrek**  
Hannover



**Dr. Jennifer  
Rasche**  
Hannover



**Dr. Henning  
Rauls**  
Braunschweig



**Dr. Stefan Sasse**  
Magdeburg



**Julia Schönfeld**  
Bremen



**Maja Steffanski**  
Hannover



**Dr. Gunnar  
Straube**  
Hannover



**Dr. Teemu Tietje**  
Bremen



**Oliver Wiethaus**  
Barcelona