

# 2 / 2018

## Arbeitsrecht

*Newsletter zu Entwicklungen im Arbeitsrecht*

/ Umgang mit außerdienstlichen Straftaten  
von Arbeitnehmern

/ Arbeiten trotz Krankschreibung – ja oder nein?

/ LAG Schleswig-Holstein:  
Stellungnahmefrist von zwei Tagen bei einer  
Verdachtskündigung ist regelmäßig zu kurz



## Liebe Leserin, lieber Leser,

wir dürfen Ihnen unser neues Newsletter-Format präsentieren, das wir (neben Blog-Beiträgen) künftig verwenden werden. Durch die neue Optik sollten einzelne Beiträge übersichtlicher auffindbar sein.

In den letzten Monaten gab es wieder wichtige Entwicklungen im Arbeitsrecht, die wir Ihnen nachfolgend darstellen. Besonders im Fokus steht dabei ein Artikel zum Umgang mit Straftaten von Arbeitnehmern sowie die Frage, inwieweit ein Arbeiten trotz Krankschreibung möglich ist.

Abschließend wünsche ich Ihnen bereits jetzt eine schöne Vorweihnachtszeit.

**Dr. Volker Vogt**

Rechtsanwalt · Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Inhalt

- 3 /** Umgang mit (außerdienstlichen) Straftaten von Arbeitnehmern
- 5 /** Arbeiten trotz Krankschreibung – ja oder nein?
- 6 /** LAG Schleswig-Holstein: Stellungnahmefrist von zwei Tagen bei einer Verdachtskündigung ist regelmäßig zu kurz
- 7 /** BAG: Ein Auflösungsantrag gemäß § 9 KSchG lässt die Arbeitspflicht nicht sofort entfallen
- 7 /** BAG: Arbeitgeber dürfen Streikprämien zahlen
- 8 /** BAG: Arbeitgeber darf Urlaubstage ohne vertragliche Regelung nicht abrunden
- 9 /** Eigenmächtiger Spontanurlaub rechtfertigt Kündigung
- 10 /** Offene Videoüberwachung – Verwertungsverbot
- 11 /** LAG Niedersachsen: Unverschuldete Arbeitsversäumnis durch Arztbesuch
- 12 /** Anpassung des gesetzlichen Mindestlohns
- 13 /** Unwirksamkeit einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist
- 14 /** Kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung von Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB bei Verzug des Arbeitgebers mit der Entgeltzahlung
- 14 /** 70-Tage-Regelung bei kurzfristiger Beschäftigung wird unbefristet verlängert
- 15 /** Einbeziehung der Zeiten einer unwider-ruflichen Freistellung bei der Berechnung für die Höhe des Arbeitslosengelds

## Umgang mit (außerdienstlichen) Straftaten von Arbeitnehmern

Straffälligkeit von Arbeitnehmern kann in jeder Branche und jedem Betrieb zum Thema werden. Die Kenntnis der Rechtslage ermöglicht einen souveränen Umgang mit dieser Situation, so dass, wenn nötig, zeitnah – etwa mit einer Kündigung – reagiert werden kann. Nachfolgend werden kurz die wesentlichen Grundzüge skizziert.

**V**erstöße gegen das Strafgesetzbuch oder andere Strafnormen können im Rahmen der Tätigkeit für den Arbeitgeber oder aber im Privatleben begangen werden. Abhängig von der Art des Verstoßes ist die Rechtmäßigkeit einer arbeitsrechtlichen Maßnahme im Einzelfall zu beurteilen. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte bis hin zum Bundesarbeitsgericht (BAG) **unterscheidet** hierbei **zwischen dienstlichen und außerdienstlichen Straftaten**.

**Außerdienstliche Straftaten** rechtfertigen nicht in jedem Fall die fristlose Kündigung des Arbeitnehmers. Neben der konkreten Tat sind in die Abwägung aller Umstände des Einzelfalls nach § 626 Abs. 1 BGB auch die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Tätigkeit des Arbeitnehmers beim Arbeitgeber und die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit einzubeziehen. So entschied das LAG Düsseldorf (Az. 11 Sa 319/17) am 12. 4. 2018, dass der Mitarbeiter eines Chemieunternehmens nicht wegen der Verurteilung aufgrund eines versuchten Sprengstoffvergehens fristlos gekündigt werden durfte, da er trotz Zugangs zu gefährlichen Chemikalien beim Arbeitgeber, diese nicht in seiner täglichen Arbeit verwendete. Es bestand aus Sicht des Gerichts kein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, der eine tätigkeitsrelevante Unzuverlässigkeit des Arbeitnehmers nahelegte. Das Arbeitsverhältnis konnte jedoch aufgrund der ebenfalls ausgesprochenen ordentlichen Kündigung beendet werden.

In die Abwägung fließen aber stets auch berechnete Interessen des Arbeitgebers, etwa an der Vermeidung von Imageschäden ein. So durfte in einem Verfahren vor dem LAG Köln (Urteil vom 13. 2. 2006, Az. 14 (12) Sa 1338/06) eine Kommune ihrem langjährig beschäftigten Gärtner fristlos kündigen, nachdem dieser wegen einer Vielzahl von Drogendelikten, u.a. Verkauf von Cannabis an Minderjährige, zu einer mehrjährigen Haftstrafe ohne Bewährung verurteilt wurde. Die Kommune, die auch für Gesundheits- und Jugendschutz zuständig sei, müsse von allen Angestellten erwarten können, dass diese die Rechtsordnung wahren. Ansonsten gerate der öffentliche Dienst in den Verdacht, seine Schutzaufgaben nicht ernst zu nehmen.

Eine Übertragung dieser Grundsätze auf andere Arbeitgeber mit besonderen Schutzpflichten und einem ausgeprägten Interesse an der öffentlichen Wahrnehmung, wie etwa gemeinnützige Organisationen, ist naheliegend, so dass auch diese vergleichbare Argumente anbringen können.

Insbesondere bei einer **Verurteilung zu längeren Haftstrafen** nehmen die Gerichte regelmäßig ein Überwiegen des Kündigungsbegehrens des Arbeitgebers an (BAG v. 24. 3. 2011 – Az. 2 AZR 790/09). Die Abwesenheit eines Arbeitnehmers im Vollzug ist auch nicht mit dem Ruhen des Arbeitsverhältnisses während der Elternzeit vergleichbar (LAG Hessen 21. 11. 2017 – Az. 8 Sa 146/17). In dem Verfahren war ein Bäcker, der bei seinem Arbeitgeber bereits seit Ausbildungsbeginn tätig war, zu einer Haftstrafe von 2 Jahren und 8 Monaten wegen eines versuchten Raubüberfalls verurteilt worden. Auch die etwaige Aussicht auf einen frühen Wechsel in den offenen Vollzug, der eine Berufstätigkeit erlauben würde, hindert den Arbeitgeber nicht, dem Mitarbeiter zu kündigen, wenn seine Arbeitskraft voraussichtlich zwei Jahre nicht zur Verfügung steht.

Auch eine sog. **Druckkündigung** kann im Nachgang einer Straffälligkeit von Mitarbeitern sozial gerechtfertigt sein. Unter einer Druckkündigung versteht man die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aufgrund von dahingehendem Druck aus der restlichen Belegschaft. Eine Druckkündigung ist nur dann rechtmäßig, wenn sie in noch stärkerem Maße als sonst bei Kündigungen das letzte Mittel des Arbeitgebers ist. Es ist zunächst seine Pflicht, sich schützend vor den einzelnen Arbeitnehmer zu stellen, und die anderen von einem Einlenken zugunsten einer weiteren Zusammenarbeit zu überzeugen. Mit Urteil vom 15. 12. 2016 entschied das BAG (2 AZR 431/15), dass die Androhung von Arbeitsniederlegung und Massenkündigung durch die Belegschaft, für den Fall, dass sie weiter mit einem wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes verurteilten Kollegen zusammenarbeiten müssen, die Schwelle erreicht hatte, die eine solche Kündigung ermöglicht.

**Straftaten, die im privaten Umfeld des Arbeitnehmers** begangen werden, sich also nicht gegen den Arbeitgeber oder andere Mitarbeiter richten, können **nur ausnahmsweise Grund für eine außerordentliche Kündigung** sein. Dies ist der Fall, wenn sie das Arbeitsverhältnis belasten, zum Beispiel, wenn die Straftat ernsthafte Zweifel an der Zuverlässigkeit oder Eignung für die jeweilige Tätigkeit wecken. So können Vermögensdelikte bei einem Buchhalter, Kassierer, Anlageberater oder Geldboten die Fortsetzung des Arbeitsvertrages unzumutbar machen, wenn sie auf fehlende Vertrauenswürdigkeit schließen lassen.

Neben einer fristlosen Kündigung ist stets eine ordentliche, fristgemäße Kündigung auszusprechen, wenn der Arbeitgeber einen straffälligen Angestellten nicht länger beschäftigen will. Erhält der Arbeitgeber zu Beginn polizeilicher Ermittlungen Kenntnisse von den Vorwürfen, kann nach Anhörung des Arbeitnehmers auch eine Verdachtskündigung ausgesprochen werden. Ein Abwarten der strafgerichtlichen Entscheidung ist nicht notwendig. Entscheidet sich der Arbeitgeber, das Ergebnis der Ermittlungen abzuwarten, ist die Frist nach § 626 Abs. 2 BGB während des Verfahrens gehemmt. Eine fristlose Kündigung kann also auch nach der Verurteilung noch ausgesprochen werden.

Begehen Arbeitnehmer **Straftaten während der Arbeitszeit oder zu Lasten des Arbeitgebers**, liegt eine fristlose Kündigung nahe, da hierin immer eine schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten zu sehen ist. Jedoch muss auch hier die Kündigung die ultima ratio bleiben. Welche Straftaten das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer für eine Kündigung hinreichend beeinträchtigen, ist eine Entscheidung, die nur im Einzelfall getroffen werden kann, weil dies abhängig von Position des Arbeitnehmers und Art des Vergehens unterschiedlich zu betrachten ist. Regelmäßig wird bei Eigentumsdelikten zum Nachteil des Arbeitgebers davon ausgegangen, dass unabhängig vom Wert der entwendeten Sache, das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nachhaltig beeinträchtigt ist. Bei Beleidigungen wird demgegenüber angenommen, diese müsse „grob“ gewesen sein, um eine Kündigung zu rechtfertigen. Auch die Einordnung der Intensität einer verbalen Verfehlung wird von der konkreten Situation abhängen. Das BAG hat auch nicht ausgeschlossen, dass jedenfalls bei geringeren Vergehen, die bereits einige Zeit zurückliegen, der Arbeitnehmer das durch die Begehung der Tat verlorene Vertrauen durch anschließende Vertragstreue zurückgewinnen (BAG 10. 6. 2010, NZA 2010, 1227).

Die **Geringfügigkeit von Straftaten** kann sich etwa beim Diebstahl geringwertiger Gegenstände eher als Eigenmächtigkeit darstellen. Hier wird eine Abmahnung stets vorrangig sein.

Beispiele sind etwa das Aufladen von elektronischen Geräten am Stromanschluss des Arbeitgebers oder der Verzehr eines Teils von einer für Patienten bestimmte Pizza.

Bei der **Aufdeckung vom Straftaten** durch den Arbeitgeber hat dieser unter anderem auch dem Datenschutzrecht besondere Beachtung zu schenken. In § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG (neu 2018) ist die Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten im Beschäftigungsverhältnis besonders geregelt. Die Verarbeitung ist hiernach in Fällen zulässig, „wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind“. Es entscheidet somit ebenso wie nach dem bisherigen § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG 2003 eine Abwägung zwischen dem Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers und dem Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers über die Zulässigkeit der Datenverarbeitung.

**Unzulässige Ermittlungsmethoden** sind etwa die Durchführung einer DNA-Analyse von Gegenständen der Beschäftigten zum Abgleich mit einem beleidigenden Schreiben zum Beweis der Urhebererschaft oder das heimliche Durchsuchen von persönlichen Schränken oder Spinden, wenn die Durchsuchung im Beisein des Beschäftigten ebenso effektiv gewesen wäre.

Vor einer etwaigen Kündigung kann auch eine **Suspendierung** des Mitarbeiters in Betracht kommen. Sie ist einerseits ein Mittel, wenn aufgrund des Verdachts von Straftaten bei einer Weiterbeschäftigung die Gefahr der Vernichtung von Beweismitteln oder weiteren Schädigungen besteht, andererseits kann es auch zum Schutz des Mitarbeiters sinnvoll sein, diesen bei großem öffentlichen Interesse oder Angreifbarkeit während der Arbeitszeit, etwa bei Kundenkontakt, vor Beschuldigungen zu schützen.

Eine **personenbedingte Kündigung** kann nach einer strafrechtlichen Verurteilung gerechtfertigt sein, wenn dem Mitarbeiter Befähigungen oder Lizenzen entzogen werden, die er zur Ausübung seiner Tätigkeit braucht. In Betracht kommen etwa der Entzug der Fahrerlaubnis nach Verkehrsdelikten oder die Entziehung der Fluglizenz bei Piloten. Auch kann die Eignung zur Tätigkeit als Geschäftsführer entfallen, etwa bei Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung oder Betrugsdelikten. Bei der vorzunehmenden Abwägung muss jedoch ins Gewicht fallen, ob die Befähigung zeitnah wiedererlangt werden kann und ob eine anderweitige Beschäftigung im Unternehmen einer Kündigung vorzuziehen ist.

Besteht nur der Verdacht einer Straftat, hat der Arbeitgeber die Möglichkeit eine sog. **Verdachtskündigung** auszusprechen. Entscheidend ist, dass es gerade der Verdacht ist, der das notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Mitarbeiters zerstört oder zu einer unzumutbaren Belastung des Arbeitsverhältnisses geführt hat. Ist der Arbeitgeber unsicher, welche Art der Kündigung das Arbeitsverhältnis sicher beendet, kann er eine Verdachtskündigung auch neben einer Kündigung wegen der Begehung der Tat aussprechen.

Unter Umständen kann der Arbeitgeber zur **Weiterbeschäftigung eines rechtskräftig verurteilten Arbeitnehmers** verpflichtet sein. Dies kommt sogar bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe in Betracht, wenn dies dem Arbeitgeber zumutbar

ist, etwa bei Vollzugslockerungen oder Freigang. Unzumutbar ist die Weiterbeschäftigung, wenn Risiken für andere Mitarbeiter bestehen, weitere Straftaten zu befürchten sind oder das Vertrauensverhältnis unwiederbringlich zerstört ist.

Die Arbeitsgerichte sind an die strafrechtliche Verurteilung eines Arbeitnehmers **nicht gebunden**. Auch bezüglich der Sachverhaltsermittlung treffen die Arbeitsgerichte eigene Feststellungen. So kann es vorkommen, dass die Kündigung eines verurteilten Mitarbeiters als rechtswidrig, die eines freigesprochenen aber als rechtmäßig beurteilt wird. Auch eine ausgesprochene Verdachtskündigung wird nach einem Freispruch nicht in jedem Fall unwirksam. /

## Arbeiten trotz Krankschreibung – ja oder nein?

Immer wieder stellt sich sowohl Arbeitgebern als auch Arbeitnehmern die Frage, ob ein krankgeschriebener Arbeitnehmer noch während der Dauer seiner Krankschreibung die Arbeit wiederaufnehmen darf, wenn er sich wieder genesen fühlt.

**G**rundsätzlich gilt im Arbeitsrecht: Kein Lohn ohne Arbeit. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, ist ihm die Erbringung seiner Arbeitsleistung unmöglich. Nach § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) hat er dann bis zu einer Dauer von sechs Wochen einen Entgeltfortzahlungsanspruch. Das EFZG verpflichtet den Arbeitnehmer zudem in § 5 Abs. 1 dazu, spätestens ab dem dritten Krankheitstag eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer vorzulegen. Diese zu bescheinigende voraussichtliche Dauer ist eine bloße ärztliche Prognose, die zu Beginn der Erkrankung vorgenommen wird. Es kann also wie bei jeder

Prognose durchaus vorkommen, dass die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich kürzer oder länger andauern kann. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist aber keinesfalls ein Beschäftigungsverbot. Es ist daher zwar möglich, dass der Arbeitnehmer sich ärztlich bescheinigen lässt, wieder gesund zu sein. Eine etwaige arbeitsrechtliche Pflicht, eine derartige „Gesundschreibung“ vorzulegen, besteht jedoch nicht.

Allerdings trägt der Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern Fürsorgepflichten. Sofern der Arbeitgeber weiß, dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsunfähig ist, darf er von ihm weder eine unangemessene Arbeitsleistung verlangen noch darf er eine solche annehmen. Das LAG Hamm entschied im Jahr 1988 sogar, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aufgrund seiner Fürsorgepflicht sogar von der Arbeit abhalten muss, wenn dieser offensichtlich arbeitsunfähig ist. Der Arbeitgeber hat stets nicht nur seine betrieblichen Interessen und die Interessen des erkrankten Arbeitnehmers zu berücksichtigen, sondern muss auch im Sinne der übrigen Arbeitnehmer entscheiden und diese beispielsweise vor einer möglichen Ansteckungsgefahr schützen.

Auch die weit verbreitete Annahme, Arbeitnehmer seien für die Dauer einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bei der Arbeit nicht versichert, ist unrichtig. Sobald der Arbeitnehmer die Arbeit wiederaufnimmt, besteht sowohl für Unfälle auf dem Arbeitsweg als auch für solche an der Arbeitsstätte Versicherungsschutz. Allerdings kann sich die Haftungsquote zu Lasten des Arbeitgebers verschlechtern, wenn der Arbeitgeber seine Fürsorgepflichten verletzt und einen Arbeitnehmer arbeiten lässt, obwohl er weiß, dass dieser arbeitsunfähig erkrankt ist, und sich aus diesem Grund ein Unfall ereignet. /

## LAG Schleswig-Holstein: Stellungnahmefrist von zwei Tagen bei einer Verdachtskündigung ist regelmäßig zu kurz

Eine Verdachtskündigung gegenüber einem Arbeitnehmer ist bei hinreichend schwerem Verdacht rechtlich wirksam. Allerdings muss der Arbeitgeber den Betroffenen zuvor anhören, um etwaige Missverständnisse auszuräumen und die Möglichkeit für Rechtfertigungsgründe auf Seiten des Arbeitnehmers durch Anhörung einzuräumen. Dies entschied das LAG Schleswig-Holstein mit Urteil vom 21. 3. 2018 (Az. 3 Sa 398/17).

**D**er Kläger ist als Entwicklungsingenieur bei der Beklagten beschäftigt und im Wesentlichen mit der Produktentwicklung beauftragt. Die Beklagte ist ein Unternehmen der kunststoffverarbeitenden Industrie und beschäftigt derzeit rund 50 Arbeitnehmer. Im Vorfeld stritten die Parteien schon mehrfach über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Im konkreten Fall ging es um die Versetzung in eine Tätigkeit als Außendienstmitarbeiter bzw. eine fristlose, hilfsweise ordentliche Verdachtskündigung, die auf dem Verdacht mehrerer Straftaten gründete.

Nachdem der Kläger aus seiner Sicht unberechtigt von der Entwicklung in den Außendienst versetzt worden war, erhielt er am 21. 6. 2016 einen Laptop zur Arbeit im Homeoffice. Mit dem folgenden Tag meldete der Kläger sich als arbeitsunfähig krank. Im weiteren Verlauf verlangte der Arbeitgeber den Laptop am 1. 8. 2016 unverzüglich heraus, nachdem die Firewall der Beklagten gemeldet hatte, dass vom Laptop des Klägers eine größere Datenmenge von den Servern des Arbeitgebers heruntergeladen wurde. Der Kläger kam der Aufforderung am 3. 8. 2016 nach, übergab allerdings einen anderen Laptop an die Beklagte. Ob dies absichtlich oder versehentlich passiert ist, bleibt streitig. Im weiteren Verlauf gab die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 4. 8. 2016, wann das Schreiben genau zugestellt wurde, bleibt strittig, die Möglichkeit zu einer Stellungnahme in Bezug auf den falschen Laptop und den Datendownload mit Frist bis zum 8. 8. 2016. Die Frist ist ohne Stellungnahme seitens des Klägers verstrichen, sodass die Beklagte am 12. 8. 2016 eine fristlose Verdachtskündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen hat.

Gegen die Kündigung reichte der Arbeitnehmer Klage ein, welcher durch das Arbeitsgericht stattgegeben wurde. Hiergegen ging die Beklagte in Berufung. Die Berufung ist zwar zulässig, aber nicht begründet.

Das LAG Schleswig-Holstein führte an, dass die von der Beklagten gesetzte Frist zur Stellungnahme in jeder Hinsicht zu kurz sei. Eine Anhörung des Arbeitnehmers sei bei einer Verdachtskündigung Wirksamkeitsvoraussetzung, um etwaige Missverständnisse auszuräumen oder Rechtfertigungsgründe zu benennen. In der Regel bestehe für eine etwaige Stellungnahme eine Frist von einer Woche. Angesichts des vorliegenden Umstands, dass sich die Parteien bereits anderweitig in vertraglichen und auch gerichtlichen Auseinandersetzungen befanden, in welchen sich der Kläger stets anwaltlich vertreten ließ, sei die gesetzte Frist, von Freitag bis Montagmittag, 8. 8. 2016, in jedem Fall zu kurz. Dies gelte insbesondere auch, da die Beklagte das Anhörungsschreiben nicht auch dem Prozessbevollmächtigten zusandte. Weiterhin müsse die Beklagte damit rechnen, dass ein sich arbeitsunfähig krankmeldender Arbeitnehmer sich nicht durchgängig zu Hause aufhalte. Außerdem wäre in einer möglichen Anhörung schon die Möglichkeit zugegen gewesen, zu klären, warum der Kläger den falschen Laptop übersandt habe.

Insofern sei eine ordnungsgemäße Anhörung des Arbeitnehmers zu den erhobenen Vorwürfen und zur Aufklärung des Sachverhalts nicht erfolgt, sodass auch die hilfsweise ordentliche, fristgemäße Kündigung aus den angeführten Gründen versagt bleibe. Mithin ist die Kündigung unwirksam. /

### PRAXISTIPP

*Arbeitgeber sollten bei Verdachtskündigungen darauf achten, dem Arbeitnehmer vorsorglich eine Frist von jedenfalls einer Woche einzuräumen, damit die Kündigung nicht bereits aus formalen Gründen scheitert.*

## BAG: Ein Auflösungsantrag gemäß § 9 KSchG lässt die Arbeitspflicht nicht sofort entfallen

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat jetzt erst veröffentlichten Urteil aus Ende 2017 festgestellt, dass die Stellung eines Auflösungsantrags gemäß § 9 KSchG allein nicht die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers entfallen lasse. Allerdings könne ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit geltend gemacht werden (BAG v. 14. 12. 2017 – 2 AZR 86/17).

**I**n der Sache stritten die Parteien über die Wirksamkeit einer **außerordentlichen Kündigung wegen Arbeitsverweigerung**. Die Beklagte (= Arbeitgeberin) hatte das Arbeitsverhältnis zunächst ordentlich gekündigt, woraufhin der Kläger (= Arbeitnehmer) eine Kündigungsschutzklage erhob. Im Rahmen des Prozesses erkannte die Beklagte den Kündigungsschutzantrag des Klägers an. Der Kläger stellte sodann einen Auflösungsantrag nach § 9 KSchG. Er arbeitete anschließend noch bis Ablauf der Kündigungsfrist und erschien dann ab dem Folgemonat nicht mehr zur Arbeit. Die Beklagte sprach infolgedessen zwei Abmahnungen gegenüber dem Kläger aus und kündigte das Arbeitsverhältnis dann erneut, diesmal jedoch außerordentlich. Danach wies das Arbeitsgericht den Auflösungsantrag ab. Der Kläger ging in Berufung und klagte dort hilfsweise gegen die außerordentliche Kündigung. Dies begründete er damit, dass die weitere Erbringung seiner Arbeitsleistung unzumutbar sei.

Das BAG gab dem Kläger im Revisionsverfahren kein Recht. Die Klageerweiterung im Berufungsverfahren sei zwar zulässig, aber nicht begründet. Das Gericht stellte fest, dass ein Auflösungsantrag kein Gestaltungsrecht, sondern bloß ein Gestaltungsantrag sei. Dementsprechend bestünden alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag fort, bis dem Auflösungsantrag stattgegeben wird und ein rechtskräftiges, rechtsgestaltendes Urteil vorliege. Die **beharrliche Arbeitsverweigerung des Klägers trotz bestehender Arbeitspflicht** sei ein an sich wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB und **berechtige den Arbeitgeber zur**

**außerordentlichen Kündigung**. Die Beklagte habe sich darüber hinaus nach der ordentlichen Kündigung auch nicht im Annahmeverzug befunden, weil sie den Kündigungsschutzantrag des Klägers anerkannt habe und dadurch kein Fortsetzungsangebot an den Kläger erforderlich gewesen sei. Das BAG wies jedoch darauf hin, dass trotzdem ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB wegen Unzumutbarkeit der Leistungserbringung denkbar sei. Hier sei jedoch kein Unzumutbarkeitsgrund ersichtlich. Die Arbeitsverweigerung sei bewusst und nachhaltig erfolgt und die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts sei nicht zu beanstanden, so dass das BAG die außerordentliche Kündigung durch die Beklagte für gerechtfertigt hält. /

### PRAXISTIPP

*Das BAG hat sich mit diesem Urteil erstmals klar positioniert, nachdem das LAG Rheinland-Pfalz in einem vergleichbaren Fall (Az. 4 Sa 955/04) noch entschieden hatte, dass keine beharrliche Arbeitsverweigerung vorliege, solange über den Auflösungsantrag kein rechtskräftiges Urteil vorliegen würde.*

## BAG: Arbeitgeber dürfen Streikprämien zahlen

Streikprämien – also **Zahlungen von Arbeitgebern an Streikbrecher** – sind **nicht rechtswidrig**, so lautet das Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 14. 8. 2018 (Az. 1 AZR 287/17). Damit hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung aus dem Jahr 1993 sowie die herrschende Rechtsauffassung bestätigt.

**I**n der Sache hatte ein Mitarbeiter eines Einzelhandelsunternehmens gegen seinen Arbeitgeber auf Zahlung einer solchen Streikprämie geklagt. Das Unternehmen hatte vor Beginn eines von der Gewerkschaft ver.di organisierten Streiks in einem betrieblichen Aushang allen Mitarbeitern, die nicht am Streik teilnehmen, eine Streikbruchprämie in Höhe von zunächst

€ 200, dann € 100 versprochen. Der Kläger hatte sich anschließend am Streik beteiligt, verlangte aber dennoch eine Zahlung in Höhe von € 1.200 brutto von seinem Arbeitgeber, weil dieser mit dem Zahlungsverprechen nur an Streikbrecher das im Arbeitsrecht geltende Gleichbehandlungsgebot verletzt habe.

Die Klage wurde jedoch in allen Instanzen sowie nun vom BAG zurückgewiesen. Laut BAG stelle das Versprechen einer Streikprämie zwar eine Ungleichbehandlung dar, diese sei aber gerechtfertigt, da der Arbeitgeber dadurch „betrieblichen Ablaufstörungen begegnen und damit dem Streikdruck entgegenwirken“ wolle. Die Kampfmittelfreiheit im Arbeitskampf gelte sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber. Die gewählten Mittel im Arbeitskampf müssen lediglich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Nach Ansicht des BAG ist dies hier aber der Fall, obwohl die versprochene Prämie teilweise um ein Vielfaches höher ist als der Tagessatz eines Mitarbeiters. /

#### PRAXISTIPP

*Strukturell ist der Arbeitgeber den Arbeitnehmern in einem Arbeitskampf heutzutage – anders als früher – deutlich unterlegen. Dies liegt nicht zuletzt auch an innovativen Streikformen, die das BAG in den letzten Jahren als zulässig erachtet hat (z. B. Flashmob-Streiks). Insofern ist es erfreulich, dass nunmehr sichergestellt ist, durch Streikbrecher den Betriebsablauf aufrechterhalten zu können, sofern die „Streikbruchprämie“ nicht unangemessen hoch ist.*

## BAG: Arbeitgeber darf Urlaubstage ohne vertragliche Regelung nicht abrunden

Arbeitgeber dürfen **Urlaubsansprüche von weniger als einem halben Tag nicht abrunden**, wenn es keine dahingehende vertragliche Regelung gibt. So urteilte das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einem kürzlich veröffentlichten Fall (Urteil vom 8. 5. 2016 – Az. 9 AZR 578/17).

**I**n dem Fall hatte eine Fluggastkontrolleurin ihren Arbeitgeber auf Schadensersatz verklagt, weil dieser ihren Urlaubsanspruch abgerundet hatte. Nach dem Manteltarifvertrag für Sicherheitskräfte an Verkehrsflughäfen hatte die Klägerin Anspruch auf 28,15 Urlaubstage. Ihr Arbeitgeber hatte ihr aber nur 28 Tage volle Tage Urlaub gewährt. Der Tarifvertrag enthielt keine Rundungsvorschriften. Die Klägerin begehrte daher Schadensersatz für den nicht gewährten Urlaub.

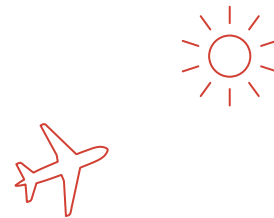
Das BAG gab der Klägerin Recht. Denn: Es gibt keine gesetzliche Regelung für das Abrunden von bruchteiligen Urlaubsansprüchen. In § 5 Abs. 2 BUrlG ist nur geregelt, dass Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, auf volle Urlaubstage aufzurunden sind. Wenn es so wie hier auch keine vertragliche Vorschrift zum Abrunden gibt, sei das Abrunden des Urlaubsanspruchs rechtswidrig. Da der Resturlaubsanspruch der Klägerin in Höhe von 0,15 Stunden nach Auffassung des Gerichts

spätestens Ende März 2017 untergegangen sei und sich der Arbeitgeber im Verzug befinde, habe die Klägerin einen Schadensersatzanspruch in Form von Ersatzurlaub. /

#### PRAXISTIPP

*Das gesamte Urlaubsrecht ist komplex. Aus HR-Perspektive sollten Arbeitgeber wissen, dass Arbeitnehmer, die das Unternehmen nach dem 30. Juni eines Kalenderjahres verlassen, den vollen Jahresurlaubsanspruch geltend machen können (nicht müssen). Jetzt hat das BAG entschieden, dass auch Bruchtage an Urlaub zu gewähren sind, selbst wenn dies nur auf wenige Stunden oder Minuten hinausläuft.*





## Eigenmächtiger Spontanurlaub rechtfertigt Kündigung

Das LAG Düsseldorf hat in seinem Urteil vom 11. 7. 2018 entschieden, dass ein eigenmächtig angetretener Spontanurlaub und ein Nichterscheinen auch nach Aufforderung durch den Arbeitgeber eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Das Verhalten stellt eine **beharrliche Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten** dar (Az. 8 Sa 87/18).

**I**m dort entschiedenen Fall war die Klägerin seit dem 1. 8. 2014 bei der Beklagten als Junior Business Excellence Manager beschäftigt und studierte berufsbegleitend im Studiengang „BWL Management“. Am 21. 6. 2017 hatte sie ihre Abschlussprüfung. Deshalb hatte die Beklagte der Klägerin für den 22. und 23. 6. 2017 (Donnerstag und Freitag) Urlaub genehmigt. Am darauffolgenden Montag, den 26. 6. 2017, erschien die Klägerin nicht zur Arbeit und teilte ihrem Vorgesetzten in einer E-Mail mit dem Betreff „Spontan-Urlaub“ mit, dass sie von ihrem Vater mit einem Urlaub auf Mallorca überrascht worden sei. In der Euphorie und Eile habe sie keine Möglichkeit gehabt, ihre Abwesenheit in ihren Computer einzutragen. Sie schrieb außerdem, dass sie vom 26. 6. bis zum 30. 6. 2017 nicht da sein werde und bat um eine kurze Rückmeldung. Daraufhin antwortete der Vorgesetzte, dass ihre Anwesenheit aus dringenden betrieblichen Gründen erforderlich sei und bot ihr stattdessen Urlaub in der nächsten Woche an. Am 27. 6. 2017 teilte die Klägerin darauf mit, dass sie sich bereits auf Mallorca befinde und nicht ins Büro kommen könne. Die Klägerin erschien dann auch am folgenden Montag nicht zur Arbeit. Sodann sprach die Beklagte eine fristgerechte Kündigung aus, gegen die die Arbeitnehmerin erfolglos vor dem Arbeitsgericht klagte. Sie legte hiergegen Berufung gegen ein.

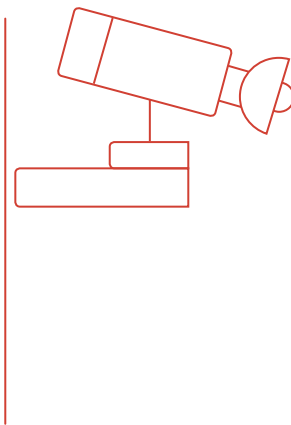
Das LAG wies in seinem Urteil darauf hin, dass die **eigenmächtige Inanspruchnahme von Urlaub ein Kündigungsgrund sei, der an sich sogar eine fristlose Kündigung rechtfertigt**. Das Gericht stellt fest, dass die Klägerin spätestens am 27. 6. 2017 ernsthaft zu erkennen gegeben habe, dass sie ihren Urlaub nicht abbrechen und zur Arbeit erscheinen werde. Durch diese falsche Prioritätensetzung habe sie ihre vertragliche Pflicht zur Arbeit beharrlich verletzt. Aus dem Sachvortrag der Klä-

gerin ergebe sich auch nicht, dass der Vorgesetzte der spontanen Urlaubsverlängerung zugestimmt habe. Das LAG stellte zudem fest, dass eine Abmahnung wohl nicht erforderlich gewesen sei und die Interessenabwägung vor dem Hintergrund der kurzen Beschäftigungsdauer zulasten der Klägerin ausfalle.

Da die Arbeitgeberin dem Betriebsrat mitgeteilt hatte, dass die in der betreffenden Woche anstehenden Arbeiten nicht erledigt worden seien, sei lediglich in formeller Hinsicht fraglich, ob die Betriebsratsanhörung ordnungsgemäß erfolgt sei. Der Vorgesetzte hatte die Arbeiten zumindest teilweise selbst erledigt. Allerdings war der Betriebsratsvorsitzende in die Gespräche zwischen Klägerin und Beklagter involviert. Somit haben sich die Parteien laut LAG auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Kündigungsdatum, die Erteilung eines Zeugnisses sowie auf Zahlung einer Abfindung in Höhe eines knappen Gehaltes der Klägerin, nämlich € 4.000,00, geeinigt. /

### PRAXISTIPP

*Droht ein Arbeitnehmer, dem ein Urlaubsantrag versagt wird, dem Arbeitgeber an, er werde in diesem Fall krank werden, ist dies bereits diese Androhung an sich ein Grund zu einer fristlosen Kündigung. Stützt der Arbeitgeber die Kündigung hingegen auf die spätere „Erkrankung“, die ggf. noch durch ärztliches Attest bestätigt wird, droht eine Kündigung zu scheitern. Arbeitgeber sind in solchen Situationen daher gut beraten, den Kündigungsgrund auf die Androhung zu stützen und nicht auf die vermutlich nicht vorliegende Erkrankung.*



## Offene Videoüberwachung – Verwertungsverbot

Am 23. August 2018 hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil (Az: 2 AZR 133/18; Volltextveröffentlichung des Urteils lag bei Redaktionsschluss noch nicht vor) entschieden, dass die Speicherung von Bildsequenzen aus rechtmäßiger offener Videoüberwachung, die pflichtwidrige Handlungen des Arbeitnehmers am Eigentum des Arbeitgebers zeigen, nicht unverhältnismäßig ist, sofern die Ahndung dieser Pflichtverletzung noch durch den Arbeitgeber möglich ist.

**I**n dem vorliegenden Fall ging es darum, dass die Klägerin in einem von dem Beklagten betriebenen Tabakgeschäft mit angeschlossener Lottoannahmestelle tätig gewesen ist, in dem von der Beklagten eine offene – also den Arbeitnehmern bekannte – Videoüberwachung installiert worden war. Diese wurde laut dem Beklagten zum Schutz des Eigentums vor Straftaten von Kunden, wie auch Mitarbeitern installiert. Der Beklagte brachte vor, dass im 3. Quartal 2016 ein Fehlbestand bei Tabakwaren festgesellt worden ist. Daraufhin zeigte sich bei einer im August 2016 vorgenommenen Auswertung der Videoaufzeichnungen, dass die Klägerin Einnahmen nicht in die Kasse gelegt hatte. Daraufhin kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos.

Die Vorinstanzen gaben der Kündigungsschutzklage statt. Das LAG meinte die Erkenntnisse aus der Videoaufzeichnung unterlägen einem Verwertungsverbot; der Beklagte hätte die Bildsequenzen nämlich unverzüglich (vor dem 1. August 2016) löschen müssen.

Auf die Revision des Beklagten hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und an das LAG zurückverwiesen. Der Senat ist

der Auffassung, dass – sofern es sich um eine rechtmäßige offene Videoüberwachung handelt – die Verarbeitung und Nutzung der einschlägigen Bildsequenzen nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSF aF zulässig gewesen sei und nicht gegen das verfassungsrechtlich verankerte Persönlichkeitsrecht der Klägerin verstoße. Der Beklagte müsse das Bildmaterial nicht sofort auswerten, sondern könne solange warten, bis er dafür einen berechtigten Anlass sehe. Abschließend betonte der Senat, dass auch die seit dem 25. Mai 2018 geltende Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nicht einer Verwertung von rechtmäßiger offener Videoüberwachung im Verfahren entgegenstehen würde. /

### PRAXISTIPP

*Die Entscheidung ist zu begrüßen, da sie Klarheit in der Praxis bringt. Zuvor war es sehr streitig, ob derartige Videoaufzeichnungen in einem Prozess verwertbar sind.*

## LAG Niedersachsen: Unverschuldete Arbeitsversäumnis durch Arztbesuch

Liegt ein Fall unverschuldeter Arbeitsversäumnis vor, wenn der Arbeitnehmer einen Arzttermin wahrnimmt?

Ja, entschied nun das LAG Niedersachsen in seinem Urteil vom 8. 2. 2018 (Az. 7 Sa 256/17). Bestellt der Arzt den Arbeitnehmer zu einer Untersuchung oder Behandlung ein und nimmt dabei keine Rücksicht auf terminliche Wünsche des Arbeitnehmers, so hat der Arbeitnehmer nach dem Manteltarifvertrag Groß- und Außenhandel einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

**G**egenstand des Rechtsstreits war, ob die Beklagte dem Kläger für die Dauer eines Arztbesuchs bezahlte Freistellung gewähren muss. Der Kläger ist bei der Beklagten als Klima- und Lüftungsmonteur beschäftigt. Nach seinem Arbeitsvertrag werden die Bestimmungen der jeweils gültigen Tarifverträge des Groß- und Außenhandelsverbandes Niedersachsen e.V. (MTV) zum Vertragsinhalt, soweit im Vertrag keine besonderen Vereinbarungen getroffen sind. In § 13 MTV ist die Freistellung von der Arbeit ohne Anrechnung auf den Urlaubsanspruch und unter Fortzahlung des Entgelts unter anderem für die Fälle der Eheschließung, der Niederkunft der Frau, Todesfälle und Fälle der Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten geregelt. Gegenstand des § 14 MTV ist dagegen die „Arbeitsverhinderung“, insbesondere aufgrund von Krankheit. § 14 Ziffer 3 MTV regelt, dass „in allen anderen Fällen unverschuldeter Arbeitsversäumnis“ das Entgelt nur für die unumgänglich notwendige Abwesenheit, höchstens jedoch bis einer Dauer von 4 Stunden, fortgezahlt wird.

Der Kläger nahm an einem Arbeitstag im April 2016 von 10:15 Uhr bis 11:45 Uhr einen Arzttermin bei seinem Orthopäden wahr. Die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers dauert von Montag bis Donnerstag von 7:15 Uhr bis 16:15 Uhr und freitags von 7:15 Uhr bis 13:00 Uhr. Für die Zeit vor und nach dem Termin nutzte er seinen Freizeitausgleich und arbeitete somit insgesamt an diesem Tag nicht. Die Beklagte belastete das Arbeitszeitkonto des Klägers mit 8,25 Stunden, also auch für die Dauer des Termins. Die Sprech-

stunde des Arztes endet montags bis donnerstags um 15:00 Uhr und freitags um 12 Uhr. Unstreitig war also, dass der Arzt außerhalb der Arbeitszeit des Klägers keine Termine anbietet.

Der Kläger verlangte mit seiner vor dem Arbeitsgericht Osnabrück erhobenen Klage erfolglos die Gutschrift von 1,5 Stunden auf sein Arbeitszeitkonto für die Dauer des Arztbesuches. Das Berufungsgericht gab dem Kläger hingegen nun Recht.

Das LAG Niedersachsen verurteilte die Beklagte dazu, dem Arbeitszeitkonto des Klägers 1,5 Stunden für die Dauer des Arztbesuches gutzuschreiben und zwar ohne Rückforderung der bereits für diese Zeit gezahlten Vergütung. Das Gericht vertritt die Auffassung, dass der Kläger durch den Arztbesuch im Sinne von § 14 MTV unverschuldet versäumt hat, seine Arbeit zu leisten und somit gemäß § 14 MTV einen Entgeltfortzahlungsanspruch hat. Der Auffassung des LAG Niedersachsen liegt die höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG zugrunde, wonach ein **Arztbesuch ein unverschuldetes Arbeitsversäumnis ist, wenn der Arbeitnehmer von einem Arzt zu einer Untersuchung oder Behandlung einbestellt wird und der Arzt auf terminliche Wünsche des Arbeitnehmers keine Rücksicht nehmen will** oder kann (BAG vom 19. 2. 1984 – 5 AZR 92/82). Die Abwesenheit sei auch notwendig gewesen. Der Arbeitnehmer müsse zwar versuchen, die Arbeitsversäumnis möglichst zu vermeiden. Ein Arztbesuch während der Arbeitszeit ist also nicht grundsätzlich unumgänglich notwendig. Gibt es in der Praxis des behandelnden Arztes eine Sprechstunde außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit des Arbeitnehmers und

ist ein sofortiger Arztbesuch nicht aus medizinischen Gründen angezeigt, so muss der Arbeitnehmer den Termin auch außerhalb seiner Arbeitszeit wahrnehmen. Nur, wenn der Arzt dem Terminwunsch des Arbeitnehmers nicht gerecht wird, kommt es zu einer Konfliktsituation zwischen der Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und der Notwendigkeit eines Arzttermins.

Vorliegend handelte es sich um einen Termin zur Nachuntersuchung nach einer Knieoperation. Da der Arzt vor Gericht bestätigte, dass er keine Sprechstunde außerhalb der Arbeitszeit des Arbeitnehmers anbietet, liegen die Voraussetzungen des § 14 Ziffer 3 MTV vor. Auch § 13 Ziffer 3 MTV stehe dem Anspruch des Klägers nicht entgegen. Darin ist geregelt, dass in § 13 Ziffer 1. 1–4 die in Anwendung des § 616 BGB möglichen Fälle abschließend geregelt sind. Nach Auslegung des Tarifvertrages kam das LAG zu dem Ergebnis, dass der MTV zwischen einem Anspruch auf Freistellung von der Arbeit für ganze Tage – § 13 MTV – und

einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung von weniger als einem Tag – § 14 MTV – differenziert. Daraus folge, dass § 13 MTV in Verbindung mit § 616 BGB nur für die Fälle der ganztägigen Abwesenheit gelten sollte, während § 14 MTV die Fälle der Abwesenheit von weniger als einem Tag regeln soll. Deshalb spricht § 14 MTV auch von einer Abwesenheit von „höchstens [...] 4 Stunden“. Folglich hatte die Berufung des Klägers Erfolg. /

#### PRAXISTIPP

*Aus HR-Warte empfiehlt sich, die Arbeitszeiten so zu flexibilisieren, dass Arbeitnehmer bspw. an einem freien Vor- oder Nachmittag pro Woche derartige Termine wahrnehmen können. Nur wo dies nicht möglich ist, weil z.B. der Arzt dann keine Termine anbietet/frei habe, kommen die obigen Grundsätze zum Tragen.*

## Anpassung des gesetzlichen Mindestlohns

Aktuell liegt der gesetzliche Mindestlohn bei € 8,84 brutto pro Stunde. Die Mindestlohnkommission hat am 28. 6. 2018 beschlossen, den Mindestlohn mit Wirkung zum 1. Januar 2019 auf € 9,19 pro Stunde und ab dem 1. Januar 2020 auf € 9,35 pro Stunde zu erhöhen. Damit wird der Mindestlohn erstmals die Neun-Euro-Grenze überschreiten.

**A**lle zwei Jahre muss die Kommission gemäß § 9 Abs. 1 MiLoG neu über die Anpassung des Mindestlohns beschließen, um einen angemessenen Mindestschutz der ArbeitnehmerInnen zu gewährleisten und faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen zu ermöglichen sowie Beschäftigung nicht zu gefährden. Dabei orientiert sich die Festsetzung des Mindestlohns an der nachlaufenden Tariflohnentwicklung. Die Grundlage für die Berechnung der Tarifentwicklung stellt der Tarifindex des Statistischen Bundesamts

dar. Die Mindestlohnkommission rechnet den Tariflohn ohne Sonderzahlungen auf einen Stundensatz herunter und zieht diesen als Basis für ihre Gesamtabwägung heran. Die vom Gesetz angeordnete stufenweise Anpassung des Mindestlohns hat den Vorteil, dass Betriebe die Möglichkeit haben, gesamtwirtschaftlich auf die Erhöhungen zu reagieren. Der Mindestlohn hat seit seiner Einführung bereits zu deutlichen Verdienststeigerungen in Branchen geführt, deren Stundenlöhne vorher besonders häufig unter € 8,50 lagen. /

## Unwirksamkeit einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist

Eine vorformulierte arbeitsvertragliche Verfallsklausel ohne jegliche Einschränkungen in einem nach dem 31. Dezember 2014 geschlossener Arbeitsvertrag ist regelmäßig nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, da hierdurch auch jegliche Ansprüche auf den ab dem 1. Januar 2015 geltenden Mindestlohn nach § 1 MiLoG ausgeschlossen sind.

**D**as Bundesarbeitsgericht hatte in dem vorliegenden Fall (Az.: 9 AZR 162/18; Urteil lag bei Redaktionsschluss noch nicht in Volltextveröffentlichung vor) einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem der Kläger einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung geltend gemacht hat. Der Kläger war bei dem Beklagten seit dem 1. September 2015 als Fußballspieler beschäftigt. In dem Arbeitsvertrag war unter anderem geregelt, dass beiderseitige Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, sofern sie nicht spätestens 3 Monate nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei geltend gemacht werden. Nachdem das Arbeitsverhältnis seitens des Beklagten gekündigt wurde, kam es im anschließenden Kündigungsrechtsstreit zu einem Vergleich, demzufolge das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 15. August 2016 endete. Der Beklagte verpflichtete sich, dass Arbeitsverhältnis bis zum 15. September 2016 ordnungsgemäß abzurechnen. Die dem Kläger Anfang Oktober 2016 zugegangene Abrechnung für August 2016 wies daraufhin keine Urlaubsabgeltung aus. Hieran anknüpfend strebte der Kläger schließlich am 17. Januar 2017 ein Verfahren vor dem Arbeitsgericht auf Urlaubsabgeltung an.

Das Arbeitsgericht gab der Klage statt. In dem anschließenden Berufungsverfahren wurde die Klage vom Landesarbeitsgericht indes wegen der Ausschlussfrist abgewiesen.

Die darauf erfolgte Revision des Klägers vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte Erfolg und führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Das Gericht ist der Auffassung, dass eine Ausschlussklausel, wie die vorliegende, gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstoße. Sie sei nicht klar und verständlich, weil der ab dem 1. Januar 2015 geltende Mindestlohn nicht von der Ausschlussklausel ausgenommen worden sei. Gemäß § 306 BGB sei die Klausel daher im Ganzen unwirksam und es gelte die gesetzliche Ausschlussfrist. Das Gericht sprach dem Kläger daher einen Anspruch auf Abgeltung von 19 Urlaubstagen mit € 1.686,20 brutto zu. /

### PRAXISTIPP

*Ausschlussfristen müssen – auch wenn es sich im Kern gar nicht darum dreht – zwingend einen Hinweis enthalten, dass hierdurch Mindestlohnansprüche davon nicht umfasst sind. Ist dies – wie hier – nicht der Fall, kann der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer die Ausschlussfrist trotz verspäteter Geltendmachung von Ansprüchen nicht wirksam entgegenhalten.*

## Kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung von Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB bei Verzug des Arbeitgebers mit der Entgeltzahlung

Hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB, wenn der Arbeitgeber mit der Entgeltzahlung in Verzug ist? Darüber entschied jetzt das Bundesarbeitsgericht (BAG).

**I**n der Sache hatte der Kläger ursprünglich gegen seinen Arbeitgeber auf Zahlung rückständiger Besitzstandszulagen für die Zeit von Mai bis September 2016 geklagt. Daneben hatte er gegen die Beklagte wegen Verzuges mit der Zahlung der Zulagen einen Anspruch auf Zahlung von drei Pauschalen zu je € 40,00 für die Monate Juli, August und September 2016 nach § 288 Abs. 5 BGB geltend gemacht. Dies begründete er mit der Auffassung, § 288 Abs. 5 BGB sei auch im Arbeitsrecht anwendbar. Die Beklagte vertrat hingegen die Auffassung, § 288 Abs. 5 BGB sei im Arbeitsrecht gemäß § 12a ArbGG ausgeschlossen. Außerdem habe die Beklagte sich nicht schuldhaft im Verzug befunden, so dass die Voraussetzungen des § 288 Abs. 5 BGB ohnehin nicht vorlägen.

In den Vorinstanzen hatte der Kläger Recht bekommen. Die Revision der Beklagten, mit der sie sich lediglich gegen die Zahlung der Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB wendet, hatte nun vor dem BAG Erfolg. Das BAG stellte fest, dass der Kläger keinen Anspruch auf die Pauschalen habe. § 288 BGB finde zwar grundsätz-

lich Anwendung auf Fälle, in denen sich der Arbeitgeber mit der Zahlung des Arbeitsentgeltes in Verzug befindet, jedoch schließe § 12 a Abs. 1 S. 1 ArbGG als Sondervorschrift im Arbeitsrecht nicht nur einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch wegen erstinstanzlich entstandener Beitreibungskosten, sondern auch einen entsprechenden materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch und somit auch einen Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB aus. /

### PRAXISTIPP

*Zuletzt hatten die Gerichte hier anders entschieden und entsprechende pauschalierte Verzugszahlungen gebilligt. Dies führte in der Praxis zu einer Prozesslawine wegen verspätet gezahlter Gehälter und entsprechenden Verzugsansprüchen. Diese Praxis dürfte nun ein schnelles Ende finden.*

## 70-Tage-Regelung bei kurzfristiger Beschäftigung wird unbefristet verlängert

Der Koalitionsausschuss von CDU/CSU und SPD hat am 28. 8. 2018 beschlossen, dass die zunächst nur bis zum 31. 12. 2018 geltende 70-Tage-Regelung bei kurzfristiger Beschäftigung auf unbestimmte Zeit verlängert wird.

**D**amit reagiert die Koalition auf die positiven Effekte, welche sich insbesondere in der Landwirtschaft – aber auch in anderen Gebieten – deutlich gemacht haben. Saisonbetriebe können so ohne Probleme ihren saisonalen Bedarf an Arbeitskräften decken, ohne dass Sozialabgaben geleistet werden müssen. Die Koalition kommt damit auch solchen Betrieben entgegen, die nach der Einführung des Mindestlohns weiterhin vor den Herausforderungen stehen, die gestiegenen Lohnkosten am Markt zu erwirtschaften. Wie gehabt, soll der Krankenversicherungsschutz weiterhin über die private

Krankenversicherung des Arbeitnehmers geregelt werden, während die Unfallversicherung vom Unternehmen getragen wird.

Durch diesen Beschluss, der noch vom Bundestag offiziell verabschiedet werden muss, werden nun auf unbestimmte Zeit

die passenden Rahmenbedingungen geschaffen, die für eine regionale Produktion bzw. saisonale Beschäftigung von Arbeitnehmern nötig sind. /

## Einbeziehung der Zeiten einer unwiderruflichen Freistellung bei der Berechnung für die Höhe des Arbeitslosengelds

Am 30. August 2018 hat der 11. Senat des Bundessozialgerichts entschieden (AZ: B 11 AL 15/17 R), dass die während einer Freistellung gezahlte und abgerechnete Vergütung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses bei der Berechnung des Arbeitslosengelds mit einzubeziehen ist.

**I**n dem vorliegenden Fall ging es darum, dass die Klägerin mit ihrer Arbeitgeberin einvernehmlich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum 30. April 2012 durch Aufhebungsvertrag vereinbart hatte. Die Arbeitgeberin zahlte ab dem 1. Mai 2011, dem Beginn der Freistellung, vereinbarungsgemäß die monatliche Vergütung weiter, während sich die Klägerin verpflichtete während der Freistellungsphase für etwaige Fragen bereitzustehen. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bezog die Klägerin bis zum 24. März 2013 von der Beklagten Krankengeld, ehe ihr diese ab dem 25. März 2013 ein Arbeitslosengeld in Höhe von kalendertäglich € 28,72 bewilligte. Dabei ließ die Beklagte, die während der Freistellungsphase gezahlte Vergütung bei ihrer Berechnung außer Betracht. Als Argument führte die Beklagte an, dass die Klägerin faktisch zum 1. Mai 2011 aus der Beschäftigung ausgeschieden war.

Das Bundessozialgericht hat der Klage stattgegeben und der Klägerin kalendertäglich € 181,42, unter Einbeziehung der bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses gezahlten Vergütung, zugesprochen. Das Gericht war der Auffassung, dass die von der

Beklagten zugrunde gelegte fiktive Bemessung ausgeschlossen ist. Maßgebend für eine Berechnung im Sinne des § 150 Absatz 1 Satz 1 SGB III sei der Begriff der Beschäftigung im versicherungsrechtlichen Sinn, wonach das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses maßgeblich ist. /

### PRAXISTIPP

*Mit dieser Entscheidung hat der Senat bis dato gegenläufige Entscheidungen des BSG gekippt und hält nicht weiter an der bisherigen Rechtsprechung fest. Dies ist zu begrüßen, da die bisherige Praxis der Sozialgerichte problematisch für Arbeitnehmer war, deren Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine längere Freistellung voranging. Demgemäß ist für die Berechnung des Arbeitslosengelds (nunmehr) der tatsächliche Zeitraum des Arbeitsverhältnisses maßgebend.*

# Kontakt & Anfragen

Sekretariat: Telefon: (040) 37601-2348. Sprechen Sie uns bei Fragen oder weiterem Beratungsbedarf gern an – wir freuen uns über Ihre Nachricht.



**Dr. Volker Vogt, LL.M.**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt  
für Arbeitsrecht, Partner  
[volker.vogt@schomerus.de](mailto:volker.vogt@schomerus.de)



**Felix Geulen**  
Rechtsanwalt  
[felix.geulen@schomerus.de](mailto:felix.geulen@schomerus.de)



**Jannis Sothmann**  
Rechtsanwalt  
[jannis.sothmann@schomerus.de](mailto:jannis.sothmann@schomerus.de)

Schomerus ist Mitglied von HLB Deutschland mit 22 selbstständigen und unabhängigen Mitgliedsfirmen mit insgesamt über 37 Büros quer durch Deutschland. 235 Partner und 1.872 Berufsträger und Mitarbeiter kümmern sich um die Belange der meist mittelständischen Mandanten.

„Global Care“ gewährleisten wir durch unsere Mitgliedschaft bei HLBI, dem internationalen Netzwerk unabhängiger Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften mit 500 Büros in mehr als 130 Ländern und damit Präsenz in allen bedeutenden Wirtschaftszentren rund um den Globus.

Schomerus & Partner ist Mitglied von HLB International. Ein weltweites Netzwerk unabhängiger Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften. Schomerus ist Gründungsmitglied von HLB Deutschland.

1924 gegründet, hat Schomerus schon früh die Verbindung mit anderen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gesucht und die gemeinsame Kraft genutzt, um zu wachsen und sich zu einem der führenden Anbieter von Prüfungs-, Rechtsberatungs- und Steuerberatungsdienstleistungen im norddeutschen Raum zu entwickeln.

Heute umfasst Schomerus fünf Gesellschaften, die bundesweit auf den Feldern Steuerberatung, Rechtsberatung, Wirtschaftsprüfung und Strategieberatung tätig sind.



## Schomerus & Partner mbB

Steuerberater · Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer  
Deichstraße 1 · 20459 Hamburg

[www.schomerus.de](http://www.schomerus.de)

Alle Informationen und Angaben in diesem Rundschreiben haben wir nach bestem Wissen zusammengestellt. Sie erfolgen jedoch ohne Gewähr. Die Informationen in diesem Rundschreiben sind als alleinige Handlungsgrundlage nicht geeignet und können eine konkrete Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Wir bitten Sie, sich für eine verbindliche Beratung bei Bedarf direkt mit uns in Verbindung zu setzen. Durch das Abonnement dieses Rundschreibens entsteht kein Mandatsverhältnis. Redaktionsschluss: 10. 12. 2018