



1. Bekanntmachung Neufassung Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 28.02.2017:

Das bereits in unserer update-Veranstaltung vom Januar angesprochene neu gefasste AÜG ist nunmehr veröffentlicht. Maßgeblich dürfen **weniger als 18 „aufeinanderfolgende Monate“** der Überlassung bestehen, andernfalls wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet. Die Definition „aufeinanderfolgend“ ist hierbei nicht wortgetreu zu lesen, eine Zusammenrechnung erfolgt, wenn nicht wenigstens **3 Monate Karenzzeit zwischen den Einsätzen** besteht, auch der vorherige Verleih desselben Arbeitnehmers durch einen anderen Verleiher ist schädlich. Tarifliche Öffnungen oder Übernahme tariflicher Regelungen durch Betriebsvereinbarung sind möglich. Die **gesetzliche Begründung** eines Arbeitsverhältnisses **mit dem Entleiher** erfolgt nunmehr auch dann, wenn die Abrede **Verleiher-Entleiher formal nicht ordnungsgemäß** erfolgt (z.B. konkrete Bezeichnung AN).

2. BAG 24.08.2016: gedankliche Zuordnung bei Vertretungsbefristung

Die **Vertretung aus Krankheitsgründen** kann **durch** einen **befristeten Arbeitnehmer** erfolgen, die Befristung ist aus diesem Grund dann gerechtfertigt nach § 14 Abs. 2 TzBfG. **Übernimmt** der befristet Eingestellte **unmittelbar** die **Tätigkeit** des **krankheitsbedingt Verhinderten**, ist der **Kausalzusammenhang** zwischen Befristung und deren Grund **unproblematisch**. Der Arbeitgeber kann aber **auch mittelbare** Vertretung anordnen, das heißt die **Aufgaben** des **Erkrankten** werden **durch andere Arbeitnehmer** des Betriebes erfüllt und **deren Aufgabe** wird wiederum **durch den befristet Eingestellten** erfüllt. Hier hat das Unternehmen die **Befristungskette darzustellen**.

Eine **dritte Variante** liegt in der sogenannten „gedanklichen Zuordnung“, hierbei kommt es **nicht darauf an, ob und wie die Aufgaben des Erkrankten ausgeübt** werden. **Selbst wenn der Erkrankte die durch den Befristeten ausgeübte Tätigkeit nie vornahm**, kann eine wirksame Vertretung vorliegen, wenn das **Direktionsrecht das Unternehmen berechtigt**, dem **Erkrankten diese Tätigkeit überhaupt zuzuweisen** und diese **gedankliche Zuordnung im Arbeitsvertrag benannt** wird. Die Klägerin wurde „zur Vertretung der erkrankten H“ eingestellt und in deren Tätigkeitfeld, aber **ergänzend** auch zur **Urlaubsvertretung** einer **weiteren Mitarbeiterin**, beschäftigt. Da auch der Stammkraft H diese Urlaubsvertretung zuweisbar gewesen wäre, kommt es nicht darauf an, dass die Stammkraft eine solche Urlaubsvertretung tatsächlich nie ausgeübt hat.

Die Klägerin meinte, die Befristung sei nicht wegen der Vertretung der H gerechtfertigt, weil ein **dauernder Vertretungsbedarf** bestehe **mangels Personalreserve** der Beklagten in diesem Bereich. Das BAG verneint dieses Argument, es betont, das Unternehmen müsse keine solche Reserve vorhalten, um die routinemäßig anfallende Arbeit jedenfalls mit unbefristet Beschäftigten erfüllen zu können. Darauf, **ob ein ständiger Vertretungsbedarf besteht, den der Arbeitgeber auch durch eine Personalreserve unbefristeter Arbeitnehmer abdecken könnte**, kommt es für das Vorliegen des Sachgrunds der Vertretung nicht an, so das BAG. Im **Gegensatz zur Befristung nach § 14 II Nr. 1 TzBfG wegen vorübergehendem betrieblichem Bedarf** muss für die **Befristung zur Vertretung nach Nr. 3 bei Vertragsschluss nicht prognostiziert werden, nach Ablauf der Befristung bestünde allgemein kein (Dauer-)bedarf mehr**. Für diesen Befristungsgrund der **Nr. 3 ist allein die Prognose des Fortfalls des konkreten Vertretungsbedarfs** durch Wiedergenesung der Stammkraft erheblich.

Die Befristung erwies sich daher als gerechtfertigt. Allerdings kann durch die gedankliche Zuordnung der Ausfall der Stammkraft nicht zur Begründung einer weiteren Befristung anderer



Arbeitnehmer herangezogen werden, der Arbeitgeber hat sich insofern bereits durch die Zuordnung auf den ersten befristeten Vertreter festgelegt.

3. LAG Berlin 01.11.2016: einstweilige Verfügung bei Versetzung

Eine Versetzung steht stets unter Vorbehalt der Billigkeit im Sinne des § 106 GewO. Die Klägerin war in der **Filiale einer Einzelhandelskette** beschäftigt und sollte **von Cottbus nach Frankfurt/Oder versetzt** werden. Der Arbeitsvertrag enthielt die Bezeichnung „**Arbeitsort Filiale 3...EC Cottbus**“. Die Klägerin wehrte sich, das Arbeitsgericht Cottbus erließ die einstweilige Verfügung mit Blick auf die **Unzumutbarkeit** hinsichtlich des **monatlichen Bruttoeinkommens** und **anfallender Fahrtkosten**. Das LAG bestätigt dies im Wesentlichen. Angesichts der Arbeitsvertragsklausel sei von einer **Bindung an den Arbeitsort Cottbus** auszugehen. Zwar hätte eine allgemeinere Regelung „Arbeitsort Cottbus“ als solche nicht genügt, das örtliche Direktionsrecht zu beschränken. Da der Arbeitsvertrag aber **in weiteren Klauseln auf „die Filiale“** im Singular Bezug nahm, sah das Gericht die **Konkretisierung auf diesen Arbeitsort** an, der Arbeitsvertrag ließ also **keine anderweitige Beschäftigung außerhalb der Filiale zu**. Zu **unterscheiden** ist jedoch (so das Gericht mit Hinweis auf BAG 5 AZR 249/11, wonach ein Arbeitnehmer sich einer **unbilligen Ausübung des Direktionsrechts nicht einfach widersetzen** darf, sondern das Arbeitsgericht anrufen muss) **ob die Direktionsrechtsausübung über die Unbilligkeit hinaus nicht noch aus anderen Gründen heraus unwirksam ist** (so der konkrete Fall hier wegen der konkreten arbeitsvertraglichen Sperre anderweitiger örtlicher Beschäftigung).

4. LAG Niedersachsen 29.11.2016: nichtverlängerte Befristung wegen Adipositas

Der mit einem BMI von 40 **stark übergewichtige Mitarbeiter** wurde zunächst **2 Jahre befristet** eingestellt. Er wünschte die Fortsetzung der Tätigkeit, auch das **Unternehmen war grundsätzlich zufrieden**. Erhebliche **gesundheitliche Einschränkungen** des als Kraftfahrer Beschäftigten bestanden während der befristeten Beschäftigung **nicht**. Das **Unternehmen lehnte die unbefristete Fortsetzung** des Arbeitsverhältnisses **ab**. Der Kläger versuchte auf Grundlage des **AGG wegen einer Diskriminierung aufgrund Behinderung die Befristungsabrede zu Fall** zu bringen, mithin ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis** durch das Arbeitsgericht **feststellen zu lassen**. Die Ablehnung des Unternehmens beruhte nämlich auf der vertrauensärztlichen Untersuchung, wobei mitgeteilt wurde, dass bei einem derart starken Übergewicht **mittelfristig mit einer Gesundheitsgefährdung zu rechnen** sei. Das **LAG sah keine Diskriminierung** nach AGG und **verneinte** auch eine **Behinderung** weil der **Kläger trotz Adipositas an der wirksamen Teilhabe im Berufsleben (noch) nicht gehindert** sei. Die **vertraglich geschuldete Tätigkeit** sei ihm **ohne weiteres möglich** gewesen. Deshalb kam eine Unwirksamkeitserklärung der Befristung aufgrund Diskriminierung nicht in Betracht.

5. BAG 15.12.2016: Internationale Zuständigkeit/Rechtswahl Arbeitsvertrag

Der Kläger arbeitete in einem **Vertriebsteam in Deutschland** und der **Schweiz**, erfüllte seine **wesentlichen Arbeitspflichten** aber **in Deutschland**. Er klagte gegen die in der **Schweiz ansässige Arbeitgeberin** vor **deutschem Arbeitsgericht**. Zuständigkeitsbegründend für die deutsche Gerichtsbarkeit war im Wesentlichen ein **Verzicht auf die Rüge des unzuständigen Gerichtsstands** seitens **des beklagten Schweizer Unternehmens**. Hierbei muss international-rechtlich nicht, wie im deutschen Zivilprozess, streng ein Einlassen auf die Hauptsache oder eine



fehlende Rüge in der mündlichen Verhandlung vorliegen, sondern es genügen **geminderte Verzichtaspekte**. Zudem befasste sich das Gericht mit der Frage des anzuwendenden Rechts. Es nahm eine **konkludente Rechtswahl** zugunsten **deutschen Rechts** an und arbeitete hierzu **Indizien heraus**, wie die **Vertragssprache** (hier unergiebig, da in beiden Ländern Deutsch gesprochen wird), den **Ort des Vertragsschlusses**, entscheidend jedoch die **Bezugnahme des Vertrages** auf einzelne **Vorschriften des BGB**. Hinzu kommt die vereinbarte Währung **in Euro** als Indiz. Zudem sah es auch im **Verhalten der Parteien im Rechtsstreit** eine konkludente Rechtswahl, wenn sie sich ausschließlich auf **Rechtvorschriften eines bestimmten Staates** beziehen. Angesichts der Annahme deutschen Rechts war die **unzutreffende Kündigungsfrist** gemäß § 4,7 KSchG binnen **3 Wochen nach Zugang der Kündigung** zu rügen. (anders Schweizer Recht!). Allerdings darf nach Art. 8 I ROM-I-VO Arbeitnehmern nicht der Schutz entzogen werden, der durch die so genannten „**zwingenden Bestimmungen**“ des Rechts gewährt wird, das ohne Rechtswahl auf den Vertrag anzuwenden wäre, es erfolgt insofern ein **Günstigkeitsvergleich**. Sind mehrere Staaten betroffen, kommt es zunächst für den **gewöhnlichen Arbeitsort** an, an dem oder von dem aus die berufliche Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird im Sinne eines Mittelpunkts der Tätigkeit. Ist dieser nicht feststellbar, kann auf die **einstellende Niederlassung** zurückgegriffen werden. Mangels Einhaltung der 3-Wochefrist hinsichtlich der fehlerhaften Kündigungsfrist sieht das BAG die **Kündigung** als **wirksam** an, das heißt, sie **beendet das Arbeitsverhältnis** zu einem „**falschen Termin**“.

6. LAG Hamburg 21.07.2016: Kündigungsschutz stellvertretender Datenschutzbeauftragter

Angesichts einer längeren **Erkrankung des Datenschutzbeauftragten** wurde der **Kläger befristet** für ein halbes Jahr **zu dessen Stellvertreter** bestellt. **Binnen des einjährigen Nachlaufzeitraums** nach Ablauf der befristeten Funktion **kündigte** das Unternehmen dem **Kläger**, er **berief sich** auf **Sonderkündigungsschutz** nach § 4f Abs. 3 BDSG. Das **Gesetz** regelt den **SonderKüSch** nur für den **eigentlichen DSB**, nicht aber explizit für dessen Stellvertreter. Das LAG erweitert jedoch, entscheidend sei, dass die **Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter tatsächlich** ausgeübt worden sei. Die **Beklagte** hatte **argumentiert**, wegen **befristeter Vertretung** komme der **Schutzgedanke des Sonderkündigungsschutzes** nicht in Betracht, dieser solle **vermeiden**, dass der **Datenschutzbeauftragte** gerade **wegen seiner Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter gekündigt** werde. Die **Befristung** wirke schließlich **unabhängig** hiervon, es **fehle** an der **Konfliktsituation**. Das LAG führt aus, dass der Sonderkündigungsschutz nur für Datenschutzbeauftragte, die nach § 4f Abs. 1 BDSG „zu bestellen sind“ wirke. Es ist also zu fragen, **ob** es der **Bestellung des stellvertretenden Datenschutzbeauftragten bedurfte**, als Ausfluss einer gesetzlichen Pflicht. Ob die Bestellpflicht für Stellvertreter gilt, ist umstritten. Das **LAG bejahte** dies, **weil im Betrieb personenbezogene Daten automatisiert verarbeitet** werden. Konsequenterweise kommt zum Ergebnis der Unwirksamkeit der Kündigung, ließ aber wegen der offenen Rechtsfrage die **Revision zum BAG** zu.

7. BAG 26.10.2016: Umkleidezeiten und Wegezeiten – vergütungspflichtig?

Das BAG stellt wiederholt fest, dass **Umkleidezeiten** dann zur **Arbeitszeit**, welche zu vergüten ist, zählen, **wenn** im Betrieb eine **bestimmte Arbeitskleidung vorgeschrieben** ist. Der Arbeitnehmer trägt allerdings die Darlegungs- und Beweislast für Umkleide- und Wegezeiten. Dem stand die **Regelung im Betrieb** entgegen wonach der Arbeitgeber versuchte zu vereinbaren, dass die Wegezeiten von Stempeluhren oder Pausenräumen/Umkleideräume zur Arbeitsstätte **leistungsentgeltfrei** seien. Der **Kläger** machte geltend, er habe **täglich 36 Minuten** für



Wegezeiten und den **Umkleidvorgang** benötigt und **verlangte entsprechende Vergütung**. Dem **entsprach** das **BAG** und half dem Arbeitnehmer hinsichtlich der **Zeitfaktoren** durch **Schätzung** nach § 287 ZPO. Es sah durch den Arbeitsvertrag die Vergütungspflicht nicht als **Abbedungen** an, da **AGB** vorlagen. Eine **Abbedingung** sei durch die **Vertragsklausel** nicht erfolgt, weil ein **Stundenentgelt** zur **Zahlung** vereinbart sei. In diese **Stunden** zählen auch die **Umkleidung** und **entsprechende Wege**.

8. BAG 17.11.2016: Datennutzung aufgrund Betriebsvereinbarung

Durch **Betriebsvereinbarung** wurde im Unternehmen (öffentlicher Nahverkehr) die **Nutzung** von **Datenerfassungssystemen** durch **alle Fahrer** vereinbart. Der **Kläger weigerte sich** und erhielt hierauf **Abmahnungen**. Er war tariflich nur noch **außerordentlich kündbar**. Entsprechend erfolgte eine **außerordentliche Kündigung**, **hilfsweise** mit **sozialer Auslauffrist** aus **verhaltensbedingten Gründen**, weil der Kläger an der **Datenerfassungsmaßnahme** nicht teilnehmen wollte (**Erfassung hochtourigen Fahrens, Laufzeitüberschreitung, scharfes Bremsen, überhöhte Beschleunigung, Geschwindigkeitsüberschreitung**). Das **BAG** hielt die **Kündigung** mit **Auslauffrist** für **wirksam**. Die **Betriebsvereinbarung** sei eine **hinreichende Grundlage zur Verpflichtung** des Klägers an der **Datenerfassungsmaßnahme** teilzunehmen. Hiergegen hat der Kläger wiederholt **vorsätzlich verstoßen**. Der **Eingriff in das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung** sei durch **§ 4 BDSG** in Verbindung mit der **Betriebsvereinbarung gerechtfertigt**. Das **BAG** hielt die **Datenerhebung** für **notwendig**, weil keine **übermäßige Belastung** für den Arbeitnehmer vorlag und auch die **Abwägung** der gegenseitigen Interessen **zugunsten des Unternehmens** stritt.

9. BAG 07.12.2016: Bezugnahme auf Tarifregelungen in Arbeitsverträgen

Nehmen **Arbeitsverträge auf Tarifverträge Bezug**, **kommt es darauf an, ob** die Verträge **vor dem 01.01.2002 geschlossen** wurden oder nicht. Auch **spätere Vertragsänderungen** nach diesem Stichtag **können die rechtliche Einordnung der Bezugnahmeklauseln** ändern. Der **Kläger** machte **Zahlungsansprüche** nach der **aktuellen Entgelttabelle des Tarifs** geltend. Der **ursprüngliche Arbeitsvertrag** enthielt eine **pauschale Bezugnahme** auf den einschlägigen **Tarifvertrag**. Als **Resultat einer Änderungsvereinbarung** aus **2003**, so das **BAG**, sei aus der **vorherigen Einordnung** als **Gleichstellungsabrede** eine **zeitdynamische Verweisung** geworden, welche eine **unmittelbare Bindung** an die **Entgeltentwicklung des Tarif** bewirke. Was lief falsch? Nach **BAG** stellt eine Klausel „jeweils gültigen Verfassung des Tarifs“ im Regelfall eine **dynamische Kopplung** an die tarifliche **Vergütungsentwicklung** dar. So **jedenfalls**, wenn die **Bezugnahmeklauseln nach dem 01.01.2002 vereinbart** wurde. Die gilt **aber auch** für **nach dem 01.01.2002 geänderte Verträge**, wenn auch die **Tarifbezugnahmeklausel** zum **Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung** gemacht wurde. Dies **ist der Fall**, wenn geregelt ist, dass „**alle anderen Vereinbarungen des Altvertrages unberührt bleiben**“. Hierin sieht das **BAG** das **Festhalten an der Bezugnahme auf dem Tarif** als **rechtsgeschäftlich bestätigt** an. Primär hatten die **Parteien 2003 lediglich die Arbeitszeit verändert**, jedoch formuliert „**Der Arbeitsvertrag aus 1992 bleibt im Übrigen unberührt**“. Hiermit hätten die **Parteien**, so das **BAG**, vereinbart, dass **sämtliche vorhergehenden Abreden** mithin auch die **Bezugnahmeklausel** in ihrer **rechtsgeschäftlichen Willensbildung** einbezogen worden. Hieran **ändert auch nichts**, dass das **Unternehmen bereits 1995** aus der in **Bezug** genommenen **Tarifvereinigung** **ausgetreten** war. Hierauf gilt es bei der **Vertragsgestaltung zwingend** zu achten.