

# DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

## GLAUBER & PARTNER



## INHALT

### EDITORIAL

#### BAG Aktuell:

- Nichtigkeit arbeitsvertraglicher Ausschlussklauseln

#### Aus der Rechtsprechung:

- Wer trägt das Betriebsrisiko in der Pandemie?
- Beschäftigungsanspruch bei attestierter Unfähigkeit, eine Maske zu tragen?
- Darlegungslast im Überstundenprozess
- Verstoß gegen Mitbestimmungsrecht bei Gefährdungsbeurteilung
- Ermittlungskosten bei Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers

#### AUS DER GESETZGEBUNG:

- Betriebsrätemodernisierungsgesetz

## EDITORIAL

Wir möchten Sie wieder über einige aktuelle Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und der Instanzgerichte zu besonders relevanten Themen für Ihre Personalarbeit informieren.

So sieht das BAG entgegen seiner früheren Rechtsprechung nun arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln als nichtig an, sofern diese Ansprüche aus vorsätzlicher Vertragsverletzung und vorsätzlicher unerlaubter Handlung nicht ausdrücklich ausnehmen.

Am 18.06.2021 ist das Betriebsrätemodernisierungsgesetz in Kraft getreten, das Betriebsratswahlen und die Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt fördern soll. Wir möchten Sie über dessen wichtigste Regelungen informieren.

Wir hoffen, dass der ARBEITSRECHTSREPORT wieder Ihr Interesse findet.

## BAG AKTUELL:

### Nichtigkeit arbeitsvertraglicher Ausschlussklauseln BAG, Urteil vom 26.11.2020 (Az.: 8 AZR 58/20)

Im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses verlangte die beklagte Arbeitgeberin im Wege der Widerklage von der Klägerin, die wiederholt private Rechnungen ihres Ehemannes mit Geldern der Beklagten beglichen hatte, Schadenersatz. Zwischen den Parteien war vertraglich geregelt, dass alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, binnen einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Fall der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Ausschlussfrist von einem Monat einzuklagen sind.

Unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung entschied das BAG, dass eine Ausschlussklausel, nach welcher pauschal und ausnahmslos alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, auch Ansprüche wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung und vorsätzlichen unerlaubten Handlungen umfasst. Eine solche Klausel verstoße gegen § 202 Abs. 1 BGB und sei deshalb gemäß § 134 BGB nichtig.

In arbeitsvertraglichen Ausschlussklauseln müssen daher nunmehr neben gesetzlichen Mindestlohnansprüchen auch Ansprüche aus vorsätzlicher Vertragsverletzung oder vorsätzlicher unerlaubter Handlung vom Ausschluss ausdrücklich ausgenommen werden. Andernfalls sind diese insgesamt unwirksam.

**Änderung der Rechtsprechung:**  
Ausschlussklauseln müssen Ansprüche aus vorsätzlicher Vertragsverletzung und vorsätzlicher unerlaubter Handlung ausdrücklich ausnehmen.

**AUS DER RECHTSPRECHUNG:****Wer trägt das Betriebsrisiko in der Pandemie?****LAG Düsseldorf, Urteil vom 30.3.2021 (Az.: 8 Sa 674/20)**

Die beklagte Spielhallenbetreiberin war durch die Corona-Pandemie ab dem 22.03.2020 aufgrund staatlicher Maßnahmen gezwungen, ihren Betrieb zu schließen. Die Klägerin hätte nach ihrem Dienstplan im April 2020 insgesamt 62 Stunden gearbeitet. Da ihr Arbeitsverhältnis aufgrund ihres Eintritts in den Ruhestand am 01.05.2020 endete, erhielt die Klägerin kein Kurzarbeitergeld. Sie verlangte stattdessen Annahmeverzugslohn für ihre ausgefallenen Arbeitsstunden im April, bestehend aus Grundvergütung und Zuschlägen.

Das LAG Düsseldorf gab der Klage statt. Der Vergütungsanspruch der Klägerin folge aus § 615 BGB, weil sich die Beklagte im Verzug mit der Annahme der Arbeitsleistung befand. Nach der gesetzlichen Wertung des § 615 Satz 3 BGB trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko, also das Risiko, den Betrieb aufgrund von Ursachen, die von außen auf den Betrieb einwirken, nicht fortführen zu können. Hiervon seien Fälle höherer Gewalt erfasst, wozu neben Ereignissen wie Naturkatastrophen, Erdbeben und extremen Witterungsverhältnissen auch die aktuelle Pandemie zähle. Dass eine staatlich angeordnete Schließung dieses Risiko zu Lasten der Spielhalle verwirklichte, ändere daran nichts. Auch ein Fall, in dem die Klägerin ihre Arbeitskraft überhaupt nicht mehr verwerten konnte, was zu dem von ihr zu tragenden allgemeinen Lebensrisiko gehören würde, war nicht gegeben.

Das LAG hat die Revision zugelassen.

Arbeitgeber trägt das Betriebsrisiko bei pandemiebedingter Betriebsschließung.

**Beschäftigungsanspruch bei attestierter Unfähigkeit, eine Maske zu tragen?****LAG Köln, Urteil vom 12.04.2021 (Az.: 2 SaGa 1/21)**

Der Kläger war bei der Beklagten im Bauamt auf einem Arbeitsplatz im Rathaus tätig. Die von ihm zu bearbeitenden Bauakten waren noch nicht digitalisiert und mussten zur Erbringung der Arbeitsleistung im Rathaus eingesehen werden. Als im Mai 2020 in der behördlichen Arbeitsstätte des Klägers die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung angeordnet wurde, legte der Kläger zwei Atteste vor, ausweislich derer er aus gesundheitlichen Gründen vom Tragen von Mund-Nase-Bedeckungen oder Gesichtsschilden befreit war. Da die Arbeitgeberin den Kläger ohne Maske nicht beschäftigen wollte, beantragte dieser eine einstweilige Verfügung, um eine Beschäftigung ohne Maske oder alternativ eine Beschäftigung im Home-Office, zu erreichen.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das LAG Köln wiesen die Anträge des Klägers ab.

Dem Beschäftigungsanspruch des Klägers stehe das ordnungsgemäß ausgeübte Direktionsrecht der Arbeitgeberin gem. § 106 Abs. 1 GewO sowie der Gesundheits- und Infektionsschutz und die daraus resultierende Pflicht der Arbeitgeberin, aufgrund der Pandemielage ihre Arbeitnehmer zum Tragen einer Maske anzuhalten, entgegen. Der berechtigte Infektionsschutz der übrigen Mitarbeiter und Besucher der Arbeitsstätte überwiege daher das Beschäftigungsinteresse des Klägers.

Es bestehe auch kein Anspruch auf die Einrichtung eines Home-Office-Arbeitsplatzes, da die Arbeitgeberin nicht verpflichtet sei, dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit im Home-Office zu ermöglichen. Denn die dem Kläger zugeordneten Arbeiten seien nicht durch technische Maßnahmen so zu ändern, dass dieser seine Arbeitsleistung vollständig von zu Hause aus erbringen könne. Damit stünden der Einrichtung eines mobilen Arbeitsplatzes dringende betriebliche Gründe entgegen.

Infektionsschutz überwiegt Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers.

Kein Anspruch auf Home-Office, wenn Arbeitsleistung nicht vollständig zu Hause erbracht werden kann.

**Darlegungslast im Überstundenprozess****LAG Niedersachsen, Urteil vom 06.05.2021 (Az.: 5 Sa 1292/20)**

Der Kläger, der bis zum 30.09.2019 als Auslieferungsfahrer bei der Beklagten beschäftigt war, machte Überstundenvergütung für einen Zeitraum von eineinhalb Jahren auf Basis der von der Beklagten erstellten technischen Zeitaufzeichnungen geltend. Ob diese Aufzeichnungen zur Erfassung der vergütungspflichtigen Arbeitszeit erstellt worden waren, war zwischen den Parteien streitig.

Die Vorinstanz hatte der Klage stattgegeben und zur Begründung unter Bezugnahme auf ein Urteil des EuGH (C-55/18) ausgeführt, die Beklagte sei in europarechtskonformer Auslegung des § 618 BGB zur Erfassung und

➤

Kontrolle der Arbeitszeiten des Klägers verpflichtet gewesen. Da sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei, reichten nach Ansicht des Arbeitsgerichts die vorgelegten technischen Aufzeichnungen als Indiz für die geleistete Arbeitszeit aus. Diese Indizien habe die Beklagte nicht, z.B. durch die Darlegung von Pausenzeiten, entkräften können.

Diese Auffassung teilte das LAG nicht und wies die Klage ab. Das Urteil des EuGH habe keine Aussagekraft für die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess im Hinblick auf die Frage der Anordnung, Duldung oder Betriebsnotwendigkeit von Überstunden. Dem EuGH komme keine Kompetenz zu einer Entscheidung über Vergütungsfragen zu. Dies ergebe sich aus Art. 153 AEUV. Einen Anspruch auf Überstundenvergütung hatte der Kläger daher nicht hinreichend dargelegt.

Die Revision zum Bundesarbeitsgericht hat das LAG in seiner Entscheidung zugelassen.

### Verstoß gegen Mitbestimmungsrecht bei Gefährdungsbeurteilung LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 12.01.2021 (1 TaBVGa 4/20)

Im Zuge der Planungen für ein neues Paketverteilzentrum eines Unternehmens, das Briefe und Pakete zustellt, forderte der Betriebsrat mit ihm über die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung in Verhandlungen zu treten. Zeitgleich bestand eine Einigungsstelle, in der beide Seiten versuchten, ein Einvernehmen zum generellen Umgang mit Gefährdungsbeurteilungen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bzw. § 5 ArbSchG zu finden. Als das Unternehmen dann – ohne dass es zu einer Einigung gekommen wäre – das neue Paketverteilzentrum in Betrieb nahm, beantragte der Betriebsrat im Wege der einstweiligen Verfügung dessen vorläufige Stilllegung.

Das LAG Schleswig-Holstein lehnte den Erlass einer einstweiligen Verfügung ab und begründete dies damit, dass der vom Betriebsrat gerügte Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht bei der Erstellung der Grundlagen für eine Gefährdungsbeurteilung nicht die Untersagung der Inbetriebnahme der neuen Paketverteilanlage rechtfertige, da der dem Betriebsrat dem Grunde nach zustehende Unterlassungsanspruch nicht auf diese Rechtsfolge gerichtet sei.

Zwar habe unzweifelhaft eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats vorgelegen, da es das Unternehmen unterlassen habe, vor Durchführung der Gefährdungsbeurteilung mit dem Betriebsrat eine Vereinbarung über deren Grundlagen herbeizuführen, nicht aber darin, dass es die Gefährdungsbeurteilung selbst bereits vor der Einigung mit dem Betriebsrat durchgeführt hat. Dass die Arbeitgeberin die Gefährdungsbeurteilung nicht vor der Inbetriebnahme des Paketverteilzentrums vorgenommen hat, begründe eine Ordnungswidrigkeit, zu deren Sanktionierung allein die zuständige Ordnungsbehörde berufen sei.

Mitzubestimmen habe der Betriebsrat bei der Festlegung der Regelungen, nach denen die Gefährdungsbeurteilung erfolgen soll. Der Zeitpunkt, zu dem die Gefährdungsbeurteilung erfolgt, unterliege dagegen nicht der Mitbestimmung. Zudem erfolge auch die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung als tatsächliche Handlung ohne Beteiligung des Betriebsrats.

Aus der einseitig erfolgten Gefährdungsbeurteilung ergebe sich daher deren Unwirksamkeit, worin gleichzeitig das zu beseitigende betriebsverfassungswidrige Verhalten des Unternehmens liege. Die Durchsetzung des insoweit fortbestehenden Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats sei dem Einigungsstellenverfahren vorbehalten.

### Ermittlungskosten bei Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers BAG, Urteil vom 29.04.2021 (Az.: 8 AZR 276/20)

Nach mehreren anonymen Verdachtsmeldungen wegen eventueller Compliance-Verstöße des als Leiter des Zentralbereichs Einkauf beschäftigten Klägers veranlasste die Arbeitgeberin eine Untersuchung unter Einschaltung einer hierauf spezialisierten Anwaltskanzlei. Für ihre Tätigkeit stellte die Anwaltskanzlei der Arbeitgeberin 209.679,68 Euro in Rechnung. Auf Grundlage dieses Untersuchungsberichts kündigte die Arbeitgeberin dem Kläger wegen des Verstoßes gegen das Schmiergeldverbot, Abrechnung privater Auslagen auf Kosten der Arbeitgeberin und mehrfachen Spesenbetrugs fristlos, hilfsweise ordentlich. Die gegen die Kündigung erhobene Klage wurde abgewiesen. Im Kündigungsschutzverfahren erhob die Arbeitgeberin Widerklage und verlangte Ersatz der ihr von der Anwaltskanzlei berechneten Ermittlungskosten.

Das Arbeitsgericht wies die Widerklage ab, das LAG Baden-Württemberg sprach der Arbeitgeberin einen Ersatzanspruch in Höhe von 66.500 Euro zu. Die hiergegen eingelegte Revision des Klägers hatte Erfolg.

Technische Arbeitszeitaufzeichnungen können Darlegung der Anordnung, Duldung oder Betriebsnotwendigkeit von Überstunden nicht ersetzen.

Betriebsrat bestimmt Regelungen für Gefährdungsbeurteilung mit.

Keine Mitbestimmung bezüglich Zeitpunkt und Durchführung der Gefährdungsbeurteilung.



Das BAG stellte klar, dass ein Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die durch das Tätigwerden einer spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten grundsätzlich ersetzt verlangen kann, wenn die Beauftragung mit den Ermittlungen anlässlich eines konkreten Verdachts einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers erfolgt ist und der Arbeitnehmer einer schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird.

Ermittlungskosten sind grundsätzlich erstattungsfähig.

Die Grenze der Ersatzpflicht richte sich nach dem, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der Störung oder zur Schadensverhütung nicht nur als zweckmäßig, sondern als erforderlich getan haben würde.

Im vorliegenden Fall scheiterte der Erstattungsanspruch jedoch daran, dass die Arbeitgeberin nicht substantiiert dargelegt hatte, welche konkreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welchen konkreten Verdachts unternommen worden waren.

## AUS DER GESETZGEBUNG: Betriebsrätemodernisierungsgesetz

Am 18.06.2021 ist das Betriebsrätemodernisierungsgesetz in Kraft getreten, das Betriebsratswahlen und die Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt fördern soll.

So wurde das Mindestalter für die Wahlberechtigung bei Betriebsratswahlen von 18 auf 16 gesenkt und das vereinfachte Wahlverfahren für die Wahl des Betriebsrats auf Betriebe mit bis zu 100 wahlberechtigten Beschäftigten ausgeweitet. Vereinbart werden kann das vereinfachte Verfahren nun in Betrieben mit bis zu 200 Wahlberechtigten. Ausgeweitet wurde darüber hinaus der Kündigungsschutz für Beschäftigte, die Vorbereitungshandlungen zur Errichtung eines Betriebsrats unternehmen, zur Wahlversammlung einladen oder die Bestellung des Wahlvorstandes beantragen. Die Formalitäten des Wahlverfahrens in kleinen Betrieben wurden darüber hinaus vereinfacht.

Betriebsratswahlen werden vereinfacht.

Dauerhaft etabliert wurde die Möglichkeit, Betriebsratssitzungen mittels Video- und Telefonkonferenz abzuhalten, nachdem diese Möglichkeit zuvor im Zuge der Corona-Krise zunächst befristet geschaffen worden war.

Betriebsratssitzungen per Video- und Telefonkonferenz.

Erweitert wurden zudem die Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Hinblick auf den Einsatz von künstlicher Intelligenz, die Ausgestaltung mobiler Arbeit und bei Maßnahmen der Berufsbildung.

## GLAUBER & PARTNER

Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg  
Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11  
rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de

### Ihre Ansprechpartner im Arbeitsrecht sind:

Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Dirk Uhlmannsiek**

Rechtsanwältin

**Anja Krüger**

[www.der-arbeitsrechtsreport.de](http://www.der-arbeitsrechtsreport.de)