

# Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



Newsletter 4/2009 **Aktuelle Informationen zum  
Arbeitsrecht**

TSP

## AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN

Verweigerte Teilnahme an Personalgespräch	S. 2
Kein Betriebsübergang trotz übernommener Betriebsmittel	S. 2
Vorgaben für eine vertragliche Bindung über die 5 Jahres-Grenze für Vorstandsmitglieder	S. 3
Betriebsänderung in Kleinbetrieb	S. 5
Gezillmerte Versicherungstarife bei Entgeltumwandlungen	S. 5
Ein Verbrauch von Urlaub bei widerruflicher Freistellung	S. 7
Sonn- und Feiertagsarbeit – Weisungsrecht des Arbeitgebers für die Arbeitszeitverteilung	S. 7

## Aktuelle Entscheidungen

### Verweigerte Teilnahme an Personalgespräch

Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, den Arbeitnehmer zur Teilnahme an einem Personalgespräch zu verpflichten, in dem es lediglich um eine vom Arbeitnehmer bereits abgelehnte Vertragsänderung gehen soll. Dies hat das BAG am 23.06.2009 (2 AZR 606/08) entschieden. Im konkreten Fall hat der Arbeitgeber die Absenkung der Arbeitsvergütung angestrebt. Dies wurde im Rahmen eines Gruppengesprächs gegenüber mehreren Arbeitnehmern kommuniziert, von diesen jedoch abgelehnt. Zu einem späteren Einzelgespräch mit dem Ziel der einvernehmlichen Entgeltreduzierung erschien die klagende Arbeitnehmerin zwar. Sie äußerte jedoch, nur diskussionsbereit zu sein, wenn auch die anderen Arbeitnehmer an dem Gespräch teilnehmen. Dies wollte der Arbeitgeber nicht. Die Arbeitnehmerin erhielt für ihr Verhalten eine Abmahnung wegen Arbeitsverweigerung.

Der Arbeitgeber ist nach § 106 GewO berechtigt, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen, soweit die Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Ferner sind Weisungen des Arbeitgebers zur Ordnung und zum Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb möglich. Nach Ansicht des BAG betraf die Weisung des Arbeitgebers, mit ihm ein Gespräch zur Entgeltabsenkung zu führen, keinen der in § 106 GewO erwähnten Bereiche. Es ging weder um die Arbeitsleistung noch um die Ordnung und das Verhalten im Betrieb, sondern lediglich um die vom Arbeitgeber gewünschte Vertragsänderung. Die der Arbeitnehmerin erteilte Abmahnung musste daher aus der Personalakte entnommen werden.

Arbeitgeber sind selbstverständlich auch nach dieser Entscheidung berechtigt, auf Mitarbeiter zuzugehen, um mit diesen über beabsichtigte Vertragsänderungen zu sprechen. Folgt ein Mitarbeiter diesem Wunsch nicht und bricht das Gespräch ab oder verweigert sich generell einem solchen Gespräch, sind dem Arbeitgeber aber die Hände gebunden. Genauso, wie er eine einvernehmliche Vertragsänderung nicht einseitig erzwingen kann, gilt dies auch für die Führung von Gesprächen als Vorstufe einer solchen Vertragsänderung.

Dr. Andreas Chmel

### Kein Betriebsübergang trotz übernommener Betriebsmittel

Nach der Entscheidung des BAG vom 17.12.2009 (8 AZR 1019/08), die bislang lediglich als Pressemitteilung vorliegt, kann ein Betriebsübergang trotz weitgehend übernommener sächlicher Betriebsmittel ausscheiden, wenn der Betriebserwerber aufgrund eines veränderten Betriebskonzepts diese nur noch teilweise benötigt und nutzt. Ein Betriebsübergang liegt in einem solchen Fall zumindest dann nicht vor, wenn der Betriebserwerber erhebliche Änderungen in der Organisation und der Personalstruktur des Betriebs einführt, so dass in der Gesamtschau keine Fortführung des früheren Betriebes anzunehmen ist.

Im konkreten Fall war die Klägerin bei der Beklagten, die drei Betriebsrestaurants eines Automobilherstellers betreute, als Küchenhilfe angestellt. Die Beklagte war vertraglich verpflichtet, die Mittagessen vor Ort frisch zuzubereiten. Sie setzte in jedem Betriebsrestaurant einen Koch und zwei Küchenhilfen ein. Ab dem 01.01.2007 übernahm die H-GmbH die Bewirtschaftung der drei Betriebsrestaurants. Sie lässt die

Speisen zentral zubereiten und wärmt diese in den jeweiligen Betriebsrestaurants nur noch auf und gibt sie dort aus. Köche sind in den Betriebsrestaurants nicht mehr tätig. Nach dem Ende ihrer Elternzeit macht die Klägerin den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses zur Beklagten geltend. Mangels eines Betriebsübergangs sei ihr Arbeitsverhältnis nicht auf die H-GmbH übergegangen. Die Klägerin war in allen drei Instanzen erfolglos.

Die H-GmbH hat zwar die sächlichen Betriebsmittel im Wesentlichen übernommen, nutzt aber angesichts der unterschiedlichen Betriebs- und Arbeitsorganisation in tatsächlicher Hinsicht weder die Küche noch die Funktionsräume. Zudem sind mit den Köchen frühere Arbeitsplätze mit prägender Funktion weggefallen.

Im Ergebnis stützt das BAG die Verneinung der Fortführung des bisherigen Betriebs auf zwei wesentliche Aspekte, die den Umstand der für einen Betriebsübergang spricht, nämlich die Übernahme der wesentlichen sächlichen Betriebsmittel, zurückdrängt: Zum einen stellt das BAG auf die Veränderung der Betriebs- und Arbeitsorganisation ab, die dazu führt, dass übernommene sächliche Betriebsmittel teilweise nicht weiter genutzt werden und zum anderen auf den Wegfall prägender Arbeitsplätze.

Die Entscheidung zeigt eindrücklich, dass es für die Beurteilung der Betriebsidentität einer Gesamtbetrachtung bedarf. Es müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnende Tatsachen berücksichtigt werden. So führt selbst die Übernahme fast aller Betriebsmittel in einem nicht nur durch die menschliche Arbeitskraft geprägten Betrieb nicht zwingend zur Annahme eines Betriebsüberganges. Die Feststellung der Annahme oder Verneinung eines Betriebsüberganges mit seinen weit reichenden Folgen ist häufig eine Gradwanderung. Bereits kleinere Veränderungen in

der Planung können die Risiken eines Betriebsübergangs minimieren.

Carolin Oertel

### Vorgaben für eine vertragliche Bindung über die 5 Jahres-Grenze für Vorstandsmitglieder

§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG gibt zwingend vor, dass ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft vom Aufsichtsrat für höchstens 5 Jahre bestellt werden darf. Dass diese 5- Jahresgrenze auch Auswirkungen auf das zugrunde liegende Anstellungsverhältnis zwischen Vorstand und Aktiengesellschaft hat, entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Auch der Vorstandsanstellungsvertrag darf höchstens eine Laufzeit von 5 Jahren haben. Diese Begrenzungen basieren darauf, dass die Aktiengesellschaft nicht unbegrenzt an den ihre Geschicke lenkenden Vorstand gebunden werden soll. Um diese Freiheit auch finanziell zu begrenzen, muss das finanzielle Risiko der Aktiengesellschaft eben auf vertragliche Zahlungen für die Höchstdauer von 5 Jahre begrenzt werden. Dennoch ist es nicht selten, dass sowohl die Aktiengesellschaft, um Know-how und Kenntnisse eines Mitarbeiters unabhängig von dessen Bestellung zum Organ über die 5 – Jahresgrenze hinaus nicht zu verlieren, als auch der Vorstand, um eine finanzielle Absicherung über die 5 Jahre hinaus zu haben, eine vertraglich längere Bindung als die 5 Jahresperiode wünschen. Mit einer solchen Konstellation hatte sich nun das BAG in der hier besprochenen Entscheidung vom 26.08.2009 (5 AZR 522/08; zitiert nach BAG NZA 2009, 1205) zu befassen:

Die Beklagte war eine Aktiengesellschaft, die das klagende Vorstandsmitglied im November 2001 für 5 Jahre zum Vorstand bestellt hatte. Das Anstellungsverhältnis wurde zunächst durch einen unbefristeten

Dienstvertrag geregelt, der ab der Bestellung geltend sollte. Während der Laufzeit erwarb ein neuer Alleingesellschafter alle Anteile an der Aktiengesellschaft. Kurz vor dieser Übernahme wurde zwischen dem klagenden Vorstandsmitglied und der Aktiengesellschaft ein neuer unbefristeter Vorstandsvertrag abgeschlossen. Dieser enthielt zudem folgenden Passus:

*„Im Falle einer Beendigung der Organstellung von Herrn ... als Vorstand wird das durch diesen Vertrag geregelte Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis weitergeführt, es sei denn Herr ... legt sein Amt als Vorstand nieder.“*

Das klagende Vorstandsmitglied übte sein Amt auch nach dem Gesellschafterwechsel über das Jahr 2006 hinaus aus. Eine erneute Bestellung oder ein Beschluss zur Verlängerung des Anstellungsverhältnisses durch den Aufsichtsrat erfolgt nicht. Der Aufsichtsrat widerrief dann im Februar 2007 die Bestellung des Vorstands und sagte sich mit einer Erklärung mit sofortiger Wirkung von dem Dienstvertrag los. Das klagende Vorstandsmitglied berief sich darauf, dass nun zumindest ein Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft bestehen würde. Dem ist das BAG nicht gefolgt.

Zu Recht geht das BAG in Übereinstimmung mit der bereits oben genannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon aus, dass ein unbefristeter Dienstvertrag unwirksam ist. Dies hat jedoch nicht die Unwirksamkeit des gesamten Dienstvertrages zur Folge, sondern lediglich, dass der Vertrag eben nur die nach § 84 AktG zulässigen 5 Jahre gilt. Bei einer Verlängerung über diese 5 Jahres-Grenze hinaus bedarf es eines neuen Aufsichtsratsbeschlusses, der frühestens ein Jahr vor Ablauf des bisherigen Vertrages gefasst werden darf. Nachdem dies hier nicht erfolgt war, endete das Vorstandsstellungsverhältnis im November 2006 und konnte als reines faktisches Anstellungsverhältnis mit sofortiger Wirkung durch eine Lossagungs-

erklärung beendet werden.

Vom BAG erstmals zu entscheiden war dann jedoch, ob man durch die oben zitierte Klausel den Vorstandsvertrag als Arbeitsverhältnis weiterführen muss. Dies hat das Gericht in dem konkreten Fall verneint und die zitierte Klausel gemäß § 134 BGB i. V. m. § 84 Abs. 1 AktG als nichtig angesehen. Der Zweck des § 84 AktG, das finanzielle Risiko einer Aktiengesellschaft auf die Höchstlaufzeit eines Vertrages von 5 Jahren zu begrenzen, würde umgangen, wenn der Vorstandsvertrag unverändert zu gleichen Konditionen nach Überschreiten der 5 Jahre als unbefristetes Arbeitsverhältnis fortgeführt werden müsste. Zugleich hat das Bundesarbeitsgericht aber in einem obiter dictum betont, dass die Parteien ein sich an das Vorstandsamt anschließendes Arbeitsverhältnis vereinbaren können. Nicht in jedem Fall muss eine Umgehung des § 84 AktG angenommen werden. Zum einen sei es möglich ein bereits vor dem Abschluss des Vorstandsvertrages bestehendes Arbeitsverhältnis nur ruhend zu stellen und danach wieder aufleben zu lassen. Zudem könnte man auch in dem Vorstandsvertrag ein sich anschließendes neues Arbeitsverhältnis vereinbaren, wenn die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten neu bestimmt werden.

Sofern man daher eine Regelung für die Zeit nach dem Ende der Vorstandstätigkeit treffen will und diese Regelung in den Vorstandsvertrag bereits verbindlich aufnehmen möchte ist dies möglich. Die Entscheidung hat für Klarheit gesorgt. Eine Fortführung des Anstellungsverhältnisses zu identischen Konditionen wird als Umgehung des § 84 AktG anzusehen sein und kann daher nicht vereinbart werden. Denkbar ist also, ein vor der Vorstandstätigkeit bestehendes Arbeitsverhältnis ausdrücklich ruhend zu stellen und dieses nach der Beendigung des Vorstandsvertrages zu den alten Konditionen wieder aufleben zu lassen. Alternativ kann man auch ein sich anschließendes neues Arbeitsver-

hältnis im Vorstandsvertrag vereinbaren. Dafür verlangt das Bundesarbeitsgericht jedoch, die dann bestehenden Rechte und Pflichten konkret zu regeln. Daher sollte man die neue arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit und vorsorglich auch eine neue Vergütung bereits in dem Vorstandsvertrag konkret vereinbaren.

Steffen Bauer

### Betriebsänderung in Kleinbetrieb

Die Landesarbeitsgerichte Düsseldorf und Nürnberg (LAG Düsseldorf Urteil vom 09.03.2009 - 5 Sa 1626/08; LAG Nürnberg Urteil vom 21.09.2009 - 6 Sa 808/08) hatten unabhängig voneinander kürzlich Gelegenheit zur Frage Stellung zu nehmen, wann eine Betriebsänderung in einem so genannten Kleinbetrieb zur Notwendigkeit des Versuchs des Abschlusses eines Interessenausgleichs und unter Umständen auch zum Abschluss eines Sozialplans führt.

In beiden Fällen ging es nur um die Stilllegung eines Betriebsteils des Kleinbetriebs. Nach § 111 S. 3 BetrVG liegt nur dann eine Betriebsänderung als Voraussetzung für einen Interessenausgleich und Sozialplan vor, wenn ein wesentlicher Betriebsteil eingeschränkt oder stillgelegt wird. Hinsichtlich der Frage der Wesentlichkeit hatte sich die Rechtsprechung des BAGs bislang regelmäßig an den Zahlengrenzen des § 17 Abs. 1 KSchG orientiert. Da die kleinste in § 17 Abs. 1 KSchG angesprochene Betriebsgröße mehr als 20 Arbeitnehmer umfasst, handelt es sich bei der vorliegenden Konstellation um einen von der bisherigen Rechtsprechung nicht auf den ersten Blick abgedeckten Fall. Seit der entsprechenden Änderung des § 111 BetrVG ist die Vorschrift schon dann anwendbar, wenn ein Unternehmen mehr als 20 Mitarbeiter hat. Die frühere Gesetzesfassung, in der noch auf die Zahl der Arbeitnehmer in einem Betrieb abgestellt wurde, ist nicht mehr maßgeblich. Demzufolge kann es wie die beiden entschiedenen Fälle zeigen, nunmehr

auch eine Betriebsänderung in einem „Kleinbetrieb“ im Sinne von § 17 Abs. 1 KSchG geben.

Das LAG Nürnberg stellt anders als das LAG Düsseldorf bei der spannenden Frage, wann es sich um eine Stilllegung eines wesentlichen Betriebsteils handelt, nur auf die Zahl der Arbeitnehmer ab. Dabei soll für die quantitative Betrachtung die Staffel des § 17 Abs. 1 KSchG unter Beachtung ihres für größere Betriebe abnehmenden Verlaufs nach unten fortzusetzen sein. Das LAG Nürnberg ist der Auffassung, dass der Betriebsteil dann als wesentlich anzusehen ist, wenn ihm ihm mindestens 30 % der Arbeitnehmer des Betriebes beschäftigt waren. Das LAG Düsseldorf ist insoweit der Auffassung, dass nicht nur auf die Anzahl der Arbeitnehmer abgestellt werden könne, sondern die Wesentlichkeit eines Betriebsteils nur dann anzunehmen sei, wenn die wirtschaftliche und sonstige Bedeutung des Betriebsteils als erheblich einzuschätzen ist. Diese Auffassung hat das LAG Nürnberg in seiner jüngsten Entscheidung ausdrücklich abgelehnt. Im Falle des LAG Düsseldorf ist die Revision zum BAG eingelegt. Das LAG Nürnberg hat die Revision in seiner Entscheidung zugelassen. Es bleibt abzuwarten, wie die Entscheidung des BAGs ausfällt.

Ralf Fuhrmann

### Gezillmerte Versicherungstarife bei Entgeltumwandlungen

In seiner Entscheidung vom 15.09.2009 hat sich das BAG erstmals mit der Problematik so genannter „gezillmelter Versicherungstarife bei Entgeltumwandlungen“ befasst und entschieden, dass einiges dafür spreche, dass es bei einer Entgeltumwandlung nicht zulässig sei, dem Arbeitnehmer anstelle von Barlohn eine Direktversicherung mit (voll) gezillmerten Tarifen zuzusagen.

In dem konkreten Fall hatten die Arbeitsvertrags-

parteien eine Entgeltumwandlung in Höhe von 4 % der Beitragsbemessungsgrenze vereinbart. Der Arbeitnehmer verzichtete auf einen Teil seines Gehalts zugunsten einer sofort unverfallbaren Altersvorsorgezusage, wobei als Durchführungsweg konkret eine Direktversicherung gewählt wurde. Der Arbeitgeber ist hierbei Versicherungsnehmer, der Arbeitnehmer versicherte Person und Bezugsberechtigter. Entsprechend der gesetzlichen Regelungen des Betriebsrentengesetzes, das die Umwandlung künftig fälliger Entgeltbestandteile in eine „wertgleiche Zusage“ verlangt, sollte die Höhe der Versorgung mit den Versicherungsleistungen übereinstimmen. Der Versicherungstarif war – wie dies in der Praxis durchgängig der Fall ist – gezillmert. Dies bedeutet, dass die bei Abschluss des Versicherungsvertrages regelmäßig anfallenden Abschluss- und Vertriebskosten sofort das Konto des Arbeitnehmers belasten und damit gerade in den ersten Jahren nach Beginn des Versicherungsverhältnisses überhaupt kein oder nur ein verhältnismäßig geringes Deckungskapital aufgebaut wird. Die mittels des umgewandelten Gehalts finanzierten Versicherungsbeiträge fließen nicht in gleichen Maße in den Kapitalstock, der Rückkaufswert der Direktversicherung ist anfangs sehr gering, wenn nicht sogar „Null“.

In Zahlen ausgedrückt stellte sich in dem vom BAG zu entscheidenden Fall die Situation so dar, dass zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrages nach drei Jahren vom Barlohn des Klägers ein Gesamtbetrag in Höhe von € 7.004,00 umgewandelt wurde und dieser zu einem Deckungskapital von € 4.711,47 führte. Der Kläger verlangte im Prozess ausschließlich die Rückzahlung des gesamten umgewandelten Barlohnes, nicht aber eine angemessene Aufstockung des Deckungskapitals. Da das BAG diesem Klageantrag nicht folgte, konnte der Senat im Wege eines sog. „obiter dictum“ nur richtungweisende Hinweise zur Zillmerung (s. o.: „es spricht einiges dafür...“) geben, ohne abschließend zu entscheiden.

Anders als das LAG München, das mit seiner spektakulären Entscheidung vom 15.03.2007 (Az. 4 Sa 1152/06) für heftige Unruhe bei Arbeitgebern und Versicherern sorgte, sieht das BAG im Falle der Vereinbarung gezillmerter Versicherungsprodukte nicht per se einen Verstoß gegen das Wertgleichheitsgebot des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG. Der Begriff der „gleichwertigen“ Versorgungsanwartschaft sei wirtschaftlich zu betrachten, wobei berücksichtigt werden müsse, dass versicherungsförmige Leistungen nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berechnen seien. Bei der Zillmerung handele es sich um eine versicherungsmathematisch anerkannte Methode, die aufsichtsrechtlich ohne weiteres zulässig sei. Entgegen der vorgenannten Münchener Entscheidung kommt das BAG – ebenso wie zuvor das LAG Köln (Urteil vom 13.08.2008 – Az. 7 Sa 454/08) – daher nicht zur Nichtigkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung.

Allerdings bieten nach Auffassung des BAG voll gezillmerte Versicherungstarife Anhaltspunkte für eine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmer gemäß § 307 BGB. Rechtsfolge sei ein Anspruch auf Aufstockung der betrieblichen Altersversorgung, der im zu entscheidenden Fall jedoch nicht beantragt war. Das Gericht führte weiter aus, dass es angemessen sein könnte, die Abschluss- und Vertriebskosten auf fünf Jahre zu verteilen, wie dies u. a. in § 169 Abs. 3 des Versicherungsvertragsgesetzes vorgesehen sei. Damit gibt der Senat der Praxis eine wichtige Größe zur Ausgestaltung der Versicherungstarife.

Einer Zahlung des vom Kläger verlangten umgewandelten Arbeitsentgeltes als Schadensersatz erteilte das BAG ebenfalls eine Absage. Es prüfte in diesem Zusammenhang die Verletzung von Beratungs- oder Informationspflichten, die konkret jedoch gewahrt worden seien. Arbeitgebern ist in diesem Zusammenhang dringend zu raten, Arbeitnehmer im Zusammenhang mit Entgeltumwandlungsvereinbarungen ausführ-

lich und nachweisbar über die Folgen der Zillmerung aufzuklären.

Weiter sollten Arbeitgeber zur Vermeidung von Aufstockungsansprüchen darauf achten, dass die Kostenverteilung der Zillmerung fünf Jahre nicht übersteigt.

Dr. Christina Mitsch

### Ein Verbrauch von Urlaub bei widerruflicher Freistellung

Die Erklärung eines Arbeitgebers, wonach der Mitarbeiter „ab sofort bis auf Widerruf unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung Ihres Resturlaubsanspruchs“ von der Arbeit freigestellt wird, ist nach der Entscheidung des BAG vom 19.05.2009 (9 AZR 433/08) nicht geeignet, die Erfüllung des Urlaubsanspruchs zu bewirken. Hierfür bedarf es einer Freistellungserklärung des Arbeitgebers, die dem Arbeitnehmer zu erkennen gibt, dass der Arbeitgeber ihn zum Zwecke des selbstbestimmten Erholungsurlaubs von der Arbeitspflicht freistellen will. Dies kann zwar auch dadurch geschehen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen von der Arbeit freistellt. Erforderlich ist allerdings stets die endgültige, nicht unter dem Vorbehalt eines Widerrufs stehende Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht. Nur in diesem Fall ist es dem Arbeitnehmer möglich, die ihm aufgrund des Urlaubsanspruchs zustehende Freizeit uneingeschränkt selbstbestimmt zu nutzen. Dies wäre nicht sichergestellt, wenn der Arbeitnehmer während der Freistellung jederzeit damit rechnen muss, wieder zur Arbeit gerufen zu werden.

Die im konkreten Fall gewählte Formulierung „bis auf Widerruf“ spricht klar dafür, dass sich der Arbeitgeber vorbehält, das Erscheinen des Arbeitnehmers wieder anzuordnen. Dies hat dazu geführt, dass Ur-

laubsansprüche nicht verbraucht wurden, obgleich der Arbeitnehmer während der Freistellungsphase tatsächlich nicht zur Arbeit herangezogen wurde.

Freistellungen werden üblicherweise im Zusammenhang mit dem Ausspruch von Kündigungen erklärt. Bei der Formulierung der Freistellung sollten Arbeitgeber Sorgfalt walten lassen. Für den betroffenen Mitarbeiter darf keinesfalls der Eindruck entstehen, dass der Arbeitgeber das Recht hat, ihn wieder arbeiten zu lassen. Obgleich eine Freistellung unter Anrechnung bestehender Urlaubsguthaben nicht ausdrücklich als „unwiderruflich“ bezeichnet werden muss, bietet sich eine solche Formulierung für die Praxis an.

Dr. Andreas Chmel

### Sonn- und Feiertagsarbeit – Weisungsrecht des Arbeitgebers für die Arbeitszeitverteilung

In seiner Entscheidung vom 15.09.2009 - 9 AZR 757/08 - hat das BAG erstmals höchstrichterlich entschieden, dass der Arbeitgeber kraft seines Weisungsrechts befugt ist, auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag Sonn- und Feiertagsarbeit anzuordnen. Voraussetzung sei allerdings, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit erfüllt sind und für das Arbeitsverhältnis keine Regelung gilt, wonach die Verteilung der Arbeitszeit auf bestimmte Wochentage festgelegt wird.

Aufgrund einer Ausnahmegewilligung des zuständigen Landratsamtes war die beklagte Arbeitgeberin, eine Zulieferin der Automobilindustrie, befristet auf ein Jahr berechtigt, eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen zu beschäftigen. Auch der klagende Arbeitnehmer leistete auf Anord-

nung Sonntagsarbeit, obwohl er zuvor über einen Zeitraum von 30 Jahren seine Arbeit ausschließlich an Werktagen verrichtete. Vor diesem Hintergrund beehrte er gerichtlich die Feststellung, dass er ohne ausdrückliche arbeitsvertragliche Regelung grundsätzlich nicht verpflichtet sei, erneut an Sonn- und Feiertagen zu arbeiten, wenn künftig eine entsprechende Ausnahmebewilligung erteilt werde. Bezogen auf die Arbeitszeit sah der Arbeitsvertrag ausschließlich vor, dass im Rahmen einer 40-Stunden-Woche in einem dreischichtigen Arbeitszeitmodell gearbeitet werde, während eine Aussage über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage nicht getroffen war.

Ebenso wie in den Vorinstanzen blieb das Begehren des Klägers erfolglos.

Grundsätzlich dürfen Arbeitnehmer gemäß § 9 Abs. 1 ArbZG zur Wahrung der grundgesetzlich geschützten Sonn- und Feiertagsruhe an Sonn- und Feiertagen nicht beschäftigt werden. Abweichendes gilt in Nottfällen sowie in bestimmten Branchen und Bereichen (Hotel- und Gaststättengewerbe, Krankenhäuser etc.). Von diesem generellen Verbot können zur Wahrung der ebenfalls grundgesetzlich geschützten Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers auf Antrag Ausnahmegenehmigungen erteilt werden. So können chemische, biologische, technische oder physikalische Gründe, aber auch konkurrenzbedingte wirtschaftliche Gegebenheiten einen ununterbrochenen Fortgang der Arbeit bedingen.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall standen in der Vergangenheit gesetzliche Vorschriften der Sonn- und Feiertagsarbeit nicht entgegen, da die Arbeitgeberin über die notwendige Ausnahmegenehmigung verfügte. Erlange sie eine solche wieder, stehe nach Auffassung des BAG der erneuten Anordnung solcher Arbeiten dem Grunde nach nichts entgegen.

Auch kollektivrechtliche Bestimmungen hinderten oder hindern künftig im konkreten Fall entsprechende Anordnungen der Arbeitgeberin nicht. Der einschlägige Tarifvertrag sieht eine Einschränkung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts nicht vor, entgegenstehende Betriebsvereinbarungen existierten im betriebsratslosen Betrieb der Beklagten nicht.

Eine einzelvertragliche Beschränkung der Pflicht des Arbeitnehmers, auf Weisung der Beklagten Sonn- und Feiertagsarbeit zu leisten, sah das BAG ebenfalls als nicht gegeben an. Treffen die Vertragsparteien keine ausdrückliche Regelung über die Verteilung der Arbeitszeit oder erwähnen sie die Arbeitszeitverteilung – wie im konkreten Fall durch Festlegung eines Schichtmodells – nur in Teilen, hat der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu den jeweils wirksam bestimmten betrieblichen Arbeitszeiten zu erbringen, wozu auch Sonn- und Feiertagsarbeiten zählen können.

Der Umstand, dass der Arbeitnehmer erstmals nach einer Tätigkeit von 30 Jahren Sonn- und Feiertagsarbeit leisten sollte, begründete keine der Weisung der Arbeitgeberin entgegenstehende betriebliche Übung. Ein langjähriger unveränderter Einsatz des Arbeitnehmers führt nach gefestigter Rechtsprechung des BAG nur dann zu einer Einschränkung des Direktionsrechts, wenn zum reinen Zeitablauf besondere Umstände hinzutreten, die ein Vertrauen des Arbeitnehmers begründen, dass er fortdauernd nicht sonn- und feiertags arbeiten muss. Solche Gründe lagen in dem zu entscheidenden Fall nicht vor.

Das BAG hatte nicht zu prüfen, ob künftig einzelne Anordnungen von Sonn- und Feiertagsarbeit durch die Arbeitgeberin dem so genannten billigen Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO i. V. m. § 315 BGB) entsprechen. Die Befugnis der Arbeitgeberin zu einzelnen Weisungen und die Frage möglicher entgegenstehender berechtigter Interessen des Arbeitnehmers z. B. aus per-

sönlichen oder familiären Gründen waren nicht Gegenstand der Klage und der höchstrichterlichen Entscheidung.

Für die Praxis folgt: Will ein Arbeitnehmer zuverlässig die Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit ausschließen, muss er darauf achten, dass der Arbeitsvertrag Klauseln zur Verteilung der Arbeitszeit enthält. Umgekehrt vergrößert ein weit gefasster Arbeitsvertrag zur Arbeitszeit den Spielraum des Arbeitgebers, entsprechende Weisungen rechtswirksam zu erteilen.

Dr. Christina Mitsch

# Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

## Ihre Ansprechpartner zum Thema Arbeitsrecht

### STUTTGART

Ralf Fuhrmann	ralf.fuhrmann@tsp-law.com
Dr. Andreas Chmel	andreas.chmel@tsp-law.com
Steffen Bauer	steffen.bauer@tsp-law.com
Carolin Oertel	carolin.oertel@tsp-law.com

### BERLIN

Dr. Christina Mitsch	christina.mitsch@tsp-law.com
Dr. Tobias Quilisch	tobias.quilisch@tsp-law.com

### DRESDEN

Uwe Wunderlich	uwe.wunderlich@tsp-law.com
Falk Benedict	falk.benedict@tsp-law.com

### STUTTGART

Urbanstraße 7  
D - 70182 Stuttgart  
T +49 (0) 711. 16 67 – 0  
Fx +49 (0) 711. 16 67 – 290  
stuttgart@tsp-law.com

### BERLIN

Kurfürstendamm 31  
D - 10719 Berlin  
T +49 (0) 30. 8 87 17 – 00  
Fx +49 (0) 30. 8 85 00 – 75  
berlin@tsp-law.com

### DRESDEN

Käthe-Kollwitz-Ufer 83  
D - 01309 Dresden  
T +49 (0) 351. 4 99 14 – 14  
Fx +49 (0) 351. 4 99 14 – 99  
dresden@tsp-law.com

### FRANKFURT

Eschersheimer Landstr. 10  
D - 60322 Frankfurt a. M.  
T +49 (0)69. 95 91 35 – 0  
Fx +49 (0)69. 95 91 35 – 30  
frankfurt@tsp-law.com

### BRÜSSEL

Allée du Cloître, 7  
B - 1000 Brüssel  
T +32 (0)2. 6 47 79 80  
M +32 (0) 4. 84 78 84 06  
Fx +32 (0) 2. 6 49 37 79

### SINGAPUR

65 Chulia Street  
#48 - 02 OCBC Centre  
Singapur 049513  
T +65 65 35 31 12  
Fx +65 65 34 31 00

TSP

# Thümmel, Schütze & Partner

## RECHTSANWÄLTE

### Impressum

---

#### HERAUSGEBER

Thümmel, Schütze & Partner  
Gesellschaft bürgerlichen Rechts  
Urbanstr. 7  
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 0  
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290  
stuttgart@tsp-law.com  
www.tsp-law.com

#### V. I. S. D. P.

Ralf Fuhrmann  
Thümmel, Schütze & Partner  
Urbanstr. 7  
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 191  
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290  
ralf.fuhrmann@tsp-law.com  
www.tsp-law.com

#### DESIGN:

[www.i-dbuero.de](http://www.i-dbuero.de)

#### COPYRIGHT:

Alle Inhalte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Jedwede Nutzung bedarf der vorherigen Zustimmung. Anfragen beantworten wir gerne.

---

#### HAFTUNGSAUSSCHLUSS

Trotz sorgfältiger Recherche und Texterstellung übernehmen wir keinerlei Haftung für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben in diesem Newsletter. Die Textbeiträge stellen weder anwaltlichen noch sonstigen Rechtsrat dar. Für eine auf einen Einzelfall bezogene rechtliche Beratung stehen unsere vorstehend genannten Anwälte und Anwältinnen an den einzelnen Standorten unserer Kanzlei gerne zur Verfügung.

TSP