

## **Blick ins Arbeitsrecht** **2016.II**

**Schwerpunkt des heutigen „Blick ins Arbeitsrecht“ bildet eine wichtige Entscheidung des BAG zur Wirksamkeit von Befristungen auf Basis von gerichtlichen Vergleichen. Daneben werden u.a. zwei instanzgerichtliche Entscheidungen zur Wirksamkeit von fristlosen Kündigungen und eine Entscheidung des EuGH zur Frage, wann Fahrzeiten als Arbeitszeiten anzusehen sind, besprochen. Den Abschluss bildet ein Vorlagenbeschluss des BAG an den EuGH, durch den wichtige Fragen für Tendenzbetriebe geklärt werden sollen.**

### **1. Gerichtliche Vergleiche heilen nicht jede unwirksame Befristung**

BAG, Urteil vom 12. November 2014, Az: 7 AZR 891/12

Die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen für den Abschluss eines befristeten Vertrages sind sehr hoch. Die Arbeitsgerichte tendieren dazu, diese auch zunehmend restriktiv auszulegen, um Kettenbefristungen und sonstige Missbräuche der Befristungsregelungen einzudämmen.

Insbesondere dann, wenn Unklarheit über die Wirksamkeit eines Befristungsgrundes bestand, gab es teilweise die Tendenz, einen befristeten Arbeitsvertrag nicht direkt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzuschließen, sondern im Einvernehmen beider Parteien einen Rechtsstreit zu führen und dann eine Befristung im Rahmen eines gerichtlichen Vergleiches (meist im schriftlichen Verfahren) zu vereinbaren. Dies hat den Hintergrund, dass gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG Befristungen dann wirksam sind, und zwar unabhängig vom Vorliegen eines Befristungsgrundes, wenn sie durch einen gerichtlichen Vergleich zustande gekommen sind.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung für solche Gestaltungen nunmehr Grenzen aufgezeigt:

Der Arbeitnehmer war seit dem Jahr 2006 zunächst im Rahmen von sechs direkt aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträgen beim Arbeitgeber beschäftigt. Der Einsatz erfolgte an unterschiedlichen Standorten des Arbeitgebers. Die letzten vier Befristungsvereinbarungen kamen nicht durch Vertrag, sondern im Rahmen gerichtlicher Vergleiche zustande. Hintergrund des letzten gerichtlichen

Vergleichs, der in dem vom BAG nun entschiedenen Fall überprüft worden war, waren folgende Besonderheiten: Der Arbeitnehmer hatte sich auf eine ausgeschriebene Stelle ohne Erfolg beworben. Gegen seine Ablehnung hatte er ursprünglich Klage erhoben. Diese Klage wurde mit dem letzten Vergleich dahingehend beendet, dass eine befristete Fortführung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wurde. Dies war die vierte durch Vergleich zustande gekommene Befristung. In deren Rahmen sollte das Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 01. März 2011 bis 31. Dezember 2011 fortgesetzt werden, wobei die Bedingungen sich gegenüber der vorangegangenen Befristung nicht verändern sollten.

Gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2011 hat der Arbeitnehmer dann Klage erhoben, über die das BAG jetzt vorläufig entschieden hat. Eine endgültige Entscheidung erfolgte nicht, da der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurück verwiesen wurde.

Das BAG hat zwei wichtige, grundlegende Fragen im Rahmen dieses Rechtsstreits behandelt:

**(1)**

Das BAG hat zunächst festgestellt, dass Voraussetzung für die Wirksamkeit einer durch gerichtlichen Vergleich zustande gekommenen Befristung ist, dass die Parteien eine Bestandsstreitigkeit geführt haben. Dies kann ein Rechtsstreit über eine Kündigung, eine auflösende Bedingung, einen Aufhebungsvertrag oder auch über eine Befristung sein. Streitig muss jedenfalls der Bestand des Arbeitsverhältnisses gewesen sein. Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsvertrages angestrebt, indem er die Wirksamkeit der vorletzten Befristung bezweifelt hatte. Damit war die erste Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Befristungsvergleiches erfüllt.

**ACHTUNG:**

Nicht wirksam wäre eine gerichtliche Befristung dann, wenn der Rechtsstreit über ganz andere Aspekte geführt wurde, beispielsweise über Vergütungsfragen, eine Abmahnung o. ä.

**(2)**

Darüber hinaus muss aber, so das BAG in der vorliegenden Entscheidung, auch eine Missbrauchskontrolle stattfinden. Auch dann, wenn ein Gericht an einem Befristungsvergleich mitwirke, seien trotzdem Fälle denkbar, in denen die Befristung unwirksam sein könne. Dies sei etwa dann der Fall, wenn die gesetzliche Vorschrift, die Befristungsvergleiche vorsieht (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG), missbräuchlich eingesetzt werde. Hierauf müssten die Arbeitsgerichte gegebenenfalls auch hinweisen, wenn beabsichtigt sei, einen Vergleich auf übereinstimmenden Vorschlag der Parteien zu schließen (§ 278 Abs. 6 Satz 1 Erste Alternative ZPO). Es gehe nämlich nicht an, dass Gerichte dazu missbraucht werden, eigentlich unwirksame Befristungen allein durch die Protokollierung im gerichtlichen Verfahren zu heilen. Gerichte dürften nicht zur Legalisierung von Rechtsmissbrauch dienen.

Insbesondere sind die Arbeitsgerichte, so das BAG, verpflichtet, sämtliche Aspekte des Falles zu beachten, insbesondere die Zahl der bereits vorangegangenen Befristungen sowie deren Dauer.

Anhaltspunkt für die Ausübung der Missbrauchskontrolle durch die Arbeitsgerichte könne beispielsweise die Frage sein, ob eine der übrigen in § 14 Abs. 1 TzBfG genannten Befristungsgründe vorliege. Aber auch dann, wenn solche Gründe für eine Sachbefristung zu bejahen seien, sei die Missbrauchskontrolle noch nicht abgeschlossen. Vielmehr müsse auch die Dauer der Befristung überprüft werden, wobei das BAG der Auffassung ist, dass eine solche Überprüfung insbesondere einsetzen müsse, wenn die zweijährige Frist des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG überschritten worden sei. Auch eine maßvolle Überschreitung sei noch kein Anlass für Misstrauen. Erst dann, wenn die zweijährige Frist um ein mehrfaches überschritten werde, müsse das Arbeitsgericht prüfen, ob Missbrauch vorliege.

In dem entschiedenen Fall sah das BAG eine Missbrauchskontrolle durch die Arbeitsgerichte als notwendig an. Dem damals zustande gekommenen letzten Vergleich gingen sechs aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Laufzeit von insgesamt zusammengerechnet elf Jahren voraus. Diese Situation bezeichnet das BAG als exemplarisch für einen denkbaren Missbrauch. Hier müssten dann alle Einzelheiten geprüft werden, um nicht den gerichtlichen Befristungsvergleich zur Auffangstation für sämtliche unwirksamen Befristungen werden zu lassen.

Bei der Missbrauchskontrolle könne, so das BAG, auch die Tatsache herangezogen werden, dass eventuell unterschiedliche rechtliche Ausgangssituationen für die einzelnen Befristungen bestanden.

#### **Praxistipp:**

In Zukunft werden Gerichte Befristungen, die durch gerichtlichen Vergleich zustande kommen sollen, einer sehr viel genaueren Prüfung unterziehen, als dies bisher vielleicht vereinzelt der Fall war. Andernfalls müssen die Gerichte damit rechnen, dass der Rechtsstreit vom BAG zur erneuten Prüfung zurückverwiesen wird.

Daher sollte bereits dann, wenn die Parteien beabsichtigen, einen gerichtlichen Befristungsvergleich abzuschließen, geprüft werden, ob das Gericht eventuell Anlass haben könnte, eine solche Missbrauchskontrolle auszuüben. Hierbei sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen:

#### **a)**

Es muss mit einem gerichtlichen Befristungsvergleich ein Bestandsrechtsstreit einer Klärung zugeführt werden, anderweitige gerichtliche Auseinandersetzungen erfüllen nicht die gesetzlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG.

**b)**

Wenn die Gesamtdauer der vorangegangenen befristeten Verträge vier Jahre überschreitet, kann eine Missbrauchskontrolle einsetzen.

**c)**

Das gleiche gilt dann, wenn es bereits eine nennenswerte Anzahl von Verlängerungen befristeter Verträge gibt.

**d)**

Für Missbrauch könnte auch sprechen, wenn einzelne Befristungen eine sehr lange Laufzeit haben.

**e)**

Bedenklich sind auch Kettenbefristungen, das heißt die unmittelbare Aneinanderreihung von befristeten Einzelverträgen, ohne dass zwischen den einzelnen Befristungen ein zeitlicher Abstand liegt.

**f)**

Zum Misstrauen gibt auch die Tatsache Anlass, wenn immer wieder der gleiche Befristungsgrund verwendet wird.

**g)**

Das Gericht muss auch prüfen, ob statt des Abschlusses befristeter Einzelverträge nicht auch der Abschluss eines Dauerarbeitsvertrages, also eines unbefristeten Vertrages möglich ist. Hierzu muss geprüft werden, ob ein Dauerarbeitsplatz besteht oder sich immer wieder neue, eine Befristung rechtfertigende, Situationen ergeben.

**h)**

Darüber hinaus müssen die Arbeitsgerichte auch anderweitige Aspekte prüfen, die einen Missbrauchsverdacht begründen könnten.

Es gibt also keine Automatik dergestalt, dass eine Befristung, die durch gerichtlichen Vergleich zustande gekommen ist, in jedem Fall wirksam ist. Es muss immer eine Einzelfallprüfung stattfinden.

Von dem Erfordernis, dass einem solchen Vergleich ein Bestandsrechtsstreit vorausgegangen sein muss, hat das BAG in der genannten Entscheidung eine Ausnahme zugelassen. Danach soll auch ein Befristungsvergleich in einem Rechtsstreit zulässig sein, mit dem der Arbeitnehmer die Fortsetzung

des Arbeitsverhältnisses durch Abschluss eines Folgearbeitsvertrages erreichen will. Dies kann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer sich auf einen Arbeitsplatz für ein Folgearbeitsverhältnis beworben hat, jedoch abgelehnt wurde und zwischen den Parteien streitig ist, ob die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers richtig und gesetzmäßig war.

In Zukunft wird es daher noch wichtiger sein, bereits bei Abschluss eines gerichtlichen Befristungsvergleiches Argumente dafür zu sammeln, dass ein echter Befristungsgrund vorliegt, um damit einem späteren Missbrauchseinwand begegnen zu können. Dieser Einwand kann von Arbeitnehmerseite kommen, wenn das durch gerichtlichen Vergleich befristete Arbeitsverhältnis ausläuft und der Arbeitnehmer eine Fortsetzung wünscht, die er auf andere Weise nicht erreichen kann.

Der Arbeitgeber muss hier insbesondere auch begründen können, warum beispielsweise bei laufendem Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen nicht von einem Dauerarbeitsverhältnis ausgegangen werden kann. In einem anderen Fall (BAG, Urteil vom 18. Juli 2012, 7 AZR 783/10) hatte das Bundesarbeitsgericht bei dreizehn aufeinanderfolgenden Befristungen mit einer Befristungsdauer von zusammengerechnet elf Jahren festgestellt, dass hier nicht mehr von einem Befristungsbedarf auszugehen sei, da eine dauernde Beschäftigungsmöglichkeit bestehe. Bezeichnenderweise hatte es sich bei dem Arbeitgeber um eine Justizbehörde in Nordrhein-Westfalen gehandelt.

So kann ein Arbeitgeber beispielsweise bei besonders vielen Beschäftigten nur noch in Ausnahmefällen damit argumentieren, es seien nacheinander verschiedene Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt und müssten daher durch befristet eingestellte Ersatzkräfte vertreten werden. Soweit dies von den Qualifikationen her denkbar ist, gehen die Gerichte zunehmend davon aus, dass hier auf Dauer „Springer“ beschäftigt werden müssten.

## **2. Arbeitgeber hat Beweispflicht bei außerordentlicher Kündigung wegen Spesenbetrugs**

LAG Köln, Urteil vom 26. November 2014, Az: 3 Sa 239/10

Eine außerordentliche fristlose Kündigung kommt nur dann in Betracht, wenn der Vertragspartner in ganz erheblicher Weise gegen vertragliche Pflichten verstoßen hat. Diese Pflichtenverstöße müssen so gravierend sein, dass dem Kündigenden eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, und zwar auch nicht bis zu dem Zeitpunkt, zu dem eine ordentliche Kündigung wirksam ausgesprochen werden könnte. Je länger also ein Arbeitsverhältnis besteht mit entsprechend verlängerten Kündigungsfristen, desto eher kann an eine außerordentliche fristlose Kündigung gedacht werden.

Wichtig ist, dass auch der Betriebsrat ausdrücklich zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung angehört wird. Erfolgt nur allgemein eine Anhörung zur Kündigung, würde diese bereits an der fehlenden Betriebsratsanhörung scheitern.

Der Arbeitgeber hat immer die Beweislast für die Kündigungsgründe, wenn er kündigt.

Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Spesenbetrug vorwirft.

Der Arbeitnehmer war Vertriebsleiter eines Unternehmens, das Teppiche und Auslegeware vertreibt. Er hatte einen Monatsverdienst von € 12.800,00 brutto. Der Arbeitgeber hatte ihm vorgeworfen, die ihm für betriebliche Zwecke überlassene Firmenkreditkarte genutzt zu haben, um privat Herrenbekleidung zu kaufen. Darüber hinaus habe es Ausgaben gegeben, die der Vertriebsleiter für Kunden vorgenommen hatte, und hier seien fehlerhafte Abrechnungen vorgelegt worden.

Eine Prüfung durch das Gericht hat ergeben, dass die Spesen durch den Arbeitgeber immer pauschal abgerechnet wurden. Erstaunlicherweise musste der Vertriebsleiter einzelne Belege nicht vorlegen und insoweit auch die einzelnen Ausgaben nicht konkret beweisen.

Nachdem das Unternehmen eine fristlose Kündigung mit der oben genannten Begründung ausgesprochen hatte, erhob der Arbeitnehmer hiergegen Klage, die letztlich erfolgreich war. Das Gericht sah es nicht als bewiesen an, dass ein „wichtiger Grund“ für die fristlose Kündigung vorgelegen habe.

Im Prozess hatte der Vertriebsleiter vorgetragen, er habe nicht Herrenbekleidung für sich gekauft, sondern einen Einkaufsgutschein erworben, der einem Geschäftskunden als „Geschenk“ weitergegeben worden sei. Daneben habe er Kundenrechnungen zu Lasten des Arbeitgebers übernommen, denen konkrete Leistungen des Kunden gegenüber gestanden hätten. Der Arbeitgeber war hierauf nicht eingegangen, sondern hielt den Mitarbeiter für darlegungs- und insbesondere beweispflichtig. Dem hat das Gericht widersprochen: Wenn ein Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren Rechtfertigungsgründe angibt, muss der Arbeitgeber diesen nachgehen und gegebenenfalls beweisen, dass sie nicht zutreffen. Der Arbeitgeber darf sich nicht darauf beschränken, einen solchen Rechtfertigungsgrund pauschal oder mit „Nichtwissen“ zu bestreiten. Der Arbeitgeber ist es vielmehr, der hier aktiv werden muss.

Hinzu kommt, dass bislang eine Abrechnung der Spesen lediglich pauschal erfolgt war, so dass bislang offensichtlich noch niemand sich die Mühe gemacht hatte, zu prüfen, für welche Zwecke Spesenbeträge ausgegeben werden. Wünscht der Arbeitgeber eine konkrete Abrechnung, muss er dies dem Arbeitnehmer mitteilen und kann dies natürlich auch verlangen. Nur dann hat der Arbeitgeber

Gewähr, für jede Ausgabe einen Beleg zu erhalten. Sollte der Arbeitnehmer dann gefälschte Belege vorlegen oder nachweislich angeblich für Kunden gekaufte Geschenke o. ä. für sich selbst verwenden, kann dies eine Kündigung wegen Spesenbetrugs rechtfertigen.

### **3. Fristlose Kündigung II: Schlägerei auf der Karnevalsfeier**

LAG Düsseldorf, Urteil vom 22. Dezember 2015, Az:13 Sa 957/15

Es kann eigentlich gar nicht anders sein, dass eine Entscheidung, die den Karneval betrifft, von einem rheinischen Landesarbeitsgericht stammt, hier aus Düsseldorf: Ein seit 1987 beim gleichen Arbeitgeber beschäftigter Mitarbeiter nahm an der Weiberfastnacht 2015 an einer auf dem Betriebsgelände stattfindenden Karnevalsfeier teil. Wer rheinische Karnevalssitten kennt, weiß, dass es zu den wichtigsten Aufgaben der Frauen gehört, den Männern an diesem Tag die Krawatte abzuschneiden. Dies sahen auch zwei Mitarbeiterinnen des gleichen Unternehmens so, die im Verlauf der Feier wiederholt einen entsprechenden Versuch unternahmen, was vom Arbeitnehmer, dem Kläger, jedoch abgelehnt wurde.

Im späteren Verlauf der Veranstaltung kam es zu einer Auseinandersetzung zwischen dem Kläger und einem anderen Mitarbeiter, bei dem der andere Mitarbeiter an der Stirn verletzt wurde. Dem Kläger wurde vorgeworfen, den Verletzten in den Unterleib getreten und ins Gesicht geschlagen zu haben. Damit nicht genug: Anschließend habe er dem Kollegen, der eine Brille trug, den Inhalt eines Bierglases ins Gesicht geschüttet und ihm das leere Bierglas mit der Vorderseite ins Gesicht gestoßen. Dabei hat es sich – Kenner der Region wissen dies – nicht um einen in der Regel sehr stabilen bayrischen Bierhumpen, sondern um ein dünnwandiges Glas für das Düsseldorfer Altbier gehandelt, das bei dem Schlag auch zersplittert ist und dem Kollegen erhebliche Verletzungen im Gesicht zugefügt hat. Der Notarzt musste hinzugerufen werden.

Aufgrund dieser Vorfälle hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zum Kläger fristlos außerordentlich gekündigt. Zuvor war, da es sich um einen schwerbehinderten Menschen gehandelt hatte, das Integrationsamt angehört worden, das der Kündigung zugestimmt hatte. Auch der Betriebsrat war ordnungsgemäß angehört worden.

Der Kläger wollte sich rechtfertigen: Er sei von den Damen beleidigt worden, da er sich nicht von seiner Krawatte trennen wollte. Auch der später verletzte Kollege habe ihn dabei beleidigt. Er habe diesen weggestoßen und, da er befürchtet hatte, er werde angegriffen, nach ihm getreten, ohne ihn zu berühren. An all das Folgende könne er sich nicht mehr erinnern. Er sei, und dies war dann auch für

die Entscheidung wichtig, erkrankt. Er leide an einer Angststörung. Zum Tatzeitpunkt sei er schuldunfähig gewesen.

Das Gericht sah dies jedoch anders. Die Kündigung des Arbeitgebers wurde bestätigt. Insgesamt gelte der Grundsatz, dass derjenige, der Kollegen, einen Chef bzw. Vorgesetzten oder Kunden angreife, immer mit einer fristlosen außerordentlichen Kündigung rechnen müsse. Für eine Betriebsfeier gelte nichts anderes. Wer so viel Alkohol trinke, dass er sich an bestimmte Situationen nicht mehr erinnern könne, begeben sich selbst in eine entsprechende Situation, insbesondere wenn man um angebliche Krankheitszustände wisse. Selbst wenn der Kläger Angstzustände gehabt habe, rechtfertige dies nicht so schwerwiegende Angriffe und Verletzungen, wie sie dem Kollegen zugefügt worden sind. Von Notwehr kann hier nicht mehr gesprochen werden, zumal überhaupt kein Angriff stattgefunden habe.

Wer sich auf eine Karnevalsfeier im Rheinland begeben, müsse mit der Jahreszeit und dem Anlass entsprechenden Verhalten rechnen.

#### **4. Keine Zusammenrechnung von Beschäftigungszeiten als Leiharbeitnehmer und Direktangestellter**

BAG, Urteil vom 20. Februar 2014, Az: 2 AZR 859/11

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Personen, die zunächst im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung als sogenannte Leiharbeiter in einem Unternehmen zum Einsatz kommen, dort später fest angestellt werden. In vielen Fällen dient auch eine vorübergehende Beschäftigung als Leiharbeitnehmer als möglicherweise verlängerte Probezeit.

Im vorliegenden Fall war die Klägerin zunächst zwölf Jahre bei der Firma Anton Schlecker angestellt. Im Jahr 2009 gab es dort eine Änderung des Beschäftigungsmodells. Der Arbeitgeber führte die Filialen der damaligen Drogeriekette, die inzwischen insolvent ist, nicht weiter, das Arbeitsverhältnis wurde gekündigt. Die Klägerin wurde dann von einer Zeitarbeitsfirma angestellt, die sie daraufhin dem Nachfolgeunternehmen, der Firma Schlecker XL GmbH, die die Läden übernommen hatte, überließ. Sie arbeitete anschließend auf dem gleichen Arbeitsplatz mit der gleichen Tätigkeit weiter. Anschließend kam es dann wiederum zu einer Festeinstellung, diesmal bei der Schlecker XL GmbH. Einige Wochen später erfolgte dann von dort die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Klägerin war der Auffassung, dass die Vorbeschäftigung, insbesondere die Tätigkeit für das Zeitarbeitsunternehmen, als Beschäftigungszeit beim letzten Arbeitgeber anzurechnen sei. Hintergrund



war die Frage, ob die sechsmonatige Wartezeit erfüllt war, die Voraussetzung für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ist: Arbeitnehmer, die mehr als sechs Monate beim Arbeitgeber angestellt sind, kommen in den Genuss der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes, können also nur noch aus betriebsbedingten, verhaltensbedingten oder personenbedingten Gründen gekündigt werden.

Das BAG hat die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes vorliegend verneint und ausdrücklich festgestellt, dass eine Anrechnung von Beschäftigungszeiten bei einem Leiharbeitsunternehmen nicht auf die Beschäftigungszeit beim späteren Hauptarbeitgeber anzurechnen sind. Dies gelte selbst dann, wenn die Situation, wie im vorliegenden Fall, zu einer gesonderten Missbrauchsprüfung Anlass gäbe.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich darauf berufen, der Arbeitgeber habe während des Einsatzes im Rahmen der Leiharbeit nicht das gesamte Arbeitnehmergehalten beurteilen können. Die ersten sechs Monate dienen, unabhängig von der Vereinbarung einer Probezeit, auch dem gegenseitigen Kennenlernen und einer Beurteilung, ob eine Zusammenarbeit auf Dauer in Betracht kommt. Dies sei bei einem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter nur sehr eingeschränkt möglich, da der Verleiher zu diesem Zeitpunkt Arbeitgeber sei und die Arbeitgeberfunktionen wahrnehme.

## **5. Fahrzeit als Arbeitszeit**

EuGH, Urteil vom 10. September 2015, Az: C-266/14

Die Frage, inwieweit Fahrzeiten von Arbeitnehmern als Arbeitszeit zu werten sind, ist bisher noch nicht abschließend geklärt. Dabei ist auch zu unterscheiden zwischen der Beurteilung von Arbeitszeit im vergütungsrechtlichen Sinne und Arbeitszeit im Sinne der Arbeitssicherheit, die durch das Arbeitszeitgesetz geregelt wird. Insoweit ist es durchaus möglich, dass Fahrzeiten arbeitszeitrechtlich nicht als Arbeitszeit gelten (weil sie beispielsweise vom Arbeitgeber nicht angeordnet wurden), gleichwohl aber zu vergüten sind.

Im vorliegenden Fall war ein im Kundeneinsatz tätiger Techniker mit dem Firmenfahrzeug unterwegs. Er fuhr von seinem Wohnort morgens direkt zum ersten Kundentermin, um dort technische Arbeiten zu erledigen. Nach Besuch des letzten Kunden an einem Arbeitstag fuhr er dann wieder zurück nach Hause. Er hatte somit keinen festen oder gewöhnlichen Arbeitsort und insbesondere auch keinen Arbeitsplatz im Betrieb des Arbeitgebers. Die Fahrzeiten zu den Einsatzorten betragen bis zu 100 km und dauerten bis zu drei Stunden. Den Fahrplan selbst, das heißt die Route vom ersten bis zum letzten Arbeitseinsatz an einem Arbeitstag, erhielt der Techniker am Vortag von der Zentrale.

Streitig waren vorliegend die Fahrten zwischen dem Wohnort des Technikers und seinem ersten Einsatzort an einem Arbeitstag einerseits sowie die Rückfahrt vom letzten Arbeitsort eines Tages an seinen Wohnort nach Hause. Diese Zeiten hatte der Arbeitgeber im arbeitszeitrechtlichen Sinn (Arbeitszeitsicherheit) nicht als Arbeitszeit, sondern als Ruhezeit gewertet.

Der Fall wurde letztlich vom Europäischen Gerichtshof entschieden. Dieser hat festgestellt, dass bei Arbeitnehmern, die keinen festen oder regelmäßigen Arbeitsort haben, auch die Fahrzeit, die sie für die täglichen Fahrten zwischen ihrem Wohnort und dem Standort des ersten auswärtigen Arbeitsorts bzw. für die Fahrt vom letzten Arbeitsort nach Hause aufwenden, als Arbeitszeit gilt.

Begründet wird dies mit dem EU-Recht, vorliegend mit der Arbeitszeitrichtlinie (RL/2003/88/EG). Ziel dieser Richtlinie ist der Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer. Hierfür spiele es keine Rolle, ob Fahrzeiten in der geschilderten Situation zwischen einzelnen Einsatzorten bei Kunden anfallen oder zwischen Wohnort und Arbeitsort beim ersten bzw. letzten Kunden.

Bei Arbeitnehmern, die keinen festen Arbeitsort haben, ist diese Situation anders zu bewerten, als bei solchen Arbeitnehmern mit festem Arbeitsort. Letztere können, beispielsweise auch durch Wahl des Wohnortes, Einfluss auf die tägliche Fahrstrecke nehmen. Für sie hat auch das BAG bereits entschieden, dass die Wegezeit, die sie zwischen Wohnung und ihrer festen Arbeitsstätte zurücklegen, keine Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes oder der Arbeitszeitrichtlinie ist (BAG, Urteil vom 27. November 2008, 6 AZR 765/07). Hier beginnt die Arbeitszeit erst mit Eintreffen am festen Arbeitsort.

Die neue Rechtsprechung des EuGH gilt daher nur für Außendienstmitarbeiter ohne festen Arbeitsort, die jeweils nicht vor Beginn ihrer Außendiensttätigkeit in den Betrieb des Arbeitgebers kommen (müssen), sondern direkt von zu Hause zum Einsatz starten.

Die neue Entscheidung des EuGH deckt sich auch weitgehend mit der Rechtsprechung des BAG. Dieses hat bereits in der Vergangenheit entschieden, dass als Arbeitszeit insoweit auch diejenige Fahrzeit gilt, die der Arbeitgeber ausdrücklich angeordnet hat, wo er also die Nutzung eines Fahrzeugs als Fahrer vorschreibt. Bei Außendienstmitarbeitern ist zwar die Anordnung nicht zwingend. In der Praxis zeigt sich aber, dass gerade Techniker zwingend auf die Nutzung des eigenen oder vom Arbeitgeber gestellten Fahrzeugs angewiesen sind und nicht etwa mit Bahn und Bus unter Mitnahme von Werkzeug, Ersatzteilen etc. zum Kunden fahren können.

**Anmerkung:**

Wichtig ist, dass die vorliegende Entscheidung zum Thema Arbeitssicherheit ergangen ist. Davon zu trennen sind Arbeitszeitregelungen, die allein die Vergütung betreffen. Hier können, auch bei der Berücksichtigung von Pausen, erhebliche Abweichungen vorkommen.

## **6. Berücksichtigung der Konfession bei der Einstellung in Tendenzbetrieb?**

BAG, Beschluss vom 17. März 2016, Az: 8 AZR 501/14 (A)

In dem vorliegenden Fall hat das Bundesarbeitsgericht dem Europäischen Gerichtshof wichtige Fragen vorgelegt, die sogenannte Tendenzbetriebe betreffen.

Im vorliegenden Fall hatte ein Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) gemäß einer internen Richtlinie eine Referentenstelle mit dem Hinweis ausgeschrieben, dass für die Bewerbung die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der ACK angehörenden Kirche Voraussetzung sei. Der konfessionslose Bewerber war nicht berücksichtigt worden und hat daher nach dem AGG Entschädigungsklage erhoben.

Das BAG hat nunmehr verschiedene Fragen an den Europäischen Gerichtshof zur Vorentscheidung vorgelegt. Es steht zu erwarten, dass der Europäische Gerichtshof hier sehr wichtige Regeln aufstellen wird, wann und inwieweit für Tendenzbetriebe Abweichungen vom Allgemeinen Diskriminierungsschutz zulässig sind. Insgesamt gibt es vier europäische Diskriminierungs-Richtlinien, die in Deutschland zum Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) geführt haben. Nach dem AGG darf niemand aufgrund seiner Religion oder der Tatsache, dass er keiner Religion angehört, benachteiligt werden. Kirchen zählen hinsichtlich der Frage der Religionszugehörigkeit zu den sogenannten Tendenzbetrieben. So ist anerkannt, dass auf jeden Fall im engeren sogenannten Verkündungsbereich Kirchen natürlich das Recht haben, Einstellungen von der eigenen Religionszugehörigkeit abhängig zu machen. Niemand wird beispielsweise von der katholischen Kirche ernsthaft verlangen, als Pfarrer Bewerber einzustellen, die keiner oder einer anderen Religion angehören. Schon eher streitig sind dann Tätigkeiten, die nicht direkt im Verkündungsbereich liegen oder bei Organisationen, die der Kirche nur angegliedert sind. Insoweit werden vom EuGH wichtige Weichenstellungen erwartet.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

[www.edk.de](http://www.edk.de) | [eckert@edk.de](mailto:eckert@edk.de)