

## **INHALT**

**Zulässigkeit der Höchstbegrenzung einer Sozialplanabfindung; kein Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz; keine unmittelbare oder ungerechtfertigte mittelbare Altersdiskriminierung**

**Zulässige Differenzierung nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit in Abfindungsregelungen eines Sozialplans. Zulässigkeit von Stichtagsregelungen. Europarechtskonformität des § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG.**

**Erfüllter Freizeitausgleichsanspruch bei widerruflicher Freistellung**

**Beschäftigungsverhältnis trotz unwiderruflicher Freistellung**

**Entzug des auch privat zu nutzenden Dienstwagens bei lang andauernder Krankheit**

**Verkaufshilfe auf Weihnachtsmarkt oder Trekking-Extrem-Tour in Nepal während des Erholungsurlaubs erlaubt?**

**Leitfaden Pandemie**

***Höchstrichterliche  
Entscheidungen***

**Zulässigkeit der Höchstbegrenzung einer Sozialplanabfindung; kein Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz; keine unmittelbare oder ungerechtfertigte mittelbare Altersdiskriminierung**

**BAG, Urteil vom 21.07.2009, 1 AZR 566/08**

**Kappungsgrenzen für Sozialplanabfindungen sind zulässig und verstoßen damit weder gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung.**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien stritten über die Höhe einer Sozialplanabfindung. Der 1948 geborene Kläger war bei der Beklagten seit 1963 beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch betriebsbedingte Kündigung im Jahr 2007. Die Abfindung des Klägers war laut Sozialplan auf einen Höchstbetrag von 85.000,00 Euro begrenzt. Ohne diese Kappungsgrenze hätte sich die Basisabfindung des Klägers auf 242.142,74 Euro belaufen. Mit seiner Klage verlangte der Kläger die Differenz zur ungekürzten Basisabfindung. Die Vorinstanzen hatten die Klage des Klägers zurückgewiesen.

Das BAG wies die Revision des Klägers zurück. Die Regelung einer Kappungsgrenze im Sozialplan ist wirksam. Zunächst verstößt die Regelung einer Kappungsgrenze nicht gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dessen Ziel ist es, eine Gleichstellung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten sicherzustellen sowie eine gleichheitswidrige Gruppenbildung auszuschließen. Gerade bei Abfindungen, die nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit berechnet werden, besteht aber die Gefahr, dass langjährige und damit ältere Beschäftigte überproportional profitieren werden. Die Kappungsgrenze dient dazu, die Funktion der Abfindungen als Ausgleich für die künftigen finanziellen Nachteile einer dauernden Arbeitslosigkeit einzuhalten. Ältere, langjährig Beschäftigte können in der nahen Zukunft mit der gesetzlichen Rente rechnen, so dass bei ihnen kein höherer Bedarf an Überbrückungshilfe bis zu einem neuen Arbeitsverhältnis gegeben ist.

Auch liegt in der Regelung einer Kappungsgrenze keine Altersdiskriminierung. Dafür fehlt es an der Differenzierung nach dem Alter, da ältere und jüngere Beschäftigte durch die Kappungsgrenze grundsätzlich gleich behandelt werden.

**Praktikerhinweis:**

Das BAG bestätigt die Rechtmäßigkeit von Kappungsgrenzen und sorgt damit für Rechtssicherheit. Die Einführung von Kappungsgrenzen im Rahmen eines Sozialplans ist somit für jeden Arbeitgeber unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und Notwendigkeiten empfehlenswert (vgl. wegen der Sachnähe die Be-

sprechung zum Urteil des BAG vom 25. Mai 2009 über Altersdifferenzierung und Stichtagsregelungen im Sozialplan, ebenfalls in diesem Newsletter).

*Dr. Harald Guha*

**Zulässige Differenzierung nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit in Abfindungsregelungen eines Sozialplans. Zulässigkeit von Stichtagsregelungen. Europarechtskonformität des § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG.**

**BAG, Urteil vom 26.05.2009, 1 AZR 198/08**

**Abfindungsregelungen in Sozialplänen dürfen nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelt sein. Leistungen für rentenberechtigte Arbeitnehmer dürfen im Sozialplan reduziert oder sogar ganz ausgeschlossen werden. § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) rechtfertigt es insofern, dass mittelbar eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters erfolgt. § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG selbst verstößt nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Die Verwendung von Stichtagsregelungen im Sozialplan ist zulässig.**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Arbeitgeber und Betriebsrat schlossen im Oktober 2006 einen Sozialplan. Die Abfindungsregelung war nach dem Lebensalter gestaffelt, indem sie zwischen Altersstufen (z.B. bis 59 und über 59) differenzierte und enthielt eine Stichtagsregelung. Danach erhielten Arbeitnehmer bis einschließlich 59 eine Abfindung nach folgender Formel: „Faktor 1,36 x vollendete Beschäftigungsjahre x 1/12 des Jahresbruttoeinkommens 2005“. Arbeitnehmer über 59 erhielten dagegen für jeden bis zum 63. Lebensjahr fehlenden Monat einen Betrag von 1.700 Euro zuzüglich einer Zahlung von 20.000 Euro. Stichtag für die Berechnung war der 30. Juni 2006. Damit wurden Arbeitnehmer über 59 gegenüber jüngeren Kollegen finanziell schlechter gestellt.

Die in Rede stehende Abfindungsformel stellt keine Altersdiskriminierung dar, da sie im Wesentlichen auf die Betriebszugehörigkeit abstellt. Daher liegt keine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters i.S. v. § 3 Abs. 1 AGG vor. Die Erhöhung der Abfindung bei zunehmendem Alter stellt zwar eine mittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer dar. Diese ist jedoch durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gerechtfertigt. Ein Verstoß gegen EU-Recht liegt nicht vor. Die Regelung entspricht

vielmehr den Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG Art. 6 Abs. 1, da der deutsche Gesetzgeber mit § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG insofern ein legitimes Ziel verfolgt, als allgemeinen sozialpolitischen Interessen entsprochen wird. Diese bestehen darin, dass Sozialpläne danach unterscheiden können, welche wirtschaftlichen Nachteile den Arbeitnehmern drohen, die durch eine Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren. Somit kann etwa durch entsprechende Abfindungsregelungen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Arbeitnehmer ab einem bestimmten Alter am Arbeitsmarkt geringere Berufschancen haben.

Ebenso war es zulässig, für verschiedene Altersgruppen unterschiedliche Berechnungsformeln zu verwenden (über 59 Jahre und bis 59 Jahre). Für Arbeitnehmer, die kurz vor der Rente stehen, besteht ein Sachgrund für eine finanziell nachteilige Abfindung, da sich bei diesen die vorhersehbaren wirtschaftlichen Nachteile aufgrund der Rentennähe besser einschätzen lassen als bei anderen Arbeitnehmern.

Die Stichtagsregelung wurde ebenfalls als wirksam angesehen. Sie war im gegebenen Fall sachlich vertretbar. Die mit einer Stichtagsregelung einhergehende Härte ist im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen. Somit kann ein kurz vor dem Stichtag 60 gewordener Arbeitnehmer nicht gegen die Klausel einwenden, der um wenige Monate jüngere Kollege erhalte eine weitaus höhere Abfindung.

**Praktikerhinweis:**

Die neueste Rechtsprechung des BAG zu Abfindungsregelungen erhöht die Rechtssicherheit für alle betroffenen Unternehmen. Arbeitgeber sollten sich daher im Rahmen von Sozialplanregelungen stets an dieser Rechtsprechung orientieren (vgl. wegen der Sachnähe die Besprechung zum Urteil des BAG vom 21. Juli 2009 über die Zulässigkeit der Höchstbegrenzung einer Sozialplanabfindung, ebenfalls in diesem Newsletter).

*Dr. Harald Guha*

**Erfüllter Freizeitausgleichsanspruch bei widerruflicher Freistellung****BAG, Urteil vom 19.05.2009 – 9 AZR 433/08****Der Arbeitgeber kann mit einer widerruflichen Freistellung zwar regelmäßig nicht den Urlaubsanspruch, hingegen aber einen Freizeitausgleichsanspruch des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis erfüllen und abgelten.**

Wird zum Abbau eines zu Gunsten des Arbeitnehmers bestehenden Zeitsaldos Freizeitausgleich gewährt, handelt es sich regelmäßig um eine rechtmäßige Weisung des Arbeitgebers zur Verteilung der Arbeitszeit. Mit dem Vorbehalt der widerruflichen Freistellung macht der Arbeitgeber insoweit nur von seinen gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) stellte fest, dass insoweit zwischen Urlaubsanspruch und Freizeitausgleichsanspruch zu unterscheiden sei.

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Arbeitsvertragsparteien hatten vereinbart, dass der Arbeitgeber berechtigt sei, die Arbeitnehmerin nach dem Ausspruch einer Kündigung unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung auf ihre Urlaubsansprüche und Freizeitausgleichsansprüche aus dem Arbeitszeitkonto freizustellen. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis im August 2006 mit Wirkung zum 31.10.2006. In dem Kündigungsschreiben wurde die Arbeitnehmerin "ab sofort bis auf Widerruf" von der Arbeit freigestellt. Der Klägerin standen für das Jahr 2006 noch sechs Urlaubstage zu. Zum Zeitpunkt der Kündigung wies das Gleitzeitkonto der Klägerin ein Guthaben in Höhe von 122,55 Stunden auf. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte die Klägerin von der Beklagten die Abgeltung der sechs Urlaubstage sowie die Vergütung von 122,55 Stunden aus ihrem Stundenguthaben. Die Beklagte ging davon aus, die Klägerin unter Anrechnung ihrer Urlaubs- und Freizeitausgleichsansprüche freigestellt zu haben.

Das BAG stellte zunächst fest, dass allein schon aufgrund des Wortlauts der Freistellung eine unwiderrufliche Freistellung nicht erfolgt sei. Da es aber nur im Fall der unwiderruflichen Freistellung dem Arbeitnehmer möglich sei, die ihm aufgrund des Urlaubsanspruchs zustehende Freizeit uneingeschränkt selbstbestimmt zu nutzen, konnte dieser Urlaubsanspruch nicht erfüllt werden. Vielmehr musste die Klägerin jederzeit damit rechnen, wieder zur Arbeit gerufen zu werden. Das BAG bestätigte damit seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2006 (vgl. BAG, Urteil vom 14.03.2006 – 9 AZR 11/05), wonach eine widerrufliche Freistellung den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nicht erfüllt. Hingegen verwies das BAG darauf, dass eine solche widerrufliche Freistellung grundsätzlich geeignet sei, den Anspruch auf Freizeitausgleich nach § 362 Abs. 1 BGB erlöschen zu lassen. Die Anordnung des

Freizeitausgleichs unterliege dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 Gewerbeordnung (GewO). Dieses Weisungsrecht umfasst nicht nur die Befugnis, den Arbeitnehmer an bestimmten Tagen von der Arbeit freizustellen, sondern auch das Recht, ihn an bisher "freien" Tagen zur Arbeitsleistung heranzuziehen. In diesem Fall ist die freie Zeit des Arbeitnehmers auch nicht als wertlos zu betrachten, obwohl dieser jederzeit damit rechnen muss, zur Arbeitsleistung herangezogen zu werden. Den berechtigten Interessen des Arbeitnehmers trägt die Pflicht des Arbeitgebers gemäß § 106 S. 1 GewO Rechnung, bei Ausübung seines Weisungsrechts die Grenzen billigen Ermessens einzuhalten.

**Praktikerhinweis:**

1. Soll die Freistellung des Arbeitnehmers unter Anrechnung seiner Urlaubsansprüche erfolgen, so muss der Freistellungstext sorgfältig formuliert werden. Keinesfalls sollte der Arbeitnehmer widerruflich und unter Anrechnung seiner Urlaubsansprüche freigestellt werden. Vielmehr muss die Urlaubsgewährung zeitlich konkret festgelegt werden, wenn der Arbeitnehmer im Übrigen widerruflich freigestellt wird.
2. Aus Rechtssicherheitsgründen empfiehlt es sich, die Anrechnung der Freizeitausgleichsansprüche bei der Formulierung zu berücksichtigen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass insoweit nicht mehr zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Freistellung unterschieden werden muss.

*Prof. Dr. Renate Dendorfer*

*Thomas Krebs*

**Beschäftigungsverhältnis trotz unwiderruflicher Freistellung**

**BSG, Urteil vom 24.09.2008 – B 12 KR 22/07 R**

**Eine unwiderrufliche Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung der vertraglich geschuldeten Vergütung führt nicht zu einem Wegfall der Sozialversicherungspflicht.**

Das Bundessozialgericht stellte in dieser Entscheidung zunächst fest, dass die Versicherungspflicht eine Beschäftigung i.S. von § 7 Abs. 1 SGB IV voraussetzt. In der Regel ist es dazu notwendig, dass das zugrundeliegende Arbeitsverhältnis auch tatsächlich vollzogen wird. Dieser Vollzug kann jedoch auch dadurch ersetzt wer-

den, dass der Arbeitnehmer z.B. aufgrund vertraglicher Abrede von seiner Leistungspflicht befreit wird.

Der Entscheidung des Bundessozialgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger schloss mit seiner Arbeitgeberin am 08.09.2004 einen Vergleich. Dieser regelte unter anderem, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 30.06.2005 aufgehoben und er sofort unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen unwiderruflich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt werde. Mit Bescheid vom 19.10.2004 stellte die beklagte Krankenkasse fest, dass die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung wegen der unwiderruflichen Freistellung zum 10.09.2004 geendet habe und damit Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung mit Ablauf des 10.09.2004 nicht mehr bestehe. Der Widerspruch des Klägers war erfolglos. Seine Anfechtungs- und Feststellungsklage wurde seitens des Sozialgerichts in erster Instanz abgewiesen. Das Landessozialgericht entschied hingegen im Berufungsverfahren mit Urteil vom 21.06.2007, dass der Kläger auch in besagter Zeit versicherungspflichtig gewesen sei. Dies wurde seitens des Bundessozialgerichts bestätigt.

Das Bundessozialgericht war der Ansicht, dass für das Ende der sozialversicherungsrechtlich maßgeblichen Beschäftigung grundsätzlich nicht bereits die Einstellung der tatsächlichen Arbeitsleistung maßgeblich sei. Vielmehr müsse die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit sonstigen Umständen, die eine Beendigung des Vollzugs des Arbeitsverhältnisses begründen, zusammentreffen. Solche Umstände liegen aber nicht vor, wenn eine gesetzliche Regelung die Befreiung von der Leistungspflicht unter Fortzahlung der Vergütung, wie z. B. in § 3 Abs. 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall) vorsieht. Weiter führt das Bundessozialgericht aus, dass das sozialversicherungsrechtliche Schutzbedürfnis im Falle einer vertraglichen (unwiderruflichen) Freistellung insoweit nicht geringer sei. Die Gefahr eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Arbeitsvertragsparteien wurde seitens des Bundessozialgerichts als gering angesehen.

Zur besseren Verständlichkeit der Bedeutung dieser Entscheidung ist auf eine frühere Entscheidung hinzuweisen (Bundessozialgericht, Urteil vom 25.04.2002 – B 11 AL 65/01 R). Dort führte das Bundessozialgericht aus, dass im Falle einer tatsächlichen Nichtbeschäftigung, wie z.B. der unwiderruflichen Freistellung, eine Beschäftigungslosigkeit vorläge. Dies führte dazu, dass die Sozialversicherungsträger seither bei einer unwiderruflichen Freistellung von der Beendigung des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgingen. Die sozialversicherungsrechtliche Absicherung des Arbeitnehmers im Falle einer unwiderruflichen Freistellung war daher nicht mehr gesichert. Diese Praxis führte bei den Arbeitsvertragsparteien zu einer großen Rechtsunsicherheit, deren Beseitigung nur begrüßt

werden kann. An dieser Stelle ist aber auch klarzustellen, dass das Bundessozialgericht mit der neueren Entscheidung nicht von seiner Entscheidung aus dem Jahr 2002 abgerückt ist. Eine Abgrenzung erfolgt nur insoweit, als dass die Entscheidung aus dem Jahr 2002 hinsichtlich des Begriffs des Beschäftigungsverhältnisses auf den leistungsrechtlichen Sinn abstellte. Insoweit beginnen Beschäftigungslosigkeit und damit auch eine etwaige Sperrzeit für das Arbeitslosengeld tatsächlich bereits mit Beginn einer unwiderruflich vereinbarten Freistellung. Eine solche Freistellung hat hingegen keinerlei Auswirkungen mehr auf das Vorliegen einer Beschäftigung im beitragsrechtlichen Sinn.

Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger haben sich dieser Ansicht im Rahmen eines Besprechungsvermerks vom 30./31.03.2009 angeschlossen und erklärt, diese spätestens seit dem 31.07.2009 auch berücksichtigen zu wollen.

**Praktikerhinweis:**

Auch wenn das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung nicht ausdrücklich zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Freistellung unterschieden hat, ist davon auszugehen, dass in gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichen und Aufhebungsverträgen nun ohne Bedenken Freistellungen jeder Art vereinbart werden können. Dies gilt aber nur im Hinblick auf die Sozialversicherungspflicht des Arbeitnehmers. Die Abgrenzung widerrufliche und unwiderrufliche Freistellung hat nach wie vor arbeitsrechtliche Bedeutung, insbesondere hinsichtlich der Erfüllung von Urlaubsansprüchen.

*Prof. Dr. Renate Dendorfer*

*Thomas Krebs*

*Andere  
Arbeitsgerichte***Entzug des auch privat zu nutzenden Dienstwagens bei lang andauernder Krankheit****LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 27.07.2009, 15 Sa 25/09****Endet der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung nach 6 Wochen andauernder Krankheit, dann entfällt auch das Recht zur privaten Nutzung eines Dienstwagens. Der Arbeitgeber kann sodann den Dienstwagen auch ohne vereinbarten Widerrufsvorbehalt einziehen. Anders ist die Rechtslage bei Sachbezügen im Mutterschutz und in Freistellungszeiten sowie bei Werkwohnungen.**

In dem vom Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg entschiedenen Fall verlangte der Kläger Nutzungsausfallentschädigung als Schadenersatz, weil seine Arbeitgeberin (Beklagte) den ihm zur dienstlichen und privaten Nutzung überlassenen Dienstwagen nach Ablauf der Entgeltfortzahlungsverpflichtung im Krankheitsfall herausverlangt hatte.

Der Sachverhalt:

Der Kläger ist seit 1990 als Bauleiter bei der Beklagten tätig. Er ist Mitglied des Betriebsrats und schwerbehindert. Sein Arbeitsvertrag sieht vor, dass ihm die Beklagte einen Pkw auch zur privaten Nutzung zur Verfügung stellt. Die durch den geldwerten Vorteil des Sachbezugs anfallenden Steuern trägt der Kläger. Die Beklagte hatte dem Kläger, der kein Privatfahrzeug besitzt, einen VW Passat Kombi überlassen.

Der Kläger war ab dem 03.03.2008 bis einschließlich 15.12.2008 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Ab Mitte April 2008 bezog er Krankengeld von der Krankenversicherung. Unter dem Datum des 07.11.2008 wies die Beklagte darauf hin, dass der Leasingvertrag für den Dienstwagen auslaufe und sie deswegen den zur Nutzung überlassenen Pkw zurück fordere.

Klage und Berufung des Klägers blieben erfolglos.

Die Gründe:

Nach der Entscheidung des LAG Baden-Württemberg steht dem Kläger kein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung für die entfallene Möglichkeit zur privaten Nutzung des Dienstwagens im Zeitraum zwischen dem 13.11.2008 und dem 15.12.2008 zu. Die Beklagte war berechtigt, dem Kläger nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums die Möglichkeit zu entziehen, den ihm zur Verfügung gestellten Dienstwagen für Privatfahrten zu nutzen. Dabei gilt, dass die Überlassung des Dienstwagens auch zur privaten Nutzung nur so lange geschuldet wird, wie der Arbeitgeber überhaupt die Zahlung von Arbeitsentgelt schuldet.

Die Einräumung der privaten Nutzungsmöglichkeit eines Dienstwagens stellt eine geldwerte Sachleistung dar. Das Recht zur privaten Nutzung des Dienstwagens ist damit Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts. Aus dem Vergütungscharakter eines derartigen Sachbezugs folgt, dass dem Arbeitnehmer grundsätzlich der Dienstwagen auch dann zur Nutzung verbleiben muss, wenn er aus persönlichen Gründen (Arbeitsverhinderung, Krankheit, Erholungsurlaub) an der Dienstleistung verhindert ist und der Arbeitgeber während dieser Zeit die Vergütung weiter zahlen muss. Damit wird der Grundsatz des BGB „Ohne Arbeit kein Lohn“ zugunsten des Arbeitnehmers zur Sicherung seiner Existenzgrundlage durchbrochen.

Im Umkehrschluss bedeutet dies allerdings auch, dass nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums von maximal sechs Wochen gemäß § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz der allgemeine Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ wieder zur Anwendung kommt. Im streitgegenständlichen Zeitraum war die Beklagte nicht mehr zur Entgeltfortzahlung und damit auch nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung des Dienstwagens verpflichtet. Der Privatnutzungsanspruch des Klägers entfiel somit mit dem Ende der Entgeltfortzahlung, ohne dass es eines Widerrufsvorbehalts bedurft hätte.

Das LAG Baden-Württemberg hält die Rechtsprechung des BAG und anderer Landesarbeitsgerichte zu Sachbezügen während der Mutterschutzfristen und zur Überlassung von Werkwohnungen für nicht übertragbar auf den hier vorliegenden Fall eines über den Entgeltfortzahlungszeitraum hinaus erkrankten Arbeitnehmers.

Bei der Überlassung von Werkwohnungen ergebe regelmäßig schon die Auslegung der Parteivereinbarungen, dass der Arbeitnehmer nicht nach Ablauf der Entgeltfortzahlung zum Auszug verpflichtet und nach Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit dann wieder einzugsberechtigt sei.

Bei dem Anspruch einer Arbeitnehmerin auf Weitergewährung der Privatnutzungsbefugnis eines Dienstwagens während der Schutzfristen der §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) oder eines Beschäftigungsverbots gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 MuSchG habe das BAG auf den Sinn und Zweck der mutterschutzrechtlichen Vorschriften abgestellt, die werdende bzw. junge Mutter vor wirtschaftlichen Nachteilen zu bewahren. Demgegenüber habe der Gesetzgeber jedoch die Pflicht des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Entgelts im Krankheitsfall explizit auf sechs Wochen begrenzt und danach den anhaltend kranken Arbeitnehmer auf das geringere Krankengeld verwiesen.

Abschließend verweist das LAG Baden-Württemberg zur Untermauerung seiner Entscheidung darauf, dass der Geldwert des Sachbezugs bei der Berechnung der Krankengeldhöhe berücksichtigt werde. Es sei kein Grund ersichtlich, warum ein Arbeitnehmer mit dem Recht zur privaten Nutzung eines Dienstwagens davon in doppelter Hinsicht profitieren sollte.

**Praktikerhinweis:**

Bei Sachbezügen als Teil der Vergütung sind die Fälle von andauernder Erkrankung nach Ablauf der Entgeltfortzahlung zu unterscheiden von anderen Fällen der nicht erbrachten Arbeitsleistung. Bei Erholungsurlaub, Kuren, Rehabilitationsmaßnahmen, Mutterschutzfristen und Beschäftigungsverboten nach dem MuSchG, aber auch bei Freistellungen z.B. nach erfolgter Kündigung sind die Sachbezüge, also auch die Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung, weiter zu gewähren. Dies gilt z.B. auch, wenn ein zum Betriebsrat gewählter Arbeitnehmer freigestellt wird.

Empfehlenswert ist, die Pflicht zur Rückgabe des Dienstwagens im Fall einer Freistellung sowie für den Fall der Inanspruchnahme von Elternzeit ausdrücklich im Arbeitsvertrag (bzw. einem Nachtrag dazu) zu regeln. Dagegen raten wir eher davon ab, Widerrufsvorbehalte in Dienstwagenvereinbarungen aufzunehmen. Nach den extrem hohen Anforderungen, die von der Rechtsprechung im Rahmen der Inhaltskontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB an deren Formulierung gestellt werden, bergen sie das hohe Risiko, insgesamt unwirksam zu sein.

*Ute Bilger-Jung*

**Verkaufshilfe auf Weihnachtsmarkt oder Trekking-Extrem-Tour in Nepal während des Erholungsurlaubs erlaubt?****LAG Köln, Urteil vom 21.09.2009, 2 Sa 674/09**

**Arbeitnehmer müssen ihren Urlaub nicht zwingend zur körperlichen Erholung verwenden, sondern dürfen während des Urlaubs auch im Geschäft ihres Ehegatten aushelfen. § 8 Bundesurlaubsgesetz verbietet nicht jede Handlung, die der Erholung abträglich ist, sondern untersagt lediglich dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeiten. Dazu gehören jedoch nur solche Tätigkeiten, die der maximalen finanziellen Ausnutzung der Arbeitskraft dienen. Dies ist nicht der Fall bei der Mithilfe im Familienbetrieb, bei Tätigkeiten in der Nebenerwerbslandwirtschaft oder bei einem Einsatz in einer gemeinnützigen Organisation. Selbst extrem anstrengende Tätigkeiten, wie z.B. Bergsteigen in Nepal, werden von § 8 BUrlG nicht erfasst.**

Das LAG Köln stellt im entschiedenen Fall klar, dass Arbeitnehmer im Urlaub nicht generell jede Arbeitsleistung für Dritte zu unterlassen haben. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin war bei der Beklagten als Bürokauffrau mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 37 Stunden beschäftigt. Ihr Ehemann stellt Gipsbilder und Keramikfiguren her, die er u.a. seit vielen Jahren mit einem Verkaufsstand auf dem Weihnachtsmarkt in B. vertreibt. Der Weihnachtsmarkt in B. dauerte im streitbefangenen Jahr vom 21.11.2008 bis 23.12.2008.

Vom 11.11. bis 20.11.2008 war die Klägerin erkrankt. Ab dem 01.12. hatte sie bis einschließlich 24.12.2008 genehmigten Erholungsurlaub. Während dieser Zeit wurde sie zu verschiedenen Gelegenheiten bei Verkaufstätigkeiten für ihren Mann auf dem Weihnachtsmarkt in B. gesehen. Die Beklagte war der Ansicht, dass die Klägerin mit der Arbeit auf dem Weihnachtsmarkt gegen den Erholungszweck ihres Urlaubs verstoße und mahnte sie daher mit zwei Schreiben vom 02.12.2008 und vom 08.12.2008 ab. Die Beklagte meinte, die Klägerin sei verpflichtet, den Urlaub als Ruhezeit und zur körperlichen Erholung zu nutzen. Die Arbeit in der Kälte erhöhe das Risiko einer Erkrankung.

Nach Zugang der zweiten Abmahnung wurde die Klägerin erneut in dem Verkaufsstand ihres Ehemanns bei Verkaufstätigkeiten auf dem Weihnachtsmarkt gesehen. Darauf kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zu der Klägerin am 22.12.2008. Die Klägerin erhob Kündigungsschutzklage und verteidigte sich damit, dass sie seit 18 Jahren im Geschäft ihres Ehemannes insbesondere auf dem Weihnachtsmarkt aushelfe. Sie gab des Weiteren an, keinen persönlichen Gewinn aus ihrer Verkaufstätigkeit zu ziehen und nicht als Arbeitnehmerin für ihren Ehemann tätig zu sein.

Wie bereits das Arbeitsgericht hielt auch das LAG Köln die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung für unwirksam.

Zur Begründung wird angeführt, dass die Verkaufstätigkeit der Klägerin auf dem Weihnachtsmarkt keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit im Sinne des § 8 BUrlG dargestellt habe. Insoweit seien auch während des Erholungsurlaubs alle freiwilligen Tätigkeiten erlaubt, die nicht primär auf die Entgelterzielung gerichtet sind (Beispiel: Bauhandwerker hilft im Urlaub als Alpenvereinsmitglied bei der Errichtung einer Vereinshütte). Der von § 8 BUrlG geschützte Urlaubszweck liege entgegen der Ansicht der Beklagten darin, Freizeit zu haben, in der man nicht dem arbeitgeberseitigen Direktionsrecht unterliege und unter Beibehaltung der Vergütungsgrundlage aus dem Arbeitsverhältnis Tätigkeiten zur freien Entfaltung der Persönlichkeit verrichten könne. Folglich widerspreche eine Handlung diesem Urlaubszweck nur dann, wenn die bezahlte Freizeit genutzt wird, um die Einnahmen aus der eigenen Arbeitskraft durch Eingehung eines weiteren Erwerbsverhältnisses in doppelter Weise auszunutzen. Nach diesen Grundsätzen stelle die Mithilfe im Familienbetrieb keinen Verstoß gegen § 8 BUrlG dar. Selbst wenn die Klägerin eine Vergütung erhalten haben sollte oder hätte beanspruchen können, ergibt sich daraus nichts anderes, weil sich Ehegatten im Rahmen ihrer gegenseitigen Unterhaltspflichten über die eigene Berufstätigkeit hinaus gegenseitig unterstützen dürfen.

Darüber hinaus hielt das LAG Köln die Kündigung auch deshalb für unwirksam, weil die Klägerin mit ihrer Tätigkeit bei der Beklagten (37-Stunden-Woche) den gesetzlich maximal möglichen Einsatz ihrer persönlichen Arbeitskraft von bis zu 48 Stunden gemäß § 3 Arbeitszeitgesetz (ArbzG) noch nicht ausgeschöpft habe. Der Klägerin seien pro Arbeitswoche also ohnehin noch 11 Stunden zusätzlicher erlaubter Erwerbsmöglichkeit verblieben. Bei zulässiger unregelmäßiger Verteilung der Arbeitszeit auf bis zu 60 Wochenstunden insgesamt, hätte die Klägerin sogar ohne weiteres im Dezember bis zu 23 Stunden wöchentlich neben ihrem Arbeitsverhältnis bei der Beklagten auf dem Weihnachtsmarkt tätig werden können. Eine diese Grenze übersteigende Einsatzzeit wurde von der Beklagten nicht behauptet.

#### **Praktikerhinweis:**

Entgegen der verbreiteten Annahme, dass der Zweck der Gewährung von Erholungsurlaub allein die körperliche Erholung sei, ist die aktive oder passive Nutzung der Urlaubszeit dem Arbeitnehmer weitgehend frei gestellt. Auch die Ausübung von risikobehafteten Extrem-Sportarten im Urlaub stellt keinen Verstoß gegen die Vertragspflichten des Arbeitnehmers dar. Die Grenze des Erlaubten wäre allerdings dann überschritten, wenn der Arbeitnehmer als Trainer/Ausbilder/Coach während

seines Urlaubs entgeltliche Freizeit- oder Sportkurse anbietet und abhält, um sich damit ein zusätzliches „Urlaubsgeld“ zu verdienen.

*Ute Bilger-Jung*

***Arbeitsrecht  
in der Praxis***

**Leitfaden für Arbeitgeber zur drohenden Schweinegrippe-Pandemie**

Vorbemerkung

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die von ihm beschäftigten Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit zu schützen. Der Umfang der Fürsorgepflicht lässt sich, abgesehen von gesetzlichen oder tarifvertraglichen Vorschriften (z.B. Gefahrstoffverordnung, Biostoffverordnung, Gerätesicherheitsgesetz) für generell gefahrgeneigte Arbeiten und Regelungen für besonders schützenswerte Personengruppen (Jugendliche, Schwangere, Behinderte), nicht abstrakt festlegen, sondern bemisst sich in jedem einzelnen Arbeitsverhältnis nach der konkreten Risikodisposition. Birgt die jährlich wiederkehrende Grippewelle wegen der hohen Infektionsanfälligkeit die Gefahr, sich zu einer Pandemie auszuweiten, ergeben sich für den Arbeitgeber besondere Handlungspflichten. Unterlässt der Arbeitgeber gebotene und zumutbare Maßnahmen, kann er sich schadensersatzpflichtig machen, wenn Mitarbeiter erkranken. Zu einer guten, verantwortlichen Unternehmensführung im Sinne einer Risikofrüherkennung und -vermeidung gehört daher die rechtzeitige Vorbereitung auf drohende Pandemien. Untätigkeit kann zu einem Organisationsverschulden der Geschäftsleitung führen.

1. **Vorsorge und Notfallplanung**

- Frühzeitige Gefährdungsbeurteilung und Überprüfung der angemessenen Ausstattung des Unfall- und Gesundheitsschutzes im Betrieb, ggf. Vorhaltung von Mundschutz, Schutzkleidung, Information über Standards von Arbeitsmedizin und Hygiene
- Berücksichtigung der Empfehlungen des Handbuchs Betriebliche Pandemieplanung (Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe)
- Abstimmung mit der Pandemieplanung der örtlichen Behörden des Gesundheitswesens

- Identifikation besonderer Risikogruppen (Personen mit intensivem Drittkontakt, besonders gefährdete Gruppen des Personals)
  - Entwicklung eines Notfallplanes (Aufrechterhaltung der betrieblichen Schlüsselfunktionen, alternative Planungen für Telearbeit, Home-Office, Geschäftsreisen)
  - Abschluss einer Betriebsvereinbarung über Gesundheitsfürsorge und arbeitsrechtliche Maßnahmen (Versetzungen, Urlaubssperre, Mehrarbeit, Kurzarbeit)
2. Unterrichtung und Beratung
- Aufklärung der Mitarbeiter über Infektions- und Erkrankungsrisiko
  - Information zum Krankheitsbild und ersten Anzeichen einer Erkrankung
  - Anleitung zur eigenverantwortlichen Vorsorge (Aushang Händewaschen, Benutzung von Desinfektionsmittel, Reduzierung unmittelbarer Körperkontakte z.B. Begrüßung durch Handschlag)
  - Erhöhung der Reinigungsintervalle und zusätzliche Desinfektionsmaßnahmen
  - Reduzierung unnötiger Kontakte (Verzicht auf interne Meetings) und Vermeidung des Besuchs ansteckungsgefährdender Veranstaltungen
3. Recht zur Anordnung von Maßnahmen
- Anordnung zur Vorsorgeuntersuchung beim Betriebs- oder Arzt der Wahl bei konkretem Verdacht einer Erkrankung
  - Verpflichtung zum Tragen eines Mundschutzes und zu anderen Hygienemaßnahmen im Betrieb
  - Freistellung und „Hausverbot“ beim Verdacht einer Infektion oder Erkrankung (Pflicht zur Lohnfortzahlung)
  - Verpflichtung zur Mehrarbeit und Überstunden im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenzen, bei dringendem Bedarf auch gegen den Willen des Mitarbeiters
  - Direktionsrecht zur Übernahme von dringenden Arbeiten auch außerhalb des jeweiligen Aufgabenbereichs (mitbestimmungspflichtig, soweit voraussichtlich die Dauer eines Monats überschritten wird)

- Anordnung von Kurzarbeit, soweit Betrieb mit verbleibenden Mitarbeitern nicht wirtschaftlich zu führen ist (bei Beachtung der sonstigen Voraussetzungen für Kurzarbeit)
  - Abmahnung bei Verstoß gegen angeordnete Vorsorgemaßnahmen oder bei Leistungsverweigerung zumutbarer Beschäftigung (Arbeitnehmer muss akzeptables Risiko hinnehmen; allerdings kann Arbeitsunfähigkeit bei vorbelasteten Arbeitnehmern bereits bestehen, wenn durch die drohende Infektion eine Verschlimmerung des Gesundheitszustandes droht)
  - Weiterhin Anordnung von Dienstreisen, es sei denn offizielle behördliche Warnung besteht (z.B. bei Auslandsreisen durch ausdrückliche Reisewarnung des Auswärtigen Amtes)
4. Grenzen der arbeitgeberseitigen Intervention
- Keine Anordnung einer Gripeschutzimpfung möglich
  - Keine Pflicht zur Vorhaltung von Medikamenten gegen grippale Infekte
  - Generelle berufliche Tätigkeitsverbote, Quarantäne und ähnliche Einschränkungen der persönlichen Freiheit können nur die Behörden auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes anordnen (ggf. Entschädigungsanspruch des Arbeitgebers, wenn er in diesen Fällen Lohnfortzahlung gewährt)
  - Bei Anordnung von Mehrarbeit sind länger andauernde Überlastungen insbesondere bei schutzbedürftigen Personen zu vermeiden
  - Keine Pflicht zur Versetzung auf Arbeitsplatz ohne Infektionsgefahr
  - Keine Abordnung zu Tätigkeiten über das übliche Maß der Gesundheitsgefährdung hinaus (z.B. als Hilfspersonal für die medizinische Versorgung von Infizierten; differenzierter zu betrachten bei Berufsgruppen wie Krankenschwestern und Feuerwehrleuten, die berufstypisches Infektionsrisiko zu tragen haben)

*Reinhold Kopp*

*Hinweis*

**Arbeitsrechtliche Compliance, Beitrag von RA Reinhold Kopp in der Zeitschrift für Risk, Fraud, Compliance (ZRFC), 6/2009, S. 252-258 ([www.zrfcdigital.de](http://www.zrfcdigital.de)):**

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Compliance-relevanten Risiken im Verantwortungsbereich der Personalressorts. Es geht hierbei um die Gewährleistung von Gesetzeskonformität und die Einhaltung professioneller Standards der Geschäftsleitungen sowie um Verhaltenssteuerung zur Wahrung der Rechtstreue und Integrität der Beschäftigten.

### Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Employment and Human Resources unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: [reinhold.kopp@heussen-law.de](mailto:reinhold.kopp@heussen-law.de) (Büro Berlin), [ralf.busch@heussen-law.de](mailto:ralf.busch@heussen-law.de) oder [renate.dendorfer@heussen-law.de](mailto:renate.dendorfer@heussen-law.de) (Büro München), [harald.guha@heussen-law.de](mailto:harald.guha@heussen-law.de) (Büro Frankfurt) oder [ute.bilger-jung@heussen-law.de](mailto:ute.bilger-jung@heussen-law.de) (Büro Stuttgart).

### Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

### Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

### Geschäftsführung:

RA Dr. Christof Schmidt

### Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:

Dr. Ralf Busch  
Prof. Dr. Renate Dendorfer LL.M. MBA  
**Büro München:**  
Brienner Straße 9 / Amiraplatz  
80333 München  
Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0  
Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

Dr. Harald Guha  
**Büro Frankfurt:**  
Platz der Einheit 2  
60327 Frankfurt am Main  
Telefon: +49 (0) 69 15 242-0  
Telefax: +49 (0) 69 15 242-111

Ute Bilger-Jung  
**Büro Stuttgart:**  
Friedrichstraße 14  
70174 Stuttgart  
Telefon: +49 (0) 711 2 28 40-0  
Telefax: +49 (0) 711 2 28 40-111

Reinhold Kopp  
**Büro Berlin:**  
Lise-Meitner-Straße 1  
10589 Berlin  
Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10  
Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

### Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Arbeitsrecht im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.