

# Rundbrief

## ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte

### Manske & Partner

Bärenschanzstraße 4

90429 Nürnberg

Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 307319800

kanzlei@manske-partner.de

www.manske-partner.de



### Unzulässige Ungleichbehandlung beim Nachtzuschlag

EuGH hält sich heraus, BVerfG lässt auf sich warten | Seite 3

### Inflationsausgleichsprämie, Corona-Prämie & Co.

Freiwillig, aber nicht mitbestimmungsfrei! | Seite 10

### Änderung von Arbeitsverträgen durch Betriebsvereinbarung?

Die Rechtsprechung zur „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ | Seite 15

### Die »neue« Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Fragen und Antworten nach der BAG-Entscheidung | Seite 22



Arbeitnehmer-  
Anwälte

in ganz Deutschland

→ Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der vor mehr als 20 Jahren gegründeten Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Dortmund, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Hannover, Mannheim, München, Münster, Nürnberg/Ansbach, Offenburg, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

**[www.arbeitnehmer-anwaelte.de](http://www.arbeitnehmer-anwaelte.de)**



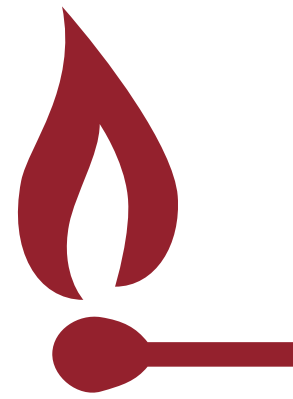
## Unzulässige Ungleichbehandlung beim Nachtzuschlag

EuGH hält sich heraus,  
BVerfG lässt auf sich warten

Viele Beschäftigte wissen, nach einem bekannten Schlagertext: »Die Nacht ist nicht allein zum Schlafen da ...«. Wird die Nacht mit Arbeiten verbracht, beschäftigen die Arbeitsgerichte in den letzten Jahren oft die Frage, wie hoch ein hierfür zu gewöhnlicher Nachtzuschlag ausfallen hat. Das BAG duldet dabei keine ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht aus.

### → Höhe der Nachtzuschläge - ohne und mit Tarifvertrag

Die Zuschlagspflicht für Nachtarbeit geht zurück auf eine grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die das Verbot der Frauen-Nachtarbeit für grundgesetzwidrig erklärte. Das Gericht verlangte angesichts der „nachgewiesenen Schädlichkeit“ von Nachtarbeit für die menschliche Gesundheit anstelle eines nur Frauen treffenden Verbots eine gesetzliche Regelung, die den Schutz von Leben und Gesundheit der Beschäftigten gewährleistet. In die gleiche Richtung zielt die Vorgabe des EU-Rechts in der Arbeitszeitrichtlinie (EG/2003/88), die „erforderliche Maßnahmen“ zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Nacht- und Schichtarbeiter verlangt.



## Was ist Nachtarbeit?

**Nachtarbeit ist im Arbeitszeitgesetz definiert als diejenige Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit umfasst. Unter der Nachtzeit versteht man die Zeit von 23 bis 6 Uhr, in Bäckereien und Konditoreien die Zeit von 22 bis 5 Uhr (§ 2 ArbZG).**

(Tarifverträge können abweichende Definitionen für die zuschlagspflichtigen Zeiten vorsehen.)

Der deutsche Gesetzgeber hat im **Arbeitszeitgesetz** ein Schutzkonzept gewählt, wonach Nachtarbeit durch die Gewährung von Freizeit oder einem „angemessenen“ Zuschlag in Geld auszugleichen ist, soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen (§ 6 Absatz 5 ArbZG). Dabei kann zwar ein Zuschlag in Geld, im Gegensatz zu Freizeitausgleich, nicht die negativen Gesundheitsfolgen der Nachtarbeit unmittelbar entkräften. Er dient aber dazu, Nachtarbeit zu verteuern und sie damit für Arbeitgeber weniger attraktiv zu machen. Auch der Zuschlag dient somit mittelbar dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten.

Wie hoch der Nachtzuschlag ausfällt, hängt maßgeblich davon ab, ob ein Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist:

### »Angemessener Nachtzuschlag« ohne Tarifvertrag

Ohne Tarifvertrag verlangt das Gesetz einen Zuschlag in „angemessener“ Höhe. Was „angemessen“ ist, unterliegt als unbestimmter Rechtsbegriff der vollen gerichtlichen Kontrolle. Das Bundesarbeitsgericht sieht in ständiger Rechtsprechung einen Zuschlag von 25 % auf das Bruttostundenentgelt bzw. die Gewährung einer entsprechenden Zahl von bezahlten freien Tagen als angemessenen Ausgleich für geleistete Nachtarbeit an. Eine Erhöhung oder Verminderung dieses Regelwerts kommt in Betracht, wenn besondere Umstände vorliegen. So kann Nachtarbeit, bei der in hohem Maß nur Arbeitsbereitschaft verlangt wird, einen niedrigeren Zuschlag rechtfertigen, während Dauernachtarbeit nach den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen als besonders gesundheitsschädlich anzusehen ist und in der Regel einen Zuschlag von mindestens 30 % gebietet.

## **Unterschiedliche tarifvertragliche Nachtzuschläge und Kontrolle durch das BAG**

Tarifvertragliche Ausgleichsregelungen können dagegen eigene, abweichende Ausgleichsregelungen vorsehen. Viele Tarifverträge (unter anderem aus der Textil-, Nahrungsmittel-, Metall- und Elektrobranche) unterscheiden zwischen „regelmäßiger“ und „unregelmäßiger“ Nachtarbeit, wobei die unregelmäßige meist mit deutlich höheren Zuschlägen vergütet wird.

Diese Unterscheidung steht auf den ersten Blick im Widerspruch zu der Feststellung des Bundesarbeitsgerichts zu den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen, die gerade Dauernachtarbeit, auch wenn sie regelmäßig erbracht wird, als besonders gesundheitsgefährdend ansieht.

Das BAG hat daher in der Vergangenheit zu verschiedenen Gelegenheiten Stellung zu der Frage bezogen, ob solche differenzierenden Tarifregelungen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus dem Grundgesetz (Artikel 3 Absatz 1) verstoßen.

Einen solchen Verstoß bejahte das BAG in einer vielbeachteten Entscheidung aus dem Jahr 2018. Zur Begründung führte es aus, dass Nachtarbeit als solche für alle Beschäftigten in gleicher Weise gesundheitsschädlich sei. Die Belastung und Beanspruchung der Beschäftigten stiegen nach bisherigem Kenntnisstand in der Arbeitsmedizin durch die Anzahl der Nächte pro Monat und die Anzahl der Nächte hintereinander, in denen Nachtarbeit geleistet wird. Die Anzahl der aufeinanderfolgenden Nachtschichten sollte daher möglichst gering sein, auch wenn viele Schichtarbeiter, die in einem Rhythmus von fünf und mehr hintereinanderliegenden Nachtschichten arbeiten, subjektiv den – objektiv unzutreffenden – Eindruck haben, dass sich ihr Körper der Nachtschicht besser anpasst. Insgesamt sei, so das BAG, anerkannt, dass Nachtarbeit umso schädlicher ist, in je größerem Umfang sie geleistet wird.

Für die aus vielen Tarifverträgen folgende deutliche wirtschaftliche Schlechterstellung der regelmäßig nachts arbeitenden Schichtarbeiter im Vergleich zu den Arbeitnehmern, die Nachtarbeit nur gelegentlich außerhalb von Schichtsystemen leisten, bestehe vor dem Hintergrund der wissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit kein sachlich vertretbarer Grund. Daher sei eine solche Regelung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz aus Artikel 3 Grundgesetz verfassungswidrig.

## Nachtarbeit und Gesundheit

Nachtarbeit trägt nicht nur zur sozialen Desynchronisation bei, also dazu, dass die Arbeitszeiten nicht zum Miteinander mit Familie, Freunden und Aktivitäten passen. Sie führt nach dem vom BAG zugrunde gelegten Kenntnisstand auch zu einer physiologischen Desynchronisation der Körperfunktionen.

Denn durch Arbeit während der Nachtzeit wird die sog. zirkadiane Rhythmik gestört. Das ist die »innere Uhr«, die Körperfunktionen innerhalb einer etwa 24-stündigen Periode in einem sich wiederholenden Muster steuert (wie Hormonspiegel, Darmfunktion, Blutdruck, Körpertemperatur). Wenn diese Abläufe durch Nachtarbeit durcheinandergebracht werden, kommt es typischerweise zu Schlafstörungen, Magen-Darm-Beschwerden und Herz-Kreislauf-Beeinträchtigungen. Es ist davon auszugehen, dass sich Nachtarbeit auch negativ auf die Psyche auswirkt.

(Bundesarbeitsgericht 09.12.2020, Aktenzeichen 10 AZR 332/20 (A), Randnummer 37 ff.)



Nur wenn sich aus dem Tarifvertrag ergebe, dass die Tarifvertragsparteien nicht nur ebendiese gesundheitlichen Belastungen durch den Zuschlag ausgleichen wollten, sondern darüber hinaus noch andere Belastungen, könne die Differenzierung zulässig sein. Dies ist nach Ansicht des BAG beispielsweise dann der Fall, wenn der Tarifvertrag zusätzlich die „schlechte Planbarkeit“ von unregelmäßiger Nachtarbeit durch den Zuschlag ausgleichen wolle. Sind solche anderen Belastungen nicht ersichtlich, haben die „regelmäßigen“ Nachtarbeiter aufgrund der Ungleichbehandlung Anspruch auf den höheren Zuschlag.

### Arbeitsgerichtliche Kontrolle der Tarifverträge als Verstoß gegen die Tarifautonomie?

Gegen diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind von der Arbeitgeberseite Verfassungsbeschwerden anhängig gemacht worden, da die Entscheidungen nach ihrer Auffassung unzulässig in die ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Autonomie der Tarifvertragsparteien (Artikel 9 Absatz 3 GG) eingreifen. Den Beschwerdeführern zufolge muss den Tarifvertragsparteien zur Wahrung der Tarifautonomie ein großer Gestaltungsspielraum verbleiben. Ein Verstoß könne nur dann vorliegen, wenn Differenzierungen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr zu rechtfertigen und damit willkürlich seien, was bei Nachtarbeitszuschlägen in unterschiedlicher Höhe nicht der Fall sei. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht aus und ist mit Spannung zu erwarten.

Da eine Vielzahl von Tarifverträgen die kritische Ungleichbehandlung von regelmäßiger und unregelmäßiger Schichtarbeit vorsehen, ist zwischenzeitlich eine dreistellige Anzahl von Revisionsverfahren beim Bundesarbeitsgericht anhängig.

### **Vorlageverfahren an den Europäischen Gerichtshof - ohne Ergebnis**

In dieser Gemengelage hat sich das Bundesarbeitsgericht 2020 mit einem Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof gewandt und die Frage gestellt, ob eine tarifvertragliche Regelung, die Zuschläge unterschiedlicher Höhe für regelmäßige und unregelmäßige Nachtarbeit vorsieht, gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der europäischen Grundrechte-Charta (Artikel 20) verstoße. Die europäischen Grundrechte sind bei der Durchführung europäischen Rechts, also auch der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, durch alle Mitgliedstaaten zu beachten. Konkret ging es in dem Ausgangsverfahren um die Frage, ob eine tarifvertragliche Regelung vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zulässig sein kann, wenn darin die „regelmäßige Nachtarbeit“ mit einem Zuschlag in Höhe von 20 % vergütet wird, demgegenüber aber die „unregelmäßige Nachtarbeit“ mit einem Zuschlag von 50 %.

Geklagt hatten zwei Beschäftigte aus der Lebensmittelindustrie, die regelmäßige Nachtarbeit leisteten, wofür sie den tariflich vorgesehenen Zuschlag in Höhe von 20 % bezogen. Demgegenüber erhielten Beschäftigte, die Nachtarbeit leisteten, ohne entsprechend regelmäßig im Schichtplan dazu eingeteilt gewesen zu sein, für ihre Nachtarbeit den höheren Zuschlag von 50 %. Die klagenden Beschäftigten verlangten unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung des BAG ebenfalls Zahlung des höheren Zuschlags.

Für das BAG stellte sich die Frage, ob neben die Gleichheitsprüfung auf der Grundlage von Artikel 3 Absatz 1 GG auch eine Gleichbehandlungskontrolle nach Artikel 20 der Grundrechte-Charta zu treten habe. Denn das Arbeitszeitrecht der Nacht- und Schichtarbeit sei für diese besonderen Formen der Arbeit unionsrechtlich überformt durch die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Nacht- und Schichtarbeiter werden durch die Arbeitszeitrichtlinie als besonders (gesundheits-)schutzbedürftige Arbeitnehmergruppen gekennzeichnet. Dies zeigten die sechsten bis zehnten Erwägungsgründe der Richtlinie 2003/88/EG sowie ihre Artikel 8 bis 13. Es sei daher zu klären, ob die unterschiedliche Behandlung der Gruppen von Arbeitnehmern, die regelmäßige und unregelmäßige Nachtarbeit leisten, auch durch einen anderen Tarifzweck als den finanziellen Ausgleich der gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch

die Nachtarbeit gerechtfertigt werden könne, nämlich beispielsweise die schlechtere Planbarkeit von unregelmäßiger Nachtarbeit.

Die vom Bundesarbeitsgericht vorgelegten Fragen hat der EuGH jedoch nicht beantwortet. Denn die konkreten tarifvertraglichen Regelungen über die Höhe des Zuschlags für Nachtarbeit unterlägen nicht der Kontrolle durch den EuGH. Der EuGH habe allein über die Durchführung von EU-Richtlinien zu wachen, so also auch der europäischen Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Diese Richtlinie treffe aber gerade keine Aussage über die Höhe von Zuschlägen, sondern betreffe nur Dauer und Rhythmus der Nachtarbeit, den Gesundheitsschutz und die Sicherheit der Nachtarbeiter sowie die Unterrichtung der zuständigen Behörden. Sie regle also nicht das Entgelt der Arbeitnehmer für Nachtarbeit und erlege den Mitgliedstaaten daher in Bezug auf die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Sachverhalte keine spezifische Verpflichtung auf.

### **Wie geht es nun weiter - Hinweise für Arbeitnehmer**

Die vom Bundesarbeitsgericht mutmaßlich erhoffte Klärung – vielleicht auch „Rückendeckung“ durch den Europäischen Gerichtshof gegen eine Überprüfung seiner Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht unter dem Gesichtspunkt der Tarifautonomie – ist somit ausgeblieben.

Das Bundesarbeitsgericht wird selbst nicht umhinkommen, Arbeitnehmern und Arbeitgebern angesichts der zahlreichen auch in den Instanzgerichten weiterhin anhängigen Verfahren einen praxistauglichen Weg zur Anwendung der vielgestaltigen tarifvertraglichen Regelungen zur unterschiedlichen Höhe von Nachtarbeitszuschlägen zu weisen.

Für zukünftige Tarifabschlüsse ist zu erwarten, dass aufgrund der erheblichen Rechtsunsicherheit die früher verbreitete tarifliche Besserstellung von unregelmäßiger, gelegentlicher Nachtarbeit zurückgehen dürfte.

Arbeitnehmern, die weiterhin einer tariflichen Regelung unterfallen, die bei dauerhafter Nachtarbeit im Schichtdienst einen geringeren Zuschlag vorsieht als für Kollegen in gelegentlicher Nachtarbeit, ist anzuraten, ihre Ansprüche bis zu einer höchstrichterlichen Klärung mindestens zur Wahrung von Ausschlussfristen geltend



zu machen. Dieses Verlangen sollte in Textform an den Arbeitgeber herangetragen werden. Bei zweistufigen Ausschlussfristen sind auch Klagen zu erheben, um Ansprüche zu wahren; die Gerichtsverfahren können sodann ruhend gestellt werden.

Betriebsräte können anregen, dass Arbeitgeber, um massenhafte Gerichtsverfahren zu vermeiden, auf Ausschluss- und Verjährungsfristen verzichten und der Belegschaft zusagen, eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die zu dem von ihnen angewendeten Tarifvertrag ergeht, vorbehaltlos umzusetzen. Rechtlich wäre eine solche Vereinfachung zum Beispiel mittels einer Gesamtzusage des Arbeitgebers umsetzbar.

**Siehe:**

- **Verbot der Frauen-Nachtarbeit grundgesetzwidrig:** Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 28.01.1992, Aktenzeichen 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, AiB 1992, Seite 281
- **Mindestens 30 % Zuschlag für Dauernachtarbeit:** Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.05.2022, Aktenzeichen 10 AZR 230/19, DB 2022, Seite 2293, Randnummer 26 ff.
- **Schlechterstellung bei regelmäßiger Nachtarbeit unzulässig:** Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21.03.2018, Aktenzeichen 10 AZR 34/17, BAGE 162, 230, Randnummer 48-49; Rundbrief Nr. 40 (10/2018), Seite 3, [www.arbeitnehmer-anwaelte.de](http://www.arbeitnehmer-anwaelte.de); vgl. bereits Urteil vom 09.12.2015, Aktenzeichen 10 AZR 423/14, BAGE 153, 378, Randnummer 17
- **Anspruch auf höheren Zuschlag bei unzulässiger Ungleichbehandlung:** Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 09.12.2020, Aktenzeichen 10 AZR 334/20, AuR 2021, Seite 90, Randnummer 87
- **Vorlage an den Europäischen Gerichtshof:** Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 09.12.2020, Aktenzeichen 10 AZR 332/20 (A), NZA 2021, Seite 1121; Entscheidung darüber: Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 07.07.2022, Aktenzeichen: C-257/21, C-258/21, NZA 2022, Seite 971
- **Gestaltungsspielraum für Tarifparteien:** Kleinebrink, Anmerkung AP Nr. 21 zu § 6 ArbZG



**Rechtsanwalt Simon Wionski**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Bremen



**Rechtsanwalt Joachim Lubkowitz**  
Bremen

## Inflationsausgleichsprämie, Corona-Prämie & Co. Freiwillig, aber nicht mitbestimmungsfrei!

Mit der sogenannten Corona-Prämie, dem Pflegebonus im Kranken- und Pflegebereich und der sogenannten Inflationsausgleichsprämie wurden durch den Gesetzgeber zuletzt immer wieder freiwillige Leistungen ermöglicht, die Arbeitgeber steuer- und sozialversicherungsfrei an ihre Beschäftigten gewähren können. Was bedeuten diese Leistungen für die Mitbestimmung des Betriebsrats?

- Arbeitgeber können im Rahmen der vorgegebenen Regelungen und der möglichen Höhe die Leistung grundsätzlich einfach gewähren. Übersehen wird dabei aber oft die bestehende Mitbestimmung des Betriebsrats. Gerade weil die Leistung freiwillig ist, meinen Arbeitgeber in vielen Fällen, sie ohne Beteiligung des Betriebsrats „nach Gutsherrenart“ einseitig bestimmen und gewähren zu können.

## Steuerfreie Sonderzahlungen

Corona-Prämie: Bis zu 1.500 Euro bis 31.03.2022

Pflegebonus: Bis zu 4.500 Euro bis 31.05.2023 (teilweise besteht ein gesetzlicher Anspruch)

Inflationsausgleichsprämie: Bis zu 3.000 Euro bis 31.12.2024

[www.bundesregierung.de/breg-de/themen/entlastung-fuer-deutschland/inflationsausgleichspraemie-2130190](http://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/entlastung-fuer-deutschland/inflationsausgleichspraemie-2130190)

So werden zum Beispiel Anfragen des Betriebsrats, ob überhaupt eine solche Leistung gewährt werden soll, nicht beantwortet; in anderen Fällen wird die freiwillige Prämie nach dem Gießkannenprinzip an alle Beschäftigten gewährt. In Bereichen, in denen zum Beispiel ein Tarifabschluss eine solche Leistung vorsieht, gewährt der Arbeitgeber AT-Beschäftigten plötzlich höhere Prämien. Den vorstehenden Beispielen aus der Praxis ist gemeinsam, dass eine Einbindung oder Information des Betriebsrats nicht erfolgt ist.

Die Beteiligung des Betriebsrats ist hier aber in der Regel erforderlich. Wo keine tarifvertragliche Regelung die betriebliche Mitbestimmung verdrängt, gilt: Die Einführung und Gewährung einer freiwilligen Leistung unterliegt als Frage der **betrieblichen Lohngestaltung** der Mitbestimmung des Betriebsrats, soweit es um deren Gestaltung und das Verhältnis zu anderen Entgeltleistungen des Arbeitgebers geht (§ 87 Absatz 1 Nr. 10 Betriebsverfassungsgesetz). Die Freiwilligkeit der Leistung schließt das Mitbestimmungsrecht nicht aus. Auch wenn der Arbeitgeber über den finanziellen Dotierungsrahmen mitbestimmungsfrei entscheiden kann, unterliegt die Ausgestaltung innerhalb dieses Rahmens, insbesondere zu den Verteilungsgrundsätzen, der Mitbestimmung. Das bedeutet: Der Arbeitgeber kann zwar das **Gesamtvolumen**, das er ausgeben will, allein bestimmen; wer davon wie viel erhält, ist jedoch mit dem Betriebsrat zu verhandeln.

Der kollektive Bezug, der für die Mitbestimmung nötig ist, kann in der Regel bejaht werden, auch wenn es möglicherweise nur um einen kleinen Adressatenkreis geht. Denn für den kollektiven Bezug reicht es, wenn auch kollektive Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berührt werden, ohne dass es auf die Zahl der konkret betroffenen Arbeitnehmer ankommt. Nur Maßnahmen, die ausschließlich den individuellen Besonderheiten einzelner Arbeitsverhältnisse Rechnung tragen und deren Auswirkungen sich darauf beschränken, sind mitbestimmungsfrei.

Auch der Umstand, dass die freiwillige Prämie **bereits gewährt** wurde, steht der Mitbestimmung des Betriebsrats nicht entgegen. War oder ist die Festlegung der Leistung ohne Beteiligung des Betriebsrats getroffen worden, kann diese noch nach-

geholt werden. Die Verteilung des vorhandenen Volumens – des bereits erwähnten „Dotierungsrahmens“ – kann auch nachträglich noch erfolgen. Betriebsrat und Arbeitgeber können die Angelegenheit genauso regeln, wie wenn der Arbeitgeber noch keine Versprechungen abgegeben und noch keine Auszahlungen vorgenommen hätte. Eine solche nachträgliche Regelung von Arbeitgeber und Betriebsrat, notfalls durch Spruch der Einigungsstelle, kann für einzelne Arbeitnehmer erstmals einen Anspruch, für andere einen höheren Anspruch, für wiederum andere Betroffene einen geringeren Anspruch auf derartige Zahlungen festlegen. Auf diese Festlegungen können sich die Arbeitnehmer dann berufen, natürlich nur, soweit der nunmehr festgelegte Anspruch nicht durch bereits erfolgte Zahlungen des Arbeitgebers erfüllt ist. Andererseits kann ein Arbeitnehmer gegebenenfalls den ihm verbindlich zugesagten Zahlungsanspruch auch dann durchsetzen, wenn das Mitbestimmungsverfahren für ihn einen geringeren Bonus ergeben sollte. Dies ergibt sich aus dem **Günstigkeitsprinzip**, das im Verhältnis von Arbeitsvertrag zu Betriebsvereinbarung anzuwenden ist.

Es ist das Versäumnis des Arbeitgebers, nicht rechtzeitig für eine erforderliche Beteiligung des Betriebsrats gesorgt zu haben. Daher muss er sich mitbestimmungsrechtlich so behandeln lassen, als hätte er den Arbeitnehmern noch nichts verbindlich zugesagt oder ausgezahlt. Gegebenenfalls muss der Arbeitgeber – entsprechend der dann erfolgten Einigung mit dem Betriebsrat – noch bestimmte Beträge nachzahlen. Nur wenn der Arbeitgeber die Zahlung noch nicht verbindlich zugesagt oder die Auszahlung mit einem Vorbehalt versehen hat, kann er den gesamten oder einen Teil der Leistung von den betroffenen Arbeitnehmern zurückfordern.

Vor diesem Hintergrund ist Betriebsräten zunächst zu empfehlen, sich einen Überblick zu verschaffen, ob der Arbeitgeber ohne Wissen des Betriebsrats zum Beispiel eine Inflationsausgleichsprämie gewährt. Hier sollte der Arbeitgeber um entsprechende Auskunft gebeten werden, ob, an wen und in welcher Höhe eine solche Leistung gewährt wird. Schon dadurch, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Betracht kommt, ist der Arbeitgeber zur **Auskunft** aus § 80 Absatz 2 Satz 2 BetrVG verpflichtet. Ein anderer Weg kann die direkte **Einsichtnahme** in die Bruttolohn- und Gehaltslisten nach derselben Vorschrift darstellen. Sofern der Arbeitgeber dem berechtigten Informationsbegehren des Betriebsrats nicht nachkommt, kann dieses arbeitsgerichtlich durchgesetzt werden. Auch Informationen aus der Belegschaft selbst können hier sehr hilfreich sein.

Sofern der Betriebsrat feststellt, dass die Gewährung freiwilliger Leistungen im Raum steht, sollte der Arbeitgeber zu Verhandlungen darüber aufgefordert werden. Lässt sich der Arbeitgeber auf solche nicht ein oder scheitern sie, entscheidet im Rahmen der Mitbestimmung gemäß § 87 Absatz 2 BetrVG die Einigungsstelle.

**Nicht einschüchtern lassen** sollte sich der Betriebsrat von der Haltung einiger Arbeitgeber, die die freiwillige Leistung dann nicht mehr gewähren wollen, sobald

der Betriebsrat seine Mitbestimmung reklamiert oder gar eine andere Verteilung fordert. Der Grundsatz, dass der Arbeitgeber frei bleibt, ob er überhaupt eine freiwillige Zusatzleistung erbringt oder aufrechterhält, bedeutet nicht, dass der Betriebsrat nichts anderes tun kann, als eine Leistung in der vom Arbeitgeber beabsichtigten Ausgestaltung zu akzeptieren. Der Arbeitgeber verstößt nämlich gegen das Gebot der **vertrauensvollen Zusammenarbeit** (§ 2 BetrVG), wenn er den Betriebsrat dafür zu „bestrafen“ droht, dass er seine Mitbestimmung ausübt. So hat das Hessische Landesarbeitsgericht es einem Arbeitgeber 2008 unter Androhung eines Ordnungsgeldes untersagt, „dem Betriebsrat gegenüber in Aussicht zu stellen, den Mitarbeitern die kostenfrei zur Verfügung gestellten Parkplätze zu entziehen, wenn der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte bis hin zur Durchführung eines bereits eingerichteten Einigungsstellenverfahrens (...) ausübt.“ Der Arbeitgeber wollte in diesem Fall die Einigungsstellenkosten vermeiden.

Hat sich der Arbeitgeber entschieden, mitbestimmungspflichtige freiwillige Leistungen zu gewähren, muss er auch den gesetzlich vorgesehen Weg respektieren, auf dem Meinungsverschiedenheiten mit dem Betriebsrat zu überwinden sind: nämlich durch innerbetriebliche Verhandlungen und erforderlichenfalls durch einen Spruch der Einigungsstelle. Er darf den Betriebsrat nicht zwingen, sich seiner einseitigen Entscheidung bedingungslos zu unterwerfen und damit auf sein gesetzliches Mitgestaltungsrecht zu verzichten. So hat es das Bundesarbeitsgericht schon 1998 im Zusammenhang mit der teilweisen Verrechnung von übertariflichen Zulagen und Tarifierhöhungen entschieden. Auf der gleichen Linie liegen Entscheidungen des LAG Düsseldorf 2007 und des Hessischen LAG 1989 mit unterschiedlichen Fallgestaltungen.

Trotzdem ist zu **überlegtem Vorgehen** zu raten. Die Streichung einer Leistung für die Zukunft ist mitbestimmungsfrei, und erst recht darf der Arbeitgeber aus sachlichen Gründen durchaus auch wieder Abstand von einer noch gar nicht eingeführten, geplanten Leistung nehmen. Die Abgrenzung zu einer rechtswidrigen mitbestimmungsfeindlichen Reaktion kann schwierig sein, wie die BAG-Entscheidung von 1998 mit sehr genauer Betrachtung veranschaulicht.

Besonders wichtig ist daher nicht nur eine sorgfältige Kommunikation und deren Dokumentation, sondern auch ein gutes Timing. Wann und wie die Mitbestimmung geltend gemacht wird, kann hier entscheidend sein.

**Siehe:**

- Mitbestimmung bei freiwilligen Leistungen: Landesarbeitsgericht Köln, Beschluss vom 20.05.2022, Aktenzeichen 9 TaBV 19/22, Juris (Anwesenheitsprämie); Landesarbeitsgericht Nürnberg, Beschluss vom 21.06.2021, Aktenzeichen 1 TaBV 11/21, BB 2021, Seite 2552 (Corona-Prämie)
- Kollektiver Charakter auch bei kleinem Personenkreis: Clemenz in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht - Kommentar, 10. Auflage, BetrVG, § 87, Randnummer 4 f.
- Günstigkeitsprinzip bei ohne Mitbestimmung versprochenen höheren Leistungen: Landesarbeitsgericht Nürnberg, Beschluss vom 21.06.2021 (siehe oben); Beschluss vom 23.02.2021, Aktenzeichen 6 TaBV 1/21, NZA-RR 2021, Seite 254
- Nachzahlung bei Einigung mit dem Betriebsrat auf höhere Beträge: Landesarbeitsgericht Nürnberg, Beschluss vom 21.06.2021 (siehe oben) und vom 23.02.2021 (siehe oben)
- Abrücken von freiwilligen Leistungen als Verstoß gegen vertrauensvolle Zusammenarbeit: Hessisches Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 31.07.2008, Aktenzeichen 9/4 TaBV 24/08, Juris; Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.05.1998, Aktenzeichen 1 AZR 704/97, NZA 1998, Seite 1292; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2007, Aktenzeichen 8 TaBV 15/07 AiB 2007, Seite 428; Hessisches Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 03.10.1989, Aktenzeichen 4 TaBV 86/89, DB 1990, Seite 126



**Rechtsanwalt Thomas Müller**

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Nürnberg

# Änderung von Arbeitsverträgen durch Betriebsvereinbarung?

## Die Rechtsprechung zur „Betriebsvereinbarungsoffenheit“

Verträge können grundsätzlich nur im gegenseitigen Einvernehmen abgeändert werden. Das gilt auch für den Arbeitsvertrag. In einem Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsverhältnis, das manchmal Jahrzehnte dauert, kann jedoch ein verständliches Bedürfnis nach Anpassung aufkommen. Für Änderungen durch einen Vertragspartner gibt es diverse Instrumente wie Widerrufs- und Änderungsvorbehalte, Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage und Ausspruch einer Änderungskündigung. Außerhalb solcher Möglichkeiten jedoch trifft jede Vertragspartei das Risiko, dass sich die Dinge für sie ungünstig entwickeln. Arbeitgeber hoffen hier manchmal auf Hilfe durch die Betriebsräte.



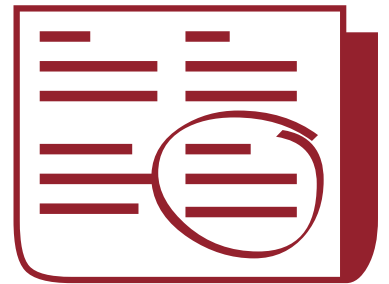
- Seit Jahrzehnten stehen Überlegungen im Raum, ob und wie die Betriebsparteien mittels Betriebsvereinbarung in bestehende arbeitsvertragliche Positionen auch zum Nachteil einzelner Arbeitnehmer:innen eingreifen können. Die Rechtsprechung und die rechtswissenschaftliche Literatur gehen damit unterschiedlich um. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in der jüngsten Zeit eine Rechtsprechungslinie entwickelt, die mit den Grundsätzen des Vertragsrechtes und der Rechtsprechung des Großen Senates nicht in Einklang zu bringen ist: das Konstrukt der **konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit**.

### Die Mehrheit der BAG-Senate ...

Zunächst ist festzuhalten, dass der Große Senat des BAG (GS), der die Rechtsprechung der einzelnen Spruchkörper des Gerichts im Einklang halten soll, in den 1980er-Jahren auf dem Boden des Vertragsrechtes entschieden hatte, dass die arbeitsvertraglich verbrieften Rechte der Arbeitnehmer:innen nicht durch eine Betriebsvereinbarung abgesenkt oder abgelöst werden können. Dies wäre ein Verstoß gegen die gesetzlich geschützte Privatautonomie. Im Fall eines Abänderungsbedürfnisses gelten ausschließlich die vom Vertragsrecht bereitgehaltenen Instrumentarien. Betriebsvereinbarungen können demnach vertragliche Rechte nur dann abändern, sofern die in der Betriebsvereinbarung enthaltenen Regelungen günstiger sind (Günstigkeitsprinzip).

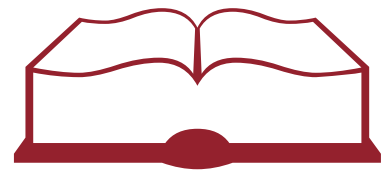
Von diesen bis heute nicht aufgehobenen Grundsätzen des GS entfernt sich die Rechtsprechung einiger Senate des BAG in den letzten Jahren. Den Auftakt machte der Erste Senat 2013. Wenn Vertragsinhalte in einem Formulararbeitsvertrag (sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB) geregelt sind, bestehe ein kollektiver Bezug, da der Formulararbeitsvertrag für eine Vielzahl an Arbeitnehmer:innen verwendet wird. Daraus schloss der Erste Senat, dass konkludent (stillschweigend) in dem Arbeitsvertrag die Vereinbarung enthalten sei, dass der Arbeitsvertrag durch eine Betriebsvereinbarung abgeändert werden könne. Er führte aus: Da „Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet sind“, könne „aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sind“. Eine konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit bei AGB sei lediglich dann zu verneinen, „wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen“. Damit war die Konstruktion der sog. konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit geboren.

Anfangs wurde diese vertragsrechtlich überraschende Auffassung vom Ersten Senat noch etwas zurückhaltend damit begründet, dass die konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit immer dann anzunehmen sei, wenn für die Arbeitnehmer:innen erkennbar war, dass die Leistung einer kollektiven, möglicherweise auch verschlechternden Veränderung zugänglich sein soll und die fragliche Einheitsregelung in Abstimmung mit der jeweils zuständigen Arbeitnehmervertretung zustande gekommen ist bzw. wenn Änderungen in der Vergangenheit unter Beteiligung des Betriebsrats vorgenommen wurden. In der Folgezeit gab er diese Zurückhaltung jedoch auf und erweiterte seine Rechtsprechung auch auf Gesamtzusagen, ohne noch auf eine Beteiligung des Betriebsrats abzuheben.



Aufgegriffen und erweitert wurde diese Rechtsprechung vom Dritten Senat, welcher für das Recht der betrieblichen Altersversorgung zuständig ist. Mit Fokus auf die betriebliche Altersversorgung sieht er ein verstärktes Bedürfnis, einmal vereinbarte Versorgungszusagen auch gegen den Willen der einzelnen Arbeitnehmer:innen absenken zu dürfen. Er wendet die Gedankengänge zur konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit nicht nur auf Gesamtzusagen, sondern auch auf betriebliche Übungen und vertragliche Einheitsregelungen an. Der Dritte Senat argumentiert im Kern damit, dass eine betriebliche Altersversorgung nur nach einheitlichen Regeln bzw. nach einheitlicher Systematik zugesagt sei und das betriebliche Altersversorgungssystem nicht erstarren dürfe. Der Fünfte Senat und der Sechste Senat schlossen sich dieser Rechtsprechung an.





### **... gegen den Großen und den Vierten Senat**

Das Ergebnis ist eine Umkehr der vom Vertragsrecht und vom Großen Senat aufgezeigten Systematik. Arbeitnehmer:innen müssen nunmehr davon ausgehen, dass ihr Arbeitsvertrag auch ohne ihre Zustimmung, sogar ohne die des Betriebsrates, einseitig negativ abgeändert werden kann. Wollen sie dies nicht, müssen sie die Änderungsfestigkeit ihrer im Arbeitsvertrag verbrieften Rechte ausdrücklich absichern. Dies ist praxisfern und vom Vertragsrecht nicht getragen.

Einzig der Vierte Senat stellte sich 2018 in einer Entscheidung gegen diese Rechtsprechung (ohne dass es dort allerdings für das Ergebnis darauf ankam). Die Richter:innen kritisieren die Konstruktion einer konkludent vereinbarten Betriebsvereinbarungsoffenheit als „unter problematischen Prämissen angenommen“. Eine nicht ausdrücklich vorhandene Vertragsklausel kann der Transparenzkontrolle nach § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB nicht standhalten; sie ist intransparent und daher unwirksam. Eine Betriebsvereinbarungsoffenheit kommt auch bei AGB nur in Betracht, wenn Arbeitgeber:innen als Verwender:innen der AGB eine solche Betriebsvereinbarungsoffenheit hinreichend klar und verständlich zum Ausdruck gebracht haben, was sich nicht schon aus der Verwendung von AGB an sich ergibt. Arbeitnehmer:innen müssen sich darauf verlassen können, dass ihre Arbeitsverträge nicht nachträglich zu ihren Lasten geändert werden, falls dies nicht ausdrücklich vereinbart ist.

### **Stimmen aus der Literatur**

An der Rechtsprechung zur konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit üben nicht nur der Vierte Senat, sondern auch die herrschende Literatur fundierte und berechtigte Kritik.

Die Rechtswissenschaft hat unter anderem herausgearbeitet, dass die Annahme von konkludent betriebsvereinbarungsoffen ausgestalteten Arbeitsverträgen auf einer Fiktion beruht: Die Annahme, dass Arbeitnehmer:innen bei der Verwendung von AGBs mit einem Eingriff in den Arbeitsvertrag durch die Betriebsparteien rechnen müssen, ist realitätsfern. Es ist nicht nachweisbar, dass Arbeitnehmer:innen aus ei-

#### **§ 307 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**

(1) <sup>1</sup>Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. <sup>2</sup>Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(...)

#### **§ 305c Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**

(...)

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

ner gleichförmigen Gestaltungspraxis des Arbeitgebers schließen müssten, dass die Arbeitgeberseite ihr Leistungsversprechen in Abstimmung mit dem Betriebsrat jederzeit umgestalten könne. Dagegen spricht schon, dass die Arbeitnehmer:innen bei Vertragsschluss nicht wissen, wem die Leistung alles gewährt wird, und auch nicht, ob diese unter Begleitung des Betriebsrats eingeführt wurde oder nicht. Danach müssen sich Arbeitnehmer:innen auch nicht erkundigen.



Auch kann nicht allein vom äußeren Erscheinungsbild des Arbeitsvertrages auf dessen AGB-Qualität und einen per se unterstellten Kollektivbezug geschlossen werden. Vielmehr muss unabhängig vom Erscheinungsbild konkret ermittelt werden, ob ggf. ein individuell ausgehandelter Arbeitsvertrag vorliegt. In diesem Fall besteht kein Kollektivbezug.

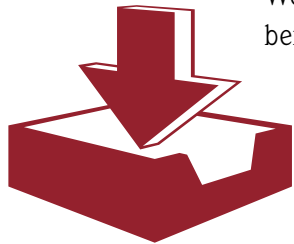
Aber auch im Fall eines Formulararbeitsvertrages hat es bei den Grundsätzen des AGB-Rechts zu verbleiben. Sowohl das Transparenzgebot des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB als auch die Unklarheitenregelung des § 305 c Absatz 2 BGB erfordern für die Annahme einer Betriebsvereinbarungsoffenheit eine klare vertragliche Grundlage. Nach § 305c Absatz 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung von AGB zu Lasten des Verwenders, also im Arbeitsrecht zulasten der Arbeitgeberseite. Zweifel, ob die vertragliche Regelung betriebsvereinbarungsoffen sein soll oder nicht, geht zu Lasten der Arbeitgeberseite – mit dem Ergebnis, dass sie es nicht ist. Da die konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit in vermeidbarer Weise die betreffenden Arbeitnehmer:innen über die Rechtslage im Unklaren lässt, scheitert sie zudem am Transparenzgebot des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB. Es ist gerade nicht so, dass Arbeitnehmer:innen davon ausgehen müssen, dass ihre vertraglichen Vereinbarungen ohne ihre Zustimmung abgeändert werden können. Im Hinblick auf die unterlassene ausdrückliche Vereinbarung einer Betriebsvereinbarungsoffenheit fehlt es nämlich an ihrer Vorhersehbarkeit.

Auch die Rechtfertigungsversuche des Fünften Senats, dass gemeinsam mit dem Betriebsrat die arbeitsvertraglichen Regelungen verändert wurden, verfangen nicht. Der Betriebsrat ist weder Stellvertreter noch Vormund der Arbeitnehmer:innen, und Betriebsvereinbarungen sind nicht dazu da, vertragliche Rechte einzelner Arbeitnehmer:innen abzusenken oder gar ganz entfallen zu lassen. Schließlich sind vertraglich vereinbarte Rechte als Ausfluss der Privatautonomie geschützt. Eine Beteiligung des Betriebsrates hilft nicht über die Bindung an die Entscheidung des GS zum Günstigkeitsprinzip hinweg und stellt auch nicht das allgemeine Vertragsrecht infrage.

Obwohl die neue Rechtsprechung den Interessen der Arbeitgeberseite dient und von ihr begrüßt wird, äußern auch arbeitgebernahe Autoren deutliche Kritik an der rechtlichen Konstruktion. Ausführungen dahingehend, dass die Rechtsprechung auf „eher dünnen Füßen“ stehe, ihr aber „trotz dogmatischer Bedenken (...) zu folgen“ sei (Polloczek) oder dass sie „in ihrer Begründung (...) angreifbar“ sei, aber aus Ar-

beitgebersicht „gleichwohl begrüßenswert“ (Bürger/Biebl), sind nicht gerade eine Auszeichnung für ein oberstes Bundesgericht.

### **Ausweitung der konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit auf Gesamtzusagen**



Weit über sein Ziel hinaus schießt das BAG ab dem Moment, ab dem es Arbeitgeber:innen ermöglicht, sogar vollkommen einseitig mittels Gesamtzusagen das arbeitsvertraglich vereinbarte Leistungsniveau abzusenken. Damit verlässt sie die Ebene der kollektiven Mitbestimmung und der irgendwie gearteten Beteiligung der betroffenen Arbeitnehmerseite. Systemwidrig macht das BAG hiermit nichts anderes, als die Gesamtzusage zu einer „Gesamtabsage“ umzufunktionieren.

Bei einer Gesamtzusage handelt es sich um eine einseitige Verpflichtungserklärung der Arbeitgeberseite. Der Inhalt der Gesamtzusage wird Bestandteil des Arbeitsvertrags, ohne dass es einer ausdrücklichen Zustimmungserklärung der Arbeitnehmer:innen bedarf. Einseitige Vertragsänderungserklärungen in der Form der Gesamtzusage werden nur deswegen ausnahmsweise nicht als Verstoß gegen die Grundsätze des Vertragsrechtes und die Unzulässigkeit einseitiger Veränderungen angesehen, weil sie ein „Mehr“ zu den vertraglich vereinbarten Ansprüchen gewähren, nicht benachteiligen und deswegen das konkludente Einverständnis zur Vertragsänderung unterstellt werden kann.

Eine „Gesamtabsage“ hingegen verstößt gegen die Grundsätze des Vertragsrechtes und die Unzulässigkeit einseitiger Veränderungen, da das Unterstellen eines konkludenten Einverständnisses zur Absenkung des vertraglich vereinbarten Leistungsniveaus lebensfern ist.

Im Gegensatz zu Betriebsvereinbarungen steht im Fall von „Gesamtabsagen“ dem Gestaltungswillen der Arbeitgeberseite kein Betriebsrat als Korrektiv gegenüber, der die Interessen der Arbeitnehmer:innen im Blick hat und diese ebenfalls gestaltend in das Regelungswerk mit einbringen kann. Durch die Einbeziehung eines Betriebsrates als Interessenvertreter und Sprachrohr der Belegschaft kann bei einer Vereinheitlichung mittels Betriebsvereinbarung die strukturelle Unterlegenheit auf Arbeitnehmerseite jedenfalls theoretisch ausgeglichen werden. Jedoch besteht ein qualitativer Unterschied zwischen einer Verschlechterung von arbeitsvertraglichen Regelungen durch eine Betriebsvereinbarung gegenüber einer ohne Beteiligung des Betriebsrates einseitig entschiedenen Gesamtabsage. Sobald das Terrain der irgendwie gearteten Zweiseitigkeit bei der Änderung von arbeitsvertraglichen Regelungen verlassen wird, wird mit den Grundsätzen des Vertragsrechtes vollständig gebrochen. Eine Ablösung arbeitsvertraglicher Rechte durch die Konstruktion einer „Gesamtabsage“ ist daher systemwidrig und nicht tragbar.

Im Übrigen würde eine „Gesamtabsage“ im Wertungswiderspruch stehen zur Rechts-

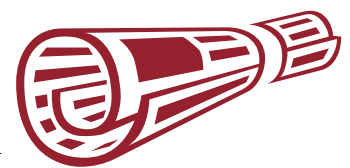
lage bei der betrieblichen Übung: Der Zehnte Senat hat 2009 die Rechtsprechung zur sog. negativen betrieblichen Übung aufgehoben. Seitdem führt auch das mehrmalige Nichtgewähren einer vorher regelmäßig gewährten Leistung nicht dazu, dass der entstandene Anspruch aus betrieblicher Übung entfällt.

### Fazit und Praxishinweis

Wenn Arbeitgeber:innen sich nicht mehr an das halten wollen, was sie ihren Arbeitnehmer:innen im Arbeitsvertrag zugesichert haben, eröffnet ihnen die mehrheitliche Rechtsprechung der letzten Jahre die Möglichkeit, mit dem Betriebsrat ungünstigere Regeln zu vereinbaren. Die Arbeitsverträge werden von solchen Betriebsvereinbarungen abgeändert. Oft geht es um die betriebliche Altersversorgung, aber auch um Vorruhestandsregelungen und Gesundheitsleistungen. Betriebsräte müssen hier sehr darauf achten, was sie tun, denn nicht immer geht es dem Arbeitgeber um eine leicht erkennbare allgemeine Verschlechterung eines Versorgungsmodells. Es kann vielmehr auch eine Umverteilung bezweckt sein, bei der eine Verbesserung für die einen Arbeitnehmer mit einer Verschlechterung für die anderen erkaufte werden soll.

Betriebsräte sollten sich diesem Ansinnen entgegenstellen. Anderenfalls lassen sie ihre betroffenen Kolleg:innen damit alleine, sich individualrechtlich gegen die Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen zur Wehr setzen zu müssen. Diese können der Rechtsprechung zur konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit aber entschieden entgegentreten. Die oben aufgezeigten Argumente gegen diese Rechtsprechung sind rechtsdogmatisch sauber und tragfähig. Das Bundesarbeitsgericht und ein ggf. wieder anzurufender Großer Senat dürfen nicht aus der Verantwortung genommen werden, sich mit dem aktuell eingeschlagenen Weg und dessen Folgen für das Arbeitsvertragsrecht auseinanderzusetzen. Jedenfalls sind die Senate zwischenzeitlich zum Teil neu besetzt, was eine nochmalige, kritische und rechtsdogmatisch einwandfreie Befassung mit der Thematik versprechen kann. Zudem beschränkt der Dritte Senat seit dem Jahr 2020 seine Rechtsprechung immerhin etwas zurückhaltender nur auf Fälle der betrieblichen Altersversorgung und gibt zu erkennen, dass ggf. bei anderen Sachverhalten auch anders entschieden werden könnte.

Solange und soweit die überwiegende Rechtsprechung den Arbeitgebern aber das Mittel der Vertragsverschlechterung per Betriebsvereinbarung an die Hand gibt, müssen die Betriebsräte sensibilisiert für die Gefahr sein, dass sie mit ihren Betriebsvereinbarungen vielleicht verschlechternd in die Arbeitsverträge ihrer Kolleg:innen eingreifen – ohne in der Regel die Verträge überhaupt alle zu kennen. Insofern müssen die Betriebsparteien bei Verhandlungen offen miteinander besprechen, ob arbeitgeberseits eine Absenkung von Leistungen beabsichtigt ist und wie betriebsratsseitig damit umgegangen werden soll. In jedem Fall muss sich der Betriebsrat überlegen, ob er sich zum Gehilfen der Arbeitgeberseite bei der Verschlechterung von Arbeitsbedingungen machen lassen will oder vielleicht lieber sein Glück in einer Einigungsstelle versucht. Eine weitere Lehre aus der Konstruktion der konkludenten Betriebsvereinbarungs-



offenheit ist, dass Betriebsräte neue Betriebsvereinbarungen, die Leistungen gewährleisten, mit einer Formulierung absichern sollten: Auch wenn die Betriebsvereinbarung auf den ersten Blick keinen absenkenden Charakter hat, sollte sie sicherheitshalber die ausdrückliche Regelung enthalten, dass sie bestehende günstigere arbeitsvertragliche Regelungen unberührt lässt.

**Siehe:**

- Keine Arbeitsvertragsänderung durch Betriebsvereinbarung: Bundesarbeitsgericht (GS), Beschluss vom 16.09.1986, Aktenzeichen GS 1/82, AiB 1987, Seite 114; Bundesarbeitsgericht (GS), Beschluss vom 07.11.1989, Aktenzeichen GS 3/85, NZA 1990, Seite 816
- Erster Senat zur Betriebsvereinbarungsoffenheit: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 05.03.2013, Aktenzeichen 1 AZR 417/12, NZA 2013, Seite 916; vom 17.02.2015, Aktenzeichen 1 AZR 599/13, Juris; vom 24.10.2017, Aktenzeichen 1 AZR 846/15, AP Nr. 110 zu § 77 BetrVG 1972 (Erstreckung auf Gesamtzusagen)
- Dritter Senat zur Betriebsvereinbarungsoffenheit: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.03.2015, Aktenzeichen 3 AZR 56/14, AP Nr. 68 zu § 1 BetrAVG Ablösung; vom 23.02.2016, Aktenzeichen 3 AZR 44/14, AP Nr. 73 zu § 1 BetrAVG Ablösung; vom 25.06.2019, Aktenzeichen 3 AZR 458/17, AP Nr. 74 zu § 1 BetrAVG Ablösung (Gesamtzusagen); vom 21.02.2017, Aktenzeichen 3 AZR 542/15, Juris (betriebliche Übung); vom 11.12.2018, Aktenzeichen 3 AZR 380/17, AP Nr. 78 zu § 1 BetrAVG Ablösung (vertragliche Einheitsregelungen); vom 13.10.2020, Aktenzeichen 3 AZR 410/19, Juris (Beschränkung auf betriebliche Altersversorgung)
- Fünfter und Sechster Senat zur Betriebsvereinbarungsoffenheit: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30.01.2019, Aktenzeichen 5 AZR 442/17, Juris; vom 30.01.2019, Aktenzeichen 5 AZR 450/17, AP Nr. 25 zu § 611 BGB Sachbezüge; vom 11.07.2019, Aktenzeichen 6 AZR 40/17, AP Nr. 95 zu § 611 Kirchendienst
- Gegen Betriebsvereinbarungsoffenheit: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 11.04.2018, Aktenzeichen 4 AZR 119/17, BB 2018, Seite 2553; stellvertretend für viele unter anderem Bayreuther, NZA 2019, Seite 735; Creutzfeldt, NZA 2018, Seite 1111; Deinert, AuR 2022, Seite 351
- Dogmatische Zweifel von Befürwortern: Polloczek, Anmerkung zu BAG vom 05.03.2013 - 1 AZR 417/12, AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972; Bürger/Biebl, DB 2018, Seite 1793 (Seite 1794)
- Keine negative betriebliche Übung mehr: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18.03.2009, Aktenzeichen 10 AZR 281/08, DB 2009, Seite 1186



**Rechtsanwältin Sabrina Burkart**

Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Hamburg

## Die »neue« Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

### Fragen und Antworten nach der BAG-Entscheidung

Im September 2022 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass Arbeitgeber die gesamte Arbeitszeit der Arbeitnehmer erfassen müssen - und nicht nur die Mehrarbeit, wie es in § 16 Arbeitszeitgesetz vorgesehen ist. Wenige Themen haben die Betriebsräte seither so sehr diskutiert wie die Frage, wie nach dieser Entscheidung mit der Arbeitszeiterfassung praktisch umzugehen ist und ob sie hier noch mitbestimmen können. Wie lauten die Antworten auf die wichtigsten Fragen?

#### → Was hat das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 13.09.2022 im Kern entschieden?

Bei der Wahrnehmung der Entscheidung fällt zunächst – auf den ersten Blick enttäuschend – auf, dass ein Initiativrecht des Betriebsrats zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung im Betrieb nicht besteht. Auf den zweiten Blick hat die Entscheidung aber zwei wichtige gute Nachrichten:

- Das Initiativrecht zur Einführung der Arbeitszeiterfassung besteht deshalb nicht, weil Arbeitgeber **schon von Gesetzes wegen**, nämlich bei unionsrechtskonformer Auslegung von § 3 Absatz 2 Nr. 1 ArbSchG, **verpflichtet** sind, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann.
- Nur weil eine Einführung des Systems initiativ nicht verlangt werden kann, heißt dies noch lange nicht, dass auch die Ausgestaltung des Systems mitbestimmungsfrei wäre.



- Im Gegenteil ist gerade die Ausgestaltung insbesondere nach § 87 Absatz 1 Nr. 7 BetrVG und bei technischen Systemen zusätzlich nach § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig .

Im Ergebnis bedeutet dies, dass bezüglich der Frage des „Ob“ der Arbeitszeiterfassung kein Mitbestimmungsrecht besteht, wohl aber bei der Frage des „Wie“, also der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung. Hierauf hat auch die Präsidentin des BAG, Inken Gallner, auf der Jahrespressekonferenz des BAG am 08.02.2023 hingewiesen.

In der Begründung seiner Entscheidung orientiert sich das BAG an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs: „Insoweit ergibt sich die Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann, aus der allgemeinen Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Arbeitgeber nach Art. 4 I und Art. 6 I der RL 89/391, eine Organisation und die erforderlichen Mittel zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer bereitzustellen.“ (EuGH 14.05.2019)

### **Welche Arbeitszeiten sind nun zu erfassen?**

Nach der Entscheidung des BAG geht es um die Erfassung der von den Arbeitnehmern geleisteten täglichen Arbeitszeit. Dies umfasst **Beginn** und **Ende** und damit die Dauer der Arbeitszeit einschließlich der Überstunden. Bei Pausen sind ebenfalls Beginn und Ende zu erfassen. Dies gilt für alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer im Sinn des § 5 Absatz 1 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz.

Ausnahmen kann der Gesetzgeber vorsehen. Das Arbeitszeitgesetz enthält Ausnahmen in §§ 18–21 ArbZG. Das BAG hat ausdrücklich offengelassen, ob diese Ausnahmen den unionsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Auf die Ausnahmeregelungen kam es in dem zu entscheidenden Fall nicht an. Die weitere Rechtsprechungsentwicklung bleibt abzuwarten. Von besonderer Relevanz dürfte die Ausnahme für leitende Angestellte sein (§ 18 Absatz 1 Nr. 1 ArbZG). Diesbezüglich wird als Rechtfertigung angeführt, dass die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG Abweichungsmöglichkeiten vorsehe, wenn die Arbeitszeit wegen der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen oder nicht im Voraus festgelegt werde oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden könne. Ob dies aber so pauschal auf alle leitenden Angestellten im BetrVG übertragen werden kann, erscheint zweifelhaft. Gerade für Arbeitnehmer, die aufgrund der Befugnis zur selbstständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern leitende Angestellte sind, ist der Schluss, die Arbeitszeit könne nicht gemessen oder selbst festgelegt werden, nicht zwingend. Betriebsräte sollten jedenfalls darauf achten, ob die Arbeitgeber als Folge der Entscheidung des BAG mehr Arbeitnehmer als bisher zu den leitenden Angestellten zählen, und diese Einordnung genau prüfen.

Jedenfalls besteht keine grundsätzliche Ausnahme für Beschäftigte in sogenannter **Vertrauensarbeitszeit**.

Nachdem nun klar ist, dass die Arbeitszeit zu erfassen ist, kann es Diskussionen geben, welche Zeiten tatsächlich Arbeitszeit sind. Zuletzt hat das BAG zur Frage der Arbeitszeiterfassung ausgeführt, dass es hier um die arbeitsschutzrechtliche Einordnung der Arbeitszeit geht, welche insbesondere für die Frage der Vergütungspflicht zunächst ohne Belang ist. Ausgehend von der zugrunde liegenden Richtlinie 2003/88/EG ist Arbeitszeit „jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt“. Nachdem die jeweilige Einordnung von Arbeitszeit, sei es in arbeitsschutzrechtlicher, vergütungsrechtlicher oder auch mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht, ggf. unterschiedlich ausfallen kann (zum Beispiel bei Reisezeiten), sollte nach meiner Einschätzung zunächst jegliche in Betracht kommende Arbeitszeit erfasst werden; die Einordnung erfolgt sodann im Nachgang. Hierfür spricht aus meiner Sicht auch die sehr weite Definition der Richtlinie. Dies umfasst zum Beispiel auch sog. Rüstzeiten, wie das Arbeitsgericht Berlin in einem Kündigungsschutzfall entschieden hat. Auch für Umkleidezeiten dürfte dies anzunehmen sein, jedenfalls bei auffälliger Dienstkleidung.

### **Was ist unter »objektiv«, »verlässlich« und »zugänglich« zu verstehen?**

Das System der Arbeitszeiterfassung soll nach der Rechtsprechung von EuGH und BAG „objektiv“, „verlässlich“ und „zugänglich“ sein. Was das bedeutet, ist bislang nicht endgültig geklärt. Dies wiederum bedeutet aber, dass hier ein mitbestimmungsrechtlicher Konkretisierungsspielraum bei der Ausgestaltung des Systems besteht. Nach der Entscheidung des BAG sind bei der Auswahl und Ausgestaltung des Systems vor allem die Besonderheiten der jeweils betroffenen Tätigkeitsbereiche der Arbeitnehmer und die Eigenheiten des Unternehmens – insbesondere seine Größe – zu berücksichtigen.

Die Erfassung muss, so das BAG, **nicht zwingend elektronisch** erfolgen. Vielmehr können zum Beispiel je nach Tätigkeit und Unternehmen Aufzeichnungen in Papierform genügen. Zudem ist es, auch wenn die Einrichtung und das Vorhalten eines solchen Systems dem Arbeitgeber obliegt, nach den unionsrechtlichen Maßgaben nicht ausgeschlossen, die Aufzeichnung der betreffenden Zeiten an die Arbeitnehmer zu **delegieren**. Bei der Auswahl und der näheren Ausgestaltung des jeweiligen Arbeitszeiterfassungssystems ist jedoch zu beachten, dass die Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit Zielsetzungen darstellen, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen.

Auch wenn das BAG eine Selbstdokumentation der Arbeitszeit durch Arbeitnehmer grundsätzlich für möglich hält, ist ein solches System meines Erachtens kritisch zu sehen, auch wenn die Aufzeichnungen dem Vorgesetzten zur Unterschrift vorgelegt werden. So fehlt es ggf. an der geforderten Objektivität. Die Selbstdokumentation basiert nämlich auf der subjektiven Einschätzung desjenigen, der diese vornimmt,



also zum Beispiel den Zettel ausfüllt oder die Zeit eingibt. Hier bedarf es wirksamer Kontrollmechanismen des Arbeitgebers und genauer Anweisungen zur Erfassung. Dies sollte aus meiner Sicht auch die Verpflichtung umfassen, Beginn und Ende der Arbeitszeit jeweils sofort zu erfassen und nicht alle Zeiten erst am Ende des Arbeitstages, da jeglicher zeitliche Verzug einen Verlust an Genauigkeit und Objektivität beinhaltet. Nicht mehr zulässig dürfte es sein, dass, wie es in vielen Systemen der Fall ist, Zeiten voreingestellt sind oder Pausen automatisch abgezogen werden.

Was kann aber nun „objektiv und verlässlich“ bedeuten? Es muss sicher festgestellt werden können, wie lange Beschäftigte (bereits) gearbeitet haben, und sich ohne Weiteres beurteilen lassen, ob die einschlägigen Arbeitszeitgrenzen (noch) gewahrt sind. Ein System ist dann objektiv und verlässlich, wenn es in diesem Sinn funktionsfähig und belastbar ausgestaltet ist. Arbeitszeiten müssen kontinuierlich und nachvollziehbar dokumentiert werden. Angaben müssen in Stunden und Minuten erfolgen; Schätzungen, Pauschalierungen oder ungefähre Angaben reichen nicht aus. Vor allem darf es nicht von der subjektiven Einschätzung des Arbeitgebers oder auch des Arbeitnehmers abhängen, ob und welche Arbeitszeiten als solche qualifiziert und erfasst werden sollen.

Was bedeutet „zugänglich“: Arbeitnehmer und die zur Kontrolle des Arbeitszeitrechts berufenen Aufsichtsbehörden müssen einen angemessenen Zugang zu den erfassten Daten haben. Nachdem auch der Betriebsrat eine Überwachungsausschuss zum Arbeitszeitrecht hat, sollte das System auch für diesen zugänglich sein.

### **Was ist nun mit der sogenannten Vertrauensarbeitszeit?**

Kern des Modells der „Vertrauensarbeitszeit“ ist es, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten nicht mehr die genauen Arbeitszeiten vorschreiben will, sondern das Arbeitsergebnis in den Vordergrund stellt. Wann die Arbeitsleistung erbracht wird, entscheiden die Beschäftigten selbst oder in Absprache mit dem Team. Sofern keine weiteren Vereinbarungen bestehen, ist dabei allein der gesetzlich zulässige Rahmen (Höchstleistungszeiten, Ruhezeiten) einzuhalten. An diesem inhaltlichen Kern der sog. Vertrauensarbeitszeit ändert sich durch die Entscheidung des BAG nichts. Es kommt nur eine Dokumentationspflicht hinzu. Hierauf hat ebenfalls die Präsidentin des BAG in der bereits erwähnten Jahrespressekonferenz hingewiesen.

Tatsächlich folgte eine entsprechende Pflicht zur Dokumentation auch schon vor der Entscheidung des BAG aus § 80 Absatz 1 Nr. 1 BetrVG. Der Betriebsrat kann nämlich vom Arbeitgeber Auskunft über die Arbeitszeiten der Beschäftigten verlangen, die in Vertrauensarbeitszeit arbeiten. Der Betriebsrat muss im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe die Einhaltung der Arbeitsschutzgesetze überprüfen. Dazu gehört das Arbeitszeitgesetz, das auch bei Vertrauensarbeitszeit gilt. Vertrauensarbeitszeit und Arbeitszeiterfassung sind kein Widerspruch. Daher kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber Auskunft über folgende Details der Arbeitszeit der Arbeitnehmer verlangen:

- Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit
- Über- und Unterstunden gegenüber der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit
- Sonn- und Feiertagsstunden

Zur Kontrolle der Einhaltung der nach § 5 Absatz 1 ArbZG vorgegebenen Ruhezeit (11 Stunden zwischen Arbeitsende und nächstem Arbeitsbeginn) muss der Betriebsrat zwingend Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Mitarbeiter wissen.



### Was ist vom Gesetzgeber zu erwarten?

In Reaktion auf die Entscheidung des BAG zur Arbeitszeiterfassung hat Bundesarbeitsminister Hubertus Heil angekündigt, im Jahr 2023 eine Reform des Arbeitszeitgesetzes vorzulegen. In welche Richtung die geplante gesetzliche Regelung gehen wird,

muss bewertet werden, wenn ein entsprechender Vorschlag vorliegt. Laut Herrn Heil geht es aber nicht darum, die Stechuhr wieder einzuführen. So gebe es heute auch digitale Möglichkeiten. Über die Konsequenzen der Entscheidung des BAG werde man mit den Sozialpartnern sprechen und sodann einen Vorschlag vorlegen. Diese Aussage schließt an die bisherige Formulierung im Koalitionsvertrag an, in dem angekündigt wurde, dass im Dialog mit den Sozialpartnern geprüft werde, welcher Anpassungsbedarf angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeitszeitrecht gesehen werde.

Konkreter war hier ein erster Referentenentwurf zur Änderung des § 17 Mindestlohngesetz. Hiernach sollten Arbeitgeber verpflichtet sein, „den Beginn der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jeweils unmittelbar bei Arbeitsaufnahme sowie Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit jeweils am Tag der Arbeitsleistung elektronisch und manipulationssicher aufzuzeichnen (...)“. Diese angedachte Änderung kam aber nicht zustande, so dass nach wie vor abzuwarten ist, wie der Gesetzgeber die Thematik regeln will.

Im Ergebnis kommt es aber auf eine gesetzliche Regelung zur Zeiterfassung zunächst deshalb nicht an, da die Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung bereits jetzt besteht, es also einer weiteren gesetzgeberischen Umsetzung hierfür nicht bedarf. Zwar verweisen viele Arbeitgeber darauf, man müsse erst abwarten, was der Gesetzgeber mache, dies ist aber von der Position des BAG nicht gedeckt.

### **Was folgt zusammenfassend für Betriebsräte?**

Auch wenn ein Initiativrecht zur Einführung einer Arbeitszeiterfassung nicht besteht, haben die Betriebsräte bei der Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung mitzubesimmen. Es gibt für sie daher bereits jetzt viel zu tun:

- Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des BAG sollten bestehende Betriebsvereinbarungen auf die Vereinbarkeit mit den aufgestellten Grundsätzen zur Arbeitszeiterfassung überprüft und angepasst werden. Dies dürfte in vielen Fällen die bisherige Herausnahme von Beschäftigten mit Vertrauensarbeitszeit betreffen, Fälle des automatischen Pausenabzugs oder unzulängliche Modelle des händischen Aufschreibens.
- Auch dürften bisherige Regelungen, die sich allein mit der Mitbestimmung nach § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG befassen, um die Aspekte des Arbeits- und Gesundheitsschutzes gemäß § 87 Absatz 1 Nr. 7 BetrVG anzupassen sein, insbesondere dass die Erfassung objektiv, verlässlich und zugänglich erfolgt.
- Sofern noch gar keine Regelung besteht, können Arbeitgeber aufgefordert werden, die Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung im Rahmen der Mitbestimmung mit dem Betriebsrat näher auszugestalten.
- Mit Hinweis auf die Überwachungsaufgabe des Betriebsrats kann auch bereits ohne bestehendes Zeiterfassungssystem eine Dokumentation erreicht werden, da der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Betriebsrat die erforderlichen Informationen zur Kontrolle der Arbeitszeiten zur Verfügung zu stellen (LAG München 11.07.2022).

**Siehe:**

- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 13.09.2022, Aktenzeichen 1 ABR 22/21, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)
- Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 14.05.2019, Aktenzeichen C-55/18, <https://curia.europa.eu>
- Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 13.10.2022, Aktenzeichen 41 Ca 5879/22, [www.dgbrechtsschutz.de](http://www.dgbrechtsschutz.de) - Rüstzeit als Arbeitszeit
- Seebacher, AiB 09/2020, Seite 22, insbesondere 24 - unter anderem kritisch zur Selbstaufschreibung
- Bayreuther, NZA 2020, Seite 1 - unter anderem: keine subjektive Einschätzung der Arbeitszeit; Zugänglichkeit für Arbeitnehmer und Kontrollbehörden
- Fink, BB 2023, Seite 249 - für Ausnahme leitender Angestellter
- Landesarbeitsgericht München, Beschluss vom 11.07.2022, Aktenzeichen 4 TaBV 9/22, [www.lag.bayern.de](http://www.lag.bayern.de) - Arbeitszeiterfassung bei „Vertrauensarbeitszeit“, Informationsanspruch des Betriebsrats unter anderem zur Ruhezeitenkontrolle
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 04.05.2022, Aktenzeichen 5 AZR 359/21, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de); Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 28.08.2019, Aktenzeichen 5 AZR 425/18, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) - arbeitsschutzrechtliche Arbeitszeit nicht gleichbedeutend mit zu vergütender Arbeitszeit
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 12.11.2013, Aktenzeichen 1 ABR 59/12, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) - zur Einordnung von Umkleidezeiten als Arbeitszeit



**Rechtsanwalt Thomas Müller**

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Nürnberg

## Zur Beachtung

→ Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

## Unsere Kanzleien

### **10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte**

Marion Burghardt\*, Christian Fraatz\*, Dieter Hummel, Mechtild Kuby\*, Nils Kummert\*, Sebastian Baunack\*, Dr. Lukas Middel\*, Sandra Kunze\*, Dr. Silvia Velikova\*, Damiano Valgolio\*, Anne Weidner\*, Daniel Weidmann\*, Dr. Raphaël Callsen\*, Wolfgang Daniels\*, Anna Gilsbach, LL.M., Benedikt Rüdesheim, LL.M.\*, Micha Heilmann, Janine Kaldeweier, Eleonora Storm  
**Immanuelkirchstraße 3 - 4**

**10405 Berlin**

**Telefon: 030 4467920 | Fax: 030 44679220**

**info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de**

### **22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**

Klaus Müller-Knapp, Jens Peter Hjort\*, Manfred Wulff\*, Andreas Bufalica\*, Daniela Becker, Simon Dilcher\*, Dr. Julian Richter\*, Christopher Kaempf\*, Dr. Ragnhild Christiansen\*, Marek Beck, LL.M.\*, Sabrina Burkart\*, Carolin Warnecke, Anna Harms

**Kaemmererufer 20**

**22303 Hamburg**

**Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999**

**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**

### **24116 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)**

Simon Dilcher\*, Dr. Julian Richter\*

**Kronshagener Weg 105**

**24116 Kiel**

**Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124**

**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de**

### **28195 Bremen | Rechtsanwälte Dette Nacken Ögüt & Kollegen**

Dieter Dette\*, Michael Nacken\*, Dr. jur. Pelin Ögüt\*, Markus Barton\*, Simon Wionski\*, Christoph Gottbehüt, Mira Gathmann\*, Paul Troeger

**Bredenstraße 11**

**28195 Bremen**

**Telefon: 0421 6990150 | Fax: 0421 69901599**

**kanzlei@dnoe.de | www.anwaelte-fuer-arbeitsrecht.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**30165 Hannover | Arbeitnehmeranwälte Hannover**

Eva Büchele\*, Sebastian Büchele-Stoffregen\*, Annika Wheeler\*,  
Svenja Meergans, Christine Matern, Detlef Fricke, Norbert Schuster  
**Schulenburg Landstraße 20b**

**30165 Hannover**

**Telefon: 0511 700740 | Fax: 0511 7007422**

**info@arbeitnehmeranwaelte-hannover.de | www.arbeitnehmeranwaelte-hannover.de**

**44137 Dortmund | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein**

Ingelore Stein\*, Güldemet Kekeç, Jenna Gerlinger  
**Kampstraße 4A (Krügerpassage)**

**44137 Dortmund**

**Telefon: 0231 3963010 | Fax: 0231 822014**

**arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de**

**48145 Münster | Meisterernst Düsing Manstetten**

Klaus Kettner\*, Veronica Bundschuh\*, Marius Schaefer\*, Elena Gabel  
**Oststraße 2**

**48145 Münster**

**Telefon: 0251 520910 | Fax: 0251 5209152**

**info@meisterernst.de | www.meisterernst.de**

**60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte**

Detlef Büdel\*, Udo Rein\*, Nina Krüger\*, Christine Zedler\*,  
Anne-Kathrin Rothhaupt\*

**Petersstraße 4**

**60313 Frankfurt am Main**

**Telefon: 069 13385810 | Fax: 069 133858114**

**anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de**

**60322 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann.  
fachanwälte für arbeitsrecht**

Armin Franzmann\*, Yvonne Geilen\*, Jan Brückmann\*,  
Kathrin Poppelreuter\*, Kathrin Schlegel\*, Ronja Best, Lea Sophia Wittig

**Falkensteiner Straße 77**

**60322 Frankfurt**

**Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821**

**mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**65185 Wiesbaden | Schütte, Lange & Kollegen**

Reinhard Schütte\*, Jakob T. Lange\*, Julia Windhorst, LL.M.\*,  
Thorsten Lachmann\*, Kristina Strunk

**Adolfsallee 22**

**65185 Wiesbaden**

**Telefon: 0611 9500110 | Fax: 0611 95001120**

**info@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com**

**68161 Mannheim | Kanzlei für Arbeitsrecht – Dr. Growe & Kollegen**

Dr. Dietrich Growe\*, Andrea von Zelewski, Jan Tretow\*

**Q 7, 23**

**68161 Mannheim**

**Telefon: 0621 8624610 | Fax: 0621 86246129**

**mail@kanzlei-growe.de | www.kanzlei-growe.de**

**70176 Stuttgart | Bartl Mausner Horschitz /Anwaltskanzlei**

Ewald Bartl\*, Benja Mausner\*, Alexandra Horschitz\*, Kevin Thiel

**Johannesstraße 75**

**70176 Stuttgart**

**Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320**

**info@arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de | www.arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de**

**77652 Offenburg | MARKOWSKI Arbeitsrecht – Kanzlei für Arbeitnehmer:Innen und Betriebsräte**

Jürgen Markowski\*, Julia Deiss

**Turmgasse 3**

**77652 Offenburg**

**Telefon: 0781 96052440 | Fax: 0781 96052449**

**kanzlei@markowski-arbeitsrecht.de | www.markowski-arbeitsrecht.de**

**79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus**

Michael Schubert\*, Ricarda Ulbrich-Weber\* (auch Fachanwältin für Sozialrecht  
und Mediatorin)

Berater der Kanzlei: Prof. Dr. Sérgio Fortunato

**Wilhelmstraße 10**

**79098 Freiburg**

**Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024**

**kanzlei@hegarhaus.de | www.hegarhaus.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**80336 München | Kanzlei Huber.Mücke.Helm – Menschenrechte im Betrieb**

Michael Huber, Matthias Mücke\*, Dr. Rüdiger Helm, LL.M.,  
Susanne Gäbelein, Christine Steinicken\*, Andreas von Fumetti

**Schwanthalerstraße 73**

**80336 München**

**Telefon: 089 51701660 | Fax: 089 51701661**

**kanzlei@kanzlei-hmh.de | www.menschenrechte-im-betrieb.de**

**90429 Nürnberg | Manske & Partner**

Beate Schoknecht\*, Sabine Feichtinger\*, Thomas Müller\*,  
Dr. Sandra B. Carlson\*, LL.M., Andreas Bartelmeß\*, Judith Briegel\*,  
Georg Sendelbeck\*, Axel Angerer\*, Magdalena Wagner\*, Sebastian Lohneis\*,  
Sabrina Eckert\*, Tobias Hassler\*

Berater der Kanzlei: Wolfgang Manske

**Bärenschanzstraße 4**

**90429 Nürnberg**

**Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 307319800**

**kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de**

**91522 Ansbach | Manske & Partner (Zweigstelle)**

Andreas Bartelmeß\* u. a.

**Karlsplatz 2**

**91522 Ansbach**

**Telefon: 0981 97780800**

**kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de**

\* Fachanwältinnen für Arbeitsrecht



# Impressum

→ Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von den Rechtsanwälten

- **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**  
**Kaemmererufer 20**  
**22303 Hamburg**  
**Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999**  
**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**  
**www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**  
**Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816**



## Redaktion

Rechtsanwalt Dr. Julian Richter,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, 20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer ([www.brak.de](http://www.brak.de)) eingesehen werden.

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation\_01 · netzwerk für digitale gestaltung [www.formation01.com](http://www.formation01.com)
- Autorenportraits: Autoren