

Auslandsentsendung – Coronabedingter Rückruf und seine vergütungsrechtlichen Folgen

Rechtsanwältin Ebba Herfs-Röttgen*

Die weltweite Pandemie stellt auch die Vertragsparteien eines Auslandsarbeitsverhältnisses vor erhebliche Herausforderungen. Aus Arbeitgebersicht ist insbesondere die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit unter Fürsorgegesichtspunkten auch außerhalb vertraglicher Rückrufregelungen eine Rückholpflicht für entsandte Mitarbeiter besteht. Durch einen Rückruf werden überdies Folgeprobleme ausgelöst. Dabei steht der Umfang des fortzuzahlenden Entgelts im Fokus des Interesses. Der Arbeitgeber wiegt sich nicht selten in trügerischer Sicherheit, wenn er meint, bei einem Rückruf ins Inland die häufig großzügig bemessene Auslandsvergütung nicht mehr zahlen zu müssen. Die Frage, inwieweit Auslandsvergütungen im Falle eines Rückrufs einbehalten werden dürfen, ist vielmehr – auch unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben – differenziert zu betrachten.

I. Vorbemerkung

Der nachfolgende Beitrag beschränkt sich bei der Beantwortung der oben skizzierten Fragestellungen auf die Betrachtung der Auslandsentsendung ieS, also auf das so genannte Einvertragsmodell. Kennzeichnend für eine Auslandstätigkeit im Einvertragsmodell ist, dass die Auslandstätigkeit im Rahmen eines fortbestehenden Inlandsarbeitsverhältnisses erfolgt. Über eine Zusatzvereinbarung (Entsendevereinbarung) wird die Zustimmung des Arbeitnehmers zum Auslandseinsatz erteilt; sie regelt zugleich (bestenfalls sämtliche) Problemkreise, die mit der Auslandstätigkeit im Zusammenhang stehen, wie zB zusätzliches Entgelt, insbesondere also auch Auslandszulagen, Heimreisen, Rückkehrmöglichkeiten, Rückholpflichten, Versicherungen uÄ. Typischerweise findet kraft Rechtswahl auf den (Haupt-)Arbeitsvertrag wie die Entsendevereinbarung deutsches Arbeitsrecht Anwendung, was bei den nachfolgenden Ausführungen unterstellt wird.¹

Herfs-Röttgen: Auslandsentsendung – Coronabedingter Rückruf und seine vergütungsrechtlichen Folgen(NZA 2021, 596)

597

Im Rahmen der alternativen Vertragsform für einen Auslandseinsatz, dem so genannten Zweivertragsmodell (Versetzung), unterliegt demgegenüber der mit dem Auslandsunternehmen abgeschlossene Auslandsarbeitsvertrag regelmäßig ausländischem Recht.² Die coronabedingten Auswirkungen auf dieses aktive Vertragsverhältnis, das neben das ruhend gestellte Inlandsarbeitsverhältnis tritt, können daher hier nicht behandelt werden.

II. Rückrufpflicht des Arbeitgebers

Unvorhergesehene Umstände wie eine Pandemie werfen die Frage auf, ob und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber berechtigt und gegebenenfalls auch verpflichtet ist, einen im Ausland eingesetzten Arbeitnehmer zum Schutz seiner Gesundheit ins Inland zurückzurufen.

1. Grundsatz – Kein Rückruf kraft Direktionsrechts

Ebenso wenig wie es vom arbeitgeberseitigen Direktionsrecht gedeckt ist, einen Arbeitnehmer ins Ausland zu entsenden, ist auch der einseitige Rückruf aus dem Ausland ins Inland durch den Arbeitgeber grundsätzlich möglich (zu den Ausnahmen unten). Denn sowohl in der Entsendung wie dem Rückruf liegen Eingriffe in den Kernbestand des Arbeitsverhältnisses, die den Rahmen des

arbeitgeberseitigen Weisungsrechts sprengen und eines Einvernehmens mit dem Arbeitnehmer bedürfen.³

2. Aufgrund vertraglicher Abrede

In vielen Entsendevereinbarungen finden sich deshalb Rückrufklauseln. Oftmals genügen sie allerdings nicht den Anforderungen, die die Rechtsprechung an ihre Wirksamkeit stellt. Denn eine Rückrufklausel unterliegt der AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Sie darf den Arbeitnehmer also insbesondere nicht unangemessen benachteiligen.⁴ Zwingend ist in einer Rückrufklausel daher eine angemessene Ankündigungsfrist vorzusehen.⁵ Zudem ist schon aus Transparenzgründen geboten, die Art der Rückrufgründe in der Klausel zu benennen.⁶ Nach § 307 I 2 BGB müssen dem Arbeitnehmer die grundsätzlichen Erwägungen, die den Rückruf tragen, veranschaulicht werden.⁷ Die Klausel muss sich insoweit an den Grundsätzen messen lassen, die das BAG zu Widerrufsvorbehalten entwickelt hat.⁸

Eine Rückkehrklausel könnte in Bezug auf Ankündigungsfrist und Gründe wie folgt lauten:

Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Arbeitnehmer mit einer Ankündigungsfrist von drei Monaten, sofern nicht die besonderen Umstände des Einzelfalls eine kürzere Frist erfordern, nach billigem Ermessen aus einem Einsatz ... zurückzurufen:

bei vorzeitiger Beendigung des Auslandsprojekts,

- bei einem dringenden Erfordernis, den Arbeitnehmer im Stammhaus/Zentrale zu beschäftigen,

bei groben Verstößen gegen die Verhaltensanforderungen im Einsatzland,

- bei drohender Gefahr für Gesundheit und Leben aufgrund von Ereignissen im Einsatzland (zB Naturkatastrophen, politische Krisen),

bei Gründen in der Person des Arbeitnehmers (behördliche Ausweisungsverfügung, Wegfall von Aufenthalts- und/oder Arbeitserlaubnis).

- **Praxishinweis:** Auch auf der Grundlage einer solchen Klausel bedarf die Ausübung des Weisungsrechts im Einzelfall aber noch der Billigkeitskontrolle nach § 106 GewO iVm § 315 BGB. Die Auswirkungen des Rückrufs auf die persönliche Lebensführung sind stets zu berücksichtigen.⁹

Ungeklärt ist in diesem Zusammenhang, inwieweit auch die Einschränkungen gelten, die die Rechtsprechung mit Blick auf die Auswirkungen von Widerruf auf die Gesamtvergütung entwickelt hat.¹⁰ Stehen Leistungen im Gegenseitigkeitsverhältnis, darf hiernach der widerrufenen Teil nur 25 % des Gesamtverdienstes ausmachen.¹¹ Stehen die Leistungen dagegen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis, erhöht sich der widerrufliche Teil auf bis zu 30 % des Gesamtverdienstes.¹² Die Begrenzungen beruhen auf dem Gedanken, dass sich das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht nachträglich durch einen einseitigen Eingriff maßgeblich verschieben darf. Damit nämlich würde der Kernbestand des Arbeitsverhältnisses in unzulässiger Weise verändert.

Dieser Problemkreis gewinnt bei Auslandsarbeitsverhältnissen besondere Bedeutung. Denn es werden oft großzügige und lukrative Ausgleichszahlungen für die besonderen Belastungen gezahlt, die sich mit dem Auslandseinsatz verbinden. Sind sie als Vergütungsbestandteile anzusehen, die im Falle des Rückrufs wegfallen, kann die von der Rechtsprechung gezogene Höchstgrenze für eine Widerrufs-/Rückrufmöglichkeit überschritten sein. Stellen sie bloßen Aufwendersatz dar, ist der Wegfall dieser Ausgleichszahlungen nicht von Bedeutung.¹³ Denn das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist hierdurch nicht betroffen. Der Qualifizierung der Zahlungen kommt

daher schon an dieser Stelle erhebliche Bedeutung zu, auch wenn wegen des typischen Mischcharakters der auslandsbezogenen Zahlungen die starren Grenzen der Rechtsprechung wohl nicht eins zu eins zu übertragen sein dürften. Will man in der Praxis aber sichergehen, sollte schon unter diesem Gesichtspunkt eine klare Qualifizierung aller Zahlungen im Vertrag erfolgen, um zuverlässig prognostizieren zu können, ob die Rückrufoption den Wirksamkeitsanforderungen der Rechtsprechung standhält. Zu einer klaren Zuordnung ist darüber hinaus aber auch aus anderen, nachfolgend aufgezeigten Gründen dringend zu raten.

Herfs-Röttgen: Auslandsentsendung – Coronabedingter Rückruf und seine vergütungsrechtlichen Folgen (NZA 2021, 596)

598

3. Aufgrund arbeitgeberseitiger Fürsorgeverpflichtung

Fehlt es an einer (wirksamen) Rückrufoption, kann die einseitig angeordnete Rückkehr ins Inland ausnahmsweise unter Fürsorgegesichtspunkten zulässig und geboten sein.¹⁴

a) Herleitung und Umfang der Fürsorgepflicht

Die Arbeitsvertragsparteien sind nicht nur zu den vereinbarten Hauptleistungen (Tätigkeit und Entgeltzahlung) verpflichtet. Vielmehr besteht auch eine Vielzahl von Nebenpflichten für beide Vertragsparteien. Die Fürsorgepflicht stellt die wichtigste, überdies unabdingbare Nebenpflicht auf Arbeitgeberseite dar; mit ihr korrespondiert auf Arbeitnehmerseite die Treuepflicht.¹⁵ Die Fürsorgeverpflichtung findet in § 241 II BGB ihre gesetzliche Grundlage. Bezogen auf ein Arbeitsverhältnis ist darunter die Verpflichtung des Arbeitgebers zu verstehen, seine Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der Interessen der gesamten Belegschaft nach Treu und Glauben billigerweise möglich ist.¹⁶

Die Schutzpflichten des Arbeitgebers beziehen sich auf die körperliche Integrität des Arbeitnehmers, seine Vermögensinteressen, sein in den Betrieb eingebrachtes Eigentum und seine Persönlichkeit. Der konkrete Umfang der geschuldeten Fürsorge hängt von den Einzelfallumständen ab. Soweit gesetzliche oder tarifliche Konkretisierungen die Fürsorgeverpflichtung sowie das Ausmaß der geschuldeten Fürsorge normieren, scheidet ein Rückgriff auf die allgemeine Fürsorgeverpflichtung aus.¹⁷

Die zentrale Pflicht des Arbeitgebers, Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen, ist in den §§ 612–619 BGB gesetzlich bestimmt und durch öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften (zB Arbeitsstättenverordnung, Gerätesicherheitsgesetz etc.) näher ausgestaltet. Darin erschöpft sich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in Bezug auf Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers aber nicht, da die gesetzlichen Konkretisierungen nur bestimmte Gefahrenkreise abdecken. Gerade Arbeitgebern, die Arbeitnehmer in einem fremden Rechts- und Kulturkreis beschäftigen, wird man grundsätzlich eine über die gesetzlichen Konkretisierungen hinausgehende besondere Fürsorge abverlangen müssen, da die Mitarbeiter in einer solchen Fallgestaltung als besonders schützenswert anzusehen sind.¹⁸

Der Übergang zwischen Fürsorgepflicht und Eigenverantwortlichkeit ist allerdings fließend. Stets ist eine Abwägung zwischen dem Schutzinteresse des Arbeitnehmers und den Interessen des Arbeitgebers vorzunehmen.¹⁹

b) Rückrufoption

In den aktuellen Coronazeiten kommt der *Rückruffpflicht* unter Fürsorgegesichtspunkten besondere Bedeutung zu. Sind Leib oder Leben durch eine Pandemie im Einsatzland konkret bedroht, wird der Arbeitgeber auch ohne entsprechende Vereinbarung im Arbeitsvertrag regelmäßig gehalten sein, den Arbeitnehmer und seine Familie jedenfalls vorübergehend ins Inland zurückzuholen, sofern die Gefahr nicht anders abgewendet werden kann. Aufgrund der Coronapandemie kann dies etwa der Fall sein, wenn die hygienischen Zustände oder die medizinische Versorgung im jeweiligen Land nicht tragbar sind oder der entsandte Arbeitnehmer zB einer besonders hohen Ansteckungsgefahr ausgesetzt ist. Von Bedeutung kann auch sein, ob eine Rückkehr aufgrund der Beschränkung der Reiseverbindungen und über längere Zeit nicht mehr möglich sein wird.²⁰

III. Folgen eines Rückrufs ins Inland

1. Weiterbeschäftigungspflicht im Inland

Soweit eine Rückruffpflicht besteht, sei es aufgrund Abrede oder kraft Fürsorge, wird der Arbeitgeber verpflichtet sein, dem rückkehrenden Arbeitnehmer *eine alternative Beschäftigung im Inland* (oder anderweitigen – ungefährdeten – Ausland)²¹ zuzuweisen. Da der Arbeitgeber die Auslandstätigkeit veranlasst hat, sie vorrangig in seinem Interesse erfolgt und er sie damit auch zu verantworten hat, dürfte er im Grundsatz gehalten sein, dem Arbeitnehmer während der unterbrochenen Auslandstätigkeit eine gleichwertige, gegebenenfalls auch geringerwertige Tätigkeit (dann aber mit bisheriger Vergütung) im Inland oder ungefährdeten anderweitigen Ausland anzubieten. Aufgrund seiner Treuepflicht ist der Arbeitnehmer umgekehrt gehalten, auch eine geringerwertige Tätigkeit zu übernehmen.²² Mitunter wird die Weiterbeschäftigungspflicht im Inland in Zweifel gezogen, wenn der Arbeitnehmer nur für eine Auslandstätigkeit eingestellt worden ist.²³ Das Risiko, die vereinbarte Tätigkeit im Ausland nicht ausüben zu können, kann aber auch in einem solchen Fall nicht dem Arbeitnehmer auferlegt werden. Denn der Arbeitgeber schafft durch die Belegenheit seines Betriebs im Ausland, also durch die Entscheidung, dort unternehmerisch tätig zu sein, auch das Risiko einer pandemiebedingten fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Hierfür hat er durch das vorübergehende Angebot einer alternativen Inlandstätigkeit einzustehen. Erst wenn ein dauerhafter Einsatz im Ausland nicht mehr möglich ist, ist aufgrund des Wegfalls des Arbeitsplatzes eine betriebsbedingte Kündigung denkbar, da eine Inlandstätigkeit vertraglich als Option nicht vorgesehen ist.

2. Inländisches Homeoffice

Eine alternative Beschäftigung kann auch eine Tätigkeit im inländischen Homeoffice sein, wenn die weitere Auslandstätigkeit Gesundheit oder gar das Leben des Arbeitnehmers gefährden würde. Eine solche Notsituation führt zu einem aus der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht nach § 241 II BGB abgeleiteten erweiterten Direktionsrecht.²⁴

Mit dem Einsatz im inländischen Homeoffice verbindet sich aus Arbeitgebersicht der Vorteil, für die vorübergehenden Rückkehrer keinen eigenen Arbeitsplatz und keine neue Beschäftigung suchen zu müssen. Zudem kommt die Tätigkeit vor Ort nicht gänzlich zum Erliegen. Allerdings werden zwangsläufig nicht alle geschuldeten Tätigkeiten weiter wahrgenommen werden können. Denn die Arbeit vor Ort, etwa der persönliche Kontakt zu ausländischen Partnern,

Herfs-Röttgen: Auslandsentsendung – Coronabedingter Rückruf und seine vergütungsrechtlichen Folgen(NZA 2021, 596)

599

das persönliche Netzwerken oder die Projektarbeit im Einsatzland und die Teilnahme an Präsenzveranstaltungen kann nicht mehr erfolgen. Nach § 615 BGB und dem dieser Vorschrift zugrunde liegenden Rechtsgedanken ist das hinzunehmen und wird die Tätigkeit im vollen Umfang

zu vergüten sein.²⁵ Mit der Zuweisung einer Tätigkeit im inländischen Homeoffice ist zugleich die Pflicht verbunden, eine inländische Unterkunft zu stellen, die als Homeoffice geeignet ist.²⁶ Der Arbeitnehmer dürfte im Rahmen seiner Treuepflicht seinerseits aber auch gehalten sein, eine günstige und nicht die bestmögliche Fremdunterkunft zu suchen, wenn keine inländischen Büroräume zur Verfügung stehen.²⁷

3. Entgeltfortzahlungspflicht

Für den Fall des Rückrufs und einer (vorübergehenden) Tätigkeit im Inland stellt sich die Folgefrage, ob die bisherige (Auslands-)Vergütung insgesamt weiterzuzahlen ist. Das Schicksal des Vergütungsanspruchs für den Fall des pandemiebedingten Rückrufs ist für den Arbeitgeber zumeist von erheblicher wirtschaftlicher Relevanz.

a) Vergütungsanspruch nach § 615 BGB?

Die Frage der Vergütungsfortzahlungspflicht ist nach Maßgabe des § 615 S. 3 iVm S. 1 und 2 BGB zu beantworten. Zu entscheiden ist, ob der Arbeitgeber im Sinne dieser Vorschriften „das Risiko des Arbeitsausfalls“ zu tragen hat. Wann und in welchen Grenzen sich das in § 615 S. 3 BGB angesprochene Betriebsrisiko realisiert, ist gesetzlich nicht geregelt, so dass das vom Gesetzgeber mit § 615 BGB verfolgte Ziel wie die hierzu ergangene Rechtsprechung in den Blick zu nehmen ist.²⁸ Absicht des Gesetzgebers ist es, den Arbeitgeber dafür einstehen zu lassen, dass ein leistungsbereiter und -fähiger Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung durch eine Störung des Betriebs und/oder der Betriebsmittel gehindert ist. Angesichts dieser grundlegenden Risikoverteilung greift § 615 BGB nicht nur ein, wenn die Störung aus der Sphäre des Arbeitgebers (zB keine Beschäftigungsmöglichkeit infolge mangelhafter Betriebsorganisation), sondern gerade auch dann, wenn sie aus der neutralen, dh weder vom Arbeitgeber noch vom Arbeitnehmer zu vertretenden Sphäre stammt.²⁹ Deshalb ist § 615 BGB auch bei Naturkatastrophen einschlägig.³⁰ Nach der Rechtsprechung gehören etwa Wetterverhältnisse zu diesem typischen Risiko.³¹ Dem Arbeitgeber zugerechnet werden mithin Störungen, bei denen von außen auf typische Betriebsmittel (zB Maschinen, Gebäude) eingewirkt wird, und zwar auch dann, wenn sie sich für den Arbeitgeber als ein Fall höherer Gewalt darstellen, wie etwa bei Naturkatastrophen (Erdbeben, Überschwemmungen, Brände), Unglücksfällen sowie extremen Witterungsverhältnissen.³²

Begreift man das Virus als Naturereignis, so würde sich damit also das Betriebsrisiko realisieren. Schließlich nimmt der Inlandsarbeitgeber die die Gesundheit bedrohende pandemische Lage im Einsatzland zum Anlass für den Rückruf. Das damit verbundene Risiko folgt allein aus der Belegenheit des Betriebs im Ausland, für die sich der Arbeitgeber entschieden hat. Damit ist für ihn das Risiko zugleich abstrakt beherrschbar, weil er den Betrieb organisiert, sich mithin für oder gegen seine Geschäftstätigkeit im Ausland, also auch für oder gegen das Risiko entscheiden kann.³³

Folgt der Rückruf nicht aus eigener Arbeitgeberentscheidung, sondern aufgrund flächendeckender Betriebsschließungen im Einsatzland, gilt im Ergebnis nichts anderes.³⁴ Zwar wird teilweise vertreten, dass das damit verbundene Risiko nicht dem Arbeitgeber auferlegt werden könne, weil es nicht in der besonderen Eigenart seines Betriebs angelegt sei, sondern mit den Schließungen auf ein allgemeines Risiko der Pandemie reagiert werde.³⁵ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass flächendeckende Schließungen die Vermeidung von sozialen Kontakten bewirken sollen, die nicht nur in anderen Betrieben, sondern auch im Auslandsbetrieb des Arbeitgebers bestanden haben und zu unterbinden waren. Ein hinreichender Betriebsbezug ist damit gegeben. Auch die mangelnde Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit kann nicht eingewandt werden, da die Ausbreitung

neuartiger Influenzvirien (zB Vogelgrippe, Schweinegrippe) keine Neuheit darstellt und durch die fortschreitende Globalisierung immer wahrscheinlicher wird. In den Betriebsschließungen liegen damit ebenfalls vorhersehbare Betriebsrisiken, denen durch Rücklagen oder Betriebsschließungsversicherungen begegnet werden kann.³⁶

b) Umfang der Vergütungsfortzahlung?

Nach § 615 BGB kann der Dienstverpflichtete vom Dienstberechtigten die vereinbarte Vergütung verlangen. Zur Vergütung gehören alle Leistungen mit Entgeltcharakter. Es gilt grundsätzlich das Lohnausfallprinzip.³⁷ Zu gewähren ist die Vergütung, die der Dienstverpflichtete bei Weiterarbeit erzielt hätte, dazu zählen auch Gefahren- und Erschwerniszulagen, Umsatzbeteiligungen, Prämien, Sonderzuwendungen, Anwesenheitsprämien. Nicht erfasst werden solche Leistungen, die davon abhängig sind, dass der Arbeitnehmer tatsächlich seine Tätigkeit verrichtet, wie zB Schmutzzulagen, Essenszuschüsse oder Fahrtkostenerstattungen. Gleiches gilt, soweit Zahlungen tatsächlich entstandene Aufwendungen ausgleichen sollen.³⁸ Im Zusammenhang mit einer Auslandstätigkeit hat das BAG 2001 in diesem Sinne entschieden, dass eine „Einsatzzulage“, die ganz wesentlich zur Abgeltung von Mehraufwendungen für Wohnung und Verpflegung im Ausland diene, nicht von § 615 BGB erfasst ist.³⁹

In der Praxis bilden Entsendevereinbarungen, aber auch eigens für Auslandstätigkeiten geschlossene Tarifverträge diese Differenzierung oftmals nicht hinreichend klar ab. Der häufig verwendete Begriff der Auslandszulage lässt noch keinen Schluss darauf zu, ob es sich um Entgelt oder um Aufwendungsersatz handelt. Denn Zulagen können sowohl Entgelt- wie Aufwendungsersatzcharakter haben.⁴⁰ Gleiches gilt für den Begriff Auslandsvergütung. Darin kann pauschalierter Aufwendungsersatz oder aber eine Entschädigung bzw. ein Ausgleich für allgemeine Erschwernisse im Ausland liegen und damit Entgelt.⁴¹

Herfs-Röttgen: Auslandsentsendung – Coronabedingter Rückruf und seine vergütungsrechtlichen Folgen(NZA 2021, 596)

600

Es bedarf daher zusätzlicher Hinweise auf den Aufwendungscharakter der Auslandszulage/vergütung, will sich der Arbeitgeber bei Rückkehr des Auslandsmitarbeiters ins Inland darauf berufen, sie nicht mehr zahlen zu müssen. Solche Hinweise können in der Bezugnahme auf Vorschriften des Öffentlichen Dienstes liegen. Nicht selten finden sich in Entgeltvereinbarungen, insbesondere wenn Projektstätigkeiten im Ausland durch Zuwendungen der öffentlichen Hand finanziert werden, genau solche Bezugnahmen. Es werden unmittelbare oder mittelbare Anlehnungen an den TVöD einschließlich § 45 TVöD-BT-V mit dessen Verweis auf die §§ 52 ff. BBesG vereinbart oder direkte Bezugnahmen auf die §§ 52 ff. BBesG vorgesehen. Die besoldungsrechtlichen Vorschriften geben deutliche Hinweise auf den Aufwendungscharakter der auslandsbezogenen Zahlungen. Das gilt insbesondere für § 53 BBesG. Denn nach dieser Vorschrift ist der Auslandszuschlag Ausgleich für Mehraufwand des Beamten sowie dessen allgemeine und dienstortbezogene immaterielle Belastungen, die durch den Einsatz im Ausland entstehen. Der Zuschlag bemisst sich dabei maßgeblich nach der Höhe des Mehraufwandes und der Belastungen, die in Dienstortstufen zusammengefasst sind und sodann innerhalb von Gehaltsspannen pauschaliert werden. Nach § 53 II 2 BBesG erhält der Beamte für die erste berücksichtigungsfähige Person (nach Nr. 4 Nr. 1 insbesondere der Ehegatte) 40 % des eigenen Auslandszuschlages.

Mitunter wird nicht direkt auf diese besoldungsrechtlichen Vorschriften Bezug genommen, aber es werden hieran eng angelehnte Regelungen vorgesehen. Es werden insbesondere die Bezeichnungen aus dem BBesG aufgegriffen wie auch etwa ein verringerter Auslandszuschlag für Familienangehörige vorgesehen und die Höhe des Auslandszuschlages nach Länderstufen wie im

Öffentlichen Dienst festgelegt. Bislang konnte unter Hinweis auf solche Inbezugnahmen des öffentlichen Dienstrechts oder parallele inhaltliche Gestaltungen der Aufwendungscharakter von Auslandszulagen/-vergütungen/-zuschlägen regelmäßig belegt werden.

c) Abweichende Beurteilung aufgrund europarechtlicher Vorgaben

Allerdings könnte die Rechtsprechung des *EuGH* zu einer anderen Beurteilung zwingen. Denn jedenfalls in Bezug auf die Bestimmung des Urlaubsentgelts im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie⁴² nimmt der *EuGH* die Abgrenzung zwischen fortzuzahlendem Entgelt und Aufwendungsersatz deutlich differenzierter vor. Es ist nicht fernliegend, dass diese Abgrenzung auch auf den Begriff des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts iSd § 615 BGB durchschlägt. Schließlich ist das Urlaubsentgelt ebenso wie der Annahmeverzugslohn Fortzahlung der nach § 611 a II BGB in Verbindung mit Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag geschuldeten Vergütung.⁴³

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* sind all die Geldbeträge zwingender Teil des Urlaubsentgelts, mit denen im Rahmen des Gesamtentgelts eine „Unannehmlichkeit abgegolten wird, die untrennbar mit der Erfüllung der dem Arbeitnehmer obliegenden Aufgaben verbunden ist“.⁴⁴ Demgegenüber könnten Entgeltbestandteile, die ausschließlich *gelegentlich* anfallende Kosten oder Nebenkosten decken sollen, unberücksichtigt bleiben. Hierbei sei es Sache der nationalen Gerichte, den inneren Zusammenhang zwischen den verschiedenen Bestandteilen des Gesamtentgelts des Arbeitnehmers und der Erfüllung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu beurteilen.⁴⁵

„Gelegentlich“ ist dabei nicht im Sinne eines Zeitadverbs zu verstehen. Denn ein solcher Anknüpfungspunkt wäre aufgrund seiner Unbestimmtheit völlig ungeeignet für eine sachgerechte Differenzierung. Vielmehr ist maßgeblich, ob die Zahlung „untrennbar“ mit der Arbeitsleistung verbunden ist oder ob es sich um einen reinen Ersatz von Kosten handelt, die durch die Arbeitsleistung ausgelöst werden, aber nicht Gegenleistung für die Arbeitsleistung sind.⁴⁶ Erfasst sein sollen nach dem *EuGH* allerdings alle Vergütungsbestandteile, die an die persönliche und berufliche Stellung des Arbeitnehmers anknüpfen, zB seine leitende Position, die Dauer der Betriebszugehörigkeit und die berufliche Qualifikation, also alle Vergütungsbestandteile, die zumindest *auch* Gegenleistung für die Arbeitsleistung sind. Auch das *BAG* scheint sich nunmehr für die Bestimmung des Urlaubsentgelts dem *EuGH* anschließen zu wollen und hat in einem 2019 entschiedenen Fall eine Sonderzuwendung mit Mischcharakter, die neben der Arbeitsleistung auch Betriebstreue honorierte, in den Urlaubsentgeltanspruch einbezogen.⁴⁷

Man mag einwenden, dass der bezahlte Jahresurlaub und damit das Urlaubsentgelt als Grundsatz des Sozialrechts der Union besonderen Schutz genießt und nach Maßgabe des Art. 31 II GRCh, der ihn ausdrücklich verbürgt⁴⁸, weiter zu verstehen ist⁴⁹ als der Vergütungsbegriff des § 615 BGB. Umgekehrt zielen sowohl § 615 BGB wie das Urlaubsentgelt darauf, dem Arbeitnehmer die Fortzahlung der vertraglich geschuldeten Vergütung nach § 611 a BGB zu sichern. Eine parallele Wertung liegt daher durchaus nahe.

Folgt man der Rechtsprechung des *EuGH* zum Urlaubsentgelt auch für den Annahmeverzugslohn nach § 615 S 1 BGB, ist eine Auslandszulage/-vergütung jedenfalls insoweit fortzuzahlen, als mit ihr eine allgemeine Erschwernis abgegolten wird, die mit der Auslandstätigkeit verbunden ist. Wird sie also nicht allein gewährt, um konkreten besonderen Aufwand etwa für Wohnung oder Verpflegung im Ausland, sondern um die mit der Auslandstätigkeit verbundenen immateriellen Belastungen wie das Leben in einem fremden Kulturkreis, besondere Gefahrenlagen etc. auszugleichen, dürfte sie also auch im Annahmeverzugsfall bei einem coronabedingtem Rückruf zu zahlen sein.⁵⁰ Dafür bereitet auch schon eine ältere Instanzrechtsprechung den Weg. Das *LAG München* hatte bereits 2009 entschieden, dass eine Auslandszulage, die eine Kompensation für

besondere Erschwernisse immaterieller Art ist, Arbeitsentgelt darstellt, das im Annahmeverzug weiterzuzahlen ist.⁵¹

Es besteht also ein erhebliches Risiko, im Falle eines vorübergehenden Rückrufs ins Inland Auslandszulagen weiterzahlen zu müssen, wenn keine eindeutigen Regelungen dazu getroffen sind, dass darin allein echter Aufwendungsersatz für materielle Belastungen liegt. Soweit nur oder auch immate-

Herfs-Röttgen: Auslandsentsendung – Coronabedingter Rückruf und seine vergütungsrechtlichen Folgen (NZA 2021, 596)

601

rielle Belastungen ausgeglichen werden sollen, dürfte ein erhebliches Risiko bestehen, eine Auslandszulage/-vergütung auch im Rückruffall voll oder jedenfalls teilweise weitergewähren zu müssen. Insbesondere der undifferenzierte Verweis auf § 53 BBesG ist insoweit gefährlich, weil diese Regelung bestimmt, dass die Auslandszulage materielle *und* immaterielle Belastungen ausgleichen soll.

Praxishinweis: Es ist daher dringend zu raten, vertraglich klar zu regeln, welche Belastungen mit einer Auslandsvergütung abgegolten werden sollen. Andernfalls könnten sich mit einem coronabedingten Rückruf unliebsame Vergütungsfolgen verbinden, die man sicher glaubte, vermeiden zu können.

IV. Fazit

Der coronabedingte Rückruf im Falle der Auslandsentsendung birgt einige Fallstricke angefangen mit der Frage, ob eine Rückrufoption den Anforderungen einer Wirksamkeitsprüfung nach den §§ 305 ff. BGB genügt, über die, ob es außerhalb einer vertraglichen Regelung Rückruffpflichten gibt, bis zu der Problematik, welche Vergütungsfolgen sich mit der vorübergehenden Rückkehr ins Inland, nicht zuletzt angesichts der Rechtsprechung des *EuGH* zum Entgeltbegriff im Urlaubsrecht verbinden. Alle diese Problemfelder mahnen zur sorgfältigen und umsichtigen Vertragsgestaltung.

* Die Autorin ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin bei *MEYER-KÖRING* Rechtsanwälte und Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB in Bonn.

¹ Zu den Vertragsmodellen allgemein vgl. *Herfs-Röttgen*, NZA 2017, 873 (875) und *dies.*, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, 2019, Rn. 105 ff.

² Vgl. *Herfs-Röttgen*, NZA 2017, 873 (877) und *dies.*, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 178 ff.

³ *Preis/Temming*, Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2020, II A 140 Rn. 3 u. 27; *Küttner/Kreitner*, Personalbuch 2020, 27. Aufl., Auslandstätigkeit, Rn. 5; offener: *LAG Baden-Württemberg v. 6.9.2017 – 4 Sa 3/17*, NZA-RR 2017, 578, Revision anhängig beim BAG unter Az. 10 AZR 514/17; *Herfs-Röttgen*, NZA 2017, 873 (878 f.).

⁴ *Preis/Temming*, Der Arbeitsvertrag, II A 140 Rn. 27; *Küttner/Kreitner*, Personalbuch 2020, Auslandstätigkeit, Rn. 27; *Falder*, NZA 2016, 401 (404); zur AGB-Kontrolle von Entsendevereinbarungen allgemein: *Straube*, DB 2012, 2808.

⁵ *Lingemann/Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann*, Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2021, M 11.1 § 11 Rn. 18; *Preis/Temming*, Der Arbeitsvertrag, II A 140 Rn. 27.

⁶ *Straube*, DB 2012, 2808 (2810); *Falder*, NZA 2016, 401 (404).

⁷ *Mauer*, Personaleinsatz im Ausland, 3. Aufl. 2019, Rn. 469.

⁸ *BAG v. 24.1.2017 – 1 AZR 772/14*, *BAGE* 158, 31 = NZA 2017, 931 (933); *Mauer*, Personaleinsatz im Ausland, Rn. 469.

- 9 Vgl. *ArbG Frankfurt a. M.* v. 26.4.2013 – 4 Ca 7004/12, BeckRS 2013, 73080; *Preis/Temming*, Der Arbeitsvertrag, A II 140 Rn. 27.
- 10 *Falder*, NZA 2016, 401 (404); *Kraus*, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 546 ff.
- 11 *BAG* v. 11.10.2006 – 5 AZR 721/05, NZA 2007, 87 (89); *Falder*, NZA 2016, 401 (404); *Strauber*, DB 2012, 2808 (2810).
- 12 *BAG* v. 19.12.2006 – 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809; *Mauer*, Personaleinsatz im Ausland, Rn. 469.
- 13 Dazu auch *Mauer*, Personaleinsatz im Ausland, Rn. 468.
- 14 Zur Fürsorgepflicht im Ausland s. auch *Schliemann*, BB 2001, 1302.
- 15 *Küttner/Kreitner*, Personalbuch 2020, Fürsorgepflicht, Rn. 1; *MüKoBGB/Spinner*, 8. Aufl. 2021, § 611 a Rn. 901.
- 16 *BAG* v. 16.2.2012 – 8 AZR 97/11, AP HGB § 87 Nr. 12 = BeckRS 2012, 70996; v. 27.1.2011 – 8 AZR 280/09, NJOZ 2011, 1178 = NZA 2011, 1312 Os.; *ErfK/Preis*, 21. Aufl. 2021, BGB § 611 a Rn. 616.
- 17 *BAG* v. 15.11.2005 – 9 AZR 209/05, NZA 2006, 502 (504).
- 18 *Edenfeld*, NZA 2009, 938 (939); *Herfs-Röttgen*, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 969 ff.
- 19 *Edenfeld*, NZA 2009, 938 (939); *Herfs-Röttgen*, Praxishandbuch Auslandsbeschäftigung, Rn. 969 ff.
- 20 Zu der Gesamtsituation *Falder/Frank-Fahle*, CoVuR 2020, 184 (186); *Felsiak/Schlamp*, SP 2020, 105 (106).
- 21 Hier soll wegen der besonderen Rechtsfolgen nur der Fall eines Rückrufs ins Inland behandelt werden.
- 22 *Falder/Frank-Fahler*, CoVuR 2020 184 (188).
- 23 *Falder/Frank-Fahler*, CoVuR 2020, 184 (185).
- 24 *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561 (562); *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345 (349 f.).
- 25 *Falder/Frank-Fahler*, CoVuR 2020, 184 (185); *Fischinger/Hengstberger*, NZA 2020, 559.
- 26 *Falder/Frank-Fahler*, CoVuR 2020, 184 (188).
- 27 *Falder/Frank-Fahler*, CoVuR 2020, 184 (186).
- 28 *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137 (1141 f.); *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561 (562 f.).
- 29 *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561 (563).
- 30 *ErfK/Preis*, BGB § 615 Rn. 131; *MüKoBGB/Henssler*, § 615 Rn. 108.
- 31 Vgl. *BAG* v. 9.7.2008 – 5 AZR 810/07, *BAGE* 127, 119 = NZA 2008, 1407 (1409); *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137 (1141 f.).
- 32 *BAG* v. 9.3.1983 – 4 AZR 301/80, *BAGE* 42, 94 = NJW 1983, 2159; v. 18.5.1999 – 9 AZR 13/98, NZA 1999, 1166; *LAG Köln* v. 26.7.2010 – 5 Sa 485/10, BeckRS 2010, 74303.
- 33 *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112 (1116).
- 34 Zu pandemiebedingten Betriebsschließungen so auch *LAG Düsseldorf* v. 30.3.2021 – 8 Sa 674/20.
- 35 *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112 (1116).
- 36 *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137 (1141 f.); *ErfK/Preis*, BGB § 615 Rn. 76.
- 37 *ErfK/Preis*, BGB § 615 Rn. 76; *MüKoBGB/Henssler*, § 615 Rn. 56.
- 38 *BAG* v. 19.3.2008 – 5 AZR 429/07, *BAGE* 126, 198 = NZA 2008, 757 (758); *MüKoBGB/Henssler*, § 615 Rn. 56, 63 ff.

39 BAG v. 30.5.2001 – 4 AZR 249/00, NJOZ 2002, 128 (129) = NZA 2002, 55 Ls.; ErfK/Preis, BGB § 615 Rn. 78.

40 LAG München v. 26.2.2009 – 3 Sa 776/08, BeckRS 2009, 67445.

41 BAG v. 30.5.2001 – 4 AZR 249/00, NJOZ 2002, 128 (129) = NZA 2002, 55 Ls.

42 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

43 Küttner/Röllner, Personalbuch 2020, Urlaubsentgelt, Rn. 1; ErfK/Preis, BGB § 615 Rn. 75.

44 EuGH v. 22.5.2004 – C-539/12, ECLI:EU:C:2014:351 = NZA 2014, 593 (595) – Lock; v. 15.9.2011 – C-155/10, NZA 2011, 1167 (1169) – Williams.

45 EuGH v. 22.5.2004 – C-539/12, ECLI:EU:C:2014:351 = NZA 2014, 593 (595) – Lock; v. 15.9.2011 – C-155/10, NZA 2011, 1167 (1169) – Williams.

46 EuArbRK/Gallner, 3. Aufl. 2020, Nr. 580 Art. 7 Rn. 28 ff.; Preis/Sagan/Behrens/Wittschen, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 8 Rn. 40.

47 BAG v. 30.1.2019 – 10 AZR 596/17, NJOZ 2019, 809 = NZA 2019, 1016 Os.

48 EuGH v. 30.6.2016 – C-178/15, ECLI:EU:C:2016:502 = NZA 2016, 877 Rn. 20 mwN – Sobczyszyn.

49 Vgl. EuGH v. 29.11.2017 – C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914 = NZA 2017, 1591 Rn. 37 ff. mwN – King; s. auch EuGH v. 6.11.2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 = NZA 2018, 1474 Rn. 41 f. – Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften.

50 So für eine streitige Urlaubsabgeltung LAG Köln (10 Sa 138/20).

51 LAG München v. 26.2.2009 – 3 Sa 776/08, BeckRS 2009, 67445.