

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft

**BEITEN BURKHARDT**  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

### Inhalt:

- Im Blickpunkt .....Seite 1  
Rechtsprechung .....Seite 6

#### Im Blickpunkt

### **„Rente mit 63“? Ein Blick hinter die Kulissen.**

Die „Rente mit 63“ wurde in der Öffentlichkeit heiß diskutiert. Das Rentenpaket (seit 1. Juli 2014 in Kraft) enthält vier Leistungskomponenten: Die abschlagsfreie Rente ab 63, die „Mütterrente“, eine verbesserte Erwerbsminderungsrente sowie höhere Reha-Leistungen. Für die Praxis ist insbesondere die Rente mit 63 relevant.

#### **Wer kann von der Rente „mit“ 63 profitieren?**

Die abschlagsfreie Rente „mit“ 63 gilt nach den neuen Regelungen nur für einen eng eingrenzbaren Personenkreis: Versicherte, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes am 1. Juli 2014 das 63. Lebensjahr vollendet haben oder dieses bis zum 31. Dezember 2015 vollenden werden und 45 Jahre in die gesetzliche Rente eingezahlt haben, können tatsächlich exakt mit dem 63. Lebensjahr abschlagsfrei in Rente gehen (siehe Beispiel 1). Dies liegt an der schrittweisen Anhebung des allgemeinen Renteneintrittsalters von 65 auf 67 Lebensjahre, die im Jahre 2012 begonnen hat und im Jahre 2029 enden wird. Denn parallel hierzu steigt auch das Zugangsalter für die abschlagsfreie Rente von 63 auf 65 (in jeweils Zweimonatsschritten). Die Anhebung erfolgt ab dem Geburtsjahrgang 1953 bis einschließlich des Geburtsjahrgangs 1963. Versicherte des Jahrgangs 1953 können z. B. somit erst mit 63 Jahren und 2 Monaten abschlagsfrei in Rente gehen, d. h. bereits nicht mehr exakt mit dem 63. Lebensjahr (siehe Beispiel 2):

*Beispiel 1: A ist am 6. Dezember 1949 geboren, er hat am 6. Dezember 2012 das 63. Lebensjahr vollendet – vor dem Inkrafttreten der neuen Regelungen. A hat 45 Jahre in die gesetzliche Rentenversicherung eingezahlt. Er kann sofort abschlagsfrei in Rente gehen. Dies ist für ihn auch (noch) attraktiv, da er nach den alten Regelungen am 1. Juli 2014 noch keine abschlagsfreie Rente hätte beziehen können.*

*Beispiel 2: B ist am 3. April 1953 geboren, das 63. Lebensjahr vollendet er am 3. April 2016. B hat 45 Jahre in die gesetzliche Rente eingezahlt. Gleichwohl kann er noch nicht in abschlagsfreie Rente gehen, sondern muss infolge der Anhebung des Zugangsalters parallel zur Anhebung des allgemeinen Renteneintrittsalters zwei Monate bis zum 3. Juni 2016 warten.*

#### **45-jährige Wartezeit**

Für die 45 Jahre zählen auch Jahre, in denen Arbeitnehmer Arbeitslosengeld und/oder andere Versicherungsleistungen erhalten haben, die entgangenes Arbeitsentgelt ersetzen. Hiervon gibt es eine Ausnahme: Wird ein Arbeitnehmer des Jahrgangs 1950 z. B. mit 61 arbeitslos, d. h. zwei Jahre vor dem individuellen Rentenbeginn, zählen diese für die Berechnung der 45 Jahre nicht mit. Hat ein Arbeitnehmer mit 61 nur 43 Jahre in die gesetzliche Rente eingezahlt, kann er infolge seiner Arbeitslosigkeit ab dem 61. Lebensjahr nicht abschlagsfrei mit 63 in Rente. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber auch die Ausnahme von der Ausnahme: Ist die Arbeitslosigkeit durch Insolvenz oder Geschäftsaufgabe bedingt, d.h. unverschuldet, zählen die zwei Jahre Arbeitslosigkeit vor dem individuellen Rentenbeginn für die 45 Jahre doch wieder mit. Anders ist es hingegen wiederum, wenn der Arbeitnehmer infolge einer betriebsbedingten Kündigung arbeitslos wird. Es bleibt abzuwarten, ob die Sozialge-

richte dieses Anrechnungsdetail als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Artikel 3 Absatz 3 des Grundgesetzes werten. Denn auch in diesen Fällen trifft den Arbeitnehmer die Arbeitslosigkeit unverschuldet.

**Praxistipp:** Für die betriebliche Praxis gilt, dass im Einzelfall mit denjenigen Arbeitnehmern, bei denen die oben stehenden Voraussetzungen erfüllt sind, leichter eine Beendigungslösung gefunden werden kann, wenn der Arbeitgeber das möchte – der Mitarbeiter hat geringere finanzielle Einbußen. Liegt der Fall anders herum, d. h. will der Arbeitgeber einer vorzeitigen Rente mit oder ab 63 nicht zustimmen, muss der Arbeitnehmer unter Einhaltung seiner vertraglichen Fristen kündigen.

### Befristungen

Oftmals sehen Arbeitsverträge folgende Regelung vor:

„Ohne dass es einer Kündigung bedarf, endet das Arbeitsverhältnis spätestens mit Ablauf des Monats, in dem der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht.“

Eine einzelvertragliche Altersgrenze, nach der das Arbeitsverhältnis mit Erreichen des gesetzlichen Regelrentenalters endet, ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wirksam, wenn der Arbeitnehmer nach dem Vertragsinhalt und der Vertragsdauer eine gesetzliche Altersrente erwerben kann oder bereits erworben hat. Die Klausel verstößt auch nicht gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), da es sich um eine nach dem Gesetz zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters handelt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Grundsätze auf die Fälle der abschlagsfreien Rente mit 63 nicht zu übertragen sind: Die Regelungen im neuen Rentenpaket gelten nur für wenige Versicherte (s.o.) und sind damit kein Fall der Regelaltersgrenze. Könnten für diese Versicherten befristete Verträge auf die Vollendung des 63. bzw. 65. Lebensjahres geschlossen werden, würde dies zu ihrer Diskriminierung im Vergleich zu jüngeren Versicherten führen.

### Altersteilzeit

Die Rente mit 63 wirkt sich auf bereits bestehende Altersteilzeitverhältnisse aus. Arbeitnehmer, die die Voraussetzungen für die frühere abschlagsfreie Rente erfüllen, könnten ihre Altersteilzeitvereinbarungen unter Einhaltung ordentlicher Fristen vorzeitig kündigen. Oftmals wird auch kollektivrechtlich (also in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Tarifvertrag) geregelt sein, dass die Altersteilzeit vorzeitig endet, wenn der Arbeitnehmer eine ungeminderte Rente beanspruchen kann. Endet die Altersteilzeit vor dem Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs auf die Rente mit 63, kann die Altersteilzeit verlängert werden.

### Gestaltungsmittel Minijob

Es könnte für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer interessant sein, bei einem vor Erreichen des 63. Lebensjahres auslaufenden Altersteilzeitvertrag bzw. bei dadurch drohender Arbeitslosigkeit eine überbrückende Minijobregelung zu vereinbaren. Das Unternehmen profitiert bei überschaubarem finanziellen Aufwand weiter vom Know-how des Mitarbeiters. Für den Arbeitnehmer kann dies aus folgendem Grund vorteilhaft sein: Bezieht er in den zwei Jahren vor dem früheren Renteneintritt Arbeitslosengeld, werden die Zeiten bei der Berechnung der 45 Jahre mitgerechnet, in denen ein Minijob besteht.

*Dr. Nina Springer, LL.M., Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanaltsgesellschaft mbH, München*

## Das neue Gesetz zur gleichberechtigten Teilhabe in Führungspositionen

Seit Ende Juni 2014 gibt es einen Referentenentwurf zum Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst. Das Gesetzgebungsverfahren dauert zwar noch an, Praktiker sollten jedoch schon jetzt wissen, was für sie sehr wahrscheinlich bald relevant sein wird.

### Ausgangslage und Ziel des Gesetzes

Der Anteil an weiblichen Führungskräften in der deutschen Wirtschaft ist trotz zahlreicher Appelle, Selbstverpflichtungen, Empfehlungen und Initiativen der Vergangenheit nach wie vor gering. Aufsichtsratspositionen der Top-200-Unternehmen in Deutschland sind zum Beispiel nur in Höhe von 15,1 Prozent mit Frauen besetzt. Die Diskrepanz zwischen dem großen Anteil hochqualifizierter Frauen und deren Repräsentation in Führungspositionen ist hoch. Die Bundesregierung ist der Ansicht, dass nur über eine gesetzlich zwingende Regelung eine deutliche Erhöhung des Anteils weiblicher Führungskräfte erzielt werden kann. Das langfristige Ziel ist die Erreichung der Geschlechterparität auch in Führungspositionen.

### Maßnahmenpaket im Überblick

Der Gesetzentwurf sieht folgende Maßnahmen vor:

- Vorgabe einer Geschlechterquote von mindestens 30 Prozent für Aufsichtsräte
- Verbindliche Zielgrößen für Aufsichtsräte, Vorstände und oberste Management-Ebenen

### Erhöhung der Geschlechterquote in Aufsichtsräten für die Arbeitgeberseite

Der Gesetzentwurf sieht eine feste Mindestquote für das unterrepräsentierte Geschlecht in Höhe von 30 Prozent vor. Sie soll für Aufsichtsräte von Unternehmen gelten, die börsennotiert sind und der paritätischen Mitbestimmung nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz unterliegen. Damit sind naturgemäß die großen Publikumsgesellschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) und Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) betroffen, deren Zahl auf ca. 120 Unternehmen geschätzt wird.

Börsennotierte Unternehmen in der Rechtsform der Europäischen Gesellschaft (SE), die der Mitbestimmung nach dem SE-Beteiligungsgesetz unterliegen, „sollen“ die Mindestquote ebenfalls

erfüllen. Es handelt sich dabei um eine sogenannte „Sollvorschrift“. Eine Verpflichtung besteht also nicht. Gleches gilt für börsennotierte Unternehmen, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehen und die der Mitbestimmung nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unterliegen.

Bei Nichterfüllung der gesetzlichen Verpflichtung drohen den oben genannten Unternehmen jedoch Konsequenzen, wenn sie die Quote nicht erfüllen: Der Referentenentwurf sieht vor, dass dann die Wahl zum Aufsichtsrat der Arbeitgeberseite nichtig ist, so dass die für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehenen Plätze rechtlich unbesetzt bleiben (sogenannter „Leerer Stuhl“). Der Gewählte, der diesen Platz eigentlich besetzen sollte, aber nicht darf, ist von Anfang an nicht Aufsichtsratsmitglied. Die Mindestquote soll ab dem 1. Januar 2016 gelten. Bestehende Mandate können aber bis zu ihrem regulären Ende auslaufen.

### Erhöhung der Geschlechterquote in Aufsichtsräten für die Arbeitnehmerseite

Die Regelungen zur Mindestquote von 30 Prozent werden entsprechend auch für die Arbeitnehmerseite gelten. Hierzu werden die Mitbestimmungsgesetze angepasst. Nach dem Referentenentwurf unterliegen Wahlverfahren, die ab dem 1. Januar 2016 eingeleitet worden sind, ebenso dem neuen Recht wie Verfahren, die bereits im Jahr 2015 eingeleitet, aber erst im Jahr 2016 abgeschlossen werden.

Verbindliche Zielgrößen für Aufsichtsräte, Vorstände und oberste Management-Ebenen

Die zweite Maßnahme zur Förderung des Anteils weiblicher Führungskräfte ist die Einführung von Verpflichtungen für Aufsichtsräte und Vorstände von mitbestimmten oder börsennotierten Unternehmen, Zielgrößen zur Erhöhung des Frauenanteils und Fristen zu deren Erreichung in Aufsichtsrat, Vorstand und den oberen Managementebenen festzulegen. Hiervon erfasst werden die Rechtsformen AG, KGaA, GmbH, eingetragene Genossenschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Betroffen sind ferner Un-

ternehmen in der Rechtsform der SE, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen. Die Zahl der betroffenen Unternehmen wird auf ca. 3.500 geschätzt. Eine Mindestzielgröße ist aber nicht vorgesehen. Die Unternehmen dürfen sich die Zielvorgaben selbst setzen und sich dabei an ihren Unternehmensstrukturen ausrichten. Bestandteil des Referentenentwurfs sind Berichtspflichten der Unternehmen. Die festgelegten Zielgrößen und Fristen sind also zu veröffentlichen.

## Ausblick

Der Referentenentwurf befindet sich zurzeit noch in den verschiedenen Ressorts zur Abstimmung. Es ist aber zu erwarten, dass er nach Ende der Sommerpause als Gesetzesentwurf von der Bundesregierung in den Bundestag eingebracht wird.

*Dr. Marc Spielberger, Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

# Deutsche unerwünscht? Die Schweiz macht dicht – Arbeitnehmerentsendung im Lichte der Volksabstimmung

Die Schweiz hat sich am 9. Februar 2014 entschieden – „gegen Masseneinwanderung“ und damit für die Kontingentierung des Zuzugs von Ausländern in die Schweiz. Die entsprechende Volksinitiative erhielt den Zuspruch der Schweizer Bürger. Auch wenn derzeit erst Konzepte von den beiden Parlamentskammern diskutiert und noch keine konkreten regulatorischen Veränderungen umgesetzt wurden, so ist dennoch wahrscheinlich, dass in spätestens drei Jahren die Immigration als auch insbesondere die bloße Arbeitnehmerentsendung deutlich erschwert sein könnten. Im Ziel der angestrebten Veränderungen wird das Personenfreizügigkeitsabkommen stehen, das zwischen der Schweiz und der EU abgeschlossen wurde und weitgehende Freiheiten für den Aufenthalt sowie die Arbeitsaufnahme von Arbeitnehmern ermöglicht. Unternehmen dürfte nun ins-

besondere die Frage interessieren, wie es mit Arbeitnehmern weitergeht, die entweder bereits bislang in die Schweiz entsandt wurden oder zukünftig entsendet werden sollen. Können insoweit neue Hürden für „Expats“ aufgestellt und damit der Auslandseinsatz in der Schweiz erschwert werden?

**Ausgangslage: Entsendung bis zu  
24 Monate grundsätzlich möglich, danach  
nur ausnahmsweise**

Bislang war eine Entsendung von Arbeitnehmern in die Schweiz anhand der geltenden EU-Verordnung möglich. Da die Schweiz kein Mitglied der EU ist, musste sie hierzu jedoch jeweils einen Sonderweg betreten, das vorgenannte Personenfreizügigkeitsabkommen bilateral mit der EU auf diesen Bereich hin anpassen und die EU-Verordnung gesondert integrieren. Dieses Abkommen sah bis zum 31. März 2012 vor, dass die Grundlage für eine Entsendung die Verordnung (EWG) 1408/71 darstellte. Diese enthielt eine Begrenzung der Arbeitnehmerentsendung auf zwölf Monate. Dieser Zeitraum konnte beim Vorliegen von besonderen Gründen um weitere zwölf Monate verlängert werden. Überstieg die Entsendung die zusammenaddierten 24 Monate, so war lediglich noch eine so genannte „Ausnahmevereinbarung“ möglich (die ausnahmsweise Fortgeltung des Sozialversicherungssystems des entsendenden Staates).

Seit dem 1. April 2012 hat sich die Schweiz an die in den sonstigen EU-Mitgliedstaaten geltende Rechtslage angepasst. Das bedeutet, dass auch im Verhältnis zur Schweiz über das Mittel des Freizügigkeitsabkommens die EU-Verordnung

## Produkttipp

Die Neuaufgabe  
**Lexikon Arbeitsrecht**  
Ausgabe 2015  
» Mehr Info



(EG) 883 / 04 sowie die EU-Verordnung (EG) 987/09 anzuwenden sind. Diese ermöglichen nun eine Entsendung von Arbeitnehmern in die Schweiz für eine Gesamtdauer von 24 Monaten. Übersteigt die Entsendung diesen Zeitraum oder ist bereits vor Beginn der Auslandstätigkeit absehbar, dass er nicht ausreicht, so ist in Bezug auf die Schweiz weiterhin die „Ausnahmevereinbarung“ möglich. Das bedeutet, dass in Bezug auf den konkreten Sachverhalt sämtliche Merkmale, die für und gegen einen Verbleib im Sozialversicherungssystem des entsendenden Staates sprechen, von den Sozialversicherungsträgern im Abgabe- sowie Aufnahmestaat gegeneinander abgewogen werden. Hierbei kann es – je nach Sachlage und Erheblichkeit der Anknüpfungspunkte – entgegen der eigentlichen Rechtslage sowie des Grundsatzes des „Territorialitätsprinzips“ zu einer länger andauernden Auslandstätigkeit mit Verbleib in der heimischen Sozialversicherung kommen. Als Zeitraum für eine solche Ausnahmevereinbarung gilt in der gesamten EU die Zeitspanne von fünf Jahren sowie beim Vorliegen von außerordentlichen Gründen von weiteren drei Jahren. Eine Ausnahme hierzu bildet die Schweiz, die auch hier einen Sonderweg betritt, der lediglich einen Gesamtzeitraum von maximal sechs Jahren vorsieht.

### Mögliche Ansatzpunkte der Schweizer Regierung zur Änderung der Arbeitnehmerentsendungsvorschriften

Neben der Neuordnung von aufenthalts- sowie einbürgerungsrechtlichen Maßnahmen könnte die Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 auch Auswirkungen auf die Arbeitnehmerentsendevorschriften haben. Obgleich bislang das Schweizer Parlament noch keinerlei beabsichtigte Änderungen der Rechtslage in diesem Bereich bekannt gegeben hat, ist bereits heute auf einige mögliche Ansatzpunkte hinzuweisen. Zum einen sind diese Änderungen am Personenfreizügigkeitsabkommen in Bezug auf die EU-Verordnung (EG) 883/04. Hierbei besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die Schweiz den derzeit geltenden Zeitraum von 24 Monaten verkürzt, um hierdurch eine insgesamt verkleinerte Menge an in die Schweiz entsandte Mitarbeiter zu erreichen. Dies könnte

sie beispielsweise dadurch bewerkstelligen, dass sie zur bis März 2012 geltenden Rechtslage zurückkehrt und den Entsendedezeitraum wieder in zwei zwölfmonatige Perioden aufteilt. Dies würde der Schweiz ermöglichen, insbesondere die zweite Periode mit inhaltlich erhöhten Voraussetzungen für eine Verlängerung um weitere zwölf Monate zu versehen, ohne zugleich die Einstiegshürden für eine Entsendung für alle Nachbarländer offensichtlich zu verändern.

Eine wesentlich höhere Gefahr für eine erhebliche Änderung der Rechtslage besteht jedoch hinsichtlich der erwähnten Ausnahmevereinbarung – also dem Verbleib in der deutschen Sozialversicherung über den Zeitraum von zwei Jahren hinaus. Wie zuvor erläutert, basieren sämtliche Ausnahmevereinbarungen auf Einzelfallverhandlungen zwischen den Spitzenverbänden der Schweizer und der deutschen Sozialversicherungsträger. Die beiden Spitzenverbände wägen hierbei die diversen Anknüpfungspunkte, die der zu entsendende Arbeitnehmer zu den jeweiligen Staaten hat, gegeneinander ab. An dieser Stelle wäre es für die Schweiz einfach, die Zulassungskriterien zu verschärfen. Denn hierzu müsste sie kein gesondertes Gesetz erlassen, sondern lediglich die interne Verwaltungspraxis ändern. Sie könnte über diesen „unauffälligen“ Weg die Anzahl der in der Schweiz eingesetzten Arbeitnehmer deutlich verringern, da – wie aus Praxis bekannt ist – für eine Vielzahl der Mitarbeiter der Verbleib in der deutschen Sozialversicherung zur Verhinderung von Rentenlücken sowie dem Risiko von Arbeitslosigkeit ohne Bezug von Arbeitslosengeld eine erhebliche Voraussetzung für die Bereitschaft zum Gang ins Ausland darstellt.

### Schlussfolgerung und Praxistipp

Es ist zu erwarten, dass es für Unternehmen zukünftig deutlich schwieriger werden wird, einen Mitarbeiter in die Schweiz zu entsenden. In Bezug auf die vorgenannten Regelungen zur Sozialversicherung bestehen zwar mögliche Ansatzpunkte für den Gesetzgeber, um den Entsendedezeitraum von 24 Monaten zu verkürzen, jedoch ist aufgrund der völlig „geräuschlosen“ und einfach umzusetzenden Abänderung der Verwaltungspraxis eher

eine Beschränkung der Regelungen zur Gestaltung von Ausnahmevereinbarungen naheliegend. Darauf sollten sich die Unternehmen einstellen und mehrjährige Entsendungen unter der noch geltenden Rechtslage durchführen.

Spannend wird sein, wie sich die Schweiz in Bezug auf die bereits entsandten bzw. bereits einer Ausnahmevereinbarung unterliegenden Mitarbeiter verhalten wird. Unserer Einschätzung nach werden hierfür Übergangsregelungen bzw. Vertrauens- und Bestandsschutzregelungen geschaffen werden und damit die ehemals bewilligten Verhältnisse unangetastet bleiben. Daher kann es sich lohnen, Entsendungen tatsächlich zeitlich vorzuziehen. In jedem Fall sollten sich Unternehmen, die Arbeitnehmer entsenden oder per Ausnahmevereinbarung in die Schweiz schicken wollen, darüber im Klaren sein, dass nach der Umsetzung der Änderungen durch die Volksabstimmung die Voraussetzungen deutlich erschwert werden könnten und damit zumindest die mit der Beantragung der Ausnahmevereinbarung einhergehende Argumentationslinie deutlich ausgebaut werden muss.

*Michael R. Fausel, Rechtsanwalt und  
Diplom-Verwaltungswirt (FH), BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanaltsgesellschaft mbH, Frankfurt am Main*

### Rechtsprechung

#### **EuGH bejaht Urlaubsabgeltung beim Tod des Arbeitnehmers**

*Europäischer Gerichtshof vom 12. Juni 2014 – C-118 / 13*

**Sachverhalt:** Aufgrund schwerer Krankheit war ein langjährig beschäftigter Arbeitnehmer seit dem Jahre 2009 in regelmäßigen Abständen arbeitsunfähig. Am 19. November 2010 verstarb er schließlich infolge der Krankheit. Bei seinem Tod standen dem Mitarbeiter noch über 140 Urlaubstage zu. Diese Tage hatte er in Absprache mit der Arbeitgeberin in den letzten Jahren nach und nach angesammelt. Die Witwe des Verstorbenen machte nun die finanzielle Abgeltung der noch offenen Urlaubstage geltend. Der Arbeitnehmer

hatte seine Ehefrau vor seinem Tod testamentarisch als Alleinerbin eingesetzt. Da die Arbeitgeberin diese Forderung zurückwies, erobt die Ehefrau Zahlungsklage.

**Die Entscheidung:** Das Landesarbeitsgericht Hamm legte den Fall dem EuGH vor. Dieser musste entscheiden, ob die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), nach der den Erben eines Arbeitnehmers, der im laufenden Arbeitsverhältnis verstorben ist, kein Anspruch auf finanzielle Abgeltung der noch offenen Urlaubstage zusteht, europarechtskonform ist. Der EuGH stellte klar, dass diese Rechtsprechung nicht mit Unionsrecht zu vereinbaren sei. Denn ein finanzieller Ausgleich auch im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers stelle die praktische Wirksamkeit des Urlaubsanspruchs sicher. Zumal der unwägbare Eintritt des Todes des Arbeitnehmers nicht rückwirkend zum vollständigen Verlust des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub führen dürfe.

**Konsequenzen für die Praxis:** Mit der vorliegenden Entscheidung greift der EuGH erneut in das deutsche Urlaubsrecht ein. Auch wenn Todesfälle gottlob die seltenste Beendigungsform von laufenden Arbeitsverhältnissen darstellen, dürfen sie in keinem Fall unterschätzt werden. Zwar werden sie in den meisten Anwendungsfällen nur zu einer überschaubaren finanziellen Mehrbelastung der betroffenen Arbeitgeber führen. Bei einem einvernehmlichen Ansparen von Urlaub ist das jedoch grundlegend anders. Ist es dem Arbeitnehmer möglich, für ein größeres Ereignis (z. B. Sabbatical) oder wegen eines erhöhten Arbeitsanfalles Urlaubstage in größerem Umfang anzusammeln, drohen bei einem plötzlichen Tod ungeplante und erbliche Zahlungsansprüche der Erben.

**Praxistipp:** Die Entscheidung betrifft grundsätzlich nur den sich aus der Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung bzw. dem Bundesurlaubsge setz ergebenden Mindesturlaub. Dieser beträgt bei einer Fünftagewoche zwanzig Tage pro Kalenderjahr. Um finanzielle Überraschungen „im Fall der Fälle“ zu vermeiden, empfiehlt es sich daher, die Abgeltung von offenen Urlaubsansprüchen auch beim Tod des Arbeitnehmers vertrag-

lich auf das gesetzliche Maß zu begrenzen. Bei einem einvernehmlichen Ansparen von Urlaub sollte zusätzlich vereinbart werden, dass nur über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende Tage angesammelt werden dürfen.

*Sebastian Bölinger, Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,  
München*

### BAG: Kürzung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs nach unbezahltem Sonderurlaub?

*Bundesarbeitsgericht vom 6. Mai 2014 –  
9 AZR 678/12*

**Sachverhalt:** Die Arbeitnehmerin war seit August 2002 als Krankenschwester beim beklagten Universitätsklinikum beschäftigt. Ihr war seit dem 1. Januar bis zum 30. September 2011 unbezahlter Sonderurlaub gewährt worden. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. September 2011 verlangte die Klägerin von ihrem ehemaligen Arbeitgeber die finanzielle Abgeltung von 15 Urlaubstagen aus dem Jahr 2011.

**Die Entscheidung:** Das BAG gab der Arbeitnehmerin Recht. Der Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub sei gemäß § 13 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) unabdingbar. Der gesetzliche Urlaubsanspruch entstehe nach einmaliger Erfüllung der Wartezeit und setze lediglich den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses voraus. Da er nicht von einer tatsächlichen Arbeitsleistung abhängt, könne er grundsätzlich auch dann nicht gekürzt werden, wenn das Arbeitsverhältnis ruht. Eine Kürzung wäre nur dann zulässig, wenn diese in spezialgesetzlichen Regelungen ausdrücklich normiert ist, wie dies z.B. bei Inanspruchnahme der Elternzeit (§ 17 Abs. 1 S. 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) der Fall ist.

**Konsequenzen für die Praxis:** Unabhängig davon, ob die vertraglich vereinbarte, unbezahlte Freistellung eines Mitarbeiters als „Sonderurlaub“ oder „Sabbatical“ bezeichnet wird, können Arbeitgeber den gesetzlichen Mindesturlaub zukünftig

für diese Zeiträume nicht wirksam kürzen. Es ist außerdem davon auszugehen, dass diese Rechtsprechung nicht nur für vertraglich vereinbarten Sonderurlaub, sondern auch dann gilt, wenn das Arbeitsverhältnis z. B. während des befristeten Bezuges einer Erwerbsminderungsrente ruht.

**Praxistipp:** Sofern Arbeitnehmer den Wunsch äußern, ihnen unbezahlten Sonderurlaub zu bewilligen, sollte der Arbeitgeber darauf hinwirken, dass dem Mitarbeiter vor Beginn dieses Sonderurlaubs der noch ausstehende (bezahlte) Jahresurlaub gewährt wird. Hierdurch können unliebsame Überraschungen nach Beendigung des Sonderurlaubs vermieden werden. Da die zwingenden Vorschriften des BUrlG außerdem nur für den gesetzlichen Mindesturlaub gelten, kann vertraglich die Kürzung des über den gesetzlichen Urlaub hinausgehenden Mehrurlaubs während derartiger Auszeiten vereinbart werden. Dies ist weiterhin zulässig.

*Inka Adam, Rechtsanwältin und Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-  
gesellschaft mbH, Frankfurt am Main*

### BAG: Anspruch einer Krankenschwester, nicht für Nachschichten eingeteilt zu werden

*Bundesarbeitsgericht vom 9. April 2014 –  
10 AZR 637/13*

**Sachverhalt:** Die Arbeitgeberin betreibt ein Krankenhaus mit ca. 2.000 Mitarbeitern. Die Arbeitnehmerin ist dort als Krankenschwester tätig. Arbeitsvertraglich ist sie im Rahmen betrieblicher Notwendigkeiten zur Leistung von Wechsel- schicht- und Schichtarbeit verpflichtet. Nach einer Betriebsvereinbarung ist möglichst eine gleichmäßige Planung unter anderem in Bezug auf die Schichtfolgen der Beschäftigten anzustreben. Die Krankenschwestern arbeiten im Schichtdienst mit Nachschichten. Die Arbeitnehmerin ist aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, Nachdienste zu leisten, weil sie medikamentös mit Mitteln behandelt wird, die zum Einschlafen führen können. Nach einer betriebsärztlichen Un-

tersuchung schickte der Pflegedirektor die Arbeitnehmerin mit der Begründung nach Hause, dass sie wegen ihrer Nachtdienstuntauglichkeit arbeitsunfähig krank sei. Die Mitarbeiterin bot demgegenüber ihre Arbeitsleistung – mit Ausnahme von Nachtdiensten – ausdrücklich an, wurde jedoch nicht beschäftigt. Daraufhin machte sie gerichtlich ihren Beschäftigungsanspruch und Annahmeverzugslohn geltend.

**Die Entscheidung:** Das BAG gab der Klage auf Beschäftigung und Vergütungszahlung für die Zeit der Nichtbeschäftigung statt. Das Gericht ist der Auffassung, dass die Arbeitnehmerin weder arbeitsunfähig krank noch ihr die Arbeitsleistung unmöglich geworden ist. Von der Arbeitsunfähigkeit würden die Fälle nicht erfasst, in denen der Arbeitnehmer eine volle Arbeitsleistung erbringen kann und lediglich gehindert sei, eine untergeordnete Tätigkeitsfacette seiner Arbeitsleistung zu erbringen. Die Mitarbeiterin könne alle vertraglich geschuldeten Tätigkeiten einer Krankenschwester ausführen. Die Arbeitgeberin müsse bei der Schichteinteilung auf das gesundheitliche Defizit der Arbeitnehmerin Rücksicht nehmen. Die Vergütung stehe ihr unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu, weil sie die Arbeit ordnungsgemäß angeboten habe und die Arbeitgeberin erklärt hatte, sie werde die Leistung überhaupt nicht annehmen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Die Entscheidung ist für alle Unternehmen mit Schichtdiensten von erheblicher Bedeutung. Für die Frage, ob ein Arbeitnehmer aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen arbeitsunfähig ist oder ob er mit Ausnahme bestimmter Schichten zu beschäftigen ist, kommt es maßgeblich auf die individuell vereinbarte Arbeitsleistung an. Je enger sie vor allem in zeitlicher Hinsicht vertraglich festgelegt ist, desto eher wird man bei Einschränkungen des Arbeitnehmers von einer „vollständigen“ Arbeitsunfähigkeit ausgehen können, die bei längerer Dauer auch zu einer Kündigung berechtigen kann. Neben der vertraglichen Gestaltung im Einzelfall ist auch von Bedeutung, inwieweit eine Umorganisation des Schichtbetriebs für den jeweiligen Arbeitgeber zumutbar ist. Hierbei spielt insbesondere die Größe des Betriebs eine entscheidende Rolle.

**Praxistipp:** Unternehmen mit Schichtdiensten sollten bei der Vertragsgestaltung darauf achten, die zeitliche Lage der Tätigkeit möglichst genau zu definieren und z. B. die Ableistung von Nachschichten als zwingend erforderlichen Bestandteil der vereinbarten Tätigkeit festzulegen.

*Nadine Radbruch, Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

## BAG: Kündigung bei Alkoholsucht

*Bundesarbeitsgericht vom 20. März 2014 – 2 AZR 565/12*

**Sachverhalt:** Ein Arbeitnehmer, der für Materialentsorgung zuständig war und dabei immer wieder öffentliche Straßen befahren musste, hatte seit längerem alkoholbedingte Probleme. Er war bereits wegen Missachtung des betrieblichen Alkoholverbots abgemahnt worden und wies bei freiwilligen Tests mehrfach erhöhte Promillewerte auf. Trotz der länger anhaltenden Probleme zeigte sich der Arbeitnehmer nicht therapiewillig. Eine Entzugskur brach er ab. Nachdem er auch noch einen Unfall verursacht hatte und später bei einer Kontrolle keine gültige Fahrerlaubnis vorlegen konnte, kündigte der Arbeitgeber wegen der Alkoholabhängigkeit ordentlich aus personenbedingten Gründen.

**Die Entscheidung:** Das BAG kam zum Ergebnis, dass der Arbeitnehmer wegen seiner Alkoholkrankheit auf Dauer nicht in der Lage war, seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen. Die Kündigung war daher wegen Krankheit gerechtfertigt. Der Arbeitnehmer war alkoholkrank und therapieunwillig, was insgesamt zu einer negativen Gesundheitsprognose führt. Nur wenn die Prognose negativ ist, kann krankheitsbedingt gekündigt werden. Bei Therapieunwilligkeit ist keine alsbaldige Besserung zu erwarten. Die weitere Kündigungs voraussetzung, dass die betrieblichen Interessen erheblich beeinträchtigt wurden, war ebenfalls erfüllt. Die Beeinträchtigung konnte auch nur durch Kündigung beendet werden, denn die alkoholbedingten Ausfälle hätten an anderen Arbeitsplätzen

ebenso für Störungen gesorgt. Die wesentliche Störung lag dabei nicht in den erheblichen Fehlzeiten, sondern darin, dass der Mitarbeiter bei so genannter „gefährgeneigter Tätigkeit“ wie hier nicht eingesetzt werden kann, weil dies gegen Unfallverhütungsvorschriften verstößen würde. Wegen der Alkoholkrankheit konnte der Arbeitnehmer also generell nicht mehr beschäftigt werden. Damit überwog das Interesse des Arbeitgebers an einer Beendigung gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers am Bestand seines Arbeitsverhältnisses, zumal der Arbeitgeber dem Betroffenen ausreichend Bewährungschancen eingeräumt hatte.

**Konsequenzen für die Praxis:** Bereits die Gefahr alkoholbedingter Ausfallerscheinungen kann ausreichen, um eine unzumutbare Beeinträchtigung betrieblicher Interessen zu begründen. Bei alkoholbedingten Störungen sollte daher jeweils eine genaue Prüfung des Gefährdungspotentials erfolgen. Wenn die Arbeitsaufgaben so gefährneigt sind, dass der Mitarbeiter mit Alkoholproblemen faktisch nicht mehr einsetzbar ist, kommt auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht.

**Praxistipp:** Ist Alkohol im Spiel, kann das Arbeitsverhältnis durch zwei Effekte erheblich gestört werden: Entweder, es liegt wie hier eine Alkoholkrankheit vor, also ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Störungsgrund, oder es geht um ein Fehlverhalten im Zusammenhang mit Alkohol, also einen im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Störungsgrund. Je nachdem bestimmen sich die Voraussetzungen einer etwaigen Kündigung, da unterschiedliche Maßstäbe gelten. Bei einer Krankheit sollte zunächst über ein innerbetriebliches Verfahren – das sog. Betriebliche Eingliederungsmanagement – nach Möglichkeiten gesucht werden, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen und ggf. die Arbeitsbedingungen an die gesundheitlichen Einschränkungen anzupassen. Steht hingegen ein Fehlverhalten im Vordergrund, ist zunächst eine Abmahnung erforderlich, weil eine verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig erst nach einer erfolglosen Abmahnung in Betracht kommt. Ist sich der Arbeitgeber bei Vorfällen im Zusammenhang mit Alkoholmissbrauch unsicher, ob bereits die Schwelle zur

Krankheit überschritten ist, sollten vorsorglich beide Optionen vorbereitet werden.

*Dr. Franziska von Kummer, M.C.L., Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, Dipl.-Kffr., Dipl.-Vw., BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, Berlin*

### BAG: Keine Sonderregeln für Betriebsratsmitglieder bei sachgrundlos befristetem Arbeitsvertrag

*Bundesarbeitsgericht vom 25. Juni 2014 – 7 AZR 847/12*

**Sachverhalt:** Die Arbeitnehmerin war als Chemicolaborantin sachgrundlos befristet eingestellt worden. Während der Laufzeit dieser ersten Befristung wurde die Mitarbeiterin in den Betriebsrat gewählt. Vor Ablauf der Befristung wurde formal ordnungsgemäß ein weiterer befristeter Vertrag abgeschlossen. Vor dessen Auslaufen erhob die Mitarbeiterin Entfristungsklage und beantragte u. a. festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der letzten Befristung beendet sei, sondern als unbefristetes Arbeitsverhältnis fortbestehe. Die Mitarbeiterin vertrat die Ansicht, dass die Befristung mit ihr als Betriebsratsmitglied unwirksam sei, weil sich insbesondere aus europarechtlichen Gründen kein Rechtfertigungsgrund für die Befristung ergäbe. Sie verwies u. a. auf Artikel 7 der Richtlinie 2002/14/EG, wonach die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass die Arbeitnehmervertreter bei der Ausübung ihrer Funktion einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten genießen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen.

**Die Entscheidung:** In der Pressemitteilung, die es bislang dazu gibt, klingt an, dass das BAG seine Argumentation aus einer früheren Entscheidung wiederholen wird, nach der dem europarechtlich gebotenen Schutz eines Betriebsratsmitglieds vor einer im Zusammenhang mit einer Befristung stehenden Benachteiligung durch die nationale Regelung des § 78 Satz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) ausreichend

Rechnung getragen werden kann. Danach dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Eine Benachteiligung in diesem Sinne ist jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht aus sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht. Dabei genügt nach ständiger Rechtsprechung die objektive Schlechterstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern. Klargestellt wird, dass die Beweislast für eine Benachteiligung beim Betriebsratsmitglied liegt. Legt es Indizien dafür dar, dass wegen seiner Betriebsratsmitgliedschaft lediglich ein befristetes statt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses angeboten wurde oder beim Auslaufen dieses befristeten Vertrages der Abschluss eines weiteren befristeten oder unbefristeten Folgevertrages verweigert wurde, muss sich der Arbeitgeber hierauf konkret einlassen und die Indizien entkräften.

**Konsequenzen für die Praxis:** Der aktuell entschiedene Fall ist besonders interessant, weil anders als in früheren – auch instanzrechtlichen – Entscheidungen die Mitgliedschaft zum Betriebsratssremium bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des (letzten) befristeten Arbeitsvertrages bestand. Festzuhalten ist, dass ein (weiterer) befristeter Vertrag auch mit einem amtierenden Mitglied des Betriebsrates bei Beachtung der Formvorschriften wirksam abgeschlossen werden kann, ohne dass eine Benachteiligung im Sinne des § 78 Satz 2 BetrVG vorliegt. Eine Verlängerungsnotwendigkeit, sei es in Form eines weiteren befristeten oder unbefristeten Vertrages, besteht grundsätzlich nicht. Allerdings kann sich eine Benachteiligung ergeben, beispielsweise, wenn alle vergleichbar beschäftigten Arbeitnehmer einen Anschlussvertrag erhalten, nur das Betriebsratsmitglied nicht. Letztlich stärkt das BAG die Position der Arbeitgeber, weil die Beweislast für eine unzulässige Benachteiligung zunächst beim Betriebsratsmitglied liegt. Die Urteile der letzten Jahre zeigen aber, dass dieser Nachweis häufig schwierig ist.

Markus Künzel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

## BAG: Fehlerhafte Ladung zur Betriebsratssitzung – Zulässigkeit von Torkontrollen

*Bundesarbeitsgericht vom 15. April 2014 – 1 ABR 2/13*

**Sachverhalt:** Arbeitgeber und Betriebsrat stritten über die Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung. Der Betriebsratsvorsitzende hatte die Betriebsratsmitglieder ohne Beifügung einer Tagesordnung zu einer Betriebsratssitzung eingeladen, in der über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zu Torkontrollen beraten und abgestimmt wurde. An dieser Sitzung nahmen nur 16 von 19 Betriebsratsmitgliedern teil. Die Betriebsvereinbarung regelte die Kontrolle der Arbeitnehmer beim Verlassen des Betriebsgeländes, die jeweils ohne konkreten Tatverdacht durch einen Zufallsgenerator ausgewählt wurden. Die Kontrolle bezog sich auf die Durchsicht mitgeführter Behältnisse, Jacken- und Manteltaschen. In begründeten Verdachtsfällen durften Mitarbeiter aufgefordert werden, sämtliche Kleidertaschen (Hosen und Kleider) zu leeren. Über die durchgeführte Kontrolle war ein Protokoll als Nachweis für die Durchführung sowie hinsichtlich etwaig beschlagnahmter Gegenstände anzufertigen. Anlass war der Umstand, dass innerhalb eines Jahres Waren im Wert von ca. EUR 250.000 entwendet worden waren.

**Die Entscheidung:** Das BAG hat festgestellt, dass die Mitteilung der Tagesordnung in der Ladung zur Betriebsratssitzung wesentlich für die Wirksamkeit eines in der Sitzung gefassten Betriebsratsbeschlusses ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung konnte die fehlende Aufnahme eines Tagesordnungspunktes oder das Fehlen einer Tagesordnung in der Ladung zur Betriebsratssitzung nur noch dann „heilt“ werden, wenn der vollständig versammelte Betriebsrat einstimmig die Ergänzung oder Aufstellung der Tagesordnung beschloss. An dieser Rechtsprechung hält das BAG nicht mehr fest. Dem Schutz der Willensbildung des Betriebsrats werde schon dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass die Ergänzung oder Aufstellung der Tagesordnung einstimmig erfolgen muss. Der Anwesenheit aller Mitglieder bedarf es dagegen nicht. Es kommt für die Heilung des wegen der fehlenden Tages-

ordnung verfahrensfehlerhaften Betriebsratsbeschlusses nun nur noch darauf an, dass alle Mitglieder rechtzeitig zur Sitzung geladen wurden und die beschlussfähig Erschienenen einstimmig über die Ergänzung oder Aufstellung der Tagesordnung beschließen. Beschlussfähigkeit liegt bereits dann vor, wenn mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt. Mit dieser Begründung stellte das BAG hier fest, dass die Betriebsvereinbarung Torkontrolle formell wirksam zustande gekommen war.

Auch inhaltlich beanstandete das BAG die Betriebsvereinbarung zur Torkontrolle nicht. In einer Betriebsvereinbarung könne bestimmt werden, dass Arbeitnehmer, die über einen Zufallsgenerator ausgewählt werden, beim Verlassen des Betriebsgeländes kontrolliert werden. Dies jedenfalls dann, wenn die Torkontrollen erforderlich sind, um das Eigentum des Arbeitgebers zu schützen. Einen Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz wegen der Protokollierung der Kontrollen verneinte das Gericht mit Verweis auf die Existenz der Betriebsvereinbarung.

**Konsequenzen für die Praxis:** Das BAG hat seine bisherige strenge Leitlinie zur fehlerhaften Ladung und der Möglichkeit der Heilung formeller Mängel abgemildert. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil Verstöße des Betriebsrats gegen Verfahrensvorschriften immer auch Gefahren für den Arbeitgeber bergen, der als Unbeteiligter regelmäßig keine Kenntnis der Fakten rund um die Betriebsratssitzung und Beschlussfassung hat. Das kann letztlich dazu führen, dass sich eine Beschlussfassung im Nachhinein – mit ggf. fatalen Folgen – als unwirksam erweist. Inhaltlich ist die Entscheidung deshalb von Bedeutung, weil die Zulässigkeit von Torkontrollen festgestellt wird, wenn die zu kontrollierenden Arbeitnehmer schlicht durch einen Zufallsgenerator ausgewählt werden, ohne dass ein konkreter Tatverdacht vorliegen muss. Es ist aber darauf zu achten, dass die inhaltliche Ausgestaltung einer entsprechenden Betriebsvereinbarung, d. h. vor allem das „Wie“, aber auch das „Wo“ der Kontrolle, den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ wahrt.

Doreen Methfessel, Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, Düsseldorf

## OLG Hamburg: Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Berechnung der Schwellenwerte für die unternehmerische Mitbestimmung?

Oberlandesgericht Hamburg vom 31. Januar 2014 – 11 W 89/13

**Sachverhalt:** Die Parteien stritten über die Besetzung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft (AG). Der Aufsichtsrat war bisher paritätisch aus je sechs Mitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zusammengesetzt, da die Voraussetzungen des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) vorlagen (u. a. in der Regel mehr als 2.000 beschäftigte Arbeitnehmer). Die AG machte bekannt, dass sie mittlerweile weniger als 2.000 Arbeitnehmer beschäftige und deshalb der Aufsichtsrat nicht mehr gesetzmäßig zusammengesetzt sei. Die Arbeitnehmerseite behauptet, für diesen Schwellenwert seien auch 139 Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wodurch man auf insgesamt 2.062 Arbeitnehmer komme, und beantragte die gerichtliche Entscheidung über die rechtmäßige Zusammensetzung des Aufsichtsrats.

**Die Entscheidung:** Das OLG Hamburg entschied, dass Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten des MitbestG (2.000 Arbeitnehmer) und des DrittelpG (500 Arbeitnehmer) beim Entleiher nicht zu berücksichtigen sind. Es fehle u. a. an Arbeitsverhältnissen mit dem Entleiher, in dessen Betrieb die Leiharbeitnehmer eingesetzt und eingegliedert sind. Das OLG Hamburg ist damit einer von BEITEN BURKHARDT bereits zuvor vertretenen Auffassung gefolgt (Künzel / Schmid, NZA 2013, S. 300 ff.). Die unternehmerische Mitbestimmung habe u. a. die Aufgabe, die fremde Leitungs- und Organisationsgewalt an den unternehmerischen Entscheidungen durch Mitwirkung der Arbeitnehmer zu mildern. Aufgrund der unterschiedlichen Betroffenheit zwischen eigenen und Leiharbeitnehmern rechtfertige dieser Zweck jedoch keine Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung des Entleihers. Das vom Aufsichtsrat zu wahrnehmende mittel- und langfristige Gesellschaftsin-

teresse sei für vorübergehend eingesetzte Leiharbeitnehmer von wesentlich geringerer Bedeutung als für die Stammbeschriftung, da sie zum Verleiher zurückkehren.

**Konsequenzen für die Praxis:** Gegen die Entscheidung des OLG Hamburg wurde Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof (BGH) eingereicht (Az. II ZB 7/14). Diese Entscheidung wird mit Spannung erwartet. Seit der jüngsten Rechtsprechungsänderung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten im Betriebsverfassungsrecht (§ 9 BetrVG, § 111 BetrVG) und beim Kündigungsschutzgesetz (§ 23 KSchG) ist die Frage der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten des MitbestG und des DrittelpG in der letzten Zeit höchststrittig nicht entschieden worden.

**Praxistipp:** Nach der bisherigen Rechtsprechung zählen Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten des MitbestG und des DrittelpG nicht mit. Auch im Koalitionsvertrag ist – im Gegensatz zu den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten – keine gesetzliche Regelung geplant, dass Leiharbeitnehmer bei der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sind. Aufgrund der Tendenzen des BAG und den Ansätzen in der Politik besteht – trotz guter Gegenargumente – die „Gefahr“, dass Leiharbeitnehmer auch bei der Unternehmensmitbestimmung berücksichtigt werden müssen. Um einer etwaigen ungünstigen Entscheidung des BGH oder des BAG und einer etwaigen Diskussion über die Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer beim mitbestimmten Aufsichtsrat vorzubeugen, sollten sich Unternehmen rechtzeitig Gedanken über die tatsächliche Anzahl ihrer Arbeitnehmer machen. „Vermeidungsstrategien“, wie der Wechsel der Rechtsform, die Unterschreitung der Schwellenwerte, die Sitzverlagerung oder die grenzüberschreitende Verschmelzung sind jedenfalls nicht unzulässig, soweit sachliche oder vernünftige Gründe die Änderung (auch) rechtfertigen.

Dr. Erik Schmid, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

## BFH: Arbeitnehmer bei entferntem Dienstort oder Auslandsentsendung können aufatmen

Bundesfinanzhof vom 20. März 2014 – VI R 74/13 und vom 10. April 2014 – VI R 11/13

**Sachverhalte:** Der Arbeitgeber setzte den Arbeitnehmer A befristet für zwei Jahre auf einer Tunnelgroßbaustelle über 200 km von dessen Wohnort entfernt ein.

Der Kläger B wurde von seinem Arbeitgeber zunächst für drei und insgesamt für fünf Jahre nach Brasilien entsandt. Nach dem Entsendevertrag schloss der Kläger B mit der Auslandstochter einen befristeten Arbeitsvertrag und nahm seine Familie mit. Da die Kinder in Brasilien eine deutsche Schule besuchten, nutzte der Kläger B die Wohnung in Deutschland nur insgesamt max. drei Wochen im Jahr.

Mit den Klagen begehrten die Arbeitnehmer jeden steuerlichen Werbungskostenabzug für Fahrtkosten sowie Mitarbeiter B auch für Übernachtungskosten in Brasilien jeweils als Reisekosten.

**Die Entscheidungen:** Mit seinen Urteilen hilft der Bundesfinanzhof (BFH) den Arbeitnehmern, indem er den Begriff der „regelmäßigen Arbeitsstätte“ eng auslegt. Bei einer regelmäßigen Arbeitsstätte wäre nur die Entfernungspauschale von EUR 0,30 je Kilometer abzugsfähig. Nach BFH kommen jedoch mangels regelmäßiger Arbeitsstätte die Grundsätze des Reisekostenrechts zur Anwendung. Damit sind steuerlich die tatsächlichen Fahrt- und Reisekosten als Werbungskosten abzugsfähig.

Im Fall der Großbaustelle verneint der BFH eine regelmäßige Arbeitsstätte generell, da Bauausführungen oder Montagen keinen dauerhaften, sondern typischerweise einen vorübergehenden Tätigkeitsort begründen. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Arbeitnehmer die Baustelle fortlaufend und immer wieder aufsucht. Denn die (Groß-) Baustelle wird auch nicht durch Zeitablauf von zwei Jahren zu einer regelmäßigen Arbeitsstätte.

Im Fall der Entsendung nach Brasilien hat der BFH allgemein gültig festgestellt, dass eine Aus-

wärtätigkeit und damit eine Dienstreise vorliegt, wenn der Arbeitnehmer außerhalb seiner Wohnung und seiner regelmäßigen Arbeitsstätte beruflich tätig wird. Dies ist nach dem Gericht u. a. der Fall, wenn der Arbeitnehmer für drei Jahre befristet oder wiederholt im Wege der „Kettenabordnung“ an einem anderen Tätigkeitsort des Arbeitgebers eingesetzt wird. Der Bezug einer Unterkunft am Ort der Auswärtstätigkeit begründet auch keine doppelte Haushaltsführung. Wird der Arbeitnehmer bei seiner Auswärtstätigkeit von der Familie begleitet, sind Aufwendungen für Übernachtungen jedoch nur anteilig als Werbungskosten zu berücksichtigen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Für Arbeitnehmer, die projektbezogen oder befristet für längere Zeit einen anderen Tätigkeitsort oder sogar einen Tätigkeitsort im Ausland aufsuchen müssen, bringen die aktuellen Entscheidungen des BFH Rechtssicherheit und eine wesentliche praktische Verbesserung. Durch die enge Auslegung des Begriffs der „regelmäßigen Arbeitsstätte“ stellt das Gericht klar, dass in vielen Fällen befristeter Tätigkeit an einem anderen Einsatzort – sei es eine Großbaustelle, sei es im Ausland – die insgesamt wesentlich großzügigeren Abzugsregelungen des Reisekostenrechts zur Anwendung kommen. Dies gilt zum einen für die Fahrkosten, die nach dem tatsächlichen Aufwand und nicht nur nach der Entfernungspauschale als Werbungskosten abzugsfähig sind. Zum anderen gilt dies auch für Übernachtungskosten, die ebenfalls nach dem tatsächlichen Aufwand abzugsfähig sind, weil bei zeitlich befristetem Einsatz grundsätzlich auch keine sog. doppelte Haushaltsführung begründet wird. Hier gilt jedoch der Wermutstropfen, dass lediglich ein anteiliger Kostenabzug möglich ist, wenn der Arbeitnehmer Familienangehörige mitnimmt. Höhere Kosten gelten dann als privat veranlasst, so dass eine Aufteilung notwendig ist.

**Praxistipp:** Im Fall eines längeren Einsatzes außerhalb des Wohnsitzes bzw. als „Expatriates“ im Ausland ist insbesondere Folgendes beachten:

- Die Vereinbarung der Tätigkeit an einem entfernt liegenden Tätigkeitsort hat direkt mit dem Arbeitgeber zu erfolgen. Ein befristeter Vertrag beispielsweise direkt mit der ausländischen Tochtergesellschaft ist zwar möglich; wesentlich ist jedoch die Fortführung des bisherigen Arbeitsvertrags bzw. die Regelung mit dem (Haupt-)Arbeitgeber.
- Bei einer Befristung der Tätigkeit an einem entfernt liegenden Tätigkeitsort oder einer Entsendung ins Ausland sollte ein Zeitraum von maximal drei Jahren vereinbart werden.
- Bei einer Tätigkeit an einem anderen Tätigkeitsort von möglicherweise mehr als drei Jahren sollte dies im Wege sog. „Kettenabordnungen“ geregelt werden.

*Dr. Michael Hils, Rechtsanwalt, Steuerberater und Fachanwalt für Steuerrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

### Jetzt anmelden für unsere Webinarreihe „Fit für das Lohnbüro 2015“

In vier Terminen informieren Sie unsere Experten zu den wichtigsten Lohnbüro-Themen für 2015.

[>>> Mehr Info und Anmeldung](#)

**3.2.2015**, 10.00-12.30 Uhr:  
Rechtliche Neuerungen im Lohnsteuer-Sozialversicherungsrecht 2015, Referenten: Hr. Borth, Fr.Quick

**4.3.2015**, 10.00-12.00 Uhr:  
Geringfügige Beschäftigungen – Rechtssicherer Umgang mit Aushilfsarbeitsverhältnissen, Referent: Hr.Borth

**6.5.2015**, 10.00-12.00 Uhr:  
Melderecht: komplexe Sachverhalte richtig beurteilen,  
Referent: Hr. Borth

**10.6.2015**, 10.00-12.00 Uhr:  
Aktuelle Fragen zur Reisekostenreform,  
Referent: Hr. Janitzky

