

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

**BEITEN BURKHARDT**  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

## Inhalt:

Kurzmeldungen .....	Seite 1
Rechtsprechung .....	Seite 2
Im Blickpunkt .....	Seite 5

### Kurzmeldungen

## Neues zur Rentenversicherungspflicht von Syndikusanwältinnen

Mitte Dezember hat die Deutsche Rentenversicherung (DRV) eine Stellungnahme dazu veröffentlicht, was zukünftig für die Rentenversicherungspflicht von Syndici gelten soll. Das Bundessozialgericht hatte entschieden, dass Syndici generell nicht von der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht befreit werden können. Lange war unklar, was das für nicht befreite Syndici bedeutet, die in das Versorgungswerk für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Beiträge einbezahlt haben, nicht aber an die DRV. Die Befürchtung, dass es zu umfangreichen Beitragsnachforderungen der DRV kommen würde, bestätigte sich nicht. Allerdings ist die DRV nur bereit, auf Nachforderungen zu verzichten, wenn die Betroffenen (rückwirkend) zum 1. Januar 2015 zur DRV umgemeldet werden. Nur wer einen Befreiungsbescheid aufweist, der für die aktuelle Tätigkeit erlassen bzw. bestätigt wurde oder wer Jahrgang 1956 und älter ist, genießt Bestandschutz. Nach allgemeinen Vertrauensschutzwägungen hätte aber nach hier vertretener Auffassung einer deutlich größeren Gruppe Bestandsschutz zuerkannt werden müssen. Für viele Betroffene empfiehlt sich daher ein Antrag auf Feststellung der Fortgeltung eines Altbescheids. Alle rechtsanwältlich tätigen Betroffenen sollten vorsorglich einen neuen Befreiungsantrag stellen, damit eine etwaige Korrektur rückwirkend zum 1. Januar 2015 erfolgen kann, sobald die be-

reits vom Bundesjustizministerium angekündigte Gesetzesänderung kommt.

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

## „Bürokratischer Irrsinn in Absurdistan“

Fast unbemerkt von der Öffentlichkeit hat die Bundesregierung neue Regelungen zum Arbeitsschutz auf den Weg gebracht. Die geplante Reform sieht unter anderem zwingend Fenster für Pausen und Bereitschaftsräume vor. Aber auch abschließbare Spinde für alle Mitarbeiter, und zwar unabhängig von ihrer Tätigkeit, sowie eine Verantwortung des Arbeitgebers für die Ausgestaltung von Telearbeitsplätzen im häuslichen Bereich könnten zukünftig Pflicht sein. All dies stellt Arbeitgeber vor massive bürokratische sowie bauliche Probleme und überfordert insbesondere kleine und mittelständige Unternehmen. Nachdem die neuen Regelungen von Arbeitgeberpräsident Ingo Kramer als „Bürokratischer Irrsinn in Absurdistan“ massiv kritisiert worden sind und selbst CSU-Chef Horst Seehofer von einem „dicken Fehler“ gesprochen hat, zeigt sich Bundesarbeitsministerin Andrea Nahles gesprächsbereit. Zwar will sie die geplanten Änderungen unverändert beschließen, bietet aber an, direkt im Anschluss für Gespräche über eine gemeinsame Änderungsverordnung bereitzustehen. Das gibt der Praxis jedoch Steine statt Brot. Denn in diesem Fall wären die neuen Änderungen zunächst einmal in Kraft. Arbeitnehmer und Betriebsräte könnten also Ansprüche anmelden und auch die Bußgeldvorschriften würden bei Verstoß gegen die Neuregelungen zur Anwendung gelangen. Ob und wie schnell eine nochmalige Änderung Abhilfe schaffen würde, ist mehr als fraglich. Wir werden Sie weiter informieren.

Sebastian Bölinger, Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

**Hinweis:** Nach Redaktionsschluss haben die Medien darüber berichtet, dass die erwähnten Regelungen gestoppt worden seien. Auf Nachfrage der Redaktion hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mitgeteilt, dass im Koalitionsausschuss vereinbart worden sei, dass dazu innerhalb der Koalition weitere Gespräche stattfinden würden. Andere offizielle oder inoffizielle Vereinbarungen seien dem Ministerium nicht bekannt. Die weitere Entwicklung war zum Zeitfenster der Veröffentlichung dieser Publikation (26. Februar 2015) offen.

## BAG verbietet Urlaubskürzung nach Wechsel in Teilzeit

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einer aktuellen Entscheidung vom 10. Februar 2015 der bisher praktizierten Kürzung von Resturlaub bei Wechsel in Teilzeit unter Reduzierung der Wochenarbeitsstage eine Absage erteilt (9 AZR 53/14). Es ist damit einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Juni 2013 gefolgt (C-415/12). Die Entscheidung des BAG hat erhebliche praktische Auswirkungen. Arbeitgeber müssen sich darauf einstellen, dass in Teilzeit gewechselte oder nach Elternzeit wiederkehrende Mitarbeiter bis zum Verbrauch des Resturlaubs über erhebliche Zeiträume nicht zur Verfügung stehen. Arbeitgeber sollten daher folgende Empfehlungen beherzigen: Sie sollten auf den Verbrauch des Resturlaubs vor einem Wechsel in Teilzeit hinwirken. Soweit Urlaub zum Jahreswechsel verfällt, sollte der Jahreswechsel auch als Zeitpunkt für den Wechsel von Voll- in Teilzeit genutzt werden. Soll die Arbeitszeit reduziert werden, ist im Hinblick auf Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber das günstigere Modell, die Zahl der Arbeitstage pro Woche beizubehalten und nur die tägliche Arbeitszeit zu verkürzen.

Anne Praß, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

## Rechtsprechung

### EuGH: Adipositas („Fettleibigkeit“) kann Behinderung im Sinne des AGG sein

Europäischer Gerichtshof vom 18. Dezember 2014 – C-354/13

**Sachverhalt:** Ein Arbeitnehmer war über 15 Jahre als Tagesvater bei einer dänischen Kommune beschäftigt. Während seiner gesamten Beschäftigungszeit war er „adipös“ im Sinne der Definition der Weltgesundheitsorganisation. Hiernach spricht man von Adipositas bei einem Body-Mass-Index von über 30. Er unternahm Versuche, Gewicht zu verlieren, die auch finanziell von seinem Arbeitgeber unterstützt wurden. Allerdings nahm der Mitarbeiter immer wieder zu. Er wurde 2010 vor dem Hintergrund eines Rückgangs der zu betreuenden Kinderzahl entlassen – als einziger der Tagesbetreuer. Aus welchen Gründen gerade ihm gekündigt wurde, blieb aber unklar. Vor Ausspruch der Kündigung fand ein Gespräch statt, bei dem die Fettleibigkeit zur Sprache kam. Im Prozess streitig blieb aber, ob die Fettleibigkeit als Grund für die Entlassung genannt wurde. Das dänische Gericht, das über den Kündigungsschutzprozess zu entscheiden hatte, legte den Sachverhalt dem EuGH vor, um zu klären, ob das Unionsrecht ein eigenständiges Verbot der Diskriminierung wegen Adipositas enthält. Außerdem stellte es die Frage, ob die Adipositas eine Behinderung sein kann.

**Die Entscheidung:** Der EuGH entschied, dass es kein allgemeines Verbot der Diskriminierung wegen Adipositas im Unionsrecht gibt. Sie kann aber eine „Behinderung“ im Sinne der Richtlinie für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf darstellen, wenn sie für den Arbeitnehmer eine Einschränkung mit sich bringt, die u. a. auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen von Dauer zurückzuführen ist.

**Konsequenzen für die Praxis:** Nach diesem Urteil kann die Adipositas eines Arbeitnehmers eine Behinderung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) darstellen. Folge ist,

dass Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot drohen. Eine „Behinderung“ liegt nach dem Urteil des EuGH aber nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben gehindert ist. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn dem Betroffenen aufgrund eingeschränkter Mobilität die Verrichtung seiner Arbeit erschwert ist oder das Auftreten von Krankheitsbildern ihn bei der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit beeinträchtigt. Unerheblich ist jedoch, ob der Betroffene zum Auftreten seiner „Behinderung“ selbst beigetragen hat.

**Praxistipp:** Nicht jeder übergewichtige Mitarbeiter kann sich auf das Diskriminierungsverbot berufen. Das ist allenfalls dann möglich, wenn die Fettleibigkeit den Grad einer Behinderung erreicht hat. Das Diskriminierungsverbot ist dabei nicht nur bei dem Ausspruch einer Kündigung, sondern beispielsweise auch bei der Ablehnung eines Bewerbers oder einer unterlassenen Beförderung aufgrund von Fettleibigkeit zu beachten. Die Folgen des Urteils wirken sich insbesondere dann aus, wenn Indizien für eine Diskriminierung wegen Adipositas vorliegen. Denn dann muss der Arbeitgeber beweisen, dass die Fettleibigkeit des Arbeitnehmers nicht der Anlass für eine diesen benachteiligende Entscheidung war.

*Lisa Kimmig, Rechtsanwältin, BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

## **BAG: Nach Betriebszugehörigkeit gestaffelte gesetzliche Kündigungsfristen sind nicht diskriminierend**

*Bundesarbeitsgericht vom 18. September 2014 –  
6 AZR 639/13*

**Sachverhalt:** Einer zum Zeitpunkt des Arbeitsantritts 25-jährigen Mitarbeiterin wurde nach gut drei Jahren Betriebszugehörigkeit unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt. Sie klagte dagegen und rügte u. a. die Verletzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie, weil aus ihrer Sicht die nach deutschem Recht vorgesehene Staffelung der Kündigungsfristen nach der Be-

triebszugehörigkeit eine verbotene Altersdiskriminierung darstelle. Nach ihrer Auffassung könnten jüngere Arbeitnehmer keine Betriebszugehörigkeitszeiten von mehr als 10 oder 15 Jahren aufweisen und würden deshalb mittelbar aufgrund ihres Alters diskriminiert. Daher sei für alle Arbeitnehmer unabhängig von Alter und Betriebszugehörigkeit die im Gesetz vorgesehene längstmögliche Kündigungsfrist von sieben Monaten einzuhalten.

**Die Entscheidung:** Das BAG entschied, dass die im deutschen Arbeitsrecht vorgesehene Staffelung der Kündigungsfristen nicht gegen europäisches Recht verstößt. Das Differenzierungsziel der nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelten Kündigungsfristen bestünde darin, den Schutz von länger beschäftigten und damit betriebstreuen Arbeitnehmern bei Kündigungen zu verbessern. Für die Erreichung dieses Ziels sei die von der Beschäftigungsdauer abhängige Staffelung der Kündigungsfristen ein zulässiges Mittel. Die im deutschen Recht für Mitarbeiter mit einer längeren Betriebszugehörigkeit vorgesehene Verlängerung der Kündigungsfrist bevorzuge damit zwar häufig auch ältere Arbeitnehmer, da typischerweise nur diese über lange Betriebszugehörigkeitszeiten verfügen. Dies sei aber in Anbetracht der längeren Betriebstreue und aufgrund von sozialen Erwägungen gerechtfertigt. So benötigten Mitarbeiter mit einer längeren Betriebszugehörigkeit und einem höheren Alter regelmäßig auch mehr Zeit, um eine neue Beschäftigung zu finden.

**Praxistipp:** Die Entscheidung hat zu einem in Kündigungsschutzverfahren häufig thematisierten Problem Stellung genommen und ausdrücklich festgestellt, dass die vom Gesetzgeber gewählte Staffelung der Kündigungsfristen mit europäischem Recht vereinbar ist. Damit können Arbeitgeber weiterhin auf die gelebte Praxis vertrauen, dass Mitarbeiter mit steigender Beschäftigungsdauer auch längere Kündigungsfristen genießen. Allerdings sollte diese Entwicklung weiter beobachtet werden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich der EuGH noch einmal mit dieser Frage befassen wird.

*Dr. Christian Bitsch, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt am Main*

## BAG: Frage des Arbeitgebers nach Gewerkschaftszugehörigkeit kann Koalitionsfreiheit einschränken

*Bundesarbeitsgericht vom 18. November 2014 – 1 AZR 257/13*

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber ist Mitglied eines bayerischen Arbeitgeberverbandes. Dieser schloss im Jahr 2006 mit ver.di und der dbb tarifunion jeweils gleichlautende Tarifverträge „Nahverkehrsbetriebe Bayern“. Nach Kündigung der Tarifverträge gelang ver.di im Oktober 2010 eine Einigung mit dem bayerischen Arbeitgeberverband, wodurch auch eine Tariflohnerhöhung erzielt wurde. Die dbb tarifunion hingegen erklärte ihre Verhandlungen für gescheitert und drohte mit Streikmaßnahmen. Daraufhin forderte der Arbeitgeber die in seinem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer schriftlich auf, in einem Fragebogen mitzuteilen, ob man Mitglied in der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) sei oder nicht. Die GDL ist Mitglied der dbb tarifunion. Die GDL verlangte, es zu unterlassen, die Arbeitnehmer nach einer Mitgliedschaft in der Gewerkschaft zu befragen.

**Die Entscheidung:** Das BAG gab der GDL insofern Recht, als der Einsatz der Fragebögen in der konkreten Situation des Tarifstreits unzulässig sei, da er die grundgesetzlich garantierte Koalitionsfreiheit einschränke. Grund hierfür war im Wesentlichen der Zeitpunkt des Auskunftsverlangens des Arbeitgebers (während einer laufenden Tarifauseinandersetzung mit Streikandrohung). Die geforderte Auskunft verschaffte dem Arbeitgeber genaue Kenntnis vom Umfang des Mitgliederbestands der GDL in seinem Betrieb. Eine solche Befragung ziele nach Art und Weise darauf ab, den Verhandlungsdruck der GDL unter Zuhilfenahme ihrer Mitglieder zu unterlaufen. Damit sei die Koalitionsfreiheit verletzt. Der Arbeitgeber könne sich auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, dass es ihm um die Umsetzung der erzielten Tarifeinigung mit ver.di und die damit ver-

bundene Tariflohnerhöhung für eine ihm unbekannte Zahl seiner Mitarbeiter gegangen sei. Trotz dieser Wertung des BAG wies es die Unterlassungsanträge der GDL ab. Die Anträge waren nicht auf den vorliegenden Sachverhalt beschränkt, sondern beinhalteten jede denkbare Fallgestaltung und waren damit zu weit formuliert. Die grundlegende Frage, ob der Arbeitgeber in einem Betrieb mit mehreren anwendbaren Tarifverträgen ein generelles Fragerecht nach der Gewerkschaftszugehörigkeit besitzt, musste vom BAG somit nicht entschieden werden.

**Konsequenzen für die Praxis:** In Betrieben mit mehreren anwendbaren Tarifverträgen wirft die Frage, welches Tarifentgelt welchem Mitarbeiter zu zahlen ist, besondere Schwierigkeiten auf. Der Arbeitgeber bleibt meist über die Höhe seiner tatsächlichen Zahlungsverpflichtung im Ungewissen. Die Vorinstanz hatte noch entschieden, dass dem Arbeitgeber gerade in solchen Betrieben ein Fragerecht zustehe. Es sei ein sachliches Erfordernis für den Arbeitgeber zu klären, ob Arbeitsbedingungen aus einem mit einer bestimmten Gewerkschaft geschlossenen Tarifvertrag anzuwenden sind. Das BAG jedoch urteilte, dass das Interesse des Arbeitgebers in der konkreten Situation des Tarifstreits unter Streikandrohung nicht überwiege. In einer entschärften Situation ist ein anderes Abwägungsergebnis hingegen auch nach diesem BAG-Urteil denkbar. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Problematik bereits dadurch erledigt, dass das vom Kabinett beschlossene Tarifeinheitsgesetz in Kraft tritt.

**Praxistipp:** Bereits jetzt können Arbeitgeber der Entscheidung entnehmen, wie man „richtig“ nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fragt. Einerseits ist das Fragerecht nur während des laufenden Arbeitsverhältnisses und außerhalb von Tarifverhandlungen denkbar. Außerdem empfiehlt es sich, neutral nach der Zugehörigkeit zu „einer“ Gewerkschaft zu fragen.

*Sarah-Denise van der Walt, LL.M., Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Düsseldorf*

## Im Blickpunkt

### **Mindestlohn schafft gefährliche Unsicherheit**

Die Einführung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) hat erhebliche Unsicherheit verursacht und Risiken für Arbeitgeber begründet. Gemäß § 19 MiLoG kann ein Verstoß gegen das MiLoG neben Bußgeldern auch zum Ausschluss von der Teilnahme an Vergabeverfahren um öffentliche Aufträge führen. In der Praxis stellt sich derzeit die Frage, welche Höhe das monatliche Bruttoentgelt haben muss, um MiLoG-konform zu sein. Die Frage muss sich mittelbar auch für einen Auftraggeber stellen, der Dritte beauftragt, zum Beispiel der Tischler, der zur Erfüllung seines Auftrags aus Zeitgründen einen anderen Tischler beauftragt. Er haftet gemäß § 13 MiLoG in Verbindung mit § 14 des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) wie ein Bürge in Bezug auf die MiLoG-konforme Vergütung der Arbeitnehmer des Dritten, sofern der Dritte zur Erfüllung eigener Verpflichtungen beauftragt wird.

#### **Berechnung der monatlichen Mindestvergütung nach dem MiLoG**

Hier verbirgt sich ein Problem: Sofern eine Abrechnung nach Stunden erfolgt, ist jede Stunde mit einem Stundensatz von 8,50 Euro brutto zu vergüten. Wie aber ist das Mindestentgelt bei vereinbarter Monatsvergütung zu ermitteln? Der Arbeitgeber liest § 1 Absatz 2 MiLoG und erfährt, dass der Bruttostundenlohn mindestens 8,50 Euro je Zeitstunde beträgt. Er liest dann § 2 Absatz 1 MiLoG und stellt fest, dass der Mindestlohn zum Zeitpunkt der vereinbarten Fälligkeit – am Monatsende, spätestens aber am letzten Bankarbeitstag des darauffolgenden Monats – zu zahlen ist. Der Wortlaut dieser Regelungen lässt nur den Schluss zu, dass jede gearbeitete Stunde zum Zeitpunkt der Fälligkeit mit 8,50 Euro brutto zu vergüten ist.

Der Arbeitgeber stellt fest, dass es Monate mit 20 bis 23 Arbeitstagen gibt. Wie berechnet man nun die MiLoG-konforme Grundvergütung? Man

könnte stets den Monat mit 23 Arbeitstagen ansetzen und die regelmäßige Arbeitszeit pro Arbeitstag (z. B. 8 Stunden) mit 8,50 Euro multiplizieren. Das ergäbe ein Bruttoentgelt in Höhe von 1.564,00 Euro. Dies wäre zweifellos MiLoG-konform, würde aber bei vielen Arbeitgebern erhebliche Mehrkosten auslösen. Alternativ könnte man auf geringerer Basis kalkulieren und jeden Monat die Differenz zur tatsächlichen Anzahl an Arbeitstagen ausgleichen, also zum Beispiel bei 21 Arbeitstagen nur 1.428,00 Euro auszahlen. Dies führt jedoch zu einem erheblichen administrativen Aufwand. Der Gesetzeswortlaut lässt in Bezug auf die regelmäßige Arbeitszeit keine Ausnahme zu, sodass danach entweder eine tages- und stundengenaue Abrechnung im Hinblick auf die regelmäßige Arbeitszeit zu erfolgen hat oder aber ein Sicherheitsabstand einzuhalten und die höchste Anzahl an möglichen Arbeitstagen pro Monat der monatlichen Vergütung zugrunde zu legen ist.

### **Neue Stellungnahme des Arbeitsministeriums**

Die Problematik wurde dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) vorgelegt, das überraschend Folgendes hat verlauten lassen: Es bestehe im MiLoG die Regelung des § 2 Absatz 2 Satz 1, wonach eine stundengenaue Abrechnung dann nicht erforderlich sei, wenn der Anspruch auf den Mindestlohn für die geleisteten Arbeitsstunden bereits durch Zahlung des verstetigten Entgelts erfüllt ist. Dieses verstetigte Entgelt sei wie folgt zu berechnen: Bei einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden sollen diese mit 4,33 (durchschnittliche Anzahl der Wochen pro Monat) und anschließend mit 8,50 Euro multipliziert werden, was ein monatliches Entgelt in Höhe von 1.472,20 Euro brutto ergibt, das als verstetigtes Monatsentgelt im Falle einer 40-Stunden-Woche gilt. Das so ermittelte Entgelt ist, zumindest bei Monaten mit 22 und 23 Arbeitstagen à 8 Stunden, deutlich geringer als das am Wortlaut des MiLoG ermittelte Entgelt.

Das Dilemma der Äußerung des BMAS ist, dass sich § 2 Absatz 2 Satz 1 MiLoG nicht auf die re-

regelmäßige vertragliche Arbeitszeit bezieht, sondern auf „die über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehenden“ Arbeitsstunden. Dem Wortlaut der genannten Vorschrift ist keine generelle Regelung zu entnehmen, dass die regelmäßige Arbeitszeit nicht für jeden Monat zum Fälligkeitstermin mit dem Mindestlohn zu vergüten ist. Die Auffassung des BMAS führt bei einer 40-Stunden-Woche in einem Monat mit 23 Arbeitstagen dazu, dass der Arbeitnehmer ein Bruttoentgelt von 1.472,20 Euro erhält, obwohl die geleisteten Stunden einen Anspruch von 1.564,00 Euro brutto begründen würden. Ähnlich frei wie das BMAS wendet auch die Deutsche Rentenversicherung Bund in einer Information vom 30. Dezember 2014 den Gesetzestext an und kreiert hierbei den Begriff „fiktives Arbeitszeitkonto“.

### Konsequenzen für die Praxis

Diese Unklarheiten begründen das Risiko, dass der Arbeitgeber eine Ordnungswidrigkeit begeht. Für bestimmte Unternehmen kann dies darüber hinaus zum Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren führen. Sofern der Methode des BMAS und auch der Deutschen Rentenversicherung Bund gefolgt wird, dürften die genannten Risiken aber gering sein. Von einem fahrlässigen Verstoß gegen das MiLoG kann nicht die Rede sein, wenn die Auffassung des federführenden Ministeriums umgesetzt wird. Arbeitnehmer könnten jedoch irgendwann Entgelt nachfordern, denn Ansprüche nach dem MiLoG werden nicht von sogenannten Verfallklauseln erfasst. Die Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur zu diesem Themenkreis sind in jedem Fall aufmerksam zu verfolgen. Wir werden Sie darüber weiter unterrichten.

*Dr. Thomas Barthel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Berlin*

*Khayreddin Karboul, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Berlin*

## Handlungsbedarf bei der Unternehmensmitbestimmung – mögliche kurzfristige Gesetzesänderung des Mitbestimmungs- und des Drittelbeteiligungsgesetzes (Schwellenwertabsenkung)

Im Koalitionsvertrag ist hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung, d. h. der Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertreter an der Zusammensetzung des Aufsichtsrats, nur die „Geschlechterquote“ enthalten. Eine sonstige Änderung der Mitbestimmungsgesetze war im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen. Auf Initiative der SPD könnten jedoch kurzfristig die bisherigen gesetzlichen Schwellenwerte abgesenkt werden, worauf der anerkannte Arbeitsrechtsprofessor Volker Rieble in einem Kurzaufsatz im BetriebsBerater (BB 2014, 2997) hingewiesen hat. Eine derartige Gesetzesänderung hätte ganz erhebliche praktische Auswirkungen, da dann eine Vielzahl bisher mitbestimmungsfreier Unternehmen zukünftig der Unternehmensmitbestimmung unterliegen könnten. Die mögliche Gesetzesänderung könnte ggf. schnell umgesetzt werden, um den Strategien zur Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung keine Zeit zu lassen und die Umgehungsmöglichkeiten damit zu erschweren. Unternehmen bzw. Konzerne sollten vor diesem Hintergrund überprüfen, ob für sie Handlungsbedarf besteht.

### Derzeitige Rechtslage/Schwellenwerte

„Unternehmerische Mitbestimmung“ bedeutet, dass in Unternehmen mit Sitz in Deutschland und in einer bestimmten Rechtsform, wie der AG oder der GmbH, ein mit Vertretern der Arbeitnehmer besetzter Aufsichtsrat zu bilden ist, wenn die Schwelle einer bestimmten Anzahl von regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern überschritten ist. Der Aufsichtsrat ist – nach derzeitiger Rechtslage – bei in der Regel mehr als 500 beschäftigten Arbeitnehmern – zu einem Drittel (Drittelbeteiligungsgesetz, DrittelbG) bzw. – bei regelmäßig mehr als 2.000 beschäftigten Arbeitnehmern – zur Hälfte (Mitbestimmungsgesetz, MitbestG) aus Ar-

beitnehmervertretern (Arbeitnehmer, Gewerkschaftsmitglieder) zu besetzen. Bei den Arbeitnehmerzahlen wird auf das Unternehmen, unter bestimmten Zurechnungsvoraussetzungen auch auf den Konzern abgestellt. Die unternehmerische Mitbestimmung ist nicht auf Tendenzunternehmen und -konzerne anwendbar.

### **Mögliche kurzfristige Absenkung der Schwellenwerte**

Diese Einschränkung der unternehmerischen Freiheit wird von Arbeitgebern häufig kritisch gesehen. Viele Unternehmen achten deshalb darauf, dass die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Mitbestimmungsgesetze nicht vorliegen. Auch dies hat dazu geführt, dass die Anzahl der Unternehmen mit paritätischer Mitbestimmung in den letzten Jahren stetig gesunken ist. Auf Initiative der SPD könnte die unternehmerische Mitbestimmung und damit die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsratsgremien gestärkt werden, indem insbesondere die Schwellenwerte von 2.000 auf 1.000 bei der paritätischen Mitbestimmung (MitbestG) und von 500 auf 250 bei der Drittelbeteiligung (DrittelbG) abgesenkt werden.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Die Absenkung der Schwellenwerte würde mit Inkrafttreten der Gesetzesänderung dazu führen, dass schlagartig eine Vielzahl von derzeit mitbestimmungsfreien Unternehmen mit regelmäßig 250 bis 500 Arbeitnehmern unter das Drittelbeteiligungsgesetz fallen und Unternehmen, die derzeit regelmäßig zwischen 1.000 und 2.000 Arbeitnehmern beschäftigen, schlagartig der paritätischen Mitbestimmung unterliegen. Um „Umgehungsstrategien“ zu erschweren und das Ziel der Stärkung der unternehmerischen Mitbestimmung nicht zu gefährden, ist zu befürchten, dass ein derartiges Gesetz kurzfristig in Kraft treten könnte.

### **Praxistipp**

Unternehmen müssen der Einschränkung der unternehmerischen Freiheit und den beschriebenen Folgen nicht tatenlos zusehen. Es gibt zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten, frühzeitig einer möglichen Unternehmensmitbestimmungsstärkung entgegenzutreten: Zum Beispiel den Wechsel der

Rechtsform (SE, österreichische GmbH etc.), die Unterschreitung der Schwellenwerte (z. B. Bildung von Schwestergesellschaften), die Sitzverlagerung oder die grenzüberschreitende Verschmelzung etc. Ein rechtzeitiges Handeln ist auch deshalb erforderlich, da bei einigen Vermeidungsstrategien bereits erworbene Mitbestimmungsrechte geschützt werden und als „Status quo“ beizubehalten sind. Gestaltungs- und Vermeidungsstrategien bei der unternehmerischen Mitbestimmung sind insbesondere unter arbeitsrechtlichen, aber auch unter steuer- und gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zu analysieren.

*Dr. Wolfgang Lipinski, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München*

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

## **Wenn plötzlich die Künstler-sozialkasse klingelt – wer jetzt aufpassen muss**

Im Schatten des Mindestlohngesetzes ist zum 1. Januar 2015 ein ebenso unscheinbares wie unaussprechbares weiteres Gesetz in Kraft getreten: Das sog. Künstlersozialabgabestabilisierungsgesetz (kurz: KSAStabG). Ziel des Gesetzes ist es, künftig eine gewissenhaftere und vor allem deutlich verbesserte Erfüllung der Melde- und Abgabeverpflichtungen aus dem Künstlersozialversicherungsgesetz (KSVG) zu erreichen und so eine Verbesserung der Einnahmesituation der Künstlersozialkasse (KSK) herzustellen. Dabei lässt das neu erlassene KSAStabG die generellen Regelungen zur Abgabepflicht aus dem KSVG zwar weitgehend unverändert, es implementiert mit der Künstlersozialkasse aber eine neue (zusätzliche) Prüfbehörde und stellt überdies Regelungen zum Prüfverfahren auf, insbesondere der Häufigkeit der Prüfungen. Zudem wurde eine Geringfügigkeitsgrenze in das Gesetz eingefügt, die aber wohl schon bei kleineren Aufträgen innerhalb eines Jahres deutlich überschritten sein dürfte.

## Zum Hintergrund

Die KSK ist eine Einrichtung für selbstständige Künstler und Publizisten, durch deren Leistungen diese einen ähnlichen Schutz genießen sollen, wie dies für Arbeitnehmer im Bereich der Sozialversicherung der Fall ist. Die Beiträge für die KSK werden dabei ungefähr so verteilt, dass sie zur Hälfte von den Versicherten getragen werden. Von der anderen Hälfte werden ca. 20% vom Bund übernommen, die restlichen 30% sind von den Unternehmen zu tragen, die Leistungen von Künstlern und Publizisten in Anspruch nehmen. Der Begriff des Künstlers und Publizisten ist dabei insgesamt sehr weit gefasst. So können unter anderem Grafiker, Fotografen, Werbedesigner, Kameraleute, Produzenten, Texter und Sprecher unter den Künstlerbegriff des KSVG fallen.

Bei den abgabepflichtigen Unternehmen handelt es sich zunächst um die im KSVG explizit genannten Unternehmen wie beispielsweise Verlage, öffentliche und private Rundfunk- und Fernsehsender, Theater sowie Unternehmen der Werbebranche. Auch erfasst sind Museen, Galerien und der Kunsthandel. Da diese Unternehmen als sog. typische Verwender bereits ohne weiteren Anlass in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, ist ihnen ihre Abgabepflicht meist bekannt und es wird ihr im Grundsatz auch nachgekommen. Abgabepflichtig sind nach dem KSVG außerdem – und hier wird es schon etwas diffuser – alle Unternehmen, die nicht nur gelegentlich Leistungen selbstständiger Künstler oder Publizisten in Anspruch nehmen und deren Leistung zur Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit nutzen (sog. Eigenwerber). Unter die Eigenwerbung können zum Beispiel der unternehmenseigene Internetauftritt sowie Flyer, Broschüren oder Newsletter fallen, wenn sie mit Hilfe eines selbstständigen Künstlers bzw. Publizisten umgesetzt werden. Zuletzt fallen – und hier wird es dann endgültig undurchsichtig – auch solche Unternehmen unter die Abgabepflicht, die nicht nur gelegentlich Aufträge an Künstler und Publizisten erteilen, um deren Leistungen für Zwecke des Unternehmens zu nutzen, beispielsweise durch den Auftritt eines Komikers auf einer Kundenveranstaltung.

Als „nicht nur gelegentlich“ definiert das Gesetz dabei alles, was mehr als drei Veranstaltungen im

Kalenderjahr übersteigt. Eine nur gelegentliche Auftragserteilung liegt seit dem 1. Januar 2015 nun auch vor, wenn die Summe der abgabepflichtigen Entgeltzahlungen aus Aufträgen im Kalenderjahr eine Bagatellgrenze von 450 Euro nicht übersteigt. In diesem Fall solle es auch nicht auf die Anzahl der Beauftragungen ankommen. Diese Bagatellgrenze greift aber nur im Bereich der typischen Verwender sowie der Eigenwerber.

Für die Abgabepflicht eines Unternehmens kommt es überdies nicht darauf an, ob der Künstler bzw. Publizist, der die Leistung erbringt, überhaupt selbst nach dem KSVG versicherungspflichtig ist. Keine Abgabepflicht besteht jedoch, wenn Zahlungen an juristische Personen geleistet werden, so dass die Künstlersozialabgabe nur fällig wird, wenn Zahlungen an eine natürliche Person geleistet werden. Auch unterfallen nicht alle Rechnungsposten, die ein Künstler bzw. Publizist in Rechnung stellt, der Abgabepflicht.

## Änderungen des Prüfverfahrens

Das KSASTabG regelt seit dem 1. Januar 2015 die Durchführung der Prüfungen bei möglicherweise abgabepflichtigen Unternehmen und insbesondere die Zuständigkeit für diese Prüfungen. War die Prüfung der Pflichten aus dem KSASTabG bislang den Rentenversicherungsträgern vorbehalten, so ist seit Jahresbeginn neben den Rentenversicherungsträgern die Künstlersozialkasse selbst für das Beitreiben ihrer Beiträge zuständig. Die Künstlersozialkasse ist damit nicht mehr länger darauf angewiesen, dass eine andere Behörde für sie tätig wird, sondern kann in Zukunft selbst aktiv werden. Zu diesem Zweck wird bei der Künstlersozialkasse eine eigene Prüfgruppe gebildet, die branchenspezifisch Schwerpunktprüfungen und anlassbezogene Prüfungen durchführen soll. Es gehört also wenig Phantasie dazu, um sich vorzustellen, dass es in Zukunft deutlich häufiger Betriebsprüfungen geben wird.

Zudem sieht das Gesetz Zeiträume vor, innerhalb derer die Erfüllung der Verpflichtungen bei den Unternehmen geprüft werden soll. Da bis zum 31. Dezember 2014 gesetzlich keine zeitlichen Vorgaben zur Überprüfung der Einhaltung der Abgabepflichten normiert waren, ist von einem starken Anstieg der Prüfungstätigkeit auszugehen,



damit die gesetzliche Vorgabe erfüllt wird. Damit werden in der Zukunft wohl auch Unternehmen mit der Prüfkommision zu tun haben, die bislang von dieser nicht behelligt wurden. Wenn die gesetzliche Vorgabe strikt eingehalten wird, so werden in Zukunft pro Jahr 410.000 Arbeitgeber zu überprüfen sein. Durch die gesetzlichen Verjährungsregelungen kann bei einer Prüfung grundsätzlich der Zeitraum der letzten vier Jahre betrachtet werden, so dass im Jahr 2015 mögliche Ansprüche aus dem Jahr 2010 noch nicht verjährt sind. Daher sind hohe Beitragsnachforderungen möglich und unter Umständen auch Bußgelder fällig.

#### Fazit

Auf Grund der neu erworbenen Schlagkraft der KSK ist von einem rasanten Anstieg der Kontrollen im Rahmen der Künstlersozialabgabe auszugehen. Dennoch besteht auch nach der Verschärfung der Kontrollen noch Gestaltungsspielraum für betroffene Unternehmen. Für Unternehmen, die bisher ihre Abgabeverpflichtungen

zur Künstlersozialkasse grundsätzlich erfüllt haben, kann es beispielsweise von Interesse sein, die Richtig und Vollständigkeit ihrer Abgabenlast zu überprüfen und/oder diese durch bestimmte Handgriffe zu reduzieren. Unternehmen, die sich bisher noch nicht mit dem Thema KSK beschäftigt haben, sollten genau prüfen, ob Handlungsbedarf besteht, um ein böses Erwachen bei der ersten Betriebsprüfung durch die KSK zu vermeiden. Insgesamt gilt: Wer bisher darauf vertraut hat, Betriebsprüfungen durch die KSK seien kein Thema, sollte diese Haltung überdenken. Denn immerhin ist ein Verstoß gegen die dem Unternehmen im Rahmen des KSVG obliegenden Pflichten (Abgaben-, Melde-, Aufzeichnungs-, Auskunfts- und Vorauszahlungspflicht) als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis hin zu 50.000 Euro belegt.

*Dr. Kathrin Kentner, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

*Martin Biebl, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*