



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

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

BEITEN BURKHARDT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

Inhalt:

- Im BlickpunktSeite 1
RechtsprechungSeite 3

Im Blickpunkt

Eilanträge gegen das Tarifeinheitsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht erfolglos

Der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) hat mit Beschluss vom 6. Oktober 2015 drei Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Tarifeinheitsgesetz abgelehnt. Soll ein Gesetz außer Vollzug gesetzt werden, gelten besonders hohe Hürden. Nach Auffassung des Gerichts sind keine gravierenden oder irreversiblen Nachteile für die betroffenen Gewerkschaften feststellbar, die den Erlass einer einstweiligen Anordnung zwingend erfordern. Das BVerfG ist der Auffassung, dass derzeit nicht absehbar ist, dass den klagenden Gewerkschaften bei Fortgeltung des Tarifeinheitsgesetzes bis zur Entscheidung in der Hauptsache das Aushandeln von Tarifverträgen längerfristig unmöglich würde oder sie im Hinblick auf ihre Mitgliederzahl oder ihre Tariffähigkeit in ihrer Existenz bedroht wären. Der erste Senat will im Hauptsacheverfahren bis Ende des nächsten Jahres entscheiden.

Die Beschwerdeführer, drei Berufsgewerkschaften (eine Gewerkschaft für angestellte Ärztinnen und Ärzte, eine für Journalismus, die ausschließlich die redaktionellen Mitarbeiter in den Medien vertritt und eine in der Luftfahrtbranche) wenden sich mit ihren Verfassungsbeschwerden und ihren gleichzeitig gestellten Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das am 10. Juli

2015 in Kraft getretene Gesetz zur Tarifeinheit. Die Satzung der Berufsgruppengewerkschaften überschneidet sich bezüglich der festgestellten Tarifzuständigkeiten mit denen anderer Gewerkschaften, die regelmäßig einen größeren Personenkreis abhängig Beschäftigter vertreten.

Die wesentlichen Entscheidungsgründe

Nach Auffassung des BVerfG untersagt das Tarifeinheitsgesetz nicht die tarifpolitische Betätigung an sich. Allein auf das Vorliegen der geltend gemachten Nachteile, wonach sich Arbeitgeber mit Hinweis auf das Tarifeinheitsgesetz geweigert hätten, Tarifverhandlungen zu führen oder dass Tarifverhandlungen abgebrochen wurden oder dass Arbeitgeber Änderungsarbeitsverträge mit statischen Bezugnahmeklauseln vorgeschlagen haben, seien zwar Nachteile, die jedoch für den Zeitraum bis zur Entscheidung in der Hauptsache hinzunehmen sind. Auch regelt das Tarifeinheitsgesetz nicht unmittelbar die Zulässigkeit von Maßnahmen des Arbeitskampfes, die vom Schutz des Artikels 9 Abs. 3 Grundgesetz umfasst sind. Außerdem sei derzeit nicht absehbar, inwieweit es im Zeitraum bis zur Entscheidung der Hauptsache tatsächlich in einem Ausmaß zur Anwendung des neu geschaffenen § 4a TVG kommt (gesetzliche Regelung bei Tarifkollision), das eine einstweilige Anordnung unabdingbar erscheinen ließe. Auch wenn in diesem Zeitraum ein Kollisionsfall eintreten kann, haben die Tarifvertragsparteien unterschiedliche tarifpolitische Möglichkeiten. Zudem führt das Gericht aus, dass „nicht ausgeschlossen (ist), dass verdrängte Tarifverträge auch für die Vergangenheit Geltung beanspruchen, falls die angegriffene Kollisionsregel für nichtig erklärt werden sollte.“

Schließlich ist das Gericht der Auffassung, dass es derzeit keine realistische Prognose dafür gibt, ob und wie viele Mitglieder die beschwerdeführenden Gewerkschaften bis zur Entscheidung in



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

der Hauptsache verlieren könnten, die sie nicht wieder zurückgewinnen könnten. Das BVerfG betont, dass „derzeit nicht ersichtlich (ist), dass die beschwerdeführenden Gewerkschaften in ihrer Tariffähigkeit und damit tarifpolitischen Existenz ernstlich gefährdet wären.“

Praxistipp

Auch nach dieser Entscheidung muss ein Arbeitgeber, in dessen Betrieb aufgrund überschneidender Geltungsbereiche mehrere Tarifverträge Anwendung finden, prüfen, welchem Tarifvertrag Vorrang zukommt. Insoweit sollte überlegt werden, ob im Falle von Unklarheiten beim Arbeitsgericht ein Antrag zur Klärung gestellt wird, welcher Tarifvertrag anwendbar ist. Der rechtskräftige Beschluss des Arbeitsgerichts wirkt für und gegen jedermann. Im Falle einer „Verdrängung“ eines Tarifvertrages durch einen anderen wäre zudem zu klären, inwieweit es durch die arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln zu einer Verdrängung kommt oder – für den Fall, dass die Bezugnahmeklausel auf den Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft verweist – ein Günstigkeitsvergleich nach Sachgruppen durchgeführt werden muss.

Marco Ferme, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

Die novellierte Betriebssicherheitsverordnung 2015 – Beginn einer neuen Zeitrechnung beim Thema Arbeitsschutz

Seit dem 1. Juni 2015 ist die novellierte Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV) in Kraft. Damit hat für Arbeitgeber eine neue Zeitrechnung in Sachen Arbeitssicherheit begonnen. Da sich die Verordnung aber noch nicht überall herumgesprochen hat, soll an dieser Stelle ein kurzer Überblick zur Bedeutung gegeben werden.

Umfassender Anwendungsbereich

Die BetrSichV gilt für jedes Unternehmen, in dem Arbeitsmittel durch die Arbeitnehmer verwendet

werden. Schon auf den ersten Blick wird deutlich, dass dadurch ein sehr weiter Anwendungsbereich eröffnet ist. Arbeitsmittel im Sinne der BetrSichV sind dabei Werkzeuge, Geräte, Maschinen oder Anlagen, die für die Arbeit verwendet werden. Der Begriff der Verwendung ist in diesem Zusammenhang sehr weit und umfasst – verkürzt gesagt – jede Tätigkeit mit dem Arbeitsmittel.

Schutzpflichten für Arbeitgeber

Immer wenn der Anwendungsbereich der Verordnung eröffnet ist, treffen den Arbeitgeber besondere Schutzpflichten. Zentraler Begriff ist dabei die Gefährdungsbeurteilung (§ 3 BetrSichV), die der Arbeitgeber durchzuführen hat. Der Begriff der Gefährdungsbeurteilung ist dabei aber nicht neu, sondern existiert seit langem in § 5 Arbeitsschutzgesetz. Durch die neue Verordnung ist die Gefährdungsbeurteilung allerdings konkretisiert und in den Mittelpunkt gerückt worden.

Verkürzt dargestellt hat die Gefährdungsbeurteilung den Zweck, die erforderlichen Schutzmaßnahmen bei der Verwendung von Arbeitsmitteln zu erkennen und umzusetzen. Ein Arbeitgeber ist dazu verpflichtet, vor der Verwendung von Arbeitsmitteln die möglicherweise auftretenden Gefährdungen zu erkennen, zu beurteilen und die daraus erforderlichen Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Da es sich bei der Gefährdungsbeurteilung regelmäßig um einen sehr komplexen Vorgang handelt und die entsprechende Sachkunde beim Arbeitgeber häufig nicht vorhanden sein dürfte, ist die Gefährdungsbeurteilung von einer fachkundigen Person durchzuführen. Die Gefährdungsbeurteilung ist dabei kein einmaliger Vorgang, sondern ein fortlaufender, regelmäßig zu überprüfender Prozess. Die Ergebnisse der Gefährdungsbeurteilung sind zu dokumentieren und in regelmäßigen Abständen zu aktualisieren. Auf Basis der Gefährdungsbeurteilung sind die Mitarbeiter bei der Verwendung der Arbeitsmittel entsprechend den gewonnenen Erkenntnissen zu unterrichten.

Sanktionen bei Nichtbeachtung

Werden die Pflichten aus der Verordnung nicht ordnungsgemäß eingehalten, so sieht die Verord-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

nung nicht weniger als 42 Ordnungswidrigkeitstatbestände vor. Wird eine unter den Anwendungsbereich der Verordnung fallende Anlage ohne die erforderliche Gefährdungsbeurteilung betrieben, so hat die zuständige Behörde als ultima ratio sogar die Möglichkeit, eine Untersuchungsanordnung zu treffen. Der wirtschaftliche Schaden kann hier also immens sein, wenn die Produktion deswegen stillsteht.

Praxistipps

Insgesamt bringt die BetrSichV zahlreiche Änderungen mit sich, durch die erheblicher Handlungsbedarf entstehen kann. Wegen ihres sehr weiten Anwendungsbereichs sollte die Bedeutung der BetrSichV keinesfalls unterschätzt werden. Die neue Verordnung sollte vielmehr zum Anlass genommen werden, um die Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften im Betrieb grundsätzlich zu überprüfen. Nicht zuletzt durch die nun neu geregelten 42 Ordnungswidrigkeitstatbestände erscheint dies dringend geboten. An dieser Stelle kann es also unter Umständen teuer werden, wenn man die „Vogel-Strauß-Taktik“ anwendet und den Kopf in den Sand steckt.

Durch die neue Verordnung ist der Begriff der Gefährdungsbeurteilung wieder stark in das Blickfeld der Betriebsräte gerückt. Daher ist im Zusammenhang mit der Arbeitssicherheit und dem Arbeitsschutz in Zukunft mit einer erhöhten Aktivität seitens der Betriebsräte zu rechnen. Der Betriebsrat hat bei der Gefährdungsbeurteilung ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Ein proaktives Vorgehen seitens des Arbeitgebers kann hier sinnvoll sein.

Zudem hat der Betriebsrat auch bei der genauen Ausgestaltung der Unterweisung der Beschäftigten ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Auch in diesem Bereich scheint es sinnvoll, mit Regelungsvorschlägen auf den Betriebsrat zuzugehen.

Martin Biebl, Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München

Rechtsprechung

Sind Fahrtzeiten zwischen Wohnort und Kunden Arbeitszeit?

Europäischer Gerichtshof vom 10. September 2015 – C-266/14

Sachverhalt: Der Arbeitgeber vertreibt Diebstahlsicherungssysteme, die durch eigene Techniker installiert werden. Die Techniker fahren von ihrem Wohnort aus die Kunden ab. Das Unternehmen wertet nur die Zeit zwischen der Ankunft beim ersten und der Abfahrt beim letzten Kunden als Arbeitszeit. Der EuGH musste entscheiden, ob dieses Arbeitszeitverständnis mit Europarecht vereinbar ist.

Die Entscheidung: Nach Ansicht des EuGH stellen Fahrten, die Arbeitnehmer ohne festen Arbeitsort zwischen ihrem Wohnort und dem ersten und letzten Kunden des Tages zurücklegen, Arbeitszeit dar. Das abweichende Verständnis des Arbeitgebers laufe dem Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Mitarbeiter zuwider. In der europäischen Richtlinie 2003/88/EG sei die Arbeitszeit als jede Zeitspanne definiert, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder der Gepflogenheit arbeitet, dem Unternehmen zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Die Mitarbeiter stünden dem Arbeitgeber auch während der Reisezeiten zur Verfügung und unterstünden dessen Anweisungen hinsichtlich Kundenreihenfolge oder Terminänderungen. Sie hätten somit nicht die Möglichkeit, frei über ihre Zeit zu verfügen und ihren eigenen Interessen nachzugehen.

Konsequenzen für die Praxis: Fahrtzeiten von Außendienstmitarbeitern sind Arbeitszeit. Die Entscheidung des EuGH bezieht sich allerdings nur auf den arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriff. Die Reisezeiten sind damit zum Beispiel zu berücksichtigen, wenn die Einhaltung der nach dem Arbeitszeitgesetz zulässigen Höchstarbeitszeit geprüft wird. Das bedeutet nicht zugleich, dass diese Fahrtzeiten auch bezahlt werden müs-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

sen. Dies richtet sich nach den Vereinbarungen im Arbeitsvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag. So kann z. B. in freiwilligen Betriebsvereinbarungen wirksam bestimmt werden, dass die zu bezahlende Arbeitszeit erst beim ersten Kunden beginnt (vgl. BAG vom 10. Oktober 2006 – 1 ABR 59/05).

Praxistipp: Außendienstler dürfen nicht durch Reisezeiten überlastet werden. Bei der Vergütung von Reisezeit besteht aber Gestaltungsspielraum. Diesen zu nutzen bietet sich insbesondere bei Änderungen von Organisationsstrukturen an, wie dem Wegfall von Regionalbüros.

Dr. Corinne Klapper, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München

Noch mehr Unsicherheit bei Massenentlassungen

Europäischer Gerichtshof vom 9. Juli 2015 – C-229/14

Sachverhalt: Vor dem Arbeitsgericht Verden wurde um eine betriebsbedingte Kündigung gestritten. Der Gekündigte machte geltend, dass die erforderliche Massenentlassungsanzeige zu Unrecht unterblieben sei. Streitig war, ob der Arbeitgeber mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigte und damit einer Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG unterlag. Würde man den Geschäftsführer und eine Praktikantin beide als Arbeitnehmer betrachten, wäre der Schwellenwert von 20 Arbeitnehmern erreicht. Das Arbeitsgericht legte dem EuGH die Frage vor, wer im Kontext einer Massenentlassung als „Arbeitnehmer“ anzusehen ist.

Die Entscheidung: Der EuGH kam zum Ergebnis, dass mit Blick auf die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen sei. Dieser umfasse auch Geschäftsführer, die Weisungen unterliegen, keine Anteile besitzen und jederzeit abberufen werden können. Auch Praktikanten seien in diesem Sinne Arbeitnehmer. Generell sei der Arbeitnehmerbegriff weit zu verstehen und dürfe nicht durch nationales Recht definiert wer-

den, da sonst auch der Anwendungsbereich der Richtlinie zur Disposition der einzelnen Mitgliedstaaten stünde.

Konsequenzen für die Praxis: Arbeitgeber müssen zukünftig bei Personalabbaumaßnahmen genau prüfen, wer zur Erreichung des Schwellenwerts beiträgt und bei der Zahl der zu Entlassenden daran denken, alle Gruppen mitzuzählen, die europarechtlich als „Arbeitnehmer“ gelten können. Neben dem Fremdgeschäftsführer wird dies auch ein Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer sein; neben Praktikanten auch „Ein-Euro-Jobber“, Heimarbeiter etc. Legt man einen „falschen“ Arbeitnehmerbegriff zugrunde, können u.U. alle Kündigungen unwirksam sein. Es empfiehlt sich daher, in Massenentlassungsanzeigen alle Betriebsangehörigen mit ausdrücklicher Angabe ihrer Position zu nennen.

Einmal mehr zeigt sich, dass der klare Wortlaut nationaler Gesetze – hier: § 17 Abs. 5 des Kündigungsschutzgesetzes – aus europarechtlichen Gründen unmaßgeblich sein kann. Der EuGH behält sich eine weite Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs – wie schon in der Rechtssache Danosa (C-232/09), bei der sich eine Geschäftsführerin auf arbeitsrechtliche Mutterschutzregeln berufen hat – vor und erklärt ggf. auch diejenigen für schützenswert, die nach nationalem Recht als nicht schutzbedürftig gelten. Auch vermeintlich eindeutige nationalrechtliche Anknüpfungen an den Arbeitnehmerbegriff sollten daher immer darauf geprüft werden, ob europarechtlich ein anderes Verständnis möglich erscheint und u.U. zum Tragen kommt.

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

Späte Heirat schadet nicht mehr

Bundesarbeitsgericht vom 4. August 2015 – 3 AZR 137/13

Sachverhalt: Der Arbeitgeber hatte in seiner Versorgungsordnung vorgesehen, dass Ehepartner eines grundsätzlich anspruchsberechtigten Ar-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

beitnehmers dann keinen Anspruch auf Witwen- oder Witwerrente besitzen, wenn der Arbeitnehmer bei Eheschließung das 60. Lebensjahr bereits vollendet hat. Die klagende Witwe hatte den zwischenzeitlich verstorbenen Arbeitnehmer erst nach Vollendung des 60. Lebensjahres geheiratet. Der Arbeitgeber verweigerte daher mit Hinweis auf die „Spätehenklausel“ die Hinterbliebenenrenten.

Die Entscheidung: Das BAG hat festgestellt, dass eine Spätehenklausel, die das Alter des Arbeitnehmers bei Eheschließung als Ausschlusskriterium für die Hinterbliebenenversorgung nutzt, unwirksam ist. Eine solche Regelung sei eine unmittelbare Altersdiskriminierung und verstöße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), da auch eine Rechtfertigung nach § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG (zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters bei der Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit) in diesem Fall nicht möglich sei.

Konsequenzen für die Praxis: Mit Spätehenklauseln und anderen Regelungen zur Begrenzung der Leistungspflicht war das BAG in der Vergangenheit bereits häufiger befasst und hat bislang stets das Interesse des Arbeitgebers an einer Begrenzung der Verpflichtung auf ein kalkulierbares Maß anerkannt. So hat das Gericht Regelungen als zulässig anerkannt, die einen Anspruch des Ehepartners dann ausgeschlossen haben, wenn die Ehe nach dem Ausscheiden aus dem konkreten Dienstverhältnis (vom 20. April 2010 – 3 AZR 509/08), der Berentung des versorgungsberechtigten Arbeitnehmers (vom 15. Oktober 2013 – 3 AZR 294/11) oder dem Eintritt des Versorgungsfalles (vom 15. Oktober 2013, 3 AZR 707/11) geschlossen worden ist. Erstmals hat das BAG nun das Interesse der Arbeitgeber, die eingegangenen Versorgungsverpflichtungen auf ein übliches Versorgungsniveau zu begrenzen, als nicht maßgeblich erachtet. Dies ist insofern überraschend, als § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG eine altersbezogene Begrenzung von Altersversorgungssystemen grundsätzlich bei entsprechender Rechtfertigung erlaubt. Da entsprechende Regelungen in vielen Versorgungsordnungen, die häu-

fig aus Zeiten deutlich vor Einführung des AGG stammen, vorgesehen sind, drohen Arbeitgebern unkalkulierbare Mehrbelastungen.

Praxistipp: Arbeitgeber sollten ihre Versorgungsordnungen überprüfen und jedenfalls altersbezogene Begrenzungsklauseln entfernen. Ob andere – z. B. die vorzitierten bislang akzeptierten Klauseltypen – nach dem Paradigmenwechsel des BAG in der dortigen Rechtsprechung noch haltbar bleiben, ist ungewiss. Arbeitgebern ist daher – wenn nicht schon aus anderen Gründen, z. B. der Zins-Schmelze-Problematik und den Herausforderungen der EU-Mobilitätsrichtlinie – zu empfehlen, auf beitragsorientierte Systeme in der betrieblichen Altersversorgung umzustellen.

Jörn Manhart, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, Düsseldorf

Günstigkeitsvergleich zwischen vertraglicher und gesetzlicher Regelung bei der Kündigungsfrist

Bundesarbeitsgericht vom 29. Januar 2015 – 2 AZR 280/14

Sachverhalt: Die Arbeitnehmerin war bei der Arbeitgeberin seit 1976 beschäftigt, im Arbeitsvertrag war eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum 30. Juni oder 31. Dezember des Jahres vereinbart. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2012 kündigte das Unternehmen zum 30. Juni 2013 „unter Wahrung der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist“. Die Mitarbeiterin vertrat die Ansicht, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt sei. Im Übrigen sei die Kündigungsfrist von sieben Monaten zum Monatsende aus § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 BGB nicht eingehalten. Eine Umdeutung in eine Kündigung zum 31. Juli 2013 komme nicht in Betracht. Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Juli 2013 bestanden hätte, im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht wies die Kündigungsschutzklage ebenfalls ab, stellte jedoch eine Beendigung bereits zum 30. Juni 2013 fest.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Entscheidung: Das BAG folgt der erstinstanzlichen Entscheidung des Arbeitsgerichts. Eine vertragliche Kündigungsfrist kann sich gegen die maßgebliche gesetzliche Kündigungsfrist nur durchsetzen, wenn sie in jedem Fall zu einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt. Es genügt nicht, dass die vertragliche Regelung für die längere Zeit innerhalb eines Kalenderjahres den besseren Schutz gewährt (hier: Kündigung nur zum 30. Juni oder zum 31. Dezember möglich). Die einzelvertragliche Kombination einer kürzeren als der gesetzlich einschlägigen Kündigungsfrist mit eingeschränkten Kündigungsterminen (z.B. nur zum Quartals- oder Halbjahresende) setzt sich also nur dann gegen das Gesetz durch, wenn sie immer innerhalb eines Kalenderjahres den besseren Schutz gewährt. Bei der entsprechenden Prüfung sind einzelvertragliche Regelung von Kündigungsfrist und Kündigungstermin regelmäßig als Einheit zu betrachten. Spätestens mit dem Eintritt des Arbeitnehmers in die jeweilige „Stufe“ des § 622 Abs. 2 BGB müsse bereits klar sein, welche Regelung Anwendung finden wird. Die vorliegende Kombination von Kündigungsfrist und Kündigungstermin (Ende eines Halbjahrs) sei nicht durchweg günstiger als die gesetzliche Regelung. Dies verstöße gegen § 622 Abs. 5 Satz 3 BGB (Vorrang günstigerer individualvertraglicher Kündigungsfristenregelungen). Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass einzelvertraglich vereinbarte Kündigungsfristen „länger“ (also „immer länger“) und nicht „meistens länger“ sein müssen.

Außerdem hat das BAG festgestellt, dass die Kündigung in eine solche zum 31. Juli 2013 umgedeutet werden könne. Es gäbe keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagte eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausschließlich zum 30. Juni 2013 gewollt hätte. Die Überzeugung des Arbeitgebers, er habe mit zutreffender Frist gekündigt, hindere nicht die Annahme, er hätte bei Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis zum nächstzulässigen Termin beenden wollen.

Konsequenzen für die Praxis: Bislang wurde stets ein Günstigkeitsvergleich vorgenommen, der auf den konkreten Zeitpunkt des Ausspruchs der

Kündigung abgestellt hat. Nun kommt es jedoch bei der Beurteilung der Wirksamkeit arbeitsvertraglicher Regelungen nicht mehr auf den konkreten Einzelfall an, vielmehr ist eine abstrakte Wirksamkeitskontrolle vorzunehmen. Das führt – wie im hier besprochenen Urteil deutlich wird – unter Umständen dazu, dass selbst, wenn in acht von zwölf Monaten die einzelvertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die gesetzliche, sich die gesetzliche Kündigungsfrist dennoch durchsetzen kann.

Praxistipp: Vor dem Hintergrund dieser aus Sicht der Mitarbeiter wahrscheinlich als unfair erachteten Rechtsprechung erscheint es ratsam, auf Quartalskündigungsfristen zu verzichten. Zumindest sollte auf eher kurzfristige Quartalskündigungsfristen, zum Beispiel sechs Wochen zum Quartalsende, verzichtet werden, weil diese schon nach überschaubarer Betriebszugehörigkeitszeit obsolet sind. Um eine bessere Transparenz für den Arbeitnehmer zu gewährleisten, ist es ratsam, anstatt der Kündigungsfristen zum Quartalsende oder zum Jahres- bzw. Halbjahresschluss Kündigungsfristen zum Monatsende zu vereinbaren.

Frank Lenzen, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Frankfurt am Main

BAG begrenzt das finanzielle Streikrisiko von Gewerkschaften

Bundesarbeitsgericht vom 25. August 2015 – 1 AZR 754/13 und 1 AZR 875/13

Sachverhalt: Aufgrund des Streiks der Fluglotsen am 6. April 2009 am Stuttgarter Flughafen verklagten vier mittelbar davon betroffene Luftverkehrsgesellschaften die Gewerkschaft der Flugsicherung e.V. auf Schadensersatz wegen ausgefallener, verspäteter und umgeleiteter Flüge (1 AZR 754/13). In einem Parallelverfahren (1 AZR 875/13) klagten verschiedene Airlines Schadensersatzansprüche gegen dieselbe Gewerkschaft ein, da durch Streikandrohungen unter anderem bestehende Buchungen storniert wurden und kostenintensive Notfallmaßnahmen getroffen werden mussten.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Die Entscheidung: In beiden Verfahren verneinte das BAG – wie auch die Vorinstanzen – einen Schadensersatzanspruch der Luftverkehrsgesellschaften. Laut der bisher vorliegenden Pressemitteilung sei durch den Streik weder das Eigentumsrecht in Form einer erheblichen Nutzungsbeeinträchtigung an Flugzeugen, noch das Recht der Gesellschaften am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt. Auch eine sittenwidrige Schädigung liege nicht vor. Denn bestreikt wurden nicht die jeweiligen Luftverkehrsgesellschaften, sondern der Betrieb der Flugsicherungsgesellschaft. Eine nur mittelbare Beeinträchtigung reiche für Schadensersatzzahlungen grundsätzlich nicht aus.

Konsequenzen für die Praxis: Mit diesen Entscheidungen setzt das BAG seine gewerkschaftsfreundliche Rechtsprechung fort. Aus Sicht der Gewerkschaften ein Erfolg – für die Dritt betroffenen ein Rückschlag. Denn die Entscheidungen des BAG lassen sich wohl nicht nur auf Streikmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Flugverkehr beschränken. Auch anderen von Streikmaßnahmen betroffenen Dritten, wie z.B. Bahn- und Postkunden, Autozulieferern oder Kita Nutzern, wäre danach ein Schadensersatzanspruch verwehrt. Nur in Ausnahmefällen wird ein Schadensersatzanspruch von Dritt betroffenen wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch die Streikmaßnahme in Betracht kommen. Hierfür müsste der Arbeitskampf evident unverhältnismäßig sein oder Zwecke verfolgen, die offenkundig nicht dem Kompetenzbereich der Tarifvertragsparteien unterfallen.

Praxistipp: Arbeitgebern kann nur empfohlen werden, einen erwartbaren Arbeitskampf möglichst gut und langfristig vorzubereiten. Das bedeutet z.B., in wirtschaftlich guten Zeiten und/oder während der Laufzeit von Tarifverträgen Ersatzproduktionen – ggf. im Ausland – zu schaffen, um eine Situation der „Nichterpressbarkeit“ durch Streikmaßnahmen zu schaffen. Darüber hinaus gibt es noch weitere effektive Mittel, wie z. B. Vorratslagerhaltung, ggf. Einsatz von Leiharbeitnehmern und/oder Streikbruchprämien.

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

Keine Verhinderung unternehmerischer Entscheidungen – Streik der Lufthansa-Piloten wegen Äußerungen außerhalb des Streikbeschlusses untersagt

Hessisches Landesarbeitsgericht vom 9. September 2015 – 9 SaGa 1082/15

Sachverhalt: Am 8. September 2015 fand der inzwischen 13. Streik der Pilotengewerkschaft Vereinigung Cockpit (VC) bei der Lufthansa statt. Laut dem Streikbeschluss vom selben Tag sollte damit der Neuabschluss eines Tarifvertrages „Übergangsversorgung für das Cockpitpersonal“ durchgesetzt werden. Gleichzeitig erklärte die Gewerkschaft u.a. in Pressemitteilungen aber auch deutlich, dass sie gegen den Aufbau der Billigflugplattform „Eurowings“ in Österreich sei. Insbesondere Verhandlungen mit der Lufthansa unmittelbar vor dem Streik lehnte die VC mit Bezugnahme auf das Eurowings-Konzept ab. Noch am 8. September 2015 beantragte Lufthansa beim Arbeitsgericht Frankfurt die Unterlassung der Streikmaßnahme im Wege der einstweiligen Verfügung. Das Arbeitsgericht Frankfurt wies den Antrag zurück. Die Lufthansa legte dagegen Berufung ein.

Entscheidung: Die Berufung war erfolgreich. Das LAG untersagte weitere Streikmaßnahmen ab dem 9. September 2015, da die Streikmaßnahmen nach seiner Ansicht maßgeblich die direkte Einflussnahme auf eine unternehmerische Entscheidung und damit ein tariflich nicht regelbares Ziel („Verhinderung der Billigflugplattform „Eurowings“) verfolgten. Das Eurowings-Konzept stelle eine solche unternehmerische Entscheidung dar, die von der Gewerkschaft nicht mitbestimmt werden könne. Für das LAG stand aufgrund der Äußerungen in den Pressemitteilungen fest, dass die Gewerkschaft bei dem Streik nicht unwesentlich auch das Ziel verfolgte, auf Lufthansa in Bezug auf das strittige Eurowings-Konzept Druck auszuüben. Nicht nur der formale Streikbeschluss, sondern auch die sonstigen Umstände und Äußerungen der Gewerkschaft müs-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

ten hier für die Beurteilung, ob ein tariflich regelbares Ziel und damit ein rechtmäßiger Streik vorliegt, Berücksichtigung finden.

Konsequenzen für die Praxis: Das LAG stellt ausdrücklich klar, dass nicht nur der formale Streikbeschluss, sondern auch Umstände und Äußerungen der Gewerkschaft bzw. ihrer Vertreter und Repräsentanten außerhalb des Streikbeschlusses für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Streikmaßnahme berücksichtigt werden müssen und können. Damit setzt es sich über die Rechtsprechung des BAG hinweg, wonach für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Streikziele nur der formale Streikbeschluss maßgeblich ist.

Praxistipp: Zukünftig müssen die Gewerkschaften ihre Formulierungen über die Streikziele nicht nur im, sondern auch außerhalb des Streikbeschlusses sorgfältig abwägen. Das bietet den bestreikten Unternehmen eine größere Angriffsfläche, um gegen Streikmaßnahmen erfolgreich – ggf. im Wege der einstweiligen Verfügung – vorzugehen. Ist ein Streik angekündigt oder wird er durchgeführt, sollte – unabhängig von dem formalen Streikbeschluss – stets genau geprüft werden, ob weitere Äußerungen und Umstände ein nicht tariflich regelbares Streikziel erkennen lassen und damit möglicherweise zur Rechtswidrigkeit der Streikmaßnahme führen.

Katharina Domni, Rechtsanwältin, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

Urlaubsanspruch bei Wechsel in Teilzeit

Bundesarbeitsgericht vom 10. Februar 2015 – 9 AZR 53/14

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer war seit 2004 beim Arbeitgeber in Vollzeit angestellt. Auf das Arbeitsverhältnis fand der TVöD (Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst) Anwendung. Bis zum 15. Juli 2010 erfolgte eine Vollzeittätigkeit an fünf Tagen/Woche, anschließend eine Teilzeittätigkeit an vier Tagen/Woche. Nach § 26 Abs. 1 TVöD 2010 beträgt der Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr

bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage/Woche nach dem vollendeten 40. Lebensjahr 30 Arbeitstage. Bei einer anderen Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit erhöht oder vermindert sich der Anspruch entsprechend. Gem. § 26 Abs. 2 Buchstabe b) TVöD 2010 wird für jeden vollen Monat $\frac{1}{12}$ des Urlaubsanspruchs gewährt, sofern das Arbeitsverhältnis im Laufe eines Jahres beginnt oder endet. Bis zum Wechsel in Teilzeit hatte der Arbeitnehmer keinen Urlaub genommen. Nach dem Wechsel gewährte ihm der Arbeitgeber auf seinen Antrag 24 Tage Urlaub. Der Arbeitnehmer verlangte drei weitere Urlaubstage. Er machte geltend, dass er für den Zeitraum der Vollzeitbeschäftigung 15 und für den Zeitraum der Teilzeitbeschäftigung 12 Urlaubstage beanspruchen könne, also insgesamt 27 Urlaubstage.

Die Entscheidung: Das BAG sprach dem Arbeitnehmer die beantragten drei Urlaubstage zu, auch wenn es ihm sogar noch drei weitere Urlaubstage hätte zusprechen müssen, wäre dies beantragt worden. Dem Urteil waren zwei richtungsweisende Entscheidungen des EuGH vorausgegangen. Zunächst wurde in der „Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols“-Entscheidung (vom 22. April 2010 – C 486/08) darauf hingewiesen, dass Ansprüche auf Urlaubstage, die während einer Vollzeittätigkeit entstanden sind und vor dem Wechsel in die Teilzeittätigkeit nicht gewährt werden konnten, auch dann jeweils als Vollzeitarbeitstag vergütet werden müssen, wenn der Urlaub während der Teilzeit genommen und hier – aufgrund eines geringeren täglichen Arbeitsvolumens – ein geringeres tägliches Arbeitsentgelt verdient wird. Diese Argumentation wandte der EuGH dann in der „Brandes“-Entscheidung (vom 13. Juni 2013 – C-415/12) auf die Frage, wie sich ein Wechsel von Vollzeit in Teilzeit auf die Anzahl der Urlaubstage auswirkt, entsprechend an. Begründet wurde dies jeweils damit, dass eine anteilige Kürzung der Urlaubsansprüche bzw. des Urlaubsentgelts gegen EURecht verstöße.

Das BAG hat bisher selbst die anteilige Kürzung der Urlaubsansprüche und des Urlaubsentgelts



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

ohne Ausnahme vertreten, nun aber ausgeführt, vor dem Hintergrund der europäischen Vorgaben an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr festzuhalten. Es verweist darauf, dass sich die europäische Rechtsprechung bisher nur auf Fallgruppen bezieht, in denen betroffene Arbeitnehmer im Bezugszeitraum den Urlaub nicht in Anspruch nehmen konnten – sei es aufgrund Mutterschutz, Elternzeit oder eines Beschäftigungsverbots. Nicht entschieden hatte der EuGH Sachverhalte, in denen Arbeitnehmer im Bezugszeitraum von einer Voll- in eine Teilzeitbeschäftigung oder von Teilzeit in eine Teilzeitbeschäftigung mit geringerem Umfang wechseln und während der gesamten Zeit ihren Urlaub nehmen konnten. Das BAG hat nunmehr klargestellt, dass es auf ein Verschulden des in Teilzeit wechselnden Arbeitnehmers nicht ankommt. Im konkreten Fall war im Ergebnis der volle Urlaubsanspruch mit dem 1. Januar 2010 entstanden und es lag kein Kürzungstatbestand vor, da dies den Eintritt in das/Austritt aus dem Arbeitsverhältnis voraussetzt, was bei einem Wechsel von Vollzeit in Teilzeit nicht der Fall ist.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung bezieht sich nur auf Sachverhalte, in denen der Urlaubsanspruch auf Basis der Vollzeittätigkeit bereits entstanden war. Nicht erfasst werden Fallgruppen, in denen vor Entstehen eines Anspruchs auf den Jahresurlaub die Reduzierung der Arbeitszeit bereits feststeht, z.B. wenn im Laufe eines Kalenderjahres vereinbart wird, dass während des kommenden Jahres eine Reduzierung der Anzahl der Arbeitstage erfolgt. In diesen Fallgruppen ist eine anteilige Berechnung – jeweils bezogen auf die Abschnitte der unterschiedlichen Arbeitszeitvolumina – weiterhin zutreffend.

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

*Roman Parafianowicz, Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Berlin*

Hinweis: Der Beitrag ist in einer ausführlicheren Form in der AuA 2015, S. 613 f. erschienen.

Befristung immer schwerer

Bundesarbeitsgericht vom 3. Februar 2015 – 7 AZR 891/12

Sachverhalt: Der Kläger ist als Wachmann und Diensthundeführer bei der Bundeswehrverwaltung im Angestelltenverhältnis tätig. Er trat im Dezember 2000 mit einem auf zwei Jahre befristeten Arbeitsvertrag bei der Bundeswehrverwaltung ein. Nach Ablauf dieses ersten befristeten Vertrages wurden über einen Zeitraum von weiteren neun Jahren fünf weitere befristete Verträge geschlossen. Nach dem Abschluss von vier dieser befristeten Verträge erhob der Kläger jeweils Entfristungsklage zu den zuständigen Arbeitsgerichten, die aber allesamt mit einem Vergleich erledigt wurden, wonach sich diese Verträge bis zum Ablauf der jeweils vereinbarten Befristung fortsetzten. Der letzte dieser Befristungsprozesse gelangte zum BAG, nachdem das LAG Niedersachsen die Befristung akzeptiert hatte. Das BAG hob die Entscheidung des LAG Niedersachsen auf und verwies zurück.

Die Entscheidung: Das BAG setzt sich zum einen ausführlich mit § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG auseinander (gerichtlicher Vergleich als Sachgrund für eine Befristung): Das Gericht schließt sich der neueren Rechtsprechung (siehe insbesondere die Entscheidung vom 15. Februar 2012 – 7 AZR 734/10) an und vertieft sie. Danach kann ein gerichtlicher Vergleich als Sachgrund für eine Befristung nur dann dienen, wenn er zum einen zur Beilegung eines Rechtsstreits über den Bestand des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen wird. In einem Rechtsstreit (z.B.) über die Entfernung einer Abmahnung kann ein Vergleich mit einer vereinbarten Befristung nicht wirksam geschlossen werden. Zum zweiten erfordert ein gerichtlicher Vergleich als Sachgrund für eine vereinbarte Befristung die verantwortliche Mitwirkung des Gerichts am Vergleichsschluss. Es reicht demnach nicht, wenn die Streitparteien dem Gericht einen gemeinsamen Vorschlag als zu protokollierenden Vergleich vorlegen. Der Vergleichsvorschlag muss im Kern vom Gericht kommen oder vom Gericht inhaltlich ausführlich (unter Aufnahme in das Protokoll) gewürdigt worden sein.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Diese Gesichtspunkte sind, wie erwähnt, bereits seit der Entscheidung aus dem Jahre 2012 bekannt (vgl. dazu Leuchten in FA 2012, 324 in einer kritischen Würdigung).

Im vorliegenden Fall wäre das Urteil des LAG bestätigt worden, wenn es allein auf diese beiden Gesichtspunkte angekommen wäre. Das BAG erweitert aber nun das Arsenal der Argumente gegen einen Vergleich als möglichen Sachgrund für ein befristetes Arbeitsverhältnis um den Gesichtspunkt des sogenannten „institutionellen Rechtsmissbrauchs“. Dieses Institut erfordert eine umfassende Missbrauchskontrolle vor dem Hintergrund des § 242 Bürgerliches Gesetzbuch („Treu und Glauben“). Diese Missbrauchskontrolle hat das BAG bereits in einigen Befristungsfällen vorgenommen, bei denen es um eine Vielzahl von befristeten Verträgen im Verlaufe vieler Jahre gegangen war (so BAG vom 18. Juli 2012 – 7 AZR 443/09 und zuletzt vom 19. Februar 2014 – 7 AZR 260/12) – jedoch nicht im Zusammenhang mit einem rechtswirksamen gerichtlichen Vergleich, der den Anforderungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG genügt.

Die Untersuchung erfolgt in der Weise, dass die Gesamtdauer der befristeten Verträge in ein Verhältnis zu der Anzahl der vereinbarten Befristungen zu setzen ist. Hier ging es um eine Gesamtdauer von elf Jahren mit insgesamt sechs befristeten Verträgen. Diese Vielzahl von befristeten Verträgen im Zeitraum von elf Jahren gab dem BAG hinreichend Anlass, dem LAG aufzugeben, den Fall erneut vor diesem letzten Gesichtspunkt zu prüfen. Der Senat hat bei einer Dauer von insgesamt sieben Jahren und neun Monaten bei vier befristeten Arbeitsverträgen in dem oben zitierten Urteil aus dem Jahr 2012 keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch gesehen. Dagegen kam der Senat zur entgegengesetzten Entscheidung bei einer Gesamtdauer von mehr als elf Jahren und einer Anzahl von 13 Befristungen. Im dem BAG zugrunde liegenden Sachverhalt hat der Senat in einer Überschreitung der sachgrundlos zulässigen Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG (zwei Jahre) um mehr als das Fünffache ein gewichtiges Indiz für einen Rechtsmissbrauch gesehen.

Praxistipp: Für die Praxis zeigt diese Entscheidung, dass die Rechtsprechung die unionsrechtlich gebotenen Überlegungen weiterführt, wonach befristete Arbeitsverträge die Ausnahme sein sollen und Dauerarbeitsverhältnisse die Regel. Das Arsenal der Argumente gegen befristete Arbeitsverträge hat sich dadurch vergrößert. Damit wird es immer problematischer, Arbeitsverträge mit den Sachgründen befristet abzuschließen, selbst wenn Sachgründe aus dem Katalog des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG gegeben sind. Der Praxis kann daher nur geraten werden, auch bei vorhandenen Sachgründen mit dem Abschluss befristeter Arbeitsverträge besonders zurückhaltend zu sein. Dies gilt nicht für die erste zulässige sachgrundlose Befristung von zwei Jahren. Es gilt aber umso mehr dann, wenn nach dieser ersten Befristung sich befristete Arbeitsverträge mit Sachgrund anschließen und letztlich zu einer Dauer des gesamten Arbeitsverhältnisses führen, die ein Mehrfaches der ursprünglich zulässigen sachgrundlosen Befristung von zwei Jahren betragen. Der gut beratene Arbeitgeber sollte daher die Hände von Kettenarbeitsverhältnissen lassen, auch wenn sie auf wirksamen gerichtlichen Vergleichen fußen. Das Risiko ist unübersehbar, wie die hier besprochene Entscheidung zeigt.

Sog. „Ausweichrouten“, die z. B. den Wechsel des Arbeitgebers beim Abschluss eines weiteren befristeten Vertrages vorsehen, sind zwar grundsätzlich gangbar, jedoch dann nicht möglich, wenn sie lediglich zur Umgehung der gesetzlichen Restriktionen führen sollen. Es müssen sich daher auch andere Umstände (wie z. B. Arbeitsplatz) ändern, wenn ein weiterer befristeter Vertrag mit einem (z. B.) anderen konzernangehörigen Unternehmen abgeschlossen wird.

Dr. Alexius Leuchten, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

Produkttipp

Die Neuauflage
Lexikon Arbeitsrecht
Ausgabe 2016
» [Mehr Info](#)





Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Befristung der Vertretungskraft für geplante Übernahme eines Auszubildenden

Bundesarbeitsgericht vom 18. März 2015 –
7 AZR 115/13

Sachverhalt: Die Klägerin war über elf Jahre aufgrund von 14 befristeten Arbeitsverträgen als Telefonserviceberaterin bei der Bundesagentur für Arbeit angestellt. Grund der letzten Befristung war, dass sie in der Übergangszeit bis zu der geplanten Übernahme eines Auszubildenden auf einer für ihn vorgesehene Stelle als Vertreterin beschäftigt werden sollte. Die Bundesagentur hat sich in einem Tarifvertrag dazu verpflichtet, alle Auszubildenden nach Bestehen der Ausbildungsprüfung in ein auf 24 Monate befristetes Arbeitsverhältnis zu übernehmen. Aufgrund der Erfahrungswerte aus der Vergangenheit bestehen zwischen 60–74 Prozent der Auszubildenden die Prüfung und werden daraufhin befristet eingestellt. Demzufolge habe die Bundesagentur damit gerechnet, dass nach den Prüfungen rund zehn Auszubildende einen Arbeitsplatz beanspruchen werden und bis zu diesem Zeitpunkt befristet eingestellte Vertreter danach nicht mehr benötigt würden.

Die Entscheidung: Trotz Zurückverweisung an die Vorinstanz hat das BAG deutlich gemacht, unter welchen Voraussetzungen es im vorliegenden Fall von einer sachlich gerechtfertigten Befristung ausgeht. Grundsätzlich kann die geplante Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Auszubildenden die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem Vertreter bis zu diesem Zeitpunkt nur rechtfertigen, wenn der Auszubildende in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen werden soll. Besteht hingegen – wie im vorliegenden Fall – eine tarifvertragliche Verpflichtung, die Auszubildenden nur befristet zu übernehmen, liegt ein berechtigtes Interesse nur bei folgender Prognose vor: Der Auszubildende wird voraussichtlich nach Abschluss seiner Ausbildung nicht auf einem Arbeitsplatz beschäftigt werden können, der aufgrund des Ausscheidens eines früher nach dem Tarifvertrag nur für 24 Monate befristet eingestellten Auszubildenden frei wird. Arbeitgeber müssen

somit davon ausgehen, dass mehr Auszubildende neu eingestellt werden müssen als Arbeitsverhältnisse aufgrund der 2-jährigen Befristung auslaufen und damit gleichzeitig der Beschäftigungsbedarf für die Vertreter der neu einzustellenden Auszubildenden entfällt.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG setzt seine bisherige Rechtsprechung zur Vertretungsbefristung konsequent fort. Der Sachgrund der Vertretung setzt immer die Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Vertreter voraus, dass der Beschäftigungsbedarf für den Vertreter nach Befristungsende entfällt. Diesem Erfordernis wäre nicht Genüge getan, würde der zu übernehmende Auszubildende nicht auf dem Arbeitsplatz des Vertreters, sondern auf dem eines zwei Jahre zuvor befristet eingestellten Auszubildenden beschäftigt werden. Somit muss der Arbeitgeber damit rechnen, dass mehr Auszubildende die Prüfung bestehen werden als noch vor zwei Jahren und dadurch kein „fliegender Wechsel“ stattfinden kann. Nur dann darf vorübergehend ein Vertreter zwecks einer geplanten Übernahme befristet eingestellt werden.

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

„Verlängerung der Probezeit“ durch Kündigung mit langer Frist

*Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom
6. Mai 2015 – 4 Sa 94/14*

Sachverhalt: Ein Arbeitgeber kündigte einem Arbeitnehmer noch während der Probezeit, da dieser, entgegen seiner Aufgabe, keinen einzigen Kunden akquiriert hatte. Das Unternehmen machte aber nicht von der kurzen zweiwöchigen Kündigungsfrist während der Probezeit Gebrauch, sondern kündigte das Arbeitsverhältnis mit einer verlängerten Frist von drei Monaten. Dabei beabsichtigte der Arbeitgeber, dem Mitarbeiter eine weitere Chance zu geben, sich doch noch zu bewähren. Gegen diese Kündigung wehrte sich der



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Arbeitnehmer. Er hielt die lange Kündigungsfrist für eine unzulässige Umgehung der gesetzlichen Kündigungsschutzvorschriften und vertrat die Auffassung, dass mit einer längeren als der gesetzlichen Kündigungsfrist nur dann gekündigt werden dürfe, wenn ihm für den Fall der Bewährung verbindlich die Wiedereinstellung zugesagt werde. Das war hier unterblieben.

Die Entscheidung: Das LAG Baden-Württemberg entschied, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung wirksam aufgelöst worden ist, da der Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Kündigung noch keinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz hatte. Die verlängerte Kündigungsfrist läge nicht allein im Interesse des Arbeitgebers, da dem Arbeitnehmer eine Bewährungschance eingeräumt werden sollte. Eine „verbindliche“ Wiedereinstellungszusage sei nicht erforderlich gewesen. Eine missbräuchliche Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes liege nicht vor.

Konsequenzen für die Praxis: Das Gericht betonte, dass der Arbeitgeber während der Probezeit frei entscheiden kann, ob er kündigt oder nicht. Diese Freiheit wird lediglich dadurch eingeschränkt, dass die Kündigung nicht sitten- oder treuwidrig sein darf. Eine solche liege beispielsweise dann vor, wenn der Arbeitgeber kurz vor Ablauf der Wartezeit kündigt, allein um den Erwerb des allgemeinen Kündigungsschutzes zu vereiteln und eigentlich keine Beendigungsabsicht hat. Ist dies der Fall, wird der Arbeitnehmer so behandelt, als wäre die Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes erfüllt – es bedarf dann zur Wirksamkeit der Kündigung also eines Kündigungsgrundes.

Praxistipp: Das LAG hat keine konkrete Aussage dazu getroffen, in welchem Umfang eine Verlängerung der Kündigungsfrist noch als zulässig angesehen werden kann. Dem Urteil zufolge ist aber zumindest eine Verlängerung der Frist um drei Monate möglich gewesen. In einem ähnlichen Fall hatte das BAG mit Urteil vom 7. März 2002 (2 AZR 93/01) bereits entschieden, dass eine Kündigungsfrist von vier Monaten nicht zu beanstanden sei, wenn die Frist unterhalb der längsten tariflichen Kündigungsfrist liege und dem Arbeitnehmer für den Fall der Bewährung Wiederein-

stellung zusagt. Auf Letzteres könnte nach dem aktuellen Urteil des LAG Baden-Württemberg sogar verzichtet werden.

Lisa Kimmig, Rechtsanwältin, BEITEN BURKHARDT Rechtsanaltsgesellschaft mbH, München

Raucherpausen – der (un)bezahlte Luxus

Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 5. August 2015 – 2 Sa 132/15

Sachverhalt: Ein Lagerarbeiter verlangte von seinem Arbeitgeber die Zahlung von einbehaltener Vergütung. Das Unternehmen hatte zuvor der langjährigen Praxis ein Ende bereitet, Raucherpausenzeiten zu bezahlen. Nach einer neuen Betriebsvereinbarung sollte nun zum Rauchen ausgestempelt werden. Der hiervon betroffene Lagerarbeiter – dessen Pausenzeiten sich auf bis zu 80 Minuten täglich erstreckten – akzeptierte dies nicht. Die Bezahlung der Raucherpausen hatte sich seiner Meinung nach über Jahre im Betrieb eingebürgert und wurde anstandslos hingenommen. Er dürfe also darauf vertrauen, dass dies vom Unternehmen so beibehalten werde.

Die Entscheidung: Das LAG lehnte den Anspruch ab. Der Arbeitnehmer durfte trotz langjähriger Gewohnheit nicht darauf vertrauen, dass Raucherpausen auch weiterhin vergütet werden. Eine sog. „betriebliche Übung“, die unter Umständen anspruchsgrundend hätte sein können, sei hier nicht entstanden. Zum einen wusste der Arbeitgeber mangels Zeiterfassung nicht, wann und wie lange die Mitarbeiter genau abwesend waren. Daher konnte er auch nicht stillschweigend in die Bezahlung dieser Zeiten einwilligen. Zum anderen sah das Gericht in der Handhabung durch den Betrieb eine Ungleichbehandlung zu Lasten der Nichtraucher. Diese arbeiteten im Schnitt deutlich mehr als die Raucher, erhielten hierfür jedoch die gleiche Vergütung.

Konsequenzen für die Praxis: Ein Anspruch auf Raucherpausen oder gar auf deren Vergütung existiert nicht. Dies gilt sogar dann, wenn das Unternehmen über Jahre hinweg keine Abzüge bei



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

der Bezahlung vorgenommen und die Raucherpausen geduldet hat. Den Rauchern verbleiben aber die nach § 4 Arbeitszeitgesetz vorgesehenen Pausen, in denen in der Regel auch geraucht werden darf.

Praxistipp: Viele kurze Raucherpausen können sich aufsummieren und zu Produktivitätseinbußen führen. Unternehmen sollten Häufigkeit und Länge von Raucherpausen über ihr Weisungsrecht oder mit einer Betriebsvereinbarung ordnen. Wichtig ist auch, dass Arbeitnehmer während des Rauchens und auf dem Weg zur „Raucherecke“ und zurück nicht unfallversichert sind – so zumindest das Sozialgericht Berlin. Deswegen haftet das Unternehmen dem Mitarbeiter gegenüber, wenn er sich infolge eines Verschuldens des Arbeitgebers in dieser Zeit verletzt. Ansonsten ist es an der Unfallversicherung, Schäden zu liquidieren.

Alex Worobjow, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT Rechtsanaltsgesellschaft mbH, München

Kein deutschlandweites Versetzungsrecht ohne Rücksicht auf Bedürfnisse des Arbeitnehmers

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vom 26. August 2015 – 3 Sa 157/15

Sachverhalt: Der seit acht Jahren bei der Arbeitgeberin, einem Dienstleistungsunternehmen, angestellte Mitarbeiter war seit 2009 auf einer Dauerbaustelle an seinem Wohnort als Isolierer eingesetzt. In seinem Arbeitsvertrag ist geregelt, dass er auf allen Baustellen eingesetzt werden kann, auch auf solchen, die er von seiner Wohnung aus nicht jeden Tag erreichen kann. Der Mitarbeiter hat drei schulpflichtige Kinder. Im Herbst 2014 hatte er eine fristlose Kündigung erhalten. Nachdem er vor dem Arbeitsgericht den Kündigungsschutzprozess gewonnen hatte, teilte die Arbeitgeberin ihm mit, er müsse ab sofort an einem rund 660 km entfernten Einsatzort arbeiten. Sein alter Arbeitsplatz sei zwischenzeitlich besetzt. Mit seiner Klage wandte der Mitarbeiter sich gegen die Versetzung. Er war der Auffas-

sung, die Arbeitgeberin hätte Rücksicht auf seine familiären Verhältnisse nehmen müssen und verwies auf kinderlose und ungebundene Kollegen.

Die Entscheidung: Das LAG hielt die Versetzung des Mitarbeiters an den neuen Arbeitsort für unwirksam. Auch wenn eine Arbeitgeberin den Arbeitsort einseitig festlegen dürfe, müsse sie nach billigem Ermessen alle wechselseitigen Umstände und Interessen abwägen und angemessen berücksichtigen. Dazu gehörten die beiderseitigen Bedürfnisse und die sozialen Lebensverhältnisse. Die Arbeitgeberin habe Rücksicht auf familiäre Belange des Mitarbeiters zu nehmen, soweit dem nicht betriebliche Gründe oder Belange anderer Kollegen entgegenstehen. Sofern Auswahlmöglichkeiten bestünden, müsse die Arbeitgeberin denjenigen Mitarbeiter für diese Versetzung auswählen, der weniger schutzwürdig ist. Da die Arbeitgeberin keine Erwägungen zu möglichen berücksichtigungsfähigen Interessen des Mitarbeiters angestellt habe, sei die Versetzungsentcheidung unbillig.

Konsequenzen für die Praxis: Nach § 106 S. 1 Gewerbeordnung (GewO) kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Bei der Ausübung des Weisungsrechts muss sich der Arbeitgeber in den Grenzen des billigen Ermessens halten. Auch wenn hier eine Einzelfallentscheidung vorliegt, zeigt die Entscheidung die Grenzen des Direktionsrechts. Arbeitgeber haben, auch aufgrund des Grundrechtsschutzes von Ehe und Familie, die sozialen Lebensverhältnisse der Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Jedoch sind die strengen Anforderungen der Sozialauswahl im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes nicht auf Versetzungen zu übertragen. Damit verbleibt Arbeitgebern auch zukünftig zumindest in Bezug auf die Ausübung des Weisungsrechts mehr Spielraum als bei der Sozialauswahl im Hinblick auf betriebsbedingte Kündigungen.

Nadine Radbruch, Rechtsanwältin, BEITEN BURKHARDT Rechtsanaltsgesellschaft mbH, München



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Entschädigungsanspruch wegen Verstoß gegen den Mutterschutz

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom
16. September 2015 – 23 Sa 1045/15

Sachverhalt: Einer schwangeren Arbeitnehmerin wurde ohne die erforderliche Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde gekündigt.

Schon einige Monate zuvor hatte der Arbeitgeber vergeblich versucht, der bereits damals schwangeren Mitarbeiterin ohne eine entsprechende Zustimmung während der Probezeit zu kündigen. Die nachfolgende Kündigungsschutzklage gewann die Mitarbeiterin, da sie den Arbeitgeber kurz nach der ersten Kündigung von ihrer Schwangerschaft in Kenntnis setzte. Die Arbeitnehmerin er hob nun auch gegen die zweite Kündigung Kündigungsschutzklage und verlangte zusätzlich Entschädigung in Geld wegen einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechtes.

Die Entscheidung: Das LAG hat entschieden, dass aufgrund der fehlenden Zustimmung der zuständigen Arbeitsschutzbehörde die Kündigung unwirksam sei. Darüber hinaus hat es der Arbeitnehmerin auch eine Entschädigung in Geld zugesprochen. Bei einem mehrfachen und offensichtlichen Verstoß gegen den Sonderkündigungsschutz einer werdenden Mutter liege eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechtes vor. Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) stünde der Mitarbeiterin deshalb eine Entschädigung in Geld zu. Im vorliegenden Fall hat das LAG 1.500 EUR als angemessen angesehen.

Konsequenzen für die Praxis: Einer schwangeren Arbeitnehmerin darf aufgrund des Mutterschutzgesetzes nur in besonderen Fällen gekündigt werden, beispielsweise bei besonders groben Pflichtverletzungen. Dies gilt auch während der Probezeit. Zudem muss in einem solchen Fall vor der Kündigung die Zustimmung der zuständigen Arbeitsschutzbehörde eingeholt werden. Die vorliegende Entscheidung liegt auf der Rechtsprechungslinie des BAG, nach der auch schon ein einmaliger Verstoß gegen Mutterschutzzverschriften eine Benachteiligung im Sinne des AGG indizieren kann. Wie offensichtlich ein solcher Verstoß gegen die Schutzzverschriften sein muss, kann nicht pauschal gesagt werden. Einem Arbeitgeber, der sich nach einer ihm gegenüber erklärten Schwangerschaft nicht an die gesetzlichen Regelungen hält, droht jedoch – insbesondere bei offensichtlichen oder mehrfachen Verstößen – eine Entschädigungszahlung nach dem AGG.

Praxistipp: Sollte eine schwangere Mitarbeiterin sich etwas zu Schulden kommen lassen, muss die Zustimmung der Behörde auch dann vor der Kündigung eingeholt werden, wenn dem Arbeitgeber die Schwangerschaft erst nach der Kündigung mitgeteilt wird. Für diese Mitteilung hat die Arbeitnehmerin nach der Kündigung zwei Wochen Zeit. Der Arbeitgeber muss nach der Mitteilung die Zustimmung einholen und der Mitarbeiterin erneut kündigen.

*Manuel Schütt, LL.M. Eur., Rechtsanwalt,
Wirtschaftsmediator (MuCDR), BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgeellschaft mbH, München*