



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 Blickpunkt | Seite 1 |
| Rechtsprechung | Seite 8 |

Im Blickpunkt

Vorsicht bei arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen

Viele Arbeitsverträge enthalten Formulierungen wie diese:

„Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden.“

Regelmäßig, jedenfalls wenn man die von der Rechtsprechung geforderte Mindestdauer der Fristen von drei Monaten berücksichtigt, halten solche Regelungen zu Verfalls- bzw. Ausschlussfristen der gesetzlich vorgeschriebenen Inhaltskontrolle von vorformulierten Arbeitsvertragsklauseln stand. Sie dienen der Rechtssicherheit und gelten gerade im Arbeitsrecht als durchaus sachgerecht.

Eine bislang noch wenig beachtete Gesetzesänderung, die zum 1. Oktober 2016 in Kraft tritt, bewirkt allerdings, dass ab diesem Stichtag die o. g. Formulierung nicht mehr zu verwenden ist. Für neu abgeschlossene Arbeitsverträge würde sie dazu führen, dass nur Arbeitgeber bei der Geltendmachung von Ansprüchen die darin enthaltenen strengen Vorgaben einhalten müssen. Dem Arbeitnehmer hingegen wird man eine unterlassene schriftliche Geltendmachung bei dieser Arbeitsvertragsklausel nicht mehr anspruchsaus-schließend entgegenhalten können. Er könnte sich – bei entsprechendem Nachweis – sogar auf eine nur mündliche Geltendmachung berufen.

Hintergrund:

Neuregelung des § 309 Nr. 13 BGB

Ab dem 1. Oktober 2016 gilt eine neue Fassung der Klauselkontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für die Form von Anzeigen und Erklärungen. Danach ist es bei den meisten Vertragsarten – u. a. Arbeitsverträgen – zukünftig nicht mehr gestattet, für Anzeigen und Erklärungen, die gegenüber dem Verwender von AGB abzugeben sind, eine strengere Form als die Textform vorzusehen.

Die Textform kann nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) u. a. durch Fax oder E-Mail gewahrt werden. Demgegenüber erfordert die Einhaltung der strengen Schriftform i. d. R. eine im Original (eigenhändig) unterzeichnete Erklärung. Nach § 127 Abs. 2 BGB gilt zwar für eine vertraglich vereinbarte Schriftform die Auslegungsregel, dass im Zweifel eine „telekommunikative Übermittlung“ als ausreichend anzusehen ist. Dies bedeutet, dass auch bei der o. g. Klausel das Erfordernis der „schriftlichen“ Geltendmachung bereits durch eine E-Mail gewahrt ist. Entscheidend war aus Sicht des Gesetzgebers aber, dass Adressaten solcher Vorgaben regelmäßig nicht die genannte Auslegungsvorschrift kennen und daher u. U. Ansprüche als verfallen betrachten, die sie z. B. nur per E-Mail geltend gemacht hatten. Die Gesetzesänderung stammte eigentlich aus dem Kontext des Online-Handels und diente nicht primär der Regulierung von Arbeitsverträgen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich aber auch gegenüber Arbeitnehmern ergeben, die möglicherweise unter Verweis auf die nicht eingehaltene Schriftform von der Geltendmachung eigentlich noch nicht verfallener Ansprüche abgehalten werden könnten.

Handlungsbedarf bei Arbeitsvertragsmustern

Zukünftig sollten daher entsprechende Formulierungen in Arbeitsverträgen wie folgt angepasst werden:



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

„...wenn sie nicht binnen drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei **in Textform** geltend gemacht werden.“

Es empfiehlt sich, eine solche Anpassung auch anlässlich neuer Vereinbarungen zu bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen vorzunehmen; insbesondere wenn generell ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, der den bisherigen ersetzt. Für Verträge, die vor dem 1. Oktober 2016 geschlossen und danach nicht mehr verändert wurden, bleibt es hingegen bei der bisherigen Rechtslage und Wirksamkeit entsprechender Klauseln, vgl. Art. 229 § 37 des Einführungsgesetzes zum BGB.

Folgen für weitere Schriftformerfordernisse

Üblicherweise enthalten Arbeitsverträge weitere Schriftformerfordernisse, beispielsweise für die Erklärung einer Kündigung oder auch für Vertragsänderungen. Hier wirkt sich die Gesetzesänderung nicht aus: Kündigungserklärungen müssen nach § 623 BGB ohnehin schriftlich erfolgen, und auch der Abschluss zusätzlicher Vereinbarungen kann einem Schriftformerfordernis unterworfen werden. Für tarifvertragliche Ausschlussfristen ändert sich auch nichts, da Tarifverträge generell nicht der AGB-Kontrolle unterliegen (§ 310 Abs. 4 S. 1 BGB). Verweist aber der Arbeitsvertrag auf einen Tarifvertrag, der ein Schriftformerfordernis bei Geltendmachung von Ansprüchen vorsieht und nur kraft dieser Bezugnahme anwendbar wird, sollte eine eigene Regelung der Ausschlussfrist im Arbeitsvertrag vorgesehen werden.

Praxistipp

Anlässlich der nun ohnehin erforderlichen Überprüfung der Ausschlussklauseln in den eigenen Musterverträgen sollten vorsorglich auch die vorgesehenen Verfallfristen auf Beachtung der Anforderungen der Rechtsprechung geprüft werden. Noch immer sind Klauseln mit zweimonatigen oder gar noch kürzeren Fristen weit verbreitet. Ausschlussklauseln halten einer Inhaltskontrolle allerdings nur stand, wenn auf jeder Stufe eine Frist von drei Monaten nicht unterschritten wird. Eine zu kurze Frist wird auch nicht automatisch durch eine angemessene längere Frist ersetzt.

Fazit

Die Gesetzesänderung zeigt einmal mehr, wie schnell einstmals übliche und bewährte Klauseln durch einen Federstrich des Gesetzgebers oder neue Rechtsprechung überholt sein können. Arbeitgeber sind daher gut beraten, ein einmal entwickeltes Arbeitsvertragsmuster nicht als „in Stein gemeißelt“ zu betrachten, sondern es regelmäßig zu überprüfen und zu aktualisieren.

Dr. Dietmar Müller-Borutta, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

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

Die EU-Datenschutz-Grundverordnung – dringender Handlungsbedarf für Arbeitgeber

Am 25. Mai 2016 ist nach vierjährigen Verhandlungen die umstrittene EU-Datenschutz-Grundverordnung (nachfolgend „DS-GVO“) in Kraft getreten. Sie wird nach einer Übergangszeit von zwei Jahren die EU-Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG ablösen und das deutsche Datenschutzrecht in weiten Teilen ersetzen. Denn die DS-GVO gilt ab dem 25. Mai 2018 europaweit „unmittelbar und zwingend“. Nicht nur die umfangreichen Regelungen sorgen für dringenden Handlungsbedarf für jeden Arbeitgeber, sondern vor allem ihre gegenüber dem deutschen Datenschutzrecht erheblich verschärfte Sanktionen. So können z. B. bei Verstößen gegen die Bestimmungen der DS-GVO Geldbußen in Höhe von bis zu 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt werden. Im Hinblick auf den Beschäftigtendatenschutz enthält die DS-GVO eine sog. Öffnungsklausel. Hiernach können die Mitgliedstaaten „spezifischere“ Regelungen erlassen. Die DS-GVO sieht hierzu weder eine Pflicht der nationalen Gesetzgeber noch Fristen vor. Deshalb wird in der einschlägigen Literatur lebhaft darüber



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

diskutiert, inwieweit das deutsche Bundesdatenschutzgesetz (nachfolgend „BDSG“) und insbesondere § 32 weiterhin anwendbar bleiben. Ein eigenes Beschäftigtendatenschutzgesetz wird mit Spannung erwartet. Da aber vor dem Hintergrund des Bundeswahlkampfes 2017 keine bedeutenden Gesetzesänderungen mehr zu erwarten sein dürften, ist mit einem solchen Gesetz nicht vor dem Auslauf der zweijährigen Anpassungsfrist zu rechnen. Die (vorrangigen) Vorschriften der DS-GVO haben die Arbeitgeber aber unabhängig davon zu befolgen, ob ein nationales Gesetz erlassen wird oder nicht.

Für wen besteht der Handlungsbedarf?

Jeder Arbeitgeber, der Beschäftigtendaten erhebt, übermittelt oder anderweitig verwendet, unterfällt der DS-GVO. Ausgeklammert sind lediglich die Datenverarbeitungsvorgänge, die der Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten dienen. Neu ist die Anknüpfung der DS-GVO an die Niederlassung des Arbeitgebers, unabhängig davon, ob die Datenverarbeitung tatsächlich in der Union stattfindet. Die DS-GVO gilt für die ganz, teilweise oder nichtautomatisierte Datenverarbeitung, wenn die personenbezogenen Daten in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Ein Arbeitgeber hat zudem die Vorgaben der DS-GVO dann zu beachten, wenn er Personalakten lediglich in Papierform führt bzw. personenbezogene Daten von Bewerbern und/oder Arbeitnehmern in einem persönlichen Gespräch erhebt.

Handlungsempfehlungen

Arbeitgebern ist zu raten, noch vor dem Auslauf der zweijährigen Frist die Datenverarbeitungsvorgänge in ihren Unternehmen auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben der DS-GVO zu überprüfen und bei Bedarf anzupassen. Hierzu könnte Folgendes erforderlich sein:

1. Abschluss bzw. Anpassung von Betriebsvereinbarungen

Die Verarbeitung von Beschäftigtendaten aufgrund (wirksamer) Betriebsvereinbarungen (nachfolgend „BV“) bleibt weiterhin möglich. Sie sollten dabei die (Mindest-)Vorgaben der DS-GVO abbilden.

Die wichtigsten (allgemeinen) Anforderungen der DS-GVO an eine datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage sind:

- Zweckbindung (der eindeutige Verarbeitungszweck – z. B. Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten, wie Personalverwaltung, Lohn- und Gehaltsabrechnung – muss in der Rechtsgrundlage festgelegt werden; die Datenverarbeitung zu anderen Zwecken ist dann grundsätzlich unzulässig)
- Beschränkung der Speicherdauer (Beschäftigtendaten dürfen in der Regel nur so lange gespeichert werden, wie dies zum Erreichen der festgelegten Zwecke erforderlich ist)
- Datenminimierung (nur die für die Erreichung der Zwecke erforderlichen Daten dürfen erhoben und verarbeitet werden)
- Datenrichtigkeit und- aktualität (der Arbeitgeber hat die unzutreffenden oder nicht mehr benötigten Daten unverzüglich zu löschen oder zu berichtigen)
- Datensicherheit (der Arbeitgeber hat die erhobenen Daten vor unbefugtem Zugriff Dritter bzw. vor zufälligem Verlust zu schützen).

Die datenschutzrechtlichen BV sollten somit die aufgezeigten Grundsätze sicherstellen und möglichst in klarer und einfacher Sprache verfasst werden. Als mögliche Regelungsfelder kommen insbesondere in Betracht:

- Aufklärung von Beschäftigten über ihre Rechte nach der DS-GVO
- Auftragsdatenverarbeitung (z. B. Lohnabrechnungen oder Aktenvernichtung durch externe Dienstleister)
- Umgang mit besonderen Datenkategorien (Gesundheitsdaten, Religion usw.)
- Verarbeitung von Beschäftigtendaten in Ablagesystemen (z. B. SAP) etc.

Praxistipp:

Bereits abgeschlossene BV sollten auf ihre Vereinbarkeit mit der DS-GVO überprüft werden. Falls keine existieren, sollte dies unter Beachtung der o. g. Grundsätze zeitnah nachgeholt werden.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Zu achten ist wie erwähnt auf die exakte Beschreibung der Datenverarbeitungszwecke sowie der Beschäftigtenrechte.

2. Einholung von Einwilligungen

Im Arbeitsverhältnis war und bleibt die Einwilligung des Beschäftigten typischer datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand. Sie kann nach der DS-GVO auch mündlich oder elektronisch erteilt werden. Da der Arbeitgeber die Einwilligungserteilung beweisen muss, empfiehlt es sich, eine schriftliche Erklärung einzuholen. Eine wirksame Einwilligung setzt ebenfalls die Erfüllung der allgemeinen Grundsätze der DS-GVO voraus. Darüber hinaus ist erforderlich, dass:

- die Einwilligung im Hinblick auf den bestimmten Verwendungszweck und ohne Zwang erteilt wird (der erste Entwurf der DS-GVO klammerte die Einwilligung im „arbeitsrechtlichen“ Kontext als datenschutzrechtlichen Tatbestand wegen eines klaren Ungleichgewichts der Vertragspartner weitgehend aus; Arbeitsverhältnisse waren im Kommissionsentwurf als Beispiel für die mangelnde Freiwilligkeit aufgeführt; dieser Vorschlag fand in der Endfassung keinen Niederschlag; die DS-GVO nennt als Beispiel für eine Situation möglichen Ungleichgewichts nun die Einwilligungserklärung gegenüber einer Behörde; im arbeitsrechtlichen Kontext kommt es somit auf eine differenzierte Prüfung im Einzelfall an, ob die Erklärung ohne Zwang erteilt wurde)
- das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und zugänglicher Form sowie in einer klaren und einfachen Sprache erfolgt
- die Einwilligungserklärung von anderen Erklärungen klar getrennt werden kann.

Die Einwilligung ist für die Zukunft widerruflich. Der Widerruf muss dabei genauso einfach wie die Erteilung sein.

Praxistipp

Fehlende Einwilligungen sollten eingeholt werden. Die bereits erteilten Erklärungen sind auf ihre Vereinbarkeit mit den aufgezeigten Vorgaben der DS-GVO zu überprüfen und ggf. anzupassen.

3. Aufklärung von Beschäftigten

Arbeitgeber haben nach der DS-GVO zahlreiche Informations- und Aufklärungspflichten. Z. B. müssen Beschäftigte fristgemäß über ihre Rechte unterrichtet werden. Zu den wesentlichen Beschäftigtenrechten gehören insbesondere:

- das Recht auf Zugang, Berichtigung, Löschung und Herausgabe von personenbezogenen Daten
- das Widerspruchs- und Auskunftsrecht
- das Beschwerde- und Klagerecht
- das Schadenersatzrecht etc.

Arbeitgeber haben ihre Beschäftigten bereits zum Zeitpunkt der Datenerhebung aufzuklären, wenn sie die Daten direkt erheben. Im Fall einer „Dritt-erhebung“ sieht Art. 14 DS-GVO eine angemessene Informationsfrist vor. In der Praxis bietet sich insbesondere die Unterrichtung durch allgemeine Datenschutzbedingungen bzw. (Rahmen-)BV an.

Checkliste

Arbeitgeber könnten anhand der folgenden Checkliste prüfen, ob in ihrem Fall Handlungsbedarf besteht:

- Ist für jeden Datenverarbeitungsprozess eine Erlaubnisgrundlage hinreichend dokumentiert, insbesondere:
- Sind Einwilligungserklärungen nachweisbar sowie in klarer und leicht verständlicher Sprache formuliert?
- Bilden die BV die Anforderungen der DS-GVO hinreichend ab?
- Werden die Vorgaben der DS-GVO für die Verarbeitung besonderer Datenkategorien (z. B. Gesundheit, Rasse usw.) befolgt?
- Entspricht die Auftragsdatenverarbeitung den Anforderungen der DS-GVO?
- Ist ein Verfahren etabliert, mit dem evtl. Datenschutzpannen innerhalb der gesetzlichen Fristen der zuständigen Aufsichtsbehörde bzw. den Betroffenen gemeldet werden können?



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

- Wurden geeignete technische und organisatorische Maßnahmen getroffen, die sicherstellen, dass beim Einsatz der Systeme nur die notwendigen personenbezogenen Daten verarbeitet werden und dass sie nur in dem tatsächlich erforderlichen Umfang verarbeitet werden?
- Werden die Beschäftigten ausreichend und transparent über ihre Rechte informiert?
- Ist die Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach Art. 37 DS-GVO (ggf. in Verbindung mit § 4 f BDSG) erforderlich?

Fazit

Die europaweiten Neuregelungen im Bereich des Datenschutzes bringen für deutsche Arbeitgeber umfangreiche Handlungspflichten mit sich. Sie haben sowohl die Regelungen der DS-GVO als auch nationale datenschutzrechtliche Vorschriften zu beachten. Die gerade im Arbeitsverhältnis typischen Erlaubnisgrundlagen für die Datenverarbeitung – BV und Einwilligungen – sollten die aufgezeigten Vorgaben der DS-GVO hinreichend abbilden. Darüber hinaus sind die Beschäftigten über ihre Rechte klar und verständlich zu unterrichten.

*Olga Morasch, Rechtsanwältin, BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

Vorerst keine 40-Euro-Pauschale wegen Lohnverzug

Bereits 2014 wurde § 288 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) um einen Absatz 5 ergänzt. Danach kann der Gläubiger (Arbeitnehmer) einer Entgeltforderung (Gehalt) von einem unternehmerischen Schuldner (Arbeitgeber) im Falle des Zahlungsverzugs die Zahlung einer Verzugspauschale in Höhe von EUR 40,00 verlangen. Bislang wurde dieser Änderung wenig Beachtung geschenkt, obwohl die Zahlung einer solchen Ver-

zugspauschale für den Arbeitgeber sehr teuer werden kann, wenn er das Gehalt des Arbeitnehmers in zu geringer Höhe oder zu spät ausbezahlt. Gegenwärtig ist jedoch umstritten, ob die Verzugspauschale im Arbeitsrecht zur Anwendung gelangt. Die Verzugspauschale in Höhe von EUR 40,00 galt zunächst nur für Vertragsbeziehungen, die nach dem 28. Juli 2014 abgeschlossen wurden. Ab dem 1. Juli 2016 kann die Verzugspauschale auch für Vertragsbeziehungen verlangt werden, die vor dem 28. Juli 2014 vereinbart wurden.

Mögliche finanzielle Konsequenzen für Unternehmen

Die neu eingeführte Verzugspauschale könnte für den Arbeitgeber sehr teuer werden. Üblicherweise wird das Gehalt monatlich ausbezahlt. Die Verzugspauschale entsteht jedoch für jeden Monat neu, in dem der Arbeitgeber schuldhaft überhaupt kein Gehalt, zu wenig (sei es auch nur 1 Cent) oder das Gehalt zu spät (sei es auch nur um einen Tag) auszahlt. Dadurch kann sich auch ein relativ geringer Betrag schnell aufsummieren: Für den Fall, dass der Arbeitgeber 500 Mitarbeiter beschäftigt und diese zu wenig oder zu spät Gehalt beziehen, würden allein die zu bezahlenden Verzugspauschalen EUR 20.000,00 pro Monat betragen, die auch für jeden weiteren Verzugsmoat erneut anfallen. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber keine Mahnung wegen des Lohnverzugs erhalten hat, da der Zeitpunkt der Auszahlung des Lohns im Arbeits- oder Tarifvertrag festgelegt ist.

Erste Rechtsprechung zur neuen Vorschrift

Die herrschende Meinung in der Literatur ist der Auffassung, dass die Verzugspauschale auch im Arbeitsrecht anwendbar ist, weil der Wortlaut des § 288 Abs. 5 BGB dies nicht ausschließt. Dieser Ansicht ist das Arbeitsgericht Düsseldorf in einer aktuellen Entscheidung (Urteil vom 12. Mai 2016 – 2 Ca 5416/15) begrüßenswerterweise nicht gefolgt. Entgegen der bis dato herrschenden Meinung hat das Gericht entschieden, dass eine Durchsetzung der Verzugspauschale in analoger Anwendung des § 12a Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG) im arbeitsgerichtlichen Verfahren erster Instanz ausgeschlossen ist und deshalb der



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Arbeitgeber im Falle des Lohnverzugs nicht zur Zahlung einer solchen verpflichtet werden darf.

Fazit

Somit können Arbeitgeber vorerst erleichtert sein, die bislang einzige arbeitsgerichtliche Entscheidung hat der 40-Euro-Pauschale eine Absage erteilt. Angesichts der Umstände, dass die Frage der Anwendbarkeit der Verzugspauschale im Arbeitsrecht nicht höchstrichterlich entschieden ist, der Anwendungsbereich der Verzugspauschale erst seit dem 1. Juli 2016 auf alle Vertragsverhältnisse erweitert wurde und die herrschende Meinung die Anwendbarkeit der Verzugspauschale auch im Arbeitsrecht bejaht, sollten Arbeitgeber die Entwicklung der Problematik zur Verzugspauschale bei Lohnverzug aufmerksam verfolgen.

Dr. Anne Praß, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

Gerd Kaindl, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

„Alle Jahre wieder“: Das Thema Urlaub zum Jahresschluss

Erholungsurlaub ist nach dem Gesetz „die zum Zweck der Erholung erfolgende, zeitweise Freistellung des Arbeitnehmers von der ihm obliegenden Arbeitspflicht unter Fortzahlung der Vergütung“. So weit, so gut. Doch was tun, wenn zum Jahresende das Urlaubskonto noch gefüllt ist? Gerade dann versuchen Arbeitnehmer, ihren noch nicht verplanten Urlaub genehmigen zu lassen, damit er nicht verfällt. Was die Unternehmen beim etwaigen Verfall des Urlaubsanspruchs sowie der Übertragungsmöglichkeit auf das folgende Kalenderjahr beachten müssen, erläutert dieser Beitrag und bringt dabei auch die eine oder andere Überraschung zum Vorschein.

Grundsatz: Verfall zum 31.12. des laufenden Kalenderjahres

Grundsätzlich ist der Urlaub im Urlaubsjahr, d. h. im laufenden Kalenderjahr zu gewähren und zu nehmen. In der Regel teilt der Arbeitnehmer dem Unternehmen seinen Urlaubswunsch mit, den der Arbeitgeber genehmigt, wenn keine betrieblichen Belange oder vorrangig zu gewährende Urlaubsansprüche entgegenstehen. Nimmt der Mitarbeiter den Urlaub nicht, verfällt der Urlaubsanspruch grundsätzlich mit Ablauf des Kalenderjahres.

Wichtig: Hat der Arbeitnehmer rechtzeitig vor Ablauf des Jahres Urlaub beantragt, der Arbeitgeber diesen aber nicht gewährt, steht dem Mitarbeiter nach Ablauf des Kalenderjahres ein Schadensersatzanspruch in Höhe der nicht gewährten Urlaubstage zu, wenn der Urlaubsanspruch nicht ausnahmsweise auf das nächste Kalenderquartal übertragen werden kann. Dieser Schadensersatzanspruch verjährt erst nach drei Jahren. Nach Ansicht einiger Landesarbeitsgerichte entsteht ein solcher Schadensersatzanspruch auch dann, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub gar nicht beantragt hat. Insbesondere die Landesarbeitsgerichte Berlin, Köln und teilweise München sind mit ihren Entscheidungen aus den Jahren 2014 bis 2016 – allerdings entgegen der (noch) geltenden Rechtsprechung des BAG – der Auffassung, dass das Unternehmen in der Pflicht ist, den Urlaub von sich aus auch ohne entsprechendes Verlangen des Arbeitnehmers festzulegen. Auch wenn derzeit nicht abzusehen ist, ob sich die alleinige Verpflichtung des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung im Ergebnis tatsächlich durchsetzen wird, sollte darauf geachtet werden, dass Urlaubsansprüche jeweils im laufenden Kalenderjahr, spätestens jedoch bis zum Ablauf des Übertragungszeitraums, gewährt und genommen werden. Hier bietet sich an, die Arbeitnehmer z. B. gegen Ende des dritten Quartals schriftlich darauf hinzuweisen, dass sie noch nicht verplanten Urlaub beantragen sollen; denn im Zweifel wollen Mitarbeiter ihre Urlaubsansprüche nicht verfallen lassen. Weigern sich Arbeitnehmer, Urlaubswünsche zu äußern, sollte zur Sicherheit der Urlaub vom Unternehmen festgelegt werden, um nicht Schadensersatzansprüchen ausgesetzt zu sein.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Ausnahme: Übertragung auf das nächste Kalenderjahr

Kann der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch aufgrund dringender betrieblicher Gründe (z. B. plötzlichem außergewöhnlichen Arbeitsanfall, Saisonbetrieb am Ende des Jahres, temporär hohem Krankenstand etc.) nicht gewähren, wird der aus dem laufenden Kalenderjahr noch verbliebene Urlaubsanspruch auf das nächste Kalenderjahr übertragen. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen nicht in der Lage war, seinen Urlaub rechtzeitig zu nehmen, z. B. aufgrund Arbeitsunfähigkeit. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen wird der noch offene Urlaubsanspruch aus dem laufenden Jahr auf das erste Quartal des Folgejahres übertragen. Der Urlaub muss also bis spätestens zum 31.3. des Folgejahres gewährt und genommen werden; ansonsten verfällt er endgültig.

Praxistipp

Arbeitsvertraglich kann vereinbart werden, dass der Urlaub auch ohne Vorliegen bestimmter Gründe übertragen wird oder dass der übertragene Urlaub auch über den 31.3. hinaus genommen werden kann.

Eine solche Übertragung erfolgt automatisch kraft Gesetzes. Aus Gründen der Rechtssicherheit bietet es sich aber an, dem Arbeitnehmer vor Ablauf des Kalenderjahres mitzuteilen, ob aus Sicht des Unternehmens entsprechende Gründe für eine Übertragung vorliegen.

Eine Übertragung des Urlaubsanspruchs auf das gesamte Folgejahr ist bei Mitarbeitern, die erst nach dem 30.6. eingestellt werden, möglich. Diesen Arbeitnehmern steht mangels Erfüllung der sechsmonatigen Wartezeit im laufenden Kalenderjahr nur ein Teilurlaub in Höhe von einem Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses zu. Eine Übertragung muss der Arbeitnehmer jedoch zumindest durch ein sogenanntes „schlüssiges Verhalten“ vor Ablauf des Kalenderjahres verlangen.

Inzwischen Klassiker: Übertragung des Urlaubsanspruchs bei Langzeitkranken

Eine Besonderheit ist dann zu beachten, wenn der Urlaub aufgrund längerer Arbeitsunfähigkeit

weder im laufenden Kalenderjahr noch während des Übertragungszeitraums auf das folgende Kalenderquartal genommen werden kann. Dann verfällt der Urlaubsanspruch erst spätestens nach 15 Monaten nach dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist. Erkrankt ein Mitarbeiter daher im Jahr 2016 und hat er in diesem Jahr noch offene Urlaubsansprüche, verfallen diese nicht zum 31.3.2017, sondern erst zum 31.3.2018, wenn der Mitarbeiter über den 31.3.2017 hinaus arbeitsunfähig ist. Nach Gesundung treten diese übertragenen Urlaubsansprüche zu dem Urlaubsanspruch des dann laufenden Kalenderjahres hinzu und unterliegen dem regulären Fristenregime des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG).

Praxistipp: Differenzierung zwischen gesetzlichem und übergesetzlichem Urlaubsanspruch

Das BUrlG sowie die dazu ergangene Rechtsprechung gelten nur für den Mindesturlaub von jährlich vier Wochen. Zusätzlicher Urlaub, sogenannter übergesetzlicher Mehrurlaub, kann abweichenden arbeits- oder tarifvertraglichen Vereinbarungen unterliegen. Arbeitsverträge können beispielsweise vorsehen, dass der übergesetzliche Mehrurlaub in jedem Fall – also auch bei Vorliegen betrieblicher Gründe oder einer länger andauernden Arbeitsunfähigkeit – zum 31.12. des laufenden Kalenderjahres verfällt. Vom Gesetz abweichende Regelungen sind aber nur dann verbindlich, wenn sie klar zwischen dem gesetzlichen und dem übergesetzlichen Urlaubsanspruch differenzieren. Fehlen diese deutlichen Unterscheidungspunkte, teilt der übergesetzliche Mehrurlaub das Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubs.

Bei arbeitsvertraglicher Differenzierung zwischen gesetzlichem und übergesetzlichem Urlaubsanspruch sollte zudem auch geregelt werden, dass bei Gewährung von Urlaubstagen zunächst der gesetzliche Mindesturlaub und erst nach dessen Erfüllung der übergesetzliche Mehrurlaub erfüllt wird.

Fazit

Das Urlaubsrecht betrifft alle Arbeitnehmer. Aus diesem Grund ist es auch dauerhaft Streitgegenstand vor den Arbeitsgerichten. Insbesondere der



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

europarechtliche Einfluss in der Rechtsprechung der letzten Jahre hat dazu geführt, dass das Urlaubsrecht maßgeblichen Änderungen unterfiel, ohne dass sich das BUrlG an sich geändert hätte. Auch in Zukunft sollte daher die Rechtsprechung im Blick behalten werden.

Katharina Domni, Rechtsanwältin, BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

Rechtsprechung

Elternzeit: Kein Sonderkündigungsschutz bei Beantragung per Fax oder E-Mail

Bundesarbeitsgericht vom 10. Mai 2016 – 9 AZR 145/15

Sachverhalt

Vor dem BAG wurde über die Frage gestritten, ob sich eine Arbeitnehmerin, die die Elternzeit per Fax beantragt hatte, auf den Sonderkündigungsschutz berufen kann, der in der Elternzeit besteht. Die Klägerin, eine Rechtsanwaltsfachangestellte, hatte ihren Antrag auf Elternzeit für zwei Jahre per Fax eingereicht. Die Beklagte, eine Rechtsanwaltskanzlei, kündigte das Arbeitsverhältnis während der vermeintlichen Elternzeit. Im Kündigungsrechtsstreit berief sich die Klägerin auf den Sonderkündigungsschutz nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG). Danach kann ein Arbeitgeber bei einem wirksamen Antrag auf Elternzeit das Arbeitsverhältnis ab diesem Zeitpunkt nicht mehr kündigen.

Entscheidung

Die Vorinstanzen gaben der Klägerin Recht und ließen die Beantragung der Elternzeit per Fax zur Begründung des Sonderkündigungsschutzes genügen. Das Hessische Landesarbeitsgericht argumentiert z. B., dass der Begriff „schriftlich“ in § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG, der die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Elternzeit regelt, nicht die gesetzliche Schriftform im Sinne der §§ 125, 126 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)

meint. Dies sah das BAG jedoch anders. Danach genügt eine Beantragung der Elternzeit per Fax nicht. Nach Ansicht des Gerichts erfordert das Elternzeitverlangen die Einhaltung der strengen Schriftform im Sinne von § 126 BGB. Daher muss der Antrag auf Elternzeit eigenhändig durch Namensunterschrift des Antragstellers oder mittels notariell beglaubigtem Handzeichen unterzeichnet sein. Ein Fax oder eine E-Mail wahrt diese Schriftform nicht und führt zur Nichtigkeit der Erklärung.

Konsequenzen für die Praxis

Mit diesem Urteil stellt das BAG klar, dass Voraussetzung für einen wirksamen Elternzeitantrag das Eingehen eines handschriftlich unterzeichneten Antrags im Original ist. Bei einem Antrag per Fax oder per E-Mail erhält der Arbeitgeber keine Originalunterschrift, sondern nur eine Kopie des Antrags. Der Antrag mit Originalnamensunterschrift verbleibt beim Arbeitnehmer. Dies genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht. Vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer während der Elternzeit einen besonderen Kündigungsschutz erhält und die Inanspruchnahme der Elternzeit keiner Zustimmung des Arbeitgebers bedarf, erscheinen die hohen Anforderungen an die Schriftform nachvollziehbar.

Praxistipp

Aus Arbeitgebersicht dient das vorgenannte Urteil der Rechtssicherheit. Eine Beantragung der Elternzeit per Fax oder E-Mail führt zur Nichtigkeit des Antrags. Sollte der Arbeitnehmer trotz nichtiger Beantragung nicht zur Arbeit erscheinen, stellt dies ein unentschuldigtes Fehlen bzw. ein pflichtwidriges Fernbleiben dar. Dies kann eine Kündigung nach sich ziehen. Wahren Arbeitnehmer bei der Beantragung der Elternzeit nicht das strenge Schriftformerfordernis der Originalnamensunterschrift, können sie sich damit nicht nur nicht auf den Sonderkündigungsschutz berufen, sondern riskieren darüber hinaus sogar ihr Arbeitsverhältnis.

*Dr. Michaela Felisiak, LL.M., Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*



Gesetzlicher Mindestlohn für Bereitschaftszeiten

Bundesarbeitsgericht vom 29. Juni 2016 – 5 AZR 716/15

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer ist als Rettungsassistent beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden nach dem Arbeitsvertrag die Regelungen des Tarifvertrags für den Öffentlichen Dienst für den Bereich Verwaltung im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TVöD-V) Anwendung. Die danach regelmäßige Wochenarbeitszeit beträgt 39 Stunden. Entsprechend der tariflichen Sonderregelung zu Bereitschaftszeiten im Rettungsdienst wird die wöchentliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, bestehend aus Vollarbeits- und Bereitschaftszeit, auf durchschnittlich 48 Stunden festgesetzt. Das Bruttomonatsgehalt beträgt EUR 2.680,31 nebst Zulagen. Der Arbeitnehmer machte geltend, er erhalte sein Entgelt für 39, nicht etwa für 48 Wochenstunden. Für die Bereitschaftszeit leiste der Arbeitgeber also keine Vergütung, zumindest keine, die dem gesetzlichen Mindestlohn entspricht. Die tarifliche Vergütungsregelung zu Bereitschaftszeiten sei daher auf Grund des Inkrafttretens des Mindestlohngesetzes unzulässig geworden. Er verlangte eine übliche Vergütung von brutto EUR 15,81 je Arbeitsstunde für geleistete Bereitschaftszeiten im Januar und Februar 2015.

Entscheidung

Nach Auffassung des BAG sind Bereitschaftszeiten mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten. Dieser sei für jede geleistete Arbeitsstunde zu zahlen. Zur vergütungspflichtigen Arbeit rechnen auch Bereitschaftszeiten, während derer sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort – innerhalb oder außerhalb des Betriebs – bereithalten müsse, um bei Bedarf die Arbeit aufzunehmen. Im Ergebnis lehnte das BAG einen weiteren Vergütungsanspruch dennoch ab, da dieser schon erfüllt sei. Bei maximal 228 Arbeitsstunden, die der Kläger mit Vollarbeit und Bereitschaftszeiten in einem Monat tatsächlich leis-

ten könne, erreiche die gezahlte Monatsvergütung von EUR 2.680,31 den gesetzlichen Mindestlohn (228 Stunden zu EUR 8,50 = EUR 1.938,00 monatlich) nicht nur, sondern übersteige ihn. Damit sei das Mindestlohngesetz eingehalten.

Konsequenzen für die Praxis

Entsprechend dem Urteil des BAG vom 19. November 2014 (5 AZR 1101/12) zum Mindestentgelt in der Pflegebranche hat das Gericht nun für den gesetzlichen Mindestlohn bestätigt, dass Bereitschaftszeit vergütungspflichtige Arbeitszeit ist. Für die Einhaltung des Mindestlohngesetzes genügt es aber, wenn durch den Bruttomonatslohn sowohl die Vollarbeitszeit als auch eine zusätzliche Bereitschaftszeit abgegolten und der gesetzliche Mindestlohn insgesamt eingehalten wird.

Praxistipp

Zum einen sollten Arbeitgeber sichergehen, dass das Monatsgehalt für Vollarbeit und Bereitschaftszeit insgesamt dem gesetzlichen Mindestlohn entspricht. Es ist demnach durchzurechnen, ob pro geleistete Arbeitsstunde durchschnittlich EUR 8,50 (ab 1. Januar 2017 EUR 8,84) gezahlt werden. Zum anderen muss klar sein, dass die Bereitschaftszeit zur regelmäßigen, vertraglich bereits geschuldeten Arbeitszeit gehört. Nur dann wird sie mit der vertraglichen Vergütung abgegolten. Andernfalls wird der Arbeitnehmer erwarten können, dass seine zusätzliche Arbeitsleistung gesondert honoriert wird. Weiter zu beachten hat der Arbeitgeber den Unterschied zwischen Bereitschaftszeit und Rufbereitschaft. Die in dem Urteil entwickelten Grundsätze zum Mindestlohn für Bereitschaftszeiten lassen sich nicht ohne weiteres auf die Rufbereitschaft übertragen. Hier wird die Vergütung mit dem Mindestlohn nur in den Fällen erforderlich sein, in denen der Arbeitnehmer auch tatsächlich arbeitet.

Sophia Jungbauer, Maître en Droit (Paris II), Rechtsanwältin, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München



Keine Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit Entleihunternehmen als Folge verdeckter Arbeitnehmerüberlassung – zugleich Ausblick auf die Neuregelungen im AÜG

Bundesarbeitsgericht vom 12. Juli 2016 – 9 AZR 352/15 u. a.

Sachverhalt

Eine technische Zeichnerin stand etwa neun Jahre in einem Arbeitsverhältnis mit der Vertragsarbeitgeberin. Von Beginn an war sie jedoch bei einem Automobilhersteller als Konstrukteurin eingesetzt. Zwischen den beiden Unternehmen bestand diesbezüglich eine als „Werkvertrag“ bezeichnete Vereinbarung. Die Vertragsarbeitgeberin verfügte über die gesamte Zeit des Einsatzes bei der Automobilherstellerin über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Nachdem der Vertrag zwischen der Vertragsarbeitgeberin und der Automobilherstellerin beendet worden war, kündigte erstere das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt. Die technische Zeichnerin wehrte sich gerichtlich dagegen und argumentierte, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen der Vertragsarbeitgeberin und der Automobilherstellerin, die sie verklagte, um einen Scheinwerkvertrag gehandelt habe und um eine nicht genehmigte und den Anforderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) nicht entsprechende Überlassung. Von der vorliegenden Erlaubnis habe die Vertragsarbeitgeberin keinen Gebrauch gemacht. Im Hinblick auf den sich fast zehn Jahre erstreckenden Einsatz im Betrieb der Beklagten könne das auch nicht mehr als vorübergehende Überlassung angesehen werden. Für den Zeitraum bis zum Ablauf ihres Einsatzes bei der Automobilherstellerin trug sie eine Reihe von Aspekten vor, die einem Werkvertrag entgegenstehen, z. B. weil eine Eingliederung in den Betrieb der Automobilherstellerin vorgelegen und sie Arbeitsanweisungen direkt von diesem und nicht von der Vertragsarbeitgeberin erhalten habe.

Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen und u. a. ausgeführt, dass es dahinstehen könne, ob es sich bei den Verträgen zwischen der Vertragsarbeitgeberin und der Automobilherstellerin um Scheinwerkverträge gehandelt habe und in Wirklichkeit eine Arbeitnehmerüberlassung vorlag, da die Vertragsarbeitgeberin für die Gesamtdauer des Einsatzes über eine uneingeschränkte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügte. Gemäß § 9 Nr. 1 AÜG seien Verträge zwischen Verleiher und Entleiher sowie zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nur unwirksam, wenn der Verleiher die Erlaubnis nicht hat. Selbst wenn es die Absicht des Vertragsarbeitgebers gewesen sei, die Erlaubnis nur als „Vorratserlaubnis“ einzusetzen zu wollen, gelte nichts anderes.

Entscheidung

Dem hat sich das BAG in seiner Entscheidung, die derzeit nur als Pressemitteilung vorliegt, angeschlossen. Es gilt damit nach der bestehenden Gesetzeslage, dass solange der Vertragsarbeitgeber eine gültige AÜG-Erlaubnis vorweisen kann, auch eine sogenannte verdeckte Arbeitnehmerüberlassung nicht zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und „Entleiher“ führt.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung wird sehr wahrscheinlich nur für Fälle von Relevanz sein, die sich bis Ende dieses Jahres ereignen. Nachdem die Bundesregierung am 2. Juni 2016 nach langen Diskussionen das Gesetz zur Änderung des AÜG beschlossen und den überarbeiteten Entwurf vom 20. Juli 2016 an den Deutschen Bundestag weitergeleitet hat (vgl. zuletzt BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe Juni 2016, Seite 9 f.), spricht viel dafür, dass das Gesetz wie vorgesehen am 1. Januar 2017 in Kraft tritt. Danach wird eine sog. Vorratserlaubnis nicht mehr helfen. Die „verdeckte“ Überlassung über Scheinwerk-/Scheindienstverträge mit Erlaubnis soll vielmehr der Überlassung ohne Erlaubnis gleichgestellt werden: In beiden Fällen soll künftig ein Arbeitsverhältnis zum vermeintlichen Werkbesteller/Dienstberechtigten zustande kommen. Nach In-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

krafttreten dieses Gesetzes wäre der Fall somit anders zu entscheiden.

Ausblick

Nach dem neuen AÜG muss die Überlassung im Vertrag zwischen Verleiher und Einsatzunternehmen ausdrücklich als solche bezeichnet werden. Darüber hinaus bestimmt das neue Gesetz, dass vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren ist. Diese neue Konkretisierungspflicht wird die Praxis vor Schwierigkeiten stellen. Denn oft werden im Überlassungsvertrag die zu überlassenden Arbeitnehmer (noch) nicht namentlich angegeben werden können. Damit korrespondiert eine neue Informationspflicht gegenüber dem Leiharbeitnehmer. Der Verleiher muss den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird. Auch diese Unterrichtung ist zu Beweis Zwecken zu dokumentieren. Es stellt zukünftig eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 EUR geahndet werden kann, wenn Verleiher und Entleiher die Überlassung nicht offenlegen. Ein Verstoß gegen die Informationspflicht gegenüber dem Leiharbeitnehmer wird „nur“ mit einer Geldbuße bis zu 1.000,00 EUR bedroht.

Die gesetzlich vorgesehene Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags soll in all diesen Fällen nach dem Entwurf dann nicht eintreten, wenn der Leiharbeitnehmer schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber Verleiher oder Entleiher erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem ursprünglichen Arbeitgeber (vermeintlicher Auftragnehmer/Werkunternehmer) festhält. In diesem Fall bleibt das Arbeitsverhältnis zu diesem Arbeitgeber bestehen. Das alles bedeutet für betroffene Unternehmen große Herausforderungen, auf die man sich bereits jetzt einstellen sollte.

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

Was bedeutet „in erheblichem Umfang“ bei einer befristeten Arbeitszeiterhöhung?

Bundesarbeitsgericht vom 23. März 2016 – 7 AZR 828/13

Sachverhalt

Ein Lehrer war im Jahr 2001 in ein Teilzeitarbeitsverhältnis mit einem etwa hälftigen Stundenvolumen eingetreten. Zwischen 2001 und 2011 wurden insgesamt zehn befristete Vereinbarungen geschlossen, um das Volumen der Arbeitszeit – zum Teil erheblich – zu erhöhen. Durch diese Vorgehensweise hatte der Arbeitgeber, eine private Schule, die Flexibilität, jedes Jahr neu über das zusätzliche Volumen des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden. Der Lehrer klagte hiergegen und wollte feststellen lassen, dass die letzte befristete Erhöhung des Stundenvolumens unzulässig war und er nun mit einem erhöhten Stundenvolumen auf Dauer zu beschäftigen sei.

Entscheidung

Das BAG gab dem Lehrer Recht. Das Gericht hielt zunächst fest, dass die Teilbefristung einer arbeitsvertraglichen Regelung nicht der Befristungskontrolle nach den Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) unterliegt. Vielmehr ist die Prüfung, ob eine derartige befristete Arbeitsvertragsbedingung zulässig ist oder nicht, am Maßstab der Inhaltskontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) durchzuführen (vgl. auch den Beitrag von Kimmig). Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist dabei jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitneh-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

mers, die nicht durch begründete und billigenswerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist. Im Rahmen der Prüfung der unangemessenen Benachteiligung führt das Gericht dann – etwas überraschend – aus, dass „trotz des unterschiedlichen Prüfungsmaßstabs bei der nach § 307 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle Umstände, die die Befristung eines Arbeitsvertrages insgesamt nach § 14 Abs. 1 TzBfG rechtfertigen könnten, nicht ohne Bedeutung seien“. Sie könnten sich bei der Interessenabwägung nach § 307 Abs. 1 BGB zu Gunsten des Arbeitgebers auswirken. Ein sachlicher Grund im Sinne von § 14 Abs. 1 TzBfG ist nach Auffassung des BAG notwendig, wenn die Arbeitszeit in erheblichem Umfang erhöht wird. Eine Arbeitszeiterhöhung in erheblichem Umfang liegt in der Regel vor, wenn sich das Erhöhungsvolumen auf mindestens 25 % eines entsprechenden Vollzeitverhältnisses beläuft. Insofern kommt das Gericht bei einer erheblichen Veränderung des Arbeitszeitvolumens zu dem kuriosen Ergebnis, dass zwar das TzBfG an sich nicht anwendbar ist, über die Regeln der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB allerdings der Maßstab des § 14 Abs. 1 TzBfG wieder Eingang findet, der einen Sachgrund für eine Befristung fordert.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung ordnet sich in die bisherige Rechtsprechung ein, die im Bereich der Angemessenheitsprüfung nach §§ 305 ff. BGB eine Erheblichkeitsschwelle von 25 % annimmt. Dies gilt beispielsweise im Bereich der Widerrufsvorbehalte. Ebenso wird die Erheblichkeitsschwelle bei 25 % für (flexibilisierte) erfolgsabhängige Vergütungen angesehen. Insgesamt kann diesem Urteil und den weiteren früheren Entscheidungen zur Angemessenheitskontrolle entnommen werden, dass die Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses bis zu 25 % durchaus möglich ist, darüber hinausgehend jedoch strengerer Regeln unterliegt, da letztlich der teilweise Bestand des Arbeitsverhältnisses in Frage steht.

Martin Fink, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München

Die befristete Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zur Erprobung erfordert die Einhaltung einer angemessenen Dauer

Bundesarbeitsgericht vom 24. Februar 2016 – 7 AZR 253/14

Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin war seit 2009 bei einem Textileinzelhandelsunternehmen als Verkäuferin beschäftigt. Das Kassieren zählte hierbei lediglich gelegentlich zu ihren Aufgaben. Im Mai 2012 schlossen sie und ihr Arbeitgeber die Vereinbarung, dass sie bis Ende August 2012 nicht mehr als Verkäuferin, sondern nun als Kassiererin tätig werden soll. Diese Tätigkeitsänderung ging mit einer Eingruppierung in eine höhere Gehaltsgruppe und damit mit der Erhöhung der Vergütung einher. Im September 2012 verständigten sich die Parteien auf eine weitere Verlängerung der Positionsveränderung bis Ende Februar 2013. Hintergrund der Verlängerung war, dass ein neues Kassensystem eingeführt wurde, weshalb, nach der Auffassung des Arbeitgebers, die weitere Befristung der Erprobung der Mitarbeiterin diene. Diese begehrte mit ihrer Klage die Feststellung der Unwirksamkeit der Befristung.

Entscheidung

Das BAG stellte klar, dass die befristete Übertragung der Tätigkeit einer Kassiererin einer Vertragsinhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) unterliegt. Die Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) seien nicht auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen anwendbar (vgl. auch den nebenstehenden Beitrag von Fink). Für die bei der Befristung einzelner Vertragsbedingungen vorzunehmende Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB gelten zwar andere Maßstäbe als für die Befristungskontrolle nach § 14 TzBfG, allerdings seien bei der nach § 307 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Angemessenheitskontrolle die rechtlichen Interessen beider Vertragsparteien zu be-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

werten und berücksichtigen. In diesem Rahmen können wiederum die Wertungen des TzBfG herangezogen werden, mit der Folge, dass bei Vorliegen eines Sachgrundes ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse anzunehmen sei. Ein solches Arbeitgeberinteresse könne dann gegeben sein, wenn die vereinbarte Vertragslaufzeit zu dem Erprobungszweck in einem angemessenen Verhältnis stehe.

Konsequenzen für die Praxis

Wie bereits mehrfach vom BAG entschieden, ist eine befristete Änderung einzelner Arbeitsbedingungen grundsätzlich möglich. In einem anderen Urteil hatte das BAG bereits klargestellt, dass auch die befristete Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zum Zwecke der Vertretung ein anerkanntes Interesse des Arbeitgebers darstellt (vom 7. Oktober 2015 – 7 AZR 945/13). Nun ist entschieden, dass auch die Erprobung ein anerkanntes Interesse des Arbeitgebers sein kann.

Praxistipp

Soll eine andere Tätigkeit zur Erprobung befristet übertragen werden, ist insbesondere darauf zu achten, dass die Dauer der Befristung in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck der Erprobung steht, da ansonsten die Befristung unwirksam sein kann. Weiterhin sind bei einer befristeten Veränderung der Vertragsbedingungen zwar die Regelungen des TzBfG nicht direkt anzuwenden, letztlich ist jedoch dennoch deren Maßstab hinsichtlich der Befristung zugrunde zu legen und sollte daher bei einer befristeten Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit beachtet werden.

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

Massenentlassung: Aufatmen beim Verfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG?

*Bundesarbeitsgericht vom 9. Juni 2016 –
6 AZR 405/15*

Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin war als Produktionsmitarbeiterin beschäftigt. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihrer Arbeitgeberin beschloss der beklagte Insolvenzverwalter die Stilllegung des Betriebs und unterrichtete den Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Rahmen einer Massenentlassung. Dabei teilte er die betroffenen Berufsgruppen nicht mit. Dennoch bestätigte der Betriebsrat im Interessenausgleich, dass er vollständig unterrichtet worden und das Konsultationsverfahren nach abschließender Beratung beendet sei. Nach Erstattung der Massenentlassungsanzeige kündigte der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin. Mit ihrer Klage wendete sie sich gegen diese Kündigung. Sie meinte, diese sei wegen fehlerhafter Durchführung des Konsultationsverfahrens unwirksam. Die Angaben bezüglich der Berufsgruppen hätten zwingend erteilt werden müssen.

Entscheidung

Obwohl der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Rahmen des Konsultationsverfahrens gemäß § 17 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) nicht die Berufsgruppen der von der Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmer mitgeteilt hatte, erklärte das BAG die Kündigung nicht wegen dieses Verfahrensfehlers für unwirksam. Vielmehr entschied es, dass dieser Verfahrensfehler durch die im Interessenausgleich erklärte abschließende Stellungnahme des Betriebsrats geheilt worden ist. Voraussetzung hierfür ist aber – so das BAG –, dass der Stellungnahme zu entnehmen ist, dass der Betriebsrat seinen Beratungsanspruch als erfüllt ansieht. Besonderheit war dabei, dass der Betrieb vollständig geschlossen wurde und alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entlassen wurden (s.o.).

Konsequenzen für die Praxis

§ 17 Abs. 2 KSchG normiert ein eigenständiges Konsultationsverfahren im Fall von sog. Massenentlassungen. Der Betriebsrat muss bei einer Massenentlassung also nicht nur im Rahmen von Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

gen konsultiert werden, sondern es bedarf auch eigenständiger Beratungen nach § 17 Abs. 2 KSchG. Diese Beratungen beinhalten erhebliche Form-/Verfahrenserfordernisse, wozu auch die Mitteilung der Berufsgruppen der von der Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmer zählt. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat hierüber – und über weitere Informationen – „schriftlich“ unterrichten. Bisher wurde dem Verfahren nach § 17 KSchG oft keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Es wurde anlässlich der Interessenausgleichs-/Sozialplanverhandlungen oft einfach „miterledigt“. Durch die Aufnahme einer Standarderklärung in den Interessenausgleich, wonach auch das Verfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG abgeschlossen sei, hatte es in der Regel sein Bewenden. Diese Vorgehensweise geriet durch die jüngere Rechtsprechung mehr und mehr unter Beschuss. Das BAG hatte erst im Jahr 2012 geurteilt, dass der Arbeitgeber seinen Pflichten aus § 17 Abs. 2 KSchG nicht genügt, wenn der Betriebsrat im Interessenausgleich erklärt, dass er rechtzeitig und umfassend über die anzeigepflichtigen Entlassungen unterrichtet worden sei (vom 20. September 2012 – 6 AZR 155/11).

Praxistipp

Diese sich verschärfende Rechtsprechung und weitere ungeklärte Rechtsfragen, wie die Frage, was unter „schriftlicher“ Mitteilung im Sinne des § 17 Abs. 2 KSchG zu verstehen ist (wohl Schriftform gemäß § 126 Abs. 1 BGB), machen es erforderlich, im Rahmen eines Personalabbaus noch sorgfältiger in Bezug auf das Verfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG zu arbeiten. Anderenfalls drohen für Arbeitgeber unnötige Schlappen vor Gericht, nur weil die Form nicht gewahrt wurde. Die jetzige Entscheidung des BAG geht glücklicherweise wieder in die richtige Richtung, indem das Gericht eine Heilungsmöglichkeit für Form- und Verfahrensfehler vorsieht, wenn der Betriebsrat im Rahmen des Interessenausgleichs eine abschließende Stellungnahme abgibt, wonach er seinen Beratungsanspruch nach § 17 Abs. 2 KSchG als erfüllt ansieht. Bisher liegt zu der Entscheidung allerdings nur eine Pressemitteilung vor. Es bleibt abzuwarten, ob diese doch sehr spitzfindig anmutende Rechtsprechung auch verallgemeine-

rungsfähig ist und greift, wenn nur ein Teil eines Betriebs geschlossen wird und/ oder andere Verfahrens- und Formfehler unterlaufen sind. Auf alle Fälle heißt es weiter, erhöhte Sorgsamkeit in Bezug auf das Verfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG walten zu lassen.

Henrik Lüthge, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Düsseldorf

Sonderurlaub für die Kur auf der Insel?

Bundesarbeitsgericht vom 25. Mai 2016 – 5 AZR 298/15

Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin war bei dem Land Niedersachsen als Köchin beschäftigt. Nach Aussagen ihrer Ärzte litt sie an mehreren Krankheiten. Die gesetzliche Krankenkasse bewilligte ihr die Beteiligung an Kosten für eine ambulante Vorsorgekur auf der Insel L. für die Dauer von drei Wochen. Nach Aussage ihres Arztes sei aus hautfachärztlicher Sicht die Durchführung einer solchen Kur wegen der Heilungsfunktion des Nordseeklimas empfehlenswert und zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit und Verbesserung des Allgemeinzustandes anzuraten. Das Land Niedersachsen stellte die Arbeitnehmerin zwar für die Dauer der Kur von der Arbeit frei, rechnete diese Zeit jedoch auf ihren Urlaub an. Seiner Meinung nach handelte es sich nicht um eine Einrichtung der „medizinischen Vorsorge“ im Sinne von § 9 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG), weshalb es auch nicht zur Fortzahlung des Lohns verpflichtet sei. Die durchgeführte Kur habe außerdem einen „urlaubsmäßigen Zuschnitt“, weil die Arbeitnehmerin ihren Tagesablauf weitgehend frei bestimmen könne.

Entscheidung

Das BAG wies – wie schon die Vorinstanzen – die Klage der Arbeitnehmerin ab. Es stellte fest, dass kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 9 Abs. 1 EFZG besteht. Zur Begründung führte es



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

im Wesentlichen aus, dass es sich bei dem „Kur- und Wellness Center L.“ nicht um eine Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung handelt. Eine Maßnahme löse aber nur dann einen Entgeltfortzahlungsanspruch aus, wenn sie in einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung im Sinne des § 107 Abs. 2 des 5. Buches Sozialgesetzbuch durchgeführt werde. Dies war hier nicht der Fall, so dass es auf den konkreten Tagesablauf in der Einrichtung nicht mehr ankam. Dass auch ein „urlaubsmäßiger Zuschnitt“ den Fortzahlungsanspruch entfallen lässt, hatte das BAG bereits in einer Entscheidung vom 31. Januar 1991 – 8 AZR 462/89 – festgestellt.

Konsequenzen für die Praxis

Für einen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 9 Abs. 1 EFZG („Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation“) muss der Arbeitnehmer zum einen durch ärztliche Belege konkret darlegen, um welche Erkrankung es sich handelt und wieso die bestimmte Maßnahme erforderlich ist, um z. B. eine Verschlimmerung des Gesundheitszustands zu vermeiden (vgl. LAG Niedersachsen vom 27. März 2015 – 10 Sa 1005/14). Zum anderen darf auch die Ausgestaltung der Kur selbst keinen urlaubsmäßigen Zuschnitt aufweisen.

Praxistipp

Die Tatsache, dass sich die gesetzliche Krankenkasse an einer Kur oder Erholungsmaßnahme beteiligt, bedeutet noch nicht, dass auch der Lohn fortgezahlt werden muss. Die Einrichtung muss – vereinfacht gesagt – vielmehr dazu dienen, einer bedeutenden Schwächung der Gesundheit des Arbeitnehmers oder seines Kindes vorzubeugen bzw. Krankheiten oder deren Verschlimmerung entgegenzuwirken. Arbeitgeber sollten sich daher zur Vermeidung von unnötigen Kosten kritisch mit einer Bewilligung von Kur- oder Rehabilitationsaufenthalten befassen und diese ggf. prüfen lassen.

Alex Worobjow, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München

Einsicht in Personalakten: kein Zutritt für den Arbeitnehmeranwalt

Bundesarbeitsgericht vom 12. Juli 2016 – 9 AZR 791/14

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war seit 1998 bei seinem Altarbeitgeber als Lagerist beschäftigt. Im Jahre 2013 erteilte ihm dieser wegen mehrerer Vertragsverstöße eine schriftliche Ermahnung. Diese wurde in der Personalakte dokumentiert. Im Jahre 2014 erfolgte ein Betriebsübergang auf den Neuarbeitgeber. Mit Blick auf die Ermahnung beantragte die prozessbevollmächtigte Rechtsanwältin des Arbeitnehmers (noch) gegenüber dem Altarbeitgeber Einsicht in die Personalakte. Der Altarbeitgeber verweigerte die Einsichtnahme durch die Anwältin mit der Begründung, dass die Einsicht aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht erfolgen könne. Daraufhin konkretisierte die Anwältin den Antrag und wollte gemeinsam mit dem Arbeitnehmer Einsicht in die Personalakte nehmen. Dieses Verlangen wies der Altarbeitgeber mit der Begründung zurück, dass die Einsichtnahme in die Personalakte ausschließlich dem Arbeitnehmer vorbehalten sei und daher eine Teilnahme der Anwältin nicht möglich sei. Jedoch sei es dem Arbeitnehmer erlaubt, sich auszugsweise Kopien zu machen und sich entsprechend den Vorgaben des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) auch von einem Betriebsratsmitglied begleiten zu lassen. Das Arbeitsgericht Würzburg hatte die Klage des Arbeitnehmers erstinstanzlich abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hat die Berufung, die sich nach dem zwischenzeitlich erfolgten Betriebsübergang nun gegen beide Arbeitgeber als Gesamtschuldner richtete, ebenfalls zurückgewiesen und festgestellt, dass das Einsichtsrecht des Arbeitnehmers in die Personalakte abschließend und umfassend in § 83 BetrVG geregelt sei.

Entscheidung

Die Revision vor dem BAG hatte keinen Erfolg. Ein Einsichtsrecht für den Prozessbevollmächtigten eines Arbeitnehmers besteht nach Ansicht des



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Gerichts nicht. Vielmehr habe der Arbeitnehmer durch die Möglichkeit zur Anfertigung von (auszugsweisen) Kopien der Schriftstücke ausreichend Gelegenheit, den Inhalt der Personalakte mit seiner Prozessbevollmächtigten zu diskutieren. Darüber hinaus habe er gem. § 83 BetrVG das Recht, in die geführten Personalakten Einsicht zu nehmen und dabei auch ein Mitglied des Betriebsrats hinzuzuziehen. Ein darüber hinausgehender Anspruch auf Einsichtnahme unter Hinzuziehung eines Rechtsanwalts besteht nicht.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung ist zu begrüßen, da sie zur Rechtssicherheit beiträgt und ein immer wieder aufkommendes Problem löst. Arbeitgeber haben nun Klarheit, wie sie sich in entsprechenden Fällen verhalten sollen.

Praxistipp

Dem Wunsch der Einsichtnahme in die Personalakte von Prozessbevollmächtigten der Arbeitnehmer kann nach dieser Entscheidung entgegengetreten werden. Sofern sich ein Arbeitnehmer mit der Einsichtnahme in seine Personalakte überfordert fühlt, steht es ihm frei, sich von einem Betriebsratsmitglied unterstützen zu lassen. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer darüber hinaus erlaubt hat, von Auszügen aus der Personalakte Kopien anzufertigen, kann der Arbeitnehmer nicht verlangen, dass sein Prozessbevollmächtigter bei der Einsichtnahme anwesend ist. In diesem Fall ist es nach dem Urteil des BAG ausreichend, dass dem Anwalt des Arbeitnehmers Kopien vorgelegt werden, sodass sich dieser selbst ein Bild zu möglichen streitigen Punkten machen kann.

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

„Wir mahnen den Betriebsrat ab“

*Arbeitsgericht Solingen vom 18. Februar 2016 –
3 BV 15/15 lev*

Sachverhalt

Ohne Abstimmung mit der Arbeitgeberin wollte

der Betriebsrat kurzfristig eine Abteilungsversammlung einberufen. Dies widerstrebte dem Unternehmen, das daraufhin dem Betriebsratsgremium eine „betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung“ erteilte. Der Betriebsrat wiederum wollte dies nicht auf sich beruhen lassen und beantragte bei Gericht, der Arbeitgeberin aufzugeben, die Abmahnung „zurückzunehmen“.

Entscheidung

Das Arbeitsgericht hat den Antrag des Betriebsrats als unzulässig zurückgewiesen – es fehlte u. a. an der erforderlichen Präzisierung des Antrags. Nicht der konkrete Ausgang des Verfahrens ist sonderlich erwähnenswert, durchaus aber der Umstand, dass das Arbeitsgericht generell den Ausspruch einer betriebsverfassungsrechtlichen Abmahnung gegenüber dem Betriebsratsgremium für zulässig erachtet. Denn ob ein solches Instrument zur Verfügung steht, ist durchaus umstritten.

Konsequenzen für die Praxis

Die betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung stellt für den Arbeitgeber eine Handlungsoption dar, wenn ein Verhalten zwar als rechtswidrig anzusehen ist, dabei aber noch keine „grobe Verletzung“ der betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten (§ 23 Abs. 1 BetrVG) besteht. Die Abmahnung ist dann „Warnschuss“. Und selbst wenn eine grobe Pflichtverletzung gegeben ist, kann die Abmahnung das Mittel der Wahl sein, hat der Arbeitgeber doch häufig kein Interesse daran, den Betriebsrat tatsächlich auflösen zu lassen (und Neuwahlen durchzuführen). Ein ähnlicher „Warn-effekt“ kann mit Einleitung eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens zur Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Handlung des Betriebsrats erreicht werden – nur ist dies mit entsprechendem Aufwand verbunden und der Arbeitgeber trägt, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, auch die Rechtsanwaltskosten des Betriebsrats. Abzuwarten bleibt, ob die Möglichkeit einer betriebsverfassungsrechtlichen Abmahnung künftig dazu führt, dass eine solche Abmahnung gerichtlich für erforderlich gehalten wird, bevor ein Verfahren nach § 23 BetrVG zum Erfolg führen kann.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Praxistipp

Bei der Formulierung einer betriebsverfassungsrechtlichen Abmahnung ist im Grundsatz von den Regeln für eine individualrechtliche Abmahnung auszugehen: Das abzumahnende Verhalten ist konkret zu beschreiben, aufzuzeigen, welches Verhalten zu fordern ist und deutlich zu machen, dass im Wiederholungsfall Konsequenzen drohen. Als Konsequenz ist auf die Einleitung eines Verfahrens nach § 23 Abs. 1 BetrVG zu verweisen. Individualrechtliche Konsequenzen haben in der betriebsverfassungsrechtlichen Abmahnung

dagegen nichts zu suchen (und sind ggf. in eine parallel zu erteilende individualrechtliche Abmahnung aufzunehmen). Schließlich ist eine betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung auch nicht zu den Personalakten der einzelnen Betriebsratsmitglieder zu nehmen, sondern bei der allgemeinen Korrespondenz mit dem Betriebsrat aufzubewahren.

Dr. Gerald Peter Müller, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin