



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:

Rechtsprechung	Seite 1
Im Blickpunkt	Seite 13
Kurzmeldungen	Seite 17
Anstehende BAG-Entscheidungen	Seite 17

Rechtsprechung

Das Tarifeinheitsgesetz – mit dem Grundgesetz vereinbar!?

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vom 11. Juli 2017 – 1 BvR 1571/15 u. a.

Sachverhalt

Bis zum Jahr 2010 vertrat das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz „Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“. Nach Aufgabe dieses Grundsatzes gab es vermehrt Arbeitskämpfe, bei denen gerade sogenannte Spartengewerkschaften ihre Macht nutzten, um Arbeitgeber durch Streiks dazu zu bewegen, den Tarifforderungen nachzukommen. Die Streikmacht kleinerer Gewerkschaften resultierte daraus, dass ihre Arbeitnehmer häufig Schlüsselpositionen einnahmen, wie etwa Piloten, Lokführer oder Mitarbeiter der Flugsicherung. Dem soll das Tarifeinheitsgesetz vom 10. Juli 2015 entgegenwirken. Mit ihm soll der vorherige Rechtszustand, „Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“, wiederhergestellt werden – und zwar dadurch, dass der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft, der die meisten Arbeitnehmer im Betrieb angehören, den Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft verdrängt. Für den Fall, dass die Minderheitsgewerkschaft streikt, wurde vertreten, dass dieser Streik unverhältnismäßig sei. Die Spartengewerkschaften wie GdF, GdL, VC und UFO sowie der Marburger Bund fürchteten dadurch eine Existenzbedrohung, da sie im Falle der Verdrängung „ihres“ Tarifvertrags keine Durch-

setzungsmöglichkeiten mehr hätten und dies dazu führen könnte, dass eine Mitgliedschaft in diesen Spartengewerkschaften für Arbeitnehmer unattraktiv würde.

Die Entscheidung

Das BVerfG entschied, dass das Tarifeinheitsgesetz weitgehend mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Verfassungswidrig ist das Gesetz nur insoweit, als nicht sichergestellt ist, dass im Mehrheitstarifvertrag Interessen der Minderheitenberufsgruppen hinreichend berücksichtigt sind. Der Gesetzgeber ist nun dazu verpflichtet, dies bis zum 31. Dezember 2018 zu regeln. Darüber hinaus hat das BVerfG entschieden, dass die Verdrängungsregelung restriktiv auszulegen sei. Insbesondere müssten „unzumutbare Härten“ vermieden werden. Das heißt, dass bestimmte tarifvertraglich garantierte Leistungen in keinem Fall verdrängt werden dürfen. Das BVerfG nennt beispielhaft Leistungen zur Alterssicherung, zur Arbeitsplatzgarantie oder zur Lebensarbeitszeit. Zudem stellt das Gericht fest, dass selbst bei klaren Mehrheitsverhältnissen im Betrieb für die streikende Gewerkschaft auch bei einer rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahme kein Haftungsrisiko bestehen dürfe. Dies müssten die Arbeitsgerichte gegebenenfalls in verfassungskonformer Anwendung der Haftungsregelungen sicherstellen.

Konsequenzen für die Praxis

Insgesamt wird deutlich, dass das BVerfG das Tarifeinheitsgesetz zwar nicht für richtig erklärt, aber den Schutz von Spartengewerkschaften bestätigt hat. Die vom Gesetzgeber und den großen Gewerkschaften bezeichnete Verschiebung der Machtverhältnisse zu Gunsten der großen Gewerkschaften wird also durch dieses Gesetz nicht eintreten. Allerdings wirft das BVerfG in der Begründung mehr Fragen auf als es beantwortet. Es ist zu erwarten, dass die Arbeitsgerichte auch in



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Zukunft insbesondere die Frage der Rechtmäßigkeit von Streiks stark beschäftigen wird. Abzuwarten bleibt auch, welches Instrument der Gesetzgeber zum Schutz der Minderheitsberufsgruppen entwickeln kann, ohne den Kern des Tarifeinheitsgesetzes in Frage zu stellen. Es ist zu erwarten, dass in Zukunft Gewerkschaften, die die gleiche Mitarbeitergruppe im Betrieb vertreten, wieder enger zusammenarbeiten werden. Andererseits werden sich insbesondere Sparten gewerkschaften sehr darum bemühen, in ausgewählten Betrieben so viele Mitglieder anzuwerben, dass sie selbst die Mehrheitsgewerkschaft sind und damit über ausreichend Verhandlungsmacht bei Tarifverhandlungen verfügen.

*Markus Künzel,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*

*Martin Fink,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*

Deutsche unternehmerische Mitbestimmung mit dem Unionsrecht vereinbar

*Europäischer Gerichtshof (EuGH) vom
18. Juli 2017 – C-566/15*

Sachverhalt

Bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter für den mitbestimmten Aufsichtsrat des Tourismus-Konzerns TUI haben ca. 10.000 Mitarbeiter in Deutschland, nicht aber ca. 40.000 im EU-Ausland mitgewählt. Ein Anteilseigner der TUI AG hatte sich gegen die daraus resultierende Zusammensetzung des Aufsichtsrats und damit gegen den bisherigen üblichen „Territorialitätsgrundsatz“ gewandt. Er sah einen Verstoß des MitbestG gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das allgemeine Verbot der Diskriminierung. Das Kammergericht Berlin hat den Fall dem EuGH vorgelegt.

„Unternehmerische Mitbestimmung“ bedeutet, dass in Unternehmen mit Sitz in Deutschland und in einer bestimmten Rechtsform, wie der AG oder der GmbH, ein mit Vertretern der Arbeitnehmer besetzter Aufsichtsrat zu bilden ist, wenn die Schwelle einer bestimmten Anzahl von regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmern überschritten ist. Der Aufsichtsrat ist bei in der Regel mehr als 500 beschäftigten Arbeitnehmern zu einem Drittel (Drittelpartizipationsgesetz, DrittelpG) bzw. bei regelmäßig mehr als 2.000 beschäftigten Arbeitnehmern zur Hälfte (Mitbestimmungsgesetz, MitbestG) aus Arbeitnehmervertretern (Arbeitnehmer, leitende Angestellte, Gewerkschaftsmitglieder) zu besetzen.

Die Entscheidung

Der EuGH entschied, dass das MitbestG nicht unionsrechtswidrig ist und hat damit die deutschen Regeln zur Wahl von Arbeitnehmern in Aufsichtsräte bestätigt. Damit verfügen Arbeitnehmer deutscher Konzerne, die im Inland beschäftigt sind, über mehr Mitbestimmungsrechte als Arbeitnehmer des deutschen Konzerns, die im Ausland beschäftigt sind. Die Argumente der Klägerseite, dass das MitbestG gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Arbeitnehmer in Deutschland verlieren bei einer Beschäftigung und einem Umzug ins Ausland ihr Wahlrecht) und das allgemeine Verbot der Diskriminierung (bei Arbeitnehmern von Tochtergesellschaften im Ausland handelt es sich naturgemäß regelmäßig um Arbeitnehmer ohne deutsche Staatsangehörigkeit) verstöße, wies der EuGH zurück.

Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil führt zu Rechtssicherheit, sodass die Regeln der unternehmerischen Mitbestimmung nach dem MitbestG und dem DrittelpG wie bisher in rechtmäßiger Weise angewendet werden können. Eine Entscheidung, die die Unionsrechtswidrigkeit der deutschen Mitbestimmung festgestellt hätte, hätte erhebliche Auswirkungen gehabt.

Praxistipp

Je nach Ausgang der Wahl könnten sich die Regelungen der unternehmerischen Mitbestimmung



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

natürlich auch ändern, womit es mit der Rechtssicherheit auch schon wieder zu Ende sein könnte. Es ist kein Geheimnis, dass die deutsche unternehmerische Mitbestimmung von vielen Unternehmen kritisch gesehen und als Einschränkung der unternehmerischen Freiheit wahrgenommen wird. Dies missfällt den Gewerkschaften und den „linksorientierten“ politischen Parteien. Im Koalitionsvertrag könnte deshalb beispielsweise vorgesehen werden, dass die unternehmerische Mitbestimmung und damit die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsratsgremien gestärkt werden, indem der Geltungsbereich des MitbestG und des DrittelpG insbesondere bei den Schwellenwerten neu gefasst werden soll und dass mehr Unternehmen von der unternehmerischen Mitbestimmung erfasst sein werden.

Unternehmen müssen der Einschränkung der unternehmerischen Freiheit und den aufgezeigten Folgen aber nicht tatenlos zusehen. Es gibt zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten, frühzeitig einer möglichen Stärkung der Unternehmensmitbestimmung entgegenzutreten, beispielsweise den Wechsel der Rechtsform, die Unterschreitung der Schwellenwerte oder die Sitzverlegung.

*Dr. Erik Schmid,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*

*Hinweis: Der Beitrag ist in ähnlicher Form auch
in arbeitsrechtlichen Blog des Autors unter
www.rehmnetz.de/blog-arbeitsrecht/ erschienen.*

Umgang mit vermeintlich unbilligen Weisungen: Rechtsprechungsänderung droht

*Bundesarbeitsgericht (BAG) vom 14. Juni 2017 –
10 AZR 330/16*

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer wollte einer Versetzung von Dortmund nach Berlin nicht Folge leisten, obwohl

das Weisungsrecht des Arbeitgebers eine Versetzung generell ermöglichte. Als Argument führte der Mitarbeiter u. a. an, dass seine Interessen nicht ausreichend berücksichtigt worden seien und die Weisung wegen „Unbilligkeit“ nicht befolgt werden müsse. Er verweigerte die Arbeitsaufnahme in Berlin. Die Vorinstanz gab dem Arbeitnehmer Recht.

Die Entscheidung

Der 10. Senat des BAG möchte sich der Auffassung der Vorinstanz anschließen und vertreten, dass Arbeitnehmer einer unbilligen Weisung des Arbeitgebers nicht – und auch nicht nur vorläufig bis zu einer gerichtlichen Klärung – folgen müssen. Damit will sich der 10. Senat gegen die bisherige Rechtsprechung des 5. Senats stellen.

Nach bisheriger Auffassung des 5. Senats (Urteil vom 22. Februar 2012 – 5 AZR 249/11) haben Arbeitnehmer Weisungen zu befolgen, auch wenn sie diese für unbillig halten. Dies gilt, solange nicht die Unbilligkeit der Weisung rechtskräftig festgestellt ist. Kommt der Mitarbeiter der Weisung nicht nach, so riskiert er nicht nur seinen Lohnanspruch, sondern auch eine Abmahnung oder gar Kündigung. Erst mit rechtskräftiger Feststellung, dass die Weisung unbillig ist – so der 5. Senat nach bisheriger Auffassung –, besteht für den Arbeitnehmer nicht mehr die Pflicht, der Weisung zu folgen.

Um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren, hat der 10. Senat nun beim 5. Senat angefragt, ob Letzterer an seiner bisherigen Auffassung festhalte. Sollte keine Einigkeit zwischen den Senaten zu erzielen sein, so wird der Große Senat des BAG in der Sache zu entscheiden haben. Ob der 5. Senat an seiner bisherigen Auffassung festhalten wird, ist schwer absehbar, zumal sich u. a. der Vorsitz im 5. Senat seit dem letzten Urteil in dieser Frage personell entscheidend verändert hat.

Konsequenzen für die Praxis

Arbeitnehmer haben Weisungen des Arbeitgebers zu befolgen, solange sie nicht wegen eines Verstoßes gegen Arbeitsvertrag, einschlägige Kol-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

lektivregelungen (Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) oder gegen das Gesetz unwirksam sind. Weisungen müssen sich ferner im Rahmen „billigen Ermessens“ halten und dürfen insgesamt nicht „unbillig“ sein. Entsprechend hat der Arbeitgeber die wesentlichen Umstände des Falles abzuwegen und für die Entscheidungsfindung die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen. Es liegt auf der Hand, dass bei einem solchen Abwägungsprozess leicht Uneinigkeit entsteht. Darüber haben letztlich die Arbeitsgerichte zu entscheiden.

Von hoher Bedeutung aber ist die Frage, wie sich Arbeitnehmer in der Zeit bis zur gerichtlichen Klärung der Billigkeit einer erteilten Weisung zu verhalten haben: Müssen sie zunächst einmal der Weisung Folge leisten oder können sie sich der Weisung widersetzen, indem sie „Unbilligkeit“ anführen? Die Entscheidung des 10. Senats betrifft diese praktisch sehr relevante Frage. Bis Einigkeit der Senate erzielt ist oder der Große Senat des BAG eine Entscheidung getroffen haben wird, besteht nun in der Praxis Rechtsunsicherheit.

Praxishinweis

Arbeitgeber müssen bei der Weisungserteilung besonderes Augenmerk auf die sorgfältige Abwägung der beiderseitigen Interessen legen. Gerade wenn es um Weisungen zur überörtlichen Versetzung geht, sollten Arbeitgeber keinen „Schnellschuss“ riskieren. Zusätzlich ist der vorsorgliche Einsatz der Änderungskündigung zu erwägen: Der neue Arbeitsort wird nicht per Weisung angeordnet, sondern der bisherige Arbeitsvertrag wird gekündigt und zugleich wird ein neuer Arbeitsvertrag mit konkreter Bezeichnung des neuen Arbeitsortes angeboten. Sofern der Arbeitnehmer die dadurch geänderten Bedingungen unter Vorbehalt annimmt, ist er auch zur „einstweiligen Befolung“ der Weisung verpflichtet.

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

„Spionageverbot“ für den Chef – BAG setzt mit Grundsatzurteil der verdeckten Kontrolle von Arbeitnehmern Grenzen

Bundesarbeitsgericht (BAG) vom 27. Juli 2017 – 2 AZR 681/16

Sachverhalt

Im Zusammenhang mit der Freigabe eines Netzwerks teilte das Unternehmen seinen Arbeitneh-



Produktipp

Pollert/Spieler

Die Arbeitnehmerüberlassung in der betrieblichen Praxis

Personaleinsatz bedarfsgerecht steuern und rechtssicher gestalten



300 Seiten. Softcover
ISBN 978-3-8073-2553-8
5. Auflage 2017
€ 44,99

[\[Mehr Info\]](#)

Die Neuauflage informiert praxisnah über die aktuellen Rechtsänderungen wie beispielsweise die neuen Obergrenzen für Zeitarbeitseinsätze und liefert alle Informationen, die Sie brauchen:

- Wann und in welchem Umfang ist Arbeitnehmerüberlassung sinnvoll und zulässig? Hier liefert die Broschüre Entscheidungshilfen.
- Was muss bei der Einstellung, bei der Beschäftigung selbst und bei der Beendigung beachtet werden?
- Flankierende rechtliche Fragen bei behördlichen Verfahren und Besonderheiten für die verleihenden und entleihenden Arbeitgeber werden lösungsorientiert behandelt.
- Welche Besonderheiten gelten im öffentlichen Dienst?

Ein rechtssicherer Umgang mit der Materie wird durch zahlreiche Fallbeispiele, Checklisten, Vertragsmuster und Praxistipps gewährleistet. Vertragsmuster sind online abrufbar.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

mern mit, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgelogg“ würden. Sie installierte auf dem Dienst-PC des späteren Klägers eine sog. Keylogger-Software, die sämtliche Tastatureingaben protokollierte und regelmäßig Bildschirmfotos fertigte, noch bevor ein hinreichender Verdacht oder konkrete Vermutungen hinsichtlich des Fehlverhaltens eines Arbeitnehmers vorlagen. Die Auswertung der Daten ergab, dass der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit den Dienst-PC in einem erheblichen Rahmen für private Zwecke genutzt hatte. Er wurde mit den Ergebnissen konfrontiert, räumte auch ein, den Dienst-PC privat genutzt zu haben, jedoch nur im geringen Umfang. Eine Klausel im Arbeitsvertrag, die die Privatnutzung von Internet und E-Mails untersagte, gab es nicht. Aufgrund der durch die Software erhobenen Daten kündigte die Arbeitgeberin fristlos, hilfsweise fristgerecht.

Die Entscheidung

Das BAG entschied, dass die Informationsgewinnung durch den verdeckten Einsatz der Keylogger-Software gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes unzulässig war. Die durch den Keylogger gewonnenen Erkenntnisse über die Privataktivitäten des Arbeitnehmers durften nicht im gerichtlichen Verfahren verwertet werden. Durch den Einsatz der Keylogger-Software habe die Arbeitgeberin das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung verletzt. Eine Verletzung liege insbesondere deshalb vor, da die Überwachung der Arbeitgeberin „ins Blaue hinein“ erfolgte und zuvor kein konkreter Verdacht auf eine schwerwiegende Pflichtverletzung vorgelegen hatte. Die unzulässige Überwachung des Arbeitnehmers führe deshalb zu einem Verbot, die so gewonnenen Beweismittel im Gerichtsprozess zu verwenden. Die Kündigung war damit unwirksam.

Konsequenzen für die Praxis

Nicht alles, was im Wandel der Arbeitswelt dem Arbeitgeber zur „Überführung“ bei einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zur Verfügung steht, bewegt sich im Rahmen des rechtlich Zu-

lässigen. Ist die ergriffene Maßnahme unverhältnismäßig, können nicht nur die gewonnenen Beweise rechtlich wertlos sein. Dem Arbeitgeber können gegebenenfalls auch Bußgelder der Datenschutzaufsichtsbehörden und Schadensersatzklagen der betroffenen Arbeitnehmer drohen. Grundsätzlich darf ein Mitarbeiter mit einer solchen oder ähnlichen Software nur überwacht werden, wenn vorher aufgrund konkreter Tatsachen der Verdacht einer Straftat/schweren Pflichtverletzung besteht und mildere Mittel zur Aufklärung nicht gegeben sind.

Praxistipp

Oft liegt nur ein Anfangsverdacht vor, aufgrund dessen der Arbeitnehmer „überführt“ werden soll. Das BAG verbietet nicht prinzipiell den Einsatz solcher Software, sondern nur die Verwertung der Daten. Wird daher bei ersten Anhaltspunkten eine Keylogger-Software eingesetzt, die eine Pflichtverletzung feststellt, ist in Bezug auf die Verwertung der erhobenen Daten dem Arbeitgeber zu raten, im Beisein einer weiteren Person ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer zu führen. Die Praxis zeigt, dass Arbeitnehmer sich oft in der Situation der Konfrontation mit der Pflichtverletzung geständig zeigen. Das Geständnis wäre unabhängig von der Zulässigkeit der durch die Software gesammelten Daten über die Zeugenaussage im Prozess verwertbar (*siehe hierzu auch den [Blog-Beitrag von Schmid vom 7. August 2017](#)*). Zudem sollte überlegt werden, die Privatnutzung von Internet und E-Mail-Account im Arbeitsvertrag zu verbieten, da dann bei Geständnis einer nur geringfügigen Privatnutzung schneller, zumindest fristgerecht, gekündigt werden könnte.

*Dr. Anja Branz,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
Berlin*

*Dr. Daniel Hund, LL.M. (NYU),
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
München*



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Darf ich meinen Chef anzeigen?

Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom
15. Dezember 2016 – 2 AZR 42/16

Sachverhalt

Eine Arbeitnehmerin, zugleich Fachanwältin für Arbeits- und Sozialrecht, unterrichtete an einer Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung. Diese wertete nach einer Evaluationsordnung ihre Lehrveranstaltungen und damit u. a. auch diejenige der Arbeitnehmerin aus. Die Ergebnisse der Umfragen leitete das Unternehmen an andere Mitarbeiter weiter. Wegen eines Verstoßes gegen das Bundesdatenschutzgesetz durch das Weiterleiten stellte die Dozentin Strafantrag gegen unbekannt. Das Ermittlungsverfahren wurde eingestellt, woraufhin die Mitarbeiterin gegen die Einstellung erfolglos Beschwerde bei der Generalstaatsanwaltschaft erhob. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich, nachdem sie davon erfahren hatte.

Die Entscheidung

Das BAG sah die Kündigung als gerechtfertigt an, weil die Mitarbeiterin ihre arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers erheblich und schulhaft verletzt habe. Die Stellung einer Strafanzeige stelle zwar grundsätzlich eine zulässige Wahrnehmung der staatsbürgerlichen Pflichten dar, sofern keine wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angabe gemacht worden sei. Hier sei das zwar nicht der Fall. Es gab aber keine Anzeichen für eine strafbare Handlung des Arbeitgebers, so dass die Strafanzeige leichtfertig und unangemessen gewesen sei. Die Arbeitnehmerin hätte zumindest gegenüber ihrem Vorgesetzten oder anderen geeigneten Stellen einen internen Hinweis geben müssen. Da ein solcher Klärungsversuch insgesamt fehlte und die Mitarbeiterin als Volljuristin die fehlende Schädigungsabsicht der Arbeitgeberin hätte erkennen müssen, war die Kündigung gerechtfertigt.

Konsequenzen für die Praxis

Eine erhebliche Nebenpflichtverletzung kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen,

wenn eine dauerhafte störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist. In diesen Fällen ist auch ohne vorherige Abmahnung eine Kündigung gerechtfertigt, wenn entweder schon zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs eine Verhaltensänderung beim Arbeitnehmer ausgeschlossen werden kann oder die Pflichtverletzung so schwer wiegt, dass bei objektiver Betrachtung die Hinnahme für den Arbeitgeber unzumutbar und dies für den Mitarbeiter offensichtlich ist. Grundsätzlich ist das auf absolute Ausnahmefälle beschränkt; vorliegend lag ein solcher jedoch aufgrund der eingelegten Beschwerde und damit der Hartnäckigkeit der Strafverfolgung vor.

Praxistipp

Bei einer Nebenpflichtverletzung ist deshalb zu meist „nur“ eine Abmahnung zu empfehlen; es sei denn, es handelt sich um ein absolut inakzeptables Verhalten. Liegt ein solches vor, sollte möglichst schnell gehandelt werden, um die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nicht selbst zu widerlegen. Dies gilt nicht nur bei Strafanzeigen, sondern auch bei anderem illoyalen Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber: So kann ein Aufruf zur Abwahl eines Vorstandsvorsitzenden eines Unternehmens unter Umständen sogar eine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigen (vgl. BAG vom 1. Juni 2017 – 6 AZR 720/15 – aktuell liegt nur die Pressemitteilung des Gerichts hierzu vor).

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

Rettendes Gesamtkonzept bei befristeten Arbeitsverträgen

Bundesarbeitsgericht (BAG) vom
14. Dezember 2016 – 7 AZR 688/14

Sachverhalt

Die Mitarbeiterin war bei einem Logistikunternehmen zunächst auf Grundlage dreier sachgrundlos



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

befristeter Arbeitsverträge beschäftigt. Nach einer kurzen Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber wurde die Mitarbeiterin erneut befristet im Warenlager des Logistikunternehmens eingestellt. Während der Laufzeit schlossen die Parteien eine Zusatzvereinbarung ab, mit der die Befristung um zwei Monate verlängert wurde. Aufgrund der Verbeschäftigung im selben Logistikunternehmen bedurfte die Befristung für ihre Wirksamkeit eines Sachgrunds. Das Unternehmen rechtfertigte die Befristung mit einem vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung der Mitarbeiterin. Sie sei nicht mit Daueraufgaben beschäftigt gewesen, sondern mit nicht ständig anfallenden Tätigkeiten wie dem auslaufenden Weihnachts- und dem beginnenden Ostergeschäft. Die Mitarbeiterin bestritt das Vorbringen zu einem prognostizierten vorübergehenden Mehrbedarf und führte aus, dass das Unternehmen im April 2013 insgesamt 148 Arbeitnehmer neu befristet eingestellt habe. Zuletzt hat das Landesarbeitsgericht (LAG) entschieden, dass nicht nur vorübergehender Bedarf bestehe und deswegen eine Befristung nicht gerechtfertigt sei.

Die Entscheidung

Das BAG entschied nun, dass die beiden Vorinstanzen fehlerhaft geurteilt hätten und wies die Klage der Arbeitnehmerin zur weiteren Sachaufklärung und Entscheidung an das LAG zurück. Dabei bestätigte das BAG nochmals, dass auch ein erhöhter Arbeitsaufwand im Rahmen von Daueraufgaben eine Sachgrundbefristung rechtfertigen könne. Hierfür sei es unschädlich, wenn der prognostizierte vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung noch über das Vertragsende des mit dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer abgeschlossenen Vertrags hinaus andauere. Die Vertragsdauer müsse aber so mit dem Sachgrund der Befristung in Einklang stehen, dass sie ihn nicht von vornherein in Frage stelle. Auch müsse der befristet beschäftigte Arbeitnehmer nicht in dem Bereich eingesetzt werden, in dem der vorübergehende Mehrbedarf entstehe. Es genüge vielmehr, wenn zwischen dem zeitweilig erhöhten Arbeitsanfall und der befristeten Einstellung ein ursächlicher Zusammenhang bestehe. Der Arbeitgeber sei im Rahmen vorübergehender Mehr-

arbeit nicht gehindert, die vorhandene Arbeitsmenge zu verteilen, seine Arbeitsorganisation zu ändern oder die zusätzlichen Arbeiten anderen Mitarbeitern zuzuweisen. Es dürfen aber nicht beliebig viele Arbeitnehmer neu befristet eingestellt werden; der prognostizierte Mehrbedarf dürfe nicht überschritten werden.

Konsequenzen für die Praxis

An den Arbeitgeber werden weiterhin hohe Anforderungen an die Entscheidungen zur Befristung und deren Dokumentation gestellt. Ob nur vorübergehender Bedarf vorliegt, muss der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses feststellen. Diese Prognose ist Teil des Sachgrunds für die Befristung und muss in einem Rechtsstreit vom Arbeitgeber dargelegt werden. Es wird daher weiter erforderlich sein, den vorübergehenden Mehrbedarf unter Angabe des üblichen und des prognostizierten Arbeitsvolumens sowohl in inhaltlicher als auch zeitlicher Hinsicht in ein Verhältnis zum Dauerbedarf zu stellen. Weiterhin ausgeschlossen bleibt auch, einen Sachgrund dadurch herbeizuführen, dass im Wesentlichen unveränderte Daueraufgaben in organisatorisch eigenständige „Projekte“ aufgeteilt werden. Der Arbeitgeber darf sich vor Gericht nicht darauf beschränken, einen zeitlich begrenzten Mehrbedarf und die befristete Einstellung lediglich des Arbeitnehmers darzustellen, dessen Befristung im Streit steht. Aus den Angaben muss sich vielmehr ergeben, wie viele Arbeitnehmer voraussichtlich für welchen Zeitraum benötigt werden und wie viele zur Deckung dieses Bedarfs befristet eingestellt wurden. Durch Unterlagen untermauerte, zahlenmäßig konkretisierte Angaben zu den befristet eingestellten Arbeitnehmern sind ausreichend, ihre namentliche Nennung jedoch nicht nötig.

Praxistipp

Der Arbeitgeber sollte zur Absicherung ein plausibles Gesamtkonzept zur Bewältigung eines vorübergehenden Mehrbedarfs erstellen. Das erfordert die Darstellung, wie der Bedarf mit Stammarbeitnehmern, befristet beschäftigten Arbeitnehmern oder gegebenenfalls auf andere Weise – etwa durch Leiharbeitnehmer – abge-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

deckt werden sollte. Damit kann er im Falle eines Rechtsstreits seiner Darlegungspflicht nachkommen.

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

*Sarah Sterflinger,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*

Trotz vereinbarter Notenstufe im Prozessvergleich – Formulierung des Arbeitszeug- nisses „Ermessenssache“

*Bundesarbeitsgericht (BAG) vom
14. Februar 2017 – 9 AZB 49/16*

Sachverhalt

Arbeitnehmer und Arbeitgeber schlossen vor dem Arbeitsgericht im Rahmen eines Kündigungs- schutzprozesses einen Vergleich, in dem u. a. Folgendes vereinbart wurde:

„Die Beklagte erteilt dem Kläger ein wohlwollendes qualifiziertes Arbeitszeugnis mit einer sehr guten Führungs- und Leistungsbeurteilung und einer Bedauerns-, Dankes- und gute Wünsche- formulierung im Schlusssatz.“

Der Arbeitgeber erteilte nach Abschluss des Vergleichs ein Zeugnis, mit dem sich der Mitarbeiter nicht zufrieden gab. Er war der Meinung, aus dem Wortlaut ergebe sich keine gute Leistungs- und Führungsbeurteilung. Das Zeugnis weise insgesamt strukturell und inhaltlich große Mängel auf. Der Arbeitnehmer forderte deshalb das Unternehmen auf, das Zeugnis inhaltlich zu ändern, was es ablehnte. Den vermeintlichen Anspruch auf Zeugnisberichtigung versuchte der Arbeitnehmer anschließend im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Prozessvergleich durchzusetzen, jedoch erfolglos.

Die Entscheidung

Das BAG gab dem Arbeitgeber Recht und stellte fest, dass ein Prozessvergleich, der das Unternehmen zur Erteilung eines Zeugnisses mit einer bestimmten Notenstufe verpflichtet, nicht den zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmtheits- anforderungen genüge. Nach Ansicht des Gerichts bleibt es Sache des Arbeitgebers, das Zeugnis im Einzelnen abzufassen, wobei die konkrete Formulierung in seinem pflichtgemäßen Er- messen stehe. Anders als bei der Verpflichtung, ein Zeugnis gemäß einem Entwurf des Arbeitnehmers zu erteilen, lässt die Vereinbarung einer bestimmten Notenstufe dem Unternehmen hin- sichtlich der Auswahl und Gewichtung einzelner Gesichtspunkte, des Umfangs des Zeugnistextes sowie der Formulierung der Leistungs- und Führungsbeurteilung einen derart weiten Gestaltungs- spielraum, dass von einem konkreten vollstreck- baren Leistungsbefehl nicht die Rede sein kann.

Konsequenzen für die Praxis

Der Arbeitnehmer hat es selbst in der Hand, be- stimmte Kernformulierungen in den Vergleichstext mitaufzunehmen, um sicherzustellen, dass das Zeugnis einer bestimmten Notenstufe entspricht. Auch ist eine Vereinbarung möglich, dass der Mit- arbeiter berechtigt ist, einen Entwurf zu erstellen, von dem der Arbeitgeber nur aus wichtigen Grün- den abweichen kann. Hierdurch kann ein weiterer Rechtsstreit vermieden werden. Die Regelung in einem gerichtlichen Vergleich, in der sich der Ar- beitgeber zur Erteilung eines Zeugnisses ver- pflichtet, das einer bestimmten Note („sehr gut“ oder „gut“) entspricht, ist jedenfalls für eine Voll- streckung zu unbestimmt. Ist eine solche Verein- barung getroffen worden, kann der Arbeitnehmer im Wege der Zwangsvollstreckung nur dann eine Berichtigung des Zeugnisses erwirken, wenn das Zeugnis formal nicht ordnungsgemäß erteilt wor- den oder erkennbar unvollständig ist.

Praxistipp

Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass Arbeit- geber einem Berichtigungswunsch eines Mitar- beiters im Hinblick auf die Formulierung des Ar- beitszeugnisses nicht unbedingt nachkommen



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

müssen, auch wenn im Prozessvergleich eine Notenstufe vereinbart wurde. Vielmehr obliegt es dem Arbeitgeber in einem solchen Fall, die konkreten Formulierungen nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählen. Der Mitarbeiter kann die inhaltliche Berichtigung des Zeugnisses dann nicht mehr im Vollstreckungsverfahren durchsetzen, sondern ist gehalten, erneut Klage zu erheben. Möchte sich das Unternehmen bei der Formulierung des Arbeitszeugnisses einen Spielraum vorbehalten, spricht weiterhin nichts gegen die Vereinbarung einer bestimmten Zeugnisnote im Vergleich.

*Sonja Müller,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*

Entlassungsverlangen des Betriebsrats

Bundesarbeitsgericht (BAG) vom 28. März 2017 – 2 AZR 551/16

Sachverhalt

Der Betriebsrat eines Versicherungsunternehmens hatte den Arbeitgeber zur Entlassung einer Sachbearbeiterin aufgefordert. Diese war in mehrere – dem Vernehmen nach handgreifliche – Vorfälle mit Kollegen verwickelt gewesen, worin man eine erhebliche Störung des Betriebsfriedens sah. Der Arbeitgeber kam dem Verlangen nicht nach, daher leitete der Betriebsrat ein gerichtliches Verfahren (sogenanntes Beschlussverfahren) ein. An diesem wurde auch die betroffene Arbeitnehmerin beteiligt. Nachdem das Arbeitsgericht dem Unternehmen rechtskräftig aufgegeben hatte, die Mitarbeiterin zu entlassen, erhielt diese eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung, gegen die sie sich zur Wehr setzte, zuletzt vor dem BAG.

Die Entscheidung

Das BAG sah in der Verpflichtung zur Entlassung, wie schon die Vorinstanzen, ein dringendes be-

triebliches Erfordernis, das eine ordentliche Kündigung rechtfertigen kann. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung sei darin hingegen nicht zu sehen. Insbesondere beginne die Zweiwochenfrist für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht erst mit Kenntnis von der Entscheidung des Arbeitsgerichts.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt, dass das Beschlussverfahren quasi einen vorgezogenen Kündigungsschutzprozess beinhaltet, da es in mehrerlei Hinsicht für die Beteiligten – darunter den betroffenen Arbeitnehmer – präjudizielle Wirkung hat. Dem Betroffenen ist im Kündigungsschutzverfahren die Argumentation abgeschnitten, dass es an einem dringenden betrieblichen Erfordernis fehlt. Zieht umgekehrt der Arbeitgeber in Betracht, das im Entlassungsverlangen angesprochene Problem bereits durch eine Versetzung lösen zu können, muss er bereits im Beschlussverfahren darauf hinwirken, dass ihm allenfalls diese Maßnahme – anstelle einer Entlassung – aufgegeben wird.

Praxistipp

Nicht möglich ist es, die Kündigungsgründe durch eine Abmahnung „zu verbrauchen“, weil der Arbeitgeber damit zwar auf sein Recht zum Ausspruch einer Kündigung, nicht aber auf die Rechte des Betriebsrats verzichten kann. Andere Gründe, die gegen die Wirksamkeit einer solchen Kündigung angeführt werden können, bleiben dadurch im Übrigen unberührt, d. h. das Entlassungsverlangen kann beispielsweise keinen Sonderkündigungsschutz (z.B. eines Schwerbehinderten) aufheben. Auch eine Entscheidung im Beschlussverfahren macht eine solche Kündigung daher nicht zu einem „Selbstläufer“.

Anekdot am Rande

Erfolglos muss ein entsprechendes Begehr im Beschlussverfahren bleiben, soweit es sich gegen einen Geschäftsführer richtet. Vor dem Landesarbeitsgericht Hamm (Beschluss vom 2. August 2016 – 7 TaBV 11/16) hatte ein Betriebsrat argumentiert, dass aus Gründen der europarechtskonformen Auslegung ein weiter Arbeitnehmerbegriff



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

gelte und daher auch Geschäftsführer „betriebsstörende Arbeitnehmer“ sein könnten. Dieser „trickreichen“ Argumentation folgte das Gericht aber nicht. Die weite Auslegung dient dem Arbeitnehmerschutz – und nicht der Erweiterung der Rechte des Betriebsrats.

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

(Kein) Anspruch des Arbeitnehmers auf Durchführung eines Zustimmungersetzungsvorfahrens

*Bundesarbeitsgericht (BAG) vom
21. Februar 2017 – 1 AZR 367/15*

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer sollte in einen anderen Betrieb versetzt werden. Der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs verweigerte hierzu allerdings die Zustimmung. Die Arbeitgeberin führte sodann nicht das dafür vorgesehene gerichtliche Verfahren mit dem Ziel durch, die Zustimmung zu ersetzen. Der Arbeitnehmer klagte, die Arbeitgeberin zu verpflichten dieses Zustimmungersetzungsvorfahren durchzuführen, um seine Beschäftigung in dem anderen Betrieb zu ermöglichen.

Entscheidung

Das BAG wies die Klage zurück. Es bestätigte seine Rechtsprechung insofern, dass ein Arbeitnehmer bei Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat vom Arbeitgeber die Einleitung eines Zustimmungersetzungsvorfahrens nur in dem (Ausnahme-)Fall verlangen könne, wenn sich der Arbeitgeber zur Durchführung dieses Verfahrens im Wege einer Selbstbindung verpflichtet habe; für die Annahme einer solchen Selbstbindung müssten allerdings besondere Anhaltpunkte gegeben sein (BAG vom 16. März 2010 –

3 AZR 31/09). Weiter könne ein Anspruch auf Durchführung eines derartigen Verfahrens ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn ein für den Arbeitnehmer nachteiliges Zusammenwirken zwischen den Betriebsparteien vorläge, was vorliegend nicht der Fall war (vgl. hierzu u. a. die vorgenannte BAG-Entscheidung). Im Fall eines schwerbehinderten Menschen verpflichte der in § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch verankerte Beschäftigungsanspruch für diese Arbeitnehmergruppe den Arbeitgeber, das gerichtliche Zustimmungersetzungsvorfahren durchzuführen, wenn er erkennt, dass die geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe tatsächlich nicht vorliegen (BAG vom 3. Dezember 2002 – 9 AZR 481/01). Eine Schwerbehinderung lag hier jedoch auch nicht vor.

Nach Auffassung des BAG ergibt sich ein solcher Anspruch des Arbeitnehmers auch nicht generell aus der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht: Denn diese verlange vom Arbeitgeber nicht, eigene schutzwürdige Belange hintanzustellen, also beispielsweise einen Rechtsstreit führen zu müssen. Der Arbeitnehmer sei nicht schutzlos gestellt, da für die Dauer der Nichtbeschäftigung ein sogenannter Annahmeverzugslohn geschuldet werde und der Arbeitgeber im Rahmen seiner vertraglichen Verpflichtungen dennoch gehalten sein kann, dem Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit zuzuweisen.

Praxistipp

Nach Ansicht des BAG haben Arbeitnehmer nur im Ausnahmefall einen Anspruch auf Durchführung eines gerichtlichen Zustimmungersetzungsvorfahrens, wenn der Betriebsrat die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme (Versetzung, Einstellung etc.) verweigert. Wichtig für die Praxis dürfte der Fall sein, dass der Arbeitnehmer einen derartigen Durchführungsanspruch hat, wenn es sich um einen schwerbehinderten Arbeitnehmer handelt. Selbst wenn ein Anspruch auf Durchführung nicht besteht, empfiehlt es sich für einen Arbeitgeber, der ein Zustimmungersetzungsvorfahren nicht führen will, sein Weisungsrecht – wenn rechtlich möglich – erneut auszuüben, um nicht Annahmeverzugslohn



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

zahlen zu müssen, ohne eine entsprechende Arbeitsleistung des Arbeitsnehmers zu erhalten.

*Dr. Sarah Reinhardt,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
München*

Fristlose Kündigung bei grober Beleidigung auch im langjährigen Arbeitsverhältnis rechtens

Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein vom 24. Januar 2017 – 3 Sa 244/16

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war als einer von fünf Mitarbeitern seit 1992 in einem Familienunternehmen beschäftigt. Während einer Besprechung kam es zu einem Streit zwischen ihm, den beiden Geschäftsführern und deren Vater, dem ehemaligen Geschäftsführer. Am Ende des Gesprächs, als der Arbeitnehmer das Büro verlassen wollte, kommentierte der aktuelle Geschäftsführer das Geschehen mit „Kinderkram“. Am Morgen des nächsten Tages suchte der Arbeitnehmer die Geschäftsführer erneut auf. Es kam zum Wortgefecht, in dessen Verlauf der Arbeitnehmer äußerte, dass sich der Seniorgeschäftsführer am Vortag wie ein „Arsch“ verhalten habe und der Geschäftsführer auf bestem Wege sei, seinem Vater (dem Seniorgeschäftsführer) den Rang abzulauen. Im Weiteren äußerte einer der Geschäftsführer, dass sie im Falle einer Kündigung als „soziale Arschlöcher“ dastünden. Der Kläger erwiderte, dass die Firma dies bereits sei. Noch am selben Abend wurde der Arbeitnehmer freigestellt. Da er sich auch in der Folgezeit nicht entschuldigte, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos.

Die Entscheidung

Das LAG Schleswig-Holstein hat die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Die Äußerungen des Arbeitnehmers gegenüber dem Seniorgeschäftsführer sowie dem Geschäftsführer stellten

eine grobe Beleidigung dar, die eine fristlose Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertige. Es handelte sich hierbei um gezielte, ehrverletzende und nicht gerechtfertigte Beschimpfungen der Geschäftsführer, die auch nicht mehr auf einer Affektsituation durch die streitigen und – gegebenenfalls – provokanten Äußerungen der Geschäftsführer vom Vortag beruhten, die bereits 16 Stunden zurücklagen. Aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung sowie der fehlenden Einsicht seines Fehlverhaltens sei der Arbeitnehmer auch nicht vor Ausspruch der Kündigung abzumahnen. Im Rahmen der Interessenabwägung sei zwar die lange Betriebszugehörigkeit zu beachten, jedoch überwiege aufgrund der emotionalen Nähe im vorliegenden Familienbetrieb das Interesse des Arbeitgebers an der Vertragsbeendigung. Hierbei, so das LAG, sei ebenfalls die fehlende Entschuldigung des Arbeitnehmers, die auch im Prozess ausblieb, von gesondertem Gewicht.

Konsequenzen für die Praxis

Obwohl es sich um einen Einzelfall handelt, lässt sich aus dieser Entscheidung in Bezug auf grobe Beleidigungen des Arbeitgebers und/oder dessen Vertretern eine Bestätigung der ständigen Rechtsprechung ableiten. Je nach Intensität kann bei groben Beleidigungen eine fristlose Kündigung auch bei langjähriger Betriebszugehörigkeit rechtfertigt sein. Lässt das Verhalten des Arbeitnehmers weitere Vertragsverletzungen befürchten und zeigt der Arbeitnehmer keinerlei Einsichtsfähigkeit, so ist eine vorherige Abmahnung nicht erforderlich.

Praxistipp

Arbeitgeber sollten bei derartigen Vorfällen einen „kühlenden Kopf“ bewahren und das Verhalten des Arbeitnehmers in jedem Fall dokumentieren. Je nach Intensität der Beleidigung kann unmittelbar gekündigt oder zumindest mit einer Abmahnung reagiert werden.

*Inka Adam,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
Frankfurt*



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Weiterarbeit nach Erreichen des Rentenalters – gleitender Übergang oder Befristungsfalle für Arbeitgeber?

Arbeitsgericht (ArbG) Karlsruhe vom 27. April 2016 – 3 Ca 22/16, zugleich zu Landesarbeitsgericht (LAG) Niedersachsen vom 29. November 2016 – 10 Sa 218/16

Sachverhalt

Im ursprünglichen Arbeitsvertrag eines nicht-verbeamteten Hochschullehrers war vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis zum Ende des Semesters enden sollte, in dem der Arbeitnehmer das 65. Lebensjahr vollendet, konkret zum 30. September 2014. Am 24. März 2014 wurde schriftlich vereinbart, dass der Arbeitnehmer vom 1. Oktober 2014 bis 31. September 2015 weiterhin für den Arbeitgeber, nun aber mit reduzierter Arbeitszeit tätig sein sollte. Am 9. Juni 2015 wurde wieder schriftlich vereinbart, dass der Arbeitnehmer nochmals vom 1. Oktober 2015 bis 29. Februar 2016 bei dem Arbeitgeber in Teilzeit weiterbeschäftigt werden sollte. Eine Verlängerung darüber hinaus lehnte der Arbeitgeber ab.

Die Entscheidung

Das ArbG entschied, dass die Befristung zum 29. Februar 2016 wirksam war und das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt beendete. Es liege ein wirksames „Hinausschieben“ des Beendigungszeitpunkts nach § 41 S. 3 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VI) vor. Nach dieser Vorschrift können die Parteien durch Vereinbarung das Ende des Arbeitsverhältnisses hinausschieben, wenn der ursprüngliche Vertrag für die Beendigung auf das Erreichen der Regelaltersgrenze abstelle und eine entsprechende Vereinbarung noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses getroffen werde. Nach Auffassung des Gerichts war im ursprünglichen Arbeitsvertrag der erforderliche Bezug zur Regelaltersgrenze hergestellt. Es sei unschädlich, dass das Ende des Arbeitsverhältnisses vorliegend nicht exakt mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze zusammenfalle,

da es jedenfalls bei Hochschullehrern üblich sei, das Arbeitsverhältnis nicht während des laufenden Semesters zu beenden, sondern erst mit dessen Abschluss. Problematisch war aber, dass beim erstmaligen Hinausschieben zugleich auch die Arbeitszeit reduziert wurde. Das ArbG entschied, dass das „Hinausschieben“ eine gleichzeitige Änderung der Vertragsbedingungen zulässt, anders als bei sonstigen „normalen“ Befristungen ohne Sachgrund. § 41 S. 3 SGB VI solle es Arbeitgeber und Arbeitnehmer ermöglichen, das Beschäftigungsverhältnis auch nach Erreichen der Regelaltersgrenze einvernehmlich und für einen von vorneherein festgelegten Zeitraum fortzusetzen. Daher sei es sachgerecht, eine Reduzierung der Arbeitszeit zuzulassen, da nur so die Möglichkeit für einen flexiblen Übergang von der Erwerbstätigkeit zum Renteneintritt bestehe.

Das mehrfache Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts, wie von § 41 S. 3 SGB VI vorgesehen, sei auch mit Europarecht vereinbar. Diesbezüglich entschied das LAG Niedersachsen etwas zurückhaltender, dass zumindest das einmalige Hinausschieben europarechtskonform sei.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des ArbG Karlsruhe ermöglicht eine praxisgerechte Handhabung der Beschäftigung von Rentnern. Ob sich die Linie des ArbG Karlsruhe durchsetzt, bleibt aber abzuwarten, da die Rechtsfrage, ob im Rahmen von § 41 S. 3 SGB VI zugleich Arbeitsbedingungen geändert werden dürfen, in der juristischen Literatur weiter umstritten bleibt. Für bereits abgeschlossene Verträge kann aber im Streitfall auf das Urteil verwiesen werden. Das vergleichbare, bereits erwähnte Verfahren vor dem LAG Niedersachsen ist bereits beim BAG unter dem Aktenzeichen 7 AZR 70/17 anhängig.

Praxistipp

Arbeitgeber sind gut beraten, die Entwicklung der Rechtsprechung weiterhin im Auge zu behalten. Wer kein Risiko eingehen will, sollte sich bis zu einer höchstrichterlichen Klärung auf ein einmaliges Hinausschieben des Beendigungsdatums be-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

schränken. Zudem sollten Unternehmen Änderungen von Arbeitsbedingungen nicht gleichzeitig vornehmen, sondern sie zeitlich versetzt vereinbaren, soweit sie für erforderlich gehalten werden.

*Dr. Roland Klein,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft,
Berlin*

Im Blickpunkt

Entgelttransparenzgesetz: Der Auskunftsanspruch kommt – wichtige To-dos bis zum 6. Januar 2018

Das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) ist seit dem 6. Juli 2017 in Kraft. Es gilt als „überflüssiges Bürokratiemonster“, das zwar mit der Durchsetzung des Gebots der gleichen Entlohnung von Frauen und Männern ein gut gemeintes Ziel verfolgt. Gut gemeint ist jedoch bekanntlich nicht immer auch gut gemacht. Es darf durchaus bezweifelt werden, dass das Gesetz seinen Zweck erreichen wird. Klar ist jedenfalls, dass es Arbeitnehmern in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten erstmals ab dem 6. Januar 2018 ermöglichen wird, einen Auskunftsanspruch über die Kriterien und das Verfahren zur Festlegung des Entgelts und dessen Höhe zu stellen (§ 10 EntgTranspG).

Das Ende der sechsmonatigen „Schonfrist“ bis zum 6. Januar 2018 naht bereits. Unternehmen mit Betrieben (!) mit mehr als 200 Mitarbeitern müssen daher jetzt handeln, um sich vor bösen Überraschungen zu schützen. Dabei stellen sich vor allem die Fragen, ob nach dem 6. Januar 2018 eine unterschiedliche Vergütung noch möglich ist und wie sich Arbeitgeber bis zum 6. Januar 2018 auf potenzielle Auskunftsansprüche vorbereiten sollten.

Ist eine unterschiedliche Vergütung noch möglich?

Nach § 7 EntgTranspG darf in einem Beschäftigungsverhältnis allein aufgrund des Geschlechts für gleiche oder gleichwertige Arbeit kein geringeres Entgelt vereinbart bzw. ausgezahlt werden. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass eine unterschiedliche Vergütung dann weiterhin möglich ist, wenn die Arbeit nicht gleich oder gleichwertig ist. Wann aber ist eine Arbeit gleich oder gleichwertig? Das ist der Fall, wenn sie sich weder nach ihrer Art, ihren Ausbildungsanforderungen und/oder ihren Arbeitsbedingungen von der Arbeit des Kollegen bzw. der Kollegin unterscheidet (§ 4 Abs. 2 EntgTranspG).

Praxistipp

Vor diesem Hintergrund sollten neu zu besetzende Stellen im Betrieb möglichst individuell bezeichnet und Stellenausschreibungen individuell formuliert werden.

Eine unterschiedliche Vergütung ist weiterhin und immer dann möglich, wenn Regeln zur Entgeltfestsetzung „durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel angemessen und erforderlich sind.“

Praxistipp

Es empfiehlt sich daher, stets sachliche Gründe wie arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien für die höhere Bezahlung zu dokumentieren. Dies können zum Beispiel sein: höheres Dienstalter (Honorierung der Berufserfahrung), körperliche Anforderungen, Geschicklichkeit und Stressbelastung etc. Bei Vergütungsverhandlungen sollte der Arbeitgeber die Gründe schriftlich niederlegen, weshalb eine sachgerechte Mehrbezahlung erfolgen soll, etwa Fahrtkosten, Umzugskosten, Kindergartenzulage und Boni.

Zu beachten ist weiterhin, dass eine Auskunft des Arbeitnehmers zum Schutz personenbezogener Daten auch nur dann verlangt werden kann, wenn eine Vergleichstätigkeit von mindestens sechs Mitarbeitern/innen des jeweils anderen Ge-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

schlechts ausgeübt wird (§ 12 Abs. 3 EntgTranspG).

Arbeiten in der Vergleichsgruppe etwa fünf Frauen und 15 Männer und macht eine Frau den Auskunftsanspruch geltend, wird der statistische Mittelwert des Entgelts der 15 Männer als Vergleichswert gebildet. Ein Mann könnte in diesem Fall keine Auskunft über den Mittelwert verlangen, da weniger als sechs Frauen die Vergleichstätigkeit ausüben.

Praxistipp

Potenzielle Vergleichsgruppen sollten daher kleinstmöglich, d. h. unter sechs Mitarbeitern, gehalten werden.

Wie sollten sich Arbeitgeber auf potenzielle Auskunftsansprüche vorbereiten?

Ab dem 6. Januar 2018 drohen die ersten Auskunftsansprüche. Es wäre verfehlt, hierauf nicht vorbereitet zu sein. Zusätzlich zu den genannten Empfehlungen sollte daher spätestens jetzt mit der Erstellung einer Dokumentation zu etwaigen Entgeltunterschieden bei der Belegschaft begonnen werden, um nicht in Zeitnot bei der Beantwortung der ersten Auskunftsverlangen zu kommen.

Praxistipp

Die bis zum 6. Januar 2018 verbleibende „Schonfrist“ sollte genutzt werden, um Entgeltunterschiede zu identifizieren. Sofern solche Unterschiede bestehen, sollten Unternehmen dokumentieren, wodurch die unterschiedliche Vergütung gerechtfertigt ist (z. B. durch die o. g. Kriterien wie höheres Dienstalter etc.).

Besonders prekär: Unternehmen, die weder tarifgebunden sind noch Tarifverträge anwenden, droht das Damoklesschwert einer sog. Beweislastumkehr. Wenn solche Unternehmen die Auskunftsverlangen nicht innerhalb von drei Monaten beantworten, ist der Arbeitgeber im Streitfall zur Überzeugung des Gerichts beweispflichtig, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot

vorliegt (§ 15 Abs. 5 EntgTranspG). Es wird also ein Verstoß vermutet, der sich durch die Arbeitgeber oft nur schwer widerlegen lassen dürfte. Gerade solche Unternehmen, die nicht tarifgebunden sind und keine Tarifverträge anwenden, sollten sich im besonderen Maße auf die drohenden Auskunftsansprüche vorbereiten, um nicht in Beweisnöte zu kommen.

Sofern Unternehmen im Rahmen der Vorbereitungen nicht zu rechtfertigende Entgeltunterschiede auffinden, ist zu untersuchen, ob sich die Differenzen ggf. anlässlich kommender Gehaltsrunden nivellieren lassen.

Praxistipp

Wenn möglich, sollten die kommenden Gehaltsrunden genutzt werden, um nicht zu rechtfertigende Entgeltdifferenzen auszugleichen. Dies gilt insbesondere für etwaige zum Jahreswechsel 2017/18 anstehenden Gehaltsrunden.

Zuletzt noch ein wichtiges technisches Detail zum Auskunftsverfahren: Nach der Intention des Gesetzgebers sollen die Auskünfte ursprünglich in einem Betrieb mit Betriebsrat ausschließlich durch dieses Gremium (und nicht durch die Arbeitgeber) erteilt werden. Zum Ende des Gesetzgebungsverfahrens wurde dem Arbeitgeber aber ein Optionsrecht gegeben. Auch er kann nun die Adressatenstellung für den Auskunftsanspruch durch einseitige Erklärung, jedoch nach Erläuterung gegenüber dem Betriebsrat, für die Dauer der Amtszeit des Betriebsrats übernehmen (§ 14 Abs. 2 EntgTranspG).

Praxistipp

Viele Arbeitgeber mit Betriebsräten dürften gut beraten sein, die Adressatenstellung für den Auskunftsanspruch zu übernehmen. Unternehmen sollten daher nicht abwarten, bis sie das erste Auskunftsverlangen ereilt, sondern zügig und noch innerhalb der „Schonfrist“ entscheiden, ob sie die Auskunftsverlangen übernehmen wollen.

Fazit

Neben den genannten Punkten gibt es noch eine Reihe weiterer To-dos, die sich aus dem Inkraft-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

treten des EntgTranspG ergeben. Arbeitgeber sollten sie sammeln und dann sauber abarbeiten, damit die „Schonfrist“ bis zum 6. Januar 2018 nicht ungenutzt verstreicht.

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

*Henrik Lüthge,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf*

Hinweis: Dieser Beitrag ist in einer ähnlichen Form in der Zeitschrift Personalpraxis und Recht (PuR), Ausgabe Juni 2017, Seiten 131 ff. erschienen.

Update: Das Betriebsrentenstärkungsgesetz ist beschlossene Sache

Wir hatten detailliert über den Gesetzgebungsstand zum Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG) berichtet. Nachdem zwischenzeitlich doch Unsicherheiten aufgekommen waren, ob das Gesetz noch verabschiedet würde, haben es Bundestag und Bundesrat im Juni bzw. Juli nun beschlossen. Hierbei hat es auch in letzter Sekunde noch wichtige Änderungen gegeben.

Wichtiges für neue Versorgungszusagen

Das sogenannte Sozialpartnermodell ist mit dem BRSG als neue Form der betrieblichen Altersversorgung Gesetz geworden. Es ist etwas anderes als die bislang im Betriebsrentengesetz (BetrAVG) vorgesehenen Kombinationsmöglichkeiten aus fünf Durchführungswegen (Direktusage, Unterstützungskasse, Pensionskasse, Pensionsfonds und Direktversicherung) und drei Zusagmodellen (Leistungszusage, Beitragsusage mit Mindestleistung und beitragsorientierte Leistungszusage) und bietet nun erstmals die Möglichkeit einer reinen Beitragszusage. Die Pflichten des Arbeitgebers beschränken sich dann auf die Entrich-

tung der zugesagten Beiträge (z. B. aus Entgeltumwandlung) an einen externen Versorgungsträger (Pensionskasse, Direktversicherung oder Pensionsfonds). Eine bestimmte Versorgungsleistung wird vom Arbeitgeber nicht zugesagt und darf auch vom Versorgungsträger nicht zugesagt werden – „Garantieverbot“. Versprochen ist allein eine sogenannte „Zielrente“, deren Höhe und deren Entwicklung abhängig von der Vermögens- und Ertragslage bzw. -entwicklung der Versorgungseinrichtung sein sollen.

Da der Arbeitgeber weitgehend befreit ist und eine Absicherung der Arbeitnehmerinteressen nicht mehr durch eine Garantieleistung gewahrt ist, macht das BRSG der Einführung von reinen Beitragszusagen verschiedene Auflagen: Die reine Beitragszusage muss auf Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien beruhen, die sich auch an der Durchführung und Steuerung der Versorgungseinrichtung beteiligen müssen. Zudem soll die Versorgungseinrichtung einer engen Beaufsichtigung durch die BaFin unterliegen. Zuletzt muss der Arbeitgeber einen Risikoaufschlag (mindestens 15 Prozent) für entgeltumwandlungsfinanzierte reine Beitragszusagen leisten. Arbeitgeber und Beschäftigte, die nicht tarifgebunden sind, sollen vereinbaren können, dass die einschlägigen Tarifverträge auch für sie gelten. Die Tarifvertragsparteien müssen zudem ihre Versorgungseinrichtungen für nicht organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer öffnen.

Bestehende Entgeltumwandlungssysteme

Die wesentlichste Neuerung im Vergleich zum Stand im März ist, dass Arbeitgeber auch in bestehenden entgeltumwandlungsfinanzierten Versorgungssystemen zukünftig gesetzlich verpflichtet werden, Sozialversicherungssparnisse als Zusatzbeitrag an Arbeitnehmer weiterzugeben. Nach einer in letzter Sekunde in das BRSG aufgenommenen Regelung müssen Arbeitgeber auch bei bestehenden Entgeltumwandlungssystemen zukünftig 15 Prozent des umgewandelten Entgelts zusätzlich als Arbeitgeberzuschuss leisten, wenn die Entgeltumwandlung über einen Pensionsfonds, die Pensionskasse oder die Direktversicherung durchgeführt wird. Für indivi-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

dual- und kollektivrechtliche Entgeltumwandlungsvereinbarungen, die vor dem 1. Januar 2019 geschlossen worden sind, gilt die Zuschusspflicht erst ab dem 1. Januar 2022.

„Opting Out“

An der Einführung der Regelungen zu „Opting out“-Modellen hat es hingegen keine wesentlichen Veränderungen gegeben. Nach dem BRSG wird es zulässig sein, dass die Teilnahme an der Entgeltumwandlung für alle Beschäftigten oder Gruppen von Beschäftigten eines Arbeitgebers durch tarifvertragliche Regelung oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienst-

vereinbarung als Regelfall auch ohne Teilnahmeerklärung des Arbeitnehmers vorgesehen wird. Die Nichtteilnahme erfordert dann ein „Opting Out“ in Form eines Widerspruchs des Arbeitnehmers. Auch nichttarifgebundene Arbeitgeber können ein einschlägiges tarifvertragliches Optionssystem anwenden oder aufgrund eines einschlägigen Tarifvertrags durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung die Einführung eines Optionsystems regeln.

Änderungen des steuerrechtlich anerkannten Dotierungsrahmens und steuerliche Arbeitgeberförderung

Im Wesentlichen unverändert geblieben sind auch die Vorhaben zum steuerrechtlich anerkannten Dotierungsrahmen und zur steuerlichen Arbeitgeberförderung sowie zur Steigerung der Arbeitnehmerattraktivität. Das Gesetz bringt auch einen geänderten steuerfreien Dotierungsrahmen für Zahlungen des Arbeitgebers an externe Versorgungsträger mit sich. Statt bisher vier Prozent gilt für Beiträge an Pensionskassen, Pensionsfonds oder Direktversicherungen nach dem BRSG eine einheitliche prozentuale Grenze von nun acht Prozent der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung. Die Möglichkeit der Fortführung einer Pauschalbesteuerung soll in Älfällen unter Anrechnung auf den steuerfreien Dotierungsrahmen von acht Prozent bestehen bleiben.

Zudem führt das BRSG eine Förderung für arbeitgeberfinanzierte Versorgungszusagen für Arbeitnehmer mit niedrigen Einkommen ein. Als Geringverdiener sind hierbei Beschäftigte mit einem monatlichen Bruttoeinkommen von bis zu 2.200 EUR definiert.

Im Bereich der Arbeitnehmerattraktivität gerade auch für Arbeitnehmer mit geringen Einkommen steigt die Grundzulage bei der Riester-Rente von derzeit 154,00 auf 175,00 EUR. Betriebs- und Riester-Renten sollen in der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nicht mehr voll angerechnet werden. Anrechnungsfrei bleiben Leistungen aus einer zusätzlichen Altersvorsorge in Höhe eines Sockelbetrages von 100 EUR zuzüglich 30 Prozent des übersteigenden Einkommens aus einer zusätzlichen Altersvorsorge. Die

Produkttipp

Fath/Urbitsch

Lexikon Altersversorgung 2018

Die Betriebsrente von A-Z



14. Auflage 2018
XV. ca. 230 Seiten.
Softcover
ISBN 978-3-8073-2628-3
ca. € 42,99

Erscheinungsdatum:
08.01.2018

[\[Mehr Info\]](#)

Jeder Arbeitnehmer hat einen gesetzlichen Anspruch auf eine betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung. Dieses Praxiswerk hilft kleinen Betrieben bei der Umsetzung. Die aktuelle Sonderbeilage informiert über die Neuerungen zur Reform der betrieblichen Altersversorgung, die ab 1. Januar 2018 in Kraft tritt.

Das Lexikon bietet folgende Vorteile:

- Lexikalische Aufbereitung in knapp 300 Stichwörtern
- Kompakte Einführung in das Grundlagenwissen
- Erläuterung aller relevanten Fachbegriffe in verständlicher Sprache
- zahlreiche Beispiele erleichtern das Verständnis



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Obergrenze beträgt 50 Prozent der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 des zwölften Buchs Sozialgesetzbuch – derzeit (2017) 204,50 EUR.

*Jörn Manhart,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf*

Kurzmeldungen

Rückkehrrecht von Teilzeit auf Vollzeit kommt vorerst nicht

Das geplante Gesetz, nach dem Beschäftigte, die ihre Arbeitszeit vorübergehend verringern möchten, nach der Teilzeitphase wieder zur ursprünglichen Arbeitszeit zurückkehren können, wird nicht mehr im Bundeskabinett besprochen werden. Das ergibt sich aus übereinstimmenden Medienberichten. Der Gesetzentwurf von Angela Nahles ist damit in dieser Legislaturperiode gescheitert.

Mindestlöhne in der Pflege steigen

Der Pflegemindestlohn steigt ab Januar 2018 auf 10,55 EUR im Westen und 10,05 EUR im Osten. Anfang 2019 und 2020 wird er nochmals erhöht. Von diesem Mindestlohn profitieren vor allem Pflegehilfskräfte. Eine entsprechende Verordnung hat das Kabinett passiert. Mit der Verordnung gelten für alle Pflegebetriebe und ihre Beschäftigten die bereits im April von der Pflegekommission ausgehandelten Lohnuntergrenzen: Das sind 10,20 EUR pro Stunde in den alten Bundesländern, 9,50 EUR in den neuen Bundesländern. Sie gelten auch für ausländische Pflegeunternehmen, die ihre Arbeitskräfte nach Deutschland entsenden. Die Pflegemindestlöhne liegen über dem gesetzlichen Mindestlohn von derzeit 8,84 EUR.

(Quelle und weitere Informationen:
www.bundesregierung.de)

Anstehende BAG-Entscheidungen (September 2017)

20. September 2017	9.00 Uhr	Insolvenzanfechtung – in der Krise geleistete Arbeitsvergütung – Inkongruenz aufgrund drohender Zwangsvollstreckung
20. September 2017	10.30 Uhr	Samstag – Werktag i.S.d. § 6 TVöD-K
20. September 2017	10.00 Uhr	Berechnung des Nachzuschlags und des Urlaubsentgelts unter Berücksichtigung des MiLoG
26. September 2017	10.30 Uhr	Gesetzliche Insolvenzsicherung für Einstandspflicht des Arbeitgebers nach Herabsetzung einer Pensionskassenrente – Versicherungsmisbrauch
26. September 2017	14.00 Uhr	Ruhen eines Ruhegeldanspruchs bei betragsmäßig höherem Hinterbliebenenversorgungsanspruch

Produktipp

Rabe von Pappenheim (Hrsg.)

Lexikon Arbeitsrecht 2018

incl. Webinar



18. Auflage 2018,
ca. 530 Seiten. Softcover
ISBN 978-3-8073-2626-9
ca. € 49,99

Erscheinungsdatum:
28.02.2018

[\[Mehr Info\]](#)

Von A wie Abmahnung bis Z wie Zeugnis

Das Lexikon Arbeitsrecht behandelt alle für die tägliche Praxis relevanten arbeitsrechtlichen Fragestellungen.

In einem Webinar informiert ein erfahrener Fachanwalt für Arbeitsrecht über die aktuellen Änderungen und gibt praktische Tipps und Handlungsanleitungen.