



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

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

BEITEN BURKHARDT
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

Inhalt:

Im Blickpunkt	Seite 1
Rechtsprechung	Seite 6
Meldungen	Seite 23
Anstehende BAG-Entscheidungen	Seite 26

Im Blickpunkt

AÜG-Reform – eine erste Bestandsaufnahme zur Höchstdauer der Arbeitnehmerüberlassung

Das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und anderer Gesetze“ ist seit dem 1. April 2017 in Kraft. Inzwischen haben sich vielfältige Anwendungsschwierigkeiten herauskristallisiert, die von der Rechtsprechung zu klären sein werden. Dies gilt insbesondere für die neu ins Gesetz aufgenommene Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten. Die derzeitige Rechtsunsicherheit ist besonders gefährlich, da die Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes weitreichend sind: Neben Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeldern von bis zu 30.000 EUR für Verleiher wie Entleiher und einem drohenden Verlust der Überlassungserlaubnis für den Verleiher ist an das neu gesetzlich angeordnete Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu erinnern. Im Folgenden werden die Umsetzungsfragen holzschnittartig dargestellt. Abhängig von den konkreten Rahmenbedingungen des jeweiligen Einsatzes von Leiharbeitnehmern ist eine sorgfältige Risikoabschätzung anzuraten.

„Dauerleihe“ trotz Überlassungshöchstdauer?

Der Verleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate tätig werden lassen. Die Formulierung („denselben Leiharbeitnehmer“) legt nahe, dass sich der Gesetzgeber für eine arbeitnehmerbezogene und gegen eine arbeitsplatzbezogene Sichtweise entschieden hat. Dies bedeutet, dass Leiharbeitnehmer bis zur Höchstgrenze von 18 Monaten auch auf einem Dauerarbeitsplatz beim Entleiher eingesetzt werden können. Insbesondere konzernverbundene Unternehmen ermöglicht dies, einen Leiharbeitnehmer nach 18 Monaten Einsatz abzuziehen und durch einen anderen zu ersetzen. Dies wird in der juristischen Literatur mitunter kritisch gesehen. Es empfiehlt sich, die Rechtsprechung sehr aufmerksam zu beobachten. Dass einzelne Instanzgerichte trotz des Gesetzeswortlauts, etwa unter Berufung auf eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung, (weiterhin) von einer arbeitsplatzbezogenen Betrachtung ausgehen könnten, erscheint zumindest nicht ausgeschlossen.

Wechsel zwischen verschiedenen Betrieben desselben Entleiher

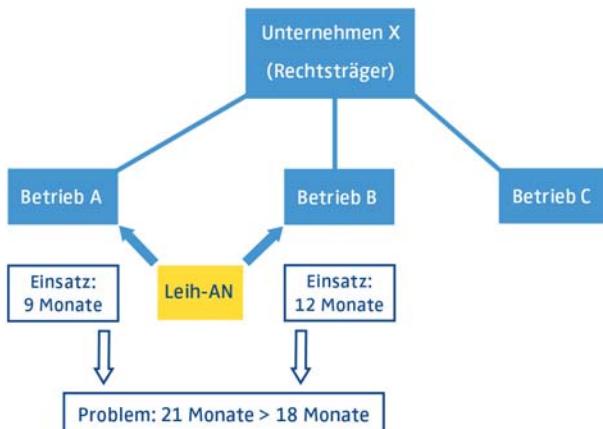
Nicht selten sollen Leiharbeitnehmer – sukzessive oder im Wechsel – in verschiedenen Betrieben desselben Entleiher eingesetzt werden. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob Bezugspunkt für die Berechnung der Überlassungshöchstdauer der Einsatz im Unternehmen oder im jeweiligen Betrieb des Entleiher ist (vgl. Grafik nachfol-



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

gende Seite). Die Gesetzesformulierung spricht auf den ersten Blick eher dafür, auf das Unternehmen abzustellen; der Begriff des Entleiher scheint rechtsträgerbezogen. Hier von geht auch die Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit aus. Findet während des Einsatzes also ein Wechsel zwischen verschiedenen Betrieben des Entleiher oder zwischen verschiedenen Arbeitsplätzen statt, wäre dies für die Berechnung der Überlassungshöchstdauer irrelevant, die Zeiträume wären also zusammenzurechnen.



Jedoch ist die Gesetzesformulierung zumindest nicht zweifelsfrei. Es ist allgemein vom Entleiher, nicht aber konkret vom Entleiherunternehmen oder Entleiherbetrieb die Rede. In verschiedenen Stellungnahmen, insbesondere seitens der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, wird daher für eine betriebsbezogene Betrachtung plädiert. Hierfür spricht, dass nach der gesetzlichen Definition der Arbeitnehmerüberlassung für deren Vorliegen die Eingliederung in die Betriebsorganisation des Entleiher maßgeblich ist. Die Zwecksetzung hinter dieser Auffassung ist offensichtlich. Durch das Abstellen auf den Einsatzbetrieb soll eine größere Flexibilität erreicht werden. Die 18-Monats-Frist würde bei jedem Einsatz in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens von vorne laufen. Bis zu einer gerichtlichen Klärung ist für die Praxis jedoch anzuraten, zur Sicherheit von einer unternehmensbezogenen Berechnung der Überlassungshöchstdauer auszugehen.

Überlassung in Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen

Zu bedenken ist, dass die – vermeintlich – größere Flexibilität infolge einer betriebsbezogenen Betrachtung möglicherweise durch Einschränkungen erkauft würde in Fällen, in denen Leiharbeiter in einen von mehreren Unternehmen geführten Gemeinschaftsbetrieb überlassen werden. Auch nach der AÜG-Reform gilt, dass sich Arbeitnehmerüberlassung und der arbeitsteilige Einsatz von Arbeitnehmern in einem Gemeinschaftsbetrieb ausschließen. Werden Arbeitnehmer in einen Gemeinschaftsbetrieb überlassen, läge es bei betriebsbezogener Sicht nahe, dass beide/alle am Gemeinschaftsbetrieb beteiligte Unternehmen als derselbe Entleiher gelten. Eine mögliche Folge könnte sein, dass bei einer weiteren Überlassung an ein am Gemeinschaftsbetrieb beteiligtes Unternehmen der 18-Monats-Zeitraum nicht neu zu laufen begäne. An sämtliche den Gemeinschaftsbetrieb führende Unternehmen wäre also nur eine Überlassung von (einmalig) 18 Monaten zulässig; danach wäre eine mindestens dreimonatige Unterbrechung notwendig. Demgegenüber bietet eine unternehmensbezogene Sichtweise größere Flexibilität. Nach dieser würde bei einer nachfolgenden Überlassung an ein am Gemeinschaftsbetrieb beteiligtes Unternehmen der 18-Monats-Zeitraum von Neuem laufen.

Praxistipp

Derzeit ist noch nicht prognostizierbar, welche Auffassung sich durchsetzen wird. Die Stimmen in der juristischen Literatur erscheinen in etwa gleich verteilt. Wer auf „Nummer sicher“ gehen möchte, sollte nach einer 18-monatigen Überlassung in einen Gemeinschaftsbetrieb denselben Leiharbeiter erst nach einer Unterbrechung von drei Monaten und einem Tag an ein am Gemeinschaftsbetrieb beteiligtes Unternehmen überlassen.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Berücksichtigung von Unterbrechungszeiten

Im Hinblick auf die konkrete Berechnung der Überlassungshöchstdauer ergeben sich verschiedene praktische Schwierigkeiten. Der Gesetzeswortlaut stellt auf eine Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinanderfolgenden Monaten ab. Die Berechnung ist daher einfach, wenn es sich um ununterbrochene Überlassungszeiträume handelt. Unklarheiten bestehen immer dann, wenn es zu Unterbrechungen der Überlassung kommt.

Hierzu ordnet das Gesetz lediglich an, dass die Zeiträume vorheriger Überlassungen vollständig anzurechnen sind, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. Daraus ist zu schließen, dass bei Vorliegen einer Unterbrechung von drei Monaten und einem Tag der 18-Monats-Zeitraum von Neuem zu laufen beginnt; nicht möglich ist es, mehrere kürzere Unterbrechungszeiten zu einer Gesamtunterbrechung von drei Monaten zusammenzurechnen. Umgekehrt ist anzunehmen, dass bei Unterbrechungen von drei Monaten oder weniger Überlassungszeiten zu addieren sind; dabei ist davon auszugehen, dass die Unterbrechungszeiten als solche grundsätzlich nicht mitzählen.

Problematisch erscheint, wie sich kurze Unterbrechungen, etwa wegen einzelner arbeitsfreier Tage oder krankheits- bzw. urlaubsbedingter Abwesenheiten, auf die Berechnung der Überlassungshöchstdauer auswirken. Dieselbe Frage stellt sich in Fallkonstellationen, in denen jeweils stunden-, tage- oder allenfalls wochenweise Überlassungen beabsichtigt sind. Bereits im Vorfeld des Inkrafttretens der AÜG-Novelle hat sich hierzu im Schrifttum ein Streit entwickelt.

Nach einer materiellen Sichtweise soll auf die tatsächlichen Einsatzzeiten abzustellen sein. Liegen eintretende Unterbrechungen unter drei Monaten, zählen diese nicht mit. Bei einer Unterbrechung von drei Monaten und einem Tag beginnt die Berechnung von Neuem. Auf Basis dieser Sichtweise kann es bei Vorliegen vieler kurzer Überlassungszeiten möglich sein, innerhalb eines vergleichsweise deutlich längeren zeitlichen Rah-

mens als der Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten wirksam Überlassungen vorzunehmen.

Beispiel

Es wird ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag für den Zeitraum von März 2018 bis einschließlich Dezember 2018 geschlossen, in dem geregelt ist, dass der überlassene Leiharbeitnehmer jeweils in der letzten Woche eines Kalendermonats für Buchhaltungstätigkeiten eingesetzt wird. Nach der materiellen Sichtweise ist trotz der Vertragslaufzeit von zehn Monaten von einer (tatsächlichen) Überlassungsdauer von zehn Wochen auszugehen.

Eine formale Sichtweise stellt demgegenüber auf die Laufzeit des geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ab. Sie geht davon aus, dass kürzere Unterbrechungen unbeachtlich sind, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zwischen dem vorangegangenem Einsatz und dem auf die Unterbrechung folgenden Einsatz ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht. Letzteres soll sich insbesondere aus der Dauer der Unterbrechung und der Art der Weiterbeschäftigung (z. B. gleiche Aufgabe, gleicher Arbeitsplatz) ergeben. Krankheits- und urlaubsbedingte Unterbrechungen sollen regelmäßig unbeachtlich sein, wenn der Leiharbeitnehmer im Anschluss wieder beim Entleiher am selben Arbeitsplatz tätig wird.

Beispiel

In dem für den Zeitraum von März 2018 bis einschließlich Dezember 2018 geltenden Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist geregelt, dass der überlassene Leiharbeitnehmer jeweils von Montag bis Mittwoch für Lagerarbeiten beim Verleiher eingesetzt wird. Nach der formalen Sichtweise ist von einer (ununterbrochenen) Überlassungsdauer von zehn Monaten auszugehen. Es findet keine tageweise Betrachtung statt.

Es ist schwer vorherzusehen, welche der beiden Sichtweisen sich in der Rechtsprechung durchsetzen wird. Die gesetzliche Definition der Arbeitnehmerüberlassung spricht für die materielle Sichtweise, da sie auf die Eingliederung des Leih-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers und damit auf seinen tatsächlichen Einsatz abstellt. Aufgrund der arbeitnehmerschützenden Zwecksetzung des AÜG würde es allerdings nicht überraschen, wenn die Gerichte die (vermeintlich) „leiharbeitnehmerfreundlichere“ formelle Sichtweise anwenden würden.

Kalendariische oder kaufmännische Berechnung?

Schließlich wird die Rechtsprechung zu entscheiden haben, ob die Berechnung der 18-Monats-Frist immer monatsweise zu erfolgen hat (kalendariische Berechnung) oder – ähnlich der kaufmännischen Berechnung – ein Monat stets mit 30 Tagen zu berücksichtigen ist. Die kaufmännische Methode führt im Ergebnis zu einer kürzeren Überlassungshöchstdauer. Der Gesetzeswortlaut legt eine kalendariische Berechnung nahe. Allerdings erscheint diese bei unterbrochenen Einsatzzeiten weniger praktikabel als die kaufmännische Berechnung. Entsprechend schlägt die Bundesagentur für Arbeit vor, volle Einsatzmonate jeweils als einen Kalendermonat zu berücksichtigen und angebrochene Monate mit „X/30“ zu berechnen. Diese Anweisung ist für die Arbeitsgerichte jedoch ohne Bindungswirkung.

Praxistipp

Um bis zu einer gerichtlichen Klärung jegliches Risiko zu vermeiden, erscheint es empfehlenswert, unter Zugrundelegung der kaufmännischen Berechnung von einer Überlassungshöchstdauer von 540 Tagen (statt 18 Monaten) auszugehen.

Fazit

Die durch die AÜG-Novelle eingeführte Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten macht eine lückenlose und sorgfältig durchgeführte Einsatz- und Fristenkontrolle unerlässlich. Solange eine gerichtliche Klärung der verschiedenen Umsetzungsfragen aussteht, erscheint für die Praxis hierbei eine eher konservative Herangehensweise empfehlenswert. Die Dauer der Überlassung eines Leiharbeitnehmers an denselben Entleiher

sollte maximal 540 Tage betragen. Bei der Kontrolle des 540-Tage-Zeitraums sollten Unterbrechungszeiten hinsichtlich des tatsächlichen Einsatzes mitberücksichtigt werden, also mitzählen. Abzustellen ist auf den Einsatz des Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiherunternehmen ungeachtet etwaiger Wechsel zwischen verschiedenen Entleiherbetrieben.

*Dr. Thomas Lambrich, Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
Hamburg*



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

Wenn der arbeitsfreie Tag auf einen Feiertag fällt – kein bezahlter Ausgleichstag für Teilzeitarbeitnehmer oder doch?

Arbeitnehmer werden auch in diesem Jahr je nach Bundesland mit mehr oder minder vielen gesetzlichen Feiertagen beschenkt. Was aber, wenn bei Teilzeitarbeitnehmern der arbeitsfreie Tag auf einen gesetzlichen Feiertag fällt? Führt dies zu Ungerechtigkeiten? Haben doch Kollegen in Voll- oder Teilzeit einen zusätzlichen Tag in der Woche frei. Es kommt oft die Frage auf, ob ein sogenannter Ausgleichstag unter Fortzahlung der Vergütung gewährt werden sollte.

Gesetzlich verankerte Entgeltfortzahlungspflicht an Feiertagen

Die Entscheidung der Arbeitgeber, ob sie Teilzeitmitarbeitern einen Ausgleichstag gewähren sollten, lässt sich am besten unter Berücksichtigung der gesetzlichen Grundlagen und möglichen Reichweite im Unternehmen beantworten. Ausgehend vom Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ entfällt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), wenn er seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt. Unerheblich ist der Grund der Nichtleistung. Der Gesetzgeber hat jedoch Regelungen geschaffen, wonach der Arbeitgeber trotz Nichtleistung zur Vergütungszahlung verpflichtet bleibt. Nach dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG) sind Feiertage Tage der Arbeitsruhe. Es enthält dafür ein grundsätzliches Beschäftigungsverbot. Der Arbeitgeber hat jedoch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) für Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertages ausfällt, dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Die Regelung verfolgt den Zweck, den durch den Feiertag eingetretenen Entgeltausfall zu kompensieren. Voraussetzung ist, dass der Feiertag alleinige Ursache des Arbeitsausfalls ist.

Kein gesetzlicher Anspruch auf einen Ausgleichstag

Arbeiten Teilzeitarbeitnehmer an festen Arbeitstagen, haben sie keinen Entgeltfortzahlungsanspruch, wenn der Feiertag auf einen arbeitsfreien Tag fällt. Es besteht auch kein Entgeltfortzahlungsanspruch für Teilzeitarbeitnehmer, die nach einem feststehenden und feiertagsunabhängigen rollierenden System arbeiten und der arbeitsfreie Tag auf einen Feiertag fällt. In beiden Fällen ist der Feiertag nicht alleinige Ursache für den Arbeitsausfall. Der Arbeitsausfall beruht nicht auf dem Beschäftigungsverbot der Feiertagsruhe. Die Teilzeitarbeitnehmer erfahren auch keinerlei Entgelteinbuße.

Ein gesetzlicher Anspruch auf einen Ausgleichstag unter Fortzahlung der Vergütung besteht nicht. Ein solcher Anspruch kann sich lediglich aus einer vertraglichen Abrede, Betriebsvereinbarung oder aus einem Tarifvertrag ergeben.

Betriebliche Regelungen schaffen?

Die Entscheidung der Arbeitgeber, ob sie Teilzeitarbeitnehmern einen Ausgleichstag durch eine vertragliche Vereinbarung gewähren, sollte wohl überlegt sein. Im Ergebnis dürften die folgenden Punkte gegen eine solche betriebliche Regelung sprechen. Zum einen verkennt ein „Nachholen von Feiertagen“ den Sinn und Zweck der Feiertagsruhe und des aus dem Beschäftigungsverbot folgenden Entgeltfortzahlungsanspruchs. Daneben spricht der wirtschaftliche Aspekt gegen eine solche betriebliche Handhabung. Dies vor allem, wenn Arbeitgeber sich verdeutlichen, welchen Stein sie durch die Gewährung von Ausgleichstagen für Teilzeitarbeitnehmer ins Rollen bringen können. Denn bei einem Vergleich zu in Voll- oder Teilzeit von Montag bis Freitag tätigen Arbeitnehmern zeigt sich, dass diese Gruppe auch keinen Ausgleichstag beanspruchen kann, wenn der Feiertag auf einen arbeitsfreien Wochenendtag fällt. Solche arbeitnehmerfreundlichen Regelungen gibt es in anderen EU-Ländern. In Spanien und Groß-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

britannien werden Feiertage, die auf einen Wochenendtag fallen, am folgenden Werktag nachgeholt. In Luxemburg setzen die Unternehmen selbstständig einen freien Tag fest.

Differenzierung bei Schichtarbeit

Auch bei Arbeit nach einem Schichtplan besteht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 27. März 2014 – 6 AZR 621/12) ein Entgeltfortzahlungsanspruch für einen arbeitsfreien Feiertag nur dann, wenn die planmäßige Freistellung durch die Feiertagsruhe bestim mend beeinflusst ist. Es besteht hingegen kein Entgeltfortzahlungsanspruch, wenn sich die Freistellung aus einem Planschema ergibt, das von der gesetzlichen Feiertagsruhe unabhängig ist. Auch für Schichtarbeiter in Voll- sowie Teilzeit gilt, dass der Feiertag die alleinige Ursache des Arbeitsausfalls sein muss. Ergibt sich die Arbeitsbefreiung aus einer feiertagsunabhängigen Gestaltung des Dienstplans, besteht kein Entgeltfortzahlungsanspruch. Eine Freistellung an einem anderen Arbeitstag kann nicht verlangt werden.

Schaffung einheitlicher betrieblicher Regelungen

Sofern Arbeitgeber freiwillig nur Teilzeitarbeitnehmern Ausgleichstage für den Fall gewähren, dass der arbeitsfreie Tag auf einen Feiertag fällt, werden sie gegenüber anderen Arbeitnehmern bevorzugt. Denn obwohl ihnen keine Entgelteinbuße droht, bekommen sie einen weiteren bezahlten freien Tag als Ausgleich. Fällt bei anderen Arbeitnehmern der Feiertag auf einen Wochenendtag oder bei im Schichtdienst tätigen Arbeitnehmern auf einen arbeitsfreien Tag, wird diesen Mitarbeitern kein Ausgleichstag gewährt. Für den Fall, dass der Feiertag und der arbeitsfreie Tag zusammen fallen, könnten sie ebenfalls einen Ausgleichstag unter Fortzahlung der Vergütung fordern. Es dürfte dann zu Unstimmigkeiten im Unternehmen kommen, wenn der Arbeitgeber

dies im Gegensatz zu in Teilzeit tätigen Arbeitnehmern ablehnt. Der Arbeitgeber ist daher gehalten, einheitliche Regelungen für alle Arbeitnehmer zu treffen.

Fazit

Die Reichweite und die wirtschaftlichen Folgen der Gewährung eines Ausgleichstags für Teilzeit arbeitnehmer berücksichtigt, ist der Arbeitgeber gut beraten, sich an der gesetzlichen Regelung zu orientieren und keinen freiwilligen Ausgleich zu schaffen. Ein Nachholen von Feiertagen verkennt den Sinn und Zweck der Feiertagsruhe und des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung. Außerdem tritt die Bedeutung des jeweiligen Feiertags beim Nachholen in den Hintergrund. Im Ergebnis haben Teilzeitmitarbeiter dann einfach nur frei, ohne dass die Bedeutung des Feiertags zur Geltung kommt.

*Karina Sander, Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts gesellschaft mbH,
Berlin*

Rechtsprechung

„Am siebten Tage sollst Du ruhen“ gilt laut dem EuGH nicht

*Europäischer Gerichtshof (EuGH) vom
9. November 2017 – C-306/16*

Der wöchentliche Pflichtruhetag muss nicht zwingend am siebten Tag gewährt werden.

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war in einem Casino beschäftigt, das mit Ausnahme des 24. Dezember täglich geöffnet hatte. Zeitweise war er an sieben aufeinanderfolgenden Tagen zur Arbeit eingeteilt. Nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses forderte der Mitarbeiter vom Arbeitgeber Schadensersatz. Er war der Auffassung, ihm seien die gesetzlichen Pflichtruhetage nicht gewährt worden. Die jeweils siebten Tage eines Arbeitsblocks, an denen er gearbeitet hatte, wollte er als Überstunden vergütet



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

haben. Das Vorlagegericht (der Fall spielte in Portugal) wandte sich an den EuGH und bat u.a. um Beantwortung der Frage, ob der wöchentliche Pflichtruhetag gemäß Art. 5 Abs. 1 der europäischen Arbeitszeitrichtlinie 2003/88 zwingend am siebten Tag nach sechs aufeinanderfolgenden Arbeitstagen gewährt werden müsse.

Die Entscheidung

Der EuGH kam zu dem Schluss, dass die wöchentliche Mindestruhezeit von 24 Stunden jederzeit innerhalb jedes Siebentageszeitraums gewährt werden kann. Die europäischen Richter stützen dieses Ergebnis vor allem auf den Wortlaut der Regelung. Daraus ergebe sich nur, dass die Mitgliedstaaten erforderliche Maßnahmen treffen müssen, um die Pflichtruhezeit von 24 Stunden irgendwann während des Siebentageszeitraums zu gewährleisten. Weiter betonte der EuGH, dass die Arbeitszeitrichtlinie zwar dem Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer dient. In Bezug auf die Festlegung des Zeitpunkts der Mindestruhzeiten räume diese den Mitgliedstaaten aber auch ein Ermessen für eine gewisse Flexibilität ein.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des EuGH hat in den Medien massive Kritik erfahren. Moniert wurde, dass mit dem Auslegungsergebnis des Gerichts Arbeitnehmer zwölf Tage am Stück arbeiten könnten, wenn der Arbeitgeber einen Pflichtruhetag am Anfang eines Wochenzeitraums und den nächsten Pflichtruhetag am Ende des darauffolgenden Wochenzeitraums gewährt. Allerdings kann man diese Flexibilität mit dem EuGH auch positiv formulieren: Werden mehrere aufeinanderfolgende Ruhetage am Ende eines und am Anfang des darauffolgenden Wochenzeitraums gesetzt, kann das Auslegungsergebnis des EuGH Arbeitnehmern auch zugute kommen. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die europäische Arbeitszeitrichtlinie nur Mindestnormen für den Schutz der Arbeitnehmer aufstellt. In Deutschland ergeben sich die maßgeblichen Vorschriften zur Ruhezeit aus dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG).

Praxistipp

Die Flexibilisierung der Arbeitszeit wird aufgrund der voranschreitenden Digitalisierung der Arbeitswelt immer häufiger gefordert. Das ArbZG lässt eine solche Flexibilisierung allerdings nur in engen Grenzen zu – Höchstarbeitszeiten und tägliche Ruhezeiten sowie das Verbot von Sonn- und Feiertagsarbeit sind grundsätzlich zwingend zu beachten. Angesichts des verfassungsrechtlich geschützten Sonntagsverbots gilt das Credo „am siebten Tage sollst Du ruhen“ daher in Deutschland trotz der aktuellen Entscheidung des EuGH grundsätzlich weiter. Sonntagsbeschäftigung ist nach dem ArbZG nur in Ausnahmefällen und vor allem bei kontinuierlichen Schichtbetrieben wie z. B. in Krankenhäusern, bei Polizei und Feuerwehr sowie in Gaststätten möglich. Bei ausnahmsweise zulässiger Sonntagsarbeit muss allerdings gewährleistet sein, dass der Arbeitnehmer in einem Siebentageszeitraum mindestens einen Ruhetag hat. Als solcher Ersatzruhetag kommt nach der Rechtsprechung des BAG jeder Werktag in Betracht.

*Dr. Wolfgang Lipinski,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
München*

*Katharina Domni, Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
München*

Verhindert der Arbeitgeber die Inanspruchnahme (bezahlten) Urlaubs, ist dieser unbegrenzt übertragbar

*Europäischer Gerichtshof vom
29. November 2017 – C-214/16*

Unabhängig von einem vorherigen Antrag des Arbeitnehmers können Urlaubsansprüche angehäuft und – im Gegensatz zu Fallgestaltungen der arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer – unbegrenzt auf die Folgejahre übertragen werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber in der



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Annahme, es liege eine freie Mitarbeit vor, einen bezahlten Urlaub zuvor nicht gewährte.

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer arbeitete seit 1999 bis zum Eintritt in den Ruhestand im Jahr 2012 auf Basis eines Selbstständigen-Vertrags bei seinem Arbeitgeber. Für genommenen Urlaub erhielt er keine Bezahlung. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses forderte er die Zahlung einer Vergütung für den von ihm im gesamten Zeitraum der Beschäftigung genommenen – aber nicht bezahlten – und für den nicht genommenen Jahresurlaub, da er nicht selbstständig, sondern fest angestellt gewesen sei. Er gab an, den Urlaub deshalb nicht genommen zu haben, weil der Arbeitgeber ihm die Urlaubstage nicht vergütet habe. Der Arbeitgeber ist der Meinung, der Mitarbeiter habe als Selbstständiger keinen Urlaubsanspruch und falls doch, sei dieser nicht unbegrenzt übertragbar und deshalb verfallen. In der Berufungsinstanz wurde die Arbeitnehmereigenschaft festgestellt. Wegen europarechtlicher Bezüge legte das Gericht den Fall dem EuGH vor.

Die Entscheidung

Der EuGH gab dem Arbeitnehmer vollumfänglich Recht. Wenn der Arbeitgeber sich weigere, den Urlaub zu vergüten, könne das den Arbeitnehmer davon abhalten, Urlaub zu nehmen. Auch könne er sich bei einer Unsicherheit darüber, ob er während seiner Abwesenheit Entgelt erhalte oder nicht, nicht voll und ganz erholen und dies widerspreche dem eigentlichen Zweck des Urlaubs. Ferner sei es durch die europäische Arbeitszeitrichtlinie 2003/88 nicht vorgesehen, dass die Übertragung des Urlaubs nach einem bestimmten Zeitraum erlischt. Sofern der Arbeitnehmer aus Gründen, die unabhängig von seinem Willen bestehen, gehindert sei, den Urlaub vor Ende des Arbeitsverhältnisses zu nehmen, habe er einen Anspruch auf finanzielle Vergütung, als hätte er den Urlaub genommen. Der Arbeitgeber sei – im Gegensatz zu Sachverhalten mit Langzeiterkrankten – nicht schutzwürdig, da er von der ununterbrochenen Tätigkeit seines Arbeitnehmers profitiere, sodass an dieser Stelle eine zeitliche

Begrenzung der Übertragung nicht erforderlich sei. Dies lasse die Ausnahme zu, nach der ein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auch nach Ablauf des Bezugszeitraums nicht erlösche.

Konsequenzen für die Praxis

Arbeitgeber sollten alle Arbeitnehmer tatsächlich in die Lage versetzen, den Jahresurlaub zu nehmen und freie Mitarbeiter genauestens auf ihren Selbstständigen-Status hin prüfen. Es obliegt dem Arbeitgeber, sich über seine Verpflichtungen zu informieren. Das bedeutet, dass es zu seinen Lasten geht, sollte es sich um sogenannte „Schein-selbstständige“ handeln. Diesbezüglich sind auch die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen zu beachten. Das Finanzamt und die Deutsche Rentenversicherung können den Arbeitgeber rückwirkend grundsätzlich bis zu vier Jahre für die Lohnsteuer in Haftung nehmen und Beiträge nachfordern. Außerdem droht eine Strafbarkeit wegen Veruntreuung der Beiträge. Sofern die Gründe, dass Urlaub nicht genommen wurde, nicht auf Seiten des Arbeitnehmers liegen, könnten sich Arbeitgeber nun verstärkt bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Zahlungsansprüchen wegen noch bestehender Urlaubsansprüche konfrontiert sehen. Diese können unter Umständen erheblich ausfallen, wenn ausscheidende Arbeitnehmer zuvor allem Anschein nach als Selbstständige tätig waren. Es bleibt abzuwarten, wie deutsche Gerichte mit diesem Urteil umgehen werden.

Nadine Kirchner, Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
Frankfurt am Main

Haben Sie allen nicht berücksichtigten Bewerbern abgesagt?

Bundesarbeitsgericht vom 29. Juni 2017 –
8 AZR 402/15

Die in einer Stellenausschreibung enthaltene Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ kann Personen nach dem Allgemeinen Gleichbehand-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

lungsgesetz (AGG) wegen ihrer ethnischen Herkunft benachteiligen. Um eine zeitlich unbegrenzte Geltendmachung von Entschädigungen wegen Benachteiligungen nach dem AGG zu vermeiden, sollte allen nicht berücksichtigten Bewerbern abgesagt werden.

Sachverhalt

Der Bewerber, ein russischer Muttersprachler, verklagte ein Unternehmen zur Zahlung einer Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG. Das Unternehmen hatte eine Jobvermittlung mit der Suche nach Aushilfen für Bürotätigkeiten in einem Zeitraum von 18. März bis 17. Mai 2013 beauftragt. Nach der Stellenausschreibung war „Deutsch als Muttersprache“ gefordert. Die Bewerbung wurde nicht berücksichtigt. Der Bewerber erhielt – allerdings erst auf Nachfrage – am 11. September 2013 die Mitteilung, dass seine Bewerbung abgelehnt wurde. Am 7. November 2013 ging dem Unternehmen die Entschädigungsforderung zu.

Die Entscheidung

Das BAG verurteilte das Unternehmen zur Zahlung einer Entschädigung, da wegen der Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ eine Benachteiligung aufgrund ethnischer Herkunft vorliege. Die erworbene Muttersprache hänge typischerweise mittelbar mit der ethnischen Herkunft zusammen. Gesellschaftliche Gruppen seien neben z. B. gemeinsamer Religion oder Kultur auch durch Gemeinsamkeiten der Sprache gekennzeichnet. Die Sprache, die man typischerweise von seinen Eltern lerne, betreffe in besonderer Weise den Sprachraum und damit die ethnische Herkunft eines Menschen. Die Benachteiligung war hier auch nicht gerechtfertigt. Einen Bewerber mit profunden Sprachkenntnissen zum Verfassen eigener Texte einzustellen, sei zwar ein rechtmäßiges Ziel. Das Unternehmen hatte aber nicht ausreichend vorgetragen, warum es einen Muttersprachler dafür gebraucht hätte. Dass die Stellenanforderung „Deutsch als Muttersprache“ erforderlich und angemessen sei, konnte das Gericht somit nicht feststellen. Da der Bewerber keine Ablehnung erhalten hatte und

daher die Zwei-Monats-Frist des § 15 Absatz 4 Satz 1 AGG nicht angelaufen war, sah das Gericht die Geltendmachung der Entschädigung im November 2013 außerdem als fristgerecht an.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt, dass die Stellenanforderung „Deutsch als Muttersprache“ nur in sehr begrenzten Fällen verwendet werden sollte, denn in einem Rechtsstreit muss der Arbeitgeber im Zweifel beweisen, dass er zwingend einen Muttersprachler braucht. Das BAG macht zudem deutlich, welche Anforderungen an die Ablehnung eines Bewerbers zu stellen sind. Die Ablehnung muss zum einen als Reaktion auf die konkrete Bewerbung erfolgen. Daher reicht eine vorweggenommene Ablehnung in einer Stellenausschreibung, z. B. Ablehnung bei Ablauf des Befristungszeitraums einer befristeten Stelle, nicht aus. Bloßes Schweigen oder Untätigbleiben reicht des Weiteren auch nicht für eine Ablehnung. Die Ablehnung kann nur dann ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn sich das Berufen auf die fehlende Ablehnung als reine Förmel darstellt, weil der Bewerber auch ohne die Ablehnung sicher weiß, dass seine Bewerbung erfolglos geblieben ist. Dies kann anzunehmen sein, wenn der Bewerber selbst in seiner Bewerbung unmissverständlich erklärt hat, ausschließlich innerhalb eines bestimmten Zeitraums zur Verfügung zu stehen und dieser abgelaufen ist oder wenn für die Arbeitszeit eine bestimmte Leistungszeit so wesentlich ist, dass sie typischerweise in einem anderen Zeitraum nicht nachgeholt werden kann, z. B. bei Saisonarbeiten.

Praxistipp

Es ist zu beachten, dass auch beim Einsatz von Jobvermittlungen die Verantwortung für eine Stellenausschreibung beim Unternehmen liegt. Sind Deutschkenntnisse essenziell, so sollte man als Arbeitgeber in Stellenausschreibungen „perfekte“ oder „sehr gute“ Deutschkenntnisse fordern.

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



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Anspruch auf Arbeitszeitaufstockung für Teilzeitkräfte?

Bundesarbeitsgericht vom 18. Juli 2017 – 9 AZR 259/16

Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer können eine Erhöhung ihrer Arbeitszeit nicht erzwingen.

Sachverhalt

Eine in Teilzeit beschäftigte Krankenschwester klagte auf Erhöhung ihrer Arbeitszeit. Sie hatte gegenüber ihrer Arbeitgeberin Interesse an einer Vollzeitstelle bekundet, blieb aber selbst bei der nachfolgenden Einstellung von fünf anderen Krankenschwestern und -pflegern in Vollzeit unberücksichtigt. Die Arbeitgeberin hatte die Arbeitnehmerin auch nicht vorab über die zu besetzten Stellen informiert. Die Krankenschwester war der Auffassung, sie habe einen Anspruch auf eine Vollzeitarbeitsstelle. Ihr hätte eine der neu besetzten Stellen übertragen werden müssen. Dass diese inzwischen besetzt seien, sei unerheblich.

Die Entscheidung

Die Arbeitgeberin war nach Ansicht des BAG nicht verpflichtet, das Angebot der Krankenschwester auf Erhöhung der Arbeitszeit anzunehmen, da ihr dies mangels einer freien Stelle unmöglich war. Ob früher einmal Stellen bestanden hätten, sei unerheblich. Zwar hafte ein Arbeitgeber, der durch eine anderweitige Stellenbesetzung den Aufstockungsanspruch eines Arbeitnehmers schuldhaft unmöglich mache, grundsätzlich auf Schadensersatz; ein Anspruch auf Vertragsänderung bestehe aber nicht. Der Arbeitnehmer sei auf rein finanziellen Schadensersatz verwiesen, der vorliegend nicht geltend gemacht wurde.

Konsequenzen für die Praxis

Überspitzt gesagt kann ein Arbeitgeber unerwünschte Aufstockungsverlangen daher ignorieren und es auf einen etwaigen späteren Schadensersatzprozess ankommen lassen, in dem der Arbeitnehmer weitestgehend darlegen und beweisen muss, dass er einen Anspruch auf Aufstockung gehabt hätte und ihm deshalb finanziell-

er Schadensersatz zusteht. Ein finanzieller Ausgleich ohne feste zeitliche Begrenzung ist natürlich eine beträchtliche Kompensation und ein erhebliches Risiko für den Arbeitgeber. Es ist für den Arbeitnehmer aber immer nur eine Ersatzleistung und meist mit langen und schwierigen Gerichtsverfahren verbunden. Der Arbeitnehmer erlangt so nie die gefestigte Position, wie er sie auf der begehrten Stelle innegehabt hätte.

Praxistipp

Beim Umgang mit Aufstockungsverlangen kann diese Rechtsprechung ein gutes Verhandlungspfand für den Arbeitgeber sein. Zur Eruierung, wie die Positionen im Falle eines Rechtsstreits konkret wären, sollte geprüft werden, ob der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- und Beweislast genügen könnte. Dies gilt besonders bezüglich seiner Geeignetheit für die begehrte Stelle. Da insofern die Stellenausschreibung und etwaige Kenntnisse und Fähigkeiten des ggf. bereits ausgewählten Stelleninhabers von besonderer Bedeutung sind, sollten dabei auch diese berücksichtigt werden.

*Christina Kamppeter, LL.M.,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*

Dreijährige Kündigungsfrist kann Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen

Bundesarbeitsgericht vom 26. Oktober 2017 – 6 AZR 158/16

Wird die gesetzliche Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf mehrere Jahre verlängert, kann die Vertragsklausel wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam sein, selbst wenn die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber gleichermaßen verlängert wird.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Sachverhalt

Die Arbeitgeberin beschäftigte den Arbeitnehmer in ihrer Leipziger Niederlassung seit Dezember 2009 als Speditionskaufmann mit einer Vergütung von 1.400 EUR brutto. Im Juni 2012 unterzeichneten die Parteien eine Zusatzvereinbarung. Sie sah vor, dass sich die gesetzliche Kündigungsfrist für beide Seiten auf drei Jahre zum Monatsende verlängerte und hob das monatliche Bruttogehalt auf 2.400 EUR an. Die Vergütung sollte bis zum 30. Mai 2015 nicht erhöht werden und bei einer späteren Neufestsetzung wieder mindestens zwei Jahre unverändert bleiben. Nachdem ein Kollege des Arbeitnehmers festgestellt hatte, dass auf den Computern der Niederlassung im Hintergrund das zur Überwachung des Arbeitsverhaltens geeignete Programm „PC Agent“ installiert war, kündigte der Arbeitnehmer am 27. Dezember 2014 sein Arbeitsverhältnis zum 31. Januar 2015. Die Arbeitgeberin klagte auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer bis zum 31. Dezember 2017 fortbesteht.

Die Entscheidung

Das BAG urteilte zugunsten des Arbeitnehmers. Die in den hier vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Verlängerung der Kündigungsfrist auf drei Jahre benachteilige den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und sei deshalb unwirksam. Bei einer vom Arbeitgeber vorformulierten Kündigungsfrist, die für beide Seiten zwar gleich lang, aber wesentlich länger sei als die gesetzliche vierwöchige Regelfrist für eine Kündigung durch den Arbeitnehmer, sei nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Beachtung der grundgesetzlich garantierten Berufsfreiheit zu prüfen, ob die verlängerte Frist eine unangemessene Beschränkung der Berufsfreiheit darstellt. Die Vorinstanz habe hier ohne Rechtsfehler eine solche unausgewogene Gestaltung trotz der beiderseitigen Verlängerung der Kündigungsfrist bejaht. Der Nachteil für den Arbeitnehmer werde nicht durch die vorgesehene Gehaltserhöhung aufgewogen, zumal die Zusatzvereinbarung das Vergütungsniveau langfristig eingefroren habe.

Konsequenzen für die Praxis

Folge der Entscheidung ist, dass eine mehrjährige Kündigungsfrist für einen Arbeitnehmer nur ausnahmsweise durch besondere Umstände gerechtfertigt sein kann, zum Beispiel bei besonders herausgehobenen Positionen oder in speziellen Branchen. Möglicherweise wird sich aus den bislang noch nicht vorliegenden Urteilsgründen ergeben, ob die von der Vorinstanz erwähnte Grenze einer Kündigungsfrist von einem Jahr grundsätzlich als Orientierungswert dienen kann.

Praxistipp

Unternehmen verfolgen mit langen Kündigungsfristen regelmäßig das Ziel, Arbeitnehmer für längere Zeiträume zu binden, insbesondere bei be-

Produktipp

Fath/Urbitsch

Lexikon Altersversorgung 2018

Die Betriebsrente von A-Z



14. Auflage 2018
XIV, 244 Seiten,
Broschüre
„Betriebsrentenstärkungsgesetz“
Softcover
ISBN 978-3-8073-2628-3
€ 42,99

[\[Mehr Info\]](#)

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

stimmten Fachkräften. Jedoch sollten Arbeitgeber in jedem Einzelfall prüfen und abwägen, wie lange die Kündigungsfrist für die Bindung an das Unternehmen tatsächlich sein muss. Eine Kündigungsfrist, die ein Jahr überschreitet, wird für einen „gewöhnlichen“ Mitarbeiter, der keine hohe Führungsposition hat, in der Regel unangemessen sein. Sollte mit dem Arbeitnehmer eine zu lange Kündigungsfrist vereinbart sein und deshalb die entsprechende Vertragsklausel einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten, gilt die gesetzliche Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats.

Nadine Radbruch, Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München

Versetzung ohne vorheriges betriebliches Eingliederungsmanagement bleibt zulässig

Bundesarbeitsgericht vom 18. Oktober 2017 –
10 AZR 47/17

Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ist keine Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung oder einer anderen Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber.

Sachverhalt

Ein als Maschinenbediener tätiger Arbeitnehmer wurde seit 2005 fast ausschließlich in der Nachschicht eingesetzt. In den Jahren 2013 bis 2015 betrugen die krankheitsbedingten Fehlzeiten jeweils mindestens 35 Tage, zuletzt aufgrund einer suchttherapeutischen Maßnahme. Im Anschluss an ein „Krankenrückkehrgespräch“ (kein betriebliches Eingliederungsmanagement, kurz „BEM“) beschloss der Arbeitgeber u. a. zur Verringerung von Fehlzeiten die Versetzung in die Wechselschicht. Der Arbeitnehmer hielt die Versetzung aufgrund der fehlenden Durchführung eines BEM für unwirksam und klagte auf weiteren Einsatz in der Nachschicht.

Die Entscheidung

Die Durchführung des gesetzlich vorgeschriebenen BEM ist keine Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung, auch dann nicht, wenn sie wie im entschiedenen Fall ausschließlich auf gesundheitliche Gründe gestützt wird. Entscheidend ist, dass die Maßnahme billigem Ermessen entspricht, d. h. die Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber angemessen abwägt und berücksichtigt. Ob die Versetzung hier billig und damit wirksam war, hat das BAG nicht entschieden, sondern die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Konsequenzen für die Praxis

Die Pflicht zur Durchführung eines BEM besteht ab Vorliegen der entsprechenden krankheitsbedingten Fehlzeiten (mehr als 6 Wochen/Jahr). Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber eine Kündigung oder den Ausspruch von Weisungen beabsichtigt. Kündigungsrechtliche Maß-



Produkttipps

Rabe von Pappenheim (Hrsg.)

Lexikon Arbeitsrecht 2018

incl. Webinar



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

[\[Mehr Info\]](#)

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.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

stäbe sind auf Weisungen laut BAG nicht zu übertragen. Während der Arbeitgeber bei fehlendem BEM im Falle einer Kündigung beweisen muss, dass ein BEM objektiv nutzlos gewesen wäre, muss bei Ausübung des Direktionsrechts lediglich dargelegt werden, dass die Versetzung im Ergebnis trotzdem billigem Ermessen entspricht. Aus dem Fehlen eines BEM kann für die Frage der Wirksamkeit einer Weisung nichts hergeleitet werden.

Praxistipp

Das BAG hat in seinem Urteil darauf hingewiesen, dass das Unterlassen eines BEM vor einer Versetzung dennoch zu rechtlichen Nachteilen für den Arbeitgeber führen kann. Der Arbeitgeber muss in einem eventuellen Prozess darlegen können, dass seine Weisung billigem Ermessen entspricht. Schon deshalb muss er im Vorfeld die beiderseitigen Interessen abwägen. Dazu müssen ihm die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers natürlich bekannt sein, in der Regel aus einer vorherigen Anhörung. Existiert dafür ein vorgegebenes Verfahren, wie z. B. nach Maßgabe eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung, so ist dieses einzuhalten. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer personellen Maßnahme aufgrund eines fehlenden BEMs müsste jedoch aus der entsprechenden Vereinbarung explizit hervorgehen, wie aus einem Parallelurteil des BAG abgeleitet werden kann (vom 18. Oktober 2017 – 10 AZR 330/16). Das Gesetz sieht keine Unwirksamkeit der Versetzung vor. Ein fehlendes BEM führt also nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Versetzung. Führt das Ausbleiben des BEM aber dazu, dass der Arbeitgeber wesentliche Belange des Arbeitnehmers z. B. aus Unkenntnis nicht berücksichtigt hat und überwiegend nicht weiterhin die betrieblichen Interessen, so wird sich die Weisung laut BAG sogar „regelmäßig als unwirksam erweisen“. Die Durchführung eines BEM bleibt also im Vorfeld personeller Maßnahmen, die im Zusammenhang mit der Gesundheit eines Arbeitnehmers stehen, überlegenswert.

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

Grippeimpfung mit Nachspiel

Bundesarbeitsgericht vom 21. Dezember 2017 – 8 AZR 853/16

Arbeitgeber haften dem Arbeitnehmer nur bei Bestehen einer Sonderverbindung für Schäden, die durch eine vom Betriebsarzt durchgeführte Impfung entstanden sein mögen.

Sachverhalt

Bei der Arbeitgeberin, einem Krankenhaus, hatte die dortige Betriebsärztin die Durchführung einer Grippeschutzimpfung angeboten. Die Arbeitgeberin übernahm die Impfkosten. Eine Mitarbeiterin aus dem Bereich Controlling klagte nach Durchführung der Impfung über vielfache körperliche Beschwerden und verklagte die Arbeitgeberin u. a. auf Schmerzensgeld in Höhe von 150.000 EUR. Die Arbeitnehmerin sei – so ihr Vortrag – nicht ausreichend über die möglichen Nebenwirkungen der Schutzimpfung informiert worden. Da die Arbeitgeberin die Durchführung der Schutzimpfung im Betrieb toleriert hatte, habe sie für die angeblichen Impfschäden auch aufzukommen.

Die Entscheidung

Der Klage blieb in allen Instanzen der Erfolg versagt. Auf die Frage, ob die von der Mitarbeiterin vorgebrachten Beschwerden tatsächlich auf die Schutzimpfung zurückzuführen waren und ob die Aufklärung über Risiken der Impfung unzureichend war, kam es dabei nicht streitentscheidend an. Denn zwischen Mitarbeiterin und Arbeitgeberin war kein ärztlicher Behandlungsvertrag zu stande gekommen, sodass es an einer einschlägigen Haftungsgrundlage fehlte. Ein Behandlungsvertrag mag zwischen der Mitarbeiterin und der die Impfung durchführenden Ärztin bestanden haben. Daraus aber kann – so nun auch das BAG – die Arbeitgeberin nicht in Anspruch genommen werden. Auch lag keine relevante Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten vor, sodass auch insoweit keinerlei Ansprüche gegen die Arbeitgeberin geltend gemacht werden konnten.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Konsequenzen für die Praxis

Aktuell liegt lediglich die Pressemitteilung des BAG vor. Danach aber wird die vorinstanzliche Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (9 Sa 11/16) vollständig bestätigt. Entscheidend für die Verneinung der Einstandspflicht der Arbeitgeberin ist danach im vorliegenden Fall zweierlei gewesen: Einerseits handelte es sich hier um eine Mitarbeiterin aus dem Verwaltungsbereich, für die unstreitig keinerlei Pflicht zur Durchführung einer Schutzimpfung bestand. Und des Weiteren hatte die Arbeitgeberin nicht selbst zur Durchführung der Schutzimpfung eingeladen, sondern nur die Kosten der Impfung übernommen. Ob durch eigenständige – vorbehaltlose – Einladung zur Impfung durch die Arbeitgeberin das Verfahren einen anderen Ausgang genommen hätte, ist nicht auszuschließen. Denn im Rahmen einer umfassenden Sachverhaltswürdigung kann eine solche Einladung durch den Arbeitgeber durchaus zur Haftungsgrundlage avancieren.

Praxistipp

Arbeitgeber wollen der Belegschaft einen Dienst erweisen, wenn sie die Kosten für eine Impfung am Arbeitsplatz übernehmen. Um sich gegen Streitigkeiten der vorliegenden Art zu wappnen, ist jedenfalls anzuraten, bereits im Einladungsschreiben zu einer solchen Impfung deutlich auf die alleinige Verantwortlichkeit des durchführenden Arztes hinzuweisen. Ein entsprechendes Informationsschreiben, das der Arbeitnehmer gegenzeichnet, erhöht die Rechtssicherheit und dient der sorgfältigen Dokumentation.

*Dr. Gerald Peter Müller,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft,
Frankfurt am Main*

Blog: Thema Arbeitsrecht – Fälle aus der Praxis

Dr. Erik Schmid ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei BEITEN BURKHARDT in München.

[*>>> Direkt zu den Blogbeiträgen*](#)

Mitbestimmung des Betriebsrats beim Gesundheitsschutz

Bundesarbeitsgericht vom 28. März 2017 – 1 ABR 25/15

Die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Gesundheitsschutz kann schon bei Gefährdungen greifen.

Sachverhalt

Ein Textilunternehmer hatte sich mit dem Betriebsrat einer Filiale auf die Errichtung einer Einigungsstelle pauschal zur umfassenden Erledigung aller Themen des Gesundheitsschutzes verständigt. Durch einen Teilspruch erließ die Einigungsstelle eine „Betriebsvereinbarung über akute Maßnahmen des Gesundheitsschutzes“. Die Maßnahmen waren allesamt nicht aufgrund einer konkreten Gefahr oder einer mitbestimmten Gefährdungsbeurteilung angezeigt. Die Einigungsstelle hatte sich vielmehr selbst ein Bild über die vermeintlich bestehenden Gefährdungen gemacht. Der Arbeitgeber griff den Spruch der Einigungsstelle gerichtlich an und setzte sich nach dem Verlust der ersten Instanz in der zweiten Instanz vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg weitestgehend durch.

Die Entscheidung

Das BAG gab dem Arbeitgeber Recht und hielt die Betriebsvereinbarung bereits für unwirksam, weil die Einigungsstelle nicht ordnungsgemäß eingesetzt worden war. Ihr Regelungsauftrag sei zu weit gefasst, da sie selbst aus diesem nicht beurteilen konnte, worin ihr Auftrag konkret besteht und wann er beendet ist. Des Weiteren lehnte das BAG aber auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ab. Der Betriebsrat habe zwar bei Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber diese aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift zu treffen hat und ihm bei der Gestaltung Handlungsspielräume bleiben. Auch setze das Mitbestimmungsrecht keine konkret bestehende Gefahr



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

voraus, wie das BAG in seiner früheren Rechtsprechung noch gefordert hatte, sondern greife bereits im Vorfeld bei Gefährdungen. Diese müssen aber feststehen oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung nach dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) festgestellt werden. Die Einigungsstelle selbst kann sie nicht feststellen.

Konsequenzen für die Praxis

Man könnte sagen, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nun entgrenzt besteht, da nicht nur bei konkreten Gefahren, sondern auch schon bei Gefährdungen ein Mitbestimmungsrecht bestehen kann. Dies jedenfalls, soweit dem Arbeitgeber beim notwendigen Maßnahmen ein Handlungsspielraum bleibt. Erfahrungsgemäß – und dies zeigt auch der vorliegende Fall – wurden in der Praxis bei Thema Gesundheitsschutz zum Teil aber sehr ausufernde Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats angenommen, sodass erfreulich ist, dass das BAG nun klare Grenzen geschaffen hat. Die Gefährdungsbeurteilung nach dem ArbSchG wird mit dieser Entscheidung in der Praxis zum Dreh- und Angelpunkt, und damit regelmäßig zur Voraussetzung der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Maßnahmen zum Gesundheitsschutz.

Praxistipp

Neben den Grundsätzen zum Gesundheitsschutz mahnt diese Entscheidung, den Regelungsauftrag der Einigungsstelle bei ihrer Einsetzung konkret zu fassen, um angreifbare Sprüche auszuschließen. Zudem sollte vor der Einigungsstelle genau analysiert werden, wo ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats liegt, damit diese zielorientiert geführt werden kann und ausufernde Regelungen vermieden werden.

Christina Kamp Peter, LL.M.,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts gesellschaft mbH,
München

Anfechtung der Betriebsratswahl auch ohne Einspruch beim Wahlvorstand zulässig

Bundesarbeitsgericht vom 2. August 2017 – 7 ABR 42/15

Auch wenn kein Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste erfolgt ist, kann noch in einem Wahlanfechtungsverfahren die Aufnahme nicht Wahlberechtigter in die Wählerliste gerügt werden.

Sachverhalt

Bei der Arbeitgeberin fand eine Betriebsratswahl statt. Im Vorfeld der Wahl erließ der Wahlvorstand ein Wahlaus schreiben. Darin hatte er bekannt gegeben, dass die Wählerlisten sowohl in den Schaukästen des Betriebs als auch im Intranet einsehbar sind. Sämtliche Wählerlisten führten einige „Wahlberechtigte“ auf, obwohl sie in keinem Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin standen. Bis zum Abschluss der Wahl ging kein Einspruch beim Wahlvorstand gegen die Richtigkeit der Listen ein. Im weiteren Verlauf der Vorbereitung ergänzte der Wahlvorstand die in den Schaukästen ausgehängten Listen um weitere Wahlberechtigte, ohne die im Intranet aufgeführte Fassung der Liste entsprechend zu ändern. Nach Anfechtung der Betriebsratswahl stritten die Beteiligten über die Wirksamkeit der Wahl.

Entscheidung

Das BAG erachtete die Wahl als unwirksam. Es sei dem Antragsteller nicht verwehrt gewesen, im Rahmen der Anfechtung die Verletzung der Wahlberechtigung nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu rügen, obwohl er vorher keinen Einspruch beim Wahlvorstand erhoben hatte. Nach Ansicht des BAG wies der Antragsteller zu Recht darauf hin, dass in die Wählerlisten der Arbeitgeberin auch weitere „Wahlberechtigte“ aufgenommen worden seien, obwohl sie im Betrieb mangels Arbeitsverhältnis tatsächlich nicht wahlberechtigt waren. Der fehlende Einspruch hiergegen führe nicht zur Unzulässigkeit der Anfechtung. Ferner habe der Wahlvorstand gegen



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Vorschriften der Wahlordnung (WO) verstößen, indem er die in den ausgehängten Schaukästen befindlichen Wählerlisten nachträglich um weitere Wahlberechtigte ergänzt hatte, ohne dabei die im Intranet einsehbare Fassung der Liste entsprechend zu ändern. Nach der WO kann der Wahlvorstand zwar die Wählerliste ergänzend mit vorhandener Informationstechnik bekannt geben. Nach Meinung des BAG müsse er dann aber im Verlauf des Wahlverfahrens vorgenommene Änderungen der Liste auch entsprechend in den verwendeten informationstechnischen Medien vornehmen, wenn er von derartigen elektronischen Bekanntmachungsformen Gebrauch mache.

Konsequenzen für die Praxis

Bei Berücksichtigung der dargestellten BAG-Entscheidung kann ein Antragsteller im Wahlanfechtungsverfahren auch dann noch die Richtigkeit der Wählerliste rügen, wenn er im vorangegangenen Wahlverfahren keinen Einspruch beim Wahlvorstand gegen die Aufnahme nicht Wahlberechtigter in die Liste eingelegt hat.

Praxistipp

Arbeitgeber müssen bei Durchführung der Wahl darauf achten, dass der Wahlvorstand im Falle einer Änderung der Wählerlisten nicht nur die ausgehängten Listen ändert, sondern auch die in elektronischer Form bekannt gegebenen Listen (z. B. Intranet) in gleicher Weise ergänzt, sofern von einer solchen Informationstechnik Gebrauch gemacht wird. Vor dem Hintergrund der im Frühjahr 2018 anstehenden Betriebsratswahlen sowie der nur schwer überschaubaren Einzelfallrechtsprechung sollten Arbeitgeber rechtliche Beratung einholen, um teure Fehler zu vermeiden.

*Dr. Wolfgang Lipinski,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*

*Gerd Kaindl, Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München*

Verteilung der Betriebsratssitze – es bleibt alles beim Alten

Bundesarbeitsgericht vom 22. November 2017 – 7 ABR 35/16

Das in § 15 Abs. 1 und 2 der Wahlordnung zur Betriebsratswahl vorgesehene d'Hondtsche Höchstzahlverfahren zur Verteilung der Betriebsratssitze verstößt weder gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl nach Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) noch gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit und ist daher verfassungsgemäß.

Sachverhalt

Bei der Arbeitgeberin fand im Mai 2014 eine Betriebsratswahl statt, bei der ein aus 17 Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt wurde. Die Liste V erhielt 557 Stimmen, die Liste D 306 Stimmen und die Liste H 279 Stimmen. Die Sitzverteilung wurde nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren vorgenommen. Danach entfielen auf die Liste V 9 Sitze und auf die Listen D und H jeweils 4 Sitze. Die antragstellenden Arbeitnehmer fochten die Wahl an. Sie meinten, das in der Wahlordnung vorgesehene d'Hondtsche Höchstzahlverfahren sei verfassungswidrig, da es kleinere Gruppen benachteilige. Bei der Verteilung der Sitze nach dem Verfahren Hare/Niemeyer oder dem Verfahren Sainte Laguë hätte die Liste D 5 Sitze und die Liste V 8 Sitze erhalten.

Die Entscheidung

Das BAG hat wie die Vorinstanzen den Wahlanfechtungsantrag abgelehnt. Bei der Umrechnung von Wählerstimmen in Betriebsratssitze lassen sich bei der Listen- und Verhältniswahl eine vollständige Gleichheit des Erfolgswerts einer Wählerstimme mit keinem der gängigen Sitzverteilungsverfahren erreichen, da nur ganze Sitze verteilt werden. Auch wenn verschiedene Sitzverteilungsverfahren im Einzelfall zu unterschiedlichen Sitzverteilungen führen können, werde



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

dadurch nicht in zu beanstandender Art und Weise der Grundsatz der Gleichheit der Wahl noch die Koalitionsfreiheit verletzt, die im GG verankert sind. Die Entscheidung, wie eine Sitzverteilung vorzunehmen ist, fällt in den Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers der Wahlordnung. Zudem sichere das d'Hondtsche Höchstzahlverfahren Mehrheiten und diene damit einem – unter Berücksichtigung der Funktion der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretung – anzuerkennenden Ziel. Das BAG sieht daher die in § 15 Abs. 1 und 2 der Ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung) vorgesehene Sitzverteilung nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren als verfassungsgemäß an.

Konsequenzen für die Praxis

Auch bei der Betriebsratswahl 2018 bleibt das d'Hondtsche Höchstzahlverfahren zur Verteilung der Betriebsratssitze maßgeblich. Auch in diesem Jahr müssen nicht nach dem Hare/Niemeyer-Verfahren durch einen entsprechenden Dreisatz von der abgegebenen Stimmenanzahl Quoten für die Sitzverteilung gebildet werden oder die auf die einzelnen Listen entfallenden Stimmen durch Dezimalzahlen dividiert werden, wie es das Sainte Laguë-Verfahren vorsieht.

Praxistipp

Zur Bestimmung, wie viele Betriebsratssitze auf eine Liste entfallen, sind daher die Anzahl der auf die einzelnen Listen entfallenden Stimmen nacheinander durch eine aufsteigende Folge natürlicher Zahlen (1, 2, 3, 4, 5 ...) zu teilen. Die dabei erhaltenen Bruchzahlen werden als Höchstzahlen absteigend nach ihrer Größe geordnet. Die so ermittelte Reihenfolge gibt die Vergabereihenfolge der Sitze an. Es finden so viele Höchstzahlen Berücksichtigung, wie Sitze im Gremium zu vergeben sind. Folgendes Beispiel mag dies verdeutlichen:

Der Betrieb hat 180 Arbeitnehmer. Abgegeben wurden 150 Stimmen auf drei Listen. Zu verteilen sind sieben Betriebsratssitze.

Divisor	Liste A	Liste B	Liste C
1	70 (1)	50 (2)	30 (4)
2	35 (3)	25 (5)	15
3	23 (6)	16	10
4	17 (7)	2	7
Ergebnis	4 Sitze	2 Sitze	1 Sitz

Ermittlung der Höchstzahlen, die Werte in Klammern entsprechen der Vergabereihenfolge.

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

Die Massenentlassungsanzeige – Müssen nun auch noch Leiharbeitnehmer bei den in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern berücksichtigt werden?

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 16. November 2017 – 2 AZR 90/17 (A)

Das BAG hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob das EU-Recht dahingehend auszulegen ist, dass im Rahmen der Beurteilung der Anzeigepflicht einer Massenentlassung Leiharbeitnehmer bei der Bestimmung der Zahl der in der Regel im Betrieb tätigen Arbeitnehmer mitzählen können.

Sachverhalt

Die Arbeitgeberin betreibt Bildungseinrichtungen und beschäftigt 120 Arbeitnehmer. Darüber hinaus werden Leiharbeitnehmer eingesetzt. Innerhalb von 30 Tagen kündigte die Arbeitgeberin zwölf Arbeitnehmern. Eine Massenentlassungsanzeige wurde dabei nicht erstattet. Eine Arbeitnehmerin wendete sich gegen die Kündigung und argumentierte, es habe sich um eine anzeigepflichtige Maßnahme gehandelt, da die Arbeitge-



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

berin den Schwellenwert von 10 % (Anteil der zu entlassenden Arbeitnehmer von den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern – „in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer“ –, ab dem eine Anzeige zu erstatten ist) erreicht habe. Die Arbeitgeberin argumentierte, die eingesetzten Leiharbeitnehmer zählten bei den in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern mit, somit sei der Schwellenwert nicht erreicht. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben.

Die Entscheidung

Das BAG hat dem EuGH diese Rechtsfragen zur Entscheidung vorgelegt, da EU-Recht betroffen ist. Dabei geht es maßgeblich darum, ob die einschlägige EU-Richtlinie und damit § 17 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) dahin auszulegen ist, dass bei der Bestimmung der Zahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer dort eingesetzte Leiharbeitnehmer mitzählen können. Sofern dem so ist, stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Bestimmung der genannten Anzahl der in der Regel in einem Betrieb eines entleihenden Unternehmens tätigen Arbeitnehmer gelten.

Konsequenzen für die Praxis

Ob Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten des § 17 Absatz 1 Satz 1 KSchG mitzuzählen sind, ist in der arbeitsrechtlichen Literatur umstritten. Generell sind Arbeitnehmer bei der Frage der Anwendbarkeit des KSchG erfasst, sofern ihr Einsatz regelmäßig erfolgt (§ 23 Absatz 1 KSchG), bei der Berechnung der Größe des Betriebsrats sowie bei § 111 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) bei einem Einsatz von mehr als drei Monaten im Unternehmen. Für die Berücksichtigung gemäß § 9 Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) ist maßgeblich, ob Leiharbeitnehmer auf Stammarbeitsplätzen tätig werden.

Ausgehend von der vorgenannten Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern ist fraglich, inwieweit

es widersprüchlich ist, wenn Leiharbeitnehmer bei der Berücksichtigung des Schwellenwerts gem. § 111 BetrVG mitzählen, nicht jedoch bei Massenentlassungen. Die Intention des § 17 KSchG ist jedenfalls, den Arbeitsmarkt auf die frei werdenden Kapazitäten vorzubereiten. Da Leiharbeitnehmer selbst bei Verlust der Beschäftigung im Entleiherbetrieb nicht dem Arbeitsmarkt zufließen, sondern in den Verleiherbetrieb zurückkehren, müsste eine Berücksichtigung wohl nicht erfolgen. Allerdings kann ggf. eine differenzierte Betrachtung, ähnlich wie bei befristet Beschäftigten, vorgenommen werden. Diese zählen bei der Berechnung der Schwellenwerte grundsätzlich mit, allerdings ist die Beendigung der Tätigkeit aufgrund Befristung nicht anzeigepflichtig. Es bleibt daher abzuwarten, wie der EuGH sich positionieren wird.

Praxistipp

Vorsorglich sollte im Zweifel, d. h. wenn ohne die Zählung der Leiharbeitnehmer bei den in der Regel Beschäftigten die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht werden, eine Massenentlassung erstattet werden. Dies kann mit dem Hinweis auf die derzeit unklare Rechtslage und dem Hinweis auf die fehlende Massenentlassungspflicht bei Hinzurechnung der Leiharbeitnehmer erfolgen. So kann sich der Arbeitgeber im Kündigungsrechtsstreit darauf berufen, die Massenentlassungsanzeige sei zwar erstattet, aber gar nicht notwendig gewesen; somit ist er doppelt abgesichert. Unterbleibt die Massenentlassungsanzeige, obwohl ohne Hinzurechnung der Leiharbeitnehmer eine Anzeigepflicht bestünde, so besteht das Risiko, dass alle ausgesprochenen Kündigungen unwirksam sind.

*Dr. Anne Dziuba,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
München*

*Dr. Kathrin Bürger, LL.M.,
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgeellschaft mbH,
München*



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Kein Wiedereinstellungsanspruch im Kleinbetrieb bei Betriebsübergang

Bundesarbeitsgericht vom 19. Oktober 2017 – 8 AZR 845/15

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen, die Kündigungsschutz nach dem KSchG genießen. Ist der Arbeitnehmer bei einem Kleinbetrieb angestellt, ist dies nicht der Fall.

Sachverhalt

Eine Apotheke, die weniger als zehn Mitarbeiter beschäftigte, kündigte aufgrund einer bevorstehenden Betriebsschließung die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Beschäftigten zum 30. Juni 2014. Keiner der betroffenen Mitarbeiter erobt Kündigungsschutzklage. Nach Ausspruch der Kündigungen ergab sich die Chance, die Apotheke zu verkaufen. Die Apotheke wurde daher mit einer verringerten Mitarbeiterzahl von drei Mitarbeitern über den 30. Juni 2014 hinaus fortgeführt. Am 1. September 2014 übernahm der Erwerber sowohl die Apotheke als auch die Arbeitsverhältnisse der drei noch beschäftigten Arbeitnehmer. Ein Mitarbeiter, dessen Arbeitsverhältnis nicht fortgeführt worden war, klagte und machte einen Wiedereinstellungsanspruch geltend.

Die Entscheidung

Das BAG entschied, dass ein Wiedereinstellungsanspruch grundsätzlich nur Arbeitnehmern zusteht, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Kündigungsschutz nach dem KSchG genießen. Dies war vorliegend aufgrund der geringen Mitarbeiterzahl nicht der Fall.

Konsequenzen für die Praxis

Hat eine geplante Betriebsstilllegung bereits greifbare Formen angenommen, können Arbeitgeber betriebsbedingte Kündigungen aussprechen. Ändern sich während der Kündigungsfrist die äußeren Umstände der Betriebsstilllegung, können Arbeitnehmer einen Wiedereinstellungsanspruch haben. Dies ist nach dem hierzu ergangenen Ur-

teil des BAG bei Kleinbetrieben grundsätzlich anders. Es bleibt abzuwarten, ob das BAG seine Entscheidung konsequent weiterführt oder eine Ausnahmerechtsprechung über die „Hintertür“ des § 242 BGB zulässt. Unter Berufung auf diese Vorschrift können im Einzelfall unbillige Ergebnisse korrigiert werden. Vorliegend spielte diese Frage jedoch keine Rolle, da sich ein Wiedereinstellungsanspruch aus § 242 BGB nur gegen den früheren Eigentümer hätte richten können. Der Kläger fokussierte sich jedoch auf seine vermeintlichen Ansprüche gegenüber dem neuen Eigentümer.

Praxistipp

Das Urteil zeigt, dass auch beim Betriebsübergang für Kleinbetriebe erleichterte Regelungen gelten. Dies sollten Arbeitgeber nutzen und darauf achten, dass bei geplanten Betriebsschließungen der Schwellenwert für die Anwendbarkeit des KSchG (mehr als zehn Vollzeitbeschäftigte) nicht überschritten wird.

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

Erledigt und doch nicht erledigt – Besonderheiten bei Ausgleichsklauseln und Sozialplanansprüchen

Bundesarbeitsgericht vom 25. April 2017 – 1 AZR 714/15

Ein Verzicht auf einen Sozialplananspruch ist nur mit Zustimmung des Betriebsrats wirksam.

Sachverhalt

Im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens wegen einer im Jahre 2012 ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung stritten die Parteien u. a. über die Frage, ob ein Sozialplan aus dem Jahre 2004 anwendbar sei. Das Verfahren endete mit einem gerichtlichen Vergleich, der eine Abfindungsleistung i. H. v. 150.000 EUR beinhaltete.



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Diese Summe lag unterhalb des bei Anwendbarkeit des Sozialplans geschuldeten Betrags. Der Vergleich enthielt zudem eine umfassende Abgeltungsklausel, nach der sämtliche beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung abgegolten sein sollten. Im vorliegenden Prozess machte die Arbeitnehmerin nun die Differenz zwischen der Höhe der Sozialplanabfindung und der im Vergleich vereinbarten Abfindungssumme geltend. In den ersten beiden Instanzen wurde die Klage abgewiesen.

Die Entscheidung

Das BAG verwies die Angelegenheit an das Landesarbeitsgericht zurück, da noch nicht festgestellt werden konnte, ob alle Voraussetzungen des Sozialplans vorliegen. Die Abgeltungsklausel stehe einer Abfindungsnachforderung aus dem Sozialplan jedenfalls nicht entgegen, da diese Klausel nichtig sei. Sie enthalte einen Verzicht auf eine etwaige Sozialplanabfindung. Nach dem BetrVG ist jedoch ein Verzicht eines Arbeitnehmers auf Ansprüche aus einer Betriebsvereinbarung – als solche wirkt auch ein Sozialplan – nur mit Zustimmung des Betriebsrats möglich, sofern die Regelung nicht objektiv für den Arbeitnehmer günstiger ist. Daher bedurfte der Verzicht der entsprechenden Zustimmung. Eine solche fehlte aber. Darüber hinaus hielt das BAG das Vorgehen der Mitarbeiterin nicht für rechtsmissbräuchlich, obwohl sie zunächst einen Vergleich mit umfassender Abgeltungsklausel abgeschlossen hatte und anschließend die erhöhte Abfindungssumme einklagte.

Konsequenzen für die Praxis

Entscheidend für die Nichtigkeit der Abgeltungsklausel war, dass sie keinen Tatsachenvergleich, sondern einen Rechtsverzicht darstellte. Waren allein die tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen streitig gewesen und hätten sich die Parteien über das Vorliegen dieser Voraussetzungen im Vergleich geeinigt, wäre ein solcher auch ohne Zustimmung des Betriebsrats möglich gewesen. Die vorliegende Abgeltungsklausel sollte jedoch nach Ansicht des BAG die rechtliche Unsicherheit beseitigen, ob ein solcher Anspruch besteht, und

stellt damit keinen Tatsachenvergleich dar. Diese Rechtsprechung muss bei sämtlichen Vergleichsverhandlungen berücksichtigt werden, in denen ein Verzicht von Rechten aus einer Betriebsvereinbarung liegen könnte.

Praxistipp

Arbeitgeber müssen beachten, dass der Betriebsrat (entsprechend übrigens bei Verzicht auf tarifliche Rechte die Tarifparteien) vor einer Zustimmung zu einem solchen Verzicht umfassend über die relevanten Umstände, insbesondere zur Höhe des Verzichts, informiert werden muss. Insofern sollten Informationen zu Nachweiszwecken schriftlich sowie bestenfalls gemeinsam mit dem konkreten Vergleichsentwurf vorgelegt werden. Es ist unserer Ansicht nach zudem möglich, einen Vergleich unter einen Genehmigungsvorbehalt des Betriebsrats zu stellen, sodass die ordnungsgemäße Zustimmung eine aufschiebende Bedingung darstellt.

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

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

Da hilft auch kein Sonderkündigungsschutz: LAG Hessen bestätigt außerordentliche Kündigung wegen Mitschnitt eines Personalgesprächs

*Landesarbeitsgericht (LAG) Hessen vom
23. August 2017 – 6 Sa 137/17*

Der heimliche Mitschnitt eines Personalgesprächs kann zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses führen.



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer, der zum Zeitpunkt der Kündigung über 25 Jahre im Unternehmen beschäftigt war, hatte in der Vergangenheit bereits häufiger Kollegen beleidigt. Deshalb wurde er mehrfach abgemahnt. Im Februar 2016 bedrohte er schließlich einen Arbeitskollegen. Aufgrund dieses Vorfalls wurde mit ihm ein Personalgespräch geführt, an dem neben mehreren Führungspersonen des Unternehmens auch ein Betriebsratsmitglied teilnahm. Einige Monate später erfuhr der Arbeitgeber durch eine E-Mail des Arbeitnehmers davon, dass dieser das gesamte Personalgespräch mit seinem Smartphone heimlich aufgezeichnet hatte. Zu diesem Zeitpunkt bestand für den Arbeitnehmer Sonderkündigungsschutz nach den Vorschriften des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst, sodass nur eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich war. Das Unternehmen kündigte das Arbeitsverhältnis daher außerordentlich fristlos bzw. hilfsweise ordentlich mit sozialer Auslauffrist. Der Arbeitnehmer verteidigte sich vor Gericht, er habe erst durch ein Telefonat mit seinem Rechtsanwalt von der Rechtswidrigkeit des Mitschnitts erfahren. Die Aufnahme sei zudem zwischenzeitlich gelöscht worden. Außerdem sei das Mobiltelefon während des gesamten Personalgesprächs offen auf dem Tisch im Besprechungszimmer gelegen. Die Aufnahme sei daher keinesfalls heimlich erfolgt.

Die Entscheidung

Die Kündigungsschutzklage hatte keinen Erfolg. Das LAG Hessen hielt die außerordentliche Kündigung für wirksam. Das Mitschneiden des Personalgesprächs via Smartphone stellt eine Verletzung des im Grundgesetz verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrechts aller Gesprächsteilnehmer dar. Durch sein Handeln hat der Arbeitnehmer massiv in dieses Recht eingegriffen und den Beteiligten die Möglichkeit genommen, selbst zu bestimmen, ob das gesprochene Wort aufgenommen werden soll, sowie ob und von wem eine auf Tonträger aufgenommene Stimme gegebenenfalls wieder abgespielt werden darf. Die vorzunehmende Interessenabwägung fiel nach Ansicht des LAG trotz der langen Betriebs-

zugehörigkeit zu Lasten des Arbeitnehmers aus. Die heimliche Vorgehensweise wiege so schwer, dass eine Kündigung gerechtfertigt sei. Außerdem sei das Arbeitsverhältnis durch die vorangegangenen Beleidigungen von Arbeitskollegen nicht mehr unbelastet gewesen.

Konsequenzen für die Praxis

Das LAG stellt in seiner Entscheidung überzeugend die Bedeutung des Persönlichkeitsrechts und der Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes heraus. Daraus folgt, dass Verstöße gegen diese Grundsätze einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen können, weil sie die Rücksichtnahmepflichten im Arbeitsverhältnis verletzen. Auf eine strafrechtliche Würdigung des Verhaltens kommt es nicht an. Entscheidend ist die mit dem Mitschneiden verbundene Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers. Erfreulich ist die Aussage des LAG, dass die Unwissenheit der Rechtswidrigkeit nicht vor Strafe schützt.

Praxistipp

In der öffentlichen Wahrnehmung wird beim Thema Datenschutz und dem Schutz des Persönlichkeitsrechts meist reflexartig nur der Arbeitgeber in die Pflicht genommen. Die Entscheidung des LAG zeigt jedoch, was ohnehin klar sein sollte: Auch Arbeitnehmer haben die Persönlichkeitsrechte von Vorgesetzten und Kollegen zu respektieren. Tun sie dies nicht, stellt dies eine gravierende Pflichtverletzung dar. Wer sich durch einen heimlichen Mitschnitt im Personalgespräch einen Vorteil verschaffen will, beispielsweise weil er sich ungerecht behandelt fühlt und die Aufnahme in einem möglichen Prozess verwenden will, dem kann gekündigt werden.

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



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Gemeinschaftsbetrieb als probate Alternative zur Leiharbeit

Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern vom 13. Juni 2017 – 5 Sa 209/16

Arbeitnehmerüberlassung und Einsatz im Gemeinschaftsbetrieb schließen sich aus. Daher gilt: kein Equal Pay und keine Höchstüberlassungsdauer bei „Entsendung“ von Personal in einen Gemeinschaftsbetrieb.

Sachverhalt

Eine Krankenschwester verklagte ihre Arbeitgeberin (den Träger eines Krankenhauses) und einen Verein (den Betreiber von über 200 Nierenzentren in Deutschland) auf die Zahlung von Vergütungsdifferenzen. Dazu berief sie sich auf den sog. „Equal Pay-Grundsatz“ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG, in der damals geltenden Fassung). Sie behauptete, von ihrer Arbeitgeberin über Jahre hinweg im Wege der Arbeitnehmerüberlassung an ein örtliches Nierenzentrum, das ihre Arbeitgeberin und der beklagte Verein seit längerer Zeit gemeinsam betrieben, überlassen worden zu sein. Deshalb stehe ihr der Höhe nach dasselbe und damit höhere Entgelt zu, wie es die vergleichbaren Arbeitnehmer des Vereins in dem Nierenzentrum erhalten (sog. Equal Pay).

Die Entscheidung

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern, wie schon die Vorinstanz, wies die Zahlungsklage ab. Es verneinte einen Anspruch auf Equal Pay. Denn ein solcher bestehe nur, wenn eine Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG vorliege. Dies war vorliegend nicht der Fall. Nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz sei als Arbeitnehmerüberlassung anzusehen. Die Arbeitnehmerüberlassung sei vielmehr von einer Tätigkeit in einem gemeinsamen Betrieb zu unterscheiden, die hier – anders als die Klägerin meinte – statt einer Arbeitnehmerüberlassung vorgelegen habe. Kennzeichen eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen sei, dass die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mehrerer Unternehmen für einen einheitlichen

arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leistungsapparat gesteuert wird. Die beteiligten Unternehmen müssen sich – wie hier nach Auffassung des LAG – zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben.

Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil ist zu begrüßen und richtig. Es erging zwar noch nicht zu der zum 1. April 2017 reformierten Rechtslage (vgl. in diesem Newsletter auf den Seiten 1 ff. mit weiterem Verweis), führt die bisherige BAG-Rechtsprechung aber konsequent fort, wonach sich eine Arbeitnehmerüberlassung und eine Tätigkeit im Gemeinschaftsbetrieb ausschließen. In Anbetracht der Tatsache, dass zum 1. April 2017 im AÜG zahlreiche Verschärfungen in Kraft getreten sind (wie das grundsätzlich zwingende Equal Pay nach neun Monaten sowie die Höchstüberlassungsdauer von in der Regel 18 Monaten), könnten Gemeinschaftsbetriebsstrukturen durchaus eine Renaissance erleben. Sie stellen eine probate Alternativstruktur dar, langfristig Personalgestellungen zu realisieren, die nicht den neuen strengen Regeln des Equal Pay und der Höchstüberlassungsdauer unterliegen. Eine Renaissance der Gemeinschaftsbetriebe könnte es vor allem im konzerninternen Kontext geben. Denn v.a. konzerninterne Personalgestellungsgesellschaften leiden erneut unter den Verschärfungen der AÜG-Reform, nachdem sie bereits unter den Gesetzesänderungen zum 1. Dezember 2011 (= Verschärfung des Konzernprivilegs) litten.

Personalgestellungsgeellschaften, die zumeist günstigere Tarifabschlüsse aufweisen, dienen auch oft der ersten Einstellung und Erprobung des Personals, bevor es nach einigen Monaten bzw. Jahren durch andere Konzerngesellschaften mit höher dotierten Tarifabschlüssen übernommen wird. Bei derartigen Strukturen liegt es nahe, die bestehenden Modelle von konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung auf Gemeinschaftsbetriebe „umzustellen“ (zur Veranschaulichung siehe auch die beiden nachfolgenden Grafiken). Das LAG Mecklenburg-Vorpommern hat zwar nicht zum

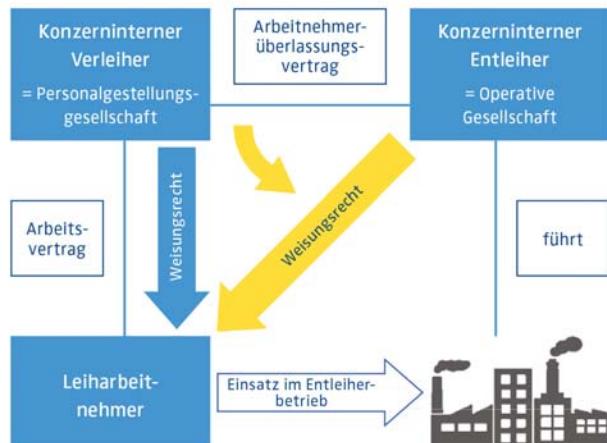


Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

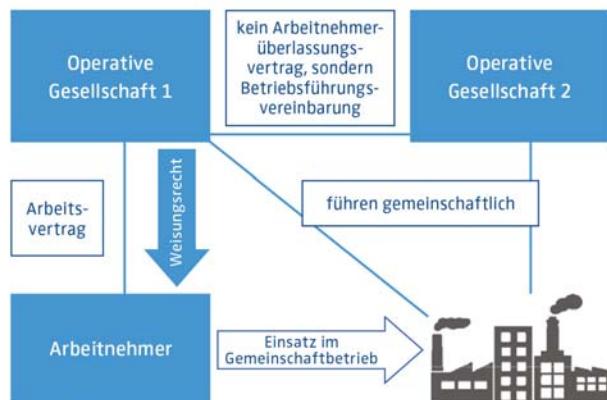
neuen AÜG und nicht zum konzerninternen Kontext der Arbeitnehmerüberlassung entschieden. Es entspricht aber zu Recht dem aktuellen Meinungsstand, dass eine derartige Alternativstruktur zulässig ist.

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

Typische Struktur bei konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung



Typische Struktur bei konzerninternem Gemeinschaftsbetrieb



Meldungen

Arbeitsrechtliche Vorhaben im Koalitionsvertrag

CDU/CSU und SPD haben sich am 7. Februar 2018 auf einen Koalitionsvertrag geeinigt. Arbeitsrechtlich ist vor allem Folgendes geplant:

Einschränkungen bei befristeten Arbeitsverhältnissen

Arbeitgeber mit mehr als 75 Beschäftigten sollen nur noch mit maximal 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse abschließen dürfen. Bei Überschreiten dieser Quote gilt jedes weitere sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet zustande gekommen. Die Quote ist jeweils auf den Zeitpunkt der letzten befristeten Einstellung ohne Sachgrund zu beziehen. Die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grunds ist nur noch für die Dauer von 18 statt bislang von 24 Monaten zulässig, bis zu dieser Gesamtdauer ist auch nur noch eine einmalige statt einer dreimaligen Verlängerung möglich.

Eine Befristung eines Arbeitsverhältnisses soll dann nicht zulässig sein, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden hat bzw. haben. Es soll eine Ausnahmeregelung für den Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses (Künstler, Fußballer) geschaffen werden. Auf die Höchstdauer von fünf Jahren wird bzw. werden auch eine oder mehrere vorherige Entleihung(en) des nun befristet eingestellten Arbeitnehmers durch ein oder mehrere Verleihunternehmen angerechnet. Ein erneutes befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber soll erst nach Ablauf einer Karentzeit von drei Jahren möglich sein.



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Einführung eines Rechts auf befristete Teilzeit

Es soll ein Recht auf befristete Teilzeit eingeführt werden. Gegenüber dem Referentenentwurf zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts werden folgende Änderungen vereinbart:

- Es besteht kein Anspruch auf Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit oder vorzeitige Rückkehr zur früheren Arbeitszeit während der zeitlich begrenzten Teilzeitarbeit.
- Der neue Teilzeitanspruch nach diesem Gesetz gilt nur für Unternehmen, die in der Regel insgesamt mehr als 45 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen.
- Für Unternehmensgrößen von 46 bis 200 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter wird eine Zumutbarkeitsgrenze eingeführt, dass lediglich einem pro 15 angefangenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Anspruch gewährt werden muss. Bei der Berechnung der zumutbaren Zahlen an Freistellungen werden die ersten 45 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mitgezählt. Bei Überschreitung dieser Grenze kann der Arbeitgeber einen Antrag ablehnen.
- Der Arbeitgeber kann eine befristete Teilzeit ablehnen, wenn diese ein Jahr unter- oder fünf Jahre überschreitet. Die Tarifvertragsparteien erhalten die Möglichkeit, hiervon abweichende Regelungen zu vereinbaren.
- Nach Ablauf der zeitlich begrenzten Teilzeitarbeit kann die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer frühestens nach einem Jahr eine erneute Verringerung der Arbeitszeit verlangen.

Arbeit auf Abruf

Es soll gesetzlich festgeschrieben werden, dass der Anteil abzurufender und zu vergütender Zusatzarbeit die vereinbarte Mindestarbeitszeit um höchstens 20 Prozent unterschreiten und 25 Prozent überschreiten darf. Fehlt eine Vereinbarung zur wöchentlichen Arbeitszeit, gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden. Im Krankheitsfall und an Feiertagen soll der Durchschnittsverdienst der letzten drei Monate als verpflichtende Grundlage festgeschrieben werden.

Flexibilisierung der Arbeitszeit

Es sollen über eine Tariföffnungsklausel im Arbeitszeitgesetz Experimentierräume für tarifgebundene Unternehmen geschaffen werden, um eine Öffnung für mehr selbstbestimmte Arbeitszeit der Arbeitnehmer und mehr betriebliche Flexibilität zu erproben. Auf Grundlage von Tarifverträgen kann dann mittels Betriebsvereinbarungen insbesondere die Höchstarbeitszeit wöchentlich flexibler geregelt werden.

Einführung einer Mindestausbildungsvergütung

Es soll eine Mindestausbildungsvergütung im Berufsbildungsgesetz verankert werden.

Über die weiteren Entwicklungen bei diesen Vorhaben werden wir Sie auf dem Laufenden halten.

(Quelle: Koalitionsvertrag vom 7. Februar 2018, Meldung der Redaktion)

Steuerliche Förderung der betrieblichen Altersversorgung nach dem Betriebsrentenstärkungsgesetz

Das Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSG) wird die Landschaft der betrieblichen Altersversorgung (bAV) in Deutschland gehörig verändern – so viel ist bereits kurz nach Inkrafttreten der gravierendsten Neuregelung des Betriebsrentengesetzes seit seiner Einführung 1974 gewiss. Dies gilt auch für Fragen der steuerlichen Behandlung der bAV. Durch die vielen steuerlichen Neuregelungen im BRSG hat sich nun das Bundesministerium der Finanzen (BMF) veranlasst gesehen, mit einem am 6. Dezember 2017 veröffentlichten Rundschreiben (IV C 5 – S 2333/17/10002) Hinweise zu dem Umgang mit den geänderten steuerrechtlichen Instrumenten in der bAV zu geben.

Förderbetrag nach § 100 Einkommensteuergesetz (EStG)

Mit dem BRSG ist in § 100 EStG ein steuerlicher Förderbetrag zu Gunsten von Arbeitgebern für bAV eingeführt worden, der Arbeitnehmer mit einem laufenden monatlichen Arbeitslohn von maximal 2.200 EUR betrifft. Unternehmen be-



Newsletter

Arbeits- und Lohnsteuerrecht

kommen hiernach eine steuerliche Förderung, wenn sie berechtigten Mitarbeitern neben dem Arbeitslohn einen arbeitgeberfinanzierten Versorgungsbeitrag von mindestens 240 EUR zusagen. Das BMF erläutert in diesem Zusammenhang anhand von Beispielen, wie der Förderbeitrag im Detail gehandhabt werden soll.

Steuerfreie Übertragung

Mit der gesetzlichen Neuregelung § 3 Nr. 55c Absatz 1 Satz 2 Buchst. a EStG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass Zahlungen von einem an einen anderen externen Versorgungsträger im Zusammenhang mit dem Wechsel des Versorgungsträgers für die Arbeitnehmer einkommenssteuerfrei erfolgen. Arbeitgeber müssen – so das BMF – hierbei beachten, dass sich die vertraglichen Hauptpflichten aus dem Vertrag nicht ändern. Eine ggf. zur Steuerpflichtigkeit führende Novation ist hiermit dann nicht verbunden.

Steuerliche Behandlung von Zusatz- und Sicherungsbeiträgen

Auch zu der einkommensteuerlichen Behandlung der durch das BRSG eingeführten zwei neuen Beitragsarten Arbeitgeberzuschuss (§ 1a Abs. 1a BetrAVG und nach § 23 Abs. 2 BetrAVG) sowie Sicherungsbeitrag (§ 23 Abs. 1 BetrAVG) hat das BMF Stellung genommen. Die Arbeitgeberzuschüsse, die den Versorgungsberechtigten unmittelbar zugute kommen, sollen entsprechend zu den übrigen Beiträgen § 3 Nr. 63 EStG unterfallen und damit individuell nur so lange steuerfrei bleiben, wie die steuerfreie Höchstgrenze von acht Prozent der Beitragsbemessungsgrenze nicht überschritten wird. Bei den Sicherungsbeiträgen, bei denen eine (individuelle) Zurechnung (zunächst) nicht erfolgt, gilt hingegen § 3 Nr. 63a EStG. Hiernach erfolgt die Einbringung grundsätzlich steuerfrei. Soweit den Arbeitnehmern aus diesen steuerfreien Beiträgen später Versorgungsleistungen oder andere Vorteile zufließen, sollen diese vollständig nach § 22 Absatz 5 Satz 1 EStG zu versteuern sein. Allerdings werden mit dieser Einordnung für die noch ungewisse Praxis der Sozial-Partner-Modelle Schwierigkeiten verbunden sein.

Umgang mit alten „40b-Fällen“

Aufgeräumt hat das BMF auch mit dem Verhältnis des durch das BRSG erweiterten § 3 Nr. 63 EStG und Altfällen mit bislang pauschalbesteuerten Beiträgen nach § 40b EStG a.F. Das BMF-Schreiben stellt hierzu klar, dass „Die Anwendung der Pauschalbesteuerung nach § 40b EStG a.F. für Beiträge an Pensionskassen und Direktversicherungen [...] nicht erst nach Überschreiten des steuerfreien Höchstbetrages von 8 Prozent möglich [ist], sondern [...] das maximal steuerfreie Volumen [mindert] (§ 52 Abs. 4 Satz 13 EStG)“.

Steuerschädlichkeit eines Kapitalwahlrechts

Zuletzt sei auf eine Klarstellung des BMF im Hinblick auf eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 20. September 2016 (X R 23/15) hingewiesen. Das Gericht hatte festgehalten, dass die einmalige Kapitalabfindung laufender Ansprüche gegen eine der bAV dienende Versorgungseinrichtung i.S.d. § 3 Nr. 63 EStG bereits dann die Steuerbegünstigung der Leistungen gleich welcher Auszahlungsform entfallen lässt, wenn das Kapitalwahlrecht schon in der ursprünglichen Versorgungsregelung enthalten war. Es handele sich dann nicht um ermäßigt zu besteuern außerordentliche Einkünfte. Das BMF hat nun ausgeführt, dass es diese Rechtsprechung nicht anwenden wird. Erst die Auswahl der Kapitalwahloption soll als „steuerschädlich“ angesehen werden. Ein Spielraum für die Anwendung der Fünftelungsregelung (§ 34 Abs. 2 EStG) bestehe bei Kapitalzahlung (mit dem BFH) aber nicht.

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

BAG: Befristung des Arbeitsvertrags eines Lizenzspielers der Fußball-Bundesliga

Die Befristung von Arbeitsverträgen mit Lizenzspielern der Fußball-Bundesliga ist regelmäßig wegen der Eigenart der Arbeitsleistung des Li-



Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

zenzspielers nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) gerechtfertigt. Das hat das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 16. Januar 2018 entschieden (7 AZR 312/16). Der Kläger war bei seinem Verein seit dem 1. Juli 2009 als Torwart in der 1. Fußball-Bundesliga beschäftigt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildete zuletzt der Arbeitsvertrag vom 7. Juli 2012, der eine Befristung zum 30. Juni 2014 und eine Option für beide Parteien vorsieht, den Vertrag bis zum 30. Juni 2015 zu verlängern, wenn der Kläger in der Saison 2013/2014 in mindestens 23 Bundesligaspielen eingesetzt wird. Nach dem Vertrag erhält der Kläger eine Punkteinsatzprämie und eine Erfolgspunkteinsatzprämie für Ligaspiele, in denen er von Beginn an oder mindestens 45 Minuten eingesetzt ist. Der Kläger absolvierte in der Saison 2013/2014 neun der ersten zehn Bundesliga Spiele. Am elften Spieltag wurde er in der Halbzeit verletzt ausgewechselt und in den verbleibenden Spielen der Hinrunde verletzungsbedingt nicht mehr eingesetzt. Nach Beendigung der Hinrunde wurde der Kläger nicht mehr zu Bundesligaspielen herangezogen, sondern der zweiten Mannschaft des Beklagten zugewiesen. Der Kläger hat die Feststellung beigebracht, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der vereinbarten Befristung am 30. Juni 2014 geendet hat. Hilfsweise hat er den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses infolge der von ihm ausgeübten Verlängerungsoption bis zum 30. Juni 2015 geltend gemacht. Ferner hat er die Zahlung von Punkte- und Erfolgspunkteprämien für die Spiele der Rückrunde der Saison 2013/2014 in Höhe von 261.000 EUR verlangt.

Das Arbeitsgericht hat dem Befristungskontrollantrag stattgegeben und den Zahlungsantrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die Revision hatte vor dem Bundesarbeitsgericht keinen Erfolg. Die

Befristung des Arbeitsvertrags ist wirksam. Sie ist wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt. Im kommerzialisierten und öffentlichkeitsgeprägten Spitzfußballsport werden von einem Lizenzspieler im Zusammenspiel mit der Mannschaft sportliche Höchstleistungen erwartet, die er nur für eine begrenzte Zeit erbringen kann. Dies ist eine Besonderheit, die in aller Regel ein berechtigtes Interesse an der Befristung des Arbeitsverhältnisses begründet. Da der Kläger nur in zehn Bundesligaspielen der Hinrunde der Saison 2013/2014 eingesetzt wurde, sind die Voraussetzungen der Verlängerungsoption und des geltend gemachten Prämienanspruchs für die Spiele der Rückrunde nicht erfüllt. Der Verein hat die Erfüllung dieser Voraussetzungen auch nicht treuwidrig vereitelt.

(Quelle: *Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts*)

Anstehende BAG-Entscheidungen (März 2018)

20. März 2018	Eintrittspflicht bei Insolvensicherung – Begriff der betrieblichen Altersversorgung
21. März 2018	Aufhebungsvertrag – Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds
21. März 2018	Vollstreckungsgegenklage gegen einen Beschäftigungstitel
22. März 2018	Stufenzuordnung im TVöD (VKA) unter Berücksichtigung entsprechender früherer befristeter Arbeitsverhältnisse