Newsletter
Personal und Arbeit

AUSGABE 04 I 2015

VORWORT

Im letzten Newsletter des Jahres 2015 beschäftigen wir uns zunächst mit dem aktuellen Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zur Arbeitnehmerüberlassung, die, sollte sich dieser durchsetzen und Gesetzeskraft erlangen, weitreichende Auswirkungen auf das Arbeitsrecht haben wird.

Sodann gehen wir auf „Koppelungsklauseln“ in Dienstverträgen mit Geschäftsführern ein, die für die GmbH durchaus gut, für den Geschäftsführer aber durchaus schlecht sein können. Des Weiteren beschäftigen wir uns mit verschiedenen aktuellen arbeitsgerichtlichen Entscheidungen zum Mindestlohn, zur Frage der Betriebsratsarbeit als Arbeitszeit, zur Zustellung von Kündigungserklärungen sowie zur Kürzung des Urlaubsanspruchs bei Elternzeit.

Wie geht es weiter bei der Arbeitnehmerüberlassung? Referentenentwurf des BMAS zur Regulierung von Fremdpersonaleinsätzen vom 16. November 2015

Einleitung

Bereits im Koalitionsvertrag der laufenden Wahlperiode des Deutschen Bundestags hat die Große Koalition Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) sowie die Einführung von Kriterien zur Abgrenzung eines ordnungsgemäßen Fremdpersonaleinsatzes von einem missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz vereinbart *(S. 69 des Koalitionsvertrags)*. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat dem Bundeskanzleramt hierzu am 16. November 2015 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vorgelegt (im Folgenden AÜG-E, BGB-E, BetrVG-E), der zum Teil heftige Kritik ausgelöst hat.

Überblick über die Änderungen

1.

Wie im Koalitionsvertrag vorgesehen, sollen Leiharbeitnehmer zukünftig nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate an denselben Entleiher überlassen werden können (§ 1 Abs. 1b AÜG-E). Eine vorherige Überlassung soll auf diese Höchstüberlassungsdauer angerechnet werden, wenn zwischen den Einsätzen bei demselben Entleiher nicht mehr als sechs Monate vergangen sind.

Eine Abweichung von der Höchstüberlassungsdauer soll jedoch in Tarifverträgen oder aufgrund solcher Tarifverträge in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vereinbart werden können. Die geplante Neuregelung stellt für diese Abweichung entsprechend den Vorgaben des Koalitionsvertrags auf Tarifverträge der Einsatzbranche ab und verlangt damit auch eine entsprechende Tarifbindung des Entleihers *(vgl. auch die Begründung des Entwurfs, S. 19)*. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen – was sich im Wortlaut des Entwurfs nicht entsprechend widerspiegelt – die Tarifverträge wiederum eine Überlassungshöchstdauer vorsehen müssen *(S. 20 der Begründung des Entwurfs)*.

Der Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer kann nach dem Referentenentwurf zum Entzug der Überlassungserlaubnis führen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E) und stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG-E). Darüber hinaus soll das Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer nach dem Entwurf ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher begründen (§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1b AÜG-E). Dem betroffenen Leiharbeitnehmer wird hiergegen ein einmonatiges Widerspruchsrecht beginnend ab dem Zeitpunkt des Überschreitens der Überlassungshöchstdauer eingeräumt.

2.

Entsprechend den Vorgaben des Koalitionsvertrags sieht der Referentenentwurf darüber hinaus vor, dass Leiharbeitnehmer künftig nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers zwingend gleichzustellen sind (sog. Gleichstellungsgrundsatz). Die bisher im AÜG vorgesehene Abweichungsmöglichkeit vom Gleichstellungsgrundsatz mittels Tarifverträgen soll hierfür entsprechend zeitlich befristet werden (§ 8 Abs. 4 AÜG-E). Gilt für das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag, der nach einer Einarbeitungszeit von sechs Wochen eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an die Vergütung eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Entleihers vorsieht, ist eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz hingegen für eine Einsatzdauer von zwölf Monaten möglich. Auch im Rahmen dieser geplanten Regelungen soll

eine vorherige Überlassung an denselben Entleiher auf diese Fristen angerechnet werden, wenn zwischen den Einsätzen bei demselben Entleiher nicht mehr als sechs Monate liegen.

Auch der Verstoß gegen den Gleichstellungsgrundsatz würde nach dem Referentenentwurf (u. a.) ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher begründen (§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 2, § 8 AÜG-E). Ob diese Rechtsfolge beabsichtigt ist, ist jedoch fraglich. Die Begründung des Entwurfs lässt sie jedenfalls unerwähnt. Im Gegensatz zu den weiteren im Entwurf neu aufgenommenen Fiktionen eines solchen Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher sieht der Entwurf überdies einzig im Fall des Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz kein Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers vor.

3.

Mit dem Ziel, etwaigen Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern und die Prüftätigkeit von Behörden zu erleichtern, wurde u. a. für die Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung in § 611a Abs. 1 BGB-E eine Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses aufgenommen. In Abs. 2 des neu geschaffenen § 611a BGB-E wurden zudem Abgrenzungskriterien aufgenommen, die im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, maßgeblich sein sollen. Die Aufzählung ist allerdings nicht als abschließend anzusehen.

Über die Vorgaben des Koalitionsvertrags hinausgehend, sieht § 611a Abs. 3 BGB-E ferner vor, dass das Bestehen eines Arbeitsvertrags widerleglich vermutet wird, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund im Rahmen eines sog. Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat. Dieser stark kritisierte Vermutungstatbestand soll unabhängig davon gelten, ob die Statusentscheidung der Rentenversicherung bereits bestandskräftig ist *(vgl. auch die Begründung des Entwurfs, S. 32).*

4.

Darüber hinaus enthält der Gesetzesentwurf Neuregelungen zur sog. verdeckten Arbeitnehmerüberlassung. Bei dieser wird von den Parteien eine Vertragsleistung als Werk- oder Dienstvertrag bezeichnet, die tatsächlich als Arbeitnehmerüberlassung anzusehen ist. Der Koalitionsvertrag sieht vor, dass verdeckte Arbeitnehmerüberlassung der unerlaubten, d. h. einer ohne Erlaubnis betriebenen Arbeitnehmerüberlassung gleichgestellt wird.

Bislang wurde in der Praxis versucht, die Einordnung einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung und die damit verbundenen Rechtsfolgen zu vermeiden, indem der Werkunternehmer oder Dienstleister eine „vorsorgliche“ Verleiherlaubnis besaß (sog. „Vorratserlaubnis“, auf die Verleiher sich nach der Rechtsprechung einiger Gerichte wegen Treuwidrigkeit nicht berufen können sollen, *vgl. etwa LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 03.12.2014 - 4 Sa 41/14*).

§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG-E ordnet an, dass eine Überlassung in dem Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen ist. Der Verstoß gegen diese „Kennzeichnungspflicht“ soll nach dem Referentenentwurf ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher begründen (§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1a AÜG-E). Dem betroffenen

Leiharbeitnehmer steht wiederum ein befristetes Widerspruchsrecht zu, das innerhalb eines Monats nach dem vorgesehenen Überlassungszeitpunkt auszuüben ist. Der Leiharbeitnehmer soll nach § 11 Abs. 2 AÜG-E überdies darüber zu informieren sein, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.

5.

Die Zulässigkeit eines sog. Ketten- oder Zwischenverleihs, bei dem der Entleiher den Leiharbeitnehmer im Betrieb eines anderen nach dessen Weisungen arbeiten lässt, war bislang im Schrifttum umstritten. Entsprechend der bisherigen Praxis der Erlaubnisbehörden *(vgl. 1.1.2. Abs. 11 der Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG)* soll in § 1 Abs. 1 AÜG ein klarstellender Satz 3 eingefügt werden. Danach soll eine Überlassung nur durch denjenigen zulässig sein, mit dem der Leiharbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis steht. Verstöße gegen dieses Verbot können erlaubnisrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. In § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG-E soll zudem ein Ordnungswidrigkeitstatbestand eingeführt werden.

6.

Der Referentenentwurf sieht außerdem eine Privilegierung der öffentlichen Hand vor. In § 1 Abs. 3 AÜG sollen folgende Nr. 2b und Nr. 2c eingefügt werden:

„(3) Dieses Gesetz ist mit Ausnahme des § 1b Satz 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung
[...]
2b. zwischen Arbeitgebern, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden und aufgrund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes a) das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und b) die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird,

2c. zwischen Arbeitgebern, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und die für sie geltenden Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften dies vorsehen, [...]“

Nach der Begründung des Entwurfs *(vgl. S. 20 des Entwurfs)* soll durch das Einfügen der Nr. 2b in Abs. 3 geregelt werden, dass die Vorgaben des AÜG auf die in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen (z. B. § 4 Abs. 3 TVöD) in weiten Teilen nicht anwendbar sind. Die Regelung in Nr. 2c soll eine weitere Ausnahme vom Anwendungsbereich des AÜG für Überlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts vorsehen, sofern die für sie geltenden Tarifverträge oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaft die Nichtanwendung des AÜG anordnen.

7.

Bereits im Koalitionsvertrag wurde vereinbart, dass zukünftig ein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher verhindert werden soll. Während § 11 Abs. 5 AÜG in seiner derzeitigen Fassung im Streikfall Leiharbeitnehmern ein Leistungsverweigerungsrecht einräumt, sieht der Entwurf zur Umsetzung der Vorgabe des Koalitionsvertrags ein umfassendes Beschäftigungsverbot vor. Gemäß § 11 Abs. 5 AÜG-E sollen Entleiher Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen dürfen, soweit der Betrieb des Entleihers durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Danach dürften weder „neu“ entliehene Leiharbeitnehmer noch Leiharbeitnehmer, die bei

Beginn des Arbeitskampfes bereits beim Entleiher tätig waren, unabhängig von ihrem Einverständnis eingesetzt werden *(vgl. die Begründung des Entwurfs, S. 25 f.)*. Verstöße gegen das Beschäftigungsverbot sollen nach § 16 Abs. 1 Nr. 8a, Abs. 2 AÜG-E mit Geldbußen bis zu € 500.000 geahndet werden können.

Die geplante und bereits viel kritisierte Regelung wirft nicht nur aufgrund der Auswirkungen auf die Arbeitskampfparität von Arbeitgebern Zweifel an der Verfassungskonformität auf. Erhebliche Bedenken folgen auch aus der „Zwangssolidarisierung" von Leiharbeitnehmern mit den im Arbeitskampf befindlichen Stammarbeitnehmern des Entleihers.

8.

In § 14 Abs. 2 AÜG-E soll künftig – vermeintlich klarstellend – geregelt werden, dass Leiharbeitnehmer grundsätzlich bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung (mit Ausnahme des § 112a BetrVG) und der Unternehmensmitbestimmung auch beim Entleiher zu berücksichtigten sind. Der Koalitionsvertrag sah dies lediglich für die

betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte vor und soweit eine Berücksichtigung nicht der Zielrichtung der jeweiligen Norm widerspricht. In Fortführung der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts *(BAG, Beschl. v. 04.11.2015 - 7 ABR 42/13)* wurde eine solche Regelung im Referentenentwurf auch für die Schwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung aufgenommen *(vgl. die Begründung des Entwurfs, S. 26 f.).*

9.
In § 80 Abs. 2 und § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG-E soll überdies der Inhalt der Informationsrechte des Betriebsrats über den Einsatz von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs stehen, gesetzlich klargestellt werden. Zu den dem Betriebsrat vorzulegenden Unterlagen sollen gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG-E auch die Verträge gehören, die der Beschäftigung des Fremdpersonals zugrunde liegen *(vgl. hierzu nach bisheriger Rechtslage: BAG, Beschl. v. 31.1.1989 - 1 ABR 72/87).*

Fazit

Der Referentenentwurf sieht erhebliche Änderungen der bisherigen Rechtslage vor. Diese gehen mitunter deutlich über die Vorgaben des Koalitionsvertrags hinaus. Sollte der Entwurf, der ein Inkrafttreten zum 01. Januar 2017 vorsieht, Gesetz werden, hätte dies erheblichen Einfluss auf derzeitige betriebliche Praktiken. Es bleibt abzuwarten, ob und welche Änderungen der Referentenentwurf im Rahmen der nunmehr anstehenden Vorabstimmung und im späteren Gesetzgebungsverfahren erfährt.

Dr. Piero Sansone

Der Referentenentwurf sieht erhebliche Änderungen der bisherigen Rechtslage vor. Diese gehen mitunter deutlich über die Vorgaben des Koalitionsvertrags hinaus.

Des einen Leid, des anderen Freud: Koppelungsklauseln in Dienstverträgen mit Geschäftsführern

Im Gesellschaftsrecht wird zwischen der Organstellung des Geschäftsführers sowie dem zugrundeliegenden Anstellungsverhältnis, dem Geschäftsführerdienstvertrag, unterschieden. Demnach hat die Abberufung des Geschäftsführers grundsätzlich keine Auswirkung auf das zugrundeliegende Dienstverhältnis, d. h. das Dienstverhältnis besteht im Falle der Abberufung des Geschäftsführers, die jederzeit grundlos (es sei denn, die Satzung verlangt einen „wichtigen Grund" für die Abberufung) möglich ist, grundsätzlich weiter fort.

Eine außerordentliche und damit fristlose Kündigung des Dienstvertrags wird nur selten in Betracht kommen, da ein „wichtiger Grund" zur Kündigung nur in Ausnahmefällen vorliegt. Insbesondere stellt die Abberufung als solche keinen wichtigen Grund dar, der zur außerordentlichen Kündigung des Dienstvertrags berechtigt. Der Fortbestand des Dienstvertrags über die Abberufung des Geschäftsführers hinaus wird jedoch regelmäßig nicht im Interesse der Gesellschaft stehen, so dass es sich anbietet, das Schicksal des Dienstvertrags mit dem der Organstellung zu verbinden.

Hierzu dienen sogenannte Koppelungsklauseln. So kann z. B. vereinbart werden, dass mit der Abberufung das Anstellungsverhältnis als ordentlich gekündigt gelten soll. Denkbar ist auch, die Beendigung der Organstellung als auflösende Bedingung für den Anstellungsvertrag vorzusehen. Wenn auch Koppelungsklauseln allgemein als zulässig erachtet werden, gibt es jedoch einige Fallstricke.

Praxisrelevanz

Bei der Verwendung von Koppelungsklauseln ist zu berücksichtigen, dass nach allgemeiner Ansicht die gesetzlichen Kündigungsfristen gem. § 622 Abs. 1 und 2 BGB analog zur Anwendung kommen, da sich die Koppelungsklausel andernfalls für den Geschäftsführer wie eine fristlose Kündigung „anfühlt". Sofern in der Koppelungsklausel die Abberufung als auflösende Bedingung für das Dienstverhältnis vereinbart ist, sind ebenfalls die gesetzlichen Kündigungsfristen zu wahren.

Besondere Aufmerksamkeit ist in der Praxis den oft anzutreffenden befristeten Geschäftsführerdienstverträgen zu widmen. Um im Falle eines befristeten Dienstvertrags der Koppelungsklausel zur Wirksamkeit zu verhelfen, sollte im Dienstvertrag ein Recht zur ordentlichen Kündigung vorgesehen werden (was freilich die feste Laufzeit des Dienstvertrags zu Lasten des Geschäftsführers wieder aushebelt). Andernfalls läuft – nach wohl überwiegender Meinung – die Koppelungsklausel bei befristeten Verträgen mangels ordentlicher Kündigungsmöglichkeit regelmäßig ins Leere.

Ferner ergibt sich eine typische Problemkonstellation im Falle einer Verkürzung der vertraglichen Kündigungsfristen durch die Koppelungsklausel. Es ist nicht unüblich, dass im Rahmen von unbefristeten Geschäftsführerdienstverträgen längere als die gesetzlichen Kündigungsfristen vereinbart werden, um dem Geschäftsführer eine längerfristige Perspektive zu geben. In diesen Fällen würde eine Koppelungsklausel dazu führen, dass für die Gesellschaft aufgrund der analogen Anwendung der gesetzlichen Kündigungsfristen im Rahmen der Koppelungsklausel eine ggfs. deutlich kürzere Kündigungs-

frist (eventuell nur ein Monat zum Monatsende) gilt als für den Geschäftsführer. Dieses Ergebnis könnte einen Verstoß gegen § 622 VI BGB darstellen. Hiernach darf die Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer nicht länger sein als für den Arbeitgeber. Allerdings ist die analoge Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Geschäftsführerdienstverträge noch nicht abschließend geklärt.

Darüber hinaus sind Koppelungsklauseln auch am AGB-Recht zu messen, da Geschäftsführer wohl überwiegend als Verbraucher angesehen werden. So werden in gewissen Konstellationen Koppelungsklauseln als überraschend (§ 305c BGB) oder unangemessen benachteiligend (§ 307 Abs. 1 BGB) erachtet und sind demnach unwirksam. Besonders hohe Wirksamkeitsanforderungen werden diesbezüglich an Koppelungsklauseln in befristeten Verträgen gestellt.

Fazit

Koppelungsklauseln sind aus Sicht der Gesellschaft sinnvoll, da eine Beschäftigung des Geschäftsführers nach dessen Abberufung regelmäßig nicht im Interesse der Gesellschaft liegt; aus Sicht des Geschäftsführers können sie dagegen höchst unerfreulich sein. Allerdings sollte die Formulierung der Koppelungsklausel äußerst sorgfältig und einzelfallbezogen erfolgen. Dies gilt insbesondere im Falle befristeter Geschäftsführerdienstverträge.

Pia Pracht

Neues zum Mindestlohn

Seit dem 01. Januar 2015 existiert bundesweit ein einheitlicher Mindestlohn in Höhe von € 8,50 je Zeitstunde. Eines der zentralen Probleme im Hinblick auf den Mindestlohn ist die Anrechenbarkeit von Vergütungsbestandteilen. Als Grundsatz ist davon auszugehen, dass nur Vergütungsbestandteile anrechenbar sind, die funktional gleichwertig sind, also gerade die Leistung vergüten, die durch den Mindestlohn abgegolten werden soll. Dies kann u. U. bei Leistungszusagen und Boni, nicht aber beispielsweise bei vermögenswirksamen Leistungen der Fall sein. Nachfolgend werden zwei Entscheidungen dargestellt, die weitere grundsätzliche Fragen in Zusammenhang mit dem Mindestlohn betreffen.

Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte in seinem Urteil vom 02. Oktober 2015 (9 Sa 570/15 u. a.) über eine Änderungskündigung zu entscheiden, mittels der ein Arbeitgeber aufgrund des nunmehr höheren Stundenlohns gemäß Mindestlohngesetz bisher gezahltes Urlaubs- und Weihnachtsgeld streichen wollte.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, dessen Entscheidung bisher lediglich als Pressemitteilung vorliegt, hat die Änderungskündigung für unwirksam erklärt. Das Gericht geht davon aus, dass weder Urlaubsgeld noch Sonderzahlung, die im vorliegenden Fall von der Betriebszugehörigkeit des jeweiligen Arbeitnehmers abhängig waren, im engeren Sinne der Bezahlung der Arbeitsleistung dienten, sondern es sich um zusätzliche Prämien handelte, die nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden könnten. In einem solchen Fall seien vielmehr die allgemeinen Grundsätze für eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung anzuwenden, die vorliegend wohl nicht erfüllt waren.

Praxisrelevanz

Arbeitgeber sollten im Hinblick auf den Ausspruch von Änderungskündigungen zur Anpassung der Vergütung wegen Einführung des Mindestlohns Vorsicht walten lassen. Eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung ist nur unter sehr strengen Voraussetzungen möglich,

die in der Praxis fast nie erfüllt sind. Ob aus dem vorliegenden Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg der Umkehrschluss gezogen werden kann, dass eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung ausnahmsweise unter geringeren Voraussetzungen möglich ist, wenn lediglich Vergütungsbestandteile gestrichen werden, die auf den Mindestlohn tatsächlich anrechenbar sind, kann aktuell noch nicht abschließend beurteilt werden, da die Urteilsgründe der entsprechenden Entscheidung nicht vorliegen.

Entscheidung

Das sächsische Landesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 24. Juni 2015 (2 Sa 56/15) entschieden, dass eine Kündigung wegen Nichtannahme eines Änderungsangebots zum Arbeitsvertrag gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoße und deshalb unwirksam sei. Grund hierfür war der vom Gericht festgestellte Verstoß des Änderungsangebotes gegen das Mindestlohngesetz.

Das vom beklagten Arbeitgeber unterbreitete Änderungsangebot sah die Zahlung eines Gehalts entsprechend dem gesetzlichen Mindestlohn vor, enthielt jedoch gleichzeitig eine Klausel, nach der pauschal 10 Überstunden im Monat mit dem Grundgehalt abgegolten werden sollten. Das sächsische Landesarbeitsgericht war der Auffassung, dass aufgrund dieser pauschalen Überstundenabgeltungsklausel der Mindestlohn unterschritten werde und das Änderungsangebot deshalb gegen das Mindestlohngesetz verstoße.

Praxisrelevanz

Die Entscheidung des sächsischen Landesarbeitsgerichts birgt Sprengkraft. Pauschale Überstundenabgeltungsklauseln können – unter den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen – grundsätzlich wirksam vereinbart werden und sind in der Praxis üblich.

Arbeitgeber sind nunmehr gehalten, jedenfalls bei Arbeitsverhältnissen, im Rahmen derer lediglich der Mindestlohn bezahlt wird oder dieser nur geringfügig überschritten wird, genau zu prüfen, ob mit der Anzahl der pauschal abzugeltenden Überstunden der Mindestlohn nicht doch wieder unterschritten würde. Sollte dies der Fall sein, drohen dem Arbeitgeber Nachzahlungsansprüche der Arbeitnehmer.

Dr. Heiko Reiter

Eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung ist nur unter sehr strengen Voraussetzungen möglich, die in der Praxis fast nie erfüllt sind.

Betriebsratsarbeit ist keine Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes

Entscheidung

In dem einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts (LAG) Niedersachsen vom 20.04.2015 (12 TaBV 76/14) zugrundeliegenden Sachverhalt forderte der Arbeitgeber die in der Spätschicht eingeteilten Betriebsratsmitglieder teilweise auf, nach der von 8.00 bis 15.00 Uhr andauernden Betriebsratssitzung bis zum Schichtende um 20.15 Uhr zu arbeiten. Der Betriebsrat sah hierin einen Verstoß gegen die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) zur werktäglichen Höchstarbeitszeit.

Nachdem die Anträge des Betriebsrates erstinstanzlich zurückgewiesen wurden, hielt das LAG Niedersachsen auch die Beschwerde des Betriebsrates für unbegründet. Das LAG Niedersachsen entschied ausdrücklich, dass Zeiten der Betriebsratsarbeit nicht als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG anzusehen seien.

Es begründet seine Auffassung mit der alleinigen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers gegenüber den Aufsichtsbehörden, die Vorschriften des ArbZG einzuhalten. Adressat der Bußgeld- und Strafvorschriften des ArbZG sei ausschließlich der Arbeitgeber. Dieser könne jedoch auf die autonome Arbeitsorganisation des Betriebsrates keinen Einfluss nehmen. Bei einer anderen Beurteilung der Fragestellung könnte letztlich der Arbeitgeber in die Haftung geraten, ohne dass er etwaige Verstöße gegen das ArbZG im Angesicht der eigenständigen Amtsführung durch den Betriebsrat verhindern könnte.

Jedoch habe ein Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG, wenn es ihm unmöglich oder unzumutbar sei, seine vor oder nach der Betriebsratssitzung liegende Arbeitszeit einzuhalten. Eine Unzumutbarkeit liege in der Regel vor, wenn sich bei der Zusammenrechnung der Zeiten der Betriebsratstätigkeit und der persönlichen Arbeitszeit ergebe, dass die Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG (8 bzw. 10 Stunden) überschritten werde.

Praxisrelevanz

Auch wenn der Entscheidung des LAG Niedersachsen explizit zu entnehmen ist, dass Betriebsratsarbeit keine Arbeitszeit im Sinne des ArbZG ist, findet das ArbZG insbesondere in Fällen der Schichtarbeit mittelbar Anwendung. So hat der Arbeitnehmer im Einzelfall einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar ist. Dies ist nach der Entscheidung des LAG Niedersachsen insbesondere dann der Fall, wenn die Summe der an einem Tag zu erbringenden Zeiten der Betriebsratstätigkeit und der Arbeitszeit 8 bzw. 10 Stunden überschreitet. Der Arbeitnehmer kann dann nicht zur Erbringung der Arbeitsleistung gezwungen werden.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass die vom LAG Niedersachsen beantwortete Frage nur Aspekte des ArbZG betrifft, d.h. arbeitsschutzrechtliche Aspekte. Bzgl. der Frage nach der Vergütungspflicht von „Betriebsratsüberstunden“ hält das Gesetz in § 37 Abs. 3 BetrVG eine Antwort bereit.

Gegen die Entscheidung des LAG Niedersachsen wurde Revision eingelegt, sodass demnächst erstmalig eine höchstrichterliche Klärung der Fragestellung erfolgen wird.

Lena Jordan

Kündigungen richtig zustellen!

Entscheidung

Das LAG Schleswig-Holstein hat in einem aktuellen Urteil (13.10.2015, 2 Sa 149/15) entschieden, dass ein Kündigungsschreiben nicht durch Einwurf in den Hausbriefkasten an einem Sonntag zugestellt werden kann. Zur Begründung hat das LAG ausgeführt, dass mit einer Kenntnisnahme des Kündigungsschreibens an einem Sonntag nicht gerechnet werden kann. Da keine Postzustellung stattfindet, müssen Arbeitnehmer den Inhalt des Briefkastens am Sonntag oder Feiertag nicht überprüfen. Ein am Sonntag in den Briefkasten eingeworfenes Kündigungsschreiben kann daher grundsätzlich nur am nächsten Werktag zugehen. Das LAG Schleswig-Holstein hat ausdrücklich klargestellt, dass dies auch dann gilt, wenn die Probezeit an einem Sonntag abläuft.

Praxisrelevanz

Die Entscheidung gibt Anlass, sich mit den rechtlichen Vorschriften zum Zugang von Kündigungserklärungen auseinanderzusetzen. Eine verspätet zugegangene Kündigung kann schwerwiegende Rechtsnachteile für den Arbeitgeber nach sich ziehen. Das gilt zum Beispiel für den Fall, dass – wie hier – die Probezeit endet und das Kündigungsschutzgesetz greift. Auch eine längere Kündigungsfrist kann die Folge sein (z. B. bei Quartalsfristen). In solchen Fällen sollte im Vorfeld sichergestellt werden, dass ein Kündigungsschreiben rechtzeitig zugeht.

Der sicherste Weg ist immer die persönliche Übergabe durch einen Boten unter Zeugen, im Betrieb oder an der Wohnungstür (idealerweise mit Empfangsbestätigung). Möglich – im Einzelfall aber risikoreich – ist auch die Übergabe an ein im selben Haushalt wohnendes (erwachsenes) Familienmitglied. Wichtig ist, dass der Bote den Inhalt des Kündigungsschreibens kennt. Idealerweise sollte er das Schreiben selbst in den Briefumschlag einstecken. Kommt eine persönliche Übergabe nicht in Betracht, ist das Kündigungsschreiben in den Hausbriefkasten einzuwerfen. Hierbei ist darauf zu achten, dass dies – an Werktagen – bis etwa 14.00 Uhr geschieht. Denn danach muss regelmäßig nicht mehr mit einer Postzustellung gerechnet werden.

Zur Fristwahrung ungeeignet ist ein Übergabe-Einschreiben. Denn dieses geht nicht schon mit der Benachrichtigungskarte zu, sondern erst mit der Übergabe. Daher sollte ein Einwurf-Einschreiben gewählt werden. Wichtig ist auch hier, dass die Registrierungsnummer von der Person notiert wird, welche das Schreiben einkuvertiert hat.

Jens Völksen

Rückwirkende Kürzung des Urlaubs wegen Elternzeit?

Entscheidung

Nach § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Das BAG setzte sich am 19. Mai 2015 (Az.: 9 AZR 725/13) mit der in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage auseinander, ob diese Kürzungsmöglichkeit auch rückwirkend nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht.

Die Klägerin war seit 2007 bei der Beklagten beschäftigt. Im Jahr 2010 nahm die Klägerin Elternzeit, im Jahr 2012 beendeten die Parteien das Arbeitsverhältnis vor dem planmäßigen Ablauf der Elternzeit. Die Klägerin machte zunächst außergerichtlich die Abgeltung ihres Resturlaubs geltend – erfolglos. Als sie schließlich Klage einreichte, erklärte die Beklagte, sie kürze den Erholungsurlaub der Klägerin um ein Zwölftel für jeden vollen Kalendermonat, in dem diese Elternzeit genommen hatte.

Das LAG Hamm (27.06.2013, Az.: 16 Sa 51/13) gestand der Klägerin den geltend gemachten Abgeltungsanspruch zu, nachdem ihr das Arbeitsgericht Hamm diesen noch verwehrt hatte. Das BAG bestätigte das zweitinstanzliche Urteil. Der Senat ist der Auffassung, dass der Arbeitgeber die Erklärung, er kürze den Erholungsurlaub wegen genommener Elternzeit, noch im bestehenden Arbeitsverhältnis abgeben muss. Der nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstandene Abgeltungsanspruch sei kein Äquivalent zum Erholungsurlaubsanspruch, sondern ein selbstständiger Geldanspruch. Sobald dieser entstanden sei, bestehe kein Anspruch mehr auf Erholungsurlaub, sodass dieser auch nicht mehr gekürzt werden könne.

Praxisrelevanz

Diese Entscheidung ist eine logische Fortführung der Rechtsprechung des BAG nach dessen ausdrücklicher und vollständiger Aufgabe der sog. Surrogatstheorie im Urteil vom 19. Juni 2012 (Az.: 9 AZR 652/10). Zuvor galt, dass der Abgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG denselben Regelungen, insbesondere Verfallfristen, wie der ursprüngliche Urlaubsanspruch unterliege.

Arbeitgeber, die den Erholungsurlaub ihrer Arbeitnehmer wegen genommener Elternzeit kürzen wollen, müssen daher von nun an darauf achten, von ihrer Kürzungsbefugnis spätestens während der Kündigungsfrist oder vor Wirksamwerden einer Aufhebungsvereinbarung Gebrauch zu machen.

Weil das BAG in der hier besprochenen Entscheidung eine Kürzungsbefugnis verneint hatte, musste es nicht darauf eingehen, ob die Kürzungsbefugnis des Arbeitgebers nach § 17 Abs. 1 S. 1 BEEG mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Diese – von der Vorinstanz bejahte – Frage ist somit weiterhin höchstrichterlich nicht geklärt. Für Arbeitgeber bleibt somit diesbezüglich eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit bestehen.

Hagen Strippelmann

Inhaltsverzeichnis

2 Wie geht es weiter bei der Arbeitnehmerüberlassung? Referentenentwurf des BMAS zur Regulierung von Fremdpersonaleinsätzen vom 16. November 2015
7 Des einen Leid, des anderen Freud: Koppelungsklauseln in Dienstverträgen mit Geschäftsführern
9 Neues zum Mindestlohn
11 Betriebsratsarbeit ist keine Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes
12 Kündigungen richtig zustellen!
13 Rückwirkende Kürzung des Urlaubs wegen Elternzeit?

Hinweis

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an jmoeltgen@goerg.de.

Bildnachweis

Bildagentur iStock:
Seite 1: © shironosov. Seite 5: © mediaphotos. Seite 8: © demaerre. Seite 9: © MarianVejcik. S. 12: © mediaphotos.

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN
Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

HAMBURG
Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

ESSEN
Alfredstraße 220, 45131 Essen
Tel. +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

KÖLN
Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

FRANKFURT AM MAIN
Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

MÜNCHEN
Prinzregentenstraße 22, 80538 München
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90