

Blick ins Arbeitsrecht 2015.I

I.

Gesetzgebung u.ä.

1. Neue Zahlen zu Nebenjobs

Nach aktuellen Umfragen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) haben mehr als drei Millionen Menschen neben ihrem Hauptberuf einen Zweitjob. In den letzten 25 Jahren stellt dies eine Verdreifachung der Zahl dar.

Etwa 2/3 der Betroffenen üben nebenher einen Minijob aus, was in erster Linie mit den besonderen Vorteilen verbunden ist, die Arbeitnehmer mit dieser Konstellation genießen. Seit 2003 ist ein solcher zusätzlicher Verdienst praktisch steuer- und abgabenfrei für die Beschäftigten.

Dies gilt insbesondere nach Einführung des Mindestlohns: Um € 8,50 Lohn real „in der Tasche“ zu haben, müsste ein Arbeitnehmer im Hauptberuf in Vollzeit ca. € 17,00 in der Stunde brutto verdienen, um einen höheren Nettoverdienst zu erreichen.

Die Steigerung der Nebentätigkeiten ist auch ein Zeichen für die allgemein gestiegene Beschäftigung.

Viele Branchenverbände, insbesondere im Bereich der Gastronomie, warnen davor, dass die dort oft angebotenen Minijobs nach Einführung des Mindestlohns zurückgehen werden. Real könne der Mindestlohn sogar zu einer Reduzierung des Gesamteinkommens führen. Ähnliches berichten beispielsweise die Taxifahrer. Denkbar ist dies beispielsweise dann, wenn Trinkgelder einen erheblichen Teil des Gesamteinkommens aus einer Tätigkeit ausmachen und die Arbeitszeit nach Einführung des Mindestlohns reduziert werden muss, um nicht die Grenze von € 450,00 bei Minijobs zu überschreiten. Weniger Arbeitszeit bei gleichem Gesamteinkommen bedeutet dann aber auch weniger Gelegenheit, Trinkgelder zu verdienen mit der Folge, dass das Gesamteinkommen sinken kann.

Hier wie bei der Frage, ob die Zahl der Stellen zurückgeht, bleibt aber die Entwicklung der nächsten Monate abzuwarten.

2. Dokumentationspflichten im Zusammenhang mit dem Mindestlohngesetz

Am 29. Dezember 2014 wurde im Bundesanzeiger die „Verordnung zu den Dokumentationspflichten nach den §§ 16 und 17 des Mindestlohngesetzes (MiLoG) in Bezug auf bestimmte Arbeitnehmergruppen“ veröffentlicht. Die Verordnung ist bereits am 01. Januar in Kraft getreten.

Hintergrund sind erheblich gestiegene Dokumentationspflichten der Arbeitgeber nach dem Mindestlohngesetz. Diese erfordern die ständige Erfassung und Speicherung von Arbeitszeiten, um letztlich nachvollziehen zu können, ob ein Arbeitnehmer unter Berücksichtigung von Arbeitszeit und Vergütung tatsächlich zumindest den gesetzlichen Mindestlohn erhält. Dadurch entstehen auch für Arbeitgeber, die den Mindestlohn oder sogar einen darüber hinausgehenden Betrag schon bisher bezahlt haben, wiederum erhebliche Verwaltungsaufwendungen.

Solche Dokumentationspflichten machen vielleicht Sinn bei Arbeitnehmern, die Stundenvergütungen im Bereich von +/- € 8,50 erhalten, sicherlich nicht aber beispielsweise bei einem Leitenden Angestellten mit einem umgerechnet erheblich höheren Stundensatz.

Durch die neue Verordnung werden daher Pflichten nach dem Mindestlohngesetz teilweise eingeschränkt. So gilt die Pflicht zur Abgabe einer schriftlichen Anmeldung, die Pflicht zur Abgabe einer Versicherung sowie die Pflicht zum Erstellen und Bereithalten von Dokumenten (§§ 16, 17 MiLoG) nicht für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren verstetigtes regelmäßiges Monatseinkommen brutto € 2.958,00 überschreitet und für die der Arbeitgeber seine nach § 16 Abs. 2 ArbZG bestehenden Verpflichtungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit und zur Aufbewahrung dieser Aufzeichnungen tatsächlich erfüllt.

Für das vorgenannte verstetigte Monatsentgelt sind sämtliche verstetigten monatlichen Zahlungen des Arbeitgebers zu berücksichtigen, die regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt sind. Nicht eingerechnet werden dürfen somit Zahlungen, die nur hin und wieder oder beispielsweise jährlich (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld) erfolgen.

Zur Erläuterung: Die regelmäßigen, bereits bisher geltenden Pflichten zur Aufzeichnung hinsichtlich der Arbeitszeit gemäß § 16 Abs. 2 ArbZG sehen vor, dass nur die über die werktäg-

liche Arbeitszeit von acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit eines Arbeitnehmers aufgezeichnet und ein Verzeichnis hierüber geführt wird. Ferner sind Arbeitgeber danach verpflichtet, ein Verzeichnis über diejenigen Mitarbeiter zu führen, die auf Grundlage eines Tarifvertrages oder einer auf einem Tarifvertrag beruhenden Betriebsvereinbarung einer Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit auch ohne Ausgleich über acht Stunden hinaus zugestimmt haben, soweit in deren Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst fällt. Diese Nachweise sind mindestens zwei Jahre aufzubewahren.

3. Aktuelles zum Mindestlohn

a.

Die Mindestlohnmeldeverordnung sieht vor, dass zur Übermittlung der in § 16 Abs.1 und Abs. 3 MiLoG zu meldenden Daten ein einheitliches Formular verwendet wird.

b.

Die Mindestlohnaufzeichnungsverordnung gemäß § 16 Abs. 4 MiLoG erlaubt ausdrücklich eine Ausnahme von den in § 17 Abs. 1 MiLoG genannten Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers: Ist ein Arbeitnehmer ausschließlich mobil tätig und hat er keine Vorgaben zur konkreten Arbeitszeit, so dass er sich die tägliche Arbeitszeit frei einteilen kann, muss nicht die konkrete Arbeitszeit mit Arbeitsbeginn, Pausen, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit aufgezeichnet werden. In diesen Fällen reicht es aus, allein die Dauer der täglichen Arbeitszeit aufzuzeichnen. Diese Ausnahmeregelung könnte Anwendung finden beispielsweise bei Außendienstverkäufern, Monteuren externer Montage, Kundendienstmonteuren etc.

c.

Aufgrund einer gesetzlichen Verweisung ist folgende Pflicht möglicherweise nicht auf den ersten Blick ersichtlich: Erteilt ein Unternehmen einem anderen Unternehmen einen Auftrag, haftet der Auftraggeber mittelbar dafür, dass der Auftragnehmer die Vorschriften des Mindestlohngesetzes einhält, mithin den Mindestlohn zahlt. Ist dies nicht der Fall, kann auch der Auftraggeber beispielsweise einer Werk- oder Dienstleistung direkt in Anspruch genommen werden. Diese Haftung ist verschuldensunabhängig und stellt für Unternehmen, die solche Aufträge erteilen, ein immenses Risiko dar. Um die Haftung auszuschließen, müsste der Auftragnehmer die Löhne und Gehälter sämtlicher beim Auftraggeber zum Einsatz kommender Mitarbeiter offenlegen, was natürlich auch Rückschlüsse auf die dortige Kalkulation und Preisgestaltung erlauben würde. Erfolgt aber eine solche Überprüfung nicht, kann der Ar-

beitnehmer eines Subunternehmers seinen Anspruch auf Mindestlohn auch direkt gegenüber dem Auftraggeber seines Arbeitgebers geltend machen.

Heute noch ungeklärt ist eine damit im Zusammenhang stehende konkrete Frage, die sich aus dem Text des Mindestlohngesetzes nicht erschließen lässt:

Gilt diese sehr weitgehende Haftung nur in sogenannten Generalunternehmerfällen oder allgemein für jeden Auftrag, den ein Unternehmen erteilt? In erstem Fall würde eine Haftung des Auftraggebers nur eingreifen, wenn zur Erfüllung eines Auftrages, den der Auftraggeber selbst von einem Dritten erhalten hat, weitere Unternehmer eingeschaltet werden. Dies sind typischerweise sog. Subunternehmer- bzw. Sub-Subunternehmerverhältnisse.

Das Mindestlohngesetz verweist in § 13 auf die entsprechenden Regelungen des Arbeitnehmerentendegesetzes. Für dieses Gesetz hatte das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung (5 AZR 279/01) ausdrücklich eine enge Auslegung und damit eine Beschränkung der direkten Haftung auf Subunternehmerfälle angenommen. Ob dies auch für den jetzigen gesetzlichen Anspruch auf einen Mindestlohn im Mindestlohngesetz gilt, steht noch nicht fest. Hierfür spricht einiges. Aus Gründen vorausschauender Vorsicht sollten Unternehmer aber auch dann, wenn es sich nicht um ein Subunternehmerverhältnis handelt, bis auf weiteres sicherstellen, dass von ihnen beauftragte Unternehmen den Mindestlohn zahlen.

d. Praktikantenverträge

§ 22 MiLoG stellt Praktikanten teilweise Arbeitnehmern hinsichtlich des Mindestlohnes gleich. Es gibt hier allerdings Ausnahmen.

Unternehmen, die solche Praktikanten beschäftigen, sollten zur Abwendung der Verpflichtung, einen Mindestlohn auch an Praktikanten zu zahlen, gemäß § 22 Abs. 1 MiLoG folgendes beachten:

- Bei Pflichtpraktika im Rahmen einer schulischen betrieblichen Ausbildung oder einer Hochschulausbildung sollte vor Beginn des Praktikums jeweils die entsprechende Studien- bzw. Ausbildungsordnung vorgelegt werden. Der Praktikant sollte ausdrücklich erklären, dass das Praktikum ausschließlich im Rahmen dieser Ordnung abgeleistet wird und nicht bereits ein entsprechendes Praktikum – mit dem den Vorschriften der Ausbildungsordnung Genüge getan worden wäre – abgeleistet worden ist.

- Bei einem freiwilligen Praktikum muss darauf geachtet werden, dass dieses nur vor Aufnahme einer Ausbildung oder eines Studiums abgeleistet und dies auch ausdrücklich schriftlich festgehalten wird. Bei Studien- bzw. Ausbildungsabbrechern müsste festgehalten werden, im Rahmen welcher Neuorientierung das Praktikum durchgeführt werden soll.

e.

Grundsätzlich ist der Mindestlohn sofort, d.h. zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt, zu zahlen. Ist kein Zahlungszeitpunkt vereinbart, gilt die Zahlungspflicht für den letzten Bankarbeitstag des auf den Arbeitsmonat folgenden Monats. Eine Ausnahme gibt es jedoch bei Unternehmen, bei denen Arbeitszeitkonten bestehen. Gibt es insoweit eine schriftliche Vereinbarung, sei es mit dem Arbeitnehmer oder mit dem Betriebsrat (Betriebsvereinbarung) bzw. mit der Gewerkschaft (Tarifvertrag), ist eine sofortige Auszahlung des Mindestlohns nicht erforderlich. Hier bleibt es bei den bisherigen Verrechnungsmöglichkeiten.

II.

Rechtsprechung

1. Ausschluss von Doppelansprüchen bei Urlaub

BAG, Urteil vom 16. Dezember 2014 – 9 AZR 295/13

Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BAG eine in der Praxis häufige und hinsichtlich der gesetzlichen Regelung teilweise unbekannte Gestaltung aufgegriffen. Betroffen ist ein Arbeitsplatzwechsel im laufenden Kalenderjahr.

Die gesetzliche Grundregel in § 6 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) ist häufig nicht oder nur teilweise bekannt: Danach besteht der Anspruch auf Urlaub nicht, soweit dem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt worden ist. Damit der „neue“ Arbeitgeber weiß, wie viel Urlaub der „alte“ Arbeitgeber bereits im laufenden Kalenderjahr gewährt hat, ist der „alte“ Arbeitgeber verpflichtet, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder finanziell abgegoltenen Urlaub auszuhändigen. Der Arbeitnehmer wiederum muss diese Bescheinigung beim neuen Arbeitgeber vorlegen.

Hat ein Arbeitnehmer somit im Kalenderjahr in ein neues Arbeitsverhältnis gewechselt und beantragt er beim neuen Arbeitgeber Urlaub, muss er diesen darüber informieren, dass und ggf. wie viel Urlaub für das laufende Kalenderjahr bereits gewährt worden ist.

In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte der Kläger am 12. April 2010 ein neues Beschäftigungsverhältnis aufgenommen. Der neue Arbeitgeber lehnte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die vom Kläger verlangte Abgeltung des Urlaubs ab, und zwar mit der Begründung, dem Arbeitnehmer sei bereits von seinem früheren Arbeitgeber für das Jahr 2010 Urlaub gewährt worden. Eine Urlaubsbescheinigung des früheren Arbeitgebers hatte der Kläger nicht vorgelegt.

Die erste Instanz hatte dem Kläger noch seine Urlaubsabgeltung zugesprochen. Die zweite Instanz beim Landesarbeitsgericht hatte die Klage dagegen abgewiesen, da eine Ausschlussfrist nicht eingehalten worden sei. Das BAG hat beide instanzgerichtlichen Entscheidungen für falsch gehalten und nun folgendes entschieden:

Zwar habe der Arbeitnehmer die Ausschlussfrist im vorliegenden Fall gewahrt, seinen Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruch also rechtzeitig geltend gemacht. Allerdings müsse der Kläger noch nachweisen, dass der frühere Arbeitgeber den Urlaubsanspruch für das streitige Kalenderjahr 2010 nicht ganz oder teilweise erfüllt oder durch Zahlung eines Geldbetrages abgegolten habe. Der neue Arbeitgeber schuldet danach nur denjenigen Anteil am Urlaubsanspruch, den der frühere Arbeitgeber nicht bereits gewährt oder abgegolten hat.

Anmerkung:

Die Rechtslage wird an folgendem Beispiel leichter verständlich:

Beim alten Arbeitgeber nimmt der Arbeitnehmer im Juni des laufenden Jahres seinen gesamten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Das Arbeitsverhältnis endet dann am 31. Juli. Am 01. August beginnt der Arbeitnehmer bei einem neuen Arbeitgeber, der innerhalb der Probezeit rechtzeitig zum 31. Dezember des Jahres kündigt. Nun macht der Arbeitnehmer vom 01. August bis 31. Dezember, mithin für fünf Monate, Urlaubsabgeltung geltend. Im neuen Arbeitsverhältnis bestand ebenfalls ein Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Tagen (gesetzlich: 20 Tage in der Fünftagewoche, zusätzlich weitere 10 Tage über den Mindesturlaub hinaus).

Hier besteht gegen den neuen Arbeitgeber kein Anspruch mehr auf Urlaubsabgeltung. Der Arbeitnehmer hat seinen gesamten Jahresurlaub bereits vom ersten Arbeitgeber erhalten.

Ein Arbeitgeberwechsel führt nicht dazu, dass der Urlaubsanspruch dann noch einmal entsteht.

Urlaubsansprüche gegen den neuen Arbeitgeber bestünden nur dann, wenn entweder der Urlaubsanspruch nach dem neuen Arbeitsvertrag (30 Tage) durch den ersten Arbeitgeber noch nicht vollständig erfüllt worden wäre. Das gleiche gilt dann, wenn im zweiten Arbeitsverhältnis ein höherer Urlaubsanspruch bestünde als beim ersten Arbeitgeber. Dann muss der zweite Arbeitgeber nur noch die Differenz vergüten.

Nach der neuen Entscheidung hat der Arbeitgeber hinsichtlich der Gewährung von Urlaub oder der finanziellen Abgeltung des Urlaubs beispielsweise bei Vertragsende eine Art Zurückbehaltungsrecht, und zwar so lange, bis der Arbeitnehmer nachweist, ob und wieviel Urlaub der erste Arbeitgeber für das laufende Kalenderjahr bereits gewährt hat. Hierfür sollte der Arbeitnehmer die in § 6 Abs. 2 BUrlG vorgesehene Bescheinigung verwenden, die der erste Arbeitgeber ausstellen muss.

Praxistipp:

Arbeitgeber sollten sich bei jeder Einstellung im Verlauf eines Kalenderjahres vom neu eingestellten Arbeitnehmer eine entsprechende Urlaubsbescheinigung des bisherigen Arbeitgebers vorlegen lassen und im Fall der Nichtvorlage darauf hinweisen, dass Urlaub erst beansprucht werden kann, wenn eine entsprechende Bescheinigung vorliegt.

2. Anrechnung von Leistungen auf einen tariflichen Mindestlohnanspruch

BAG, Urteil vom 16. April 2014 – 4 AZR 802/11

Der vorliegenden Entscheidung könnte im Zusammenhang mit dem seit 01. Januar 2015 zwingenden gesetzlichen Mindestlohnanspruch über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommen.

Das BAG hat über einen Fall entschieden, in dem ein Tarifvertrag einen Mindestlohnanspruch „je Stunde“ vorgesehen hatte. Auch die neue gesetzliche Regelung stellt auf einen Mindestlohn je Stunde und nicht etwa auf umgerechnete Werte auf Wochen-, Monats- oder Jahresbasis ab. Insoweit besteht eine Vergleichbarkeit zur jetzigen gesetzlichen Lage.

Der dort zugrundeliegende Tarifvertrag hatte keine Regelung hinsichtlich Spät-Nacharbeit oder einer sonstigen Lage der Arbeitszeit getroffen. Streitig war zwischen Arbeitgeber und

Arbeitnehmer, ob eine vom Arbeitgeber geleistete Zulage für erbrachte Spätschichten auf den Mindestlohnanspruch angerechnet werden musste. Diese Auffassung vertrat selbstverständlich der Arbeitgeber. Anders der Arbeitnehmer: Er war der Auffassung, dass eine Anrechnung nicht in Betracht komme. Dann wäre nämlich bei Berücksichtigung des reinen Stundenlohns eine Zusatzzahlung des Arbeitgebers zur Erreichung des Mindestlohns erforderlich gewesen. Unter Berücksichtigung der Spätschichtzulagen, die ebenfalls für geleistete Arbeitsstunden erbracht wurden, ergab sich aber keine Pflicht zur ergänzenden Zahlung.

Das BAG hat entschieden, dass die vom Arbeitgeber dort gezahlte Spätschichtzulage auf den tariflichen Mindestlohnanspruch anzurechnen sei. Der Tarifvertrag enthielt keine Regelung über eine eventuelle Erhöhung des Mindestlohns oder zwingende Zahlungen als Ausgleich für besondere Belastungen (z.B. Arbeit während der Spätschicht). Auch die erschwerten Bedingungen einer Spätschicht gehören damit zur sog. „Normalleistung“, so dass Spätschichtzulagen auf den Mindestlohn anzurechnen waren.

Für Spätschichten existieren auch keine gesetzlichen Regelungen mehr, die zwingend Zahlungen vorsehen.

Anders war die Situation allerdings im entschiedenen Fall bei den Nachtschichten. Zwar gab es auch hier keine tarifliche Regelung. Das BAG hat aber auf die gesetzliche Regelung des § 6 Abs. 5 ArbZG verwiesen: Soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen für Nachtarbeit bestehen, muss der Arbeitgeber nach dieser Vorschrift dem Nacht-Arbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden entweder eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen finanziellen Zuschlag auf das reguläre Bruttoarbeitsentgelt gewähren.

Entscheidet sich der Arbeitgeber hier nicht für die bezahlte Freistellung als Ausgleichsmaßnahme, sondern für eine finanzielle Abgeltung, ist diese finanzielle Abgeltung zusätzlich zum Mindestlohn für die „Normalarbeit“ zu bezahlen und kann nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber auch noch versucht, Vermögenswirksame Leistungen auf den Mindestlohn anzurechnen. Hier konnte das BAG mit relativ kurzer Begründung widersprechen: Vermögenswirksame Leistungen verfolgen eine sozialpolitische Zweckrichtung und sind nicht Gegenleistung für eine konkret geleistete Arbeit. Hinzu kommt, dass Vermögenswirksame Leistungen nicht „je Stunde“, sondern pauschal in der Regel monatlich oder jährlich gezahlt werden.

3. Altersgrenze durch Betriebsvereinbarung

BAG, Urteil vom 05. März 2013 – 1 AZR 417/12

Arbeitgeber und Betriebsrat können in einer Betriebsvereinbarung eine wirksame Altersgrenze vereinbaren und vorsehen, dass Arbeitnehmer mit Erreichen der Altersgrenze aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden. Dies gilt dann, wenn die in der Betriebsvereinbarung vorgesehene Altersgrenze der gesetzlichen Regelaltersgrenze entspricht. Gegen eine solche Regelung sprechen weder gesetzliche Regelungen zu befristeten Arbeitsverhältnissen noch der sog. Tarifvorbehalt. Letzteres erfordert allerdings, dass es für die entsprechende Branche und den Betrieb keinen Tarifvertrag gibt, der eine solche Altersgrenze vorsehen würde. Eine solche Betriebsvereinbarung ist sogar dann wirksam, wenn die Tarifvertragsparteien bereits Verhandlungen über eine Tarifregelung der Altersgrenze aufgenommen haben.

Besteht somit, wie in dem vom BAG entschiedenen Fall, eine wirksame Altersgrenze (mit Erreichen des 65. Lebensjahres), könnte nur noch eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung im individuellen Arbeitsvertrag eingreifen. Dort könnte beispielsweise vorgesehen werden, dass das Arbeitsverhältnis zu einem anderen Zeitpunkt endet. Dabei wird sich dann allerdings die Frage stellen, was für den Arbeitnehmer tatsächlich „günstiger“ ist. Abweichungen von kollektiven Regelungen in Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen sind nämlich nur dann zulässig, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger als die kollektiven Regelungen sind.

In dem vom BAG entschiedenen Fall wollte der Arbeitnehmer gerne länger als nur bis 65 Jahre arbeiten. In anderen Fällen halten Arbeitnehmer es für günstiger, bereits zu einem früheren Zeitpunkt ausscheiden zu können. Arbeitsvertragliche Regelungen sind daher insofern immer erheblich risikobelastet.

Das BAG hat im vorliegenden Fall festgestellt, dass der Abschluss eines „unbefristeten Vertrages“, ohne dass weitere Regelungen zum Vertragsende oder zu einem altersbedingten Ausscheiden getroffen worden sind, keine Abweichung von der Betriebsvereinbarung und dem dort vorgesehenen altersbedingten Ausscheiden bedeuten.

4. Vorsicht bei sachgrundlosen Befristungsverträgen!

Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht – 1 BvR 1375/14

Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) stellt für die Wirtschaft seit Erlass des Gesetzes eine erhebliche Einschränkung und eine Rechtsunsicherheit dar. Gleichzeitig erweist sich diese Vorschrift für Arbeitnehmer als sehr nachteilig: Dort ist geregelt, dass eine sachgrundlose Befristung (u.a.) nur dann zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber nicht bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

In der Praxis führt diese Gesetzesformulierung dazu, dass ein Arbeitgeber einen befristeten Vertrag ohne Befristungsgrund mit einem Arbeitnehmer nur abschließen darf/kann, wenn dieser Bewerber noch niemals in seinem ganzen Leben für den gleichen Arbeitgeber im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig war. Diese Regelung steht beispielweise einer befristeten Beschäftigung ohne Befristungsgrund auch dann entgegen, wenn der Arbeitnehmer beispielsweise im Rahmen eines Ferienjobs vor Jahren oder Jahrzehnten beim gleichen Arbeitgeber tätig war.

In der Praxis ergeben sich vielfältige Probleme daraus, dass bei einem Verstoß gegen diese Regelung automatisch ein unbefristeter Vertrag zustande kommt. Dies gilt auch dann, wenn dem Arbeitgeber – und vielleicht auch dem Arbeitnehmer – die Vorbeschäftigung überhaupt nicht (mehr) bekannt war, es sich also nicht um eine bewusste Umgehung oder um eine Kettenbefristung gehandelt hat. Wer beispielsweise mit 14 Jahren einmal in den Ferien bei einem Unternehmen gegen Entgelt den Rasen gemäht hat, darf mit 55 nicht mehr sachgrundlos beschäftigt werden.

Da diese Regelung sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer in gleicher Weise nachteilig und in der Praxis kaum handhabbar ist (welches Unternehmen kann heute bei einer Einstellung feststellen, ob der Bewerber vor 20, 30 oder 40 Jahren einmal einige Stunden ausgeholfen hat?), gab es schon vielfache Überlegungen, die Vorschrift zu ändern. Der Gesetzgeber hat dies jedoch ohne nähere Begründung bisher versäumt. Wohl auch aus diesem Grund hatte das Bundesarbeitsgericht am 06. April 2011 (Az. 7 AZR 716/09) mit einer etwas verwegenen Begründung entschieden, eine sachgrundlose Befristung sei nur dann unzulässig bzw. unwirksam, wenn mit demselben Arbeitgeber innerhalb der letzten drei Jahre ein anderweitiges Arbeitsverhältnis bestanden habe. Mit anderen Worten: Liegt eine Vorbeschäftigung mehr als drei Jahre zurück, darf nach Auffassung des BAG jetzt wieder ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag wirksam abgeschlossen werden.

Seit dieser Entscheidung streiten die Arbeitsrechtler, ob das BAG zu einer solchen Entscheidung befugt war oder ob es damit seine verfassungsmäßigen Rechte überschritten hat. Hintergrund ist die Tatsache, dass die Gerichte und damit auch das BAG zwar Recht auslegen, aber kein neues Recht schaffen dürfen. Über diese manchmal auch im Graubereich verlaufende Unterscheidung kann man im Arbeitsrecht lange diskutieren. Es gibt eine Vielzahl von Fällen, in denen das BAG Voraussetzungen aufgestellt oder Regeln festgelegt hat, die auch bei äußerst phantasievoller Auslegung des Gesetzes dort nicht ansatzweise zu finden sind. Zu denken ist hier etwa an die Voraussetzungen für betriebsbedingte, verhaltensbedingte oder personenbedingte Kündigungen nach § 1 KSchG.

Die von der Praxis mit Freude und von den Arbeitsrechtlern mit Unsicherheit aufgenommene Entscheidung über die dreijährige Karenzpflicht bzw. die sich daraus ergebenden Folgen sind nunmehr Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht.

Der Arbeitgeber in dem dort streitigen Fall hatte die Regelungen eingehalten, die das BAG in seiner Entscheidung vom 06. April 2014 proklamiert hatte: Nach einer Vorbeschäftigung im Jahr 2006 war ein Arbeitnehmer im Juni 2010, also nach über drei Jahren, sachgrundlos befristet eingestellt worden. Der Arbeitnehmer ist jetzt der Auffassung, diese Befristung sei unwirksam, da er bereits früher beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt gewesen sei. Die vom BAG aufgestellte Dreijahresfrist sei willkürlich und damit unwirksam. Eine wirksame Karenzzeit könne nur der Gesetzgeber festlegen.

Das vorliegende Verfahren ist initiiert worden durch Vorlage des Arbeitsgerichts Braunschweig. Das Arbeitsgericht Braunschweig richtet sein Normenkontrollverfahren aber nicht etwa gegen die Rechtsprechung des BAG. Ein solches Verfahren wäre auch nicht zulässig. Vielmehr ist das Arbeitsgericht Braunschweig offensichtlich der Auffassung, die gesetzliche Vorschrift des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG – ohne die vom BAG „eingeführte“ dreijährige Karenzzeit“ verstoße gegen Normen des Grundgesetzes. Insbesondere stelle es einen Eingriff in die freie Berufsausübung dar und sei – auch zur Verhinderung von Beschäftigungsketten – unverhältnismäßig, eine sachgrundlose Beschäftigung schon dann zu verbieten, wenn irgendwann, vielleicht vor Jahrzehnten, schon einmal ein Arbeitsverhältnis bestanden habe.

Offen ist hier derzeit, welches Ziel das Arbeitsgericht Braunschweig verfolgt: Denkbar wäre entweder, die Rechtsprechung des BAG zu festigen und verfassungsgerichtlich abzusichern. Denkbar wäre aber auch, die Rechtsprechung des BAG gerade auszuhebeln und die dreijährige Karenzzeit wieder „abzuschaffen“.

Praxistipp:

Wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausfällt und wann sie zu erwarten ist, ist derzeit noch offen. Arbeitgeber sollten in jedem Fall aus Gründen der vorbeugenden Vorsicht befristete Arbeitsverhältnisse ohne Befristungsgrund nur dann abschließen, wenn mit diesem Arbeitnehmer noch niemals (!) zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ich rate daher aus Gründen der Vorsicht dazu, die Entscheidung des BAG mit der dreijährigen Karenzfrist zu ignorieren, obwohl ich eine solche Regelung im Ergebnis für sinnvoll und richtig halte.

5. Vorsicht bei der Vertragsgestaltung

ArbG Köln, Urteil vom 22.12.2014 – 20 Ca 10147/13

In dem hier entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber sich verpflichtet, ein Weihnachtsgeld zu bezahlen. Allerdings hat er im Vertrag vorgesehen, dass das Weihnachtsgeld gekürzt oder ganz gestrichen werden könne für Zeiten, in denen eine Mitarbeiterin in Mutterschutz oder in Elternzeit bzw. arbeitsunfähig erkrankt ist.

Eine anteilige Kürzung einer Gratifikation bei Arbeitsunfähigkeit ist in bestimmten Grenzen bereits im Gesetz (§ 4a Entgeltfortzahlungsgesetz EFZG) geregelt. Auch Zeiten, in denen keine Vergütung gezahlt wird, wie beispielsweise in der Elternzeit, können bei einer Kürzung von Gratifikationen berücksichtigt werden. Anders ist dies mit Zeiten des Mutterschutzes. Hier besteht das Arbeitsverhältnis fort. Die Arbeitnehmerin ist auch nicht arbeitsunfähig erkrankt und befindet sich auch nicht in Elternzeit. Vielmehr besteht für die Dauer des Mutterschutzes ein gesetzliches Beschäftigungsverbot. Für diese Zeiten dürfen Gratifikationszahlungen nicht gekürzt werden, ebensowenig wie es eine Kürzungsmöglichkeit beim Gehalt gibt.

Die vorstehend erläuterte vertragliche Kürzungsregelung war daher teilweise (Elternzeit, Krankheit) wirksam, teilweise (Mutterschutzzeiten) unwirksam. Das Arbeitsgericht war der Auffassung, dass es sich hier um eine einheitliche Regelung handele und dass der Arbeitsvertrag insoweit eine Allgemeine Geschäftsbedingung enthalte. Dies sind Regelungen, die für eine Vielzahl von Fällen einseitig (vom Arbeitgeber) vorformuliert werden (§§ 305 bis 310 BGB).

Besonders gefährlich sind solche Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) deshalb, da eine teilweise unwirksame Regelung nicht auf den noch zulässigen Regelungsinhalt zurückge-

führt werden darf. Vielmehr ist die gesamte Klausel unwirksam. Der Arbeitgeber wird im konkreten Fall also so gestellt, als sei die gesamte Kürzungsregelung unwirksam und daher aus dem Vertrag zu streichen. Der Arbeitgeber kann sich daher auch nicht auf die eigentlich, isoliert betrachtet, wirksamen Kürzungsmöglichkeiten bei Arbeitsunfähigkeit oder Elternzeit berufen.

Im vorliegenden Fall hatte die Arbeitnehmerin aufgrund von Elternzeit und Arbeitsunfähigkeit das ganze Jahr über nicht gearbeitet. Aufgrund der unwirksamen Regelung erhielt sie jedoch trotzdem die volle Weihnachtsgratifikation.

Praxistipp:

Arbeitgeber sollten Arbeitsverträge nicht mehr selbst formulieren. Die Risiken u.a. durch das AGB-Recht sind einfach zu groß. Hier sollte fachanwaltliche Hilfe in Anspruch genommen werden. Da die Rechtsprechung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen im Arbeitsverhältnis auch noch nicht gefestigt ist, sollten vorhandene Arbeitsvertragsformulare ca. alle zwei Jahre anhand der aktuellen Rechtsprechung überprüft werden, ob sie noch wirksam sind.

6. Sind „Dicke“ jetzt unkündbar?

EuGH, Entscheidung vom 18.12.2014 – C-354/13

„Ganz Dicke sind jetzt unkündbar“. Unter dieser Überschrift erschien am 19. Dezember 2014 ein Artikel auf „welt.de“.

Was steckt hinter dieser überraschenden, provokanten – im Ergebnis aber falschen - Überschrift? Eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs!

Der EuGH hat in der genannten Entscheidung festgestellt, dass eine starke Übergewichtigkeit (medizinisch: Adipositas) unter Umständen eine Behinderung darstellen könne. Dies ist insoweit wichtig, als das AGG, dem vier europäische Antidiskriminierungsrichtlinien zugrunde liegen, die Diskriminierung von Behinderten verbietet.

Bisher hat zwar in manchen Fällen eine solche krankhafte Übergewichtigkeit Folgeprobleme nach sich gezogen, die unter Umständen als Behinderung anerkannt werden konnten. Die Fettleibigkeit an sich zählte aber in der Regel noch nicht als Behinderung.

Welche Folgen ergeben sich aus dieser Entscheidung für die betriebliche Praxis?

- Sehr dicke Mitarbeiter mit krankhafter Adipositas dürfen aufgrund dieser nun als Behinderung eingestuft Krankheitsform nicht benachteiligt werden, weder bei einer eventuellen Kündigung noch bei betrieblichen Weiterentwicklungsmöglichkeiten. Auch bei der Einstellung darf der Arbeitgeber aufgrund eines krankhaften Übergewichts keine für den Bewerber negative Entscheidung treffen, also eine Ablehnung extrem übergewichtiger Bewerber mit eben dieser Situation begründen.
- Ob eine extreme Adipositas zu einer Anerkennung als Schwerbehinderter nach dem Sozialgesetzbuch IX führen kann, ist derzeit völlig offen.
- Bei Entscheidungen, wie Einstellung, Entlassung, Beförderung etc., die sehr übergewichtige Mitarbeiter/Bewerber betreffen, müssen Arbeitgeber ihre Entscheidung sehr gut begründen können, um nicht in einen Diskriminierungsverdacht zu geraten. Für den Bewerber/Arbeitnehmer negative Entscheidungen sollten nicht auf die Krankheit/Behinderung „Adipositas“ gestützt werden.
- Die zitierte Überschrift „Ganz Dicke sind jetzt unkündbar“ ist natürlich falsch. Selbstverständlich können auch sehr dicke Menschen nach wie vor gekündigt werden. Dies ist insbesondere dann möglich, wenn sie – ob aufgrund der Übergewichtigkeit oder aus anderen Gründen – ihre Arbeitsaufgaben nicht mehr erledigen können und auch ein anderweitiger, krankheitsgerechter Arbeitsplatz nicht mehr zur Verfügung steht. Selbst wenn Adipositas als Behinderung anerkannt wäre, bedeutet eine anerkannte Schwerbehinderung keinen absoluten Kündigungsschutz. Es müsste dann, wenn eine anerkannte Schwerbehinderung vorliegt, lediglich vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt werden.
- Auch in Zukunft kann ein Arbeitgeber Bewerber ohne Angabe von Gründen ablehnen. Zulässig wäre es sogar, wenn der Arbeitgeber eine Einstellung ablehnt, wenn ihm der Bewerber unsympatisch ist, ihm sein Äußeres oder „seine Art“ nicht gefällt o.ä. All dies sind keine Aspekte, die nach dem AGG oder sonstigen Vorschriften verboten sind. Der Arbeitgeber darf auch weiterhin Bewerber ablehnen, die aufgrund ihrer körperlichen Konstitution nicht geeignet sind, bestimmte nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Tätigkeiten auszuführen.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de