



Arbeitsrecht – Quarterly

Editorial

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

nach unserem Quarterly Nr. 1 und den Irrungen und Wirrungen der Weltpolitik erteilte uns nun, kurz vor Redaktionsschluss, eine Entscheidung – das Referendum im Vereinigten Königreich zum sog. „BREXIT“ – von großer Tragweite. Es ist dies nicht der Ort, an dem wir mit Ihnen, den geschätzten Lesern, politische Diskussionen führen. Wir betrachten vielmehr die rechtlichen Folgen, die ein Austrittsgesuchen gemäß Artikel 50 des Vertrags von Lissabon durch das Vereinigte Königreich nach sich zöge. Auch wenn man aufgrund der Umfragen durchaus mit einem solchen Ausgang des Referendums zu rechnen hatte, überraschte die (knappe) Entscheidung dann doch wohl die meisten, so dass es einen Plan B bislang noch nicht gibt; offenbar haben selbst die BREXIT-Befürworter noch keine Vorstellung, wie es nun weitergehen soll.

Warum erwähnen wir dies in diesem Editorial? Nun, weil die rechtlichen Beziehungen zum Vereinigten Königreich vielfältig, unsere Länder wirtschaftlich eng verflochten sind und unsere Mandantschaft naturgemäß viel Handel mit der Insel treibt. Daher ist es von Bedeutung zu wissen, was nun folgen wird, welche rechtliche Bestimmungen noch gelten und wie sich die Beziehungen künftig gestalten lassen. Wir werden also vermutlich in den kommenden Monaten hierzu vermehrt beraten und mit Ihnen zusammen vorsorgliche Gestaltungen entwickeln. Auch das Arbeitsrecht ist hiervon nicht unberührt. Wir verweisen an dieser Stelle nur einmal auf eine Entscheidung, die wir im Folgenden besprechen: Das BAG hatte den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff in einem international geprägten Fall anzuwenden – gilt das auch künftig noch für Fallgestaltungen, bei denen das Vereinigte Königreich involviert ist oder greifen wir vielmehr dann nur wieder auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff zurück? Sie sehen, die Entscheidung der Briten wird uns in unserer täglichen Praxis durchaus beschäftigen.

Wir wünschen Ihnen nun wie immer eine anregende und erhellende Lektüre und freuen uns wie stets über Anregungen und Anmerkungen zu unserem Quarterly.

Ihr

RA Othmar K. Traber
Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB

Inhalt:

Aktuell.....	1
Urteilsbesprechungen.....	4
Ausblicke.....	9

Aktuell

(aus der Rechtsprechung)

Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohns

Der Arbeitgeber schuldet den gesetzlichen Mindestlohn für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde. Er erfüllt den Anspruch durch die im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis als Gegenleistung für Arbeit erbrachten Entgeltzahlungen, soweit diese dem Arbeitnehmer endgültig verbleiben. Die Erfüllungswirkung fehlt nur solchen Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung (zB § 6 Abs. 5 ArbZG) beruhen.

Das Arbeitsverhältnis der in Vollzeit beschäftigten Klägerin bestimmt sich nach einem schriftlichen Arbeitsvertrag, der neben einem Monatsgehalt besondere Lohnzuschläge sowie Urlaubs- und Weihnachtsgeld vorsieht. Im Dezember 2014 schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die Auszahlung der Jahressonderzahlungen. Seit Januar 2015 zahlt die Beklagte der Klägerin allmonatlich neben dem Bruttogehalt iHv. 1.391,36 Euro je 1/12 des Urlaubs- und des Weihnachtsgelds, in der Summe 1.507,30 Euro brutto.

Die Klägerin hat geltend gemacht, ihr Monatsgehalt und die Jahressonderzahlungen müssten ebenso wie die vertraglich zugesagten Zuschläge für Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit auf der Basis des gesetzlichen Mindestlohns iHv. 8,50 Euro brutto/Stunde geleistet werden. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Klägerin Nachtarbeitszuschläge iHv. 0,80 Euro brutto zugesprochen und im Übrigen die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.



Die Revision der Klägerin ist erfolglos geblieben. Die Klägerin hat aufgrund des Mindestlohngesetzes keinen Anspruch auf erhöhtes Monatsgehalt, erhöhte Jahressonderzahlungen sowie erhöhte Lohnzuschläge. Der gesetzliche Mindestlohn tritt als eigenständiger Anspruch neben die bisherigen Anspruchsgrundlagen, verändert diese aber nicht. Der nach den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden bemessene Mindestlohnanspruch der Klägerin für den Zeitraum Januar bis November 2015 ist erfüllt, denn auch den vorbehaltlos und unwiderruflich in jedem Kalendermonat zu 1/12 geleisteten Jahressonderzahlungen kommt Erfüllungswirkung zu.

*Pressemitteilung
Bundesarbeitsgericht
Urteil vom 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 -*

Keine Diskriminierung wegen einer Schwerbehinderung bei unterlassener Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses

Die mit einem Grad von 50 schwerbehinderte Klägerin war seit dem 1. Oktober 2012 beim beklagten Land als Leiterin der Organisationseinheit Qualitätsmanagement/Controlling des Landeskriminalamts (LKA) beschäftigt. Die Parteien hatten im Arbeitsvertrag eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart. In einem Personalgespräch am 11. Februar 2013 teilte der Präsident des LKA der Klägerin mit, dass er beabsichtige, das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Probezeit zu beenden. Mit Schreiben vom 8. März 2013 kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis zum 31. März 2013. Die Klägerin hat diese Kündigung nicht mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen. Im vorliegenden Verfahren macht sie einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend. Sie meint, das beklagte Land habe sie dadurch, dass es das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX* nicht durchgeführt habe, wegen ihrer Schwerbehinderung diskriminiert. Das Präventionsverfahren sei eine besondere Schutzmaßnahme zur Vermeidung von Nachteilen für Schwerbehinderte sowie eine „angemessene Vorkehrung“ iSv. Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) und des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG. Werde eine solche Vorkehrung nicht getroffen, sei dies als Diskriminierung zu werten. Dadurch, dass das beklagte Land das Präventionsverfahren nicht durchgeführt habe, sei ihr die Möglichkeit genommen worden, etwaige behinderungsbedingte Fehlleistungen zu beheben.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX selbst ist keine "angemessene Vorkehrung" iSv. Art. 2 UN-BRK und des Art. 5 der

Richtlinie 2000/78/EG. Zudem ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses (Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG) ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX durchzuführen.

*Pressemitteilung
Bundesarbeitsgericht
Urteil vom 21. April 2016 - 8 AZR 402/14 -*

** § 84 Prävention
(1) Der Arbeitgeber schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.
(...)*

Entgeltfortzahlung während ambulanter Kur

Gesetzlich Versicherte haben während einer ambulanten Vorsorgekur gegen ihren Arbeitgeber ausschließlich dann Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn die vom Sozialleistungsträger (zB Krankenkasse) bewilligte Maßnahme in einer Einrichtung der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation iSd. § 107 Abs. 2 SGB V durchgeführt wird und keinen urlaubsmäßigen Zuschnitt hat.

Die Klägerin ist seit 2002 beim beklagten Land als Köchin beschäftigt. Vom 4. bis zum 24. Oktober 2013 unterzog sie sich einer von der AOK Niedersachsen bezuschussten ambulanten Kur auf der Insel Langeoog. Im dortigen Kur- und Wellnesscenter erhielt sie nach ihrem Vorbringen insgesamt 30 Anwendungen, nämlich je sechs Meerwasserwambäder, Bewegungsbäder, Massagen, Schlickpackungen und Lymphdrainagen. Außerdem sollte sie täglich in der Brandungszone inhalieren. Das beklagte Land weigerte sich im Vorfeld, die Klägerin für die Dauer der Kur unter Fortzahlung ihrer Vergütung freizustellen. Daraufhin beantragte die Klägerin Urlaub, der ihr bewilligt wurde. Mit ihrer Klage hat sie geltend gemacht, der genomene Urlaub dürfe nicht auf den Urlaubsanspruch angerechnet werden. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Revision der Klägerin ist erfolglos geblieben. Besteht - wie im Streitfall - keine Arbeitsunfähigkeit infolge



Krankheit, dürfen Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation nach § 10 Bundesurlaubsgesetz nicht auf den Urlaub angerechnet werden, wenn ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach den gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht. Ein solcher Anspruch setzt bei gesetzlich Versicherten nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EFZG voraus, dass die vom Träger der Sozialversicherung oder einem sonstigen Sozialleistungsträger bewilligte ambulante Vorsorge in einer Einrichtung der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation durchgeführt wird. Das sind nur Einrichtungen, die den Anforderungen des § 107 Abs. 2 SGB V genügen.

*Pressemitteilung
Bundesarbeitsgericht
Urteil vom 25. Mai 2016 - 5 AZR 298/15 -*

Zugang zum Internet und Telefonanschluss für den Betriebsrat

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich weder dazu verpflichtet, dem Betriebsrat unabhängig von seinem Netzwerk einen Zugang zum Internet zur Verfügung zu stellen, noch muss er für den Betriebsrat einen von seiner Telefonanlage unabhängigen Telefonanschluss einrichten.

Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat in erforderlichem Umfang ua. Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Der Betriebsrat kann einen Telefonanschluss und, sofern berechnete Belange des Arbeitgebers nicht entgegenstehen, die Eröffnung eines Internetzugangs und die Einrichtung eigener E-Mail-Adressen verlangen, ohne deren Erforderlichkeit zur Wahrnehmung konkreter betrieblicher Aufgaben darlegen zu müssen. Diese Ansprüche kann der Arbeitgeber dadurch erfüllen, dass er dem Betriebsrat im Rahmen des im Betrieb bestehenden Informations- und Kommunikationssystems einen Telefonanschluss zur Verfügung stellt sowie einen Internetzugang und E-Mail-Verkehr über ein Netzwerk vermittelt, das für alle Arbeitsplätze des Unternehmens einheitlich genutzt wird. Allein wegen der abstrakten Gefahr einer missbräuchlichen Ausnutzung der technischen Kontrollmöglichkeiten durch den Arbeitgeber darf der Betriebsrat einen separaten Telefonanschluss sowie Internetzugang nicht für erforderlich halten.

Wie in den Vorinstanzen blieben die Anträge des Betriebsrats auf Einrichtung eines vom Proxy-Server des Arbeitgebers unabhängigen Internetzugangs sowie auf einen von seiner Telefonanlage unabhängigen Telefonanschluss beim Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts erfolglos.

*Pressemitteilung
Bundesarbeitsgericht
Beschluss vom 20. April 2016 - 7 ABR 50/14 -*

Blick in das Steuerrecht

Gehaltsverzicht für Pkw-Leasingraten steuerlich nicht relevant

Bekommt ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber einen geleasteten Pkw zur Verfügung gestellt, so kann er die Leasingraten, die der Arbeitgeber von seinem Gehalt einbehält, nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit steuermindernd geltend machen.

Der Arbeitgeber des Klägers hatte einen Pkw für die Dauer von drei Jahren geleast und für diesen zugleich einen Wartungsvertrag abgeschlossen (sog. Full-Service-Leasing). Mit dem Kläger vereinbarte er, dass die Leasingkosten im Wege der sog. Barlohnumwandlung von dessen Gehalt abgezogen werden sollten. Im Gegenzug erhielt der Kläger das Recht, das Fahrzeug für Dienst- und Privatfahrten zu nutzen. Für Dienstreisen erstattete der Arbeitgeber dem Kläger zudem Reisekosten, die er anhand der zurückgelegten Strecke ermittelte und in vollem Umfang der Lohnsteuer unterwarf. Außerdem wandte der Arbeitgeber die sog. 1 %-Regelung (§ 8 Abs. 2 Satz 2 Einkommensteuergesetz – EStG) an und unterwarf monatlich einen entsprechenden Anteil des Nettolistenpreises der Lohnsteuer.

Im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung machte der Kläger u. a. den prozentualen Anteil der monatlichen Leasingraten, die auf die Dienstreisen entfielen, als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit geltend. Er vertrat die Auffassung, dass es sich bei der Fahrtkostenerstattung des Arbeitgebers nicht um einen echten Aufwendersersatz gehandelt habe, da dieser die Zahlung der Lohnsteuer unterworfen habe. Das Gericht folgte dem nicht und entschied, dass ein Werbungskostenabzug nach § 9 Abs. 1 Sätze 1 und 2 EStG nicht möglich sei. Nach dieser Vorschrift abzugsfähige „Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen“ lägen schon begrifflich nicht vor, weil der Kläger auf seinen Gehaltsanspruch in Höhe der Leasingkosten verzichtet habe. Lediglich zusätzliche Zahlungen des Arbeitnehmers, die neben den Leasingraten anfielen (so etwa die zusätzlich zu entrichtenden Treibstoffkosten), seien anteilig bezogen auf die Dienstfahrten als Werbungskosten steuermindernd zu berücksichtigen. Eine Gleichbehandlung mit Fällen, in denen der Pkw privat angeschafft werde, sei nicht geboten, da



der Kläger nicht juristischer oder wirtschaftlicher Eigentümer des Pkw geworden sei. Denn dessen Arbeitgeber habe den Leasingvertrag abgeschlossen. Es habe sich um einen sog. Firmenwagen gehandelt, weshalb der Arbeitgeber auch die 1 %-Regelung angewendet und die Fahrkostenerstattungen als steuerpflichtig behandelt habe.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage hat das Gericht die Revision zum Bundesfinanzhof – BFH – zugelassen.

*Pressemitteilung
Finanzgericht Berlin-Brandenburg
Urteil vom 11. Februar 2016 - 9 K 9317/13 -*

Urteilsbesprechungen

Druckkündigung – bezahlte Freistellung als milderer Mittel

(LAG Bremen, Urteil vom 17.06.2015, 3 Sa 129/14)

Worum ging es?

Der klagende Arbeitnehmer war in einem größeren Unternehmen beschäftigt. Der Arbeitnehmer wurde dringend der Straftat des sexuellen Missbrauchs von Kindern verdächtigt. Die auf die Straftat des Klägers gestützten Kündigungen wurden von den Arbeitsgerichten für unwirksam erklärt, da die außerdienstlich begangene Straftat des Klägers keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis hatte und der Kläger die Straftat auch weder am Arbeitsplatz noch unter Nutzung von Betriebsmitteln oder betrieblichen Einrichtungen begangen hatte. Entsprechend war die Arbeitgeberin rechtskräftig verurteilt, den Kläger weiterbeschäftigen. Ein großer Teil der Belegschaft sprach sich dennoch gegen eine Weiterbeschäftigung des Klägers aus. An zwei Tagen, an denen der Kläger seine Tätigkeit wieder aufnehmen wollte, versammelte sich ein Großteil der Belegschaft auf dem Betriebsgelände und protestierte gegen die Tätigkeitsaufnahme des Klägers. Die Mitarbeiter weigerten sich die Arbeit aufzunehmen bzw. drohten die Arbeitsniederlegung an, sofern der Kläger das Betriebsgelände nicht verlasse. Der Kläger verließ jeweils das Betriebsgelände und es kam zu keiner tatsächlichen Tätigkeitsaufnahme. Durch die Niederlegung der Tätigkeit eines Großteils der Beschäftigten kam es zeitweilig zum vollständigen Erliegen des gesamten Betriebsablaufes und zu erheblichen wirtschaftlichen Schäden der beklagten Arbeitgeberin. Die Arbeitgeberin hatte jeweils die Mitarbeiter aufgefordert, ihre Tätigkeit wieder aufzunehmen, jedoch keine weiteren Maßnahmen gegenüber den Mitarbeitern, die ihre Arbeit niedergelegt hatten, unternommen. Anlässlich der beiden kollektiven

Arbeitsniederlegung in der Belegschaft sprach die Arbeitgeberin eine fristlose und hilfsweise fristgerechte Kündigung mit Frist von einem Monat zum Monatsende gegenüber dem Kläger aus. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht. Das Arbeitsgericht erklärte die fristlose Kündigung für rechtsunwirksam, weil der beklagten Arbeitgeberin eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar gewesen sei. Gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts hatten beide Parteien Berufung eingelegt, die Arbeitgeberin mit dem Ziel, auch die fristlose Kündigung für wirksam zu erklären und der Arbeitnehmer mit dem Ziel, die Kündigung insgesamt für unwirksam zu erklären.

Wie entschied das LAG Bremen?

Das LAG Bremen bestätigte im Ergebnis die Entscheidung des Arbeitsgerichts und wies beide Berufungen als unbegründet zurück. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung bei der fristlosen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB sei der beklagten Arbeitgeberin die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar gewesen. Eine außerordentliche Kündigung komme nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gäbe, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche mildere Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar seien. Das ultima-ratio-Prinzip gebiete es auch dem Arbeitgeber, die ihm zustehenden Weisungsmöglichkeiten auszuschöpfen, wenn es ihm hierdurch möglich und zumutbar ist, eine fristlose Kündigung zu vermeiden. Eine einseitige Suspendierung seitens des Arbeitgebers könne als milderer Mittel zur Vermeidung einer sofortigen außerordentlichen Kündigung in Betracht kommen. Einem Arbeitgeber sei es zuzumuten, eine lediglich 1-monatige Kündigungsfrist durch Freistellung des Arbeitnehmers zu überbrücken, da die Freistellung vorliegend auch geeignet gewesen wäre, die Drucksituation der Arbeitsverweigerung von Kollegen bei Anwesenheit des Klägers auf dem Betriebsgelände zu beseitigen. Dem Einwand der Arbeitgeberin, dass im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung nicht auf die Möglichkeit einer bezahlten Freistellung abgestellt werden dürfe, sondern ausschließlich maßgebend ein tatsächlicher Einsatz des Arbeitnehmers sei, erteilte das Landesarbeitsgericht eine Absage. Inhaltlich bestätigte das Landesarbeitsgericht darüber hinaus, dass die Voraussetzungen der so genannten Druckkündigung als besondere Form der betriebsbedingten Kündigung vorliegend gegeben waren. Eine Druckkündigung liege dann vor, wenn Dritte unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber von diesem die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers verlangen. Sofern die Drucksituation durch verhaltens- oder personenbedingte Gründe des Arbeitnehmers entstanden sei, sei der Arbeitgeber auch nicht gehalten, sich schützend vor den Arbeitnehmer zu stellen, weil dieser durch sein Verhalten die Betriebsstörung selbst herbei-



geführt habe. Da ein großer Teil der Belegschaft die Arbeit mit Blick auf die beabsichtigte Tätigkeitsaufnahme des Klägers niedergelegt habe, sei für die Beklagte eine entsprechende Drucksituation gegeben gewesen. Da das strafrechtliche Verhalten des Klägers ursächlich für die Weigerungshaltung und die Arbeitsniederlegung der Kollegen war, könne sich der Kläger auch nicht darauf berufen, dass die durch das Verhalten der Kollegen erzeugte Drucksituation objektiv ungerechtfertigt sei.

Praxis Tipp

Die Angelegenheit wurde durch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts noch nicht endgültig erledigt. Das LAG Bremen hatte für beide Parteien die Revision zugelassen, für die Beklagte insbesondere im Hinblick auf die Rechtsfrage, ob die Möglichkeit der Freistellung im Rahmen der Beurteilung der Zumutbarkeit nach § 626 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen sei. Diese Rechtsfrage ist von entscheidender Bedeutung für die Praxis. Wäre im Rahmen der Interessenabwägung bei der außerordentlichen Kündigung die Möglichkeit der bezahlten Freistellung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist mit einzu beziehen, würde dies die Rechtsunsicherheit erheblich erhöhen. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesarbeitsgericht den Ansatz des LAG Bremen korrigiert. Denn wohl unzweifelhaft hätte auch das LAG Bremen es als unzumutbar für den Arbeitgeber beurteilt, den Kläger weiterzubeschäftigen mit Blick auf die dann wiederum drohende Arbeitsniederlegung der Belegschaft mit den erheblichen wirtschaftlichen Folgen für den Arbeitgeber. Wird jedoch nicht mehr auf die Zumutbarkeit der tatsächlichen Weiterbeschäftigung abgestellt, sondern auf die Möglichkeit der bezahlten Freistellung, wird die Interessenabwägung um die zusätzliche Rechtsfrage, ob eine einseitige Suspendierung durch den Arbeitgeber überhaupt möglich ist, belastet. Wird diese bejaht oder ist der Arbeitnehmer sogar einverstanden mit einer bezahlten Freistellung, würde sich das Abwägungskriterium letztlich auf eine rein monetäre Komponente beschränken mit der kaum nachvollziehbaren Folge, dass bei kurzen Kündigungsfristen und/oder niedrigen Gehältern die Interessenabwägung eher zugunsten des Arbeitnehmers ginge und bei langen Kündigungsfristen und hohen Gehältern die außerordentliche Kündigung vergleichsweise leichter durchzusetzen wäre. Über die mit Spannung erwartete Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts werden wir berichten.



Rechtsanwältin
Dr. Sylvie Klinkhammer
Ahlers & Vogel Bremen

Kein Vollurlaubsanspruch bei Begründung des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung zum 1. Juli eines Jahres

(BAG, Urteil vom 17.11.2015, 9 AZR 179/15)

Worum ging es?

Die Parteien stritten über einen Anspruch auf (weitere) Urlaubsabgeltung. Der Kläger war vom 01.07.2013 bis zum 02.01.2014 bei der Beklagten beschäftigt. Kraft arbeitsvertraglicher Inbezugnahme fand auf das Arbeitsverhältnis ein Manteltarifvertrag Anwendung. Diesem zufolge betrug der jährliche Urlaub 26 Werktage. Zudem war geregelt, dass neu eintretende und/oder ausscheidende Arbeitnehmer in den Grenzen des § 5 BUrlG so viel Zwölftel des ihnen zustehenden Jahresurlaubs erhalten, wie sie volle Monate im laufenden Kalenderjahr beschäftigt waren. Zur Zeit des Arbeitsverhältnisses hatte der Kläger keinen Urlaub. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zahlte ihm die Beklagte Urlaubsabgeltung für 13 Urlaubstage. Der Kläger machte klageweise die Abgeltung von 13 weiteren Urlaubstagen geltend.

Das Arbeitsgericht hatte der Klage stattgegeben. Diese Entscheidung hatte das Landesarbeitsgericht abgeändert und die Klage abgewiesen.

Wie entschied das BAG?

Das BAG bestätigt die zuvor ergangene Entscheidung des LAG. Dem Kläger stünde kein weiterer Anspruch auf Urlaubsabgeltung zu. Der Kläger habe keinen vollen Urlaubsanspruch, sondern nur einen Teilurlaubsanspruch gem. § 5 Abs. 1 Buchst. a BUrlG erworben. Nach § 4 BUrlG werde der volle Urlaubsanspruch erstmalig „nach 6-monatigem Bestehen“ und nicht bereits „mit dem 6-monatigem Bestehen“ des Arbeitsverhältnisses erworben. Auch nach § 5 Abs. 1 Buchst. c BUrlG entstehe nur ein Teilurlaubsanspruch, wenn der Arbeitnehmer nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Vor dem Hintergrund des Gebots, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln (Art. 3 Abs. 1 GG), überzeuge die Ansicht des Klägers nicht, dass in einem Arbeitsverhältnis, das am 01.07. begonnen habe, bereits mit Ablauf des 31.12. ein Vollurlaubsanspruch entstehen soll. Das Gesetz gehe nicht davon aus, dass ein Arbeitnehmer, der bei einem Arbeitgeber vom 01.01. bis zum 30.06. und bei einem anderen Arbeitgeber vom 01.07. bis zum 31.12. desselben Jahres beschäftigt gewesen sei, zweimal einen vollen Urlaubsanspruch erwerbe.

Praxis Tipp

Mit dieser Entscheidung wird einer bestehenden Unsicherheit in der Praxis begegnet.

Das BAG bringt in diesem Urteil auch zum Ausdruck, dass es an einer früheren Entscheidung des 5. Senats vom 26.01.1967 (– 5 AZR 395/66 –) nicht festhält, sofern



dieser zu entnehmen sein sollte, dass der volle Urlaubsanspruch bereits mit Ablauf der 6-monatigen Wartezeit entsteht.

Diese Entscheidung des BAG zeigt, dass die grundsätzliche Bindung des Urlaubs an das Kalenderjahr zu beachten ist.

Das Urteil vermeidet einen Wertungswiderspruch zu dem in § 5 Abs. 1 Buchst. c BurlG geregelten Fall. Man kann sich aber die Frage stellen, ob hier nicht eine Ungleichbehandlung mit denjenigen erfolgt, die vom 01.01. bis 02.07. eines Jahres beschäftigt werden und dadurch den Vollanspruch erwerben. Dementsprechend finden sich in Arbeitsverträgen häufig Regelungen dahingehend, wonach bei einem Ausscheiden in der 2. Jahreshälfte, sofern das Arbeitsverhältnis am 01.01. begonnen hatte, der Vollanspruch entsteht. Gleichwohl hat das BAG nun diese Frage entschieden und beantwortet. Die Instanzrechtsprechung wird sie beachten.



Rechtsanwältin
Marie-Kristin Ewald
Ahlers & Vogel Bremen

Pfändbarkeit der Jahressonderzahlung nach § 20 TVöD

(BAG, Urteil vom 18.05.2016, 10 AZR 233/15)

Worum ging es?

Das BAG hatte zu entscheiden, ob die Jahressonderzahlung gem. § 20 TVöD teilweise unpfändbar im Sinne von § 850a Nr. 4 ZPO ist. Danach sind unpfändbare Weihnachtsvergütungen bis zum Betrag der Hälfte des monatlichen Arbeitseinkommens, höchstens aber bis zum Betrag von 500,00 €. Der Kläger erhielt mit der Vergütung für den Monat November 2013 die Jahressonderzahlung nach § 20 TVöD/VKA. Von dem Gesamtnettobetrag hatte der beklagte Arbeitgeber aufgrund einer Pfändung einen Teilbetrag an den Pfändungsgläubiger ausgekehrt. Der Arbeitgeber hatte die Jahressonderzahlung dabei nicht als teilweise unpfändbar im Sinne von § 850a Nr. 4 ZPO angesehen. Die Differenz klagte der Kläger ein. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Wie entschied das BAG?

Das BAG hielt die Revision für unbegründet. Der Anspruch des Klägers auf die Jahressonderzahlung sei in Höhe der Klagforderung durch die Zahlung des Arbeitgebers an den Pfändungsgläubiger erfüllt worden. Die Jahressonderzahlung sei kein nach § 850a Nr. 4 ZPO teil-

weise unpfändbarer Bezug. Zwar sei eine "Weihnachtsvergütung" im Sinne der Vorschrift nicht nur die klassische "Weihnachtsgratifikation", die der Arbeitgeber als Beitrag zu den erhöhten Aufwendungen des Arbeitnehmers leiste, sondern könne auch eine Sondervergütung für erbrachte Arbeit sein, sofern sie aus Anlass des Weihnachtsfestes gezahlt werde. Nur eine diesem Normzweck entsprechende Zahlung soll dem Pfändungsschutz unterfallen. Die Jahressonderzahlung nach § 20 TVöD/VKA werde jedoch nicht als "Weihnachtsvergütung" im Sinne von § 850a Nr. 4 ZPO geleistet. Weder aus dem Wortlaut noch der Systematik ergebe sich ein entsprechender Anhalt. Bei der Jahressonderzahlung handelt es sich nicht um eine Weihnachtsgratifikation, sondern sie habe Vergütungscharakter und stelle eine Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung dar. Daran ändere auch der Umstand, dass der Beschäftigte am 01.12. des jeweiligen Kalenderjahres im Arbeitsverhältnis stehen müsse, um anspruchsberechtigt zu sein, nichts. Daraus folge, dass mit der Jahressonderzahlung auch Betriebstreue honoriert werde, nicht aber, dass die Zuwendung zweckbestimmt zu Weihnachten gezahlt werde.

Praxis Tipp

Mit dieser Entscheidung besteht Klarheit bezüglich der Pfändbarkeit der Jahressonderzahlung. Sollte ein Arbeitgeber gleichwohl die Jahressonderzahlung als teilweise unpfändbar behandeln und deshalb zu viel Nettovergütung an den Arbeitnehmer auszahlen, droht eine nochmalige Inanspruchnahme durch den Pfändungsgläubiger. Regelmäßig ist der ohnehin finanziell klamme Arbeitnehmer nicht in der Lage, den zu viel erhaltenen Betrag zurückzuzahlen. Als Pfändungsgläubiger ist spiegelbildlich darauf zu achten, dass die Pfändung vorher bedient wird.



Rechtsanwalt
Christian Darge
Ahlers & Vogel Bremen

Der selbstständige Handelsvertreter als Arbeitnehmer im Europarecht

(BAG, Urteil vom 20.10.2015, 9 AZR 525/14)

Worum ging es?

Das Bundesarbeitsgericht hatte über streitige Urlaubsansprüche eines selbstständigen Handelsvertreters zu entscheiden. Da Urlaubsansprüche von Arbeitnehmern nicht nur im nationalen Recht geregelt sind, sondern auch in der europäischen Arbeitszeitrichtlinie (dort Art. 7), ist bei Streitigkeiten den Urlaubsanspruch betreffend also immer auch das europäische Recht zu beachten. Daher



hatte sich das Bundesarbeitsgericht, obwohl hier ein selbstständiger Handelsvertreter Kläger war, mit dem sogenannten unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zu beschäftigen. Denn der Arbeitnehmerbegriff des deutschen Rechtes und der nach der zugrunde liegenden europäischen Arbeitszeitrichtlinie sind durchaus nicht deckungsgleich, wie bereits an anderer Stelle, in der bekannten Danosa-Entscheidung des EuGH, eindrucksvoll unter Beweis gestellt wurde.

Geklagt hatte ein selbstständiger Handelsvertreter, der in Deutschland für die Beklagte mit Sitz in Polen tätig war und für sie im Rahmen eines Handelsvertretervertrages selbstständig und in Vertretung für die Gesellschaft deren Produkte vermitteln und Kunden werben sollte. Der Kläger hatte seinerseits bereits zuvor bei der Deutschen Rentenversicherung Bund einen Antrag auf Pflichtversicherung als selbstständig Tätiger (freiberuflicher Unternehmensberater) gestellt. Da der Kläger während der gesamten Vertragslaufzeit keinen Urlaub durch die Beklagte gewährt bekommen hatte, klagte er diesen nun ein und verlangte, dass die Beklagte ihm 20 Urlaubstage abzugelten habe (das Vertragsverhältnis war anscheinend zwischenzeitlich beendet worden, dies ergibt sich aus dem Urteil leider nicht ausdrücklich). Nachdem die Beklagte zuerst aufgrund Versäumnisurteils vom Arbeitsgericht verurteilt wurde, wurde nach Einspruch durch die Beklagte die Klage abgewiesen. Diese Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht in letzter Instanz bestätigt.

Wie entschied das BAG?

Zunächst hielt es sich für international zuständig. Darüber hinaus folgte es der Auffassung des Landesarbeitsgerichts, wonach die zwischen den Parteien vereinbarte Vereinbarung sich nicht als „individueller Arbeitsvertrag“ im Sinne des internationalen Kollisionsrechtes und in Bezug auf die europarechtlichen, sekundärrechtlichen Bestimmungen darstelle. Das Bundesarbeitsgericht war der Auffassung, dass nach dem Vertragsinhalt der Kläger die geschuldete Tätigkeit als Selbstständiger erbringen solle. Das Gericht subsummierte sehr sorgfältig den Sachverhalt unter den unionsrechtlichen Arbeitsvertragsbegriff, wonach ein Individualarbeitsvertrag ein Vertrag sei, in dem sich die eine Partei für eine gewisse Dauer verpflichtet, gegen Vergütung für die andere Partei Dienstleistungen zu erbringen, dabei deren Weisung unterworfen ist und sich in deren betriebliche Organisation eingliedert, kein eigenes unternehmerisches Risiko trägt und keine eigene unternehmerische Entscheidungsfreiheit hat. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts war der Kläger danach kein Arbeitnehmer aufgrund dieses Vertrages. Er war weder an Arbeitszeiten noch an Anwesenheitszeiten gebunden. Die Veränderung des Einsatzgebietes sei von seiner Zustimmung abhängig gewesen und er sei befugt gewesen, ohne Zustimmung seines Auftraggebers Vertreter bzw. Hilfskräfte einzustellen, musste also die geschuldete Tätigkeit nicht höchstper-

sönlich erbringen. Ihm seien auch keine konkreten Vorgaben hinsichtlich Ort und Zeit seiner Einsätze gemacht worden. Vielmehr war der Kläger für die Einsatzpläne selbstständig zuständig. Die reinen faktischen Zwänge, denen der Kläger bei der Einsatzplanung unterlag, seien nicht ausreichend. Soweit der Kläger Promotionsmaßnahmen umsetzte und verpflichtet war, über seine Tätigkeit zu informieren und Rechenschaft abzulegen, war dies nicht ausreichend, um zwingend von einem Unterordnungsverhältnis auszugehen, da es sich um Pflichten handele, die für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen kennzeichnend sei. Auch die Überlassung einer Kredit- und Tankkarte sei nicht aussagekräftig, um ein Arbeitsverhältnis anzunehmen. Selbiges galt für die Tatsache, dass er einen E-Mail Account bei der Beklagten besaß und Visitenkarten mit dem Logo der Firma benutzte.

Praxis Tipp

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist interessant, nicht nur, weil sie sich mit dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auseinandersetzt (und aus hiesiger Sicht wahrscheinlich verpflichtet gewesen wäre, die Sache dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungs-gesuchen vorzulegen), sondern auch, weil die Entscheidung in diesem Einzelfalle eine in letzter Zeit zu beobachtende Tendenz der Deutschen Rentenversicherung Bund konterkariert. Das Bundesarbeitsgericht hat deutlich herausgestrichen, dass typische Nebenpflichten bei selbstständigen Dienstleistungserbringern, wie etwa die Rechenschaftspflicht, Berichtspflichten und auch pauschalierte Kostenerstattungsregelungen für Aufwendungsersatz und Fixvergütungen, keine hinreichenden Merkmale sind, um von einer abhängigen Beschäftigung ausgehen zu können. Das Bundesarbeitsgericht stellte vielmehr schwerpunktmäßig auf die Weisungsunabhängigkeit der Ausübung der Tätigkeit ab und stellte auch im vorliegenden Fall fest, dass aufgrund des hohen Grades an Selbstständigkeit, die der Handelsvertreter besaß, aus arbeitsrechtlicher Sicht eine selbstständige Tätigkeit angenommen werden musste und keine hinreichend verlässlichen Tatsachen vorlagen, die auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis hindeuteten. Sozialversicherungsrechtlich sieht das die Deutsche Rentenversicherung Bund häufig deutlich enger. Dem folgen auch die Sozialgerichte, die zusätzlich zur selbstständigen Tätigkeit auch noch deutliche Anzeichen für ein eigenes wirtschaftliches Risiko, das der Selbstständige tragen soll, fordern. Dies hat das Bundesarbeitsgericht weniger stark gewichtet, obwohl das eigene unternehmerische Risiko auch für den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff von Bedeutung ist, wenn man die Definition des EuGH zugrunde legt.

Auch aus diesem Grunde verwundert es, dass das Bundesarbeitsgericht hier nicht an den EuGH vorgelegt hat. Ob also die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts eine verlässliche Basis bietet, ist eher zweifelhaft. Es ist



nicht auszuschließen, dass der EuGH, der in letzter Zeit tendenziell den Arbeitnehmerbegriff eher weiter versteht als enger, diese Entscheidung nicht mittragen würde und diesen Einzelfall anders entschieden hätte. Für den Rechtsanwender verbleibt es dabei, dass gerade im Bereich der „Ein-Mann-Selbstständigen“ ein hohes rechtliches Risiko besteht und in jedem Einzelfall sorgfältig geprüft werden muss, ob eine (Schein-)Selbstständigkeit vorliegt oder eine sozialversicherungspflichtige abhängige Beschäftigung. Aufgrund der notwendigen Gesamtschau bleibt aber selbst bei einer solchen Einzelfallprüfung immer ein erhebliches Restrisiko vorhanden. Es ist daher in solchen Fällen dringend zu empfehlen, bereits vor Aufnahme einer solchen Tätigkeit ein sogenanntes Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV durchzuführen, spätestens aber im ersten Beschäftigungsmonat, um hier auf der rechtlich sicheren Seite zu sein.



Rechtsanwalt
Dr. Gerhard Lohfeld
Ahlers & Vogel Bremen

Sozialversicherungspflicht des Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers

(Bundessozialgericht, Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 10/14 R)

Worum ging es?

Das Bundessozialgericht hat in einer wichtigen sozialversicherungsrechtlichen Frage ein Grundsatzurteil gesprochen, das für die Praxis von erheblicher Bedeutung ist. Es ging um die Frage, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, der am Stammkapital mit 30 % beteiligt war, seine Geschäftsführertätigkeit im Rahmen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübt oder ob Sozialversicherungsfreiheit besteht. Hintergrund war, dass nämlich der Kläger bei weiteren Geschäftsführerbestellungen und bei grundsätzlichen Entscheidungen, die die Geschäfte der GmbH betrafen, ein Vetorecht hatte, welches nach Auffassung des Landessozialgerichtes einem Stimmbindungsvertrag gleich komme. Beide Vorinstanzen attestierten daher Versicherungsfreiheit. Die Deutsche Rentenversicherung Bund rügte mit ihrer Revision diese Entscheidungen und begehrte unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen die Klageabweisung.

Wie entschied das Bundessozialgericht?

Das Bundessozialgericht gab der Deutschen Rentenversicherung Bund recht. Das Bundessozialgericht stellte fest, dass Sozialversicherungspflicht bestand. Das Urteil des Bundessozialgerichtes ist insofern von Bedeutung, als es nicht nur den speziellen Einzelfall entschied, son-

dern auch Aussagen dazu traf, inwieweit Stimmbindungsverträge unter Gesellschaftern, auch wenn sie notariell beglaubigt werden, in der Lage sind, dem Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer eine gesellschaftsrechtliche Position dergestalt einzuräumen, dass mit ihr die Weisungsabhängigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne vermieden und damit eine Sozialversicherungsfreiheit erreicht werden kann. Bislang sind solche Stimmbindungsvereinbarungen immer ein probates Mittel gewesen, um auch Minderheitsgesellschaftern zur Sozialversicherungsfreiheit zu verhelfen. Dem hat nun das Bundessozialgericht aber eine Absage erteilt. Entscheidend ist nach Auffassung des Bundessozialgerichtes allein für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung, ob die rechtliche Möglichkeit besteht, als beherrschender oder zumindest mit einer Sperrminorität ausgestatteter Gesellschafter-Geschäftsführer nicht genehme Weisungen jederzeit abwenden zu können. Auch im vorliegenden Fall enthielt der Gesellschaftsvertrag keine Regelung dazu, dass der Geschäftsführer, der mit 30 % beteiligt war, eine solche Sperrminorität für alle wesentlichen Beschlüsse der Gesellschaft inne hatte. Lediglich in seinem Anstellungsvertrag war ein Vetorecht hinsichtlich der Bestellung weiterer Geschäftsführer sowie bei grundsätzlichen Entscheidungen, die die Geschäfte der GmbH betrafen, insbesondere Änderungen und Geschäftserweiterungen, eingeräumt. Dies reichte dem Gericht nicht. Es problematisierte auch zunächst, ob solche Regelungen überhaupt wirksam sind. Selbst wenn aber das sogenannte Vetorecht und mithin die schuldrechtliche Beschränkung des Stimmrechts zwischen den Gesellschaftern vertraglich vereinbart worden wäre und dieses auch nicht im Anstellungsvertrag vereinbart worden wäre, hätte dies an der Bewertung der Vetomacht des Klägers nichts geändert. Denn nach Auffassung des Bundessozialgerichtes ist eine bloße schuldrechtliche Vereinbarung zu schwach, um ein dauerhaftes und (sozialversicherungsrechtlich betrachtet) verlässliches Vetorecht des Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers zu begründen. Denn nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen kann eine solche Vereinbarung zumindest immer außerordentlich auch vom Mehrheitsgesellschafter gekündigt werden (§ 723 Abs. 1 S. 2 BGB). Das Kündigungsrecht kann auch vertraglich nicht abbedungen werden. Danach könnte also gerade im Konflikt der Mehrheitsgesellschafter die Stimmbindungsvereinbarung kündigen und somit die satzungsmäßigen Mehrheitsverhältnisse doch wieder herstellen. Daraus folgte das Bundessozialgericht, dass nur im Gesellschaftsvertrag selbst vereinbarte Minderheitenrechte für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Gesamtbildes ihrer Tätigkeit verlässlich bedeutsam sein können, soweit daraus eine Selbstständigkeit hergeleitet werden soll.

Praxis Tipp

Mit dieser Entscheidung aus November 2015, die nun kürzlich veröffentlicht wurde, hat das Bundessozialgericht



klargestellt, dass auch Stimmbindungsvereinbarungen kein verlässliches Mittel sind, um Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführern eine solche Position gesellschaftsrechtlich einzuräumen, die zu einer Versicherungsfreiheit (aufgrund der Weisungsfreiheit des Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers) führen können. Letztlich müssen solche Vetorechte in der Satzung der Gesellschaft selbst vereinbart werden, etwa durch eine qualifizierte Mehrheit oder Einstimmigkeitsprinzip. Außerhalb der Satzung vereinbarte Stimmbindungsvereinbarungen, selbst wenn sie notariell beurkundet sind, können aufgrund dieser Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nicht mehr dazu dienen, eine Sozialversicherungsfreiheit des Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers zu begründen. Die jahrelang in der Instanz Rechtsprechung umstrittene Frage ist daher durch das Bundessozialgericht endgültig als geklärt zu betrachten.



Rechtsanwalt
Othmar K. Traber
Ahlers & Vogel Bremen

Ausblicke

(aus Gesetzgebung und EU)

Neuregelung der Leiharbeit

Die große Koalition hat sich im Mai auf eine Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) geeinigt. In einer letzten Nachtsitzung einigten sich die Koalitionsspitzen auf Kompromisse zwischen den Positionen von CDU/CSU einerseits und SPD andererseits.

Die zentralen Neuregelungen sind Folgende:

Die Höchstüberlassungsdauer wird auf 18 Monate begrenzt. Damit wird ein jahrelanger Streit beendet. Die Rechtsprechung hatte bislang keine feste Grenze entwickelt. Wichtig ist allerdings, dass diese Grenze arbeitnehmerbezogen ist und nicht arbeitsplatzbezogen. Wenn ein Rotationsverfahren stattfindet (regelmäßiger Tausch der Leiharbeitnehmer), dann kann auf einem Dauer-Arbeitsplatz auch weiterhin ohne zeitliche Grenze ein Leiharbeitnehmer beschäftigt werden (es darf nur nicht derselbe sein).

Zwischen zwei Einsätzen (auf demselben Arbeitsplatz) muss mindestens eine Zeitspanne von 3 Monaten liegen, danach beginnt die 18-Monats-Frist wieder von vorne.

Ab dem 9. Monat des Einsatzes müssen Leiharbeitnehmer nach dem Prinzip „Equal Pay“ bezahlt werden. Auch hier gilt wieder eine 3-Monats-Frist. Wird der Leiharbeitnehmer also 9 Monate eingesetzt (auf einem Arbeitsplatz beim Kunden) und pausiert dann 3 Monate, dann kann er danach erneut dort zum geringeren Gehalt beschäftigt werden.

Leiharbeitnehmer dürfen nicht mehr als „Streikbrecher“ fungieren, also nicht auf Arbeitsplätzen beschäftigt werden, die durch einen (rechtmäßigen) Streik unbesetzt sind.

Wird eine verdeckte Leiharbeit durchgeführt (also entgegen der gesetzlichen Vorschrift kein Leiharbeitsverhältnis begründet, sondern die „Leihe“ als Dienst- oder Werkvertrag camouffliert), soll es sich künftig um illegale Arbeitnehmerüberlassung handeln mit der Folge, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird. Hier wird also eine bislang bestehende Lücke geschlossen. Zugleich wird dem Arbeitnehmer aber eingeräumt, dem fingierten Übergang seines Arbeitsverhältnisses vom Ver- auf den Entleiher zu widersprechen. Dieser Widerspruch kann auch bereits vor der Entleihe ausgeübt werden. Hier sollte man vertraglich entsprechend reagieren.

Schließlich wird der Werkvertrag gesetzlich definiert. In § 611a BGB wird eine sog. „Legaldefinition“ des Werkvertrags aufgenommen. Materiell ist dies aber keine Neuerung, weil im Wesentlichen die Rechtsprechung der Gerichte in Gesetzesform gegossen wird, freilich etwas unschärfer. Daher wird diese Norm nur marginale Bedeutung in der Praxis haben.

Alle weiteren Änderungen sind ebenfalls mehr technischer Natur.

Vorgesehen sind auch Möglichkeiten für die Tarifpartner, von den genannten Höchstfristen zu Gunsten der Arbeitgeber abzuweichen (etwa Erhöhung der Höchstüberlassungsdauer auf 24 Monate). Der öffentliche Dienst wird hingegen ausdrücklich vom Anwendungsbereich des AÜG ausgenommen (hiervon betroffen also die Abordnungen und Gestellungen nach § 4 TVöD). Auch die Kirchen sind von der Höchstüberlassungsdauer ausgenommen. Ob dies verfassungsrechtlich und/oder europarechtlich von Dauer sein wird, bleibt abzuwarten.

Die Reform soll 2017 in Kraft treten, sodass erstmalig ab Oktober 2017 die Regelungen zum Equal Pay faktisch greifen werden.

Erhöhung des Mindestlohns

Die paritätisch besetzte Mindestlohnkommission beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat beschlos-



sen, dass der gesetzliche Mindestlohn ab 01.01.2017 nunmehr **8,84 € brutto** je Zeitzunde beträgt. Wir bitten um Beachtung!

Bundesteilhabegesetz

Das Arbeitsministerium hat nun den Entwurf eines Bundesteilhabegesetzes in das Kabinett eingebracht. Mit diesem Gesetz sollen die Rechtsstellung von behinderten Menschen verbessert und Vorgaben der UN-Behindertenkonvention umgesetzt werden.

Primär richtet sich das Gesetz daher an die staatlichen Organe, da Leistungsverbesserungen für behinderte Menschen vorgesehen sind, um ein weitgehend selbstbestimmtes Leben führen zu können. Kernstück ist dabei, dass die Einkünfte aus Erwerbsarbeit künftig nicht mehr auf Leistungen zur Rehabilitation und Eingliederung angerechnet werden und dieses auch für das Einkommen von Lebenspartnern gelten soll.

Arbeitsrechtlich ist allerdings weniger das Bundesteilhabegesetz als vielmehr ein „Vorschaltgesetz“ hierzu bedeutsam. Im Bereich des betrieblichen Eingliederungsmanagements fällt die Hinzuziehung der örtlichen gemeinsamen Servicestellen weg; stattdessen können Berater der Rehabilitationsträger beteiligt werden.

Weiter wird die Schwerbehindertenvertretung gestärkt und den Regelungen der Betriebsräte weiter angenähert. So soll es nun ein Übergangsmandat geben, § 21a BetrVG soll entsprechend gelten. Ab einer Zahl von 100 schwerbehinderten beschäftigten Menschen in einem Betrieb darf die Vertrauensperson nun auch Stellvertreter zu Aufgaben heranziehen, ab 200 schwerbehinderten Arbeitnehmern auch die 2. Stellvertretung. Ab der Grenze von 100 Arbeitnehmern besteht zudem ein Anspruch auf vollständige Freistellung von der Arbeit. Bislang lag diese Grenze bei 200 schwerbehinderten Arbeitnehmern im Betrieb. Auch die gleichgestellten Arbeitnehmer zählen hierbei mit.

Auch die Stellvertreter haben nun einen Schulungsanspruch, zudem erhält die SBV das Recht, Büropersonal zur Unterstützung (wie Betriebsräte) zugewiesen zu erhalten. Weiter gibt es Änderungen im Wahlverfahren bei überörtlichen Vertretungen.

Der Gesetzesentwurf lässt im Übrigen die bisherige Rechtslage unverändert, wonach zwar vor Vollzug einer personellen Maßnahme die SBV anzuhören und zu beteiligen ist, an eine Missachtung dieser Pflicht aber keine wirksamen Sanktionen geknüpft sind. Zwar hätte die SBV das Recht, die Aussetzung des Vollzugs zu verlangen; in der Regel erfährt sie aber erst davon, wenn die Maßnahme bereits umgesetzt ist, so dass diese Sanktion

leerläuft. Eine Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der nicht-mitbestimmten Maßnahme ist auch weiterhin im Gesetz nicht geregelt.

Das Gesetz soll im November 2016 in Kraft treten.

Mindestlohn und Transportbranche - Europarecht

Bekanntlich hat die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland bei den europäischen Nachbarn für Verdruss gesorgt, und zwar weil die Bundesregierung die Auffassung vertritt, dass der nationale Mindestlohn auch für die Zeiten des reinen Transitverkehrs von ausländischen Fuhrunternehmen zu zahlen sei. Nach Protest, insbesondere aus Polen, wurde ein Moratorium in Kraft gesetzt, wonach das MiLoG für den (reinen) Transit solange nicht gelten bzw. angewendet werden soll, bis nicht rechtlich sicher feststeht, dass sich die deutsche Mindestlohnregelung mit EU-Recht vertragen, hier vor allem der Richtlinie zur Entsendung von Arbeitnehmern (96/71/EG). Zugleich wurde ein sog. „Pilotverfahren“ vor der Europäischen Kommission eingeleitet, die nun die Rechtskonformität prüfen soll. Ein ähnliches Verfahren findet auch zu den französischen Mindestlohnregelungen statt.

Die Kommission hat nun im Mai entschieden, dass die deutsche Regelung im MiLoG gegen die Grundfreiheiten in der EU verstößt, namentlich gegen die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit. Die deutsche Regelung, die auch den Transitverkehr erfasse, sei ein Eingriff hierin, der nicht gerechtfertigt sei („In particular, the application of German measures to transit and certain international transport operations can in the Commission's view not be justified, as it creates disproportionate administrative barriers which prevent the internal market from functioning properly. The Commission considers that more proportionate measures are available to safeguard the social protection of workers and to ensure fair competition, whilst allowing for free movement of services and goods.“, Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 19.05.2016).

Die Kommission versandte nun ein formales Anhörungsschreiben im Vertragsverletzungsverfahren. Innerhalb von zwei Monaten muss nun die deutsche Regierung hierauf antworten und darlegen, weshalb aus ihrer Sicht die genannten Grundfreiheiten entweder nicht beeinträchtigt würden oder aber weshalb die Eingriffe gerechtfertigt sein könnten.

Sollte die Antwort nicht überzeugen, würde dann der nächste Prüfungsschritt durch die Kommission eingeleitet werden.



Update „Ausweitung der Mitbestimmung“ – Quarterly Nr. 2/2015

Der geneigte Leser wird sich möglicherweise noch an die Problematik erinnern, die inzwischen bei weiteren Zivilgerichten im Rahmen von Statusverfahren gem. § 98 Aktiengesetz zur Entscheidung anfiel: Es geht um die Frage, ob bei Bestimmung der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat bei mitbestimmten Unternehmen auch diejenigen Arbeitnehmer aktiv und passiv wahlberechtigt sind, die nicht im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt sind. Es ging z. T. auch um die Frage, ob diese Mitarbeiter überhaupt bei der Bestimmung der Unternehmensgröße zu berücksichtigen sind, um die maßgeblichen Schwellenwerte des Drittelbeteiligungs- bzw. Mitbestimmungsgesetzes zu überschreiten. Letztlich geht es also um Nichts weniger als die Frage, ob Aufsichtsräte von Unternehmen künftig deshalb drittelparitätisch oder gar paritätisch mit Arbeitnehmern zu besetzen sind, weil Beschäftigte in ausländischen Betrieben und Niederlassungen nun mitzählen.

Mit dieser Grund-Problematik hatte sich auch das Kammergericht in Berlin zu beschäftigen und dem EuGH im November 2015 die Frage vorgelegt, ob es mit Artikel 18 AEUV (Diskriminierungsverbot) und Artikel 45 AEUV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) vereinbar ist, dass ein Mitgliedstaat das aktive und passive Wahlrecht für die Vertreter der Arbeitnehmer in das Aufsichtsorgan eines Unternehmens nur solchen Arbeitnehmern einräumt, die in Betrieben des Unternehmens oder in Konzernunternehmen im Inland beschäftigt sind?

Das Verfahren liegt nun beim EuGH und führt das Aktenzeichen C-566/15.

Da das betroffene Unternehmen, die TUI AG, bereits im Inland mehr als 10.000 Arbeitnehmer beschäftigt, geht es hier nur um die Frage, wer wahlberechtigt ist und nicht, welche Schwellenwerte möglicherweise einschlägig sind. Gleichwohl hätte eine Entscheidung des EuGH zur Frage der Wahlberechtigung auch Auswirkungen auf die Schwellenwert-Bestimmung.

Der 14. Zivilsenat des Kammergerichts neigt dazu, dem Antragsteller zu folgen und eine Verletzung der Freizügigkeits- und Diskriminierungsverbotsnormen anzunehmen. In seinem Vorlagebeschluss führt er aus: „Ein Verstoß gegen Unionsrecht ist nach Ansicht des Senats möglich. Er hält es für vorstellbar, dass Arbeitnehmer durch die deutschen Mitbestimmungsregelungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Im Gegensatz zu den in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern können die in einem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer, die in der Regel keine Deutschen sein werden, das Aufsichtsorgan der Antragsgegnerin nicht wählen und in dieses nicht gewählt werden und sind mithin in ihrem Aufsichtsorgan nicht ausreichend re-

präsentiert. Zurzeit ist es daher zum Beispiel möglich, dass bei unternehmerischen Entscheidungen, die sich auf das Inland und die Mitgliedstaaten auswirken und an denen das Aufsichtsorgan beteiligt ist, einseitig die Interessen der im Inland beschäftigten Arbeitnehmer berücksichtigt werden. Dies spielt im Fall auch deshalb eine Rolle, weil ca. 4/5 der Arbeitnehmer der Antragsgegnerin in den Mitgliedstaaten beschäftigt sind. Eine ausreichende Rechtfertigung hierfür ist nicht erkennbar. Es sind ferner keine Gründe erkennbar, die es ausschließen, den in einem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmern den im Inland beschäftigten Arbeitnehmern bei der diesen gewährten Mitbestimmung gleichzustellen und diese an der Mitbestimmung teilhaben zu lassen.

Der Senat sieht es ferner als jedenfalls vorstellbar an, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer durch die deutschen Mitbestimmungsregelungen verletzt sind. Die derzeitigen deutschen Regelungen sind gegebenenfalls geeignet, Arbeitnehmer wegen des drohenden Verlusts ihrer Mitgliedschaft in einem Aufsichtsorgan davon abzuhalten, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben und sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen.“

Damit ist die Frage nun endlich beim EuGH angekommen und wird hoffentlich bald beantwortet. Die Auswirkungen dürften im Falle einer Verneinung der Vorlagefrage immens sein und das deutsche Mitbestimmungsrecht gehörig umgestalten. Wir berichten weiter.



Hinweis

Unser Quarterly beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Quarterly dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Diesen Quarterly und weitere Informationen finden Sie auf unserer Website www.ahlers-vogel.de.

V. i. S. d. P.:

Rechtsanwalt Othmar K. Traber
Ahlers & Vogel Rechtsanwälte PartG mbB
Contrescarpe 21
28203 Bremen

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Unsere Praxisgruppe Arbeitsrecht:

Partner:

RA/Notar Dr. Gerhard Lohfeld¹
RA/Notar Christian Darge^{1 2}
RA Othmar K. Traber¹

Associates:

RAin Dr. Sylvie Klinkhammer¹
RAin Marie-Kristin Ewald

¹ Fachanwalt für Arbeitsrecht

² Fachanwalt für Insolvenzrecht

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Leer
Königstraße 32 _ 26789 Leer (Ostfriesland)
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99
E-Mail leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de