



Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung

**Rheinische Arbeitsrechtstage
Köln, 23. Mai 2014**

Ulrich Kortmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht



I. Gesetzgebung

I. Gesetzgebung



„Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie“

- Regierungsentwurf vom 11.04.2014, BR-Drs. 147/14
- Artikelgesetz
 - Mindestlohngesetz
 - Änderungen des Arbeitsgerichtsgesetzes, Tarifvertragsgesetzes, Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und weiterer Gesetze (u. a. erleichterte Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen)
- Stand der Gesetzgebung:
 - Zuleitung an den Bundesrat 11.04.2014 gem. Art. 76 II GG
 - Zuleitung an den Bundestag am 23.05.2014
 - Bundesregierung rechnet mit Verkündung bis September 2014
 - Inkrafttreten voraussichtlich 01.01.2015

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz - Überblick

- Materielle Regelungen
 - Höhe, Fälligkeit, Unabdingbarkeit (§§ 1-3)
 - Persönlicher Anwendungsbereich (§ 23)
 - Haftung beim Einsatz von Subunternehmern (§ 13)
- Künftige Anpassungen des Mindestlohns
 - „Mindestlohnkommission“ (§§ 4-12)
- Kontrolle und Durchsetzung (§§ 13-22)
 - Befugnisse der Zollverwaltung
 - Melde- und Dokumentationspflichten
 - Ausschluss von Vergabeverfahren
 - Bußgeldvorschriften

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz - Anwendungsbereich

- Zeitlicher Anwendungsbereich:
 - Mindestlohn gilt grds. ab 01.01.2015
 - Allgemeinverbindliche Tarifverträge gehen bis Ende 2016 vor
 - Betroffen sind derzeit nur das Friseurhandwerk (West/Ost), Wäschereidienstleistungen (Ost), Leiharbeit (Ost), Pflegebranchen (Ost) und Gebäudereiniger/Lohngruppe 1 (Ost).
 - Es ist nicht zu erwarten, dass noch Tarifverträge hinzukommen (AVE erfordert künftig Antrag beider TV-Parteien).
- Persönlicher Anwendungsbereich
 - Alle Arbeitnehmer (§ 22)

Beachte: Die Regelungen betreffen nicht nur prekäre, sondern sämtliche Arbeitsverhältnisse bis zur Höhe des Mindestlohns.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz - Anwendungsbereich

- Ausnahmen vom Anwendungsbereich (§ 22)
 - Praktikanten
 - Arbeitnehmer unter 18 ohne abgeschlossene Berufsausbildung

Kritik am Ausschluss von AN <18 u. a. von Preis (Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung): „Anstößig ist die Regelung, weil sie unseriöse Arbeitgeber geradezu anreizen dürfte, einfache Tätigkeiten (zum Beispiel Regaleinräumer) in Teilzeit (neben dem Schulunterricht) an Minderjährige zu vergeben.“

- Ehrenamtlich Tätige
- Auszubildende
- Langzeitarbeitslose in den ersten 6 Monaten der Beschäftigung
- Nicht: Rentner, Saisonkräfte, für diese gilt uneingeschränkt der Mindestlohn

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz - Anwendungsbereich

- Ausgenommen sind nur „echte“ Praktikanten:
 - Pflichtpraktikum (vorgesehen in Schul-, Ausbildungs- oder Studienordnung) ohne zeitliche Begrenzung
 - bis zu sechswöchiges Praktikum zur Orientierung im Hinblick auf eine Ausbildung oder ein Studium
 - bis zu sechswöchiges Praktikum „begleitend“ zu einer Ausbildung / einem Studium (nur einmalig)
 - Einstiegsqualifizierung iSv. § 54a SGB III

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Höhe (§ 1)

- 8,50 € brutto pro Zeitstunde
 - Soll einem Alleinstehenden kinderlosen Arbeitnehmer bei durchschnittlicher Vollzeit ein Nettoeinkommen oberhalb der Pfändungsfreigrenze (§ 850 c ZPO) sicherstellen.
 - Gesetzgeber erwartet „keine signifikanten Beschäftigungseffekte“ (Verweis auf die Einführung von Branchenmindestlöhnen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz).
 - Stücklohn/Akkordlohn soll weiterhin zulässig sein, wenn gewährleistet ist, dass ein Stundenlohn von 8,50 € erreicht wird.
- § 1 begründet zivilrechtlichen Anspruch auf Mindestlohn (gesetzlicher schuldrechtlicher Anspruch)

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Höhe (§ 1)

- Welche Entgeltbestandteile finden Berücksichtigung?
 - Leistungszulagen?
 - Provisionen, Prämien, variable Vergütungen?
 - 13. Monatsgehalt / Weihnachtsgeld?
 - Erschwerniszulagen, Nachtzuschläge?
 - Naturalleistungen (freie Kost, Dienstwagen)?
 - Trinkgelder?

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Höhe (§ 1)

- Gesetzentwurf schweigt hierzu.
- Anknüpfung an Stundenlohn legt nahe, dass nur Zahlungen, die für eine bestimmte Zeitstunde geleistet werden (damit bleiben Provisionen, Tantiemen, Erschwerniszulagen, Gratifikationen unberücksichtigt, wohl aber allgemeine Leistungszulagen, die zum Stundenlohn gezahlt werden).
- Diese Auslegung widerspricht aber dem Gesetzeszweck, jedem Arbeitnehmer „faire“ Löhne und ein monatliches (!) Einkommen oberhalb der Pfändungsfreigrenze zu garantieren.
- Übertragung der Rechtsprechung des BAG zum Begriff des Mindestentgelts im Sinne von § 3 Arbeitnehmer-Entsendegesetz?

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Höhe (§ 1)

- Mindestentgelt iSv. § 3 AEntG in der Rechtsprechung des BAG (z.B. Urteil vom 18. 4. 2012 – 4 AZR 139/10; Vorlagebeschluss vom 18. 4. 2012 – 4 AZR 168/10; bestätigt vom EuGH im Urt. v. 07.11.2013):
 - Leistungen des Arbeitgebers sind dann auf seine Verpflichtung anzurechnen, wenn sie funktional gleichwertig mit dem Mindestlohn sind.
 - Gleichwertigkeit besteht dann, wenn der Arbeitnehmer hierfür nur die vertraglich geschuldete Arbeit (Normalleistung) erbringen muss.
 - Sieht z.B. der Tarifvertrag separate Erschwerniszulagen vor, so können vom Arbeitgeber geleistete Erschwerniszulagen nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden. Gleiches gilt für Nachtzuschläge.
 - Ansonsten werden grds. alle Zulagen und Zuschläge berücksichtigt; Gratifikationen usw. nur, wenn sie anteilig monatlich gezahlt werden (ErfK/Schlachter, § 5 AEntG Rn. 3).

➡ Rspr. ist nur schwer übertragbar, da das MiLoG gerade keine „Normalleistung“ in Bezug nimmt.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Höhe (§ 1)

- Meine Auffassung:
 - Entgegen dem Gesetzeswortlaut sollte als Bezugszeitraum nicht auf die Arbeitsstunde, sondern auf den Monat abgestellt werden (hierfür spricht der gesetzgeberische Wille, zudem auch die Fälligkeitsregelung)
 - Es sollten sämtliche gewährten Vergütungsbestandteile einbezogen werden (einschließlich Provisionen, Zuschläge usw.), es sei denn, sie stellen pauschalierten Aufwendungsersatz dar.
 - Sachbezüge im Rahmen des § 107 Abs 2 S. 5 GewO („Der Wert der vereinbarten Sachbezüge oder die Anrechnung der überlassenen Waren auf das Arbeitsentgelt darf die Höhe des pfändbaren Teils des Arbeitsentgelts nicht übersteigen“)
 - Damit ist dem Zweck des Gesetzes – ein auskömmliches Arbeitseinkommen zu garantieren – Genüge getan.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Höhe (§ 1)

- Meine Auffassung:
 - Trinkgelder sind nicht zu berücksichtigen, da freiwillige Leistungen Dritter
 - Jahressonderzahlungen: Nur im Monat, in denen sie ausgezahlt werden.
„Umwandlung“ in monatliche Zahlung ratsam.
- Provisionen: Anrechnung auf den Mindestlohn unproblematisch, jedoch sollte arbeitsvertraglich vereinbart werden, dass ggf. der Lohn auf den Mindestlohn aufgestockt wird.

Formulierungsvorschlag: „Sollte in einem Kalendermonat das für diesen Monat abgerechnete Arbeitsentgelt einschließlich sämtlicher Entgeltbestandteile dividiert durch die in diesem Monat tatsächlich geleistete Stundenzahl den jeweils geltenden Mindestlohn gem. § 1 MiLoG unterschreiten, erhält der Arbeitnehmer eine zusätzliche Zahlung in Höhe der Differenz zum nach § 1 MiLoG geschuldeten Entgelt.“

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Fälligkeit (§ 2)

- Vorrangig nach vertraglicher Vereinbarung
- Ohne Vereinbarung: mit Ablauf des Monats, in dem die Arbeit geleistet wurde (§ 614 BGB)
- Spätestens am letzten Bankarbeitstag des Folgemonats
- Fälligkeit bezieht sich grundsätzlich nicht nur auf die vereinbarten Arbeitsstunden, sondern auf die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden.
- Fälligkeit begründet (bußgeldbewehrte) Pflicht zur Zahlung!

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Fälligkeit (§ 2)

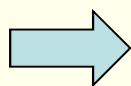
- Ausnahme: Arbeitszeitkonto
 - schriftlich vereinbartes Arbeitszeitkonto (Anm. wohl nur im Arbeitsvertrag)
 - Ausgleichszeitraum max. 12 Monate
 - die auf dem Arbeitszeitkonto eingestellten Arbeitsstunden dürften monatlich jeweils 50% der vereinbarten Arbeitszeit nicht überschreiten.
 - Bei Beendigung: Ausgleich spätestens im auf die Beendigung folgenden Monat.
- Weitere Ausnahme: Langzeitkonten (Wertguthabenvereinbarung) iSv. § 7b SGB IV.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Fälligkeit (§ 2)

- Problem: Gilt dies für alle Arbeitsverhältnisse? Was ist mit Arbeitszeitkonten, die in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen vereinbart wurden?
- Sorge: Alle betrieblichen/tariflichen AZ-Kontenregelungen werden obsolet (so die DAV-Stellungnahme)
- Lösung 1: § 2 Mindestlohngesetz gilt nur für Arbeitsverhältnisse, in denen der Mindestlohn vereinbart wurde (So Schilling/Spiegelberger NZA 2014, 414: „Liegt die Arbeitsvergütung aber über dem Mindestlohn, greift die Regelung nicht ein. Der Schutzzweck des MiLoG wird nicht berührt“)



Kaum überzeugend, Regelung könnte bei Vereinbarung eines Lohns von § 8,51 € umgangen werden.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Fälligkeit (§ 2)

- Lösung 2: Gilt zwar für alle Arbeitsverhältnisse, Regelung ist jedoch dann beachtet, wenn die monatlich ausgezahlte Vergütung $> 8,50 \times$ der tatsächlich im Monat geleistete Arbeitsstunden entspricht.

Rechenbeispiel:

Stundenlohn: 10,00 € / mtl. Vergütung 1.732,00 €

Vertragliche Arbeitszeit: 40 Wochenstunden (= 173 Stunden im Monat)

Es gilt eine Arbeitszeitkontenregelung auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung

- Arbeitsleistung Mai 2014: 200 Stunden, 27 Std. gehen aufs Konto
Rechnerischer Stundenlohn: 8,66 € 😊
- Arbeitsleistung Juni 2014: 208 Stunden, 35 Std. gehen aufs Konto
Rechnerischer Stundenlohn: 8,33 € ☹
- Maximal dürfen in diesem Bsp. 30,76 Std. mtl. auf das Konto gehen, der Rest muss ausgezahlt werden.
- Arbeitgeber müsste mtl. einen Abgleich durchführen, ob der Mindestlohn erreicht wird und ggf. abgelten.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Haftung für Subunternehmer (§ 13)

- Unternehmen haften dafür, dass von ihnen mit Werk- oder Dienstleistungen beauftragte Unternehmen, deren Nachunternehmer und Zeitarbeitsfirmen den Mindestlohn erbringen wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.
- Bei nachweislich weder bestehender Kenntnis noch grob fahrlässiger Unkenntnis entfällt Haftung
- Regelung ist extrem weit gefasst (ähnlich § 14 ArbN-Entsendegesetz)
- Dürfte einzuschränken sein auf Fälle, in denen der Auftraggeber nicht eigenen Bedarf befriedigt, sondern eigene Leistungspflichten auf Subunternehmer verlagert.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Mindestlohnkommission (§ 4 ff.)

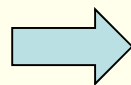
- Zusammensetzung:
 - Stimmberechtigte Mitglieder: Berufung von je drei Mitgliedern auf Vorschlag der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber / Arbeitnehmer durch die Bundesregierung.
 - Vorsitzender: „Zünglein an der Waage“, auf gemeinsamen Vorschlag der stimmberechtigten Mitglieder, kommt keine Einigung zustande, beruft die Bundesregierung zwei Vorsitzende (je aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmerlager), die sich im Vorsitz jährlich abwechseln.
 - Beratender Mitglieder aus den Kreisen der Wissenschaft, jeweils ein Mitglied wird von jeder Seite berufen.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Mindestlohnkommission (§ 4 ff.)

- Beschlüsse:
 - Kommission hat über eine Anpassung jährlich zu beschließen, erstmalig jedoch mit Wirkung ab dem 01.01.2018.
 - Kommission hat sich „nachlaufend an der Tarifentwicklung zu orientieren“



Dies impliziert, dass nur Steigerungen des Mindestlohns in Betracht kommen

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Kontrolle und Durchsetzung (§§ 13-22)

- Zoll ist zur Prüfung der Einhaltung des MiLoG zuständig
- Verstöße gegen das MiLoG sind bußgeldbewehrt (auch Verstöße gegen die Fälligkeitsregelungen, § 21 Abs. 1 Nr. 9)
- Maximales Bußgeld: 500.000,00 €.
- Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge für eine „angemessene Zeit“ bei einer Geldbuße von mindestens 2.500,00 €.

I. Gesetzgebung



Mindestlohngesetz – Kontrolle und Durchsetzung (§§ 13-22)

- Pflicht zur Aufzeichnung von Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit und Aufbewahrung für zwei Jahre in den folgenden Wirtschaftszweigen (vgl. § 2a SchwarzarbBekG):
 - Baugewerbe,
 - Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe,
 - im Personenbeförderungsgewerbe,
 - Speditions-, Transport- und damit verbundenen Logistikgewerbe,
 - Schaustellergewerbe,
 - Unternehmen der Forstwirtschaft,
 - Gebäudereinigungsgewerbe,
 - Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen,
 - Fleischwirtschaft.



II. Rechtsprechung



II. Rechtsprechung

1. Rechtsmissbrauch bei sachgrundloser Befristung

BAG, Urt. v. 4.12.2013 – 7 AZR 290/12

Sachverhalt:

- AN ist als Vermittler tätig in einer ARGE (gebildet von Bundesagentur für Arbeit und Kreis Recklinghausen).
- Befristeter Arbeitsvertrag mit der Bundesagentur für Arbeit 2007/2008.
- Im Anschluss: befristeter Arbeitsvertrag mit Stadt Recklinghausen 2009/2010.
- wird jeweils im Wege der Personalgestellung an die ARGE überlassen.
- AN klagt nach Ablauf der Befristung auf Entfristung.
- Stadt Recklinghausen beruft sich auf zulässige sachgrundlose Befristung (§ 14 Abs. 1 TzBfG)

II. Rechtsprechung

1. Rechtsmissbrauch bei sachgrundloser Befristung

BAG, Urt. v. 4.12.2013 – 7 AZR 290/12

Entscheidung:

- Vorbeschäftigungsverbot: Grundsätzlich kommt es auf den Vertragsarbeitgeber, also auf die juristische Person an.
- Demnach steht grundsätzlich einem „fliegenden Wechsel“ der Vertragsarbeitgeber nichts entgegen.
- Aber: Hier könnte eine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten des TzBfG liegen. Indizien sind:
 - Rechtliche/tatsächliche Verbundenheit der Vertragsarbeitgeber
 - Einsatz auf demselben Arbeitsplatz, sogar vertraglich zugesichert
 - Ähnliche Arbeitsbedingungen
 - Bundesagentur hat AN erst aufmerksam gemacht, sich bei der Stadt zu bewerben, die AN ohne Bewerbungsgespräch einstellt.
- Stadt soll Gelegenheit erhalten, gegen Missbrauch sprechende Tatsachen vorzutragen.



II. Rechtsprechung

1. Rechtsmissbrauch bei sachgrundloser Befristung

BAG, Urt. v. 4.12.2013 – 7 AZR 290/12

Folgerungen:

- 7. Senat des BAG hat in jüngster Zeit die Anforderungen an die Zulässigkeit eines „Befristungskarussells“ deutlich erhöht.
- BAG hat bereits im Urteil vom 15. 5. 2013 – 7 AZR 525/11 - eine Umgehung des Anschlussverbots darin gesehen, dass ein AN nach Ablauf der Befristung zu einem Zeitarbeitsunternehmen wechselte, um dann auf denselben Arbeitsplatz rückzuerhalten werden („Sale and Lease Back“).
Indizien für Rechtsmissbrauch dort:
 - Bisheriger Arbeitgeber hat über Beschäftigungsmöglichkeit bei Zeitarbeitsunternehmen informiert.
 - Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz war vertraglich vereinbart
 - Insitutionalisierte Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Zeitarbeitsfirma
- Anders noch BAG, Urteil vom 18. 10. 2006 - 7 AZR 145/06

II. Rechtsprechung



2. Änderungskündigung gegenüber Chefarzt

LAG Düsseldorf, Urteil vom 30.10.2013 - 12 Sa 692/13

Sachverhalt:

- Kläger war Chefarzt der Inneren Medizin eines katholischen Krankenhauses. Ihm war das Liquidationsrecht eingeräumt.
- Arbeitsvertrag aus 1998 enthielt eine Entwicklungsklausel.
- Krankenhaussträger beabsichtigte die Einrichtung einer weiteren Abteilung für Innere Medizin mit dem Schwerpunkt Kardiologie und konservative Intensivmedizin („Innere Medizin II“).
- Krankenhaussträger sprach gegenüber Chefarzt eine Änderungskündigung an, wonach er nur noch Leitender Abteilungsarzt der „Inneren Medizin I“ ist. Für die „Innere Medizin II“ wurde ein weiterer Chefarzt eingestellt, der dort privat liquidieren darf. Zuordnung der Patienten bei Aufnahme anhand Hauptdiagnose bzw. Leitsymptomen.
- Chefarzt musste nach Umsetzung 90.000 € Einnahmeverluste p.a. hinnehmen

II. Rechtsprechung



2. Änderungskündigung gegenüber Chefarzt

LAG Düsseldorf, Urteil vom 30.10.2013 - 12 Sa 692/13

Entscheidung:

- Kündigung rechtmäßig
- Ob die Entwicklungsklausel AGB-konform ist, kann dahin stehen.
- Eine Entwicklungsklausel (wirksam oder unwirksam) steht einer Änderungskündigung nicht entgegen; sie soll dem Arbeitgeber nur ermöglichen, im Rahmen des Direktionsrechts ohne Änderung des Arbeitsvertrages bestimmte organisatorische Änderungen durchzuführen.
- Ein Verzicht auf das Rechtsinstitut einer Änderungskündigung ist damit regelmäßig nicht verbunden.

II. Rechtsprechung

2. Änderungskündigung gegenüber Chefarzt

LAG Düsseldorf, Urteil vom 30.10.2013 - 12 Sa 692/13

Entscheidung:

- Unternehmerische Entscheidung, die Innere Medizin in zwei Abteilungen mit unterschiedlichen Schwerpunkten aufzuteilen, ist auch nicht offensichtlich unsachlich oder unvernünftig.
 - Organisationsänderung wurde tatsächlich umgesetzt (Vermutung dafür, dass diese auch vernünftig ist)
 - Weiterer Chefarzt verfügt über Zusatzqualifikation als Intensivmediziner, anders als der Kläger.
- Änderung der Arbeitsbedingungen ist auch verhältnismäßig
 - „Sachgerechte und angemessene“ Abgrenzung der Zuständigkeiten; Zurordnung der Patienten grds. einvernehmlich zwischen beiden Chefarzten anhand objektiver Kriterien, im Konfliktfall Letztentscheidungsrecht des Ärztlichen Direktors als neutraler Instanz.



II. Rechtsprechung

2. Änderungskündigung gegenüber Chefarzt

LAG Düsseldorf, Urteil vom 30.10.2013 - 12 Sa 692/13

Entscheidung:

- Auch die Einschränkung des Liquidationsrechts ist verhältnismäßig.
 - Liquidationsrecht knüpft notwendigerweise an die Tätigkeit des Chefarztes in einem bestimmten Bereich an.
 - Beschränkung des Liquidationsrechts auf „Innere Medizin I“ vollzieht letztlich nur die Organisationsänderung nach
 - Verluste müssen dem Chefarzt auch nicht ausgeglichen werden, da bloße Folge der Organisationsänderung (ähnlich einer Tarifautomatik).
- Revision wurde zugelassen.

Offene Fragen/Folgerungen:

- Sind Entwicklungsklauseln wertlos für Chefarzte?
- Gelten Kompensations-/Verfahrensregeln „erst recht“?
- Vertraglicher Ausschluss der Änderungskündigung im Rahmen von Entwicklungsklauseln



II. Rechtsprechung

3. Zulässigkeit von fingierten Testbewerbungen

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 9.4.2014 –3 Sa 401/13

Sachverhalt:

- Arbeitgeber suchte per Stellenanzeige Servicetechniker und Serviceingenieure im Innendienst.
- 50jähriger Kläger verschickt Bewerbung in eigenem Namen und gleichzeitig Testbewerbung einer fiktiven jüngeren Person.
- Die gewünschte Praxiserfahrung der fiktiven Person war wesentlich aktueller und z. T. auch spezieller.
- Arbeitgeber sagte dem Kläger ab, lud jedoch die fiktive Person zum Vorstellungsgespräch ein.
- Kläger klagte auf Entschädigung von mindestens 10.500 € wg. Altersdiskriminierung



II. Rechtsprechung

3. Zulässigkeit von fingierten Testbewerbungen

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 9.4.2014 –3 Sa 401/13

Entscheidung:

- LAG wies Klage ab.
- Inszenierte Testverfahren sind nicht per se unzulässig, müssen jedoch die Strafgesetze einhalten und dürfen nicht rechtsmissbräuchlich sein.
- Vorgehen des Klägers sei „bedenklich“, Zulässigkeit kann jedoch dahinstehen.
- Arbeitgeber hat seine Auswahlentscheidung auf die nach Papierform aktuellere Praxiserfahrung der fiktiven Person gestützt. Es liegen keine Indizien für Altersdiskriminierung vor.



II. Rechtsprechung

3. Zulässigkeit von fingierten Testbewerbungen

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 9.4.2014 –3 Sa 401/13

Anmerkung:

- Ob inszenierte Testverfahren überhaupt geeignet sind, jemals Indizien für eine Diskriminierung zu begründen, ist äußerst zweifelhaft.
- Arbeitgeber ist außerhalb des öffentlichen Dienstes nicht gehalten, seine Auswahlentscheidung auf sachliche/objektive Kriterien zu stützen. Er darf sie nur nicht auf nach § 1 AGG verpönte Kriterien stützen.
- Der bloße Umstand, dass ein Arbeitgeber bei identischer Qualifikation einen Mann, eine Frau, einen älteren oder jüngeren Bewerber, einen Christ oder Moslem einlädt, kann daher kein Indiz für eine Diskriminierung begründen.
- Denkbar jedoch: Könnte gemeinsam mit anderen Tatsachen ein hinreichendes Indiz für eine Diskriminierung darstellen.



II. Rechtsprechung

4. Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung begründet kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher

BAG, Urteil vom 10.12.2013 – 9 AZR 51/13

Sachverhalt:

- Arbeitgeber ist Krankenhausträger. AN wurde 2008 bei einer 100%igen Tochtergesellschaft eingestellt und seitdem an das Krankenhaus als Leiharbeiter überlassen.
- Überlassung endet, nachdem 2012 der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Krankenhausträger und Tochtergesellschaft gekündigt wurde.
- AN klagt auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zum Krankenhausträger, da er entgegen § 1 AÜG in der ab dem 01.12.2011 geltenden Fassung nicht nur „vorübergehend“ überlassen wurde.



II. Rechtsprechung

4. Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung begründet kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher

BAG, Urteil vom 10.12.2013 – 9 AZR 51/13

Entscheidung:

- Kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die Vorschrift des § 10 - Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bei Fehlen einer AÜ-Erlaubnis - ist nicht entsprechend anwendbar.
- Zwar ist die nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung seit dem 01.12.2011 verboten.
- Rechtsfortbildung jedoch nicht möglich. Der Gesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, eine Rechtsfolge für den Fall des Verstoßes vorzusehen. Angesichts der Vielzahl in Betracht kommenden Sanktionen muss der Gesetzgeber diese regeln.
- Eine Auswechslung des Arbeitgebers wäre zudem verfassungsrechtlich bedenklich.

II. Rechtsprechung

4. Dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung begründet kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher

BAG, Urteil vom 10.12.2013 – 9 AZR 51/13

Folgerungen:

- Entscheidung wurde mit Spannung erwartet, nachdem das BAG zuvor schon vom Verbot der „nicht mehr vorübergehenden“ Überlassung ausging (BAG vom 10.07.2013).
- Rechtsfolgen sind jedoch beschränkt:
 - Betriebsrat hat ein Zustimmungsverweigerungsrecht gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei der Einstellung des Leiharbeitnehmers (BAG, Urteil vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/11)
 - Ordnungsrechtliche Sanktionen der Bundesagentur für Arbeit, etwa Versagung/Entzug der Erlaubnis wegen mangelnder Zuverlässigkeit denkbar.
- Es bleibt Aufgabe des Gesetzgeber, „angemessene und abschreckende“ Sanktionen zu regeln (Art. 10 Abs. 2 RL 2008/104/EG)



II. Rechtsprechung

5. Der Begriff "vorübergehend" in § 1 Abs. 2 AÜG ist arbeitnehmer-, nicht arbeitsplatzbezogen

LAG Hamburg, Beschluss vom 4.9.2013 – 5 TaBV 6/13

Sachverhalt:

- Arbeitgeber beantragt beim Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung einer Leiharbeiterin auf der Stelle einer Krankenpflegerin befristet für ein Jahr.
- Betriebsrat verweigert die Zustimmung mit der Begründung, es handele sich um die Besetzung eines Dauerarbeitsplatzes (Verstoß gegen das Verbot nicht vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung).
- Der Betriebsrat meint, zwar erfolge der Einsatz der Leiharbeiterin befristet und damit vorübergehend, der Beschäftigungsbedarf besteht jedoch - unwidersprochen - dauerhaft.

II. Rechtsprechung



5. Der Begriff "vorübergehend" in § 1 Abs. 2 AÜG ist arbeitnehmer-, nicht arbeitsplatzbezogen

LAG Hamburg, Beschluss vom 4.9.2013 – 5 TaBV 6/13

Entscheidung:

- LAG hält das Vorgehen des Arbeitgebers für missbräuchlich, da es diesem nur um Kosteneinsparung auf Kosten der Stammbeslegschaft ginge.
- Es sieht jedoch angesichts des Gesetzeswortlaut keine andere Möglichkeit, als dem Antrag des Arbeitgebers stattzugeben.
- Der Begriff „vorübergehend“ enthalte eine zeitliche Komponente, nicht mehr und nicht weniger; der Begriff erlaube jedoch keine umfassende Missbrauchskontrolle durch das Gericht, ob die Überlassung aus aner kennenswerten Gründen erfolgt (zur Deckung eines nur vorübergehenden Bedarfs).



II. Rechtsprechung

5. Der Begriff "vorübergehend" in § 1 Abs. 2 AÜG ist arbeitnehmer-, nicht arbeitsplatzbezogen

LAG Hamburg, Beschluss vom 4.9.2013 – 5 TaBV 6/13

Anmerkung:

- Ob „vorübergehend“ arbeitsplatzbezogen oder arbeitnehmerbezogen zu verstehen ist, ist umstritten.
- LAG Berlin-Brandenburg, 09.01.2013, 24 TaBV 1868/12:

„Eine Überlassung von Beschäftigten in Leiharbeit erfolgt nicht vorübergehend im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, wenn durch die Überlassung ausschließlich ein Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt wird und diese Art der Personalbedarfsdeckung allein zum Zwecke der Personalkostenreduzierung erfolgt. Wird ein Dauerarbeitsplatz mit Beschäftigten in Leiharbeit besetzt, ist nicht maßgeblich, für welchen Zeitraum diese eingesetzt werden; das Merkmal "vorübergehend" ist insoweit arbeitsplatz- und nicht personenbezogen.“

- Rechtsbeschwerde zum BAG wurde jeweils zugelassen.
- Koalitionsvertrag schweigt sich hierzu aus.

II. Rechtsprechung



6. Gesetzlicher Urlaubsanspruch nach unbezahltem Sonderurlaub

BAG Urteil vom 6. Mai 2014 - 9 AZR 678/12 (PM)

Sachverhalt:

- Krankenschwester beim Charité in Berlin nimmt von Januar bis September 2011 unbezahlten Urlaub. Hiernach endet das Arbeitsverhältnis.
- Sie begehrt Abgeltung des Jahresurlaubs für 2011

Entscheidung:

- Klage auf Abgeltung des Urlaubs erfolgreich!
- Das Entstehen des Urlaubsanspruchs ist allein vom Bestehen des Arbeitsverhältnisses abhängig.
- Eine Kürzung des Anspruchs bei ruhendem Arbeitsverhältnis kommt nicht in Betracht.
- Kürzung nur dann, wenn spezialgesetzliche Regelungen dies vorsehen (etwa § 17 Abs. 1 BEEG).

II. Rechtsprechung

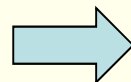


6. Gesetzlicher Urlaubsanspruch nach unbezahltem Sonderurlaub

BAG Urteil vom 6. Mai 2014 - 9 AZR 678/12 (PM)

Anmerkung:

- Entscheidung ist konsequent und entspricht der Rspr. bei dauerhafter Arbeitsunfähigkeit (so schon vor dem „Schultz-Hoff“-Urteil des EuGH das BAG im Urteil vom 18.03.2003 - 9 AZR 190/02).
- Urlaubsentgelt bemisst sich nach Höhe des Gehalts vor dem unbezahlten Urlaub (§ 11 BUrlG: Unverschuldete Arbeitsversäumnis im Referenzzeitraum bleibt außer Betracht, dazu zählt auch unbezahlte Freistellung).
- Anwendbar etwa bei ruhenden Arbeitsverhältnissen aufgrund GF-Tätigkeit
- Wer diese Rechtsfolge vermeiden will, muss das Arbeitsverhältnis beenden.



Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu Beginn des Urlaubs mit Wiedereinstellungszusage unter Anrechnung der Vordienstzeiten zum Ende des Urlaubs



II. Rechtsprechung

7. Missbräuchlicher Teilzeitantrag

BAG Urteil vom 11.06.2013 – 9 AZR 786/11

Sachverhalt:

- Kläger ist Pilot bei der Lufthansa.
- Er stellt einen Teilzeitantrag, wonach seine regelmäßige Arbeitszeit um 3,29 % zu vermindern ist.
- Die reduzierte Arbeitszeit will er so verteilt haben, dass er jeweils vom 22.12. eines Jahres bis zum 02.01. des Folgejahres nicht zu arbeiten hat.
- Kläger verweist auf § 8 TzBfG

„Der Arbeitnehmer muss die Verringerung seiner Arbeitszeit und den Umfang der Verringerung spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen. Er soll dabei die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben. [...]

Der Arbeitgeber hat der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen.“

II. Rechtsprechung



7. Missbräuchlicher Teilzeitantrag

BAG Urteil vom 11.06.2013 – 9 AZR 786/11

Entscheidung:

- Klage abgewiesen, Teilzeitantrag ist rechmissbräuchlich.
- Kläger ging es ersichtlich darum, unter Inkaufnahme einer geringfügigen Entgelteinbuße eine garantierte Freistellung „zwischen den Jahren“ zu erhalten, wo erfahrungsgemäß zahlreiche andere Flugzeugführer Urlaub beantragen.
- Kläger nutzt eine formale Rechtsposition, an der er isoliert betrachtet kein Interesse habe (nämlich die Stundenreduzierung), um eine Arbeitszeitgestaltung durchzusetzen, auf die er isoliert betrachtet keinen Anspruch hat.

II. Rechtsprechung



7. Missbräuchlicher Teilzeitantrag

BAG Urteil vom 11.06.2013 – 9 AZR 786/11

Anmerkung:

- Einzelfallentscheidung. BAG betont, dass eine verhältnismäßig geringfügige Arbeitszeitreduzierung verbunden mit bestimmten Verteilungswünschen nicht per se rechtsmissbräuchlich ist.
- Es müssten schon „besondere Anhaltspunkte“ für Rechtsmissbrauch bestehen.
- Umgekehrt muss der Arbeitnehmer keine billigenwerten Gründe für die Reduzierung / Verteilung der Arbeitszeit anführen (etwa Kinderbetreuung).
- So ist etwa der Wunsch des Arbeitnehmers, aus „persönlichen Gründen“ von einer 5-Tage-Woche auf eine 4-Tage-Woche zu wechseln, nicht missbräuchlich (BAG 18.08.2009 - 9 AZR 517/08).

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Hohenstaufenring 57

50674 Köln

Telefon: 0221 / 5 00 03-603

Fax: 0221 / 5 00 03-636

Ulrich Kortmann, Köln

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Arbeitsrecht

kortmann@mkrq.com

www.mkrq.com