

Your World First

C/M/S

Law . Tax

# update

Arbeitsrecht

Aktuelle Informationen des  
Geschäftsbereichs Arbeitsrecht

Dezember 2015



Beilage:  
Übersicht über die  
Rechengrößen der  
Sozialversicherung  
2016

# Inhalt

2 | Editorial

## Schwerpunkt

3 | Was erwartet uns im Jahr 2016?

## Arbeitsvertragsrecht

6 | Berücksichtigung der Zeit für die Fahrt zum Kunden als Arbeitszeit

7 | Versetzungen an weit entfernten Arbeitsort

8 | Unzulässigkeit einer Zweitbefristung wegen Erreichens eines bestimmten Lebensalters

9 | Arbeitgeber muss gesetzlichen Mindesturlaub von sich aus gewähren

10 | Kein Anspruch auf Vergütung von Raucherpausen aus betrieblicher Übung

## Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

11 | Besondere Anforderungen an Deutschkenntnisse – richtige Gestaltung der Stellenausschreibung

## Kündigung und Kündigungsschutz

12 | Keine außerordentliche Kündigung wegen Telefonanrufs bei kostenpflichtiger Gewinnhotline

## Betriebsverfassungsrecht

13 | Personalabbau ist kein Geschäftsgeheimnis

13 | Übernahmepflicht des Arbeitgebers für Übernachtungskosten bei Betriebsratsschulungen

## Betriebsübergang

14 | Unvollständige Unterrichtung über Betriebsübergang

## Streikrecht

15 | Schadensersatz für drittbetroffene Unternehmen

## Mindestlohngesetz

16 | Verhältnis Urlaubs- /Weihnachtsgeld zum Mindestlohn; Berechnung von Nachtarbeitszuschlägen

18 | Kein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei Unterschreitung des Mindestlohns

## Mitbestimmung im Unternehmen

19 | Zeitarbeitnehmer zählen für Art der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer

## Hilfreiche Tools

20 | CMS-Tool Fremdpersonaleinsatz

## Aktuell

22 | Veröffentlichungen

23 | Vorträge

# Editorial

Die Regulierung des Fremdpersonaleinsatzes, die Einführung der Frauenquote, die Rentenversicherungspflicht für Syndikusanwälte und der Know-how-Schutz sind vier wichtige Themengebiete, die uns im neuen Jahr intensiv beschäftigen werden. Im Schwerpunktbeitrag erfahren Sie, was das Jahr 2016 in arbeitsrechtlicher Hinsicht voraussichtlich mit sich bringen wird.

In unserer Rechtsprechungsübersicht informieren wir Sie u. a. darüber, was bei der Versetzung eines Mitarbeiters an einen weit entfernten Arbeitsort zu berücksichtigen ist. Ferner finden Sie eine Antwort auf

die Frage, ob Sie Raucherpausen von der Arbeitszeit abziehen können, auch wenn Sie sie vorher jahrelang nicht erfasst haben. Beachtung verdienen weiterhin zwei Entscheidungen, die Anforderungen an Stellenausschreibungen präzisieren, wenn besondere Sprachkenntnisse gefordert werden. Denn der Vorwurf der Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft wird hier schnell erhoben.

Weiter steht das Streikrecht im Fokus. Das Bundesarbeitsgericht hat jüngst zu Schadensersatzansprüchen drittbetroffener Unternehmen Stellung genommen. Letztlich beschäftigt das

Mindestlohngesetz dauerhaft die Gerichte. Sie erfahren insbesondere, in welchem Verhältnis Urlaubs- und Weihnachtsgeld zum Mindestlohn stehen.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Studium unseres Updates, fröhliche Weihnachten und ein gesundes und erfolgreiches neues Jahr.

Dr. Eckhard Schmid | Dr. Oliver Simon

# Was erwartet uns im Jahr 2016?

Das Jahr 2015 hat für das Arbeitsrecht einige neue Gesetze mit sich gebracht. Neben dem Mindestlohngesetz und dem Gesetz zur Regelung der Tarifeinheit ist auch das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst zu nennen. Das Kernstück des letztgenannten Gesetzes tritt allerdings erst zum 1. Januar 2016 in Kraft.

Viele für das laufende Jahr angekündigte Gesetzesvorhaben hat die Bundesregierung bislang aber noch nicht umgesetzt bzw. verschoben. So wurde beispielsweise die Reform der Arbeitsstättenverordnung auf Eis gelegt. In das schon lange angekündigte Gesetz zur Regulierung des Fremdpersonaleinsatzes, in die Neuregelung des Rechts der Syndikusanwälte sowie in die Reform des Betriebsrentengesetzes scheint nun aber Bewegung zu kommen.

## Im Einzelnen:

### Regulierung des Fremdpersonaleinsatzes

Am 16. November 2015 wurde der lang erwartete Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) endlich publik gemacht.

Der Gesetzesentwurf enthält folgende Eckpunkte:

- Für Zeitarbeiter soll eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten gelten. Beim Kundenunternehmen geltende Tarifverträge dürfen jedoch Öffnungsklauseln enthalten. Auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen des Kunden, die auf Grundlage von entsprechenden Tarifverträgen abgeschlossen werden, dürfen derartige Öffnungsklauseln vorsehen.
- Ab dem neunten Einsatzmonat soll ein zwingendes Gleichbehandlungsgebot mit Blick auf das Entgelt von Zeit- und Stammarbeitnehmern („equal pay“) gelten. Dieser Zeitraum wird auf zwölf Monate erhöht, wenn ein im Arbeitsverhältnis geltender Tarifvertrag nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen hinsichtlich des Arbeitsentgelts eine stufenweise Heranführung an den Gleichstellungsgrundsatz herbeiführt.
- Zukünftig liegt nur dann ein wirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vor, wenn die Überlassung von Arbeitnehmern in dem Vertrag zwischen dem Personaldienstleister und dem Kunden ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird. Außerdem ist vor einer Arbeitnehmerüberlassung die Person des überlassenen Mitarbeiters unter Bezugnahme auf diesen Vertrag konkret zu bezeichnen. Der Mitarbeiter ist aus-

drücklich darauf hinzuweisen, dass er „als Leiharbeiter“ eingesetzt wird.

- Wird ein Arbeitnehmer überlassen, ohne dass der Personaldienstleister über eine Erlaubnis nach § 1 AÜG verfügt, sind Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und auch Arbeitsvertrag unwirksam. Es wird dann ein Arbeitsverhältnis mit dem Kunden fingiert. Dasselbe sieht der Gesetzesentwurf für den Fall vor, dass gegen die zuvor beschriebene Offenlegungspflicht oder die zulässige Höchstüberlassungsdauer verstoßen wird. Dadurch wird auch sichergestellt, dass bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht mehr bessergestellt werden als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Der Referentenentwurf regelt weiter, dass die Unwirksamkeit dann nicht eintreten soll, wenn der Zeitarbeiter schriftlich bis zum Ablauf des Monats nach dem für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt erklärt, dass er am Arbeitsvertrag mit dem Personaldienstleister festhält.
- Die Arbeitnehmerüberlassung soll nur zulässig sein, wenn zwischen dem Personaldienstleister und dem Zeitarbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht. Damit

wird die von den Erlaubnisbehörden vertretene Ansicht, dass sogenannte „Kettenüberlassungen“ unzulässig sind, gesetzlich festgeschrieben.

- Zeitarbeitnehmer dürfen künftig nicht mehr als Streikbrecher eingesetzt werden, soweit der Einsatzbetrieb von einem Arbeitskampf betroffen ist.
- Zeitarbeitnehmer sind in Zukunft bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten sowie bei der Unternehmensmitbestimmung mitzuzählen.
- Um den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern, werden für die Abgrenzung von Werk- und Dienstverträgen zu Arbeitsverträgen die wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien künftig in § 611 a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) „Vertragstypische Pflichten beim Arbeitsvertrag“ gesetzlich niedergelegt. Außerdem wird entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts klargestellt, dass ein Arbeitsvertrag, unabhängig von der Bezeichnung und dem formalen Inhalt des Vertrags, vorliegt, wenn dies der tatsächlichen Vertragsdurchführung entspricht.

Die gesetzlichen Änderungen sollen zum 1. Januar 2017 in Kraft treten.

Tagesaktuelle und weiter gehende Informationen finden Sie in unserem Blog unter [www.cms.hs-bloggt.de](http://www.cms.hs-bloggt.de).

### Frauenquote

Am 6. März 2015 beschloss der Bundestag das „Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst“ zur Einführung einer Frauenquote. Das Gesetz sieht eine Quote des jeweils unterrepräsentierten Geschlechts von mindestens 30 % in Aufsichtsräten

vor. Darüber hinaus enthält es eine Pflicht zur Festlegung von Zielgrößen für nachgeschaltete Führungsebenen (Vorstand, Management). Zielgrößen für den Frauenanteil in Vorstand, Aufsichtsrat sowie den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands in allen börsennotierten und/oder der Mitbestimmung unterliegenden Unternehmen mussten bereits bis zum 30. September 2015 festgelegt werden. Ab dem 1. Januar 2016 schreibt das Gesetz zusätzlich die fixe Mindestquote von 30 % für Aufsichtsräte von Unternehmen vor, die börsennotiert sind und der paritätischen Mitbestimmung unterliegen. Bestehende Aufsichtsratsmandate können jedoch – wie vorgesehen – beendet werden. Damit ist ein „Hinauszögern“ der Erfüllungspflicht möglich, wenn Aufsichtsratsmitglieder noch vor dem 1. Januar 2016 durch Hauptversammlungsbeschluss vorzeitig wiedergewählt werden.

### Rechtsstellung von Syndikusanwälten

Im April 2014 hatte das Bundessozialgericht (BSG) seine Rechtsprechung in Bezug auf die Befreiung von Syndikusanwälten von der Rentenversicherungspflicht grundlegend geändert und entschieden, dass diese generell nicht mehr möglich sein soll (BSG vom 3. April 2014 – B 5 RE 13/14 R, B 5 RE 9/14 R, B 5 RE 3/14 R). Diese Entscheidung wurde harsch kritisiert und führte letztlich zu einer Gesetzesinitiative, die der standes- und rentenrechtlichen Stellung von Justitiaren einen gesetzlichen Rahmen geben soll.

Aktuell ist vorgesehen, dass es künftig ein eigenes Verfahren zur Zulassung als „Syndikusanwalt“ geben soll. Wer als Syndikusanwalt akkreditiert worden ist, soll automatisch von der Rentenversicherungspflicht befreit sein.

Das Gesetzgebungsverfahren befindet sich derzeit in der Abstimmung zwischen dem Bundestag und den

Bundesministerien. Nach Informationen des Bundesjustizministeriums sind noch zwei zentrale Fragen offen:

- Zum einen sieht der Gesetzesentwurf vor, dass Syndikusanwälte – wie „gewöhnliche“ Rechtsanwälte auch – eine eigene Haftpflichtversicherung abschließen müssen. Das ist nach Auffassung des Bundesjustizministeriums Konsequenz der weitgehenden Anpassung der Rechtsstellung eines Syndikusanwalts an die eines freien Anwalts. Diese verpflichtende Haftpflichtversicherung ist nach wie vor umstritten. Dieser wird entgegengehalten, dass Syndikusanwälte Arbeitnehmer des Unternehmens seien und deshalb der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung unterlägen. Einer eigenen Haftpflichtversicherung für die Syndikustätigkeit bedürfe es daher nicht.
- Zum anderen ist im Gesetzesentwurf die nähere Ausgestaltung der sozialversicherungsrechtlichen Rückwirkung noch ungelöst. Das Bundesarbeitsministerium knüpft für die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für Syndikusanwälte offenbar an die Pflichtmitgliedschaft im anwaltlichen Versorgungswerk an. Viele Versorgungswerke sehen aber für Anwälte über 45 Jahre keine Pflichtmitgliedschaft mehr vor, sodass dieses Kriterium ohne weitere Klarstellung als Anknüpfungspunkt nicht geeignet ist.

Das Gesetz soll am 1. Januar 2016 in Kraft treten. Aufgrund der zuvor genannten offenen Themen könnte sich dieser Termin aber noch verzögern.

### EU-Richtlinie Know-how-Schutz

Voraussichtlich Anfang nächsten Jahres tritt eine EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Kraft, die spürbare Rechtsänderungen für Unternehmen mit sich bringen wird.

Der aktuelle Richtlinienentwurf sieht vor, dass sich künftig auf einen Geheimnisschutz nur noch derjenige erfolgreich berufen kann, der darlegen und beweisen kann, dass die fraglichen Informationen „Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ sind. Um den Anforderungen der Richtlinie zu genügen, müssen Unternehmensverantwortliche zukünftig ihren Geheimnis- und Know-how-Schutz auf den Prüfstand stellen und ggf. geeignete Maßnahmen zum Schutz des Know-how ergreifen. Andernfalls droht der Verlust des Rechtsschutzes gegen Geheimnisverrat und Betriebsespionage. Im Arbeitsrecht müssen vor allem vertragliche Geheimhaltungsklauseln kritisch gesichtet werden.

Um unmittelbare Wirkung in Deutschland entfalten zu können, muss die EU-Richtlinie allerdings noch in nationales Recht umgesetzt werden. Ob dies im Jahr 2016 geschehen wird, kann derzeit nicht prognostiziert werden.

### **Reform des Betriebsrentengesetzes**

Die Bundesregierung legte am 8. Oktober 2015 einen Gesetzesentwurf zur Reform des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) vor. Ziel ist die Verbesserung der Übertragbarkeit von Betriebsrentenanwartschaften bei einem Arbeitgeberwechsel. Der Bundestag hat den Gesetzesentwurf mit Zustimmung des Bundesrats am 12. November 2015 angenommen. Die Gesetzesänderungen sollen überwiegend erst am 1. Januar 2018 in Kraft treten. Lediglich eine Änderung von § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG soll bereits unmittelbar nach der Gesetzesverkündung wirksam werden. Durch diese Änderung soll bewirkt werden, dass die Anpassungspflicht des Arbeitgebers nach § 16 BetrAVG bereits dann entfällt, wenn die betriebliche Altersversorgung über eine Direktversicherung oder eine Pensionskasse organisiert

wird und diese Einrichtungen sämtliche auf den Rentenbestand entfallende Überschussanteile zur Erhöhung der Betriebsrenten verwenden. So soll die Anpassungspflicht ausnahmslos für alle bestehenden und künftigen Zusagen, die über eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung durchgeführt werden, entfallen. Ziel ist, dass die betroffenen Arbeitgeber die notwendige Planungssicherheit erhalten, ohne die der angestrebte weitere Auf- und Ausbau der betrieblichen Altersversorgung gefährdet wäre.

Nach Zustimmung von Bundestag und Bundesrat ist mit einer baldigen Ausfertigung des Gesetzes zu rechnen.

### **Flexibilisierung des Übergangs in den Ruhestand**

Für ältere Arbeitnehmer soll es attraktiver werden, Rente zu beziehen und trotzdem weiterzuarbeiten. Derzeit erhöhen sich nämlich die Rentenanprüche solcher älteren Beschäftigten nicht, obwohl der Arbeitgeber Rentenversicherungsbeiträge zahlt. Bereits im Sommer 2014 wurde eine Arbeitsgruppe gegründet, um Vorschläge zur Abhilfe vorzulegen. Nachdem im Juli 2015 vom bevorstehenden Aus für die sogenannte „Flexi-Rente“ berichtet worden war, gaben die Regierungsparteien am 10. November 2015 einen Kompromiss bekannt: Betroffene Arbeitnehmer sollen künftig freiwillig Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlen können und von diesen profitieren. Für Arbeitgeber soll hingegen die Zahlung der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung – nicht aber zur Rentenversicherung – wegfallen.

Außerdem soll die Rente mit 63 attraktiver werden. Derzeit kann sie in Höhe von einem Drittel, der Hälfte oder von zwei Dritteln der Altersrente bezogen werden. Künftig sollen keine festen Stufen mehr gelten. Außerdem sollen die Hinzuverdienstgrenzen für die Rente mit 63 steigen.

Bisher dürfen die Arbeitnehmer nämlich nur 450 Euro monatlich zu ihrer Rente hinzuverdienen. Die Obergrenze für einen Mehrverdienst soll künftig bei 40 % des vorherigen Bruttogehalts liegen.

Allerdings liegt bislang nur ein Eckpunktepapier der Koalitionsarbeitsgruppe, nicht jedoch ein entsprechender Gesetzesentwurf vor, sodass ungewiss ist, ob und ggf. wann diese Pläne Gesetz werden.

### **Gesetz zur Tarifeinheit**

Im Juli 2015 ist das Tarifeinheitsgesetz in Kraft getreten. Es hat zum Ziel, Tarifpluralitäten zu vermeiden, also die Geltung mehrerer Tarifverträge in einem Betrieb für unterschiedliche Arbeitsverhältnisse. Dies betrifft besonders die Möglichkeiten sogenannter Sparten Gewerkschaften, Tarifverträge durchzusetzen. Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens wurden massive Zweifel laut, ob das Gesetz verfassungskonform ist. Dennoch wurde das Gesetz verabschiedet. Hiergegen sind mehrere Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eingeleitet worden, darunter auch Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz von drei Sparten Gewerkschaften. Es handelt sich hierbei um den Marburger Bund, die Pilotenvereinigung Cockpit und den Deutschen Journalisten-Verband. Diese Eilanträge wurden abgelehnt. Über die Hauptsacheverfahren wird das BVerfG voraussichtlich Ende 2016 entscheiden.

### **Beschäftigtendatenschutzgesetz**

In der letzten Zeit hat es keine neuen Entwicklungen beim Arbeitnehmerdatenschutz gegeben. Auch für das nächste Jahr zeichnet sich keine Kehrtwende ab. ■

# Berücksichtigung der Zeit für die Fahrt zum Kunden als Arbeitszeit

Die Zeit, die Arbeitnehmer ohne festen oder gewöhnlichen Arbeitsort für die Fahrt von ihrem Wohnort zu ihrem ersten Kunden sowie von ihrem letzten Kunden zurück zu ihrem Wohnort (im Folgenden: Fahrzeit Wohnort–Kunden) aufwenden, stellt „Arbeitszeit“ im Sinne der Richtlinie 2003/ 88/EG dar.

So entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer Auseinandersetzung zwischen einer Gewerkschaft und einem spanischen Sicherheitsunternehmen. Letzteres weigerte sich, nach der Schließung seiner Regionalbüros und der Zuordnung aller regionalen Mitarbeiter zu seiner Zentrale in Madrid die Fahrzeit Wohnort–Kunden als Arbeitszeit der Mitarbeiter anzuerkennen.

Der EuGH stützte seine Entscheidung im Wesentlichen auf die in der Richtlinie enthaltene Definition des Arbeitszeitbegriffs. Danach ist Arbeitszeit jede Zeitspanne, während derer ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. Da die Fahrzeit Wohnort–Kunden das notwendige Mittel zur Verrichtung technischer Tätigkeiten am Standort der Kunden sei und die Mitarbeiter während der Fahrzeit nicht in der Lage seien, ihren eigenen Interessen nachzugehen, sei davon auszugehen, dass sie während dieser Zeit ihre Tätigkeiten ausübten und ihrem Arbeitgeber zur Verfügung stünden. Die Fahrzeit nicht in die Arbeitszeit

der Arbeitnehmer einzuberechnen, könne außerdem zu einer Umgehung der Mindestruhezeiten führen, wodurch das mit der Richtlinie verfolgte Ziel des Schutzes, der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer vereitelt würde. Demzufolge stelle die in Rede stehende Fahrzeit Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie dar.

Aufgrund des eindeutigen Sachverhalts verzichtete der Gerichtshof auf Ausführungen, unter welchen Umständen von einem Fehlen eines festen oder gewöhnlichen Arbeitsorts auszugehen ist. Er wies jedoch ausdrücklich darauf hin, dass die Richtlinie die Vergütung der Fahrzeit unberührt lasse. Dies richte sich nach den nationalen Vorschriften. ■ (EuGH vom 10. September 2015 – C-266/14)

## Tipp für die Praxis:

Nach deutschem Recht sind Wegezeiten, die Arbeitnehmer zum Aufsuchen ihrer Betriebsstätte sowie von dort zurück zu ihrem Wohnort aufwenden, grundsätzlich nicht der Arbeits-, sondern der Ruhezeit der Arbeitnehmer zuzurechnen. Die Fahrzeiten Wohnort–Kunden gelten jedoch

seit einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2009 als klassische und damit zu vergütende Arbeitszeit, wenn sie eine Einheit mit den übrigen Tätigkeiten von Außendienstmitarbeitern darstellen (BAG vom 22. April 2009 – 5 AZR 292/08). Mithin dürfte sich das Urteil des EuGH auf die deutsche Rechtsprechung lediglich bestätigend auswirken.

Hinsichtlich der Vergütungsfrage ist in Deutschland u. a. das Mindestlohngesetz zu beachten. Abgesehen von diesen zwingenden Vorschriften kann für Fahrzeiten aber eine von den übrigen Tätigkeiten abweichende Vergütung vereinbart werden.

# Versetzungen an weit entfernten Arbeitsort

In einer aktuellen Entscheidung hat sich das Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein mit einer arbeitsvertraglichen Versetzungsklausel auseinandergesetzt. Es ging um den Fall eines Arbeitnehmers, der bislang auf einer Dauerbaustelle an seinem Wohnort gearbeitet hatte. Sein Arbeitsvertrag regelte, dass er auch auf Baustellen eingesetzt werden darf, die er nicht täglich von seinem Wohnort aus erreichen kann. Im Herbst 2014 hatte der Arbeitnehmer eine fristlose Kündigung aus Anlass einer Auseinandersetzung mit einem Vorarbeiter erhalten, die vor dem Arbeitsgericht aber keinen Bestand hatte. Nach Abschluss des Gerichtsverfahrens wurde er von seinem Arbeitge-

ber mit dem Argument, sein alter Arbeitsplatz sei nun besetzt, an einen rund 660 km entfernten Einsatzort versetzt. Auch dagegen erhob er Klage. Er wandte ein, das Unternehmen hätte Rücksicht auf seine familiären Verhältnisse – insbesondere auf seine drei schulpflichtigen Kinder – nehmen müssen und hätte kinderlose und ungebundene Kollegen zur neuen Baustelle versetzen können.

Die Richter des Arbeitsgerichts und des LAG sahen dies genauso. Bei der Entscheidung über eine Versetzung müsse der Arbeitgeber alle Umstände und gegenseitigen Interessen nach billigem Ermessen abwägen. Zu berücksichtigen seien u. a. die sozialen

Lebensverhältnisse und familiären Belange des Arbeitnehmers. Dies gelte auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsort entsprechend dem Arbeitsvertrag einseitig festlegen dürfe. Unter mehreren Arbeitnehmern müsse er denjenigen auswählen, der weniger schutzwürdig sei. Da das Unternehmen derartige Erwägungen nicht angestellt habe, sei die Versetzung im Ergebnis unwirksam.

Nichtzulassungsbeschwerde wurde eingelegt. ■ (LAG Schleswig-Holstein vom 26. August 2015 – 3 Sa 157/15)

## **Tipp für die Praxis:**

Obwohl die Richter betonen, dass bei der Auswahl unter mehreren Mitarbeitern „keine

Auswahl im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes“ durchzuführen sei, werden hier doch sehr ähnliche Maßstäbe angesetzt. Soweit das BAG nicht anderweitig entscheidet,

würde dies bedeuten, dass arbeitsvertragliche Versetzungsklauseln in der Praxis nur noch bedingt den gewünschten Erfolg herbeiführen können.

# Unzulässigkeit einer Zweitbefristung wegen Erreichens eines bestimmten Lebensalters

Haben die Arbeitsvertragsparteien bereits eine bestimmte Altersgrenze für die Befristung des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt festgelegt, z. B. bis zum regulären Renteneintrittsalter, kann der Arbeitgeber die bereits festgelegte Altersgrenze nach Auffassung des LAG München nur dann absenken, wenn hierfür ein „ganz erheblicher“ Sachgrund vorliegt.

Der Arbeitsvertrag eines Mitarbeiters war auf das Erreichen der Regelaltersgrenze befristet. Nachträglich einigten sich die Parteien darauf, dass das Arbeitsverhältnis bereits mit Vollendung des 62. Lebensjahrs enden sollte. Der Arbeitnehmer hatte zu diesem Zeitpunkt einen Rentenanspruch beim Versorgungswerk und auf betriebliche Altersvorsorge. Im Zuge dieser Vertragsänderung wurde dem Mitarbeiter außerdem für die drei Jahre vor Erreichen des 62. Lebensjahrs eine Provision garantiert. Überdies wurde der Arbeitnehmer mit Inkrafttreten der Vertragsänderung ordentlich nicht kündbar bis zum Erreichen der

(abgesenkten) Altersgrenze. Nachdem der Mitarbeiter das 62. Lebensjahr vollendet hatte, klagte er auf Feststellung, dass diese Befristung unwirksam sei und das Arbeitsverhältnis daher noch fortbestehe.

Die Richter stellten zunächst klar, dass die ursprüngliche Befristung auf das Erreichen der Regelaltersgrenze wirksam war. Denn der Arbeitgeber habe ein berechtigtes Interesse an einer sachgerechten und berechenbaren Personal- und Nachwuchsplanung. Dieses überwiege den Wunsch des Arbeitnehmers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, da dieser durch den Bezug der Regelaltersrente wirtschaftlich abgesichert sei. Diese Argumente entsprechen der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung (BAG vom 12. Juni 2013 – 7 AZR 917/11; BAG vom 18. Juni 2008 – 7 AZR 116/07).

Dann prüfte das Gericht die ablösende Befristung auf 62 Lebensjahre. Es stellte zunächst heraus, dass sich der vorliegende Fall erheblich von den bisher durch das BAG entschie-

denen Sachverhalten unterscheide. Denn vorliegend ende das Arbeitsverhältnis jedenfalls mit Erreichen der Regelaltersgrenze, während es bei den bereits entschiedenen Fällen bei Unwirksamkeit der Befristung bis zum Ableben des Arbeitnehmers Bestand gehabt hätte. Wenn also bereits eine Altersgrenze vertraglich vereinbart gewesen sei, müsse für eine weitere nachträgliche Absenkung derselben der sie rechtfertigende Sachgrund „ganz erheblich“ den Sachgrund übersteigen, der in der Regel für die Vereinbarung einer Altersgrenze erforderlich sei. Mit anderen Worten: Allein das Interesse an einer kalkulierbaren Personalplanung genügt nicht. Denn dem Interesse des Arbeitgebers an der Personalplanung ist bereits durch die ursprüngliche Befristung auf das Erreichen der Regelaltersgrenze Genüge getan. Deswegen ist es auch unerheblich, ob der Arbeitnehmer bereits mit 62 Jahren hinreichend wirtschaftlich abgesichert ist (und eine Rente beziehen kann). ■ (LAG München vom 17. März 2015 – 7 Sa 715/14; Revision anhängig)

## Tipp für die Praxis:

Diese Entscheidung hat Sprengkraft. Viele Arbeitsverträge sind durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag individualvertraglich auf das Erreichen der Regelaltersgrenze befristet. Plant der Arbeitgeber einen Personalabbau, von dem auch ältere Arbeitnehmer

betroffen sind, wird häufig nach sozialverträglichen Lösungen gesucht. Besteht die Möglichkeit für einen Mitarbeiter, schon vor der Regelaltersgrenze Rente zu beziehen, versucht man, eine Vereinbarung zu treffen, wonach der Arbeitnehmer oft zunächst Arbeitslosengeld und anschließend eine vorzeitige Rente beziehen soll. Bei solchen Vereinba-

rungen besteht – auch wenn sie in der Regel als „Aufhebungsvertrag“ bezeichnet werden – die Gefahr, dass es sich tatsächlich um Befristungen handelt. Solche Lösungen sind aufgrund dieses Urteils nunmehr mit einem deutlich höheren Risiko für den Arbeitgeber verbunden.

# Arbeitgeber muss gesetzlichen Mindesturlaub von sich aus gewähren

Das LAG Berlin-Brandenburg hatte sich jüngst mit der Frage nach der Verantwortung für die Urlaubsgewährung auseinandersetzen. Im Ergebnis hat es entschieden, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch von sich aus zu gewähren. Im zu entscheidenden Fall machte der klagende Mitarbeiter die Abgeltung von acht Tagen Resturlaub aus dem Jahr 2013 geltend, nachdem er Ende März 2014 aus dem Arbeitsverhältnis mit seinem Arbeitgeber ausgeschieden war. Im Jahr 2013 hatte man ihm trotz des vereinbarten Urlaubsanspruchs von 24 Arbeitstagen lediglich 16 Urlaubstage gewährt.

Das LAG gab ihm teilweise recht und verurteilte seinen Arbeitgeber zur Abgeltung der vier restlichen Urlaubstage des gesetzlichen Mindesturlaubs. Der Mitarbeiter habe einen Anspruch auf Gewährung von vier Tagen Ersatzurlaub, der sich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einen Anspruch auf finanzielle Abgeltung umgewandelt habe. Der Arbeitgeber sei verpflichtet, seinen Mitarbeitern von sich aus und ohne vorherige Aufforderung den gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Tagen

zu gewähren. Es komme nicht darauf an, ob der jeweilige Arbeitnehmer den Urlaub beantragt und dadurch den Arbeitgeber in Verzug gesetzt habe. Das Unternehmen und nicht der Beschäftigte sei für die Inanspruchnahme des gesetzlichen Mindesturlaubs verantwortlich. Denn der gesetzliche Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub diene dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers und gehöre damit seiner Zielrichtung nach zum Arbeitsschutzrecht. Für dieses wiederum sei anerkannt, dass der Arbeitgeber seinen Pflichten zum Gesundheitsschutz der Belegschaft auch ohne vorherige Aufforderung nachzukommen habe. Die Pflicht des Arbeitgebers gelte jedoch nicht für Urlaubstage, die losgelöst vom Arbeitsschutzrecht über den gesetzlichen Mindesturlaub hinaus gewährt würden. Für deren Gewährung sei der Arbeitgeber nicht allein verantwortlich.

## Anmerkung:

Mit seiner Entscheidung tritt das LAG Berlin-Brandenburg der ständigen Rechtsprechung des BAG entgegen. Nach dieser soll es für die Entstehung eines Schadenersatzanspruchs für nicht genom-

menen und letztlich verfallenen Urlaub stets erforderlich sein, dass der Arbeitnehmer zuvor rechtzeitig durch entsprechende Antragstellung vom Arbeitgeber die Gewährung des Erholungsurlaubs verlangt hat, sodass die Initiativlast für die Urlaubsgewährung nicht beim Arbeitgeber, sondern vielmehr beim Mitarbeiter liegt (BAG vom 6. August 2013 – 8 AZR 956/11). Die Revision gegen das Urteil des LAG ist jedoch zugelassen. Es bleibt abzuwarten, ob das BAG an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten wird. (LAG Berlin-Brandenburg vom 7. Mai 2015 – 10 Sa 86/15 und 10 Sa 108/15)

Das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg liegt allerdings auf einer Linie mit einer Entscheidung des LAG Köln (vom 27. November 2013 – 5 Sa 376/13), wonach der Arbeitgeber einseitig zur Festsetzung von Ruhepausen und somit zur Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) verpflichtet ist (siehe dazu im Einzelnen unser CMS Update Arbeitsrecht, Ausgabe Dezember 2014). ■

# Kein Anspruch auf Vergütung von Raucherpausen aus betrieblicher Übung

Selbst wenn der Arbeitgeber in der Vergangenheit über Jahre Raucherpausen nicht erfasst und deswegen bezahlt hat, kann er dies wieder abändern, da hierin keine betriebliche Übung liegt. Das hat das LAG Nürnberg nun in zwei Parallelverfahren entschieden.

Diesen Entscheidungen lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Im Betrieb des Arbeitgebers war es seit den 1970er Jahren üblich, dass Mitarbeiter ihren Arbeitsplatz jederzeit zum Rauchen verlassen konnten, solange dies die betrieblichen Belange nicht beeinflusste. Diese Raucherpausen wurden nicht erfasst. Die Arbeitnehmer erhielten keinen Lohnabzug, obwohl sich die Pausenzeiten auf durchschnittlich 60 bis 80 Minuten pro Tag pro Raucher beliefen. Im Zuge der Einführung des Nichtrauchererschutzgesetzes wurde im Betrieb des Arbeitgebers eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, die u. a. festlegte, dass Arbeitnehmer sich nunmehr ein- und ausstempeln müssen, wenn sie rauchen gehen. Der Arbeitgeber zog daraufhin Rauchern die Zeiten für Raucherpausen vom Einkommen ab. Hiergegen wehrten

sich zwei Lagerarbeiter und klagten auf Zahlung des abgezogenen Gehalts, jedoch ohne Erfolg.

Die 2. und die 7. Kammer des LAG Nürnberg sahen für die geltend gemachten Zahlungen keine Anspruchsgrundlage. Einzig in Betracht käme eine betriebliche Übung. Eine solche sei aber nicht begründet worden. Weder habe der Arbeitgeber in der Vergangenheit eine hinreichend gleichförmige Leistung gewährt, noch hätten die Raucher nach Treu und Glauben darauf vertrauen dürfen, dass ihr Arbeitgeber auch künftig Zigarettenpausen vergüte. Dadurch, dass die Länge von Arbeitspausen nicht erfasst worden sei, habe der Arbeitgeber gar nicht beurteilen können, wem er wann welche Leistung (in der Form bezahlter Pausen) habe zukommen lassen. Abgesehen davon hätten die Pausenzeiten so stark variiert, dass gerade keine Gleichförmigkeit gegeben sei. Auch hätten sich die Lagerarbeiter nicht darauf verlassen dürfen, dass der Arbeitgeber ihnen künftig Zigarettenpausen vergüte. Zum einen sei für die Raucher erkennbar gewesen, dass ein Lohnabzug nur deswegen

nicht erfolgt sei, weil der Arbeitgeber wegen des fehlenden Zeiterfassungssystems daran gehindert gewesen sei. Zum anderen sei die Bezahlung der Pausen erkennbar nicht als Austausch gegen die Arbeitsleistung erbracht worden. Je weniger aber die vom Arbeitgeber gewährte Leistung im Gegenseitigkeitsverhältnis stehe, desto weniger dürfe der Arbeitnehmer auf die Weitergewährung vertrauen. Überdies seien die Raucher in der Vergangenheit deutlich bessergestellt worden als die Nichtraucher, die für das gleiche Gehalt im Schnitt 10% mehr hätten arbeiten müssen. Auch aufgrund dieser offensichtlichen Ungleichbehandlung könne ein schützenswertes Vertrauen nicht bejaht werden. Die Richter wiesen die Klagen daher ab. ■ (LAG Nürnberg vom 21. Juli 2015 – 7 Sa 131/15 und vom 5. August 2015 – 2 Sa 132/15; die Revision wurde nicht zugelassen).

# Besondere Anforderungen an Deutschkenntnisse – richtige Gestaltung der Stellenausschreibung

Das Hessische LAG hat in zwei Entscheidungen wertvolle Hinweise gegeben, wie eine Stellenausschreibung so gestaltet werden kann, dass kein Vorwurf der Diskriminierung droht, wenn von dem Stelleninhaber besondere Sprachkenntnisse gefordert werden.

Der Entscheidung der 16. Kammer lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Verlag suchte zur Unterstützung eines Redakteurs bei einem Buchprojekt eine „Bürohilfe“. Die Stellenausschreibung nannte als Einstellungsvoraussetzung u. a. „Deutsch als Muttersprache“. Einer der Bewerber stammte aus der Ukraine und sprach Russisch als Muttersprache. Er gab in seiner Bewerbung unter der Rubrik „Fremdsprachenkenntnisse“ an, Deutsch fließend zu sprechen. Sein Anschreiben war sprachlich anspruchsvoll und fehlerfrei formuliert. Dennoch wurde er nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen und letztlich abgelehnt. Weil er sich wegen seiner ethnischen Herkunft diskriminiert fühlte, klagte er.

Die Richter bestätigten seine Auffassung. Der Bewerber sei unmittelbar i. S. v. § 3 Abs. 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) diskriminiert worden, weil er objektiv für die Stelle qualifiziert gewesen und dennoch aufgrund seiner Ethnie nicht eingestellt worden sei. Dies werde durch die Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ gemäß § 22 AGG vermutet. Zwar sei es – was das BAG

bereits im Jahr 2011 klargestellt hatte (vgl. BAG vom 22. Juni 2011 – 8 AZR 48/10) – legitim, in einer Stellenausschreibung besondere Sprachkenntnisse zu fordern, wenn dies aufgrund der vorgesehenen Tätigkeit sachlich gerechtfertigt sei. Diese Aussage gelte auch für die hier in Frage stehende Stelle einer Bürohilfe. Es sei jedoch benachteiligend, diesbezüglich einen „Muttersprachler“ zu suchen. Denn Muttersprachler sei nur derjenige, in dessen Elternhaus die betreffende Sprache gesprochen würde, sodass die Sprache in engem Zusammenhang mit der ethnischen Herkunft stehe. Dies könne aber von dem Einzelnen nicht beeinflusst werden. Mit der Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ würden daher sämtliche Bewerber, die nicht in ihrer frühen Kindheit ohne formalen Unterricht Deutsch lernten, wegen der Nichtzugehörigkeit zur deutschen Ethnie ausgeschlossen, unabhängig davon, ob und auf welchem Niveau sie die deutsche Sprache beherrschten. Dem Bewerber wurde deswegen eine Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG zugesprochen.

Auf den ersten Blick nur geringfügig anders war der Tatbestand, der dem Urteil der 14. Kammer zugrunde lag: Es war eine Stelle für den IT-Service-Desk zu besetzen, der Anwender mit IT-Problemen telefonisch berät. Die Stellenausschreibung forderte einen „hohen Grad an Kommunikationsfähigkeit in deutscher Sprache zur Umsetzung und Lösung aller beim

Service-Desk eingehenden Anfragen, insbesondere am Telefon“. Einer der Bewerber war nicht deutscher Herkunft. Er war zwar zum Vorstellungsgespräch eingeladen, aber nicht angestellt worden. Er fühlte sich daher diskriminiert und machte eine Entschädigung geltend.

In diesem Falle teilten die Richter seine Ansicht nicht. Die Forderung nach einem „hohen Grad an Kommunikationsfähigkeit“ sei nicht diskriminierend. Zwar setze ein hoher Grad an Kommunikationsfähigkeit voraus, dass der Bewerber die betreffende Sprache gut beherrsche. Perfekte oder muttersprachliche Sprachkenntnisse seien dann aber gerade nicht gefordert. Eine Person, der gelegentliche Grammatikfehler unterliefen, könne gleichwohl über eine sehr gute Kommunikationsfähigkeit in der betreffenden Sprache verfügen, etwa weil sie sich gut auf ihr Gegenüber einstellen könne, dessen Anliegen verstehe und Fragen in einer für den anderen gut verständlichen Weise beantworten könne. Umgekehrt könne diese Kommunikationsfähigkeit einer Person fehlen, die einen umfangreichen Wortschatz habe und völlig fehlerfrei Deutsch spreche. Auch sei die Forderung nach genügenden Deutschkenntnissen aufgrund der vorgesehenen Tätigkeit am IT-Desk objektiv gerechtfertigt. Dies ergebe sich schon aus der Stellenanzeige selbst. Anders als der Bewerber, der vor der 16. Kammer geklagt hatte, ging der Stellenbe-

werber hier daher mit leeren Händen aus. (Hessisches LAG, 16. Kammer, vom 15. Juni 2015 – 16 Sa 1619/14; 14. Kammer, vom 12. Juni 2015 – 14 Sa 1075/14)

#### Anmerkung:

Die Urteile des Hessischen LAG zeigen, dass ein kleiner Unterschied in einer Stellenausschreibung bedeutend sein kann. Auch wenn beide Unternehmen schlicht Bewerber suchten, die Deutsch fließend und weitgehend fehlerfrei beherrschten, und im Zweifel niemanden benachteiligen wollten (für die Stelle des Bürogehilfen in dem von der 16. Kammer ent-

schiedenen Fall wurde letztlich ein in Afghanistan geborener Bewerber eingestellt), kommt es entscheidend auf die Formulierung einer Ausschreibung an. Arbeitgebern ist dringend anzuraten, die Anforderungen an die Sprachkenntnisse auf jeden Fall so zu formulieren, dass sich auch Bewerber angesprochen fühlen dürfen, denen ggf. einmal ein Fehler unterlaufen könnte, die die Sprache im Wesentlichen aber sehr gut beherrschen. Empfehlenswert sind Formulierungen wie „sehr gute Kenntnisse der deutschen Sprache“, „Deutsch fließend in Wort und Schrift“ oder – wie in dem von der 14. Kammer entschiede-

nen Fall – „hohe Kommunikationsfähigkeit in deutscher Sprache“. Abzuraten ist jedoch von Aussagen wie „perfekte Kenntnisse der deutschen Sprache“ oder „Deutsch als Muttersprache“. Ggf. kann bereits in der Stellenausschreibung ergänzt werden, weshalb diese Sprachkenntnisse für die Stelle benötigt werden. Dies dürfte aber nach der Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2011 nicht zwingend sein, solange die Forderung nach besonderen Deutschkenntnissen aufgrund der vorgesehenen Tätigkeit objektiv sachlich gerechtfertigt ist. ■

## Kündigung und Kündigungsschutz

# Keine außerordentliche Kündigung wegen Telefonanrufs bei kostenpflichtiger Gewinnhotline

Ruft ein Mitarbeiter während seiner Pausenzeiten über die Telefonanlage seines Arbeitgebers eine kostenpflichtige Gewinnhotline an, kann ihm deswegen nicht in jedem Fall außerordentlich gekündigt werden.

Eine Bürokauffrau rief während ihrer Arbeitspausen bei einem Gewinnspiel eines Radiosenders über eine kostenpflichtige Sonderrufnummer an. Dazu nutzte sie ihr Diensttelefon. Jeder Anruf kostete EUR 0,50; insgesamt verursachte sie Kosten i. H. v. EUR 18,50. Bei ihrem Arbeitgeber war die private Nutzung der Diensttelefone gestattet. Eine Regelung, ob dies auch für Anrufe bei kosten-

pflichtigen Sonderrufnummern gilt, bestand nicht. Dem Geschäftsführer fielen bei der Kontrolle der Telefonrechnung die Anrufe auf und er sprach die Bürokauffrau darauf an. Sie räumte ein, die Anrufe selbst getätigt zu haben, und bot an, die Kosten zu erstatten. Dennoch kündigte das Unternehmen ihr außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Gegen die fristlose Kündigung klagte die Mitarbeiterin zuletzt vor dem LAG Düsseldorf. Die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung war nicht umstritten.

Das Gericht hielt die außerordentliche Kündigung für unwirksam. Zwar

sei es pflichtwidrig, eine kostenpflichtige Sonderrufnummer anzurufen. Dies sei für die Arbeitnehmerin auch erkennbar gewesen, obwohl eine ausdrückliche Regelung im Betrieb gefehlt habe. Jedoch wiege dieser Pflichtverstoß nicht so schwer, dass dieser eine fristlose Kündigung rechtfertigen könne. Insbesondere sei zugunsten der Bürokauffrau zu berücksichtigen, dass die Anrufe lediglich in ihren Arbeitspausen erfolgt seien und dass die Nutzung von Sonderrufnummern nicht ausdrücklich verboten gewesen sei. ■ (LAG Düsseldorf vom 16. September 2015 – 12 Sa 630/15)

# Personalabbau ist kein Geschäftsgeheimnis

§ 79 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) bestimmt, dass Betriebsratsmitglieder verpflichtet sind, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die ihnen wegen ihrer Zugehörigkeit zum Betriebsrat bekannt geworden und vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden sind, nicht zu offenbaren und nicht zu verwerfen.

Plant ein Unternehmen einen Stellenabbau, so fällt dieser aber nicht ohne weiteres unter die Geheimhaltungspflicht. Eine solche scheidet jedenfalls dann aus, wenn der Arbeitgeber kein sachliches und objektives Geheimhaltungsinteresse geltend machen kann. Ein möglicher Wettbewerbsnachteil reicht jedenfalls nicht aus.

Im dem zu entscheidenden Fall plante ein Unternehmen, etwa 300 Stellen abzubauen. Gegen-

über dem Betriebsrat erklärte es, der beabsichtigte Stellenabbau sei ein streng vertrauliches Geschäftsgeheimnis, das unter die Verschwiegenheitspflicht des § 79 BetrVG falle. Der Betriebsrat dürfe die Belegschaft daher nicht hierüber informieren.

Vor Gericht beantragte der Betriebsrat festzustellen, dass der Stellenabbau kein Geschäftsgeheimnis sei und die Geheimhaltung die Betriebsratsarbeit behindere. Er müsse die Arbeitnehmer informieren, um bei den Interessenausgleichsverhandlungen ihre Belange wahrnehmen zu können. Das Unternehmen berief sich auf einen eventuellen Wettbewerbsnachteil, der durch eine vorzeitige Information der Konkurrenz entstünde. Zudem äußerte es die Befürchtung, dass die Arbeitsmoral der Mitarbeiter leiden könne und damit die Betriebsfähigkeit eingeschränkt würde.

Das LAG Schleswig-Holstein gab dem Betriebsrat recht. Der Beschäftigungsabbau stelle hier kein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis dar und unterliege damit nicht der Geheimhaltung. Es fehle ein sachliches und objektives Interesse des Arbeitgebers an der Geheimhaltung. Ein allgemeines Geheimhaltungsinteresse gegenüber den Wettbewerbern könne keine Verschwiegenheitspflicht begründen. Ein solches Interesse habe jeder Arbeitgeber. Der Betriebsrat hingegen könne seine Rechte nur bei einem Informationsaustausch mit den Arbeitnehmern sachgerecht wahrnehmen. ■ (LAG Schleswig-Holstein vom 20. Mai 2015 – 3 TaBV 35/14)

# Übernahmepflicht des Arbeitgebers für Übernachtungskosten bei Betriebsratsschulungen

Der Arbeitgeber hat bei einer erforderlichen Betriebsratsschulung nicht nur die Kosten für die Fortbildung selbst, sondern auch die Reise- und Übernachtungskosten zu übernehmen. Maßgeblich für die Beurteilung der Erforderlichkeit ist dabei nicht immer der Zeitpunkt der Beschluss-

fassung des Betriebsrats über die Teilnahme eines Mitglieds an einer bestimmten Schulung.

Im entschiedenen Fall hatten der Kölner Arbeitgeber und der Betriebsratsvorsitzende Einigkeit erzielt, dass eine Betriebsrätin eine

Grundlagenschulung zum Betriebsverfassungsrecht besuchen sollte. Zur Kostenbegrenzung bat der Arbeitgeber darum, eine Veranstaltung im Großraum Köln zu wählen. Am 29. Oktober 2010 beschloss der Betriebsrat, dass die Betriebsrätin an einer entsprechenden Fortbildung

vom 7. bis 9. Dezember als „Tagesgast“ 44 km von ihrem Wohnort entfernt teilnehmen sollte. Am 4. November veranlasste die Betriebsrätin die Buchung eines Hotelaufenthalts am Veranstaltungsort mit Vollpension. Als der Arbeitgeber im Nachgang zu der Schulung die Zahlung der Übernachtungen verweigerte, beantragte der Betriebsrat gerichtlich, dem Arbeitgeber die Kostenübernahme aufzuerlegen.

Mit Erfolg. Denn die Hotelkosten waren nach Überzeugung der Richter des Bundesarbeitsgerichts (BAG)

erforderlich, weil der Deutsche Wetterdienst für die Dauer der Schulung vom 7. bis 9. Dezember für die Region Köln durchgehende Eis- und Schneeglätte und dadurch erheblich verlängerte Fahrzeiten vorausgesagt hatte. Die tägliche An- und Abreise in den 44 km entfernten Tagungsort seien der Betriebsrätin daher nicht zumutbar gewesen. Unerheblich sei, dass dies weder im Zeitpunkt der Beschlussfassung des Betriebsrats am 29. Oktober noch im Zeitpunkt der Hotelbuchung am 4. November festgestanden habe. Zwar sei die Frage der Erforderlich-

keit von Schulungs- und damit verbundenen Kosten grundsätzlich im Zeitpunkt der Beschlussfassung des Betriebsrats zu prüfen. Wenn aber – wie hier aufgrund der Witterungsverhältnisse – die maßgeblichen Umstände sich nachträglich änderten, käme es ausnahmsweise darauf an, ob das Betriebsratsmitglied die Kosten unter den geänderten Umständen für erforderlich halten durfte. ■ (BAG vom 27. Mai 2015 – 7 ABR 26/13)

## Betriebsübergang

# Unvollständige Unterrichtung über Betriebsübergang

Eine Unterrichtung über einen Betriebsübergang, die dem Arbeitnehmer fälschlicherweise den Eindruck vermittelt, es bestehe bei dem neuen Inhaber die Möglichkeit einer langfristigen Beschäftigung, ist unvollständig und setzt daher die nach § 613 a Abs. 6 BGB vorgesehene Widerspruchsfrist nicht in Gang. Der Mitarbeiter kann dem Betriebsübergang daher auch noch nach Ablauf der einmonatigen Widerspruchsfrist wirksam widersprechen.

Diese weitere Anforderung an ein ordnungsgemäßes Unterrichtungs-schreiben formulierte unlängst das LAG Düsseldorf in folgendem Fall: Ein Unternehmen, das an einen neuen Inhaber übergehen sollte, informierte eine Mitarbeiterin über den zum 1. September 2014 geplanten Betriebsübergang. Der Arbeitnehmerin wurde mitgeteilt, dass

eine unveränderte Fortführung des Betriebs geplant sei. Allerdings war der Pachtvertrag, in den der neue Betreiber eintrat, bis zum 31. Dezember 2014 befristet. Die Mitarbeiterin ließ die einmonatige Frist zum Widerspruch gegen den Betriebsübergang verstreichen und setzte ihre Tätigkeit zunächst beim neuen Betreiber fort. Als der neue Betreiber ihr zum 31. Mai 2015 kündigte, widersprach sie dem Betriebsübergang nachträglich gegenüber dem ursprünglichen Inhaber. Daraufhin kündigte dieser das Arbeitsverhältnis zum nächstmöglichen Zeitpunkt, hier zum 31. August 2015. Vor Gericht machte die Arbeitnehmerin geltend, dass das Arbeitsverhältnis mit dem ursprünglichen Inhaber über den 1. September 2014 hinaus fortbestanden habe und erst zum 31. August 2015 beendet worden sei. Das LAG gab der Klage statt.

Die Richter entschieden, dass das Arbeitsverhältnis mit dem ursprünglichen Inhaber erst mit der Kündigung durch diesen geendet habe. Der nachträgliche Widerspruch der Mitarbeiterin gegen den Betriebsübergang sei wirksam gewesen. Die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 BGB sei nicht in Gang gesetzt worden, weil die Mitteilung über den Betriebsübergang unvollständig gewesen sei. Der ursprüngliche Inhaber habe in dem Schreiben nicht erwähnt, dass der Pachtvertrag befristet sei. Dadurch sei bei der Arbeitnehmerin der Eindruck entstanden, es bestünde bei dem Übernehmer die Möglichkeit einer längerfristigen Beschäftigung, was tatsächlich aber nicht der Fall gewesen sei. ■ (LAG Düsseldorf vom 14. Oktober 2015 – 1 Sa 733/15)

# Schadensersatz für drittbetroffene Unternehmen

Wenn eine Gewerkschaft zu einem rechtswidrigen Streik aufruft, können die von diesem betroffenen Unternehmen Schadensersatzansprüche gegenüber der Gewerkschaft geltend machen. Der Anspruch ergibt sich aus § 823 Abs. 1 BGB, denn ein rechtswidriger Streik kann einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen. Der Schadensersatzanspruch steht allerdings nur solchen Unternehmen zu, die von einem Streik unmittelbar betroffen sind. Unmittelbar betroffen bedeutet, dass die eigenen Mitarbeiter an dem Streik teilnehmen. Drittbetroffene Unternehmen, in denen selbst nicht gestreikt wird, haben indes keinen Schadensersatzanspruch. Dies hat das BAG nunmehr erstmals klargestellt. Die Bundesrichter gingen davon aus, dass es zum Wesen des Streiks gehöre, dass auch Dritte geschädigt würden. Selbst der Umstand, dass die Gewerkschaften die Drittschädigung häufig billigend in Kauf nähmen, löse keine Schadensersatzansprüche aus.

Zu entscheiden war der folgende Fall: Im Frühjahr 2008 forderte die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) den Betreiber des Verkehrsflughafens Stuttgart – die Flughafen Stuttgart GmbH – zu Tarifverhandlungen für die dort beschäftigten Arbeitnehmer der Vorfeldkontrolle/Verkehrszentrale auf. Vom 3. bis 6. März 2009 fand zunächst ein befristeter Streik dieser Beschäftigten

statt, der danach auf unbestimmte Zeit verlängert wurde. Für den 6. April 2009 rief die GdF die bei ihr organisierten und bei der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) angestellten Fluglotsen am Standort Stuttgart zu einem Streik in der Zeit von 16.00 bis 22.00 Uhr zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfes der Beschäftigten der Vorfeldkontrolle/Verkehrszentrale auf. Entsprechend einer Notdienstvereinbarung mit der DFS wickelten die Fluglotsen 25 % des planmäßigen Luftverkehrs ab. Dennoch fielen zahlreiche Flüge aus, weitere hatten Verspätung oder mussten umgeleitet werden. Aufgrund einer Verbotserfügung des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main brach die GdF den Unterstützungsstreik vorzeitig ab. Vier am Stuttgarter Flughafen betroffene Luftverkehrsgesellschaften klagten vor Gericht gegen die streikführende Gewerkschaft auf Schadensersatz wegen ausgefallener, verspäteter oder umgeleiteter Flüge.

Die Klagen wurden vom 1. Senat, wie schon von den Vorinstanzen, abgewiesen. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer widerrechtlichen Eigentumsverletzung in Form einer erheblichen Nutzungsbeeinträchtigung an den Flugzeugen bestehe nicht. Das Recht der Luftfahrtgesellschaften am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB sei ebenfalls nicht verletzt. Der Streik der Fluglotsen ha-

be sich gegen den Betrieb der DFS und nicht gegen die vier Fluggesellschaften gerichtet. Auch die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung i. S. d. § 826 BGB durch den Arbeitskampf bei der DFS lägen nicht vor. (BAG vom 25. August 2015 – 1 AZR 754/13 – siehe auch BAG vom 25. August 2015 – 1 AZR 875/13 – in einem ähnlich gelagerten Fall)

## Anmerkung:

Das BAG hat sich in den beiden Entscheidungen erstmals dazu geäußert, ob Unternehmen, die nicht selbst bestreikt werden, Schadensersatz für die Folgekosten eines Arbeitskampfes verlangen können. Bislang liegt nur eine Pressemitteilung zu dieser Entscheidung vor. Soweit sich aus den vollständigen Urteilsgründen weitere Informationen ergeben, werden wir Sie darüber informieren. ■

# Verhältnis Urlaubs-/ Weihnachtsgeld zum Mindestlohn; Berechnung von Nachtarbeitszuschlägen

In den letzten Wochen sind mehrere spannende Entscheidungen zum Mindestlohngesetz veröffentlicht worden, die sich vor allem mit dem Verhältnis von Urlaubs-/Weihnachtsgeld und Mindestlohn befassen.

1. Gewährt der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter ein zusätzliches Urlaubsgeld, so darf dieses nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden. Werden Nachtarbeitszuschläge gezahlt, sind diese auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns zu berechnen. Ein eventuell vereinbarter niedriger Grundstundenlohn, der nur durch eine „Zulage nach Mindestlohngesetz“ das erforderliche Mindestgehalt erreicht, darf nicht zur Berechnung herangezogen werden.

Zu diesem Ergebnis kam das Arbeitsgericht (ArbG) Bautzen in einem aktuellen Urteil. Zu entscheiden war der Fall einer Montagekraft, die ursprünglich einen Stundenlohn von EUR 7,00 brutto erhielt. Mit Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes (MiLoG) zahlte das sie beschäftigende Unternehmen zusätzlich zur regulären Vergütung eine „Zulage nach MiLoG“ in Höhe von EUR 215,65 brutto pro Monat. Ein mit dem Januar Gehalt zu gewährendes tarifliches Urlaubsgeld für einen Urlaubstag in Höhe von EUR 33,93 brutto

rechnete der Arbeitgeber jedoch auf den Mindestlohnanspruch der Montagekraft an. Darüber hinaus berechnete der Arbeitgeber den zu zahlenden Nachtarbeitszuschlag auf der Basis der regulären Stundenvergütung in Höhe von EUR 7,00. Dagegen wehrte sich der Mitarbeiter vor Gericht und bekam recht.

Nach Auffassung der Richter hätte das Urlaubsgeld zusätzlich zum Mindestlohn gezahlt werden müssen. Eine Anrechnung auf den Mindestlohn sei nicht statthaft. Es dürften nur solche Leistungen auf das Mindestentgelt angerechnet werden, die die „Normalleistung“ des Arbeitnehmers vergüteten, nicht jedoch Zahlungen für überobligatorische Leistungen. Im zu entscheidenden Fall sei das zusätzliche tarifliche Urlaubsgeld nicht für die Normalleistung des Arbeitnehmers gezahlt worden, sondern sollte Zusatzkosten kompensieren, die während eines Erholungsurlaubs entstünden.

Der Nachtarbeitszuschlag hätte auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns in Höhe von EUR 8,50 brutto berechnet werden müssen. Dies ergebe sich zum einen aus dem einschlägigen Manteltarifvertrag, nach dem die Höhe des Zuschlags an den Stundenverdienst anknüpft.

Zum anderen folge dies aus § 6 Abs. 5 ArbZG. Diese Vorschrift bestimmt, dass nachts arbeitende Mitarbeiter einen Anspruch auf einen angemessenen Zuschlag auf das ihnen zustehende Bruttomonatsentgelt haben. Bezugsgröße sei hier das nach dem MiLoG zu zahlende Bruttoarbeitsentgelt. (ArbG Bautzen vom 25. Juni 2015 – 1 Ca 1094/15)

Das ArbG Bautzen schließt sich damit hinsichtlich des Urlaubsgelds der Meinung des ArbG Berlin (vom 4. März 2015 – 54 Ca 14420/14) an, über dessen Entscheidung wir in unserem Update Arbeitsrecht, Ausgabe Juni 2015, berichtet hatten.

2. Zu einem anderen Ergebnis kam jedoch das ArbG Herne. Allerdings war hier über einen besonders gelagerten Fall zu entscheiden.

Der Arbeitsvertrag einer Restaurant-Servicekraft aus dem Jahr 2006 regelte, dass die Mitarbeiterin als freiwillige und jederzeit widerrufliche Leistung ein Weihnachtsgeld und ein zusätzliches Urlaubsgeld nach den innerbetrieblich üblichen Regelungen erhalten soll. Im Falle eines auf Veranlassung der Arbeitnehmerin erfolgten oder von ihr verschuldeten Ausscheidens bis zum 31. März des Folgejahrs war

vorgesehen, dass die Weihnachtsgartifikation zurückzuzahlen ist. Seit dem 1. Januar 2011 wurden ihr das Urlaubs- und Weihnachtsgeld jedoch einvernehmlich monatlich anteilig ausgezahlt. Ihre monatliche Grundvergütung erhöhte sich dementsprechend. Man vereinbarte, dass etwaige Ansprüche auf jährliche Sonderzahlungen ab dem 1. Januar 2011 nicht mehr bestehen und dass etwaige Zusatzbedingungen für die jährlichen Sonderzahlungen entfallen.

Im Januar und Februar 2015, also nach Inkrafttreten des MiLoG, erhielt die Mitarbeiterin ein Grundgehalt, das sich aus drei Komponenten zusammensetzte: dem regulären Stundenlohn, dem anteiligen Weihnachtsgeld sowie dem anteiligen Urlaubsgeld. Insgesamt belief sich ihr Stundenlohn auf EUR 8,49. Dagegen klagte die Arbeitnehmerin. Sie machte geltend, dass Urlaubs- und Weihnachtsgeld nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden dürften und ihr daher weitere Gehaltszahlungen zustünden.

Das ArbG Herne sprach ihr im Ergebnis aber nur einen Anspruch im Hinblick auf den um EUR 0,01 unterschrittenen Mindeststundenlohn zu. Die Anrechnung des Urlaubs- und Weihnachtsgelds sei in diesem Falle rechtmäßig gewesen. Nach der Gesetzesbegründung zum Mindestlohngesetz seien Leistungen wie Weihnachtsgeld oder zusätzliches Urlaubsgeld (ausnahmsweise) als Bestandteil des Mindestlohns zu qualifizieren, wenn diese Zahlungen monatlich (siehe dazu die Fristenregelung des § 2 Abs. 1 MiLoG) und unwiderruflich ausgezahlt würden. Der Gesetzgeber verweise insoweit auf die Rechtsprechung des EuGH und des BAG zur Entsenderichtlinie sowie zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Diese Rechtsprechung sei

auf den gesetzlichen Mindestlohn zu übertragen und deshalb auch für die Auslegung des MiLoG maßgeblich.

Das Gericht stellte ferner fest, dass im vorliegenden Fall dahinstehen könne, ob die ursprünglich zwischen den Parteien vereinbarte Widerruflichkeit der Weihnachts- und Urlaubsgeldzahlungen durch die Änderungsvereinbarung aufgehoben worden sei. Denn soweit derartige Leistungen zum Fälligkeitszeitraum monatlich gezahlt würden, würden sie bereits dadurch unwiderruflich, dass der Arbeitgeber nur mit diesen Zahlungen den gesetzlichen Mindestlohnanspruch erfülle. Damit bleibe die Zahlung mindestlohnrelevant; eine etwaige Rückzahlungsklausel könne sich deshalb nicht mehr auf diesen Gehaltsbestandteil beziehen. (ArbG Herne vom 7. Juli 2015 – 3 Ca 684/15)

3. Das LAG Berlin-Brandenburg wiederum hatte über mehrere Fälle zu entscheiden, in denen die Arbeitnehmer laut ihren Arbeitsverträgen neben einem Stundenentgelt, das den Mindestlohn unterschritt, eine Sonderzahlung zum Jahresende und ein zusätzliches Urlaubsgeld erhielten. Der Arbeitgeber wollte diese Leistungen mit Inkrafttreten des MiLoG durch eine Änderungskündigung streichen. Stattdessen sollte ein neuer Stundenlohn in Höhe des Mindestlohns bzw. geringfügig darüber gezahlt werden. Die Mitarbeiter wehrten sich vor Gericht und machten die Unwirksamkeit der Änderungskündigungen geltend. Sie bekamen recht.

Die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns rechtfertigt keine Änderungskündigung zwecks Streichung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld, das der Arbeitgeber bisher zusätzlich zu einem Stundenlohn unterhalb des Min-

destlohns gezahlt habe. Bei dem zusätzlichen Urlaubsgeld und bei der Sonderzahlung zum Jahresende handele es sich um vom Arbeitgeber zusätzlich gezahlte Leistungen, die nicht im engeren Sinne die Arbeitsleistung vergüten sollen, sondern weitere Zwecke (Kompensation für erhöhte Aufwendungen im Urlaub/zu Weihnachten) erfüllen. Arbeitgeber dürften sie daher nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn anrechnen. Die Streichung dieser Leistungen durch eine Änderungskündigung sei nur möglich, wenn der Fortbestand des Betriebs bedroht sei. Dies sei hier aber nicht der Fall gewesen. (LAG Berlin-Brandenburg vom 2. Oktober 2015 – 9 Sa 570/15 u. a.)

### Zusammenfassung:

Es lässt sich also festhalten, dass alles, was als Gegenleistung für die Normalleistung entrichtet wird, auf den Mindestlohn angerechnet werden darf. Urlaubs- und Weihnachtsgeld sind daher grundsätzlich nicht anrechenbar. Eine Ausnahme gilt nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung dann, wenn diese Gelder regelmäßig monatlich und unwiderruflich ausgezahlt werden. Unwiderruflich sind derartige Leistungen automatisch dann, wenn der Arbeitgeber nur mit diesen Zahlungen den Mindestlohnanspruch erfüllt.

In der Praxis sind Arbeitgeber bei „mindestlohnnahe“ Arbeitsverhältnissen daher gut beraten, wenn sie Weihnachts- und Urlaubsgeld auf die monatliche Grundvergütung umlegen und vorbehaltlos an ihre Mitarbeiter auszahlen. Soweit dies noch nicht der Fall ist, muss allerdings die Zustimmung der Mitarbeiter für eine solche Änderung des Arbeitsvertrags vorliegen. ■

# Kein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei Unterschreitung des Mindestlohns

Vor jeder Einstellung, Ein-/Umgruppierung und Versetzung ist grundsätzlich die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen. Dieser kann eine solche u. a. dann verweigern, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Unfallverhütungsvorschrift, gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung verstößt (§ 99 Abs. 2 BetrVG). Nach einem Beschluss des ArbG Dessau-Roßlau kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Eingruppierung eines neuen Mitarbeiters jedoch nicht mit der Begründung verweigern, die tarifliche Vergütung unterschreite den gesetzlichen Mindestlohn.

Bei einem Kreisverband des Deutschen Roten Kreuzes sollte ein Rettungssanitäter eingestellt und nach einer bestimmten Entgeltgruppe vergütet werden. Der Betriebsrat widersprach dieser Eingruppierung. Die Voraussetzungen für die Eingruppierung in die Vergütungsgruppe lagen zwar nach Einschätzung des Betriebsrats vor, die Bezahlung nach dieser Vergütungsgruppe befand sich aber unterhalb der gesetzlichen Mindestlohngrenze. Der Betriebsrat argumentierte, dass damit ein zur Zustimmungsverweigerung berechtigender Gesetzesverstoß vorliege.

Der Kreisverband beantragte vor Gericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und hatte damit Erfolg.

Nach Auffassung des ArbG Dessau-Roßlau hat der Betriebsrat die Zustimmung zur Eingruppierung des Rettungssanitäters zu Unrecht verweigert. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts bei einer Eingruppierung sei nur die Kontrolle einer Vertragsbedingung. Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG greife daher nur, wenn die Einstufung in eine durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung festgelegte Vergütungsgruppenregelung dem Tarifvertrag bzw. der Betriebsvereinbarung widerspreche. Die Eingruppierung nach einer unwirksamen Vergütungsordnung sei zwar grundsätzlich als Gesetzesverstoß anzusehen, der zur Zustimmungsverweigerung berechtige. Die hier streitige Vergütungsordnung sei jedoch nicht insgesamt unwirksam. Denn nach § 3 MiLoG seien Vereinbarungen lediglich „insoweit“ unwirksam, als sie den Anspruch auf Mindestlohn unterschritten. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien von den übrigen Regelungen des Tarifvertrags Abstand genommen

hätten, wenn sie diese Teilnichtigkeit erkannt hätten (§ 139 BGB). Im Übrigen sei es Aufgabe der Tarifvertragsparteien und nicht des Betriebsrats, die Vereinbarkeit der Tabellenentgelte mit dem MiLoG sicherzustellen. Es könne auch nicht sein, dass Eingruppierungen und damit praktisch auch Einstellungen nicht vorgenommen werden könnten, solange die Tarifvertragsparteien die Tabellenentgelte nicht an das MiLoG angepasst hätten. Wann und wie die Anpassung an die Rechtslage erfolge, sei Sache der Tarifvertragsparteien und dürfe durch die Betriebsverfassungsorgane grundsätzlich nicht beeinflusst werden. Die betroffenen Arbeitnehmer seien trotzdem nicht schutzlos gestellt. Ihnen stünde ein unmittelbarer Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Aufstockung des Tabellenentgelts bis zur Höhe des gesetzlichen Mindestlohns zu. ■ (ArbG Dessau-Roßlau vom 12. August 2015 – 10 BV 4/15)

# Zeitarbeitnehmer zählen für Art der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer

Das BAG hat in einem bisher nur als Pressemitteilung veröffentlichten Beschluss entschieden, dass wahlberechtigte Zeitarbeitnehmer auf Stammarbeitsplätzen für den Schwellenwert von in der Regel mehr als 8.000 Arbeitnehmern mitzuzählen sind. Ab dieser Grenze ist die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer grundsätzlich als Delegiertenwahl durchzuführen.

Hintergrund der Entscheidung war der folgende: Bei einem Arbeitgeber fanden Aufsichtsratswahlen statt. Diese sollten – wie in § 9 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) für Unternehmen mit mehr als 8.000 Arbeitnehmern festgelegt – über Delegierte stattfinden. Dagegen klagten mehrere Arbeitnehmer. Sie vertraten die Auffassung, dass die Wahl unmittelbar, also ohne Delegierte, durchzuführen sei, da der Schwellenwert von 8.000 Arbeitnehmern nur unter Einbeziehung von 444 auf Stammarbeitsplätzen eingesetzten wahlberechtigten Zeitarbeitnehmern erreicht worden sei. Entscheidend war also, ob diese mitgezählt werden durften oder nicht.

Die Bundesrichter bejahten dies für Zeitarbeitnehmer, obwohl diese Mitarbeiter des Verleiherbetriebs und nicht des Entleiher sind, bei dem die Aufsichtsratswahlen stattfanden. Voraussetzung sei aber, dass die Zeitarbeitnehmer zum einen auf

Stammarbeitsplätzen beschäftigt würden und zum anderen wahlberechtigt seien. Dies ist gemäß § 7 Satz 2 BetrVG der Fall, wenn sie länger als drei Monate beim Entleiher eingesetzt werden. Die Klage der Arbeitnehmer wurde daher abgewiesen.

Dies begründen die Richter mit einer „normzweckorientierten“ Auslegung des gesetzlichen Schwellenwerts. Mit derselben Argumentation hatte das BAG auch schon für andere Schwellenwerte, bei denen es maßgeblich auf die Anzahl von Arbeitnehmern ankommt, entschieden, so z. B. bei der Ermittlung der Unternehmensgröße i. S. v. § 111 Satz 1 BetrVG (BAG vom 18. Oktober 2011 – 1 AZR 335/10) und für die Größe des Betriebsrats i. S. v. § 9 BetrVG (BAG vom 13. März 2013 – 7 ABR 69/11). Ausdrücklich offengelassen hat das Gericht, ob Zeitarbeitnehmer auch bei anderen Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung in die Berechnung einbezogen werden müssen (BAG vom 4. November 2015 – 7 ABR 42/13).

## Anmerkung:

In der ordentlichen Gerichtsbarkeit wurde im Hinblick auf Schwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung zuletzt durch das Hanseatische Oberlandesgericht

Hamburg (OLG Hamburg) entschieden, dass Zeitarbeitnehmer bei der Ermittlung des Schwellenwerts für die paritätische Besetzung des Aufsichtsrats nicht zu berücksichtigen seien (OLG Hamburg vom 31. Januar 2014 – 11 W 89/13). Dabei hatte das OLG sich ausdrücklich mit den zuvor zitierten Urteilen des BAG zu §§ 9, 111 Satz 1 BetrVG auseinandergesetzt, diese Rechtsprechung jedoch abgelehnt. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) hierzu steht allerdings noch aus.

Sollte der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zur Reform der Regulierung des Fremdpersonaleinsatzes allerdings – wie oben dargestellt – Gesetz werden, hätte sich diese Problematik ab dem 1. Januar 2017 ohnehin erledigt. Denn ab diesem Zeitpunkt wäre gesetzlich festgelegt, dass Zeitarbeitnehmer bei der unternehmerischen Mitbestimmung wie die Stammebelegschaft zählen. ■

# CMS-Tool Fremdpersonaleinsatz

Bei rechtswidrigem Fremdpersonaleinsatz droht Unternehmen die Nachzahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) zuzüglich Säumniszuschlägen, die noch einmal bis zur Hälfte der Nachzahlungsbeiträge reichen können. Außerdem wird mit dem Scheinselbstständigen oder dem verdeckt und ohne entsprechende Erlaubnis an das Einsatzunternehmen überlassenen Werkvertragsmitarbeiter ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung begründet – gleich ob dies von den Beteiligten gewünscht ist oder nicht.

Für den rechtswidrigen Einsatz von Fremdpersonal können darüber hinaus die verantwortlichen Personen im Unternehmen persönlich haftbar gemacht werden; ihnen droht ein Strafverfahren wegen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen. Eine mangelhafte Organisation und Kontrolle von Fremdpersonaleinsatz kann von der Justiz als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Ermitteln erst einmal die Staatsanwaltschaft oder der Zoll und wird dies öffentlich, kann letztlich auch der gute Ruf eines Unternehmens Schaden nehmen.

Daher ist es wichtig, genau zwischen echter freier Mitarbeit und Scheinselbstständigkeit sowie Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung ab-

zugrenzen. Mit einem IT-gestützten Produkt helfen wir Ihnen dabei, eine ebenso schnelle wie zuverlässige Erstprüfung zum Einsatz von Fremdpersonal in Ihrem Unternehmen vorzunehmen.

Weitere Informationen zu diesem Thema sowie zu unserem Tool erhalten Sie unter:

[www.cms-hs.com/onlineservices/fremdpersonaleinsatz/pages/default.aspx](http://www.cms-hs.com/onlineservices/fremdpersonaleinsatz/pages/default.aspx)

## **Online-Fragebogen: Risikoanalyse Know-how-Schutz**

Voraussichtlich Anfang nächsten Jahres tritt eine EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Kraft, die spürbare Rechtsänderungen für Unternehmen mit sich bringt (siehe dazu auch unseren Schwerpunkt). Gemäß dem aktuellen Richtlinienentwurf kann sich auf einen Geheimnisschutz künftig jedoch nur noch derjenige erfolgreich berufen, der darlegen und beweisen kann, dass die fraglichen Informationen „Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ waren. Um die Anforderungen der Richtlinie zu erfüllen, müssen Unternehmensverantwortliche ihren Geheimnis- und Know-how-Schutz auf den Prüfstand stellen und ggf. geeignete Maßnahmen ergreifen. Andernfalls droht der

Verlust des Rechtsschutzes gegen Geheimnisverrat und Betriebsespionage. Das Thema betrifft alle Branchen. Es handelt sich um eine Kernaufgabe des Informationsmanagements im Unternehmen, die nicht durch bloße Maßnahmen zur IT-Sicherheit oder im Rahmen der Patentadministration abgedeckt werden kann.

Weitere Informationen zu diesem komplexen Thema erhalten Sie auf unserer Homepage:

[www.cms-hs.com/onlineservices/know-how-schutz/pages/default.aspx](http://www.cms-hs.com/onlineservices/know-how-schutz/pages/default.aspx)

Mit unserem Online-Fragebogen können Sie darüber hinaus in zehn Minuten prüfen, wie gut in Ihrem Unternehmen die Geschäftsgeheimnisse geschützt sind und ob Handlungsbedarf für den Schutz von Know-how besteht:

[www.know-how-protect.de](http://www.know-how-protect.de)

## **Kostenlose MiLoG-App des BMAS zur Übermittlung der Arbeitszeiten**

Das BMAS bietet eine kostenlose App zur Erfassung und Übermittlung von Arbeitszeiten an. Auf diese Art und Weise kann der Arbeitgeber seinen Aufzeichnungspflichten nach dem MiLoG nachkommen. Laut BMAS funktioniert die App wie folgt:



Der Arbeitnehmer lädt die App auf sein Mobiltelefon. Die Erfassung der Arbeitszeit erfolgt durch Drücken eines Start/Stopp-Knopfes unter Nutzung der Systemzeit des Telefons. Die Pausenzeiten können durch Betätigung des Pausenknopfes manuell erfasst werden. Geschieht dies bis zum Ende des Arbeitstags nicht, kann die gesetzlich vorgeschriebene Pausenzeit automatisch abgezogen werden. Am Ende des Arbeitstags erfolgt die Addition der Zeiten zu einer Gesamtdauer.

Die Speicherung der erfassten Daten erfolgt lokal in der App. Eine Übermittlung der erfassten Arbeitszeiten erfolgt unverschlüsselt an eine vom Arbeitnehmer eingetragene E-Mail-Adresse des Arbeitgebers, bei der die Daten zusammenlaufen. Über gesetzte Sortierregeln im E-Mail-Programm kann der Arbeitgeber eine einfache und schnelle Ablage der E-Mails für seine Beschäftigten organisieren und sie bei Bedarf der Kontrollbehörde vorlegen.

Jeder Arbeitgeber muss für sich entscheiden, ob er diese App für sich nutzbar machen möchte. Weitere Infos unter:

[www.der-mindestlohn-wirkt.de/ml/de/service/app-zeiterfassung/inhalt.html](http://www.der-mindestlohn-wirkt.de/ml/de/service/app-zeiterfassung/inhalt.html) ■

# Veröffentlichungen

**Dr. Alexander Bissels/Kira Falter/Dr. Hannah Krings**, „Gesetzlicher Mindestlohn: Keine Haftung des Auftraggebers für insolvente Nachunternehmer“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2015, S. 1962 ff.

**Dr. Alexander Bissels/Dr. Isabel Meyer-Michaelis, LL. M. oec.**, „Arbeiten 4.0 – Arbeitsrechtliche Aspekte einer zeitlich-örtlichen Entgrenzung der Tätigkeit“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2015, S. 2331 ff.

**Dr. Andrea Bonanni/Dr. Tanja Hiebert**, „Errichtung eines Betriebsrats ohne demokratische Legitimation“, Aufsatz in der Zeitschrift Arbeits-Rechtsberater 2015, S. 282 ff.

**Carsten Domke, LL. M./Deniz Nikolaus, LL. M.**, „Bonusregelung und Freiwilligkeitsvorbehalt – wie passt das zusammen?“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2015, S. 2015

**Dr. Angela Emmert/Dr. Johannes Traut**, „Mindestlohn im Sachverständigen-, Ingenieur- und Architektenbüro – Herausforderungen und Praxistipps“, Aufsatz in der Zeitschrift Bauzentrum E-Bau 2015, Heft 5, S. 74 f.

**Kira Falter/Amelie Schäfer**, „Irrt die Deutsche Rentenversicherung? – Indizien für das Vorliegen von freier Mitarbeit bleiben weiterhin nur Indizien“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2015, S. 2091

**Prof. Dr. Björn Gaul/Dietrich Boewer**, „Aktuelles Arbeitsrecht“, Band 1/2015, Verlag Dr. Otto Schmidt 2015

**Dr. Christopher Jordan/Pauline Moritz/Dr. Christine Löw**, „Mitbestimmung des Betriebsrats bei Projektwechsel im Call-Center“, Aufsatz in der Zeitschrift Betriebs-Berater 2015, S. 2549

**Andreas Josupeit/Dr. Christoph von Eiff, EMBA**, „Ausländische Arbeitnehmer sind bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen“, Aufsatz in der Zeitschrift Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2015, S. 209

**Dr. Sören Langner, LL. M.**, Mitautor des Buchs „Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz“ von Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 7. Auflage 2016, Verlag C.H.Beck

**Dr. Martin Lützeler/Desirée Kopp**, „HR mit System: Bewerbungsmanagement-Tools“, Aufsatz in der Zeitschrift Arbeitsrecht Aktuell 2015, Heft 20, S. 491

**Dr. Oliver Simon/Dr. Maximilian Koschker, LL. M.**, „Bedingt zukunfts-tauglich“, Aufsatz in der Zeitschrift Human Resources Manager 2015, Heft 4, S. 96 ff.

**Dr. Antje-Kathrin Uhl/Eva Schäfer-Wallberg**, „Mindestlohn greift auch bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen“, Aufsatz in der Zeitschrift Der Betrieb 2015, S. 2515

**Dr. Gerlind Wisskirchen (Hrsg.), Bissels, Domke, Kuhn, Lützeler, Schiller, Schumacher, Siegel, Simon, Wisskirchen**, Mitautoren des Handbuchs „Konzernarbeitsrecht“, Verlag C.H.Beck, 2015

**Dr. Gerlind Wisskirchen/Dr. Martin Lützeler**, „Labour and Employment Compliance in Germany, International Labour and Employment Compliance Handbook“, third edition, Wolters Kluwer, 2015

# Vorträge

## „Sieger im Kampf um die Talente – Die Zukunft der Mitarbeitergewinnung“

- **Dr. Alexander Bissels,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 10. Februar 2016 in Köln
- **Dr. Nina Hartmann,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 2. Februar 2016 in München
- **Dr. Sören Langner, LL. M.,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 23. Februar 2016 in Berlin
- **Bernd Roock,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 24. Februar 2016 in Hamburg
- **Dr. Antje-Kathrin Uhl,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 3. Februar 2016 in Stuttgart
- **Yvonne Wolfgramm,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 9. Februar 2016 in Frankfurt/Main

## „Gesundheit & Familie & Performance – Work-Life-Balance war vorgestern“

- **Prof. Dr. Marion Bernhardt,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 27. April 2016 in Berlin
- **Dr. Alexander Bissels,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 20. April 2016 in Köln
- **Carsten Domke, LL. M.,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 19. April 2016 in Frankfurt/Main
- **Martina Hidalgo,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 12. April 2016 in München
- **Dr. Achim Lindemann,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 13. April 2016 in Stuttgart
- **Bernd Roock,**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 26. April 2016 in Hamburg
- **Dr. Antje-Kathrin Uhl/  
Dr. Dagmar Unger-Hellmich**  
Vortrag für den HR Fitness Club am 28. April 2016 in Leipzig

## Dr. Angela Emmert, „Haftungen aktuell – Keine Nachlässigkeit beim Nachunternehmereinsatz! – Risikobegrenzung und Praxistipps“

Seminar für die Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen am 20. Januar 2016 in Frankfurt/Main

## Prof. Dr. Björn Gaul, „Aktuelle Fragen der Arbeitsrechtspraxis – Schwerpunkt Kündigungsrecht“

Vortrag für die AnwaltService Stuttgart GmbH am 11. Dezember 2015 in Stuttgart

## Dr. Björn Otto, „Betriebsübergang, Betriebsänderung und Outsourcing“

Vortrag für die Haufe Akademie am 29. Februar 2016 in Köln und am 13. Mai 2016 in München

## Dr. Oliver Simon, „Mindestlohngesetz“

Vortrag für die IHK Stuttgart am 14. Dezember 2015 in Stuttgart

## Dr. Johannes Traut, „Arbeitszeugnisse“

Seminar für die Technische Akademie Wuppertal am 12. April 2016 in Wuppertal

## Impressum

Das Update Arbeitsrecht wird verlegt von CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB.

CMS Hasche Sigle  
Lennéstraße 7  
10785 Berlin

Verantwortlich für die fachliche Koordination:

Dr. Alexander Bissels  
CMS Hasche Sigle  
Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18  
50678 Köln

Martina Hidalgo  
CMS Hasche Sigle  
Nymphenburger Straße 12  
80335 München

Dr. Stefanie Klein-Jahns  
CMS Hasche Sigle  
Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18  
50678 Köln

Dr. Franziska Reiß  
CMS Hasche Sigle  
Breite Straße 3  
40213 Düsseldorf

## Rechengrößen der Sozialversicherung 2016

– Bedarf noch der Zustimmung des Bundesrats –

	2015				2016			
	West Monat	Jahr	Ost Monat	Jahr	West Monat	Jahr	Ost Monat	Jahr
<b>Beitragsbemessungsgrenze</b> (Rentenversicherung)*	EUR 6.050	EUR 72.600	EUR 5.200	EUR 62.400	EUR 6.200	EUR 74.400	EUR 5.400	EUR 64.800
<b>Beitragsbemessungsgrenze</b> (Knappschaft)*	EUR 7.450	EUR 89.400	EUR 6.350	EUR 76.200	EUR 7.650	EUR 91.800	EUR 6.650	EUR 79.800
<b>Beitragsbemessungsgrenze</b> (Arbeitslosenversicherung)*	EUR 6.050	EUR 72.600	EUR 5.200	EUR 62.400	EUR 6.200	EUR 74.400	EUR 5.400	EUR 64.800
<b>Beitragsbemessungsgrenze</b> (Kranken- und Pflegeversicherung)*	EUR 4.125	EUR 49.500	EUR 4.125	EUR 49.500	EUR 4.237,50	EUR 50.850	EUR 4.237,50	EUR 50.850
<b>Versicherungspflichtgrenze</b> (Kranken- und Pflegeversicherung)**	EUR 4.575	EUR 54.900	EUR 4.575	EUR 54.900	EUR 4.687,50	EUR 56.250	EUR 4.687,50	EUR 56.250
<b>Bezugsgröße in der Sozialversicherung***</b>	EUR 2.835	EUR 34.020	EUR 2.415	EUR 28.980	EUR 2.905	EUR 34.860	EUR 2.520	EUR 30.240
<b>Geringfügigkeitsgröße</b>	EUR 450		EUR 450		EUR 450		EUR 450	

\* Hierbei handelt es sich um den Maximalbetrag, bis zu dem in der jeweiligen Sozialversicherung Beiträge erhoben werden dürfen. Der Einkommensanteil, der über diesem Grenzbetrag liegt, ist beitragsfrei.

\*\* Eine private Krankenversicherung darf gewählt werden, wenn im vergangenen Jahr die Versicherungspflichtgrenze überschritten wurde und auch im aktuellen Kalenderjahr noch überschritten wird.

\*\*\* In der gesetzlichen Krankenversicherung ist diese Bezugsgröße beispielsweise Grundlage für die Festsetzung der Mindestbeitragsbemessungsgrundlage für freiwillige Mitglieder und des Mindestarbeitsentgelts. In der gesetzlichen Rentenversicherung stellt die Bezugsgröße die Grundlage für die Beitragsberechnung versicherungspflichtiger Selbstständiger dar.

## Sozialabgaben

Versicherung		Gesamtkosten (Höchstbetrag)	Arbeitgeberanteil (Höchstbetrag)	Arbeitnehmeranteil (Höchstbetrag)
<b>Rentenversicherung</b>	18,7 %	EUR 1.159,40 (West) EUR 1.009,80 (Ost)	EUR 579,70 (West) EUR 504,90 (Ost)	EUR 579,70 (West) EUR 504,90 (Ost)
<b>Arbeitslosenversicherung</b>	3,0 %	EUR 186 (West) EUR 162 (Ost)	EUR 93 (West) EUR 81 (Ost)	EUR 93 (West) EUR 81 (Ost)
<b>Krankenversicherung</b>	14,6 % + X****	EUR 618,68	EUR 309,34 (7,3 %)	EUR 309,34 (7,3 % + (X))
<b>Pflegeversicherung für Beitragszahler mit Kind</b>	2,35 %	EUR 99,58	EUR 49,79	EUR 49,79
<b>Pflegeversicherung für Beitragszahler ohne Kind</b>	2,35 % +0,25 % für AN	EUR 110,18	EUR 49,79	EUR 60,39

\*\*\*\* 14,6 % paritätisch finanzierter Beitragssatz + zusätzlicher Beitragssatz von (X) %, der von den Arbeitnehmern allein zu tragen ist. Arbeitgeberbeitrag wird auf 7,3 % festgeschrieben.

## C/M/S/ Law-Now™

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.

[www.cms-lawnow.com](http://www.cms-lawnow.com)

## C/M/S/ e-guides

Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.

[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)

---

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

[www.cmslegal.com](http://www.cmslegal.com)

### CMS-Standorte:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und die in ihr enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle oder an den Herausgeber. CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

---

[www.cmslegal.com](http://www.cmslegal.com)