

Gut vernetzt. Das Potsdamer Personalforum



19. November 2019

Gut vernetzt. Das Potsdamer Personalforum

Tagesordnung

1. **Teilhabechancengesetz: Chancen auch für Arbeitgeber**
2. **Fachkräfteeinwanderungsgesetz: Unterstützung bei der Fachkräftesicherung**
3. **Fehlzeitmanagement: Maßnahmen zur Reduzierung von Fehlzeiten der Mitarbeiter**
4. **Arbeitnehmerüberlassung – Werkverträge – Scheinselbständigkeit: eine schwierige Abgrenzung**
5. **Rechtsprechungsübersicht**

19. November 2019

TOP 1

Teilhabechancengesetz: Chancen auch für Arbeitgeber

TOP 2

Fachkräfteeinwanderungsgesetz: Unterstützung bei der Fachkräftesicherung

TOP 2

Fachkräfteeinwanderungsgesetz: Unterstützung bei der Fachkräftesicherung



19.11.2019 | Elmar Stollenwerk

Ausgangssituation

Die Zukunft des Wirtschaftsstandorts Deutschland hängt in entscheidendem Maße von gut qualifizierten Fachkräften ab.

Die Zahl der **offenen Stellen** und die **sozialversicherungspflichtige Beschäftigung** sind auf **Rekordniveau**, die **Arbeitslosigkeit** mit **4,9 %** auf dem niedrigsten Stand seit der Wiedervereinigung.

Ausgangssituation

Gleichzeitig wird die Zahl der **Menschen im erwerbsfähigen Alter** von 20 bis 65 Jahren **bis 2040** voraussichtlich um **rd. 6 Mio.** auf unter 44 Mio. **abnehmen**.

Arbeitskräfteengpässe sind überall spürbar und werden allein schon aufgrund der demografischen Entwicklung weiter zunehmen.

Der Engpass an Fachkräften ist inzwischen kein konjunkturelles, sondern größtenteils ein strukturelles Problem.

Ausgangssituation

Es ist für die deutsche Wirtschaft zentral, die Rahmenbedingungen für die Zuwanderung von Fachkräften durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz zu verbessern.

Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz ist daher längst überfällig.

Ab wann gelten die neuen Regelungen?

Der Gesetzentwurf wurde am 7. Juni 2019 in dritter Lesung durch den Bundestag verabschiedet.

Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz wird am **1. März 2020** in Kraft treten.

Was verändert sich mit dem Fachkräfteeinwanderungsgesetz?

Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz schafft den Rahmen für die **Einwanderung** von **qualifizierten Fachkräften** aus **Drittstaaten** nach Deutschland.

Im Wesentlichen bringt das Fachkräfteeinwanderungsgesetz folgende Neuerungen:

Wer ist Fachkraft im Sinne des Gesetzes?

Als Fachkraft gelten drittstaatsangehörige Ausländer, die über

- **einen deutschen Hochschulabschluss**
- **einen anerkannten ausländischen Hochschulabschluss oder**
- **einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen verfügen**

Wer ist Fachkraft im Sinne des Gesetzes?

Als Fachkraft gelten ferner drittstaatsangehörige Ausländer, die

- **eine inländische qualifizierte Berufsausbildung** oder
- **eine mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung gleichwertige ausländische Berufsqualifikation** besitzen.

Sie können eine **Beschäftigung als Fachkraft** ausüben, zu der die erworbene Qualifikation sie befähigt.

Voraussetzung ist für beide Gruppen, dass eine **Anerkennung ihrer Qualifikation** vorliegt.

Wer ist Fachkraft im Sinne des Gesetzes?

IT-Spezialisten können unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne formalen Abschluss Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten.

Unqualifizierten oder Niedrigqualifizierten bietet das Gesetz **keine** neuen Möglichkeiten für einen **Zugang zum Arbeitsmarkt** in Deutschland.

Erleichterter Einstieg in den Arbeitsmarkt

Der Einstieg in den Arbeitsmarkt wird erleichtert:

Kann die qualifizierte Fachkraft einen **Arbeitsvertrag und** eine in Deutschland **anerkannte Qualifikation** vorweisen, dann **entfällt** die sog. **Vorrangprüfung**.

Vorrangprüfung

Bei der Vorrangprüfung wird durch die Bundesagentur für Arbeit geprüft, ob die **konkrete Stelle** mit einer **in Deutschland** arbeitsuchend **gemeldeten Person besetzt werden kann**.

Die Vorrangprüfung gilt als bestanden, wenn der **Arbeitgeber** gut begründen kann, dass es unter den bevorrechtigten Arbeitslosen **keine geeigneten Bewerberinnen und Bewerber gibt**.

Fachkräften mit beruflicher Bildung

Bei Fachkräften mit beruflicher Bildung **entfällt** die bisherige **Begrenzung auf Engpassberufe** (Mangelberufe).

Mit einer anerkannten Berufsausbildung steht künftig auch diesen Fachkräften der Zugang zu qualifizierten Beschäftigungen offen, zu denen sie ihre Qualifikation befähigt.

Einreise zur Arbeitsplatzsuche

Die **Einreise zur Arbeitsplatzsuche** wird auch Fachkräften mit qualifizierter Berufsausbildung ermöglicht.

Voraussetzung dafür sind **Deutschkenntnisse** und die **Lebensunterhaltssicherung** in Deutschland.

Aufenthalt für Qualifizierungsmaßnahmen

Die Möglichkeiten zum Aufenthalt für Qualifizierungsmaßnahmen in Deutschland werden verbessert.

Qualifizierungsmaßnahmen können im Rahmen von Vermittlungsabsprachen der Bundesagentur für Arbeit (BA) **vollständig im Inland** durchgeführt werden.

Neuerungen für Geduldete?

Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz selbst enthält keine Regelungen für Geduldete. Neuerungen ergeben sich durch das **Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung**.

Für diejenigen, bei denen die **Ausreisepflicht nicht durchgesetzt** werden kann und die durch **lange Beschäftigung**, deutsche **Sprachkenntnisse** und **Gesetzestreue** gut integriert sind, gibt es durch dieses Gesetz Rechtssicherheit mit einem neuen verlässlichen Status.

Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung

Nach **30 Monaten** und bei **Vorliegen der Voraussetzungen** kann diese neue Beschäftigungsduldung in eine **Aufenthaltserlaubnis** führen.

Zudem wird die bereits bestehende Ausbildungsduldung auf staatlich anerkannte oder vergleichbar geregelte Helferberufe ausgeweitet. Klarere Kriterien sollen eine bundesweit einheitliche Anwendung sicherstellen.

TOP 3

Fehlzeitmanagement: Maßnahmen zur Reduzierung von Fehlzeiten der Mitarbeiter

Unternehmensverbände Berlin-Brandenburg für eine starke Wirtschafts- und Arbeitsmarktregion



Fehlzeitmanagement

Maßnahmen zur Reduzierung von Fehlzeiten der Mitarbeiter

19.11.2019 | Jutta Wiedemann & Robert Schulte

A) Möglichkeiten

- Verstärkt Unfälle verhüten
- Fehlzeitenanalyse durchführen
- Personal gezielt auswählen
- Arbeitszeiten flexibler gestalten
- Arbeitsplatz verbessern
- Mitarbeitergespräche führen

B) Welche Kennzahlen werden im Fehlzeitmanagement verwendet?

- Fehlzeiten erfassen
- Analyse, Bewertung, Kritik

C) Welche Rolle hat die Führungskraft?

- Sensibilisierung / Motivation
- Rückkehr- und Fehlzeitengespräche
- Gestaltung der betrieblichen Gesundheitskultur

D) Möglichkeiten einer Anwesenheitsprämie?

E) Nur für VME:

Tariflicher Ansatz über TV betriebliche Sonderzahlung

Möglichkeit 1: Verstärkte Unfallverhütung

So mancher Krankenstand ist hausgemacht, d.h., am Arbeitsplatz werden Sicherheitsvorkehrungen missachtet oder potenzielle Unfallquellen nicht wahrgenommen.

Fragen Sie sich:

- Gibt es im Unternehmen einen Sicherheitsbeauftragten?
- Wurden Standards bei der Arbeitssicherheit eingeführt? Werden diese kontrolliert und eingehalten?
- Kennt jeder Mitarbeiter die Kriterien und Standards zur Sicherheit?
- Wird die Wachsamkeit der Belegschaft dahingehend geschult potenzielle Unfallquellen zu erkennen und zu melden?
- Tragen Mitarbeiter in Gefahrenzonen Schutzkleidung?
- Wird regelmäßig die Funktionstüchtigkeit geprüft?

Möglichkeit 2: Fehlzeitenanalyse durchführen

Durch die Analyse der Fehlzeiten werden die Einflussfaktoren aufgedeckt. Denn um überhaupt Präventivmaßnahmen ergreifen zu können, müssen Sie als Führungskraft wissen, welche Ursachen im Unternehmen selbst liegen.

Hierbei helfen:

- Betriebsarzt
- Krankenkassen

Die Bewertung der Fehlzeiten ist sehr problematisch, daher im 3. Teil dieses Vortrags.

Möglichkeit2: Fehlzeitenanalyse durchführen

Welche Krankheiten sind für Ihr Unternehmen typisch?

- Welche Krankheiten treten immer wieder im Team bzw. im Unternehmen auf?
- Wie vertraut sind Sie mit dem Krankheitsbild bzw. den potenziellen Auslösern für die Krankheit(en)?
- Welche Rückschlüsse können Sie aus diesen Auslösern auf den Arbeitsplatz ziehen?
- Gibt es hier Auslöser und Einflussfaktoren, die diese Krankheiten bedingen und hervorrufen können?
- Wie können diese Auslöser minimiert werden?

Möglichkeit 3: Personal gezielt auswählen (intern/extern)

So manche Krankheit ist psychosomatisch bedingt, d.h. Frust, Demotivation, Über- und Unterforderung am Arbeitsplatz.

Zufriedene Mitarbeiter werden weniger krank.

- Passt der Bewerber auch mit seinen sozialen Kompetenzen und Werten ins Unternehmen? „Cultural Fit“
- Wer ist für welche Aufgabe am besten geeignet? Kompetenzen
- Wer ist in seinem Arbeitsbereich über- bzw. unterfordert?
- Wer hat Entwicklungsziele und will entsprechend gefördert werden?
- Wer ist im Team nicht wirklich integriert?
- Systematisches On-Boarding (wie Tandem, Kommunikation...)



© Fotolia 2017 / lev dolgachov

Möglichkeit 4: Arbeitszeiten flexibler gestalten

Überlegen Sie:

- Wie können Arbeitsabläufe so strukturiert werden, dass eine größere Flexibilität bei den Arbeitszeiten erreicht werden kann?
- Wie können Kundenservice und flexible Arbeitszeiten gewinnbringend aufeinander abgestimmt werden?
- Wer hat Familie und Kinder, die betreut werden müssen? Welche Arbeitszeiten sind hier gewünscht?
- Wer ist gar an einem mobilen Arbeitsplatz interessiert und hilft dies?

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
9	n			S	S	S	S
1	n			S	S	S	S
2	⚡	F	F	F	F		
3	S	S	S			F	F
4	F	F		N	N	N	N
5			F	F	F		
6	n	n	n			F	F
7	F			S	S	S	S
8	⚡	n	n	n			
9	S	S	S	⚡	n	n	n

Möglichkeit 5: Arbeitsplatz verbessern

Eine Verbesserung des Arbeitsplatzes sollte viele Gesichtspunkte mit einbeziehen.

- die Ergonomie am Arbeitsplatz, wie Licht, Lärm, Klima
- die Arbeitsnähe zu Kollegen
- die persönliche Gestaltung des Arbeitsplatzes
- die Optimierung von Arbeitsabläufen und der Zusammenarbeit
- das Miteinander im Team oder der Abteilung
- den Umgang im Unternehmen – bei Entscheidungen, Vorgaben und Veränderungen
(Schuld- oder Lösungskultur?)

Möglichkeit 6: Mitarbeitergespräch führen

Innerhalb des Fehlzeitenmanagements sind zwei Mitarbeitergespräche sinnvoll und erforderlich:

1. Klärungsgespräch
2. Rückkehrgespräch

mit Wohlwollen begegnen, ins Gespräch kommen, Hilfestellung anbieten

Um die Fehlzeiten in größeren Unternehmen zu analysieren, werden die Fehlzeiten in ihrer Gesamtheit und für die einzelnen Abteilungen oder Teams analysiert und verglichen.

Die „Krankenstandszahlen“ werden regelmäßig erfasst und in Vergleichszeiträume eingeteilt. Die Daten können dann zeitlich aber auch regional verglichen werden, um Entwicklungen und Trends (!) zu erkennen. Zum Vergleich des Krankenstandes im Unternehmen werden die branchenüblichen Werte, wie durch die Krankenkassen mitgeteilt, hinzugezogen.

In einem zweiten Schritt werden die Fehlzeiten betriebsspezifisch genauer aufgeschlüsselt.

Hintergrund

- **Übergeordnete Ziele** (Fissler & Krause, 2010)
 - Förderung der individuellen Gesundheit
 - Senkung der Fehlzeitenkosten
 - Erhöhung der Produktivität
- **Für Bewertung → Kennzahlen erforderlich**

- Fragen Sie, ob sich die Dauer der Zugehörigkeit zum Unternehmen auf die Fehlzeiten auswirkt.
- Gibt es Auffälligkeiten in einzelnen Teams oder Schichten, auch bezogen auf Führungskräfte?
- Vergleichen Sie bspw. die Zahl der Fehlzeiten bei Beschäftigten jüngeren Alters mit denen älterer Mitarbeiter.
- Fehlen die Mitarbeiter eher länger oder sind sie häufiger nur wenige Tage nicht da?

Die Fehlzeitenstatistik (nicht geplante Abwesenheiten) umfasst dabei separate Kategorien für

- Krankmeldungen bei vorliegender Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
- Dienstabbruch
- Karenztage
- Kind krank
- Wegeunfall
- (...)

Weitere Möglichkeiten:

- Kontakt aufnehmen (Telefon, Besuch)
- Fehlzeitenschreiben
- Zwingend eine Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag
- Beratung durch den Betriebsarzt
- Einschalten des medizinischen Dienstes

Durchschnittliche Fehlzeiten

Vormonat

Berlin	5,6 %
Brandenburg	6,5 %
Region	5,9 %

6 % von \approx 220 Arbeitstagen p.a.
= 13 Tage/ Jahr

Berichtsmonat

Berlin	6,4 %
Brandenburg	5,6 %
Region	6,1 %

Kritikpunkte auf methodischer Ebene (eine Auswahl):

- Krankenstand verläuft prozyklisch zur aktuellen Wirtschaftssituation (Kohler, 2002); ist regional unterschiedlich (Nürnberg, 2013)
- Verzerrungen durch externe Faktoren (z.B. Grippewelle, Praxisgebühr)
- Verzerrung durch Soziodemographie (Nürnberg, 2013)
- keine Berücksichtigung kurz andauernder Erkrankungen (1-3 Tage)
- teilweise Nichtberücksichtigung Langzeiterkrankter
- ICD-Klassifizierung lässt kaum detaillierte Aussagen zu Ursachen zu

Kritikpunkte auf allgemeiner Ebene:

- keine korrekte Abbildung des realen Morbiditätsgeschehens
- Fehlzeiten lassen keine Rückschlüsse auf zugrunde liegende Ursachen zu (Badura, 2010)
- Spätindikatoren → erfordern eine nachträgliche „Reparatur“ gesundheitsrelevanter Probleme (Walter & Münch, 2010)

Welche Rolle hat die Führungskraft?

- Sensibilisierung / Motivation
- Rückkehr- und Fehlzeitengespräche
- Gestaltung der betrieblichen Gesundheitskultur

Was erwarten Mitarbeiter von Führungskräften?

Mitarbeiter erwarten von Führungskräften, dass sie führen!
Durch Kooperation | Koordination | Kommunikation

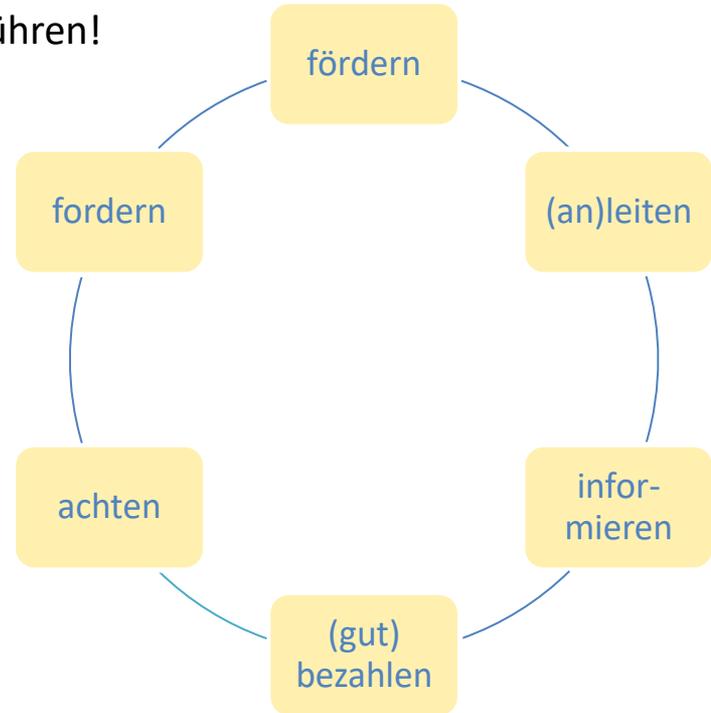
Verantwortungs-
bewusstsein



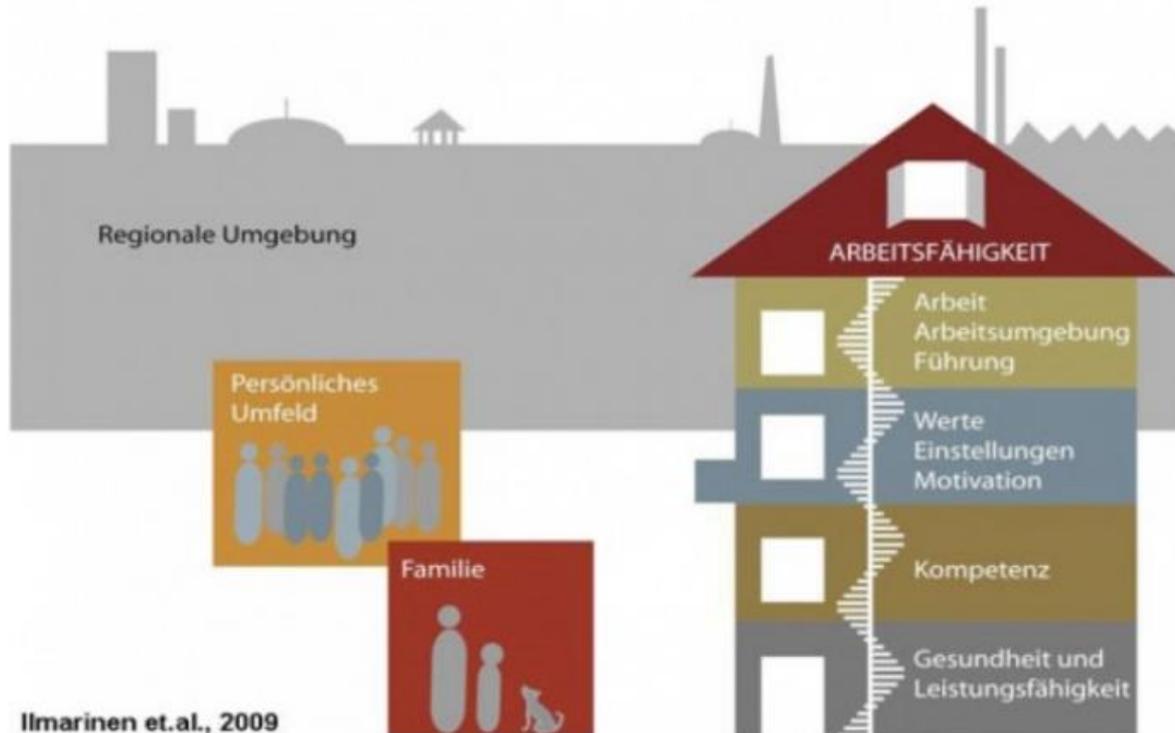
Präsenz



Lob und Respekt



Haus der Arbeitsfähigkeit von Juhani Ilmarinen



Gallup Studie 2018:

15% MA hohe emotionale
Bindung an das
Unternehmen

15% MA geringe Bindung an
das Unternehmen

14% MA keine Bindung an
das Unternehmen

Für Geschäftsführung und für Führungskräfte geht es um folgende Fragen:

- Welche Strategien zum Erhalt der Arbeitsfähigkeit meiner Mitarbeiter sind sinnvoll und notwendig?
- Was bedeutet gesundheitsbewusste Führung?
- Wie gestalte ich eine gesundheitsfördernde Arbeitsorganisation?
- Wie gehe ich systematisch vor?
- Wie entwickle ich als Führungskraft mit meinen Mitarbeitern Gesundheitskompetenz und Gesundheitsbewusstsein?
- Welche digitalen Möglichkeiten können den Arbeitsalltag erleichtern und die Gesundheit fördern?
- Welche Angebote stehen mir für die betriebliche Gesundheit zur Verfügung?



AOK-Report 2017:

31% der MA in Unternehmen mit schlecht empfundener Unternehmenskultur waren mehr als zwei Wochen krank.

In der Gruppe mit positiver Arbeitsatmosphäre waren es 16,7% der MA.

Rückkehr-/Fehlzeitengespräche:

Ursachenanalyse: Hat die Arbeitssituation die Fehlzeit hervorgerufen oder begünstigt?

Veränderungswünsche: Welche Ideen zur Veränderung sind umsetzbar?

Unterstützungsangebote: Welche konkreten Hilfsangebote sind möglich?

Zweck des Rückkehrgespräches:

- Abwesenheit wurde **wahrgenommen** (MA wurde vermisst)
- **Begleitung** des Zurückkehrens (verpasste Informationen, Änderungen etc.)
- **Dialog** (Beide Gesprächspartner sollten ihre gemeinsame Verantwortung erkennen)

Gesunde Arbeit ist, wenn ...

- ein anspruchsvolles, nicht überforderndes Arbeitsaufgabenprofil besteht
- erbrachte Leistungen angemessene soziale und materielle Anerkennung erfahren
- ein vertrauensvolles Klima der Zusammenarbeit sowie des fairen und gerechten Umgangs existiert
- eine sinnerfüllte und gesicherte Perspektive der Leistungserbringung besteht

WICHTIG: Wahrnehmen von Gesundheitsförderung als Führungsaufgabe!

Wie können Arbeitgeber einer Anwesenheitsprämie in der Praxis regeln?

Die Anwesenheitsprämie wird in Abhängigkeit von der Anzahl der Fehltag gestaffelt. Dieses Beispiel demonstriert einen möglichen Ansatz für eine solche Staffelung:

- weniger als 5 Tage krankheitsbedingtes Fehlbleiben: Bonus 1.000 €
- bei 5 bis 10 krankheitsbedingten Fehltagen: 500 €

Arbeitgeber können den Anwesenheitsbonus in unterschiedlichen Formen auszahlen, nämlich als:

- Entgeltzuschlag zum laufenden Gehalt, der pro Anwesenheitsstunde verrechnet wird
- monatliche Zusatzleistung, die für eine festgelegte Mindestanwesenheitszeit gilt
- jährliche Sonderzahlung



Tarifvertrag

über betriebliche Sonderzahlungen

(Metall- und Elektroindustrie in Berlin und Brandenburg)

5 Gesundheitsförderung

- 5.1 Der Arbeitgeber informiert den Betriebsrat regelmäßig, differenziert nach Betriebsteilen, über die Entwicklung der Gesundheitsquote. Auf Grundlage dieser Daten vereinbaren die Betriebsparteien einen Maßnahmenkatalog zur Gesundheitsförderung.
- 5.2 Zur Förderung des betrieblichen Gesundheitsstandes kann durch freiwillige Betriebsvereinbarung, bezogen auf einzelne Beschäftigte, Beschäftigtengruppen oder alle Beschäftigten von den Prozentsätzen gemäß Ziffer 2.2 um maximal 5%-Punkte nach oben oder unten pro Beschäftigten abgewichen werden. Die gemäß Ziffer 2 auszahlende Gesamtsumme der betrieblichen Sonderzahlung darf hierdurch nicht unterschritten werden.“

Fehlzeitenmanagement ist ...

- als Gesundheitsmanagement (Strategie)
- ein betrieblicher Entwicklungsprozess
- gesteuert und kommuniziert durch Führungskräfte
- mit einer Vielzahl von Instrumenten.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit und bleiben Sie gesund!

TOP 4

Arbeitnehmerüberlassung – Werkverträge – Scheinselbständigkeit: eine schwierige Abgrenzung

Fremdpersonaleinsatz ist ein häufig genutztes Instrument, um die unternehmerische Flexibilität zu erhöhen.

Die oft schwierige Abgrenzung zu Scheinselbständigkeit oder verdeckter Arbeitnehmerüberlassung birgt erhebliche Risiken.

I. Freier Mitarbeiter - Einsatzunternehmen

Abgrenzung zum Arbeitsvertrag

Freie Mitarbeiter sind selbständige Personen, die auf der Grundlage eines Werk- oder Dienstvertrages im Wesentlichen persönlich für ein anderes Unternehmen tätig sind.

Für eine Abgrenzung zum Arbeitsvertrag ist die Legaldefinition des Arbeitsvertrages in § 611 a BGB heranzuziehen.

§ 611 a BGB definiert den Arbeitsvertrag wie folgt:

„(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der AN im Dienste eines anderen zur Leistung **weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit** verpflichtet. Das **Weisungsrecht** kann **Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort** der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer **nicht** im Wesentlichen **frei** seine **Tätigkeit gestalten** und seine **Arbeitszeit bestimmen** kann.

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine **Gesamtbetrachtung aller Umstände** vorzunehmen. Zeigt die **tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses**, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Für die Sozialversicherung bestimmt **§ 7 I Satz 1 SGB IV:**

„(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach **Weisungen** und eine **Eingliederung in die Arbeitsorganisation** des Weisungsgebers.“

Indizien für eine Scheinselbständigkeit

- **Weisungen** hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung (arbeitsrechtliche Weisung) bzw. Ordnung und Verhalten im Betrieb (§ 106 GewO).
- **Eingliederung** in die betriebliche Organisation
z. B. in Dienstpläne, Telefon- und/oder Mitarbeiterverzeichnisse,
keine eigenen Betriebsmittel, vergünstigte Nutzung Kantine
- **persönliche Abhängigkeit** (nur ein Auftraggeber,
Leistungserbringung nur in Person)
- **kein unternehmerisches Risiko** (Gewährleistung)

Wichtig:

- entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles
- abstrakte, für alle Tätigkeiten geltende Kriterien lassen sich nicht aufstellen
- Gesamtbild der Tätigkeit ist ausschlaggebend

BAG, Urteil vom 15.4.2014 – 3 AZR 395/11

Grundsätzlich ist der Geschäftsinhalt des Vertrages entscheidend.

Dieser kann sich aber auch aus der tatsächlichen Durchführung ergeben.

Widersprechen sich Vertrag und tatsächliche Durchführung, ist letztere für die Ermittlung des Vertragstyps maßgeblich.

Rechtsfolgen Scheinselbständigkeit

- Begründung eines faktischen Arbeitsverhältnisses
- sämtliche Arbeitnehmerrechte gelten (EntGFzG, Urlaub, KschG usw.)
- Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmer- **und** Arbeitgeberanteil) sowie Lohnsteuer sind nachzuentrichten
- Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO)
- Strafbarkeit wegen Vorenthaltens/Veruntreuung von Arbeitsentgelt (§ 266 a StGB)

Tipp:

Sozialversicherungsrechtliches Statusfeststellungsverfahren (§ 7 a Abs. 1 S. 1 SGB IV) bei der DRV Bund einleiten

DRV entscheidet anhand der eingereichten Unterlagen im Rahmen einer Gesamtwürdigung, ob es sich um eine selbständige Tätigkeit oder eine versicherungspflichtige Beschäftigung handelt

II. Werkvertrag in Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung

Bei Tätigkeiten eines anderen Unternehmens im eigenen Betrieb im Rahmen eines Werkvertrages ist ein besonderes Augenmerk auf die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung zu legen.

Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung ist geprägt von einem drei Personen Verhältnis:

§ 1 AÜG:

„Arbeitgeber die als **Verleiher** Dritten (**Entleiher**) Arbeitnehmer (**Leiharbeiter**) ... zur Arbeitsleistung überlassen.... .

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie **in die Arbeitsorganisation** des Entleihers **eingegliedert** sind und seinen **Weisungen unterliegen.**“

Werkvertrag, § 631 BGB

„(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur **Herstellung des versprochenen Werkes**, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung **herbeizuführender Erfolg** sein.“

Wesen des Werkvertrages

Werkunternehmer (WU) verpflichtet sich zur Herstellung des versprochenen Werkes/Herbeiführung des Erfolges, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung (§ 631 I BGB).

Charakteristisch:

- WU ist wirtschaftlich selbständig
- setzt eigene Arbeitsmittel ein
- hat für konkreten Erfolg einzustehen/Gewährleistungspflichten
- bedient sich regelmäßig seiner Mitarbeiter zur Erfüllung des Erfolges

Abgrenzungskriterien für Annahme eines Werkvertrages:

- detaillierte Beschreibung des herzustellenden Werkes im Vertrag (abnahmefähiger Erfolg geschuldet)
 - Kritisch: Übernahme von Klein- und Kleinst“projekten“ (Aufteilung eines Gewerkes bis zur „Atomisierung“, z.B. Schweißnähte, Verputzarbeiten)
 - Kritisch: Leistung lediglich einfacher nicht erfolgsbezogener Arbeiten (z.B. Fließband- oder Lagerarbeiten)
- eigenverantwortliche Organisation der zur Vertragserfüllung notwendigen Handlungen durch den WU (Auswahl und Überwachung des Personals, Überwachung des Arbeitsprozesses, eigenes Material)

Abgrenzungskriterien für Annahme eines Werkvertrages:

- unternehmerische Dispositionsfreiheit des WU
- Tragen des unternehmerischen Risikos durch WU (Haftungs- u. Gewährleistungsrisiko)
- erfolgsorientierte Abrechnung (Festpreis, i.d.R. keine Abrechnung nach Stunden)

Gegen die Annahme eines Werkvertrages sprechen:

- Vereinbarung eines nicht werkvertragsfähigen Werkes
- Fremdpersonal ist ununterscheidbar in den Herstellungsprozess **eingegliedert** (gemeinsame Nutzung betrieblicher Einrichtungen und Gerätschaften, einheitliche Dienstkleidung)
- Fremdpersonal unterliegt **Weisungen** des Auftraggebers (kein Repräsentant des Auftragnehmers vorhanden)
- Einsatz des Fremdpersonals erfolgt außerhalb des vereinbarten Leistungsgegenstandes

Was bei einem Werkvertrag nicht passieren darf:

- schleichende Integration in Arbeitsabläufe des Entleihers
- Arbeitsrechtliche Arbeitsanweisungen durch Auftraggeber
- Zeiterfassung durch Auftraggeber
- AU Meldung bei Auftraggeber
- Urlaubsantrag bei Auftraggeber
- Arbeitskleidung wie Auftraggeber

Personalgestellung als Neben-/Folgeleistung

- Kauf-/oder Mietvertrag über Anlagen, Geräte, Systeme, Programme
- Bedienungs-, Wartungs-, Montage- oder Einweisungspersonal (z.B. Spezialmaschine mit Fahrer, Flugzeug mit Pilot, Computer mit Einweisungspersonal)
- in der Regel keine ANÜ, da Vertrag von der Gebrauchsüberlassung der Geräte geprägt ist; die Zurverfügungstellung des Personals ermöglicht erst den Einsatz

Interimsmanager

- sind aufgrund ihrer Tätigkeit als Führungskraft meist in das Unternehmen integriert und in das Tagesgeschäft eingebunden
- unternehmerisches Risiko fraglich, da meist Stunden- oder Tagessätze vereinbart sind
- Aufgaben werden erst während der Leistungserbringung konkretisiert
- außerhalb von vom Tagesgeschäftigen abgegrenzten Projekten erscheint Einsatz sehr risikobehaftet

Rechtsfolgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung

- Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zwischen vermeintlichem Auftraggeber und tatsächlichem LeihAN (§ 10 I S.1 AÜG) zum Zeitpunkt des Beginns der Tätigkeit
- Inhalt des Arbeitsverhältnisses wie vergleichbare AN des Auftraggebers, ggf. sind also Differenzbeträge nachzuentrichten

Rechtsfolgen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung

- gesamtschuldnerische Haftung für SV-Beiträge und Lohnsteuern
- Eintrag in das Gewerbezentralregister
- Geldbußen bis zu 500.000,00 €
- Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung/Vorenthalt von Arbeitsentgelt

III. Beispiele aus der Praxis für die Praxis

Mathias Vieker

Mercedes-Benz Ludwigsfelde GmbH

TOP 5

Rechtsprechungsübersicht

Zulässige sachgrundlose Befristung (Zeitbefristung) bei lange zurückliegender Vorbeschäftigung

BAG, Urteil vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17

Sachverhalt

Die Klägerin (Hilfsarbeiterin für Kindergeld) war bei der Beklagten in der Zeit vom 22.10.1991 bis 30.11.1992 tätig. Sie wurde durch die Beklagte erneut mit Wirkung zum 15.10.2014 als Telefonserviceberaterin befristet bis 30.6.2015 eingestellt. Die Befristung wurde bis 30.6.2016 verlängert.

Die Klägerin hatte Klage auf Feststellung erhoben, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung mit Ablauf des 30.6.2016 endete.

Die Klägerin unterlag in der I. Instanz.

Das LAG (Schleswig-Holstein) hat der Klage unter Zulassung der Revision stattgegeben.

Entscheidung

Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.

Die Befristung war ohne Sachgrund wirksam.

Nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist zwar die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nicht zulässig, wenn mit dem selben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Unter Zugrundelegung der Entscheidung des BVerfG (Beschluss vom 6.6.2016 – 1 BvR 1375/14) sind die Fachgerichte aufgerufen, das Vorbeschäftigungsverbot verfassungskonform auszulegen mit 3 Fallgruppen:

- die Vorbeschäftigung liegt sehr lange zurück
- die Vorbeschäftigung war ganz anders geartet
- die Vorbeschäftigung war von sehr kurzer Dauer

In der vorliegenden Entscheidung kommt das BAG erstmals zu dem Ergebnis, dass eine Vorbeschäftigung „sehr lange“ zurückliegt.

Für die Praxis darf festgehalten werden – eine weitere sachgrundlose Befristung/Zeitbefristung ist in i.d.R. nach 22 Jahren zulässig.

Ausschluss rentennaher Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen

BAG, Beschluss vom 7.5.2019 – 1 ABR 54/17

Sachverhalt

Die Betriebsparteien stritten über die Wirksamkeit eines durch Einigungsstelle beschlossenen Sozialplans. Dieser sah u.a. Abfindungen auf der Basis der Formel Betriebszugehörigkeit x Brutto-Monatsentgelt x „Faktor“ vor. Der Faktor reichte altersgestaffelt von 0,15 bis 0,32.

Arbeitnehmer, die nach dem Ausscheiden oder einem Bezug von Arbeitslosengeld I eine gekürzte oder ungekürzte Altersrente in Anspruch nehmen können, erhielten keine Abfindung.

Der BR hat den Spruch der Einigungsstelle angefochten.

Der BR unterlag in der I. Instanz.

Das LAG Hamburg hat die Unwirksamkeit des Sozialplans festgestellt, soweit er rentennahe Arbeitnehmer von der Abfindung ausschließt.

Der Arbeitgeber hat gegen diese Entscheidung Beschwerde eingelegt.

Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde hatte Erfolg. Der Spruch der Einigungsstelle überschreitet nicht den von der Einigungsstelle eingeräumten Ermessensspielraum. Der Ausschluss von rentennahen AN führt weder zu einer Ermessensüberschreitung noch ist der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Durch den Ausschluss wird zwar eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters i.S. von § 3 Abs. 1 AGG bewirkt. Die Benachteiligung ist jedoch nach § 10 S. 3 Nr. 6 i.V.m. § 10 S. 2 AGG gerechtfertigt.

Die Einigungsstelle durfte von einer hinreichenden Absicherung der rentennahen/rentenberechtigten AN ausgehen, auch im Hinblick auf etwaige Abschläge.

Eine Europarechtswidrigkeit liegt nicht vor – das BAG hat die Erforderlichkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens abgelehnt.

Das BAG hat letztlich auch die durchschnittlichen Abfindungshöhen der gebildeten (Alters)-Gruppen ins Verhältnis zur erwarteten Arbeitslosigkeit gesetzt und auf dieser Basis die niedrigen Faktoren akzeptiert.

Verfall von Urlaub - Obliegenheiten des Arbeitgebers

BAG, Urteil vom 19.02.2019 – 9 AZR 423/16

1. Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub erlischt nur dann am Ende des Kalenderjahres oder eines zulässigen Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

2. Die Befristung des Urlaubsanspruchs setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten genügt, indem er den **Arbeitnehmer förmlich auffordert, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilt, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt.**

Berechnung des Urlaubsanspruchs bei unterjährigem Wechsel der Anzahl der Arbeitstage

BAG, Urteil vom 19.03.2019 – 9 AZR 406/17

Sachverhalt

Nach den einschlägigen tariflichen Regelungen beträgt der Urlaubsanspruch bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf **fünf Tage** in der Kalenderwoche in jedem Kalenderjahr **30 Arbeitstage**.

Die Parteien schlossen eine Teilzeitvereinbarung, der zufolge die Klägerin befristet **bis zum 31.7.2014** mit reduzierter Arbeitszeit an **drei Tagen der Woche** arbeiten sollte.

Vom 1.4.2014 bis zum 31.1.2016 bewilligte die Beklagte der Klägerin auf deren Antrag unbezahlten Sonderurlaub. Vor Antritt des Sonderurlaubs nahm die Klägerin an **fünf Arbeitstagen Urlaub** aus dem Jahr **2014** in Anspruch.

Seit dem 1.2.2016 arbeitet die Klägerin auf der Grundlage einer Teilzeitvereinbarung an **drei Wochentagen** 20 Stunden.

Nach Ablauf des Sonderurlaubs machte die Klägerin geltend, ihr stünden für **2014 noch 15 Urlaubstage** und für **2015 noch 20 Urlaubstage** zu.

ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Nach dem TV hatte die Klägerin ursprünglich **für 2014** bei einer Verteilung der Arbeitszeit auf drei Tage in der Woche über einen Urlaubsanspruch von **18 Tagen** verfügt.

Durch den Sonderurlaub hat sich dieser Urlaubsanspruch jedoch um 9/12 verringert auf nur noch **4,5 Urlaubstage**, die erfüllt wurden.

Der gesetzliche **Mindesturlaub** ist nicht nach der zum Zeitpunkt der Urlaubsgewährung geltenden Arbeitszeitregelung **zu bemessen**, sondern grundsätzlich bezogen **auf das gesamte Urlaubsjahr** anhand der **arbeitsvertraglichen Verteilung** der Arbeitszeit auf die **Wochentage**.

In Zeiten unbezahlten **Sonderurlaubs** besteht mangels Arbeitspflicht **kein gesetzlicher Anspruch** auf Erholungsurlaub.

Ist die Arbeitspflicht nicht im gesamten Kalenderjahr suspendiert, weil sich der Sonderurlaub nur auf einen Teil des Kalenderjahres erstreckt, müsse der **Urlaubsanspruch nach Zeitabschnitten** berechnet werden.

Für die Berechnung der Höhe des Urlaubsanspruchs muss deshalb stets geklärt werden, an wie vielen Tagen der Woche eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung besteht.

Änderungen der Verteilung der Arbeitszeit innerhalb des Kalenderjahres sind zu berücksichtigen und könnten zur mehrfachen Berechnung der Urlaubsdauer führen.

$$(30 \times 3/5 \times 3/12 + 30 \times 0/5 \times 9/12 = 4,5 + 0)$$

Urlaubsanspruch in der Freistellungsphase der Altersteilzeit

BAG, Urteil vom 24.09.2019 – 9 AZR 481/18

Sachverhalt

Der Kläger war bei der Beklagten **bis 30.11.2014** in **Vollzeit** beschäftigt. Mit Wirkung ab 01.12.2014 vereinbarten die Parteien ein **Altersteilzeitarbeitsverhältnis** mit der Reduzierung der Arbeitszeit auf die Hälfte.

Nach dem Blockmodell war der Kläger zunächst bis **31.03.2016** im bisherigen Umfang (Vollzeit) zur Arbeitsleistung verpflichtet und anschließend **bis zum 31.07.2017 freigestellt**.

Der Urlaubsanspruch des Klägers belief sich auf 30 Arbeitstage pro Jahr.

Im Jahr 2016 gewährte die Beklagte dem Kläger acht Urlaubstage.

$(3/12 \times 30 = 7,5)$

Der Kläger ist der Auffassung, ihm stehe für die Freistellungsphase (16 Monate) der Altersteilzeit ein Urlaubsanspruch von insgesamt 52 Urlaubstagen zu.

ArbG und LAG wiesen die Klage ab.

Entscheidungsgründe

Befinde sich ein Arbeitnehmer in der **Freistellungsphase** der Altersteilzeit und ist er im gesamten Kalenderjahr von der Arbeitspflicht befreit, steht ihm **mangels Arbeitspflicht kein Urlaubsanspruch** zu.

Nach Auffassung des BAG ist die Freistellungsphase mit „Null“ Arbeitstagen zu bewerten.

Vollziehe sich der Wechsel von der Arbeits- in die Freistellungsphase im Verlauf eines Kalenderjahres, müsse der Urlaubsanspruch nach Zeitabschnitten entsprechend der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht berechnet werden.

Beweis des Postzugangs

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.08.2019 – 17 Sa 650/19

Sachverhalt

Die Klägerin (Arbeitgeberin) nimmt den Beklagten auf Rückzahlung der Weihnachtsgeldzuwendung 2016 in Anspruch.

Ansprüche sind nach den anzuwendenden Richtlinien für Arbeitsverträge innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen.

Maßgeblich ist, ob das die **Geltendmachungsschreiben** vom 10.01., 28.03. und 10.08.2017 den Beklagten **erreicht** haben.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist unbegründet.

Die Klägerin hat **nicht nachweisen können**, dass sie den Anspruch auf Rückzahlung der Weihnachtsgeldzuwendung 2016 innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit in Textform geltend gemacht und deshalb die **Ausschlussfrist** des § 23 AVR **eingehalten** hat.

Eine Geltendmachung i.S.d. § 23 AVR setzt voraus, dass dem Anspruchsgegner das **Geltendmachungsschreiben** i.S.d. § 130 Abs. 1 BGB **zugeht**.

Das Schreiben muss deshalb in einer Weise in den Machtbereich des Empfängers gelangen, dass er unter gewöhnlichen Verhältnissen vom Inhalt der Erklärung Kenntnis erlangen kann.

Die Beklagte kann sich dabei nicht darauf berufen, dass sie - einmal unterstellt - die Schreiben ordnungsgemäß adressiert zur Post gegeben hat.

Denn aus der Aufgabe zur Post folgt nicht, dass die Sendung den Empfänger auch erreicht.

Die Klägerin kann sich in diesem Zusammenhang nicht auf einen so genannten „**Beweis des ersten Anscheins**“ berufen. Ein derartiger Beweis ist **nur bei typischen Geschehensabläufen** anzunehmen, bei denen nach der Lebenserfahrung regelmäßig von einem bestimmten Ereignis auf einen bestimmten Erfolg geschlossen werden kann und umgekehrt.

Einfache Postsendungen gehen jedoch - wenn auch zu einem sehr kleinen Teil - verloren und erreichen den Empfänger trotz ordnungsgemäßer Aufgabe nicht.

Zugang einer Kündigungserklärung bei Einwurf in den Hausbriefkasten

BAG, Urteil vom 22.08.2019 – 2 AZR 111/19

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

Die Beklagte **kündigte** das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom **27.1.2017** (Freitag) fristlos.

Das Kündigungsschreiben wurde an diesem Tag von Mitarbeitern der Beklagten **gegen 13.25 Uhr in den Hausbriefkasten** des Klägers eingeworfen.

Die Postzustellung in B ist bis gegen 11.00 Uhr vormittags beendet.

Mit der am **20.2.2017 (Montag)** beim ArbG Karlsruhe eingegangenen
Klage (**3-Wochen-Frist, § 4 KSchG!**) hat der Kläger die
Rechtsunwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht.

Er habe das Kündigungsschreiben erst am **30.1.2017 (Montag)** in
seinem Hausbriefkasten vorgefunden.

Dieses sei ihm **nicht am 27.1.2017**, sondern **frühestens am Folgetag
zugegangen**.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die zugelassene Revision ist begründet.

Der **Einwurf** eines Kündigungsschreibens in einen Briefkasten bewirke den **Zugang**, sobald nach der Verkehrsanschauung **mit der nächsten Entnahme zu rechnen** sei.

Im Interesse der Rechtssicherheit sei eine **generalisierende Betrachtung geboten**.

Es sei festzustellen, wann nach der **Verkehrsanschauung** mit der **Entnahme** des am 27.1.2017 gegen 13.25 Uhr eingeworfenen Briefs **zu rechnen** war.

Das BAG hat die Annahme einer **Verkehrsanschauung**, wonach bei Hausbriefkästen im Allgemeinen mit einer **Leerung untermittelbar nach Abschluss der üblichen Postzustellzeiten** zu rechnen ist, die allerdings stark variieren könnten, nicht beanstandet.

Die **örtlichen Postzustellungszeiten** gehörten **nicht** zu den **individuellen Verhältnissen**, sondern seien vielmehr geeignet, die Verkehrsauffassung über die übliche Leerung des Hausbriefkastens zu beeinflussen.

Praxishinweis

Für Arbeitgeber ist es **äußerst riskant, Schreiben erst am letztmöglichen Tag zuzustellen**, wenn es um die Einhaltung von Kündigungsfristen geht.

Jedenfalls sollten Boten dann angewiesen werden, entsprechende Schreiben **noch vor 11.00 Uhr** in den Briefkasten zu werfen.

Der Gesetzgeber könnte allerdings für mehr Rechtssicherheit sorgen, indem er z.B. im Rahmen von § 130 BGB klarstellt, dass ein Schreiben am selben Tag zugeht, wenn es bis 24.00 Uhr in den Briefkasten eingeworfen wird.

Diskriminierung wegen Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.08.2019 – 5 Sa 375 öD/18

Sachverhalt

Die Parteien streiten darüber, ob dem **schwerbehinderten Kläger** ein **Entschädigungsanspruch** nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zusteht, weil die Beklagte ihn **nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen** hat.

Die Beklagte ist eine **öffentliche Arbeitgeberin** und hat eine Schwerbehindertenquote von rund 16%.

Die Beklagte stellte in ihrem Online-Portal ein Stellenangebot ein. Die fachliche Eignung des Klägers ist streitig, aber nicht ausgeschlossen.

Auf diese Ausschreibung bewarb sich der Kläger, der mit einem G.d.B. von 60 schwerbehindert ist. Mit seiner **Bewerbung wies** er auf die **Schwerbehinderteneigenschaft ausdrücklich hin**.

Der Kläger erhielt eine **Absage** mit der Begründung, dass sich seine Bewerbung im Vorauswahlverfahren nicht habe durchsetzen können und daher bei der weiteren Auswahl nicht mehr berücksichtigt werde.

Daraufhin machte der Kläger schriftlich einen **Entschädigungsanspruch** gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 AGG i.H.v. zwei Gehältern, d.h. **7.000,00 €**, gegenüber der Beklagten geltend.

Das ArbG gab der Klage statt.

Entscheidungsgründe

Die **Berufung** ist **unbegründet** ist.

Der Kläger hat unstreitig mit seiner Bewerbung auf seine bestehende Schwerbehinderung hingewiesen. Gleichwohl hat die Beklagte den Kläger unter Verstoß gegen § 82 Satz 2 SGB IX a.F. **nicht zum Vorstellungsgespräch geladen.**

Ein schwerbehinderter Bewerber muss bei einem **öffentlichen Arbeitgeber** mithin **auch** dann die **Chance eines Vorstellungsgesprächs** bekommen, **wenn seine fachliche Eignung zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist.** nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat

Grundsätzlich kann **aus der Verletzung von Verfahrens- und Förderpflichten** zu Gunsten schwerbehinderter Menschen des SGB IX die **Vermutungswirkung** des § 22 Halbs 1 AGG abgeleitet werden.

Die Vermutung, dass ein Bewerber wegen seiner Behinderung gemäß § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt wurde, ist dementsprechend bereits **dann begründet, wenn** der öffentliche Arbeitgeber den schwerbehinderten Bewerber entgegen der in § 82 Satz 2 SGB IX geregelten Verpflichtung **nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen** hat.

Grenzen der Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung

BAG, Urteil vom 27.06.2019 – 2 AZR 28/19

Sachverhalt

Die Parteien streiten eine –nur- außerordentlich ausgesprochene Kündigung.

Der Kläger ist **im Landeskriminalamt** des Freistaates Thüringen **beschäftigt**.

Im Februar 2017 wurde der Kläger, nachdem er sich im öffentlich einsehbaren Teil eines sozialen Netzwerks fremdenfeindlich geäußert hatte, von der Staatsanwaltschaft **wegen Volksverhetzung und Beleidigung angeklagt.**

Der Arbeitgeber kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger **außerordentlich fristlos**.

Der **Personalrat** machte „im Rahmen der Anhörung **keine Einwände** geltend“.

Das ArbG hat der **Kündigungsschutzklage stattgegeben**. Das LAG hat die dagegen eingelegte **Berufung** des Arbeitgebers **zurückgewiesen**.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Arbeitgebers hat keinen Erfolg.

Die außerordentliche **fristlose Kündigung** ist nach Ansicht des BAG **unwirksam**.

Der Kläger hätte **zuvor abgemahnt** werden müssen.

Selbst wenn ihm aufgrund seiner fremdenfeindlichen Äußerung die persönliche Eignung für die von ihm auszuübende Tätigkeit fehlen sollte, wäre es dem Arbeitgeber **zumutbar** gewesen, ihn jedenfalls **bis zum Ablauf der Kündigungsfrist** – wenn auch mit weniger sicherheitsrelevanten Tätigkeiten – **weiter zu beschäftigen**.

Die außerordentliche Kündigung könne auch **nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet** werden.

Eine Umdeutung scheitert im Ergebnis daran, dass der **Personalrat zur ordentlichen Kündigung nicht beteiligt** worden ist.

Die Anhörung des Personalrats zu einer außerordentlichen Kündigung mache eine gesonderte Anhörung zu einer „milderer“ ordentlichen Kündigung allenfalls **entbehrlich, wenn der Personalrat der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt habe**. Dies habe der Personalrat nicht getan.

Die Mitteilung des Personalrats, er mache „im Rahmen der Anhörung keine Einwände geltend“, könne auch so verstanden werden, dass der Personalrat zwar Einwände habe, diese aber nicht geltend machen wolle.

Praxishinweis

Nicht neu ist, dass die **Umdeutung** in eine ordentliche Kündigung **ausscheidet**, wenn die zuständige **Arbeitnehmervertretung** schon **gegen die außerordentliche Kündigung Einwände** erhoben hat.

Die Entscheidung verdient aber aus einem anderen Grund Beachtung: Der 2. Senat lässt **ausdrücklich offen, ob** er an seiner Rechtsprechung, wonach die ausdrückliche und vorbehaltlose **Zustimmung** der zuständigen Arbeitnehmervertretung **zur außerordentlichen Kündigung** zugleich eine **Beteiligung zur ordentlichen Kündigung umfasst**.

Eine **ausdrückliche Anhörung** der Arbeitnehmervertretung sowohl **zur außerordentlichen, als auch ordentlichen Kündigung** ist daher **dringend anzuraten**.

Tarifliche Globalverweisung - § 3 S. 1 MiLoG

LAG Nürnberg, Urteil vom 29.05.2019 – 4 Sa 1/19

Sachverhalt

Die Parteien streiten über **Urlaubsabgeltungsansprüche** des Klägers.

Der Kläger war vom 24.01.1991 bis zum 31.12.2017 bei der Beklagten, auf Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 24.01.1991 beschäftigt. In Ziffer 5 dieses Arbeitsvertrages ist folgende Regelung enthalten:

„Für das Beschäftigungsverhältnis **gelten die gesetzlichen Bestimmungen** und der jeweils gültige Tarifvertrag, abgeschlossen zwischen der Industriegewerkschaft Metall f.d. BRD, Bezirksleitung München, und dem Verband der Bayerischen Metallindustrie, München 2, in der jeweils gültigen Fassung.“

Gemäß MTV sind Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis **innerhalb von 3 Monaten** nach ihrer Fälligkeit **schriftlich geltend zu machen**. Nach Ablauf der festgesetzten Frist ist eine Geltendmachung ausgeschlossen, es sei denn, dass die Einhaltung dieser Frist wegen eines unabwendbaren Ereignisses nicht möglich gewesen ist.

Die Beklagte hatte das Arbeitsverhältnis mit ordentlicher betriebsbedingter Kündigung **zum 31.12.2017 gekündigt**.

Mit Schreiben vom **10.04.2018** machte der Kläger **erstmalig** Abgeltungsansprüche für noch offenen **Resturlaub** aus dem Jahr 2017 bei der Beklagten **geltend**.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat mit Endurteil vom 29.11.2018 mit Verweis auf die tarifliche Ausschlussfrist die **Klage abgewiesen**.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist sachlich nicht begründet.

Die **Bezugnahmeklausel** in dem von der Beklagten vorformulierten Arbeitsvertrag des Klägers ist **nicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam**.

Die Bezugnahmeklausel ist ausreichend **klar und verständlich** formuliert und in Bezug auf die Anwendbarkeit der für die bayerische Metallindustrie geltenden tariflichen Vorschriften **nicht widersprüchlich**.

Es handelt sich hierbei um eine umfassende **dynamische Verweisung auf das gesamte Tarifwerk**, was auch den aktuellen Manteltarifvertrag und die dort enthaltene Ausschlussfristenregelung umfasst.

Der Arbeitsvertrag enthält **keinerlei** Regelungen oder **Anhaltspunkte** dafür, dass die Parteien die Geltung von **Ausschlussfristen** für ihr Arbeitsverhältnis **ausschließen wollten**.

Entgegen der Ansicht des Klägers ist die tarifvertragliche Verfallfrist **keiner Angemessenheitskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB** zu unterziehen. Nach dem Wortlaut des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB finden die **§§ 305 bis 310 BGB auf Tarifverträge keine Anwendung**.

Der Kläger hat durch die **Erhebung der Kündigungsschutzklage** im Jahr 2017 den **Urlaubsabgeltungsanspruch nicht fristgerecht** geltend gemacht.

Mit einer **Bestandsschutzklage wahrt** der Arbeitnehmer die **erste Stufe** einer zweistufigen Ausschlussfrist für alle aus dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses resultierenden Ansprüche.

Der Anspruch auf **Urlaubsabgeltung knüpft nicht an den Erfolg der Kündigungsschutzklage** an, sondern setzt mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerade das Gegenteil voraus.

Will der Arbeitnehmer den Verfall solcher Ansprüche (2. Stufe) verhindern, reicht die Erhebung einer Kündigungsschutzklage nicht aus.

Die **Ausschlussfristenregelung** des § 22 MTV ist zwar insoweit **unwirksam**, als sie die Geltendmachung des Anspruchs auf **Mindestlohn** beschränkt, § 3 Satz 1 MiLoG.

Bei dem Anspruch auf **Urlaubsabgeltung** handelt es sich aber um **keinen Anspruch** für die vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeitsstunden oder **für tatsächlich ausgefallene Arbeitsstunden**.

Der **Abgeltungsanspruch** für die noch nicht eingebrachten Urlaubstage **unterfällt nicht § 1 Abs. 1 und Abs. 2 MiLoG**. Denn für Zeiten ohne Arbeitsleistung begründet das Mindestlohngesetz keine unmittelbaren Ansprüche.

**Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!**