

Recht *direkt*

Dezember 2009

mit Jahreswechselinformationen
2009/2010



Inhalt

| | | |
|---|--|----|
| ☞ | Vorwort | 3 |
| ☞ | Das Rechtsgespräch: RA Dr. Martin Dreyer zieht eine Bilanz 2009: „Aus juristischer Sicht ein spannendes Jahr.“ | 4 |
| ☞ | Neues zum Neuen Jahr: wesentlichen Änderungen und Neuregelungen | 7 |
| ☞ | Reisekostenrecht zum Jahreswechsel / Änderungen | 10 |
| ☞ | Rechengrößen in der Sozialversicherung 2010 | 13 |
| ☞ | Wesentliche Änderungen im Bundesdatenschutzgesetz | 14 |
| ☞ | Stand der Dinge bei den Mindestlöhnen | 16 |
| ☞ | Aktuelle Rechtsprechung | 17 |
| ☞ | ☐ Anweisung zur Sonntagsarbeit nur ausnahmsweise ausgeschlossen.... | 17 |
| ☞ | ☐ Kündigung von unerkannt Schwangeren und Schwerbehinderten | 18 |
| ☞ | ☐ Dringender Tatverdacht führt nicht immer zum Ende des Arbeitsverhältnisses | 20 |
| ☞ | Der Knaller zum Abschluss: Das Feuerwerk der Fragen | 21 |



Vorwort

Sehr geehrte Damen und Herren,

in unserer Dezember-Ausgabe sei uns im Rechtsgespräch ein Blick zurück auf die bedeutenden Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung im Jahre 2009 erlaubt.

Gravierende gesetzliche, das Arbeitsverhältnis berührende Änderungen sind zu Beginn des Jahres 2010 nicht vorgesehen. Die wichtigsten Änderungen in den Bereichen Arbeitsmarktpolitik und Sozialversicherung haben wir für Sie zusammen gestellt.

In Sachen „Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz stehen wir in fast täglichem Kontakt mit dem Bundesarbeitsministerium und den tarifschließenden Verbänden, um Sie auf dem neuesten Stand zu halten. Die aktuelle Mindestlohnübersicht haben wir noch einmal beigefügt. Darüber hinaus informieren wir Sie in bewährter Form über neue Entwicklungen in der Rechtsprechung. Zum Abschluss starten wir ein Feuerwerk eigener Art: Fragen an das Rechtsreferat, von uns beantwortet.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre und an dieser Stelle schöne Weihnachtsfeiertage sowie ein erfolgreiches neues Jahr.

RA Dr. Martin Dreyer

RA Stefan Sudmann

Ass. jur. Cordula Glatthaar

Münster, 18. Dezember 2009



**Das Rechtsgespräch: RA Dr. Martin Dreyer zieht eine Bilanz 2009: „Aus juristischer Sicht ein spannendes Jahr.“**

Recht direkt: Herr Dr. Dreyer, wie beurteilen Sie die arbeits- und sozialgerichtliche Rechtsprechung des Jahres 2009?

Dreyer: Es hat einige für die Zeitarbeitsbranche sehr wichtige Entscheidungen gegeben, die weitreichende Folgen nach sich ziehen könnten. Es ist hier noch mehr in Bewegung als in andere Branchen, weil die Zeitarbeit eine junge und in mancherlei Hinsicht ungewöhnliche Branche ist. Aus juristischer Sicht war es ein spannendes Jahr.

Recht direkt: Spannend könnte es auch im nächsten Jahr werden, insbesondere im Hinblick auf den Fortgang im CGZP-Tariffähigkeitsverfahren. Was ist da 2010 zu erwarten?

Dreyer: Ich beteilige mich nicht an Spekulationen über den Ausgang des Verfahrens. Das haben die Gerichte zu entscheiden. Der CGZP-Vorsitzende Smits hat zu Recht von „Kaffeersatzleserei“ gesprochen. Allerdings wäre für mich als Anwender eines CGZP-Tarifvertrages ein „Kaffeersatz“ – um im Bild zu bleiben - eine recht unbefriedigende Geschäftsgrundlage. Immerhin geht es um mögliche Nachzahlungen von Löhnen und Sozialversicherungsabgaben in nicht unerheblicher Höhe.

Recht direkt: Fällt die endgültige Entscheidung 2010?

Dreyer: Nach meiner Prognose wird das Bundesarbeitsgericht im Herbst 2010 entscheiden. Möglich wäre natürlich auch eine Zurückverweisung an das LAG Berlin-Brandenburg, dann könnte sich das Verfahren noch erheblich hinziehen.

Recht direkt: Manche Unternehmen haben versucht, die Risiken bei der Anwendung von CGZP-Tarifverträgen dadurch zu minimieren, dass sie „hilfsweise“ den iGZ oder BZA-Tarifvertrag einbezogen haben. Was ist davon zu halten?

Dreyer: Das BAG jedenfalls hielt nicht viel davon (BAG, 15.01.2008 – 2 AZR 641/07). Allerdings wurde im konkreten Fall nicht eine Vertragsklausel verworfen, sondern eine Änderungskündigung, in der dem Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag unter Bezugnahme des AMP-Tarifvertrages angeboten wurde. Weiterhin sollten sich die Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses nach dem BZA-Tarifvertrag richten, sollte der AMP-Tarifvertrag unwirksam werden. Damit sollten die Risiken von rückwirkenden Equal Pay-Lohnforderungen im Falle der Unwirksamkeit des AMP-Tarifvertrages ausgeschaltet werden. Das BAG hat das Änderungsangebot als zu unbestimmt verworfen. Es ist davon auszugehen, dass auch eine gleichlautende Vertragsklausel für unwirksam erklärt werden würde.

Recht direkt: Können Sie eine Benachteiligung der Zeitarbeitsunternehmen gegenüber Unternehmen anderer Branchen in der Rechtsprechung feststellen?

Dreyer: Hier muss man die Gerichte in den meisten Fällen in Schutz nehmen. Wenn es Entscheidungen gibt, bei denen man den Eindruck hat, die Zeitarbeitsunterneh-

men stehen schlechter als die Unternehmen aus anderen Branchen, beruht das meist auf einer unzureichenden Gesetzgebung. Viele arbeitsrechtliche Gesetze haben den Regelfall des Zwei-Personenverhältnisses Arbeitgeber-Arbeitnehmer vor Augen. Für das Drei-Personenverhältnis Zeitarbeitsunternehmen – Kundenunternehmen – Zeitarbeitnehmer sind sie teilweise nicht geeignet. Die Gerichte tasten sich in neue Bereiche vor und müssen sich fragen: „So steht es im Gesetz. Aber müssen wir das für die Zeitarbeit anders werten oder auslegen?“

Recht direkt: Können Sie ein Beispiel nennen?

Dreyer: Nehmen Sie zum Beispiel die Sozialauswahl, die bei einer betriebsbedingten Kündigung anzustellen ist. Von mehreren vergleichbaren Mitarbeitern ist derjenige zu kündigen, der am sozial stärksten ist, also zum Beispiel die geringste Betriebszugehörigkeit aufweist und keine Unterhaltspflichten hat. Das Zeitarbeitsunternehmen hat aber in vielen Fällen keine Möglichkeit, eine Sozialauswahl durchzuführen. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Kunde mehrere Mitarbeiter abmeldet, dabei aber soziale Aspekte unberücksichtigt lässt. Nicht einfacher durchzuführen wäre die Sozialauswahl dann, wenn Kunde A einen Mitarbeiter abmeldet, sich aber vergleichbare Mitarbeiter noch in den Kundenbetrieben B-F befinden. Versuche des Zeitarbeitsunternehmens, in beiden Fällen auf die Kunden einzuwirken mit dem Ziel dass sie den sozial stärksten Mitarbeiter abmelden, wären völlig aussichtslos und praxisfremd. Es sollten deshalb nur die Mitarbeiter in die Sozialauswahl einbezogen werden, bei denen dem Zeitarbeitgeber aufgrund der Vereinbarungen mit den Kunden die Möglichkeit verblieben ist, einen Austausch vorzunehmen.

Recht direkt: Ist die Rechtsprechung also nicht bereit, Besonderheiten der Zeitarbeit anzuerkennen?

Dreyer: Soweit wir erkennen können, ist sie das jedenfalls nicht in ausreichendem Maße. Die Gerichte sind im Regelfall nicht bereit, eine „Sonderrechtsprechung“ zugunsten der Zeitarbeit über den Wortlaut der Gesetze zu eröffnen. Allerdings auch nicht zu deren Nachteil. Denken Sie an die Entscheidung des LAG Köln (29.05.2009 / 4 Sa 1096/08), der zufolge die Wartezeit für das Entstehen des Kündigungsschutzes bei Wechsel zum Kundenunternehmen neu beginnt, auch wenn der Arbeitnehmer zuvor auf demselben Arbeitsplatz als Zeitarbeitnehmer gearbeitet hat. Oder denken Sie an die Möglichkeit einer neuen sachgrundlosen Befristung eines Mitarbeiters, obwohl dieser bereits befristet zwei Jahre beim Kunden auf dem gleichen Arbeitsplatz beschäftigt war, auf den er nun überlassen werden soll. In diesen Fällen entscheiden die Gerichte sehr formal, was für die Zeitarbeit kein Nachteil ist.

Recht direkt: Sie haben von gesetzlichen Regelungen gesprochen, in denen die Zeitarbeit nicht berücksichtigt wird. Es gibt aber auch den umgekehrten Fall: Die Zeitarbeit wird ausdrücklich erwähnt, dann aber auf belastende Weise. Stichwort: Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG).

Dreyer: Der Gesetzgeber hatte die Sorge, die Zeitarbeit könne zur Umgehung der dort verankerten Mindestlöhne eingesetzt werden. Deshalb hatte man im „alten“ AEntG geregelt, dass einem Zeitarbeitnehmer der Mindestlohn gewährt werden

muss, wenn er mit Tätigkeiten beschäftigt wird, die in den Geltungsbereich eines Mindestlohntarifvertrages fallen. Das hat man, mit nur redaktionellen Änderungen, ins neu gefasste AEntG übernommen (§ 8 Abs. 3 AEntG). Der Zoll hat die Ansicht vertreten, der Mindestlohn müsse auch dann gezahlt werden, wenn zwar die Tätigkeit eines einschlägigen Gewerbes ausgeübt werde, der Kundenbetrieb dem Mindestlohngewerbe aber gar nicht angehöre. Danach bestände die Mindestlohnverpflichtung z.B. auch dann, wenn ein Elektriker an ein Industrieunternehmen überlassen würde. Dem ist das BAG zu Recht entgegengetreten (21.10.2009 / 5 AZR 951/08). Der Mindestlohn muss also nur dann gewährt werden, wenn z.B. der Elektriker an einen Elektrohandwerksbetrieb überlassen wird.

Recht direkt: In den vergangenen Jahren hat es einige Entscheidungen zu dem Mitbestimmungsrecht des Kundenbetriebsrats gegeben. Hat sich hierzu etwas in diesem Jahr getan?

Dreyer: Einiges hat sich getan, manches steht noch aus. Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen waren die Fälle konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung durch Servicegesellschaften, die ausschließlich zu dem Zweck gegründet werden, Mitarbeiter an das Konzernunternehmen zu überlassen. Das BAG hatte über einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Zeitungsverlag zu diesem Zweck eine Servicegesellschaft gegründet hatte. Das BAG verneinte ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats, obwohl dieser von einer Strohmankonstruktion gesprochen und dem Zeitungsverlag die treuwidrige Umgehung der Branchentarifverträge vorgeworfen hatte. Dennoch sind die Diskussionen um die Zulässigkeit solcher Konstruktionen nicht beendet. Das LAG Schleswig-Holstein und das LAG Bremen hatten jüngst Bedenken geäußert und ein Recht des Betriebsrats zur Verweigerung der Zustimmung unter Hinweis auf das Vorliegen einer Strohmankonstruktion bejaht. Allerdings hatte man in beiden Fällen für die Servicegesellschaft keine Erlaubnis beantragt mit dem Argument, die Überlassung sei nicht gewerbsmäßig, da man dem Kunden nur eine Gebühr auf Selbstkostenbasis in Rechnung gestellt habe. Das wurde von den Gerichten zurückgewiesen. Es sei bei solchen Konstruktionen auf die wirtschaftlichen Vorteile der Muttergesellschaft abzustellen. Dieser Rechtsprechung ist jedenfalls im Ergebnis zu folgen. An solche Konstruktionen hat der Gesetzgeber nicht gedacht, als er die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung von der Erlaubnispflicht befreite.

Recht direkt: 2009 war für die meisten Zeitarbeitsunternehmen ein wirtschaftlich schwieriges Jahr. Wie sind rein rechtlich die Änderungen im Kurzarbeitergeld (Kug) zu bewerten?

Dreyer: Richtigerweise hat man sich bei Einführung des Kug nicht auf bloße Änderungen von Durchführungsanweisungen der BA beschränkt. Man hat das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz im Rahmen des so genannten Konjunkturpakets II ergänzt und die Möglichkeit der Vereinbarung von Kurzarbeit ausdrücklich aufgenommen. Was passiert wäre, hätte man das nicht getan, hat uns eine Entscheidung des Bundessozialgerichts vor Augen geführt. Darin hat das BSG zu einem Sachverhalt vor der Gesetzesänderung festgestellt, dass für Zeitarbeitsunternehmen kein Anspruch auf Kug bestehe (21.07.2009 / B 7 AL 3/08 R). Das wird damit begründet, dass dem Zeitarbeitnehmer nicht das Risiko der fehlenden Überlassungsmöglichkei-

ten übertragen werden dürfe (so genanntes Annahmeverzugsrisiko). Nur durch die in § 11 Abs. 4 Satz 3 AÜG aufgenommene Erlaubnis, an diesem Risiko im Falle des Kug ausnahmsweise auch den Arbeitnehmer teilhaben zu lassen, ist die rechtswirksame Vereinbarung der Kurzarbeit möglich. Allerdings hat der Gesetzgeber die Änderungen im AÜG bis zum 31.12.2010 befristet. Da sich die Kurzarbeit als wichtiges, beschäftigungssicherndes Instrument auch in der Zeitarbeit bewährt hat, sollte die Regelung entfristet werden. Es wäre schon beschäftigungspolitisch kaum verständlich, wenn ausgerechnet die Zeitarbeit von diesem Instrumentarium ausgenommen wäre.

Recht direkt: In der „Recht direkt“ Ausgabe Oktober 2009 wurde eine Änderung im Lohnsteuerrecht in Aussicht gestellt. Hat sich da etwas getan?

Dreyer: Hier darf ich verweisen auf die Ausführungen meines Kollegen Sudmann in dieser Ausgabe der [Recht direkt](#). Zugleich zeichnet Herr Sudmann noch die Rechtsprechung zu der Frage nach, ob – und wenn ja, wie hoch – dem Mitarbeiter Fahrtkosten zu erstatten sind. Hier hat sich eine etwas widersprüchliche Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte entwickelt. Es wird Zeit, dass das BAG hierzu eine klare Grundsatzentscheidung trifft.

Recht direkt: Ist das Rechtsreferat „zwischen den Jahren“ besetzt?

Dreyer: Ja, ich bin zu den üblichen Bürozeiten zu erreichen.

Recht direkt: Vielen Dank für das Gespräch.



Neues zum Neuen Jahr: wesentlichen Änderungen und Neuregelungen

Verlängerung der Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld auf 18 Monate

Ab 1. Januar gilt eine neue Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld. Der Bezug von Kurzarbeitergeld wird auf bis zu 18 Monate verlängert. Den Arbeitgebern, die im Vertrauen auf eine Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Situation keine Entlassungen vornehmen, wird Planungssicherheit gegeben. So können Arbeitsplätze gerettet und wertvolle Kenntnisse, Kompetenzen und Erfahrungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gesichert werden. Ohne eine neue Regelung würde die Bezugsfrist für Kurzarbeit, die in 2010 begonnen wird, entsprechend der gesetzlichen Regelung lediglich maximal sechs Monate betragen. Die Verlängerung auf 18 Monate gilt für Betriebe, die mit der Kurzarbeit in 2010 beginnen. Für Betriebe, die mit der Kurzarbeit schon 2009 begonnen haben, gilt eine Bezugsfrist von 24 Monaten. Von dieser Regelung unabhängig bleibt es außerdem bei den besonderen Erleichterungen der Kurzarbeit durch die Konjunkturmaßnahmen der Bundesregierung, so z. B. die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge. Diese Regelung ist im SGB III geregelt und gilt bis zum 31. Dezember 2010.

Neue pauschalierte Nettoentgelte für die Berechnung des Kurzarbeitergeldes

Die für die Berechnung des Kurzarbeitergeldes zugrunde zu legenden sogenannten pauschalierten Nettoentgelte werden zum 1. Januar 2010 angepasst. Das Kurzarbeitergeld beträgt für Arbeitnehmer mit mindestens einem Kind 67 Prozent und für die übrigen Arbeitnehmer 60 Prozent der so genannten Nettoentgeltdifferenz in einem Kalendermonat. Die Nettoentgeltdifferenz ist die Differenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Soll- und dem Ist-Entgelt. Das Soll-Entgelt ist das Arbeitsentgelt ohne den Arbeitsausfall. Das Ist-Entgelt ist das in Folge des Arbeitsausfalls geminderte Arbeitsentgelt.

Insolvenzgeldumlage

Der Umlagesatz für das Insolvenzgeld für das Jahr 2010 wird auf 0,41 Prozent festgesetzt.

Perspektive 50plus erreicht drei Viertel des Bundesgebietes

Ab dem 1. Januar 2010 erreicht das Bundesprogramm "Perspektive 50plus - Beschäftigungspakte für Ältere in den Regionen" mehr als drei Viertel des Bundesgebietes. 57 weitere Grundsicherungsstellen wollen sich dem Bundesprogramm anschließen. Damit wären dann insgesamt 349 Arbeitsgemeinschaften, Optionskommunen und Arbeitsagenturen an den 62 Beschäftigungspakten beteiligt. Die Zahl der älteren Langzeitarbeitslosen, die vom Bundesprogramm und den Beschäftigungspakten profitieren, erhöht sich dadurch weiter.

Gendiagnostikgesetz

Die arbeitsrechtlichen Regelungen des Gendiagnostikgesetzes treten am 1. Februar 2010 in Kraft. Nach dem Gesetz sind genetische Untersuchungen am Arbeitsplatz grundsätzlich verboten. Die Federführung für das Gendiagnostikgesetz obliegt dem Bundesministerium für Gesundheit.

Beitragsatz in der gesetzlichen Rentenversicherung

Der Beitragsatz in der gesetzlichen Rentenversicherung beträgt ab dem 1. Januar 2010 unverändert 19,9 Prozent in der allgemeinen Rentenversicherung und 26,4 Prozent in der knappschaftlichen Rentenversicherung.

Künstlersozialversicherung

Der Abgabesatz der Künstlersozialabgabe wird von 4,4 Prozent auf 3,9 Prozent gesenkt.

Ergänzung von Melde- und Beitragsnachweisen der Künstlersozialkasse an die Krankenkasse der Versicherten

Durch die Beitragsabführung an den Gesundheitsfonds erhalten die Krankenkassen von der Künstlersozialkasse keinen Nachweis über die Beiträge der einzelnen versicherten Künstler und Publizisten mehr. Um Probleme bei der Berechnung von einkommensabhängigen Entgeltersatzleistungen etc. zu vermeiden, wird die Meldepflicht um einen automatisierten monatlichen Melde- und Beitragsnachweis an die zuständige Krankenkasse ergänzt.

Entgeltbescheinigungsrichtlinie tritt in Kraft

Um einen einheitlichen Mindeststandard zur Ausstellung einer Entgeltbescheinigung zu erreichen, hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales in Zusammenarbeit mit zahlreichen Vertretern der Wirtschaft und der Betreiber von Entgeltabrechnungsprogrammen auf einen einheitlichen Mindeststandard geeinigt. Damit wird eine vergleichbare Lesbarkeit der Bescheinigungen durch den gleichen Aufbau und standardisierte Begriffe gesichert. Dies vereinfacht nicht nur die Lesbarkeit für die Beschäftigten oder gegebenenfalls Personen, die diese Bescheinigungen vorgelegt bekommen, sondern erreicht erstmalig die einheitliche Verwendung und Definition von Entgeltbegriffen in der Abrechnung. Mittelfristig versprechen sich alle Beteiligten davon auch Entlastungen in den Arbeitsabläufen der Arbeitgeber bei Neueinstellung von Beschäftigten und im Bereich des Bescheinigungswesens.

Elektronisches Entgeltnachweisverfahren (ELENA) startet

Zum 1. Januar 2010 startet mit der erstmaligen Meldung der Beschäftigtendaten durch die Arbeitgeber an die Zentrale Speicherstelle bei der Deutschen Rentenversicherung das elektronische Entgeltnachweisverfahren (ELENA), das mittelfristig zu einer erheblichen Entlastung der Arbeitgeber im Bereich des Bescheinigungswesens beitragen wird. Ab 2012 werden die Bescheinigungen an die Bundesagentur für Arbeit (Arbeitsbescheinigung nach § 312 SGB III, Nebeneinkommensbescheinigung nach § 313 SGB III und Auskunft über Beschäftigung nach § 135 SGB III) sowie die Bescheinigungen für Wohngeld und nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes ersetzt werden. Bis 2012 werden dafür die notwendigen Daten parallel zum bestehenden papiergestützten Bescheinigungsverfahren in der Zentralen Speicherstelle in Würzburg hinterlegt. Informationen und Arbeitshilfen finden Arbeitgeber wie Beschäftigte auf der Internetseite www.das-elena-verfahren.de.

Änderung des Meldeverfahrens bei Anschriftenänderung

Die Meldebehörden der Kommunen melden ab dem 1. Januar 2010 Geburten, Anschriftenänderungen oder Sterbefälle direkt an die Träger der Deutschen Rentenversicherung. Dadurch entfallen rund 16 Millionen Meldungen im Jahr. Die aktualisierten Anschriftendaten werden von der Datenstelle der Träger der Rentenversicherung an die Einzugsstellen und die Bundesagentur für Arbeit übermittelt, um sicherzustellen, dass auch die anderen Sozialversicherungsträger eine aktuelle Anschriftendatei führen.

Gleitzonenfaktor F im Bundesanzeiger veröffentlicht

Ab dem 1. Januar 2010 gilt für Beschäftigte in der Gleitzone (400,01 bis 800,00 Euro Entgelt im Monat) der neue Gleitzonenfaktor 0,7585.

Anpassung des Vermögensrechts der Unfallversicherung

Das bereits durch das Unfallversicherungsmodernisierungsgesetz neu gestaltete Vermögensrecht tritt am 1. Januar 2010 in Kraft. Künftig haben die Unfallversicherungsträger neben Betriebsmitteln und Rücklagen ein eigenständiges Verwaltungsvermögen zu bilden, in dem illiquide Vermögensbestandteile bilanziert werden. Dadurch wird erreicht, dass die Höhe von Betriebsmitteln und Rücklagen zurückgeführt werden kann sowie weniger Kapital beim Unfallversicherungsträger gebunden und damit den Beitragszahlern entzogen ist. Darüber hinaus werden die Unfallversi-

versicherungsträger gesetzlich verpflichtet, ab 2010 Altersrückstellungen für die bei ihnen beschäftigten Dienstordnungsangestellten zu bilden. Dasselbe gilt für Tarifbeschäftigte, denen eine unmittelbare Zusage von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung erteilt worden ist. Hierdurch werden Altersvorsorgebelastungen für zukünftige Generationen reduziert. Um eine einheitliche Verfahrensweise der Unfallversicherungsträger sicherzustellen, regelt die ebenfalls am 1. Januar 2010 in Kraft tretende Unfallversicherungs-Altersrückstellungsverordnung die konkreten Rahmenbedingungen für die Bildung von Altersrückstellungen.

Betriebsprüfer der Rentenversicherer prüfen erstmalig Beitragszahlungen zur Unfallversicherung

Erstmals werden ab dem 1. Januar 2010 die Betriebsprüfer der Rentenversicherer bei ihren Betriebsprüfungen auch die Angaben zur Beitragszahlung in der Unfallversicherung für das Jahr 2009 mit prüfen. Die Beitragsjahre bis 2009 werden noch von den Prüfdiensten der Unfallversicherungsträger geprüft. Die vollständige Übernahme der Prüfungen durch die Rentenversicherung erfolgt schrittweise bis zum 1. Januar 2012.

Meldung der Arbeitsstunden an die Unfallversicherungsträger ab 1. Januar 2010 zwingend

War es den Arbeitgebern bisher freigestellt, die Arbeitsstunden ihrer Beschäftigten an die Unfallversicherung zu melden, gilt ab dem 1. Januar 2010, dass diese Daten zwingend mit zu melden sind. Ansonsten werden die Meldungen als fehlerhaft zur Neuerstattung abgewiesen. Zu melden sind entweder die tatsächlich erfassten Arbeitsstunden oder zumindest die Sollarbeitsstunden der Beschäftigten. Ist dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich, können ersatzweise Arbeitsstunden nach dem Vollarbeiterrichtwert bzw. geschätzte Arbeitsstunden gemeldet werden.



Reisekostenrecht zum Jahreswechsel / Änderungen

I. Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten für Zeitarbeitnehmer?

Die landesarbeitsgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Erstattung von Reisekosten gestaltet sich nach wie vor sehr uneinheitlich. Diese Feststellung wird durch neuere Urteile der Landesarbeitsgerichte Düsseldorf und Rheinland-Pfalz untermauert. Die Rechtsprechung zeigt auch, dass Arbeitsrecht und Steuerrecht weiterhin zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Nach den Aufsehen erregenden Urteilen des Bundesfinanzhofs zum Begriff der regelmäßigen Arbeitsstätte, denen sich nach langem Zögern nun auch die Finanzverwaltung anschloss, bedürfte es nunmehr einer höchstrichterlichen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, um auch arbeitsrechtlich zu klären, ob und inwieweit ein Zeitarbeitnehmer Fahrtkosten vom Arbeitgeber erstattet verlangen kann.

Im Merkblatt für Zeitarbeitnehmer der Bundesagentur für Arbeit ist zu lesen, dass der Zeitarbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 670 BGB gegen seinen Arbeitgeber hat. Was bedeutet das im Einzelnen?

Das bedeutet, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die zur Erfüllung seiner Tätigkeit erforderlichen, also arbeitgeberveranlassten Aufwendungen ersetzen muss. Schon über die Frage, welche Aufwendungen vom Arbeitgeber veranlasst sind und welche Aufwendungen auf der privaten Entscheidung des Arbeitnehmers beruhen, streiten sich allerdings die Geister.

Die Aufwendungen des Arbeitnehmers, die ihm für Fahrten von seinem Wohnort zu seiner Arbeitsstätte entstehen, hat grundsätzlich der Arbeitnehmer selbst zu tragen. Dahinter steckt die Auffassung, dass jeder sich seinen Wohnort und seinen Arbeitgeber selbst aussucht, und es sich also hierbei um eine ganz private Entscheidung des Arbeitnehmers handelt, auf welche der Arbeitgeber keinen Einfluss hat.

Die Frage ist bei einem Zeitarbeitsverhältnis nun die, ob es noch im Rahmen der privaten Entscheidung des Zeitarbeitnehmers liegt, dass das Zeitarbeitsunternehmen jenen anweist, an unterschiedlichen Arbeitsstätten bei unterschiedlichen Kunden tätig zu werden oder ob diese Entscheidung in erster Linie arbeitgeberveranlasst ist.

Das Landesarbeitsgericht Hamm (Urteil v. 16.7.2008 – 2 Sa 1797/07) meint, der Zeitarbeitnehmer habe diese zeitarbeitstypische Situation mit wechselnden Einsatzorten im Rahmen einer privaten Entscheidung in Kauf genommen und daher könne er keinen Aufwendungsersatz verlangen. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz (Urteil v. 8.9.2009 – 1 Sa 331/09) teilt diese Auffassung. Gemäß dieser Rechtsprechung könnte der Arbeitgeber jeglichen Anspruch des Zeitarbeitnehmers auf Aufwendungsersatz ablehnen.

Die Gegenmeinung sieht einen Anspruch des Zeitarbeitnehmers auf Aufwendungsersatz für die Strecke zwischen der Wohnung und den wechselnden Einsatzorten entsprechend § 670 BGB mit unterschiedlichen Begründungen als gegeben an (LAG Düsseldorf, Urteil v. 30.7.2009 – 15 Sa 268/09; LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 22.7.1997 – 3 Sa 535/96 a; LAG Baden-Württemberg, Urte. V. 15.8.2001 – 12 Sa 50/01).

Das LAG Köln (Urteil v. 24.10.2006 – 13 Sa 881/06) geht in der hier besprochenen Thematik einen Mittelweg. Es spricht einen Anspruch auf Aufwendungsersatz nur für die zwischen dem Sitz des Zeitarbeitsunternehmens und dem Einsatzort zurückzulegende (fiktive) Fahrstrecke zu, jedoch nicht für die (fiktive) Fahrstrecke zwischen Wohnung und Zeitarbeitsunternehmen.

Man muss nüchtern konstatieren, dass das „geltende Recht“ in der hier behandelten Rechtsfrage derzeit letztlich davon abhängt, in welchem Landesarbeitsgerichtsbezirk das Zeitarbeitsunternehmen sich befindet.

Um dieser Rechtsunsicherheit zu entgehen, empfiehlt sich eine einzelvertragliche Regelung zum Aufwendungsersatz, denn eine solche verdrängt § 670 BGB und die dazu ergangene Rechtsprechung. Denn § 670 BGB ist, wie bereits gesagt, abdingbar. Nach teilweise vertretener Auffassung (LAG Düsseldorf, Urteil v. 30.7.2009 – 15

Sa 268/09) soll allerdings ein vollständiger Ausschluss von Aufwendungsersatz im Arbeitsvertrag unzulässig sein.

II. Regelmäßige Arbeitsstätte in der Zeitarbeit – neue Lohnsteuerhinweise der Finanzverwaltung

Bereits in der **Oktober-Ausgabe** der **Recht direkt** hatten wir auf die folgende Entwicklung im Lohnsteuerrecht/Reisekostenrecht hingewiesen.

Seit 1.1.2008 ging die Finanzverwaltung davon aus, dass der Arbeitnehmer seine regelmäßige Arbeitsstätte auch in einer außerbetrieblichen Einrichtung des Arbeitgebers haben kann. Dabei konnte es sich um den Betrieb eines Kunden oder Entleihers handeln, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers dort auf Dauer -das heißt zeitlich unbefristet- angelegt war (vgl. Amtliches Handbuch zum Lohnsteuerrecht 2008, Hinweis 9.4. Beispiel 2).

Demgegenüber hatte der Bundesfinanzhof bereits im letzten Jahr entschieden (Urteil v. 10.7.2008, VI R 21/07), dass die betriebliche Einrichtung eines Kunden keine regelmäßige Arbeitsstätte ist, auch wenn der Arbeitnehmer dort längerfristig eingesetzt ist. Diese Rechtsprechung hat der Bundesfinanzhof nunmehr erneut bestätigt (Urteile v. 9.7.2009, VI R 21/08 und VI R 42/08).

Und dieser Rechtsprechung hat sich die Finanzverwaltung nunmehr angeschlossen. In den **Lohnsteuer-Hinweisen 2010** geht die Finanzverwaltung bei außerbetrieblichen Einrichtungen nur noch dann von einer regelmäßigen Arbeitsstätte aus, wenn

- 1) das Arbeitsverhältnis an einen anderen Arbeitgeber ausgelagert wird und der Arbeitnehmer weiterhin an seiner bisherigen regelmäßigen Arbeitsstätte tätig ist (Outsourcing) oder
- 2) der Leiharbeiter vom Verleiher für die gesamte Dauer seines Arbeitsverhältnisses dem Entleiher überlassen wird.

In allen anderen Fällen führen betriebliche Einrichtungen von Kunden des Arbeitgebers nicht mehr zu einer regelmäßigen Arbeitsstätte. Das soll auch dann gelten, wenn der Arbeitnehmer beim Kunden des Arbeitgebers längerfristig eingesetzt ist.

Entsprechendes teilten auch schon andere, im Lohnsteuer- bzw. Reisekostenrecht anerkannte, Medien wie der Online-Aktualisierungsservice Lexikon Lohnbüro des Rehm-Verlags in seiner Novemberausgabe mit.

Vertragsgestaltung

Im Hinblick auf die Vertragsgestaltung bedeutet diese Änderung in der Auffassung der Finanzverwaltung eine Vereinfachung und mehr Rechtssicherheit.

Nach den bisherigen Finanzverwaltungsvorgaben (vgl. Erlass der Finanzverwaltung v. 8. Juli 2008 - Az.: 52 - S 2353 - 018/06) war die Zahlung steuerfreier Reisekostenzuschüsse nur beim Abschluss befristeter Arbeitnehmerüberlassungsverträge gewährleistet. Zudem musste man aufgrund des Wortlautes des genannten Erlasses

davon ausgehen, dass nur eine Befristung bis zu einer Höchstdauer von 24 Monaten unschädlich in Bezug auf die Steuerfreiheit war.

Nunmehr sind auch unbefristete Überlassungsverträge unschädlich in Bezug auf die Lohnsteuerfreiheit von Reisekostenzuschüssen. Lediglich im Falle des Outsourcings sowie im Falle der Synchronisation von Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis sind Reisekostenzuschüsse nicht steuerfrei. Soweit möglich, sollte dies bei der Vertragsgestaltung entsprechend berücksichtigt werden.



Rechengrößen in der Sozialversicherung 2010

Der Bundesrat hat am 27. November 2009 die "Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2010 - Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2010" beschlossen. Damit liegen die Rechengrößen für das Jahr 2010 nun verbindlich vor.

Hieraus ergeben sich für das kommende Jahr die folgenden Werte:

A. Beitragsbemessungsgrenzen

West

| | 2010 jährlich | 2010 monatlich | 2009 jährlich | 2009 monatlich |
|---|------------------|-------------------|------------------|-------------------|
| Renten- und Arbeitslosenversicherung | 66.000 € | 5.500 € | 64.800 € | 5.400 € |
| Knappschaftliche Rentenversicherung | 81.600 € | 6.800 € | 79.800 € | 6.650 € |
| Kranken- und Pflegeversicherung | 45.000 € | 3.750 € | 44.100 € | 3.675 € |

Ost

| | 2010 jährlich | 2010 monatlich | 2009 jährlich | 2009 monatlich |
|---|------------------|-------------------|------------------|-------------------|
| Renten- und Arbeitslosenversicherung | 55.800 € | 4.650 € | 54.600 € | 4.550 € |
| Knappschaftliche Rentenversicherung | 68.400 € | 5.700 € | 67.200 € | 5.600 € |
| Kranken- und Pflegeversicherung | 45.000 € | 3.750 € | 44.100 € | 3.675 € |

Ost

| | 2010 jährlich | 2010 monatlich | 2009 jährlich | 2009 monatlich |
|------|------------------|-------------------|------------------|-------------------|
| rung | | | | |

B. Bezugsgrößen

| | 2010 | 2009 |
|--------------------------|--|-----------------------|
| Alte Bundesländer | 30.660 € pro Jahr bzw. 2.555 € pro Monat | 30.240 € bzw. 2.520 € |
| Neue Bundesländer | 26.040 € pro Jahr bzw. 2.170 € pro Monat | 25.620 € bzw. 2.135 € |

C. Jahresarbeitsentgeltgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung

Die allgemeine Jahresarbeitsentgeltgrenze nach § 6 Abs. 6 Sozialgesetzbuch (SGB V) für das Jahr 2010 beträgt bundeseinheitlich 49.950 Euro (2009: 48.600 Euro).

Die besondere Jahresarbeitsentgeltgrenze nach § 6 Abs. 7 SGB V für das Jahr 2010 beträgt bundeseinheitlich 45.000 Euro (2009: 44.100 Euro).

**Wesentliche Änderungen im Bundesdatenschutzgesetz**

Die beigegefügte Information über die wesentlichen Änderungen im Bundesdatenschutzgesetz wurde uns freundlicherweise von der **Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V.** zur Verfügung gestellt.

Arbeitnehmerdatenschutz: Der neu eingefügte § 32 Abs.1 S.1 BDSG regelt die Datenerhebung und -Verarbeitung im Arbeitsverhältnis und konkretisiert § 28 Abs.1S.1 Nr.1 BDSG. Neu ist, dass gem. § 32 Abs.2 BDSG auch die nicht automatisierte oder dateimaßige Datenverarbeitung in den Geltungsbereich des BDSG fällt. Ansonsten ändert sich die Rechtslage nicht, insbesondere bleiben die Einwilligung des Beschäftigten sowie der § 28 Abs. 1 S.1 Nr.2 BDSG (Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers) anwendbar.

Betrieblicher Datenschutzbeauftragter: Der interne betriebliche Datenschutzbeauftragte genießt künftig einen besonderen Kündigungsschutz, welcher auch nach seiner Abberufung noch ein Jahr weiter gilt. Darüber hinaus hat der Datenschutzbeauftragte auf Kosten des Arbeitgebers einen Anspruch auf Fortbildungen im Datenschutzrecht.

Korruptionsbekämpfung: Der neue § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG konkretisiert die Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers für den Fall der Aufdeckung von erkannten oder konkret vermuteten **Straftaten**. Die Erhebung, Verarbeitung

und Nutzung von Daten ist demnach nur dann erlaubt, wenn bereits ein aufgrund dokumentierter und tatsächlicher Anhaltspunkte begründeter **Anfangsverdacht** gegen den konkreten Mitarbeiter besteht und sie zur Aufdeckung der Straftat erforderlich ist. Zudem dürfen keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit muss sowohl für die Art als auch für das Ausmaß der Maßnahme gewahrt werden. Zu berücksichtigen ist die Schwere der Straftat und die Intensität des Verdachts.

Nicht unter § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG fallen allgemeine verdachtsunabhängige Kontrollen, die gem. § 32 Abs. 1 S.1 BDSG zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind, z.B. Kontrolle von Leistung und Verhalten oder zur Verhinderung von Pflichtverletzungen und Straftaten. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist bei jeder Kontrollmaßnahme zu wahren.

Auftragsdatenverarbeitung: Die Auftragsdatenverarbeitung unterliegt nun strengeren Anforderungen. Bereits bei Vertragsschluss müssen zehn gesetzlich aufgezählte Punkte (§ 11 Abs. 2 BDSG) im Einzelnen geregelt werden. Auch die Kontrollpflichten werden erweitert: vor Beginn der Datenverarbeitung und sodann regelmäßig muss sich der Auftraggeber von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen überzeugen.

Bestehende Verträge müssen ohne Übergangsfrist an die neuen Anforderungen angepasste werden. Bei Verstoß gegen die Vorschrift droht ein Bußgeld.

Informationspflicht: Erlangen Dritte unrechtmäßig Kenntnis von sensiblen Daten und droht dadurch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Rechte und schutzwürdiger Interessen der Betroffenen, so besteht eine Informationspflicht gem. § 42a BDSG gegenüber dem Betroffenen und der Datenschutzaufsichtsbehörde.

Datenschutzaufsichtsbehörden: Die Aufsichtsbehörden werden gestärkt. Sie können künftig bei Verstößen gegen Datenschutzregelungen nicht nur Bußgeldverfahren einleiten, sondern auch anordnen, dass der entsprechende Verstoß eingestellt wird.

Bußgelder: Der Bußgeldkatalog für Verstöße gegen Datenschutzbestimmungen wurde erweitert und die Höhe auf bis zu 300.000 EURO heraufgesetzt. Darüber hinaus kann nach dem Prinzip der Gewinnabschöpfung vom Höchstbetrag nach oben abgewichen werden.

Nutzung von Adressdaten: Grundsätzlich wird die Nutzung von Adressdaten zukünftig von der Einwilligung des Betroffenen abhängig gemacht. Die entsprechende Textpassage in Vertragstexten muss optisch deutlich hervorgehoben sein. Das „ListenPrivileg“ wurde jedoch nicht komplett gestrichen. Der Adressnutzer muss allerdings für diese Privilegierung die ursprüngliche Herkunft der Adressdaten im Werbeschreiben mit Klammern nennen.

Koppelungsverbot: Marktbeherrschende Unternehmen dürfen die Registrierung auf Internet-Seiten nicht mehr mit der Zustimmung zur Datenverwendung koppeln.

Datenschutzauditgesetz: Das Datenschutzauditgesetz wurde gestrichen, zunächst soll stattdessen ein mehrjähriges Pilotprojekt geplant werden.


Stand der Dinge bei den Mindestlöhnen

| Branche | Anmerkungen | Mindestlohnhöhe | Inkrafttreten des Mindestlohns |
|--|---|--|---|
| Maler- und Lackiererhandwerk | | - Ungelernte (Ost und West): 9,50 € - Gelernte West: 11,25 € - Gelernte Ost: 9,50 € | gilt seit 24. Oktober 2009; Laufzeit bis 29. Februar 2012 |
| Wäscherei-dienstleistungen im Objektkundengeschäft | | - West: einheitlich 7,51 € - Ost mit Berlin: einheitlich 6,36 € | gilt seit 24. Oktober 2009; |
| Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken | | Gesamtes Bundesgebiet - Tarifgruppe 1: 11,17 € - Tarifgruppe 2: 12,41 € | gilt seit 24. Oktober 2009 |
| Sicherheitsdienstleistungen | Antrag auf AVE gestellt, aber noch keine Entscheidung | - BW: 8,32 € - BY: 7,87 € - NRW: 7,66 € - Hessen: 7,50 € - NS: 7,00 € - Bremen: 6,85 € - HH: 6,80 € - Berlin und Brandenburg: 6,50 € - übrige: 6,00 € | ungewiss |
| Aus- und Weiterbildung nach dem Zweiten oder Dritten Sozialgesetzbuch | Keine Mehrheit im Tarifausschuss | Die vereinbarten Mindestlöhne entsprechen den untersten Tariflöhnen. Diese liegen in der Weiterbildung je nach Tätigkeit bei mindestens <u>10,71 € im Westen</u> Deutschlands und bei <u>9,53 € im Osten</u> . | ungewiss |
| Pflegebranche | Die Verhandlungen der Pflegemindestlohn-Kommission kommen nicht voran. Ein für 30.11.2009 geplantes Treffen wurde abgesagt und auf einen Termin im Januar | | ungewiss |

| | | | |
|--------------------------------------|--|---------------------------------|--|
| | 2010 verschoben. | | |
| Gebäudereiniger- handwerk | Nach aktuellen Informationen ist mit einer Erklärung der AVE in dieser Branche zu rechnen, aller Voraussicht nach aber nicht mehr im Januar 2010 | - West: 8,40 € - Ost: 6,83 € | |
| Abfallwirtschaft | Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit ist erfolgt; aller Voraussicht nach wird der Mindestlohn im Januar 2010 in Kraft treten | Einheitlich: 8,02 € | |



Aktuelle Rechtsprechung



Anweisung zur Sonntagsarbeit nur ausnahmsweise ausgeschlossen

(BAG, Urteil vom 15.09.2009 – 9 AZR 757/08)

Sachverhalt: In dem Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers, der bei einem Automobilzulieferer beschäftigt ist, war ein Arbeitseinsatz im 3 Schichten-System auf Grundlage einer 40-Stunden-Woche vereinbart worden. Der Arbeitnehmer wollte vor Gericht festgestellt haben, dass er ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung über die Sonn- und Feiertagsarbeit nicht zum Einsatz an diesen Tagen verpflichtet sei. Der Arbeitgeber hatte vom zuständigen Landratsamt eine Ausnahmegenehmigung für die Sonn- und Feiertagsarbeit erhalten und vertrat die Rechtsansicht, er dürfe den Arbeitnehmer auch zur Sonn- und Feiertagsarbeit anweisen.

Entscheidung: Das Bundesarbeitsgericht gab dem Arbeitgeber recht. Der Arbeitgeber dürfe sein Weisungsrecht nach billigem Ermessen (§ 106 GewO) ausüben. Dazu gehöre auch die Verteilung der Arbeitszeit, soweit diese nicht gesetzlich, tarifvertraglich oder einzelvertraglich eingeschränkt sei. Die wichtigsten Einschränkungen zur Arbeit an Sonn- und Feiertagen enthalte das Arbeitszeitgesetz, wonach das Arbeiten an diesen Tagen in der Regel genehmigungspflichtig sei. Wenn eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde für die Sonn- und Feiertagsarbeit vorliege, stehe das Gesetz einer entsprechenden Weisung nicht entgegen. Auch stehe dem nicht der Arbeitsvertrag entgegen. Dass die Sonn- und Feiertagsarbeit im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich geregelt wurde, steht der Verpflichtung zur Arbeit an Sonn- und Feiertagen nach Ansicht des Gerichts nicht entgegen. Der Arbeitnehmer müsse

stattdessen aktiv werden und einen Ausschluss von Sonn- und Feiertagsarbeit arbeitsvertraglich durchsetzen. Nach Ansicht des BAG stand die Verpflichtung zur Sonn- und Feiertagsarbeit auch nicht entgegen, dass der Arbeitgeber im Zeitraum von 1977 bis 2007 kein einziges Mal Sonn- und Feiertagsarbeit angeordnet hatte.

Anmerkung: Die Entscheidung des BAG ist von erfrischender Klarheit und erleichtert den Arbeitgebern die Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit. Bezogen auf den iGZ-Tarifvertrag ist auf die Regelung in § 3.1.3. Manteltarifvertrag hinzuweisen. Demnach richtet sich die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage nach den im jeweiligen Entleiherbetrieb gültigen Regelungen bzw. Anforderungen. Demnach besteht eine Verpflichtung des Zeitarbeitnehmers zur Arbeit an Sonn- und Feiertagen, wenn im Kundebetrieb an Sonn- und Feiertagen gearbeitet wird oder wenn im Kundenbetrieb z.B. aufgrund von betriebstechnischen Änderungen erstmalig an Sonn- und Feiertagen gearbeitet werden muss. Selbstverständlich müssen vom Kundenbetrieb etwaige Ausnahmegenehmigungen nach dem Arbeitszeitgesetz auch für die eingesetzten Zeitarbeitnehmer eingeholt werden. Eine Kopie der Ausnahmegenehmigung sollte das Zeitarbeitsunternehmen in den Personalakten der betroffenen Mitarbeiter aufbewahren. Die Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit ist – bei Vorhandensein eines Betriebsrats im Kundenbetrieb – dort gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmungspflichtig.

Kündigung von unerkannt Schwangeren und Schwerbehinderten

(LAG Hamm, Urteil vom 25.6.2009, 15 Sa 86/09 / LAG Hamm, Urteil vom 05.08.2009 – 3 Sa 1677/08)

Sachverhalt: Im zuerst genannten Fall ging es um die fristlose Kündigung eines Staplerfahrers. Dem Arbeitnehmer wurde vorgeworfen, Lohnbetrug begangen zu haben, weil er sich auf einem Stundenzettel manuell eine Nachtschicht eingetragen hatte, die er tatsächlich nicht gearbeitet hatte. Der Arbeitnehmer wendete im Wesentlichen ein, er habe sich geirrt. Mit Schreiben vom 01.08.2008 kündigte der Arbeitgeber deshalb fristlos. Mit Schreiben vom 27.10.2008 hatte der Arbeitnehmer den Arbeitgeber darüber in Kenntnis gesetzt, dass ihm mit Bescheid vom 18.11.2008 mit Wirkung zum 01.06.2008 ein Grad der Behinderung von 50% zuerkannt worden war.

Im zweiten Fall kündigte der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin, ohne dass er wusste, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung eine Schwangerschaft gegeben war. Der Arbeitgeber kündigte mit Schreiben vom 24.09.2007. Mit Schreiben vom 08.11.2007 erhob die Arbeitnehmerin unter Hinweis auf ihre Schwangerschaft Einspruch gegen die Kündigung.

Entscheidung: In beiden Fällen entschied das Gericht zu Gunsten des Arbeitgebers. Im Staplerfahrer-Fall kam das Gericht nach umfangreicher Beweisaufnahme und Beweiswürdigung zu der Überzeugung, dass sich der Arbeitnehmer nicht bloß geirrt hat, sondern bewusst eine nicht geleistete Schicht auf seinem Stundenzettel eingetragen hatte. Trotz achtjähriger Betriebszugehörigkeit und der bestehenden

Schwerbehinderung fiel die Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitnehmers aus. Der Lohnbetrug stelle eine erhebliche Pflichtverletzung dar, die das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien massiv gestört habe. Erschwerend wirkte zudem, dass der Arbeitnehmer nach Überzeugung des Gerichts versucht hatte, zur Vertuschung seines Betrages einen Arbeitskollegen zur Falschaussage zu veranlassen. Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte griff nicht ein, weil der Arbeitnehmer nicht spätestens drei Wochen nach Zugang der Kündigung, also spätestens mit der Klageerhebung, seine Schwerbehinderung gegenüber dem Arbeitgeber angezeigt hatte.

Aus einem ähnlichen Grund scheiterte auch die Klage der schwangeren Arbeitnehmerin im zweiten Fall. Kündigt der Arbeitgeber in Unkenntnis der Schwangerschaft, läuft für die Erhebung der Kündigungsschutzklage die normale 3-Wochen-Frist. Durch Ablauf der 3-Wochen-Frist ist die Kündigung wirksam geworden und nicht mehr angreifbar.

Anmerkung: Die Drei-Wochen-Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage dient der schnellen Herstellung des Rechtsfriedens. Wie die Rechtsprechung zeigt, besteht dieser Anspruch des Arbeitgebers auch dann, wenn dass die Gerichte auch dann einen Anspruch auf schnelle Herstellung der objektiv im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung eine Schwerbehinderung oder eine Schwangerschaft gegeben ist. Für den Kündigungsschutz bei Schwerbehinderung muss dem Arbeitgeber diese spätestens drei Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung mitgeteilt werden. Bei der Schwangerschaft sind es zwei Wochen (§ 9 Abs. 1 MuSchG). Eine spätere Mitteilung über die Schwangerschaft kann aber z.B. dann erfolgen, wenn die Schwangere erst später von ihrer im Zeitpunkt der Kündigung bereits vorhandenen Schwangerschaft erfährt. Dann wird auch eine verspätete Kündigungsschutzklage zugelassen (§ 5 Abs. 1 S. 2 KSchG).

Ganz anders ist die Situation zu bewerten, wenn der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung von der Schwangerschaft oder Schwerbehinderung wusste. Dann beginnt die 3-Wochen-Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage erst gar nicht zu laufen. Das Risiko, dass die Kündigung noch später angegriffen wird, verbunden mit erheblichen Lohnnachzahlungsforderungen, besteht also weiter. Der Arbeitgeber soll in diesen Fällen auch nicht vor der dadurch für ihn entstehenden Rechtsunsicherheit geschützt werden.

📁 **Dringender Tatverdacht führt nicht immer zum Ende des Arbeitsverhältnisses**

(LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 06.11.2009- 6 SA 1121/09)

Sachverhalt: Der Arbeitgeber sprach dem Mitarbeiter eine zunächst fristlose, dann fristgemäße Kündigung aus, weil er ihn im Verdacht hatte, sich widerrechtlich 5 € Fundgeld angeeignet zu haben. Nach einem ersten Gespräch mit dem Mitarbeiter lud ihn der Arbeitgeber für den nächsten Tag zu einem weiteren Gespräch ein. Auf die dabei vom Mitarbeiter geäußerte Bereitschaft, sich zu dem Verdacht über einen Rechtsanwalt zu äußern, ist der Arbeitgeber nicht eingegangen.

Entscheidung: Sowohl das Arbeitsgericht als auch das LAG gaben dem Mitarbeiter Recht. Mangels ausreichender Anhörung des Klägers seien beide Kündigungen unverhältnismäßig. Der beklagte Arbeitgeber habe mit der Einladung zum zweiten Gespräch deutlich gemacht, dass ihm nach dem ersten Gespräch noch keine abschließende Beurteilung der Vorgänge möglich sei. Ein zweites Gespräch, so die Richter, sei auch sinnvoll, weil es bei spontanen Äußerungen erfahrungsgemäß leicht zu Fehlern bei der Erinnerungsleistung komme. Zudem genüge es für eine Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung nicht, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu den ihm bekannt gewordenen Verdachtsmomenten befrage. Er müsse dabei vielmehr deutlich machen, dass er deshalb einen entsprechenden Verdacht gegen den Arbeitnehmer hege und darauf gegebenenfalls eine Kündigung stützen wolle. Damit solle dem Arbeitnehmer die Bedeutung der von ihm erwarteten Stellungnahme deutlich gemacht werden. Der Arbeitgeber habe aber versäumt, kurzfristig einen weiteren Termin anzuberaumen, um dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu geben, einen Rechtsanwalt hinzuziehen oder ihm eine Frist für die von ihm angebotene Stellungnahme durch einen Rechtsanwalt zu setzen. Unerheblich sei, ob die Stellungnahme im Ergebnis zu einer Entlastung des Verdachts führe oder nicht. Denn das Ergebnis einer Anhörung sei ohne Einfluss auf ihre Erforderlichkeit.

Anmerkung: Die Verdachtskündigung ist von der Tatkündigung zu unterscheiden. Bei der Verdachtskündigung ist es allein der Verdacht, der das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nötige Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört. Bei der Tatkündigung hat der Arbeitnehmer nach Überzeugung des Arbeitgebers eine strafbare Handlung tatsächlich begangen. Die Verdachtskündigung muss **vier Voraussetzungen** erfüllen: 1. Der Verdacht muss sich aus objektiven, im Zeitpunkt der Kündigung vorliegenden Tatsachen ergeben, 2. Der Verdacht muss dringend sein, 3. Die Vertragsverletzung, derer der Arbeitnehmer verdächtigt wird, muss von erheblichem Gewicht sein und 4. Der Arbeitgeber muss alles Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts getan haben. Dazu gehört insbesondere, den Arbeitnehmer zu dem gegen ihn gerichteten Verdacht zu hören und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.



Der Knaller zum Abschluss: Das Feuerwerk der Fragen

Kündigung & Co.

Muss einem Mitarbeiter, der in Rente geht, gekündigt werden?

Ja. Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht endet das Arbeitsverhältnis nicht automatisch mit Erreichen einer bestimmten Altersgrenze. Der Anspruch des Versicherten auf Rente wegen Alters ist auch nicht als Grund anzusehen, der die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach dem Kündigungsschutzgesetz rechtfertigt. Allerdings kann man im Arbeitsvertrag die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen der Regelaltersgrenze vereinbaren, so wie es in den Musterarbeitsverträgen des iGZ auch formuliert ist.



Kann eine Kündigungsfrist auch an einem Sonntag/Feiertag enden?

Ja. Es gibt zwar eine Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch, nach der sich das Ende einer Frist auf den darauffolgenden Werktag verschiebt, wenn es auf einen Samstag, Sonn- oder Feiertag fällt. Diese Regelung ist aber auf Kündigungsfristen nicht anwendbar. Es ist ferner unbeachtlich, ob auf Seiten des Kündigungsempfängers ein besonderes Schutzbedürfnis besteht, so dass es in diesem Sinn auch keine Kündigung zur Unzeit geben kann.

Wo ist bei den Kündigungsfristen der Unterschied zwischen einem Monat und vier Wochen?

Vier Wochen sind genau 28 Kalendertage, inklusive Samstagen, Sonn- und Feiertagen. Ein Monat ist wörtlich zu nehmen und umfasst in der Regel ein paar Kalendertage mehr. Bsp: Geht dem Arbeitnehmer eine Kündigung zum 03.12.2009 zu, so kann sie bei einer 4-Wochen-Frist noch zum 31.12.2009 ausgesprochen werden. Im Falle einer Monatsfrist muss die Kündigung spätestens am 30.11.2009 zugegangen sein.

Reicht es aus, wenn man in der Abmahnung mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen droht?

Nein. Dem Mitarbeiter muss klar formuliert werden, dass im Wiederholungsfall Inhalt und Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährdet sind. Das Wort „Kündigung“ muss dabei nicht verwendet werden. Die bloße Formulierung, dass er mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen habe, reicht aber nicht aus. Genauso muss konkret formuliert werden, welches konkrete Verhalten an welchem konkretem Datum

abgemahnt wird. Schlagworte wie „Unzuverlässigkeit“ oder „Mangelnde Arbeitsbereitschaft“ reichen nicht aus.

Kurz: Die Abmahnung braucht drei Bestandteile:

1. Welches konkrete Verhalten wird gerügt?
2. Was muss der Arbeitnehmer in Zukunft an seinem Verhalten ändern?
3. Hinweis darauf, dass im Wiederholungsfall der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist.

Kann man zugleich mit der Abmahnung auch die Kündigung aussprechen?

Nein. Die Abmahnung soll ihrem Sinn und Zweck nach den Mitarbeiter zu vertrags-treuem Verhalten anhalten, damit eine Kündigung gerade verhindert werden kann. Sie würde ihren Sinn verlieren, wenn zugleich die Kündigung ausgesprochen würde. Auch die Kündigung in unmittelbarem, zeitlichem Zusammenhang ohne einen zwischenzeitlich neuen Pflichtverstoß des Arbeitnehmers spricht dafür, dass die Kündigung wegen der abgemahnten Pflichtverletzung erfolgt und damit unwirksam ist.

Gelten für schwerbehinderte Arbeitnehmer besondere, längere Kündigungsfristen?

Ja. Nach § 86 SGB IX muss die Kündigungsfrist mindestens vier Wochen betragen. Diese verlängerte Kündigungsfrist gilt allerdings nicht innerhalb der ersten sechs Monate des Beschäftigungsverhältnisses. Da laut Tarifvertrag nach sechs Monaten die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten, die aber ebenfalls mindestens vier Wochen betragen, führt die Regelung in Endeffekt zu keinen anderen Ergebnissen.

Ab welcher Anzahl von Kündigungen muss die Agentur für Arbeit informiert werden?

Die Arbeitsagentur ist vor dem Ausspruch einer Kündigung zu informieren und muss dieser zustimmen, wenn eine bestimmte Anzahl von Mitarbeitern innerhalb von 30 Kalendertagen entlassen werden soll (Massenentlassung). Die Zahlen ergeben sich aus § 17 KSchG. In Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern muss die Agentur für Arbeit informiert werden bei mehr als 5 Entlassungen; in Betrieben mit mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern, wenn 10 % oder mehr als 25 Arbeitnehmer entlassen werden und in Betrieben mit mindestens 500 Arbeitnehmern, wenn mindestens 30 Arbeitnehmer entlassen werden.

Arbeitszeit und Arbeitszeitkonto

Das Arbeitszeitkonto soll maximal 150 Plusstunden enthalten. Kann man mit dem Mitarbeiter vereinbaren, darüber hinaus Plusstunden zu sammeln?

Nein. Auch wenn der Mitarbeiter selbst eine Heraufsetzung der Stunden wünscht, zum Beispiel, weil er einen längeren Urlaub plant, für den seine (Rest-)Urlaubstage nicht ausreichen, ist die 150-Stunden-Grenze einzuhalten.

Ausnahmsweise hat der Mitarbeiter an vereinzelten Tagen mehr als 10 Stunden gearbeitet. Wie kann man dies rechtlich begründen?

Nur in sehr begrenzten Fällen ist das rechtlich zu begründen. Das Arbeitszeitgesetz ist hier sehr streng. 10 Stunden sind meist das Maximum. Lediglich in den in der Praxis seltenen Ausnahmefällen, wenn bei Nichterledigung der Arbeit unverhältnismäßige Schäden entstehen würden (z.B. Verderb von Rohstoffen oder Lebensmitteln) oder in Notfällen oder bei betrieblichen oder behördlichen Ausnahmegenehmigungen kann die Arbeitszeit vorübergehend mehr als 10 Stunden betragen.

Vergütung und Lohnfortzahlung

Wenn eine Zulage mit dem Hinweis auf die freiwillige und widerrufliche Zahlung bezahlt wird, kann man die Zahlung der Zulage dann jederzeit einstellen?

Nein. Eine Formulierung im Arbeitsvertrag, die die Wörter „freiwillig“ und „widerruflich“ vermischt, ist unwirksam, da sie für den Arbeitnehmer missverständlich ist. Dies rührt daher, dass ein Anspruch auf eine freiwillige Leistung erst gar nicht entstehen kann. Widerrufen werden kann hingegen nur ein Anspruch, der bereits entstanden ist. Wenn wegen des Hinweises auf die Freiwilligkeit erst gar kein Anspruch entsteht, kann ein solcher auch nicht widerrufen werden.

Können für den Zeitraum des Bezugs von Krankengeld die Jahressonderzahlungen anteilig gekürzt werden?

Ja. Während des Bezugs von Krankengeld ruht das Arbeitsverhältnis. Für diesen Zeitraum können die Jahressonderzahlungen gekürzt werden, da in diesem Zeitraum kein sozialversicherungspflichtiges **Arbeitsentgelt** erzielt wird. Zwar ist das Krankengeld eine sozialversicherungspflichtige Lohnersatzleistung. Es ist aber eben gerade kein Arbeitsentgelt im Sinne der Protokollnotiz Nr. 6 Satz 3 zum Manteltarifvertrag.

Verstößt eine unterschiedliche Zulagenzahlung gegen das AGG?

Nein, nicht grundsätzlich. Lediglich wenn die Unterscheidung an eines der im AGG genannten Merkmale (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität) geknüpft wird und diese Unterscheidung sachlich nicht gerechtfertigt ist, kommt ein Verstoß gegen das AGG in Betracht.

Zu denken ist aber an einen Verstoß gegen den **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz**, der mit dem AGG nichts gemein hat. Danach dürfen einzelne Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen nicht willkürlich ungünstiger behandelt werden als andere, vergleichbare Arbeitnehmer. Voraussetzung ist aber, dass die Zulagen nach einem bestimmten, erkennbaren generalisierenden Prinzip gezahlt werden. Nur dann bedarf eine unterschiedliche Zulagengewährung eines sachlichen Grundes.

Werden Zulagen mit jedem Mitarbeiter einzeln ausgehandelt, besteht kein Anspruch eines Mitarbeiters, genauso vergütet zu werden wie ein vergleichbarer Kollege des Zeitarbeitsunternehmens.

Urlaub

Kann ein Urlaubsanspruch bei erkrankten Arbeitnehmern überhaupt entstehen?

Ja. Das Arbeitsverhältnis ruht zwar während der Dauer des Krankengeldbezugs, aber es besteht nach wie vor weiter. Mithin entsteht bzw. wächst auch der Urlaubsanspruch. Zur Erinnerung: kann der Urlaub wegen Krankheit nicht genommen bzw. gewährt werden, verfällt er nicht mehr, auch nicht zum 31.3. des Folgejahres. Allerdings: der über den gesetzlichen Urlaubsanspruch von 20 Tagen hinausgehende tarifvertragliche Urlaubsanspruch von 24 und mehr Tagen verfällt nach wie vor nach den „alten“ Regelungen. Ebenfalls verfällt, nach umstrittener Ansicht auch der **Zusatzurlaub** in Höhe von 5 Tagen **von Schwerbehinderten**.

Muss den Mitarbeitern an Heiligabend und Silvester Urlaub gewährt werden?

Die Regelung im Tarifvertrag, nach der die Arbeitszeit an den beiden genannten Tagen um 14.00 Uhr endet, bedeutet nicht, dass nach 14.00 Uhr Freizeit ist. Sie bedeutet, dass die Arbeitszeit nach 14.00 Uhr zuschlagspflichtig (Feiertagszuschlag) ist. Wer an den beiden Tagen frei haben möchte, muss hierfür Urlaubstage oder Abzug vom Guthaben des Arbeitszeitkontos beantragen und zwar jeweils für einen ganzen Tag.

Wie berechnet sich der Urlaubsanspruch von Teilzeitbeschäftigten?

Hier sind **nicht** die Wochenstunden maßgeblich, sondern die Anzahl der Wochentage, an denen der Teilzeitbeschäftigte arbeitet. Die Rechenformel lautet:

Gesamtzahl der Urlaubstage pro Jahr / Anzahl der Wochentage, an denen im Betrieb gearbeitet wird) x Anzahl der Wochentage, an denen der Teilzeitbeschäftigte im Betrieb tätig ist.

Beispiel: Der Mitarbeiter arbeitet an drei Tagen bei einer Fünftagewoche. Er ist im ersten Beschäftigungsjahr (24 Urlaubstage)

24: 5 x 3 = 14,4 Urlaubstage pro Jahr, pro vollem Beschäftigungsmonat 1,2 Urlaubstage (14,4/12)

Arbeitet der Mitarbeiter in unterschiedlicher Anzahl an Wochentagen, ist ein Durchschnitt zu ermitteln.

Sonstiges

Muss eine Mitarbeiterin den Arbeitgeber unverzüglich über eine bestehende Schwangerschaft informieren?

Nein. Nach § 5 Abs. 1 MuSchG (Mutterschutzgesetz) **sollen** werdende Mütter dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft und ihren mutmaßlichen Tag der Entbindung mitteilen, sobald ihnen ihr Zustand bekannt ist. Sollen bedeutet nicht müssen. Das heißt: es gibt keine erzwingbare Mitteilungspflicht der Schwangeren. Die Regelung ist lediglich als dringende gesetzliche Empfehlung zu verstehen. Solange dem Arbeitgeber die Schwangerschaft nicht mitgeteilt wird bzw. ihm diese nicht bekannt ist, kann auch seine Nichterfüllung der Schutzpflichten für werdende Mütter nicht sanktioniert werden. Als arbeitsvertragliche Nebenpflicht folgt im Einzelfall die Verpflichtung, die Dispositionsinteressen des Arbeitgebers zu berücksichtigen und daher über die bestehende Schwangerschaft zu informieren.

Wie lange dauert ein Beschäftigungsmonat?

Ein Beschäftigungsmonat beginnt mit dem Tag des Abschlusses des Arbeitsvertrags bzw. mit dem ersten Arbeitstag und endet einen Monat später an dem Tag, der dem ersten Arbeitstag in seiner Benennung vorangeht.

Beispiel: Mitarbeiter wird zum 12.01. eingestellt. Der erste Beschäftigungsmonat endet am 11.02. 24:00 Uhr.

Ab welcher Unterbrechungsdauer zwischen zwei Beschäftigungsverhältnissen werden die Beschäftigungszeiten aus dem vorangegangenen Arbeitsverhältnis mit angerechnet?

Hier gibt es keine feste zeitliche Grenze. Die Rechtsprechung stellt in der Regel darauf ab, ob zwischen den beiden Beschäftigungsverhältnissen ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht. Ein zeitlicher Zusammenhang wird nach Ablauf von drei Monaten nicht mehr vermutet. Allerdings wird hier in einzelnen Fällen ein zeitlicher Zusammenhang auch bei kürzeren Fristen verneint. Ausgangspunkt der Überlegung muss immer sein: ist für die neue Beschäftigung nochmals eine Probe-

zeit erforderlich, dann besteht kein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang, ist keine Probezeit mehr erforderlich oder vertretbar, besteht ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang.

Ab welcher Unterbrechungsdauer zwischen zwei Beschäftigungsverhältnissen kann wieder ohne sachlichen Grund befristet werden?

Noch gibt es hierfür keine zeitliche Grenze. Noch gilt die Regelung, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis ohne sachlichen Grund nur dann geschlossen werden kann, wenn zuvor noch nie ein Arbeitsverhältnis (egal ob befristet oder unbefristet) bestanden hat. Nach einer Vereinbarung im Koalitionsvertrag soll dieses Anschlussverbot aber gelockert werden. Danach soll es nach entsprechender Gesetzesänderung ausreichen, wenn zwischen den beiden Beschäftigungsverhältnissen ein Abstand von mindestens einem Jahr liegt.

Darf man im Bewerbungsbogen nach Vorstrafen fragen?

Nein, nicht in pauschaler Art und Weise. Die Frage muss tätigkeitsbezogen gestellt werden. Das heißt, ein Mitarbeiter, der mit Geld- oder Warenbeständen betraut wird, darf nach Vorstrafen im Bereich der Vermögensdelikte gefragt werden, ein Mitarbeiter, der als Fahrer eingesetzt werden soll, darf nach Vorstrafen im Bereich Verkehrsdelikte gefragt werden etc..

Was muss bei der Beschäftigung von Studenten beachtet werden?

In der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung sind Studenten bei Ausübung einer Beschäftigung versicherungsfrei, wenn sie als sogenannte ordentlich Studierende einzustufen sind. In der Rentenversicherung unterliegen auch ordentlich Studierende in einer neben dem Studium ausgeübten Beschäftigung, wie alle übrigen Arbeitnehmer, grundsätzlich der Versicherungspflicht, es sei denn, die Beschäftigung wird im Rahmen eines versicherungsfreien Minijobs (400-Euro-Minijob oder kurzfristiger Minijob) ausgeübt. Ein ordentliches Studium liegt vor, wenn ein Student während der Vorlesungszeit unabhängig von der Höhe des Arbeitsentgelts an **nicht mehr als 20 Stunden in der Woche** beschäftigt ist. Wird diese Beschäftigung lediglich in der vorlesungsfreien Zeit (Semesterferien) auf mehr als 20 Stunden ausgeweitet, so ist sie unabhängig von der Höhe des Arbeitsentgelts auch in dieser Zeit versicherungsfrei.