

Entscheidungen kommentiert

Abfindung nach Entlassung während Elternteilzeit

Art. 157 AEUV

Werden Vollzeitkräfte, die sich vorübergehend in Elternteilzeit befinden, entlassen, ist die Entlassungsschädigung nach dem vorherigen höheren Verdienst zu berechnen. Dagegen verstößende (hier: französische) Regelungen stellen eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts dar.

(Leitsatz der Bearbeiter)

EuGH, Urteil vom 8.5.2019 – C-486/18

PROBLEMPUNKT

Nach bisheriger deutscher Praxis werden Entlassungsschädigungen bei Teilzeitkräften oft anhand des aktuellen verringerten Entgelts berechnet. § 1a KSchG etwa verweist hinsichtlich der Berechnung einer zwingend anzubietenden Abfindung auf § 10 Abs. 3 KSchG, welcher als Monatsverdienst definiert, was dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis endet, an Bezügen zusteht. Auch Sozialpläne regeln oft ähnliches. Diese Praxis ist kritisch angesichts des vorgenannten EuGH-Urteils, jedenfalls bei Vollzeitkräften, die vorübergehend in Elternteilzeit tätig sind gem. § 15 Abs. 7 BEEG, zumal das Urteil eigentlich „nur“ die Fortsetzung früherer Rechtsprechung des EuGHs ist und übereinstimmt mit einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2018. Jene Entscheidungen wurden allerdings in Deutschland wenig oder nur in anderem Zusammenhang kommentiert.

Das dem EuGH-Urteil vom 8.5.2019 zugrundeliegende Vorabentscheidungsersuchen des französischen Kassationsgerichtshofs betrifft den Fall einer unbefristet angestellten Vollzeitarbeitnehmerin, deren Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt wurde, während sie sich in Elternteilzeit befand. Die Entlassungsschädigung (und weitere Leistungen) wurde(n) auf Basis des während der Elternteilzeit um ca. ein Fünftel reduzierten Entgelts berechnet. Die hiergegen klagende Arbeitnehmerin begehrte nun die Neuberechnung.

ENTSCHEIDUNG

Der EuGH bestätigt seine Entscheidungen vom 22.10.2009 (C-116/08) sowie vom 27.2.2014 (C-588/12) und fügt den Aspekt der Entgeltdiskriminierung hinzu. Eine Verkürzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Rechte im Fall einer Elternteilzeit könnte Arbeitnehmer davon abhalten, Elternzeit zu nehmen, oder Arbeitgeber veranlassen, bevorzugt Arbeitnehmer in Elternteilzeit zu entlassen – wengleich Letzteres nach deutschen Maßstäben fragwürdig ist angesichts geringer Erfolgsaussichten von Anträgen nach § 18 Abs. 1 Satz 4 BEEG, eine Kündigung während der Elternzeit für zulässig zu erklären.

Der EuGH weist abermals darauf hin, dass nach § 2 Nr. 6 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub, die im Anhang der RL 96/34/EG enthalten ist, die Rechte, die Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben haben, bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen bleiben. In Anbetracht des mit der Rahmenvereinbarung verfolgten Zieles der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, muss die Pflicht zur Beachtung dieser Rechte als Ausdruck eines Grundsatzes des Sozialrechts der Gemeinschaft verstanden werden.

In seiner Argumentation geht der EuGH nun noch einen Schritt weiter. Der Begriff „Arbeitsentgelt“ i. S. d. Art. 157 AEUV umfasst auch Entlassungsschädigungen. Die streitige französische Regelung ist zwar neutral formuliert, für ein Geschlecht jedoch nachteiliger, da mehr Frauen als Männer Elternteilzeit in Anspruch nehmen. Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts ist objektiv nicht gerechtfertigt.

KONSEQUENZEN

Der EuGH setzt seine restriktive Linie zu Fragen mittelbarer Diskriminierung wegen des Geschlechts fort und befindet sich zudem in Übereinstimmung mit ähnlicher Rechtsprechung des BAG (vgl. Urt. v. 15.5.2018 – 1 AZR 20/17). Vorübergehend in Elternteilzeit beschäftigte Vollzeitmitarbeiter dürfen nicht schlechter gestellt werden als andere bei demselben Arbeitgeber angestellte Vollzeitkräfte, weshalb auch deren Entlassungsschädigung auf Basis des früheren Vollzeitentgelts zu berechnen ist.

Der deutsche Gesetzgeber hat zwar bislang keinen Anlass gesehen, den Wortlaut von § 1a i. V. m. § 10 Abs. 3 KSchG anzupassen. Arbeitgeber in Deutschland wie auch Betriebsparteien bei Sozialplanverhandlungen müssen sich dennoch auf die restriktive Rechtsprechung einstellen, zumal sie sich vermutlich in diese Richtung fortentwickeln wird. Andernfalls drohen jedenfalls bei „Massenentlassungen“ teure Nachforderungen in Fällen von Elternteilzeit.

Vollzeitarbeitnehmer, die sich vorübergehend in Elternteilzeit befinden, und solche, die (weiterhin) in Vollzeit tätig sind, sind im Falle einer Kündigung im Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber in einer vergleichbaren Situation. Erstere leisten zwar (vorübergehend) eine geringere Stundenzahl, i. d. R. aber auf der Grundlage des ursprünglichen, lediglich für die Dauer der Elternteilzeit modifizierten Arbeitsvertrags. Abzuwarten bleibt, ob sich die Rechtsprechung korrespondierend entwickelt in ähnlichen Konstellationen vorübergehender Teilzeit wie der seit dem 1.1.2019 kodifizierten Brückenteilzeit oder der Pflegeteilzeit. Umgekehrt dürfte ähnliches nicht bei dauerhaften Teilzeitarbeitsverhältnissen nach § 8 TzBfG gelten. Ihnen liegt kein später wiederauflebender Vollzeitarbeitsvertrag mehr zugrunde. Vielmehr haben sich die Arbeitsvertragsparteien auf eine dauerhafte Reduzierung der Arbeitszeit geeinigt.

Soweit der EuGH in seiner aktuellen Entscheidung auch auf Art. 157 AEUV und Aspekte mittelbarer Diskriminierung wegen des Geschlechts verweist, besteht aus Arbeitgebersicht zudem das Risiko, dass nicht nur zu gering bemessene Entlassungsschädigungen nachgefordert, sondern auch Entschädigungen nach § 15 AGG geltend gemacht werden.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber sind gut beraten, vorgenannter Rechtsprechung Rechnung zu tragen und damit allen Unwägbarkeiten aus dem Weg zu gehen. Jedenfalls bei Vollzeitmitarbeitern, die sich vorübergehend in Elternteilzeit befinden, vorsorglich aber auch in ähnlichen Konstellationen vorübergehender Teilzeittätigkeit sollten Entlassungsschädigungen nach dem Vollzeitentgelt vor Beginn der Teilzeittätigkeit bemessen werden. Ratssam ist somit eine europarechtskonforme Anwendung bzw. Auslegung des Wortlauts des § 1a i. V. m. § 10 Abs. 3 KSchG.

Zudem sind die Berechnungsmodalitäten für Abfindungsansprüche in Sozialplänen entsprechend durch hinreichende Definition des berechnungsrelevanten Monatsverdienstes zu gestalten.

Zwar kann nach wie vor auf einen bestimmten Kalendermonat oder Durchschnittsverdienst während eines bestimmten Referenzzeitraums abgestellt werden. Zugleich zu regeln sind aber Ausnahmen für Fälle von Elternteilzeit und/oder ähnliche Fälle vorübergehender Teilzeittätigkeit, indem das Vollzeitentgelt vor Beginn der Teilzeit herangezogen wird.

RAin Bernadette Baas,
Dentons Europe LLP, Berlin;
RA und FA für Arbeitsrecht Matthias Stelzer,
Dentons Europe LLP, Berlin

Verrechenbarkeit von Sozialplanabfindung und Nachteilsausgleich

§§ 111 ff. BetrVG; RL 98/59/EG;
§§ 17, 18 KSchG

Von Entlassungen betroffenen Arbeitnehmern können gleich mehrere Ausgleichsansprüche zustehen. Abfindungen aufgrund eines Sozialplans und Ansprüche aus einem gesetzlichen Nachteilsausgleich sind dabei verrechenbar.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 12.2.2019 – 1 AZR 279/17

PROBLEMPUNKT

Wenn ein Arbeitgeber einen Personalabbau in größerem Umfang beabsichtigt, muss er im Hinblick auf die Abstimmung mit dem Betriebsrat grundsätzlich zwei Verfahren beachten.

Zum einen muss er gem. §§ 111 ff. BetrVG versuchen, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich zu verhandeln und einen Sozialplan zu vereinbaren. Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen diese Verpflichtung (z. B. durch den Ausspruch von Kündigungen vor Abschluss der Verhandlungen mit dem Betriebsrat) steht den betroffenen Arbeitnehmern ein Nachteilsausgleichsanspruch zu.

Das zweite vom Arbeitgeber zu beachtende Verfahren ist das Verfahren für anzeigepflichtige Entlassungen nach §§ 17 ff. KSchG, welches die nationale Umsetzung der europäischen Massenentlassungsrichtlinie (RL 98/59/EG) darstellt und ebenfalls vorsieht, dass der Arbeitgeber vor Entlassungen in erheblichem Umfang sowohl den Betriebsrat frühzeitig unterrichtet als auch mit diesem die Situation der betroffenen Mitarbeiter beraten muss.

Im vom BAG entschiedenen Fall hatte der beklagte Arbeitgeber beschlossen, den Betrieb, in dem der Kläger beschäftigt war, stillzulegen. Zwar unterrichtete der Beklagte den Betriebsrat über die mit der Stilllegung einhergehende Massenentlassung und führte mit diesem einmal eine Verhandlung über einen Interessenausgleich; jedoch kündigte er, noch bevor die Verhandlungen mit dem Betriebsrat abgeschlossen waren, den von der Stilllegung betroffenen Mitarbeitern betriebsbedingt. Aufgrund dieses Verstoßes erstritt der Kläger vor dem ArbG einen Nachteilsausgleich gem. § 113 Abs. 1, 3 BetrVG i. H. v. 16.307,20 Euro, den der beklagte Arbeitgeber auch auszahlte.

Zwischenzeitlich kam es doch noch zur Vereinbarung eines Sozialplans zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat, der für die betroffenen Arbeitnehmer eine Abfindung i. H. v. 9.000 Euro vorsah. Als der Kläger nun auch die Sozialplanabfindung gegenüber dem Arbeitgeber geltend machte, verwies dieser auf die Anrechenbarkeit und verweigerte die Auszahlung – u. a. mit dem Argument, die Anrechnung der Sozialplanabfindung auf den Nachteilsausgleich verstoße gegen die Massenentlassungsrichtlinie. Der Arbeitnehmer erhob erneut Klage, diesmal auf Zahlung der Sozialplanabfindung.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG bestätigte die Entscheidungen der Vorinstanzen. Hiernach wurde mit der Auszahlung des Nachteilsausgleichs auch die Sozialplanforderung erfüllt. Der über den Sanktionscharakter hinausgehende Zweck der Leistungen ist weitgehend deckungsgleich, da beide dem Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile des betroffenen Arbeitnehmers dienen. Daran kann auch der Umstand, dass der Arbeitgeber durch den Ausspruch von Kündigungen vor Abschluss der Verhandlungen mit dem Betriebsrat gegen seine Konsultationspflichten im Rahmen des Massenentlassungsverfahrens verstoßen hat, nichts ändern.

Art. 2 der Richtlinie verpflichtet den Arbeitgeber bei geplanten Massenentlassungen, die Arbeitnehmervertreter rechtzeitig zu konsultieren und sie zweckdienlich zu informieren. Ziel der Konsultation soll die Vermeidung von Massenentlassungen bzw. die Beschränkung der nachteiligen Folgen für die betroffenen Mitarbeiter sein. Nach Art. 6 der Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass den Arbeitnehmern geeignete Verfahren zur Durchsetzung dieser Verpflichtungen zur Verfügung stehen. Die Regelung konkreter Sanktionen für Verstöße gegen diese Verpflichtungen ist den nationalen Gesetzgebern überlassen worden, wobei Deutschland diesbezüglich in §§ 17 f. KSchG keine ausdrückliche Regelung getroffen hat.

Nach der Rechtsprechung des BAG hat ein Verstoß gegen die in § 17 Abs. 2 KSchG normierten Verpflichtungen jedenfalls die Unwirksamkeit der betreffenden Kündigungen zur Folge. Dies stellt bereits eine wirksame und abschreckende Sanktion dar, einer darüber hinausgehenden Sanktion, z. B. durch einen zusätzlichen Ausgleichsanspruch des Arbeitnehmers, bedarf es insofern nicht. Daher ist auch kein Verstoß gegen die Massenentlassungsrichtlinie durch die Anrechenbarkeit der Sozialplanabfindung auf den Nachteilsausgleich erkennbar.

KONSEQUENZEN

Die Praxis gewinnt mit dieser Entscheidung Rechtssicherheit, da das BAG die umstrittene Frage, ob der Nachteilsausgleich auch bei Verstößen gegen Verpflichtungen aus der Massenentlassungsrichtlinie voll mit einer Sozialplanabfindung verrechnet werden kann, eindeutig bejaht hat. Damit setzt das BAG seine Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen Sozialplanansprüchen und Nachteilsausgleichsansprüchen konsequent fort.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten – trotz dieser für sie günstigen Entscheidung – die aus der Richtlinie resultierenden Konsultationspflichten im Rahmen von Massenentlassungen nicht auf die leichte Schulter nehmen. Ein Verstoß dürfte i. d. R. zumindest die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen zur Folge haben. Auch dies kann wirtschaftlich erhebliche Folgen haben, die durch die ordnungsgemäße Durchführung des vorgesehenen Verfahrens ggf. vermieden werden können.

Hierzu gehört nicht nur die rechtzeitige und umfassende Information der Beschäftigten, sondern auch das erkennbare und ernsthafte Bemühen, im Rahmen von Verhandlungen mit den Arbeitnehmervertretern die Folgen der geplanten Maßnahmen für die Betroffenen abzumildern. In welchem Umfang Verhandlungen zur Erfüllung dieser Voraussetzungen erforderlich sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Ein einmaliges Treffen mit dem Betriebsrat wird regelmäßig nicht ausreichen.

RA Dirk Kolata,
Rödl & Partner, Eschborn

Unterrichtung Wirtschafts- ausschuss – Einigungsstelle

§ 106 BetrVG

1. Ein im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren angebrachtes Begehren, das der Primärzuständigkeit der Einigungsstelle unterfällt, ist nur dann zulässig, wenn zuvor das in § 109 BetrVG vorgesehene Konfliktlösungsverfahren durchgeführt wurde.

2. Die gesetzliche Primärzuständigkeit der Einigungsstelle bei Konflikten über ein Auskunftsverlangen des Wirtschaftsausschusses bezieht sich auch auf Streitigkeiten über die Art und Weise der Erteilung von Auskünften.

(Leitsatz [Nr. 1] des Bearbeiters)

**BAG, Beschluss vom 12.2.2019 –
1 ABR 37/17**

PROBLEMPUNKT

Die Beteiligten streiten über die Modalitäten der Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses. Bei einem deutschen Post- und Paketdienst besteht ein Wirtschaftsausschuss mit sieben Mitgliedern. Der Ausschuss erhält vom Unternehmen vor seinen Sitzungen verschiedene Berichte zu den aktuellen Geschäftszahlen. Allerdings werden diese Berichte den Mitgliedern lediglich als Ausdrucke auf Papier zur Verfügung gestellt. Nur die umfangreichen Berichte zu den Kostenstellen werden auf drei Laptops zu den Sitzungen bereitgestellt, die im Anschluss wieder zurückgegeben werden müssen. Die Excel-Dateien können nur gelesen, aber nicht bearbeitet werden.

Der Gesamtbetriebsrat meint, diese Verfahrensweise genüge nicht der Unterrichtungspflicht der Arbeitgeberin gegenüber dem Wirtschaftsausschuss. Ebenso wie den Führungskräften im Unternehmen seien die Reports und die Kostenstellenberichte allen Mitgliedern des Wirtschaftsausschusses auf elektronischem Weg jeweils als bearbeitungsfähige Excel-Datei zu übermitteln und zwar drei Werktage vor den Sitzungen des Wirtschaftsausschusses. Nur dies versetze ihn in die Lage, mit der Arbeitgeberin über die wirtschaftlichen Angelegenheiten angemessen beraten zu können. Er verfolgt dies mit entsprechenden Feststellungsanträgen, die vor dem ArbG Bonn teilweise Erfolg hatten und vom LAG Köln zurückgewiesen wurden.

ENTSCHEIDUNG

Nach dem BAG sind die Anträge zwar bestimmt. Sie sind aber unzulässig, weil das Arbeitsgericht nicht vorrangig und primär zuständig ist. Bevor der Streit über die Form der zu übermittelnden Informationen vor den Arbeitsgerichten ausgetragen wird, ist die Angelegenheit im Rahmen einer Einigungsstelle nach § 109 BetrVG zu erörtern und dort eine Entscheidung herbeizuführen (BAG, Urt. v. 8.8.1989 – 1 ABR 61/88, NZA 1990, S. 150). Bevor nicht das Verfahren der Einigungsstelle durch eine Vereinbarung bzw. durch Spruch beendet ist, sind die Arbeitsgerichte nicht zuständig. Die Einigungsstelle wurde vorliegend von beiden Betriebsparteien nicht angerufen. Die Anträge des Gesamtbetriebsrats wurden dementsprechend als unzulässig abgewiesen.

Das BAG macht deutlich, dass bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Betriebsparteien über ungenügende Auskünfte an den Wirtschaftsausschuss ein besonderes Verfahren zur Konfliktlösung durchzuführen ist. Das Einigungsstellenverfahren ist durchzuführen, wenn über den konkreten Umfang der Pflicht zur Unterrichtung keine Einigung zustande kommt. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung ergibt sich aus § 106 Abs. 2 BetrVG.

§ 109 BetrVG regelt ausdrücklich, dass die Einigungsstelle zur Beilegung von Streitigkeiten zuständig ist, wenn der Arbeitgeber dem Wirtschaftsausschuss eine Auskunft gar „nicht“ erteilt, „nicht rechtzeitig“ erteilt oder auch „nur ungenügend“ erteilt. Die Einigungsstelle befindet in diesem Zusammenhang (auch) über Rechtsfragen (vgl. Fitting, 29. Aufl., § 109 BetrVG, Rdnr. 1). Also kann der (Gesamt-)Betriebsrat im Rahmen eines erzwingbaren Einigungsstellenverfahrens einen Konflikt sowohl über den Zeitpunkt der Auskunft als auch über die Art und Weise der Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses entscheiden lassen. Es geht nicht bloß darum, dass die Auskunftspflicht vollständig sein muss. Auch die Form der Auskünfte – bearbeitungsfähige elektronische Datei oder Papierausdruck – gehört hierzu.

Sinn des Einigungsstellenverfahrens ist es, eine der „internsten Angelegenheiten der Unternehmensleitung“ zunächst einer unternehmensinternen Regelung zuzuführen (BT-Drs. I/3585, S. 15). Durch das Einigungsstellenverfahren wird vermieden, dass geschützte Informationen (Geschäftsgeheimnisse) in einem öffentlichen Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht diskutiert werden. Hieran haben sowohl der Arbeitgeber als auch der Betriebsrat kein Interesse.

KONSEQUENZEN

In § 106 BetrVG ist zwingend vorgeschrieben, dass der Betriebs- bzw. Gesamtbetriebsrat den Wirtschaftsausschuss errichten und seine Mitglieder bestimmen muss, wenn im Unternehmen i. d. R. mehr als 100 Arbeitnehmer ständig beschäftigt werden, wobei auch Auszubildende und Leiharbeitnehmer mitzählen. Lehnt der Arbeitgeber die Bildung des Wirtschaftsausschusses ab, entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren. Der Betriebs- bzw. Gesamtbetriebsrat kleinerer Unternehmen kann hingegen keinen Wirtschaftsausschuss bilden. Er kann die Aufgaben des Wirtschaftsausschusses auch nicht selbst übernehmen.

Da die zu beurteilenden Inhalte auf Seiten des Wirtschaftsausschusses häufig Geschäftsgeheimnisse i. S. d. § 2 Nr. 1 GeschGehG sind, sollten sie als solche deklariert werden. Es besteht eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht (§§ 79, 107 Abs. 3 Satz 4, 108 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) für die Teilnehmer.

PRAXISTIPP

Bei Streit über die Auskunftspflicht des Wirtschaftsausschusses muss vor Anrufung der Arbeitsgerichte die Einigungsstelle entschieden haben. Sie ist primär zuständig.

RA Volker Stück,
Bonn



Sachgrundlose Befristung: BAG ändert Rechtsprechung

§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags ist bei der erneuten Einstellung eines Arbeitnehmers bei demselben Arbeitgeber nur zulässig, wenn die Anwendung des Verbots der sachgrundlosen Befristung bei einer Vorbeschäftigung für die Arbeitsvertragsparteien unzumutbar wäre.

(Leitsatz der Bearbeiter)

BAG, Urteil vom 23.1.2019 – 7 AZR 733/16

PROBLEMPUNKT

Der Entscheidung liegt der Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags zugrunde. Der Arbeitnehmer klagte nach Ablauf der Befristung auf Feststellung, dass die Befristung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat. Er berief sich darauf, dass er bereits acht Jahre zuvor für etwa anderthalb Jahre bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war.

Die Entscheidung des BAG markiert eine weitere richtungweisende Entscheidung zur nicht enden wollenden Diskussion zur Frage der Vorbeschäftigung bei sachgrundlosen Befristungen. Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist eine sachgrundlose Befristung unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Streit besteht über die Frage, wie der Begriff „bereits zuvor“ auszulegen ist.

Das BAG war sich selbst nicht sicher. Erst entschied es, dass dieselben Arbeitsvertragsparteien nur bei der erstmaligen Einstellung eine sachgrundlose Befristung vereinbaren können. Ab 2011 urteilte es dann, dass eine „Zuvor-Beschäftigung“ nicht gegeben sei, wenn das frühere Arbeitsverhältnis länger als drei Jahre zurückliege (BAG, Urt. v. 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, AuA 4/12, S. 246). Im Jahr 2018 entschied daraufhin das BVerfG, dass diese Auslegung des § 14 Abs. 2 TzBfG durch das BAG die Grenzen vertretbarer Auslegung gesetzlicher Vorgaben durch die Gerichte überschreitet. Der Gesetzgeber hat erkennbar die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung auf die Ersteinstellung bei demselben Arbeitgeber beschränken wollen (BVerfG, Beschl. v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, AuA 8/18, S. 487).

Gleichwohl hielt das BVerfG eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG für erforderlich, um die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer und die Vertragsfreiheit der Arbeitsver-

tragsparteien angemessen zu schützen. Danach muss die Anwendung des Verbots der sachgrundlosen Befristung bei einer Vorbeschäftigung für die Arbeitsvertragsparteien zumutbar sein. Das Verbot ist insbesondere dann einschränkend auszulegen, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer gewesen war.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG entschied nunmehr erstmals unter Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG zur Frage der Vorbeschäftigung bei sachgrundlosen Befristungen. Selbst eine acht Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung liegt danach noch nicht lange genug zurück, um eine erneute sachgrundlose Befristung mit demselben Arbeitnehmer zu rechtfertigen. Daher hielt das BAG die Befristung für unwirksam und das Arbeitsverhältnis für nicht beendet.

Die neue Rechtsprechung fordert die unternehmerische Praxis heraus. Arbeitgeber stehen vor dem Dilemma, sich der Vorbeschäftigung eines Bewerbers überhaupt bewusst sein zu müssen, um die Unwirksamkeit der Befristungsabrede auch erkennen zu können. Erforderlich werden in Zukunft eine penible Dokumentation der Arbeitsverhältnisse und gezielte Nachfragen bei den Bewerbern.

Dabei dürfte die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags bei der erneuten Einstellung eines Arbeitnehmers zur absoluten Ausnahme werden. Zwar ist noch weitgehend unklar, wann die Voraussetzung der „Unzumutbarkeit“ vorliegt, unter der die sachgrundlose Befristung auch bei einer Vorbeschäftigung möglich sein soll.

Das BVerfG und bisher auch das BAG nennen dazu nur grobe und beispielhafte Fallgruppen. Ab wann von einer „sehr lange“ zurückliegenden Vorbeschäftigung ausgegangen werden darf, wird nicht näher konkretisiert. Insoweit kann der Entscheidung des BAG entnommen werden, dass ein Zeitablauf von acht Jahren nicht genügt. Unklar ist ebenfalls, wann eine Tätigkeit „anders geartet“ oder von „sehr kurzer Dauer“ ist. Als Beispiel nennt das BVerfG geringfügige Beschäftigungen während der Schul- oder Studienzzeit. Lassen sich diese recht eindeutigen Fälle wohl ohne große Mühe als Ausnahmen qualifizieren, wird es in praxisrelevanteren Grenzfällen wie der erneuten Einstellung nach einer beruflichen Neuorientierung schwieriger.

KONSEQUENZEN

Den Arbeitgebern wird durch die neue Rechtsprechung ein wichtiges Instrument zur Flexibilisierung der Beschäftigung genommen. Interessant ist diese Entwicklung auch mit Blick auf die Vereinbarungen im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD. Danach soll die Befristung eines Arbeitsverhältnisses künftig unzulässig sein, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein unbefristetes oder ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse mit einer Gesamtdauer von fünf oder mehr Jahren bestanden haben. Erst nach Ablauf einer Karenzzeit von drei Jahren soll dann wieder ein befristetes Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber möglich sein (vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 52).

Zwar wurde eine entsprechende Gesetzesänderung bisher nicht verabschiedet. Die gesetzliche Festschreibung einer dreijährigen Karenzzeit würde die „alte“ Rechtsprechung zur Befristung ohne Sachgrund legalisieren und für „neue“ Einschränkungen bei der Befristung mit Sachgrund führen. Es fragt sich, ob die Arbeitgeber damit nicht bloß vom Regen in die Traufe kommen.

PRAXISTIPP

Die neue Rechtsprechung gilt für Alt- wie Neuverträge gleichermaßen. Das BAG hat ein schutzwürdiges Vertrauen auf seine frühere Rechtsprechung verneint. Daher können jetzt auch befristete Arbeitsverträge, die im Vertrauen auf die „alte“ Rechtsprechung mit einem Mitarbeiter geschlossen wurden, der bereits vor mehr als drei Jahren im Unternehmen beschäftigt war, erfolgreich gerichtlich angegriffen werden. Will der Arbeitnehmer geltend machen, dass die sachgrundlose Befristung seines Arbeitsvertrags unwirksam ist, so muss er spätestens innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags eine Entfristungsklage erheben. Zur besseren Einschätzung des möglichen Prozessrisikos empfiehlt sich bereits vorab eine Bestandsaufnahme der befristeten Arbeitsverhältnisse und eine Überprüfung der konkreten Befristungsabreden.

RA Justus Frank, Maître en droit, LL.M., Hogan Lovells International LLP, Düsseldorf; Annika Weber, Rechtsreferendarin am LG Düsseldorf

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Vorvertrag

§ 110 GewO; § 74a HGB

Ein Vorvertrag zu einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot ist zulässig, wenn der Abschluss des Wettbewerbsverbots nur bis zu einer Kündigungserklärung oder bis zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags verlangt werden kann.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 19.12.2018 – 10 AZR 130/18

PROBLEMPUNKT

Die Parteien stritten über eine Karenzentschädigung. Der Kläger war von 2014 bis 2016 als Vertriebsmitarbeiter in einer neu gegründeten Niederlassung der Beklagten beschäftigt. In seinem Arbeitsvertrag erklärte sich der Kläger bereit, auf Verlangen der Beklagten ein Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren. Der Inhalt des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots war als Anlage 1 dem Arbeitsvertrag beigelegt. Das Verlangen zum Abschluss des Wettbewerbsverbots sollte nach der Vereinbarung nur so lange gestellt werden können, solange der Arbeitsvertrag nicht von einer Vertragspartei gekündigt wurde. Der Kläger und die Beklagte hatten sowohl den Arbeitsvertrag als auch die Anlage 1 zum Arbeitsvertrag unterzeichnet. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis zum 15.4.2016. Der Kläger berührte sich hinsichtlich des Wettbewerbsverbots eines Wahlrechts, von dem er Gebrauch gemacht habe und verklagte die Beklagte auf Zahlung einer Karenzentschädigung.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG wies den Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung ab. Denn die Parteien hatten, so ergab die Auslegung der Vereinbarung durch das BAG, einen wirksamen Vorvertrag bezogen auf ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot abgeschlossen. Daran änderte sich auch nichts dadurch, dass die Parteien das dem Arbeitsvertrag als Anlage 1 beigelegte nachvertragliche Wettbewerbsverbot bereits mit Arbeitsvertragsschluss beiderseits unterzeichnet hatten. Denn auch der Vorvertrag zu einem Wettbewerbsverbot unterliegt – aufgrund der ihm zukommenden Warnfunktion – wie das Wettbewerbsverbot selbst dem Schriftformerfordernis. Vorverträge, gerichtet auf ein nachvertragliches

Wettbewerbsverbot, sind grundsätzlich zulässig. Darin liegt keine unbillige Erschwerung des Fortkommens i. S. d. § 74a HGB, soweit das Verlangen auf Abschluss eines Wettbewerbsverbots nur gestellt werden kann, bis der Arbeitsvertrag nicht von einer Partei gekündigt wurde oder die Parteien einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen haben. Dass die Parteien in ihrer Vereinbarung nur auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses und nicht auf einen Aufhebungsvertrag abgestellt hatten, hätte nach § 74a Abs. 1 Satz 2 HGB („insoweit“) nur zur teilweisen Unwirksamkeit der Abrede geführt. Da die Beklagte das Arbeitsverhältnis letztlich gekündigt hatte und diese Konstellation von der Klausel erfasst war, war der Vorvertrag insoweit wirksam. Auch im Übrigen sprachen nach dem BAG keine Gründe für eine Unwirksamkeit des Vorvertrags, da das Arbeitsverhältnis erst zwei Jahre bestand und die Filiale, in der der Kläger beschäftigt war, unmittelbar im Zusammenhang mit seiner Einstellung gegründet wurde. Dadurch hatte der Arbeitgeber ein gesteigertes Interesse daran, den Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots von der geschäftlichen Entwicklung abhängig zu machen und zunächst einen Vorvertrag abzuschließen.

KONSEQUENZEN

Besteht kein besonderes Interesse des Arbeitgebers, können die nachträgliche Wettbewerbsbeschränkung und der Anspruch auf die Zahlung einer Karenzentschädigung des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht offengelassen und von einer Entscheidung des Arbeitgebers abhängig gemacht werden. Dies wäre eine unzulässige Bedingung der Wettbewerbsabrede und damit eine unbillige Erschwerung des Fortkommens für den betroffenen Arbeitnehmer i. S. d. § 74a HGB. Das bedingte Wettbewerbsverbot ist in der Konsequenz für den Arbeitnehmer unverbindlich; er hat nach ständiger Rechtsprechung ein Wahlrecht, ob er sich an das Wettbewerbsverbot hält und damit Anspruch auf die Karenzentschädigung hat oder das Wettbewerbsverbot nicht gegen sich gelten lassen will.

Das Gleiche muss für Vorverträge zu einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot gelten. In seiner bisherigen Rechtsprechung hatte der 10. Senat die Grenze der Zulässigkeit eines Vorvertrags zu einem Wettbewerbsverbot noch offengelassen (vgl. BAG, Urte. v. 14.10.2017 – 10 AZR 291/09, AuA 5/11, S. 309). Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BAG klargestellt, dass ein Vorvertrag grundsätzlich zulässig ist, solange die dem Arbeitgeber eingeräumte Option auf den Zeitraum bis zum Ausspruch einer Kündigung durch eine der Parteien oder bis zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags beschränkt wird. Der Arbeitgeber kann an einem solchen

Vorvertrag typischerweise ein berechtigtes Interesse haben, insbesondere bei Vertriebsmitarbeitern. Zwar kann sich der Mitarbeiter während der Dauer des ungekündigten Arbeitsverhältnisses noch nicht darauf einstellen, ob er zukünftig ein Wettbewerbsverbot abschließen muss oder nicht. Solange der Arbeitgeber aber sein Recht aus dem Vorvertrag noch nicht ausgeübt hat, kann sich der Betroffene zu einer Konkurrenztaetigkeit entscheiden und durch eine von ihm ausgesprochene Eigenkündigung das Wettbewerbsverbot ausschließen. Die Interessen des Arbeitnehmers sind damit ausreichend geschützt. Voraussetzung eines wirksamen Vorvertrags ist stets, dass das Wettbewerbsverbot schon bei Abschluss des Vorvertrags hinreichend bestimmt ist. Die wesentlichen Bedingungen des Wettbewerbsverbots müssen daher bereits Bestandteil des Arbeitsvertrags sein. Darüber hinaus verlangt auch der wirksame Vorvertrag die Aushändigung einer vom Arbeitgeber unterzeichneten Urkunde an den Arbeitnehmer (§ 74 Abs. 1 HGB) sowie die Einhaltung der Schriftform. Diese ist gewahrt, wenn beide Parteien auch das als Anlage beigelegte Wettbewerbsverbot unterzeichnen und der Arbeitsvertrag samt Anlage als einheitliche Urkunde erkennbar ist (BAG, Urte. vom 14.7.2010, a. a. O.).

Offengelassen hat das BAG die Frage, ob der Arbeitnehmer bei einem solchen Vorvertrag – anders als bei einer unverbindlichen Wettbewerbsvereinbarung – seine Entscheidung für oder gegen das Wettbewerbsverbot zu Beginn der Karenzzeit gegenüber dem Arbeitgeber eindeutig erklären muss (bejahend LAG Düsseldorf, Urte. v. 10.1.2018 – 10 AZR 130/18; dahingehend auch BAG, Urte. v. 14.7.2010, a. a. O.).

PRAXISTIPP

Anstelle eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots kann es im Interesse der Parteien liegen, im Arbeitsvertrag zunächst nur einen Vorvertrag zu einem Wettbewerbsverbot abzuschließen. Dies ist grundsätzlich zulässig, solange das Verlangen zum Abschluss des Wettbewerbsverbots vor Ausspruch einer Kündigung bzw. Abschluss eines Aufhebungsvertrags ausgeübt werden muss.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International Packaging
Solutions, Brühl, sowie
RA und FA für Arbeitsrecht, Bonn*

Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

§§ 2, 151, 178 SGB IX; § 102 BetrVG;
§§ 121, 134 BGB

1. Eine arbeitgeberseitig ausgesprochene Kündigung eines schwerbehinderten Menschen ist nicht nach Maßgabe des § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX unwirksam, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt hat.

2. Eine ordnungsgemäße Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfordert insoweit die entsprechende Einhaltung der für eine ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG entwickelten Grundsätze.

3. Eine Anhörung der Schwerbehindertenvertretung muss zeitlich indes weder zwingend bereits vor dem Eingang des Antrags beim Integrationsamt auf Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung noch vor einer ggf. gesetzlich vorgesehenen Beteiligung der Arbeitnehmervertretung erfolgen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 13.12.2018 –
2 AZR 378/18

PROBLEMPUNKT

Nicht nur allein aufgrund der zum 1.1.2018 durch das Bundesteilhabegesetz vollzogenen umfangreichen Änderungen im Schwerbehindertenrecht bestehen bei Arbeitgebern oftmals tiefgreifende Unsicherheiten mit Blick auf das Anforderungsprofil einer ordnungsgemäßen Beteiligung einer etwaig bestehenden Schwerbehindertenvertretung. Insbesondere die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge einer insoweit nicht ordnungsgemäßen Beteiligung – namentlich die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung – indiziert ein erhebliches wirtschaftliches Risiko für den jeweils kündigenden Arbeitgeber. Eine jüngere Entscheidung des BAG präzisiert nunmehr die materiellen Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach Maßgabe des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.

Vorliegend stritten die Parteien insbesondere über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum Nachteil einer einem schwerbehinderten Menschen nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellten Arbeitnehmerin. Im Dezember 2016 beantragte der Arbeitgeber beim Integrationsamt die

behördliche Zustimmung zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der späteren Klägerin. Mit Bescheid vom 20.2.2017 erteilte das Integrationsamt antragsgemäß die gesetzlich erforderliche Zustimmung. Eine Anhörung des Betriebsrats sowie der Schwerbehindertenvertretung zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung erfolgte durch den Arbeitgeber jeweils mit Schreiben vom 7.3.2017 bzw. 15.3.2017. Der Ausspruch der ordentlichen Kündigung erfolgte letztlich mit Schreiben vom 24.3.2017. Die gekündigte Arbeitnehmerin machte daraufhin gerichtlich deren Unwirksamkeit geltend – es wurde insbesondere eine nicht ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats sowie der Schwerbehindertenvertretung gerügt.

Beide Vorinstanzen gaben der entsprechenden Kündigungsschutzklage der Arbeitnehmerin statt.

ENTSCHEIDUNG

Nach Auffassung der Erfurter Richter wurde der zugrunde liegende Rechtsstreit durch die jeweiligen Vorinstanzen im Ergebnis jedoch unzutreffend entschieden – namentlich hatte insbesondere das Sächsische LAG die materiell-rechtlichen Voraussetzungen an eine ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zum Nachteil des Arbeitgebers verkannt und insoweit rechtsfehlerhaft eine Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung festgestellt.

KONSEQUENZEN

Mit erfreulicher Klarheit konkretisiert das BAG nunmehr das materiell-rechtliche Anforderungsprofil an eine ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung.

Eine unverzügliche Unterrichtung nach Maßgabe des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX statuiert kein gesetzliches Erfordernis dergestalt, dass dies zeitlich zwingend vor einer – mitbestimmungsrechtlich ggf. gebotenen – Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats bzw. noch vor dem Antrag auf Erteilung der Zustimmung des Integrationsamts zur beabsichtigten Kündigung des schwerbehinderten oder eines entsprechend gleichgestellten Arbeitnehmers erfolgt.

Die ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung erfordert inhaltlich vom Arbeitgeber indes eine Mitteilung der den entsprechenden Kündigungsentschluss maßgeblich determinierenden Umstände – neben dem jeweils zugrunde liegenden Sachverhalt sind daher insbesondere die Sozialdaten des Mitarbeiters einschließlich des Grads der Behinderung bzw. einer etwaig vorliegenden Gleichstellung anzugeben. Der Arbeitgeber ist insoweit zur Mitteilung der „Gründe der Kündigung“ entsprechend den bereits zu § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG entwickel-

ten Maßstäben verpflichtet – der erforderliche Inhalt der Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung korrespondiert mit dem Anforderungsprofil an eine ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats.

Eine ordnungsgemäße Beteiligung nach Maßgabe des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist gleichwohl nur dann anzunehmen, wenn und soweit der Schwerbehindertenvertretung neben einer ordnungsgemäßen Unterrichtung zudem auch ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung eingeräumt wird. Das jeweils einzuhaltende Fristenregime ergibt sich – mangels einer insoweit einschlägigen Regelung im SGB IX – anhand einer analogen Anwendung von § 102 Abs. 2 BetrVG. Etwaige Bedenken der Schwerbehindertenvertretung gegen eine beabsichtigte ordentliche Kündigung sind innerhalb von einer Woche bzw. im Falle einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen dem Arbeitgeber gegenüber mitzuteilen. Mit Ablauf der einschlägigen Frist zur Stellungnahme bzw. nach Abgabe einer abschließenden Stellungnahme durch die Schwerbehindertenvertretung endet das jeweilige Anhörungsverfahren – eine ausdrückliche Fristsetzung durch den Arbeitgeber ist indes entbehrlich.

PRAXISTIPP

Für Arbeitgeber beseitigt die – rechtsdogmatisch zutreffende – höchstrichterliche Entscheidung etwaig bestehende Unklarheiten bzgl. des materiell-rechtlichen Anforderungsprofils an eine ordnungsgemäße Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach Maßgabe des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Nicht nur allein aus (zeit)ökonomischen Gründen erscheint es daher empfehlenswert, insbesondere bei dem Verfassen des Anhörungs- bzw. Unterrichtungsschreibens gegenüber der Schwerbehindertenvertretung auf die etablierten Grundsätze für eine ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats zurückzugreifen.

RA David Johnson, LL.M. (Stellenbosch),
Compliance Officer (Univ.), München

Arbeitsverhältnis durch Beschäftigung nach Berufsausbildung

§§ 21 Abs. 2, 24 BBiG

Die gesetzliche Fiktion des § 24 BBiG, durch die bei Beschäftigung des Auszubildenden im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als begründet gilt, setzt als subjektives Tatbestandsmerkmal grundsätzlich voraus, dass der Auszubildende oder ein zum Abschluss von Arbeitsverträgen berechtigter Vertreter Kenntnis von der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses und der Weiterbeschäftigung hat.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 20.3.2018 – 9 AZR 479/17

PROBLEMPUNKT

Der Kläger hatte mit dem Beklagten einen Berufsausbildungsvertrag über die Ausbildung zum Verwaltungsfachangestellten in der Zeit vom 1.9.2011 bis zum 31.8.2014 geschlossen. Für den Beklagten unterzeichnete der Landrat den Vertrag. In der für das Ausbildungsverhältnis maßgeblichen Prüfungsordnung (PO) heißt es u. a., dass der Prüfungsausschuss im Anschluss an die letzte Prüfungsleistung das Gesamtergebnis der Prüfung feststellt und daraus ableitet, ob die Prüfung bestanden ist.

Im Juni/Juli 2014 fand für den Kläger die Abschlussprüfung statt. Die Prüfungsergebnisse lagen im August 2014 vor. Da der Kläger in zwei Prüfungsbereichen mit mangelhaft bewertet wurde, legte er am 22.8.2014 erfolgreich die mündliche Ergänzungsprüfung gem. § 21 PO ab. Der Prüfungsausschussvorsitzende unterrichtete den Kläger noch am gleichen Tag über das Ergebnis und das Bestehen der Ergänzungsprüfung. Mit einem von der Ausbildungsleiterin C mit „im Auftrag“ des Landrats unterzeichneten Schreiben vom 25.8.2014 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass die Abschlussprüfung am 22.8.2014 erfolgreich bestanden sei und die Ausbildung am 29.8.2014 mit der Zeugnisausgabe ende.

Der Kläger war vom 25.8. bis 29.8.2014 beim Beklagten tätig und erhielt für diese Zeit auch Ausbildungsvergütung. Die Parteien schlossen am 29.8.2014 einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag bis zum 29.8.2015. Mit einem Verlängerungsvertrag vereinbarten sie ein Arbeitsverhältnis bis zum 29.8.2016. Der Kläger beantragte festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der vereinbarten Befristung zum 29.8.2016 beendet wurde.

Das ArbG Frankfurt/Oder gab der Klage statt. Auf die Berufung des Beklagten wies das LAG Berlin-Brandenburg die Klage ab. Die dagegen gerichtete Revision hatte Erfolg.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG hielt die Befristungskontrollklage für begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat nicht aufgrund der im Arbeitsvertrag vereinbarten Befristung am 29.8.2016 geendet. Die Befristung des Arbeitsvertrags ist unwirksam. Eine Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ein früheres Berufsausbildungsverhältnis unterfällt diesem Vorbeschäftigungsverbot zwar nicht, denn es ist kein Arbeitsverhältnis i. S. d. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG (BAG, Urt. v. 21.9.2011 – 7 AZR 375/10, AuA 4/12, S. 246).

Durch die Beschäftigung des Klägers vom 25.8. bis 29.8.2014 ist aber zwischen den Parteien nach § 24 BBiG ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit begründet worden, das gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG der Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung entgegensteht. Die Voraussetzungen des § 24 BBiG sind vorliegend erfüllt. Das Berufsausbildungsverhältnis der Parteien endete am 22.8.2014, denn nach § 21 Abs. 1 und Abs. 2 BBiG endet das Berufsausbildungsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Ausbildungszeit mit der verbindlichen Bekanntgabe des Ergebnisses durch den Prüfungsausschuss (vgl. BAG, Urt. v. 14.1.2009 – 3 AZR 427/07, NZA 2009, S. 738). Hier sind am 22.8.2014 dem Kläger Ergebnis und Bestehen der Ergänzungsprüfung vom Prüfungsausschuss eröffnet worden. Der Beklagte hat den Kläger über diesen Tag hinaus i. S. d. § 24 BBiG unstreitig bis zum 29.8.2014 weiterbeschäftigt.

Die Fiktion des § 24 BBiG tritt nach dem BAG grundsätzlich erst und nur dann ein, wenn der Auszubildende oder ein zum Abschluss von Arbeitsverträgen berechtigter Vertreter subjektive positive Kenntnis von der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses und der Weiterbeschäftigung aufgrund entsprechender Weisung (§ 106 GewO) hat (vgl. KR/Fischermeier, 11. Aufl., § 24 BBiG Rdnr. 6). Es ist ausreichend, wenn der Auszubildende weiß, dass die erzielten Prüfungsergebnisse zum Bestehen der Abschlussprüfung ausreichen. Der Auszubildende trägt nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zunächst die Darlegungslast dafür, dass der Auszubildende ihn in Kenntnis der bestandenen Prüfung tatsächlich weiterbeschäftigt hat. Vorliegend hat der Kläger ausreichend dargelegt, dass der Beklagte diese Kenntnis hatte. Die

Ausbildungsleiterin C hat mit ihrem Schreiben vom 25.8.2014 deutlich gemacht, dass sie um die tatbestandsbegründenden Tatsachen wusste. Das Schreiben war mit dem Zusatz „der Landrat“ versehen und „im Auftrag“ unterzeichnet. Dies deutet darauf hin, dass Frau C die Erklärung als Botin des Landrats abgegeben hat. Der Beklagte hat diese Indizwirkung des Sachvertrags des Klägers nicht entkräften können.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung stellt klar, dass die Fiktion des § 24 BBiG davon abhängt, dass der Auszubildende den Auszubildenden in Kenntnis der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses tatsächlich weiterbeschäftigt. Setzt der Auszubildende seine betriebliche Tätigkeit ohne Kenntnis des Auszubildenden fort, „wird“ er nicht i. S. d. § 24 BBiG beschäftigt, sondern beschäftigt sich nur eigenmächtig selbst.

PRAXISTIPP

Nach § 24 BBiG gilt ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet, wenn Auszubildende im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis beschäftigt werden, ohne dass hierüber ausdrücklich etwas vereinbart worden ist. Der Arbeitgeber hat also die Möglichkeit – und sollte diese auch nutzen – rechtzeitig vor Beendigung der Ausbildung mitzuteilen, dass der Auszubildende nach Beendigung der Ausbildung a) entweder nicht übernommen und seine Weiterbeschäftigung abgelehnt wird oder b) nur ein Angebot auf befristete Übernahme erhält bis zum TT.MM. JJJJ als X (Funktion, Arbeitszeit, Eingruppierung/Entgelt) und eine unbefristete bzw. anderweitige Beschäftigung abgelehnt wird. Er sollte sich Kenntnisnahme und insbesondere Einverständnis des Auszubildenden mit dem Befristungsangebot schriftlich (§ 14 Abs. 4 TzBfG, § 126 BGB) bestätigen lassen. Der Auszubildende muss den Auszubildenden nach dem Bestehen der Prüfung fragen, bevor er ihn weiterbeschäftigt. Unterlässt er dies und weist er dem Auszubildenden gleichwohl Tätigkeiten nach § 106 GewO zu, muss er sich nach dem BAG (Rdnr. 30 der Urteilsfassung) so behandeln lassen, als hätte er Kenntnis von der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses.

RA Volker Stück,
Bonn

Schadensersatz wegen überhöhter Steuerfestsetzung

§§ 8 Abs. 2 Satz 4,
19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 EStG

Verursacht der Arbeitgeber beim Arbeitnehmer einen tatsächlich entstandenen Steuerschaden, führt die daraus resultierende Schadensersatzzahlung nicht zu einem Lohnzufluss.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BFH, Urteil vom 25.4.2018 – VI R 34/16

PROBLEMPUNKT

Die Arbeitgeberin stellte dem Kläger ab 2002 einen Dienstwagen nebst Fahrer zur Verfügung, den er auch privat nutzen durfte. Der Kläger führte über die Fahrten mit dem Dienstwagen Loseblatt-Aufzeichnungen, die später in ein gebundenes Buch übertragen wurden. Diese Aufzeichnungen wurden vom beklagten Finanzamt im Anschluss an eine bei der Arbeitgeberin durchgeführte Lohnsteuer-Außenprüfung nicht anerkannt. Für den Prüfungszeitraum (2002 bis 2005) erließ das Finanzamt gegenüber dem Kläger entsprechend geänderte Einkommensteuerbescheide, die auch einer nachfolgenden Klage vor dem Finanzgericht standhielten.

Der Kläger wandte sich anschließend an die Haftpflichtversicherung seiner Arbeitgeberin. Seiner Auffassung nach war die Arbeitgeberin ihrer Überwachungspflicht bei der Führung der Fahrtenbücher nicht nachgekommen, sodass sie den durch die höhere Einkommensteuerfestsetzung entstandenen Schaden verschuldet habe. Zwei von der Arbeitgeberin eingeholte juristische Stellungnahmen bestätigten dies mit der Einschränkung, dass ein mitwirkendes Verschulden des Klägers nicht ausgeschlossen sei. Hieraufhin zahlte die Versicherung der Arbeitgeberin im Jahre 2008 im Vergleichswege einen pauschalen Schadensersatz i. H. v. 50.000 Euro an den Kläger.

Die Finanzbehörde behandelte die Zahlung der Haftpflichtversicherung nach einer weiteren Lohnsteuer-Außenprüfung bei der Arbeitgeberin als Arbeitslohn und erließ einen entsprechend geänderten Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr 2008. Die hiergegen vom Kläger erhobene Klage hatte vor dem FG Erfolg. Dieses vertrat die Auffassung, es sei zwar zweifelhaft, ob ein Schadensersatzanspruch bestanden habe; allerdings gingen die verbleibenden Zweifel zulasten des Finanzamts, das die Feststellungslast für steuererhöhende Tatsachen trage.

ENTSCHEIDUNG

Die begründete Revision des Finanzamts führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung. Aufgrund der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz konnte der BFH nicht abschließend beurteilen, ob es sich bei der streitigen Zahlung um Arbeitslohn handelte oder nicht.

Das FG durfte nicht offenlassen, ob dem Kläger dem Grunde nach ein Anspruch auf Schadensersatz gegen seine Arbeitgeberin wegen der nicht ordnungsgemäß geführten Fahrtenbücher zustand und ihn hieran ggf. ein Mitverschulden traf. Eine solche Prüfung hätte sich aufgedrängt, da das FG selbst Zweifel an dem Bestand einer Schadensersatzforderung geäußert hatte. Diese unterlassene Prüfung hat das FG nunmehr nach der Zurückverweisung nachzuholen. Im zweiten Rechtsgang wird das FG insbesondere zu ermitteln haben, ob die Arbeitgeberin gegenüber dem Kläger dienstrechtlich zur Führung eines Fahrtenbuchs für dessen private Einkommensteuer verpflichtet war bzw. ob sie hierüber hätte belehren und entsprechende Überprüfungen vornehmen müssen.

KONSEQUENZEN

Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG gehören nicht nur Gehälter und Löhne zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit, sondern auch alle anderen Bezüge und Vorteile, die „für“ eine Beschäftigung gewährt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob hierauf ein Rechtsanspruch besteht oder es sich um laufende oder um einmalige Bezüge handelt (§ 19 Abs. 1 Satz 2 EStG). Bezüge oder Vorteile gelten dann als für eine Beschäftigung gewährt, wenn sie durch das individuelle Arbeitsverhältnis veranlasst sind, ohne dass ihnen eine Gegenleistung für eine konkrete (einzelne) Dienstleistung des Arbeitnehmers zugrunde liegen muss. Eine solche Veranlassung ist schon dann gegeben, wenn die Leistung des Arbeitgebers im weitesten Sinne als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft des Arbeitnehmers gewährt wird (BFH, Ur. v. 1.9.2016 – VI R 67/14, BFHE 255, S. 125).

Dagegen liegt kein Arbeitslohn vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Schaden ersetzt, den dieser infolge einer Verletzung arbeits- oder sonstiger zivilrechtlicher (Fürsorge-) Pflichten oder einer unerlaubten Handlung des Arbeitgebers erlitten hat. Mit einer solchen Zahlung werden keine Dienste des Arbeitnehmers vergütet, sondern vom Arbeitgeber verursachte Schäden ausgeglichen (BFH, Ur. v. 20.9.1996 – VI R 57/95, BStBl. II 1997, S. 144). Grundvoraussetzung ist, dass tatsächlich ein Schaden ent-

standen ist, die Einkommensteuer also ohne die arbeits- bzw. zivilrechtliche (Fürsorge-)Pflichtverletzung oder unerlaubte Handlung des Arbeitgebers niedriger festgesetzt worden wäre (BFH, Ur. v. 25.4.2018 – VI R 34/16, BFHE 181, S. 298). Ob die Zahlung des Arbeitgebers im konkreten Einzelfall als (versteckter) Arbeitslohn oder als Schadensersatz einzuordnen ist, ist vom FG zu ermitteln. Die persönlichen Auffassungen und Einschätzungen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers sind insoweit unerheblich. Sind die Voraussetzungen eines Schadensersatzes zweifelhaft, trifft nicht die Finanzverwaltung, sondern den Steuerpflichtigen die Darlegungs- und Nachweispflicht, weil die entscheidungserheblichen Umstände in seiner Sphäre liegen.

Der relativ weite Begriff der Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG führt dazu, dass grundsätzlich jede Zahlung des Arbeitgebers als Arbeitslohn einzuordnen – und damit zu versteuern – ist. Bei Schadensersatzansprüchen ist dies nicht der Fall. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des BFH von der Sorge geprägt, dass die Arbeitsvertragsparteien einvernehmlich Zahlungen als Schadensersatz deklarieren, obwohl es sich hierbei eigentlich um Arbeitslohn handelt. Der Steuerpflichtige soll die mangelnde Steuerbarkeit von Schadensersatzleistungen nicht dazu nutzen, Einnahmen als Schadensersatzleistungen auszugeben, um so steuerpflichtige Einnahmen der Besteuerung zu entziehen (BFH, Ur. v. 18.6.1998 – IV R 61/97, BFHE 186, 363).

PRAXISTIPP

Es ist erforderlich, dass die Arbeitsvertragsparteien, wenn arbeitgeberseits Schadensersatzzahlungen zu leisten sind, beweisbar festhalten, welche schuldhaftige Pflichtverletzung des Arbeitgebers zu einem Schaden in Form der erhöhten Einkommensteuerfestsetzung des Arbeitnehmers geführt und dass die Ersatzleistung dem Ausgleich dieses Schadens gedient hat.

*RA und Notar Dr. Ralf Laws, LL.M., M.M.,
FA für Arbeitsrecht und Steuerrecht, Fachberater für Unternehmensnachfolge, Brilon*

Keine Vorlagepflicht des Rentenbescheids

§ 1 BetrAVG; § 307 BGB

Eine Pensionskasse darf in ihren Allgemeinen Versicherungsbedingungen regeln, dass diejenigen Mitglieder, deren Arbeitsverhältnis bereits beendet ist, erst ab dem Monat der Antragstellung eine Betriebsrente wegen einer Erwerbsminderung erhalten. Es stellt jedoch eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, die Wirksamkeit des Antrags an die Vorlage eines Rentenbescheids zu knüpfen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

LAG Düsseldorf, Urteil vom 22.12.2017 – 6 Sa 983/16

PROBLEMPUNKT

Der Kläger macht seinen Anspruch auf Leistungen wegen Erreichen der Altersgrenze gegen den Arbeitgeber und die für die bAV ergänzend zuständige Pensionskasse geltend. Der Kläger war bereits etwa zehn Jahre vor dem Erreichen der Regelaltersgrenze aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurde er von beiden Beklagten umfassend darüber informiert, dass ihm mit Vollendung des 65. Lebensjahres bzw. bereits zuvor wegen vorliegender Erwerbsminderung die Leistungen aus der Pensionskasse zustehen. In den zwischenzeitlich mehrfach geänderten Versorgungsbedingungen wurde geregelt, dass der Leistungsbeginn bei einem vorzeitigen Ausscheiden beim Arbeitgeber das Stellen eines entsprechenden Antrags bei der Pensionskasse sowie die gleichzeitige Einreichung eines Rentenbescheids voraussetzt. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Eine rückwirkende Antragstellung ist ausgeschlossen. Insofern wird zwischen Arbeitnehmern im laufenden Arbeitsverhältnis (ordentliche Mitglieder im Pensionsverein) und bereits beim Arbeitgeber ausgeschiedenen Arbeitnehmern (außerordentliche Mitglieder) ausdrücklich differenziert.

Der Kläger hat mit Erreichen der Regelaltersgrenze die Versorgungsleistungen einschließlich einer rückwirkenden Zahlung einer Rente wegen Erwerbsminderung verlangt. Die Beklagten haben zwar die laufenden Rentenzahlungen aufgenommen, jedoch die rückwirkende Zahlung unter Verweis auf die fehlende Antragstellung und Vorlage eines Rentenbescheids verweigert. Der Kläger begehrt mit der gegenständlichen Klage nunmehr auch die rückwirkende Zahlung.

ENTSCHEIDUNG

Das LAG Düsseldorf hat der Klage stattgegeben. Zwar hat der Kläger unstreitig erst über zehn Jahre nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis einen Antrag auf Altersruhegeld und rückwirkende Zahlung einer Erwerbsminderungsrente und sodann auch daraufhin entsprechende Rentenbescheide beigebracht. Damit hat er die Erfordernisse der einschlägigen Versorgungsbedingungen gerade nicht erfüllt.

Ihm steht der rückwirkende Anspruch aber gleichwohl zu. Die Allgemeinen Versorgungsbedingungen sind hinsichtlich des Erfordernisses der Antragstellung nebst Vorlage des Rentenbescheids aufgrund einer unangemessenen Benachteiligung der außerordentlichen Mitglieder nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. In der gegenständlichen Regelung der Versorgungsbedingungen liegt eine wesentliche Abweichung von den gesetzlichen Grundgedanken des BetrAVG. Zum Kerngehalt einer bAV gehört das Versprechen einer Leistung zum Zwecke der Versorgung für die Risiken Alter, Invalidität oder Tod. Damit verbunden ist die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gegebene Zusage des Arbeitgebers für den vereinbarten Leistungsumfang. Nach dem Betriebsrentenrecht gilt damit für alle Versorgungsformen, dass diese mit dem Eintritt des Versorgungsfalls fällig werden. Demgegenüber nehmen die hier gegenständlichen Allgemeinen Versorgungsbedingungen für außerordentliche Mitglieder eine Einschränkung vor. Versicherungsbeginn ist danach gerade nicht der Zeitpunkt des Eintritts des Versorgungsfalls der Erwerbsminderung, sondern der Monat der Antragstellung. Diese Einschränkung benachteiligt den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

Ein Antragserfordernis als solches ist nicht zu beanstanden. Die unangemessene Benachteiligung ergibt sich aber daraus, dass für eine wirksame Antragstellung die Beibringung eines Rentenbescheids erforderlich ist. Der Beginn der Rentenbezugsberechtigung wird folglich davon abhängig gemacht, wie zügig und sorgfältig ein Sachbearbeiter bei der Rentenversicherung bzw. ein Amts- oder Werksarzt im konkreten Fall arbeitet. Das ist auch unter dem Gesichtspunkt der Abwägung der Arbeitgeberinteressen nicht zu rechtfertigen. Dessen Interesse lässt sich dadurch wahren, dass die ggf. rückwirkende Fälligkeit der Erwerbsminderungsrente nicht eintritt, bevor der Nachweis erbracht wird. Wegen der inhaltlichen und sprachlichen Verknüpfung des Antragserfordernisses einschließlich der Pflicht zur Vorlage des Rentenbescheids in den Vertragsbedingungen sind diese Regelungen insgesamt unwirksam. An die Stelle der im Vertragswerk entstehenden Lücke tritt das Gesetz, welches keinerlei Antragserfordernis vorsieht.

KONSEQUENZEN

Das BAG konnte über die von den Beklagten eingelegte Revision leider nicht mehr entscheiden, da diese vor dem Verhandlungstermin zurückgenommen wurde. Damit ist eine Gelegenheit verpasst worden, weitere Klarheit für die Behandlung von Versorgungsbedingungen zu erhalten. Als gefestigt dürfte angesehen werden können, dass ein Antragserfordernis für bereits aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedene Arbeitnehmer mit § 307 Abs. 1 BGB vereinbar ist (vgl. BAG, UrT. v. 21.2.2017 – 3 AZR 542/15). Klar ist zudem, dass wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen zwischen den Versorgungszusagen differenziert werden darf (BAG, UrT. v. 17.3.2016 – 6 AZR 221/15, AuA 1/17, S. 56). Vorliegend gingen die Anforderungen in den Allgemeinen Versorgungsbedingungen über das Antragserfordernis hinaus. Mit dem Antrag musste auch der Rentenbescheid beigebracht werden. Ohne diesen konnte der Zahlungsanspruch nicht entstehen. Das LAG Düsseldorf hat deshalb zu Recht festgestellt, dass damit der konkrete Rentenbeginn teilweise von der Bearbeitungsgeschwindigkeit Dritter abhängt. Dieser Argumentation könnte zwar entgegengehalten werden, dass sich all diese Vorgänge in der Sphäre des Arbeitnehmers abspielen und daher auch dessen Risiko zuzuordnen wären. Das überzeugt jedoch nicht, da damit der Kerngehalt der BetrAVG ohne erkennbares Interesse des Arbeitgebers verletzt wird. Anders ist das beim Verlangen nach einem Rentenbescheid, der bereits bei Antragstellung vorliegen muss. Die Ausfertigung eines Rentenbescheids kann Monate oder Jahre beanspruchen. Während dieses Zeitraums kann der Arbeitgeber bzw. eine Pensionskasse nicht allein deshalb leistungsfrei sein, weil die Ämter, Gerichte oder andere Dritte erst später zu einer den Versorgungsfall feststellenden Entscheidung kommen.

PRAXISTIPP

Versorgungsbedingungen können vorsehen, dass ausgeschiedene Arbeitnehmer einen Antrag auf Leistung stellen müssen. Werden die materiellen Voraussetzungen des Versorgungsbezugs (Erwerbsminderungs- oder Altersrentenbescheid) erst einige Zeit später ausgefertigt, darf dies nichts an der wirksamen Antragstellung ändern. Bei Neuformulierung/Änderung Allgemeiner Versorgungsbedingungen sollten die vorgenannten Anforderungen zwingend Beachtung finden.

*RA und FA für Arbeitsrecht
Prof. Dr. Tim Jesgarzewski, FOM Hochschule
Bremen, Direktor KompetenzCentrum für
Wirtschaftsrecht, Hamburg*