



NEWSLETTER ARBEIT UND PERSONAL

IV 2016

1. GESETZLICHE ARBEITNEHMERDEFINITION AB 01.04.2017
2. NEUE REGELUNGEN FÜR LEIHARBEIT AB 01.04.2017
3. UNANGEMESSENHEIT EINER VERSETZUNGSKLAUSEL
4. BETRIEBSRAT KANN GESCHÄFTSFÜHRER NICHT ENTFERNEN LASSEN!
5. NOCH GEWUSST?

WAS SIE ALS ARBEITGEBER IN BEZUG AUF DIE ANORDNUNG VON ÜBERSTUNDEN
BEACHTEN SOLLTEN

1. GESETZLICHE ARBEITNEHMERDEFINITION AB 01.04.2017

Die gute Nachricht vorweg. Die Gesetzesänderung und Einfügung eines neuen § 611 a BGB verhindert nicht die Beauftragung freier Subunternehmer.

Ab dem 01.04.2017 gilt (vorbehaltlich der fast sicheren Zustimmung des Bundesrates) der neue § 611 a BGB, wie ihn der Bundestag nun am 21.10.2016 beschlossen hat. Er lautet:

*§ 611 a BGB
Arbeitsvertrag*

- (1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienst eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.*
- (2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

Erst kurz vor der letzten Lesung ist der Gesetzestext noch maßgeblich korrigiert und der Systematik des BGB, Vertragstypen und nicht Vertragspartner zu definieren, angepasst worden. Auch zukünftig können Auftragnehmer und Auftraggeber vereinbaren, dass im Rahmen eines Werkvertrages ein bestimmtes näher konkretisiertes Werk geliefert oder im Rahmen eines Dienstvertrages ein zuvor exakt vereinbarter Dienst erbracht wird. Der neue § 611 a BGB fasst zusammen, was ständige Rechtsprechung ist. Ein Arbeitsvertrag liegt vor, wenn nur grob zusammengefasst ein Dienst beschrieben wird, die Vertragsausfüllung, aber dem Direktionsrecht eines Vertragspartners obliegt. Wenn der Chef sagt, wo es lang geht, wenn er bestimmt, wann, wo und wie gearbeitet wird, wenn der Mitarbeiter in den Betrieb eingegliedert ist, dann liegt ein Arbeitsverhältnis vor. Und wenn jemand keinen Weisungen unterliegt, ist er ein Freier. So hat dies die bisherige Rechtsprechung in jedem Einzelfall und zum Leidwesen vieler geplagter Freier und Auftraggeber erst gegen die oft schon bizarr anmutende gegenteilige Auffassung der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRB) geprüft und entschieden. Auch zukünftig muss für jeden Einzelfall untersucht werden, wie die vertragliche, vor allem aber die tatsächliche Situation ist, denn die tatsächliche Durchführung, so das Gesetz (und bisher auch die RSpr.), ist maßgebend, nicht das Geschriebene oder Gewollte.

FAZIT:

Zwar wird es sicherlich eine Weile dauern, bis auch die letzten Fragen höchstrichterlich geklärt sein werden, aber auch weiterhin können Freie beschäftigt werden, § 611 a BGB verhindert dies nicht. Und denken Sie daran: Bei Zweifeln bedarf es eines Statusfeststellungsverfahrens.

2. NEUE REGELUNGEN FÜR LEIHARBEIT AB 01.04.2017

Der Gesetzgeber hält uns auf Trab! Am 21.10.2016 beschloss der Bundestag Änderungen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, die vorbehaltlich der fast sicheren Zustimmung des Bundesrates zum 01.04.2017 in Kraft treten werden. Unter anderem wird damit auch die gerade erst durch das Bundesarbeitsgericht abgeseignete Vorratsverleiherlaubnis untersagt.

Das BAG hat zuletzt mit Entscheidung vom 12.07.2016 – 9 AZR 352/15 – entschieden, dass ein als Werkvertrag bezeichneter Fremdpersonaleinsatz nicht zu einem fingierten Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher führt, wenn der Verleiher über eine gültige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt. Diese Möglichkeit fällt nun weg. Solche Fälle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung – also als Werkvertrag bezeichnet und behandelt, obwohl es sich eigentlich um Leiharbeit handelt – sind in Zukunft ausdrücklich verboten. Es liegt nur noch dann Leiharbeit im Sinne des Gesetzes vor, wenn dies auch in allen Verträgen offen gelegt ist. Ansonsten droht die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher und sowohl Entleiher als auch Verleiher riskieren ein Bußgeld.

Neu ist auch ein schriftliches Widerspruchsrecht der Leiharbeitnehmer gegen die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses beim Entleiher. Außerdem soll es einen Equal-Pay-Anspruch spätestens nach neun Monaten der Überlassung (ab Inkrafttreten) geben. Längeres Abweichen ist durch Tarifverträge möglich, wenn es eine stufenweise Heranführung gibt und sich die Tarifvertragsparteien auf ein „gleichwertiges“ Entgelt spätestens nach 15 Monaten geeinigt haben. Die Höchstüberlassungsdauer wird auf 18 Monate beschränkt. Allerdings gilt diese Grenze nur bezogen auf den einzelnen Leiharbeitnehmer, startet also für jeden Leiharbeitnehmer neu. Sie ist außerdem durch Tarifvertrag der Einsatzbranche ohne gesetzlich festgelegte Grenze oder bei Öffnungsklausel auch durch Betriebsvereinbarung unbegrenzt verlängerbar (Höchstbegrenzung auf 24 Monate gilt nur, wenn der Tarifvertrag keine Höchstdauer vorsieht). Tarifungebundene Arbeitgeber können im Geltungsbereich Bezug nehmen. Nur tarifungebundene Arbeitgeber ohne Betriebsrat sind an die 18 Monate fest gebunden. Außerdem sind z.B. noch das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher geregelt, stärkere Informationsrechte des Betriebsrates bei Werkverträgen, und Leiharbeitnehmer mit Einsatz über sechs Monaten zählen bei allen Schwellenwerten mit Ausnahme des § 112 a BetrVG mit.

FAZIT:

Die Rechtsprechung wird in Zukunft zeigen, wie einzelne Regelungen zu verstehen sind und ob alles verfassungsgemäß ist. Insbesondere im Hinblick auf das Verbot, Leiharbeitnehmer auf Arbeitsplätzen von Streikenden einzusetzen, ist das zweifelhaft, zumal die Leiharbeitnehmer bereits nach geltendem Recht ein Leistungsverweigerungsrecht haben, § 11 Abs. 5 AÜG.

3. UNANGEMESSENHEIT EINER VERSETZUNGSKLAUSEL

Die arbeitsvertragliche Klausel „*er verpflichtet sich, auch andere zumutbare Arbeiten auszuführen ..., die seinen Vorkenntnissen und Fähigkeiten entsprechen*“ lässt offen, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch geringwertigere Tätigkeiten zuweisen kann. Bei Zweifeln über den Inhalt einer arbeitsvertraglichen Klausel gehen diese zulasten des Arbeitgebers als Verwender. Für den Arbeitnehmer ist die günstigste Auslegungsvariante zu wählen. Diese ist diejenige, die zur materiellen Unangemessenheit und damit zur Unwirksamkeit der Klausel führt.

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.02.2016 – 2 Sa 51/15

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Versetzung des Klägers. Im Arbeitsvertrag wurde unter § 3 S. 1 eine Tätigkeit des Klägers als "Mitarbeiter Helpdesk" vereinbart und die damit verbundenen Hauptaufgaben konkretisiert. In § 3 S. 2 wurde geregelt, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, auch andere zumutbare Arbeiten auszuführen, die seinen Vorkenntnissen und Fähigkeit entsprechen. Auf der Basis dieser Versetzungsklausel wurde der Kläger in den Bereich "Back-Office" versetzt und mit neuen Aufgaben betraut. Das LAG hat entschieden, dass die Versetzungsklausel und somit auch die Versetzung unwirksam ist. § 3 S. 1 des Arbeitsvertrags sei keine allgemeine Umschreibung der Tätigkeit, sondern eine genaue Regelung der sachlichen Hauptleistungspflicht des Klägers. Aus diesem Grunde sei das Weisungsrecht des § 106 Satz 1 GewO entsprechend eingeschränkt und ermögliche keine Versetzung in den Bereich "Back-Office". Die Versetzungsklausel in § 3 S. 2 sei nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. In der Klausel wird offengelassen, ob dem Kläger auch geringwertigere Tätigkeiten zugewiesen werden können. Bei Zweifeln über den Inhalt der Klausel sei die für den Arbeitnehmer günstigste Auslegungsvariante zu wählen. Dies sei diejenige, die zur materiellen Unangemessenheit und damit zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Die Versetzungsklausel kann nach Auffassung des LAG nicht dahingehend ausgelegt werden kann, dass die Beklagte dem Kläger nur gleichwertige Tätigkeiten zuweisen kann. Das in der Klausel genannte Kriterium der Zumutbarkeit ist nicht gleichbedeutend mit Gleichwertigkeit. Nicht gleichwertige Tätigkeiten können unter Umständen zumutbar sein. Da die Auslegung zu dem Ergebnis führt, dass auch die Zuweisung geringwertigerer Tätigkeiten möglich sein soll, ist die Versetzungsklausel unwirksam.

PRAXISTIPP:

Es ist bei der Formulierung von Versetzungsklauseln darauf zu achten, dass in die Klausel das Kriterium der Gleichwertigkeit aufgenommen wird. Da bei der Ausübung des Direktionsrechts im Einzelfall nur eine Versetzung auf eine gleichwertige Position billigem Ermessen nach § 315 Abs. 3 BGB entspricht, führt die Aufnahme einer "Gleichwertigkeitsgarantie" nicht zu einer Einschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers.

Dr. Marco Wenderoth, Frankfurt am Main

4. BETRIEBSRAT KANN GESCHÄFTSFÜHRER NICHT ENTFERNEN LASSEN!

Der Betriebsrat kann einen Geschäftsführer nicht wegen Störung des Betriebsfriedens nach § 104 BetrVG entfernen lassen. Ein Geschäftsführer ist auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff kein Arbeitnehmer im Sinne dieser Norm.

LAG Hamm, Beschluss vom 02. August 2016 – 7 TaBV 11/16 (rechtskräftig)

Der § 104 BetrVG fristet in der betrieblichen Praxis in aller Regel ein Schattendasein. Er berechtigt den Betriebsrat, vom Arbeitgeber die Entlassung oder Versetzung betriebsstörender Arbeitnehmer zu verlangen. Zu einer solchen Maßnahme würde ein Betriebsrat, der sich als Beschützer und Interessenvertreter der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber versteht, nur im aller äußersten Notfall greifen, zumal er damit riskiert, sein Wahlvolk gegen sich aufzubringen. Hier hat jedoch einmal ein Betriebsrat versucht, dieses Mittel in bisher nicht dagewesener Weise anzuwenden. Er wollte hiermit einen Geschäftsführer entfernen lassen. Dies mit der Argumentation, dass nach der Rechtsprechung des EuGH auch Organvertreter Arbeitnehmer sein können. Da § 104 BetrVG auch der Umsetzung von europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien diene, seien hier europarechtliche Maßstäbe anzulegen. Ein Geschäftsführer des Unternehmens hatte nach Auffassung des Betriebsrates diesen wiederholt nicht ausreichend oder falsch informiert und so den Betriebsfrieden ernstlich gestört, er sei deswegen aus dem Unternehmen zu entfernen. Weil das Unternehmen dieser Forderung verständlicherweise nicht nachkam, ging der Fall vor Gericht. Das LAG Hamm wies den Antrag jedoch, wie schon die Vorinstanz, zurück. Für den Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes sei allein die Definition in § 5 BetrVG maßgeblich. Nach dessen Absatz 2 sind u.a. Organvertreter der Gesellschaft keine Arbeitnehmer. Hieran ändere auch das unionsrechtliche Verständnis des Arbeitnehmerbegriffs nichts. Da § 104 BetrVG nicht auf der Umsetzung einer den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legenden EU-Richtlinie beruhe, sei der Arbeitnehmerbegriff auch nicht im unionsrechtlichen Sinne auszulegen. Der umstrittene Geschäftsführer blieb damit im Amt.

PRAXISTIPP:

Auch wenn das EU-Recht den Arbeitnehmerbegriff aufgeweicht hat, sind nicht alle Arbeitnehmervorschriften auf (Fremd-)Geschäftsführer anzuwenden. Dies ist vielmehr für jede einzelne Norm zu prüfen. Nur nationale Normen, die auf der Umsetzung von Richtlinien beruhen, die den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrunde legen, können auch auf Fremdgeschäftsführer anwendbar sein. Hierzu gehören z.B. das MuSchG, das AGG, das ArbZG und das BUrlG.

Christine Libor, Düsseldorf

4. Noch gewusst?

Was Sie als Arbeitgeber in Bezug auf die Anordnung von Überstunden beachten sollten

Will der Arbeitgeber Überstunden anordnen, muss er rechtzeitig Vorsorge treffen, damit seine Arbeitnehmer die Überstunden auch leisten müssen.

Ist weder im Arbeitsvertrag noch in einem für das Arbeitsverhältnis geltenden Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung die Verpflichtung des Arbeitnehmers aufgenommen, Überstunden leisten zu müssen, kann der Arbeitgeber Überstunden nicht einseitig anordnen. Fehlt es an einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung, kann der Arbeitnehmer das Ableisten von Überstunden verweigern. Eine Ausnahme besteht nur in Notfällen wie z.B. einem Brand im Betrieb. Bei Vorliegen solcher Notfälle ist der Arbeitnehmer auch ohne ausdrückliche Regelung verpflichtet, Überstunden zu leisten. Ein plötzlich auftretendes höheres Arbeitsvolumen, etwa in Form kurzfristiger Kundenaufträge, stellt dagegen keinen Notfall dar. Auch erhöhte Krankheitsausfälle sind keine Notfälle.

Wichtig ist aus diesem Grund Folgendes: Es muss z.B. in Form einer arbeitsvertraglichen Überstundenvereinbarung oder aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung die rechtliche Grundlage geschaffen worden sein, damit der Arbeitgeber Überstunden einseitig gegenüber dem Arbeitnehmer anordnen kann. Besteht ein Betriebsrat, kann und sollte mit diesem eine Betriebsvereinbarung bzgl. der Möglichkeit, Überstunden anzuordnen, abgeschlossen werden. Dies empfiehlt sich auch aufgrund der Tatsache, dass der Betriebsrat ansonsten in jedem Einzelfall seine Zustimmung vor der Anordnung von Überstunden gem. § 87 BetrVG erteilen muss. Sorgt der Arbeitgeber nicht rechtzeitig für den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung, kann er auch in dringenden Fällen nicht ohne Zustimmung des Betriebsrates Überstunden anordnen, sondern muss zunächst versuchen, die Zustimmung gerichtlich ersetzen zu lassen.

Bei der Vereinbarung einer Überstundenklausel in einem Musterarbeitsvertrag muss darauf geachtet werden, dass eine Höchstzahl von abzuleistenden Überstunden aufgenommen wird. Ansonsten ist die Klausel unwirksam. Hat der Arbeitgeber alle Voraussetzungen geschaffen, um in seinem Betrieb Überstunden anordnen zu können, gilt es, die nach § 3 Arbeitszeitgesetz vorgegebene Höchstarbeitszeit von zehn Stunden pro Tag zu beachten.

Lesen Sie in der nächsten Ausgabe:

Was Sie in Bezug auf die Vergütung von Überstunden beachten sollten.

Amelie Bernardi, Frankfurt am Main

ANSPRECHPARTNER	TELEFON	E-MAIL
BERLIN		
Monika Birnbaum MM Wirtschaftsmediatorin, Fachanwältin für Arbeitsrecht	+49 30 88 59 27 39	birnbaum@fps-law.de
Dr. Alexandra Henkel MM Wirtschaftsmediatorin, Fachanwältin für Arbeitsrecht	+49 30 88 59 27 39	henkel@fps-law.de
Dr. Heike Alps Rechtsanwältin	+49 30 88 59 27 39	alps@fps-law.de
DÜSSELDORF		
Christine Libor Fachanwältin für Urheber- und Medienrecht	+49 211 30 20 15 0	libor@fps-law.de
Tobias Törnig Rechtsanwalt	+49 211 30 20 15 0	toernig@fps-law.de
FRANKFURT AM MAIN		
Volker Serth Fachanwalt für Arbeitsrecht	+49 69 95 95 70	serth@fps-law.de
Amelie Bernardi Fachanwältin für Arbeitsrecht	+49 69 95 95 70	bernardi@fps-law.de
Dr. Marco Wenderoth Fachanwalt für Arbeitsrecht	+49 69 95 95 70	wenderoth@fps-law.de
Benjamin Onnis Fachanwalt für Arbeitsrecht	+49 69 95 95 70	onnis@fps-law.de
Dr. Hans-Peter Müller Rechtsanwalt	+49 69 95 95 70	hpmueller@fps-law.de

HINWEIS

Der Newsletter kann die Rechtsentwicklungen und Urteile nur komprimiert wiedergeben. Für Missverständnisse und Informationslücken, die sich insbesondere auch daraus ergeben können, dass die ungekürzte Entscheidung nicht eingesehen wird, können wir keine Haftung übernehmen. Wir bitten zu bedenken, dass letztlich immer der Einzelfall maßgebend und entscheidend ist. Unsere Informationen sollen Ihnen helfen, die tägliche Arbeit zu erleichtern. Die persönliche Beratung können sie jedoch nicht ersetzen. Wir stehen Ihnen natürlich jederzeit mit Rat und Tat zur Seite. Haben Sie Fragen zu unserem Newsletter, rufen Sie uns gerne an.

IMPRESSUM

FPS Fritze Wicke Seelig Partnerschaft von Rechtsanwälten
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Sitz und Registrierung: Frankfurt am Main, AG Frankfurt am Main, PR 1865
Umsatzsteueridentifikationsnummer: DE219074277
Vertretungsberechtigt und verantwortlich für redaktionelle Gestaltung und Inhalte: Rechtsanwältin Monika Birnbaum,
E-Mail: birnbaum@fps-law.de

Um den Newsletter abzubestellen, senden Sie uns bitte eine E-Mail oder informieren Sie Ihren Ansprechpartner in der Kanzlei.

RECHTSANWÄLTE

Alle Rechtsanwälte sind in der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsanwälte zugelassen und gehören der Rechtsanwaltskammer (RAK) des jeweiligen Standortes an:

Berlin: RAK Berlin, Littenstraße 9, 10179 Berlin – www.rak-berlin.de

Düsseldorf: RAK Düsseldorf, Freiligrathstraße 25, 40479 Düsseldorf – www.rechtsanwaltskammer-duesseldorf.de

Frankfurt am Main: RAK Frankfurt a. M., Bockenheimer Anlage 36, 60322 Frankfurt a. M. – www.rechtsanwaltskammer-ffm.de

Hamburg: RAK Hamburg, Bleichenbrücke 9, 20354 Hamburg – www.rechtsanwaltskammerhamburg.de

Die berufsrechtlichen Vorschriften BRAO (Bundesrechtsanwaltsordnung), BORA (Berufsordnung für Rechtsanwälte), Fachanwaltsordnung, RVG (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft (CCBE), Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) v. 9. 3. 2000 (BGBl. I S. 182), Law Implementing the Directives of the European Community pertaining to the professional law regulating the legal profession können über die Website der Bundesrechtsanwaltskammer unter www.brak.de und der Rubrik "Informationspflichten gemäß § 5 TMG" eingesehen werden.

NOTARE

Alle Rechtsanwälte, die zudem als Notar bezeichnet sind, sind in der Bundesrepublik Deutschland als Notare zugelassen und gehören der Notarkammer des jeweiligen Standorts an:

Berlin: Notarkammer Berlin, Littenstr. 10, 10179 Berlin – www.berliner-notarkammer.de

Frankfurt am Main: Notarkammer Frankfurt a. M., Bockenheimer Anlage 36, 60322 Frankfurt a. M. – www.notarkammer-ffm.de

Die berufsrechtlichen Vorschriften Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, Richtlinien der Notarkammern, Dienstordnung für Notarinnen und Notare, Kostenordnung, Europäischer Kodex des notariellen Standesrechts können über die Website der Bundesnotarkammer unter www.bnotk.de und der Rubrik "Berufsrecht" eingesehen werden.

Weitere Informationen zu FPS finden Sie unter www.fps-law.de.

BERLIN

Kurfürstendamm 220
10719 Berlin
T +49 30 88 59 27-0
F +49 30 88 22 26-0
berlin@fps-law.de

DÜSSELDORF

Königsallee 60 C (KÖ-Höfe)
40212 Düsseldorf
T +49 211 30 20 15-0
F +49 211 30 20 15-90
duesseldorf@fps-law.de

FRANKFURT AM MAIN

Eschersheimer Landstr. 25–27
60322 Frankfurt am Main
T +49 69 95 957
F +49 69 95 957-455
frankfurt@fps-law.de

HAMBURG

Große Theaterstr. 42
20354 Hamburg
T +49 40 37 89 01-0
F +49 40 36 62 98
hamburg@fps-law.de