

NEWSLETTER ARBEITSRECHT

6/15

Rechtsprechung

Prognose bei betriebsbedingter Kündigung

Hängt der Wegfall einer Beschäftigungsmöglichkeit von dem Abschluss eines Vertrags mit einem Drittunternehmen ab, braucht dieser Vertrag bei Kündigungszugang noch nicht tatsächlich geschlossen zu sein.

Der Arbeitnehmer arbeitet als Hausmeister in einem Seniorenheim. Im März 2011 holt der Arbeitgeber bei verschiedenen Drittfirmen Angebote über eine Erledigung der Hausmeisterdienste durch ein externes Dienstleistungsunternehmen ein. Im Juni 2011 kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2011. Im September 2011 schließt der Arbeitgeber mit einem externen Dienstleister einen Vertrag über die künftige Erbringung der Hausmeistertätigkeiten. Der Arbeitnehmer hält die betriebsbedingte Kündigung für sozial ungerechtfertigt, da mit dem Wegfall des Arbeitsplatzes zum Kündigungszeitpunkt nicht mit Sicherheit habe gerechnet werden können.

Nach Auffassung des BAG liegt eine beachtliche unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers vor, die zu einem Wegfall des Beschäftigungsbedarfs des Arbeitnehmers geführt hat. Inwieweit die sonstigen Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung (insbesondere eine fehlerfreie Sozialauswahl) vorliegen, muss die Vorinstanz noch aufklären. Ändert der Arbeitgeber seine betriebliche Organisation, indem er bestimmte Arbeiten, die bislang durch eigene Arbeitskräfte erledigt wurden, fortan einem Drittunternehmen überträgt, kann diese Entscheidung nur auf offensichtliche Unsachlichkeit oder Willkür überprüft werden. Dafür bestehen im Streitfall keine Anhaltspunkte. Die Darlegung einer bestimmten Kostenersparnis als Folge der Auslagerung ist nicht erforderlich. Die Maßnahme, die zum Beschäftigungswegfall führt, muss auch bei Kündigungszugang noch nicht tatsächlich umgesetzt sein; es genügt vielmehr, dass sie sich konkret und greifbar abzeichnet und dass derjenige, der dazu die tatsächliche Macht hat, die endgültige und vorbehaltlose Entscheidung zur (späteren) Umsetzung getroffen hat. Auch diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Denn der Arbeitgeber hatte zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung ernsthaft beschlossen, die Fremdvergabe der Hausmeistertätigkeiten durchzuführen; es mangelte lediglich noch am Abschluss eines konkreten Dienstleistungsvertrags. Dieser Abschluss war allerdings schon insoweit vorbereitet, als geraume Zeit vor Ausspruch der Kündigung verschiedene Angebote für die Durchführung bei Drittunternehmen eingeholt worden waren. Vor diesem Hintergrund durfte der Arbeitgeber zu Recht davon ausgehen, dass er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist rechtzeitig einen geeigneten Dienstleister finden und mit ihm einen entsprechenden Dienstleistungsvertrag schließen würde. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn der Geschäftsführer die Durchführung der Maßnahme von weiteren, unwägbareren Voraussetzungen abhängig gemacht hätte, etwa dem Auffinden noch günstigerer Konditionen als ursprünglich geplant. Davon ist allerdings nicht auszugehen. .

Praxishinweis: Das BAG bestätigt und konkretisiert seine bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit von betriebsbedingten Kündigungen bei der Fremdvergabe von Arbeitstätigkeiten. An die Darlegung der unternehmerischen Entscheidung stellt das Gericht dabei keine übermäßigen Anforderungen. Betroffene Unternehmen müssen weder konkrete Kostenkalkulationen noch allgemeine Wirtschaftlichkeitsüberlegungen für die Begründung eines entsprechenden betrieblichen Erfordernisses nachweisen. Mit seinem Urteil unterstreicht das BAG, dass auch einschlägige Dienstleistungsverträge zum Kündigungszeitpunkt (noch) nicht geschlossen sein müssen. Der Arbeitgeber muss vielmehr lediglich nachweisen, dass er einschlägige Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hat,

die ihm mühelos eine spätere Umsetzung der getroffenen Entscheidung erlauben. Im Alltag der Instanzgerichtsbarkeit werden diese – relativ großzügigen – Voraussetzungen häufig zu Lasten der Arbeitgeberseite verkannt. So hatte auch das LAG im vorliegenden Fall auf eine angeblich fehlende unternehmerische Entscheidung bzw. deren mangelhaften Vollzug abgestellt.

BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 512/13

Änderungskündigung nach Teilzeitantrag

Ablehnungsgründe, die der Arbeitgeber einem Teilzeitverlangen des Arbeitnehmers vor Ablauf der einmonatigen Frist des § 8 V 1 TzBfG hätte entgegenhalten können, kann er nicht zur Rechtfertigung einer späteren Änderungskündigung zur Heraufsetzung der Arbeitszeit heranziehen.

Die in Elternzeit befindliche Arbeitnehmerin beantragt mit Wirkung vom Ablauf ihrer Elternzeit die Reduzierung ihrer vertraglichen Arbeitszeit von 40 auf 30 Wochenstunden. Der Arbeitgeber lehnt den Antrag weder formgerecht noch fristgerecht ab. Als sich die Arbeitnehmerin nach Ablauf der Elternzeit weigert, weiterhin 40 Wochenstunden zu arbeiten, spricht der Arbeitgeber eine Änderungskündigung mit dem Ziel aus, die vertragliche Arbeitszeit von 30 auf 40 Wochenstunden heraufzusetzen. Zur Begründung beruft er sich auf ein der Teilzeitarbeit entgegenstehendes Organisationskonzept. Die Arbeitnehmerin nimmt das Angebot unter Vorbehalt an und erhebt Änderungschutzklage.

Das BAG hält die Klage für begründet. Das mit der Kündigung verbundene Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in Vollzeit ist nicht sozial gerechtfertigt. Insbesondere kann sich der Arbeitgeber nicht auf ein – bereits zum Zeitpunkt der Mitteilung des Teilzeitverlangens bestehendes – entgegenstehendes Organisationskonzept berufen. Gemäß § 8 V 1 TzBfG hätte der Arbeitgeber den formwirksamen Teilzeitantrag innerhalb eines Monats mit schriftlicher Begründung ablehnen müssen. Das hat der Arbeitgeber nicht getan. Infolgedessen gilt die von der Arbeitnehmerin gewünschte Arbeitszeitreduzierung kraft gesetzlicher Fiktion als vollzogen (§ 8 V 2 TzBfG). Es wäre ein nicht hinnehmbarer Wertungswiderspruch, wenn in einem solchen Fall der Arbeitgeber die Möglichkeit hätte, die Wirkungen der gesetzlichen Fiktion mittels einer Änderungskündigung wieder rückgängig zu machen. Damit würde die gesetzliche Entscheidung entwertet, dem Arbeitnehmer in bestimmten Fällen, in denen das detailliert gesetzlich ausgestaltete Verfahren zur Klärung des Teilzeitantrags durch den Arbeitgeber missachtet wird, eine (dauerhafte) Teilzeittätigkeit zu ermöglichen. Die gesetzlichen Verfahrensvorschriften wären sinnlos, wenn ein Arbeitgeber im Fall der Fristversäumnis den behaupteten betrieblichen Gründen in einem späteren Änderungsprozess uneingeschränkt Geltung verschaffen könnte. Arbeitnehmer sind im Regelfall aus persönlichen Gründen darauf angewiesen, ihr Teilzeitverlangen zeitnah durchzusetzen. Durch einen nachfolgenden Kündigungsprozess würde die Realisierung des Teilzeitantrags nicht unerheblich verzögert. Aus diesem Grund kann der Arbeitgeber die mit der Kündigung bezweckte Änderung der Arbeitsbedingungen grundsätzlich nur auf solche Tatsachen stützen, die er nicht bereits dem Teilzeitverlangen des Arbeitnehmers hätte (rechtzeitig) entgegenhalten können. Derartige Gründe sind im Streitfall nicht ersichtlich. Das behauptete Organisationskonzept des Arbeitgebers bestand bereits zum Zeitpunkt des Teilzeitantrags.

Ausblick: Die vom BAG angenommene Präklusionswirkung ist nicht unproblematisch, denn sie lässt sich dem Gesetz in dieser Form nicht unmittelbar entnehmen. Immerhin ordnet § 8 V 1 TzBfG – im Gegensatz zu der vergleichbaren Vorschrift des § 15 VII 4 BEEG – gerade keinen Begründungszwang im Hinblick auf die Ablehnungsgründe an. Nach dem Konzept des BAG wird der Arbeitgeber für das bloße Fristversäumnis bezüglich der einmonatigen Ablehnungsfrist gleichwohl „endgültig“ auch im Hinblick auf bestehende Ablehnungsgründe „bestraft“, denn derartige Gründe können in einem späteren Kündigungsprozess nicht mehr erfolgreich vorgetragen werden. Ob der Gesetzgeber die Wirkung der gesetzlichen Fiktion tatsächlich so weitreichend ausgestalten wollte, scheint zumindest fraglich. Zu beachten ist, dass die Argumentation des BAG gleichermaßen für Fallgestaltungen gilt, in denen über das Teilzeitverlangen gerichtlich entschieden wurde und die

Änderung der Arbeitsbedingungen auf Grund rechtskräftigen Urteils nach § 894 ZPO zustande kommt. Auch hier kann der Arbeitgeber nicht nach rechtskräftigem Obsiegen des Arbeitnehmers den „Ursprungszustand“ mittels einer Änderungskündigung wieder herstellen. Eine Ausnahme gilt lediglich für potentielle Ablehnungsgründe, die erst *nach* Eintritt der gesetzlichen Fiktion bzw. nach rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung entstanden sind; diese können uneingeschränkt im Rahmen einer nachfolgenden Änderungskündigung vorgebracht werden.

BAG, Urteil vom 20.1.2015 – 9 AZR 860/13

Gestaltungsmisbrauch bei Vertretungsbefristung

Eine Beschäftigung über 15 Jahre auf Grund von zehn befristeten Arbeitsverträgen ist nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitnehmer während der gesamten Zeit unmittelbar eine auf Grund Mutterschutz, Elternzeit und Sonderurlaubs abwesende Arbeitnehmerin vertreten hat.

Der Arbeitnehmer wird zwischen 1998 und 2013 auf Grund von zehn befristeten Arbeitsverträgen als stellvertretender Küchenleiter bei dem Arbeitgeber in einem Altenheim tätig. Dort besteht nur eine Küche. Die Beschäftigung des Arbeitnehmers erfolgte jeweils in Stellvertretung für die ehemalige Küchenleiterin, die seit 1998 auf Grund der Geburt mehrerer Kinder sowie entsprechender Elternzeiten abwesend ist. Zuletzt beantragte die Küchenleiterin einen Sonderurlaub von September 2011 bis August 2013. Für diesen Zeitraum wird der letzte befristete Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer geschlossen. Nach Ablauf des Vertrags erhebt der Arbeitnehmer Befristungskontrollklage.

Das BAG hält die Klage für unbegründet. Die Befristung des allein zur rechtlichen Überprüfung stehenden letzten Arbeitsvertrags ist nach § 14 I Nr. 3 TzBfG i.V. mit § 21 I BEEG als so genannte Vertretungsbefristung gerechtfertigt. Der Arbeitgeber kann für den Vertretungsfall auch mehrere befristete Arbeitsverträge hintereinander schließen, sofern zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (noch) mit einer Rückkehr des Vertretenen zu rechnen ist. Dafür bedarf es keiner besonderen Anhaltspunkte; vielmehr ist die Prognose der Rückkehr des Vertretenen nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen, sofern der Vertretene dem Arbeitgeber ausdrücklich erklärt hat, er werde die Arbeit nicht wieder aufnehmen. Ansonsten darf der Arbeitgeber mit dessen Rückkehr an den Arbeitsplatz rechnen. Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die vertretene Küchenleiterin nach Ablauf ihres Sonderurlaubs nicht an den Arbeitsplatz zurückkehren würde, zumal der Betreuungsbedarf für ihre Kinder mit zunehmendem Alter abnimmt. Die streitgegenständliche Befristung ist auch nicht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs unwirksam, die aus unionsrechtlichen Gründen bei so genannten Kettenbefristungen durchzuführen ist. Zwar überschreitet die Befristungsdauer im vorliegenden Fall die in § 14 II 1 TzBfG vorgegebene „Regeldauer“ von zwei Jahren erheblich. Gleichwohl sind im Streitfall besondere Umstände ersichtlich, welche die Annahme eines Gestaltungsmisbrauchs durch den Arbeitgeber widerlegen. Dazu gehört insbesondere die Tatsache, dass der Arbeitnehmer während der gesamten Zeit ausschließlich zur Vertretung einer bestimmten Person tätig wurde, die sich im Mutterschutz bzw. in Elternzeit befand. Für diesen Fall sieht das Gesetz in § 21 I BEEG eine spezielle Rechtfertigungsmöglichkeit für befristete Einstellungen vor. Der Gesetzgeber geht insoweit davon aus, dass die Vertretung, insbesondere bei der Geburt mehrerer Kinder, auch über einen längeren Zeitraum erfolgen kann. Der Arbeitgeber war im Streitfall nicht verpflichtet, eine mögliche Versetzung der Küchenleiterin nach ihrer Rückkehr an einen anderen Arbeitsplatz zu prüfen, um den Arbeitnehmer weiterhin als stellvertretenden Küchenleiter zu beschäftigen. Dann müsste der Arbeitgeber entweder eine neue Stelle schaffen oder aber bis zur Rückkehr des Vertretenen einen anderen Arbeitsplatz frei halten und auf diesem bis zu dessen Rückkehr (andere) Mitarbeiter befristet beschäftigen. Dazu ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet.

Praxishinweis: Die Entscheidung macht deutlich, dass ein Gestaltungsmisbrauch bei Kettenbefristungen nur schwer nachzuweisen ist. Im Ergebnis müssen betroffene Arbeitnehmer nachweisen, dass ihr (vertretungsweise) Einsatz der Deckung eines unbefristeten Dauerbeschäftigungsbedarfs dient und das Argument der „Vertretung“ nur vorgeschoben ist. Das ist regelmäßig nicht der Fall, wenn

sich die Arbeitstätigkeit einem bestimmten vorübergehend ausgefallenen Arbeitnehmer zuordnen lässt. Tendenziell einfacher dürfte der Nachweis im Fall so genannter mittelbarer Vertretungen gelingen, bei denen der Arbeitgeber der Tätigkeit des Vertreters lediglich einen rechnerisch ermittelten „Vertretungsbedarf“ im (gesamten) Unternehmen gedanklich zuordnet.

BAG, Urteil vom 29.4.2015 – 7 AZR 3010/13

Rückzahlung von Gehaltsüberzahlungen

Verlangt der Arbeitgeber die Rückzahlung zu viel geleisteter Bruttovergütung, hat er im Hinblick auf die dem Arbeitnehmer gezahlten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nur einen Anspruch auf Abtretung des gegen den Sozialversicherungsträger bestehenden Erstattungsanspruchs.

Vor dem Arbeitsgericht verlangt der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die Zahlung eines angeblich überzahlten Provisionsbetrags von 4.760 Euro brutto.

Das BAG hält die Klage für zurzeit unzulässig. Der Arbeitgeber hat gegenüber dem Arbeitnehmer die Rückzahlung eines Bruttobetrag geltend gemacht. Das schließt auch die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein. In diesem Zusammenhang ist bei der Antragstellung § 26 SGB IV zu beachten. Danach erlangt der Arbeitnehmer im Fall zu Unrecht entrichteter Beiträge einen Erstattungsanspruch gegen die Sozialversicherungsträger (§ 26 II und III SGB IV). Der gesetzliche Erstattungsanspruch steht allein dem Arbeitnehmer zu. Aus diesem Grund kann der Arbeitnehmer in einem Rückzahlungsprozess nur die Abtretung des gegen den Sozialversicherungsträger bestehenden Erstattungsanspruchs verlangen. Nur wenn eine solche Abtretung nicht möglich ist, etwa weil dem Arbeitnehmer von der Einzugsstelle die zu Unrecht entrichteten Sozialversicherungsbeiträge bereits ausgezahlt wurden, hat der Arbeitnehmer den entsprechenden Wert zu ersetzen. Der auf Abtretung des Erstattungsanspruchs gerichtete Klageantrag ist allerdings ebenso wie ein Zahlungsantrag nur dann hinreichend bestimmt, wenn der Arbeitgeber die Höhe der abgeführten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung exakt beziffert (§ 253 II Nr. 2 ZPO). Diesen Anforderungen wird der Zahlungsantrag im Streitfall nicht gerecht. Da die Vorinstanzen den verklagten Arbeitnehmer darauf nicht nach § 139 ZPO hingewiesen haben, ist die Sache zur erneuten Entscheidung an das LAG zurückzuverweisen.

Praxishinweis: Die Geltendmachung von überzahlter Vergütung ist in der Praxis ein schwieriges Unterfangen. Das wird bereits dadurch belegt, dass die Unzulässigkeit des Klageantrags erstmals in der Revisionsinstanz gerichtlich moniert wurde. Anders als bei den Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung gilt hinsichtlich der vom Arbeitgeber abgeführten Lohnsteuer, dass diese durchaus mit einem Zahlungsantrag unmittelbar vom Arbeitnehmer zurückgefordert werden kann, obwohl dieser eine entsprechende „Leistung“ an sich nicht vom Arbeitgeber erhalten hat. Nach Auffassung des BAG muss der Arbeitnehmer in diesem Fall im Rahmen seiner eigenen Steuerveranlagung eine Korrektur beim Finanzamt beantragen (BAG, NZA 2011, 219).

BAG, Urteil vom 21.1.2015 – 10 AZR 84/14

Nachrichten

Bescheinigung des Mindestlohns durch Steuerberater

Steuerberater dürfen nach Auffassung der Bundessteuerberaterkammer (BStBK) Bescheinigungen für ihre Mandanten über die Einhaltung des Mindestlohngesetzes durch diese ausstellen. Dabei handelt es sich um eine Nebenleistung zur Lohn- und Gehaltsbuchführung und insoweit um eine zulässige Rechtsdienstleistung. Hintergrund ist vor allem die – bislang in ihrer Reichweite nicht abschließend geklärte – Auftraggeberhaftung für Subunternehmer. In diesem Zusammenhang verlangen viele Unternehmen von ihren Vertragspartnern im Hinblick auf deren Beschäftigte entsprechende Verpflichtungserklärungen über die Einhaltung des Mindestlohngesetzes. Nach Auffassung der BStBK sind die Steuerberater im Hinblick auf die Vorschriften des Rechtsdienstleistungsgesetzes zur Erstellung entsprechender Bescheinigungen befugt. Ihre Berufshaftpflichtversicherung erstreckt sich auch auf diesen Sachverhalt (Quelle: FD-ArbR 2015, 370501).