

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 1 / 2015

**Liebe Leserinnen
und Leser,**

am Hamburger Hauptbahnhof erlebte ich kürzlich einen seltsamen Gegensatz: Während auf dem Bahnhofsvorplatz die Sonten von Bach erklangen, spielte der reale „Hardrock“ des Lebens direkt unterhalb der Lautsprecher – hilfsbedürftige Obdachlose und offene Aggressionen!

Der Jahreswechsel wäre ein schöner Anlass, verstärkt an diejenigen zu denken, denen es nicht so gut geht. In diesem Sinne wünsche ich Ihnen ein erfülltes neues Jahr und ein Herz für die Nöte anderer.

Ihr Dr. Peter Bitzer

Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Arbeitsrecht

**Befristeter
Arbeitsvertrag
ohne Schriftform**

Befristete Arbeitsverträge bedürfen der Schriftform. Andernfalls ist die Befristungsabrede als solche unwirk-

sam und es besteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Für den Arbeitgeber ist das eine Katastrophe, für den Arbeitnehmer ein Segen.

➤ **Im Personalwesen gibt es kaum einen Bereich, in dem derart viele Fehler geschehen, wie beim Handling befristeter Arbeitsverhältnisse.**

So einfach es klingt, aber schon die Einhaltung der **Schriftform** bereitet vielen Arbeitgebern Probleme. Manche Arbeitgeber begnügen sich etwa damit, den Arbeitsvertrag zu **paraphieren**. Doch das zeitsparende Namenskürzel ersetzt nicht die erforderliche vollständige Unter-

schrift - und schon liegt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor.

Andere Arbeitgeber lassen den Arbeitnehmer arbeiten, noch bevor ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen wurde. Das wird häufig erst später nachgeholt - für viele Arbeitgeber zu spät.

Die Liste der Fehlerquellen lässt sich mühelos fortsetzen. Kaum zu glauben: Selbst wenn der befristete Arbeitsvertrag ordnungsgemäß und schriftlich zustande gekommen ist, muss der Arbeitgeber noch bangen.

➤ **Arbeitgeber sollten den Abschluss des schriftlichen Arbeitsvertrages sorgfältig in der Personalakte dokumentieren.**

Im Laufe eines Arbeitsverhältnisses werden in der Regel mehrere Arbeitsverträge bzw. Änderungsverträge geschlossen. Aber nicht immer finden die Verträge den Weg in die Personalakte.

Impressum:

**Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393 ,
50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2,
homepage: bitzer-anwalt.de**

Das Problem: Bestreitet der Arbeitnehmer nach Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses die **Wirksamkeit der Befristung**, hat der Arbeitgeber hierfür die volle Beweislast. Das gilt auch für die Frage, ob die Befristungsabrede von beiden Parteien **unterzeichnet** worden war.

Und jetzt kommt's: Der Arbeitnehmer darf sich unter Umständen mit der bloßen Behauptung begnügen, sich einfach nicht mehr daran erinnern zu können, ob der Arbeitgeber die Befristungsabrede unterzeichnet hatte. Sofern der Arbeitgeber dann nicht den Beweis für die beiderseitige Unterzeichnung der Befristungsabrede erbringen kann, verliert er den Prozess. Das hat das Bundesarbeitsgericht in einem aktuellen Urteil entschieden (**BAG**, Urteil vom 20.08.2014, Aktenzeichen: 7 AZR 924/12).

Das sagt der Anwalt:

- ✓ Der **Arbeitgeber** sollte alle Arbeitsverträge vollständig in der Personalakte abheften. Nur so gelingt ihm auch noch Jahre später der sichere Beweis einer wirksamen Befristungsabrede.
- ✓ Der **Arbeitnehmer** sollte nach Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses prüfen, ob die Befristungsabrede überhaupt wirksam war. Ist dies nicht der Fall, muss er innerhalb von drei Wochen eine Befristungskontrollklage vor dem Arbeitsgericht erheben.

Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einstellung von Fremdpersonal

In Unternehmen mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern muss der Arbeitgeber den Betriebsrat gemäß § 99 I 1 Betriebsverfassungsgesetz **vor jeder Einstellung**

- **unterrichten** und
- dessen **Zustimmung** beantragen.

Ein Unternehmen kann auch fremdes Personal „einstellen“!

Was viele nicht wissen: Für die Mitbestimmung bei Einstellungen kommt es **nicht** darauf an, ob ein **Arbeitsverhältnis** vorliegt bzw. begründet wird. Ein Unternehmen kann vielmehr auch fremdes Personal eines anderen Unternehmens „einstellen“, so dass der eigene Betriebsrat auch bei dem Einsatz dieses Fremdpersonals mitzubestimmen hat. Das gilt vor allem für

- **Leiharbeiter** sowie
- **fremde Arbeitnehmer** eines anderen Unternehmens im Rahmen eines **Werkvertrages**

„Einstellung“ bedeutet Eingliederung in den Betrieb

Das **entscheidende Kriterium** ist die **Eingliederung** des Fremdpersonals in die eigene Betriebsorganisation. Und das sind die wichtigsten **Indizien für eine Eingliederung:**

- ✓ Der Beschäftigte (Fremdpersonal) verrichtet **weisungsgebundene Tätigkeit**, die der Arbeitgeber (also der Arbeitgeber des Einsatzbetriebes) organisiert;
- ✓ der Beschäftigte ist in die **betriebliche Arbeitsorganisation** ähnlich integriert, wie die eigenen Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes;
- ✓ der Arbeitgeber trifft die Entscheidungen über den Einsatz des Beschäftigten nach **Inhalt, Ort und Zeit**

Die Entscheidung ist im Einzelfall dennoch schwierig. Nicht jede Beauftragung von Fremdpersonal stellt eine Eingliederung in den eigenen Betrieb und damit eine Einstellung im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes dar.

Das **Bundesarbeitsgericht** hat in einer aktuellen Entscheidung aber klargestellt, dass auch die Aufnahme des eingesetzten Fremdpersonals in die **Dienstpläne** des Betriebsinhabers indiziell für das Vorliegen einer mitbestimmungspflichtigen Einstellung spricht (Beschluss vom 13.05.2014, Aktenzeichen: 1 ABR 50/12).

Entgeltfortzahlung bei mehreren Krankheiten

Ob ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit hat, kann im Einzelfall problematisch sein. Hierzu einige wichtige Fälle:

➤ Während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit tritt eine neue Krankheit auf.

In diesem Fall gilt der so genannte „Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls“. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer den 6-Wochen-Zeitraum der Entgeltfortzahlung **nur einmal** in Anspruch nehmen kann - also auch dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der beiden Krankheiten insgesamt länger als sechs Wochen dauert.

Folge: Eine weitere Entgeltfortzahlung kann der Arbeitnehmer nur dann verlangen, wenn die erste Arbeitsunfähigkeit bereits in dem Zeitpunkt **beendet** ist, in dem die weitere Erkrankung zu einer neuen Arbeitsunfähigkeit führt.

➤ Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit trifft mit einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation zusammen.

Nach einer aktuellen Entscheidung des **Bundesarbeitsgerichts** findet bei dieser Konstellation der Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls **keine** Anwendung (BAG, Urteil

vom 10.09.2014, Aktenzeichen: 10 AZR 651/12). Dann ist vielmehr zu **unterscheiden**:

Erfolgt die Bewilligung einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation **wegen desselben Grundleidens**, das vor oder nach der Arbeitsverhinderung wegen der Kur zu einer krankheitsbedingten **Arbeitsunfähigkeit** geführt hat, so besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch innerhalb der gesetzlichen Fristen nur für **insgesamt sechs Wochen**. In diesem Fall gelten also die für eine **Fortsetzungserkrankung** anwendbaren Grundsätze (BAG, Urteil vom 10.09.2014, 10 AZR 651/12, NZA 14, 1139).

Handelt es sich dagegen **nicht um dasselbe Grundleiden**, verliert der Arbeitnehmer den (weiteren) Entgeltfortzahlungsanspruch nicht.

Anhörung des Arbeitnehmers vor Verdachtskündigung

Bei einer **schweren Pflichtverletzung** des Arbeitnehmers darf der Arbeitgeber ausnahmsweise auch dann kündigen, wenn er die Pflichtverletzung nicht beweisen kann. Mit dieser so genannten **Verdachtskündigung** wird die **Unschuldsvermutung** natürlich auf den Kopf gestellt. Deshalb gelten in diesem Fall **strenge Voraussetzungen**.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einem aktuellen Urteil wichtige Klarstellungen zur erforderlichen **Anhörung des Arbeitnehmers** ge-

troffen (BAG, Urteil vom 20.03.2014, Aktenzeichen: 2 AZR 1037/12). **Danach gelten folgende Regeln:**

- ✓ Der Arbeitnehmer muss vor Ausspruch der Verdachtskündigung die Möglichkeit erhalten, die Vorwürfe zu entkräften.
- ✓ Unterlässt der Arbeitgeber die Anhörung, ist die Verdachtskündigung unwirksam.
- ✓ Die Anhörungsfrist beträgt in der Regel eine Woche. Erst danach beginnt die für außerordentliche Kündigungen geltende Zweiwochenfrist zu laufen. In besonderen Fällen kann die Anhörungsfrist auch länger sein.
- ✓ Ist der Arbeitnehmer von vornherein nicht bereit, sich auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe einzulassen, muss eine Anhörung nicht erfolgen.
- ✓ Äußert sich der Arbeitnehmer nicht, obwohl der Arbeitgeber ihm ausreichend Zeit zur Stellungnahme gegeben hat, kann die Verdachtskündigung ausgesprochen werden.
- ✓ Ist der Arbeitnehmer krankheitsbedingt längerfristig auch an einer schriftlichen Stellungnahme zu den ihm übermittelten Fragen verhindert, muss der Arbeitgeber nicht notwendig die Zeit abwarten, zu der sich der Arbeitnehmer wieder äußern kann.

Das sagt der Anwalt: Dennoch bleiben auch nach diesem Urteil erhebliche Unsicherheiten.

- **Einerseits:** Dem Arbeitgeber kann nach Ansicht des BAG "abhängig von den Umständen des Einzelfalls" eine weitere Verzögerung unzumutbar sein. Aber **wann genau** liegt ein solcher Fall der Unzumutbarkeit denn vor?
- **Andererseits:** Nach Ansicht des BAG beginnt die Zweiwochenfrist für außerordentliche Kündigungen "regelmäßig" noch nicht zu laufen, wenn der Arbeitgeber wartet, bis sich der Arbeitnehmer wieder äußern kann. Aber wann liegt ein **Ausnahmefall** vor, der ein Abwarten **nicht** mehr rechtfertigt?

Urteilssplitter

Einsicht in Personalakte

- Auch **nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses** kann der Arbeitnehmer Einsicht in die Personalakte seines ehemaligen Arbeitgebers verlangen. Ein konkretes berechtigtes Interesse ist dafür nicht erforderlich.
- Der **Rechtsanwalt des Arbeitnehmers** sowie Gewerkschaftssekretäre haben grundsätzlich **kein Einsichtsrecht**. Der Arbeitgeber kann ihnen die Einsicht also verweigern.

(LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 17.04.2014, Aktenzeichen: 5 Sa 385/13)

GmbH-Gesellschafter kein Arbeitnehmer

- Verfügt der in einer GmbH mitarbeitende **GmbH-Gesellschafter** über **mehr als 50 % der Stimmrechte**, steht er grundsätzlich **nicht in einem Arbeitsverhältnis** zu der Gesellschaft (Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 17.09.2014, Aktenzeichen: 10 AZB 43/14).

Nichtverlängerung der Befristung bei Betriebsratsmitglied

Betriebsratsmitglieder dürfen vom Arbeitgeber nicht wegen ihrer Betriebsratsstätigkeit benachteiligt werden (§ 78 BetrVG). Wie verhält sich das aber im Falle der Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages, sofern davon ein Betriebsratsmitglied betroffen ist?

- Die **bloße Nichtverlängerung** der Befristungsabrede ist **zulässig** - auch wenn Betriebsräte dies gerne etwas anders sehen (BAG, Urteil vom 05.12.2012, Aktenzeichen: 7 AZR 698/11).
- Lehnt der Arbeitgeber die Verlängerung der Befristung aber gerade **wegen der Betriebsratsstätigkeit** des Arbeitnehmers ab, liegt darin eine **Benachteiligung** eines Betriebsratsmitglieds. **Folge:** Das Betriebsratsmitglied hat nun Anspruch auf Abschluss des verweigerten Folgevertrages (BAG, Urteil vom 25.06.2014, Aktenzeichen: 7 AZR 847/12).