

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 1 / 2017

**Liebe Leserinnen
und Leser,**

haben Sie sich schon einmal vor Augen geführt, wie viele Dinge Sie tagtäglich erledigen, die Sie gar nicht wollen,

sondern müssen? Wir besitzen so viele Dinge, dass allein schon der permanente Erhaltungsaufwand immens ist. Denken Sie nur an die ständigen Updates und Wartungen Ihrer Computer, Laptops, Smartphones usw... Die komplizierte Welt um uns herum zwingt uns zu permanentem Gehorsam.

Im Arbeitsleben ist das nicht anders. Viele Unternehmer und Geschäftsführer sind mehr damit beschäftigt, die ständig neuen Vorgaben von Gesetzgeber und Gerichten umzusetzen, als ihre Führungsaufgaben wahrzunehmen.

Für das neue Jahr wünsche ich Ihnen daher mehr Zeit für die Dinge, die Ihnen wirklich wichtig sind.



Ihr Dr. Peter Bitzer

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Mindestlohn für Bereitschaftszeiten

Seit Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes werden die unzähligen offenen Fragen nach und nach durch die Arbeitsgerichte geklärt. Das Bundesarbeitsgericht hat in einer aktuellen Entscheidung das Verhältnis von Bereitschaftszeiten zum gesetzlichen Mindestlohn geklärt (Urteil vom 29.06.2016, Aktenzeichen: 5 AZR 716/15).

Nun ist es amtlich: Bereitschaftszeiten sind mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten. Auch abweichende Vereinbarungen im Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag ändern daran nichts.

Bereitschaftszeit ist Arbeitszeit

Arbeitszeit ist nicht gleich Arbeitszeit. Im Sinne des **Arbeitszeitgesetzes** war schon zuvor geklärt, dass Bereitschaftszeit vollwertige Arbeitszeit ist (§§ 2 I 1, 7 I Nr. 1 a ArbZG).

Doch wie sieht es mit der **Vergütungspflicht** von Bereitschaftszeiten aus? Hierzu hat das BAG nun klargestellt, dass Bereitschaftszeit grundsätzlich vergütungspflichtige Arbeit ist.

Mindestlohngesetz erlaubt keine Abstufungen

Für die Verpflichtung zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns kommt es auch nicht darauf an, in welchem **Grad** der Arbeitnehmer während der Bereitschaftszeit tatsächlich **in Anspruch genommen** wird. Das hat das BAG nun eindeutig klargestellt.

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

Keine abweichenden Vereinbarungen

in **Tarifverträgen** oder **Arbeitsverträgen** werden Bereitschaftszeiten häufig nur anteilig als Arbeitszeit anerkannt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Bereitschaftszeiten vollständig mit dem gesetzlichen **Mindestlohn** zu vergüten ist. Das kann durch Tarif- oder Arbeitsvertrag nämlich nicht geändert werden. Auch das hat das BAG nun abschließend klargestellt.

Kündigung bei Drogenkonsum

Ein **Berufskraftfahrer** darf seine Fahrtüchtigkeit nicht durch die Einnahme von **Amphetamin und Methamphetamin** („Crystal Meth“) gefährden. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung kann die **außerordentliche Kündigung** seines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen, wenn der Berufskraftfahrer trotz des Konsums dieser „harten Drogen“ seine Fahrttätigkeit verrichtet hat. Das hat das Bundesarbeitsgericht entschieden (Urteil vom 20.10.2016, Aktenzeichen: 6 AZR 471/15).

Der Fall (verkürzt)

Ein Lkw-Fahrer wurde abends bei einer privaten Autofahrt von der Polizei einem Drogenwischttest unterzogen. Das Ergebnis war positiv. Seinem Arbeitgeber teilte er daraufhin eine Ausrede mit, um sich für den kommenden Tag von der Arbeit zu entschuldigen. Der

Arbeitgeber überredete ihn jedoch zum Arbeitsantritt. Später gestand der Lkw-Fahrer dem Arbeitgeber den wahren Sachverhalt. Der Arbeitgeber kündigte ihm daraufhin fristlos – und wurde vom BAG bestätigt.

Mitteilungspflicht gegenüber Arbeitgeber

Bestehen aufgrund eines **positiven Drogentests** begründete Zweifel an seiner Fahrtüchtigkeit, hat ein Berufskraftfahrer dies dem Arbeitgeber unverzüglich **mitzuteilen**.

Das gilt nur dann nicht, wenn **auszuschließen** ist, dass die Zweifel bei Antritt der nächsten Fahrt noch bestehen.

Die Verletzung der Mitteilungspflicht kann einen wichtigen Grund für die **außerordentliche Kündigung** des Arbeitsverhältnisses darstellen.

Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit nicht erforderlich

Es ist unerheblich, ob die **Fahrtüchtigkeit** des Berufskraftfahrers bei den durchgeführten Fahrten **konkret beeinträchtigt** ist und deshalb eine erhöhte Gefahr im Straßenverkehr besteht.

Irrelevant ist zudem, ob der **Drogenkonsum** während der **Arbeitszeit** oder im **privaten Bereich** erfolgt.

Wie unterzeichnet man ein Arbeitszeugnis?

Zeugnisstreitigkeiten vor dem Arbeitsgericht beinhalten **emotionalen Sprengstoff**:

- Für den **Arbeitnehmer** stellt das Zeugnis die Grundlage für die weitere berufliche Zukunft dar. Ein schlechtes Zeugnis empfindet er zudem als Angriff auf seine persönliche Würde.
- Der **Arbeitgeber** wiederum sieht sich häufig dazu genötigt, einem aus seiner Sicht unfähigen und/oder verhaltensauffälligen Arbeitnehmer auch noch ein gutes Zeugnis erteilen zu müssen.

Da liegen auf beiden Seiten die Nerven blank. Zu welchen Posen diese konflikträchtige Situation führen kann, zeigt eine Entscheidung des **LAG Hamm** (Beschluss vom 27.07.2016, Aktenzeichen: 4 Ta 118/16).

In dem entschiedenen Fall hatten die Parteien vor dem Arbeitsgericht einen **Vergleich** geschlossen, in dem sich der Arbeitgeber dazu verpflichtete, ein von dem Geschäftsführer persönlich unterzeichnetes Zeugnis zu erteilen. Eigentlich wäre die Geschichte damit beendet gewesen, aber...

Unterzeichnung mit der üblichen Unterschrift

Nach Abschluss des gerichtlichen Vergleichs erteilte der Geschäfts-

führer das Arbeitszeugnis zwar, unterschrieb das Zeugnis jedoch in einer Art **Kinderschrift**. Darin sah das LAG Hamm zu Recht einen **Verstoß gegen das Schriftformerfordernis**.

Zur Wahrung der **Schriftform** muss die Unterzeichnung in der Weise erfolgen, in der der Unterzeichner auch **im Übrigen** wichtige betriebliche Dokument unterschreibt; er darf im Zeugnis also keine Unterzeichnung wählen, die hiervon abweicht.

Zumindest jetzt hätte die Geschichte eigentlich sein Ende finden müssen, aber...

Äußerlich auffällige Unterschrift

Nachdem die Arbeitnehmerin auch diesen Fehler erfolgreich bemängelt hatte, drehte der Geschäftsführer so richtig auf. Er erteilte zwar ein neues Zeugnis, das er auch mit seiner üblichen Unterschrift unterzeichnete.

Allerdings **kreuzte sein neuer Schriftzug nun in einem Winkel von ca. 30 Grad** von links oben nach rechts unten den unter den Zeugnistext maschinenschriftlich eingesetzten Firmennamen sowie die Namenswiedergabe des Geschäftsführers.

Auch das griff die Arbeitnehmerin erfolgreich an. Zur Unwirksamkeit der Unterschrift führte hier nämlich der Umstand, dass der Schriftzug **nicht parallel zum maschinenschriftlichen Zeugnistext** auf das

Zeugnis gesetzt wurde, sondern auffällig von links oben nach rechts unten „gekippelt“ wurde.

Nach **§ 109 II 2 GewO** darf das Zeugnis jedoch keine Merkmale oder Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine **andere** als aus der äußeren Form und aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen.

Im Ergebnis verhängte das Gericht gegen den Geschäftsführer ein **Zwangsgeld** in Höhe von 1.000,00 € bzw. - für den Fall der Uneinbringlichkeit - für je 250,00 € einen Tag **Zwangshaft**.

Diskriminierung von Elternzeitnehmern bei Massenentlassung

Höchstrichterliche Entscheidungen im Arbeitsrecht werden gewöhnlich vom **Bundesarbeitsgericht** gefällt. Aber es gibt noch eine höhere Instanz, wenn es um die Verletzung von Grundrechten geht. Dann greift das **Bundesverfassungsgericht** ein. In einer bemerkenswerten Entscheidung hat das BVerfG nun ein Urteil des BAG aufgehoben, in dem es um die **Kündigung einer Elternzeitnehmerin** ging (BVerfG, Beschluss vom 08.06.2016, Aktenzeichen: 1 BvR 3634/13).

Massenentlassungen sind anzeigepflichtig

Der Arbeitgeber muss der **Agentur für Arbeit** Anzeige erstatten, **bevor** er innerhalb von 30 Kalendertagen

eine bestimmte (größere) Anzahl von Arbeitnehmern entlässt (§ 17 Abs. 1 KSchG). **Verstößt** der Arbeitgeber gegen die Anzeigepflicht, sind die Kündigungen schon allein aus diesem Grund **unwirksam**. Ähnlich verhielt es sich auch in dem vom **BVerfG** entschiedenen **Fall**:

Der Arbeitgeber beabsichtigte eine Massenentlassung innerhalb eines 30-Tage-Zeitraums. In dem **Verfahren der Massenentlassungsanzeige** wurde der **Betriebsrat** jedoch nicht ordnungsgemäß konsultiert, so dass alle späteren Kündigungen schon aus diesem Grund **unwirksam** waren.

Zusammentreffen von Elternzeit und Massenentlassung

Auch die vor dem BVerfG klagende **Elternzeitnehmerin** hätte die Kündigung normalerweise innerhalb dieses 30-Tage-Zeitraums erhalten. Dann wäre auch diese Kündigung wegen des Verstoßes gegen § 17 Abs. 1 KSchG unwirksam gewesen.

Aufgrund ihres **Sonderkündigungsschutzes** stellte der Arbeitgeber stattdessen aber (insofern konsequent) zunächst bei der Landesbehörde den erforderlichen **Antrag auf Zulässigerklärung** der Kündigung. Dieses Verfahren zog sich naturgemäß einige Monate in die Länge. Nach Erteilung der behördlichen Zulässigerklärung erhielt dann auch die Elternteilnehmerin die Kündigung – nunmehr allerdings **nach Ablauf des 30-Tage-Zeitraums**.

Benachteiligung der Elternzeitnehmerin

Das BAG ging deshalb davon aus, dass die Kündigung nicht wegen Verstoßes gegen § 17 Abs. 1 KSchG unwirksam sei. Es handelte sich sozusagen nicht mehr um eine „Massenkündigung“, sondern um eine einzelne Kündigung. Aufgrund ihres Sonderkündigungsschutzes stand die Elternzeitnehmerin somit **schlechter** da, als **ohne** Sonderkündigungsschutz.

Genau darin liegt nach Ansicht des BVerfG eine (mittelbare) **Ungleichbehandlung von Frauen**, denn typischerweise wird die **Elternzeit** gegenwärtig in evident höherem Maß von **Frauen** in Anspruch genommen, als von Männern.

Vermeidung der Benachteiligung

- Die **Benachteiligung** von Personen mit besonderem Kündigungsschutz lässt sich nach Ansicht des BVerfG **nur dadurch** vermeiden, dass die ihnen gegenüber erklärten Kündigungen **so behandelt** werden wie Kündigungen, für die die Regeln des Massenentlassungsschutzes gelten.
- Bei Beschäftigten mit Sonderkündigungsschutz gilt deshalb der **30-Tage-Zeitraum** nach § 17 I 1 KSchG auch dann **als gewährt**, wenn die Antragstellung bei der zuständigen **Behörde** (Anmerkung: Gemeint ist hier der Antrag auf Zulässigerklärung bei der Landesbehörde)

innerhalb dieses Zeitraums erfolgt ist.

Urteilssplitter

Ab- und Rückmeldepflicht für freigestellte Betriebsratsmitglieder

Auch **Betriebsratsmitglieder**, die gem. § 38 I BetrVG von ihrer beruflichen Tätigkeit **freigestellt** sind, können nicht tun und lassen, was sie wollen. Das zeigt eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24.02.2016 (Aktenzeichen: 7 ABR 20/14). Danach gilt folgendes:

- Freigestellte Betriebsratsmitglieder sind verpflichtet, während der vertraglichen Arbeitszeit im **Betrieb anwesend** zu sein und sich dort für anfallende Betriebsratsarbeit bereitzuhalten.
- **Verlässt** ein freigestelltes Betriebsratsmitglied den Betrieb zwecks Wahrnehmung erforderlicher Betriebsratsaufgaben, ist es verpflichtet, sich beim Arbeitgeber **abzumelden** und bei der Rückkehr in den Betrieb wieder **zurückzumelden**.
- Bei der Abmeldung hat das Betriebsratsmitglied die **vooraussichtliche Dauer** der Abwesenheit anzugeben. Den **Ort** der beabsichtigten Betriebsrats Tätigkeit muss es **nicht** mitteilen.

Betriebsvereinbarungen müssen Gleichbehandlungsgrundsatz beachten

Auch **Betriebsvereinbarungen** müssen die Gesetze beachten und somit auch den in § 75 Abs. 1 BetrVG verankerten „**betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz**“. Dieser zielt darauf ab, eine Gleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten sicherzustellen.

- Sind in einer Betriebsvereinbarung für verschiedene Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Leistungen vorgesehen, verlangt der Gleichheitssatz, dass diese Differenzierung **sachlich gerechtfertigt** ist (BAG, Urteil vom 26.04.2016, Aktenzeichen: 1 AZR 435/14).
- **Nicht gerechtfertigt** wäre danach zum Beispiel folgende Regelung in einer Betriebsvereinbarung zu Sonderzahlungen:

„Mit der Juni-Abrechnung erhält jeder Mitarbeiter eine einmalige Sonderzahlung. Die Höhe der Sonderzahlung beträgt für Fernfahrer 3,00 % und für alle anderen Mitarbeiter 4,00 % des Bruttoeinkommens.“

Konsequenz: Auch Fernfahrer können - wie die anderen Mitarbeiter - in diesem Fall eine Sonderzahlung in Höhe von 4 % verlangen.

Vorratserlaubnis bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung

Liegt zwischen den Parteien eines **Werkvertrages** in Wirklichkeit **verdeckte Arbeitnehmerüberlassung** vor, gibt es für den Auftraggeber (= Entleiher) nach gegenwärtiger Rechtslage noch Rettung, sofern der Auftragnehmer (= Verleiher) im Besitz einer **Verleiherlaubnis** ist.

In diesem Fall können sich die Arbeitnehmer des Verleihers nicht in ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiherbetrieb einklagen. Das war unter den Arbeitsgerichten zuletzt heftig umstritten. Nun hat das **BAG** Klarheit geschaffen (Urteil vom 12.07.2016, Aktenzeichen: 9 AZR 352/15).

Ausschlussklauseln nicht für Mindestlohn

Eine arbeitsvertragliche **Verfallklausel**, die auch den Anspruch auf das **Mindestentgelt** nach § 2 PflegeArbbV erfasst, ist nach § 134 BGB in Verbindung mit §§ 9 S. 3, 13 Arbeitnehmerentsendegesetz **unwirksam** (BAG, Urteil vom 24.08.2016, Aktenzeichen: 5 AZR 703/15).