

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a work surface. The background is filled with various industrial structures, including pipes, beams, and machinery, all slightly out of focus, creating a sense of depth and activity in a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Januar 2019**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

Verbindlicher Flexibilisierungsrahmen bei Abrufarbeit

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Beweislastverteilung beim Streit über die tarifliche Eingruppierung

Neues vom Gesetzgeber

Gesetzgeber korrigiert europarechtswidrige Kündigungsfrist – mit neun Jahren Verspätung

Neues aus der Rechtsprechung

LAG Thüringen: Gewohnte Arbeitszeiteinteilungen genießen keinen Bestandsschutz

Neues aus der Rechtsprechung

LAG Düsseldorf: Keine Betriebsvereinbarung ohne Betriebsratsbeschluss

Neues vom Gesetzgeber

Verbindlicher Flexibilisierungsrahmen bei Abrufarbeit

Zum 01.01.2019 ändert der Gesetzgeber § 12 TzBfG und schafft einen verbindlichen Flexibilisierungsrahmen für die Arbeit auf Abruf. Wird mit einem Abrufarbeitnehmer weder eine Höchst- noch eine Mindestarbeitszeit ausdrücklich festgelegt, gilt eine Mindestarbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. Im Flexibilisierungsrahmen darf der Arbeitgeber nur bis zu 25 Prozent der Mindestarbeitszeit zusätzlich abrufen. Ist eine Höchstarbeitszeit vereinbart, dürfen nur 20 Prozent weniger abgerufen werden. Aus mehreren Gründen dürfte die Neuregelung jedoch keine größere Bedeutung erlangen.

§ 12 TzBfG reguliert die Arbeit auf Abruf. Bei der Arbeit auf Abruf handelt es sich um eine Vereinbarung, nach der der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung schwankend entsprechend dem Arbeitsanfall erbringen muss und zwar nach einseitiger Anweisung des Arbeitgebers. Aus dem Anwendungsbereich ausgenommen wurde bislang allerdings:

- Überstunden und Mehrarbeit,
- Gleitzeit, Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst,
- freiwillige und einvernehmlich abgesprochene Zusatzarbeit, zu der der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, sowie
- nach h.M. Arbeitszeitflexibilisierungen, die keinen Einfluss auf die Höhe des regelmäßigen Einkommens haben, z.B. Schichtpläne und Arbeitszeitkontenregelungen.

Es ist daher davon auszugehen, dass auch die Neuregelung solche Flexibilisierungsinstrumente nicht erfasst.

Liegt Arbeit auf Abruf vor, muss der Arbeitgeber die Arbeit mit einer Ankündigungsfrist von mindestens vier Tagen im Voraus abrufen. Andernfalls ist der Abruf für den Arbeitnehmer nicht verbindlich. Die Neuregelung sieht zusätzlich vor, dass eine Mindest- oder Höchstarbeitszeit vereinbart werden muss. Die Mindestarbeitszeit darf nicht um mehr als 25 Prozent überschritten und die Höchstarbeitszeit nicht um mehr als 20 Prozent unterschritten werden. Wird keine Mindest- oder Höchstarbeitszeit vereinbart, wird nunmehr eine Mindestarbeitszeit von 20 Stunden, statt wie bisher von 10 Stunden, in der Woche fingiert. Eine solche Regelungslücke sollte also dringend vermieden werden.

Der Flexibilisierungsrahmen ist nicht wirklich neu. Bereits mit Urteil vom 07.12.2005 (Az. 5 AZR 535/04) hatte das BAG Abrufarbeitsvereinbarungen für unangemessen benachteiligend und daher AGB-rechtswidrig angesehen, die ihren Flexibilisierungsrahmen nicht angemessen beschränken. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung nun ausdrücklich im Gesetzestext niedergelegt.

Bis heute haben diese Vorgaben kaum praktische Bedeutung erlangt. Es steht zu erwarten, dass auch die gesetzgeberische Anpassung des § 12 TzBfG daran nichts ändert. Dafür gibt es verschiedene Gründe:

- Die meisten Arbeitnehmer und auch viele Arbeitgeber kennen § 12 TzBfG gar nicht.
- Bei den typischen Abrufarbeitsverhältnissen handelt es sich um geringbezahlte Gelegenheitsjobs, insbesondere von Schülern und Studenten und insbesondere in der Gastronomie. Den wenigsten Abrufarbeitnehmern liegt ihr Arbeitsverhältnis so sehr am Herzen, dass sie im Rechtswege um Einzelheiten ihrer Arbeitsbedingungen streiten wollen.
- § 12 TzBfG bestimmt nur, in welchem Umfang der Arbeitgeber einseitig Arbeitszeit so abrufen kann, dass der Arbeitnehmer rechtlich verpflichtet ist, diese abzuleisten. Dies bedeutet aber nicht, dass es dem Arbeitnehmer verwehrt wäre, freiwillige Zusatzarbeit auf Grundlage einzelfallbezogener Absprachen zu erbringen.

Das BAG hat sogar ausdrücklich entschieden, dass Rahmenverträge, auf deren Grundlage freiwillig, einvernehmlich und spontan eintägige Arbeitseinsätze vereinbart werden, keine Abrufarbeitsverhältnisse sind (Urteil v. 15.02.2012, Az. 10 AZR 111/11).

Wie auch sonst vermeidet eine sorgfältige Vertragsgestaltung unnötige Haftungsrisiken. Wir beraten Sie gerne.



Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Beweislastverteilung beim Streit über die tarifliche Eingruppierung

Das BAG hat sich in seinem Urteil vom 11.07.2018 (Az. 4 AZR 488/17) intensiv mit der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in einem Rechtsstreit über die richtige tarifliche Eingruppierung eines Arbeitnehmers auseinandergesetzt. Grundsätzlich liegt die Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitnehmer. Anders stellt es sich aber dar, wenn der

Arbeitgeber bereits eine Eingruppierung vorgenommen hat und diese nachträglich „nach unten“ korrigieren will. Dies ist zwar grundsätzlich zulässig. Der Arbeitgeber muss in einem Rechtsstreit allerdings darlegen und beweisen, dass die neue Eingruppierung nun wirklich die richtige ist.

Rechtsstreitigkeiten über die richtige tarifliche Eingruppierung sind häufig **kompliziert**. Im Mittelpunkt steht die Frage nach der Wertigkeit der Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Rahmen des tarifvertraglich vereinbarten Tarifgruppensystems. Diese Wertigkeit lässt sich allerdings selten isoliert beurteilen. Stattdessen muss verglichen werden, wie anspruchsvoll und verantwortungsvoll die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Verhältnis zu der Tätigkeit vergleichbarer Kollegen ist. Dazu müssen die gesamten betrieblichen Verhältnisse eingehend ermittelt und bewertet werden. Kommt es zum Rechtsstreit, muss die darlegungs- und beweisbelastete Partei diese Verhältnisse detailliert darstellen und in Bezug zu dem maßgeblichen Tarifgruppensystem setzen. Gelingt ihr dies nicht überzeugend – und dies ist häufig der Fall – verliert sie. Deshalb **entscheiden sich Eingruppierungsstreitigkeiten oft nach der Darlegungslast**.

Mit der Verteilung der Darlegungs- und der Beweislast hat sich das **BAG** in seinem **Urteil vom 11.07.2018** eingehend auseinandergesetzt. Der Fall spielte in einem Unternehmen der Metallindustrie, welches das Entgelt-Rahmenabkommen (ERA) anwendete. Der klagende Arbeitnehmer war zunächst in die Entgeltgruppe 10 eingruppiert gewesen. Im Jahre 2015 wurde er durch den Arbeitgeber in die Entgeltgruppe 9 herabgestuft. Aus welchem Anlass dies geschehen war, hatten die Parteien nicht mitgeteilt. Der Arbeitnehmer beantragte die Feststellung, dass der Arbeitgeber verpflichtet sei, ihn wieder in die Entgeltgruppe 10 einzugruppieren und das entsprechende Gehalt zzgl. Leistungszulage zu zahlen. Das in Vorinstanz zuständige LAG Hamm hatte die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass der Arbeitnehmer die Voraussetzungen der Entgeltgruppe 10 nicht ausreichend dargelegt habe.

Das BAG hob die Entscheidung auf und verwies den Rechtsstreit an das LAG Hamm zurück. Hierbei äußerte es sich eingehend zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast:

- a) Zunächst die guten Nachrichten für alle Arbeitgeber: Will ein bereits eingruppiertes Arbeitnehmer eine **Hochgruppierung erreichen**, trägt er vor Gericht die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass seine Tätigkeit die Voraussetzungen einer höheren Tarifgruppe erfüllt. Damit es dem Arbeitnehmer gelingt, sich im Tarifsystem hochzuklagen, bedarf es deshalb wirklich guter Argumente. Querulanten haben i.d.R. keine Chance.
- b) Wird dem Arbeitnehmer dagegen **eine neue** – abweichend zu bewertende – **Tätigkeit zugewiesen** und vom Arbeitgeber mit einer bestimmten Entgeltgruppe tariflich bewertet, ist ebenfalls der Arbeitnehmer darlegungspflichtig, wenn er meint, diese Eingruppierung sei zu niedrig und eine höhere Entgeltgruppe sei zutreffend.

Aber Achtung: Niedriger eingruppierte Tätigkeiten dürfen Arbeitnehmern grundsätzlich nur mit deren Zustimmung oder auf Grundlage einer Änderungskündigung zugewiesen werden. Für

eine einseitige Zuweisung fehlt dem Arbeitgeber grundsätzlich die Versetzungsbefugnis.

- c) Der Arbeitgeber trägt dagegen die Darlegungs- und Beweislast, wenn er eine sog. **korrigierende Rückgruppierung** vornimmt. Ist ein Arbeitnehmer mit einer bestimmten Tätigkeit bereits durch den Arbeitgeber eingruppiert und hält der Arbeitgeber diese Eingruppierung erst aufgrund einer nachträglichen Überprüfung für fehlerhaft zu hoch, kann er eine korrigierende Rückgruppierung vornehmen. Ficht der Arbeitnehmer diese Entscheidung allerdings gerichtlich an, muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers lediglich die Voraussetzungen der niedrigeren Tarifgruppe erfüllt. Gelingt ihm das nicht, verliert er.



Neues vom Gesetzgeber

Gesetzgeber korrigiert europarechtswidrige Kündigungsfrist – mit neun Jahren Verspätung

Der Deutsche Bundestag hat am 30.11.2018 das sog. Qualifizierungschancengesetz beschlossen. Ein Bestandteil dieses Gesetzes: Die Sondervorschrift des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB ist zum 01.01.2019 gestrichen worden. Aus gutem Grund: Die Vorschrift ist europarechtswidrig. Dies hatte der EUGH allerdings schon im Januar 2010 entschieden – vor neun Jahren.

Nach § 622 Abs. 1 BGB beträgt die gesetzliche Mindestkündigungsfrist vier Wochen. Eine Kündigung mit dieser Frist ist zum Fünfzehnten eines Monats oder zum Monatsende zulässig. Mit fortlaufendem Bestand des Arbeitsverhältnisses verlängert sich diese Frist bekanntlich nach § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB automatisch: Nach einer Beschäftigungsdauer von zwei Jahre beträgt die Kündigungsfrist schon einen Monat zum Monatsende. Nach fünf Jahren sind es zwei Monate zum Monatsende.

Nach 20 Jahren Beschäftigungsdauer wird die Höchstfrist von sieben Monaten erreicht.

Hierzu enthielt § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Sonderregelung: Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer sollten Beschäftigungszeiten, die vor dem 25. Lebensjahr gelegen haben, nicht berücksichtigt werden. Eine bemerkenswerte Regelung. Denn welchen Sinn diese Benachteiligung jüngerer Menschen haben soll, erschließt sich auch bei gründlichem Nachdenken nicht. Dies sah auch der EuGH so: Mit Urteil vom 19.01.2010 (Az. C-555/07) stellte er – völlig zu Recht – fest, dass es sich um eine sachlich nicht gerechtfertigte Altersdiskriminierung handelt und erklärte § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB für europarechtswidrig und unanwendbar. Damit galt die Vorschrift nicht mehr.

Der Gesetzgeber sah dennoch über Jahre hinweg keinen Handlungsbedarf. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB blieb Teil des Gesetzestextes und führte seither ein Geisterleben: Gerichte ignorierten die Vorschrift, da sie nicht anwendbar war. Sie existierte aber immer noch in allen Gesetzessammlungen und führte unbedarfte Leser des Gesetzestextes, welche ihre Kündigungsfrist ohne professionelle Beratung berechnen wollten, in die Irre.

Mit der Zeit wurde § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB zu einem Symbol für die verfehlte Prioritätensetzung des arbeitsrechtlichen Gesetzgebers: Ein Gesetzgeber, der in jeder Legislaturperiode zahllose neue Regulierungen von Vorgaben für Arbeitgeber in Kraft setzt, aber es gleichzeitig nicht für nötig hält, selbst die größten Mängel in den bereits bestehenden Gesetzen auszubessern.

Damit ist jetzt Schluss. Dass der Gesetzgeber die unanwendbare Vorschrift nun endlich streicht, ist lobenswert. Dass diese Initiative einen Kulturwandel in der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung einleitet, darf indes bezweifelt werden.



Neues aus der Rechtsprechung

LAG Thüringen: Gewohnte Arbeitszeiteinteilungen genießen keinen Bestandsschutz

Wenn der Arbeitgeber altgewohnte Praktiken ändern will, ist Widerstand oft vorprogrammiert. Schalten Arbeitnehmer gar Anwälte ein, behaupten diese meist, die Gewohnheiten hätten sich als sog. betriebliche Übung rechtlich verfestigt. In den meisten Fällen trifft dieses Argument allerdings nicht zu. In seinem Urteil vom 21.02.2018 (Az. 6 Sa 110/17) ließ sich auch das LAG Thüringen von diesem Argument nicht überzeugen.

Zahlt der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern freiwillig alljährlich ein Weihnachtsgeld und erklärt er dabei keinen Freiwilligkeitsvorbehalt, kommt es schon nach drei Jahren zu einer sog. betrieblichen Übung: Gerichte gehen nach dem dritten Jahr davon aus, dass sich der Arbeitgeber durch sein gleichförmiges Verhalten rechtlich selbst gebunden hat. Für die Zukunft ist der Arbeitgeber von nun an rechtlich verpflichtet, das Weihnachtsgeld jedes Jahr aufs Neue zu zahlen. Arbeitnehmer können es ab jetzt einklagen.

Eine betriebliche Übung kann nicht nur in Bezug auf Weihnachtsgeld, sondern auch hinsichtlich anderer betrieblicher Praktiken entstehen. Die betriebliche Übung ist deshalb eines der Lieblingsargumente von Arbeitnehmeranwälten, wenn der Arbeitgeber gewohnte Praktiken ändern will. Allerdings werden betriebliche Übungen meist zu Unrecht behauptet. Die Arbeitsgerichte erkennen betriebliche Übungen zwar bei regelmäßig gewährten Leistungen des Arbeitgebers an. In den meisten anderen Fällen kann der Arbeitgeber dagegen selbst Jahrzehnte alte Praktiken mit seinem Direktionsrecht jederzeit ändern. Arbeitgeber sollten sich durch dieses Argument also nicht zu sehr beeindrucken lassen.

So war es auch in einem Fall, den das LAG Thüringen jüngst zu entscheiden hatte. Ein Arbeitnehmer wurde 13 Jahre lang jeden Samstag zur Arbeit eingeteilt. Im 14. Jahr stellte der Arbeitgeber diese Praxis ein. Hiergegen wandte sich der Arbeitnehmer gerichtlich – ohne Erfolg.

Das LAG Thüringen stellte Folgendes klar: Allein aus der Beibehaltung einer betrieblichen Regelung hinsichtlich Ort und Zeit der Arbeitsleistung über einen längeren Zeitraum hinweg kann ein Arbeitnehmer nach Treu und Glauben nicht auf den Willen des Arbeitgebers schließen, diese Regelung auch künftig unverändert beizubehalten. Eine betriebliche Übung käme nur dann in Betracht, wenn zusätzliche besondere Umstände einen Bindungswillen des Arbeitgebers zum Ausdruck brächten. Solche Umstände waren aber – wie auch in den meisten Fällen – nicht ersichtlich.



Neues aus der Rechtsprechung

LAG Düsseldorf: Keine Betriebsvereinbarung ohne Betriebsratsbeschluss

Betriebsvereinbarungen sind nur wirksam, wenn der Betriebsrat als Gremium einen ordnungsgemäßen Betriebsratsbeschluss gefasst hat. Allein die Unterschrift des Betriebsratsvorsitzenden reicht hierfür nicht aus. Das LAG Düsseldorf räumte mit Entscheidung vom 27.04.2018 (Az. 10 TaBV 64/17) sogar dem Betriebsrat selbst die Möglichkeit ein, aus einer Betriebsvereinbarung wieder „herauszukommen“, indem er sich auf seine eigenen Fehler bei der Beschlussfassung beruft. Ob Betriebsrat und Arbeitgeber sich im gemeinsamen Umgang allerdings mit solchen formalistischen Spitzfindigkeiten überrumpeln wollen, sollten sie sich gut überlegen.

Damit Betriebsvereinbarungen wirksamen zustande kommen, müssen sie durch den Betriebsratsvorsitzenden und einen Arbeitgebervertreter unterzeichnet werden. Allein dies reicht allerdings nicht. Der Betriebsratsvorsitzende ist nämlich nicht generell berechtigt, den Betriebsrat als Gremium gegenüber dem Arbeitgeber zu vertreten. Dieses Recht hat er nur, wenn er zur Vertretung durch einen Beschluss des Betriebsratsgremiums gesondert ermächtigt wurde (§ 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG).

Ein Betriebsratsbeschluss kann dabei keinesfalls schlüssig und stillschweigend getroffen werden. Es reicht insbesondere nicht aus, dass Betriebsratsmitglieder die Vertretung durch den Vorsitzenden kennen, dulden und mit dem Inhalt der Betriebsvereinbarung persönlich einverstanden sind. Vielmehr bedarf es einer förmlichen Beschlussfassung, die in einer durch ordnungsgemäße Ladung aller Betriebsratsmitglieder unter Mitteilung der jeweiligen Tagesordnung einberufenen förmlichen Betriebsratssitzung erfolgt. Handelt der Betriebsratsvorsitzende hingegen ohne solch einen Beschluss und wird sein Verhalten auch nicht nachträglich durch Betriebsratsbeschluss genehmigt, kann er nicht wirksam namens des Betriebsrates eine Betriebsvereinbarung abschließen.

Durch Verweis auf formelle Mängel im Betriebsratsbeschluss kommt der Arbeitgeber aus vielen Betriebsvereinbarungen „heraus“. Dies kann jedoch auch umgekehrt funktionieren, nämlich indem sich der Betriebsrat auf seine eigenen Fehler bei der Beschlussfassung beruft. Wie das geht, zeigt die Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 27.04.2018:

Im zu entscheidenden Fall hatte der Betriebsratsvorsitzende eine Betriebsvereinbarung unterzeichnet, nachdem der Abschluss der Betriebsvereinbarung auf einer durch den Arbeitgeber einberufenen Betriebsversammlung durch eine große Mehrheit der Belegschaft befürwortet worden war. Der Betriebsrat hatte jedoch nie in einer förmlichen Sitzung einen Beschluss über die Betriebsvereinbarung gefasst, was der Arbeitgeber nicht wusste. Alle drei Mitglieder des Betriebsrates unterzeichneten allerdings einen Aushang, auf dem die Betriebsvereinbarung bekannt gegeben wurde. Wenige Monate später wollte der Betriebsrat sich von der Betriebsvereinbarung wieder lossagen und beantragte die gerichtliche Feststellung, dass die Betriebsvereinbarung unwirksam sei.

Das ArbG Wesel hatte den Antrag des Betriebsrates noch zurückgewiesen und die Ansicht vertreten, der Arbeitgeber hätte wegen der Gesamtumstände darauf vertrauen können, dass der Betriebsratsvorsitzende auf Grundlage wirksam gefasster Beschlüsse handelt; an diesem „Rechtsschein“ müsse der Betriebsrat festgehalten werden (sog. Rechtsscheinlehre). Das LAG Düsseldorf gab hingegen der Beschwerde des Betriebsrates statt. Zwar könne dem Arbeitgeber, der auf die wirksame Vertretung durch den Betriebsratsvorsitzenden vertraut, in bestimmten Einzelfällen Vertrauensschutz gewährt werden. Allerdings ginge dies nicht so weit, dass eine Betriebsvereinbarung als wirksam angesehen werden könne, welcher der Betriebsrat nie durch förmliche Beschlussfassung zugestimmt habe. Die Betriebsvereinbarung sei deshalb unwirksam.

Ob sich die Ansicht des LAG Düsseldorf durchsetzen wird, ist unklar. Das Verfahren über die Rechtsbeschwerde des Arbeitgebers wurde vorzeitig eingestellt. Würde die Auffassung des LAG Düsseldorf höchstrichterlich bestätigt, könnte der Arbeitgeber praktisch nie auf die Wirksamkeit von Betriebsvereinbarungen vertrauen, da er die – für ihn geheime – Beschlussfassung des Betriebsrates nicht überprüfen kann.

Die rechtlichen Vorgaben für die Beschlussfassung des Betriebsrates sind in jedem Fall ausgesprochen streng – teilweise auch sehr kompliziert – und werden gerade durch pragmatisch und ergebnisorientiert handelnde Betriebsräte immer wieder missachtet. Viele Rechtsakte des Betriebsrates lassen sich deshalb unter Verweis auf formelle Beschlussfassungsmängel in Frage stellen. Für beide Betriebsparteien – also sowohl den Arbeitgeber als auch den Betriebsrat – gilt allerdings, dass sie sich gut überlegen sollten, ob sie sich gegenüber der jeweils anderen Betriebspartei auf formelle Mängel in der Beschlussfassung berufen. Denn das Argument funktioniert eben in beide Richtungen. Wer einmal damit anfängt, getroffene Absprachen durch formalistische Spitzfindigkeiten in Frage zu stellen, braucht sich nicht wundern, wenn es ihm bei der nächsten Gelegenheit mit gleicher Münze heimgezahlt wird – und die Mitbestimmungskultur im Unternehmen generell leidet.

Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.kuehne@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de