

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 metal hanger. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a work surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor system and structural beams, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2021**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

Betriebsrätemodernisierungsgesetz beschlossen und bald in Kraft

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Ersatz von Anwaltskosten möglich

Neues aus der Rechtsprechung

Kein Schadensersatz bei rechtswidriger Arbeitsniederlegung

Neues aus der Rechtsprechung

Vorsicht Falle: Urlaubskürzung bei Elternzeit setzt Erklärung des Arbeitgebers voraus

Loschelder Praxistipp

Sachgrundlose Befristung: Das sind die Fallstricke

Neues vom Gesetzgeber

Betriebsrätemodernisierungsgesetz beschlossen und bald in Kraft

Vergangenen Monat hatten wir Ihnen über den Regierungsentwurf des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes berichtet. Der Gesetzgeber hat Tempo gemacht. Zwischenzeitlich ist das Gesetz in modifizierter Fassung vom Deutschen Bundestag am 21. Mai 2021 (BT-Drucksache 19/29819) beschlossen worden. Der Bundesrat hat am 28. Mai 2021 keinen Einspruch erhoben. Das Gesetz kann nun vom Bundespräsidenten unterzeichnet und danach im Bundesgesetzblatt verkündet werden. Am Tage nach der Verkündung tritt es in Kraft. Die Änderungen werden also bald gelten.

Wir stellen Ihnen die Änderungen gegenüber dem Entwurf vom 31.03.2021 vor.

1. Wahlalterssenkung auf 16 Jahre

Aktiv wahlberechtigt bei der nächsten Betriebsratswahl 2022 sind die gem. § 7 Satz 1 BetrVG alle Arbeitnehmer, die das 16. Lebensjahr vollendet haben. Bei der passiven Wahlberechtigung bleibt es bei der bisherigen Grenze von 18 Jahren.

2. Datenschutzverantwortlichkeit des Arbeitgebers für die Verarbeitung durch den Betriebsrat

Ein großes Thema war und ist die Verantwortlichkeit des Betriebsrats im Hinblick auf die von ihm vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten der Beschäftigten. Hier hat der Bundestag den bisherigen Entwurf des § 79a BetrVG um zwei Sätze ergänzt.

Im neu eingefügten § 79a Satz 4 BetrVG wird klargestellt, dass die Verschwiegenheitspflicht des Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Arbeitgeber auch solche Informationen umfasst, deren Bekanntgabe an den Arbeitgeber die interessenvertretungsrechtliche Unabhängigkeit des Betriebsrats berühren. Diese Informationen können konkrete Inhalte der vom Betriebsrat angelegten Dateien und Verzeichnisse mit oder ohne konkreten Personenbezug betreffen. Sie können aber auch verfahrensbezogene Informationen betreffen. Zusammengefasst: Rückschlüsse auf den Meinungsbildungsprozess im Betriebsrat soll der Datenschutzbeauftragte dem Arbeitgeber gegenüber

verheimlichen. Es ist zu erwarten, dass die Norm weit ausgelegt werden wird.

Neu ist zudem die Regelung in § 79a Satz 5 BetrVG, nach der sich die Verschwiegenheitsverpflichtung des Datenschutzbeauftragten auch auf die vom Betriebsrat verarbeiteten personenbezogenen Daten bezieht. Befinden sich personenbezogene Daten in der Sphäre des Betriebsrats, kann der Datenschutzbeauftragte diese an den Arbeitgeber nur bei einer Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmer weitergeben. Für die Einwilligung gelten die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Es muss sich also um eine informierte Einwilligung handeln. Das kann im Einzelfall dazu führen, dass der Datenschutzbeauftragte bei Berichten über die Prüfung datenschutzrechtlicher Vorgänge in der Sphäre des Betriebsrats Personendaten anonymisieren und/oder gegenüber dem Arbeitgeber Verschwiegenheit wahren muss.

Es bleibt bei dem Programmsatz des neuen § 79a Satz 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften verpflichtet ist. Es bleibt auch dabei, dass der Arbeitgeber nach der Vorstellung des neuen § 79a Satz 2 BetrVG datenschutzrechtlich Verantwortlicher für die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat ist. Das bedeutet, dass Informations-, Auskunfts- und Löschungspflichten sowie die weiteren datenschutzrechtlichen Pflichten vom Arbeitgeber erfüllt werden müssen. Anderes bedürfte einer Vereinbarung mit dem Betriebsrat.

Letztlich werden die Betriebsparteien eine sinnvolle Aufteilung der Sphären also nur in einer Betriebsvereinbarung schaffen können. Anlehnen kann sich die betriebsverfassungsrechtliche Praxis an Vereinbarungen zur gemeinsamen datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 26 DSGVO. Eine solche Betriebsvereinbarung kann – weil es sich nicht um erzwingbare Mitbestimmung, wie z.B. nach § 87 BetrVG handelt – aber nur freiwillig erfolgen. Erzwingen kann der Arbeitgeber eine Aufteilung der Verantwortlichkeiten nicht. Ein einigermaßen konkreter Argumentationsansatz zur Aufnahme der Verhandlungen findet sich immerhin in § 79a Satz 3 BetrVG: „Arbeitgeber und Betriebsrat unterstützen sich gegenseitig bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften.“

In der betrieblichen Praxis folgt aus der Neuregelung eine Gratwanderung zwischen der datenschutzrechtlichen

Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (mit allen Folgen in Bezug auf Ordnungswidrigkeiten- und Schadensersatztatbestände nach Art. 82 und 83 DSGVO) und der Pflicht des Betriebsrats, Datenschutzvorgaben selbst einzuhalten und den Arbeitgeber in datenschutzrechtlichen Angelegenheiten, die die datenschutzrechtliche Sphäre des Betriebsrats betreffen, zu unterstützen. Aus unserer Sicht ist die Regelung unpraktikabel und konfliktträchtig. Der Gesetzgeber ist der für ihn unangenehmen Entscheidung, entweder eine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsrats anzuordnen oder dem Arbeitgeber Einfluss und Kontrolle auf die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat zu geben – was nach dem System des BetrVG ungewöhnlich wäre ist – ausgewichen und überlässt die Lösung den Betriebsparteien.

3. Neue Regelung zum Unfallversicherungsschutz im Home-Office

Ganz überraschend und kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens ist das SGB VII, das Recht der gesetzlichen Unfallversicherung geändert worden.

§ 8 Abs. 1 SGB VII ist um einen Satz ergänzt worden, mit dem eine Versicherungslücke bei der Tätigkeit im Home-Office geschlossen werden soll:

„Wird die versicherte Tätigkeit im Haushalt der Versicherten oder an einem anderen Ort ausgeübt, besteht Versicherungsschutz im gleichen Umfang wie bei Ausübung der Tätigkeit auf der Unternehmensstelle.“

Bereits nach geltendem Recht besteht im Home-Office und bei sonstiger mobiler Arbeit grundsätzlich gesetzlicher Unfallversicherungsschutz, der sich auch auf die Betriebswege, z.B. auf dem Weg zum Drucker erstreckt.

Unterschiede gibt es aber bei den Wegen im eigenen Haushalt zum Holen eines Getränkes, zur Nahrungsaufnahme, zum Toilettengang usw. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sind diese Wege in der Unternehmensstätte versichert, im Home-Office dagegen nicht. Diesen Versicherungsschutz erstreckt die Neuregelung auch auf die Grundsätze mobiler Arbeit.

Eine weitere Versicherungslücke sucht der neue § 8 Abs. 2 Nr. 2a SGB VII zu schließen:

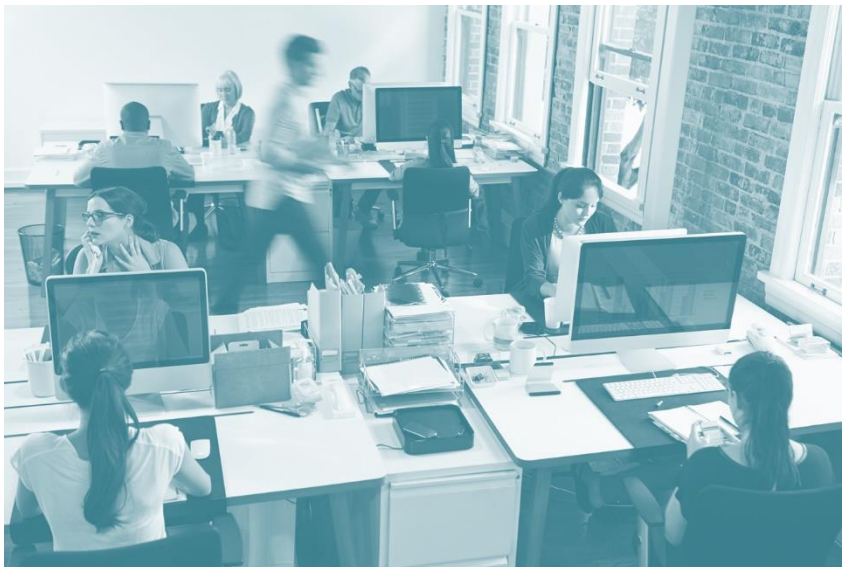
„2a. das Zurücklegen des unmittelbaren Weges nach und von dem Ort, an dem Kinder vom Versicherten nach Nr. 2a fremder Obhut anvertraut werden, wenn die versicherte Tätigkeit an dem Ort des gemeinsamen Haushalts ausgeübt wird,“

Damit wird das Unfallrisiko nicht nur von der Unternehmensstätte des Arbeitgebers zum Betreuungsort der Kinder geschützt (wofür bereits seit 1971 ein Versicherungsschutz besteht), sondern auch auf dem Weg von der Tätigkeit im Home-Office zur Betreuungsstätte der Kinder.

4. Fazit

Ob Jugendliche bereits Betriebsratswahlen aktiv mitgestalten können, ist eine intensiv zu diskutierende Fragestellung. In jedem Fall erscheint uns die Regelung zur datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsrats gem. § 79a BetrVG praxisfern und durchaus konfliktträchtig.

Bei allen Fragen rund um das BetrVG und dessen „Modernisierung“ stehen wir Ihnen gerne zur Unterstützung zur Verfügung.



Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Ersatz von Anwaltskosten möglich

Für die Ermittlung etwaiger Compliance-Verstöße oder anderer Pflichtverletzungen durch Arbeitnehmer beauftragen Arbeitgeber häufig Anwaltskanzleien. Es ist nicht ungewöhnlich, dass hierbei beachtliche Kosten entstehen, die der Arbeitgeber gerne vom pflichtwidrig handelnden Arbeitnehmer ersetzt haben möchte. Das BAG hat in seinem Urteil vom 29. April 2021 (Az. 8 AZR 276/20; bislang liegt nur die Pressemitteilung vor) entschieden, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich zur Ersetzung solcher Kosten verpflichtet sein kann. Das Gericht stellt jedoch hohe Anforderungen an die entsprechende Darlegung seitens des Arbeitgebers. Im Einzelnen:

In dem genannten Urteil hatte das BAG zu entscheiden, ob ein Arbeitnehmer die Kosten für interne Ermittlungen gegen ihn wegen Compliance-Verstößen ersetzen muss. Der Kläger war bei der Beklagten als Leiter des Zentralbereichs Einkauf und Mitglied einer Führungsebene zu einem Jahresbruttogehalt in Höhe von 450.000 € tätig. Nachdem bei der Beklagten mehrere anonyme Verdachtsmeldungen wegen eventueller Compliance-Verstöße des Klägers eingegangen waren, entschied die Beklagte, eine Untersuchung unter Einschaltung einer auf die Durchführung von Compliance-Ermittlungen spezialisierten Anwaltskanzlei durchzuführen. In ihrem Untersuchungsbericht kam die Kanzlei zu dem Ergebnis, dass der Kläger auf Kosten der Beklagten Personen ohne dienstliche Veranlassung zum Essen eingeladen sowie gegenüber der Beklagten Reisekosten für von ihm unternommene Fahrten zu Champions League Spielen des FC Bayern München abgerechnet hatte. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis gegenüber dem Kläger fristlos. Die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage des Klägers war erfolglos.

Die Beklagte machte mit ihrer Widerklage die ihr entstandenen Anwaltskosten zur Ermittlung der Compliance-Verstöße in Höhe von insgesamt ca. 210.000 € geltend. Das Arbeitsgericht Mannheim wies die Widerklage ab. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg änderte auf die Berufung der Beklagten hin das arbeitsgerichtliche Urteil teilweise ab und sprach der Beklagten einen Betrag in Höhe von 66.500 € zu. Dabei ging das LAG davon

aus, dass die Beklagte zumindest diejenigen Kosten ersetzt verlangen könne, die ihr durch die Tätigkeit der Anwaltskanzlei **bis zum Ausspruch der Kündigung** entstanden seien.

Im Rahmen der Revision hat das BAG nunmehr das Urteil des LAG aufgehoben und die Widerklage zurückgewiesen. Dabei geht das BAG davon aus, dass ein Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die durch das Tätigwerden einer spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten grundsätzlich ersetzt verlangen könne, wenn er die Anwaltskanzlei **anlässlich eines konkreten Verdachts einer erheblichen Verfehlung** des Arbeitnehmers mit Ermittlungen gegen diesen beauftragt hat und der Arbeitnehmer einer **schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt** wird. Soweit ein konkreter Verdacht einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers vorliege, gehörten auch die zur Abwendung drohender Nachteile notwendigen Aufwendungen des Geschädigten zu dem nach § 249 BGB zu ersetzenden Schaden. Diese Ersatzpflicht sei auf dasjenige begrenzt, was ein **vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch** nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der Störung oder zur Schadensverhütung nicht nur für zweckmäßig, sondern für erforderlich halten würde. Diesem Anspruch stünde auch § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG nicht entgegen, da dieser in einem solchen Fall keine Anwendung finde.

Dennoch hat das BAG im Ergebnis dem Kläger Recht gegeben, da es an einer substantiierten Darlegung, welche konkreten Tätigkeiten bzw. Ermittlungen wann und in welchem zeitlichem Umfang wegen welchen konkreten Verdachts gegen den Kläger von der beauftragten Anwaltskanzlei ausgeführt wurden, gefehlt habe.

Es ist begrüßenswert, dass das BAG eine Ersatzpflicht des Arbeitnehmers in solchen Fällen grundsätzlich bejaht. Gleichwohl stellt das BAG jedoch hohe Anforderungen an die entsprechende Darlegung im Prozess. Arbeitgeber sollten daher darauf achten, bereits in der Phase der Ermittlungen das Was, Wo, Wann, Weshalb und Wie der einzelnen Ermittlungsmaßnahmen möglichst detailliert zu dokumentieren.



Neues aus der Rechtsprechung

Kein Schadensersatz bei rechtswidriger Arbeitsniederlegung

Der Arbeitgeber ist darauf angewiesen, dass er seine Mitarbeiter verlässlich und auch längerfristig einplanen kann. Um seine Personalplanung abzusichern, vereinbaren viele Arbeitgeber mit ihren Mitarbeitern längere Kündigungsfristen, nach denen das Arbeitsverhältnis z.B. nur mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende gekündigt werden kann. Was aber passiert, wenn der Arbeitnehmer einfach früher geht und die Arbeit unberechtigt niederlegt? Mit dieser Frage befasste sich das Landesarbeitsgericht Köln in seinem Urteil vom 5. März 2021 (Az. 10 Sa 802/20).

Der Entscheidung des LAG lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Eine Arbeitnehmerin war als Kinder- und Jugendpsychotherapeutin für das MVZ des Arbeitgebers tätig. Vereinbart war eine beiderseitige Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Schluss des Kalendervierteljahres. Die Arbeitnehmerin wollte zum 01.07.2019 eine neue Tätigkeit antreten, erklärte aber erst im Mai 2019 die Eigenkündigung. Der Arbeitgeber verweigerte den Abschluss eines vorzeitigen Aufhebungsvertrages und bestand darauf, dass die Arbeitnehmerin die Kündigungsfrist einhält und noch bis zum 31.12.2019 arbeitet. Das tat die Arbeitnehmerin aber nicht. Sie stellte ihre Arbeit zum 01.07.2019 kurzerhand eigenmächtig ein und kam nicht mehr in den Betrieb.

Der Arbeitgeber verklagte die Arbeitnehmerin auf Schadensersatz. Hierzu legte der Arbeitgeber die von der Arbeitnehmerin erzielten Umsätze im ersten Halbjahr 2019 dar und argumentierte, dass sie in der zweiten Jahreshälfte 2019 ähnlich hohe Umsätze erzielt hätte, wenn die Arbeitnehmerin ihre Arbeit nicht niedergelegt hätte. Eine Vertretung der Arbeitnehmerin sei nicht möglich gewesen, da weder eigene Mitarbeiter noch externe Bewerber zur Verfügung standen. Der entgangene Umsatz sei deshalb ein Schaden, der durch die verfrühte Arbeitsniederlegung pflichtwidrig verursacht worden sei.

Das LAG wies die Klage ab. Zwar habe die Arbeitnehmerin durch die eigenmächtige Arbeitsniederlegung ihre Pflichten verletzt und sei prinzipiell zum Schadensersatz verpflichtet (§ 280 Abs. 1 BGB). Allerdings hatte das Gericht Zweifel daran, ob sich der Schaden so berechnen ließe, wie der Arbeitgeber meint. In jedem Fall hätte der Arbeitgeber den Schadenseintritt verhindern müssen, indem er eine Ersatzkraft, z.B. als freiberufliche Honorarkraft organisiert. Dass dies nicht möglich gewesen wäre, glaubte das Gericht dem Arbeitgeber nicht. Ein etwaiger Schaden sei der Arbeitnehmerin daher nicht zuzurechnen.

Im Ergebnis hatte also die Vertragsverletzung keinerlei Konsequenzen für die Arbeitnehmerin, obwohl sie eindeutig feststand und sogar gerichtlich festgestellt wurde.

Dieser Ausgang des Verfahrens ist kein Zufall. Wenn Arbeitnehmer eigenmächtig ihre Arbeit niederlegen, handelt es sich zwar um eine schwere Pflichtverletzung. Schadensersatzansprüche kommen aber so gut wie nie in Betracht, da der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass dieses Verhalten zu einem Schaden geführt hat.

Was aber kann der Arbeitgeber tun, um vertragsuntreue Arbeitnehmer abzuschrecken, die die arbeitsvertragliche Kündigungsfrist missachten? Der Arbeitgeber hat zwei Möglichkeiten:

- Der Arbeitgeber kann für den Fall, dass der Arbeitnehmer die Arbeit unberechtigt niederlegt, eine Vertragsstrafe im Arbeitsvertrag vereinbaren. Das BAG lässt die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatsgehalts zu. Bei der Formulierung der Vertragsstrafenklausel muss

allerdings mit besonderer Sorgfalt vorgegangen werden, da sie dem AGB-Recht unterliegt.

- Wechselt der Arbeitnehmer vor Ablauf der Kündigungsfrist auf eine Tätigkeit, bei der er Wettbewerb zum Nachteil seines eigenen Arbeitgebers ausübt, liegt ein Verstoß gegen § 60 HGB vor. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer die Tätigkeit im Wege einer einstweiligen Verfügung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist untersagen; ob dies dem Arbeitgeber den Aufwand wert ist, wäre abzuwägen.
- Völlig ausgeschlossen ist es, den Arbeitnehmer im Wege der Zwangsvollstreckung zur Arbeit zu zwingen. Durch Gerichtsvollzieher verordnete Zwangsarbeit sieht die deutsche Rechtsordnung schlechthin nicht vor (§ 888 Abs. 3 ZPO).



Neues aus der Rechtsprechung

Vorsicht Falle: Urlaubskürzung bei Elternzeit setzt

Erklärung des Arbeitgebers voraus

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Diese Kürzung ist gerecht, da der Arbeitnehmer während der Elternzeit keine Arbeitsleistungen für den Arbeitgeber erbringt, mit denen er sich Urlaubsansprüche gegen den Arbeitgeber „erdienen“ würde. Was aber, wenn sich der Arbeitgeber erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf dieses Kürzungsrecht beruft? Über diesen Fall hatte nun das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz in seinem Urteil vom 17. Februar 2021 zu entscheiden. Und – so viel sei vorweggenommen – der Inhalt der Entscheidung widerstrebt dem Gerechtigkeitsempfinden.

Dem Verfahren lag folgender Fall zugrunde: Eine Arbeitnehmerin hatte nach Geburt ihres Kindes drei Jahre Elternzeit mit ihrem Arbeitgeber abgestimmt und arbeitete während dieser Elternzeit nicht. Im letzten Jahr der Elternzeit erklärte die Klägerin die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses und beendete dieses, bevor die Elternzeit ablief.

Bereits als die Arbeitnehmerin noch schwanger war, ihre Elternzeit aber noch nicht beantragt hatte, hatte der Geschäftsführer ihr mündlich angekündigt, dass Urlaub für Zeiten der Elternzeit gekürzt werde. Der Arbeitgeber wies die Arbeitnehmerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein weiteres Mal schriftlich darauf hin, dass ihr Urlaub gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG gekürzt sei. Dieses Schreiben ging der Arbeitnehmerin allerdings erst zu, als das Arbeitsverhältnis bereits beendet war.

Die Kürzung erkannte die Arbeitnehmerin deshalb nicht an. Sie war der Auffassung, dass ihr für die gesamten drei Jahre der Elternzeit noch Urlaub zustehe und der Arbeitgeber insgesamt 72 Urlaubstage abgelden müsse, die in dieser Zeit aufgelaufen seien.

Diese Sicht mag man für dreist halten. Und trotzdem: Das LAG Rheinland-Pfalz gab der Arbeitnehmerin Recht!

Warum? Das Kürzungsrecht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG müsse – so das LAG Rheinland-Pfalz – durch den Arbeitgeber durch rechtsgeschäftliche Erklärung ausgeübt werden und verwirkliche

sich nicht automatisch. Die erforderliche rechtsgeschäftliche Erklärung könne der Arbeitgeber zwar vor, während und nach dem Ende der Elternzeit ausüben, nicht jedoch vor der Erklärung des Arbeitnehmers, Elternzeit in Anspruch zu nehmen, und nicht mehr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die mündlichen Erklärungen des Geschäftsführers erfolgten deshalb zu früh, nämlich vor dem Elternzeitantrag. Das spätere Schreiben ging der Arbeitnehmerin zu spät zu, nämlich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Da der Urlaub während der Elternzeit auch nicht gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfiel, konnte die Arbeitnehmerin die volle Abgeltung sämtlicher während der Elternzeit aufgelaufener Urlaubsansprüche verlangen. Sie erhielt Urlaubsabgeltung für 72 Urlaubstage.

Der Anspruch bestand somit nur, weil der Arbeitgeber die rechtzeitige Abgabe einer Kürzungserklärung vergessen hatte, also wegen einer Förmlichkeit. Diesen Fehler machen wahrscheinlich viele Unternehmen. Die meisten Unternehmen haben Glück, dass ihren Mitarbeitern das Wissen fehlt, um sich auf diesen Fehler zu berufen. Dies kann sich aber schnell ändern, wenn sich die Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz erst einmal rumspricht.

Damit die rechtzeitige Erklärung nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG künftig nicht vergessen wird, sollten Arbeitgeber feste Prozesse aufsetzen. Wir empfehlen, im Unternehmen ein einheitliches Musterformular zu verwenden, um Elternzeitanträgen der Arbeitnehmer stattzugeben. In diesem Musterformular kann der Arbeitgeber auch sein Kürzungsrecht ausüben, z.B. indem er am Schluss des Schreibens den folgenden Satz aufnimmt:

„Bitte beachten Sie, dass für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit Ihr Urlaubsanspruch für das betroffene Kalenderjahr um ein Zwölftel gemäß § 17 Abs. 1 BUrlG gekürzt wird. Ausgenommen sind hiervon nur Elternzeitmonate, in denen Sie Teilzeitarbeit leisten.“



Loschelder Praxistipp

Sachgrundlose Befristung: Das sind die Fallstricke

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen ist nach § 14 Abs. 2 TzBfG auch ohne Sachgrund zulässig. Eigentlich kann sich der Arbeitgeber darauf verlassen, dass eine vereinbarte sachgrundlose Befristung vor Gericht „hält“. Eigentlich! Im Alltagsstress werden beim Abschluss befristeter Arbeitsverträge leider immer wieder formale Fehler gemacht. Klagen Arbeitnehmer auf Entfristung, kann der Arbeitgeber vor Gericht eine böse Überraschung erleben. Wir geben einen Überblick über drohende Fallstricke, auf die Arbeitgeber ein besonderes Augenmerk haben sollten – hierzu gehört auch, dass eine Gesetzesänderung im Befristungsrecht unmittelbar bevorsteht.

Das Mittel der sachgrundlosen Befristung soll Arbeitgebern die Möglichkeit geben, sich innerhalb der ersten zwei Jahre der Anstellung risikolos vom Arbeitsvertrag zu lösen. Risikolos ist die sachgrundlose Befristung allerdings nur dann, wenn der Arbeitgeber bei Abschluss der Verträge alles richtig macht. Dies gilt auch bei den Formalismen.

Folgende förmlichen Fehler kommen erfahrungsgemäß immer wieder vor und führen zur Unwirksamkeit einer vereinbarten Befristung:

- Eine sachgrundlose Befristung ist unzulässig, wenn bereits in der Vergangenheit zwischen dem Arbeitgeberunternehmen und dem Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis bestanden hatte (sog. Vorbeschäftigungsverbot, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Dies gilt schon dann, wenn der Arbeitnehmer in der Vergangenheit eine bloß geringfügige Beschäftigung oder ein Praktikum als Arbeitsverhältnis absolviert hatte. Nach neuerer Rechtsprechung greift das Vorbeschäftigungsverbot auch in Fällen, in denen das alte Arbeitsverhältnis lange zurückliegt und seit vielen Jahren beendet wurde (z.B. schon seit acht Jahren, BAG, Urteil vom 23.01.2019, Az. 7 AZR 733/16). Ausbildungsverhältnisse, eine Tätigkeit als Leiharbeitnehmer oder freier Mitarbeiter sowie Tätigkeiten für andere Konzernunternehmen stehen einer sachgrundlosen Befristung demgegenüber nicht entgegen.
- Die Befristung muss unbedingt in Schriftform vereinbart werden (§ 14 Abs. 4 TzBfG). Dies setzt eine Originalunterschrift von Seiten des Arbeitgebers sowie des Arbeitnehmers auf demselben Vertragsdokument voraus. Nicht erforderlich ist, dass für den Arbeitgeber dessen Geschäftsführer oder Vorstand persönlich unterschreibt. Unterschreiben können auch bevollmächtigte Vertreter des Arbeitgebers, z.B. Personalreferenten oder zur Einstellung befugte Bereichsleiter.

Zu beachten ist, dass auch der Arbeitnehmer ein im Original unterschriebenes Exemplar des Anstellungsvertrages erhalten muss (BAG, Urteil vom 14.12.2016, Az. 7 AZR 756/14). Dies mag sich auf den ersten Blick von selbst verstehen. Aber Vorsicht: In einem Gerichtsverfahren – das oft erst zwei Jahre später geführt wird – muss der Arbeitgeber ggf. beweisen können, dass der Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrages ein eigenes unterschriebenes Vertragsexemplar erhalten hatte. Dies kann der Arbeitgeber in aller Regel nur beweisen, wenn ihm ein unterschriebenes Empfangsbekanntnis des Arbeitnehmers vorliegt. Dieses Empfangsbekanntnis muss als eigenständige Erklärung gesondert unterzeichnet werden (§ 309 Nr. 12 BGB).

Wir empfehlen deshalb allen Arbeitgebern, die mit befristeten Verträgen arbeiten, eigenständig zu unterzeichnende Empfangsbekanntnisse am Ende ihrer Arbeitsvertragsmuster

anzufügen und deren Mitunterzeichnung konsequent einzufordern.

- Der befristete Vertrag muss bereits unterschrieben sein, bevor der Arbeitnehmer seine Tätigkeit für den Arbeitgeber aufnimmt. „Komm erst mal her, das mit den Verträgen, regeln wir dann zeitnah“ geht also nicht. Warum? Wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit beim Arbeitgeber aufnimmt, ohne dass ein schriftlicher Arbeitsvertrag unterzeichnet wurde, gehen die Gerichte in aller Regel davon aus, dass ein mündlich oder stillschweigend geschlossener Arbeitsvertrag zugrunde liegt. Dieser mündlich oder stillschweigend geschlossene Arbeitsvertrag ist immer unbefristet, schon, weil das Schriftformerfordernis nach § 14 Abs. 4 TzBfG nicht erfüllt wurde. Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien dann nachträglich und schriftlich einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag, verstößt die Befristung gegen das Vorbeschäftigungsverbot (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG) und ist unwirksam.
- Arbeitet der Arbeitnehmer nach Ablauf der Befristung weiter für den Arbeitgeber, kommt automatisch ein unbefristeter Arbeitsvertrag zustande (§ 14 Abs. 5 TzBfG). Ein Arbeitgeber, der mit Befristungen arbeitet, sollte sich deshalb unbedingt Wiedervorlagetermine notieren und rechtzeitig entscheiden, ob der Vertrag verlängert werden oder auslaufen soll.
- Eine sachgrundlose Befristung kann höchstens drei Mal verlängert werden. Maximal zwei Jahre lang darf das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer auf diese Weise sachgrundlos befristet sein. Maßgeblich ist dabei der Beginn der Arbeitstätigkeit, nicht der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages.

Achtung: Bei dieser Zwei-Jahres-Frist kann es auf jeden Tag ankommen, sonst ist die Befristung womöglich unwirksam! Startet das Arbeitsverhältnis am 15.01.2021, darf es allerspätestens bis zum 14.01.2023 befristet werden – nicht einen Tag länger (so das LAG Düsseldorf, Urteil vom 09.04.2019, Az. 3 Sa 1126/18)!

- Öffentliche Arbeitgeber, bei denen ein Personalrat besteht, sollten besonders auf der Hut sein: Nach dem

Personalvertretungsrecht in vielen Bundesländern hat der Personalrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Befristung von Arbeitsverträgen. Dies gilt z.B. nach § 72 Abs. 1 Nr. 1 des Landespersonalvertretungsgesetzes NRW. Wird der Personalrat in diesen Bundesländern vor Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages nicht ordnungsgemäß beteiligt, führt dies i.d.R. zur Unwirksamkeit der Befristung (vgl. z.B. BAG, Urteil vom 21.08.2019, Az. 7 AZR 563/17).

- Der Arbeitgeber darf auch befristete Arbeitsverträge von Betriebsratsmitgliedern auslaufen lassen. Allein aus dem Betriebsratsmandat ergibt sich kein Anspruch auf den Abschluss von Anschlussverträgen. Allerdings darf das Motiv eines Arbeitgebers nicht darin liegen, dass er mit der Betriebsratsarbeit des Betriebsratsmitgliedes unzufrieden ist. In diesem Fall wäre nämlich die Verweigerung eines Anschlussvertrages eine unzulässige Behinderung der Betriebsratsarbeit (§ 78 BetrVG). Wann immer der Arbeitgeber den befristeten Arbeitsvertrag eines Betriebsratsmitglieds auslaufen lässt, muss er – sollte es zum Gerichtsverfahren kommen – plausible andere Gründe nennen können, die zu seiner Entscheidung geführt haben (BAG, Urteil vom 25.06.2014, Az. 7 AZR 847/12).
- Der Gesetzgeber plant, das Recht der sachgrundlosen Befristung noch in dieser Legislaturperiode zu reformieren. Ein Referentenentwurf liegt bereits vor. Künftig soll die sachgrundlose Befristung nur noch für die Dauer von 18 Monaten zulässig sein. Innerhalb dieser Frist soll lediglich die einmalige Verlängerung erlaubt werden. Betriebe mit in der Regel mehr als 75 Beschäftigten sollen in Zukunft maximal 2,5 Prozent ihrer Arbeitnehmer sachgrundlos befristet beschäftigen dürfen. Zukünftig muss im Arbeitsvertrag der Grund der Befristung angegeben werden. Eine ausführliche Darstellung aller geplanten Neuerungen enthält unser [Newsletter Mai 2021](#).

Arbeitgeber, die mit befristeten Arbeitsverträgen arbeiten, müssen die Rechtsentwicklung deshalb genau im Blick behalten, da sich in Kürze einiges ändern kann. Für die geplante Neuregelung ist vorgesehen, dass diese zum 01.01.2022 in Kraft tritt.

Selbst wenn der Arbeitgeber bei befristeten Arbeitsverträgen formale Fehler gemacht hat, schützt ihn häufig das Prinzip „Wo kein Kläger, da kein Richter“. Erhebt der Arbeitnehmer nicht innerhalb von drei Wochen nach Ablauf der Befristung eine arbeitsgerichtliche Entfristungsklage, wird auch eine fehlerhafte Befristung wirksam und etwaige Fehler sind geheilt (§ 17 TzBfG). Hier hilft es, wenn Arbeitgeber ihren Mitarbeitern rechtzeitig kommunizieren, dass eine Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages nicht geplant ist. Dann können sich die Mitarbeiter rechtzeitig etwas Neues suchen und müssen nicht aus Verzweiflung den Rechtsweg beschreiten.



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 Singraven
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel
+49 (0) 221 650 65-129
malte.goebel@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