

NEWSLETTER ARBEITSRECHT

1/2009

Inhaltsverzeichnis

Kurzarbeit als Reaktion auf plötzliche Auftragsrückgänge.....	1
Sozialversicherungspflicht trotz einvernehmlicher und unwiderruflicher Freistellung.....	4
Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung per E-Mail.....	4
Zeugnisberichtigungsanspruch bei Auslassung üblicher Formulierungen.....	5
Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes bei ausländischen Unternehmen.....	6
Betriebsbedingte Kündigung wegen der Ersetzung von Arbeitnehmern durch freie Mitarbeiter.....	6

Kurzarbeit als Reaktion auf plötzliche Auftragsrückgänge

Sie ist derzeit in aller Munde: die Kurzarbeit. Die Finanzkrise im Bankensektor hat mittlerweile die Realwirtschaft erreicht. Vor allem die vom Export abhängige Automobil- und Maschinenbauindustrie leidet unter einem noch nie da gewesenen Rückgang der weltweiten Nachfrage ihrer Produkte. Der in vielen Unternehmen plötzlich eingetretene Umsatzeinbruch zwingt zu erheblichen Sparmaßnahmen. Personalkosten lassen sich häufig zunächst durch den Abbau von Leiharbeitnehmern und durch die Nichtverlängerung befristeter Arbeitsverträge mindern. Des Weiteren bietet sich auch ein Abbau von Arbeitszeitguthaben an. Sobald diese Maßnahmen ausgeschöpft sind, müssen viele Unternehmen aber auch über weitere arbeitsrechtliche Schritte nachdenken. Um den Verlust qualifizierter Mitarbeiter aus der Stammbesetzung zu vermeiden, bietet sich vor der Aussprache betriebsbedingter Kündigungen die Einführung von Kurzarbeit an. Grund genug also, die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Bedingungen hierfür in diesem Beitrag einmal näher darzustellen.

1. Einführung in die Thematik

Unter Kurzarbeit wird im Allgemeinen die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit bei entsprechender Verminderung des Arbeitsentgeltes der Mitarbeiter verstanden. Dies kann im Rahmen einer vorübergehenden anteiligen Reduzierung der Arbeitszeit erfolgen, es kann aber auch zeitweise eine vollständige Einstellung der Arbeit vorgenommen werden, die so genannte „Kurzarbeit Null“. Die Kurzarbeit muss sich nicht auf den gesamten Betrieb erstrecken, sondern sie kann sich auch nur auf bestimmte, organisatorisch abtrennbare Teile eines Betriebes beziehen.

Sinn und Zweck ist eine finanzielle Entlastung der Unternehmen durch eine vorübergehende Senkung der Personalkosten, um Arbeitsplätze zu erhalten. Da die Mitarbeiter im Wege der Reduzierung ihrer Arbeitszeit gleichzeitig erhebliche Lohneinbußen erleiden, wird die Kurzarbeit von Seiten des Staates durch die Gewährung von Kurzarbeitergeld begleitet.

2. Arbeitsrechtliche Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber nach § 615 BGB das Risiko des Arbeitsausfalles, also das Risiko, dass er trotz fehlender Möglichkeit zur tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers die geschuldete Vergütung vollumfänglich weiter zu zahlen hat. Der Arbeitnehmer muss seine Arbeitskraft hier nur persönlich angeboten haben. Die Kurzarbeit stellt daher eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar. Da sie in die voneinander abhängigen Hauptleistungspflichten des bestehenden Arbeitsverhältnisses eingreift und weil ein Arbeitnehmer einen Anspruch

auf Beschäftigung hat, kann der Arbeitgeber die Kurzarbeit nicht einseitig im Wege des ihm zustehenden Direktionsrechts anordnen, sondern es bedarf hierfür einer konkreten rechtlichen Grundlage.

a) Tarifverträge

Zahlreiche Tarifverträge enthalten dezidierte Regelungen zur Einführung von Kurzarbeit. Hier gilt es für die Unternehmen sorgfältig zu prüfen, ob ein solcher Tarifvertrag auf den Betrieb und die dortigen Arbeitsverhältnisse Anwendung findet und welche Voraussetzungen im Einzelnen genannt werden. Häufig sehen diese Tarifverträge bestimmte Ankündigungsfristen vor. Die Voraussetzungen gilt es unbedingt zu beachten, da sich anderenfalls die Einführung der Kurzarbeit als rechtswidrig darstellen könnte, mit der Folge, dass der Arbeitgeber trotz verminderter Arbeitsleistung zur Zahlung der vollen Vergütung verpflichtet sein kann.

b) Betriebsvereinbarungen

Des Weiteren kann eine Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat die Rechtsgrundlage für die Einführung von Kurzarbeit bieten. Zu beachten ist hierbei, dass es sich nicht um eine formlose Regelungsabrede, sondern um eine formgerechte Vereinbarung handelt, da nur eine solche über den § 77 Abs. 4 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz) unmittelbar und zwingend auf die Arbeitsverhältnisse einwirkt, d. h. normative Wirkung entfaltet. Außerdem empfiehlt es sich, in einer Betriebsvereinbarung nicht nur die Einführung der Kurzarbeit als solche zu regeln, sondern alle weiteren wesentlichen Details wie z. B. den Beginn und das Ende der Kurzarbeit, die betroffenen Abteilungen bzw. den betroffenen Personenkreis, die Verteilung der Arbeitszeit etc. ebenso zu regeln. Denn zahlreiche Arbeitsgerichte sehen den Bestimmtheitsgrundsatz verletzt, sofern in einer Betriebsvereinbarung diese weiteren Festlegungen fehlen, so dass die Gefahr besteht, dass sich die Anordnung von Kurzarbeit trotz Betriebsvereinbarung als rechtswidrig ergeben könnte.

c) Individuelle Vereinbarungen

Die Einführung von Kurzarbeit kann außerdem in den Arbeitsverträgen mit den Mitarbeitern geregelt sein. Falls nicht, kann eine Kurzarbeit nur mit einer nachträglichen, gesonderten Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer eingeführt werden. Eine Zustimmung kann von Seiten der Arbeitnehmer auch stillschweigend (konkludent) erfolgen, indem diese nach einer entsprechenden Weisung des Arbeitgebers tatsächlich und widerspruchsfrei Kurzarbeit leisten. Besser ist hier aber eine schriftlich dokumentierte Vereinbarung, um eine solche Zustimmung rechtssicher nachweisen zu können.

d) Änderungskündigungen

Sofern die Mitarbeiter sich weigern, ist eine Änderungskündigung mit dem Ziel der Reduzierung der Arbeitszeit theoretisch zwar möglich. In der Praxis stehen die sehr hohen Anforderungen des Kündi-

gungsschutzgesetzes einem solchen Vorhaben jedoch weitgehend entgegen und da auch die unterschiedlichen Kündigungsfristen der Mitarbeiter zu beachten sind (die gerade bei langjährigen Mitarbeitern oft erheblich sind), wird hierüber eine einheitliche Einführung von Kurzarbeit tatsächlich kaum möglich sein. Außerdem besteht die Gefahr, dass ein Mitarbeiter das Änderungsangebot ablehnt, wodurch das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist sein Ende findet, obwohl dem Arbeitgeber bei einem bestimmten Mitarbeiter unter Umständen hieran überhaupt nicht gelegen ist.

e) Mitwirkung des Betriebsrates

Bei der Einführung von Kurzarbeit ist in Unternehmen mit einem Betriebsrat immer zu beachten, dass dessen Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gewahrt sind. Dabei erstreckt sich das Recht zur Mitbestimmung auf alle mit der Kurzarbeit zusammenhängenden Einzelfragen, insbesondere ob, in welchem Umfang und für welche Arbeitnehmer die Kurzarbeit eingeführt werden soll. Dieses Recht entfällt nur, wenn alle mitbestimmungspflichtigen Fragen in einem Tarifvertrag abschließend geregelt sind oder wenn es um die Rückkehr zur normalen Arbeitszeit geht. Die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrates ist deshalb von erheblicher Wichtigkeit, weil ohne sie die Verkürzung der Arbeitszeit rechtswidrig sein kann, mit der Folge, dass das Unternehmen weiterhin den vollen Lohn trotz verringerter Arbeit zu zahlen hat.

f) Arbeitsrechtliche Folgen der Kurzarbeit

Mit der Einführung von Kurzarbeit wird ein Arbeitsverhältnis natürlich nicht beendet, es werden lediglich die beiderseitigen Hauptleistungspflichten für einen vorübergehenden Zeitraum suspendiert. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer ganz oder teilweise von seiner Verpflichtung zur Leistung befreit wird, im Gegenzug jedoch den Vergütungsanspruch entsprechend der Reduzierung der Arbeitsleistung verliert. Demgegenüber bleiben die sonstigen arbeitsrechtlichen Pflichten und Ansprüche wie Urlaub etc. von der Kurzarbeit weitgehend unberührt.

Die Einführung von Kurzarbeit bewirkt auch keinen besonderen Kündigungsschutz für die betroffenen Mitarbeiter. Während der Kurzarbeitsperiode können daher Kündigungen aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen durchaus ausgesprochen werden. Allerdings ist es zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung dann erforderlich, dass der Arbeitgeber darlegen kann, dass die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer nun auf Dauer entfallen ist. Denn die Einführung von Kurzarbeit spricht zunächst einmal dafür, dass der Arbeitgeber von einem vorübergehenden und gerade nicht von einem dauerhaften Arbeitsmangel ausgegangen ist.

3. Sozialrechtliche Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld

Zur Kompensation des Vergütungsausfalles für die Arbeitnehmer infolge von Kurzarbeit gewährt der Staat über die Bundesagentur für Arbeit das so genannte Kurzarbeitergeld. Durch den Eingriff in das Gehaltsgefüge und aufgrund der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber nach § 173 SGB III (Sozialgesetzbuch III) verpflichtet, die Kurzarbeit bei der zuständigen Arbeitsagentur schriftlich unter Beifügung einer Stellungnahme des Betriebsrates (sofern vorhanden) anzuzeigen. Mit dieser Anzeige hat der Arbeitgeber auch das Vorliegen eines erheblichen Arbeitsausfalles und die Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld glaubhaft zu machen. Alternativ kann diese Anzeige nur von dem Betriebsrat vorgenommen werden. Die Arbeitnehmer können die Kurzarbeit dagegen weder anzeigen, noch können sie das Kurzarbeitergeld selbstständig beantragen. Daher kann sich der Arbeitgeber auch schadensersatzpflichtig machen, wenn er diese Anzeige- und Antragspflichten verletzt.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld sind in der zentralen Norm § 169 SGB III geregelt. Vorbehaltlich dessen, dass arbeitsrechtlich die Anordnung zur Kurzarbeit rechtswirksam erfolgte, besteht ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn

- ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt,
- die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind,
- die persönlichen Voraussetzungen vorliegen und
- der Arbeitsausfall angezeigt worden ist.

Diese hier aufgeführten Merkmale werden in den weiteren Regelungen der §§ 170 bis 173 SGB III gesetzlich wie folgt definiert:

a) Erheblicher Arbeitsausfall, § 170 SGB III

Ein Arbeitsausfall ist nach § 170 SGB III nur dann erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, wenn er nur vorübergehend und nicht vermeidbar ist, und wenn der Arbeitsausfall einen bestimmten Mindestumfang eingenommen hat.

Als wirtschaftliche Ursache werden vom Gesetz solche Veränderungen der betrieblichen Strukturen anerkannt, die durch allgemeine wirtschaftliche Entwicklungen bedingt sind, also Auftragsmängel und Absatzschwierigkeiten infolge klassischer Konjunkturschwankungen. Nicht erfasst werden z. B. wirtschaftliche Schwierigkeiten, die darauf beruhen, dass ein Produkt lediglich aus der Mode kommt.

Demgegenüber sind als unabwendbare Ereignisse solche Ereignisse zu verstehen, die auch bei der Beachtung einer äußersten, gebotenen Sorgfalt zu einem erheblichen Arbeitsausfall in dem betroffenen Betrieb geführt hätten. Das Gesetz nennt hier unüb-

liche Witterungsverläufe und für den Arbeitgeber nicht zu vertretene behördliche Maßnahmen als Beispiele für derartige Arbeitsausfälle.

Ferner muss aus den Gesamtumständen ersichtlich sein, dass in einem absehbaren Zeitraum mit dem Übergang zur Vollarbeit zu rechnen ist. In Anbetracht der Tatsache, dass die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld von Seiten der Bundesregierung ab dem 01.01.2009 auf bis zu 18 Monate verlängert worden ist, wird dementsprechend ein solcher Zeitraum noch als vorübergehend anzusehen sein.

Zudem ist ein Arbeitsausfall nur dann erheblich, wenn er unvermeidbar ist, was wiederum nur dann gegeben ist, wenn in einem Betrieb alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen worden sind, um den Eintritt des Arbeitsausfalles zu verhindern. Gemeint sind damit alle geeigneten und wirtschaftlich zumutbaren Maßnahmen wie eine Produktion auf Lager, vorrangige Aufräum- und Reparaturarbeiten etc. Als vermeidbar gelten auch Arbeitsausfälle, die saisonbedingt, brachenüblich oder betriebsüblich sind (wie z. B. in der Forst- oder Landwirtschaft oder in der Saisonartikelindustrie).

Schließlich war für einen erheblichen Arbeitsausfall bislang erforderlich, dass mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer jeweils mehr als 10 % des monatlichen Bruttoentgeltes verlieren. Diese Voraussetzung ist im Zusammenhang mit dem Konjunkturpaket II von Seiten der Bundesregierung für eine Übergangszeit bis zum 31.10.2010 allerdings abgemildert worden. Bis dahin reicht es aus, wenn mindestens ein Mitarbeiter infolge des Auftragsrückgangs 10 % weniger arbeitet und verdient.

b) Betriebliche Voraussetzungen, § 171 SGB III

Die Gewährung der Leistung nach § 171 SGB III setzt auf Seiten des Unternehmens ferner voraus, dass mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt wird. Die Leistung ist also unabhängig von der Größe und von der Rechtsform des Unternehmens, eine besondere erwerbs- oder produktionswirtschaftliche Ausrichtung ist ebenfalls nicht erforderlich.

c) Persönliche Voraussetzungen, § 172 SGB III

Um ferner auch die persönlichen Voraussetzungen entsprechend dem § 172 SGB III zu erfüllen, muss der Arbeitnehmer nach dem Beginn des Arbeitsausfalles eine versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzen. Darüber hinaus darf das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt oder durch einen Vertrag zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses beendet worden sein. Vom Kurzarbeitergeld ausgeschlossen sind außerdem Arbeitnehmer, die an einer beruflichen Weiterbildungsmaßnahme teilnehmen, Krankengeld beziehen oder bei etwaigen Vermittlungshandlungen der Arbeitsagentur nicht mitwirken.

d) Anzeige des Arbeitsausfalles, § 173 SGB III

Obwohl der Arbeitnehmer der Inhaber des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld ist, wird die Realisierung dieses Anspruchs dem Arbeitgeber überlassen. Dies gilt – wie bereits geschildert – für die vollständige und ordnungsgemäße Anzeige des Arbeitsausfalles, welche insoweit von besonderer Bedeutung ist, als dass das Kurzarbeitergeld erst ab dem Kalendermonat geleistet wird, in dem die Anzeige erstattet wurde, vgl. § 173 Abs. 2 S. 1 SGB III. In einem zweiten Schritt hat der Arbeitgeber einen weiteren schriftlichen Antrag auf Auszahlung des Kurzarbeitergeldes bei der zuständigen Arbeitsagentur zu stellen, vgl. § 323 Abs. 2 SGB III. Hierbei hat der Arbeitgeber dringend darauf zu achten, dass die Ausschlussfrist von 3 Monaten eingehalten wird. Diese Frist beginnt mit dem Ablauf desjenigen Kalendermonats zu laufen, in dem die Tage der Kurzarbeit liegen.

e) Leistungsumfang

Die Dauer und die Höhe des Kurzarbeitergeldes sind in den §§ 177 ff. SGB III geregelt. Nach § 177 Abs. 1 S. 3 SGB III beträgt die maximale Bezugsdauer sechs Monate. Allerdings kann die Bezugsfrist nach § 182 SGB III durch eine Verordnung verlängert werden und ist kürzlich durch die Verordnung über die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld vom 26.11.2008 (BGBl. I S. 2332) beginnend mit dem 01.01.2009 auf 18 Monate erweitert worden. Diese Verlängerung der Bezugszeit gilt aber nur für diejenigen Arbeitnehmer, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.12.2009 entsteht.

Die Höhe des Kurzarbeitergeldes wird mit den §§ 178 und 179 SGB III bestimmt und richtet sich nach der Höhe des Arbeitslosengeldes. Für Arbeitnehmer mit mindestens einem Kind beträgt die Leistung 67 % der Nettoentgeltdifferenz, für alle übrigen Arbeitnehmer 60 % der Nettoentgeltdifferenz. Die Nettoentgeltdifferenz ist nach § 179 SGB III der Unterschiedsbetrag aus dem „Sollentgelt“ und dem „Istentgelt“. Das „Sollentgelt“ stellt dabei das Bruttoarbeitsentgelt dar, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall, d. h. ohne eine Minderung seiner Bezüge erhalten hätte. Das „Istentgelt“ ist dagegen das Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer in dem Anspruchszeitraum tatsächlich erhalten hat.

Die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Kranken, Renten- und Pflegeversicherung bleibt dagegen während des Kurzarbeitszeitraumes in vollem Umfang bestehen. Die entsprechenden Beiträge werden also weiterhin von Seiten des Arbeitgebers getragen.

4. Fazit

Die Kurzarbeit kann in wirtschaftlich schwierigen Zeiten durchaus zu einer Situation führen, in der sowohl die Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer gleichermaßen profitieren: Arbeitgeber erhalten die Möglichkeit zu einer kurzfristigen Reduzierung ihrer

Personalkosten, Arbeitnehmer können zu einer Sicherung ihrer Arbeitsplätze beitragen und müssen nicht gänzlich auf ihre monatlichen Bezüge verzichten. Die Einführung von Kurzarbeit kann daher eine sinnvolle Alternative zu einem Abbau qualifizierter Stammbeslegschaft darstellen, um heftige Konjunkturschwankungen zumindest für eine Übergangszeit überbrücken zu können.

Sozialversicherungspflicht trotz einvernehmlicher unwiderruflicher Freistellung

In der jüngeren Vergangenheit sorgten einige Hinweise der Sozialversicherungsträger für erhebliche Rechtsunsicherheiten betreffend der häufigen Freistellungen von Arbeitnehmern im Zuge einer Kündigung oder Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses. Hintergrund dieser Rechtsunsicherheit war ein Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Krankenkassen, des Verbandes der Deutschen Rentenversicherung und der Bundesagentur für Arbeit vom 05. und 06.07.2005, wonach im Falle einer **einvernehmlichen und unwiderruflichen** Freistellung von der Arbeitspflicht das Arbeitsverhältnis mit dem Ablauf des letzten tatsächlichen Arbeitstags enden sollte.

Diese auf den ersten Blick simple Aussage hatte eine erhebliche sozialversicherungsrechtliche Folge: die sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht endete in diesem Falle mit dem letzten tatsächlichen Arbeitstag (und nicht mit dem rechtlichen Ende des Arbeitsvertrages). Für den Arbeitgeber bedeutete dies konkret, dass er im Falle einer solchen einvernehmlichen und unwiderruflichen Freistellung von der Arbeitspflicht schon ab dem letzten tatsächlichen Arbeitstag keine Sozialversicherungsbeiträge an die Krankenkasse abführen durfte und auch das Ende der versicherungspflichtigen Beschäftigung anzeigen musste. Für den Arbeitnehmer hatte dies die noch viel schwerwiegendere Folge, dass er nach dem letzten tatsächlichen Arbeitstag nicht mehr Pflichtmitglied der Sozialversicherung war und dass während der Dauer der Freistellung keine Beiträge in die gesetzliche Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung flossen. Der Arbeitnehmer stand mithin während der Freistellungsphase ohne Versicherungsschutz dar, sofern er sich nicht selbst freiwillig versicherte. Insbesondere das Fehlen des Krankenversicherungsschutzes konnte sehr schwerwiegende Folgen mit sich bringen.

In der Praxis wurde dieses Problem dadurch umgangen, dass Freistellungen seitdem entweder nur noch einseitig von Seiten des Arbeitgebers angeordnet wurden oder man vereinbarte lediglich eine widerrufliche Freistellung (und nahm die damit verbundenen Nachteile in Bezug auf die Anrechnung der Urlaubsansprüche in Kauf).

Doch nun kann infolge eines Urteils des Bundessozialgerichts vom 24.09.2008 in Bezug auf die vorstehende Problematik wohl eine Entwarnung ausgesprochen werden. In diesem Urteil hatte das

BSG über den Fall eines Mitarbeiters einer Krankenkasse zu entscheiden, der seit dem Jahre 1980 bei ihr beschäftigt und gleichzeitig auch krankenversichert war. Das Arbeitsverhältnis wurde von Seiten der Krankenkasse gekündigt. In dem darauf folgenden Kündigungsschutzprozess einigte man sich am 08.09.2004 auf einen Vergleich, wonach das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2005 einvernehmlich beendet werden sollte und der Mitarbeiter für die Dauer von rund 10 Monaten unter Fortzahlung der Vergütung unwiderruflich freigestellt wurde. Die Krankenkasse stellte daraufhin als zuständige Einzugstelle für die Sozialversicherungsbeiträge durch einen entsprechenden Bescheid fest, dass die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zum 10.09.2004 geendet habe. Der Mitarbeiter erhob hiergegen Widerspruch, der jedoch von der Krankenkasse zurückgewiesen wurde. Die hiergegen gerichtete Klage wurde von dem Sozialgericht abgewiesen, wohingegen aber die Berufung vor dem Landessozialgericht für den Mitarbeiter Erfolg brachte. Die Krankenkasse ging in die Revision vor dem Bundessozialgericht und unterlag ein weiteres Mal.

Das BSG entschied ausdrücklich, dass ein Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinn nach § 7 Abs. 1 SGB IV (Sozialgesetzbuch IV) auch dann bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortbesteht, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine unwiderrufliche Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren. Der Beschäftigungsbegriff setze lediglich voraus, dass ein Rechtsverhältnis besteht (z. B. ein Arbeitsverhältnis), welches die Erbringung von Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zum Gegenstand hat, und fordere des Weiteren, dass dieses Rechtsverhältnis auch vollzogen wird. Der erforderliche Vollzug setze aber nicht die tatsächliche Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung voraus. Vielmehr bestimme sich das Ende der sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung nach dem zwischen den Vertragsparteien festgelegten Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses (BSG, Urteil vom 24.09.2008, Az.: B 12 KR 27/07 R).

Es genügt also, dass die Vergütung bei dem fortbestehenden Arbeitsverhältnis weitergezahlt wird, ohne dass der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber tatsächlich tätig ist. Das Urteil des BSG hat damit der Sichtweise der Spitzenverbände eine deutliche Absage erteilt und ist von daher sehr zu begrüßen, weil die zwischenzeitlich entstandene Rechtsunsicherheit beseitigt worden ist. Die Spitzenverbände sollten nun alsbald auch offiziell ihre bisherige Rechtsauffassung revidieren.

Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung per E-Mail

In Zeiten, in denen die deutschen Gewerkschaften einen erheblichen Mitgliederschwind verzeichnen müssen, erlangt für sie die Mitgliederwerbung eine besonders wichtige Rolle. Es ist dabei auch nachvollziehbar, dass sich die Gewerkschaften heutz-

tage moderner Kommunikationsmittel bedienen möchten, wie der Mitgliederwerbung per E-Mail.

Das BAG hatte in einem aktuellen Urteil vom 20.01.2009 einmal mehr darüber zu entscheiden, inwieweit Gewerkschaften unmittelbar in den Betrieben aktive Werbung um Mitglieder betreiben können. In dem zu entscheidenden Fall ging es um ein Dienstleistungsunternehmen auf dem Gebiet der Informationstechnologie, welches an mehreren Standorten ca. 3.300 Mitarbeiter beschäftigt. Anfang 2007 stellte das Unternehmen ein Standortkonzept auf, das die Schließung mehrere Standorte und auch die Versetzung von Arbeitnehmern vorsah. Obwohl bei dem Unternehmen die Nutzung der betrieblichen E-Mail zu privaten Zwecke verboten war, versandte die Gewerkschaft ver.di daraufhin an alle Mitarbeiter an deren dienstliche E-Mail Adresse elektronische Mitteilungen. In diesen E-Mails informierte sie die Mitarbeiter des Unternehmens über den gewerkschaftlichen Standpunkt zu den geplanten Maßnahmen, über ihre Verhandlungsziele und über die weitere Vorgehensweise. Ferner benannte sie die für die Gewerkschaft handelnden Personen und deren Kontaktmöglichkeiten.

Das Unternehmen erhob dagegen Klage und begehrte von der Gewerkschaft ver.di, es bei Androhung eines entsprechenden Ordnungsgeldes in Höhe von 250.000,- zu unterlassen, unaufgefordert E-Mails an die betrieblichen E-Mail-Adressen ihrer Mitarbeiter zu versenden. Es berief sich dabei auf das Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG (Grundgesetz) und auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus Art. 2 Abs. 1 GG. Die Übersendung dieser E-Mails sei für das Unternehmen mit erheblichen Kosten verbunden gewesen.

Das Arbeitsgericht Frankfurt und das Hessische Landesarbeitsgericht gaben der Klage zunächst statt, wohingegen das BAG die Klage des Unternehmens letztlich abwies. Die Richter des BAG befanden es für zulässig, wenn sich eine tarifzuständige Gewerkschaft an Arbeitnehmer über deren betriebliche E-Mail-Adressen mit Werbung und Information wendet. Die gelte auch dann, wenn der Arbeitgeber den Gebrauch der E-Mail-Adressen zu privaten Zwecken zuvor untersagt habe. Zu berücksichtigen sei nämlich die durch den Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützte Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften, welche auch die Entscheidung der Gewerkschaft stütze, potentielle neue Mitglieder über einen solchen Weg anzusprechen. Dieses Recht habe auch Vorrang vor dem Eigentumsrecht des Arbeitgebers und auch vor seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, solange der E-Mail-Versand nicht zu nennenswerten oder spürbaren wirtschaftlichen Belastungen führe. Des Weiteren könne sich das Unternehmen gegenüber der Gewerkschaft zur Begründung eines solchen Unterlassungsanspruches auch nicht auf das Persönlichkeitsrecht der jeweiligen Mitarbeiter stützen (BAG, Urteil vom 20.01.2009, Az.: 1 AZR 515/08).

Da das betreffende Unternehmen im Klageverfahren keine konkreten Störungen des Betriebsablaufs und auch keine messbaren wirtschaftlichen Nachteile vorgetragen hatte, muss es die Versendung der gewerkschaftlichen E-Mails nun erst einmal dulden.

Zeugnisberichtigungsanspruch bei Auslassung üblicher Formulierungen

Im Rahmen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen kommt es häufig zu erheblichen Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Diese entstehen oft auch darüber, dass Arbeitnehmer mit Beurteilungen und gewissen Formulierungen in ihrem Arbeitszeugnis nicht einverstanden sind. Denn ein Zeugnis entscheidet in erheblicher Weise über das weitere Fortkommen des Arbeitnehmers. Daher hat sich das Bundesarbeitsgericht immer wieder mit dem Thema „Arbeitszeugnis“ zu beschäftigen.

In einer neuen Entscheidung vom 12.08.2008 musste das BAG nun über die Rechtsfrage befinden, inwieweit ein Zeugnis Auslassungen (d. h. ein beredetes Schweigen) enthalten darf, sofern es in der betreffenden Branche oder Berufsgruppe üblich ist, bestimmte Leistungen oder Eigenschaften eines Arbeitnehmers im Zeugnis explizit zu erwähnen. Gegenstand des Gerichtsverfahrens war die Klage eines Zeitungsredakteurs, der zuvor 10 Jahre lang bei einer Tageszeitung beschäftigt war. Im Rahmen eines Kündigungsrechtsstreits wurde zwischen den Parteien ein Vergleich geschlossen, der unter anderem vorsah, dass der Arbeitnehmer ein Zeugnis erhält, welches ihm eine gute Leistung und eine gute Führung bescheinigt. Das im Nachgang dieser Vereinbarung von Seiten des Arbeitgebers ausgestellte Zeugnis war nach der Auffassung des Arbeitnehmers allerdings unvollständig, weil dieses keine Hervorhebungen zu seiner Belastbarkeit in Stresssituationen enthielt. Er forderte daher in einem weiteren arbeitsgerichtlichen Verfahren von seinem Arbeitgeber zusätzlich die Bescheinigung, dass er auch in Stresssituationen zuverlässig und effektiv arbeite. Nach seiner Meinung gehöre dies zum üblichen Inhalt von Arbeitszeugnissen von Tageszeitungsredakteuren.

Die Richter des BAG sahen dies im Ergebnis genauso. In ihrem Urteil wiesen die Richter zunächst darauf hin, dass ein Arbeitszeugnis nach § 109 Abs. 2 GewO (Gewerbeordnung) klar und verständlich formuliert sein müsse (sog. Grundsatz der Zeugnisklarheit). Daher dürfe ein Zeugnis auch keinerlei Formulierungen enthalten, welche eine andere als die aus der äußeren Form und dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer treffen. Außerdem müsse das erteilte Zeugnis die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers bei einer wohlwollenden Betrachtung zutreffend wiedergeben (sog. Grundsatz der Zeugniswahrheit).

Erstmals stellten die Richter in dem Zusammenhang ganz konkret auf einen Zeugnisbrauch ab, d. h. auf

die Üblichkeit gewisser Formulierungen in bestimmten Branchen und Berufsgruppen. Sofern für eine Berufsgruppe oder in einer Branche der allgemeine Brauch bestehe, bestimmte Leistungen und Eigenschaften des Arbeitnehmers im Zeugnis zu erwähnen, sei deren Auslassung, ohne dass eine sachliche Rechtsfertigung hierfür vorliegt, regelmäßig als ein versteckter Hinweis für den Zeugnisleser zu deuten, dass der Arbeitnehmer in Bezug auf dieses Merkmal unterdurchschnittlich oder allenfalls durchschnittlich zu bewerten sei. Denn die Auslassung eines bestimmten Inhalts, der von einem einstellenden Arbeitgeber in einem Zeugnis erwartet wird, könne durchaus auch als ein unzulässiges Geheimzeichen angesehen werden. In einem solchen Falle habe der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Erteilung eines ergänzten Arbeitszeugnisses (BAG, Urteil vom 12.08.2008, Az.: 9 AZR 632/07).

Das BAG hob die entgegen gerichtete Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Angelegenheit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Sächsische Landesarbeitsgericht zurück. Dieses hat aufzuklären, ob die Behauptung des Klägers, wonach für Tageszeitungsredakteure eine Hervorhebung der Belastbarkeit in Arbeitszeugnissen üblich sei, zutreffend ist. Das Urteil verdeutlicht jedoch, wie schwierig und umfassend die Angelegenheit „Zeugniserteilung“ sein kann. Daher ist Arbeitgebern dringend anzuraten, bei der Ausstellung von Zeugnissen eine sehr hohe Sorgfalt walten zu lassen.

Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes bei ausländischen Unternehmen

Der allgemeine Kündigungsschutz eines Arbeitnehmers steht nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) unter zwei zentralen Voraussetzungen: zum einen muss ein Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate bestanden haben (vgl. § 1 KSchG), zum anderen muss in dem Betrieb eine bestimmte Anzahl an Mitarbeitern tätig sein (vgl. § 23 KSchG). Bis zum 31.12.2003 kam der allgemeine Kündigungsschutz schon in Betrieben mit mehr als 5 Mitarbeitern zur Anwendung. Seit der Neufassung des § 23 KSchG zum 01.01.2004 besteht der Kündigungsschutz nur für Arbeitnehmer, die in einem Betrieb mit mehr als 10 Mitarbeitern beschäftigt sind. Dieser neue Schwellenwert gilt aber nur für diejenigen Mitarbeiter, deren Arbeitsverträge nach dem 31.12.2003 geschlossen worden sind. Für „Altarbeitnehmer“ gilt der alte Schwellenwert von 5 Mitarbeitern grundsätzlich erst einmal fort.

Das BAG hatte sich nun in einem Urteil vom 17.01.2008 mit der Rechtsfrage zu befassen, ob das deutsche Kündigungsschutzgesetz auch auf Betriebe anwendbar ist, die ihren Hauptsitz im Ausland haben und in Deutschland lediglich einige Außendienstmitarbeiter beschäftigen, darüber hinaus in Deutschland aber über keine Niederlassung verfügen. In dem zugrunde liegenden Rechtsstreit ging es um ein Unternehmen mit Sitz in Belgien, welches dort 25 Mitarbeiter beschäftigt und in Deutschland nur über drei Außendienstmitarbeiter

verfügte. Einem der drei Außendienstmitarbeiter wurde gekündigt. Dieser erhob hiergegen eine Kündigungsschutzklage und berief sich auf die Geltung des deutschen Kündigungsschutzgesetzes, da nach seiner Auffassung für die Bemessung der Zahl der regelmäßigen Beschäftigten und für die Beurteilung, ob ein „Betrieb“ vorläge, auch die in Belgien beschäftigten Mitarbeiter mit zu berücksichtigen seien.

Dieser Argumentation erteilten die Richter des BAG jedoch eine Absage und bestätigten damit ihre bisherige Haltung zu dieser Rechtsfrage. Demnach erfasst der § 23 Abs. 1 KSchG und damit der Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nur Betriebe, die in der Bundesrepublik Deutschland liegen. Dies ergibt sich nach Ansicht der BAG-Richter aus der Auslegung des § 23 Abs. 1 KSchG.

Insoweit wiesen die Richter im konkreten Fall darauf hin, dass das beklagte Unternehmen in Deutschland über keine organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln verfüge, mit Hilfe derer der Betriebsbegriff im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG begründet werden könnte. Denn das Unternehmen beschäftigte in Deutschland über den Kläger hinaus nur zwei weitere Außendienstmitarbeiter. Aber selbst wenn hierdurch der Betriebsbegriff im Sinne des § 23 KSchG erfüllt wäre, würde sich letztlich nicht der erforderliche Schwellenwert für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes erreichen lassen, da in Deutschland nicht mehr als 5 Mitarbeiter beschäftigt gewesen seien. Die 25 Mitarbeiter im belgischen Betrieb seien dagegen nicht mit zu berücksichtigen, weil dieser Betrieb seinen Standort nicht in Deutschland habe (BAG, Urteil vom 17.01.2008, Az.: 2 AZR 902/06).

Betriebsbedingte Kündigung wegen der Ersetzung von Arbeitnehmern durch freie Mitarbeiter

In jedem Unternehmen gibt es Tätigkeiten, die nicht zwangsläufig durch einen fest angestellten Arbeitnehmer, sondern auch durch einen freien Mitarbeiter erledigt werden können. Entschließt sich nun ein Unternehmen, diese Tätigkeit tatsächlich an einen Selbstständigen zu vergeben, stellt sich die Frage, inwieweit dies eine betriebsbedingte Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer rechtfertigen kann, der diese Tätigkeit bislang im Unternehmen ausgeübt hat und seine bisherige Arbeit in Zukunft als freier Mitarbeiter für das Unternehmen durchführen soll.

Über diese Rechtsfrage hatte das BAG am 13.03.2008 zu entscheiden. Es ging um den Fall eines Arbeitnehmers, der seit dem Jahr 2001 bei einem Unternehmen der Städtewerbung in der Funktion als „Moskito-Anschläger“ beschäftigt war. Als „Moskitos“ werden Klapprahmen bezeichnet, die in öffentlichen Räumen aufgehängt werden und in die Plakate zu Werbezwecke eingehängt werden. Im Jahre 2004 entschloss sich das Unternehmen aus wirtschaftlichen Gründen, die Werbeanschläge künftig nicht mehr durch eigene Arbeitnehmer, sondern durch freie Mitarbeiter anbringen zu lassen. Mit

dem Betriebsrat wurde in einem Interessenausgleich sodann festgelegt, dass den als „Moskito-Anschlägern“ beschäftigten Arbeitnehmern gekündigt und eine Beschäftigung als selbstständige Unternehmer angeboten werden sollte. Darauf hin wurde den entsprechenden Mitarbeitern tatsächlich gekündigt, zugleich wurde ihnen auch angeboten, dieselbe Tätigkeit künftig als freier Mitarbeiter fortzuführen. Hiergegen wandte sich einer der Arbeitnehmer mit einer Kündigungsschutzklage und zweifelte vor den Arbeitsgerichten die Wirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung an. Zur Begründung führte er aus, dass die Vergabe der Plakatierungsarbeiten nicht zum Wegfall seines Arbeitsplatzes geführt hätte, denn auch die Subunternehmer seien weiterhin in weisungsgebundener Weise für das Unternehmen tätig. Sie seien damit rechtlich weiterhin als Arbeitnehmer einzustufen.

Seine Klage blieb allerdings sowohl in den Vorinstanzen wie auch vor dem BAG erfolglos. In ihrem Urteil wiesen die Richter des BAG zunächst grundlegend darauf hin, dass eine betriebsbedingte Kündigung nach dem § 1 Abs. 2 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) immer dann gerechtfertigt sei, wenn das Beschäftigungsbedürfnis für einen Arbeitnehmer entfällt. Dieses könne auch dadurch entfallen, indem ein Unternehmen seinen Betrieb reorganisiert und nach dem neuen Konzept die bisherige Tätigkeit nicht mehr in der bisherigen Form erforderlich ist. Eine solche Umgestaltung könne als sog. freie Unternehmerentscheidung von den Arbeitsgerichten nicht auf ihre organisatorische oder betriebswirtschaftliche Zweckmäßigkeit hin überprüft werden, sondern allein darauf, ob diese Entscheidung willkürlich oder in sonstiger Weise rechtsmissbräuchlich erfolgt ist. Entschließe sich ein Arbeitgeber, bisher von Arbeitnehmern ausgeübte Tätigkeiten künftig nicht mehr durch diese, sondern durch Subunternehmer ausführen zu lassen, so stelle dies erst einmal eine nachvollziehbare Erwägung dar, insofern das Beschäftigungsbedürfnis für diese Arbeitnehmer entfallen könne und somit die betriebsbedingte Kündigung gerechtfertigt sei.

Eine willkürliche oder missbräuchliche Unternehmensentscheidung konnten die Richter des BAG im vorliegenden Fall nicht erkennen. Zudem ergab sich aus den Subunternehmerverträgen nicht, dass die künftigen freien Mitarbeiter als sog. Scheinselbstständige für das Unternehmen tätig werden sollten. Insoweit stellte das BAG auf die üblichen Abgrenzungskriterien ab, wonach Arbeitnehmer derjenige ist, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung einer weisungsgebundenen Arbeit in persönlicher Abhängigkeit tätig ist. Eine Weisungsgebundenheit lag nach Ansicht der Richter des BAG schon deswegen nicht vor, weil die Subunternehmerverträge kein Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Ort und Art und Weise der Arbeitsleistung enthielten. Ferner befanden die Richter es auch für wesentlich, dass die freien Mitarbeiter ihre Leistungen nicht in Person erbringen mussten, sondern diese auch durch Dritte (z. B. eigene Arbeitnehmer) erbringen

konnten (BAG, Urteil vom 13.03.2008, Az.: 2 AZR 1037/06).

Aus dieser Entscheidung kann folgendes Fazit gezogen werden: ein Arbeitgeber kann durchaus seinen Arbeitnehmern kündigen und die von ihnen verrichtete Arbeit von Selbstständigen durchführen lassen. Ein solches „Outsourcing“ kann gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten ein wirksames Mittel zur Reduzierung der Arbeitnehmer und damit zur Kosteneinsparung darstellen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass mit den Subunternehmern echte „freie Mitarbeiterverhältnisse“ begründet werden und der Arbeitgeber auf ein Weisungsrecht gegenüber diesen Mitarbeitern verzichtet. Entscheidend ist dabei aber nicht die Bezeichnung des neuen Vertrages als freies Mitarbeiterverhältnis, sondern sämtliche Einzelheiten der weiteren Zusammenarbeit in tatsächlicher Hinsicht. Ein vermeintliches freies Mitarbeiterverhältnis kann sich so im Nachhinein schnell als ein Arbeitsverhältnis entpuppen, was gerade für den Arbeitgeber erhebliche finanzielle Gefahren beinhaltet. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass die Wertungsspielräume, ob tatsächlich ein Arbeitsverhältnis oder ein freies Mitarbeiterverhältnis vorliegt, auch nach den einschlägigen Entscheidungen der Arbeitsgerichte sehr groß sind, so dass oft eine Rechtsunsicherheit und ein wirtschaftliches Risiko für die Unternehmen bestehen bleibt. In Zweifelsfällen, in denen sich eine solche Abgrenzung nur schwer vornehmen lässt und der Arbeitgeber sein Direktionsrecht behalten möchte, sollte also eher auf ein Arbeitsverhältnis als auf ein freies Mitarbeiterverhältnis zurückgegriffen werden.

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter fasst die wichtigsten gesetzgeberischen und gerichtlichen Entwicklungen des Arbeitsrechts aus dem ersten Quartal des Jahres 2009 zusammen. Obwohl die darin enthaltenen Informationen sorgfältig recherchiert sind, wird für die Vollständigkeit und die Richtigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Informationen keine Haftung übernommen. Die Entwicklungen des Arbeitsrechts werden zudem nur auszugsweise und in gekürzter Form dargestellt. Der Newsletter beinhaltet daher keinen Rechtsrat und kann eine Beratung im Einzelfall auch nicht ersetzen.

Weitere Informationen zur Rechtsanwaltskanzlei Dr. Christian Salzbrunn erhalten Sie im Internet über die Homepage <http://www.ra-salzbrunn.de>.

Rechtsanwaltskanzlei
Dr. Christian Salzbrunn
Alt-Pempelfort 3
40211 Düsseldorf
Tel.: 0211 / 1752089-0
Fax: 0211 / 1752089-9
info@ra-salzbrunn.de