



## UPDATE Arbeitsrecht | November 2016

### Gesetzgebung 2017

#### Neuer Mindestlohn und Neues zur Arbeitnehmerüberlassung

Zu den neuen gesetzlichen Regelungen, die Arbeitgeber 2017 zu beachten haben werden, gehört der gesetzliche Mindestlohn gemäß MiLoG, der zum 01.01.2017 auf 8,84 € je Zeitstunde angehoben wird. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, diese Anpassung von sich aus vorzunehmen. Bei geringfügig Beschäftigten, die weiterhin maximal 450,00 € monatlich verdienen möchten, ist zudem zu prüfen, ob die Stundenzahl angepasst werden soll.

Der Bundestag hat nach mehrjährigen Verhandlungen und Diskussionen nunmehr die Novelle des Arbeitnehmerüberlassungsrechts beschlossen. Die Auswirkungen des voraussichtlich am 01.04. in Kraft

tretenden Gesetzes werden gravierend sein: neben einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten sind neue Anforderungen an die Vertragsgestaltung zu beachten. Vor allem aber sind die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Überlassungsrecht zum Teil deutlich verschärft worden, so dass nicht nur Entleiher, sondern alle Auftraggeber von Fremdleistungen gehalten sind, sich über die Neuregelungen zu informieren. Einzelheiten werden wir in unserem für Dezember geplanten Mandantenrundschreiben erläutern. Unser erstes Arbeitsrechtsfrühstück 2017 wird sich zudem dem Thema „Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen“ widmen.

### Kündigungsschutzrecht

#### Fristlose Kündigung eines LKW-Fahrers wegen Drogenkonsums

*BAG, Urteil vom 20.10.2016 – 6 AZR 471/15*

Ein Berufskraftfahrer darf seine Fahrtüchtigkeit nicht durch Drogenkonsum gefährden. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung kann die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Dabei macht es naturgemäß keinen Unterschied, ob die Droge vor oder während der Arbeitszeit konsumiert wurde. Es ist jedoch nicht einmal erforderlich, nachzuweisen, dass die Fahrtüchtigkeit des Kraftfahrers während der Arbeitszeit konkret beeinträchtigt wurde. Dies entschied das BAG mit Urteil vom 20.10.2016.

In dem zu entscheidenden Fall hatte ein Berufskraftfahrer samstags im privaten Umfeld, das heißt außerhalb seiner Arbeitszeit, Amphetamin und Methamphetamin konsumiert. Ab dem darauffolgenden Montag erbrachte er wieder seine Arbeitsleistung.

Anlässlich einer Verkehrskontrolle einen Tag später wurde der Drogenkonsum schließlich festgestellt. Als der Arbeitgeber hiervon erfuhr, kündigte er das Arbeitsverhältnis fristlos. Dagegen erhob der Fahrer Kündigungsschutzklage. Er wandte insbesondere ein, dass er die Droge nur außerhalb der Arbeitszeit konsumiert habe und zudem keine Anhaltspunkte für eine tatsächliche Fahruntauglichkeit bestanden hätten. Die Vorinstanzen gaben dem Fahrer Recht und erklärten die fristlose Kündigung für unwirksam.

Die Revision des Arbeitgebers vor dem BAG hatte allerdings Erfolg und führte zur Klageabweisung. Bei der Interessenabwägung hätten die Vorinstanzen nicht hinreichend die sich für die Tätigkeit eines Berufskraftfahrers typischerweise ergebenden Gefahren aus dem Drogenkonsum gewürdigt. Ob

tatsächlich eine Fahruntüchtigkeit bestanden habe, sei deshalb unerheblich. Letztlich gehe die vorzunehmende Interessenabwägung daher zulasten des Klägers.

#### Praxistipp:

Das Urteil ist bisher nur als Pressemitteilung veröffentlicht, so dass abzuwarten ist, wie hoch die Anforderungen an eine Kündigung nach Drogenkonsum

tatsächlich sein werden. Jedenfalls kann schon die abstrakte Gefahr für eine Kündigung ausreichen, so dass der Arbeitgeber nicht nachweisen muss, dass es zu einer tatsächlichen Gefährdung gekommen ist. Die Entscheidung kann voraussichtlich auch auf andere sicherheitsrelevante Arbeitsbereiche außerhalb des Straßenverkehrs übertragen werden, etwa auf Schrankenwärter im Bahnbetrieb.

## Verjährung / Verfall

### § 167 ZPO gilt nicht für die Wahrung tarifvertraglicher Ausschlussfristen

BAG, Urteil v. 16.03.2016, 4 AZR 421/15

Die Mehrzahl der Tarifverträge und Arbeitsverträge enthält Ausschlussfristen, nach denen Ansprüche verfallen, wenn sie nicht innerhalb bestimmter Fristen von mindestens 3 Monaten bei der anderen Seite geltend gemacht werden. Solche Fristen können auch durch eine Klageerhebung gewahrt werden. Der Arbeitnehmer ist also nicht gezwungen, sich zunächst außergerichtlich an seinen Arbeitgeber zu wenden.

Was gilt aber, wenn er die Klage vor Ablauf der Frist beim Arbeitsgericht einreicht, sie jedoch erst danach dem Arbeitgeber zugestellt wird?

Für das Verjährungsrecht enthält § 167 ZPO eine ausdrückliche Regelung: die Verjährung wird durch Erhebung einer Klage unterbrochen. Für eine Klageerhebung genügt allerdings nicht der Eingang der Klage bei Gericht, sie ist vielmehr erst mit Zustellung der Klageschrift beim Beklagten abgeschlossen. Auf die Dauer dieser Zustellung durch das Gericht hat der Kläger keinen Einfluss mehr. Dieses Verzögerungsrisiko wird ihm durch § 167 ZPO abgenommen: Demnach reicht der Eingang einer Klage bei Gericht aus, wenn die Zustellung „demnächst“ erfolgt. Es ist also unschädlich, wenn die Klage erst nach Fristablauf zugestellt wird.

Umstritten war bisher, ob § 167 ZPO auch auf Fristen übertragbar ist, die schon durch eine außergerichtliche Geltendmachung gewahrt werden können, insbesondere auf die oben genannten Ausschlussfristen. Mit dieser Frage hatte sich der 4. Senat des BAG zu beschäftigen. Streitgegenstand war die Klage eines Arbeitnehmers auf Zahlung einer Lohndifferenz. Auf das Arbeitsverhältnis fand der TVöD

Anwendung. Demnach sind arbeitsvertragliche Ansprüche binnen einer Frist von sechs Monaten gegenüber dem Anspruchsgegner geltend zu machen. Der Arbeitnehmer hatte seine Klage beim Arbeitsgericht am 18.12.2013 eingereicht, die Zustellung bei dem beklagten Arbeitgeber erfolgte allerdings erst am 07.01.2014 – 7 Tage nach der am 31.12.2013 abgelaufenen Ausschlussfrist. Der Arbeitgeber berief sich auf die sechsmonatige tarifliche Ausschlussfrist und bekam vor dem BAG Recht. Zwar könne § 167 ZPO im Grundsatz auch auf durch einfache Erklärung zu wahrende Frist anzuwenden sein. Aus Sinn und Zweck der Frist könne sich aber Abweichendes ergeben. Im vorliegenden Fall sprechen Besonderheiten des Arbeitsrechts in Verbindung mit der Auslegung tariflicher Verfallfristenregelungen gegen die Anwendung von § 167 ZPO. Tarifliche Ausschlussfristen dienen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und sollen zu der im Arbeitsleben besonders gebotenen raschen Klärung von Ansprüchen führen. Nach dem Willen der Tarifvertragsparteien habe nach diesem Zweck regelmäßig das Interesse des Schuldners an rechtzeitiger Klarheit Vorrang.

#### Praxishinweis:

Die Entscheidung ist eine Warnung: wenn Fristen zu beachten sind, die durch eine außergerichtliche Geltendmachung gewahrt werden können, sollte vorsorglich eine solche Geltendmachung erfolgen, unabhängig davon, ob und wann eine Klage eingereicht wird. So kann die Fristwahrung am besten sichergestellt werden.

## Kündigungsschutzrecht

### Wer gehört eigentlich zum Betrieb?

BAG, Urteil vom 19.07.2016, 2 AZR 468/15

Die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) setzt nach seinem § 23 gewöhnlich voraus, dass mehr als zehn – bzw. in Altfällen manchmal auch

mehr als fünf – Arbeitnehmer im Betrieb regelmäßig beschäftigt werden. In Teilzeit beschäftigte Mitarbeiter werden dabei nach einem vom Gesetz vorgegebenen

Verrechnungsschlüssel berücksichtigt. Für den Erfolg einer Kündigungsschutzklage ist es zumeist existenziell, dass der Arbeitnehmer die Anwendbarkeit des KSchG darlegen kann. Bei der Frage der notwendigen Arbeitnehmerzahl kommt es aber nach dem Wortlaut des § 23 KSchG darauf an, wie viele Mitarbeiter „im Betrieb“ beschäftigt sind. Da ein Unternehmen mehrere Betriebe haben kann, ist durchaus denkbar, dass es zwar weitaus mehr als zehn Mitarbeiter beschäftigt, jedoch in verschiedenen Betrieben, und dass in keinem dieser Betriebe das KSchG anwendbar ist.

In einer aktuellen Entscheidung hat das BAG spezifiziert, wann genau Mitarbeiter einem Betrieb zuzurechnen sind. Im Fall gehörte der Kläger einem Betrieb in Frankfurt an. Neben ihm waren dort noch neun weitere Mitarbeiter beschäftigt. Dies reichte für die Anwendbarkeit des KSchG auf den Frankfurter Betrieb nicht aus. Der Kläger versuchte nunmehr zu argumentieren, dass zwei Mitarbeiter aus einer Schweizer Betriebsstätte dem Betrieb in Frankfurt zuzurechnen seien, da sie diesen jedenfalls gelegentlich im Rahmen von Meetings und Präsentationen aufsuchten und von dort aus den gesamten europäischen Markt bearbeiteten.

Das BAG ließ ebenso wie die Vorinstanzen diese Argumentation nicht gelten und wies die Revision gegen deren klageabweisenden Entscheidungen zurück. Zunächst bestätigte es dabei seine Rechtsprechung, wonach Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinne die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln sei, mit deren Hilfe der Arbeitgeber alleine oder in Gemeinschaft mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von

technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck verfolgt. Nach Auffassung des BAG setzt eine Eingliederung in einen solchen Betrieb voraus, dass die betreffenden Mitarbeiter zumindest ihre Tätigkeit für diesen Betrieb erbringen und Weisungen zu deren Durchführung im Wesentlichen von dort aus erhalten. Dies hatte der Kläger bezüglich der zwei Mitarbeiter aus der Schweiz jedoch nicht substantiiert vorgetragen.

Ferner stellt das BAG klar, dass auch aus verfassungsrechtlichen Gründen keine Zusammenrechnung der Mitarbeiter in den verschiedenen Betrieben erfolgen müsse, wenn diese auf verschiedene Betriebe verteilt sind. Dies sei nur in Ausnahmefällen denkbar, insbesondere, wenn die Gestaltung missbräuchlich zur Umgehung des KSchG geschaffen wurde. Dafür war hier jedoch nichts ersichtlich.

#### Praxishinweis:

Entgegen dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff ist bei der Bestimmung der Schwellenwerte des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht von zentraler Bedeutung, ob Betriebsstätten weit auseinander liegen. Vielmehr liegt ein selbständiger Betrieb nur bei einer ausreichenden organisatorischen Selbständigkeit vor.

Zu beachten ist auch, dass bei einem sogenannten Gemeinschaftsbetrieb sogar die Belegschaft zweier rechtlich getrennter Unternehmen zusammengerechnet wird, wenn eine einheitliche organisatorische Leitung insbesondere in sozialen und personellen Angelegenheiten ausgeübt wird.

## Direktionsrecht

### Personalgespräche während Arbeitsunfähigkeit?

*BAG, Urteil vom 02.11.2016, 10 AZR 596/15*

Die Pflicht zur Teilnahme an Personalgesprächen ist häufig Gegenstand von Streitigkeiten im Arbeitsverhältnis. Im vorliegenden Verfahren war der Arbeitnehmer während einer längeren Phase der Arbeitsunfähigkeit von seinem Arbeitgeber schriftlich „zur Klärung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeit“ zu einem Personalgespräch eingeladen worden. Der Kläger sagte unter Hinweis auf seine ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit ab. Ein vom Arbeitgeber gefordertes spezielles ärztliches Attest über eine „Gesprächsunfähigkeit“ legte er nicht vor. Nachdem er auch zu einem zweiten Termin nicht erschienen war, erteilte ihm der Arbeitgeber eine Abmahnung.

Das BAG verurteilte den Arbeitgeber zur Entfernung dieser Abmahnung. Während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit sei es dem Arbeitgeber zwar nicht

generell untersagt, mit dem erkrankten Arbeitnehmer in einem zeitlich angemessenen Umfang in Kontakt zu treten. Insbesondere könne er mit ihm die Möglichkeiten der weiteren Beschäftigung nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit erörtern.

Voraussetzung dafür sei jedoch, dass der Arbeitgeber hierfür ein berechtigtes Interesse aufzeigt.

Auch dann muss der arbeitsunfähige Arbeitnehmer nicht persönlich im Betrieb erscheinen, es sei denn, dies ist ausnahmsweise aus betrieblichen Gründen unverzichtbar und der Arbeitnehmer ist dazu gesundheitlich in der Lage. Weder besondere Interessen an einem Gespräch noch an dem persönlichen Erscheinen des Arbeitnehmers hatte der Arbeitgeber aufgezeigt, so dass der Arbeitnehmer auch nicht verpflichtet war, zum Gespräch zu erscheinen.

### Praxishinweis:

Neben der Klärung der weiteren Einsatzmöglichkeiten – an der vor allem ein berechtigtes Interesse besteht, wenn Ersatzstellungen in Rede stehen – können auch andere Gründe eine Kontaktaufnahme erforderlich machen, etwa die Klärung leidensgerechter Beschäftigungsmöglichkeiten, z.B. im Homeoffice, wenn der Mitarbeiter nur die Anfahrt zur Arbeit nicht bewältigen kann. Auch dringende Fragen zur Arbeit, die

andere Kollegen nicht klären können etc., können einen Anlass darstellen.

Eine persönliche Anwesenheit am Arbeitsplatz wird sich dagegen praktisch nicht erzwingen lassen, schon weil der Arbeitnehmer in aller Regel ein ärztliches Attest über die Unzumutbarkeit eines solchen Gespräches erhalten würde, wenn es darauf ankäme. Im vom BAG entschiedenen Fall hätte sich auch die Einladung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) angeboten.

Aufgrund der Aktualität können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine Rechtsberatung.

Nähere Informationen erhalten Sie bei den Rechtsanwälten unseres Arbeitsrechtsteams:



Dr. Achim Tempelmann  
[achim.tempelmann@aulinger.eu](mailto:achim.tempelmann@aulinger.eu)



Inken Hansen  
[inken.hansen@aulinger.eu](mailto:inken.hansen@aulinger.eu)



Dr. Bastian-Peter Stenslik  
[bastian-peter.stenslik@aulinger.eu](mailto:bastian-peter.stenslik@aulinger.eu)



Florian Zahn  
[Florian.zahn@aulinger.eu](mailto:Florian.zahn@aulinger.eu)



Dr. Ralf Heine, M.M.  
[ralf.heine@aulinger.eu](mailto:ralf.heine@aulinger.eu)

### Büro Bochum

AULINGER Rechtsanwälte | Notare  
Josef-Neuberger-Straße 4, 44787 Bochum  
Telefon +49 (0)234 68779-0  
Telefax +49 (0)234 68779-993

[www.aulinger.eu](http://www.aulinger.eu)

### Büro Essen

AULINGER Rechtsanwälte | Notare  
Frankenstraße 348, 45133 Essen  
Telefon +49 (0)201 95986-0  
Telefax +49 (0)201 95986-99