

NEWSLETTER - ARBEITSRECHT Dezember 2017

Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Dezember 2017 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über Rechtsentwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil unseres Newsletters hat sich das BAG sich mit der Frage befasst, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen **Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge** auf den **gesetzlichen Mindestlohn** angerechnet werden können.

Im zweiten Teil stellen wir Ihnen eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vor, in der diskutiert wurde, wie sich eine **Änderungsvereinbarung auf eine Sachgrundbefristung** auswirken kann.

Die Tipps befassen sich im Dezember 2017 schließlich mit dem Thema **schädliche Vorbeschäftigung bei der sachgrundlosen Befristung**.

Inhalt

1. **Anrechenbarkeit von Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschlägen auf den gesetzlichen Mindestlohn**
(BAG vom 24.05.2017 – 5 AZR 431/16 und BAG vom 20.09.2017 – 10 AZR 171/16)
2. **Sachgrundbefristung und Änderungsvereinbarung**
(BAG vom 17.05.2017 – 7 AZR 301/15)
3. **Tipps: Schädliche Vorbeschäftigung bei der sachgrundlosen Befristung**



Anrechenbarkeit von Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschlägen auf den gesetzlichen Mindestlohn (BAG vom 24.05.2017 – 5 AZR 431/16 und BAG vom 20.09.2017 – 10 AZR 171/16)

Nach § 1 Abs. 1 MiLoG hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns, der nach § 1 Abs. 2 MiLoG zunächst € 8,50, aktuell € 8,84 „je Zeitstunde“ beträgt.

Bei Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes war höchst umstritten, welche Zahlungen des Arbeitgebers auf den gesetzlichen Mindestlohnanspruch anzurechnen wären. Von der Bundesregierung wurde im Gesetzgebungsverfahren vertreten, dass – entsprechend der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den alten Mindestlohnbranchen nach dem AEntG und AÜG – eine Anrechenbarkeit nur bei funktionaler Gleichwertigkeit zulässig wäre, also nur solche Vergütungsbestandteile anrechenbar wären, die für die „Normalleistung“ des Arbeitnehmers bezahlt würden.

In seiner Grundsatzentscheidung vom 25.05.2016 (5 AZR 135/16) kommt das Bundesarbeitsgericht zu einem abweichenden Ergebnis, und sieht den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn grundsätzlich durch alle Entgeltzahlungen des Arbeitgebers erfüllt, die sich als unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen. Seine diesbezügliche Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht mit seinen Entscheidungen vom 24.05.2017 und 20.09.2017 konsequent fortgesetzt.

Grundsatzentscheidung des BAG vom 25.05.2016 – 5 AZR 135/16

In seiner Grundsatzentscheidung vom 25.05.2016 und in dem bestätigenden Urteil vom 21.12.2016 (Az: 5 AZR 374/16) stellt das Bundesarbeitsgericht zunächst klar, dass vorrangiger Zweck des gesetzlichen des Mindestlohnes sei, jedem Arbeitnehmer ein existenzsicherndes Monatseinkommen zu gewährleisten.

Diesem Zweck vermag nach Ansicht des BAG **jede, dem Arbeitnehmer verbleibende Vergütungszahlung** des Arbeitgebers zu dienen, die im Synallagma (Gegenseitigkeitsverhältnis) zur Arbeitsleistung steht, unabhängig davon, zu welcher Tageszeit, unter welchen Umständen oder in welcher Qualität die Arbeit erbracht wurde.

Nur solchen im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers fehle die Erfüllungswirkung, die der Arbeitgeber

- ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder
- die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung (z.B. für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG) beruhen.

Der Mindestlohn ist damit erfüllt, wenn die für einen Kalendermonat gezahlte Brutto-Vergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit € 8,50 (bzw. dem jeweils gültigen Mindestlohn) ergibt.

Anrechnung von Sonn- und Feiertagszuschlägen auf den Mindestlohn – BAG vom 24.05.2017 – 5 AZR 431/16

In seiner jetzt veröffentlichten Entscheidung vom 24.05.2017 setzt das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung zur Anrechenbarkeit von Vergütungsbestandteilen auf den gesetzlichen Mindestlohn fort.

Der Mindestlohn sei nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG „je Zeitstunde“ festgesetzt. Das Gesetz mache den Anspruch nicht **von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen** abhängig. Mindestlohnwirksam wären daher alle im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen, es sei denn, dass sie ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung erbracht werden oder auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen.

Danach sind Zuschläge für die **Arbeit an Sonn- und Feiertagen** mindestlohnwirksam. Sie sind im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachtes Arbeitsentgelt und werden gerade für die tatsächliche Arbeitsleistung (eben an Sonn- und Feiertagen) gewährt.

Einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung unterliegen Sonn- und Feiertagszuschläge nicht, insbesondere begründet das Arbeitszeitgesetz keine besonderen Zahlungspflichten des Arbeitgebers für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen.

Berechnung von Nachtarbeitszuschlägen auf Grundlage des Mindestlohns

In seiner (bisher nur als Pressemitteilung vorliegenden) Entscheidung vom 20.09.2017 (Az: 10 AZR 171/16) stellte das Bundesarbeitsgericht nochmals klar, dass **Nachtzuschläge nicht auf den gesetzlichen Mindestlohn anrechenbar** wären. § 6 Abs. 5 ArbZG soll durch die dort geregelten Nachtzuschläge (bzw. zusätzlichen freien Tage) die gesundheitlich zumindest bedenkliche Nachtarbeit teurer und damit unattraktiver für den Arbeitgeber machen.

Konsequenterweise hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung geurteilt, dass als **Basis zur Berechnung des Nachtzuschlages** der (jeweils gültige) gesetzliche Mindestlohn herangezogen werden müsse.

Der Arbeitgeber wollte (auf Grundlage eines veralteten Tarifvertrages) den Nachtzuschlag nach einem Stundenentgelt unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns berechnen. Dem trat das BAG entgegen. Wenn ein Zuschlag für Nachtarbeit nicht auf den Mindestlohn anrechenbar wäre, muss sich der gesonderte Zuschlag (in tariflicher Höhe, alternativ in angemessener Höhe von i.d.R. 25%) **zusätzlich zum Mindestlohn** ergeben und damit auch auf Basis des Mindestlohns berechnen. Anderenfalls würde der Nachtzuschlag (unzulässigerweise) zumindest teilweise auf den Mindestlohn angerechnet.

Sachgrundbefristung und Änderungsvereinbarung (BAG vom 17.05.2017 – 7 AZR 301/15)

Aufgrund der Möglichkeit, den gesetzlichen Kündigungsschutz zu umgehen, hat der Gesetzgeber im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) strenge Vorgaben für die Zulässigkeit einer Befristung des Arbeitsverhältnisses geschaffen.

Nach § 14 Abs. 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrages insbesondere dann zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nennt einzelne Sachgründe, unter anderem wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG).

Die Wirksamkeit der Befristung bleibt grundsätzlich selbst dann bestehen, wenn während der Laufzeit des befristeten Arbeitsvertrages die ursprünglich gegebenen sachlichen Gründe unvorhergesehen nachträglich wegfallen. Vorsicht ist allerdings geboten, wenn Änderungen im Arbeitsverhältnis vorgenommen werden.

Beispiel:

Die Arbeitnehmerin A wird auf Grundlage des Sachgrundes in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG befristet von 15. Januar 2015 bis 30.06.2017 als Vertretung für die Mitarbeiterin B eingestellt, die sich in dieser Zeit im Mutterschutz und schließender Elternzeit befindet. A wird (auf eigenen Wunsch) in Teilzeit mit 30 Stunden pro Woche eingestellt. B war in Vollzeit mit 38,5 Stunden pro Woche beschäftigt.

Aufgrund eines privaten Umzugs kündigt B im Laufe ihrer Elternzeit das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber fristgerecht zum 30.06.2016, weil eine Rückkehr an den Arbeitsplatz nach Ablauf der Elternzeit aufgrund der örtlichen Entfernung ausgeschlossen ist.

Zum 01.09.2016 wird zwischen A und dem Arbeitgeber die Arbeitszeit einvernehmlich von 30 Stunden auf 38,5 Stunden wöchentlich erhöht.

Als der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung zum 30.06.2017 auslaufen lässt, ist A der Ansicht, es läge ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor.

Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG

Ein Arbeitsverhältnis kann nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG insbesondere dann zulässig befristet werden, wenn der (befristete) Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Der Grund für die Befristung liegt in diesen Fällen darin, dass der Arbeitgeber bereits zu seinem vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr des Mitarbeiters rechnet. Deshalb besteht für die Wahrnehmung der an sich dem ausfallenden Mitarbeiter obliegenden

Arbeitsaufgaben durch eine Vertretungskraft von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis.

Die Wirksamkeit einer Befristung beurteilt sich grundsätzlich immer nach den **im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegebenen Umständen**. Danach eintretende Änderungen haben daher grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der vereinbarten Befristung. Fällt z.B. der bei Vertragsabschluss gegebene Sachgrund für die Befristung später weg, entsteht daher kein unbefristetes Arbeitsverhältnis (BAG vom 29.06.2011 – 7 AZR 6/10).

Änderung der Arbeitsbedingungen im Laufe der Befristung

Auch während eines befristeten Arbeitsverhältnisses können die Arbeitsbedingungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien im gegenseitigen Einvernehmen abgeändert werden.

So ist ohne weiteres zulässig, gemeinsam die Arbeitszeit, die Tätigkeit, den Arbeitsort oder auch die Vergütung neu festzulegen. Auf die Befristung hat dies grundsätzlich keinen Einfluss.

Ausnahme nach BAG vom 17.05.2017 – 7 AZR 301/15

Werden allerdings in einem, mit Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis durch Änderungsvertrag der Parteien unter Beibehaltung der ursprünglich vereinbarten Befristungsdauer die Arbeitsbedingungen verändert (z.B. Erhöhung der Arbeitszeit), unterliegt der **Befristungskontrolle nur der Änderungsvertrag** als letzter Arbeitsvertrag.

In diesem Fall kommt es nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 17.05.2017 darauf an, ob bei Abschluss des Änderungsvertrages der ursprüngliche Sachgrund noch vorlag (oder ggf. ein anderer Sachgrund bestand).

Ist der Sachgrund, der bei Abschluss des ursprünglichen Arbeitsvertrages bestand zum Zeitpunkt der Vertragsänderung weggefallen und liegt auch kein anderer Sachgrund vor, wandelt sich das Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis um.

Werden in einem mit Sachgrund befristeten Arbeitsverhältnis die Arbeitsbedingungen durch nachträgliche Vereinbarung geändert, unterliegt der Befristungskontrolle nur der (zuletzt abgeschlossene) Änderungsvertrag. Im Zeitpunkt der Änderung muss ein Sachgrund für die Befristung gegeben sein.

Da zwischen der A und dem Arbeitgeber die Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit von 30 auf 35 Stunden erst nach dem Ausscheiden der B aus dem Arbeitsverhältnis und damit erst nach Wegfall des ursprünglichen Sachgrundes erfolgte, liegt im Ergebnis ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor.

Tipps: Schädliche Vorbeschäftigung bei der sachgrundlosen Befristung

Nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist eine Befristung ohne Sachgrund, also die rein kalendermäßige Befristung eines Arbeitsverhältnisses, bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages möglich.

Eine sachgrundlose Befristung ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG dagegen ausgeschlossen, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat (sog. schädliche Vorbeschäftigung).

Die Tipps im Dezember 2017 beschäftigen sich mit der schädlichen Vorbeschäftigung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG aufgrund zweier aktueller Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Hessen.

Zeitliche Rückwirkung der schädlichen Vorbeschäftigung

Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist die Befristung des Arbeitsverhältnisses ohne Vorliegen eines Sachgrundes nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber „**bereits zuvor**“ ein anderweitiges Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine zeitliche Grenze für die schädliche Vorbeschäftigung sieht der Gesetzgeber nicht vor.

In seiner Entscheidung vom 06.04.2011 (Az: 7 AZR 716/09) hat das Bundesarbeitsgericht allerdings entschieden, dass nur solche Vorbeschäftigungen für die sachgrundlose Befristung schädlich wären, die nicht mehr als drei Jahre zurückliegen würden. Dem Gesetzeszweck, Reihenbefristungen zur Umgehung des Kündigungsschutzes zu verhindern, wäre damit genüge getan.

Die einschränkende Rechtsprechung des BAG ist teilweise auf Kritik gestoßen, da sich für die durch das BAG vorgenommene Einschränkung keine Anhaltspunkte ergäben. Vielmehr sei der Gesetzestext eindeutig und würde jede Vorbeschäftigung, unabhängig wie lange diese zurückliegt, als schädlich beurteilen.

Auf Grundlage der Kritik, war zunächst das **LAG Baden-Württemberg** (Urteil vom 26.09.2013 – 6 Sa 28/13) der Rechtsprechung des BAG entgegengetreten. Nun hat auch das **LAG Hessen** mit seinem Urteil vom 11.07.2017 (Az: 8 Sa 1578/16) entgegen der Auffassung des BAG entschieden und eine sachgrundlose Befristung für unwirksam erklärt, obwohl eine Vorbeschäftigung bereits (deutlich) länger als drei Jahre zurück lag.

Konsequenzen

Zumindest in Baden-Württemberg und in Hessen sollte eine Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes nur dann abgeschlossen werden, wenn mit dem Arbeitnehmer zu keinem Zeitpunkt zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Auch in den anderen Bundesländern ist Vorsicht geboten, da sich auch das Bundesverfassungsgericht derzeit (zumindest mittelbar) mit der Frage beschäftigt, ob das Bundesarbeitsgericht die zeitliche Einschränkung entgegen des Gesetzestextes vornehmen durfte. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Bundesarbeitsgericht seine Ansicht korrigieren könnte.

Ein vorhergehendes Berufsausbildungsverhältnis stellt dagegen nach allgemeiner Ansicht kein schädliches Vorbeschäftigungsverhältnis dar. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer zunächst (zulässig und wirksam) als Leiharbeiter beim Arbeitgeber tätig wurde.

Schädliche Vorbeschäftigung bei aufschiebender Bedingung

In einer weiteren Sache musste das LAG Hessen die Frage klären, ob eine „schädliche Vorbeschäftigung“ im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorliegt, wenn der Arbeitnehmer sachgrundlos befristet eingestellt wurde und der **Arbeitsvertrag einer aufschiebenden Bedingung unterliegt, die erst nach dem tatsächlichen Arbeitsbeginn eintritt**.

Der Arbeitnehmer war vom 01. Juli 2015 bis 30. Juni 2016 ohne Vorliegen eines Sachgrundes nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristet angestellt worden. Da der Arbeitnehmer in einem sensiblen Bereich eingesetzt werden sollte, hatte er dem Arbeitgeber ein polizeiliches Führungszeugnis vorzulegen. Die Parteien hatten deshalb geregelt, dass der Arbeitsvertrag erst „wirksam werden sollte, wenn der Arbeitnehmer bis zum 15.09.2015 ein einwandfreies Führungszeugnis vorlegt“. Unabhängig von dieser aufschiebenden Bedingung hat der Arbeitnehmer am 01.07.2015 sein Arbeitsverhältnis angetreten und zum 01.08.2015 das polizeiliche Führungszeugnis vorgelegt.

Bei Ablauf der Befristung zum 30.06.2016 war der Arbeitnehmer der Ansicht, die sachgrundlose Befristung wäre aufgrund eines „schädlichen Vorbeschäftigungsverhältnisses“ nicht wirksam gewesen, da er die Arbeitsleistung bereits zum 01.07.2015 aufgenommen hatte, das Arbeitsverhältnis aufgrund der aufschiebenden Bedingung aber erst mit Vorlage des Führungszeugnisses am 01.08.2015 wirksam geworden wäre.

Dies sah das LAG Hessen in seiner Entscheidung vom 09.06.2017 (10 Sa 1554/16) anders:

Das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG sei nicht verletzt, wenn der Arbeitnehmer auf der Grundlage eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages tätig wird, der Vertrag aber eine aufschiebende Bedingung vorsieht und der Bedingungseintritt erst

(einige Wochen) später erfolgt. Ein solcher schwebend unwirksamer Arbeitsvertrag stellt kein „anderes Arbeitsverhältnis“ im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG dar.

