

NEWSLETTER - ARBEITSRECHT August 2017

Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für August 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 Landesarbeitsgericht Düsseldorf in einem Urteil vom 08.09.2016 mit der Frage befasst, inwieweit Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten des § 17 KSchG berücksichtigt werden müssen.

Im zweiten Teil unseres Newsletters stellen wir Ihnen eine aktuelle Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen, die sich mit den Voraussetzungen eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs bei verspäteter Zahlung der Vergütung auseinandersetzt.

In den Tipps erläutern wir Ihnen den Widerruf des Weihnachtsgeldes bei einer wirtschaftlichen Notlage.

Inhalt

- 1. Keine Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten einer Massenentlassungsanzeige**
(LAG Düsseldorf vom 08.09.2016 – 11 Sa 705/15)
- 2. Verzugskostenpauschale im Arbeitsrecht**
(LAG Niedersachsen vom 20.04.2017 – 5 Sa 1263/16)
- 3. Tipps: Widerruf eines Weihnachtsgeldes bei wirtschaftlicher Notlage**
(BAG vom 24.01.2017 – 1 AZR 774/14)

Keine Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten einer Massentlassungsanzeige (LAG Düsseldorf vom 08.09.2016 – 11 Sa 705/15)

Arbeitgeber, die mehr als 20 Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigen, müssen vor Ausspruch von Kündigungen nach § 17 KSchG der Arbeitsagentur Anzeige erstatten, wenn sie planen, eine größere Anzahl von Arbeitnehmern (mindestens 5) innerhalb von 30 Kalendertagen zu entlassen (**sog. Massentlassungsanzeige**). Ohne die Anzeige sind die ausgesprochenen Kündigungen **unwirksam**.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf musste sich in einer Entscheidung (Urteil vom 08.09.2016 – 11 Sa 705/15) mit der Frage befassen, inwieweit **Leiharbeitnehmer** bei den Schwellenwerten des § 17 KSchG berücksichtigt werden müssen.

Beispiel:

Ein Betrieb mit 120 eigenen Arbeitnehmern hat Ende 2014 innerhalb von 30 Kalendertagen 12 Arbeitnehmer entlassen, ohne zuvor der Arbeitsagentur eine bevorstehende Massentlassung anzuzeigen. Bei einer Betriebsgröße zwischen 61 und 499 Arbeitnehmern genügt die bevorstehende Entlassung von 10% der Belegschaft für eine anzeigepflichtige Massentlassung, wobei vorliegend 12 Arbeitnehmer von 120 Arbeitnehmern exakt 10% der Belegschaft darstellen.

Die Besonderheit im vorliegenden Betrieb war jedoch, dass zudem drei Leiharbeitnehmer beschäftigt wurden. Bei 123 Arbeitnehmern ergeben 10% jedoch 12,3 Arbeitnehmer, die für die Anzeige einer Massentlassung erforderlich wären.

Eine gekündigte Arbeitnehmerin erhob Kündigungsschutzklage, da sie die Auffassung vertrat, die Kündigung sei wegen Verstoß gegen § 17 Abs. 1 Nr. 2 KSchG unwirksam, da der Betrieb seiner Anzeigepflicht über eine Massentlassung pflichtwidrig nicht nachgekommen ist.

Wird die Arbeitnehmerin mit ihrer Argumentation Erfolg haben?

Leiharbeitnehmer als Mitarbeiter des Entleihbetriebs?

Nach § 14 Abs. 1 AÜG gehören Leiharbeitnehmer grundsätzlich dem **Betrieb ihres Arbeitgebers** an, d.h. dem Betrieb des **Verleihers** und dies auch während der Zeit ihrer Überlassung an einen Entleiher. Dennoch sind Leiharbeitnehmer faktisch in den Betrieb des Entleihers **eingegliedert** und müssen dort nach den **Weisungen** des Entleihbetriebs ihre Arbeitsleistung erbringen.

Aus diesem Grund ist anerkannt, dass Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb zwar nicht als Betriebsratsmitglied gewählt werden dürfen (§ 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG), dennoch haben sie ein **aktives Wahlrecht**, wenn sie **länger als drei Monate** beim Entleiher tätig sind (§ 7 Satz 2 BetrVG).

Auch in anderen Bereichen sind Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb bei arbeitsrechtlichen Schwellenwerten zu berücksichtigen. Dies ist relevant

- bei der Mindestanzahl von 21 Arbeitnehmern, von der gemäß § 111 Satz 1 BetrVG das Recht auf Interessenausgleichsverhandlungen und Aufstellen eines Sozialplans abhängt;
- bei der Betriebsgröße von über 10 Arbeitnehmern, die gemäß § 23 Abs. 1 KSchG Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ist;
- bei der Feststellung der Betriebsgröße, von der die Anzahl der Mitglieder des Betriebsrats abhängt;
- bei der Ermittlung der Unternehmensgröße nach § 9 Mitbestimmungsgesetz, von der es abhängt, ob die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat als unmittelbare Wahl oder als Delegiertenwahl vorzunehmen ist.

Die Frage, ob Leiharbeitnehmer bei den **Schwellenwerten des § 17 Abs. 1 KSchG** im Rahmen einer anzeigepflichtigen Massentlassung zu berücksichtigen sind, ist bislang **noch nicht entschieden** worden.

Auch bei der Änderung des AÜG zum 01.04.2017 wurde diese Frage nicht beantwortet.

LAG Düsseldorf vom 08.09.2016 – 11 Sa 705/15

Im dargestellten Beispielsfall entschied das Landesarbeitsgericht Düsseldorf, dass eine **anzeigepflichtige Massentlassung vorlag**, denn die Leiharbeitnehmer, auf die der Arbeitgeber sich berufen hatte, zählten aus seiner Sicht **nicht** bei der Betriebsgröße im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 2 KSchG mit.

Nach Ansicht des LAG Düsseldorf geht es bei der Anzeigepflicht bei Massentlassungen zunächst darum, die **Arbeitsverwaltung** möglichst früh über einen bevorstehenden Anstieg der örtlichen Arbeitslosigkeit **zu informieren**, zudem sollen die betroffenen Arbeitnehmer **kündigungsschutzrechtlich besser abgesichert** sein und schließlich sollen auch die **Betriebsräte** durch das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG besser in der Lage sein, ihre **Mitwirkungsrechte** wahrzunehmen.

Das LAG Düsseldorf ist der Auffassung, dass diese drei dargestellten Zwecke **unabhängig** davon sind, ob im Betrieb Leiharbeiter eingesetzt werden oder nicht.

Eine größere Kündigungswelle führt im Entleihbetrieb **nicht zur Entlassung** der dort eingesetzten Leiharbeiter, da diese schon gar nicht Arbeitnehmer des Entleihers, sondern des Verleihers sind. Werden Sie im Betrieb des Entleihers nicht mehr benötigt, heißt dies jedoch noch nicht, dass sie auch **beim Verleiher gekündigt** werden. Vielmehr können sie nach Abmeldung bei einem anderen Entleihbetrieb eingesetzt werden.

Auch geht eine größere Kündigungswelle in einem Entleihbetrieb oftmals an den dort eingesetzten Leiharbeitern vorbei, sodass auch die **Verbesserung des Kündigungsschutzes der betroffenen Stammarbeiter** kein Grund ist, Leiharbeiter bei den Schwellenwerten dieser Vorschrift mitzuzählen.

Schließlich ist auch dem Betriebsrat des Entleihers nicht geholfen, wenn Leiharbeiter bei der Ermittlung anzeigepflichtiger Massentlassungen mitzählen, da sie ihre Anstellung beim Verleiher behalten. Die Einbeziehung der Leiharbeiter in Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan ist damit **nicht erforderlich**.

Zusammenfassung

- Ob eine anzeigepflichtige Massentlassung vorliegt oder nicht, beurteilt sich auf der Grundlage der im Betrieb beschäftigten **Stammarbeiter**.
- **Leiharbeiter** zählen nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf **nicht dazu**.
- Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wurde zugelassen.
- Diese ist bereits beim BAG anhängig und wird in nächster Zeit entschieden werden (**Az: 2 AZR 90/17**).

Verzugskostenpauschale im Arbeitsrecht (LAG Niedersachsen vom 20.04.2017 – 5 Sa 1263/16)

Arbeitnehmer sind grundsätzlich auf eine pünktliche Gehaltszahlung angewiesen, um die monatlichen finanziellen Verpflichtungen (wie Miete, Versicherungen oder Abonnements) rechtzeitig erfüllen zu können.

Zahlt der Arbeitgeber die Vergütung zu einem späteren Zeitpunkt als vertraglich vereinbart bzw. später als zum gesetzlich vorgesehenen Fälligkeitszeitpunkt, muss der Arbeitgeber Verzugszinsen bezahlen.

Das LAG Niedersachsen musste sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befassen, ob dem Arbeitnehmer ein pauschalierter Schadensersatzanspruch in Höhe von € 40,00 gemäß § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB zusteht.

Beispiel:

Ein Betrieb im Bereich der Gebäudereinigung beschäftigt eine Arbeitnehmerin als Reinigungskraft. Die Parteien streiten sich darüber, in welcher Weise der Arbeitgeber der Mitarbeiterin monatlich die Lohnabrechnung zur Verfügung stellen muss. Der Arbeitgeber übersendet die monatlichen Vergütungsabrechnungen per Post und behält die Portokosten in Höhe von € 0,70 pro Monat vom monatlichen Nettolohn der Mitarbeiterin ein.

Da die Arbeitnehmerin mit dieser Vorgehensweise nicht einverstanden ist, klagt sie die einbehaltenen Vergütungsbestandteile für die Monate Mai und Juni 2017 ein und verlangt aufgrund der verspäteten vollständigen Gehaltszahlung eine Verzugspauschale in Höhe von jeweils € 40,00.

Wird sie mit dieser Klage vor Gericht Erfolg haben?

Pauschalierter Verzugsschaden nach § 288 Abs. 5 BGB

Nach § 288 Abs. 5 BGB hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, (außerdem) einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40,00 Euro. Dies gilt auch, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagszahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt.

Derzeit ist umstritten, ob diese Regelung, die am 29.07.2014 ins Gesetz eingefügt worden ist, auch **auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden** ist und damit einem Arbeitnehmer die Verzugskostenpauschale z.B. bei verspäteter Gehaltszahlung zusteht.

Bisherige Entscheidungen

Das LAG Baden-Württemberg (Urteil vom 13.10.2016 – 3 Sa 34/16) vertritt die Ansicht, die Verzugskostenpauschale sei auch im Arbeitsrecht anwendbar, da der Gesetzgeber **keine Bereichsausnahme** geregelt hat.

In gleicher Weise argumentiert das LAG Köln (Urteil vom 22.11.2016 – 11 Sa 524/16). Die systematische Einordnung des § 288 Abs. 5 BGB im Zusammenhang mit den gesetzlichen Regelungen zum Verzugszins sowie zum weitergehenden Verzugsschaden gebiete eine Anwendung auch auf Arbeitsentgeltansprüche.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf (Urteil vom 13.01.2017 – 14 Ca 3558/16) geht hingegen davon aus, dass die Verzugskostenpauschale **nicht** auf Arbeitsentgeltansprüche anzuwenden ist. Nach Sinn und Zweck der Norm müsse diese teleologisch reduziert werden, da im arbeitsgerichtlichen Verfahren eine Erstattung von außergerichtlich entstandenen Anwalts- und Inkassokosten nach § 12a ArbGG zumindest in erster Instanz ausgeschlossen ist.

LAG Niedersachsen vom 20.04.2017 – 5 Sa 1263/16

Im dargestellten Beispielsfall hat das LAG Niedersachsen in einer aktuellen Entscheidung der Arbeitnehmerin eine **Verzugspauschale in Höhe von jeweils € 40,00 zugestanden**, obwohl der Arbeitgeber in den jeweiligen Monaten lediglich € 0,70 zu wenig überwiesen hatte.

Zunächst stellte das LAG fest, dass § 288 Abs. 5 BGB auch im Arbeitsrecht zur Anwendung komme und eine **Bereichsausnahme nicht vorläge**. Dem Anspruch stehe insbesondere nicht § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB entgegen, der eine Anrechnungsregelung auf einen geschuldeten Schadensersatz enthält, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist.

Zudem komme eine für den Bereich des Arbeitsrechts verdrängende **analoge Anwendung** des § 12a ArbGG deswegen **nicht in Betracht**, weil es bereits bezüglich der Verzugspauschale gemäß § 288 Abs. 5 BGB an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Auch die Ausgestaltung durch die gesetzliche Neuregelung im Jahr 2014 stellt sich jetzt eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar, die eine planwidrige Regelungslücke bereits im Ansatz ausschließe.

Schließlich diene die Vorschrift der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr und der deutsche Gesetzgeber habe mit dieser Norm die Vorgaben der Richtlinie bewusst übererfüllt. Hieraus ließe sich aufgrund der historischen Auslegung der Vorschrift eindeutig schließen, dass ihr Anwendungsbereich auch im Arbeitsrecht eröffnet sei.

Schließlich erscheint es nach Ansicht des LAG nicht überzeugend, sondern im Gegenteil **systemwidrig**, wenn ein Arbeitnehmer bei verspäteter oder unvollständiger Zahlung des Arbeitsentgelts zwar den **gesetzlichen Verzugszins** gemäß § 288 Abs. 1 BGB und ggf. den weitergehenden Verzugsschaden nach § 288 Abs. 4 BGB geltend machen könnte, ihm jedoch der neue Pauschalschadensersatz nach § 288 Abs. 5 Satz 1 **verwehrt** bliebe.

Das LAG Niedersachsen hat der Klägerin schließlich die **Pauschale in voller Höhe für beide Kalendermonate** zugesagt, da eine Kürzung der Pauschale unter dem Gesichtspunkt der **äußerst geringen**, den Verzug des Arbeitgebers auslösenden Vergütungsforderung in Höhe von € 0,70 pro Monat **nicht in Betracht komme**.

Bereits der Wortlaut dieser Vorschrift gilt der Anspruch des Gläubigers auf die Verzugs-pauschale auch dann, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine **Abschlagszahlung** oder **sonstige Ratenzahlung** handelt. Aus dieser Argumentation lasse sich schließen, dass der Gesetzgeber das Problem einer geringen Entgeltforderung, die verzugsbegründend ist und die Verzugs-pauschale als Rechtsfolge auslöst erkannt habe.

Tipps: Widerruf eines Weihnachtsgeldes bei wirtschaftlicher Notlage (BAG vom 24.01.2017 – 1 AZR 774/14)

Arbeitgeber versuchen bei Leistungen, die sie ihren Mitarbeitern gewähren, einen Vorbehalt zu vereinbaren, dass erbrachte Leistungen für die Zukunft **widerrufen** werden können.

Aufgrund der Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) fällt es Arbeitgebern zunehmend schwer, **wirksame Widerrufsvorbehalte** in Arbeitsverträge aufzunehmen.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich mit der Frage befassen, unter welchen Voraussetzungen ein **Weihnachtsgeld** durch eine Klausel im Arbeitsvertrag widerrufen werden kann.

Beispiel:

Ein Unternehmen hat mit seinen Mitarbeitern Arbeitsverträge geschlossen, die unter anderem eine formularvertragliche Widerrufsklausel vorsehen, nach der der Anspruch auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes widerrufen werden kann. Diese Klausel ist folgendermaßen formuliert:

„Der Arbeitgeber behält sich vor, diese Leistung im Fall der wirtschaftlichen Notlage zu widerrufen.“

Das Weihnachtsgeld beträgt laut Arbeitsvertrag maximal 55% eines Monatsgehalts, was auf das Jahr gerechnet maximal 4% des Jahresgehaltes bedeutet.

Der Arbeitgeber teilt Ende 2016 den Mitarbeitern mit, dass er das Weihnachtsgeld für das Jahr 2016 aufgrund wirtschaftlicher Notlage widerrufe. Hintergrund ist, dass der Arbeitgeber kurz vor einer Insolvenz steht, die nur durch den Einstieg eines Investors abgewendet werden kann. Der Investor macht seinen Einstieg vom Widerruf des Weihnachtsgeldes abhängig.

Ein Mitarbeiter möchte sich mit diesem Widerruf nicht abgeben und klagt auf Zahlung des Weihnachtsgeldes, da aus seiner Sicht die Widerrufsklausel im Arbeitsvertrag intransparent sei und damit keine Wirkung entfalten dürfe.

Zu Recht?

Widerrufsvorbehalt

In allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Widerrufsvorbehalte sind wirksam,

- wenn sie nicht an einer ungewöhnlichen Stelle des Vertrages versteckt sind, denn sonst wären sie **überraschende Klauseln** und wären nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil,
- wenn sie **klar und verständlich formuliert** sind, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und
- wenn der widerrufliche Anteil der Vergütung nicht mehr als **25 – 30 % der Gesamtvergütung** des Arbeitnehmers ausmacht, denn anderenfalls ist der Widerrufsvorbehalt für den Arbeitnehmer **unzumutbar** im Sinne des § 308 Nr. 4 BGB.

Wichtig bei Widerrufsklauseln ist zudem, dass die **sachlichen Voraussetzungen eines Widerrufs** umschrieben werden, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, unter **welchen Umständen** er mit einem Widerruf rechnen muss.

Zudem soll die **Angabe des Widerrufsgrundes** den Arbeitnehmer in die Lage versetzen, die **Rechtmäßigkeit** einer darauf gestützten Widerrufserklärung zu beurteilen.

BAG vom 24.01.2017 – 1 AZR 774/14

Das Bundesarbeitsgericht entschied in dem Fall, in dem das Weihnachtsgeld aufgrund der wirtschaftlichen Notlage widerrufen werden sollte, dass der Widerrufsvorbehalt **ausreichend klar und verständlich formuliert** war und damit den gesetzlichen Anforderungen an die Transparenz einer AGB-Klausel entsprach.

Als Begründung führte es aus, dass es ausreicht, wenn der Arbeitgeber die **Richtung** angibt, aus der der Widerruf möglich sein soll, z.B. aus wirtschaftlichen Gründen, der Leistung oder dem Verhalten des Arbeitnehmers.

Zudem konnte der Klausel nach Ansicht des BAG deutlich entnommen werden, dass **keine allgemeine wirtschaftliche Notlage** gemeint war, sondern eine **Notlage des Arbeitgebers**, da gemäß der Klausel der Arbeitgeber zum Widerruf berechtigt sein sollte.

Die Widerrufsklausel war zudem inhaltlich angemessen und entsprach den Vorgaben des § 308 Nr. 4 BGB.

Die Interessenabwägung ging zu Gunsten des Arbeitgebers aus, da der Wegfall des Weihnachtsgeldes zu einer Verminderung des Jahresgehaltes von weniger als 5% geführt hat.

Schließlich war auch die Ausübung des Widerrufsrechts im November in Ordnung, da sich der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Widerrufserklärung in einer **wirtschaftlichen Notlage** befunden hat. Er befand sich in seiner Existenz bedroht und stand am Rande einer Insolvenz, die nur mit Hilfe eines Investors abgewendet werden konnte.