

Arbeitsrecht

Gefahrenzone Scheinselbstständigkeit

Bei Kooperationen mit freien Mitarbeitern, sog. freelancer, und anderen selbstständig arbeitenden gewerblichen und freiberuflichen Partnern empfiehlt sich nach wie vor eine strenge Prüfung der faktischen Beschäftigungsverhältnisse. Da es in Hinblick auf die Beschäftigungsart **keine Vertragsfreiheit** gibt, ist es grundsätzlich unerheblich, wie das jeweilige Vertragsverhältnis von den Parteien bezeichnet wird. Die Einstufung einer Tätigkeit als selbstständig, scheinselbstständig oder angestellt beschäftigt erfolgt rechtlich allein nach Art und Weise der tatsächlich zu erbringenden Leistung. Die jeweilig schriftliche Vereinbarung der Parteien hat demgegenüber lediglich Indizwirkung.

Liegen für den Auftraggeber Verdachtsmomente z.B. bei einem Vertriebsmitarbeiter, einem freien Grafiker oder Webdesigner vor, besteht dringender Bedarf, die tatsächliche Auftragslage des Mitarbeiters zu klären. Handelt es sich um eine Scheinselbstständigkeit läuft der Auftraggeber Gefahr, nicht nur die Sozialversicherungsbeiträge der letzten 4 Jahre nachzahlen zu müssen, auch das Finanzamt kann ihn zur hälftigen Lohnsteuernachzahlung heranziehen. Es drohen also erhebliche Kosten.

Auch auf Seiten des Auftragnehmers drohen Belastungen, die mit Nachzahlungen von drei Monaten der Arbeitnehmeranteile zwar niedriger ausfallen, für die oftmals finanziell angespannte Situation des „Freien“ aber nicht weniger schmerzhaft wirken.

Vertragsänderung vereinbaren oder Änderungskündigung riskieren?

Will der Arbeitgeber Veränderungen der Arbeitsbedingungen, wie zB Änderungen der Arbeitszeit, Zahlung von Zuschlägen, Streichung von Urlaubsgeld u.ä. durchsetzen, ist das Einverständnis des Angestellten notwendig. Wird das Einverständnis verweigert, kann der Arbeitgeber die Änderung nur über eine Änderungskündigung erreichen. Auf Arbeitnehmerseite sollte also gut überlegt werden, ob ein Änderungsangebot angenommen werden kann oder ob eine Änderungskündigung abgewartet werden sollte. Hierbei kommt dem Arbeitnehmer zugute, dass die Rechtsprechung insbesondere die formalen Anforderungen an die Änderungskündigung streng sieht, der Arbeitnehmer also oftmals gute Chancen hat, dass in einem Kündigungsschutzprozess die Unwirksamkeit der Änderungskündigung festgestellt wird.

So verlangt die Rechtsprechung, dass jede angestrebte Änderung einzeln einem strengen Bestimmtheitsgebot entspricht. Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Änderungswunsch führen zur Unwirksamkeit der gesamten Änderungskündigung auch wenn von mehreren gewünschten Änderungen nur eine unbestimmt war. Diese Anforderungen führen in der Praxis sehr häufig zur Unwirksamkeit von Änderungskündigungen.

Um die bei Einreichung einer Kündigungsschutzklage immer auch gegebenen Risiken eines Arbeitsplatzverlustes auszuschließen, sollte der Arbeitnehmer, gleichzeitig mit ihrer Einreichung, die Änderungskündigung gegenüber dem Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung annehmen. Gegenstand des Prozesses ist dann allein die Wirksamkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen. Sollte er den Prozess verlieren, besteht der Vertrag dann zu den geänderten Bedingungen fort. Ohne Vorbehaltserklärung führt der verlorene Rechtsstreit zum Verlust des Arbeitsplatzes. Gewinnt der Arbeitnehmer den Prozess, gelten die ursprünglichen Arbeitsbedingungen weiter.

Tarifliche Gehaltsstaffelung nach Lebensalter unwirksam

Nach einer vor wenigen Tagen veröffentlichten Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts (Urteil v. 22.04.2009 - 2 Sa 1689/08) sind tarifliche Regelungen des öffentlichen Dienstes, die die Höhe der Grundvergütung bei gleicher Tätigkeit nach Lebensalterstufen staffeln unwirksam, wenn die altersbezogene Ungleichbehandlung nicht durch konkrete Umstände „sachlich gerechtfertigt“ werde. Die Regelung des § 27 A BAT führe zu einer unmittelbaren Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer wegen ihres Alters und sei daher gemäß den §§ 1, 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) unwirksam. Da das Gesetz keine Regelung darüber enthalte, was im Falle einer Unwirksamkeit gelten solle, komme nur eine „Angleichung nach oben“ in Betracht. Nur so werde eine Benachteiligung jüngerer Angestellter gegenüber älteren Beschäftigten ausgeschlossen.

Für den verhandelten Fall bedeutet dies, dass die Eingruppierung des jüngeren Angestellten für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses nach der höchsten Altersstufe zu erfolgen habe. Das Gericht stellt außerdem klar, dass das im August 2006 in Kraft getretene Gesetz (AGG) auch für Tarifverträge gelte, die vor diesem Zeitpunkt vereinbart wurden.

All jene, deren Vertragssituation vergleichbar ist, sollten sich aber vor einer Geltendmachung der Höherstufung noch gedulden.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Entscheidung wurde die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen, ob und wann die Entscheidung damit rechtskräftig wird, bleibt also abzuwarten.

Schriftformklausel und betriebliche Übung

Die sog. „betriebliche Übung“ bewirkt, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch erwirbt, ohne dass dies in seinem Arbeitsvertrag ausdrücklich erwähnt werden müsste. Als „betriebliche Übung“ gilt die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. (Zitat: BGH, Urt.v. 28.07.2004 - 10 AZR 19/04)

Typische Beispiele hierfür sind: Vergütung für Bereitschaftsdienste, Jubiläumszuwendungen, Feiertagsregelungen, Weihnachtsgeldzahlung u.ä.. Von einer „betrieblichen Übung“ wird grundsätzlich nach dreimaliger, vorbehaltloser Gewährung ausgegangen. Sie erfolgt üblicherweise betriebsweit ohne einzelvertragliche Fixierung. Sie führt sehr schnell zu einer zusätzlichen Kostenbelastung des Arbeitgebers, die er in schlechteren Zeiten gerne vermieden hätte.

Zur Vermeidung der Etablierung einer „betrieblichen Übung“ und zur Abwehr hierauf gestützter Ansprüche der Arbeitnehmer wurde daher regelmäßig die sog. „doppelte Schriftformklausel“ in die Standard-Arbeitsverträge aufgenommen. Eine häufig genutzte Klausel dieser Art lautet beispielsweise:

> Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind, auch wenn sie bereits mündlich getroffen wurden, nur wirksam, wenn sie schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet worden sind. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis. < (meist findet sich eine derartige Klausel am Vertragsende)

Mit seinem Urteil vom 20.05.2008 hat das Bundesarbeitsgericht diese Klausel nun wegen ihrer Unklarheit bezüglich der fraglichen Geltung mündlicher Individualabreden für unwirksam erklärt.

Dies bedeutet, dass es dem Arbeitgeber bei einem Zusammentreffen von Ansprüchen aus „betrieblicher Übung“ mit einer „doppelten Schriftformklausel“ in den meisten Fällen nicht länger möglich ist, die „betriebliche Übung“ ohne Änderung der Verträge abzuschaffen

oder zu verändern. Arbeitgebern ist also bei Neueinstellungen dringend anzuraten, die bisherig formularmäßig genutzten Klauseln durch den Satz:

>Änderungen des Vertrages durch individuelle Vertragsabreden sind formlos wirksam.<

zu ergänzen. Eine „betriebliche Übung“ im Nachhinein zu beseitigen ist dagegen rechtlich schwierig und sollte nicht ohne Rechtsrat unternommen werden.

Den Arbeitnehmern kann für die Durchsetzung ihrer Ansprüche aus „betrieblicher Übung“ bei Vorliegen der weit verbreiteten „doppelten Schriftformklausel“ grünes Licht gegeben werden. Hiervon ausgenommen sind diejenigen Arbeitsverträge, die vor dem 01.01.2002 abgeschlossen wurden. Hier bleibt die oben genannte Klausel wirksam, eine Abschaffung oder Änderung der „betrieblichen Übung“ ist unter Berufung auf die Klausel möglich.

Kündigungsschutz 2. Klasse?

Das Kündigungsschutzgesetz, als der effektivste Rechtsschutz gegen Kündigungen, gilt nicht, wenn der Arbeitgeber in seinem Betrieb nicht mehr als 10 Angestellte vollzeit beschäftigt. Sind mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt, arbeiten aber einige nur halbtags oder gar stundenweise, so muss im Einzelnen berechnet werden, ob es sich um einen Kleinbetrieb handelt oder nicht.

Auch wenn mehr als 10 Arbeitnehmer vollzeit beschäftigt werden kann das Kündigungsschutzgesetz nicht angewendet werden, wenn das Arbeitsverhältnis noch nicht länger als ein halbes Jahr bestanden hat. Ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar, so gelten für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung andere Maßstäbe.

Der Arbeitnehmer ist in diesen Fällen jedenfalls vor der Willkür des Arbeitgebers geschützt. Der Schutz vor Diskriminierung ist ebenso gewährleistet wie auch eine willkürliche Sozialauswahl. Das bedeutet, dem Arbeitnehmer darf z.B. nicht allein deswegen gekündigt werden, weil er einer bestimmten Religion angehört oder weil er homosexuell ist o.ä.. Auch darf der Arbeitgeber bei einer betriebsbedingten Kündigung nicht einen erheblich weniger schutzbedürftigeren, vergleichbaren Arbeitnehmer bei der Wahl der zu kündigenden Arbeitnehmer bevorzugen. Auch gelten nach wie vor allgemeine Unwirksamkeitsvorschriften jenseits des Kündigungsschutzgesetzes (so z.B. § 612a IV BGB, § 102 BetrVG, § 9 MuSchG etc.)

Corinna Maria Poth

Rechtsanwältin

Um sein Recht durchzusetzen bedarf es aber regelmäßig größerer Umsicht, als dies bei Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes der Fall wäre. Insbesondere die Fragen zur Darlegungs- und Beweislast, d.h. die Frage wer was wann vortragen muss, spielen bei der gerichtlichen Prüfung oftmals die entscheidende Rolle.