

***Höchstrichterliche  
Entscheidungen***

**Wegen Krankheit nicht genommener Jahresurlaub ist abzugelten**

**EuGH, Urteil vom 20.01.2009, C 350/06**

**Arbeitnehmer haben auch dann Anspruch auf den gesetzlichen Jahresurlaub, wenn sie während des gesamten Kalenderjahres einschließlich des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig sind und die Arbeitsunfähigkeit auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses andauert. Der nicht genommene Jahresurlaub ist in diesen Fällen abzugelten.**

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat festgestellt, dass einem Arbeitnehmer, der während des gesamten Bezugszeitraums und über einen im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraum hinaus krankgeschrieben ist, jede Möglichkeit genommen ist, in den Genuss seines bezahlten Jahresurlaubs zu kommen. Dies gilt auch für einen Arbeitnehmer, der während eines Teils des Bezugszeitraums gearbeitet hat, bevor er krankgeschrieben wurde.

Der Entscheidung, um die im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf ersucht hatte, lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Ein schwerbehinderter Arbeitnehmer war von September 2004 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses im September 2005 fortlaufend arbeitsunfähig krankgeschrieben. Zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dauerte die Arbeitsunfähigkeit an. Mit seiner Klage verlangte der Arbeitnehmer Abgeltung des noch offenen Urlaubs aus den Jahren 2004 und 2005. Der Arbeitgeber verweigerte die Abgeltung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Unerfüllbarkeit von Urlaubsansprüchen bzw. Urlaubsabgeltungsansprüchen bei Krankheit. Das LAG Düsseldorf hielt diese Rechtsprechung für unvereinbar mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG.

Mit seiner Vorabentscheidung ist der EuGH der kritischen Sichtweise des LAG Düsseldorf gefolgt. In seinem Urteil verweist der Gerichtshof zunächst darauf, dass der Anspruch auf Krankheitsurlaub und die Modalitäten für seine Ausübung vom Gemeinschaftsrecht nicht geregelt seien. Dennoch würden die Anwendungsmodalitäten des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub bestimmten – europarechtlich zu beurteilenden – Grenzen unterliegen. So dürfe der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einem ordnungsgemäß krankgeschriebenen Arbeitnehmer nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass er während des in einem

Mitgliedstaat festgelegten Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet habe. Folglich könne ein Mitgliedstaat den Verlust des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub am Ende eines Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums nur unter der Voraussetzung vorsehen, dass der betroffene Arbeitnehmer tatsächlich die Möglichkeit gehabt habe, seinen Urlaubsanspruch auszuüben. Ein Arbeitnehmer, der aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht in der Lage war, den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auszuüben, sei folglich genauso zu stellen, als hätte er diesen Anspruch während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses ausgeübt. Somit sei eine Urlaubsabgeltung auch im Fall fortdauernder Erkrankung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen. Für die Berechnung der Vergütung des nicht genommenen Jahresurlaubs sei das gewöhnliche Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers maßgebend.

Das LAG Düsseldorf hat bereits auf die Vorabentscheidung des EuGH reagiert und eine Sachentscheidung getroffen. Darin betont es, dass die vom EuGH entwickelten Grundsätze nur für den gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen (vgl. § 3 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz) und nicht auch für einen vertraglichen oder tariflichen Mehrurlaub gelten.

*Offen bleibt die Frage, wie hinsichtlich des Abgeltungsanspruchs zu verfahren ist, wenn die Erkrankung auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch andauert. Bisläng ging das Bundesarbeitsgericht auch dann von einer Unerfüllbarkeit des Abgeltungsanspruchs aus. Im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH ist jedoch äußerst fraglich, ob diese Rechtsprechung noch aufrechterhalten werden kann.*

**Praktikerhinweis:**

Scheidet ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis aus und konnte er aufgrund Erkrankung seinen Jahresurlaub nicht nehmen, so ist dieser abzugelten. Eine entsprechende Pflicht zur Abgeltung des ungenommenen Jahresurlaubs besteht aber nur in Höhe des gesetzlichen Jahresurlaubs (5-Tage-Woche: 20 Urlaubstage jährlich; 6-Tage-Woche: 24 Urlaubstage jährlich). Darüber hinausgehender Urlaub muss nicht abgegolten werden.

*Prof. Dr. Renate Dendorfer*

**Gewährt Art. 4 II der Richtlinie 2001/23/EG einen Entschädigungsanspruch nach Verschlechterung der Arbeitsbedingungen als Folge eines Betriebsübergangs?****EuGH vom 27.11.2008, C-396/07****Die Entscheidung des EuGH zeigt, dass das deutsche Recht europarechtskonform ist. Aus Art. 4 II der Richtlinie folgt zunächst kein Entschädigungsanspruch. Einen solchen sieht auch das deutsche Recht nicht vor. Nach der Richtlinie stehen dem Arbeitnehmer bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Ansprüche zu, die bei einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung bestünden.**

Im Verfahren vor dem EuGH C-369/07 ging es u.a. um die Auslegung des Art. 4 II der Richtlinie 2001/23/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer im Rahmen eines Betriebsübergangs. Das Gericht hatte einen Fall von Ansprüchen einer finnischen Arbeitnehmerin zu verhandeln, die ihren Arbeitsvertrag wegen der Verschlechterung von Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang fristlos gekündigt hatte. Sie verlangte a) die Bezahlung ihres Lohnes für den Zeitraum der Frist einer ordentlichen Kündigung sowie b) Urlaubsentschädigung und c) zusätzlich Entschädigung in Höhe von 14 Monatsgehältern für die rechtswidrige Beendigung des Arbeitsvertrages (Solche Ansprüche auf Entschädigung sind nach finnischem Recht möglich, wenn der Arbeitnehmer selbst berechtigterweise das Arbeitsverhältnis kündigt oder wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis unberechtigterweise kündigt). Sie war der Auffassung, dass sich diese Entschädigungsansprüche aus der Richtlinie 2001/23/EG ergäben.

Die finnischen Gerichte wiesen die Klage durch die Instanzen hinsichtlich aller drei Entschädigungsansprüche ab. Sie verneinten die Auffassung, dass Art. 4 II der Richtlinie solche Ansprüche auf Entschädigung gewähre, da eine Entschädigung bei gesetzeskonformem Verhalten ausgeschlossen sei.

Das Revisionsgericht legte die Rechtsfrage dem EuGH vor:

**Entscheidung des EuGH:**

Die Klägerin hat nach dem Urteil des EuGH im vorliegenden Fall einen Anspruch auf Zahlung von Lohn während der einzuhaltenden Kündigungsfrist, nicht aber weitergehende Entschädigungsansprüche (Urlaubsentschädigung sowie Entschädigung wegen rechtswidriger Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Höhe von 14 Monaten).

Der EuGH stützt dieses Ergebnis auf Art. 4 II der Richtlinie, der wie folgt lautet: „Kommt es zu einer Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses, weil der Übergang eine wesentliche Änderung zum Nachteil des Arbeitnehmers zur Folge hat, so ist davon auszugehen, dass die Beendigung des Arbeitsvertrags oder

Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erfolgt ist“.

Nach dem EuGH steht dem Arbeitnehmer aufgrund Art. 4 II der Richtlinie das zu, was das nationale Recht an die rechtmäßige Beendigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber knüpft, also Zahlung von Arbeitslohn und andere Vergünstigungen während der einzuhaltenden Kündigungsfrist. Dies gilt offenbar unabhängig davon, ob ein gesetzeskonformes Verhalten auf Arbeitgeberseite vorliegt oder nicht. Weitere Entschädigungsansprüche ergeben sich jedoch laut EuGH nicht aus Art. 4 II.

#### **Praktikerhinweis:**

Die Entscheidung des EuGH bestätigt die deutsche Gesetzeslage, da diese dem Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht einräumt. Der Arbeitnehmer hat bei Ausspruch eines Widerspruchs die Ansprüche auf Weiterzahlung des Lohnes gegenüber dem Betriebsveräußerer, bis dieser ihm wirksam betriebsbedingt unter Einhaltung der geltenden Kündigungsfrist kündigt.

Im Vergleich zu Regelungen in anderen europäischen Mitgliedstaaten hat dies sogar den Vorteil, dass dem Arbeitnehmer nicht zugemutet wird, ein erzwungenes Vertragsverhältnis mit dem neuen Betriebsinhaber einzugehen. Außerdem bestärkt die Entscheidung des EuGH entsprechend der deutschen Rechtslage die Betriebsinhaber und –erwerber, wenn er Entschädigungsansprüche auf der Grundlage der Richtlinie verneint.

*Dr. Harald Guha*

*Susanne Fritz*

#### **Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats zu personeller Maßnahme nach § 99 BetrVG bedarf keiner eigenhändigen Unterschrift**

**BAG, Beschluss vom 09.12.2008, 1 ABR 79/07**

**Das Schriftlichkeitsgebot des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG für die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zu einer personellen Einzelmaßnahme wird auch durch die Einhaltung der „Textform“ gemäß § 126 b BGB erfüllt.**

§ 126 b BGB regelt mit der Textform einen neuen Formtyp der lesbaren, aber unterschriftslosen Erklärung. Sie muss zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen abgegeben werden und kann daher auch in E-Mails oder einem Computer-Fax enthalten sein. Die Textform nach dieser Formvorschrift gewährleistet die Informationsfunktion, die nach dem BAG für die Betriebsparteien ausreichend ist. Es ge-

nügt daher, dass die Erklärung des Betriebsrats in einer dauerhaft lesbaren Form abgegeben wird, die Person des Erklärenden genannt und mit Namen, einer Grußformel oder der Funktionsbezeichnung der Abschluss des Textes markiert ist.

Nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat der Betriebsrat („BR“) dem Arbeitgeber die Verweigerung seiner Zustimmung zu einer Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung oder Versetzung „schriftlich“ mitzuteilen. Diese Erklärung ist nach der aktuellen Rechtsprechung nicht nur dann schriftlich, wenn sie vom Betriebsratsvorsitzenden eigenhändig mit seiner Namensunterschrift versehen ist, sondern auch dann, wenn sie der Textform des § 126 b BGB genügt.

**Praktikerhinweis:**

Arbeitgeber sind gut beraten, wenn sie an die Förmlichkeiten von Äußerungen des Betriebsrats relativ geringe Anforderungen stellen. Gerichtliche Anträge von Arbeitgebern auf Feststellung, dass die Zustimmung des BR als erteilt gilt bzw. auf gerichtliche Ersetzung der Zustimmung haben wenig oder keine Aussicht auf Erfolg.

*Ute Bilger-Jung*

**Gewerkschaften dürfen regelmäßig Werbe-E-Mails an Arbeitnehmer versenden**

**BAG, Urteil vom 20.01.2009, 1 AZR 515/08**

**Eine tarifzuständige Gewerkschaft ist berechtigt, Arbeitnehmern über deren dienstliche E-Mail-Adressen regelmäßig Werbung und Informationen zuzuschicken. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber die private Nutzung der E-Mail-Adressen untersagt hat.**

Der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat kürzlich mit einem Urteil die Rechte von Gewerkschaften zur Durchführung von Werbemaßnahmen und zur Informations-Vermittlung in Betrieben gestärkt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, ein IT-Unternehmen mit mehr als 3.000 Mitarbeitern, hatte Anfang 2007 ein Standortkonzept aufgestellt, das die Schließung mehrerer Standorte und die Versetzung von Arbeitnehmern vorsah. Die beklagte Gewerkschaft *ver.di* verschickte darauf an alle Mitarbeiter der Klägerin E-Mails über deren dienstliche E-Mail-Adressen, mit denen sie die Belegschaft über ihren gewerkschaftlichen Standpunkt zu den geplanten Maßnahmen, ihre Verhandlungsziele und die weitere

Vorgehensweise informierte. Des Weiteren bot sie den Mitarbeitern Kontaktmöglichkeiten an und bezeichnete die für die Gewerkschaft handelnden Personen.

Mit ihrer Klage wollte die Klägerin der Gewerkschaft untersagen lassen, unaufgefordert E-Mails an die dienstlichen E-Mail-Adressen ihrer Mitarbeiter zu versenden. Sie berief sich darauf, dass die E-Mail-Aktion einen Eingriff in ihr Eigentumsrecht und ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstelle. Außerdem habe die Übersendung der E-Mails einen erheblichen Kostenaufwand verursacht.

Die Unterlassungsklage führte im Revisionsverfahren nicht zum Erfolg. Entgegen der Entscheidungen der Vorinstanzen wies das BAG die Klage ab.

Nach Auffassung des 1. Senats darf sich die für ein Unternehmen tarifzuständige Gewerkschaft an dessen Arbeitnehmer wenden und über deren betriebliche E-Mail-Adressen gewerkschaftliche Werbung und Informationen verbreiten. Dies soll auch dann gelten, wenn der Arbeitgeber der Belegschaft die Nutzung von E-Mails zu privaten Zwecken verboten hat. Das BAG sieht in der Art der Kontaktaufnahme der Gewerkschaft mit den Arbeitnehmern über E-Mail-Verkehr einen Teil der durch Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz geschützten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaft. Das Eigentumsrecht des betroffenen Arbeitgebers (Artikel 14 GG) sowie dessen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Artikel 2 Abs. 1 GG) müssten gegenüber der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit jedenfalls zurücktreten, solange der E-Mail-Versand nicht zu nennenswerten Betriebsablaufstörungen oder spürbaren, der Gewerkschaft zuzurechnenden wirtschaftlichen Belastungen führt. Im entschiedenen Fall hatte die Klägerin weder konkrete Störungen des Betriebsablaufs noch messbare wirtschaftliche Nachteile vorgetragen, so dass sie von der beklagten Gewerkschaft keine Unterlassung des Versands von E-Mails an die Arbeitnehmer verlangen konnte.

#### **Praktikerhinweis:**

Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt in der grundrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften, die vom BAG regelmäßig hoch gehalten wird. Auf der Arbeitnehmerseite geht es um den schlichten Empfang von nicht angeforderten E-Mails der Gewerkschaft, der ohne weitere Aktionen der Empfänger wie Ausdrucken, Abspeichern, Weiterleiten, Antworten etc. keine nennenswerten wirtschaftlichen Nachteile für den Arbeitgeber mit sich bringen dürfte. Zur Vermeidung unnötiger Inanspruchnahme von Speicherkapazität auf Servern des Arbeitgebers könnten die Arbeitnehmer angewiesen werden, per E-Mail eingehende gewerkschaftliche Werbung und Information nach Kenntnisnahme zu löschen. Ebenso wäre an ein Verbot der Abspeicherung gewerkschaftlichen Materials zu denken.

Festzuhalten bleibt, dass die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von gewerkschaftlicher Werbung und Information im Betrieb relativ großzügig ist. Nach einer Ent-

scheidung des Bundesverfassungsgerichts ist die Verteilung von Werbung selbst innerhalb der Arbeitszeit zulässig, wenn die Arbeitsleistung der umworbenen Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt wird (BVerfG 14.11.95 – 1 BvR 601/92).

*Ute Bilger-Jung*

**Andere  
Arbeitsgerichte**

**Mitarbeiter trägt Überwachungskosten bei unzulässiger Krankmeldung**

**LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.08.2008, 7 Sa 197/08**

**Verletzt ein Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten dadurch, dass er eine Arbeitsunfähigkeit vortäuscht, so ist er dem Arbeitgeber zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Hierunter fallende Detektivkosten müssen dann ersetzt werden, wenn eine vernünftige, wirtschaftlich denkende Person nach den Umständen des Falls zur Beseitigung der Störung bzw. zur Schadenverhütung diese Aufwendungen als nicht nur zweckmäßig, sondern auch als erforderlich ansehen durfte.**

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Rheinland-Pfalz stellte fest, dass die Beauftragung eines Detektivbüros zum Nachweis einer vertragswidrigen Tätigkeit des Arbeitnehmers auch im Hinblick auf einen längeren Zeitraum als erforderlich angesehen werden darf. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Arbeitgeber mit der Einwendung des Arbeitnehmers rechnen muss, er habe nur ausnahmsweise und einmalig sowie für kurze Zeit entgegen seiner Krankmeldung eine Arbeit verrichten können.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Nach erfolgter Krankmeldung wurde der als Zeitungsausträger angestellte Arbeitnehmer trotz seiner Arbeitsunfähigkeit beobachtet, wie er zusammen mit seiner Ehefrau – die für den Arbeitnehmer als Aushilfskraft eingestellt war – Zeitungen austrug. Darauf hin beauftragte die Arbeitgeberin ein Detektivbüro mit der Beobachtung des Arbeitnehmers. Dieses konnte ermitteln, dass der Arbeitnehmer in zumindest zwei weiteren Nächten genau jene Tätigkeit verrichtete, die er arbeitsvertraglich hätte erbringen müssen und für die er sich arbeitsunfähig gemeldet hatte.

Der Arbeitnehmer entgegnete im Kündigungsschutzprozess, dass es für einen Schadensersatzanspruch seines Arbeitgebers an einer vorsätzlichen Vertragsverletzung fehle, da er seine Arbeitsunfähigkeit nicht vorgetäuscht habe. Laut seines At-

tests sei er während seiner Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage gewesen, seiner Tätigkeit vollumfänglich nachzukommen. Jedoch sei es ihm möglich gewesen, seiner Ehefrau für knapp zwei Stunden täglich beim Austragen der Zeitungen zu helfen. Außerdem trug der Arbeitnehmer vor, dass eine Beauftragung des Detektivbüros für einen zweiten Tag nicht mehr erforderlich gewesen sei und entsprechende Kosten daher von ihm nicht ersetzt werden müssten.

Das LAG stellte jedoch entgegen der Auffassung des Arbeitnehmers fest, dass sich keine vernünftige, wirtschaftlich denkende Person darauf hätte beschränken müssen, das Detektivbüro lediglich für eine Nacht zu beauftragen und sich mit einer ersten Feststellung zu begnügen. Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer in seiner Berufungsbegründung unter anderem geltend machte, er habe die fragliche Tätigkeit lediglich über einen kurzen Zeitraum ausgeübt, zeigt, dass ein für die Arbeitgeberin handelnder objektiver, vernünftiger Dritter mit der prozessualen Einwendung des Klägers rechnen musste.

Des Weiteren stellte das LAG fest, dass mit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in der Regel attestiert wird, dass ein Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitstätigkeit aus Krankheitsgründen generell nicht ausüben kann. Macht der Arbeitnehmer demgegenüber geltend, ihm seien aus medizinischer Sicht weniger Arbeitsstunden täglich möglich gewesen, trägt er hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

**Praktikerhinweis:**

1. Besteht die Gefahr, dass eine nachgewiesene arbeitsvertragliche Pflichtverletzung seitens des Arbeitnehmers als einmaliger Vorfall deklariert wird, können eventuelle Überwachungsmaßnahmen über einen längeren Zeitraum angeordnet werden. Sollte sich der Verdacht einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung bestätigen, so trägt die Kosten hierfür der Arbeitnehmer.
2. Aufgrund der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer generell seine Tätigkeit nicht ausüben kann. Beruft er sich darauf, dass er trotzdem im geringen Maß seiner Arbeit nachgehen könne, so trägt er hierfür die Beweislast.

*Thomas Krebs*

**Strenge Anforderungen an Vergütungen für Praktikum, Volontariat und sog. Einfühlungsverhältnisse****Arbeitsgericht Kiel vom 05.01.2009, 4 Ca 1187 d/08**

**In so genannten Praktikantenverhältnissen muss der Ausbildungszweck deutlich überwiegen gegenüber den für den Betrieb erbrachten Leistungen. Ist der Beschäftigte unabhängig von der Bezeichnung im Vertrag ein Arbeitnehmer, ist er als solcher zu vergüten. Unzureichende Vergütungen sind sittenwidrig und stellen einen unzulässigen Lohnwucher dar.**

Das ArbG Kiel entschied in einem Rechtsstreit zwischen einem formell als Praktikanten Beschäftigten und einem Altenheimbetreiber. Das für ein knappes Jahr angesetzte Praktikum mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden sah eine Vergütung von EUR 200 monatlich vor. Für den Fall, dass das Praktikum erfolgreich absolviert würde, war ein Ausbildungsplatz für eine 18-monatige Ausbildung zum Altenpflegehelfer in Aussicht gestellt. Der Praktikant wurde in den Dienstplänen des Zweckverbandes geführt und hatte die Tätigkeiten eines Wohnbereichshelfers erbracht.

Nachdem ein Ausbildungsvertrag nicht zustande kam, machte der Praktikant die für einen Wohnbereichshelfer übliche Vergütung in Höhe von monatlich EUR 1.286 brutto geltend. Er obsiegte in vollem Umfang. Das Gericht sah das Vertragsverhältnis entgegen der anders lautenden Vereinbarung als Arbeitsverhältnis an und stellte dabei auf die praktische Durchführung des Vertragsverhältnisses ab. Das Gericht stellte weiter ein Missverhältnis zwischen der eigentlichen Ausbildungsdauer zum Altenpflegehelfer und der Dauer des angeblichen Praktikums fest. Da zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestand, war die Vergütungsvereinbarung sittenwidrig, somit unwirksam und stellte unzulässigen Lohnwucher dar.

Die Entscheidung aus Kiel steht in Übereinstimmung mit jüngeren Urteilen aus verschiedenen Landesarbeitsgerichtsbezirken. Trotz zahlreicher Medienberichte scheint die Praxis unbezahlter oder gering vergüteter Probearbeitsverhältnisse, Volontariate und so genannter Einfühlungsverhältnisse - auch im Bereich von Hochschulabsolventen - weit verbreitet. So hatte beispielsweise das LAG Baden-Württemberg am 28.2.2008 (5 Sa 45/07) im Falle eines sechsmonatigen so genannten Praktikums im PR/Eventbereich eines Unternehmens, dem ein festes Arbeitsverhältnis folgen sollte, betont, dass eine Vergütung von EUR 375 monatlich sittenwidrig sei, wenn der Ausbildungszweck und vereinbarte Ausbildungsziele nicht im Vordergrund stünden, sondern die für den Betrieb erbrachten Leistungen und Arbeitsergebnisse deutlich überwiegen. Vereinzelt wird bei kurzen Einfühlungsverhältnissen - bis zu einer Woche - auch großzügiger für den Arbeitgeber entschieden. So hat das LAG Bremen am 25.7.2002 entschieden, dass Arbeitnehmer wäh-

rend kurzer Einfühlungsverhältnisse keinen Lohnanspruch erwerben und zwar auch dann nicht, wenn sie in dieser Zeit für den Arbeitgeber verwertbare bzw. nützliche Tätigkeiten verrichteten. Höchststrichterlich ist die Frage bisher nicht entschieden.

Von „Lohnwucher“ wird in der Regel ausgegangen, wenn sich ein auffälliges Missverhältnis beim Einsatz der menschlichen Arbeitskraft zu deren Vergütung im Rahmen des § 138 BGB objektiv strukturieren lässt. Die Handhabung der letzten Jahrzehnte zeigt, dass die äußerste Grenze tolerabler Unterschreitung der als maßgebliche Bezugsgröße herangezogenen Tariflöhne oder sonstiger üblicher Vergütungen regelmäßig bei einem Drittel zu ziehen ist. Sittenwidrigkeit gibt es auch bei Ausbildungsvergütungen, z.B. wenn die Vergütungen mehr als 20 % unter der Empfehlung der zuständigen Berufskammer liegen. Nicht übersehen werden darf bei Lohnwucher auch die mögliche Strafbarkeit gem. § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

**Praktikerhinweis:**

Bei der Beschäftigung von Praktikanten ist darauf zu achten, dass der Inhalt des Vertragsverhältnisses nicht überwiegend in fachspezifischen Aufgaben, sondern in der umfassenden Vermittlung praktisch notwendigen Wissens für eine spätere Beschäftigungs- oder Ausbildungsaufnahme besteht. Schädlich sind typische Merkmale des Arbeitsverhältnisses wie Weisungsabhängigkeit, Eingliederung in die Organisations- und Dienstpläne, regelmäßige betriebliche tägliche Arbeitszeit und die Übertragung allgemeiner Aufgaben aus dem Bereich des Arbeitgebers. In die schriftliche Vereinbarung mit dem Praktikanten sollten hingegen den Ausbildungszweck charakterisierende Regelungen aufgenommen werden. Kurze Einfühlungsverhältnisse müssen sich darauf beschränken, den Betrieb kennen zu lernen und die Voraussetzungen der Zusammenarbeit für ein späteres Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis abzuklären. Infrage kommt dies insbesondere bei Arbeitnehmern, die länger keine Arbeit hatten oder berufsfremd sind.

*Reinhold Kopp*

*Arbeitsrecht  
in der Praxis***Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld – Ein Überblick**

Die Auswirkungen der internationalen Finanz- und Wirtschaftskrise sind in aller Munde und inzwischen auch im betrieblichen Umfeld nicht mehr zu übersehen. Auch deutsche Unternehmen haben mit Auftragsrückgängen zu kämpfen. In dieser Situation kann Kurzarbeit helfen, übereilte Entlassungen zu vermeiden. Die Agentur für Arbeit übernimmt dabei einen Teil des Lohnes/Gehalts – das Kurzarbeitergeld. Im Folgenden gilt es, die Begriffe Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld vorzustellen und deren rechtliche Voraussetzungen aufzuzeigen.

**I. Begriff der Kurzarbeit**

Unter Kurzarbeit wird allgemein eine vorübergehende **Verkürzung der betriebsüblichen normalen Arbeitszeit mit der Folge einer entsprechenden Entgeltkürzung** verstanden. Für den Begriff der Kurzarbeit ist es dabei unerheblich, in welchem Ausmaß die Arbeit verkürzt wird. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob dies bei allen oder nur einem Teil der Belegschaft erfolgt (organisatorisch abgrenzbare Teile eines Betriebs), ob völlige Nichtarbeit oder nur eine geringe Reduktion der Arbeitszeit angeordnet wird. Zweck der Kurzarbeit ist eine vorübergehende, jedoch keine dauernde wirtschaftliche Entlastung des Betriebes durch Senkung der Personalkosten unter gleichzeitiger Erhaltung der Arbeitsplätze.

**II. Arbeitsrechtliche Grundlage für die Einführung von Kurzarbeit**

Da die Kurzarbeit die vertraglich vereinbarte normale Arbeitszeit verkürzt, **verändert** sie einen **wesentlichen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses**. Folglich ist der **Arbeitgeber nicht zur einseitigen Einführung von Kurzarbeit berechtigt**. Deshalb bedarf die Einführung von Kurzarbeit einer Rechtsgrundlage.

Eine entsprechende **Rechtsgrundlage** kann sich aus Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einer einzelvertraglichen Regelung ergeben. Da der Arbeitsvertrag aber in den meisten Fällen dem Arbeitgeber kein Recht zur Einführung von Kurzarbeit einräumen wird, bedarf es des Einverständnisses der betroffenen Arbeitnehmer. Solch eine Vereinbarung müsste allerdings **mit jedem der betroffenen Arbeitnehmer individuell geschlossen** werden.

Liegt keine vertragliche Vereinbarung mit den betroffenen Arbeitnehmern vor oder wird eine solche von den Arbeitnehmern verweigert, so bedarf es zur Einführung der Kurzarbeit einer Änderungskündigung. Eine betriebsbedingte **Änderungskündigung** ist aber nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber darauf beschränkt, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss. Insofern dürfen dem Arbeitgeber keine **milderen Mittel zur Verfügung stehen, um Auftragsrückgänge oder andere wirtschaftliche Nachteile zu kompensieren** (z.B. Abfeiern von Überstunden; Anordnung von Betriebsferien, flexible Arbeitszeitgestaltung, etc.). Die Erfolgsaussichten einer solchen

Änderungskündigung dürften in der Regel als äußerst gering einzuschätzen sein.

Des Weiteren ist nicht auszuschließen, dass der Arbeitgeber **bei Ausspruch von Änderungskündigungen im Rahmen des § 17 KSchG gegenüber der Agentur für Arbeit eine vorsorgliche Anzeige wegen Massenentlassung erstatten** muss.

### III. Kurzarbeitergeld

Arbeitnehmer haben einen **Anspruch auf Kurzarbeitergeld**, wenn (1) ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt, (2) die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind, (3) die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und (4) der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist, § 169 S. 1 SGB III.

Es ist zu beachten, dass ein **Arbeitsausfall nur dann erheblich ist, wenn er unvermeidbar ist**, § 170 Abs. 1 Nr. 3 SGB III. Vermeidbar ist ein Arbeitsausfall z.B. dann, wenn die Anordnung der Kurzarbeit durch Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ganz oder teilweise verhindert werden könnte, soweit vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmer der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen, § 170 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III. Das Gleiche gilt, wenn zulässige Arbeitszeitschwankungen im Betrieb genutzt werden können, § 170 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 SGB III. So kann der Arbeitgeber z.B. angehalten sein, mit der Bildung von Arbeitszeitkonten die Arbeitszeit zu flexibilisieren. Insgesamt ist festzuhalten, dass alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen sind, um den Arbeitsausfall zu verhindern.

Des Weiteren liegt ein **erheblicher Arbeitsausfall** auch nur dann vor, wenn im Anspruchszeitraum mindestens ein Drittel der in dem Betrieb/der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmer von einem **Entgeltausfall von jeweils mehr als 10%** ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sind, § 170 Abs. 1 Nr. 4 SGB III. BEACHTEN: Im Rahmen des Konjunkturpakets II der Bundesregierung wurde jedoch beschlossen, dass ab dem 01.02.2009 auch ein Entgeltausfall von mehr als 10% ohne Berücksichtigung der Drittelgrenze ausreichend ist. Die Bundesagenturen für Arbeit haben Anweisungen, Anzeigen über Arbeitsausfall, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts wegen der fehlenden Drittelregelung abgelehnt wurden, unter den erleichterten Voraussetzungen nochmals zu überprüfen.

Auch zu beachten ist, dass ein Entgeltausfall nur dann vorliegt, wenn die Kurzarbeit wirksam eingeführt werden kann. Stellen sich z. B. darauf abzielende Änderungskündigungen als unwirksam dar, liegt kein Entgeltausfall vor, da der Arbeitgeber zur Entgeltzahlung nach § 615 BGB verpflichtet ist.

Daher ist festzuhalten, dass der **Anspruch auf Kurzarbeitergeld nur dann besteht, wenn die Anordnung der Kurzarbeit wirklich das letztmögliche Mittel ist, wirtschaftliche Nachteile für die Gesellschaft zu vermeiden.**

Außerdem ist der **Arbeitsausfall der zuständigen Agentur für Arbeit schriftlich anzuzeigen**, § 173 Abs. 1 S. 1 SGB III. Dabei hat der Arbeitgeber die Voraussetzun-

gen für den Anspruch durch Angaben zur Auftragslage, Urlaubsgewährung, etc. glaubhaft zu machen. Das Unterlassen der Anzeige kann zu **Schadensersatzansprüchen der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber** führen.

Die Anzeige über Arbeitsausfall und die Beantragung von Kurzarbeitergeld (Leistungsantrag) sind zwei getrennte Vorgänge. Hilfreich sind in diesem Zusammenhang die von der Bundesagentur für Arbeit über das Internet zur Verfügung gestellten Formulare.

Link:

[http://www.arbeitsagentur.de/nn\\_26728/Navigation/zentral/Formulare/Unternehmen/Kurzarbeitergeld/Kurzarbeitergeld-Nav.html](http://www.arbeitsagentur.de/nn_26728/Navigation/zentral/Formulare/Unternehmen/Kurzarbeitergeld/Kurzarbeitergeld-Nav.html)

Das Kurzarbeitergeld wird für den Arbeitsausfall während der Bezugsfrist geleistet (§ 177 SGB III). Es wird frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Anzeige über den Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Die Regelbezugsfrist für das Kurzarbeitergeld beträgt maximal sechs Monate (§ 177 Abs. 1 SGB III). Diese Frist bezieht sich nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer, sondern auf den Betrieb. Aufgrund der am 26.11.2008 erlassenen und am 01.01.2009 in Kraft getretenen Verordnung über die **Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld, verlängert sich diese auf 18 Monate, wenn der Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31.12.2009 entstanden ist.**

Die **Höhe des Kurzarbeitergeldes** orientiert sich an der Höhe des Arbeitslosengeldes. Es beträgt gemäß § 178 SGB III 67% bzw. 60% der Nettoentgeltdifferenz.

Während des Bezugs von Kurzarbeitergeld besteht das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis in allen Zweigen der **Sozialversicherung** fort. In der gesetzlichen Kranken-, Renten- und sozialen Pflegeversicherung unterliegen das tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt und das Kurzarbeitergeld der Beitragspflicht. Die Monate in denen der Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld erhält, werden hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosengeld wie volle Arbeitsmonate ohne Entgeltkürzung gerechnet. Aufgrund der Änderungen durch das Konjunkturpaket II kann der **Arbeitgeber** seit dem 01.02.2009 **beantragen, dass ihm 50% der von ihm zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge** in pauschalierter Form **erstattet werden**. Unterstützt der Arbeitgeber Qualifizierungsmaßnahmen während des Bezugs des Kurzarbeitergeldes, können diese Sozialversicherungsbeiträge sogar in voller Höhe erstattet werden.

*Prof. Dr. Renate Dendorfer*

*Thomas Krebs*

### Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Employment and Human Resources unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: [reinhold.kopp@heussen-law.de](mailto:reinhold.kopp@heussen-law.de) (Büro Berlin), [ralf.busch@heussen-law.de](mailto:ralf.busch@heussen-law.de) oder [renate.dendorfer@heussen-law.de](mailto:renate.dendorfer@heussen-law.de) (Büro München), [harald.guha@heussen-law.de](mailto:harald.guha@heussen-law.de) (Büro Frankfurt) oder [ute.bilger-jung@heussen-law.de](mailto:ute.bilger-jung@heussen-law.de) (Büro Stuttgart).

### Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

### Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
 Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

### *Geschäftsführung:*

RA Dr. Christof Schmidt

### Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:

Dr. Ralf Busch  
 Prof. Dr. Renate Dendorfer LL.M. MBA  
**Büro München:**  
 Brienner Straße 9 / Amiraplatz  
 80333 München  
 Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0  
 Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

Dr. Harald Guha  
**Büro Frankfurt:**  
 Platz der Einheit 2  
 60327 Frankfurt am Main  
 Telefon: +49 (0) 69 15 242-0  
 Telefax: +49 (0) 69 15 242-111

Ute Bilger-Jung  
**Büro Stuttgart:**  
 Friedrichstraße 14  
 70174 Stuttgart  
 Telefon: +49 (0) 711 2 28 40-0  
 Telefax: +49 (0) 711 2 28 40-111

Reinhold Kopp  
**Büro Berlin:**  
 Lise-Meitner-Straße 1  
 10589 Berlin  
 Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10  
 Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

### Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Arbeitsrecht im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.