

Recht

Personalkosten senken

vbw

Info Recht
Stand: April 2025

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Um die Information an einen sich wandelnden Rechtsrahmen und an die höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen, überarbeiten wir unsere Broschüre regelmäßig. Bitte informieren Sie sich über die aktuelle Version auf unserer Homepage www.vbw-bayern.de/InfoRecht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

Vorwort

Personalkosten optimieren – Kapazitäten anpassen

Um ihre nationale und internationale Wettbewerbsfähigkeit sicherzustellen, müssen die Betriebe flexibel auf die Anforderungen volatiler Märkte reagieren können und zudem alle Optimierungspotenziale ausschöpfen.

Vor allem in schwierigen konjunkturellen Situationen gilt es, nicht nur Produktions- sondern auch Personalkapazitäten kurzfristig anzupassen. Unternehmer und Personalverantwortliche sind dann gefordert, Strategien zu entwickeln, die zeitnah Wirkung entfalten und dennoch langfristig die notwendige Flexibilität erhalten.

In unserer Info Recht Broschüre geben wir Ihnen Hinweise für die rechtssichere Formulierung einzelner Vertragsklauseln. Zudem enthält sie einen Überblick über die aktuellen arbeits- und tarifrechtlichen Möglichkeiten zur Personalkostenoptimierung und zur Flexibilisierung von Personalkapazitäten.

Wir möchten Sie mit diesen Informationen unterstützen, individuelle Lösungsansätze für Ihr Unternehmen zu entwickeln.

Bertram Brossardt
02. April 2025

Inhalt

1	Tarifliche Flexibilisierung	1
2	Arbeitsvertragliche Ebene	3
2.1	Einvernehmliche Änderung von Arbeitsverträgen	3
2.1.1	Rechtsgrundlagen	3
2.1.2	Wege zur einvernehmlichen Änderung arbeitsvertraglicher Vereinbarungen	6
2.2	Änderungskündigung	8
2.3	Änderung betrieblicher Übung	9
2.3.1	Wann handelt es sich um eine betriebliche Übung?	9
2.3.2	Vermeidung einer betrieblichen Übung	11
2.3.3	Betriebliche Übungen ändern bzw. beenden	12
2.4	Freiwillige Leistungen	16
2.5	Widerrufliche Leistungen	17
2.6	Sonderfall: Änderung von betrieblichen Versorgungsansprüchen	19
3	Rechtssicherer Personalabbau	20
3.1	Personalüberhänge vorübergehend oder dauerhaft reduzieren	20
3.1.1	Abbau von Zeitarbeit	20
3.1.2	Nutzung von Arbeitszeitkonten	21
3.1.3	Betriebsurlaub	22
3.1.4	Kurzarbeit	22
3.1.5	Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis - Ausnahmen	23
3.2	Der Aufhebungsvertrag	23
3.3	Die betriebsbedingte Kündigung	24
3.3.1	Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung	24
3.3.2	Betriebsratsanhörung	25
3.3.3	Abfindungen bei der betriebsbedingten Kündigung	27
3.4	Der interessausgleichs- und sozialplanpflichtige Personalabbau	28
3.4.1	Interessenausgleich	28
3.4.2	Massenentlassungsanzeige	29
3.4.3	Allgemeines zum Sozialplan	30
3.4.4	Sonderfall Tarifsozialplan	30
4	Sozialrechtliche Aspekte	31

4.1	Fördermöglichkeiten	31
4.1.1	WeGebAU	31
4.1.2	Kurzarbeit	31
4.1.3	Eingliederungszuschuss	32
4.2	Sozialrechtliche Hürden bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses	33
4.3	Transfer-, Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften	33
5	Flexible Beschäftigung	34
5.1	Die Befristung von Arbeitsverhältnissen	34
5.1.1	Arten der Befristung	34
5.1.2	Form	35
5.1.3	Befristung ohne Sachgrund	37
5.1.4	Befristung mit Sachgrund	38
5.1.5	Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses	39
5.1.6	Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses während seiner Laufzeit	40
5.2	Kosteneffekte von Zeitarbeit	40
5.2.1	Zeitarbeit und ihre Funktionsweise	41
5.2.2	Bedarfsanalyse	42
5.2.3	Ist die Tätigkeit für Zeitarbeitnehmer geeignet?	42
5.2.4	Vorteile und Chancen von Zeitarbeit	43
5.2.5	Nachteile und Risiken von Zeitarbeit	44
5.3	Der Einsatz freier Mitarbeiter	46
5.3.1	Merkmale freier Mitarbeit	47
5.3.2	Vertragsgestaltung	48
5.3.3	Gewissenhafte Prüfung und Dokumentation	49
5.3.4	Statusfeststellungsverfahren	50
	Ansprechpartner/Impressum	52

1 Tarifliche Flexibilisierung

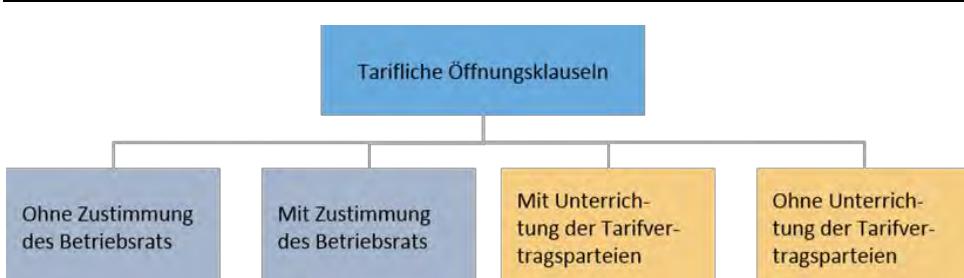
Flexibilisierungsregelungen und Öffnungsklauseln

Viele Flächentarifverträge bieten Flexibilisierungsspielräume, um tarifliche Regelungen an die jeweiligen betrieblichen Bedürfnisse anzupassen. Durch Nutzung dieser Gestaltungsmöglichkeiten können die Unternehmen Betriebsabläufe besser gestalten und Kostenentlastungen erreichen.

Wesentliche Stellschrauben sind Regelungen zur flexiblen Gestaltung von Arbeitszeit und Entgelt. So können zum Beispiel durch die ungleichmäßige Verteilung der Arbeitszeit zuschlagspflichtige Mehrarbeit und damit zusätzliche Personalkosten vermieden werden. In vielen Flächentarifverträgen sind zunehmend flexible Vergütungselemente geregelt. Dazu gehören tarifliche Einmalzahlungen, die in Abhängigkeit zum wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens abdingbar oder verschiebbar sind.

Tarifliche Öffnungsklauseln sehen für ihre Umsetzung verschiedene Beteiligungsrechte vor:

Abbildung 1
Beteiligungsrechte



Quelle: bayme vbm

In einigen Fällen kann der Arbeitgeber also einseitig von einer Flexibilisierungsmöglichkeit Gebrauch machen, in der Regel wird jedoch der Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung vorausgesetzt. Ob diese Betriebsvereinbarung im Streitfall auch erzwungen werden kann, ergibt sich aus der jeweiligen Regelung im Tarifvertrag. In einigen wenigen Fällen sehen die tariflichen Öffnungsklauseln vor, dass zusätzlich die Tarifvertragsparteien über die vereinbarte Regelung zu unterrichten sind. Auch dies ergibt sich dann ausdrücklich aus der jeweiligen Bestimmung.

[Tarifliche Flexibilisierung](#)

In jedem Fall lohnt sich die Überprüfung der betrieblichen Regelungen. In wirtschaftlich guten Zeiten werden tarifliche Bestimmungen oft großzügig zugunsten der Arbeitnehmer angewendet. Mit der Zeit kann sich dadurch eine Handhabung einschleichen, die nicht mehr den tariflichen Vorgaben entspricht und unnötige Kosten verursacht. Solche Anpassungsmöglichkeiten bestehen in der Regel bei Zulagen und Eingruppierungen.

2 Arbeitsvertragliche Ebene

Gestaltungs- und Reaktionsmöglichkeiten

2.1 Einvernehmliche Änderung von Arbeitsverträgen

Gestaltungsmöglichkeiten bestehen nicht nur durch Flexibilisierung auf tariflicher Basis oder durch Nutzung von Gestaltungsspielräumen in Betriebsvereinbarungen. Auch auf der einzelvertraglichen Ebene gibt es Möglichkeiten zur Gestaltung. Soll von einem bestehenden Arbeitsvertrag abgewichen werden, bedarf es dabei in der Regel (Ausnahmen siehe nachfolgende Kapitel) der Mitwirkung des Arbeitnehmers als Vertragspartner: Der Arbeitsvertrag muss einvernehmlich abgeändert werden, d. h. beide Vertragspartner einigen sich auf neue (abgeänderte) Beschäftigungsbedingungen. In Betracht kommt dabei nicht nur eine Absenkung des Gehalts. Zu denken ist vielmehr auch an alle Zusatzleistungen, die auf diesem Wege einvernehmlich „gestrichen“ werden können.

2.1.1 Rechtsgrundlagen

2.1.1.1 Schriftlicher Arbeitsvertrag

Die wesentlichen Vertragsbedingungen, zu denen natürlich auch das Gehalt zählt, sind in aller Regel in einem schriftlichen Arbeitsvertrag niedergelegt.

Der Arbeitsvertrag gibt in den meisten Fällen bereits Aufschluss über das Entgelt und eventuell damit zusammenhängende Zusatzleistungen. Das Gehalt ist zumeist als Jahresgehalt oder als Monatsgehalt (mit der Festlegung wie oft es gezahlt wird bzw. ob und in welcher Höhe ein Anspruch bspw. auf ein Urlaubs- oder Weihnachtsgeld, besteht) angegeben.

2.1.1.2 Nachträge/Zusatzvereinbarungen/Ergänzungen

Unabhängig davon, ob sich im schriftlichen Arbeitsvertrag eine entsprechende Regelung findet, muss in jedem Fall geprüft werden, ob eventuell (noch) andere Rechtsgrundlagen für das gezahlte Entgelt bestehen. In vielen Fällen gibt nämlich der schriftliche Arbeitsvertrag allein noch nicht Aufschluss über alle Vertragsbedingungen. Insbesondere ist dies häufig dann der Fall, wenn im Laufe der Zeit Nachträge erfolgt sind, Zusatzvereinbarungen getroffen oder Ergänzungen vorgenommen wurden.

Beispiele

-
- Das Gehalt eines Mitarbeiters wurde nach erfolgreich absolviertem Probezeit erhöht. Dies wurde in einem Nachtrag festgehalten.

Arbeitsvertragliche Ebene

-
- Ein Mitarbeiter hat eine zusätzliche Aufgabe übernommen. Hierüber, verbunden mit einer Gehaltserhöhung, wurde eine Zusatzvereinbarung getroffen.
 - Eine Mitarbeiterin, die bereits zuvor in Teilzeit beschäftigt war, hat in eine Vollzeitbeschäftigung gewechselt. Das Gehalt wurde entsprechend erhöht.
-

Solche Vereinbarungen werden, sofern sie das ursprünglich Vereinbarte abändern, Vertragsbestandteil. Es ist daher immer eine Gesamtschau des Ur-Vertrages mit allen nachträglichen Vereinbarungen vorzunehmen.

2.1.1.3 Mündliche Vereinbarungen

Nicht selten werden aber – ergänzend zu den schriftlich niedergelegten Beschäftigungsbedingungen – Vereinbarungen mündlich getroffen, die eigentlich als wesentliche Vertragsbedingungen schriftlich niedergelegt werden müssten. Vor allem bei vielen alten Verträgen ist dies der Fall. Solche mündlichen Vereinbarungen sind genauso bindend wie schriftliche Vereinbarungen. Problematisch ist allerdings der Beweis, wenn es zum Streit kommt.

2.1.1.4 Gesamtzusage

Überprüft werden muss auch, ob den Mitarbeitern sog. Gesamtzusagen erteilt wurden. Dies ist dann der Fall, wenn generell eine bestimmte Leistung bei Vorliegen bestimmter Leistungsvoraussetzungen zugesagt wurde. Dies kann z. B. durch Aushang am „Schwarzen Brett“ geschehen sein. Eine solche Gesamtzusage wird bei allen in die Zusage einbezogenen Mitarbeitern Vertragsbestandteil, wie dies bei einer individuellen vertraglichen Vereinbarung der Fall wäre. Sofern es sich hierbei nicht um eine freiwillige bzw. widerrufliche Leistung handelt (siehe hierzu unten 3.4 und 3.5), ist die Zusage daher für den Arbeitgeber bindend. Der Arbeitgeber kann sich von ihr nur mit den nachfolgend beschriebenen Mitteln wieder lösen.

2.1.1.5 Bezugnahme auf Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag

Häufig sind schriftliche Arbeitsverträge sehr „schlank“ gehalten und verweisen lediglich auf eine im Betrieb bestehende Betriebsvereinbarung oder einen Tarifvertrag, die/der Anwendung auf das Arbeitsverhältnis finden soll (sog. Bezugnahme-Klauseln). Gerade im Bereich der Gehaltsfestlegung sind solche Verweisungen oder Bezugnahmen vielfach üblich.

Beispiel

„Auf Ihr Arbeitsverhältnis finden die Bestimmungen des Tarifvertrages für die Beschäftigten der ...-Industrie in der Fassung vom ... Anwendung.“

Die Regelungen in dem Tarifvertrag werden dadurch Bestandteil des jeweiligen individuellen Arbeitsverhältnisses. Dies gilt unabhängig vom Vorliegen beiderseitiger Tarifbindung, also der Mitgliedschaft in Arbeitgeberverband bzw. Gewerkschaft.

Achtung

Besonders tückisch sind sog. dynamische Verweisungen, in denen z. B. auf einen „Tarifvertrag in der jeweils aktuellen Fassung“ Bezug genommen wird. Hier ist wichtig sich zu vergewissern, dass auch tatsächlich die aktuelle Fassung vorliegt.

Bei einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen ist zu prüfen, ob diese Bezugnahme konstitutiven oder lediglich deklaratorischen Charakter hat. Da Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 4 BetrVG ohnehin bereits unmittelbar und zwingend für die Arbeitnehmer gelten, geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass eine Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen im Zweifel lediglich deklaratorisch ist (BAG v. 12. März 2008 – Az.: 10 AZR 256/07). Die Arbeitsvertragsparteien wollen in der Regel durch die Verweisung auf ohnehin geltende kollektive Regelungen keinen eigenständigen individualvertraglichen Geltungsgrund für diese Regelungen schaffen. Wenn die Parteien eine konstitutive Verweisung auf die bei Abschluss des Arbeitsvertrags gültige Betriebsvereinbarung wollen, um dem Arbeitnehmer einen individuellen Besitzstand zu sichern, muss dies eindeutig zum Ausdruck kommen.

2.1.1.6 Betriebliche Übung

Leistungen des Arbeitgebers können auch auf sogenannter betrieblicher Übung beruhen. Anders als die Gesamtusage (siehe oben) fehlt es bei der betrieblichen Übung an einer ausdrücklichen Erklärung des Arbeitgebers. Lediglich aus der Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers können die Mitarbeiter schließen, dass eine Leistung auch künftig auf Dauer gewährt werden soll. Gegenstand einer betrieblichen Übung können die verschiedenartigsten Leistungen des Arbeitgebers sein.

Beispiel

- Gratifikationen
 - bezahlte Freizeit am Rosenmontag
 - Anwendung eines Tarifvertrags auf Nichtgewerkschaftsmitglieder
-

Wie man sich als Arbeitgeber von einer betrieblichen Übung wieder löst ist unter 3.3 näher beschrieben. Für das Lösen von einer solchen im weitesten Sinne vertraglichen Grundlage kommen – in Abhängigkeit von der Rechtsgrundlage – verschiedene Möglichkeiten in Betracht: Entweder eine einvernehmliche Vertragsänderung der beteiligten Vertragspartner (dazu 3.1.2) oder eine Kündigung des ursprünglichen Vertrages durch den Arbeitgeber, verbunden mit dem Angebot zur Fortsetzung zu geänderten Bedingungen (sog. Änderungskündigung, siehe 3.2). Denkbar war bislang mitunter auch eine ablösende (negative) betriebliche Übung. Das BAG hat diesbezüglich seine Rechtsprechung allerdings geändert (dazu 3.3).

2.1.2 Wege zur einvernehmlichen Änderung arbeitsvertraglicher Vereinbarungen

Der allgemeine juristische Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ (Verträge sind einzuhalten) verbietet grundsätzlich eine einseitige Änderung der vertraglichen Vereinbarungen. Beide Vertragspartner sind an den von ihnen geschlossenen Vertrag gebunden, entweder für die Dauer der Laufzeit des Vertrages oder bis zur Kündigung durch eine der Parteien. Ein Weisungsrecht (auch Direktionsrecht genannt) steht dem Arbeitgeber nur hinsichtlich der Arbeitspflicht zu, die er einseitig näher ausgestalten kann. Dies betrifft Zeit, Ort, Inhalt und Art und Weise der zu leistenden Arbeit. Die Weisung muss sich aber stets im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung halten. Der Spielraum wird umso kleiner, je genauer die Aufgabe im Arbeitsvertrag bezeichnet ist.

Beispiel

So kann einem als Schlosser eingestellten Mitarbeiter zwar jede Tätigkeit zugewiesen werden, die diesem Berufsbild entspricht, nicht aber eine andere Tätigkeit (bspw. als Reinigungskraft), selbst wenn die Vergütung unverändert bleibt. Die für diese vom Arbeitgeber gestaltbare Arbeitspflicht geschuldete Gegenleistung, nämlich die Vergütung, kann nicht einseitig durch Weisung des Arbeitgebers angepasst werden.

Bei einer Entgeltreduzierung oder dem Streichen von Zusatzleistungen handelt es sich um eine Vertragsänderung. Diese kann am einfachsten durch einen Nachtrag zum bestehenden Arbeitsvertrag vorgenommen werden im Rahmen einer einvernehmlichen Vertragsänderung. Die Reduzierung des Entgelts darf nicht den gesetzlichen Mindestlohn unterschreiten.

Tipp

Wenn bei einem Mitarbeiter eine Vielzahl von Änderungen ansteht, kann es aus Gründen der Übersichtlichkeit ratsam sein, einen komplett neuen Vertrag zu schließen, der den bestehenden Vertrag ablöst. Andernfalls entsteht bei mehreren, einander zeitlich nachfolgenden Änderungen schnell Verwirrung.

In einem Nachtrag werden nur die Einzelheiten neu geregelt, in denen vom bestehenden Vertrag abgewichen wird. Im Übrigen gilt der alte Vertrag weiter. Die neuen Beschäftigungsbedingungen des Mitarbeiters ergeben sich nach Abschluss eines Nachtrags aus dem ursprünglichen Vertrag und dem Nachtrag, die stets zusammen zu betrachten sind.

Beim Abschluss eines solchen Nachtrags zum Arbeitsvertrag ist zu beachten, dass auch hier das Nachweisgesetz Anwendung findet. Das bedeutet, dass dem Mitarbeiter in jedem Fall eine Niederschrift über die wesentlichen Arbeitsbedingungen auszuhändigen ist, zu denen natürlich auch das Gehalt gehört. Unabhängig davon ist auch aus Gründen der Beweisbarkeit der Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung dringend geboten, von der beide Vertragspartner je ein unterzeichnetes Exemplar erhalten.

Musterformulierung

Ein Nachtrag zur Gehaltsanpassung kann wie folgt formuliert werden:

Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag

zwischen

Fa. XY GmbH, vertreten durch den geschäftsführenden Gesellschafter,

Herrn A. G.

und

Herrn A. N.

wird in Abänderung von § ... des Arbeitsvertrages vom ... Nachfolgendes vereinbart:

Herr A. N. erhält ab ... eine monatliche Bruttovergütung von ..., die jeweils am letzten Werktag eines Monats fällig ist, soweit betrieblich nichts Abweichendes geregelt ist.

Die Auszahlung erfolgt bargeldlos durch Überweisung.

Im Übrigen besteht der Arbeitsvertrag vom ... unverändert fort.

Ort, Datum

A. G.

Geschäftsführender Gesellschafter

A. N.

Mitarbeiter

Wenn eine einvernehmliche Vertragsänderung mit dem Mitarbeiter nicht zu erreichen ist (beispielsweise, weil sich dieser nicht kooperativ zeigt) bleibt als weitere Möglichkeit nur noch die Änderungskündigung durch den Arbeitgeber, die in der Durchsetzung jedoch Probleme aufwerfen kann (siehe hierzu nachfolgend unter 3.2). Wegen der dort beschriebenen Unwägbarkeiten einer Änderungskündigung ist eine einvernehmliche Vertragsänderung in jedem Fall vorzuziehen.

2.2 Änderungskündigung

Je größer das Unternehmen ist, bei dem einzelne Stellen gestrichen werden müssen, gleichzeitig aber freie Stellen vorhanden sind, desto schwerer sind Änderungskündigungen für den Arbeitgeber zu handhaben. Der Ausspruch einer Änderungskündigung kann für den Arbeitgeber aber auch Vorteile gegenüber einer Beendigungskündigung bieten:

Die gegenüber einer Beendigungskündigung abweichende psychologische Ausgangslage ist nicht zu unterschätzen. Dies gilt insbesondere für mögliche gerichtliche Vergleichsgespräche im Gütetermin. Das Gericht wird häufig auf die für den Arbeitnehmer bestehenden Prozessrisiken deutlicher hinweisen, als bei einem die sofortige Beendigungskündigung erklärenden Arbeitgeber. Dadurch kann sich die Vergleichsbereitschaft des Arbeitnehmers spürbar erhöhen.

Nach einer Änderungskündigung besteht zumeist seitens des Arbeitnehmers eine deutlich höhere Trennungsbereitschaft: Ein die Änderungskündigung unter Vorbehalt annehmender Arbeitnehmer muss nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu den neuen (schlechteren) Arbeitsbedingungen arbeiten, will er sich seinen Vergütungsanspruch erhalten. Sollte der Arbeitnehmer mit den verschlechterten Arbeitsbedingungen nicht einverstanden sein, könnte dies seine Bereitschaft zu einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses fördern. Ein weiterer Vorteil der Änderungskündigung liegt für den Arbeitgeber darin, dass im Vergleich mit der Beendigungskündigung ein niedrigeres Annahmeverzugslohnrisiko besteht und er als Gegenleistung für die zu zahlende Vergütung die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erhält.

Insbesondere bei umfangreichen Umstrukturierungsmaßnahmen im gesamten Unternehmen steht der Arbeitgeber bei Änderungskündigungen vor sehr großen Herausforderungen. Es besteht das Risiko, dass ein Arbeitsgericht die getroffene Entscheidung korrigiert und ausgesprochene Änderungskündigungen für unwirksam erklärt. Gerade bei größeren Umstrukturierungsmaßnahmen muss der Arbeitgeber systematisch vorgehen. Insbesondere wird man die vom Wegfall der Arbeitsplätze betroffenen Mitarbeiter und die jeweiligen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, die Wünsche der Mitarbeiter und die objektive Stellenbewertung tabellarisch erfassen müssen. Andernfalls ist es schwierig den Überblick zu behalten und den „richtigen“ freien Arbeitsplatz dem „richtigen“ Mitarbeiter zuzuweisen.

Stehen bei einer Umstrukturierung unternehmensweit freie Arbeitsplätze zur Verfügung und kann eine einvernehmliche Regelung mit den betroffenen Arbeitnehmern nicht erzielt werden, muss dem Arbeitgeber angesichts der Rechtsprechung des BAG dringend empfohlen werden, sofort eine Änderungskündigung auszusprechen. Von einem vorgesetzten Änderungsangebot mit dem Ziel, dadurch eine andernfalls notwendige Änderungskündigung vielleicht doch noch zu vermeiden, ist angesichts der damit verbundenen Rechtsunsicherheit dringend abzuraten.

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema Änderungskündigung finden Sie in unserer Broschüre „[Info Recht – Die Änderungskündigung](#)“.

2.3 Änderung betrieblicher Übung

2.3.1 Wann handelt es sich um eine betriebliche Übung?

Als betriebliche Übung bezeichnet man den Umstand, dass ein Arbeitnehmer aus der regelmäßigen Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu Recht ableiten darf, dass der Arbeitgeber sich auch in Zukunft bzw. auf Dauer auf diese Art verhalten wird – etwa bei der Gewährung von Leistungen und Vergünstigungen – und dadurch Rechtsansprüche auf solche Leistungen begründet werden. Durch die betriebliche Übung werden freiwillige Leistungen des Arbeitgebers zu verpflichtenden Leistungen, denen er sich nicht mehr einseitig entziehen kann.

2.3.1.1 Keine anderweitige Anspruchsgrundlage

Ein Anspruch des Arbeitnehmers aus betrieblicher Übung kommt nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber Leistungen gewährt, die nicht durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglich festgelegt sind. Das heißt: Ansprüche aus betrieblicher Übung sind überall dort denkbar, wo für das geltend gemachte Recht keine andere Anspruchsgrundlage (Gesetz, Arbeitsvertrag, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) besteht. In Frage kommen Leistungen und Vergünstigungen aller Art, sofern sie nur arbeitsvertraglich geregelt werden können. Häufige Anwendungsfälle sind (sofern nicht ohnehin nach dem Arbeits- oder Tarifvertrag bzw. der Betriebsvereinbarung geschuldet):

- Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld
- Jubiläumsgratifikation, Prämien z. B. bei zehnjähriger Betriebszugehörigkeit
- Urlaubsregelung (Vorgehensweise, wie der Urlaub verteilt wird und wie er angemeldet werden muss)
- Regelung von Krankmeldungen (wann die Krankmeldung schriftlich zu erfolgen hat, wer/wann zu informieren ist)
- Pausenregelung (Umfang und Lage der Pausen)
- Fahrtkostenzuschüsse

Hinweis

Eine betriebliche Übung entsteht auch nicht, wenn der Arbeitgeber Leistungen erbringt, zu denen er sich irrtümlich verpflichtet glaubt (z. B. aufgrund eines auf das Arbeitsverhältnis nicht anwendbaren Tarifvertrags).

2.3.1.2 Gleichförmige, vorbehaltlose Gewährung

Das Entstehen von individuellen, einklagbaren Ansprüchen aus betrieblicher Übung setzt neben einem Umstandsfaktor (vorbehaltlose Gewährung einer Leistung) immer auch einen Zeitfaktor (regelmäßige Wiederholung) voraus:

Ein Anspruch des Arbeitnehmers aus betrieblicher Übung entsteht aber nur bei regelmäßiger, mindestens dreimaliger Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers schließen kann, dass ihm die gewährten Leistungen und Vergünstigungen auch künftig zugestanden werden sollen.

Beispiel

Ein Unternehmen gewährt seinen Mitarbeitern aufgrund der positiven Geschäftsergebnisse in den Jahren 2020, 2021 und 2022 Urlaubsgeld in Höhe eines halben Bruttomonatsgehalts, ohne dazu vertraglich verpflichtet zu sein.

Der Anspruch entsteht dabei allein durch die gleichartige, wiederholte Praktizierung eines bestimmten Verhaltens des Arbeitgebers. Ob der Arbeitgeber sich tatsächlich zu einer Leistung verpflichtet wollte ist unerheblich. Entscheidend ist allein, ob der Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers so verstehen durfte.

Beispiel

Der Unternehmer zahlt seinen Mitarbeitern mehrmals ein Weihnachtsgeld in Höhe eines Bruttomonatsgehalts. Insgeheim behält er sich vor, dieses in wirtschaftlich schlechten Zeiten kürzen zu wollen, teilt dies seinen Arbeitnehmern aber nicht mit.

Das heißt aber auch: Es kann sich aus den Umständen ein fehlender Bindungswille des Arbeitgebers ergeben, der dann einer betrieblichen Übung entgegensteht. Die betriebliche Übung kommt nicht nur den Arbeitnehmern zugute, die tatsächlich eine wiederholte Leistung erhalten haben, sondern auch denjenigen, deren Arbeitsverhältnis unter der Geltung der betrieblichen Übung begründet wurde.

Beispiel

Zahlt der Arbeitgeber bereits seit 1996 eine Weihnachtsgratifikation, steht diese aufgrund betrieblicher Übung auch denjenigen Arbeitnehmern zu, die z. B. erst 2025 in das Unternehmen eingetreten sind.

Es soll nach der herrschenden Meinung aber für den Arbeitgeber möglich sein, durch eindeutige einseitige Erklärung gegenüber neu eintretenden Arbeitnehmern das Entstehen einer betrieblichen Übung auszuschließen bzw. diese zu beenden.

Voraussetzung für die betriebliche Übung ist neben der regelmäßigen Wiederholung der Leistung deren Gleichförmigkeit. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Entgeltbestandteil stets in gleicher Höhe oder zumindest in gleichbleibender Abhängigkeit von Unternehmenszahlen o. ä. gewährt wurde.

Achtung

Leistungen in unterschiedlicher Höhe bedeuten noch nicht, dass sie auch ungleichförmig sind. So kann die Höhe einer Zahlung z. B. bei der Bindung an den Gewinn des Unternehmens schwanken, ist dann aber trotzdem gleichförmig gewährt worden.

2.3.2 Vermeidung einer betrieblichen Übung

Der Arbeitgeber kann von vornherein die Bindungswirkung einer betrieblichen Übung und damit die Begründung einer Leistungsverpflichtung für die Zukunft ausschließen.

Notwendig dafür ist ein ausdrücklicher Hinweis des Arbeitgebers, aus dem den Arbeitnehmern ersichtlich wird, dass sich der Arbeitgeber nicht dauerhaft zur Leistung der gewährten Zuwendung verpflichten möchte. Das kann durch einen ausdrücklichen Freiwilligkeitsvorbehalt bei jeder einzelnen Leistung geschehen, den er auf Aushängen, in Anschreiben an die Arbeitnehmer oder auf Abrechnungen macht, oder durch eine allgemeine Vertragsklausel (z. B. einen wirksamen vertraglich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt, siehe dazu 3.4).

So kann beim Arbeitnehmer kein Vertrauen darauf entstehen, dass der Arbeitgeber auch in Zukunft ein gleichförmiges Verhalten an den Tag legen wird.

Beispiel

Der Unternehmer zahlt seinen Mitarbeitern regelmäßig Weihnachtsgeld, weist aber bei jeder Zahlung ausdrücklich darauf hin, dass es sich um eine „freiwillige Leistung unter Ablehnung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft“ handelt.

Ein Vorbehalt kann auch von vornherein im Arbeitsvertrag vereinbart werden. Zur Formulierung siehe unter Ziffer 3.4 freiwillige Leistungen.

Hinweis

Eine bereits im Arbeitsvertrag enthaltene Schriftformklausel (wonach jede Änderung des Vertrags der Schriftform bedarf) kann nicht von vornherein das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern. Selbst durch Verwendung einer sog. doppelten Schriftformklausel im Arbeitsvertrag (sowohl die Vertragsänderung als auch die Abweichung von der Schriftform bedarf der Schriftform) kann nach einer neuen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts eine betriebliche Übung nicht mehr abgewendet werden.

2.3.3 Betriebliche Übungen ändern bzw. beenden

Ist eine betriebliche Übung entstanden, dann bindet sie den Arbeitgeber wie jede andere Vertragsbedingung. Ein insoweit entstandenes Recht kann nach der aktuellen Rechtsprechung des BAG nur noch unter sehr engen Voraussetzungen wieder beseitigt oder abgeändert werden.

Hinweis

Will der Arbeitgeber Leistungen aus einer betrieblichen Übung einschränken, sind unter Umständen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten.

Ändert der Arbeitgeber einseitig sein der betrieblichen Übung zugrunde liegendes Verhalten, z. B. durch Widerruf oder Ausübung seines Direktionsrechts, so führt dies allein in der Regel noch nicht zu einer Beseitigung der betrieblichen Übung: Er bleibt aus ihr verpflichtet. Als Mittel zur Lösung von einer vorbehaltlosen betrieblichen Übung erkennt die Rechtsprechung nämlich nur die einvernehmliche Vertragsänderung (dazu 3.1) und die Änderungskündigung (dazu 3.2) an. Selbst eine wirtschaftliche Notlage berechtigt den Arbeitgeber nicht zu einer einseitigen Einstellung der Leistungen.

Hinweise

-
1. Nur wenn die Leistungen im Rahmen einer betrieblichen Übung nicht vorbehaltlos, sondern widerruflich gewährt wurden, kann die Verpflichtung für die Zukunft einseitig durch den Arbeitgeber widerrufen werden. Eine soziale Rechtfertigung ist für den Widerruf nicht erforderlich, allerdings muss er der „Billigkeit“ (§ 315 BGB) entsprechen. Hat der Arbeitgeber bei der Gewährung der Leistung stets erklärt, dass sie freiwillig ist und keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründet, muss er keine Widerrufserklärung abgeben, sondern kann die Leistung schlicht einstellen.
 2. Wie eingangs bereits erwähnt, kommt ein Anspruch des Arbeitnehmers aus betrieblicher Übung nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber Leistungen gewährt, die nicht durch Gesetz oder Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag festgelegt werden. In diesen Fällen kann die beabsichtigte Beseitigung der bestehenden (Zahlungs-)Verpflichtung nur durch eine entsprechende Änderung dieser (zumeist vertraglichen) Grundlagen auf den herkömmlichen Wegen (Vertragsänderung, 3.1 oder Änderungskündigung, 3.2) erfolgen. Daher ist stets vorab sorgfältig die Anspruchsgrundlage für die vom Arbeitnehmer geltend gemachten Ansprüche zu überprüfen.
-

2.3.3.1 Einvernehmliche Vertragsänderung

Im Falle der vorbehaltlosen Leistung besteht zunächst die Möglichkeit, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich darüber einigen, dass der Arbeitnehmer auf die bisher vom Arbeitgeber gewährten Leistungen in Zukunft keinen Anspruch mehr hat. Allerdings benötigt der Arbeitgeber dann die Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers zu dieser Vertragsänderung – ein in der Praxis kaum zu leistender Aufwand. Die Zustimmung kann schriftlich oder mündlich erteilt werden, ausdrücklich oder konkludent (d. h. sich aus den Umständen ergebend). Bloßes Schweigen auf ein entsprechendes Änderungsangebot des Arbeitgebers kann allerdings grundsätzlich nicht als Zustimmung ausgelegt werden. Hinzukommen müssen in diesem Fall besondere Umstände, aus denen auf eine

Zustimmung geschlossen werden kann. Der Arbeitgeber muss Grund haben anzunehmen, dass der Arbeitnehmer widersprechen würde, wenn er mit der Änderung nicht einverstanden wäre. Dies kann nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer die Änderung unmittelbar wahrgenommen hat.

Rechtsprechungsänderung

Grundsätze der sogenannten gegenläufigen betrieblichen Übung als Fall der einvernehmlichen Vertragsänderung finden keine Anwendung mehr.

Beispiel:

In einem vom BAG entschiedenen Fall hatte ein Arbeitgeber über einen Zeitraum von mehr als drei Jahren zu erkennen gegeben, dass er anstelle der bisher vorbehaltlos gewährten Gratifikationszahlung diese nunmehr von einem Freiwilligkeitsvorbehalt abhängig macht. Die Arbeitnehmer hatten dieser geänderten Handhabung nicht widersprochen: Der Arbeitgeber konnte entsprechend den Grundsätzen zum Entstehen der betrieblichen Übung davon ausgehen, dass das Schweigen der Arbeitnehmer ein Einverständnis mit der angebotenen Neuregelung darstellt und damit die geänderte betriebliche Übung Inhalt des einzelnen Arbeitsvertrages wurde.

Diese Rechtsprechung hat das BAG aufgegeben (vgl. Urteil v. 18. März 2009 – 10 AZR 281/08). In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitnehmer über 30 Jahre hinweg eine vorbehaltlose Weihnachtsgratifikation erhalten. Die entsprechenden Lohnabrechnungen der Jahre 2002 bis 2005 enthielten folgenden Vermerk: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch“. Im Jahr 2006 wurde dem Arbeitnehmer keine Weihnachtsgratifikation gewährt. Das BAG stellt in seiner Entscheidung dar, dass die Auslegung einer dreimaligen widerspruchslosen Annahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation als Einverständniserklärung nicht mit den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbar ist. Sie führt daher nicht zum Verlust eines durch betriebliche Übung entstandenen Anspruchs.

Hinweis

In der Praxis empfiehlt es sich daher, entsprechende Sonderzahlungen oder vergleichbare Leistungen von Beginn an unter den Vorbehalt der Freiwilligkeit zu stellen. Entsprechende Leistungen ohne Freiwilligkeitsvorbehalt können nicht mehr einfach unter einen solchen gestellt werden, um so eine gegenläufige betriebliche Übung herbeizuführen. Um sie dennoch unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen, muss der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmern eine Frist zum ausdrücklichen Widerspruch gegen diese Vertragsänderung setzen.

Zudem müssen die Arbeitnehmer darauf hingewiesen werden, dass bei einem fehlenden Widerspruch ihr bisheriger aufgrund betrieblicher Übung bestehender Anspruch entfällt und die Leistung künftig nur noch freiwillig gewährt wird.

2.3.3.2 Änderungskündigung

Die Änderungskündigung hat (neben den bereits oben unter 3.2 erläuterten Nachteilen) den weiteren gravierenden Nachteil, dass sie bei einer Absenkung des Entgelts kaum Aussicht auf Erfolg bietet – und gerade darum geht es in der Regel bei betrieblicher Übung. Eine Änderungskündigung kann zwar durch betriebliche Gründe gerechtfertigt sein, aber nur in Extremfällen durch wirtschaftliche Gründe. Letztere können eine Änderungskündigung nur auf dem Umweg über betriebliche Gründe rechtfertigen, nämlich dann, wenn eine Kürzung von Leistungen und Vergünstigungen als milderes Mittel eine ansonsten unausweichliche betriebsbedingte Kündigung verhindert. Dies wird jedoch nur in seltenen Fällen zu begründen sein (vgl. hierzu bereits unter 3.2).

2.3.3.3 Betriebsvereinbarung

Schließlich kann eine bestehende betriebliche Übung durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber abgelöst werden – allerdings nur, wenn die Betriebsvereinbarung insgesamt, bei einer kollektiven Betrachtung, für die Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthält (sog. kollektiver Günstigkeitsvergleich). Bei einer Umstrukturierung der Leistungen darf das Leistungsvolumen des Arbeitgebers insgesamt nicht hinter dem zurückbleiben, was er im Rahmen der betrieblichen Übung gewährt. Aber: Eine ablösende Betriebsvereinbarung verdrängt die betriebliche Übung nur so lange, wie sie besteht. Wenn die Betriebsvereinbarung außer Kraft tritt, leben die Ansprüche aus der betrieblichen Übung wieder auf.

Hinweis

Das BAG hat verdeutlicht (Urteil v. 05. August 2009 – 10 AZR 483/08), dass der nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandene Rechtsanspruch kein vertraglicher Anspruch minderer Rechtsbeständigkeit ist.

Der Arbeitgeber könne ihn daher im Vergleich zu einem durch ausdrückliche arbeitsvertragliche Abrede begründeten Anspruch nicht unter erleichterten Voraussetzungen zu Fall bringen. Deshalb sei ein durch betriebliche Übung begründeter Vergütungsanspruch ebenso wie ein im Arbeitsvertrag vereinbarter Entgeltanspruch ohne entsprechende Abrede der Arbeitsvertragsparteien auch nicht grundsätzlich „betriebsvereinbarungsoffen“! Bringt ein Arbeitgeber nicht hinreichend klar und verständlich zum Ausdruck, dass er eine Sonderzahlung „betriebsvereinbarungsoffen“ leisten wolle, könne ein verständiger Arbeitnehmer dies auch nicht erkennen.

2.4 Freiwillige Leistungen

Möchte der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern freiwillig Leistungen zukommen lassen, empfiehlt es sich, diese unter einen so genannten Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen. Dieser dient dazu, die Entstehung eines Anspruchs auf die Leistung von vornherein zu verhindern. Freiwilligkeitsvorbehalte haben ihren Ursprung im Gratifikationsrecht bei der Verhinderung einer betrieblichen Übung.

Hinsichtlich des Wortlauts ist unbedingt auf eine eindeutige Formulierung zu achten. Freiwilligkeitsvorbehalte müssen dem Transparenzgebot (vgl. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB) entsprechen. Sie sind dann unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie nicht klar und verständlich formuliert wurden.

Beispiel

Folgende Formulierung wurde vom Bundesarbeitsgericht als unwirksam angesehen:

Sie erhalten eine jährliche Gratifikation in Höhe von ... Euro. Diese Zahlung erfolgt freiwillig. Ein Anspruch darauf wird für die Zukunft auch bei wiederholter Zahlung nicht begründet.

Der Arbeitgeber erklärt hier zunächst, dass der Arbeitnehmer tatsächlich eine Gratifikation erhalten soll. Im zweiten Satz stellt er diese Zahlung unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt. Das Bundesarbeitsgericht war der Ansicht, dass dies widersprüchlich ist und gegen das Transparenzgebot verstößt (BAG v. 30. Juli 2008 – 10 AZR 606/07). Dementsprechend unwirksam ist daher auch die Kombination eines Freiwilligkeits- und Widerrufvorbehalts.

Denn letzterer soll gerade dazu dienen, eine zunächst unbefristet zugesagte Gewährung einer Leistung zu beenden (vgl. hierzu unter 3.5). Erst in der Gefahr, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders wegen unklar abgefasster Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB. Eine solche Situation ist bei der Kombination eines Freiwilligkeits- mit einem Widerrufsvorbehalt regelmäßig gegeben (BAG v. 14. September 2011 – 10 AZR 526/10).

Sofern ein vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt vereinbart wird, sollte auf die Formulierung geachtet werden. Ein vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt, der alle zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfasst, benachteiligt den Arbeitnehmer regelmäßig unangemessen und ist deshalb unwirksam. Wichtig ist eine Unterscheidung danach, dass es sich nicht um laufende Leistungen handelt, die ausgeschlossen werden, sondern um Sonderzahlungen. Der Entstehungsgrund der Leistung – die betriebliche Übung – muss klar erkennbar sein (BAG v. 14. September 2011 – 10 AZR 526/10).

Nicht ausreichend ist es, wenn die Zahlung eines 13. Gehalts lediglich als „freiwillige Leistung“ bezeichnet wird. Das BAG hat die Formulierung „Die Zahlung eines 13. Gehalts ist eine freiwillige Leistung der Firma, die anteilig als Urlaubs- und Weihnachtsgeld gewährt werden kann.“ für unwirksam gehalten. Da Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen, musste der Arbeitgeber zahlen. (BAG v. 17. April 2013 – 10 AZR 281/12). Ebenso genügt die Bezeichnung im Arbeitsvertrag als “freiwillige soziale Leistung” nicht, um einen Rechtsanspruch auf die Leistung auszuschließen (BAG v. 20. Februar 2013 – 10 AZR 177/12).

Formulierungsvorschlag

Sofern der Arbeitgeber – zusätzlich zum laufenden Entgelt – nicht zuvor vertraglich vereinbarte Sonderzahlungen erbringt, erfolgt dies freiwillig und mit der Maßgabe, dass auch bei wiederholter Zahlung ein Anspruch des Arbeitnehmers nur auf die jeweils erhaltenen, nicht aber auf weitere Leistungen in der Zukunft entsteht. Dies gilt nicht für Sonderzahlungen, die auf einer individuellen Vertragsabrede (§ 305b BGB) mit dem Arbeitnehmer beruhen.

Hinweis

Es empfiehlt sich in jedem Fall im Rahmen der jeweiligen tatsächlichen Zahlung eine Freiwilligkeitserklärung abzugeben.

2.5 Widerruffliche Leistungen

Anders als beim Freiwilligkeitsvorbehalt wird durch einen wirksam formulierten Widerruffvorbehalt eine Leistung zunächst unbefristet zugesagt, dem Arbeitgeber aber die Möglichkeit eingeräumt, durch die Ausübung des Widerrufsrechts ihre Weitergewährung zu beenden. Der Widerruf muss ausdrücklich vereinbart sein. Ansonsten kommt nur eine einvernehmliche Vertragsänderung oder die Änderungskündigung in Betracht. Bei der Formulierung eines Widerruffvorbehalts ist – ähnlich wie beim Freiwilligkeitsvorbehalt – darauf zu achten, dass keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers eintritt.

Eine solche liegt insbesondere dann vor, wenn durch den Widerruffvorbehalt in den Kernbestand des Arbeitsverhältnisses eingegriffen wird. Dies ist nach der Rechtsprechung der Fall, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung ohne Einflussmöglichkeit des Arbeitnehmers unterliegen sollen. Hier wird das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört. Das soll dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden. Der Widerruf hat sich daher grundsätzlich auf nicht wesentliche Zusatzbestimmungen des Arbeitsverhältnisses zu beschränken. Widerruffvorbehalte werden von der Rechtsprechung insbesondere in Bezug auf zusätzliche übertarifliche Leistungen akzeptiert.

Das Bundesarbeitsgericht hält ein vereinbartes Widerrufsrecht insbesondere dann für zumutbar und wirksam, wenn dem Arbeitnehmer die tarifliche oder mindestens die übliche Vergütung verbleibt und der Schutz gegenüber einer Änderungskündigung nicht umgangen wird. Dies soll voraussetzen, dass der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende widerufliche Teil des Gesamtverdienstes unter 25 Prozent liegt und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Sind zusätzlich Zahlungen des Arbeitgebers widerruflich, die keine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellen, erhöht sich der widerufliche Teil auf bis zu 30 Prozent des Gesamtverdienstes. Ferner erfordert das Transparenzgebot, dass aus der Formulierung eines Widerrufsvorbehalts eindeutig hervorgeht, auf welche (übertariflichen) Leistungen sich der Widerruf bezieht und unter welchen Voraussetzungen er ausgeübt werden kann.

Formulierungsvorschlag

Zusätzlich zu der Grundvergütung erhält der Arbeitnehmer eine betriebliche Zulage in Höhe von brutto Euro xxx.

Bei der betrieblichen Zulage handelt es sich um eine widerufliche Leistung.

Die betriebliche Zulage kann bei Vorliegen eines sachlichen Grundes, insbesondere

- aus wirtschaftlichen Gründen zur Sicherung oder Wiederherstellung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens (z. B. bei einem Rückgang des EBIT um mehr als Prozent),
- bei schlechtem Verlauf des Geschäftsjahres (z. B. wenn das Geschäftsergebnis die budgetierte Jahresplanung unterschreitet),
- einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers,
- bei einer Umgestaltung des Entgeltsystems sowie
- bei einer Änderung der Umstände, die für die Gewährung maßgebend waren, vor allem bei einer Änderung der Tätigkeit oder der Leistung des Arbeitnehmers

mit Wirkung für die Zukunft ganz oder teilweise widerrufen werden.

Anmerkung

Andere oder weitere Widerrufsgründe können benannt werden, wobei eine konkrete Benennung erforderlich ist.

Bei der Ausübung des Widerrufsrechts sind die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers angemessen zu berücksichtigen, insbesondere muss der Widerruf zumutbar sein. Bei Ausübung des Widerrufsrechts muss der Arbeitgeber sicherstellen, dass die verbleibende Gesamtvergütung des Arbeitnehmers durch den Widerruf nicht um mehr als 25 Prozent reduziert wird und der übliche Lohn nicht unterschritten wird.

2.6 Sonderfall: Änderung von betrieblichen Versorgungsansprüchen

Versorgungszusagen sind auf langfristige Verpflichtungen ausgelegt und stehen grundsätzlich in einem Spannungsfeld sich verändernder wirtschaftlicher und/oder rechtlicher Rahmenbedingungen. Damit sind Änderungen von Versorgungszusagen in verschiedener Hinsicht denkbar, manchmal sogar geboten, aber nicht grenzenlos möglich.

Änderungen können sein:

- Schließung des Versorgungswerkes für neu eintretende/bislang nicht versorgte Mitarbeiter,
- Ablösung der Versorgungsregelung
 - im Sinne einer Verbesserung
 - im Sinne einer Umstrukturierung
 - im Sinne einer Verschlechterung

Ob und inwieweit eine Versorgungszusage geändert werden kann, hängt wesentlich von dem zugrundeliegenden Rechtsbegründungsakt im Arbeitsverhältnis ab. Die betriebliche Versorgungszusage ist daher bezüglich ihrer Begründung zunächst einer der nachfolgenden Formen zuzuordnen.

Rechtsbegründungsakte einer betrieblichen Altersversorgung

individualrechtlich

- Einzelzusage

individualrechtlich mit kollektivem Bezug

- vertragliche Einheitsregelung
- Gesamtzusage
- betriebliche Übung
- Gleichbehandlung

kollektivrechtlich

- Betriebsvereinbarung
- Tarifvertrag
- Richtlinie oder Vereinbarung nach Sprecherausschussgesetz

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen finden Sie in unserer Broschüre „[Info Recht – Betriebliche Altersversorgung](#)“ unter Kapitel 2.8.

3 Rechtssicherer Personalabbau

Hinweise zur Gestaltung

In wirtschaftlich schwierigen Situationen sind häufig kurzfristig Personalkapazitätsanpassungen erforderlich, die dauerhaft oder auch nur vorübergehend Wirkung zeigen und zu einer Personalkosteneinsparung führen sollen. Hierzu gibt es mehrere, in ihren Voraussetzungen und Auswirkungen unterschiedliche Vorgehensweisen. Um bewerten zu können, welche Maßnahmen im Einzelfall geeignet sind, die wirtschaftliche Zielsetzung zu erreichen, kommt es darauf an, die rechtlichen Handlungsspielräume zu kennen. Nur so können Unternehmen die Chancen und Risiken abschätzen und geeignete Strategien entwickeln.

3.1 Personalüberhänge vorübergehend oder dauerhaft reduzieren

Dem Arbeitgeber stehen mehrere Instrumente zur Verfügung, um Personalüberhänge ohne einen Personalabbau im eigenen Unternehmen zu reduzieren:

3.1.1 Abbau von Zeitarbeit

Zur Reduzierung von Personalkosten bietet es sich zunächst an, die Beschäftigung von Zeitarbeitnehmern zu beenden. Das Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis stellt ein Dreiecksverhältnis dar. Ein Arbeitsverhältnis besteht zwischen Zeitarbeitnehmer und Verleiher, zwischen Zeitarbeitnehmer und Entleiher hingegen nicht. Daher findet der gesetzliche Kündigungsschutz im Verhältnis zwischen Zeitarbeitnehmer und Entleiher keine Anwendung. Die Beendigungsmodalitäten des Überlassungsverhältnisses zwischen Verleiher und Entleiher ergeben sich aus dem zwischen ihnen geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.

Achtung

Betriebsbedingte Kündigungen können sozial ungerechtfertigt und deshalb gem. § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam sein, wenn gleichzeitig weiterhin dauerhaft Zeitarbeitnehmer im Betrieb eingesetzt sind. Der Arbeitgeber muss in diesen Fällen vor betriebsbedingten Kündigungen zunächst die Zeitarbeit zurückführen und die dadurch frei werdenden Arbeitsplätze mit der eigenen Stammbelegschaft besetzen.

Die Rückführung von Zeitarbeit geht betriebsbedingten Kündigungen aber nur dann vor, wenn die Zeitarbeitnehmer dauerhaft gebraucht werden. Der unregelmäßige Einsatz von Zeitarbeitnehmern für vorübergehende Spitzen sollte grundsätzlich kein Hindernis für betriebsbedingte Kündigungen darstellen.

Weiterführende Informationen

Ausführlichere Erläuterungen zum Thema Zeitarbeit finden Sie in dieser Publikation unter 6.2 sowie in unserer Broschüre „[Info Recht – Einsatz von Zeitarbeitskräften – Der Rechtsrahmen](#)“.

3.1.2 Nutzung von Arbeitszeitkonten

Oftmals werden in Betrieben Arbeitszeitkonten geführt, die durch Betriebsvereinbarung oder durch Arbeitsvertrag geregelt sind. Durch Nutzung dieser Zeitkonten sind sowohl der Abbau von Plus-, als auch der Aufbau von Minuskonten im vorgegebenen Rahmen möglich. Außerdem kann eine Änderung dieses Rahmens vorgenommen werden. Hierbei sind regelmäßig Nach- oder Neuverhandlungen zur Anpassung der bestehenden Regelungen notwendig.

Achtung

Es ist darauf zu achten, negative Zeitsalden zum Beendigungszeitpunkt auszugleichen, andernfalls trägt der Arbeitgeber das Risiko, dass eine Rückforderung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Insbesondere ist eine Rückforderung aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber die volle Souveränität über das Zeitkonto besessen hat.

Hinweis zum Mindestlohngesetz

Seit dem 01. Januar 2015 gilt in Deutschland ein gesetzlicher Mindestlohn mit nur wenigen Ausnahmen.

Das Mindestlohngesetz sieht auch vor, dass die auf dem Arbeitszeitkonto eingestellten Überstunden innerhalb eines Jahres durch bezahlte Freizeitgewährung oder Zahlung des Mindestlohns ausgeglichen werden müssen.

Diese Beschränkung gilt jedoch nur, soweit der Anspruch auf den Mindestlohn für die tatsächlich geleisteten Stunden nicht bereits durch Zahlung des verstetigten Arbeitsentgelts erfüllt ist. Für Arbeitgeber, die Mitarbeitern einen Lohn knapp oberhalb der Mindestlohn-Grenze zahlen, wird die Nutzung von Arbeitszeitkonten damit aber ebenfalls erschwert.

Die auf das Arbeitszeitkonto eingestellten Überstunden dürfen monatlich jeweils 50 Prozent der vereinbarten Arbeitszeit nicht übersteigen (Beispiel: Bei einer Vereinbarung von 20 Stunden/Woche und damit 86,6 Stunden/Monat dürfen jeden Monat maximal 43,3 Überstunden auf dem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben werden).

Das betrifft wegen der ebenfalls zu beachtenden Grenzen des Arbeitszeitgesetzes vor allem Teilzeitarbeitsverhältnisse. Für den Verstoß gegen diese Regelung zur maximalen Leistung von Überstunden ist keine unmittelbare Rechtsfolge bzw. Sanktion gegen den Arbeitgeber vorgesehen. Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass die über 150 Prozent der geschuldeten Arbeitszeit geleisteten Überstunden dann zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt, aber spätestens mit Ablauf des Folgemonats ausbezahlt werden müssen. Wenn dies nicht erfolgt, droht ein Bußgeld wegen der nicht rechtzeitigen Zahlung des Mindestlohns.

3.1.3 Betriebsurlaub

Die einheitliche Festlegung von Urlaub durch den Arbeitgeber ist ebenfalls ein Mittel zur Überbrückung von Beschäftigungsmangel. Hinsichtlich der Einführung, der Dauer und der zeitlichen Lage des Betriebsurlaubs steht dem Betriebsrat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht zu. Der Betriebsurlaub wird in diesem Fall durch Betriebsvereinbarung festgelegt. Nach der Rechtsprechung stellt diese einen dringenden betrieblichen Grund i. S. d. § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG dar, der den Urlaubswünschen einzelner Arbeitnehmer vorgeht.

3.1.4 Kurzarbeit

Unter Kurzarbeit versteht man die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit. Kurzarbeit kann in verschiedenen Formen durchgeführt werden.

Es können einzelne Stunden, ganze Tage oder Wochen ausfallen. Sinn und Zweck der Kurzarbeit ist die vorübergehende wirtschaftliche Entlastung des Betriebes durch eine Senkung der Personalkosten bei Erhaltung der Arbeitsplätze. Kurzarbeit kann vom Arbeitgeber angeordnet werden, wenn er hierzu durch tarifliche Normen, Betriebsvereinbarungen oder einzelvertragliche Absprachen berechtigt ist.

Tipp

Es empfiehlt sich, schon bei Abschluss eines Arbeitsvertrages eine entsprechende Regelung zur Anordnung von Kurzarbeit zu treffen.

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema Kurzarbeit finden Sie in dieser Publikation unter 5.1.2 sowie in unserer Broschüre „[Info Recht – Kurzarbeit – Arbeits- und Sozialversicherungsrecht](#)“.

3.1.5 Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis - Ausnahmen

Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit darf generell nur betrieben, wer die hierzu erforderliche Erlaubnis von der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit besitzt. Eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht besteht unter anderem für die Überlassung von Arbeitnehmern zwischen Konzernunternehmen, wenn diese nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Im Arbeitsvertrag bedarf es dazu einer Konzernversetzungsklausel.

Ein Einsatz der Arbeitnehmer in fremden Unternehmen bedarf dann keiner Erlaubnis, wenn die Überlassung durch einen Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten erfolgt, die Überlassung der Vermeidung von Kurzarbeit oder von Entlassungen dient und sie eine Dauer von zwölf Monaten nicht überschreitet. Zudem darf der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Erforderlich ist eine vorherige Anzeige an die Bundesagentur für Arbeit, sowie die im Arbeitsvertrag erklärte Bereitschaft des Arbeitnehmers.

Weiterführende Informationen

Ausführlichere Erläuterungen zum Thema Zeitarbeit finden Sie in dieser Publikation unter 6.2 sowie in unserer Broschüre „[Info Recht – Einsatz von Zeitarbeitskräften – Der Rechtsrahmen](#)“.

3.2 Der Aufhebungsvertrag

Der Abschluss von Aufhebungsverträgen ermöglicht dem Arbeitgeber eine weitgehend risikofreie Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Bei dem Abschluss von Aufhebungsverträgen kommt weder der allgemeine noch der besondere Kündigungsschutz zum Tragen.

Kommt es zu einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ohne dass eine Kündigung vorausgegangen ist, spricht man von einem klassischen Aufhebungsvertrag. Dieser ist abzugrenzen von einem reinen Abwicklungsvertrag, dem eine Arbeitgeberkündigung vorausgeht und der sich auf die Regelung der Folgen eines beendeten Beschäftigungsverhältnisses beschränkt.

Der Aufhebungsvertrag bietet viele Vorteile. So kann das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung gesetzlicher, tariflicher oder einzelvertraglicher Kündigungsfristen beendet werden. Auch ist weder allgemeiner noch besonderer Kündigungsschutz zu beachten und der Betriebsrat muss nicht beteiligt werden.

Downloads und weiterführende Informationen

Für die Wirksamkeit einer Aufhebungsvereinbarung sind unterschiedliche arbeitsrechtliche Bestimmungen zu beachten. Ausführliche Erläuterungen zum Thema Aufhebungsvertrag sowie ein Vertragsmuster finden Sie in der Broschüre „[Info Recht – Aufhebungsverträge im Arbeitsrecht](#)“.

3.3 Die betriebsbedingte Kündigung

3.3.1 Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung

Die Voraussetzungen für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG sind folgende:

3.3.1.1 Dringendes betriebliches Erfordernis

Dringende betriebliche Erfordernisse können aus inner- oder außerbetrieblichen Ursachen resultieren. Zu den innerbetrieblichen Ursachen gehören Rationalisierungsmaßnahmen, organisatorische Veränderungen und die Betriebs-(teil-)stilllegung. Ein Auftragsmangel und ein daraus resultierender Beschäftigungsmangel zählen hingegen zu den außerbetrieblichen Ursachen. Dem Wegfall von Arbeitsplätzen muss immer eine Unternehmerentscheidung vorausgehen. Die Kündigung selbst ist stets nur die Rechtsfolge der unternehmerischen Entscheidung.

3.3.1.2 Keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit

Ein dringendes betriebliches Erfordernis fehlt, wenn der Arbeitnehmer auf einen anderen, bei Zugang der Kündigung freien, zumutbaren Arbeitsplatz im Unternehmen versetzt werden kann. Was zumutbar ist, muss vom Arbeitnehmer grundsätzlich selbst entschieden werden. Der Arbeitgeber ist nicht dazu verpflichtet, ihm einen höherwertigen Arbeitsplatz anzubieten. Insbesondere besteht kein Anspruch auf Beförderung.

Achtung

Eine mögliche Versetzung geht dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung immer vor. Die Versetzung ist dabei unternehmensbezogen. Sollte sie nicht im Rahmen des Direktionsrechts möglich sein, so muss eine Änderungskündigung ausgesprochen werden.

3.3.1.3 Soziale Auswahl

Trotz des Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse kann eine betriebsbedingte Kündigung sozial ungerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG festgelegten sozialen Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Die Sozialauswahl erfolgt in drei Schritten:

- In einem ersten Schritt wird geprüft, wer aufgrund der Vergleichbarkeit überhaupt in die Sozialauswahl einzubeziehen ist.
- In einem zweiten Schritt sind die Sozialdaten der vergleichbaren Arbeitnehmer nach vier vom Gesetz vorgegebenen Kriterien (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltpflichten, Schwerbehinderung) untereinander zu gewichten.
- In einem letzten Schritt wird geprüft, ob bestimmte Arbeitnehmer (sogenannte Leistungsträger) von der Sozialauswahl auszunehmen sind.

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema betriebsbedingte Kündigung finden Sie in der Broschüre „[Info Recht – Die betriebsbedingte Kündigung](#)“.

3.3.2 Betriebsratsanhörung

3.3.2.1 Anhörung und Widerspruchsrecht des Betriebsrats

Die betriebsbedingte Kündigung bedarf wie jede Arbeitgeberkündigung einer Betriebsratsanhörung, seine Zustimmung ist aber nicht erforderlich (Ausnahme: Kündigungen gegenüber Organmitgliedern nach § 103 BetrVG). Die Anhörung muss zwingend vor Ausspruch der Kündigung erfolgen. Die Anhörung sollte vorsorglich mindestens acht Tage vor dem beabsichtigten Ausspruch der Kündigung erfolgen. Der Betriebsrat hat eine Höchstfrist von einer Woche, innerhalb der er zur Kündigung Stellung nehmen kann. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, so gilt seine Zustimmung zur Kündigung gem. § 102 Abs. 2 BetrVG als erteilt. Widerspricht der Betriebsrat einer Kündigung, hat dies nicht die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge.

Sollte der Arbeitnehmer in diesem Fall Kündigungsschutzklage erheben, ist der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers verpflichtet, diesen auch nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.

Tipp

Da der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats trägt, sollte er die Betriebsratsanhörung – auch wenn dies gesetzlich nicht vorgeschrieben ist – unbedingt schriftlich durchführen.

3.3.2.2 Allgemeiner Inhalt

Die Mitteilung an den Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung muss generell enthalten:

- Mitteilung der persönlichen Daten (Name, Alter, Familienstand, Unterhaltpflichten, Betriebszugehörigkeit, Tätigkeit, Abteilung, Eingruppierung, Schwerbehinderung, wöchentliche Arbeitszeit),
- Mitteilung Kündigungsart, Kündigungsfrist, Kündigungstermin,
- die wesentlichen Kündigungsgründe, die dem Arbeitgeber bekannt sind und auf die er die Kündigung stützen will.

Gehören zum Kündigungssachverhalt noch weitere Elemente wie z. B. eine vorausgegangene Abmahnung, so muss der Arbeitgeber auch diese weiteren Elemente darlegen und vorhandene Unterlagen beifügen. Bei einer beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung sind weitere besondere Angaben zu machen:

- Unternehmerentscheidung, Gründe und Motivation
- Umfang und Art der betrieblichen Änderung
- Vorstellung des Arbeitgebers über die konkrete Umsetzung der Maßnahme im Betrieb
- Zeitpunkt des Abschlusses der geplanten Maßnahme
- fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit
- vom Arbeitnehmer abgelehnte Angebote auf Weiterbeschäftigung
- Kriterien zur Ermittlung der Vergleichbarkeit
- namentliche Nennung der vergleichbaren Arbeitnehmer mit Sozialdaten
- Kriterien der Sozialauswahl, Gewichtung und Ergebnis
- Herausnahme aus der Sozialauswahl

3.3.2.3 Folgen der Nichtanhörung

Eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Der Arbeitnehmer kann die Unwirksamkeit innerhalb der Drei-Wochen-Frist nach Zugang der Kündigung (§ 4 KSchG) durch Klageerhebung geltend machen. Auch wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung noch keinen Kündigungsschutz genoss, kann er die fehlende Betriebsratsanhörung gerichtlich beanstanden.

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema Betriebsratsanhörung finden Sie in unserer Broschüre „[Info Recht – Betriebsratsbeteiligung nach § 102 BetrVG](#)“.

3.3.3 Abfindungen bei der betriebsbedingten Kündigung

Ein gesetzlicher Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers existiert auch bei der betriebsbedingten Kündigung nicht. Es besteht für den Arbeitgeber jedoch die Möglichkeit bei betriebsbedingten Kündigungen nach § 1a KSchG, bereits im Kündigungsschreiben dem Arbeitnehmer eine Abfindung für den Fall zu versprechen, dass dieser die Klagefrist verstreichen lässt. Die Höhe der Abfindung beträgt in diesem Fall 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Dabei sind Zeiträume von mehr als sechs Monaten auf ein Jahr aufzurunden.

Achtung

Der Arbeitgeber muss sich bereits bei Ausspruch der Kündigung überlegen, ob er dem Arbeitnehmer durch den Hinweis auf die Möglichkeit der gesetzlichen Abfindung ein entsprechendes Wahlrecht einräumt.

3.4 Der interessenausgleichs- und sozialplanpflichtige Personalabbau

Gem. §§ 111 ff. BetrVG besitzt der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei Betriebsänderungen, so dass der Versuch eines Interessenausgleichs und regelmäßig auch der Abschluss eines Sozialplans erforderlich ist.

Tabelle 1
Abgrenzung Interessenausgleich (IA) und Sozialplan (SP)

	Gegenstand	Inhalt	Wirkung	Erzwingbarkeit
IA	Unternehmerische Entscheidung über die Betriebsänderung	Regelung des Ob, Wann und Wie der Betriebsänderung	Keine unmittelbaren Rechte des Arbeitnehmers gegen Arbeitgeber	Abschluss nicht erzwingbar, Feststellung des Scheiterns durch die Einigungsstelle
SP	Ausgleich/Milderung der wirtschaftlichen Nachteile infolge der Betriebsänderung	Finanzielle Leistungen des Arbeitgebers (z. B. Abfindungen)	Unmittelbare Ansprüche der Arbeitnehmer gegen Arbeitgeber	Mittels Spruch der Einigungsstelle erzwingbar

3.4.1 Interessenausgleich

Vor jeder mitbestimmungspflichtigen Betriebsänderung muss der Arbeitgeber gemäß § 111 Abs. 1 BetrVG den Betriebsrat rechtzeitig sowie umfassend unterrichten und mit ihm beraten. Gegenstand dieser Beratung ist das „Ob“, „Wann“ und „Wie“ der Betriebsänderung (BAG, Urteil vom 17. September 1991 – 1 ABR/91). Ziel der Beratung ist es, mit dem ernsten Willen der Verständigung die Interessen des Arbeitgebers an einer wirtschaftlichen Führung des Betriebes mit denen der Arbeitnehmer an der Erhaltung ihrer Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen auszugleichen.

Weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema Interessenausgleich finden Sie in der Broschüre „[Info Recht – Betriebsänderungen rechtssicher gestalten](#)“ im Kapitel 2.

3.4.2 Massenentlassungsanzeige

Regelmäßig ist eine Massenentlassung Folge einer interessenausgleichspflichtigen Betriebsänderung. Der Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang gemäß § 17 Abs. 1 KSchG verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

- in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf Arbeitnehmer
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern zehn von Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

innerhalb von 30 Kalendertagen entlässt.

Im gesetzlichen Verfahren zur Massenentlassung hat der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat schriftliche Unterrichtungs- und Beratungspflichten. Im Zusammenhang mit dem Verfahren zum Interessenausgleich und Sozialplan können vom Arbeitgeber Synergieeffekte genutzt werden. So kann der Arbeitgeber seiner schriftlichen Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betriebsrat durch einen um die in § 17 Abs. 2 KSchG geforderten Angaben ergänzten Interessenausgleich und Sozialplan nachkommen. Die Beratungspflicht des Arbeitgebers ist mit Abschluss eines Interessenausgleichs erfüllt. Der Interessenausgleich kann dann auch als Stellungnahme des Betriebsrats i. S. d. § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG herangezogen werden. Dringend anzuraten ist allerdings, dass in einem solchen Interessenausgleich verdeutlicht wird, dass dieser auch gleichzeitig die Stellungnahme zur Massenentlassungsanzeige enthält.

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema Betriebsänderungen finden Sie in der Broschüre „[Info Recht – Anzeigepflichtige Entlassungen](#)“.

3.4.3 Allgemeines zum Sozialplan

Unter einem Sozialplan versteht das Gesetz die Einigung der Betriebsparteien über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern in Folge der geplanten Betriebsänderung entstehen. Anders als der Interessenausgleich kann der Sozialplan vom Betriebsrat erzwungen werden. Die Erzwingbarkeit eines Sozialplanes ist nach § 112a BetrVG eingeschränkt. Besteht die Betriebsänderung ausschließlich in einem Personalabbau und nicht zumindest auch in der Änderung sächlicher Betriebsmittel, kann der Sozialplan durch Spruch der Einigungsstelle nur erzwungen werden, wenn die in § 112a Abs. 1 BetrVG genannten Schwellenwerte erreicht sind.

Hinweis

Neu gegründete Unternehmen sind nach § 112a Abs. 2 BetrVG in den ersten vier Jahren nach ihrer Gründung nicht zum Abschluss von Sozialplänen verpflichtet. Dies gilt aber nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen.

Bei einem Personalabbau – der nicht von weiteren Betriebsänderungen gemäß § 111 BetrVG flankiert wird – kann der Betriebsrat einen Sozialplan nur dann in der Einigungsstelle erzwingen, wenn der Personalabbau die in § 112a Abs. 1 BetrVG definierten Grenzwerte erreicht. Allerdings schränkt diese Vorschrift nicht die Pflicht des Unternehmens ein, einen Interessenausgleich zu versuchen.

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema Betriebsänderungen finden Sie in der Broschüre „[Info Recht – Betriebsänderungen rechtssicher gestalten](#)“ in Kapitel 3.

3.4.4 Sonderfall Tarifsozialplan

Ein Tarifsozialplan regelt ebenso wie ein Sozialplan die Milderung wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer infolge von Betriebsänderungen. Vertragspartner einer solchen Regelung ist auf Arbeitnehmerseite die Gewerkschaft. Die Gewerkschaft hat grundsätzlich die Möglichkeit, zur Erzwingung des Abschlusses eines Tarifsozialplans sowie ihrer diesbezüglichen Forderungen (z. B. Höhe der Abfindungen) das Arbeitskampfmittel des Streiks einzusetzen. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz schließen Forderungen der zuständigen Gewerkschaft nach einem Tarifsozialplan nicht aus und sind weiterhin zu beachten.

4 Sozialrechtliche Aspekte

Flankierungen und Herausforderungen

4.1 Fördermöglichkeiten

4.1.1 WeGebAU

Das Sonderprogramm WeGebAU bezweckt den Erhalt und Ausbau der Beschäftigungsfähigkeit gering qualifizierter und älterer Arbeitnehmer. Auch bei wechselnden betrieblichen und technologischen Rahmenbedingungen soll die Möglichkeit des dauerhaften Verbleibs der Mitarbeiter in der beruflichen Tätigkeit durch gezielte Maßnahmen der Weiterbildung gefördert werden.

Gefördert werden können:

- Gering qualifizierte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne Berufsabschluss oder mit Berufsabschluss, wenn sie seit mindestens vier Jahren eine an- oder ungelernte Tätigkeit verrichten und ihre erlernte Tätigkeit nicht mehr ausüben können.
- Ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, wenn sie das 45. Lebensjahr vollendet haben und in kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) mit weniger als 250 Arbeitnehmern beschäftigt sind. Hinweis: Eine finanzielle Unterstützung ist auch bei Neueinstellungen möglich, falls die neuen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zum förderfähigen Personenkreis gehören.

Es können Weiterbildungen gefördert werden, die im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts durchgeführt werden. Es müssen für den allgemeinen Arbeitsmarkt verwertbare Kenntnisse vermittelt werden.

Weiterführende Informationen

Einzelheiten finden Sie auf Seiten der Agentur für Arbeit unter <https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/finanziell/foerderung-von-weiterbildung>.

4.1.2 Kurzarbeit

Unter Kurzarbeit versteht man die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit.

Sinn und Zweck der Kurzarbeit ist die vorübergehende wirtschaftliche Entlastung des Betriebes durch Senkung der Personalkosten unter gleichzeitiger Erhaltung der Arbeitsplätze. Bei einer arbeitsrechtlich wirksamen Durchführung von Kurzarbeit kann der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt entsprechend der abgesenkten Arbeitszeit kürzen.

Wenn die sozialrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, wird der Arbeitsentgeltausfall der Arbeitnehmer durch das sogenannte Kurzarbeitergeld (KuG) teilweise kompensiert.

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema Kurzarbeit finden Sie in unserer Broschüre „[Info Recht – Kurzarbeit – Arbeits- und Sozialversicherungsrecht](#)“.

4.1.3 Eingliederungszuschuss

Arbeitgeber können Eingliederungszuschüsse erhalten, wenn sie Arbeitnehmer mit Vermittlungshemmrisen einstellen, deren Vermittlung wegen in ihrer Person liegender Umstände erschwert ist. Der Eingliederungszuschuss kann für ältere Arbeitnehmer erbracht werden. Des Weiteren können für schwerbehinderte oder sonstige behinderte Menschen sowie für schwerbehinderte Menschen im Sinne des § 187 Abs. 1 Nr. 3 Buchstaben a bis d des SGB IX Eingliederungszuschüsse erbracht werden, § 90 SGB III.

Höhe und Dauer der Förderung richten sich nach dem Umfang der Minderleistung des Arbeitnehmers und den jeweiligen Eingliederungserfordernissen. Der Zuschuss kann in Höhe von bis zu 50 Prozent des berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelts und bis zu einer Dauer von zwölf Monaten erbracht werden. Berücksigungsfähig sind die regelmäßig gezahlten Arbeitsentgelte, soweit sie die tariflichen oder ortsüblichen Arbeitsentgelte und die Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitsförderung nicht übersteigen. Der pauschalierte Anteil des Arbeitgebers am Gesamtsozialversicherungsbeitrag wird in die Berechnung des Zuschusses einbezogen. Für Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet haben und mit denen ein Beschäftigungsverhältnis von mindestens einem Jahr begründet wird, kann der Zuschuss bis zu einer Dauer von 36 Monaten geleistet werden, wenn die Förderung bis zum 31. Dezember 2028 begonnen hat.

Weiterführende Informationen

Vgl. hierzu die Informationen der Bundesagentur für Arbeit unter
<https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/finanziell/foerderung-arbeitsaufnahme>.

4.2 Sozialrechtliche Hürden bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses stellt sich insbesondere die Frage, ob der Arbeitnehmer im Hinblick auf einen möglichen Arbeitslosengeldanspruch mit dem Eintritt von Ruhens- oder Sperrzeiten rechnen muss. Von großer praktischer Relevanz sind insoweit die Tatbestände des § 158 SGB III (Ruhens des Anspruchs bei Entlassungsentzündigung) und § 159 SGB III (Ruhens bei Sperrzeit).

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen über die sozialrechtlichen Konsequenzen bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen finden Sie in unserer Broschüre „[Info Recht – Sozialversicherungsrecht und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen](#)“.

4.3 Transfer-, Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften

Wird ein Personalabbau infolge einer notwendigen Betriebsänderung unumgänglich, können unter bestimmten Voraussetzungen gesetzliche Fördermöglichkeiten in Anspruch genommen werden, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden. In Betracht kommt insoweit insbesondere eine Förderung der Teilnahme an Transfermaßnahmen (§ 110 SGB III) oder der Anspruch auf Kurzarbeitergeld zur Förderung der Eingliederung bei betrieblichen Restrukturierungen – Transferkurzarbeitergeld (§ 111 SGB III).

Eine Voraussetzung für den Bezug von Transferkurzarbeitergeld (Transfer-KuG) ist, dass die von Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer zur Vermeidung von Entlassungen und zur Verbesserung ihrer Eingliederungschancen in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit (sog. Transfer-/Beschäftigungs- oder Qualifizierungsgesellschaft) zusammengefasst werden.

Die Agentur für Arbeit fördert die Teilnahme von Arbeitnehmern an Transfermaßnahmen durch Zuschüsse in Höhe von 50 Prozent der erforderlichen und angemessenen (bislang: der aufzuwendenden) Maßnahmenkosten, jedoch höchstens bis zu einem Betrag von 2.500,00 Euro je gefördertem Arbeitnehmer. Soweit Arbeitnehmer in eine Transfergesellschaft wechseln, wird ihnen nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen Transfer-KuG gewährt.

Downloads und weiterführende Informationen

Ausführliche Erläuterungen zum Thema Transfergesellschaften finden Sie in unserer Broschüre „[Info Recht – Transferkurzarbeitergeld und Transfergesellschaften](#)“.

5 Flexible Beschäftigung

Befristete Arbeitsverhältnisse, Zeitarbeit und freie Mitarbeit

5.1 Die Befristung von Arbeitsverhältnissen

Ein Arbeitnehmer ist befristet beschäftigt, wenn er einen auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag vereinbart hat. Diese Form des Arbeitsvertrages endet daher durch Zeitablauf (Zeitbefristung) oder Zweckerreichung (Zweckbefristung), ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Die Rechtsvorschriften über den allgemeinen sowie den besonderen Kündigungsschutz finden auf das vereinbarte Ende der Befristung keine Anwendung. So bedarf es keiner Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG bei Beendigung durch Zeitablauf oder Zweckerreichung. Die besonderen Kündigungsschutzbestimmungen, beispielsweise für schwerbehinderte Arbeitnehmer oder schwangere Arbeitnehmerinnen, sind grundsätzlich nicht anwendbar.

Rechtsgrundlage für die Befristung von Arbeitsverträgen ist zunächst das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG). Daneben sind spezialgesetzliche Regelungen wie § 21 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) zu beachten.

In einigen Tarifgebieten enthalten außerdem Tarifverträge Sonderregelungen für den befristeten Abschluss eines Arbeitsvertrages. Solche tariflichen Regelungen können die Rahmenvorgaben des TzBfG erweitern oder auch einschränken.

5.1.1 Arten der Befristung

Zu unterscheiden sind zunächst zeitbefristete und zweckbefristete Arbeitsverhältnisse.

5.1.1.1 Zeitbefristung

Zeitbefristet ist ein Arbeitsvertrag, wenn die Laufzeit nach dem Kalender bestimmbar ist. Das heißt, entweder ist das Enddatum des Vertrages genannt oder der Beginn und die Laufzeit sind in Wochen, Monaten oder Jahren festgelegt.

Formulierungsbeispiel

„Das Arbeitsverhältnis ist befristet und endet durch Zeitablauf am 30. November 2014, ohne dass es einer Kündigung bedarf.“ In der Praxis enthält die überwiegende Anzahl der befristeten Arbeitsverträge Zeitbefristungen.

5.1.1.2 Zweckbefristung

Bei der Zweckbefristung ergibt sich die Dauer des Arbeitsverhältnisses aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Arbeitsleistung. Ist der Zweck erreicht, endet bei wirksamer Befristung das Arbeitsverhältnis. Typischer Fall der Zweckbefristung ist zum Beispiel die Einstellung eines Arbeitnehmers als Krankheitsvertretung, wenn nicht absehbar ist, wann der erkrankte Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig ist.

Formulierungsbeispiel

„Das Arbeitsverhältnis ist befristet. Die Einstellung erfolgt zur Krankheitsvertretung von Herrn/Frau ... Das Arbeitsverhältnis endet mit der Rückkehr von Herrn/Frau ... in den Betrieb, ohne dass es einer Kündigung bedarf.“

5.1.1.3 Zeit-Zweck-Befristung

Zulässig ist auch die Verknüpfung der Zweckbefristung mit einer Zeitbefristung. Dabei wird zunächst ein Zweck benannt, bei dessen Erreichen das Arbeitsverhältnis enden soll. Zusätzlich dazu wird aber noch ein Enddatum genannt, zu dem das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall enden soll, auch wenn der Zweck bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht erreicht sein soll.

Formulierungsbeispiel

„Das Arbeitsverhältnis ist befristet. Die Einstellung erfolgt zur Krankheitsvertretung von Herrn/Frau ... Das Arbeitsverhältnis endet mit der Rückkehr von Herrn/Frau ... in den Betrieb, ohne dass es einer Kündigung bedarf.“

Das Arbeitsverhältnis endet jedoch in jedem Fall spätestens am ..., ohne dass es einer Kündigung bedarf.“

5.1.2 Form

Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Wird das Schriftformgebot nicht beachtet, ist die Befristung unwirksam mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis als unbefristetes gilt. Dieses so entstandene unbefristete Arbeitsverhältnis kann zwar ordentlich gekündigt werden, hierbei sind jedoch die Bestimmungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes zu beachten. Das Schriftformerfordernis muss vor Vertragsbeginn bzw. Arbeitsaufnahme erfüllt sein und kann zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr wirksam nachgeholt werden. Die Ersetzung der Schriftform durch qualifizierte elektronische Signatur ist zulässig (§§ 126 Abs. 3, 126a BGB).

Flexible Beschäftigung

Die Praxis, dass die Befristung zunächst mündlich vereinbart und erst später schriftlich fixiert wird, ist unzulässig.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages, sondern auch für dessen Verlängerung.

Maßgeblich ist, dass die Befristungsabrede wirksam in Schriftform (bzw. mit qualifizierter elektronischer Signatur) vereinbart wurde. Andere Vertragsbestandteile fallen nicht unter das Formerfordernis § 14 Abs. 4 TzBfG (BAG, Urt. v. 16.08.2023, Az: 7 AZR 300/22).

Bei der Zeitbefristung mit Sachgrund bedarf der Sachgrund nicht der schriftlichen Fixierung. Der Arbeitgeber muss im Streitfall nur nachweisen, dass der sachliche Grund bei Abschluss der Befristung objektiv vorgelegen hat. Ebenso wenig ist in der Vertragsurkunde ein Hinweis auf eine sachgrundlose Befristung zwingend aufzunehmen. Es besteht kein Zitiergebot.

Anders ist dies bei der Zweckbefristung. Hier ist der Zweck der Befristung zu ihrer Wirksamkeit stets schriftlich zu vereinbaren und ausdrücklich in der Vertragsurkunde zu benennen.

Hinweis

Ganz isoliert für die Befristung auf das Erreichen der Regelaltersgrenze reicht ausnahmsweise die Befristungsabrede in Textform aus (§ 41 Abs. 2 SGB VI in der seit 01. Januar 2025 geltenden Fassung). Für andere rentenbezogene Befristungen bzw. auflösende Bedingungen gilt diese Formerleichterung nicht.

5.1.3 Befristung ohne Sachgrund

Nach § 14 Abs. 2 TzBfG kann die Zeitbefristung eines Arbeitsvertrages ohne sachlichen Grund vereinbart werden, wenn der Arbeitsvertrag einschließlich höchstens dreimaliger Verlängerung eine Gesamtdauer von zwei Jahren nicht überschreitet. Eine solche sachgrundlose Befristung ist allerdings nur dann zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber zuvor nicht bereits ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die frühere Auffassung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), dass eine mehr als drei Jahre zurückliegende „Zuvor-Beschäftigung“ unbeachtlich sein soll, wurde vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 08. Juni 2018 verworfen. Daher gilt das Vorbeschäftigung verbot grundsätzlich für alle früheren Beschäftigungen.

Mit „demselben“ Arbeitgeber ist grundsätzlich der Vertragsarbeitgeber gemeint, also die juristische oder natürliche Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag schließt. Demnach ist eine Vorbeschäftigung nur dann schädlich für eine sachgrundlose Befristung, wenn der vormalige Vertragspartner des Arbeitsvertrages und der jetzige Arbeitgeber identisch sind.

Grundsätzlich unschädlich ist eine Vorbeschäftigung als Leiharbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber. Denn dieser war als Entleiher nicht Vertragsarbeitgeber des vormals als Leiharbeitnehmer tätigen Arbeitnehmers. Auch im Fall eines Betriebsüberganges ist eine Vorbeschäftigung beim Veräußerer für den Erwerber als neuem Arbeitgeber unschädlich, wenn das zuvor bestandene befristete Arbeitsverhältnis vor Betriebsübergang beendet war.

Ebenso soll ein vorausgegangenes Ausbildungsverhältnis einer sich anschließenden befristeten Übernahme ohne Sachgrund nicht entgegenstehen, wenn Ausbilder und Vertragsarbeitgeber identisch sind. Das Ausbildungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis.

Innerhalb einer Gesamtdauer von zwei Jahren kann die Befristung ohne Sachgrund dreimal verlängert werden. Es können also vier befristete Zeintabschnitte aufeinander folgen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Verlängerung sich jeweils nahtlos anschließt. Bereits eine Unterbrechung von nur einem Tag schließt eine wirksame Verlängerung aus. Die Verlängerungsvereinbarung muss bereits vor Ablauf der letzten Befristung wirksam, also schriftlich, getroffen worden sein. Eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugleich mit der Verlängerung der Befristung egal ob zugunsten oder zuungunsten des Arbeitnehmers (z. B. auch nur eine Gehaltserhöhung) ist allerdings nicht zulässig und würde zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis führen.

5.1.3.1 Neu gegründete Unternehmen

Die sachgrundlose Befristung ist nach § 14 Abs. 2a TzBfG für neu gegründete Unternehmen weiter erleichtert. Hier kann bis zu einer Gesamtdauer von vier Jahren ohne Sachgrund befristet werden. Innerhalb dieser Höchstgrenze ist eine mehrfache Verlängerung möglich. Eine zahlenmäßige Einschränkung der Verlängerungsmöglichkeiten gibt es dabei nicht.

Für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Konzernen oder Unternehmen gelten diese Erleichterungen nicht.

5.1.3.2 Altersbefristung

Die Neufassung von § 14 Abs. 3 TzBfG erlaubt die Befristung eines Arbeitnehmers, der das 52. Lebensjahr vollendet hat, ohne sachlichen Grund für bis zu fünf Jahre. Die Zulässigkeit einer solchen Befristung knüpft unter anderem an eine vorherige Arbeitslosigkeit von mindestens vier Monaten Dauer.

5.1.4 Befristung mit Sachgrund

Liegen die Voraussetzungen für eine Befristung ohne Sachgrund nicht vor, beispielsweise weil mit demselben Arbeitgeber innerhalb der letzten drei Jahre ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist eine Befristung nur wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (§ 14 Abs. 1 TzBfG).

Das Gesetz nennt in § 14 Abs. 1 TzBfG sachliche Gründe. Ein Sachgrund ist beispielsweise die befristete Einstellung eines Arbeitnehmers zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers oder die Befristung zur Erprobung. Die gesetzliche Aufzählung der Sachgründe ist nicht abschließend, das heißt, es sind neben den in § 14 Abs. 1 TzBfG genannten Sachgründen weitere denkbar.

Wie bereits ausgeführt, besteht kein Zitiergebot. Der Sachgrund bedarf also keiner ausdrücklichen Erwähnung in der schriftlichen Befristungsabrede, soweit es sich um eine Zeitbefristung handelt.

Die mehrfache Aneinanderreihung von Befristungen mit Sachgrund ist grundsätzlich zulässig und gesetzlich nicht begrenzt. Allerdings steigen mit zunehmender Dauer des Beschäftigungsverhältnisses die Anforderungen an den Sachgrund. Außerdem besteht beim Überschreiten folgender Grenzen die Gefahr einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung, die wiederum ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zur Folge hätte:

- acht Jahre Gesamtdauer der befristeten Beschäftigungsverhältnisse oder
- zwölf Verlängerungen der befristeten Beschäftigungen oder
- die Kombination von sechs Jahren Gesamtdauer und neun Verlängerungen der befristeten Beschäftigung.

Der Sachgrund muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv vorgelegen haben. Im Streitfall über die Wirksamkeit einer Sachgrundbefristung hat der Arbeitgeber dem Arbeitsgericht die Umstände des von ihm angenommenen Sachgrundes darzulegen und zu beweisen. Die Dauer der vereinbarten Befristung muss sich am Sachgrund der Befristung orientieren und mit ihm so in Einklang stehen, dass sie nicht gegen das Vorliegen des Sachgrundes spricht.

Stellt sich vor dem Arbeitsgericht heraus, dass ein Sachgrund tatsächlich nicht vorgelegen hat bzw. ein solcher nur vorgeschoben war, gilt das befristete Arbeitsverhältnis als unbefristet.

Zu beachten ist, dass auch bei leitenden Angestellten dieselben Anforderungen an einen Sachgrund wie bei sonstigen Arbeitnehmergruppen zu stellen sind.

5.1.5 Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses

Ein zeitbefristeter Arbeitsvertrag endet nach Ablauf der vereinbarten Zeit, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag endet grundsätzlich mit Zweckerreichung, jedoch frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.

Zulässig ist auch eine Kombination von Zeit- und Zweckbefristung.

Formulierungsbeispiel

„Das Arbeitsverhältnis ist befristet. Die Einstellung erfolgt zur Krankheitsvertretung von Herrn/Frau ... Das Arbeitsverhältnis endet mit der Rückkehr von Herrn/Frau ... in den Betrieb, spätestens jedoch mit Ablauf des 31. Dezember 2007, ohne dass es einer Kündigung bedarf.“

Wird das Arbeitsverhältnis nach dem Ende der Befristung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, so gilt es nach § 15 Abs. 5 TzBfG auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn er nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich schriftlich mitteilt.

Damit ist also bei einer Weiterarbeit des Arbeitnehmers trotz Zweckerreichung eine unverzügliche schriftliche Mitteilung erforderlich. Aus Beweisgründen empfiehlt es sich, auch bei einer Fortsetzung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer nach Ende der Zeitbefristung den Widerspruch diesem gegenüber schriftlich zu erklären.

Praxishinweis

Ähnlich stellt sich die Rechtslage beim Ausbildungsverhältnis dar. Nach § 24 Berufsbildungsgesetz (BBiG) gilt ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet, wenn der Auszubildende im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis tatsächlich beschäftigt wird, ohne dass hierüber eine ausdrückliche Vereinbarung besteht.

Die Vorschrift erfasst auch den Auszubildenden, der vor Abschluss der vereinbarten Vertragslaufzeit seine Abschlussprüfung besteht. Denn das Ausbildungsverhältnis endet bereits mit Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses durch den Prüfungsausschuss. Erscheint der Auszubildende am Folgetag im Betrieb und wird auf Weisung des Arbeitgebers oder dessen Vertreters tätig, entsteht ohne weiteres Zutun ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

5.1.6 Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses während seiner Laufzeit

Nach § 15 Abs. 3 TzBfG unterliegt ein befristetes Arbeitsverhältnis grundsätzlich nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich ausdrücklich vereinbart ist.

Formulierungsbeispiel

Das befristete Arbeitsverhältnis kann während seiner Laufzeit von beiden Parteien ordentlich unter Beachtung der jeweils geltenden gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden.

Fehlt eine solche Vereinbarung, ist das befristete Arbeitsverhältnis grundsätzlich nur außerordentlich aus wichtigem Grund regelmäßig, also fristlos, kündbar. An die Wirksamkeit einer solchen Kündigung werden erhöhte Anforderungen gestellt.

Im Übrigen sind bei einer ordentlichen wie auch außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers während der Laufzeit der Befristung die allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzbestimmungen zu beachten. Besteht ein Betriebsrat, ist dieser vor Ausspruch der Kündigung nach § 102 BetrVG zu beteiligen.

5.2 Kosteneffekte von Zeitarbeit

Mitarbeiter müssen nicht immer als Arbeitnehmer des eigenen Unternehmens und unbefristet eingestellt werden. Es gibt Alternativen (neben der Befristung von Arbeitsverhältnissen, 6.1), die mehr Flexibilität bieten. Eine davon ist die Zeitarbeit. Zeitarbeit bietet zwar nicht die Möglichkeit, auf den Moment bezogen Kosten zu sparen. Bei längerfristiger Betrachtung sind allerdings mit der Zeitarbeit Einsparungen möglich, weil sie die Chance eröffnet, auf wechselnden Personalbedarf flexibel zu reagieren. Die mit Personalüberhängen verbundenen unnötigen Kosten lassen sich so vermeiden.

Flexible Beschäftigung

Zudem können bspw. Auftragsspitzen mit „geleastem“ Personal bewältigt werden, ohne dass dauerhaft der Personalstamm ausgeweitet werden muss. Die Flexibilität ist also das große Plus der Zeitarbeit, das zu Kosteneinsparungen führen kann.

Hinweis

Damit Arbeitnehmerüberlassung zulässig ist, müssen einige arbeitsrechtliche Spielregeln eingehalten werden, die hier nur in Grundzügen erläutert werden können. Der Schwerpunkt soll hier auf Chancen und Risiken von Zeitarbeit gelegt werden.

5.2.1 Zeitarbeit und ihre Funktionsweise

Zeitarbeit bzw. Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) aufgrund einer Vereinbarung vorübergehend geeignete, bei ihm angestellte Arbeitskräfte (Zeitarbeitnehmer) zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Diese Zeitarbeitnehmer setzt der Entleiher nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein; sie unterliegen seinem Direktions- bzw. Weisungsrecht. Die Abgrenzung zu Dienst- bzw. Werkvertrag ist im Einzelfall schwierig. Hier kommt es wesentlich auf die tatsächliche Durchführung an. Entscheidend ist die Organisation der Arbeitsleistung (Wer organisiert?), das Direktionsrecht (Wer weist an?), die Risikoverteilung (Wer haftet für Mangelfreiheit?) und die Berechnung der Vergütung. Derjenige, der im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Arbeitnehmer gewerbsmäßig Dritten überlassen will, benötigt hierfür eine Erlaubnis von der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit.

Das früher im Gesetz enthaltene Merkmal „gewerbsmäßig“ wurde inzwischen durch die Formulierung „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ ersetzt. Es kommt demnach nicht mehr darauf an, dass ein Unternehmen mit der Arbeitnehmerüberlassung einen wirtschaftlichen Vorteil anstrebt.

Wichtig

Lassen Sie sich diese Erlaubnis von dem Zeitarbeitsunternehmen stets vorlegen! Verfügt das Unternehmen nicht über die Erlaubnis, so kann dies schwerwiegende Folgen für den Entleiher haben (siehe dazu unten Abschnitt 6.2.3).

Hinweis

Ausnahmen von der Erlaubnispflicht bestehen u. a. in folgenden Fällen. Sie ermöglichen flexiblen Personaleinsatz, haben allerdings zum Teil eine entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarung zur Voraussetzung:

Flexible Beschäftigung

- Überlassung zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG); Voraussetzung ist eine tarifliche Regelung, die eine solche Personalüberlassung vorsieht
- Vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern zwischen Konzernunternehmen (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG), sog. konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung
- Überlassung von Arbeitnehmern erfolgt nur gelegentlich und der Arbeitnehmer wurde nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG)
- Überlassung in das Ausland an ein deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen, an dem der Verleiher beteiligt ist und das auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen errichtet worden ist (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG)
- Abordnung zu einer zur Herstellung eines Werks gebildeten Arbeitsgemeinschaft, deren Mitglied der Arbeitgeber ist, sofern hier für alle Mitglieder Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind (§ 1 Abs. 1 S. 3 AÜG)
- Überlassung von Arbeitnehmern durch einen Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen für höchstens zwölf Monate (§ 1a AÜG), erforderlich ist aber eine vorherige Anzeige an die Bundesagentur für Arbeit

5.2.2 Bedarfsanalyse

Die Inanspruchnahme von Zeitarbeitnehmern macht, von wenigen Ausnahmen abgesehen, vorwiegend dann Sinn, wenn auf einen vorübergehenden Bedarf zu reagieren ist, also bspw. ein absehbar in einem bestimmten Zeitraum abgeschlossener Auftrag bewältigt werden muss. Zeitarbeit ist nicht billig (in der Regel Stundensatz, manchmal auch Pauschalen, jeweils zzgl. MwSt.), so dass bei einem unbefristeten Bedarf meist besser eigenes Personal eingestellt wird, welches dann zudem noch langfristig auf den Bedarf abgestimmt ausbildet werden kann.

Vor allem ist zu beachten, dass mit der Reform des Gesetzestextes, seit 01. April 2017 grundsätzlich eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten bei demselben Entleiher nicht überschritten werden darf. Erst nach einer drei monatigen Nichtbeschäftigungszeit bei dem Entleiher kann der Zeitarbeitnehmer bei diesem wieder für 18 Monate eingesetzt werden.

5.2.3 Ist die Tätigkeit für Zeitarbeitnehmer geeignet?

Die Inanspruchnahme von Zeitarbeit lohnt sich meist nur, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, die leicht erlernbar oder die in hohem Maße standardisiert sind.

Klassischer Weise kommen hier Tätigkeiten bspw. im Lager, im Logistik- oder Transportbereich (Fahrer) oder angelernte Tätigkeiten in der Produktion in Betracht. Auch Sekretariats- und Verwaltungsaufgaben können sich für die Beschäftigung von Zeitarbeitnehmern eignen. Grundsätzlich kann zwar in keinem Bereich die Eignung für Zeitarbeit vollkommen ausgeschlossen werden. Je höher jedoch der Aufwand für die Einarbeitung, umso geringer der unmittelbare Nutzen durch Kostenvorteile. Gleichwohl gibt es Fälle, in denen z. B. Forschungs- und Entwicklungsaufgaben für ein bestimmtes, zeitlich definiertes Projekt mittels Zeitarbeit bewältigt werden. An die Auswahl der Zeitarbeitnehmer sind dann aber besonders hohe Anforderungen zu stellen.

5.2.4 Vorteile und Chancen von Zeitarbeit

Neben der bereits einleitend beschriebenen Flexibilität im kurzfristigen Einsatz und der Anpassung der Personalkapazität an den jeweiligen Bedarf bietet die Beschäftigung von Zeitarbeitnehmern weitere Vorteile:

5.2.4.1 Keine Folgelasten und -risiken als Arbeitgeber bei Beendigung der Zusammenarbeit

Der Zeitarbeitnehmer bleibt Arbeitnehmer des verleigenden Zeitarbeitsunternehmens. Das Entleihunternehmen trifft damit kein Risiko als Arbeitgeber: Es braucht sich hinsichtlich des Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers keine Gedanken zu machen, hat bei der Beendigung der Zusammenarbeit keine Kündigungsfrist zu beachten und trägt nach Anspruch einer Kündigung kein Risiko, ob diese vor dem Arbeitsgericht Bestand hat.

Achtung

Zu beachten ist selbstverständlich eine sich eventuell dem Verleihunternehmen gegenüber aus dem Überlassungsvertrag ergebende Kündigungsfrist bezüglich dieses Vertrags. Jedenfalls besteht aber die Flexibilität, einen ungeeigneten Leiharbeiter zurück zu schicken und einen anderen dafür anzufordern.

5.2.4.2 Keine Vergütung während Krankheit und Urlaub

Es entstehen keine Folgekosten durch Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder Vergütung während Urlaubszeit: Bezahlt wird, jedenfalls in dem häufigeren Fall der stundenweisen Abrechnung, nur die Zeit, in der der Zeitarbeitnehmer auch tatsächlich im Unternehmen eingesetzt ist.

5.2.4.3 Zeitarbeit zur Erprobung

Zeitarbeit bietet darüber hinaus auch die Chance, bei geplanten (oder vielleicht noch nicht ganz gewissen Einstellungen) neue Mitarbeiter zu erproben, ohne mit diesen jeweils ein Arbeitsverhältnis mit Probezeit abschließen zu müssen. Bei „Nichtgefallen“ kann unproblematisch ein anderer Mitarbeiter beim Verleiher angefordert werden. Es besteht damit die Möglichkeit, innerhalb kurzer Zeit mehrere potenzielle Mitarbeiter zu testen.

5.2.5 Nachteile und Risiken von Zeitarbeit

Bei allen Chancen, die die Zeitarbeit bietet, weist sie auch ein paar Risiken auf. Diese lassen sich bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt jedoch beherrschen.

5.2.5.1 Fingiertes Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher

Die größte Gefahr stellt das sog. fingierte Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher dar. Dazu kann es insbesondere dann kommen, wenn der Verleiher nicht über die erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt oder der Einsatz bei demselben Entleiher die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten überschreitet (§ 9 AÜG).

In diesen Fällen ist der zwischen ihm und dem Zeitarbeitnehmer geschlossene Vertrag unwirksam und es gilt ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher in dem Zeitpunkt als zustande gekommen, in dem die Tätigkeit beginnen sollte – mit allen Arbeitgeberpflichten (§ 10 AÜG).

Wichtig

Deshalb sich vom Verleihunternehmen immer die aktuelle Verleiherlaubnis zeigen lassen.

Diese Rechtsfolge (Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher) tritt auch ein, wenn die Arbeitnehmerüberlassung illegal als Scheindienst- oder -Werk-Vertrag erfolgt. Hierzu kann es auch unbeabsichtigt kommen! Für Arbeitnehmerüberlassung (in diesem Fall ohne die erforderliche Erlaubnis) spricht, wenn der Werkvertrags- oder Dienstleistungsunternehmer gar nicht über die betrieblichen oder personellen Voraussetzungen verfügt, die Tätigkeit der von ihm zur Erfüllung vertraglicher Pflichten im Entleiherbetrieb eingesetzten Arbeitnehmer vor Ort zu organisieren und ihnen Weisungen zu erteilen. Es kommt immer auf die Gesamtumstände an. Die wesentlichen Kriterien sind: Vertragsgestaltung, Auftragserteilung im Einzelfall, Weisungsrecht bei der Auftragsabwicklung, Integration in den Arbeitsablauf, bereitzustellende Ausrüstung, die Art der Abrechnung und das Tragen des Unternehmerrisikos. Die Abgrenzung zwischen (unerlaubter) Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag bzw. Dienstvertrag ist ausgesprochen schwierig. Bei Zweifeln sollte man sich von der zuständigen Agentur für Arbeit beraten lassen.

5.2.5.2 Haftung für Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge

In bestimmten Fällen kann der Entleiher für Lohnsteuer bzw. Sozialversicherungsbeiträge in Haftung genommen werden, obwohl er nicht Arbeitgeber der Zeitarbeitnehmer ist.

Unwirksame Tarifverträge führen zur Anwendung der gesetzlichen Grundlagen des AÜG (BAG mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 Az.: 1 ABR 19/10). Zeitarbeitsunternehmen, die die unwirksamen Tarifverträge anwenden, sind gesetzlich verpflichtet, auf Grundlage des „equal-pay-Anspruchs“ für ihre Beschäftigten Beiträge nachzuzahlen und Entgeltmeldungen und Lohnnachweise entsprechend zu korrigieren. Diese Konsequenzen können auch das Entleiherunternehmen betreffen. Einsatzbetriebe haften für Gesamtsozialversicherungsbeiträge, die auf den Differenzbetrag anfallen. Der Einsatzbetrieb haftet wie ein selbstschuldnerischer Bürge für die Gesamtsozialversicherungsbeiträge.

Tipp

Die Fälle der Haftung des Entleihers für Lohnsteuer oder Sozialversicherungsbeiträge sind zwar verhältnismäßig selten, aber dafür umso unerfreulicher. Es sollte daher immer größte Sorgfalt auf die Auswahl des Vertragspartners (Verleiher) verwendet werden. Um das Risiko der Inanspruchnahme zu minimieren, sollte vor Vertragsschluss vom Verleiher die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Krankenkasse über die ordnungsgemäße Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verlangt werden (sog. Unbedenklichkeitsbescheinigung). Zudem sollte der Entleiher sich das Recht ausbedingen auch während der Vertragslaufzeit jederzeit die Vorlage einer solchen Bescheinigung fordern zu können.

Der Entleiher kann sich für den Fall der Inanspruchnahme durch den Sozialversicherungs träger nur dann vor Schaden schützen, wenn und soweit der Verleiher bereit und in der Lage ist, ihm Sicherheiten zu stellen. Zudem sollte dem Entleiher im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorsorglich das Recht eingeräumt werden, die Vergütung im Umfang der Beitragsforderung einzubehalten. Auch können im Fall des Rückgriffs beim Entleiher Verhandlungen mit der Einzugsstelle hilfreich sein. Der Beitragsbescheid sollte angefochten werden, wenn ihm nicht im Einzelnen zu entnehmen ist, welche Beiträge für welche Arbeitnehmer und für welche Zeiträume geltend gemacht werden.

Downloads und weiterführende Informationen

Es wird hier lediglich ein Überblick über die gesetzlichen Voraussetzungen der Zeitarbeit gegeben. Ausführliche Erläuterungen zum Thema finden Sie in unserer Broschüre „[Info Recht – Einsatz von Zeitarbeitskräften – Der Rechtsrahmen](#)“.

5.3 Der Einsatz freier Mitarbeiter

Freie Mitarbeit – statt Festanstellung als Arbeitnehmer – ist eine weitere Möglichkeit auf dem Weg zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes. Die Beschäftigung sog. freier Mitarbeiter steht regelmäßig unter dem Verdacht, vordringlich die Umgehung der Sozialversicherungspflicht oder nunmehr auch des gesetzlichen Mindestlohns zum Ziel zu haben. Tatsächlich werden vereinzelt freie Mitarbeiterverhältnisse geschlossen, obwohl es sich in Wirklichkeit um Arbeitnehmer handelt (zur Abgrenzung siehe unten). Aus diesem Grund ist die Beschäftigung freier Mitarbeiter nur unter strengen Voraussetzungen zulässig, die sicherstellen sollen, dass es sich wirklich um freie Mitarbeiter handelt und nicht etwa um sog. „Scheinselbstständige“. Eines der wichtigsten Kriterien ist, dass der Mitarbeiter in bestimmtem Umfang persönlich unabhängig ist, also z. B. nicht daran gebunden ist in den Räumen des Unternehmens seine Arbeitsleistung zu erbringen, sich seine Arbeitszeit frei einteilen kann bzw. von ihm keine festen Arbeitszeiten erwartet werden, er keinen Weisungen unterliegt und er sich sein Arbeitsgebiet selbst bestimmt.

Es ist offensichtlich, dass damit viele im Unternehmen anfallenden Tätigkeiten von vornherein für eine freie Mitarbeit überhaupt nicht in Betracht kommen (bspw. Tätigkeiten in der Fertigung, im Lager, im Versand). Nur für einige wenige ist überhaupt daran zu denken, diese als freie Mitarbeit auszustalten (bspw. Buchhaltung, IT-Dienstleistungen).

Grundsätzlich ist die Entscheidung, eine Aufgabe künftig nicht mehr von eigenem Personal, sondern von freien Mitarbeitern ausführen zu lassen, als sog. freie Unternehmerentscheidung nur daraufhin überprüfbar, ob sie offensichtlich unsachlich oder willkürlich ist. Ist eine entsprechende Entscheidung gefallen, kann diese ein Kündigungsgrund gegenüber den bisherigen Arbeitnehmern sein. Auf Grund der strengen Anforderungen an die Zulässigkeit freier Mitarbeit ist es in der Praxis allerdings nur schwer möglich, mit einem Mitarbeiter, der bisher als Arbeitnehmer fest angestellt ist, für die Zukunft eine freie Mitarbeit zu vereinbaren.

Gleichermaßen kann eine freie Mitarbeit nicht empfohlen werden, wenn im gleichen Bereich auch fest angestellte Mitarbeiter beschäftigt werden und der freie Mitarbeiter im Wesentlichen die gleichen Arbeitsbedingungen hätte (bspw. eine von mehreren Buchhalterinnen, die sich die Aufgaben teilen; die freie Mitarbeiterin wäre voll in die Abteilung eingegliedert). An eine freie Mitarbeit ist daher in aller Regel nur dann zu denken, wenn eine (einzelne) Stelle neu zu besetzen ist, oder wenn eine neue Stelle geschaffen wird, die es bisher im Unternehmen so nicht gab.

Beispiele

-
- Die langjährige angestellte Alleinbuchhalterin geht in den Ruhestand. Hier kommt die Beschäftigung einer freien Mitarbeiterin in Betracht, die (bspw. stundenweise/teilweise extern) die Buchhaltung erledigt.
 - Aber Achtung: Auch in diesem Fall dürfen die Arbeitsbedingungen nicht gänzlich unverändert bleiben (Eingliederung, Weisungsgebundenheit)!

Flexible Beschäftigung

-
- Die Pflege und Wartung der IT war bislang durch einen Wartungsvertrag an ein großes Systemhaus vergeben. Nun wird beabsichtigt zukünftig einen Systemadministrator zu beschäftigen. Auch hier kommt eine freie Mitarbeit in Betracht.

5.3.1 Merkmale freier Mitarbeit

Unter freier Mitarbeit versteht man die selbstständige unternehmerische Tätigkeit einer Person für ein fremdes Unternehmen auf dienst- oder werkvertraglicher Grundlage. Wesentliches Abgrenzungsmerkmal zwischen Arbeitnehmern einerseits und freien Mitarbeitern andererseits ist die Weisungsgebundenheit. Selbstständig ist danach, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Persönlich abhängig und damit Arbeitnehmer ist hingegen der Mitarbeiter, dem dies nicht möglich ist. Maßgeblich für ein Arbeitsverhältnis ist insbesondere, dass der Arbeitgeber innerhalb eines definierten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung des Mitarbeiters verfügen kann.

Hinweis

Maßgebend ist immer nicht das Vereinbarte, sondern die tatsächliche Handhabung der Vertragsbeziehung. Es reicht also nicht aus, freie Zeit- und Arbeitseinteilung zu vereinbaren, sondern die Vereinbarung muss auch „gelebt“ werden.

Die Abgrenzung freie Mitarbeit – Arbeitnehmer ist nicht nur akademischer Natur, sondern hat überaus viel Relevanz für die Praxis, wie beispielsweise:

Freie Mitarbeiter unterliegen nicht den Beschränkungen des Kündigungsschutzes und tragen daher ein eigenes unternehmerisches Risiko, beispielsweise bei geringem Arbeitsfall.

- Mit freien Mitarbeitern können befristete Verträge abgeschlossen werden, für die nicht die Beschränkungen gelten, welchen Arbeitsverhältnisse unterfallen (siehe oben 6.1).
- Freie Mitarbeiter haben keinen Anspruch auf Erholungsurlaub und ebenso wenig auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.
- Für freie Mitarbeiter sind keine Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung zu entrichten.

Dies macht die freie Mitarbeit unter Flexibilitäts- und Kostengesichtspunkten für Unternehmen attraktiv. Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben dem allerdings einen Riegel vorgeschoben, indem sie die Umgehung des Kündigungs- und Sozialschutzes hart sanktionieren: Im Falle, dass die Voraussetzungen für ein freies Mitarbeiterverhältnis nicht vorliegen, wird ein Arbeitsverhältnis angenommen. Dies hat nicht nur arbeitsrechtliche Auswirkungen, sondern insbesondere auch sozialversicherungsrechtliche Folgen:

Beispiele

- Eingreifen des Kündigungsschutzes
 - Strenge Anforderungen an Befristungen
 - Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
 - Urlaubsanspruch
-

Der Arbeitgeber haftet unter Umständen für die Gesamt-Sozialversicherungsbeiträge des „Auftragnehmers“ bis zu vier Jahre rückwirkend, bei vorsätzlichem Handeln sogar bis zu 30 Jahre rückwirkend. Der Abzug des Arbeitnehmeranteils kann jedoch nur bei den nächsten drei Lohn- oder Gehaltsabrechnungen gegenüber ihrem Mitarbeiter nachgeholt werden, so dass in diesen Fällen die Sozialversicherungsbeiträge in aller Regel allein vom Arbeitgeber aufzubringen sind.

Im Ergebnis kann es dem Unternehmen also passieren, dass es einen zusätzlichen Arbeitnehmer „an Bord“ hat und zudem Beiträge zur Sozialversicherung in erheblicher Höhe nachentrichten muss.

5.3.2 Vertragsgestaltung

Der sorgfältigen Prüfung, ob eine freie Mitarbeit in Betracht kommt, sowie der sorgfältigen Ausgestaltung kann also gar nicht genug Aufmerksamkeit geschenkt werden!

Zu beachten ist dabei insbesondere:

Bei der Vertragsgestaltung muss klar erkennbar sein, dass ein selbstständiger Auftragnehmer für den Auftraggeber tätig werden soll.

Achtung

Vorsicht deshalb mit nur mündlich abgeschlossenen Verträgen! Von ihnen ist generell abzuraten, weil andernfalls später Beweisschwierigkeiten auftreten können, wenn es darum geht, darzulegen, dass kein Arbeitsverhältnis gewollt war.

Tipp

Für eine selbstständige Tätigkeit sprechen bspw. folgende Formulierungen:

- „Der Auftragnehmer ... hat keinen Anspruch auf bezahlten Urlaub ...“
- „Der Auftragnehmer ist nicht an die Arbeitszeiten im Betrieb des Auftraggebers gebunden. Er ist nicht in dessen Dienstpläne eingeteilt und nicht verpflichtet, während der üblichen Bürostunden anwesend zu sein.“

Flexible Beschäftigung

- „Der Auftragnehmer entscheidet, ob er eigene Geschäftsräume unterhält. Der Auftraggeber gewährt keine Kostenbeteiligung an den Betriebskosten des Auftragnehmers.“
- „Der Auftragnehmer darf ohne Zustimmung des Auftraggebers eigenes Personal beschäftigen.“
- „Der Auftragnehmer darf ohne Zustimmung des Auftraggebers auch für andere Auftraggeber tätig werden.“
- „Der Auftragnehmer entscheidet, ob und in welchem Umfang er seine Arbeitskraft dem Auftraggeber zur Verfügung stellt.“
- „Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Er kann sich in diesem Fall von einem Dritten vertreten lassen.“
- „Der Auftragnehmer wird für den Auftraggeber während der Projektdauer von ... bis ... tätig.“

Ganz entscheidend ist jedoch, dass der geschlossene Vertrag auch entsprechend den vereinbarten Regelungen „gelebt“ wird. Die Sozialversicherungsträger beurteilen im Rahmen der regelmäßigen Betriebsprüfungen die Beschäftigung nicht nur auf Grund des Vertrags, sondern ausschlaggebend sind letztendlich die tatsächlichen Verhältnisse.

5.3.3 Gewissenhafte Prüfung und Dokumentation

Es sollte dokumentiert werden, dass man sich im Unternehmen Gedanken über die Abgrenzung zwischen freier Mitarbeit und Arbeitnehmereigenschaft gemacht hat und bei gewissenhafter Prüfung zu dem Ergebnis gekommen ist, dass eine freie Mitarbeit möglich ist. Entsprechende Aufzeichnungen sollten zur Akte genommen und aufbewahrt werden. Nur so kann es im Falle eines Falles gelingen darzulegen, dass man nicht „sehenden Auges“ und damit vorsätzlich fälschlich von einer freien Mitarbeit ausgegangen ist.

Dies wiederum kann gravierende Auswirkungen haben hinsichtlich der nachzuentrichtenden Sozialversicherungsbeiträge und in Bezug auf eine mögliche Strafbarkeit wegen des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a Strafgesetzbuch).

Hinweis

Hilfreich für die gewissenhafte Prüfung ist die Checkliste zur Ermittlung von Scheinselbstständigkeit, die am Ende dieses Kapitels abgedruckt ist.

Tipp

Der Auftragnehmer ist zur Erteilung der Auskünfte verpflichtet, die für die Entscheidung benötigt werden, welche Art Beschäftigungsverhältnis vorliegt.

Diese Prüfung sollte auch im laufenden Beschäftigungsverhältnis von Zeit zu Zeit wiederholt werden, damit nicht „schleichend“ ein Arbeitsverhältnis zustande kommt.

Beispiel

Es könnte im Laufe der Zeit geschehen, dass ein ursprünglich freier Mitarbeiter immer mehr eingebunden ist und schließlich ausschließlich für das Unternehmen arbeitet. Außerdem könnte sich in der praktischen Handhabung des Beschäftigungsverhältnisses ergeben, dass er zunehmend den Weisungen des Unternehmers unterworfen ist, bspw. hinsichtlich Zeiteinteilung und Arbeitsorganisation. Auch durch Einstellung weiterer Mitarbeiter kann sich die Beurteilung wandeln, bspw. wenn der freie Mitarbeiter für die Buchhaltung im Laufe der Zeit in einem Team von beim Unternehmen fest angestellten Buchhaltern arbeitet.

5.3.4 Statusfeststellungsverfahren

Bleiben nach der gewissenhaften Prüfung Zweifel am Status der Selbstständigkeit, so besteht die Möglichkeit ein sog. „Anfrageverfahren“ gemäß § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV bei der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) einzuleiten. Dadurch sollen die Beteiligten (Auftraggeber/Auftragnehmer) eine schnelle Klärung der Statusfrage erreichen können. Antragsberechtigt sind daher beide.

Bedeutsam ist, dass – soweit innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit ein entsprechender Antrag gestellt wird – die Versicherungspflicht erst mit dem Tag der Bekanntgabe der Entscheidung eintritt, wenn der Beschäftigte zustimmt und er sich für die Zwischenzeit gegen das Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge entsprechend der Leistungen der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung ausreichend finanziell absichert. Auf diese Weise werden Beitragsnachforderungen vermieden.

Im Rahmen des Verfahrens nach § 7a Abs. 1 SGB IV entscheidet die Clearingstelle zunächst nur über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Beschäftigungsverhältnisses. Über die Entscheidung der DRV Bund wird in einem nächsten Schritt die Einzugsstelle informiert, die dann die gesamte Versicherungs- und Beitragspflicht prüft und feststellt, welche Beiträge u. U. auch rückwirkend erhoben werden müssen.

Solange keine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eintritt, hat der Bescheid weiterhin Bestand. Bei einer Änderung der versicherungsrelevanten Verhältnisse muss dies der Stelle mitgeteilt werden, die den Bescheid erlassen hat.

Allerdings ist die Anfrage bei der DRV erst möglich, wenn der Vertrag abgeschlossen ist. Zwar kann man sich schon an die DRV wenden, nur wird kein Bescheid erteilt. Es empfiehlt sich dann das förmliche Anfrageverfahren unmittelbar nach Vertragsschluss einzuleiten.

Flexible Beschäftigung

Downloads und weiterführende Informationen

Der für das Anfrageverfahren entwickelte Antragsvordruck ist im Internet unter www.deutsche-rentenversicherung-bund.de im Bereich „Formulare“ (Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status V027) zu finden.

Tiefergehende Informationen zum Statusfeststellungsverfahren finden Sie in unserer Info Recht „[Drittpersonaleinsatz und Statusfeststellungsverfahren](#)“.

Ansprechpartner/Impressum

Geschäftsstelle Mittelfranken

Friedbert Warnecke
Telefon 0911-20 33 44-10
friedbert.warnecke@baymevbm.de

Geschäftsstelle Oberpfalz

Monika Stiglmeier
Telefon 0941-595 73-15
monika.stiglmeier@baymevbm.de

Geschäftsstelle München-Oberbayern

Marc Hilgenfeld
Telefon 089-551 78-150
marc.hilgenfeld@baymevbm.de

Geschäftsstelle Schwaben

Stephanie Ammicht
Telefon 0821-45 50 58-20
stephanie.ammicht@baymevbm.de

Geschäftsstelle Niederbayern

Dr. Jutta Krogull
Telefon 0851-49 08 38-11
jutta.krogull@baymevbm.de

Geschäftsstelle Unterfranken

Thomas Weber
Telefon 0931-322 09-0
thomas.weber@baymevbm.de

Geschäftsstelle Oberfranken

Patrick Püttner
Telefon 09561-5562-10
patrick.puettner@baymevbm.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw
Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

Autorin

Katharina Hörmann
Grundsatzabteilung Recht
Telefon 089-551 78-236
katharina.hoermann@baymevbm.de