



## ZEUGNISBEURTEILUNG "ZUR VOLLEN ZUFRIEDENHEIT"



Ein gutes Zeugnis ist einklagbar!

### Worum geht es?

Eine ausgeschiedene Arbeitnehmerin klagte gegen ihren Arbeitgeber, der ihr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Arbeitszeugnis mit der Leistungsbeurteilung "zur vollen Zufriedenheit" erteilt hatte. Die Klägerin war der Meinung, dass ihr ein Zeugnis mit der Benotung "stets zur vollen Zufriedenheit" zustünde. Das Landesarbeitsgericht hatte der Klage stattgegeben und hierzu Studien herangezogen, wonach fast 90 % der untersuchten Zeugnisse die Schlussnote "gut" oder "sehr gut" aufgewiesen hätten. Das Bundesarbeitsgericht hatte daher zu entscheiden, ob auf Basis solcher Studien die Note "gut" (gleichbedeutend mit stets zur vollen Zufriedenheit) üblich und damit ohne weiteres vom Arbeitgeber heranzuziehen sei.

### Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts:

Das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 18.11.2014, 9 AZR 584/13) hat zunächst die bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass die Benotung "zur vollen Zufriedenheit" in Anlehnung an das Schulnotensystem der Note "befriedigend (3)" entspreche. Beanspruche der Arbeitnehmer eine bessere Schlussbeurteilung, müsse er im Zeugnisrechtsstreit entsprechende Leistungen vortragen und beweisen. Dies gelte auch dann, wenn in der einschlägigen Branche überwiegend gute oder sehr gute Endnoten vergeben werden. In seiner Entscheidung hält das Bundesarbeitsgericht daran fest, dass ein Arbeitnehmer, der eine Benotung im oberen Bereich der Skala, also "gut" oder "sehr gut" möchte, im Prozess darlegen muss, dass er den Anforderungen gut oder sehr gut gerecht geworden ist. Ein Abstellen auf Studien, die den Schluss zuließen, dass neun von zehn Arbeitnehmern gute oder sehr gute Leistungen bekämen, wäre hierfür nicht dienlich. Insbesondere könne nicht ausgeschlossen werden, dass dabei auch Gefälligkeitszeugnisse berücksichtigt worden seien. Das Bundesarbeitsgericht bestätigte auch seine bisherige Rechtsprechung, wonach der Zeugnisanspruch sich auf ein inhaltlich "wahres" Zeugnis beziehe und das Zeugnis nur im Rahmen der Wahrheit wohlwollend sein müsse.

### Der Praxistipp!

Generell gilt weiter, dass der Arbeitgeber dem Mitarbeiter, soweit dieser nicht tatsächlich gute oder sehr gute Leistungen erbracht hat, ohne weiteres ein befriedigendes Zeugnis erstellen darf. Möchte der Mitarbeiter eine gute oder sehr gute Beurteilung, so ist er im Prozess beweispflichtig dafür, dass er besser als befriedigend war.



## WELCHE RECHTSFOLGE DROHT BEI EINER "NICHT NUR VO-RÜBERGEHENDEN" ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG?

### Worum geht es?

Seit Einführung des Gebotes der lediglich vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) war in der Rechtsliteratur heftig umstritten, welche Rechtsfolgen eine nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nach sich zieht. Insbesondere wurde diskutiert, ob ein Verstoß gegen das Gebot dazu führt, dass in direkter oder analoger Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiherunternehmen zustande komme.



Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter?

### Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts:

*(Urteil vom 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13)*

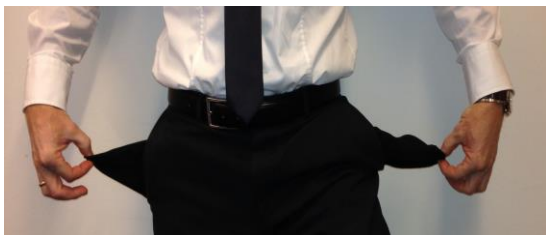
Solange der Verleiher die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt, als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kommt zwischen einem Leiharbeiter und einem Entleiher auch dann **kein** Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeiters entgegen der Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung bewusst nicht die Rechtsfolge der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher angeordnet. Das Unionsrecht gibt kein anderes Ergebnis vor. Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) sieht keine bestimmte Sanktion bei einem nicht nur vorübergehenden Einsatz des Leiharbeiters vor. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 der Leiharbeitsrichtlinie überlässt die Festlegung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen bei Verstößen gegen Vorschriften des AÜG den Mitgliedstaaten. Angesichts der Vielzahl möglicher Sanktionen obliegt deren Auswahl dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten für Arbeitssachen. (Quelle: Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts Nr. 73/13)

### Der Praxistipp!

Lassen Sie sich vor jedem Einsatz von Leiharbeitern stets das Vorliegen einer aktuellen gültigen Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung durch das Personalunternehmen (Verleiher) nachweisen. Achten Sie darüber hinaus darauf, dass der Überlassungsvertrag zwischen ihrem Unternehmen und dem Personalunternehmen zwingend schriftlich abgeschlossen werden muss und den Anforderungen der §§ 9, 12 AÜG genügt. Im Baugewerbe sind zudem die Einschränkungen des § 1b AÜG zu beachten.



## INSOLVENZFESTE DIREKTZAHLUNG DES AUFTRAGGEBERS AN DEN NACHUNTERNEHMER DES "WANKENDEN" VERTRAGSPARTNERS!



Direktzahlungen können zu Doppelzahlungen führen!

### Worum geht es?

Der Nachunternehmer einer Bauträgerin lieferte dieser seit Jahren Fenster und Türen für diverse Bauträgerprojekte. Weil die Bauträgerin im Laufe einiger Monate ihren Zahlungspflichten gegenüber ihrem Nachunternehmer nicht mehr nachgekommen war, weigerte sich der Nachunternehmer, die Fenster und Türen für das Bauprojekt eines neuen Bauherrn zu liefern.

Daraufhin verständigten sich die Bauträgerin, ihr Nachunternehmer und der Bauherr darauf, dass der Bauherr den Kaufpreis bzw. Werklohn für die Fenster und Türen direkt an den Nachunternehmer zahlen und dieser daraufhin Fenster und Türen liefern und montieren solle. So geschah es und es wurde eine weitere Rate des Bauträgervertrages fällig. Nach der Insolvenz der Bauträgerin klagte der Insolvenzverwalter den Werklohn für die Fenster- und Türenlieferung zur Anreicherung der Insolvenzmasse ein.

### Die Entscheidung des BGH:

Der BGH entschied im Urteil vom 17.07.2014 - IX. ZR 240/13, dass die Zahlung des Bauherrn an den Baustofflieferanten nicht vom Insolvenzverwalter angefochten und zurückgefordert werden könne. Der Insolvenzverwalter verlor. Der BGH betonte zwar, dass die Direktzahlung des Bauherrn an den Nachunternehmer (und nicht an die Bauträgerin als Insolvenzsuldnerin) zu einer objektiven Gläubigerbenachteiligung nach § 129 Abs. 1 InsO geführt habe und daher grundsätzlich anfechtbar sei. Anfechtbar seien nach § 132 Abs. 1 Nr. 1 InsO aber nur inkongruente Rechtshandlungen.

Ausnahmsweise sei die Direktzahlung als kongruente Rechtshandlung anzusehen. Die Direktzahlung beruhe auf einer neuen Vereinbarung – hier dem dreiseitigen Vertrag zwischen der Insolvenzsuldnerin, dem Nachunternehmer und dem Bauherrn. Die Direktzahlung trage den Charakter eines anfechtungsfesten Barzahlungsgeschäftes. Andere Anfechtungstatbestände schieden aus.

### Der Praxistipp:

Nach wie vor ist in der Krise des Vertragspartners höchste Vorsicht geboten. Bei einer Direktzahlung des Auftraggebers an den Nachunternehmer des Auftragnehmers setzt sich der Auftraggeber dem Risiko aus, erneut an die Insolvenzmasse zahlen zu müssen. Dem Nachunternehmer kann es passieren, dass er die erhaltene Zahlung an die Insolvenzmasse zahlen muss. Wichtig für die erfolgreiche Direktzahlung war im vorliegenden Fall u.a., dass diese erst nach dem Zustandekommen der neuen dreiseitigen Vereinbarung geleistet worden war.



## BAUVERTRÄGE: WEITREICHENDE INFORMATIONSPFLICHTEN FÜR UNTERNEHMER NACH DEM NEUEN VERBRAUCHERSCHUTZRECHT

### Worum geht es?

Am 13.06.2014 sind die Neuregelungen zur Umsetzung der europäischen Verbraucherrechtlicherichtlinie (§§ 312 ff. BGB n.F.) in Kraft getreten, die für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über entgeltliche Leistungen u.a. umfangreiche Informationspflichten regeln. Das neue Verbraucherrecht ist grundsätzlich auch auf Bauleistungen anzuwenden mit eingeschränkten Informationspflichten für Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden. Gerade bei Verträgen über die Instandsetzung und Renovierung von Gebäuden finden die Informationspflichten und ein Widerrufsrecht des Verbrauchers für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Verträge aber umfassend Anwendung.



Vertrag, so wichtig wie die Arbeit selbst!

### Das Problem:

Unternehmer müssen künftig bei allen Bauverträgen mit einem Verbraucher eine ausdrückliche Vereinbarung treffen für Zahlungen, die über die vereinbarte Vergütung für die Hauptleistung hinausgehen. Im Ergebnis muss die Vergütung für zusätzliche Nachtrags- und Regiearbeiten nachweisbar – bevorzugt schriftlich – mit dem Verbraucher vereinbart werden.

Bei Aufträgen, die keine erheblichen Umbaumaßnahmen beinhalten (insbesondere also Instandsetzungs- und Renovierungsarbeiten, z.B. der Einbau einer neuen Heizungsanlage oder die Neueindeckung des Daches) muss der Unternehmer den Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung darüber hinaus u.a. über die wesentlichen Eigenschaften der Leistungen, den Gesamtpreis der Leistungen sowie zusätzliche Fracht-, Liefer- oder Versandkosten, die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts und die Laufzeit des Vertrages klar und verständlich informieren, sofern sich diese Informationen nicht aus den Umständen ergeben (§ 312a Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 246 Abs. 1 EGBGB).

Für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge - hierzu zählen auch auf der Baustelle erteilte Aufträge - und Fernabsatzverträge sind weitere Informationspflichten (§ 312d BGB: Ausnahmen gelten nur bei Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten bis zu einer Vergütung von 200 €), die Übergabe der Vertragsunterlagen und eine Bestätigung des Vertrages (§ 312f BGB) sowie ein Widerrufsrecht des Verbrauchers (§ 312g BGB) geregelt. Über das Widerrufsrecht muss der Unternehmer belehren. Nur bei dringenden Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten, die der Verbraucher ausdrücklich beim Unternehmer anfordert, besteht das Widerrufsrecht nicht.

### Der Praxistipp!

Bei Verträgen von Unternehmern mit Verbrauchern ist erhöhte Sorgfalt geboten. Die Vertragsbedingungen müssen schriftlich – am besten mit einer Baubeschreibung - unter Beachtung der Informationspflichten gegenüber dem Privatkunden bestätigt werden, da der Unternehmer die Beweislast für deren Erfüllung trägt. Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen muss der Verbraucher zudem über sein Widerrufsrecht belehrt werden. Im Falle einer Verletzung der Informationspflichten drohen ansonsten Rechtsnachteile und unter Umständen Schadenersatzansprüche.

Da seit Inkrafttreten der Neuregelungen noch keine einschlägigen Urteile veröffentlicht sind, bleibt eine Auslegung der teilweise unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung abzuwarten. Gerade bei Nachträgen, die auf der Baustelle beauftragt werden, ist die praktische Umsetzung der neuen Regelungen äußerst problematisch.



## FORMULIERUNG "ERBSCHAFT GEMÄß BERLINER TESTAMENT" IST KEINE AUSREICHENDE ERBEINSETZUNG

### Worum geht es?

Der 2013 verstorbene Erblasser war in zweiter Ehe verheiratet. Aus seiner geschiedenen ersten Ehe gingen zwei Kinder hervor. In dem vom Erblasser handschriftlich geschriebenen und unterzeichneten Testament bestimmte er: „Nach meinem Ableben soll die Erbschaft gemäß dem Berliner Testament erfolgen, einschließlich der Wiederverheiratursklausel“. Nach dem Tod des Erblassers hat die überlebende Ehefrau aufgrund des Testaments einen Erbschein beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist. Hiergegen wehren sich die Kinder des Erblassers aus erster Ehe. Sie vertreten die Auffassung, es fehle an einer wirksamen Erbeinsetzung und es gelte die gesetzliche Erbfolge mit der Folge, dass die Ehefrau Erbin zu  $\frac{1}{2}$  und die Kinder jeweils Erben zu  $\frac{1}{4}$  seien.



Sorgfalt bei der Testamentsabfassung!

### Die Entscheidung:

Das zuständige Amtsgericht hat den Erbscheinsantrag der Ehefrau zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht Hamm hat mit seinem Beschluss vom 22.07.2014 (Aktenzeichen: 15 W 98/14) die Entscheidung des Amtsgericht bestätigt. Das Einzeltestament des Erblassers enthalte weder ausdrücklich eine Berufung der Ehefrau als Alleinerbin, noch könne dem Testament im Wege der Auslegung ein entsprechender Wille des Erblassers entnommen werden. Es lasse sich nicht feststellen, was der Erblasser mit dem Testament habe sagen wollen. Insbesondere sei dem Testament nicht zu entnehmen, was er unter dem „Berliner Testament“ verstanden habe, da er offensichtlich nicht gewusst habe, dass ein solches Testament nicht als Einzeltestament, sondern nur als gemeinschaftliches Testament beider Ehegatten errichtet werden könne. Im Übrigen lasse das Testament auch nicht erkennen, ob er Alleinerben, Miterben oder Vor- und Nacherben einsetzen wollte und welchen Inhalt der Erblasser mit dem Begriff „Wiederverheiratursklausel“ verbunden habe.

### Der Praxistipp!

Die falsche Verwendung von Fachbegriffen, wie etwa „Berliner Testament“ führt nicht zwangsläufig zur Unwirksamkeit eines Testaments. Erforderlich ist jedoch, dass der tatsächliche Wille des Erblassers aus Andeutungen im Testament oder aus seinen Lebensumständen ermittelt werden kann. Um sicher zu gehen, dass der wahre Wille des Erblassers im Testament zum Ausdruck kommt, sollte der Inhalt eines Testaments mit der Unterstützung eines Rechtsanwalts festgelegt werden.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER LERCH KITTLER &  
PARTNERGoethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de

## MINDESTLOHNGESETZ AB 01.01.2015

### Worum geht es?

Mit dem "Mindestlohngesetz" (MiLoG) hat der Gesetzgeber die Einführung eines flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohns beschlossen. Ab dem 01.01.2015 gilt in Deutschland ein Mindestlohn von 8,50 € pro Arbeitsstunde. Eine Übergangsregelung vereinfacht den Einstieg in den Mindestlohn für alle Branchen, deren Löhne zurzeit unter dem Niveau von 8,50 € liegen. Das MiLoG birgt neben der reinen Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohnes erhebliche Risiken - vor allem für die Arbeitgeber:

- **Beauftragen Sie** einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen, **haften** Sie für die Verpflichtungen dieses Unternehmens **zur Zahlung des Mindestlohns** wie ein **Bürge** der auf die Einrede der Vorklage verzichtet hat!
- Im Gegensatz zum Steuerrecht werden die **Sozialversicherungsbeiträge** nach dem sogenannten Anspruchsprinzip berechnet. Daraus folgt, dass der Sozialversicherungsprüfer die Beitragsgrundlage nicht danach bewertet, was der Arbeitnehmer tatsächlich bekommen hat, sondern nach seinem Lohnanspruch, der nunmehr mindestens 8,50 € betragen muss. Schon im Hinblick auf die Betriebsprüfung ist die Einhaltung der Mindestlohnpflicht zu beachten.

Derzeit ist noch ungeklärt, ob bei der Prüfung, ob der Mindestlohn eingehalten wurde (Teilung des Lohnes/Gehalts durch die geleisteten Arbeitsstunden), eine **Durchschnittsberechnung** über mehrere Monate angestellt werden muss (analog zur Berechnung des Urlaubsentgelts) oder ob eine **monatliche Betrachtung** angezeigt ist. Die unterschiedliche Handhabung kann sich insbesondere bei Gehaltsempfängern aufgrund der wechselnden Zahl der Arbeitstage und der damit verbundenen Arbeitsstunden in einzelnen Monaten auswirken (z.B.: Februar im Vergleich zu Juli), ebenso bei der Berücksichtigung pauschal abgegoltener Überstunden.

- Ein besonderes Nachzahlungsrisiko birgt für Sie als Arbeitgeber insbes. der Einsatz von Mini-Jobbern.

### Beispiel:

Herr Müller arbeitet seit vielen Jahren als geringfügig Beschäftigter. Er bezieht einen Bruttoarbeitsstundenlohn von 6,00 €. Jeden Monat bekommt er genau 450,00 €. Herr Müller fordert nach Einführung des gesetzlichen Mindestlohns keine entsprechende Entlohnung, sondern arbeitet 2015 weiterhin für 6,00 € pro Stunde.

Bruttolohn (75 Stunden x 6,00 €)	450,00 €
Ausgehend von 75 Monatsstunden berechnet der Rentenversicherungsprüfer für 2015:	
Tatsächlicher Bruttolohn	450,00 €
Gesetzlicher Mindestlohn (75 Stunden x 8,50 €)	637,50 €
<b>Differenz</b>	<b>187,50 €</b>



Sind Sie auf dem Stand?

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER LERCH KITTLER &  
PARTNER

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de

Zu den Konsequenzen gehört u.a., dass Herr Müller rückwirkend sozialversicherungspflichtig wird.

- Je nach Schwere eines Verstoßes gegen das Mindestlohngesetz reichen die möglichen zusätzlichen **Sanktionen** von Bußgeldern bis hin zum **Ausschluss des Auftraggebers von der Vergabe öffentlicher Aufträge**.

#### **Hinweis:**

Auf Arbeitgeber kommen neue **Aufzeichnungspflichten** zu. Ab 01.01.2015 sind Arbeitgeber aus

- **dem Baugewerbe**,
- dem Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe,
- dem Personenbeförderungsgewerbe,
- dem Speditions-, Transport- und Logistikgewerbe
- dem Schaustellergewerbe,
- Unternehmen der Forstwirtschaft,
- **dem Gebäudereinigungsgewerbe**,
- Unternehmen, die sich am **Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen** beteiligen,
- der Fleischwirtschaft

bezüglich **aller Arbeitnehmer**, in anderen als den genannten Branchen grundsätzlich "nur" bezüglich der **geringfügig Beschäftigten**, gem. § 17 MiLoG verpflichtet, **Beginn, Ende und Dauer** der Arbeitszeiten innerhalb einer Woche nach Erbringung der Arbeitsleistung **aufzuzeichnen** und diese Unterlagen zwei Jahre lang aufzubewahren.