

16.

NEWSLETTER GERMAN DESK

Disclaimer

Ohne vorherige schriftliche Zustimmung von KienhuisHoving N.V. darf nichts aus dieser Ausgabe vervielfältigt oder öffentlich zugänglich gemacht werden, gleich in welcher Form oder auf welche Weise, ob elektronisch, mechanisch, durch Fotokopien, Aufnahmen oder in jeglicher anderer Weise. Gegen die Weiterleitung dieses Newsletters als Ganzes an Dritte bestehen keine Einwände, solange dies in unveränderter Form, ohne Kommentar und mit vollständiger Quellenangabe (bestehend aus: „Newsletter German Desk, KienhuisHoving N.V., www.kienhuishoving.nl“) geschieht.

Die Informationen in diesem Newsletter, die kostenlos verbreitet werden, sind für die Benachrichtigung unserer Mandanten und andere Geschäftspartner bestimmt und können nicht als eine Beratung in individuellen Situationen verwendet werden. In solchen Fällen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne mit einer auf diese spezielle Situation zugeschnittenen sachkundigen Beratung zur Seite.

Obwohl dieser Newsletter mit größtmöglicher Sorgfalt zustande gekommen ist, übernimmt KienhuisHoving N.V. keinerlei Haftung für eventuelle Fehler oder andere Unrichtigkeiten (oder deren Folgen

WIRTSCHAFTSFORUM PAPENBURG: 13. APRIL 2016

Am 13. April 2016 halten einige Mitglieder des German Desk in Zusammenarbeit mit D-NL BusinessHouse einen Workshop zum Thema: "Geschäftsbeziehungen in Deutschland und den Niederlanden: "Das Gleiche in Grün"?"

Mehr Informationen finden Sie [hier](#).

DNHK SEMINAR: 7. JUNI 2016

Am 7. Juni 2016 halten einige Mitglieder des German Desk in Zusammenarbeit mit der Deutsch-Niederländischen Handelskammer (DNHK) einen Vortrag an der IHK Düsseldorf zum Thema "Geschäftsführer in den Niederlanden".

Zum [Inhalt](#) und zur [Anmeldung](#).

WTC TWENTE

Regelmäßige Sprechstunde des World Trade Centers (WTC) Twente in der Volksbank Gronau-Ahaus eG

Für den einen Unternehmer ist es eine Herausforderung, für den anderen birgt es Unsicherheiten: Unternehmerische Tätigkeiten auf internationalen Märkten. Welche praktischen Fragen, Chancen aber auch Fallstricke gibt es auf internationaler Ebene und welche Unterstützungsmöglichkeiten kann man nutzen?

Antworten auf diese Fragen, sowie unverbindliche Informationen und optimale Beratung über internationale Chancen erhalten, bei vorheriger Anmeldung, Interessierte ab dem 01. April 2016 jeden 1. Freitag im Monat von 09:00 Uhr bis 12:00 Uhr in den Räumlichkeiten der Volksbank Gronau-Ahaus eG, Filiale Enscheder Straße 125-127, 48599 Gronau. Ein Team internationaler Spezialisten aus den Bereichen der Steuer- und Rechtsberatung, der Handelsstrategie sowie Fachleute für den Markteinstieg auf internationaler Ebene, stehen Rede und Antwort.

Nähere Informationen und Anmeldung erhalten Sie [hier](#).

KIENHUISHOVING ACADEMY

Die KienhuisHoving Academy bietet ein breites Spektrum an Masterclasses und anderen Veranstaltungen zu rechtlich aktuellen Themen.

Die Anwälte und Notare von KienhuisHoving referieren selbst vor einem großen Publikum: Von Unternehmen über (staatliche) Einrichtungen bis zu deren Mitarbeitern; Sie sind herzlich willkommen. Die Masterclasses finden in kleinen Gruppen mit interaktivem Charakter statt. Dadurch bietet sich den Teilnehmern ausreichend Gelegenheit, sich zu den Themen zu äußern, eigene Erfahrungen einzubringen und mit den Referenten über Lösungsvorschläge zu diskutieren. Ziel ist es, dass Sie Ihre Kenntnisse nach der Teilnahme an einer Academy-Veranstaltung direkt in die Praxis umsetzen können. Besuchen Sie die Website www.kienhuishoving-academy.nl und melden Sie sich heute noch an!

Die Masterclasses werden bislang üblicherweise in niederländischer Sprache gehalten. Hätten Sie Interesse an einer Veranstaltung? Oder gibt es andere Themen, zu denen Sie im Rahmen einer Academy-Veranstaltung gerne mal mehr erfahren würden, oder haben Sie den Wunsch nach einer Veranstaltung in deutscher Sprache? KienhuisHoving freut sich auf Ihre Rückmeldung!

Weiterlesen

SCHUSTER, BLEIB BEI DEINEN LEISTEN...GILT AUCH BEI INSOLVENZANTRÄGEN

German Desk

Oft geschieht es, dass ein Unternehmen aufgrund eines Insolvenzantrags eines Gläubigers für insolvent erklärt wird, weil die Vertreter dieses Unternehmens beschlossen haben, ihre Interessen selbst zu vertreten und ihnen dies aus unterschiedlichen Gründen nicht gelungen ist. Wir schildern Ihnen hier drei praxisnahe Fälle, in denen der Schuldner das Nachsehen hatte, obwohl seine schlussendliche Insolvenz mit sachverständiger (anwaltlicher) Unterstützung hätte verhindert werden können.

Beispiel 1: Zahlungsvereinbarung getroffen, aber trotzdem insolvent!

Ein Schuldner hatte einen Tag vor der mündlichen Verhandlung über den gegen ihn eingereichten Insolvenzantrag eine Vereinbarung mit dem Gerichtsvollzieher getroffen, der die Forderung im Namen des Gläubigers einziehen sollte. Anschließend hat der Schuldner am gleichen Tag noch einen erheblichen Ratenbetrag gezahlt.

Zur mündlichen Verhandlung über den gegen ihn eingereichten Antrag ist er nicht erschienen, da er in der Annahme verkehrte, aufgrund der Vereinbarung wäre alles in trockenen Tüchern.

Zur Verhandlung erschien dann aber nicht der Gerichtsvollzieher, sondern der Anwalt des

Gläubigers. Dieser wusste aber scheinbar nichts von der Vereinbarung zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher, denn er hat den Antrag weiter vorangetrieben. Da der Schuldner bei der Verhandlung fehlte, konnte er dem Gericht nichts über die getroffene Vereinbarung berichten. Der Schuldner wurde im Zuge eines Versäumnisurteils für insolvent erklärt.

Nach Insolvenzeröffnung wurde die bereits geleistete Zahlung vom Insolvenzverwalter angefochten, sodass der Gläubiger dem Insolvenzverwalter den erhaltenen Betrag schlussendlich zurückzahlen musste.

Erscheint ein Schuldner nicht zu einer Verhandlung, besteht noch eine Einspruchsmöglichkeit gegen das Insolvenzurteil. Der hier wiedergegebene Fall führte noch zu einer Entscheidung des Hoge Raad vom 5. Juni 2015, aber das ändert nichts daran, dass der Schuldner vielleicht erfolgreich die Frage hätte stellen können, ob die Insolvenz unbefugt herbeigeführt wurde. Dazu kam es jedoch nicht. Die Insolvenz blieb eine Tatsache.

Beispiel 2: Forderung des unterstützenden Insolvenzantrags beglichen, aber trotzdem insolvent!

In den Niederlanden kann ein Gläubiger nur dann einen erfolgreichen Insolvenzantrag stellen, wenn er mindestens noch einen weiteren Gläubiger benennen kann.

In diesem Fall hatte der antragstellende Gläubiger den anderen Gläubiger mit Vor- und Zunamen im Insolvenzantrag angegeben. Der Schuldner kann in einem solchen Fall die oft niedrigere Forderung des anderen Gläubigers beglichen, wodurch der Antragsteller den Gläubigerpluralismus nicht mehr nachweisen kann und der Insolvenzantrag vielleicht abgewiesen wird. Genau dies ist auch geschehen. Trotzdem ging etwas schief.

Der Schuldner hielt den Ausgleich der unterstützenden Forderung für eine schlaue Idee. Allerdings hat er den Ausgleich erst am Tag der mündlichen Verhandlung vorgenommen. Da die Verhandlung am Vormittag stattfinden sollte, wurde es zeitlich sehr eng. Außerdem hatte er niemandem mitgeteilt, dass eine Zahlung vorgenommen wurde.

In der Verhandlung hat der Schuldner natürlich ausgesagt, dass die im Antrag enthaltene zweite Forderung beglichen wurde. Das Gericht räumte ihm die Möglichkeit ein, seine Angaben nachzuweisen, woraufhin der Schuldner einen Auszug seines Internetbankkontos Tag präsentierte. Daraufhin telefonierte der Antragsteller mit der Partei, bei der die Zahlung hätte eingehen müssen. Diese konnte weder auf den Bankkonten noch in ihrem Computersystem einen Zahlungseingang feststellen. Der Antragsteller erklärte anschließend, dass kein Zahlungseingang stattgefunden habe, und bekräftigte seinen Antrag, woraufhin der Schuldner für insolvent erklärt wurde.

Nota bene: Als Zeitpunkt einer Zahlung gilt der Moment, in dem ein Betrag dem Konto des Empfängers gutgeschrieben wird. Ausgehend von den zum Verhandlungszeitpunkt verfügbaren Informationen hatte demnach noch keine Zahlung stattgefunden.

Später stellte sich heraus, dass der Betrag doch noch an dem Tag gutgeschrieben wurde. Der eingegangene Betrag musste aufgrund von Artikel 23 Faillissementswet zurückgezahlt werden. Dort ist bestimmt, dass eine Insolvenz auf 0:00 Uhr am Tag der Insolvenzerklärung zurückwirkt. Der Schuldner hatte demnach ab Mitternacht die Verfügung über sein Vermögen verloren. Der

Schuldner war also nicht mehr zur Zahlung befugt, weshalb die Rückzahlung stattfinden musste. Rechtsmittel schienen nicht mehr sinnvoll. Die Insolvenz des Schuldners war und blieb eine Tatsache.

Beispiel 3: Der Buchhalter macht das schon, trotzdem insolvent!

Das dritte Fallbeispiel ist ebenfalls außergewöhnlich. Ein Schuldner wurde mit einem Insolvenzantrag vom Fiskus konfrontiert. Bereits lange vor dem Antrag haben Gespräche zwischen dem Schuldner und dem Fiskus stattgefunden. Der Steuerberater des Schuldners hatte die Aufgabe übernommen, eine Vereinbarung mit dem Fiskus zu treffen. Der Schuldner vertraute seinem Steuerberater, bis er schließlich einen Tag vor der mündlichen Verhandlung mit der Nachricht konfrontiert wurde, dass es dem Steuerberater nicht gelungen war, eine Vereinbarung zu treffen. Der Schuldner war machtlos, hatte nicht genügend Mittel zum Ausgleich der Gesamtschulden und er hatte keine Zeit mehr, etwas anderes zu regeln. Einen Tag später ging er insolvent. Ob anschließend noch Schritte gegen den Steuerberater eingeleitet wurden, ist nicht bekannt.

Fazit

Die drei beschriebenen, wirklich geschehenen Fälle, hinterlassen bei Ihnen als Leser wahrscheinlich gemischte Gefühle. Hat der Insolvenzschuldner nur Pech gehabt, oder hat er sich schlichtweg blöd verhalten?

Die goldene Regel bei einem tatsächlich eingereichten Insolvenzantrag lautet: Ein Rückgängigmachen eines einmal eröffneten Insolvenzverfahrens ist wegen der Form der Prüfung einer Berufung oder (etwas weniger) eines Einspruchs dermaßen arbeits- und kostenintensiv, dass es vernünftiger ist, sich vor gerichtlicher Behandlung eines Insolvenzantrages seiner Sache völlig sicher zu sein. Voraussetzung dafür ist die Begleitung durch einen Sachverständigen, sprich Insolvenzanwalt.

GESAMTSCHULDNERISCHE HAFTUNG DES AUFTRAGGEBERS FÜR DIE LOHNANSPRÜCHE DES SUBUNTERNEHMERS

German Desk

Am 1. Juli 2015 wird das Gesetz Wet Aanpak Schijnconstructies (Gesetz Handhabung Scheinkonstruktionen; WAS) in Kraft treten. Mit diesem Gesetz werden die Anspruchsgrundlagen der Arbeitnehmer auf Zahlung ihres Arbeitslohnes erheblich gestärkt.

Das Bedürfnis dieser Verstärkung des Arbeitnehmerschutzes nahm in den vergangenen Jahren zu, da viele Unternehmen (zu denken ist z.B. an Auftragnehmer im Baugewerbe) Aufträge immer öfter weitervergeben (bzw. immer mehr die Möglichkeiten von sogenannten „uitzendbureaus“ (Zeitarbeitsfirma) nutzen). Leider ist aufgrund dieses Trends die Anzahl der

Arbeitnehmer, die zu unrecht keinen (oder zu wenig) Lohn erhalten, erheblich gestiegen. Dies war der Grund für den Gesetzgeber um Maßnahmen zu ergreifen, die für alle Unternehmen gelten (mit Ausnahme des Transportsektors).

Einführung der gesamtschuldnerischen Haftung des Auftraggebers und des Subunternehmers/Zeitarbeitsfirma

Mit der Einführung des WAS wurde eine gesamtschuldnerische Haftung für unter anderem den Auftraggeber und den Subunternehmer für den Lohn eingeführt, den der Subunternehmer seinen Arbeitnehmern schuldet. Auch eine Zeitarbeitsfirma wird als Subunternehmer gesehen. Dies bedeutet, dass ein Arbeitnehmer, wenn er unterbezahlt (oder gar nicht bezahlt) wird, die Wahl hat um den Lohn von seinem eigenen Arbeitgeber (dem Subunternehmer) oder bei dessen Auftraggeber einzufordern.

Kettenhaftung zivilrechtlicher Lohn

Wenn die Lohnforderung nicht durch die gesamtschuldnerische Haftbarmachung des Arbeitgebers oder seines Auftraggebers erfüllt wird, kann der Arbeitnehmer danach unter bestimmten Voraussetzungen alle höheren Glieder in der Auftragskette (z.B. den Auftraggeber des Auftraggebers etc.) ebenfalls haftbar machen. Der Arbeitnehmer hat diese Möglichkeit unter anderem dann, wenn der Subunternehmer oder der (erste) Auftraggeber für insolvent erklärt wird und/oder zahlungsunfähig ist.

Wenn ein Jahr verstreicht und der Arbeitnehmer trotz seiner Bemühungen nach wie vor den ihm zustehenden Lohn nicht erhalten hat, kann er direkt den letztendlichen Auftraggeber in der Kette (also: den Endkunden des Auftrags) haftbar machen. Im Falle ernsthafter Unterbezahlung besteht diese Möglichkeit sogar bereits schon nach 6 Monaten. Der Arbeitnehmer muss in dieser Situation also keine Schritte mehr nehmen, um zuerst seinen Lohnanspruch bei den diversen Gliedern der „Kette“ geltend zu machen.

Einreden gegen die Haftung durch den Auftraggeber

Jeder Auftraggeber kann sich gegen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers eines Subunternehmers wehren. Die Einredemöglichkeiten sind allerdings begrenzt. Will der Auftraggeber erfolgreich den Standpunkt einnehmen, dass er nicht schuldhaft gehandelt hat (der Grund für die Haftungsfreistellung), muss er zumindest die folgenden Kriterien erfüllen:

- a) Auftragnehmer und Auftraggeber haben vereinbart, dass der Auftragnehmer sich bei der Durchführung des Auftrags an die geltenden Gesetze und Regelungen sowie einen anwendbaren Tarifvertrag hält;
- b) Auftragnehmer hat sich dazu verpflichtet, die arbeitsrechtlichen Vereinbarungen der Arbeitnehmer, die bei der Durchführung des Auftrages eingesetzt werden, deutlich und transparent festzulegen;
- c) alle betroffenen Parteien geben dem "höheren" Glied in der Kette auf dessen Bitte die Möglichkeit, Prüfungen und regelmäßige Kontrollen und/oder Audits des unter a) und b) genannten durchzuführen;
- d) jeder Auftragnehmer legt die vorgenannten Verpflichtungen an die Partei auf, mit der er

Verträge über die Erfüllung des Auftrags schließt;

e) sobald Missstände drohen, nimmt der Auftraggeber die notwendigen Schritte gegenüber dem Auftragnehmer. Der Auftraggeber lässt z.B. gemäß den vertraglichen Bestimmungen eine Kontrolle durchführen und nimmt danach die Schritte, die er aufgrund der Kontrolle für angemessen erachtet.

Kurzum, sowohl beim Abschluss des Vertrages wie auch während dessen Dauer wird eine proaktive Haltung von jedem Auftraggeber erwartet. Verträge mit Subunternehmern werden an das WAS angepasst werden müssen und es ist die Frage, ob eine Freistellung von der Haftung wirksam vereinbart werden kann. Wie bereits angemerkt ist das WAS auch auf Arbeitnehmer anwendbar, die von einer Zeitarbeitsfirma entliehen werden.

Veröffentlichung der Namen von Auftraggebern (naming and shaming)

Sollte doch von einer Haftung im Sinne des WAS die Rede sein, kann angenommen werden, dass die finanziellen Folgen sehr umfangreich sein werden. Und als ob das noch nicht ernstlich genug wäre, kann ein Unternehmen auch noch damit konfrontiert werden, dass der Staat ab dem 1. Juli 2015 die Befugnis erhält, die Namen der betreffenden Unternehmen zu veröffentlichen (Memorie van toelichting Wet Aanpak Schijnconstructies).

ARBEITEN SIE MIT FREELANCERN? AUFGEPASST!

German Desk

Die VAR-Erklärung zur Arbeitsbeziehung für Selbständige entfällt!

Die Erste Kammer des niederländischen Parlaments hat Anfang Februar 2016 ein Gesetz verabschiedet, wodurch die VAR- Erklärung zur Arbeitsbeziehung für Selbständige ab dem 1. Mai 2016 entfällt.

Wie war das nochmal mit dieser Erklärung?

Wenn ein Auftragnehmer (oft ein Freelancer) auf Grundlage einer VAR-Erklärung beschäftigt ist, ist der Auftraggeber ab dem Moment grundsätzlich freigestellt von der zu erhebenden Lohnsteuer und den Sozialversicherungsbeiträgen.

Was verändert sich nun?

Der niederländische Fiskus (Belastingdienst) kann seine Forderungen bald sowohl bei dem Auftragnehmer als auch bei dem Auftraggeber durchsetzen. Vor allem Auftraggeber werden Maßnahmen ergreifen müssen, um eine Nachforderung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen zu vermeiden.

Praktische Tipps

Verwenden Sie ab dem 1. Mai 2016 einen Dienstvertrag, der alle Anforderungen des Belastingdienst erfüllt.

Das Risiko einer Nachforderung ist nahezu null, wenn:

- der Dienstvertrag die Nummer und das Datum eines vom Belastingdienst beurteilten Mustervertrages (zu finden auf der Website des Belastingdienst) enthält;
- der Dienstvertrag die hervorgehobenen Bestimmungen aus dem vorgenannten Mustervertrag enthält;
- der Rest des Vertragsinhalts mit den hervorgehobenen Bestimmungen übereinkommt;
- die getroffenen Absprachen mit der Praxis übereinstimmen.

Selbstverständlich ist es auch möglich, in dem Zusammenhang einen Mustervertrag vom Belastingdienst komplett zu übernehmen, aber fraglich ist, ob dieses Muster auf den jeweiligen Einzelfall, also auch Ihre Situation, ausreichend abgestimmt ist.

Zum Schluss

Das neue Gesetz muss bis zum 1. Mai 2017 umgesetzt werden.

Trotzdem ist es ratsam, jetzt bereits zu prüfen, wie Sie Ihren Dienstvertrag ab dem

1. Mai 2016 gestalten möchten.

VARIABLE ARBEITSVERTRÄGE UND DAS GESETZ WWZ: WAS IST NOCH ERLAUBT?

German Desk

Mit dem Gesetz über Arbeit und Sicherheit (Wet Werk en Zekerheid; kurz: „WWZ“) hat der Gesetzgeber unter anderem auf die Einschränkung von Abrufarbeit und variablen Arbeitsverträgen abgezielt. Was bedeutet dies jetzt eigentlich für variable Arbeitsverträge? Sind sie erlaubt, oder doch nicht? Und wenn sie erlaubt sind, welche Veränderungen bringt das WWZ mit sich?

Kurz zusammengefasst: Variable Arbeitsverträge sind noch immer möglich und bergen in den ersten sechs Monaten keinerlei Risiken, sofern die Verträge einwandfrei gestaltet sind. Sorgfältige vertragliche Vereinbarungen sind weiterhin wichtig. Allerdings könnte sich der Arbeitgeber in der Zukunft in einer schwierigen (Beweis)Lage mit möglicherweise weitreichenden finanziellen Folgen wiederfinden.

Variabler Arbeitsvertrag („Min-Max-Vertrag“)

Ein variabler Arbeitsvertrag ist ein Arbeitsvertrag, aufgrund dessen der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die (Zahlung der) Mindeststundenzahl hat und er darüber hinaus auf Abruf in den Stunden arbeiten kann, die zwischen der Mindest- und der vereinbarten Höchststundenzahl liegen. Bei einem variablen Vertrag beschränkt sich der Anspruch des Arbeitnehmers grundsätzlich nur auf die Mindeststundenzahl.

Die Rechtsvermutung in Artikel 7:610b BW

Ein Arbeitnehmer kann den Standpunkt vertreten, dass sein Arbeitsumfang in Wirklichkeit höher liegt und er sich deshalb auf die Rechtsvermutung in Artikel 7:610b BW beruft. In Artikel 7:610b BW steht, kurz gesagt, dass die Vermutung gilt, der Arbeitsumfang entspreche dem durchschnittlichen Umfang der vorangegangenen drei Monate. Die Rechtsvermutung ist allerdings nur auf Situationen anwendbar, in denen der Arbeitsumfang entweder nicht oder nicht eindeutig vereinbart wurde oder strukturell höher liegt.

Weniger Erfolgsaussichten einer Inanspruchnahme der Rechtsvermutung bei variablen Arbeitsverträgen

In Literatur und Rechtsprechung gehen die Meinungen auseinander, ob und in welchen Fällen sich ein Arbeitnehmer mit einem variablen Arbeitsvertrag erfolgreich auf diese Rechtsvermutung berufen kann. Der Grundsatz lautet wie folgt: Ein variabler Arbeitsvertrag kennzeichnet sich durch einen eindeutigen Arbeitsumfang und ermöglicht eine Inanspruchnahme der Rechtsvermutung nur, wenn strukturell mehr als die Höchststundenzahl gearbeitet wird. Zum Beispiel: Beträgt die Arbeitszeit im Falle eines variablen Arbeitsvertrages mit mindestens 12 und höchstens 20 Stunden strukturell über Monate 18 Arbeitsstunden, führt dies nicht automatisch zu einer Änderung des Arbeitsvertrages. Denn grundsätzlich hat der Arbeitnehmer noch immer nur einen Anspruch auf die Mindeststundenzahl. Zwar können die Anforderungen an einen ordentlichen Arbeitgeber diese enge gezogenen Grenzen noch einigermaßen entschärfen, wodurch die Mindeststundenzahl (etwas) angehoben wird. Allerdings ist dies keine „allgemein gültige Regel“ und wird vieles von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen.

Ziel des Gesetzgebers: Ausschluss der Lohnfortzahlungspflicht, um so die Verwendung von Arbeitsverträgen auf Abruf und variablen Arbeitsverträgen einzudämmen.

Der Gesetzgeber hat die Verwendung von Arbeitsverträgen auf Abruf und variablen Arbeitsverträgen ausdrücklich einschränken wollen. In der parlamentarischen Behandlung des WWZ hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass Artikel 7:628 BW die Grundlage für Arbeitsverträge auf Abruf und variable Arbeitsverträge darstellt. Im Speziellen sollen diese Vertragsformen auf einen Ausschluss der Lohnfortzahlungspflicht abzielen. Es gilt die Absprache, dass der Lohn fortgezahlt wird, wenn es für den Arbeitnehmer keine Arbeit gibt, während die Ursache dafür im Risikobereich des Arbeitgebers liegt.

Gerade aus diesem Grund hat der Gesetzgeber diese vertragliche Möglichkeit zur Abweichung von der Lohnfortzahlungspflicht weiter eingeschränkt. Kurzum gilt nunmehr: In den ersten 6 Monaten kann die Lohnfortzahlungspflicht vertraglich ausgeschlossen werden (das war bereits so) und nach 6 Monaten kann diese Pflicht nur in einem Tarifvertrag und auch nur für bestimmte Stellen (dies ist neu) ausgeschlossen werden. Außerdem kann das Ministerium bestimmen, dass ein Ausschluss der Lohnfortzahlungspflicht für bestimmte Unternehmenszweige überhaupt nicht möglich ist.

Ungewöhnlich ist, dass der Gesetzgeber eine Verbindung zwischen Artikel 7:628 BW und dem Ausschluss der Lohnfortzahlungspflicht hergestellt hat. Allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer keinen Lohn für die Stunden zwischen Mindest- und Höchststundenzahl erhält,

wenn er nicht abgerufen wird, liegt nämlich nicht darin begründet, dass der Arbeitgeber verpflichtet wäre, eine Lohnzahlung für diese Stunden vorzunehmen und diese Verpflichtung danach ausgeschlossen hat. Es gibt schlichtweg keinen Anspruch auf eine Lohnzahlung, weil kein Abrufstattgefunden hat. Denn die Verpflichtung einer Lohnzahlung ist mit der Arbeit verbunden und bleibt der Abruf aus, gibt es einfach keine Arbeit, für die eine Lohnzahlung ausgeschlossen werden müsste. In erster Linie lässt sich daher nicht erkennen, inwieweit diese Gesetzesänderung die Verwendung von Arbeitsverträgen auf Abruf und variablen Arbeitsverträgen einschränkt.

Die Begründung des Gesetzgebers für den Ausschluss der Lohnfortzahlungspflicht

Weshalb also führt diese Gesetzesänderung laut Gesetzgeber dennoch zu einer Einschränkung für die Verwendung von variablen Arbeitsverträgen? Nach einigen kritischen Fragen der Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland äußerte sich der Gesetzgeber wie folgt:

„Der Ausschluss der Lohnfortzahlungspflicht begründet sich in der Tatsache, dass einerseits, wenn der Arbeitgeber Arbeit hat, er den Arbeitnehmer aber nicht abruf, der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Lohnzahlung erheben kann. Andererseits wird, wenn ein Arbeitsvertrag mindestens drei Monate angedauert hat, von der vereinbarten Arbeitszeit in einem bestimmten Monat als Umfang angenommen, dass dieser Umfang dem durchschnittlichen Arbeitsumfang pro Monat in den drei vorangegangenen Monaten entspricht (Artikel 7:610b) und der Arbeitgeber anschließend zur Lohnzahlung verpflichtet ist, wenn die vereinbarte Arbeit aufgrund einer Ursache nicht verrichtet wurde, die in seinem Risikobereich liegt.“

(Quelle: Nota anlässlich der Berichterstattung, 33818, Kamerstukken I, Seite 15 f.).

Hat das WWZ damit tatsächlich zu Veränderungen in der Verwendung von variablen Arbeitsverträgen geführt?

Der Gesetzgeber nennt in seiner Äußerung oben zwei Gründe. Für variable Arbeitsverträge ist der zweite Grund weniger relevant, weil, wie erwähnt, eine Inanspruchnahme der Rechtsvermutung diesbezüglich oftmals keinen Erfolg hat; die Anmerkung des Gesetzgebers ändert dies nicht.

Der erste Grund hingegen ist relevant. Aus der Anmerkung des Gesetzgebers lässt sich ableiten, dass der Arbeitgeber zum Abruf des Arbeitnehmers verpflichtet ist, wenn es genug Arbeit gibt und er in dem Fall zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, es sei denn, eine Lohnfortzahlung wird rechtswirksam ausgeschlossen.

Man kann sich die Frage stellen, ob dem Arbeitnehmer damit weitergeholfen ist. Zwar ist der Arbeitgeber zum Abruf des Arbeitnehmers bei ausreichend viel Arbeit verpflichtet, aber dennoch befindet sich der Arbeitnehmer in einer schwierigen Position, sollte der Arbeitgeber ihn nicht abrufen. Der Arbeitgeber kann nämlich schlichtweg den Standpunkt vertreten, dass es nicht genug Arbeit gibt. In dem Fall müsste der Arbeitnehmer das Gegenteil beweisen.

Änderung der Beweislastverteilung (wahrscheinlich) ab dem 1. April 2016

Interessant ist daher, ob sich die Beweislast des Arbeitnehmers in solchen Fällen zukünftig verbessern wird. Der Grundsatz „Keine Arbeit, kein Lohn, es sei denn, die Ursache für fehlende Arbeit liegt im Risikobereich des Arbeitgebers“ wird sich in Kürze (wahrscheinlich per 1. April

2016) zu Gunsten des Arbeitnehmers ändern. Dann gilt: „Keine Arbeit, trotzdem Lohn, es sei denn, die Ursache für fehlende Arbeit liegt im Risikobereich des Arbeitnehmers“.

Dieser Beweisgrundsatz bezieht sich zwar eng genommen auf eine andere Situation, in der nämlich der Umfang der Stunden nicht zur Diskussion steht, aber es ist denkbar, dass diese Änderung in der Beweislastverteilung, unter Berücksichtigung des ausdrücklichen Wunsches des Gesetzgebers nach einer Eindämmung dieser Vertragsformen, dazu führt, dass ein Arbeitgeber auch in diesen Fällen „auf Abruf“ (sprich, ein Abrufen zwischen der Mindest- und Höchststundenzahl) wird nachweisen müssen, dass er den Arbeitnehmer nicht abgerufen hat, weil es nicht genug Arbeit gegeben hat. Gelingt dem Arbeitgeber dieser Beweis nicht, besteht durchaus die Möglichkeit, dass der Arbeitnehmer in bestimmten Fällen einen Anspruch auf die (Zahlung der) Höchststundenzahl hat. Dies könnte angesichts von Lohnansprüchen über einen länger zurückliegenden Zeitraum zu erheblichen Beträgen führen. Sorgfältige vertragliche Absprachen und ein vernünftiger Einsatz von „auf Abruf verfügbaren Arbeitskräften“ gewinnen damit an Wichtigkeit.

Ergebnis: Die Änderungen scheinen geringen Einfluss zu haben, aber Vorsicht bei der Beweislage!

Ein vorsichtiges Ergebnis ist, dass die variablen Arbeitsverträge nach dem WWZ, obwohl der Gesetzgeber die Verwendung dieser variablen Arbeitsverträgen ausdrücklich hat eindämmen wollen, noch immer erlaubt sind und sich deren Beurteilung zukünftig nicht ändern wird. Allerdings gibt es für den Arbeitgeber die Verpflichtung, den Arbeitnehmer im Falle von ausreichender Arbeit abzurufen, und kann sich der Arbeitgeber gegebenenfalls in einer schwierigen Lage befinden, wenn nachgewiesen werden muss, dass tatsächlich zu wenig Arbeit vorhanden war. In dem Fall ist mit erheblichen finanziellen Folgen für den Arbeitgeber zu rechnen.