

**Blick ins Arbeitsrecht**  
**Januar 2013**

**Rechtsprechung**

**1. Kein Anspruch auf Dank und gute Wünsche im Arbeitszeugnis**

**BAG, Urteil vom 11. Dezember 2012; 9 AZR 227/11**

Das Arbeitszeugnis ist immer wieder eine Quelle für unangenehme Auseinandersetzungen. Nun hat das Bundesarbeitsgericht in einem Bereich, der bei den Instanzgerichten sehr umstritten ist, ein Grundsatzurteil gefällt.

In dem zugrundeliegenden Fall hatte ein ehemaliger Arbeitnehmer gegen ein nach seinem Ausscheiden erteiltes Zeugnis geklagt. Er hatte zuvor einen Baumarkt geleitet. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte er ein Endzeugnis erhalten. Dies enthielt eine überdurchschnittliche Leistungs- und Verhaltensbeurteilung, die aber nicht Gegenstand des Rechtsstreits war. Vielmehr hatte sich der Arbeitnehmer mit der Klage gegen die Schlussformulierung im Zeugnis gewendet. Diese hatte folgenden Wortlaut:

*„Herr K. scheidet zum 28. Februar 2009 aus betriebsbedingten Gründen aus unserem Unternehmen aus. Wir wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.“*

Der Kläger hatte insoweit die Auffassung vertreten, diese Formulierung benachteilige ihn und sei nicht berufsfördernd. Die überdurchschnittliche Leistungs- und Verhaltensbeurteilung werde durch diese Schlussformel entwertet. Er hatte daher beantragt, in das Zeugnis folgende Schlussformel aufzunehmen:

*„Wir bedanken uns für die langjährige Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine private und berufliche Zukunft alles Gute.“*

Nachdem die erste Instanz noch dem Kläger Recht gegeben und den ehemaligen Arbeitgeber zu einer entsprechenden Zeugnisänderung verurteilt hatte, haben das Landesarbeitsgericht und das Bundesarbeitsgericht die Klage dann abgewiesen.

Das BAG hat zunächst die Rechtsgrundlage für Zeugnisse in den Vordergrund gestellt: Danach muss ein einfaches Zeugnis nach § 109 Abs. 1 Satz 2 Gewerbeordnung (GewO) Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit enthalten. Ein qualifiziertes Zeugnis, dessen Inhalt sich nach § 109 Abs. 1 Satz 3 GewO richtet und das dem Arbeitnehmer auf seinen Wunsch hin zu erteilen ist, muss sich über diese formalen Angaben hinaus auf die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis erstrecken.

Richtig ist auch, dass der Arbeitgeber nach ständiger Rechtsprechung verpflichtet ist, ein wohlwollendes berufsförderndes Zeugnis zu erteilen.

Hieraus haben Arbeitsgerichte in der Vergangenheit auch geschlossen, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf eine dem übrigen Zeugnisinhalt entsprechende Schlussformulierung hat. Dem hat das BAG nunmehr eine Absage erteilt.

Der Ausdruck von Dank und der Ausspruch von guten Wünschen für die Zukunft entsprechen einer persönlichen Empfindung des Arbeitgebers. Anspruch auf den Ausdruck von persönlichen Empfindungen oder gar auf Aufnahme ganz besonderer wunschgemäßer persönlicher Empfindung in das Zeugnis hat der Arbeitnehmer aber nicht. Hier fehlt es an einer Rechtsgrundlage. § 109 GewO enthält keine Verpflichtung, solche persönlichen Empfindungen ins Zeugnis aufzunehmen.

Allerdings kann der Arbeitgeber, wenn er dies möchte, seinen persönlichen Empfindungen durchaus Ausdruck verleihen. Hier ist aber zu beachten, dass diese Empfindungen dann nicht den Anspruch auf ein wohlwollendes Zeugnis beeinträchtigen dürfen.

Mit anderen Worten: Der Arbeitgeber muss keine Schlussformulierung in das Zeugnis aufnehmen, die Dank oder gute Zukunftswünsche enthält. Hierauf hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch.

Entschließt sich der Arbeitgeber trotzdem zu einer Schlussformulierung, muss diese dem übrigen Zeugnisinhalt, insbesondere was die Beurteilungsstufe („Benotung“) betrifft, entsprechen.

Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die Äußerung von Dank und guten Zukunftswünschen im Zeugnis.

Ist der Arbeitnehmer der Auffassung, dass die Schlussformel, die der Arbeitgeber verwendet hat, ihn benachteiligt oder das Zeugnis entwertet, muss das Gericht dies überprüfen. Der Arbeitnehmer kann jedoch nicht eine Abänderung der Schlussformel oder gar die Aufnahme einer bestimmten von ihm gewünschten Formulierung wünschen. Ist der Vorwurf des Arbeitnehmers zutreffend, wonach die Schlussformel das Zeugnis entwertet, kann der Arbeitnehmer nur verlangen, dass die Schlussformel ganz entfällt.

#### Praxistipp:

Die gängigen Auslegungen zu Zeugnissprachen widmen sich unter anderem auch der sogenannten Schlussformel sehr intensiv. Nach der vorliegenden neuen Entscheidung des BAG hat der Arbeitgeber, mehr als bisher weitgehend vertreten wurde, die Möglichkeit, seinen „echten“ Eindruck von dem ausscheidenden Mitarbeiter erkennen zu lassen.

Bei der in der Regel sehr formelhaften Beurteilung von Leistung und Verhalten ist dies nur sehr eingeschränkt möglich. Allerdings kann der Arbeitgeber hier durch die Wahl der Note recht weitgehend auch seinen Eindruck vom Arbeitnehmer übermitteln: Arbeitnehmer haben grundsätzlich Anspruch auf eine durchschnittliche Benotung, das heißt auch ein „befriedigendes“ Zeugnis. Wünschen sie eine bessere Benotung, sind sie dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass sie wesentlich besser sind als der Durchschnitt der Arbeitnehmer. Wird die Note „1“ gewünscht, muss der Arbeitnehmer nachweisen, dass er absolute Spitzenleistungen erbracht hat, die nicht mehr zu übertreffen sind. Dies ist in der Praxis schon eine sehr hohe Hürde und kann in der Regel nur im Vergleichswege genommen werden.

Die im vorliegenden Fall verwendete Schlussformel ist in der Tat allenfalls mit einem durchschnittlichen Zeugnis vereinbar, nicht aber mit einem guten, überdurchschnittlichen Zeugnis.

In einem guten Zeugnis würde der Arbeitgeber sein Bedauern über das Ausscheiden ausdrücken. Ferner würde er sich für den bisherigen Einsatz des Mitarbeiters ausdrücklich bedanken. Schließlich ist es auch wichtig, dass Zukunftswünsche „auch“ in die Zukunft gerichtet werden. Die Formulierung „wir wünschen ihm für die Zukunft alles Gute“ kann nach Auslegung gängiger Zeugnissprachen auch so verstanden werden, dass eben bisher nicht alles „gut“ war, man jedoch hofft, dass dies jetzt wenigstens in Zukunft „gut“ werde.

Insoweit ist im vorliegenden Fall nachvollziehbar, dass der ausgeschiedene Arbeitnehmer sich gegen die Schlussformulierung gewandt hat. Nach der Entscheidung des BAG hat er aber nun nur die Wahl, entweder die vorhandene Schlussformulierung zu akzeptieren oder er kann den Arbeitgeber verpflichten, die Schlussformel ganz entfallen zu lassen. Das Zeugnis endet dann üblicherweise mit der Verhaltensbeurteilung.

Auch wenn man sich über die Bedeutung und den Inhalt der einen oder anderen Schlussformel streiten kann: Ein Zeugnis ohne jede Schlussformel ist ein recht deutlicher Hinweis auf erhebliche Verstimmungen im Arbeitsverhältnis. Die Durchsetzung dieses im vorliegenden Fall bestehenden „Streichungsanspruchs“ kann dem Kläger also nicht angeraten werden.

## **2. Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte**

**BAG, Urteil vom 19. Juli 2012; 2 AZR 782/11**

Hat der Arbeitgeber eine formal und inhaltlich zutreffende Abmahnung erteilt, wird diese in die Personalakte aufgenommen. Häufig stellt sich dann die Frage, wie lange die Abmahnung in der Personalakte verbleiben und für eventuelle spätere (Kündigungs-)Entscheidungen des Arbeitgebers Wirkung entfalten darf.

Nicht selten erheben Arbeitnehmer Klage auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte. Dies ist zwar rechtlich zulässig, taktisch aber in den meisten Fällen ein erheblicher Fehler.

Es gibt keine festen Fristen, wie lange der Arbeitgeber aus einer Abmahnung noch Schlüsse ziehen darf. Zwar ist anerkannt, dass nach Ablauf einer gewissen Zeit eine Abmahnung dann ihre Wirkung verliert, wenn der Arbeitnehmer sich über einen längeren Zeitraum einwandfrei verhalten hat. Hier ist es so wie mit den „Punkten in Flensburg“ (Verkehrszentralregister): Es spielt eine erhebliche Rolle, ob weitere Vorwürfe hinzukommen oder der Arbeitnehmer sich absolut einwandfrei verhält. In ersterem Fall kann eine Abmahnung wesentlich länger in der Personalakte verbleiben als bei Wohlverhalten des Arbeitnehmers.

In dem hier entschiedenen Fall hatte eine Arbeitnehmerin eine (zutreffende) Abmahnung dafür erhalten, dass Sie das ihr übergebene Kassenbuch über Einnahmen und Ausgaben „verschlampt“ und dafür eine von ihr selbst erstellte „Zweitfassung“ des Kassenbuchs geführt

hatte. Eine ordnungsgemäße Kontrolle der Einnahmen und Ausgaben war auf diese Weise für den Arbeitgeber nicht mehr möglich.

Nach Ablauf von ca. zwei Jahren beantragte die Arbeitnehmerin beim Arbeitgeber vergeblich die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte und hatte anschließend geklagt. In den ersten zwei Instanzen hatte die Arbeitnehmerin noch obsiegt, da jeweils festgestellt wurde, dass nach Ablauf von mehr als zwei Jahren mit weiterem einwandfreiem Verhalten der in der Abmahnung enthaltene Vorwurf zeitlich soweit in Hintergrund getreten sei, dass der Arbeitgeber hieraus keine Maßnahmen mehr ableiten könne. Daher hatten die ersten beiden Instanzen den Arbeitgeber zur Entfernung der Abmahnung verurteilt. Nicht so das Bundesarbeitsgericht:

Dieses hat erstmals in dieser Deutlichkeit zu Sinn und Zweck einer Abmahnung Stellung genommen. Danach erfüllt die Abmahnung nicht, wie bisher weitgehend angenommen, eine Warnfunktion für den Arbeitnehmer, sondern darüber hinaus auch eine Rüge und insbesondere Dokumentationsfunktion. Es gäbe, so das BAG, Fälle, in denen der Arbeitgeber das Interesse habe, über die Abmahnung bestimmte Vorgänge weiterhin in der Personalakte zu dokumentieren. Dieses Interesse kann über einen wesentlich längeren Zeitraum bestehen, als die Warnfunktion wirkt.

Ein Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung, die der Arbeitgeber ursprünglich zu Recht erteilt hatte, ist daher nur dann zu bejahen, wenn einerseits die Abmahnung ihre Warnfunktion verloren hat und andererseits der Arbeitgeber kein sonstiges Interesse mehr an der Dokumentation dieser Pflichtverletzung hat.

Wann dieses Interesse des Arbeitgebers in der Dokumentation des Fehlverhaltens nicht mehr besteht, könne ebenso wenig wie die Dauer der Warnfunktion von vorne herein für alle Fälle festgelegt werden. Vielmehr kommt es auch hier auf die Schwere des gerügten Fehlverhaltens, eventuelle Außenwirkung oder sonstige individuelle Aspekte an.

Will ein Arbeitgeber also eine Abmahnung noch für eine gewisse Zeit in der Personalakte verwahren, muss er sich in Zukunft nicht mehr alleine auf die Warnfunktion der Abmahnung stützen, sondern kann (und muss) daneben auch ein eigenständiges Dokumentationsinteresse an dem abgemahnten Vorgang darlegen.

### **3. Unentgeltliche ehrenamtliche Tätigkeit stellt kein Arbeitsverhältnis dar**

**BAG, Urteil vom 29. August 2012, 10 AZR 499/11**

Diese Entscheidung ist insbesondere für Nonprofit-Organisationen, kirchliche Einrichtungen, Kommunen etc. von großer Bedeutung: Vorliegend hatte eine Frau ehrenamtlich im Seelsorgedienst bei dem Träger der örtlichen Telefonseelsorge gearbeitet. Die Telefonseelsorge wird in Deutschland von der evangelischen und der römisch-katholischen Kirche getragen. Diese kirchlichen Träger unterhalten insgesamt über 100 selbstständige Telefonseelsorgestellen mit ca. 7.500 ehrenamtlichen und etwa 350 hauptamtlichen Mitarbeitern. Voraussetzung für die Tätigkeit ist eine Ausbildung, für die es eine Rahmenordnung gibt. Für die Ausübung der Telefonseelsorge gibt es eine Dienstordnung, in der festgehalten ist, dass eine regelmäßige Beteiligung am Seelsorgedienst erwartet werde. Die Frau erhielt einen Kostenersatz in Höhe von € 30,00 monatlich. Im Jahr 2010 wurde sie vom Träger der Telefonseelsorge von ihrem Dienst mit sofortiger Wirkung entbunden. Die Frau hat beim Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erhoben und die Auffassung vertreten, sie sei Arbeitnehmerin.

Alle drei Instanzen haben die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass die ehrenamtliche Tätigkeit kein Arbeitsverhältnis begründe.

Das BAG weist hier darauf hin, dass eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Für ein Arbeitsverhältnis spricht beispielsweise die Vereinbarung oder berechnete Erwartung hinsichtlich einer angemessenen Vergütung. Zwar sei, so das BAG, eine Erwerbsabsicht des Arbeitnehmers keine notwendige Bedingung für eine Arbeitnehmereigenschaft, das Fehlen einer Erwerbsabsicht einerseits und einer Vergütungszahlung andererseits sei jedoch ein wichtiges Argument gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses.

Ein Arbeitsverhältnis scheitere umgekehrt nicht daran, dass neben materiellen Interessen auf Arbeitnehmerseite auch immaterielle, altruistische Motive vorliegen können.

Fehlen jedoch jegliche materiellen Interessen, Vereinbarungen bzw. Zusagen, spreche dies in der Regel dafür, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt.

Bei – wie vorliegend – ehrenamtlichen Tätigkeiten handele es sich rechtlich um ein Auftragsverhältnis. Aufträge könnten auch die Erbringung von unentgeltlichen Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Eine echte ehrenamtliche Tätigkeit sei jedoch nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren.

Anmerkung:

Vorliegend hat es sich eindeutig um eine ehrenamtliche Tätigkeit gehandelt, die es dem Träger der Telefonseelsorge auch erlaubt hat, das soweit bestehende (unentgeltliche) Auftragsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sofort zu beenden.

Es gibt allerdings Grenzfälle, in denen der Übergang von einer ehrenamtlichen Tätigkeit zu einem Arbeitsverhältnis möglicherweise fließend sein kann.

Dies ist etwa dann der Fall, wenn für die ehrenamtliche Tätigkeit eine „Aufwandsentschädigung“ oder ähnliche finanzielle oder sonstige geldwerte Leistungen erbracht werden, die in Art und Höhe mit Vergütungen verglichen werden können, die für die vergleichbare Tätigkeit auch an Arbeitnehmer gezahlt werden. Hier kommt es nicht auf die Bezeichnung als „ehrenamtliche Tätigkeit“, sondern auf das Gesamtbild an. Die Höhe der Aufwandsentschädigung kann hier durchaus für eine Erwerbsabsicht und damit für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen.

In ähnlicher Weise müsste wohl auch eine Abgrenzung bei mitarbeitenden Familienangehörigen erfolgen. Bei diesen empfiehlt es sich aber in der Regel, die Mitarbeit ausdrücklich als Arbeitsverhältnis zu bezeichnen, abzurechnen und vor allem auch zu versichern!

#### **4. Wirksame Betriebsratsanhörung, Vollmachtsnachweis**

**BAG, Urteil vom 13. Dezember 2012; 6 AZR 348/11**

In Betrieben, in denen ein Betriebsrat existiert, muss der Arbeitgeber vor Ausspruch einer jeden Kündigung (auch während der Probezeit!) den Betriebsrat wirksam anhören und ihm sämtliche Informationen zur Verfügung stellen, über die auch der Arbeitgeber verfügt hat und die für die Kündigungsentscheidung und für die Sozialauswahl ggf. relevant sein könnten.

In der Praxis scheitern Kündigungen relativ oft an formal unwirksamen Betriebsratsanhörungen, so dass diesem Vorbereitungsschritt besondere Bedeutung beigemessen werden muss.

Im vorliegenden Fall hatte der Betriebsrat aber nicht eine fehlende oder möglicherweise inhaltlich unzureichende Anhörung des Betriebsrats gerügt, sondern vielmehr die Auffassung vertreten, die Person, die die Betriebsratsanhörung unterschrieben habe, sei hierzu rechtlich nicht befugt gewesen. Der Betriebsrat hatte sich dabei auf § 174 Satz 1 BGB gestützt: Nach dieser Vorschrift muss Jemand, der für einen anderen Erklärungen abgibt, in der Regel seine

Vollmacht durch gleichzeitige (!) Vorlage einer originalen (!) Vollmachtsurkunde nachweisen. Fehlt ein solcher gleichzeitiger schriftlicher Vollmachtsnachweis, kann der Empfänger der Willenserklärung diese mangels eines Vollmachtsnachweises zurückweisen.

Besonders wichtig ist dies beispielsweise beim Ausspruch einer Kündigung: Hat hier ein Mitarbeiter unterschrieben, der weder alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer noch Prokurist ist und war dem Kündigungsschreiben auch keine originale Vollmacht eines Berechtigten beigelegt, kann der Empfänger des Kündigungsschreibens dieses unverzüglich mangels ausreichenden Vollmachtsnachweises zurückweisen. Die Kündigungserklärung wird dann nicht wirksam, was insbesondere bei fristlosen Kündigungen oder bei der Berechnung der Kündigungsfrist von erheblicher Bedeutung sein kann: Der Arbeitgeber muss dann ggf., sofern möglich, noch einmal wirksam kündigen.

Fraglich war aber vorliegend, ob die gleichen Regeln, die für den Ausspruch der Kündigung gelten, auch bei der Betriebsratsanhörung zu beachten sind. Hier zeigt sich aber das Bundesarbeitsgericht in der aktuellen Entscheidung etwas großzügiger:

Im vorliegenden Fall waren die Leitungsverhältnisse etwas kompliziert: Arbeitgeber war eine griechische Fluggesellschaft im Status einer sog. Sonderliquidation nach griechischem Recht. Als Sonderliquidatorin war eine griechische Aktiengesellschaft eingesetzt worden. Diese beauftragte einen Rechtsanwalt, den Betriebsrat zu einer beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung anzuhören. Der Betriebsrat hatte die vom Rechtsanwalt unterzeichnete Betriebsratsanhörung mangels eines schriftlichen Vollmachtsnachweises zurückgewiesen und erklärt, damit werde die Wochenfrist zur Anhörung nicht gewahrt, weshalb die später ausgesprochene Kündigung unwirksam sei.

Das BAG hat darauf hingewiesen, dass der Zweck des Anhörungserfordernisses ein ganz anderer sei, als formale Vollmachtsregelungen beim Zugang einer einseitigen Willenserklärung wie z. B. einer Kündigung. Dafür spreche auch, dass das Anhörungsverfahren gemäß § 102 BetrVG nicht an Formvorschriften gebunden sei. Auch eine mündliche oder telefonische Anhörung sei zulässig und ausreichend, um die Wochenfrist in Lauf zu setzen. Die Anhörung könne daher auch durch einen nicht sofort vollständig bevollmächtigten Boten oder Ähnliches erfolgen oder überbracht werden. Sofern der Betriebsrat Zweifel an der Boten- oder Vertreterstellung der ihm gegenüber bei der Anhörung auftretenden Person habe, könne er sich nach dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit unmittelbar gegenüber dem Arbeitgeber – und nicht zwingend gegenüber den Boten oder (vermeintlichen) Vertreter – äußern.



Praxistipp:

Diese Entscheidung erleichtert die formalen Anforderungen einer Betriebsratsanhörung für Arbeitgeber. Bisher ist in der Regel immer die Frage gestellt worden, ob die Person, die die Anhörung durchgeführt hat, tatsächlich hierzu auch befugt war. Diese Fragen und Diskussionen dürften der Vergangenheit angehören: Wenn schon in einem so komplizierten Fall wie dem vorliegenden mit in der Tat sehr undurchsichtigen Vertretungsstrukturen eine von einem externen Rechtsanwalt durchgeführte Betriebsratsanhörung wirksam ist und den Beginn der Wochenfrist auslöst, muss dies doch erst recht dann gelten, wenn die Anhörung beispielsweise durch einen internen Personalleiter, einen Mitarbeiter der Personalabteilung, den laufend tätigen externen Arbeitsrechtsanwalt, den Vorgesetzten oder ähnliche Personen erfolgt: Diese stehen dem Arbeitgeber allemal näher, als der im vorliegenden Fall vom ausländischen Sonderliquidator beauftragte Rechtsanwalt ohne Vollmacht.

**5. AGG (Altersdiskriminierung) I:**

**Altersstaffelung bei Sozialplan-Abfindung kann zulässig sein**

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 06. Dezember 2012, C 152/11

Noch vor einigen Jahren war es üblich, in Sozialplänen Altersstaffeln dergestalt vorzusehen, dass ältere Arbeitnehmer, die kurz vor der Rente standen, weniger Abfindung erhalten haben, als jüngere Kollegen, die noch einen längeren Zeitraum bis zum frühest möglichen Rentenbeginn zu überbrücken hatten. In der Regel stiegen die Abfindungssätze in Relation zum Einkommen beginnend bei jüngeren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bis zur Erreichung etwa des 55. Lebensjahres an, um danach wieder abzufallen. Der überaus nachvollziehbare Hintergrund solcher Regelungen ist, Abfindungen in erster Linie denjenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zukommen zu lassen, die aufgrund ihres Arbeitsplatzverlustes wirtschaftliche Nachteile erleiden. Daher wäre es völlig unangemessen, denjenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die kurz vor Renteneintritt stehen, die höchste Abfindungszahlung zu gewähren.

Gegen diese Praxis gab es aber in jüngerer Zeit mit Blick auf das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und eine darin gesehene Altersdiskriminierung vereinzelt Bedenken. Diese hat der Europäische Gerichtshof nunmehr ausgeräumt und ausdrücklich festgestellt, dass in „betrieblichen Systemen der sozialen Sicherung (Sozialplan) Regelungen vorgesehen werden dürfen, nach denen Mitarbeitern, die älter als 54 Jahre sind und denen betriebsbedingt gekündigt wird, die ihnen zustehende Abfindung auf der Grundlage des frühest möglichen Rentenbeginns berechnet wird. Dabei darf im Vergleich zur Standardberechnungsmethode, nach

der sich die Abfindung insbesondere nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit richtet, bei diesen „älteren“ Arbeitnehmern eine geringere als die nach der Standardmethode vorgesehene Abfindungssumme gezahlt werden. Wichtig ist jedoch, dass mindestens die Hälfte der nach der Standardmethode berechneten Abfindungssumme gezahlt wird.

Insoweit darf aber lediglich auf die allgemeine Altersrente abgestellt werden und nicht auf eine vorzeitige Rente wegen einer Behinderung. Letzteres würde behinderte Menschen entgegen den Vorschriften des AGG benachteiligen.

Die europäischen Richter haben also ausdrücklich ihre Zustimmung zu einer Minderung dieser Abfindungsansprüche erklärt.

Verminderte Abfindungsansprüche seien deshalb gerechtfertigt, da eine Sozialplanabfindung letztlich auf zukünftige wirtschaftliche Nachteile und nicht auf bisherige Leistungen im Arbeitsverhältnis abstelle. Wer aber aufgrund eines rentennahen Beendigungszeitpunkts keine oder nur wesentlich geringere Nachteile durch den Arbeitsplatzverlust habe, als ein durchschnittlicher Arbeitnehmer, der nicht in absehbarer Zeit mit einer Rente rechnen kann, braucht daher auch weniger Ausgleich und kann insoweit auf einen geringeren Abfindungsbetrag verwiesen werden.

Eine Sozialplanabfindung habe insbesondere eine Überbrückungsfunktion und diene nicht der Vermögensbildung.

Eine Minderung des Abfindungsbetrages für solche Arbeitnehmer, die trotz ihrer Entlassung wirtschaftlich in Form eines Rentenanspruchs abgesichert sind, ist daher zulässig.

Leider hat der Europäische Gerichtshof eine weitere vom anrufenden Gericht gestellte Frage nicht beantwortet, ob auch ein vollständiger Ausschluss von Sozialplanleistungen zulässig sei. Diese Frage kann sich beispielsweise bei unmittelbar bevorstehender Rentenberechtigung stellen. In dem entschiedenen konkreten Fall hat diese Frage keine Rolle gespielt, weshalb die Richter des EuGH diesen Teil der Anfrage als theoretisch und daher unzulässig abweisen konnten.

Sicher zulässig ist die im konkreten Fall genannte Reduzierung auf 50%. Ein vollständiger Ausschluss von Sozialplanansprüchen müsste aus meiner Sicht aber ebenfalls zulässig sein, wenn bei der Berechnung auf zukünftige Verluste von Arbeitseinkommen konkret abgestellt wird. Es macht meines Erachtens keinen Sinn, einem Mitarbeiter, der in Folge einer betrieb-

lichen Kündigungsmaßnahme ein oder zwei Monate vor Erreichen der Altersgrenze und vor Beginn der Rentenzahlung seine Stelle verliert, noch 50% der üblichen Abfindung zu bezahlen. Auch hier würde eine Vermögensmehrung eintreten und nicht nur ein Ausgleich von Vermögensschäden. Letztlich würden diese Beträge dann für Sozialplanabfindungen von wirklich bedürftigen Mitarbeitern fehlen, die nicht unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis in die Rente wechseln können.

Hier müsste es beispielsweise zulässig sein, den Sozialplananspruch konkret auf die Beträge zu „deckeln“ die dem Arbeitnehmer zwischen dem Beendigungstag und dem Renteneintritt unter Berücksichtigung des Arbeitslosengeldes tatsächlich fehlen.

Wichtig ist insofern auch noch, dass nicht auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem der Arbeitnehmer eine vollständige Rente erstmals in Anspruch nehmen könnte. Ausreichend ist es, wenn überhaupt ein Anspruch auf Altersrente besteht, und sei es auch nur aufgrund einer vorgezogenen Inanspruchnahme mit Abschlägen.

Dabei darf aber nicht auf eine Sonderregelung für Schwerbehinderte abgestellt werden, die bereits ab dem vollendeten 60. Lebensjahr einen (geminderten) Rentenanspruch haben. Schwerbehinderte Arbeitnehmer dürfen hinsichtlich der Abfindungshöhe nicht schlechter gestellt werden als Nichtbehinderte.

#### Praxistipp:

Im Ergebnis bleibt es aber dabei, dass die europäischen Antidiskriminierungs-Richtlinien, die letztlich teilweise Eingang in das deutsche AGG gefunden haben, die Gestaltung von Sozialplänen und die gerechte Verteilung von Abfindungen nicht einfacher gemacht haben. Hier besteht für Arbeitgeber insbesondere die große Gefahr, dass bei Verstößen gegen AGG-Regeln zusätzliche nicht eingeplante Sozialplanleistungen erforderlich werden. Gerade bei geschwächten Unternehmen kann dies existenzbedrohende Auswirkungen haben.

## **6. AGG (Altersdiskriminierung) II: Stellenanzeige für einen „zukunftssicheren Arbeitsplatz in einem jungen und motivierten Team“**

**LAG Nürnberg, Urteil vom 16. Mai 2012, 2 Sa 574/11**

Ein Autohaus suchte über eine Stellenanzeige einen Finanzbuchhalter bzw. eine Finanzbuchhalterin, wobei die „Stellenausschreibung“ neben dem Anforderungsprofil auch folgende Formulierung aufwies: „Wollen Sie gemeinsam mit uns erfolgreich sein? Unser Autohaus ist

Teil einer innovativen, mehrfach im Bereich Kundenzufriedenheit ausgezeichneten Unternehmensgruppe. Wir bieten einen zukunftssicheren Arbeitsplatz in einem jungen und motivierten Team.“

U.a. bewarb sich ein 1952 geborener Bewerber, der zum Bewerbungszeitpunkt bereits acht Jahre arbeitslos war. Er erhielt eine Absage mit dem Hinweis, dass das Unternehmen ihm „keinen Arbeitsplatz entsprechend seinen Fähigkeiten anbieten könne:

Daraufhin verlangte der abgewiesene Bewerber „unter Bezugnahme auf juristische Fachliteratur und Rechtsprechung“ eine Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von drei Monatsgehältern sowie darüber hinaus Schadenersatz in Höhe von einem Monatsgehalt gemäß § 15 Abs. 1 AGG. Er vertrat die Auffassung, die Erwähnung eines „jungen Teams“ sei keine reine Selbstdarstellung eines bestehenden Zustandes, sondern würde ältere Bewerber wie ihn faktisch ausschließen. Da lediglich junge Bewerberinnen und Bewerber gewünscht würden, sei seine Bewerbung auch nicht angenommen worden.

Sowohl Arbeitsgericht als auch Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Allein in dem Hinweis auf ein „junges Team“ sei kein Anhaltspunkt für eine bestehende Diskriminierungsabsicht zu sehen.

Der Arbeitgeber hat erfreulich ausführlich vorgetragen. Danach sei der Hinweis auf ein „junges Team“ lediglich eine Selbstdarstellung und habe eine gewisse Marketingwirkung aufweisen sollen. Ältere und jüngere Arbeitnehmer würden gleichermaßen berücksichtigt werden. Der Altersdurchschnitt ohne Auszubildende liege allgemein bei 38 Jahren und in der Buchhaltung, für die die Stelle ausgeschrieben sei, sogar bei 47 Jahren. Gerade die Buchhaltung sei daher kein junges Team und der Kläger hätte aufgrund seines Alters gut in das Team gepasst.

Die Bewerbung sei allein aus altersunabhängigen Gründen abgelehnt worden: Sie habe keinerlei Bezug zu dem angebotenen Arbeitsplatz gehabt und sei inhaltlich völlig unstrukturiert gewesen. Der Bewerbung habe ein umsortiertes größeres Anlagenkonvolut beigelegt. Die äußere Form sei negativ aufgefallen, da zur Präsentation ein völlig abgegriffener verdreckter Schnellordner eingereicht worden sei. Man habe daher den Eindruck gehabt, dass der Kläger nicht ernsthaft an der Stelle interessiert sei. Schon die Form und der Aufbau der Bewerbung habe gezeigt, dass der Kläger nicht in der Lage sei, die hohen Anforderungen an Ordnung, Präzision, Genauigkeit, Übersichtlichkeit etc. zu erfüllen, die gerade im Bereich der

Finanzbuchhaltung dringend erforderlich seien. Die Bewerbung gäbe Zeugnis von der ungeordneten und nicht strukturierten Arbeitsweise des Klägers.

Das Gericht hat darauf hingewiesen, dass der Kläger keine ausreichenden Indiztatsachen für eine Benachteiligung dargelegt oder gar bewiesen habe. Daher sei die Beweislast auch beim Bewerber (Kläger) verblieben und es sei keine Situation eingetreten, wo der Arbeitgeber die „Nichtdiskriminierung“ beweisen müsse.

Der Hinweis auf ein junges, erfolgreiches Team könne zwar generell verfänglich sein und auf eine bestehende Diskriminierungsabsicht hinweisen. Vorliegend sei der Begriff jedoch eingebettet in eine Form pauschaler Selbstdarstellung des Arbeitgebers. Hier gehe es nicht um die Eigenschaften, die der Bewerber haben müsse, sondern vielmehr um eine umfassende Darstellung des Unternehmens, dessen Auszeichnung etc. Hier stünden Marketings-Gesichtspunkte im Rahmen der Selbstdarstellung und nicht die gewünschten Eigenschaften des Bewerbers im Vordergrund.

Der Arbeitgeber hatte auch, so dass LAG, nachvollziehbar dargelegt, warum die Bewerbung keinen Erfolg hatte. Das Bewerbungsschreiben sei völlig nichtssagend, sehr kurz und nicht ganz nachvollziehbar. Beigefügt seien immerhin 38 DIN A 4-Seiten allein an Zeugnissen, ohne dass hier ein roter Faden oder ähnliches erkennbar sei. Inhalt und Zahl der Anlagen sei nicht erwähnt. Im Gegensatz zu den Aufgaben eines Bilanzbuchhalters zeige der Bewerber, dass er noch nicht einmal in der Lage sei, seine eigenen Unterlagen zu strukturieren. Der Arbeitgeber konnte daher durchaus davon ausgehen, dass der Bewerber auch nicht in der Lage sein werde, die ihm überantworteten Bilanz- und Buchhaltungsunterlagen des Unternehmens ordnungsgemäß zu führen.

Den Ausschlag für die Ablehnung des Klagegesuchs gab dann noch die Formulierung, wonach für den Bewerber „ein Vollzeitarbeitsplatz ggf. „Vorrang vor einem derzeitigen geringfügigen Beschäftigungsverhältnis“ habe. Die Verwendung des Konjunktivs und des Begriffes „ggf.“ würden kein unbedingtes Interesse des Klägers an der Stelle zeigen. Es fehle hier der Bezug der Bewerbung zu dem Unternehmen, bei dem sich der Kläger beworben hat und bis auf die Anrede fehle darüber hinaus jeder individuelle Bezug. Das Gericht kommt daher zu dem Ergebnis, dass der Kläger aus nachvollziehbaren und anerkennungswerten Gründen und nicht wegen seines Alters abgelehnt wurde.

### Praxistipp:

Die vorliegende Entscheidung betrifft einen Grenzfall. In einem ähnlichen Fall hatte das Landesarbeitsgericht Hamburg noch im Jahr 2010 (Urteil vom 23. Juni 2010; 5 Sa 14/10) ganz anders entschieden. Dort hatte sich die Formulierung mit dem „jungen Team“ in einen etwas abgewandelten Kontext wie folgt gefunden: „Wir bieten Ihnen ... die Möglichkeit, eigene Ideen und Vorstellungen in ein junges, erfolgreiches Team einzubringen“. Hier war der Begriff des „jungen Teams“ eher im Zusammenhang mit Eigenschaften und Qualifikationen des Bewerbers angesprochen worden und nicht im Rahmen einer Selbstdarstellung des Arbeitgebers.

Wie die divergierenden Entscheidungen zeigen, ist die Verbindung von Begriffen, die sich mit Jugend/Alter etc. befassen, generell eine Gradwanderung darstellt und bei der Formulierung von Stellenausschreibungen, Anzeigen o.ä. auf jeden Fall vermieden werden sollte. AGG-Verfahren mit abgelehnten Bewerbern sind für Arbeitgeber extrem ärgerlich, zumal bereits jede Stellenausschreibung für das Unternehmen mit einem erheblichen Arbeits-, Zeit- und finanziellen Aufwand verbunden ist. Daher sollte jede Formulierung, die auch nur am Rande eines der verbotenen Unterscheidungskriterien des AGG enthalten könnte, vermieden werden.

## **7. AGG (Ausländerbenachteiligung) III:**

### **Beweislastverteilung bei Diskriminierungsvorwurf**

**BAG, Urteil vom 21. Juni 2012, 8 AZR 364/11**

Im vorliegenden Fall war eine Arbeitnehmerin im Rahmen eines befristeten Vertrages beschäftigt. Anders als andere vergleichbare Arbeitnehmerinnen wurde sie jedoch bei Ende der Befristung nicht in ein Dauerarbeitsverhältnis übernommen. Die Arbeitnehmerin behauptet nun, sie sei aus ethnischen Gründen als Arbeitnehmerin nicht deutscher Herkunft benachteiligt worden. In der Bezirksverwaltung des Arbeitgebers, in der sie beschäftigt sei, gebe es nur deutsche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Dies sei ebenso ein Indiz für eine Benachteiligungsabsicht wie die Tatsache, dass der Arbeitgeber zunächst eine Fusion als Grund für die verweigerte unbefristete Beschäftigung genannt habe, während später angebliche Fehler und Leistungsmängel vorgeschoben worden seien.

Im vorliegenden Fall hatten die ersten zwei Instanzen der Klägerin sowohl eine Entschädigung als auch einen Schadenersatz wegen der angeblichen entstandenen Benachteiligung aufgrund ihrer ethnischen Herkunft zuerkannt. Das BAG hat die Entscheidung aufgehoben

und den Fall an das LAG zurückverwiesen, da in der Rechtsmittelinstanz ein abschließendes Urteil aufgrund noch fehlender Sachverhaltsaufklärung nicht möglich war.

Aus Sicht des BAG stellt die Beschäftigung nur deutscher Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in dem Betrieb (Bezirksverwaltung), in dem die Klägerin beschäftigt war, kein Indiz für eine Benachteiligung dar. Dies gilt insbesondere deshalb, da in anderen Betrieben des gleichen Unternehmens Arbeitnehmer aus insgesamt 13 Nationen beschäftigt waren.

Allerdings hat das BAG grundsätzlich festgestellt, dass vom Arbeitgeber zunächst gegebene falsche, wechselnde oder in sich widersprüchliche Begründungen für eine benachteiligende Maßnahme (hier: Keine Entfristung des Vertrages) sehr wohl ein Indiz für eine Benachteiligungsabsicht des Arbeitgebers sein können. Daher musste der Fall zur Entscheidung an das LAG zurückverwiesen werden.

#### Praxistipp:

Das AGG ist für viele Arbeitgeber insbesondere dann, wenn keine spezialisierte Personal-Rechtsabteilung besteht, eine Ansammlung von Untiefen und zu meist teuren Gefahrenquellen. Daher sollten nicht nur Stellenausschreibungen (siehe oben) von vornherein arbeitsrechtlich überprüft werden, sondern auch die gesamte Kommunikation mit Beschwerdeführern. Hier ist insbesondere die betriebliche Organisation gefragt: AGG-Beschwerden dürfen nicht zunächst auf Abteilungs- oder Betriebsebene behandelt und dort möglicherweise unzutreffend vorläufig beschieden werden. Vielmehr sollte die interne Anweisung gegeben werden, dass solche Beschwerden ausschließlich zentral durch Personal- oder Rechtsabteilung bearbeitet oder an einen externen Experten vergeben werden. Nur so lassen sich zuverlässig Fehler, Widersprüche etc. vermeiden.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

[www.edk.de](http://www.edk.de) | [eckert@edk.de](mailto:eckert@edk.de)