

Blick ins Arbeitsrecht
Teil 1 / 2009

Zuletzt hatte ich Sie mit dem Beitrag Arbeitsrecht Aktuell zum Jahreswechsel über aktuelle Tendenzen und Entscheidungen im Arbeitsrecht informiert. Hieran möchte ich heute anknüpfen und zunächst allgemein berichten, dass neue arbeitsrechtliche Vorschriften derzeit – und nach meiner Auffassung auch nicht mehr bis September/Oktober dieses Jahres – zu erwarten sind.

Umso wichtiger ist aber der Blick auf wichtige arbeitsrechtliche Urteile, die in der Praxis mindestens genauso große Auswirkungen haben, wie neue gerichtliche Entscheidungen.

1. Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten
(BAG, Urteil vom 14. Januar 2009 – 3 AZR 900/07)

Mit der Ausweitung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen auch auf das Arbeitsrecht hat auch für das Bundesarbeitsgericht ein Umdenkprozess eingesetzt. Dies gilt insbesondere für das Stichwort der „geltungserhaltenden Reduktion“:

Hierunter versteht man die grundsätzliche Beibehaltung einer vertragsrechtlichen Regelung auch dann, wenn diese gegen zwingende gesetzliche Normen verstoßen sollte (Geltungserhaltung). Allerdings wird die vertragliche Regelung auf den Umfang zurückgeführt, der gerade noch zulässig ist (Reduktion). Diese geltungserhaltende Reduktion war insbesondere bei Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten von besonderer Bedeutung: Zahlen Arbeitgeber ihren Mitarbeitern Fortbildungskosten, können sie vereinbaren, dass diese zur Rückzahlung dieser Kosten verpflichtet sind, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind und die Arbeitnehmer innerhalb festzulegender Fristen (vorzeitig) aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden. Hintergrund ist hier eine Abwägung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen: Einerseits soll sich die Investition in die Fortbildung der eigenen Mitarbeiter für die Arbeitgeber auch lohnen, andererseits sollen Arbeitnehmer nicht ungebührlich lange an einen Arbeitgeber „gefesselt“ werden. Ganz grundsätzlich kann eine Rückzahlungsverpflichtung nur vereinbart werden, wenn die Fortbildung für den Arbeitnehmer auch außerhalb des aktuellen

Arbeitsverhältnisses einen Wert hat, sich also nicht nur auf die Tätigkeit beim aktuellen Arbeitgeber positiv auswirkt.

Hat die Fortbildung darüber hinaus für das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers positive Wirkungen, ist noch zu prüfen, wie lang die Bindungsfrist an den die Fortbildung finanzierenden Arbeitgeber sein darf. Gesetzliche Regelungen liegen hier ebenso wenig vor wie eine eindeutige Rechtsprechung. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall und dort darauf an, welche Kosten durch die Fortbildung entstanden sind, wie lange diese gedauert hat und wie groß die Vorteile für den Arbeitnehmer sind.

Nach Einführung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch im Arbeitrecht hat sich die Rechtsprechung zu solchen Rückzahlungsklauseln aber grundlegend gewandelt: Eine geltungserhaltende Reduktion ist bei Vereinbarung zu langer Bindungsfristen nicht mehr möglich. Dies ergibt sich aus § 306 BGB.

Ist eine zu lange Bindungsdauer vereinbart worden, führt dies grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Rückzahlungsklausel insgesamt:

Ein Rückzahlungsanspruch besteht dann überhaupt nicht mehr. Eine „geltungserhaltende Reduktion“ auf die zulässige Bindungsdauer findet nicht statt.

Im schlimmsten Fall kann dies bedeuten, dass bei zu langer Bindungsdauer der Arbeitnehmer unmittelbar nach Beendigung der vom Arbeitgeber finanzierten Fortbildungsmaßnahme das Arbeitsverhältnis kündigen und nach Ablauf der Kündigungsfrist ausscheiden kann ohne auch nur einen kleinen Teil der Ausbildungskosten zurückzahlen zu müssen.

Allerdings, und auch dies ist neu an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, haben die Arbeitsrichter in Erfurt ein Einsehen mit Arbeitgebern, die die Bindungsfrist richtig berechnen wollten, jedoch an der Frage gescheitert sind, was nach der uneinheitlichen Rechtsprechung des BAG noch zulässig gewesen wäre. Insoweit wird differenziert: Hat der Arbeitgeber versucht, die richtige Bindungsfrist zu ermitteln, das zulässige Maß jedoch falsch prognostiziert, kann die von ihm festgesetzte jedoch zu lange Frist auf das noch zulässige Maß gekürzt werden.

Andererseits: Hat der Arbeitgeber eine in jedem Fall zu lang bemessene Frist festgesetzt, findet keine Anpassung auf das noch zulässige Maß der Bindung statt. Die Rückzahlungsklausel entfällt dann in vollem Umfang.

Im vorliegenden Fall wäre eine Bindungsfrist von zwei Jahren zulässig gewesen. Der Arbeitgeber hatte jedoch eine unzulässige Frist von fünf Jahren vereinbart. Dies war aus Sicht des BAG in jedem Fall soweit von der zulässigen Dauer der Bindungsfrist entfernt, dass sich nicht etwa ein Prognoserisiko des Arbeitgebers verwirklicht hatte. Dieser hatte schlicht versucht, den Arbeitnehmer zu lange zu binden. Die Rückzahlungsfrist entfiel damit insgesamt.

2. Sozialversicherung während der Freistellungszeit (Bundessozialgericht, Urteil vom 24.09.2008; B12KR27/07R)

Nach der bisher herrschenden Meinung war eine zumindest längerfristige Freistellung mit erheblichen Gefahren verbunden: Erfolgte die Freistellung einvernehmlich, also mit Zustimmung des Arbeitnehmers, war der Fortbestand des Sozialversicherungsschutzes gefährdet. Gefährlich war dies insbesondere bei gerichtlichen oder außergerichtlichen Beendigungsvergleichen.

Das Bundessozialgericht hat nun in einer Entscheidung die Rechtslage im Interesse gleichermaßen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern geändert und festgestellt, dass das sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis auch bei einer einvernehmlichen und auch bei einer unwiderruflichen Freistellung fortbesteht, so dass auch während einer Freistellungszeit Sozialversicherungsschutz für die Arbeitnehmer gewährleistet ist.

Damit ist eine Übereinkunft der sozialversicherungsrechtlichen Spitzenverbände vom Juli 2005 nicht mehr aktuell.

Bisher endete der Sozialversicherungsschutz mit Beginn einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung. In vielen Fällen war dies von Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht berücksichtigt worden, was etwa im Fall einer zwischenzeitlich eintretenden Krankheit erhebliche Probleme auslösen konnte.

Das Bundessozialgericht hat sich aber als höchste Instanz im Sozialrecht gegen diese Auffassung gestellt und verbindlich entschieden: Danach endet das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis und damit der Sozialversicherungsschutz nicht bereits mit Beginn der Freistellung, sondern erst mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitgeber muss daher nicht mehr, wie in der Vergangenheit, den Arbeitnehmer auf einen drohenden Wegfall des Sozialversicherungsschutzes hinweisen, was, zusammen mit dem fortbestehenden Sozialversicherungsschutz die Bereitschaft auf Arbeitnehmerseite, Aufhebungsverträge bzw. gerichtliche Aufhebungsvergleiche abzuschließen, erhöhen wird.

Es entfallen auch komplizierte Regelungen, die bisher notwendig waren, um einerseits eine Freistellung widerruflich zu vereinbaren, andererseits aber wirksam den Urlaub noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuzuweisen.

Somit bestehen in Zukunft folgende Möglichkeiten:

- Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer einseitig von der Arbeitsverpflichtung freistellen. Hiergegen kann der Arbeitnehmer aufgrund der während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bestehenden Beschäftigungspflicht zwar gerichtlich vorgehen, solche Verfahren (Klage oder Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung) sind in der Praxis jedoch die absolute Ausnahme. In der Regel fügen sich freigestellte Arbeitnehmer mehr oder weniger freudig in ihr „Schicksal“.
- Die Freistellung kann auch einvernehmlich in einem Aufhebungsvertrag, einem Abwicklungsvertrag oder einem gerichtlichen Vergleich vereinbart werden.
- Eine Freistellung kann sowohl widerruflich als auch unwiderruflich vereinbart werden. **Vorsicht:** Bei nur widerruflicher Freistellung kann nicht gleichzeitig vereinbart werden, dass damit noch bestehender Resturlaub abgegolten sei. Der Resturlaub muss vielmehr verbindlich für eine festgelegte Zeit zugewiesen werden, ohne dass der Arbeitnehmer mit einer Inanspruchnahme während dieser Zeit rechnen muss. Bei der Zuweisung des Resturlaubes muss mit einer entsprechenden Formulierung auch berücksichtigt werden, was geschieht, wenn der Arbeitnehmer während des Urlaubs arbeitsunfähig erkrankt. Wenn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers somit während der Freistellungsphase nicht zwingend gebraucht wird, empfiehlt sich aus Gründen der Rechtssicherheit und Klarheit eine ausdrücklich zu erklärende „unwiderrufliche Freistellung“. Aber Achtung: Eine unwiderrufliche Freistellung kann nicht einseitig vom Arbeitgeber „zurückgenommen“ werden. Hier gilt das Gleiche wie bei einem vom Arbeitgeber gewährten Urlaub: Änderungen sind nur einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer, nicht aber einseitig möglich.
- Bei Streitigkeiten ist das Freistellungsinteresse des Arbeitgebers, zum Beispiel aus Geheimhaltungsgründen, zum Kundenschutz etc. abzuwägen mit Weiterbeschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers. Im gekündigten Arbeitsverhältnis erkennen die

Arbeitsgerichte eine Freistellung in der Regel eher an als bei ungekündigtem Arbeitsvertrag.

- Generell gilt bei Freistellungen ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Dies bezieht sich nicht nur auf fixe Entgeltbestandteile, sondern auch auf variable Anteile. Bei leistungsbezogenen Vergütungen muss geschätzt werden, welche Leistung voraussichtlich im Freistellungszeitraum erbracht worden wäre. Diese Leistungen sind dann auch bei ergebnisbezogenen Vergütungen, Prämien etc. zu berücksichtigen.
- Soll der Urlaub angerechnet werden, muss dies ausdrücklich in der Freistellungserklärung schriftlich festgehalten werden. Eine automatische Anrechnung erfolgt nicht. Bei einer Freistellungsvereinbarung sollte auch die Anrechnung anderweitiger Vergütung ausdrücklich vereinbart werden. Bei einseitiger Freistellung empfiehlt es sich, auf die Anrechnung ausdrücklich hinzuweisen.

Während der Freistellungszeit muss der Arbeitnehmer sich sonstiges Einkommen (zum Beispiel bei einem neuen Arbeitgeber) anrechnen lassen, das er tatsächlich erzielt oder böswillig zu erzielen unterlässt.

- Achtung: Nach Auffassung des BAG bedeutet eine einseitige Freistellung durch den Arbeitgeber in der Regel auch einen Verzicht auf das Wettbewerbsverbot. Der Arbeitgeber sollte also bei jeder Freistellung klarstellend festhalten, dass das Wettbewerbsverbot während der Dauer des Arbeitsverhältnisses aufrecht erhalten bleibt.

3. Rechtsschutzversicherung und Kündigungsandrohung (BGH, Urteil vom 19. November 2008 – IV ZR 305/07)

Der Bundesgerichtshof hat eine seit vielen Jahren unklare Rechtslage im Interesse der versicherten Arbeitnehmer, aber mittelbar auch im Interesse der entsprechenden Arbeitgeber entschieden. Worum geht es dabei?

Arbeitgeber versuchen immer öfter, mit Arbeitnehmern einvernehmliche Regelungen zu finden, um entweder einen Aufhebungsvertrag abzuschließen oder einen Abwicklungsvertrag nach Ausspruch einer Kündigung vorzubereiten.

Bisher sind solche Versuche einer einvernehmlichen außergerichtlichen Lösung an verschiedenen Hindernissen gescheitert: Eines dieser Hindernisse war die Gefahr, dass die insoweit regelmäßig vereinbarte Freistellung zu Problemen mit der Sozialversicherung füh-

ren würde. Dieses Problem ist durch die vorbesprochene Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 24. September 2008 ausgeräumt.

Das zweite Hindernis betrifft den Bezug von Arbeitslosengeld und die drohende Sperre bei einvernehmlicher Vertragsbeendigung. Hier besteht zumindest bei größeren Entlassungsmaßnahmen die Möglichkeit, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch von Kündigungen oder Abschluss von Aufhebungsverträgen oder Abwicklungsverträgen Kontakt mit der Arbeitsagentur aufnimmt und dort generell für alle Arbeitnehmer eine Festlegung erreicht, wonach die Arbeitsagentur auf Sperrfristen verzichtet. Die Bereitschaft hierzu besteht regelmäßig dann, wenn an den vom Arbeitgeber mitgeteilten und bewiesenen Kündigungsgründen letztlich kein Zweifel besteht (Betriebsschließung oder ähnliches).

Ein weiteres Hindernis ist oft die Weigerung der Arbeitnehmer, vor Ausspruch einer Kündigung über einen Aufhebungsvertrag oder die Modalitäten eines später abzuschließenden Abwicklungsvertrags überhaupt zu verhandeln. Hintergrund hierfür war oft die Weigerung der Rechtsschutzversicherung, in diesen Fällen Deckungsschutz zu gewähren, das heißt den für die Verhandlung erforderlichen spezialisierten Rechtsanwalt zu bezahlen. Die Rechtsschutzversicherungen haben argumentiert, vor Ausspruch einer Kündigung liege keine Vertragsverletzung und auch keine behauptete Vertragsverletzung des Arbeitgebers vor. Allein das Angebot, einen Aufhebungsvertrag abzuschließen oder über einen Abwicklungsvertrag zu verhandeln, stelle noch keinen Verstoß gegen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar, weshalb es auch keinen Versicherungsschutz gebe.

Mit dieser Auffassung hat der BGH nunmehr aufgeräumt: Er hat in der vorliegenden Entscheidung festgestellt, dass ein Rechtsschutzfall und damit eine Eintrittspflicht bereits dann vorliegen, wenn aus Sicht des Versicherungsnehmers eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers zu bejahen ist.

Der Arbeitnehmer muss dabei zum einen, einen objektiven Tatsachekern vortragen. Ein bloßes Werturteil genügt nicht. Darüber hinaus muss der Arbeitnehmer mit dem Tatsachekern den Vorwurf eines Rechtsverstoßes verbinden, der den Keim für eine rechtliche Auseinandersetzung enthalten muss. Als dritte Voraussetzung muss der Arbeitnehmer auf diesen Rechtsverstoß seine Interessenverfolgung stützen.

Auf die Schlüssigkeit, Substantiiertheit oder Entscheidungserheblichkeit dieser Arbeitnehmerbehauptungen kommt es nicht an.

Nach diesen Grundsätzen liegt in der Androhung einer betrieblichen Kündigung für den Fall, dass ein vom Arbeitgeber unterbreitetes Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages abgelehnt wird, ein die Eintrittspflicht des Versicherers auslösender Rechtsschutzfall vor.

Konkret:

Der vom Arbeitnehmer vorzutragende Tatsachenkern muss die Beurteilung erlauben, ob der damit beschriebene Vorgang den zwischen den Parteien ausgebrochenen Konflikt jedenfalls mit ausgelöst hat, also geeignet ist, den Keim für eine zukünftige rechtliche Auseinandersetzung zu bilden. Auf dieser Grundlage löst bereits die darin enthaltene bloße Behauptung des Arbeitnehmers, der Arbeitgeber verstoße gegen Pflichten, unabhängig von ihrer Berechtigung oder Erweislichkeit den Versicherungsfall aus. Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag an und erklärt, im Falle der Nichtannahme des Aufhebungsangebotes werde er eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen, ist dieser Tatsachenkern bereits geeignet, den Keim für eine zukünftige rechtliche Auseinandersetzung (Kündigungsschutzverfahren) darzustellen.

Dies gilt erst recht, wenn der Arbeitgeber gleichzeitig oder später mitteilt, der Arbeitnehmer sei von einer Stellenreduzierung betroffen und/oder der Arbeitgeber Angaben zur Sozialauswahl verweigert, um sodann ein befristetes Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages zu unterbreiten. Dann bestehen an der Ernsthaftigkeit des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall zu beenden, keinerlei Zweifel. Es handelt sich insoweit nicht nur um vorbereitende Gespräche oder Möglichkeiten von betrieblich bedingten Stellenreduzierungen und deren etwaige Umsetzungen.

Hierauf kann der Arbeitnehmer den Vorwurf gegen den Arbeitgeber begründen, dieser habe seine Fürsorgepflicht verletzt und damit eine Vertragsverletzung begangen. Der Vorwurf geht auch dahin, dass eine Kündigung – insbesondere ohne Auskunft über die Sozialauswahl – sozial ungerechtfertigt und damit rechtswidrig wäre.

Schon mit diesem vom Arbeitnehmer zu behauptenden Verhalten beginnt sich die vom Rechtsschutzversicherer übernommene Gefahr zu verwirklichen. Bei einer solchen Sachlage ist ein Verstoß im Sinne des § 14 Abs. 3 Satz 1 der allgemeinen Rechtsschutzversicherungsbedingungen (ARB) 75 bzw. § 4 Abs. 1 c) der ARB 2000/ARB 2008 ausreichend dargelegt.

Damit spielt es keine Rolle, ob eine vom Arbeitgeber angedrohte Kündigung berechtigt oder nicht berechtigt wäre.

Diese Entscheidung wird, auch wenn sie direkt nicht das Arbeitsrecht betrifft, großen Einfluss auf die betriebliche Praxis haben: Insbesondere bei drohenden betriebsbedingten Kündigungen wird der frühzeitige Deckungsschutz durch die Rechtsschutzversicherung dazu beitragen, wesentlich mehr einvernehmliche Lösungen zu erzielen, als dies bislang möglich war.

4. Gleichbehandlungsgrundsatz auch bei der Lohnerhöhung

(BAG, Urteil vom 03. Dezember 2008 – 5 AZR 74/08)

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet die sachfremde Schlechterstellung von Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage.

Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. Besonders schwierig ist es ihn anzuwenden, wenn es um Vergütungsfragen geht. Hier muss sehr genau geprüft werden, ob bei unterschiedlicher Lohnzahlung eine verbotene Ungleichbehandlung vorliegt. Dazu ist zu prüfen, auf welchen Erwägungen die unterschiedliche Behandlung durch den Arbeitgeber beruht, ob die ungleich behandelten Arbeitnehmer vergleichbar sind, ob es betriebliche Gründe für die Ungleichbehandlung gibt etc.

Seit langem anerkannt ist, dass bestimmte Kriterien nicht als Unterscheidungsmerkmal und zur Begründung einer unterschiedlichen Entlohnung herangezogen werden dürfen. Dies gilt beispielsweise für die Vergütung von Mann und Frau: Aufgrund des Geschlechts darf niemand schlechter behandelt werden. Gleiches gilt inzwischen für die acht Kriterien des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG).

Im vorliegenden Fall hatte ein Arbeitgeber, der bundesweit Paketzustellungen in verschiedenen Filialen anbietet, generell alle Vergütungen um zwei Prozent angehoben, davon jedoch eine Filiale ausgenommen. Obwohl die Entgelterhöhung in den übrigen Filialen auf freiwilliger Basis erfolgte, hat ein Paketzusteller in dem Betrieb, der von der Erhöhung ausgenommen war, geklagt.

Der Arbeitgeber hatte als Grund für die Ungleichbehandlung der einzelnen Betriebe geltend gemacht, die Löhne im fraglichen Betrieb lägen deutlich über denen anderer Niederlassungen im gleichen Bundesland, die Kosten je befördertem Paket seien dort am höchsten und die flexible Mehrarbeit werde durch die betrieblichen Regelungen mit dem Betriebsrat in dem benachteiligten Betrieb nicht ausreichend zugelassen.

Das BAG hat grundsätzlich dem Arbeitgeber recht gegeben. Ein unterschiedliches Ausgangsniveau der Löhne kann demnach durchaus Grund für unterschiedliche Lohnerhöhungen oder für Lohnerhöhungen in einem Betrieb und unterbliebene Lohnerhöhung im anderen Betrieb sein. Auch unterschiedliche betriebswirtschaftliche Erfolge einzelner Betriebe können eine unterschiedliche Behandlung der Mitarbeiter rechtfertigen. Das Gleiche gilt dann, wenn höhere Leistungsanforderungen in bestimmten Betrieben letztlich zu einer höheren Vergütung führen.

Dennoch hat der Arbeitgeber das Verfahren nicht gewonnen; er hatte es versäumt, im Rahmen eines bundesweiten unternehmensinternen Vergleichs aller Filialen diese unterschiedlichen Voraussetzungen darzulegen. Er konnte sich nicht nur auf Vergleiche mit Nachbarfilialen oder Filialen innerhalb eines Bundeslandes berufen. Bei diesem Vergleich hätten dann auch die Gründe für die bestehenden Unterschiede geklärt werden müssen.

Die in dem benachteiligten Betrieb offensichtlich in wesentlich geringerem Umfang gegebene Flexibilität bei der Arbeitszeit war nach Auffassung der BAG-Richter wohl darauf zurückzuführen, dass in anderen Betrieben Vereinbarungen mit dem Betriebsrat bestanden, die dessen Mitwirkungsrechte bei der Anordnung von Überstunden rechtswidrig eingeschränkt haben. Das BAG führt insoweit aus, dass rechtswidrige Einschränkungen von Arbeitnehmer- oder Betriebsratsrechten in anderen Betrieben kein Grund sind, Arbeitnehmer in anderen Betrieben hinsichtlich der Vergütung zu benachteiligen.

Letztlich konnten aber nicht alle Einzelheiten geklärt werden, so dass das Verfahren erneut an das LAG zurückverwiesen werden musste. Dort muss der Arbeitgeber nunmehr bundesweite Vergleichszahlen und Begründungen für die unterschiedlichen Regelungen vorlegen.

Praxistipp:

Unterschiedliche Vergütungen sind also durchaus möglich, ohne dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt wird. Es gilt die Regel: Nur gleiche Sachverhalte müssen gleich beurteilt werden.

Bei den Einstellungsgehältern gibt es, soweit kein Tarifvertrag eingreift, ohnehin kaum ausreichende Möglichkeiten, unterschiedliche Entgelte miteinander ins Verhältnis zu setzen: Zusätzlich zu der Leistung der einzustellenden Arbeitnehmer, ihre Ausbildung, Berufserfahrung, etc. muss hier auch noch die Marktlage berücksichtigt werden: Gibt es ein breites, gut qualifiziertes Bewerberfeld, wird ein Unternehmen tendenziell eine geringere Vergütung zahlen

als dies erforderlich wäre, wenn sich nur ein geeigneter Bewerber meldet, der dazu noch Alternativangebote hat.

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber – was dringend zu raten ist – auch leistungsbezogene Anreize durch leistungsbezogene Vergütungsbestandteile schaffen. Diese sollen allerdings 25 %, höchstens 33 % der Gesamtvergütung nicht überschreiten. Bei solchen vergütungsbezogenen Leistungsanreizen hat der Betriebsrat ebenso wie bei Gratifikationen ein Mitbestimmungsrecht, das beachtet werden muss: Zwar kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber nicht fordern, dass dieser eine über die vertraglich oder über tarifvertraglich festgelegte Vergütung hinaus bezahlt. Der Betriebsrat kann aber bei der Verteilung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Budgets mitbestimmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG).

Im Ergebnis gibt es eine ganze Reihe von Möglichkeiten, Mitarbeiter abhängig von Leistung, Einsatz, Flexibilität, etc. unterschiedlich zu vergüten. Eine unterschiedliche Behandlung bedarf aber immer einer besonderen Überprüfung anhand des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.

5. Unverfallbarkeitsfrist bei Versorgungszusagen aus der Zeit vor dem 01. Januar 2001 (BAG, Urteil vom 14. Januar 2009 – 3 AZR 529/07)

Durch eine Änderung der Regelungen im Gesetz für betriebliche Altersversorgung (BetrAVG) gibt es mitunter Probleme bei der Frage, wann eine Versorgungszusage unverfallbar ist.

Das BAG hat nun entschieden, dass eine Versorgungszusage, die vor dem 01. Januar 2001 erteilt worden ist dann mit Ablauf des 31. Dezember 2005 unverfallbar wird, falls der Arbeitnehmer bereits das 30. Lebensjahr vollendet hat. Dies gilt unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt noch besteht oder bereits beendet worden ist.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin am 25. August 1999 eine betriebliche Altersversorgung in Form einer Direktversicherung zugesagt. Das Arbeitsverhältnis endete durch ordentliche betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers vom Oktober 2005 mit Ablauf des 31. Dezember 2005.

In der Versorgungszusage hatte der Arbeitgeber sich vertraglich verpflichtet, das Versicherungsverhältnis auf die Klägerin zu übertragen, falls der versorgungsberechtigte Arbeitnehmer mit einer gesetzlich unverfallbaren Versorgungsanwartschaft ausscheiden würde.

Der Arbeitgeber hatte hier die Auffassung vertreten, dass aufgrund des Ausscheidens zum 31. Dezember 2005 keine Unverfallbarkeit eingetreten sei, so dass er die Versicherung nicht übertragen müsse. Das Arbeitsgericht hat aber der Arbeitnehmerin Recht gegeben: Es genügt, dass die Unverfallbarkeitsfrist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erreicht ist.

6. Betriebliche Mitbestimmung bei der Lohngestaltung (BAG, Urteil vom 26. August 2008 - 1 AZR 354/07)

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der betrieblichen Lohngestaltung. Die kollidiert allerdings oft mit der „Lohnhoheit“ der Tarifvertragsparteien: In Bereichen, in denen ein Tarifvertrag gilt, ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats „gesperrt“.

Das BAG hat nun entschieden, dass ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht die gesamte Vergütung „freiwillig“ leistet. Damit ist § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG als Mitbestimmungsnorm anwendbar. Will der Arbeitgeber einzelne Vergütungsbestandteile beseitigen und ändert sich dadurch die Vergütungsstruktur, muss der Betriebsrat zustimmen.

Besteht bereits eine Betriebsvereinbarung über einen Vergütungsbestandteil und kündigt der Arbeitgeber diese Betriebsvereinbarung mit der Folge, dass sich dadurch die Entlohnungsgrundsätze im Betrieb ändern, so wirkt die gekündigte Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 6 BetrVG nach. Eine solche Nachwirkung ergibt sich immer im Rahmen der sogenannten zwingenden Mitbestimmung, die sich hier auf § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG stützt.

Das Urteil erging in einem Betrieb, in dem durch Betriebsvereinbarung geregelt war, dass die Angestellten analog der Bestimmungen des Lohn- und Vergütungstarifvertrags BAT zu bezahlen seien. Diese Betriebsvereinbarung schrieb auch die Zahlung eines Weihnachtsgeldes fest. Sie war bereits zum 31. Dezember 2001 gekündigt worden. Eine Nachfolgeregelung gab es nicht. Als der Arbeitgeber das bis 2004 regelmäßig gezahlte Weihnachtsgeld ab 2005 nicht mehr bezahlt hat, hat ihn eine Arbeitnehmerin verklagt.

Ein Rechtsanspruch ergab sich hier aus der Nachwirkung der Betriebsvereinbarung.

Ist ein Arbeitgeber tarifgebunden, beschränkt sich das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auf den nicht tariflich geregelten, freiwillig geleisteten übertariflichen Teil der Vergütung nur insoweit würde es sich dann um zwingende Mitbestimmungsregelungen handeln und daher käme dann auch nur hinsichtlich dieser übertariflichen Vergütungs-

bestandteile eine Nachwirkung in Betracht. Bei einer vollständigen Beseitigung dieser Vergütungsbestandteile sei aber weder für eine Mitbestimmung noch für eine Nachwirkung Raum: Der Arbeitgeber habe es in der Hand, ob und wie viel finanzielles Volumen er für eine freiwillige Vergütung zur Verfügung stelle.

Anders sieht es aus Sicht des BAG bei einer fehlenden Tarifbindung des Arbeitgebers aus. Hier ist die gesamte Vergütung freiwillig, das heißt nicht durch Tarifvertragsvorschriften festgelegt. Der Betriebsrat deckt mit seinem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG somit die gesamte Vergütung ab. Hier könnten dann aber nicht einzelne Vergütungsbestandteile gedanklich herausgelöst und vom Arbeitgeber gestrichen werden. Die Gesamtvergütung lasse sich nicht aufteilen. Daher habe der Betriebsrat insoweit ein Mitbestimmungsrecht auch bei der vorgesehenen Streichung von Vergütungsbestandteilen wie zum Beispiel dem Weihnachtsgeld.

Diese Entscheidung ist nicht ganz einfach verständlich, da mit der Streichung des Weihnachtsgeldes für alle Arbeitnehmer in Relation zu ihrem Gehalt ein gleich hoher Verlust verbunden sei. Die Änderung des Verteilungsrahmens sieht das BAG aber sehr spitzfindig darin, dass ein Teil der Gesamtvergütung, nämlich das Weihnachtsgeld, nicht mehr als Einmalzahlung erfolge, sondern nach Streichung des Weihnachtsgeldes die Gesamtvergütung auf monatliche Teilbeträge reduziert werde.

Diese Entscheidung dehnt die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der betrieblichen Lohngestaltung gerade in kleineren und mittleren Unternehmen aus, die nicht tarifgebunden, also nicht Mitglied im Arbeitgeberverband sind. Dadurch wird die Möglichkeit, freiwillige Leistungen ohne Mitbestimmung des Betriebsrats zu beseitigen, sehr deutlich eingeschränkt.

Bislang konnte der Arbeitgeber frei entscheiden, ob er Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld oder ähnliche Zahlungen freiwillig leistet. Dies kann zwar auch in Zukunft einzelvertraglich vereinbart werden. Soll aber das Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld oder eine sonstige Gratifikation für alle Arbeitnehmer gestrichen werden, handelt es sich um eine kollektive Maßnahme, die sich nicht auf den einzelnen Arbeitsvertrag beschränkt. Hier muss dann der Betriebsrat zustimmen.

Kritik begegnet diese Entscheidung deshalb, da sie nicht tarifgebundene Arbeitgeber schlechter stellt als Arbeitgeber, die Mitglied des Arbeitgeberverbandes sind. Letztere haben die Freiheit, beispielsweise das Weihnachtsgeld oder das Urlaubsgeld zu streichen, ohne dass der Betriebsrat seine Zustimmung erteilen müsste. Insoweit sehe ich auch Bedenken

dahingehend, ob die Entscheidung mit der sogenannten Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers vereinbar ist: Danach darf ein Arbeitgeber nicht dafür bestraft werden, dass er Mitglied im Arbeitgeberverband ist oder eben nicht Mitglied in einem solchen Verband ist. Vorliegend wird durch die Entscheidung der Arbeitgeber bestraft, der sich gegen eine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband entschieden hat.

Arbeitgeber, die nicht tarifgebunden sind und freiwillige Leistungen zusagen (wollen), sollten sich mit dieser Entscheidung sehr genau auseinandersetzen, damit es nicht später einmal ein „böses Erwachen“ gibt, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zur Streichung – vielleicht in wirtschaftlich schwierigen Zeiten – versagt.

7. Vorsicht Falle: Der Arbeitgeber als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen?

Das Gesetz zur Neureglung der Überwachung der Telekommunikation hat zu der sehr umstrittenen sogenannten Vorratsdatenspeicherung geführt. Danach müssen bestimmte Daten der Telekommunikation vom Anbieter dieser Telekommunikationsdienstleistungen sechs Monate lang gespeichert werden. Hierdurch soll eine bessere Überwachung und letztlich Terrorbekämpfung ermöglicht werden. Betroffen sind Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstleistungen, somit auch Anbieter von E-Mail-Diensten und Internetdienstleistungen.

In der Vergangenheit ist die Frage aufgetaucht, ob ein Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern erlaubt, einen E-Mail-Zugang zur privaten Nutzung oder einen Internetzugang zur privaten Nutzung einzurichten, als Telekommunikationsdienstleister im Sinne des Gesetzes anzusehen ist. Dann wäre der Arbeitgeber verpflichtet, die sogenannte Vorratsdatenspeicherung vorzunehmen.

Allerdings wird derzeit allgemein vertreten, dass der Arbeitgeber gerade keine öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste anbietet. Die Tatsache, dass E-Mail- und Internetdienste möglicherweise allen Arbeitnehmern und damit einer gegebenenfalls auch großen Personenzahl zugänglich ist, macht das Telekommunikationsnetz des Arbeitgebers noch nicht zum öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst.

Damit sind aber noch nicht sämtliche Probleme für den Arbeitgeber beseitigt: Stellt dieser einen gewerblichen W-Lan-Hotspot zur Verfügung und werden insoweit Telekommunikationsdienstleistungen erbracht, ist dies der Bundesnetzagentur anzuzeigen. Das insoweit er-

forderliche gewerbliche Betreiben des Internetzuganges ergibt sich bereits aus der geschäftlichen Nutzung.

8. Risiko des Arbeitsausfalls bei witterungsabhängigen Unternehmen (BAG, Urteil vom 09. Juli 2008 – 5 AZR 810/07)

Die Kältewelle der letzten Wochen verleiht dieser Entscheidung des BAG ungeahnte Aktualität: Die Bundesrichter in Erfurt haben entschieden, dass der Arbeitgeber auch dann das Risiko des Arbeitsausfalles trägt, wenn er selbst den Betrieb aus Gründen einschränkt oder stilllegt, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen.

Dieser Fall betrifft nicht die sogenannte Winterkündigung, etwa bei witterungsabhängigen Handwerksbetrieben. Diese Winterkündigung ermöglicht es den Betrieben, sehr kurzfristig bei schlechter Witterung im Winter Arbeitsverhältnisse durch Kündigung zu beenden, allerdings mit der Maßgabe, die Mitarbeiter im Frühjahr bei besserer Witterung wieder einzustellen. Die zwischenzeitlichen Zahlungen der Agentur für Arbeit sollen endgültige Vertragsbeendigungen vermeiden, die in der Regel für die Agentur wesentlich kostspieliger sind.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber einen anderen Weg gewählt: Der Arbeitnehmer sollte nur von März bis November ein Festgehalt erhalten. Für die übrigen Monate erhielt der Arbeitnehmer dann nur einen Betrag von knapp der Hälfte seines Festgehaltens (nämlich € 589,00 brutto monatlich!). Um diesen Betrag wurde sein Arbeitszeitkonto belastet. Der Arbeitnehmer sollte dann während der übrigen Jahreszeit durch Mehrarbeit diese negativen Kontostände des Arbeitszeitkontos wieder ausgleichen. Der Arbeitnehmer hat auf Weiterzahlung des monatlichen Festgehaltens auch in der Zeit von November bis Februar geklagt und das BAG hat ihm letztlich Recht gegeben. Dabei hat sich das BAG auf die sogenannte Betriebsrisikolehre des § 615 Satz 3 BGB berufen. Danach trägt der Arbeitgeber das Risiko dafür, dass der Betrieb die Arbeitskraft nicht abfordern kann. Realisiert sich ein solches Betriebsrisiko, ist der Arbeitgeber trotzdem zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet, wenn und soweit der Arbeitnehmer in der Lage wäre, ohne das störende Ereignis seine Arbeitsleistung zu erbringen.

Das BAG hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis während der Wintermonate nicht ruhe. Es liege auch keine vereinbarte Arbeit nach Abruf (kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit) vor. Der Arbeitnehmer musste jederzeit mit einem Abruf rechnen. Ein solches völliges Offenlassen des Ob und des Umfangs einer Arbeitsverpflichtung sei für den Arbeitnehmer auch in einem witterungsabhängigen Unternehmen unzumutbar. Nach alledem hatte es der Arbeitgeber zu vertreten, dass er die Leistung des Arbeitnehmers nicht abgerufen hat und muss

daher trotz nicht geleisteter Arbeit die ursprünglich für die wärmere Jahreszeit vereinbarte Festvergütung auch im Winter bezahlen.

9. Verspätete Kündigungsschutzklage, Zurechnung von Anwaltsverschulden (BAG, Urteil vom 11. Dezember 2008 – 2 AZR 472/08)

Eine Kündigungsschutzklage muss nach § 4 KSchG innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung beim Arbeitsgericht eingehen. Versäumt der Arbeitnehmer diese Frist, kann die Kündigungsschutzklage nur dann nachträglich zugelassen werden, wenn der Arbeitnehmer die Fristversäumung nicht zu vertreten hat: Nach § 5 Abs. 1 KSchG ist dies dann der Fall, wenn er trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutender Sorgfalt verhindert ist, die Klage rechtzeitig zu erheben.

Im fraglichen Fall hatte der Arbeitnehmer einen Anwalt bereits wenige Tage nach Erhalt der Kündigung mit Erhebung der Kündigungsschutzklage beauftragt, der Anwalt hatte die rechtzeitige Klagenerhebung jedoch versäumt. Das BAG hat in der aktuellen Entscheidung festgelegt, dass eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nicht in Betracht komme: Der Arbeitnehmer müsse sich die Fristversäumnis des Rechtsanwalts zurechnen lassen. Er habe den Rechtsanwalt eingeschaltet und habe zudem die Möglichkeit gehabt, sich rechtzeitig vor Ablauf der drei Wochen Frist noch beim Rechtsanwalt nach der rechtzeitigen Klagenerhebung zu erkundigen.

10. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei sogenannten Ethikrichtlinien (BAG, Urteil vom 22. Juli 2008 – 1 ABR 40/07)

Immer mehr Unternehmen folgen dem Beispiel amerikanischer Firmen und erlassen sogenannte Ethikrichtlinien. Hintergrund hierfür ist auch ein gewandeltes Verständnis von sogenannten „nützlichen Aufwendungen“, das heißt Bestechungsgeldern, in Deutschland. Diese sind insbesondere auch im internationalen Bereich verboten und werden zunehmend geächtet.

Hinzu kommt das Bedürfnis, auch über gesetzliche und vertragliche Verhaltensmuster hinaus den Mitarbeitern ein bestimmtes ethisches Verhalten abzuverlangen. Dies gilt nicht nur für die Annahme von Geschenken, sondern auch für den Umgang mit Kolleginnen und Kollegen, Kunden, Lieferanten etc.

Hier war bisher streitig, ob und inwieweit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht.

Das BAG hat nun entscheiden, dass der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dann mitzubestimmen hat, wenn der Arbeitgeber in einem Verhaltenskodex (Ethikrichtlinien) das Verhalten der Arbeitnehmer und damit die betriebliche Ordnung regeln will. Das Mitbestimmungsrecht bei einzelnen Regelungen begründet nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk.

Somit müssen Ethikrichtlinien sorgfältig darauf hin untersucht werden, welche Regelungen der Mitbestimmungspflicht unterliegen. Dies sind alle Regelungen, die die betriebliche Ordnung betreffen. Diese Generalklausel ist recht weit auszulegen. Soweit allerdings die betriebliche Ordnung nicht tangiert ist, greift ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht ein.

Der Arbeitgeber sollte aber nicht zu zurückhaltend mit der Mitbestimmung des Betriebsrates umgehen: Unterfällt eine bestimmte Regelung der betrieblichen Mitbestimmung, ist diese aber versäumt worden oder die Notwendigkeit einer Betriebsratszustimmung nicht erkannt worden, entfaltet diese Regelung für die Mitarbeiter keine Verbindlichkeit. Dies gilt selbst dann, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat in der irrigen Meinung ein Mitbestimmungsrecht bestünde hinsichtlich einer bestimmten Klausel nicht, eine Mitbestimmungshandlung versäumen.

Die Mitbestimmung kann entweder in Form einer Betriebsvereinbarung oder auch durch eine formlos mögliche Regelungsabrede bewirkt werden.

Um solche Zweifelsfragen zu vermeiden, ist es sinnvoll, wenn der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat hinsichtlich der gesamten Ethikrichtlinien eine Betriebsvereinbarung schließt. Diese kann sehr kurz gehalten werden. Es genügt, wenn eine schriftliche Vereinbarung vorliegt, wonach Arbeitgeber und Arbeitnehmer über den Inhalt der Ethikrichtlinien Einvernehmen erzielt haben und der Betriebsrat den Richtlinien zustimmt. Diese müssten dann natürlich als Anlage der Betriebsvereinbarung beigefügt werden oder die Ethikrichtlinien müssen sich unmittelbar aus der Betriebsvereinbarung ergeben.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de