

## **Blick ins Arbeitsrecht** Teil 1 / 2011

Der Gesetzgeber hält sich im Arbeitsrecht derzeit zurück, so dass der vorliegende Beitrag sich im Wesentlichen aktuellen Entscheidungen und Entwicklungen in der Rechtsprechung widmet.

Im ersten Teil des Beitrages widme ich mich in großer Sorge um das Tarifrecht in Deutschland einer, wie ich meine, unheilvollen Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Tarifrecht. Die Tendenzen der jüngeren Entscheidungen gehen eindeutig zu Lasten der Arbeitgeber, aber darüber hinaus auch zu Lasten des Standortes Deutschland, da in Zukunft nicht ausgeschlossen ist, dass ein Vielzahl von kleineren „Spezialgewerkschaften“ unkoordiniert Arbeitskämpfe und zu Streiks aufruft mit der Folge, dass sich die Zahl und Dauer der Streikmaßnahmen in Deutschland erheblich ausweiten kann.

Im zweiten Teil widme ich mich aktuellen und in der Praxis besonders relevanten Entscheidungen.

Für die Vertragsgestaltung wichtig ist die brandneue Entscheidung vom 08. Dezember 2010, die alle Arbeitgeber veranlassen sollte, die verwendeten Arbeitsverträge und insbesondere die in Zukunft zu verwendenden Arbeitsvertragsmuster genau durchzusehen und sich beraten zu lassen. Hier schlägt das seit 2004 für alle Arbeitsverträge geltende Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Nachteil des Arbeitgebers durch: Wer meint, durch eine besonders wortreiche und umfangreiche Absicherung bei der Wortwahl die eigene Position zu verbessern, erreicht möglicherweise genau das Gegenteil. Jedes Wort zuviel (aber auch jedes Wort zu wenig) kann zum Nachteil des Arbeitgebers ausgelegt werden.

Eine Verbesserung aus Sicht der Arbeitgeber stellt die Entscheidung zur Nutzungsmöglichkeit von Dienstwagen während lang andauernder Arbeitsunfähigkeitszeiten dar. Diese Entscheidung kann auch Auswirkungen beispielsweise auf Elternzeiten o. Ä. haben.

## **I. Grundlegende Änderungen des Deutschen Tarifrechts**

Bereits seit einigen Jahren ist ein erheblicher Wandel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Bereich Tarifrecht festzustellen. Während zuvor nahezu über Jahrzehnte hinweg im wesentlichen Kontinuität die Rechtsprechung des BAG im Tarifrecht geprägt hatte und das BAG sich immer wieder in seiner Rolle als Hüter der Tarifeinheit geoutet hatte, lassen sich in jüngerer Zeit erhebliche Verwerfungen und eine völlig neue Rechtsprechung feststellen. Man kann sogar soweit gehen zu sagen, dass die Grundfeste des deutschen Tarifrechts und damit auch ein sehr wichtiger Wettbewerbsfaktor für den Wirtschaftsstandort Deutschland zur Disposition steht. Aber der Reihe nach:

### **1. Tarifsozialplan**

Bereits am 24. April 2007 hat der erste Senat des BAG (1 AZR 252/06) den sogenannten Tarifsozialplan für zulässig erachtet und insbesondere festgestellt, dass die Gewerkschaft zur Unterstützung ihrer Forderung nach Abschluss eines Tarifsozialplans auch zum Streik aufrufen darf.

Inhalt eines Tarifsozialplans ist etwa der gleiche Bereich, der sich sonst üblicherweise in Sozialplänen findet. Mit dieser Entscheidung hat das BAG aus Sicht des Autors grundlegend in die bisher festgefügte Zuständigkeit der Betriebsräte eingegriffen und die Grenzen zwischen Betriebsvereinbarung einerseits und Tarifvertrag andererseits verwischt. Damit einher geht eine erhebliche Verschiebung der Machtverhältnisse in Richtung Arbeitnehmer/Gewerkschaftsseite.

#### Zum Hintergrund:

Das Betriebsverfassungsgesetz schreibt vor, dass bei Betriebsänderung, beispielsweise bei Betriebs-schließung, Teilbetriebsschließung, Betriebsverlagerung etc. der Betriebsrat Mitwirkungsrechte gemäß §§ 111 ff. BetrVG hat. So muss der Arbeitgeber einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat abschließen und in der Regel auch einen Sozialplan. Kommt es nicht zu einer Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, ist die Einigungsstelle anzurufen, die dann für beide Seiten bindend eine Entscheidung treffen kann. Wichtig ist allerdings, dass der Betriebsrat im Rahmen der Friedenspflicht nicht das Recht hat, seine Forderung nach einem bestimmten Inhalt des Sozialplans durch Streik oder Streikandrohung durchzusetzen.

Hier liegt der wesentliche Unterschied zum Tarifsozialplan: Der Tarifsozialplan ist ein Tarifvertrag, den, aufgrund der neuen Entscheidung des BAG, die Gewerkschaft auch mit Hilfe eines Streiks versuchen kann durchzusetzen. Der Arbeitgeber sieht sich hier also plötzlich einer Arbeitskampfmaßnahme ausgesetzt, und das zu einem Zeitpunkt, wenn er, beispielsweise bei einer (Teil-)Schließung ohnehin in einer Krise sein dürfte.

In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte die Gewerkschaft ihre „Machtposition“ auch versucht auszunutzen, indem sie unter anderem folgende Forderung gestellt hatte:

Kündigungsfrist drei Monate zum Quartalsende; Verlängerung der Grundkündigungsfrist für jedes volle Jahr der Betriebszugehörigkeit um jeweils zwei Monate; vom Arbeitgeber bei voller Lohnzahlung finanzierte Qualifizierungsmaßnahmen im Anschluss an die Kündigungsfrist von bis zu 24 Monaten; Abfindung von zwei Monatsgehältern je Beschäftigungsjahr zuzüglich Erhöhungsbeträge für Unterhalt, Schwerbehinderung, Gleichstellung, etc.

Hier hat das BAG einen Eingriff nicht nur in die Rechte des Betriebsrats zugelassen, sondern auch in Kauf genommen, dass der Arbeitgeber seitens des Betriebsrats über die Einigungsstelle und seitens der Gewerkschaft über Streikmaßnahmen von „zwei Seiten angegriffen“ werden kann.

## **2. Flashmob**

Auch zu Lasten des Arbeitgebers erging die sogenannte Flashmob-Entscheidung des BAG (Urteil vom 22. September 2009, 1 AZR 972/08).

Bei dieser Entscheidung ging es um die Frage, welche Arbeitskämpfungsmöglichkeiten Gewerkschaften haben und wo Arbeitskämpfmaßnahmen gegen Grundrechte oder jedenfalls höherwertige Rechte des Arbeitgebers verstoßen.

Bei einer Berliner Flashmob-Aktion geschah folgendes: Es gab einen Arbeitskampf im Einzelhandel. 40 bis 50 Gewerkschafter und Sympathisanten betraten eine Einzelhandelsfiliale und brachten am Backofen des Lebensmittelmarktes ein Flugblatt mit einem Streikaufruf an. Sodann füllten die Personen ca. 40 Einkaufswagen randvoll mit sehr vielen Artikeln und ließen diese im Supermarkt bzw. im Kassenbereich stehen. Eine Teilnehmerin ließ eine Vielzahl von Waren an der Kasse scannen, erklärte dann aber als die Ware boniert war, dass sie kein Geld dabei habe. Wieder andere Teilnehmer stellten sich an der Kasse mit Pfennigartikeln an und zögerten den Zahlungsvorgang hinaus.

Im Ergebnis war an einen normalen Betriebsablauf nicht mehr zu denken. Kunden wurden durch die Aktion abgeschreckt bzw. durch die umherstehenden Wagen und blockierten Kassen am Einkauf gehindert.

Das BAG vertrat die Auffassung, dass eine solche Aktion gerechtfertigt sei. Grundrechtlich geschützte Positionen des Arbeitgebers (Eigentum, eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb) seien nicht relevant. Die Aktion habe nur ca. eine Stunde gedauert und sei mit einer Blockadeaktion (die unzulässig wäre) nicht vergleichbar. Insbesondere war das BAG der Auffassung, der Arbeitgeber habe aus-

reichender Verteidigungsmöglichkeiten gehabt: Zum einen habe er sein Hausrecht ausüben und zum anderen die Filiale schließen können.

Bei dieser Entscheidung werden auch die Rechte des Arbeitgebers zu wenig berücksichtigt. Darüber hinaus wird meines Erachtens die Arbeitskämpfparität zu Lasten des Arbeitgebers verschoben. So haben in einem Supermarkt die Kunden regelmäßig ungehinderten Zugang, ohne dass dieser von der Geschäftsleitung oder auch nur Angestellten kontrolliert werden könnte. Der Ausspruch eines Hausverbotes wird regelmäßig zu spät kommen. Das Gleiche gilt für die Schließung der Filiale, wobei für mich ohnehin der Unterschied zwischen einer Filialschließung als Abwehr einer Flashmob-Aktion einerseits und einer verbotenen Blockade des Geschäftes andererseits nicht ersichtlich ist.

### **3. Tarifeinheit**

Von besonderer Bedeutung sind die jüngsten Entscheidungen des 10. Senats im Zusammenhang mit der sogenannten Tarifeinheit. Darunter hat man bisher das für Deutschland prägende System verstanden, wonach für jeden Betrieb eine Gewerkschaft zuständig ist. Dies war bisher immer die Gewerkschaft, der nach dem Grundsatz der Spezialität der Vorrang zu geben war, die also den Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten stand.

Dieses System führte bisher dazu, dass Arbeitskämpfe, wenn sie erfolgten, jeweils für den gesamten Betrieb relevant waren und anschließend eine Friedenspflicht herrschte, während deren Dauer der Arbeitgeber sich weitgehend darauf verlassen konnte, dass der betriebliche Ablauf nicht durch Arbeitskämpfe unterbrochen werde.

Anders war die Situation bereits bisher in anderen Ländern, in denen Gewerkschaften nicht betriebs- sondern berufsbezogen tätig waren. Damit galten in einem Unternehmen eine Vielzahl von Tarifverträgen, nämlich auch für jede im Betrieb vertretene Berufsgruppe ein anderer Tarifvertrag. Dies führt nicht nur zu erheblichen Mehraufwendungen in der Personalverwaltung, in der Entgeltabrechnung etc., sondern auch dazu, dass theoretisch jede einzelne Gewerkschaft für die von ihr vertretene Berufsgruppe zu Streiks aufrufen kann.

Welche Auswirkungen dies hat, haben Arbeitskämpfe gerade in den letzten Jahren deutlich gezeigt, insbesondere bei Luftfahrtunternehmen (Pilotenvereinigung Cockpit, verschiedene Gewerkschaften Bahnverkehr etc.).

Zuletzt hat das Bundesarbeitsgericht mit einer Entscheidung vom Oktober 2006 (10 AZR 576/05; 18. Oktober 2006) mit Nachdruck entschieden, dass in Deutschland weiterhin Tarifeinheit herrsche und dies, wie in den vorangegangenen Jahrzehnten auch, ausführlich und sorgfältig begründet.

Umso mehr verwundert nun die „180 Grad-Drehung“ des BAG, die beispielsweise in verschiedenen Entscheidungen des 10. Senats vom 23. Juni 2010 zum Ausdruck kommt. In dieser Entscheidung heißt es unter anderem wörtlich:

*„Es besteht kein hinreichender Grund, die damit im Gesetz angelegte Möglichkeit auszuschließen, dass für verschiedene Arbeitnehmer im Betrieb unterschiedliche Tarifverträge gelten. Insbesondere enthält das Tarifvertragsgesetz keinen insoweit vorgehenden allgemeinen Grundsatz der Tarifeinheit. Die durch beiderseitige Verbandsmitgliedschaft oder durch Verbandsmitgliedschaft und eigenen Abschluss des Tarifvertrages legitimierte Geltung der Tarifnormen darf nicht entgegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung aufgehoben werden.*

Besonders bemerkenswert ist, dass das BAG hier von einer „eindeutigen gesetzlichen Regelung“ dahingehend spricht, dass eine Tarifeinheit nicht bestehe. Der geneigte Leser fragt sich hier natürlich, auf welcher rechtlichen und gesetzlichen Grundlage das BAG über Jahrzehnte hinweg und zuletzt noch im Oktober 2006 genau die umgekehrte Entscheidung getroffen hat.

#### **4. Ergebnis, Auswirkungen**

Im Ergebnis wird diese Kehrtwendung dazu führen, dass Arbeitgeber einem immens höheren Streikrisiko ausgesetzt sind, die Betriebe letztlich immer mit Arbeitskämpfen rechnen müssen und es bereits kleinere Arbeitnehmergruppen in der Hand haben können, den gesamten Betrieb „stillzulegen“.

Kleine „Spezial-“Gewerkschaften freuen sich naturgemäß sehr über diese Kehrtwende, während die neue Linie der Rechtsprechung bei den großen DGB-Gewerkschaften aber in gleichem Maße auch bei den Arbeitgeberverbänden auf Unverständnis stößt. Dort gibt es inzwischen gemeinsame (!) Bestrebungen, die bisher geltende Tarifeinheit zwingend im Gesetz zu verankern. Hiergegen werden derzeit verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.

In der Tat lassen sich die Folgen der völlig neuen und überraschenden Linie des BAG noch nicht abschließend einschätzen:

- Ist es für den Standort Deutschland und für die deutsche Wirtschaft, das heißt auch für die deutschen Arbeitgeber, besser, mit wenigen großen und dafür starken Gewerkschaften zu verhandeln oder ist eine Vielzahl von kleineren nicht so starken und auch nicht so mächtigen Gewerkschaften vorzugswürdig, die aber unabhängig voneinander zu unterschiedlichen Zeitpunkten aus ganz unterschiedlichen Gründen ihre Mitglieder zu Streiks aufrufen können? Relevant wird dies insbesondere dann, wenn die Mitglieder von kleineren Gewerkschaften an

zentralen Punkten im Unternehmen sitzen und damit auch der Streik der Mitglieder einer kleinen Gewerkschaft zur „Lahmlegung“ möglicherweise des Gesamtbetriebes führen kann.

- Wie gehen die Personalabteilung und der Arbeitgeber mit sogenannten Tarifkonkurrenzen um, das heißt wenn mehrere Gewerkschaften in einem Betrieb bestehen und mit diesen jeweils unterschiedliche Tarifverträge abgeschlossen wurden? Wie ist Personalarbeit überhaupt noch zu handhaben, wenn nicht nur gesetzliche Vorschriften und deren Änderungen, sowie Rechtsprechungsänderungen, Betriebsvereinbarungen und individuelle Arbeitsverträge beachtet werden müssen, sondern daneben auch möglicherweise eine Vielzahl von unterschiedlichen Tarifverträgen?
- Welche Tarifregeln müssen Arbeitgeber und Betriebsrat bei Betriebsvereinbarungen beachten? Nach dem Gesetz haben Tarifverträge in bestimmten Bereichen Vorrang vor Betriebsvereinbarungen mit der Folge, dass Betriebsvereinbarungen nicht in bestehende Tarifregelungen eingreifen dürfen. Wie ist dies aber bei einer Mehrzahl von Tarifregelungen, die sich möglicherweise auch widersprechen können? Dürfen Arbeitnehmer, die in einer Gewerkschaft organisiert sind, am Arbeitskampf (Streik) einer anderen Gewerkschaft im Betrieb teilnehmen? Dürfen sie vom Arbeitgeber ausgesperrt werden, obgleich der mit ihrer Gewerkschaft abgeschlossene Tarifvertrag nicht im Streit steht und insoweit die Friedenspflicht eingreift?
- Welche Folgen hat der Streik einer kleinen Gewerkschaft für die überwiegende Zahl der dort nicht organisierten Arbeitnehmer, wenn der gesamte Betrieb in Folge des Streiks „lahm gelegt“ wird. Muss der Arbeitgeber die Löhne weiterhin zahlen? Muss die nicht streikende Gewerkschaft Streikgelder bezahlen? Bestehen Ansprüche gegen die Bundesagentur für Arbeit? Verletzt die Bundesagentur durch Zahlung eventuell die staatliche Neutralitätspflicht bei Arbeitskämpfen?
- Was ist mit dem von Politik und Rechtsprechung in den vergangenen Jahrzehnten hochgehaltenen Begriff der Arbeitskampfparität, das heißt der gleichmäßigen Verteilung von Arbeitskampfmitteln zwischen Arbeitgeberseite und Gewerkschaftsseite? Haben Arbeitgeber bei einer Mehrzahl von Gewerkschaften im Betrieb überhaupt noch angemessene Arbeitskampfmittel zur Verfügung? Wird nicht das Erpressungspotenzial durch Arbeitskämpfe gemessen an der bisherigen Situation wesentlich höher?

Die Rechtssprechung des BAG weist somit eine ganze Reihe – hier nur andeutungsweise und keinesfalls abschließend dargestellt – Rechtsprobleme auf, und zwar nicht nur unmittelbar im Bereich des Tarifrechts. Daher hat sich auch der Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins zunächst

für eine grundlegende Prüfung eingesetzt, bevor auf die neue BAG-Rechtsprechung mit einem Gesetzgebungsentwurf reagiert werden sollte.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass arbeitsrechtliche Risiken für Arbeitgeber durch die neuen Tendenzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung erheblich zugenommen haben und bisher ausgewogene Regelungsmechanismen einseitig zu Lasten der Arbeitgeberseite aufgehoben worden sind. Insoweit wird auf Arbeitgeberseite der Beratungsbedarf erheblich ansteigen.

## **II. Kein Kündigungsschutz in Kleinbetrieben**

### **1. BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010, 2 AZR 397/08**

Das Kündigungsschutzgesetz greift unter anderem nur dann ein, wenn in einem Betrieb mehr als 10 Vollzeitbeschäftigte beschäftigt sind. Dabei kommt es auf die Arbeitnehmerzahl im Betrieb, das heißt beispielsweise in einer Niederlassung an und nicht auf die Zahl aller im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter. In einem Fall hatte ein Arbeitgeber versucht, sein recht großes Unternehmen auf eine Vielzahl von kleineren Betrieben aufzuspalten, um auf diese Weise die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes zu umgehen. Dort hatte das Bundesarbeitsgericht bereits entschieden, dass das Gesetz auch bei kleineren Betrieben mit nicht mehr als 10 Mitarbeitern zur Anwendung komme, allerdings nur dann, wenn es an der engen persönlichen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Mitarbeitern fehle, eine große Finanzausstattung und ausreichende Verwaltungskapazität vorhanden sei. In diesem Fall könnten die Mitarbeiter verschiedener Betriebe zusammengerechnet werden, um dann zu ermitteln, ob die notwendige Beschäftigtenzahl zur Anwendung des Kündigungsschutzes erreicht werde.

Diese Rechtsprechung hat das BAG mit der vorliegenden Entscheidung bestärkt und präzisiert: Zugrunde lag ein Unternehmen mit zwei Betrieben. Im Betrieb Leipzig wurden acht Mitarbeiter, in Hamburg sechs Arbeitnehmer beschäftigt. In Hamburg wurde im Jahr 2006 ein Betriebsleiter eingesetzt, der wohl auch berechtigt war, Einstellungen und Entlassungen vorzunehmen. Kurze Zeit später wurde ein Hamburger Mitarbeiter entlassen, der nun Kündigungsschutzklage erhoben hatte. Er konnte auf eine Betriebszugehörigkeit seit 1990 und darauf verweisen, dass ein hinsichtlich der Aufgaben, Qualifikationen, etc. vergleichbarer Mitarbeiter im Jahr 2003 eingestellt worden sei, der zudem jünger war als der Kläger im vorliegenden Verfahren. Der Arbeitgeber berief sich auf betriebsbedingte Gründe und darauf, dass eine Sozialauswahl anhand der Kriterien Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung vorliegend nicht durchzuführen sei. Das Kündigungsschutzgesetz sei nicht anwendbar.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht hatten dem Arbeitnehmer Recht gegeben und das Kündigungsschutzgesetz für anwendbar erklärt. Zu diesem Zweck haben sie die Beschäftigten aus beiden

Betrieben zusammengerechnet mit der Begründung, ein persönlicher Kontakt zum Inhaber sei zumindest in Hamburg nicht gegeben, da dort ein Betriebsleiter eingesetzt sei. Das Unternehmen sei darüber hinaus auch finanziell sehr gut ausgestattet gewesen und habe ausreichend Verwaltungspersonal gehabt.

Dem widersprach nun das Bundesarbeitsgericht, das den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen hat.

Die Einsetzung eines Betriebsleiters und vorhandenes Betriebskapital waren für die BAG-Richter vorliegend nicht ausschlaggebend. Es kam viel mehr entscheidend darauf an, ob die beiden Betriebe im kündigungsschutzrechtlichen Sinn organisatorisch selbstständig waren. Sollte dies, was das Landesarbeitsgericht nun prüfen muss, der Fall sein, kommt eine Zusammenrechnung nicht in Betracht, was dann zur Folge hat, dass keiner der beiden Betriebe die zahlenmäßigen Voraussetzungen für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes bietet.

#### Praxistipp:

Bei der Frage der organisatorischen Selbstständigkeit ist insbesondere auf die kaufmännische, noch mehr aber auf die Personalseite zu achten. Gibt es eine zentrale Stelle oder Person, die für die wesentlichen Personalangelegenheiten wie beispielsweise Urlaub, Krankmeldung, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverträgen sowie das tägliche Weisungsrecht zuständig ist, spricht viel dafür, die Betriebe zusammenzurechnen. Werden diese Aspekte allerdings jeweils vor Ort geklärt, würde sich in der Regel um einen im kündigungsrechtlichen Sinne selbstständigen Betrieb handeln.

## **2. Vertragsbefristung zum Zwecke der Vertretung**

### **BAG, Vorlagebeschluss vom 17. November 2010, 7 AZR 443/09**

Nach deutschem Befristungsrecht ist gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG anerkannt, dass es einen Sachgrund zur Befristung eines Arbeitsverhältnisses darstellt, wenn der befristet beschäftigte Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers eingesetzt werden soll, der beispielsweise aufgrund von Krankheit, Urlaub, Fortbildung, Kur oder aus anderen Gründen fehlt. Hieran wird sich auch nichts ändern.

Bei manchen, insbesondere größeren Unternehmen mit einer Vielzahl von Beschäftigten mit vergleichbaren Aufgaben besteht gegenüber kleineren Betrieben die Besonderheit, dass praktisch immer Arbeitnehmer krank, in Urlaub, auf Fortbildung oder aus anderen Gründen abwesend sind. Insoweit besteht immer in gewissem Umfang ein Vertretungsbedarf. Arbeitsgerichte haben bislang unterschiedliche Entscheidungen zu der Frage gefällt, ob hier dennoch ein Befristungsgrund vorhanden ist oder



ob der Arbeitgeber diesen ständigen Vertretungsbedarf durch die Einstellung von unbefristeten „Springern“ ausgleichen muss.

Hintergrund ist die Frage nach einem Befristungsgrund. Als Befristungsgrund wird allgemein nur eine Situation angesehen, in der lediglich ein vorübergehender Beschäftigungsbedarf besteht, was bei dauerndem Vertretungsbedarf teilweise verneint wird. Nach anderer Auffassung können auch bei ständigem Vertretungsbedarf befristete Verträge abgeschlossen werden, wobei es auch zulässig sein soll, dass mit einem Arbeitnehmer nacheinander mehrere befristete Vertretungsverträge abgeschlossen werden.

Einen solchen Fall hatte das Bundesarbeitsgericht nun zur Entscheidung vorliegen. Das BAG hat sich aber entschlossen, zur Zeit noch keine eigene Entscheidung zu fällen. Vielmehr hat das BAG den Fall dem europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Vorabentscheidung darüber vorgelegt, ob eine wiederholte Befristungsvereinbarung mit einem Arbeitnehmer zur Abdeckung eines laufenden Vertretungsbedarfes zulässig ist. Bekannt ist im vorliegenden Fall, dass Klägerin eine Justizangestellte des Amtsgerichts Köln ist, die mit insgesamt 13 nacheinander abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträgen in der Zeit von Juli 1996 bis Dezember 2007, also über insgesamt 11 Jahre beschäftigt worden war.

Hier argumentiert die Justizangestellte damit, ein Vertretungsbedarf würde nicht nur vorübergehend bestehen. Bei der großen Justizbehörde seien immer wieder Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer krank, in Urlaub, in Kur, in Elternzeit oder aus sonstigen Gründen nicht am Arbeitsplatz beschäftigt. Zumindest im Umfang einer Arbeitskraft bestünde somit ein ständiger Vertretungsbedarf, wenn auch an verschiedenen Arbeitsplätzen. Der Arbeitgeber sei daher gehindert, für die einzelnen Vertretungsfälle befristete Vertretungsverträge abzuschließen. Es fehle an einem vorübergehenden Beschäftigungsbedarf. Die dauernden Vertretungssituationen würden vielmehr einen dauernden Arbeitskräftebedarf fordern und damit keinen Befristungsgrund für die einzelne Vertretungssituation mehr rechtfertigen. Ihr Vertrag sei somit mangels eines wirksamen Befristungsgrundes ein unbefristeter Vertrag und dies soll das Gericht nun feststellen.

Es wird noch eine Weile dauern, bis die Entscheidung des EuGH vorliegt. Trotzdem sollten Arbeitgeber bereits jetzt vorbeugen, wenn es um den Abschluss oder die Verlängerung von befristeten Verträgen zur Vertretung anderer Mitarbeiter geht.

TIPP: Wenn der EuGH zum Ergebnis kommen sollte, dass in dem geschilderten Fall Befristungen unzulässig sind, führt dies dazu, dass die Befristung bei ähnlichen Fallkonstellationen auch bei bereits früher abgeschlossenen Verträgen unwirksam sein könnte. Der Arbeitsvertrag bleibt dann wirksam, allein die Befristung entfällt mit der Folge, dass Arbeitgeber die heute von einer befristeten Einstellung

ausgehen, sich plötzlich unbefristeten Arbeitsverträgen gegenüber sehen. Bei einem laufenden Vertretungsbedarf oder wiederholten Befristungen sollte daher vor Abschluss von Vertretungsverträgen arbeitsrechtliche Beratung in Anspruch genommen werden.

### **3. Zu viel des Guten...**

#### **BAG, Urteil vom 08. Dezember 2010, 10 AZR 671/09**

Jahreszeitlich bedingt ergeben sich aktuell häufig Zweifelsfragen im Zusammenhang mit Gratifikationen, insbesondere Weihnachtsgeldern, Jahresschlussprämien, etc.

Ganz allgemein versuchen Arbeitgeber solche Zahlungen als freiwillige einmalige Leistungen auszugestalten mit der Folge, dass sie beispielsweise in schwierigen wirtschaftlichen Zeiten, bei fehlender Liquidität o.Ä. auch ausgesetzt werden können. Insoweit finden sich in Arbeitsverträgen teils abenteuerliche Formulierungen nach dem Motto „viel hilft viel“. Hier ist jedoch für den Arbeitgeber bei der Vertragsgestaltung ganz besondere Vorsicht geboten, gilt doch seit einigen Jahren das sehr tückische Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305-310 BGB) auch im Arbeitsrecht. Dies führt dazu, dass unklare oder unwirksame Klauseln von den Gerichten nicht mehr auf den gewollten und eventuell noch zulässigen Inhalt reduziert werden können. Vielmehr entfallen Vertragsklauseln, die unverständlich oder unwirksam sind, ersatzlos.

Im konkreten Fall hatte der Arbeitgeber versucht, im Arbeitsvertrag unter anderem Weihnachtsgeldzahlungen so auszugestalten, dass er in jedem Jahr neu entscheiden konnte ob und gegebenenfalls in welcher Höhe er Weihnachtsgeld zahlt:

*„Soweit der Arbeitgeber gesetzlich oder durch Tarifvertrag nicht vorgeschriebene Leistungen, wie Prämien, Zulagen, Urlaubsgeld, Gratifikationen, Weihnachtsgratifikationen gewährt, erfolgen sie freiwillig und ohne jede rechtliche Verpflichtung. Sie sind daher jederzeit ohne Wahrung einer besonderen Frist widerrufbar.“*

Aufgrund dieser Formulierung hatte der Arbeitgeber in den Jahren 2002 bis 2007 ein Weihnachtsgeld in Höhe eines Bruttomonatsverdienstes gezahlt, ohne dass bei der Zahlung weitere Vorbehalte erklärt worden wären. Im Jahr 2008 sollte mit Blick auf die Wirtschaftskrise und erhebliche Umsatzrückgänge keine Weihnachtsgeldzahlung erfolgen. Hiergegen hatte ein Arbeitnehmer geklagt und sich darauf berufen, dass die vorstehende Formulierung unwirksam sei. Die laufende Zahlung des Weihnachtsgelds habe daher zu einer betrieblichen Übung geführt und dies wiederum dazu, dass er nun einen Rechtsanspruch auf die Zahlungen habe.

Das Bundesarbeitsgericht hat ihm Recht gegeben. Zwar sei ein im Arbeitsvertrag klar und verständlich formulierter „Freiwilligkeitsvorbehalt“ in der Lage, einen zukünftigen Anspruch auf eine Sonderzahlung auszuschließen. Allerdings dürfe eine solche Formulierung nicht mehrdeutig sein. Die vorliegend zitierte Klausel sei unklar und nicht eindeutig formuliert. Sie sei nicht geeignet, dass mehrfache, tatsächliche Zahlen der Weihnachtsgratifikation ohne Vorbehalt zu entkräften. Die Klausel könne auch so verstanden werden, dass sich der Arbeitgeber aus freien Stücken zur Erbringung der Leistung verpflichten wollte. Dies sei dann aber auch eine Verpflichtung. Ferner setze der vorbehaltene Widerruf gerade voraus, dass überhaupt ein Anspruch entstanden sei, was wiederum dagegen spreche, dass es keinen Anspruch gebe.

Die Tatsache, dass der Arbeitgeber ganz sicher gehen wollte und sowohl ein Freiwilligkeitsvorbehalt als auch eine Widerrufsmöglichkeit vorgesehen hatte, erwies sich nachträglich nunmehr als Stolperfalle. Umso wichtiger ist es immer wieder darauf hinzuweisen, dass Arbeitsverträge als dem AGB-Recht unterliegende Vereinbarungen äußerst sorgfältig aufgesetzt und regelmäßig anhand der zwischenzeitlich möglicherweise ergangenen neuen Rechtsprechung überprüft werden müssen.

In einer Freiwilligkeitsklausel sollte klar zum Ausdruck kommen, dass der Arbeitgeber sich nicht freiwillig „verpflichtet“ und hier keine Gratifikationszahlung Anspruch auf Wiederholungen in der Zukunft gewährt. Ferner sollte bei jeder Einzelzahlung ein entsprechender Vorbehalt nochmals ausdrücklich wiederholt werden. Von Widerrufsvorbehalten ist im Allgemeinen grundsätzlich abzuraten.

#### **4. Privatnutzung des Dienstwagens bei Krankheit**

##### **BAG, Urteil vom 14. Dezember 2010, 9 AZR 631/09**

Mit dieser aktuellen Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht ein in der Praxis häufig auftretendes Problem grundsätzlich geklärt. Zu Grunde lag der folgende Fall:

Ein Arbeitnehmer hatte aufgrund der Regelungen seines Arbeitsvertrages das Recht, den ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Dienstwagen auch privat zu nutzen. Den damit verbundenen geldwerten Vorteil hat er nach den üblichen steuerlichen Regelungen versteuert.

Der Arbeitnehmer war dann in der Zeit vom 02. März 2008 bis 14. Dezember 2008 arbeitsunfähig erkrankt. Der sechswöchige Entgeltfortzahlungsanspruch endete am 13. April 2008. Im November 2008 forderte der Arbeitgeber dann die Herausgabe des Dienstwagens. Der Arbeitnehmer gab das Fahrzeug dann „unter Protest“ ab. Für die Zeit zwischen Abgabe des Fahrzeugs und Rückkehr an den Arbeitsplatz nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit (dann wurde ihm das Fahrzeug wieder zur Verfügung gestellt), hat der Arbeitnehmer nun Schadensersatz vom Arbeitgeber verlangt, da er das Fahrzeug nicht mehr privat nutzen konnte.

Die Klage wurde jedoch in allen drei Instanzen abgewiesen. In erfreulicher Deutlichkeit hat das BAG darauf hingewiesen, dass die Gebrauchsüberlassung eines PKWs auch zur privaten Nutzung grundsätzlich eine Gegenleistung für die geschuldete Arbeit darstelle. Es handle sich um einen Sachbezug und werde daher auch wie ein Sachbezug versteuert. Die zur Verfügungstellung des Fahrzeuges sei daher Teil des geschuldeten Arbeitsentgeltes und damit Teil der Arbeitsvergütung. Daher habe der Arbeitnehmer auch nur solange einen Anspruch auf private Nutzung des Dienstwagens, wie der Entgeltfortzahlungsanspruch bestehe. Mit anderen Worten: Während der ersten sechs Wochen einer Arbeitsunfähigkeit schuldet der Arbeitgeber nicht nur Zahlung der Vergütung, sondern auch Überlassung des zur privaten Mitnutzung überlassenen Dienstwagens. Dann endet jedoch die Entgeltfortzahlungsverpflichtung und parallel auch die Verpflichtung zur Überlassung des Dienstwagens zur privaten Nutzung. Das Fahrzeug kann dann vom Arbeitgeber für die restliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit zurückgefordert werden.

Diese Entscheidung hat für Arbeitgeber sehr große praktische Bedeutung: Zum einen berichten Arbeitgeber, dass der Entzug des Dienstwagens und die damit fehlende Möglichkeit der privaten Nutzung zu einer schnelleren Genesung der arbeitsunfähigen Mitarbeiter geführt hätte, was ich zunächst nur unkommentiert berichten möchte.

Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, einer Vertretungskraft dieses Fahrzeug zur Verfügung zu stellen. Andernfalls müsste der Arbeitgeber mit erheblichem Kostenaufwand einen Pool mit Ersatzfahrzeugen unterhalten oder solche kurzfristig bei Bedarf anmieten.

#### TIPP:

Die besprochene Entscheidung sollte Anlass geben, die bestehenden Arbeitsvertragsmuster bzw. Muster von Überlassungsvereinbarungen für Dienstwagen unverzüglich durchzusehen und die Regelungen anzupassen. Dort sollte ausdrücklich geregelt werden, dass Anspruch auf Überlassung eines Dienstwagens (auch für private Zwecke) nur im Rahmen der Entgeltfortzahlungszeiträume besteht und bei fehlendem Entgeltfortzahlungsanspruch das Fahrzeug auf Verlangen des Arbeitgebers bis zur Wiederaufnahme der Tätigkeit bzw. bis zur Wiederherstellung des Entgeltfortzahlungsanspruchs an den Arbeitgeber herauszugeben ist.

Die vorliegende Entscheidung hat übrigens nicht nur Geltung im Bereich der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung. Ähnliches muss auch gelten, wenn Arbeitnehmer aus anderen Gründen nicht beschäftigt werden und kein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht. Der Dienstwagen kann somit – falls nicht arbeitsvertragliche Regelungen oder eine Dienstwagenüberlassungsrichtlinie o. Ä. etwas anderes

festlegen – auch dann zurückgefordert werden, wenn Arbeitnehmer sich in Elternzeit befinden, Sonderurlaub ohne Entgeltfortzahlung haben, unentschuldigt fehlen oder das Arbeitsverhältnis ruht.

Wichtig ist aber auch hier, dass die zugrunde liegenden Verträge angepasst werden und die (neuen) Regelungen den Anforderungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerecht werden, weshalb arbeitsrechtlicher Sachverstand intern oder extern in Anspruch genommen werden sollte.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

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