

**Blick ins Arbeitsrecht**  
**Teil 2 / 2008**

**I.**

**Einleitung**

Auch in den letzten Monaten hat der Gesetzgeber im Arbeitsrecht keine für die Praxis relevanten Änderungen vorgenommen. Der vorliegende Blick ins Arbeitsrecht konzentriert sich daher im Wesentlichen auf die aktuelle Rechtsprechung, die wiederum einige für die Praxis wichtige Urteile gefällt hat.

Allerdings wurde das Arbeitsgerichtsgesetz zusammen mit dem Sozialgerichtsgesetz geändert. Die Veröffentlichung erfolgte im Bundesgesetzblatt am 26.03.2008 und bereits am 01.04.2008 sind die Änderungen in Kraft getreten.

Damit lässt der Gesetzgeber wiederum den Betroffenen keinerlei Zeit, um sich auf Änderungen vorzubereiten oder auch nur abzuwarten, bis die neuen Vorschriften in den Gesetzsammlungen veröffentlicht werden können.

Diese Änderungen des Arbeitsgerichtsgesetzes haben nur Auswirkungen auf arbeitsgerichtliche Verfahren, sie sprechen somit in erster Linie die Anwaltschaft an.

Ziel der Änderung ist es, das Verfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen. So wird beispielsweise bei Widersprüchen gegen arbeitsgerichtliche Mahnverfahren (Achtung: Widerspruchsfrist im Arbeitsrecht nur eine Woche!) nicht sofort Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt. In Zukunft werden nach § 46 a Abs. 6 zunächst die Formalien (Statthaftigkeit des Einspruches, Form und Frist) geprüft. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, ist der Einspruch als unzulässig ohne mündliche Verhandlung zu verwerfen. Ist der Einspruch dagegen zulässig, wird die Geschäftsstelle dem Antragsteller (dann Kläger) unverzüglich aufgeben, seinen Anspruch innerhalb einer Frist von zwei Wochen schriftlich zu begründen.

Nach Ablauf der Begründungsfrist bestimmt der Vorsitzende unverzüglich Termin zur mündlichen Verhandlung.

Als praktisch wichtigste Änderung gibt es nun einen erweiterten örtlichen Zuständigkeitsbereich für eine arbeitsrechtliche Klage. Im Urteilsverfahren, also im Verfahren zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, ist nunmehr, abweichend vom Gerichtsverfassungsgesetz, nunmehr auch das Arbeitsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat. Dies kann beispielsweise auch der Heimarbeitsplatz sein, was bisher teilweise streitig war. Ist ein gewöhnlicher Arbeitsort in diesem Sinne nicht feststellbar, ist das Arbeitsgericht örtlich zuständig, von dessen Bezirk aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat. Dies sind oft Fälle von Außendienstmitarbeitern, die ihre Arbeit aus von zu Hause aus antreten, d.h. einen bestimmten Bezirk bereisen. Insbesondere dann, wenn dieser Bezirk größer war als ein Arbeitsgerichtsbezirk, war bisher immer fraglich, ob die Klage bei dem für den Wohnort des Arbeitnehmers zuständigen Gericht eingereicht werden konnte oder ob nur das Gericht am Sitz des Arbeitgebers zuständig war.

Schließlich gibt es noch eine kleinere Änderung im Bereich des Kündigungsschutzverfahrens: Hat ein Arbeitnehmer die dreiwöchige Klagefrist versäumt und beantragt er daher, die Klage nach § 5 Abs. 4 KSchG nachträglich zuzulassen, soll dieses Verfahren über die nachträgliche Zulassung mit den Verfahren über die Klage selbst verbunden werden. Das Arbeitsgericht kann das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag auf nachträgliche Zulassung beschränken.

## II.

### **Aktuelle Rechtsprechung**

#### **1. Entstehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bei Weiterarbeit nach Ablauf einer Befristung**

**BAG, Urteil vom 11.07.2007, 7 AZR 501/06**

§ 15 Abs. 5 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) sieht vor, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis sich auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn es nach Ablauf der ursprünglichen Befristung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird. Die Vorschrift fingiert bei Vorliegen

dieser Voraussetzung, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen zustande gekommen sei.

Der Arbeitgeber kann den Eintritt dieser Fiktion dadurch verhindern, dass er der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unverzüglich widerspricht. Dies gilt beispielsweise, wenn der Arbeitnehmer nach Ablauf der Befristung wieder im Betrieb erscheint und arbeitet oder arbeiten möchte. Der Arbeitgeber kann der Fiktion aber auch bereits vor Ablauf der ursprünglichen Befristung widersprechen. Oft finden sich solche Widersprüche bereits in den schriftlichen Arbeitsverträgen.

Der Kläger im vorliegenden Fall hatte einen Vertrag, der bis zum 28.02.2005 befristet war. Im September 2004 bat er um Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis im Anschluss an die Befristung. Dies hat der Arbeitgeber aber mit Schreiben vom 22.12.2004 abgelehnt. Dennoch hat der Arbeitnehmer dann nach dem 28.02.2005 (Befristungsende) an seinem bisherigen Arbeitsplatz weitergearbeitet, was von der Personalabteilung und der Unternehmensleitung zunächst nicht bemerkt worden war und dem daher auch nicht sofort widersprochen wurde. Der Arbeitnehmer hat sich dann darauf berufen, durch diese Weiterarbeit sei ein unbefristeter Vertrag zustande gekommen, zumindest sei sein Zustandekommen nach § 15 Abs. 5 TzBfG fingiert.

Das BAG hat dem in letzter Instanz widersprochen. Dabei hat das BAG die Weigerung des Arbeitgebers im Dezember 2004, im Anschluss an die Befristung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abzuschließen, gleichzeitig als Widerspruch gegen eine Verlängerung angesehen. Bereits bisher war anerkannt, dass ein solcher Widerspruch vor Ende der Befristung vom Arbeitgeber ausgesprochen werden kann, neu ist jedoch, dass die Ablehnung des Arbeitgebers, im Anschluss an die Befristung entweder das Arbeitsverhältnis befristet zu verlängern oder ein unbefristetes Arbeitsverhältnis abzuschließen, gleichzeitig als Widerspruch gegen die Fiktion des § 15 Abs. 5 TzBfG angesehen wird.

Entscheidend ist somit allein, ob der Arbeitnehmer spätestens bei Ende der Befristung aus Äußerung des Arbeitgebers entnehmen konnte, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht gewünscht ist.

## **2. Ordnungsgemäße Unterschrift unter ein Kündigungsschreiben – Probezeitkündigung**

**BAG, Urteil vom 24.01.2008, 6 AZR 519/07**

Nach § 623 BGB besteht für Kündigungen ein absolutes Schriftformerfordernis. Kündigungen sind damit nur wirksam, wenn sie schriftlich ausgesprochen werden (das gleiche gilt übrigens auch bei Befristungen und Aufhebungsverträgen).

Für die Schriftform ist die Unterschrift von besonderer Bedeutung. Oft gibt es in der Praxis Probleme, ob die richtigen Personen unterschrieben haben und ob die Unterschrift als solche anzuerkennen ist.

Nicht anerkannt wird als Unterschrift beispielsweise eine reine Paraphe, also ein Namenskürzel.

Das BAG hat nun folgende Entscheidung erlassen: Nach dem äußeren Erscheinungsbild müsse erkennbar sein, dass der Unterzeichnende seinen vollen Namen und nicht nur eine Abkürzung hat niederschreiben wollen. Allerdings sei dabei ein großzügiger Maßstab anzulegen. Es ist beispielsweise nicht erforderlich, dass der Name lesbar geschrieben ist.

In der gleichen Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht auch zur Frage einer sogenannten Probezeitkündigung Stellung genommen. Nach § 622 Abs. 3 BGB darf die allgemeine Kündigungsfrist (4 Wochen zum Monatsende oder zum 15. eines Monats) während einer Probezeit auf zwei Wochen (zu jedem Tag) abgekürzt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Probezeit auf maximal sechs Monate festgelegt ist.

Im vorliegenden Fall war eine sechsmonatige Probezeit vereinbart worden und der Arbeitgeber hatte nach vier Monaten mit der gesetzlichen Probezeit-Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt. Der Arbeitnehmer konnte gegen die Kündigung an sich nichts ausrichten, da das Kündigungsschutzgesetz und dessen Schutzmechanismen grundsätzlich erst nach sechs Monaten eingreifen.

Er hat allerdings eingeräumt, die Kündigungsfrist sei zu kurz gewesen. Er sei als Arbeiter lediglich mit ganz einfachen Tätigkeiten beschäftigt gewesen, so dass die Vereinbarung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist ihn erheblich benachteiligt habe und völlig unangemessen sei. Die Tatsache, ob er für die vereinbarten Tätigkeiten geeignet sei, hätte der Arbeitgeber bereits nach wesentlich kürzerer Zeit, maximal aber jedenfalls nach drei Monaten,

feststellen können, so dass die Vereinbarung einer sechsmonatigen Probezeit unangemessen gewesen wäre. Er müsste so gestellt werden, als sei die (aus seiner Sicht angemessene) Probezeit bereits abgelaufen, so dass für ihn die reguläre Kündigungsfrist gelte (§ 622 Abs. 1 BGB).

Das BAG ist dem nicht gefolgt. Entscheidend für die kurze Probezeit-Kündigungsfrist von zwei Wochen sei lediglich, dass die gesetzliche Obergrenze von sechs Monate Probezeit nicht überschritten werde. Haben die Parteien dann eine Probezeit von bis zu sechs Monaten vereinbart, greift die Kündigungsfrist von zwei Wochen immer ein. Dies sei unabhängig davon, ob die Probezeitvereinbarung bezogen auf die geschuldete Tätigkeit noch angemessen sei. Eine nachträgliche Verkürzung der Probezeit durch die Gerichte gebe es nicht.

Das BAG hat erfreulicherweise den Sachverhalt auch unter Berücksichtigung der §§ 305 bis 310 BGB geprüft: Dort sind die Regelungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen zusammengefasst. Der Arbeitnehmer hatte auch argumentiert, die sechsmonatige Probezeit benachteilige ihn unter Verstoß gegen das AGB-Recht im BGB entgegen Treu und Glauben unangemessen. Dem ist das BAG nicht gefolgt. Es hat entschieden, dass eine Angemessenheitskontrolle der Probezeit auch im Rahmen von vorformulierten Arbeitsverträgen (Allgemeine Geschäftsbedingungen) nicht stattfindet. Entscheidend hierfür ist, dass die Probezeit von bis zu sechs Monaten lediglich die den Parteien vom Gesetzgeber eingeräumte Frist ausnutze. Daher liege keine Abweichung von Rechtsvorschriften vor, die Veranlassung geben könnte, die Klausel gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB inhaltlich auf ihre Angemessenheit zu kontrollieren. Eine solche Angemessenheitskontrolle komme nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber von gesetzlichen Fristen zum Nachteil des Arbeitnehmers abweiche, nicht aber schon, wenn er diese Fristen nur in vollem Umfang ausnutzt.

### **3. Vorsicht bei Internetnutzung von (Bewerber-) Fotos**

#### **LG Köln, Urteil vom 14.09.2007, 28 O 468/06**

Ein Arbeitssuchender hatte sich eigens für seine Bewerbung eine Webseite eingerichtet, auf die er in Bewerbungsschreiben und oft auch in Blindbewerbungen hingewiesen hatte. Dort fand sich auch das von vielen Unternehmen geforderte Bewerbungsfoto. Dieses war zuvor in einem Fotostudio eigens für Bewerbungen angefertigt worden.

Der Betreiber des Fotostudios entdeckte das Foto auf der Internethomepage des Bewerbers und forderte zum einen Schadenersatz, zum anderen forderte er ihn auf, das Bewerberfoto sofort aus dem Internet zu nehmen. Das Landgericht gab dem Fotografen recht: Nur dann,

wenn dieser sein ausdrückliches Einverständnis mit einer Internetnutzung erklärt hatte, war die Verwendung des Fotos auf der Internethomepage zulässig. Anderenfalls verstößt das Einstellen des Fotos gegen das Urheberrecht des Fotografen. Dieser kann dann eine sogenannte strafbewehrte Unterlassungserklärung aber auch Schadenersatz für die unerlaubte Onlinenutzung fordern. Generell sind Fotos nur zur Verwendung als Print gedacht, nur insoweit erwirbt der Kunde hieran eigene Rechte. Will er das Foto hingegen anderweitig, zum Beispiel auf seiner Internethomepage, nutzen, muss der Fotograf dem zustimmen.

#### **4. Benachteiligung von Betriebsräten**

**BAG, Urteil vom 16.01.2008, 7 AZR 887/06**

Betriebsräte dürfen nach § 37 Abs. 4 BetrVG nicht schlechter behandelt werden als vergleichbare Arbeitnehmer, da das Betriebsratsamt keine Nachteile mit sich bringen darf. Daher besteht auch ein Anspruch auf vergleichbare Vergütung. Dies geht sogar soweit, dass Betriebsräte, die völlig von der Arbeit freigestellt sind, trotzdem Nachtzuschläge und Überstundenzuschläge erhalten, die sie vor der betriebsrätlichen Freistellung erzielt haben und die vergleichbare Arbeitnehmer immer noch erzielen.

In dem hier entschiedenen Fall hatte ein Arbeitgeber sich darauf berufen, dass eine bestimmte Leistung, nämlich eine Aktienoption, nicht vom Arbeitgeber gezahlt werde, sondern von der Muttergesellschaft. Daher sei es zu rechtfertigen, dass zwar „normale“ Arbeitnehmer in den Genuss dieser Option kämen, nicht aber Mitglieder des Betriebsrates. Die Geschäftsleitung des Arbeitgebers entschuldigte sich damit, man habe keinen Einfluss auf die Entscheidung bei der Muttergesellschaft, sondern sei dort vielmehr weisungsunterworfen. Wenn, so der Arbeitgeber, ein Dritter Leistungen erbringe, könne nicht er, der Arbeitgeber, aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten verurteilt werden, eben solche Leistungen an die bisher nicht bedachten Arbeitnehmer (Betriebsräte) zu erbringen.

Dem hat das BAG widersprochen. Auch Leistungen Dritter könnten Teil der Arbeitsvergütung sein und könnten daher auch unter Benachteiligungsschutz von Mitgliedern des Betriebsrates fallen. Wichtig sei allerdings, ob die Muttergesellschaft im Konzern die Leistung gerade aufgrund des Arbeitsvertrages oder aus anderen Gründen erbracht habe. Denkbar könnte sein, dass die bedachten Mitarbeiter Leistungen auch für die Muttergesellschaft erbracht hätten, die auf diese Weise honoriert werden sollen. War allerdings der eigentliche Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber Ursache für die Gewährung der Aktienoption, stehen diese auch Betriebsräten zu.

## **5. Vorsicht bei Verlängerungen von sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen**

**BAG, Urteil vom 16.01.2008, 7 AZR 603/06**

Erneut hat das Bundesarbeitsgericht eine Entscheidung gefällt, die für Arbeitgeber besonders nachteilig ist. Damit hat sich die Hoffnung zerschlagen, dass eine vorangegangene ähnliche Entscheidung nur einzelfallbezogen ausgelegt werden könnte.

Worum geht es?

Befristete Verträge können auch ohne Befristungsgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG abgeschlossen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass mit dem betreffenden Arbeitnehmer noch niemals zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hatte, dass die Befristung nicht länger als zwei Jahre dauert, wobei eine Grundbefristung und bis zu drei Verlängerungen der ursprünglichen Grundbefristung zulässig sind. Für Existenzgründungsunternehmen in den ersten vier Jahren nach der Gründung gibt es Sonderregelungen.

Im vorliegenden Fall bestand die Verlängerung eines Arbeitsvertrages an. Die ursprüngliche Arbeitszeit belief sich auf 20 Wochenstunden. Die Befristung endete am 31.08.2005.

Im Juli 2005 einigen sich die Parteien – aufgrund der guten Leistungen – und eines diesbezüglichen Wunsches des Arbeitnehmers – darauf, dass das Arbeitsverhältnis für ein weiteres Jahr befristet fortgesetzt werde (Verlängerung), allerdings mit 30 statt bisher 20 Wochenstunden.

Nach Ablauf dieser Verlängerung wollte sich der Arbeitnehmer mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht abfinden und hat geklagt. Dabei hat er argumentiert, dass die Verlängerung für die Zeit ab 01.09.2005 unwirksam sei, in Wahrheit sei ein unbefristeter Vertrag zustande gekommen und nicht ein befristetes Arbeitsverhältnis wiederum befristet verlängert worden.

Das BAG hat dem Arbeitnehmer Recht gegeben. Die Argumentation ist sehr formal: Ein befristeter Vertrag könne nur im Rechtssinne „verlängert“ werden, wenn anlässlich der Verlängerung keine Änderungen der arbeitsvertraglichen Pflichten vorgenommen würden. Ein Arbeitsvertrag mit 20 Wochenstunden könne daher nur insoweit verlängert werden, als auch in der Verlängerungsphase nur eine Arbeitspflicht von 20 Stunden bestehe. Liege hingegen eine solche Änderung (hier: der Arbeitszeit) vor, handele es sich gerade nicht mehr um die Verlängerung des alten Arbeitsvertrages, sondern um den Abschluss eines neuen Arbeits-

vertrages. Ein Befristungsgrund lag nicht vor und eine Befristung ohne Sachgrund war auch nicht mehr zulässig, da bereits ein Arbeitsverhältnis (nämlich für die Zeit bis 31.08.2005) vorausgegangen war. Damit war statt der gewollten Verlängerung ein neuer unbefristeter Arbeitsvertrag zustande gekommen.

Anmerkung: Besonders krass ist ein auch ein älterer Fall, den das Bundesarbeitsgericht in ähnlicher Weise entschieden hatte: Dort hatte ein Arbeitgeber anlässlich einer Vertragsverlängerung dem Arbeitnehmer als Zeichen des guten Willens eine Erhöhung des Stundenlohnes um 50 Cent je Stunde eingeräumt. Diese Lohnerhöhung wurde ihm zum Verhängnis: Auch dort kam keine Verlängerung, sondern ein neuer unbefristeter Vertrag zustande (BAG vom 23.08.2006, 7 AZR 12/06).

### **Praxistipp:**

Soll ein ursprünglich befristet ohne Befristungsgrund abgeschlossener Arbeitsvertrag in einzelnen Punkten (z.B. Arbeitszeit, Vergütung, Arbeitsaufgabe etc.) nachträglich geändert werden, ist es besonders wichtig, diese Änderung gemeinsam zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vereinbaren, und zwar nicht in zeitlichem Zusammenhang mit einer Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnis. Von einem solchen Verlängerungsdatum sollte bei Änderungen ein zeitlicher Abstand von mindestens 1, besser 2 Monaten eingehalten werden.

## **6. Entgeltfortzahlung bei Freistellung des Arbeitnehmers**

**BAG, Urteil vom 23.01.2008, 5 AZR 393/07**

Grundlage dieses Falles war eine Vereinbarung, wie sie sich in vielen Aufhebungs-, Abwicklungsverträgen oder gerichtlichen Vergleichen findet: Ein Mitarbeiter war aus betriebsbedingten Gründen gekündigt worden. In dem Vergleich war vorgesehen worden, dass das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ordnungsgemäß abgerechnet werde und der Kläger bis zu diesem Datum unwiderruflich unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung auf bestehende Urlaubsansprüche von der Arbeitsleistung freigestellt wird. Zum Zeitpunkt dieses Vergleichsabschlusses war der Kläger bereits mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt.

Der Streit ging nun darum, ob der Arbeitgeber trotz Ablaufes der sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeit im Krankheitsfalle noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verpflichtet war, Entgeltfortzahlung zu leisten, nachdem die Krankheit bis zum Beendigungstag andauert hatte.

Hier hat das BAG für den Arbeitgeber keine weitergehende Zahlungspflicht festgestellt, als es sich nach dem Gesetz ergibt (§ 3 Entgeltfortzahlungsg). Danach ist die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auf sechs Wochen befristet. Auch die Übernahme der Verpflichtung, „ein Mitarbeiter unter Fortzahlung der Bezüge“ freizustellen und das Arbeitsverhältnis „ordnungsgemäß abzurechnen“ führt nicht zur weitergehenden Verpflichtung. Insbesondere sind aus solchen allgemeinen üblichen Formulierungen keine Verpflichtung des Arbeitgebers zu entnehmen, die über das ohnehin Geschuldete hinaus gehen. Ist der Arbeitnehmer also länger als sechs Wochen im Rahmen einer Fortsetzungserkrankung erkrankt, endet unabhängig von einer solchen Vertrags- oder Vergleichsformulierung die Entgeltfortzahlung nach sechs Wochen.

## **7. Außerordentliche Kündigung wegen anderweitiger Erwerbstätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit**

**BAG, Urteil vom 03.04.2008, 3 AZR 965/06**

Ein in der Praxis gar nicht selten vorkommender und sehr ärgerlicher Fall: Ein Arbeitnehmer ist arbeitsunfähig krankgeschrieben. Nichts desto trotz arbeitet er im Rahmen einer Nebentätigkeit auch während der angeblichen Zeit der Arbeitsunfähigkeit weiter. In dem hier entschiedenen Fall war der Arbeitnehmer im Hauptarbeitsverhältnis als Kraftfahrer tätig. Da er mehrfach für längere Zeit arbeitsunfähig krankgemeldet war, hat der Arbeitgeber Nachforschungen angestellt und unter anderem ein Detektivbüro eingeschaltet. Der Detektiv fand heraus, dass der Arbeitnehmer während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit ein Cafe betrieben und dort als Wirt Gäste bedient hatte, den Geschirrspüler geleert hatte und ähnliche Tätigkeiten im Gastraum und am Buffet des Cafes verrichtet hatte. Der Hauptarbeitgeber hat daraufhin gekündigt, und zwar fristlos und hilfsweise fristgerecht.

Hat ein Arbeitnehmer während Zeiten, in denen er beim Hauptarbeitgeber arbeitsunfähig geschrieben war, in einer Nebentätigkeit gearbeitet, spricht dies für die Wirksamkeit auch einer außerordentlichen Kündigung: Abgesehen von seltenen Einzelfällen ist davon auszugehen, dass entweder die Arbeitsunfähigkeit vorgeschoben war oder dass der Arbeitnehmer die Wiedergenesung und die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit zumindest durch die Nebentätigkeit verzögert hatte. Beides kann eine Kündigung rechtfertigen.

Das BAG hat im vorliegenden Fall auch zu den Anforderungen einer Betriebsratsanhörung entschieden. Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber den Betriebsrat am 01.06. angehört und am 02.06. eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen. Am 04.06. hatte der Be-

etriebsrat dann Stellung genommen und der Arbeitgeber hatte am 07.06. nochmals außerordentlich fristlos gekündigt.

Die erste Kündigung war fraglos mangels ausreichender Anhörung des Betriebsrates bzw. wegen einer Kündigung vor Ablauf der gesetzlichen 3-Tage-Stellungnahmefrist unwirksam. Die zweite Kündigung vom 07.06. war dagegen wirksam. Das Landesarbeitsgericht war noch der Auffassung gewesen, auch die zweite Kündigung sei unwirksam, da die Betriebsratsanhörung durch die erste unwirksame Kündigung bereits „verbraucht“ sei. Diese Ansicht hat das BAG verworfen. Der Betriebsrat war im vorliegenden Fall bei Abgabe seiner Stellungnahme am 04.06. unterrichtet, dass erneut eine Kündigung ausgesprochen werden sollte.

### **8. Vorsicht bei Ausübung des Direktionsrechts und Änderungskündigung**

**BAG, Urteil vom 06.09.2007, 2 AZR 368/06**

Im vorliegenden Fall ging es um das Arbeitsverhältnis eines Restaurantmitarbeiters, in dem früher gleichzeitig eine Pizzeria betrieben worden war. Nach Einstellung der Pizzeria aber bei Weiterführung des Arbeitsverhältnisses sollte der Mitarbeiter, der bisher in der Pizzeria gearbeitet hatte, nur im allgemeinen Restaurant arbeiten.

Diese Änderung der Arbeitsbedingungen fällt unter das allgemeine Direktionsrecht. Der Arbeitgeber ist berechtigt, unter Ausübung des Direktionsrechts insoweit eine Versetzung auszusprechen. Dies war im vorliegenden Fall auch geschehen, allerdings hat sich der Arbeitgeber dann offensichtlich durch den Arbeitnehmer verwirren lassen. Er hat nämlich eine Änderungskündigung ausgesprochen, d.h. das Arbeitsverhältnis insgesamt gekündigt und gleichzeitig eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im bisherigen allgemeinen Restaurantbereich angeboten. Damit war er über das Ziel hinausgeschossen. Der Arbeitnehmer hatte die Änderungskündigung nicht angenommen. Damit war aber nicht das Arbeitsverhältnis beendet. Das BAG hat entschieden, dass eine Änderungskündigung dann unzulässig da viel zu weitgehend sei, wenn eine Änderung lediglich das Direktionsrecht betreffe. Kann der Arbeitgeber also, wie im vorliegenden Fall, eine Änderung allein durch Ausübung des Direktionsrechts herbeiführen, hat er nicht die Wahl, stattdessen eine Änderungskündigung auszusprechen und damit das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers in Gefahr zu bringen. Eine trotzdem ausgesprochene Änderungskündigung ist unwirksam und lässt das Arbeitsverhältnis unberührt.

## **9. Rückzahlungsvereinbarung von Studienkosten**

**BAG, Urteil vom 18.03.2008, 9 AZR 186/07**

Die vorliegende Entscheidung zeigt die Gefährlichkeit über Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB) für Arbeitgeber. Vom Arbeitgeber vorformulierte Vertragsbedingungen unterliegen danach der Inhaltskontrolle des AGB-Rechts. Da der Arbeitnehmer als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB angesehen wird, gilt dies auch dann, wenn solche vorformulierten Verträge nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind. Die Regeln gelten also auch für kleinere Arbeitnehmer, die nur ein oder zwei Beschäftigte haben. Nach dem AGB-Recht muss der Arbeitgeber die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers möglichst klar und verständlich darstellen und darf dies nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Die Verpflichtung zur klaren Formulierung vertraglicher Rechte und Pflichten führt sehr oft zur Unwirksamkeit von solchen allgemeinen Vertragsbedingungen. Hat der Arbeitgeber die Verpflichtung eines Arbeitnehmers nicht klar und unmissverständlich dargestellt, so dass sich für den Arbeitnehmer Zweifel an Art und Umfang seiner Pflichten ergeben können, entfällt die gesamte insoweit unklare Vertragsregel. Sie wird auch nicht auf das noch zulässige oder noch verständliche Maß reduziert, sondern entfällt vollständig.

Der Arbeitnehmer im vorliegenden Fall hatte bei seinem Arbeitgeber zunächst eine Ausbildung zum Sozialversicherungsfachwirt abgeschlossen. Daran schloss er ein Studium „Gesundheitsökonomie im Praxisverbund“ an. Während der Studiendauer wurde er vom Arbeitgeber erheblich unterstützt. Zu diesem Zweck schlossen beide Parteien einen Volontariatsvertrag, wonach der Arbeitnehmer ein Darlehen für die Dauer des Studiums in Höhe von regelmäßigen monatlichen Beträgen erhielt. Die Gesamtdarlehenssumme (monatliche Unterstützung) sollte in 60 gleichen Monatsraten durch eine Anschlussstätigkeit des Arbeitnehmers beim Arbeitgeber abgebaut werden, und zwar in der Zeit nach erfolgreichem Studiumabschluss.

Nach diesem Abschluss bot der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit mit der Vergütung eines Sozialversicherungsfachwirts an. Dies lehnte der Arbeitnehmer ab, woraufhin der Arbeitgeber die Rückzahlung des Darlehens in Höhe von ca. € 24.000,00 verlangte.

Das BAG hat nunmehr entschieden, dass der Arbeitnehmer überhaupt nicht zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet ist, und zwar unabhängig von der Frage, wie hoch die Raten sein sollen und wie viele Raten zurückzuzahlen sind. Die Darlehensvereinbarung verletzte

das sogenannte Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, sei also nicht offen und klar verständlich für den Arbeitnehmer gewesen. Daher benachteilige sie den Arbeitnehmer unangemessen. Es sei nämlich unklar geblieben, ob überhaupt und wenn ja mit welcher Tätigkeit und Vergütung der Arbeitnehmer nach Abschluss des Studiums eingestellt werden sollte. Dort sei nur von einer Anschluss­tätigkeit die Rede gewesen. Dies hätte näher konkretisiert werden müssen. Eine derart lückenhafte Vertragsgestaltung eröffne dem Arbeitgeber aber ungerechtfertigt weitgehende Entscheidungsspielräume. So hätte der Arbeitgeber entscheiden können, ob er den ehemaligen Studenten überhaupt einstellt und wenn ja für welche Tätigkeiten und mit welcher Vergütung. Die Auswirkungen dieser Unklarheiten seien für den Arbeitnehmer bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar gewesen. Nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen müsse der Arbeitnehmer also gar nicht zurückzahlen. Im Ergebnis sei das Darlehen wie ein verlorener Zuschuss zu behandeln.

**Praxistipp:**

Gerade bei der Rückzahlung von Ausbildungszuschüssen etc. aber auch in anderen Bereichen hinterlässt das Recht der allgemeinen Beschäftigung sehr teure Spuren in den Arbeitgeberbilanzen. Es ist daher besonders wichtig, vertragliche Vereinbarungen von vornherein durch einen Fachmann formulieren zu lassen, um das Risiko einer Unwirksamkeit möglichst weitgehend ausschließen zu können. Eine abschließende Sicherheit gibt es im AGB-Bereich praktisch nicht, jedoch können viele Risiken begrenzt werden.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

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