

Blick ins Arbeitsrecht
Teil 2 / 2011

I.

Nachdem die Entwürfe und Absichten des Gesetzgebers zur Reform des Arbeitnehmerdatenschutzes zuletzt hohe Wellen geschlagen haben, stehen derzeit in der Politik andere Themen im Vordergrund. Auch in anderer Weise gibt es über neue arbeitsrechtliche Gesetze oder Vorschriften aus Berlin oder Brüssel nichts Nennenswertes zu berichten. Damit es aber im Arbeitsrecht nicht langweilig wird, sorgen die Gerichte mit aktuellen Entscheidungen für arbeitsrechtliche Neuerungen und Tendenzen, auf die sich Unternehmen und Arbeitnehmer einstellen müssen.

Neben eher skurrilen Entscheidungen wie der Dauer eines Toilettenbesuchs, mit dem sich ein Arbeitsgericht beschäftigen musste, finden Sie nachstehend auch einige sehr wichtige richtungsweisende Entscheidungen, die erhebliche Auswirkungen in der täglichen Praxis haben.

An erster Stelle ist hier insbesondere die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum sogenannten Equal-Pay zu nennen, die für einige Leiharbeitsunternehmen existenzbedrohende Wirkungen haben dürfte.

Für tarifgebundene Arbeitgeber ist die ganz aktuelle Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu sogenannten „Spannungssicherungsklauseln“ oder „Differenzierungsklauseln“ von sehr großer Bedeutung.

II. Rechtsprechung

1. Dauer des Toilettenbesuchs als Kündigungsgrund?

Arbeitsgericht Paderborn, Urteil vom 21. Juli 2010, 2 Ca 423/10

Manchmal finden sich in der Presse Hinweise auf (zumindest scheinbar) völlig skurrile Urteile, die den Arbeitsrechtler neugierig machen. So wurde kürzlich von einer Entscheidung des Arbeitsgerichts Paderborn berichtet. In einem Urteil sei dort festgehalten worden, dass der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer nicht wegen eines längeren Toilettenbesuchs kündigen dürfe. Der geneigte Leser beginnt sich zu fragen, wie lange denn Toilettenbesuche ausfallen müssen, um bei dem Arbeitgeber einen darauf gestützten Kündigungswunsch auszulösen. Das Staunen wird noch größer, wenn man bei näherer Betrachtung feststellt, dass nicht etwa ein verschrobener privater Arbeitgeber beteiligt war, sondern eine öffentliche Körperschaft, eine Gemeinde. Wie oft bei arbeitsrechtlichen Berichterstattungen in der allgemeinen Presse, zeigt der zweite Blick dann, dass der Fall nicht so skurril ist, wie er vielleicht auf den ersten Blick erscheinen mag:

Vorausgegangen war eine frühere Kündigung der Gemeinde gegenüber einem bei ihr angestellten Bauhofmitarbeiter, da der Mitarbeiter während der Arbeitszeit seine Bank aufgesucht und dort private Geldgeschäfte erledigt hatte. Das Arbeitsgericht hatte damals im Rahmen der Kündigungsschutzklage entschieden, dass ein zehnminütiger Bankbesuch nicht derart schwerwiegend sei, dass der Arbeitgeber deshalb kündigen dürfe. Hier sei eine Abmahnung ausreichend gewesen.

Sodann kam es zu dem zweiten jetzt entschiedenen Verfahren. Hintergrund war gewesen, dass der Mitarbeiter wiederum während der Arbeitszeit einen Freund besucht hatte. Die Dauer dieses Besuchs konnte nicht genau ermittelt werden, es waren aber mindestens 10 bis 15 Minuten. Dies nahm der Arbeitgeber wiederum zum Anlass für eine Kündigung, konnte aber nicht nachweisen, was der Arbeitnehmer während des Besuchs in der Wohnung des Freundes gemacht hatte. Der Arbeitnehmer ließ sich dann dahingehend ein, er habe sich dienstlich in der Nähe der Wohnung des Freundes aufgehalten und das dringende nicht aufschiebbare Bedürfnis nach einer biologischen Pause verspürt und sich nicht anders zu helfen gewusst, als den Freund aufzusuchen, um dort die Toilette etwa 10 Minuten lang nutzen zu können. Dies konnte der Arbeitgeber aus nachvollziehbaren Gründen nicht widerlegen, auch wenn er der festen Auffassung war, dass es sich hier nur um eine Schutzbehauptung gehandelt hat.

Das Arbeitsgericht ging somit von einem Toilettenbesuch aus und erläuterte im Urteil, dass das Aufsuchen einer Toilette während der Arbeitszeit, auch für einen längeren Zeitraum, keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstelle. Grundsätzlich sei zwar die Erledigung privater Angelegenheiten während der Arbeitszeit eine Arbeitspflichtverletzung und sei auch geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer so zu stören, dass eine Kündigung gerechtfertigt sei. Hinzu käme auch noch, dass unter Umständen das Ansehen des Arbeitgebers beschädigt werden könne. Dies gelte beispielsweise dann, wenn Mitarbeiter, die nach außen erkennbar „im Dienst“ sind (Uniform, Berufskleidung o.ä.) während der Arbeitszeit privaten Erledigungen nachgehen. Vorliegend sei aber von einer längeren Toilettenpause auszugehen, die nicht vorwerfbar sei, weshalb der Arbeitgeber mangels nachweisbarer Kündigungsgründe nicht hätte kündigen dürfen.

Praxistipp:

Im vorliegenden Fall hat der Arbeitgeber wiederholt private Unternehmungen des Mitarbeiters während der Arbeitszeit festgestellt und versucht zu reagieren. Gerade bei Mitarbeitern, die im Außendienst tätig sind, stellt sich immer das Problem der Überwachung. Der Einsatz elektronischer Hilfsmittel bedarf der Zustimmung eines ggf. vorhandenen Betriebsrates, während der Einsatz nicht technischer Überwachung, z.B. der Einsatz eines Detektives, zwar sehr teuer ist, jedoch nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt. Dabei darf die Überwachung allerdings nicht in die Privatsphäre oder gar in die Intimsphäre des Arbeitnehmers eingreifen. Letztlich hilft aber immer nur eine engmaschige Überwachung, was in erster Linie die Vorgesetzten fordert. Angemessene Lösungen lassen sich nur von Fall zu Fall individuell finden.

2. Arbeitsverweigerungsrecht aus Glaubensgründen?

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24. Februar 2011, 2 AZR 636/09

Das Bundesarbeitsgericht hat sich mit einem recht brisanten Thema beschäftigt: Darf ein Arbeitnehmer generell und gegebenenfalls unter welchen Umständen die Arbeit aus Glaubensgründen verweigern?

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein als „Ladenhilfe“ in einem Einzelhandelsmarkt beschäftigter Arbeitnehmer hatte vom Arbeitgeber die Anweisung erhalten, im Getränkebereich des Marktes Flaschen einzuräumen. Er erklärte, er sei gläubiger Moslem und sein Glaube verbiete ihm jegliche Mitwirkung bei der Verbreitung von Alkoholika. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber.

Das BAG hat die zugunsten des Arbeitgebers ergangene Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein aufgehoben und den Fall zur erneuten Verhandlung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Es bedürfe noch weiterer Sachaufklärung, ob ein Kündigungsgrund vorliege. Im Wesentlichen hat das BAG gerügt, es sei noch nicht geklärt, welche Tätigkeiten aus Sicht des Klägers seine religiöse Überzeugung verbieten würde. Daher könne auch nicht abschließend beurteilt werden, ob es dem Arbeitgeber möglich war, seinem Mitarbeiter anderweitige Arbeiten zuzuweisen.

Die Entscheidung, deren ausführliche schriftliche Begründung allerdings noch nicht vorliegt, verwundert gleich in mehrfacher Hinsicht:

Formal: Wenn der Arbeitnehmer als Kläger auch in der zweiten Instanz nicht ausreichend vorgetragen hat, welche Tätigkeiten ihm seine religiöse Überzeugung angeblich verbiete, fehlt es an einem schlüssigen Klagevortrag, so dass die Klage schon aus diesem Grund abzuweisen wäre. Offensichtlich hat der Arbeitnehmer auch gegenüber dem Arbeitgeber nicht klargemacht, welche Tätigkeiten er aus religiösen Gründen ausüben oder gerade nicht ausüben wolle.

Inhaltlich: Das BAG weist in der gleichen Entscheidung völlig zutreffend darauf hin, dass ein als Ladenhilfe in einem Einzelhandelsmarkt beschäftigter Arbeitnehmer mit der Zuweisung von Arbeitsaufgaben rechnen muss, die den Umgang mit Alkoholika erfordern. Das Gericht vertritt insoweit die Auffassung, der Arbeitnehmer müsse dem Arbeitgeber zunächst konkret mitteilen, worin die genauen religiösen Gründe bestehen, die ihn an bestimmten Tätigkeiten hindern und er müsse auch aufzeigen, welche Tätigkeiten er danach nicht ausüben dürfe. Sodann sei es Aufgabe des Arbeitgebers zu prüfen, ob er dem Arbeitnehmer andere Aufgaben zuweisen kann, die nicht mit religiösen Grundsätzen in Widerspruch stehen. Nur dann, wenn dies nicht (in zumutbarer Weise) möglich sei, sei eine Kündigung gerechtfertigt.

Hier ist schon merkwürdig, dass das Arbeitsverhältnis seit 1994 bestand. Es ist kaum anzunehmen, dass der Kläger erstmals nach 15 Jahren beauftragt wurde, Arbeiten auszuführen, bei denen er in Berührung mit Alkoholflaschen kommt.

Darüber hinaus hätte geklärt werden müssen, ob es tatsächlich religiöse Gründe gibt, die der streitigen Tätigkeit (Einräumen von Alkoholflaschen in Regale) entgegenstehen. Solche religiöse Gründe dürfte es auch für Moslems nicht geben. Moslems ist es verboten, Alkohol zu konsumieren. Verständlich wäre es, wenn ein Arbeitnehmer sich weigern würde, Arbeiten auszuführen, bei denen er in direkten Kontakt mit Alkohol kommt, beispielsweise an einer

Bar beim Ausschank alkoholischer Getränke. Das Verräumen von Flaschen ist jedoch nach Kenntnis des Autors auch für Moslems nicht verboten.

Auch der vom Arbeitnehmer genannte Aspekt, ihm sei aus religiösen Gründen „jegliche Mitwirkung bei der Verbreitung von Alkoholika verboten“ ist ersichtlich falsch und unlogisch. Auch dann, wenn der Arbeitnehmer alkoholische Getränke nicht ins Regal einräumt, wirkt er doch als Arbeitnehmer in dem fraglichen Lebensmittelmarkt generell dabei mit, alkoholische Getränke zu verkaufen.

Schließlich kommt es nicht darauf an, was der Kläger als Arbeitnehmer aus religiösen Gründen für geboten oder verboten hält, sondern vielmehr darauf, was die Religion tatsächlich ge- oder verbietet.

Kommentar:

Das BAG ist aus meiner Sicht im vorliegenden Fall über den Schutz der Religionsausübungsfreiheit hinausgegangen. Die Argumentation des BAG zu Ende gedacht, könnte jeder Arbeitnehmer aufgrund seiner eigenen Religionsauffassung entscheiden, was er nach seinem subjektiven Religionsverständnis für erlaubt oder verboten hält. Einem solchen Religionsverständnis kann kein Arbeitgeber Folge leisten. Dann dürfte ein moslemischer Mitarbeiter auch kein verpacktes Schweinefleisch einräumen oder überhaupt in der Metzgereiabteilung arbeiten dürfen. Ein strenggläubiger Katholik dürfte dann ebenfalls freitags nicht in der Fleischereiabteilung sondern allenfalls in der Fischabteilung eingesetzt werden. Jüdische Mitarbeiter dürften ebenfalls nicht in der Fleischabteilung oder – ebenso wie Moslems – in der Konservenabteilung eingesetzt werden, wenn dort auch Konserven mit Schweinefleisch angeboten werden.

Richtig ist, dass auf religiöse Gewissensentscheidungen Rücksicht genommen werden muss. Dabei kommt es aber auf objektive religiöse Pflichten und Verbote an, nicht auf die subjektive Betrachtung. Wer in einem Lebensmittelmarkt arbeitet muss damit rechnen, in allen Abteilungen eingesetzt zu werden. Die Dienstpläne - beispielsweise auch im Vertretungs-, oder Urlaubsfall - nach den persönlichen religiösen Überzeugungen der Mitarbeiter auszurichten und zu entscheiden, wer in welche Abteilung wann eingesetzt werden kann, ist einem Arbeitgeber nicht zumutbar. Arbeitnehmer müssen sich bei Eingehung eines Arbeitsverhältnisses überlegen, ob sie aus religiösen Gründen die Arbeiten ausführen können, zu denen sie sich verpflichten.

3. Altersdiskriminierung im Tarifvertrag

LAG Düsseldorf, 8 Sa 1274/10

Viele Tarifverträge (vorliegend des nordrheinwestfälischen Einzelhandels) sehen eine Staffelung des Urlaubsanspruches nach dem Lebensalter vor: Jüngere Mitarbeiter erhalten weniger Urlaubstage als ältere Mitarbeiter. Dies fand eine 24-jährige Kassiererin in einem Supermarkt ungerecht und verklagte ihren Arbeitgeber auf Gewährung des Urlaubs, den die ältesten Mitarbeiter nach dem Tarifvertrag erhalten, nämlich 36 Tage im Kalenderjahr. Hier sollte eine Angleichung nicht auf den mittleren, sondern auf den höchsten Wert erfolgen. Sie berief sich dabei auf die nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (sogenanntes Antidiskriminierungsgesetz) verbotene Ungleichbehandlung aufgrund des Alters und erklärte, sie werde gegenüber älteren Mitarbeitern diskriminiert.

Dieser Fall weist einige rechtliche Besonderheiten auf:

Zum einen wurde die Arbeitnehmerin vertreten durch die Gewerkschaft, die den Tarifvertrag mit der differenzierten Urlaubsregelung abgeschlossen hatte. Die Gewerkschaft vertrat also die Auffassung, sie habe an einem Tarifvertrag mitgewirkt, der Arbeitnehmer gesetzeswidrig diskriminiere.

Grundsätzlich ist richtig, dass Diskriminierungen aufgrund des Alters nach dem AGG verboten sind. Ausnahmen, in denen aufgrund des Alters differenziert werden kann und die in § 10 AGG geregelt sind, greifen im vorliegenden Fall nicht ein. Wenig überzeugend ist der Erklärungsversuch des verklagten Arbeitgebers dahingehend, die Staffelung diene der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. In dem angegriffenen Tarifvertrag wurde der höchste Urlaubsanspruch mit Vollendung des 30. Lebensjahres erreicht. Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist aber sowohl vor als auch nach dem 30. Lebensjahr wichtig, da sehr viele Eltern jünger als 30 Jahre sind.

Dem Landesarbeitsgericht ist im hier entschiedenen sehr speziellen Fall zu folgen, dass keine Rechtfertigungsgründe für die hier getroffene Altersgrenze ersichtlich sind, so dass die Entscheidung letztlich richtig ist.

Anders sieht es aber in Fällen aus, in denen eine Urlaubsstaffelung nach Alter die Tatsache berücksichtigen soll, dass ältere Arbeitnehmer gerade in körperlich anstrengenden Berufen nicht mehr so leistungsfähig sind, öfter und länger Erholungspausen brauchen, eher von Krankheiten bedroht sind o.ä. Dies würde es rechtfertigen, mit zunehmendem Lebensalter

einen höheren Urlaubsanspruch zu gewähren. Die Staffelung müsste dann aber letztlich über das gesamte Arbeitsleben verteilt werden und nicht die höchste Stufe bereits mit dem 30. Lebensjahr erreichen. Ein solcher Fall ist derzeit beim BAG anhängig, eine Entscheidung steht noch aus. Möglicherweise wird auch insoweit der Europäische Gerichtshof das letzte Wort haben.

Praxistipp:

Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften aber auch Unternehmen mit Haustarifverträgen sind aufgerufen, ihre tariflichen Regelungen – insbesondere aber nicht ausschließlich – im Bereich des Urlaubsanspruches – auf Vereinbarkeit mit dem AGG zu überprüfen und ggf. anzupassen. Eine unwirksame Regelung führt dazu, dass alle Mitarbeiter den höchsten Anspruch erhalten. Dies kann letztlich nur durch eine wirksame tarifliche Regelung geändert werden.

Was vorliegend zu einem Tarifvertrag entschieden wurde, gilt natürlich in genau gleicher Weise auch dann, wenn altersbezogene Differenzierungen sich im Arbeitsvertrag finden.

4. Kündigungsschutz in Filialbetrieben

BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010 , 2 AZR 392/08

Bei Unternehmen mit mehreren Filialen oder Niederlassungen stellt sich immer die Frage, inwieweit das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet. Grundsätzlich ist Voraussetzung, dass in dem jeweiligen Betrieb mehr als zehn Vollzeitbeschäftigte tätig sind. Für Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit gelten ggf. abweichende Regelungen, wonach der Kündigungsschutz bereits bei mehr als fünf Vollzeitarbeitnehmern eingreifen kann.

Viele Niederlassungen und / oder Filialen haben aber nicht mehr als zehn Arbeitnehmer. Hier stellt sich die Frage, ob die Filiale / Niederlassung ein „eigener Betrieb“ im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes ist. Werden mehr als zehn Vollzeitmitarbeiter beschäftigt, steht der Kündigungsschutz außer Frage. Sind nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit trotzdem teilweise das Kündigungsschutzgesetz angewendet und dies damit begründet, die Ungleichbehandlung zwischen Mitarbeitern größerer und kleinerer Betriebe sei mit dem Gleichheitsgrundsatz in Artikel 3 Grundgesetz nur dann vereinbar, wenn größere Arbeitgeber es nicht in der Hand haben, den Kündigungsschutz durch willkürliche Aufteilung des Unternehmens in kleinere Betriebe auszuschließen. Dies bedeutet Folgendes: Filialen / Niederlassungen werden nur dann als Kleinbetrieb ohne Kündigungsschutz anerkannt, wenn sie in ihrer Struktur mit einem kleinem Unternehmen

vergleichbar sind, wenn sie also geprägt sind durch die persönliche Zusammenarbeit der Mitarbeiter, eine geringe Finanzausstattung und sie auch keine ausgeprägten Verwaltungsstrukturen haben. Je stärker also der Einfluss des Unternehmens in der Filiale ist, je mehr Prozesse einheitlich abgewickelt werden, je zentraler die Entscheidungsgewalt und die Personalführung ist, desto eher gilt das Kündigungsschutzgesetz.

In der genannten Entscheidung hat das BAG darauf hingewiesen, eine pauschale Beurteilung solcher Fälle sei nicht möglich, vielmehr müsse immer auf alle Umstände des Einzelfalles abgehoben werden. Es müsse immer geprüft werden, inwieweit die örtliche Niederlassung / Filiale selbständig ist und selbst, zum Beispiel durch einen Betriebsleiter, über wichtige Aspekte selbst entscheiden kann. Im Vordergrund steht hier insbesondere die Personalhoheit des Filialleiters. Kann dieser beispielsweise über Einstellungen und Entlassungen, Abmahnungen und Gehaltsfestsetzungen selbst entscheiden, spricht dies für einen eigenständigen Betrieb und dafür, dass bei der Frage nach Geltung des Kündigungsschutzgesetzes nur die im Betrieb bzw. in der Filiale tätigen Mitarbeiter gezählt werden und keine gedankliche Zusammenlegung mit anderen Filialen erfolgt.

Umgekehrt gilt: Werden wesentliche Personalentscheidungen zentral getroffen, spricht dies dafür, dass mehrere Filialen auch hinsichtlich ihrer Mitarbeiter zusammengezählt werden, was oft dazu führt, dass die Zahl von zehn Vollzeitmitarbeitern überschritten und damit das Kündigungsschutzgesetz angewendet wird.

Praxistipp:

Unternehmen haben es somit selbst in der Hand, wie sie die Filialen / Niederlassungen organisieren. Je dezentraler die Personalentscheidungen gefällt werden, desto eher lässt sich das Kündigungsschutzgesetz ausschließen.

5. „Haftverschonung“ für Geschäftsführer und Inhaber

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 05. Oktober 2010, 1 ABR 71/09

Nach § 23 Abs. 3 kann bei Verstößen gegen betriebsverfassungsrechtliche Regelungen der Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber eine Ordnungsstrafe anzudrohen oder eine solche zu verhängen.

Im vorliegenden Fall hatte der Betriebsrat beantragt, den Arbeitgeber zur Durchführung einer Betriebsvereinbarung anzuhalten und im Fall von Verstößen dem Arbeitgeber ein Ordnungs-

geld in Höhe von bis zu 10.000 € anzudrohen, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft, zu vollziehen an den Geschäftsführern, anzuordnen.

Das BAG hat im vorliegenden Fall festgestellt, dass zwar Arbeitsgerichte finanzielle Ordnungsstrafen, nämlich beispielsweise Ordnungsgelder bis zur Höhe von 10.000 € gegen den Arbeitgeber verhängen können. Ausgeschlossen soll jedoch, so das BAG, die Verhängung oder Androhung von Ordnungshaft unter anderem für den Fall, dass ein Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden könne. Somit kann der Betriebsrat der Geschäftsleitung insoweit nicht mehr mit Ordnungshaft drohen.

6. Interessenausgleich mit Namensliste: Wichtige Formerfordernisse!

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12. Mai 2010, 2 AZR 551/08

Enthält ein Interessenausgleich die Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer, hat dies für den Arbeitgeber ganz erhebliche Vorteile, da dann zunächst davon auszugehen ist, dass die Sozialauswahl ordnungsgemäß erfolgte. In der Praxis findet eine Beweislastumkehr statt: Wo normalerweise der Arbeitgeber beweisen muss, dass die Kündigungsgründe vorliegen und die Sozialauswahl ordnungsgemäß durchgeführt wurde, liegt nun die Beweislast beim Arbeitnehmer. Dieser muss beweisen, dass es entweder keinen Kündigungsgrund gibt oder die Sozialauswahl nicht korrekt war. Darüber hinaus muss er auch noch beweisen, dass es hier zu groben Fehlern gekommen ist. Die Situation ist so für den Arbeitgeber wesentlich günstiger als im „Normalfall“.

Das Bundesarbeitsgericht hatte vorliegend einen Fall zu entscheiden, in dem ein Interessenausgleich geschlossen worden war. Die Namensliste war jedoch nicht im Interessenausgleich selbst enthalten, sondern diesem als Anlage beigefügt. Ein klagender Arbeitnehmer, der beim Arbeitsgericht noch Recht bekommen hatte, vertrat nun die Auffassung, vorliegend handle es sich nicht um einen Interessenausgleich mit Namensliste, da es sich nicht um ein Dokument, sondern zwei getrennte Dokumente handle.

Das BAG ist dem entgegen getreten und hat folgendes festgestellt: Ist die Namensliste getrennt vom Interessenausgleich – zum Beispiel als Anlage – erstellt worden, muss sich aus beiden Dokumenten ergeben, dass diese gedanklich zusammengehören. So muss im Interessenausgleich auch die beizufügende Namensliste verwendet werden und die Namensliste muss ausdrücklich als Namensliste zum speziellen Interessenausgleich gekennzeichnet sein. Wichtig ist auch noch, dass beide Dokumente möglichst verbunden (zusammenge-

klammert) sind und dass beide auch unterschrieben sind. Nach dem BAG soll es dabei ausreichen, wenn teilweise nur Paraphen verwendet werden.

Ist eine Namensliste ausnahmsweise einmal nicht unterschrieben, ist nach Auffassung des BAG trotzdem die notwendige Schriftform gewahrt, wenn bei Unterzeichnung des Interessenausgleichs die Anlage (Namensliste) bereits angeklammert war und auf die Anlage im unterschriebenen Interessenausgleich selbst direkt hingewiesen wird.

Praxistipp:

All diese formalen „Kraftakte“ und Unsicherheiten können einfach vermieden werden: Die Namensliste, d.h. die Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer, wird in den Text des Interessenausgleichs selbst aufgenommen. Dabei ist besonders wichtig, dass die Arbeitnehmer ausreichend bezeichnet werden. Die Nennung eventuell nur der Nachnamen reicht nicht aus. Erforderlich sind in der Regel Nachname, Vorname, Geburtsdatum und eventuell weitere Angaben, wenn diese Informationen zur Unterscheidung noch nicht ausreichen.

In Zeiten ausgereifter EDV stellt die Einbindung der Namensliste in den Text selbst kein Problem dar. Auf Anlagen oder ähnliches sollte insoweit verzichtet werden. Gerade bei einem Interessenausgleich hat der Arbeitgeber größtes Interesse an Rechtssicherheit und schneller Klarheit, so dass rechtliche Risiken, die einfach vermieden werden können, gar nicht erst in Kauf genommen werden sollten.

7. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Einstellungen

BAG, Urteil vom 17. August 2010 9 ABR 83/09

Nach § 95 Abs. 2 des Sozialgesetzbuches IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung (soweit eine solche im Betrieb besteht) in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören. Er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung getroffenen Entscheidung ist auszusetzen, die Beteiligung ist innerhalb von sieben Tagen nachzuholen. Sodann ist endgültig zu entscheiden.

Unter Berufung auf diese in der Praxis oft nicht beachtete Vorschrift hatte eine Schwerbehindertenvertretung den Arbeitgeber verklagt und verlangt, bei allen Entscheidungen über die Besetzung von Stellen mit Personalführungsfunktion unterrichtet und angehört zu werden. Im konkreten Fall ging es darum, dass die Stelle der „Leitung des Werkstattteams“ mit Vorge-

setzungenfunktion über die Mitarbeiter in der Werkstatt neu besetzt werden sollte. Der Arbeitgeber hatte die Schwerbehindertenvertretung nicht angehört. Alle drei Instanzen haben dem Arbeitgeber insoweit Recht gegeben.

Die Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung greifen nach der genannten Vorschrift nur dann ein, wenn sich entweder ein schwerbehinderter Mensch um eine Stelle bewirbt oder die Aufgabe besondere schwerbehinderungsspezifische Führungsanforderungen stellt.

In der Praxis wird die Beteiligung und Anhörung (!) der Schwerbehindertenvertretung insbesondere dann oft „vergessen“, wenn sich für irgendeine beliebige Stelle auch nur ein schwerbehinderter Mensch bewirbt. Dazu muss aus den Bewerbungsunterlagen natürlich ersichtlich sein, dass eine Schwerbehinderung vorliegt.

Besondere Vorsicht ist für Arbeitgeber insoweit geboten, als es nicht selten vorkommt, dass schwerbehinderte Bewerber besonders nachdrücklich auf ihre Schwerbehinderung und die damit verbundenen Einschränkungen bereits im Bewerbungsschreiben verweisen, um dann, wenn sie nicht eingestellt werden, Schadensersatz und Entschädigungsansprüche nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geltend zu machen. Wurden dann nicht alle Formalien eingehalten, insbesondere die Schwerbehindertenvertretung nicht angehört, kann dies ein Indiz für die Benachteiligung schwerbehinderter Bewerber sein, was für den Arbeitgeber teuer werden könnte.

Das BAG hat nun aber klargestellt, dass Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung dann nicht bestehen, wenn die Angelegenheit die Belange Schwerbehinderter oder ihnen gleichgestellter behinderter Menschen nicht in besonderer Weise berühre. Dann wenn behinderte und nichtbehinderte Menschen von einer Entscheidung in gleicher Weise betroffen werden, besteht keine Anhörungsverpflichtung.

Bezogen auf die Besetzung einer konkreten Stelle mit Führungsverantwortung ist die Schwerbehindertenvertretung nach Auffassung des BAG also nur dann zu beteiligen, wenn sich entweder ein schwerbehinderter Mensch auf diese Stelle bewirbt oder Schwerbehinderte und Gleichgestellte einen besonderen Schwerpunkt der Führungsaufgaben auf dieser Position darstellen. Die Vertretung allgemeiner Arbeitnehmerinteressen dort, wo Behinderte und Nichtbehinderte von einer Entscheidung in gleicher Weise betroffen werden, so das BAG; ist vielmehr durch das Betriebsverfassungsgesetz dem Betriebsrat und dem öffentlichen Dienst dem Personalrat zugewiesen.

8. Zur Wirksamkeit von tariflichen Differenzierungs- und Spannungsicherungsklauseln

BAG, Urteil vom 23. März 2011, 4 AZR 366/09

Im Vordergrund wird für Sie die Frage stehen, was eine Differenzierungsklausel und erst recht was eine Spannungsicherungsklausel ist:

Soweit Arbeitgeber einen sogenannten Haus- oder Firmentarifvertrag geschlossen haben oder als Mitglied eines Arbeitgeberverbandes in den Anwendungsbereich eines Flächentarifvertrages fallen, gelten die im Tarifvertrag festgelegten Regelungen zwingend zugunsten aller Beschäftigten, die Mitglied in der tarifschließenden Gewerkschaft sind. Viele Arbeitgeber erstrecken die Wirkungen eines Tarifvertrages aber auch freiwillig auf diejenigen Mitarbeiter, die nicht Mitglied in der Gewerkschaft sind. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Vergütungsregelungen. Die dahinterstehende Überlegung ist einleuchtend: Würde der Arbeitgeber die Arbeitnehmer, die nicht Mitglied in der Gewerkschaft sind, schlechter behandeln als die Gewerkschaftsmitglieder, insbesondere schlechtere Löhne zahlen, würde er praktisch alle Mitarbeiter defakto in die Gewerkschaft treiben. Dies hätte dann einen höheren Organisationsgrad zur Folge, wodurch die Gewerkschaft wiederum, beispielsweise bei einem Streik, stärkeren Druck auf das Unternehmen ausüben könnte.

Den Gewerkschaften ist eine solche Gleichbehandlung von Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtmitgliedern natürlich ein Dorn im Auge: Die Nichtmitglieder erhalten die gleichen Vergünstigungen wie die Mitglieder, zahlen aber keine Beiträge zur Gewerkschaftskasse.

Dies ist die Motivation vieler Gewerkschaften, sogenannte Differenzierungs- oder Spannungsicherungsklauseln in Tarifverträge aufzunehmen.

Differenzierungsklauseln sollen sicherstellen, dass die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft eine Sonderleistung erhalten. Eine solche einfache Differenzierungsklausel verhindert aber nicht, dass der Arbeitgeber die Nichtmitglieder gleichbehandelt, ihnen also auch die Zusatzleistung des Tarifvertrages zuwendet.

Dies versuchen die Gewerkschaften mit sogenannten Spannungsicherungsklauseln zu verhindern: Solche Klauseln besagen, dass immer eine gewisse finanzielle Spanne zwischen der Vergütung der Gewerkschaftsmitglieder und der Nichtmitglieder vorhanden sein muss.

Beispiel: Der Tarifvertrag sieht eine Differenzierungsklausel dergestalt vor, dass Gewerkschaftsmitglieder eine Jahresabschlussvergütung in Höhe von € 500,00 erhalten. Zahlt nun

der Arbeitgeber auch an die Nichtmitglieder den gleichen Betrag, soll eine sogenannte Spannungsicherungsklausel dafür Sorge tragen, dass dann die Mitglieder diesen Betrag doppelt erhalten, so dass immer die Spanne zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern gewährleistet ist.

Mit dieser zugegebenermaßen etwas komplizierten aber für Arbeitgeber besonders wichtigen Regelung hat sich nun das BAG befasst.

Es hat zunächst klargestellt, dass Tarifverträge selbstverständlich Leistungen beinhalten dürfen, die nur Mitgliedern der Gewerkschaft zugute kommen sollen. Die Gewerkschaften verhandeln ja ausschließlich für ihre Mitglieder.

Dem Arbeitgeber darf es aber, so das BAG, nicht durch Spannungsicherungsklauseln oder ähnliche Regelungen verboten oder wirtschaftlich unmöglich gemacht werden, Nichtmitglieder ebenfalls in den Genuss der Sonderleistungen kommen zu lassen. Der Tarifvertrag darf also nicht (rechtlich oder wirtschaftlich) einen Vorsprung der Gewerkschaftsmitglieder sichern, den der Arbeitgeber nicht ausgleichen darf. Eine solche Klausel würde die Tarifmacht der Gewerkschaft und auch des Arbeitgeberverbandes (!) überschreiten und ist daher unwirksam.

Das BAG hat daher im Fall eines Tarifvertrages zwischen der Hamburger Hafenlogistik und ver.di eine Tarifklausel aufgehoben, die sicherstellen sollte, dass Gewerkschaftsmitglieder im Falle der Zahlung tariflicher Leistungen an Nichtgewerkschaftsmitglieder unmittelbar einen gleichhohen zusätzlichen Anspruch enthalten sollten, so dass diese immer einen Vorsprung vor den Nichtmitgliedern beibehalten sollten. Der Arbeitgeber muss, so das BAG, die arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeit haben, die gar nicht oder nicht in der tarifschließenden Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer freiwillig oder durch Arbeitsvertrag den Gewerkschaftsmitgliedern gleichzustellen. Der Tarifvertrag darf nur den Inhalt von Arbeitsverhältnissen zwingend und unmittelbar regeln, die der Tarifmacht der Koalitionen unterworfen sind. Hierzu gehören die Arbeitsverhältnisse der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer nicht, so dass der Arbeitgeber diese den tariflich organisierten Mitarbeitern gleichstellen darf.

9. „Ausschlussfristen und Equal-Pay“ - Anspruch des Leiharbeitnehmers

BAG, Urteil vom 23. März 2011, 5 AZR 7/10

Das Bundesarbeitsgericht hatte im Jahr 2010 entschieden, dass die Vereinigung der christlichen Gewerkschaften, die mit einer Reihe von Leiharbeitsunternehmen Tarifverträge abgeschlossen hatten, nicht tariffähig war. Dies führt nun dazu, dass die insoweit abgeschlossenen Tarifverträge, die für die Arbeitgeber relativ günstig waren, als Tarifverträge unwirksam sind. Damit greift nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz der Grundsatz des Equal-Pay für Leiharbeitnehmer ein: Nach § 10 Abs. 4 AÜG kann der Leiharbeitnehmer vom Leiharbeitgeber (Verleiher) die Erfüllung der wesentlichen Arbeitsbedingungen verlangen, wie sie der Entleiher vergleichbaren Arbeitnehmern gewährt. Dies gilt in der Praxis insbesondere für die Höhe des Stundenlohns oder des Gehalts.

Die mit den christlichen Gewerkschaften geschlossenen Tarifverträge sollten diesen Anspruch auf Equal-Pay gerade verhindern. Dieser Versuch ist nach der Entscheidung des BAG fehlgeschlagen.

Nun stellt sich für viele Leiharbeitsunternehmen die existenzielle Frage, ob und ggf. wie viele der (ehemaligen) Arbeitnehmer Ansprüche auf Lohnaufstockung stellen. Verlangt werden hier teilweise bereits jetzt Unterschiedsbeträge zwischen dem Lohn aus dem unwirksamen Tarifvertrag einerseits und der Vergütung im Entleiherbetrieb andererseits.

Grundsätzlich können Leiharbeitnehmer hier auch rückwirkend Ansprüche geltend machen, soweit diese nicht verjährt sind.

Das BAG hatte nun einen Fall zu entscheiden, in dem das Verleihunternehmen sich auf Ausschlussfristen berufen hatte, die es nicht selbst mit den Leiharbeitnehmern vereinbart hatte, sondern die im Entleihbetrieb galten. Die Argumentation des Verleihers: Wenn nach § 10 Abs. 4 AÜG die wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entleihbetriebs gelten, muss dies auch für die dort vereinbarten Ausschlussfristen gelten. Dies hätte zur Folge gehabt, dass die Arbeitnehmer im konkreten Fall nur für die Dauer der Ausschlussfrist rückwirkend, nicht aber für die wesentlich längere Verjährungsfrist rückwirkend Ansprüche hätten geltend machen können.

Das BAG hat nun entschieden, dass im Entleiherbetrieb geltende Ausschlussfristen auf den Equal-Pay-Anspruch des Leiharbeitnehmers keine Anwendung finden sollen.

Das BAG hat entschieden, die im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen gehörten bei EU-konformer Auslegung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen, die der Verleiher den Leiharbeitnehmern gewähren müsse. Daher würden die im Entleiherbetrieb geltenden Verfallsfristen des dort einschlägigen Tarifvertrages für die Mitarbeiter des Verleihbetriebes nicht eingreifen und die Leiharbeitnehmer könnten rückwirkend für mehrere Jahre in nicht verjährter Zeit Differenzlohnansprüche geltend machen.

Praxistipp:

Die Entscheidung ist zunächst nicht logisch nachvollziehbar. Wenn im Rahmen des sogenannten Equal-Pay die Leiharbeitnehmer den Stammarbeitnehmern des Entleiherbetriebes gleichgestellt werden sollen, um eine Schlechterstellung der Leiharbeitnehmer gegenüber dem Stammpersonal zu verhindern, darf dies aber nicht dazu führen, dass die Leiharbeitnehmer plötzlich besser gestellt werden als die Stammmitarbeiter. Während die Stammmitarbeiter tarifliche Verfallsfristen von meist drei oder sechs Monaten beachten müssen, soll für die Leihmitarbeiter eine Verjährungsfrist von drei Jahren gelten. Dies ist mit dem Grundsatz von Equal-Pay nicht vereinbar.

Leiharbeitsfirmen waren daher gut beraten, wenn sie in den eigenen Arbeitsverträgen Verfallsfristen vorgesehen haben, die, je nach Formulierung, wirksam sein müssten. Hierüber hat das BAG noch nicht entschieden.

Fehlt es an solchen vertraglichen Verfallsfristen, ist noch folgende Überlegung denkbar: Die ursprünglich für das Leiharbeitsverhältnis vorgesehenen Tarifverträge enthalten ganz überwiegend Verfallsklauseln. Zwar sind diese Tarifverträge nicht mehr als Tarifverträge anerkannt. Soweit die Tarifverträge jedoch in dem einzelnen Arbeitsvertrag in Bezug genommen worden sind, könnte es sich um sogenannte allgemeine Arbeitsbedingungen handeln. Die Tarifverträge verlieren zwar ihre tarifliche Wirkung nach dem Tarifvertragsgesetz, lösen sich aber dadurch nicht in „Nichts“ auf. Allgemeine Arbeitsbedingungen dürfen Verfallsklauseln enthalten, so zumindest die bisherige Rechtsprechung auch nach AGB-Grundsätzen. Betroffene Verleihunternehmen könnten sich daher nach wie vor auf die Verfallsklauseln in den ursprünglich für wirksam gehaltenen Tarifverträgen berufen.

10. Strafrechtliche Verurteilungen und Arbeitsverhältnis

BAG, Urteil vom 24. März 2011, 2 AZR 790/09

Wird ein Arbeitnehmer zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, ist zu prüfen, ob diese Verurteilung Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat.

Steht die begangene Straftat im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, hat sie sich insbesondere gegen den Arbeitgeber, Kunden, Geschäftspartner o.ä. des Arbeitgebers oder gegen Kollegen gerichtet, ist regelmäßig schon aus diesem Grund eine fristlose außerordentliche oder ordentliche Kündigung verhaltensbedingt zulässig.

Aber auch dann, wenn die der Freiheitsstrafe zugrunde liegende Straftat in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht, ist eine Kündigung denkbar. Dies ist für den Arbeitgeber schon deshalb wichtig, da der Arbeitnehmer wegen der Verbüßung der Freiheitsstrafe seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen kann. Ausnahmen gelten für sogenannte Freigänger, die nur abends und am Wochenende in Haft sind, tagsüber aber ihrem regulären Arbeitsvertrag nachgehen können.

Die Verbüßung einer mehrjährigen Freiheitsstrafe ist grundsätzlich geeignet, eine personenbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen. Hier ist nach Auffassung des BAG aber keine generelle Entscheidung möglich, vielmehr muss in jedem Einzelfall eine Interessenabwägung stattfinden. Da der Arbeitnehmer seine Leistungsunfähigkeit und damit die Störung des Arbeitsverhältnisses durch die Freiheitsstrafe selbst zu vertreten hat, muss der Arbeitgeber zur Überbrückung des Ausfalls keine großen Anstrengungen unternehmen. Zumindest müssen diese Anstrengungen zur Vertretung nicht größer sein als bei einer Vertretung wegen Krankheit. Daneben spielt auch die Frage eine Rolle, wie lange die Freiheitsstrafe voraussichtlich verbüßt werden muss. Ist der Arbeitnehmer rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verurteilt worden, kann der Arbeitgeber den Arbeitsplatz in der Regel dauerhaft neu besetzen und das Arbeitsverhältnis mit dem Straftäter personenbedingt kündigen. Dies gilt dann, wenn zum Zeitpunkt der Kündigungsentscheidung noch nicht klar ist, ob der Mitarbeiter in den offenen Vollzug kommt und damit auch nicht in absehbarer Zeit zu rechnen ist.

In dem vom BAG konkret entschiedenen Fall sollte die Entscheidung über eine Verlegung in den offenen Vollzug erst 1 ½ Jahre nach rechtskräftiger Verurteilung getroffen werden. Dies musste der Arbeitgeber nicht abwarten.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de