

Blick ins Arbeitsrecht
April 2012

I.

Gesetzliche Änderungen

Über neue arbeitsrechtliche Gesetze gibt es derzeit, angesichts der diesbezüglichen Untätigkeit des Gesetzgebers, nichts zu berichten, so dass sich dieser Blick auf aktuelle und für die Praxis besonders wichtige Urteile aus der Rechtsprechung konzentriert:

II.

Rechtsprechung

1. Ein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB liegt nur dann vor, wenn diejenigen Arbeitsmittel und Arbeitnehmer, die übergehen, bereits beim Veräußerer eine organisatorische wirtschaftliche Einheit, d.h. einen Betriebsteil gebildet haben.

BAG, Urteil vom 13. Oktober 2011, 8 AZR 455/10 u.

BAG, Urteil vom 10. November 2011, 8 AZR 546/10

Mit der vorliegenden Entscheidung setzt das Bundesarbeitsgericht die sogenannte „Klarenberg-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs vom 12. Februar 2009 (C-466/07) um.

Zugrunde lag folgender Sachverhalt: Ein Unternehmen war in verschiedenen Abteilungen, die hier relevante Abteilung in drei Gruppen, untergliedert. Das Unternehmen schloss mit seiner Muttergesellschaft einen Vertrag ab, wonach mehrere bisher von der deutschen Gesellschaft hergestellte Produktlinien nunmehr von der amerikanischen Muttergesellschaft hergestellt werden sollten. Im Rahmen dieses Vertrages übernahm die Muttergesellschaft auch einige Angestellte, die dort in bereits bestehende Strukturen eingegliedert wurden und die dort auch Aufgaben übernahmen, die nicht im Zusammenhang mit den erworbenen Pro-

duktlinien stehen. Die übernommenen Mitarbeiter stellten jedoch keine Gruppe und erst recht keine Abteilung des deutschen Unternehmens dar, sondern stammten aus verschiedenen Gruppen.

Der Abteilungsleiter, der nicht übernommen worden war, klagte auf Übernahme durch die Muttergesellschaft. Das BAG hat die Klage im Ergebnis abgewiesen.

Entscheidend sei, ob die vom Veräußerer übertragenen Betriebsmittel und Beschäftigten dort bereits eine für sich handlungsfähige Einheit dargestellt haben, die in der Lage war, eine sinnvolle wirtschaftliche Tätigkeit zu erbringen, ohne dabei andere wichtige Betriebsmittel oder andere Arbeitnehmer aus anderen Unternehmensabteilungen in Anspruch zu nehmen. Dazu reiche es nicht aus, wenn aus einer Einheit (Abteilung) einige Arbeitnehmer auf das neue Unternehmen übergehen würden, wenn diese bisher keine solche funktionsfähige Einheit beim Veräußerer gebildet haben.

Allein die Tatsache, dass die betroffenen übergegangenen Arbeitnehmer (neben vielen anderen) in einer Abteilung gearbeitet haben, reicht für einen Betriebsübergang nicht aus. Es fehlt hinsichtlich der übergegangenen Arbeitnehmer (und eventuell übergegangener Betriebsmittel) an einer funktionalen Verknüpfung schon beim Veräußerer in Form einer organisatorischen Selbständigkeit. Dies wäre z.B. der Fall, wenn eine ganze Gruppe oder Abteilung samt Maschinen verlagert worden wäre.

Ist eine solche organisatorische Selbständigkeit der übergegangenen Betriebsmittel/Arbeitnehmer beim Veräußerer vorhanden, schadet es nicht, wenn diese funktionale Zuordnung beim Erwerber teilweise aufgelöst wird, die Mitarbeiter also dort beispielsweise in eine bestehende Abteilung integriert werden. Fehlt es aber von vorneherein an einer organisatorischen Selbständigkeit der übertragenen Betriebsmittel/Arbeitnehmer bereits beim Veräußerer, kommt eine Betriebsübernahme und damit eine Anwendbarkeit des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB von vorneherein nicht in Betracht.

In dem oben zitierten Sachverhalt war der Kläger Abteilungsleiter. Da aber nicht die gesamte Abteilung übergegangen ist, fehlt es am Übergang einer bereits beim Veräußerer bestehenden organisatorischen Einheit.

In dem zweiten oben zitierten Urteil hatte ein Arbeitnehmer geklagt, der im kaufmännischen Bereich eines Unternehmens tätig war. Das BAG hat auch in diesem Fall entschieden, dass bei Veräußerung eines Teils der bisherigen Unternehmenstätigkeit für den kaufmännischen

Bereich des Unternehmens die dort beschäftigten Mitarbeiter dann kein Betriebsübergang vorliegt, wenn diese Mitarbeiter nicht dem übergegangenen Bereich allein zugeordnet waren, sondern insgesamt kaufmännische Aufgaben wahrgenommen hatten. Das BAG stellte fest, dass eine abgrenzbare organisatorische Einheit, die ausschließlich kaufmännische Aufgaben für den abgegebenen Bereich zum Gegenstand hatte, beim Veräußerer nicht existierte, weshalb auch die zweite Klage vom BAG abgewiesen wurde.

2. Regelmäßig kein Auskunftsanspruch abgelehnter Bewerber über den letztlich eingestellten Bewerber (AGG-Hopper)

EuGH, Urteil vom 19.04.2012 (C-415/10)

In jüngerer Zeit sind eine Reihe von instanzgerichtlichen Entscheidungen und aktuellen praktischen Fällen bekannt geworden, in der die hier relevante Rechtsfrage eine entscheidende Rolle spielt:

Eine mehrfach abgelehnte Bewerberin, eine 45-jährige Russin, hatte sich aufgrund ihres Alters und ihrer Nationalität als diskriminiert angesehen, da sie nicht eingestellt worden war.

Die Bewerberin hatte lediglich eine Ausbildung in Russland durchlaufen. Sie ist in Deutschland eine bekannte AGG-Hopperin und war im Laufe des hier zur Entscheidung stehenden Verfahrens wegen versuchten Einstellungsbetruges sogar in Haft gewesen.

Eine Entschädigung aufgrund angeblicher Diskriminierung nach dem AGG hat sie im Wesentlichen damit begründet, dass der Arbeitgeber ihr keine Auskunft über die Qualifikation und die Person desjenigen Bewerbers gegeben habe, der die Stelle letztlich erhalten hatte. Der Arbeitgeber hatte sich insoweit auf Datenschutz berufen. Allein die Nichtauskunft sollte in den Augen der Bewerberin die Vermutung einer Diskriminierung tragen.

Entscheidung: Dem tritt der EuGH entgegen. Wie bereits in einem anderen, den Hochschulzugang betreffenden Fall entschieden (Rechtssache Kelly, C-104/10 vom 21. Juli 2011), geben die Europäischen Regelungen keinen Rechtsanspruch gegen den Arbeitgeber her, Auskunft über den erfolgreichen Bewerber zu erteilen. Daher könne aus dessen Weigerung, Informationen offen zu legen, i.d.R. auch kein für diesen nachteiligen Schluss gezogen werden.

Allerdings weist der EuGH im Rahmen seiner Begründung darauf hin, dass eine verweigerte Auskunft über die tatsächlich eingestellte Person unter bestimmten Umständen zu einer für

den Arbeitgeber negativen Beweislastverteilung führen kann. Der EuGH nennt insoweit folgende Aspekte:

- Das Anforderungsprofil der Stelle und das Leistungs- und Ausbildungsprofil des Bewerbers stimmen überein
und
- es gab keine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch
und
- die Stelle war offiziell ausgeschrieben, es handelte sich nicht um eine Initiativbewerbung.

Soweit ausnahmsweise diese drei Kriterien insgesamt erfüllt sind, kann sich nach Ansicht des EuGH ausnahmsweise auch ohne entsprechende Begründung durch eine europäische Norm aus nationalem Recht entweder ein Auskunftsanspruch über die Gründe ergeben, die zur Einstellung des letztlich erfolgreichen Bewerbers geführt haben oder ein Indiz für eine Diskriminierung.

3. Schwerbehinderung I: Der Arbeitgeber ist im bestehenden Arbeitsverhältnis – zumindest nach mindestens sechsmonatiger Beschäftigung – berechtigt, Arbeitnehmer nach einer vorliegenden Schwerbehinderung zu fragen.

BAG, Urteil vom 16. Februar 2012, 6 AZR 553/10

Im vorliegenden Fall hatte der Insolvenzverwalter eines Unternehmens alle dessen Arbeitnehmer nach ihren Sozialdaten, d.h. Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung gefragt. Der spätere Kläger verneinte eine Schwerbehinderung und erhielt später vom Insolvenzverwalter eine betriebsbedingte Beendigungskündigung.

Der Kläger hat dann erst mit der Kündigungsschutzklage seine Schwerbehinderung mitgeteilt, sich auf diese berufen und die Klage schon deshalb für unwirksam erklärt, weil das Integrationsamt nicht zugestimmt habe. Dabei datierte die Kündigung vom 26. Mai 2009, die Klageschrift vom 09. Juni 2009.

Das Bundesarbeitsgericht hat ebenso wie das Landesarbeitsgericht – aber im Gegensatz zur klagstattgebenden Entscheidung der ersten Instanz – dem Kläger eine Berufung auf seine Schwerbehinderteneigenschaft verwehrt. Eine Berufung auf den Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte sei nicht möglich, da er die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitswidrig und bewusst falsch beantwortet habe.

Das Argument des Arbeitnehmers, der Arbeitgeber habe sich gar nicht nach seiner Schwerbehinderung erkundigen dürfen, ließ das Arbeitsgericht nicht gelten. Es sei genau umgekehrt: Der Arbeitgeber sei in der Vorbereitung von betriebsbedingten Kündigungen sogar gehalten, die Sozialdaten des § 1 Abs. 3 KSchG von den Arbeitnehmern zu erfragen, sofern er diese nicht ohnehin kennt. Diese Fragen würden es dem Arbeitgeber gerade ermöglichen, sich rechtstreu zu verhalten, d.h. die bestehenden Gesetze, wie insbesondere die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG und zum Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX, einzuhalten. Es gäbe insoweit auch keine datenschutzrechtlichen Bedenken gegen diese Frage und die Pflicht, sie wahrheitsgemäß zu beantworten.

Da der Kläger sich insoweit widersprüchlich verhalten hat, war es ihm verwehrt, sich im Kündigungsschutzprozess auf die Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen, und zwar weder im Rahmen der Sozialauswahl noch bei der Frage zur Wirksamkeit der Kündigung ohne Zustimmung des Integrationsamtes.

4. Schwerbehinderung II: Innerbetriebliche Vereinbarungen auch öffentlicher Arbeitgeber mit der Schwerbehindertenvertretung schränken Ansprüche von Bewerbern nach § 82 Satz 3 SGB IX. nicht ein.

BAG, Urteil vom 16. Februar 2012, 8 AZR 697/10

Öffentliche Arbeitgeber müssen nach § 82 Satz 2 SGB IX schwerbehinderte Menschen, die sich auf eine ausgeschriebene Stelle bewerben und dabei ihre Schwerbehinderteneigenschaft mitteilen, zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Eine unterbliebene Einladung ist ein Indiz für die Vermutung, der Bewerber sei wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden. Eine Einladung ist nur dann entbehrlich, wenn dem Bewerber offensichtlich die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle fehlt.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber, der zum Bereich des öffentlichen Dienstes zählt, eine Rahmenvereinbarung zur Integration Schwerbehinderter geschlossen. Nach dieser Vereinbarung sollten Schwerbehinderte gefördert werden. Von der Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch sollte aber dann abgesehen werden, wenn zwischen der Zentralabteilung, der Schwerbehindertenvertretung und der Gleichstellungsbeauftragten Einvernehmen dahingehend bestehe, dass der Bewerber für den freien Arbeitsplatz nicht in Betracht komme.

Dies hatte der Arbeitgeber zum Anlass genommen, einen schwerbehinderten Bewerber (60 %) nicht zum Vorstellungsgespräch einzuladen. Dieser klagte auf Entschädigung nach dem AGG, da er sich aufgrund seiner Schwerbehinderteneigenschaft nachteilig fühlte.

Das BAG hat den Arbeitgeber zu einer Entschädigungszahlung verurteilt. Es hat dabei festgestellt, dass die Integrationsvereinbarung das Recht eines schwerbehinderten Bewerbers auf ein Vorstellungsgespräch nicht einschränken kann. Insbesondere kann eine solche interne Vereinbarung keine weitergehenden Möglichkeiten zum Verzicht auf ein Vorstellungsgespräch einräumen, als sie sich ohnehin aus dem Gesetz ergeben. Das BAG weist darauf hin, dass § 82 Satz 3 SGB IX eine abschließende Regelung darstellt. Danach darf ein Vorstellungsgespräch nur dann entfallen, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.

Der Arbeitgeber ist dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass das Fehlen der Eignung offensichtlich ist. Herangezogen dürfen insoweit in der Regel lediglich die veröffentlichten Bewertungskriterien.

Wird beispielsweise für eine bestimmte Stelle vorgeschrieben, dass bestimmte Sprachkenntnisse erforderlich sind, ist dies auch tatsächlich der Fall und ergibt sich aus der Bewerbung, dass ein schwerbehinderter Bewerber über diese Sprachkenntnisse nicht verfügt, muss ein Vorstellungsgespräch nicht stattfinden. Entsprechendes gilt dann, wenn sich bestimmte Stellenkriterien zwar nicht aus der Ausschreibung unmittelbar ergeben, sie jedoch wiederum offensichtlich für die zu besetzende Stelle erforderlich sind. Beispielhaft kann hier eine bestimmte Berufsausbildung oder Prüfung genannt werden oder Kenntnisse etwa der hebräischen bzw. arabischen Sprache, wenn eine Stelle im Bereich der Religionsforschung für die jüdische oder islamische Religion ausgeschrieben wird.

5. Wirksamkeit der zweimonatigen Geltungsmachungsfrist für Entschädigungsansprüche nach dem AGG

BAG, Urteil vom 15. März 2012, 8 AZR 160/11

Ein (schwerbehinderter) Bewerber bewarb sich auf eine von einem Bundesland ausgeschriebene Stelle als Lehrkraft an einer Justizvollzugsanstalt. Die Bewerbung hatte keinen Erfolg. Der Bewerber verklagte das Land auf eine finanzielle Entschädigung, da er angeblich aufgrund seiner Schwerbehinderung nicht eingestellt worden wäre.

Die ablehnende Entscheidung des Landes erhielt er am 02. September 2008 zugestellt. Erst am 04. November 2008 klagte er auf Entschädigung. Damit war die zweimonatige Frist, die das AGG in § 15 Abs. 4 für solche Ansprüche vorschreibt, überschritten.

Der Bewerber und Kläger war der Auffassung, die zweimonatige Frist sei mit europäischem Recht nicht in Übereinstimmung zu bringen.

Das BAG ist diesen Argumenten nicht gefolgt. Es hat festgestellt, dass die zweimonatige Frist wirksam ist und sich auch nach europäischem Recht keine Bedenken ergeben. Eine Vorlage dieser Rechtsfrage an den EuGH hielt das BAG nicht für erforderlich.

Mit Erhalt des Ablehnungsschreibens hatte der Kläger auch Kenntnis von allen Aspekten, die für die Geltendmachung von eventuellen Ansprüchen aus seiner Sicht auch erforderlich waren, so dass die Frist mit Zugang der Ablehnungsentscheidung zu laufen begann.

Anmerkung:

Da es hier auf den Zugang der Ablehnungsentscheidung wesentlich ankommt, ist Arbeitgebern zu raten, im Zweifelsfall die Ablehnungsentscheidung nachweisbar zuzustellen. Da dies bei der Masse der Bewerbungen mit einem unzumutbaren Aufwand und ebensolchen Kosten verbunden wäre, sollten Arbeitgeber darauf achten, dass zumindest diejenigen Bewerbungen per Einwurfeinschreiben abgelehnt werden, bei denen ggf. mit nachfolgenden „Problemen“ zu rechnen ist oder wenn in den Bewerbungen bereits Hinweise auf mögliche Diskriminierungsmerkmale zu finden sind. Zu beachten sind also besondere Betonungen einer Schwerbehinderung, einer sexuellen Orientierung oder anderer Kriterien nach dem AGG.

**6. Überwachungsrecht des Betriebsrats zum betrieblichen Eingliederungsmanagement ist nicht von der Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers abhängig
BAG, Beschluss vom 07. Februar 2012, 1 ABR 46/10**

Der Betriebsrat hat auch ein Mitbestimmungsrecht im Zusammenhang mit dem betrieblichen Eingliederungsmanagement. Ein solches betriebliches Eingliederungsmanagement muss der Arbeitgeber dann prüfen und ggf. durchführen, wenn Mitarbeiter schwerbehindert oder innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen arbeitsunfähig sind (§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.). Nach Satz 7 dieser Vorschrift hat der Betriebsrat insoweit ein Überwachungsrecht.

In dem hier entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber auf die Bitte des Betriebsrats nach Mitteilung der Arbeitnehmer, auf die diese Voraussetzungen treffen, erklärt, er sei gerne bereit,

dem Betriebsrat entsprechende Auskünfte zu erteilen, jedoch nur dann, wenn die betroffenen Mitarbeiter ihre Zustimmung erteilen würden, was nicht der Fall sei. Daher sei der Arbeitgeber datenschutzrechtlich gehindert, dem Betriebsrat die gewünschten Informationen, insbesondere die Namen der betroffenen Arbeitnehmer, mitzuteilen.

Das BAG hat dem Betriebsrat Recht gegeben, der die Auffassung vertritt, dass eine Zustimmung des Mitarbeiters nicht erforderlich sei.

Anmerkung:

Die Entscheidung überrascht nicht. Auch nach dem Betriebsverfassungsgesetz hat der Betriebsrat Mitbestimmungs- und Mitwirkungs- sowie Informationsrechte unabhängig davon, ob die betroffenen Mitarbeiter hiermit einverstanden sind. Diesem steht auch kein Recht zu, sich gegen die sie selbst betreffende Mitbestimmung zu wehren, erst recht hat der Arbeitgeber keinen Anspruch, entsprechende Daten zurück zu halten. Die betriebliche Mitbestimmung ist unabhängig von der Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer, was sich auch bereits darin zeigt, dass ein Betriebsrat gegen den Willen der Mehrheit der Belegschaft gewählt werden kann.

7. Konkurrenz zwischen einzelvertraglich in Bezug genommenem Tarifvertrag einerseits und Haustarifvertrag andererseits

BAG, Urteil vom 22. Februar 2012, 4 AZR 24/10

Das Verhältnis arbeitsvertraglicher Regelungen einerseits zu Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen andererseits ist nicht in allen Fällen eindeutig.

Es ist unstrittig, dass normative Anspruchsnormen aus Tarifverträgen gegenüber solchen arbeitsvertraglichen Klauseln vorrangig sind, die den Arbeitnehmer schlechter stellen als der Tarifvertrag. Gleiches gilt für Betriebsvereinbarungen. Diese kollektiven Normen stellen jeweils Mindestarbeitsbedingungen dar, die zwar aus Sicht des Arbeitnehmers verbessert, nicht aber verschlechtert werden dürfen.

Einen bislang nicht klar geregelten Fall hat nun das BAG entschieden: Dort waren Arbeitnehmer langjährig in einem Krankenhaus im nicht ärztlichen Dienst beschäftigt und Mitglieder der Gewerkschaft ver.di. In ihren Arbeitsverträgen ist als sogenannte Bezugsnorm die Anwendbarkeit der Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des deutschen Caritasverbandes (AVR Caritas) in der jeweils gültigen Fassung vereinbart worden. Auch nachdem es zu einem Betriebsübergang gekommen war, sind diese AVR weiterhin in ihrer jeweils

aktuellen Fassung auf die Arbeitsverhältnisse der Kläger angewendet worden. Nach mehreren Jahren kam es zu einem Gesellschafterwechsel. Die neue Gesellschafterin als Konzernmutter hatte zuvor mit der Gewerkschaft ver.di verschiedene Tarifverträge für alle Unternehmen des Konzerns abgeschlossen.

Auch hinsichtlich des hier betroffenen Arbeitgebers kam es zu einer entsprechenden Einbeziehung mit der Folge, dass dieser Haustarifvertrag auch für das Arbeitsverhältnis der Kläger gelten sollte, unter Verdrängung der AVR Caritas.

Das BAG hat festgestellt, dass ein Tarifvertrag eine andere Tarifvereinbarung im Arbeitsvertrag nicht ablösen kann. Dies gelte sogar dann, wenn beide Parteien, nämlich Arbeitgeber und Arbeitnehmer, durch Mitgliedschaft im jeweils tarifschließenden Verband tarifgebunden sind. Der Arbeitgeber kann nicht durch Abschluss eines Haustarifvertrages individuell einzelvertraglich getroffene Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag ändern. Dies gilt auch nicht hinsichtlich im Arbeitsvertrag enthaltener Bezugnahmeklauseln auf andere Tarifverträge.

Darüber hinaus hat das BAG noch einen weiteren Grund gefunden, warum der neue Haustarifvertrag vorliegend nicht eingreifen konnte: Abgeschlossen hatte den Haustarifvertrag nur die Muttergesellschaft. Das BAG hat entschieden, dass die Muttergesellschaft die Konzerntochter (Arbeitgeber) nicht ordnungsgemäß als Tarifvertragspartei vertreten hat und auch kein tariffähiger Verband als Vertreter aufgetreten ist.

Sollte eine solche Vertretung noch nachgeholt werden, könne der Haustarifvertrag beim Arbeitgeber neue Arbeitsverhältnisse erfassen, jedoch die bisherige Inbezugnahme der AVR in Altverträgen nicht ersetzen.

Würde allerdings der neue Tarifvertrag aus Arbeitnehmersicht günstigere Regelungen enthalten, als sie im bisherigen Arbeitsvertrag bzw. in den AVR enthalten sind, greift die neue Regelung aufgrund des allgemeinen Günstigkeitsprinzips ein.

8. Voraussetzung für die außerordentliche Kündigung eines Chirurgen LAG Mainz, Urteil vom 22. Februar 2012 Az: 3 Sa 474/09

Manchmal lassen sich auch ober- oder höchstrichterliche Entscheidungen beim besten Willen nicht nachvollziehen. Als urteilslesender Fachanwalt kann man dann nur schulterzuckend

die Hoffnung haben, dass sich die Gründe für die eine oder andere Entscheidung aus einem besonderen nicht mitgeteilten Sachverhaltsdetail ergeben.

Im vorliegenden Fall hatte ein Chirurg eine größere Operation durchzuführen. Während dieser Operation führte er regelmäßig minutenlange Privatgespräche mit seiner Ehefrau auf seinem Handy. Nach Angaben von Zeugen, die diesen Gesprächen beiwohnen (und mit der Operation so lange warten) mussten, war Gegenstand der Gespräche ein offensichtlich im Haus des Chirurgen tätiger Fliesenleger. Der Chirurg besprach in aller Ruhe, was mit dem Fliesenleger und seiner Arbeit zu geschehen habe. Durch Zeugenaussagen ebenfalls bestätigt, war auch der Hinweis einer Anästhesistin, der Blutdruck eines Patienten sei bereits „im Keller“.

Bei diesen Telefongesprächen handelte es sich nicht um Einzelfälle, sie kamen vielmehr regelmäßig bei Operationen vor.

Der Arbeitgeber hatte daraufhin fristlos gekündigt und die Kündigung mit einer Gefährdung des Patientenwohls begründet.

Das Gericht führte eine Interessenabwägung durch und kam zu dem Ergebnis, dass die Interessen des Arztes gewichtiger seien, als die Argumente des Krankenhauses. Der Arzt habe, so das Gericht, Unterhaltsverpflichtungen und sei wegen seines Alters sozial besonders schutzbedürftig. Schließlich würde er nach einer Entlassung keine adäquate Stelle mehr finden. Der Arbeitgeber habe nicht sogleich kündigen dürfen, sondern erst abmahnen müssen.

Anmerkung:

Wer regelmäßig als Chirurg während einer Operation banale Privatgespräche auf dem Handy führt, hat ohnehin den hippokratischen Eid nicht verstanden. Wer sich dann noch nicht einmal durch einen Hinweis auf den schlechten Blutdruck des Patienten von Gesprächen über den Fliesenleger abhalten lässt, dürfte auch durch eine Abmahnung nicht aus der Ruhe zu bringen sein.

Jeder medizinische Laie weiß, dass Vollnarkosen immer ein gewisses Risiko bergen und das Risiko mit der Dauer der Vollnarkose zunimmt. Dies gilt insbesondere dann, wenn weitere Risikofaktoren (niedriger Blutdruck) hinzukommen.

Das Urteil ist schlicht nicht nachvollziehbar. Daran ändert letztlich auch nichts, dass das LAG den Weiterbeschäftigungsantrag des Arbeitnehmers abgewiesen hat. Dies jedoch nur des-

halb, da der Arbeitgeber zwischenzeitlich wegen weiterer Vorfälle erneut gekündigt hatte und nicht feststand, wie das weitere Kündigungsschutzverfahren ausgehen werde (und nicht etwa zum Schutz der betroffenen Patienten...).

9. Anspruch auf Weihnachtsgratifikation bei gekündigtem Arbeitsverhältnis (Vertragsgestaltung)

BAG, Urteil vom 18. Januar 2012, 10 AZR 667/10

Bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen ist zwischen einer Gratifikation einerseits und einem verbindlichen Rechtsanspruch andererseits zu unterscheiden. Letzteres gilt beispielsweise für ein im Arbeitsvertrag vereinbartes „13. Monatsgehalt“, da dies nach der ständigen Rechtsprechung ein regulärer Vergütungsanspruch ist, der lediglich hinsichtlich der Fälligkeit besonderen Vereinbarungen unterliegt. Einseitig kann ein solches „13. Monatsgehalt“ vom Arbeitgeber dann nicht mehr gestrichen werden.

Anders bei – richtig formulierten – Gratifikationen.

Zu entscheiden war vorliegend über eine Weihnachtsgratifikation, die mit der Vergütung für den Monat November gezahlt werden sollte. Im Arbeitsvertrag war ausdrücklich vorgesehen, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Zahlung der Weihnachtsgratifikation hat, wenn sich das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Auszahlung in gekündigtem Zustand befindet. Eine Unterscheidung dahingehend, wer die Beendigung zu vertreten hat, gab es nicht. Der Arbeitgeber hat das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. November 2009 zum 31. Dezember des gleichen Jahres gekündigt.

Die vertraglichen Voraussetzungen für die Streichung der Weihnachtsgratifikation waren somit gegeben. Der Arbeitnehmer klagte und vertrat die Auffassung, die Streichung der Gratifikation benachteilige ihn unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (AGB-Recht) und schränke im Übrigen seine Berechtigung zur Kündigung ein.

Dem ist das BAG nicht gefolgt, obgleich die Vorinstanzen dem Arbeitnehmer Recht gegeben hatten.

Das BAG differenziert nach dem Zweck der Sonderzahlung: Wird in irgendeiner Weise Arbeitsleistung honoriert, ist die Streichung – insbesondere unabhängig davon, wer die Beendigung zu vertreten hat – nicht zulässig. Knüpft eine Zahlung wie beispielsweise ein Weihnachtsgeld (Weihnachtsgratifikation) nur an dem Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem

bestimmten Stichtag an, kann der Arbeitgeber einen Entfall der Weihnachtsgratifikation auch dann vorsehen, wenn die Vertragsbeendigung auf seine Veranlassung zurück geht.

Das Bundesarbeitsgericht hat den Fall aber nochmals an das LAG zurückgewiesen. Die Arbeitnehmerin hat behauptet, ihr sei nur deshalb gekündigt worden, weil sie nicht bereit gewesen sei, „freiwillig“ auf die Weihnachtsgratifikation zu verzichten. Dies könnte deshalb relevant sein, da ein solches Verhalten zum einen den Eintritt der Bedingung und damit den Entfall der Gratifikation treuwidrig herbeigeführt hätte, zum anderen würde es sich insoweit auch um einen Verstoß gegen das gesetzliche Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB) handeln.

10. Auch aufeinander folgende befristete Verträge sind dann zulässig, wenn ein Sachgrund für die Befristung vorliegt

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 26. Januar 2012, C 586/10

Die Tatsache, dass befristete Arbeitsverträge unter bestimmten Voraussetzungen als Ausnahme von der Regel (unbefristete Verträge) zulässig sind, ist europarechtlich unstrittig.

Im vorliegenden Fall ging es aber darum, dass mit einem Arbeitnehmer über viele Jahre hinweg immer wieder befristete Arbeitsverträge mit unterschiedlicher Begründung abgeschlossen worden sind. Insgesamt dauerten diese verschiedenen Arbeitsverhältnisse von Juli 1996 bis Dezember 2007. Pikanterweise war Arbeitgeber das Amtsgericht Köln. Gründe für die insgesamt 13 befristeten Verträge waren Vertretungen für Arbeitnehmer mit familienbedingter Auszeit oder aus anderen Gründen.

Die Arbeitnehmerin hatte Klage erhoben mit der Begründung, der letzte geschlossene befristete Arbeitsvertrag sei rechtswidrig, da bei der Anzahl der Vertretungsfälle insgesamt beim Amtsgericht nicht mehr von einem vorübergehenden Bedarf ausgegangen werden könne, wie es im Arbeitsvertrag als Befristungsgrund vermerkt war.

Vielmehr würden Kettenbefristungen wie in ihrem Fall und auch andere Vertretungsarbeitsverträge zeigen, dass beim Amtsgericht aufgrund der großen Zahl von dort beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein ständiger Vertretungsbedarf vorliege. Irgendjemand sei immer krank, in Urlaub, in Elternzeit, im Mutterschutz o.ä. Diese laufenden Vertretungen seien somit nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel, weshalb kein befristeter, sondern ein unbefristeter Vertrag hätte abgeschlossen werden müssen.

Dem ist der EuGH entgegen getreten. Der bloße Umstand, dass ein wiederkehrender oder sogar ständiger Bedarf an Vertretungen durch mehrere befristete Arbeitsverhältnisse – auch mit der gleichen Person – statt durch die Einstellung im Rahmen eines unbefristeten Vertrages abgedeckt würde, führe nicht zur Unwirksamkeit der Befristung.

Der Arbeitgeber kann also somit regelmäßig nicht gezwungen werden, mit festen unbefristeten Verträgen eine Personalreserve „vorzuhalten“.

Die Voraussetzung für die Anerkennung einer Sachgrundbefristung ist jedoch vom Arbeitgeber nachzuweisen. Je häufiger es in der Vergangenheit – insbesondere wenn es keine Unterbrechungen gibt – befristete Arbeitsverträge abgeschlossen worden sind, desto höher müssen letztlich die Befristungsinteressen des Arbeitgebers sein. Allein die Möglichkeit für den Arbeitgeber, eine Personalreserve durch Dauerarbeitsverträge einzustellen, führt aber nicht zur Unwirksamkeit befristeter Verträge, wenn der Arbeitgeber sich zur Abdeckung des Bedarfs verschiedener befristeter Verträge bedient. Es ist also nicht ganz ausgeschlossen, dass bei einer besonders großen Zahl von Befristungen einerseits und einer schlechten Begründung der Befristungsnotwendigkeit andererseits, eine Befristung als unwirksam angesehen wird.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de