

Blick ins Arbeitsrecht Juli 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. Vorsicht bei Befristung durch gerichtlichen Vergleich

BAG, Urteil vom 15. Februar 2012; 7 AZR 734/10

Für befristete Arbeitsverhältnisse sieht das Teilzeit- und Befristungsgesetz spezielle Einschränkungen vor, um aus Sicht des Gesetzgebers zu vermeiden, dass durch allzu weitgehende Befristung der zu Gunsten der Arbeitnehmer bestehende Kündigungsschutz unterlaufen wird.

Danach sind insbesondere Befristungen ohne Befristungsgrund nur bei Einhaltung der gesetzlich geregelten Voraussetzungen zulässig. Eine ganz spezielle Ausnahme von diesem Grundsatz enthält § 14 Absatz 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG. Diese Vorschrift regelt eigentlich Befristungen mit Befristungsgrund. Diese Vorschrift regelt an dieser Stelle etwas unsystematisch jedoch eine Befristung, bei der es auf einen Befristungsgrund nicht ankommt und die auch ohne Befristungsgrund zulässig ist:

Eine Befristung ist danach immer dann zulässig, wenn sie im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zustande gekommen ist.

Zwingend ist insoweit, dass es sich um einen gerichtlichen Vergleich handelt. Außergerichtliche Vergleiche sind hiervon nicht betroffen.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Vorschrift nun einschränkend ausgelegt. Das Urteil hat für die tägliche Gerichtspraxis eine sehr große Bedeutung:

Immer häufiger werden bei arbeitsgerichtlichen Verfahren Vergleiche nicht in mündlicher Verhandlung, sondern im schriftlichen Verfahren geschlossen. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich über eine Vertragsbeendigung gegen Zahlung einer Abfindung eigentlich weitgehend einig sind, jedoch keinen außergerichtlichen Aufhebungsvergleich oder Abwicklungsvertrag schließen können, da dies eine Sperrfrist beim Bezug von Arbeitslosengeld zur Folge hätte.

Mitunter erhebt ein Arbeitnehmer in solchen Fällen nach einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Beendigungskündigung Kündigungsschutzklage, es kommt sodann zu einer Einigung und diese wird zur Vermeidung einer mündlichen Verhandlung oder eines Gütetermins von den Anwälte bei Gericht schriftlich eingereicht mit der Bitte, das Zustandekommen des Vergleichs durch einen Beschluss im schriftlichen Verfahren festzustellen. Dies ist dann ein echter gerichtlicher Vergleich, auch wenn er von den Parteien nicht in mündlicher Verhandlung ausgehandelt worden ist.

Geregelt wird ein solcher Vergleich im schriftlichen Verfahren in § 278 Abs. 6 ZPO. Dort wird allerdings zwischen zwei Arten eines solchen gerichtlichen Vergleichs unterschieden:

Zum einen (§ 278 Abs. 6 Satz 1 Erste Alternative ZPO) kommt ein Vergleich danach auf übereinstimmende Mitteilung der Prozessvertreter der Parteien zustande.

Im zweiten Fall (§ 278 Abs. 6 Satz 1 Zweite Alternative ZPO) kann ein Vergleich auf Vorschlag des Gerichts zustande kommen, den beide Parteien dann annehmen müssen.

In der Praxis wurde insoweit bislang kein großer Unterschied gemacht. Die erste Variante (auf übereinstimmende Mitteilung der Parteien) hat in der Regel das gerichtliche Verfahren abgekürzt.

Das BAG hat aber nunmehr entschieden, dass ein solcher nach der erstgenannten Alternative zustande gekommener Vergleich kein gerichtlicher Vergleich im Sinne des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sei. Dies hat zur Folge, dass Vergleiche, die außergerichtlich ausgehandelt und dann von den Parteien bzw. Prozessvertreter übereinstimmend dem Gericht zur Feststellung im Beschlusswege mitgeteilt worden sind, nicht geeignet sind, ein Arbeitsverhältnis wirksam zu befristen. Besonders gefährlich ist insoweit, dass mangels einer wirksamen Befristung dann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt. Die von den Parteien mit Vergleichsschluss beabsichtigte endgültige Erledigung des Rechtsstreits ist in einem solchen Fall dann nicht eingetreten. Es fehlt an einer wirksamen Beendigung in Form einer Befristung. Das Arbeitsverhältnis setzt sich dann über den ursprünglich vorgesehenen Beendigungszeitpunkt hinaus auf unbestimmte Zeit fort.

Eine wirksame Befristung durch gerichtlichen Vergleich im schriftlichen Verfahren gemäß § 278 ZPO kann aus Sicht des BAG somit nur dann in Betracht kommen, wenn das Gericht den Vergleich vorgeschlagen hat und die Parteien den gerichtlichen Vorschlag angenommen haben.

In der Praxis dürfte dies letztlich nicht viel ändern. In Zukunft muss bei gerichtlichen Vergleichen, bei denen eine Befristung im Raume stehen könnte, darauf geachtet werden, dass die Parteien lediglich Vergleichsanregungen geben und das Gericht bitten, einen bestimmten Vergleichswortlaut wiederum den Parteien vorzuschlagen, die diesen (dann richterlichen) Vergleichsvorschlag annehmen können. Auch dies ist jeweils im schriftlichen Verfahren möglich.

Nimmt der zwischen den Parteien in der Regel ausgehandelte Vergleich somit den „Umweg“ über den Richter, der diesen als eigenen Vergleich wiederum den Parteien vorschlägt, kommt eine wirksame Befristung zustande.

Praxistipp:

Oft finden sich in gerichtlichen Vergleichen Befristungen nicht in direkter offener Formulierung, sondern eher versteckt. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis gegenüber der ursprünglich vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung im Vergleichswege verlängert wird, also beispielsweise die Kündigungsfrist verlängert oder dem Arbeitnehmer eine soziale Auslaufrist gewährt wird. Nicht selten findet sich eine Verlängerung des vom Arbeitgeber gekündigten Arbeitsverhältnisses über den ursprünglichen Kündigungszeitpunkt hinaus auch dann, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit erhalten möchte,

sich aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus zu bewerben. Oft wird eine solche Vertragsverlängerung dann mit einer Freistellung verbunden. Eventuell finanziell angedachte Abfindungen werden dann in eine entsprechende Anzahl von Monatsvergütungen umgerechnet. All diese Gestaltungen können nach der Rechtsprechung als Befristung des Arbeitsverhältnisses ausgelegt werden.

Im Zweifelsfall sollte daher bei Vergleichsabschlüssen im schriftlichen Verfahren gemäß § 278 Abs. 6 ZPO der Richter den Parteien einen – oft von diesen erarbeiteten – Vergleich ausdrücklich vorschlagen, um der geschilderten neuen Rechtsprechung des BAG Rechnung zu tragen.

2. Eingruppierung in tarifliche Vergütungsordnung im mitbestimmten Betrieb BAG, Beschluss vom 18. Oktober 2011, 1 AZR 25/10

Im vorliegenden Fall war der Arbeitgeber tarifgebunden und hatte einen Betriebsrat. Als der Arbeitgeber einen Bewerber eingestellt hatte, der nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft war, wollte er diesen nicht in das tarifliche Vergütungssystem eingruppieren, sondern unabhängig von einer solchen Eingruppierung im Rahmen einer frei getroffenen Vereinbarung vergüten.

Hiergegen hatte sich der Betriebsrat gewandt. Der Betriebsrat war der Auffassung, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, den neuen Mitarbeiter in die tarifliche Vergütungsordnung einzugruppieren und das in § 99 Abs. 1 BetrVG vorgesehene Mitbestimmungsverfahren des Betriebsrats bei einer solchen Eingruppierung einzuhalten.

Das BAG hat dem Betriebsrat Recht gegeben. Bisher war diese Frage noch nicht höchststrichterlich entschieden. Die Entscheidung begegnet letztlich auch Bedenken, ist aber in der Praxis zu beachten.

In dem entscheidenden Fall hatte eine bundesweit im Einzelhandel tätige Arbeitgeberin, die an die jeweils gültigen Tarifverträge im Einzelhandel gebunden ist, darunter auch an den Gehaltstarifvertrag, neu eingestellte Arbeitnehmer nicht mehr eingruppiert. Vielmehr wurden Arbeitsentgelte nach individuellen Kriterien frei verhandelt. Der Betriebsrat war der Auffassung, dass neu einzustellende Arbeitnehmer – wie dies zuvor geschehen war – in die Gehaltsgruppen des Gehaltstarifvertrages einzugruppiert seien. Nachdem Arbeitsgericht und

Landesarbeitsgericht den Antrag abgewiesen haben, hat das BAG nun dem Betriebsrat Recht gegeben.

Basis für die Mitbestimmung des Betriebsrats und für die Eingruppierung ist der § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Danach sei der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat verpflichtet, alle Mitarbeiter in das vorhandene tarifliche Eingruppierungssystem einzugruppieren und die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG zu beachten.

Bisher hat das Bundesarbeitsgericht hier eine differenzierte Auffassung vertreten. Eine Eingruppierungspflicht sei, so das BAG in seiner früheren Rechtsprechung, für diejenigen Mitarbeiter zwingend, die Mitglied in der Gewerkschaft sind, für die also der Tarifvertrag gilt. Bei Nichtgewerkschaftsmitgliedern, bei denen keine Tarifbindung und tarifliche Vergütung eingreife, müsse aber eine Eingruppierung nicht erfolgen. Von dieser bisherigen Rechtsprechung ist das BAG mit der vorliegenden Entscheidung nunmehr abgerückt.

Soweit ein Betriebsrat bestehe, führe dies zur Verpflichtung des Arbeitgebers, das tarifliche Entlohnungssystem auch gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern anzuwenden. Dies führe jedoch (nur) zu der Verpflichtung, neu eingestellte Arbeitnehmer einzugruppieren. Hieraus folge kein Anspruch der nichttarifgebundenen Arbeitnehmer auf Vergütung nach dem Tarif. Anspruch auf den Tariflohn hätten nur diejenigen Mitarbeiter, die Mitglied in der tarifschließenden Gewerkschaft seien. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckte sich nicht auf die Entgelthöhe, sondern umfasse lediglich die Einrichtung von Entgeltgruppen nach abstrakten Kriterien sowie die Festsetzung der Wertunterschiede und anderer Bezugsgrößen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Eine Mitbestimmung des Betriebsrates betreffe daher nur entsprechende abstrakte Entgeltgrundsätze und nicht die Entgelthöhe.

In der Praxis dürfte es einem Arbeitgeber nach dieser neuen Entscheidung aber nunmehr schwer fallen, für Arbeitnehmer, die nicht der Gewerkschaft angehören, andere, insbesondere ungünstigere Vergütungsregelungen festzusetzen, als sie für Tarifmitarbeiter gelten.

Anmerkung:

Die Entscheidung des BAG ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung abzulehnen.

Soweit sich das BAG auf Artikel 9 Absatz 3 Grundgesetz beruft, ergibt sich aus diesem Grundrecht aus Sicht des Verfassers genau das Gegenteil dessen, was das BAG herausgelesen hat: Artikel 9 Absatz 3 schützt die sog. Koalitionsfreiheit auch von Arbeitnehmern: Kein

Arbeitnehmer kann danach gezwungen werden, Mitglied einer Gewerkschaft zu sein (sog. negative Koalitionsfreiheit). Das BAG ist nun der Auffassung, die bisherige, jetzt aufgegebene Rechtsauffassung verletze nicht gewerkschaftlich gebundene Arbeitnehmer in ihrer durch Artikel 9 Absatz 3 Grundgesetz geschützten negativen Koalitionsfreiheit:

Bisher sei, so das BAG, ein Arbeitnehmer gezwungen gewesen, einer Gewerkschaft beizutreten, um die einseitige Gestaltungsmacht des Arbeitgebers im Bereich der Vergütung auszuschließen.

Hier werden aber die Grundsätze des Artikels 9 und der grundgesetzlich geschützten Koalitionsfreiheit verkannt. Es ist sogar umgekehrt so, dass die jetzt vom BAG getroffene Entscheidung massiv in die Grundrechte des Arbeitnehmers aus Artikel 9 Absatz 3 Grundgesetz eingreift:

Bisher hatte ein Arbeitnehmer die Wahl: Er konnte sich entweder dafür entscheiden, Mitglied einer Gewerkschaft zu werden und kam dann in den Genuss der Tarifbindung: Ein tariflich gebundener Arbeitgeber musste den Arbeitnehmer dann eingruppieren und auf der Mindestbasis des Tarifvertrages vergüten.

Daneben hatte aber der Arbeitnehmer bisher auch die Wahlmöglichkeit, der Gewerkschaft nicht beizutreten und damit eine Tarifbindung zu vermeiden. Er hatte dann die Möglichkeit, sämtliche Vergütungsregelungen mit dem Arbeitgeber individuell auszuhandeln. Dies hatte für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer beispielsweise auch den Vorteil, dass tarifliche Zugeständnisse der Gewerkschaften sie nicht betrafen. Damit waren Nicht-Gewerkschaftsmitglieder auch nicht dem teilweise sehr engen Konzept einer Eingruppierung in tarifliche Entgeltgruppen unterworfen. Diese von jedem Arbeitnehmer frei zu treffende Entscheidung, ob er Mitglied einer Gewerkschaft wird, hat ihm bisher auch die Entscheidungsfreiheit eingeräumt, ob er sich der betrieblichen Mitbestimmung des Betriebsrats hinsichtlich einer Eingruppierung in die Tarifgruppen unterwerfen oder sein Gehalt unabhängig von Tarifgruppen mit dem Arbeitgeber selbst aushandeln möchte.

Nunmehr, auf Basis der geschilderten neuen Rechtsprechung, kommt jeder Arbeitnehmer unabhängig von der Frage, ob er Gewerkschaftsmitglied ist oder nicht, in den zweifelhaften Genuss einer Zwangseingruppierung in das tarifliche Vergütungssystem und damit auch in die vom Arbeitgeber dann nicht mehr vermeidbare Mitbestimmung des Betriebsrats hinsichtlich seiner Eingruppierung gemäß § 99 BetrVG. Ihm wird damit die grundgesetzlich geschützte Wahlmöglichkeit Pro- oder Contra-Tarifbindung genommen.

Das BAG unterwirft somit entgegen der negativen Koalitionsfreiheit einen Arbeitnehmer, der sich bewusst gegen eine Gewerkschaftsmitgliedschaft und damit gegen eine Tarifbindung entschieden hat, gerade dieser tariflichen Eingruppierung.

Hier hilft es auch nicht, wenn der Arbeitnehmer durch die Entscheidung keinen Anspruch auf die tarifliche Vergütung erhält. Über die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Eingruppierung und die Verpflichtung des Arbeitgebers, bei der beabsichtigten individuellen Vergütungsregelung sind jedoch die Verteilungsgrundsätze der Vergütungsordnung zu beachten. Diese Vergütungsordnung ist wiederum der Tarifvertrag. Hier stellt sich die Frage, wie aus Sicht des BAG der Arbeitgeber ein Abweichen der individuell vereinbarten Vergütung von der tariflichen Vergütung angesichts dieser engen Schranken noch begründen soll. Mittelbar dürfte der vom BAG verordnende Zwang zur Eingruppierung auch nicht tarifgebundener Arbeitnehmer letztlich dazu führen, dass in vielen Fällen die tarifliche Vergütung vereinbart werden muss.

Die Entscheidung ist daher aus meiner Sicht wegen eines Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit in Artikel 9 Grundgesetz angreifbar, da sie gegen Grundrechte verstößt. Ob der beteiligte Arbeitgeber Verfassungsbeschwerde einlegt, ist hier nicht bekannt. Anzuraten wäre es jedoch.

Darüber hinaus stellt sich im Zusammenhang mit der Koalitionsfreiheit noch eine ganz andere Frage: wenn der Arbeitgeber nach diesem Beschluss des BAG in der Praxis kaum eine andere Möglichkeit hat, als auch den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer einzugruppieren und in der Folge auf Basis des Tarifvertrages zu vergüten, wird sich für viele Arbeitnehmer die Frage stellen, warum sie dann noch Mitglied in der Gewerkschaft sein müssen:

Kommen sie auch ohne Mitgliedschaft und insbesondere ohne Mitgliedsbeitrag in den Genuss einer tarifvertraglichen Eingruppierung, einer Überwachung der Eingruppierung durch den Betriebsrat und in der praktischen Folge in der Regel zur tariflichen Vergütung, wird die Mitgliedschaft der tarifschließenden Gewerkschaft schnell überflüssig, die Mitgliedsbeiträge könnten insoweit eingespart werden. Es ist also fraglich, ob diese vordergründig zu Gunsten des Betriebsrats ergangene Entscheidung im Ergebnis im Interesse der tarifschließenden Gewerkschaften liegt.

3. Neue Entscheidung zu Kettenbefristungen BAG, Urteil vom 18. Juli 2012, 7 AZR 443/09

Über den diesem Urteil zugrundeliegenden Fall hatte ich bereits im letzten „Blick ins Arbeitsrecht“ unter Ziffer 10 berichtet. Anlass war die auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts ergangene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 26. Januar 2012. Dieser hatte entschieden, dass auch aufeinanderfolgende befristete Verträge, sogenannten Kettenbefristungen, dann zulässig sind, wenn ein Sachgrund für die Befristung vorliegt. Der bloße Umstand, dass ein wiederkehrender oder sogar ständiger Bedarf an Vertretungen durch hintereinandergeschaltete befristete Arbeitsverhältnisse mit der immer gleichen Person (anstelle der Einstellung einer dauerhaften Personalreserve) abgedeckt würde, führe, so der EuGH nicht zur Unwirksamkeit der einzelnen Befristungen. Der Arbeitgeber kann somit in der Regel nicht gezwungen werden, mit festen unbefristeten Verträgen eine Personalreserve vorzuhalten.

Diese Entscheidung des EuGH war nunmehr die Grundlage für das Urteil des BAG in der gleichen Sache, das die Rechtsfrage der Kettenbefristungen zur Vorentscheidung dem EuGH vorgelegt hatte. Das pikante am vorliegenden Sachverhalt war die Tatsache, dass es um eine Arbeitnehmerin ging, die mit insgesamt 13 befristeten aufeinanderfolgenden Verträgen für insgesamt 11 ½ Jahre immer als Vertretung für verschiedene Arbeitnehmer am Amtsgericht in Köln angestellt war und die eine Festanstellung anstrebt.

Das BAG hat keine abschließende eigene Entscheidung getroffen, sondern den Fall vielmehr an das Landesarbeitsgericht Köln zurückverwiesen. Dort müssen jetzt noch weitere tatsächliche Feststellungen zum Sachverhalt getroffen werden.

Allerdings hat das BAG in dieser für befristete Arbeitsverhältnisse wegweisenden Entscheidung auf wichtige „Leitplanken“ hingewiesen, die auch allgemein für den Abschluss von befristeten Verträgen die zukünftige Entscheidungslinie des BAG erkennen lassen.

Praxistipp

Für die Praxis ergeben sich damit folgende wichtige Hinweise:

- Zunächst muss jede Befristung durch einen Sachgrund gem. § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) begründet sein. Diese Sachgründe werden von den Gerichten traditionell sehr sorgfältig geprüft, darlegungs- und beweisbelastet für solche Sachgründe ist der Arbeitgeber.

- Nach der grundlegenden Entscheidung des BAG können auch verschiedene befristete Verträge mit unterschiedlichen Sachgründen hintereinander geschaltet werden mit der Folge, dass eine durchgehende Beschäftigung stattfindet, allerdings aufgrund unterschiedlicher Verträge und mit unterschiedlichen Befristungsgründen. So kann ein Arbeitnehmer beispielsweise zunächst als Urlaubsvertretung für den einen Mitarbeiter, anschließend unmittelbar im Anschluss vielleicht als Krankheitsvertretung für wieder einen anderen Mitarbeiter usw. beschäftigt werden.
- Auch ein beim selben Arbeitgeber vorhandener ständiger Vertretungsbedarf, schließt den Abschluss solcher „Vertretungsverträge“ und damit auch Kettenbefristungen nicht aus. Generell gilt: Je mehr Arbeitnehmer bei einem Arbeitgeber beschäftigt sind, desto eher lässt sich der Vertretungsbedarf anhand bekannter Vertretungsnotwendigkeiten für Urlaub, Krankheit, Lehrgänge, Schwangerschaft, Elternzeit etc. bestimmten oder zumindest grob kalkulieren. Trotzdem ist ein Arbeitgeber nach der Entscheidung des EuGH, dem sich das BAG angeschlossen hat, nicht verpflichtet, eine ständige Personalreserve aufgrund unbefristeter Verträge (sogenannte Springer) vorzuhalten.
- Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass sich an der bisherigen Rechtsprechung des BAG und auch der Instanzgerichte zu Kettenbefristungen im Grunde nichts geändert hat, solange die Zahl der befristeten nacheinander geschalteten Arbeitsverträge und der sich daraus ergebenden Gesamtbefristung „in Grenzen hält“.
- Neu ist allerdings eine vom BAG nun für notwendig gehaltene „Missbrauchsprüfung“ bei Kettenbefristung:

Danach kann unter besonderen Umständen die Befristung eines Arbeitsvertrages trotz Vorliegens eines sachlichen Grundes wegen rechtsmissbräuchlicher Ausnutzung der an sich eröffneten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit unwirksam sein. Die Frage, wo rechtlich zulässige Kettenbefristung endet und wo ein Rechtsmissbrauch beginnt, soll anhand der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entschieden werden. Wichtig ist, dass nach Aussage des BAG an einen nur ausnahmsweise (!) anzunehmenden Rechtsmissbrauch hohe Anforderungen zu stellen sind. Dabei sollen alle Umstände des Einzelfalles, insbesondere aber die Gesamtdauer und Anzahl der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge berücksichtigt werden.

Das BAG hat davon abgesehen, diese sehr unklaren Grenzlinien näher zu bestimmen. Allerdings hat der Senat erkennen lassen, dass eine Gesamtdauer von elf Jahren und die Anzahl von 13 Befristungen im vorliegenden Fall für einen Rechtsmissbrauch sprechen. Der Klage konnte jedoch trotzdem nicht stattgegeben werden, da die vorliegend erörterten neuen „Missbrauchsüberlegungen“ bisher noch nicht Gegenstand des Verfahrens waren. Dem Arbeitgeber, dem beklagten Land Nordrhein-Westfalen, muss daher zunächst in einem erneuten Verfahren beim Landesarbeitsgericht Gelegenheit gegeben werden, weiter vorzutragen, um den Missbrauchsvorwurf gegebenenfalls zu entkräften.

Anmerkung:

Das genannte Urteil geht derzeit als „neue Rechtsprechung zu befristeten Arbeitsverträgen“ durch die Presse. Die Rede ist davon, der Willkür des Arbeitgebers würden nunmehr Grenzen gesetzt werden. Der Europäische Gerichtshof habe mit der bisherigen Rechtsprechung zu Kettenbefristungen gebrochen, Kettenbefristungen seien, so ist teilweise zu lesen, generell wegen Missbrauchs nicht mehr zulässig.

All diese Deutungen sind ersichtlich falsch. Im Gegenteil: Der Europäische Gerichtshof hat die bisherige Rechtsprechung des BAG ausdrücklich bestätigt und insoweit ausdrücklich ausgesprochen, dass auch Kettenbefristungen zulässig sind, soweit die einzelnen Befristungen durch Sachgrund gerechtfertigt sind.

Vereinzelte Stimmen in der arbeitsrechtlichen Literatur, die solche Kettenbefristungen generell für unzulässig hielten, können daher auch weiterhin von der Rechtsprechung ignoriert werden.

Aber auch die als neu angekündigte Missbrauchskontrolle ist letztlich nichts wirklich Neues. Die Tatsache, dass Gerichte generell prüfen, ob gesetzliche Vorschriften rechtmissbräuchlich ausgenutzt werden, ist bekannt. Dies gilt gerade im Arbeitsrecht mit einem vom Gesetzgeber gewollten sehr starken Arbeitnehmerschutz.

Im besonderen Maße hat die Rechtsprechung bereits bisher befristete Arbeitsverträge überprüft, da diese eine Abweichung vom Grundsatz des unbefristeten Vertrages und der Beendigungskontrolle über den gesetzlichen Kündigungsschutz entgegenstehen.

Je länger Kettenbefristungen andauern, desto genauer erfolgte auch bisher bereits eine solche Missbrauchskontrolle.

Leider findet sich zumindest in den bisher bekannt gewordenen Informationen zu dem Urteil noch keine klare und von der Instanzgerichtsbarkeit in Zukunft anzuwendende Regelung, wann von einem Missbrauch auszugehen ist. Eine schriftliche Begründung des Urteils liegt noch nicht vor.

Eine klare abstrakte Vorgabe, wann von einem Missbrauch auszugehen ist, wäre aber umso wichtiger, wenn das BAG der Auffassung ist, dass auch formal wirksame Befristungen, bei denen unzweifelhaft vom Arbeitgeber ein wirksamer Befristungsgrund nachgewiesen werden konnte, allein aufgrund einer Vorbeschäftigung des Arbeitnehmers rechtsmissbräuchlich sein könnte.

Soweit bisher erkennbar ist, soll lediglich eine Überprüfung anhand der Gesamtbeschäftigungsdauer und der Zahl der befristeten Arbeitsverträge, die nacheinander abgeschlossen wurden, erfolgen. Wesentliche Bedeutung dürfte dabei nicht die Zahl der Verträge, sondern die Dauer der Gesamtbeschäftigung haben. Allerdings ist nicht klar, wo das BAG die Grenze ziehen möchte, zumal auch der EuGH insoweit keine Grenzlinie vorgegeben hat. Ist eine weitere Befristung im 8., 9., 10., 11. oder erst im 12. Jahr rechtsmissbräuchlich? Welche Rolle spielt es, ob in dieser Zeit 5, 10 oder 15 oder vielleicht auch nur 2 befristete Verträge nacheinander abgeschlossen wurden?

Arbeitgeber sind in Zukunft jedenfalls gut beraten, wenn sie Kettenbefristungen sicherheitshalber begrenzen. In Form eines Ampelsystems sollte hier der fünften Befristung in Folge die gelbe Ampel und ab der spätestens zehnten Befristung in Folge die rote Ampel leuchten, mit der Folge, dass dann mit dem gleichen Arbeitnehmer kein befristeter Folgearbeitsvertrag mehr abgeschlossen werden darf.

Bei der Gesamtdauer der Befristung sollte bei nacheinander abgeschlossenen befristeten Verträgen sicherheitshalber bei acht Jahren, spätestens aber bei zehn Jahren die Grenze gezogen werden.

Letztlich begründen lassen sich diese Begrenzungsvorschläge lediglich mit der Aussage des BAG, dass bei einer Gesamtdauer von elf Jahren und einer Anzahl von 13 Befristungen ein Rechtsmissbrauch wahrscheinlich erscheint. Diese Grenzen lassen sich aber weder dem

Gesetz noch der Rechtsprechung des EuGH noch allgemeinen bzw. verallgemeinerungsfähigen Kriterien entnehmen.

Ich persönlich halte die Entscheidung auch in sich für widersprüchlich: Zum einen ist ausdrücklich die Zulässigkeit von Befristungen und auch von Kettenbefristungen bestätigt worden. Zum anderen sind BAG und EuGH darin einig, dass auch bei absehbaren sich immer wiederholenden Vertretungsnotwendigkeiten keine entsprechende Personalreserve unbefristet eingestellt werden muss. Unabhängig von der Vorhersehbarkeit des Vertretungsfalles kann in jedem Fall neu über einen befristeten Arbeitsvertrag entschieden werden. Woraus soll sich hier letztlich der Missbrauchsvorwurf ergeben?

Im Ergebnis wird die besprochene Entscheidung nur dazu führen, dass zwar weiterhin befristete Verträge abgeschlossen werden, dann aber mit nicht immer den gleichen Arbeitnehmern, sondern neu eingestellten Beschäftigten. Ob dies für die betroffenen Arbeitnehmer etwas zum Positiven verändert, ist mehr als fraglich. In Kenntnis der jetzigen Rechtsprechung wird das beklagte Land und wird jeder Arbeitgeber dazu übergehen, befristet Beschäftigte früher als bisher durch neue befristet Beschäftigte zu ersetzen. Der damit verbundene Einarbeitungsaufwand wird angesichts der Rechtssicherheit zu verschmerzen sein. Die hier zutage tretende Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten und die Inkonsequenz der BAG-Entscheidung eher nicht.

4. Wirksame Kündigung nach verdeckter Videoüberwachung

BAG, Urteil vom 21. Juni 2012, 2 AZR 153/11

Die verdeckte Überwachung insbesondere durch Videoanlagen steht unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes seit längerer Zeit in der Kritik. Dabei geht es um die Frage, inwieweit eine verdeckte Videoüberwachung zulässig ist.

Im vorliegenden Fall hatte eine im Einzelhandel bei einem Arbeitgeber beschäftigte Arbeitnehmerin Zigarettenpackungen aus dem dortigen Warenbestand gestohlen. Da eine anderweitige Aufklärung der Tat – insbesondere durch Zeugen etc. – nicht möglich und bereits ein erheblicher Schaden durch Inventurdifferenzen entstanden war, entschloss sich der Arbeitgeber zu einer mit dem Betriebsrat abgestimmten, den Mitarbeitern aber nicht mitgeteilten verdeckten Videoüberwachung in den Verkaufsräumen. Die durch § 6 b Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BdsG) eigentlich geforderte Kennzeichnung der überwachten Bereiche

hatte sich im vorliegenden Fall natürlich verboten, um einen Ermittlungserfolg erreichen zu können.

Die Videoüberwachung hatte die betroffene Arbeitnehmerin überführt, der Arbeitgeber hatte daraufhin das Arbeitsverhältnis fristlos außerordentlich und hilfsweise fristgerecht gekündigt.

Zuletzt war lediglich noch die ordentliche Kündigung streitig. Diese hat das BAG bestätigt, und zwar trotz der Beweisführung aufgrund einer verdeckten Videoüberwachung. Allerdings konnte das BAG noch nicht abschließend entscheiden:

Die Richter in Erfurt haben insoweit allgemein ausgeführt, dass die verdeckte Videoüberwachung die Kündigung als solche nicht unwirksam mache. Es bestehe kein Beweisverwertungsverbot. Allerdings müsse in jedem Fall einer geheimen Videoüberwachung eine Abwägung zwischen einerseits dem informationellen Selbstbestimmungsrecht und Datenschutzrecht des Arbeitnehmers und andererseits dem Aufklärungsinteresse sowie dem (drohenden) Schaden auf Arbeitgeberseite erfolgen. Das Interesse des Arbeitgebers überwiege, wenn die Art der Informationsbeschaffung trotz der mit ihr verbundenen Persönlichkeitsbeeinträchtigung schutzbedürftig sei. Dies sei in der Regel immer dann der Fall, wenn ein nicht unerheblicher Schaden drohe oder bereits verursacht worden sei und es zu der verdeckten Videoüberwachung keine sinnvolle Alternative gebe. Ferner müsse die schwere Verfehlung des Arbeitnehmers im konkreten Fall wahrscheinlich gewesen sein, es müssten also bereits vor Beginn der Videoüberwachung Verdachtsmomente bezogen auf einen bestimmten Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmergruppe vorhanden gewesen sein. Auch insgesamt dürfe die Videoüberwachung nicht unverhältnismäßig sein, was beispielsweise der Fall wäre, wenn Intimräume (Toilette, Waschräume, Dusche etc.) videoüberwacht würden.

Jedenfalls, so das BAG, gebe es kein generelles Beweisverwertungsverbot, eine Abwägung müsse jeweils individuell getroffen werden.

5. Schadensersatz wegen eines rechtswidrigen Warnstreiks

BAG, Urteil vom 19 Juni 2012, 1 AZR 775/10

Ist ein Streik, und sei es auch in der Form eines Warnstreiks, rechtswidrig, schuldet derjenige, der zu dem Streik aufruft, dem betroffenen Unternehmen Schadensersatz. Dies gilt beispielsweise dann, wenn der Streikaufruf während der Dauer der Friedenspflicht erfolgt.

Im vorliegenden Fall hatte die Gewerkschaft Verdi ihre Mitglieder bei einem Unternehmen zu einem Warnstreik ausgerufen, der das Ziel hatte, die Verhandlungen über einen Verbandstarifvertrag im eigenen Sinne zu fördern. Der Streik richtete sich jedoch gegen ein Unternehmen, das nicht mehr Mitglied des tarifschließenden Teils des Arbeitgeberverbandes war (sog. OT-Mitgliedschaft). Dies war der Gewerkschaft Verdi auch bekannt. Ein Warnstreik hätte daher gegenüber diesem Unternehmen nicht mehr erfolgen dürfen.

Auch eine Umdeutung des Warnstreiks in einen Unterstützungstreik scheidet aus Sicht des BAG aus, weshalb Verdi dem Arbeitgeber Schadensersatz schuldet.

6. Keine Befristung des Urlaubsabgeltungsanspruches gem. § 7 Bundesurlaubsgesetz BAG, Urteil vom 19 Juni 2012, 9 AZR 652/10

Der § 7 Abs. 3 Satz 1 Bundesurlaubsgesetz legt fest, dass der Erholungsurlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss. Eine Übertragung des Erholungsurlaubes auf das folgende Kalenderjahr ist nach § 7 Abs. 3 Satz 2 Bundesurlaubsgesetz nur zulässig, wenn entweder dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Beispiele hierfür sind einerseits eine Urlaubssperre des Arbeitgebers oder zum anderen eine Krankheit des Arbeitnehmers. Im Fall der Übertragung muss der Urlaub nach dem deutschen, immer noch bestehenden Recht in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden.

Hinsichtlich der Urlaubsgewährung durch Freizeitnahme im laufenden Arbeitsverhältnis hat sich allerdings die Rechtslage aufgrund von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs geändert. Eine Anpassung des deutschen Urlaubsgesetzes ist bisher leider noch nicht erfolgt.

Auf Basis der aktuellen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes dürfte die im Bundesurlaubsgesetz vorgesehene Übertragungsfrist sich um ein Jahr verlängern. Damit gilt, abweichend vom deutschen Gesetzestext, Folgendes:

Kann ein Arbeitnehmer seinen Erholungsurlaub im laufenden Kalenderjahr krankheitsbedingt nicht nehmen, verfällt dieser Urlaubsanspruch erst 15 Monate nach Ablauf des Kalenderjahres, mithin mit Ablauf des 31. März des übernächsten Jahres.

Bisher nicht geregelt war die Frage, was mit dem Urlaubsabgeltungsanspruch geschieht, der aus dem Urlaubsanspruch entsteht, wenn der Urlaub – beispielsweise wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses – nicht mehr in natura genommen werden kann. Hier hat das BAG nun entschieden, dass der gesetzliche Urlaubsabgeltungsanspruch als reiner Geldanspruch unabhängig von der Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht der Fristenregelung des Bundesurlaubsgesetzes unterliegt.

Im konkreten Fall ging es um ein Arbeitsverhältnis, das am 31. Juli 2008 geendet hatte. Zu diesem Zeitpunkt standen dem Arbeitnehmer noch 16 Urlaubstage zu. Diese machte er allerdings erst am 06. Januar 2009 geltend. Der Arbeitgeber erklärte, der Urlaubsanspruch sei gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 Bundesurlaubsgesetz jedenfalls am Ende des Urlaubsjahres, nämlich am 31. Dezember 2008 untergegangen. Dies gelte auch für den Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs. Da dieser nicht rechtzeitig bis zum 31. Dezember 2008 geltend gemacht worden sei, sei der Urlaubsabgeltungsanspruch untergegangen.

Dem hat das BAG mit der vorliegenden Entscheidung widersprochen. Somit gelten für den Urlaubsabgeltungsanspruch letztlich nur noch die gesetzlichen Verjährungsfristen (drei Jahre ab dem Ende des jeweiligen Jahres).

7. Frage nach Schwerbehinderung bei bestehendem Arbeitsverhältnis BAG, Urteil vom 16 Februar 2012, 6 AZR 553/10

Die Frage, ob und wann der Arbeitgeber einen Bewerber bzw. Arbeitnehmer nach einer Schwerbehinderung fragen darf und wann der Arbeitnehmer diese Frage wahrheitsgemäß beantworten muss, war bislang nur teilweise geklärt.

Unstreitig darf der Bewerber, der im Rahmen der Bewerbungsgespräche nach einer evtl. Schwerbehinderung gefragt wird, diese wahrheitswidrig verneinen, soweit die konkrete Schwerbehinderung keinen Einfluss auf die Frage hat, ob er für die betreffende Arbeitsstelle geeignet ist. Führt die Schwerbehinderung dazu, dass der Bewerber für die Stelle ungeeignet ist, muss er diese Frage wahrheitsgemäß beantworten, anderenfalls darf er notfalls auch lügen.

Unklar ist, ob der Arbeitgeber die gleiche Frage nach der Schwerbehinderung innerhalb der ersten sechs Monate des neuen Arbeitsverhältnisses, also nach Abschluss des Arbeitsvertrages, stellen darf und ob der Arbeitnehmer auch hier evtl. wahrheitswidrig eine Schwerbe-

hinderung verneinen darf. Diese Frage ist höchstrichterlich für den Fall, dass die Schwerbehinderung keine Auswirkungen auf die Fähigkeit zur Erfüllung der Arbeitspflichten hat, noch ungeklärt.

Geklärt ist jetzt allerdings die Berechtigung des Arbeitgebers, nach sechs Monaten nach einer Schwerbehinderung zu fragen. Nach Ablauf dieser Frist von sechs Monaten besteht für den Arbeitnehmer Kündigungsschutz, weshalb er auch nicht mehr befürchten muss, dass er möglicherweise aufgrund einer wahrheitsgemäßen Mitteilung der Schwerbehinderung gekündigt werden könnte.

Stellt der Arbeitgeber die Frage nach einer Schwerbehinderung, muss der Arbeitnehmer nach mindestens sechsmonatiger Beschäftigung wahrheitsgemäß antworten. Der Arbeitgeber hat in einem solchen Fall nämlich ein eigenes Interesse an der wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage, beispielsweise wenn es um die Erfüllung der Beschäftigungspflicht von Schwerbehinderten bzw. um die Frage einer Ausgleichsabgabe geht.

Im vorliegenden Fall diente die Anfrage nach einer Schwerbehinderung der Vorbereitung betriebsbedingter Kündigungen. Hier hatte der betroffene Arbeitnehmer die Frage nach einer Schwerbehinderung verneint und dann aufgrund einer insoweit getroffenen Sozialauswahl eine betriebsbedingte Kündigung erhalten. Erst nach Erhalt der Kündigung hat er dann die Schwerbehinderung offenbart und erklärte, er sei schutzwürdiger als andere nichtschwerbehinderte Arbeitnehmer, weshalb die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung unwirksam sei.

Das BAG hat seine Kündigungsschutzklage abgewiesen und die Kündigung für wirksam erklärt. Wenn der Arbeitgeber ausdrücklich nach bestimmten Sozialkriterien wie einer Schwerbehinderung frage, müsse der Arbeitnehmer auch wahrheitsgemäß antworten. Belügt er den Arbeitgeber insoweit, kann er sich später nach Ausspruch einer Kündigung nicht mehr auf solche von ihm verschwiegene Sozialkriterien wie eine Schwerbehinderung berufen. Der Arbeitnehmer habe durch seine wahrheitswidrige Beantwortung der Frage verhindert, dass der Arbeitgeber sich rechtstreu verhalten kann.

Insbesondere hat das BAG klargestellt, dass die Frage nach der Schwerbehinderung nach Ablauf der sechsmonatigen Frist keine Diskriminierung Schwerbehinderter darstelle und auch nicht gegen das Datenschutzrecht verstoße.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de