

**Blick ins Arbeitsrecht**  
Oktober 2012

I.

**Gesetzliche Änderungen**

**1. Stand des deutschen Arbeitsrechts**

Üblicherweise berichte ich an dieser Stelle nur von aktuellen Änderungen im Arbeitsrecht. Wer diese Rubrik regelmäßig verfolgt wird feststellen, dass es in dieser Legislaturperiode kaum neue gesetzliche Regelungen im Arbeitsrecht gegeben hat. Einerseits ist dies natürlich erfreulich, wenn man bedenkt, dass jede Umstellung in den Betrieben oft Probleme und Kosten verursacht.

Andererseits ist aber die Untätigkeit des Gesetzgebers für das deutsche Arbeitsrecht auch schädlich, und zwar gleichermaßen für Arbeitgeber und für Arbeitnehmer. Dies gilt insbesondere in den Bereichen, in denen ein gesetzestreuer Bürger oder eine Bürgerin, der/die sich an das Gesetz hält, nicht sicher ist, möglicherweise doch folgenschwere Fehler zu begehen. Hierfür lassen sich schnell Beispiele finden:

- In § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB ist geregelt, dass bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer (und der sich daraus ergebenden längeren Kündigungsfrist bei Kündigung durch den Arbeitgeber) Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt werden dürfen. Wer sich hier auf den Gesetzestext verlässt und die Kündigungsfrist entsprechend berechnet, findet sich schnell als Verlierer vor dem Arbeitsgericht wieder: diese Klausel ist altersdiskriminierend und daher nicht anzuwenden, was Europäischer Gerichtshof und Bundesarbeitsgericht bereits einvernehmlich festgestellt haben. Trotzdem schafft es der deutsche Gesetzgeber nicht, hier eine Anpassung an die tatsächliche Rechtslage zu beschließen.
- § 7 Absatz 3 Satz 3 Bundesurlaubsgesetz sieht vor, dass eine Übertragung des Erholungsurlaubs aus dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers lie-

genden Gründen nur in die ersten drei Monate des folgenden Kalenderjahres zulässig ist. Wer sich auf diesen Gesetzestext verlässt geht davon aus, dass der Urlaubsanspruch für das Vorjahr spätestens am 01.04. des folgenden Kalenderjahres verfallen ist. Weit gefehlt: Auch hier haben EuGH und BAG in seltenem Einvernehmen entschieden, dass für Langzeitkranke etwas anders gilt. Inzwischen (siehe unten) hat sich manifestiert, dass der Urlaubsanspruch für Arbeitnehmer, die den Urlaub aufgrund einer lang andauernden Erkrankung nicht antreten können, erst 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt, mithin genau ein Jahr nach dem im Bundesurlaubsgesetz festgesetzten Datum. Auch hier bleibt der Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtswidrigkeit des deutschen Gesetzes untätig.

Diese gesetzgeberische Untätigkeit ist umso weniger verzeihlich, als eine Änderung nur weniger gesetzgeberischer Handgriffe bedürfte und sowohl Kabinett als auch Parlament sicherlich unangefochten passieren würde. Durch die Untätigkeit erweist sich der Gesetzgeber auch selbst keinen guten Dienst: Das deutsche Recht fußt auf dem römischen Recht, das wiederum ganz entscheidend auf das geschriebene und nicht das durch Gerichte gesprochene Recht abstellt. Die Aktualität des geschriebenen Rechts ist daher für die rechtsunterworfenen Bürger von besonderer Wichtigkeit.

Zwar galten im Arbeitsrecht schon immer Ausnahmen vom Prinzip der Gewaltenteilung: Praktische Rechtssetzung erfolgt im deutschen Arbeitsrecht traditionell sehr stark durch die Gerichte, insbesondere durch EuGH und BAG, was schon vor geraumer Zeit – und immer wieder – den Ruf nach einem vollständig kodifizierenden deutschen Arbeitsgesetzbuch ausgelöst hat. Die Bertelsmann-Stiftung hat hier schon vor Jahren einen sehr ausgewogenen Entwurf auf Basis des geltenden Rechts vorgelegt, der von der Politik jedoch praktisch nicht zur Kenntnis genommen wird. Umso wichtiger wäre es hier, zumindest das bestehende Gesetzesrecht an zwingende Vorgaben aus Luxemburg anzupassen.

Mit dieser Kritik bin ich nicht alleine: Erst im August 2012 hat, was selten vorkommt, der Arbeitsrechtsausschuss des deutschen Anwaltsvereins (DAV) zusammen mit dem Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit eben diese Anpassung arbeitsrechtlicher Vorschriften an die geltende Rechtslage mit Nachdruck eingefordert. Bislang leider noch ohne Erfolg.

## **2. Geplante Einführung einer „Großelternzeit“**

In der politischen Diskussion wird derzeit ein Vorschlag des Bundesfamilienministeriums zur Einführung einer „Großelternzeit“ erwogen. Dabei findet sich immer wieder das Argument, diese beabsichtigte Regelung sei ja für Arbeitgeber kostenneutral. Eine solche Argumentation kann aber eigentlich nur vertreten, wer vom praktischen Arbeitsleben wenig eigene Kenntnisse hat. Daher sind hier einige Klarstellungen erforderlich:

### **a)**

Schon nach bisheriger Rechtslage haben Großeltern in bestimmten Fällen einen Anspruch auf Elternzeit. Dies gilt etwa dann, wenn ein Elternteil krank, schwerbehindert oder verstorben ist. In diesem Fällen kann sogar ein Anspruch auf Elterngeld bestehen.

### **b)**

Darüber hinaus können Großeltern Anspruch auf Elternzeit haben, wenn ein Elternteil minderjährig ist, oder sich in den letzten beiden Jahren der Ausbildung befindet, sofern diese vor Vollendung des 18. Lebensjahres begonnen hat.

### **c)**

Darüber hinaus besteht bereits nach der bisherigen Rechtslage unabhängig von einer Eltern- oder Großelternzeit die Möglichkeit für Großeltern, die Arbeitszeit nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz zu verringern, so dass individuellen Bedürfnissen im Rahmen der Kinderbetreuung schon bisher Rechnung getragen werden kann.

### **d)**

Würde ein Anspruch auf „Großelternzeit“ unabhängig von den vorgenannten sozialen Notlagen für alle Fälle eingeräumt, hätte dies aber sehr wohl erhebliche negative Auswirkungen für die Arbeitgeber. Diese müssten nämlich den vorübergehend verwaisten Arbeitsplatz befristet neu besetzen. Hierdurch entstehen i.d.R nicht nur erhebliche Einarbeitungsschwierigkeiten, die in der Regel mit Produktivitätseinbußen verbunden sind. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber auch entweder mit erheblichen Risiken belastete befristete Arbeitsverträge abschließen oder Zusatzkosten für Leiharbeitskräfte in Kauf nehmen. In allen Fällen ist der Betriebsrat zu beteiligen, es sind Fristen und Formalien einzuhalten. Weitere Probleme ergeben sich dann, wenn die (Groß-)Elternzeit aus den im Gesetz vorgesehenen Gründen vorzeitig wieder beendet werden soll.

Hinzu kommen erhebliche formale Anforderungen etwa an die Ablehnung einer gewünschten Verringerung der Arbeitszeit im Rahmen der Elternzeit, wo sich für den Arbeitgeber viele Stolperfallen finden.

e)

Damit aber nicht genug: In dem vorliegenden Entwurf zur Großelternzeit finden sich noch weitere Nachteile für den Arbeitgeber, die ganz unabhängig von den „Großeltern“ sind: So wird beispielsweise vorgesehen, dass ein bestimmter Anteil der Elternzeit nicht innerhalb der ersten drei Lebensjahre des Kindes genommen werden muss, sondern auf einen späteren Zeitraum verschoben werden kann. Bisher war es zulässig, einen Zeitraum von bis zu zwölf Monaten auf die Zeit bis zum 8. Lebensjahr des Kindes „aufzusparen“. Dahinter stand die Überlegung, dass das Kind bei der Einschulung möglicherweise nochmals Unterstützung braucht. Nach dem vorliegenden Entwurf soll ein Anteil von nunmehr 24 Monaten aufgespart werden können, und zwar nicht nur bis zur Vollendung des 8., sondern bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres des Kindes.

Besonders befremdlich ist, dass im Rahmen dieses Entwurfes wieder einmal staatliche Aufgaben und potenzielle Kosten vom „Staat“ auf private Arbeitgeber abgewälzt werden: Da die Politik nicht in der Lage ist, die gesetzlich garantierten Kleinkindbetreuungsplätze zu schaffen, soll die Nachfrage nach solchen Kita-Plätzen nun im Wege der Großelternbetreuung reduziert werden.

### **3. Verdienstgrenze für Minijobs bald 450,00 €**

Bislang liegt die Verdienstgrenze für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bei 400,00 € monatlich. Diese Grenze ist seit vielen Jahren unverändert. Die Bundesregierung hat daher am 25. September 2012 einen Gesetzentwurf zur Anpassung dieses Grenzwertes eingebracht, der am 01.01.2013 in Kraft treten soll. Danach wird die Verdienstgrenze von 400,00 € auf 450,00 € monatlich angehoben. Ferner sollen Minijobber zukünftig den vollen Versicherungsschutz in der Rentenversicherung erhalten. Eine Befreiungsmöglichkeit ist vorgesehen. Die fließende Grenze (sog. Midi-Jobs) wird entsprechend von 800,00 auf 850,00 € heraufgesetzt.

Neben der Erhöhung des Grenzwertes ist insbesondere die nun als Regel vorgesehene Versicherungspflicht in der Rentenversicherung erwähnenswert. Hier gibt es eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses: Bisher konnten geringfügig Beschäftigte zu Gunsten einer Rentenversicherungspflicht optieren. Dies wird in Zukunft die Regel werden, allerdings mit der Möglichkeit, ausdrücklich dagegen zu optieren. Damit soll die Anzahl der geringfügig Beschäftigten, die Rentenversicherungsansprüche erwerben, erhöht werden.

Bei der Finanzierung des Rentenversicherungsbeitrags bleibt es bei der bisherigen Regelung: Der Arbeitgeber zahlt die gesetzlich vorgesehene Pauschale, der Arbeitnehmer den Differenzbetrag.

## II.

### Rechtsprechung

#### 1. Vollmacht zur Kündigung, Kündigung gegenüber einem minderjährigen Azubi

**BAG, Urteil vom 08. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10**

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit zwei in der Praxis sehr wichtigen Fragen bei Ausspruch einer Kündigung. Dabei entscheiden oft nicht die Kündigungsgründe über die Wirksamkeit einer Kündigung, sondern immer häufiger Formalien wie Formen, Fristen, Vollmachtsvorlagen etc.

Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Minderjähriger schloss, vertreten durch seine Eltern, einen Ausbildungsvertrag mit dem Arbeitgeber ab. Am letzten Tag der dreimonatigen Probezeit kündigte der Arbeitgeber das Ausbildungsverhältnis. Das Kündigungsschreiben war an den Auszubildenden selbst adressiert, gesetzlich vertreten durch die Eltern, und wurde durch einen Boten am gleichen Tag, also gerade noch während der Probezeit um 08:30 Uhr vormittags in den gemeinsamen Hausbriefkasten des Auszubildenden und seiner Eltern eingeworfen. Die Eltern befanden sich zu diesem Zeitpunkt in Urlaub. Sie wurden vom Auszubildenden nach Auffinden des Schreibens kurz nach Ablauf der Probezeit telefonisch informiert. Vier Tage nach Einwurf des Kündigungsschreibens kehrten die Eltern zurück und nahmen tatsächlich Kenntnis vom Inhalt des Kündigungsbriefes. Erst neun Tage nach dieser Kenntnisnahme rügten die Eltern gegenüber dem Arbeitgeber, die Kündigung sei nicht durch den Inhaber bzw. einen Prokuristen unterschrieben worden und es sei kein Original der Vollmachtsurkunde mit der Kündigung vorgelegt worden.

Hier ergeben sich zwei höchst praxisrelevante Rechtsfragen:

##### (1) Zugang der Kündigung

Es kommen mehrere Zugangzeitpunkte in Betracht: Einwurf des Schreibens, der Abend des Einwurfes, der Tag der Kenntnisnahme durch den Minderjährigen, der Zeitpunkt der telefonischen Information der Eltern und letztlich der Tag, an dem die Eltern die Kündigung gelesen haben.

Das BAG hat zunächst darauf hingewiesen, dass eine schriftliche Willenserklärung gegenüber einem Minderjährigen dann zugeht, wenn sie zum einen mit dem erkennbaren Willen abgegeben worden ist, dass sie den gesetzlichen Vertreter erreicht. Hier war die Kündigung adressiert an den minderjährigen Auszubildenden, vertreten durch die Eltern, so dass der Wille des Arbeitsgebers erkennbar ist, dass die Erklärung auch den Eltern zugeht.

Darüber hinaus muss die Kündigung in den Herrschaftsbereich der gesetzlichen Vertreter (Eltern) gelangen. Dies war mit Einwurf in den Briefkasten am letzten Tag der Probezeit der Fall, da dies ein gemeinsamer Briefkasten von Eltern und Kind war.

Die Tatsache, dass die Eltern in Urlaub oder aus sonstigen Gründen nicht zu Hause waren, spielt dabei keine Rolle. Der Briefkasten stellt den Herrschaftsbereich dar, auf vorübergehende Abwesenheiten kommt es insoweit nicht an.

### **Praxistipp:**

Um insbesondere in Fällen unterschiedlichen Wohnsitzes von Eltern und Kind sicherzugehen, müssen Ausbilder/Arbeitgeber eine gegenüber dem Minderjährigen auszusprechende Kündigung direkt an die Eltern senden. Eine Übersendung an den Minderjährigen selbst reicht nicht aus. Eine an ihn gerichtete Kündigung würde erst wirksam werden, wenn er diese an die Eltern weitergibt. Dies kann zumindest zu Zeitverzögerungen führen.

### **(2) Zurückweisung der Kündigung mangels Vollmachtsvorlage**

Die Kündigung war nicht durch den Inhaber oder einen Prokuristen unterzeichnet. Daher muss mit Ausspruch der Kündigung regelmäßig eine schriftliche Vollmacht zugestellt werden, die bei den vorgenannten Personengruppen, ebenso wie beispielsweise bei einem GmbH-Geschäftsführer, AG-Vorstand o.ä. entbehrlich ist, da sich eine Kündigungsberechtigung dort aus öffentlichen Registern ergibt.

Dem Kündigungsschreiben war vorliegend allerdings keine Originalvollmacht beigelegt gewesen. Daher hatten die Eltern des minderjährigen Azubi die Möglichkeit, die Kündigung unverzüglich wegen dieses Fehlens der Vollmachtsurkunde zurückzuweisen. Geschieht dies rechtzeitig, entfaltet die Kündigung keinerlei Wirkung. Im vorliegenden Fall wäre dann eine Probezeitkündigung nicht mehr möglich gewesen. Hier erfolgte eine Zurückweisung aber nicht unverzüglich, sondern erst nach neun Tagen.

Das BAG vertritt die Auffassung, dass eine Zurückweisung zumindest dann, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, spätestens (!) eine Woche nach der tatsächlichen Kenntnis

des Empfängers der Kündigung von der fehlenden Vollmachtsvorlage erklärt werden müsse. Vorliegend war die Wochenfrist aber bei Absendung des Widerspruchsschreibens und erst Recht bei dessen Zugang bereits abgelaufen.

Im Ergebnis war die Kündigung somit wirksam ausgesprochen worden.

## **2. Neues zum Urlaubsrecht vom EuGH**

### **EuGH, Urteil vom 03. Mai 2012 – C-337/10**

Leider hat der deutsche Gesetzgeber die besonders wichtigen Entscheidungen des EuGH auch im Urlaubsrecht noch nicht in nationales Recht umgesetzt. Dies gilt beispielsweise für die Übertragungsfrist bei länger andauernder Arbeitsunfähigkeit (s.o.).

Mit dem vorliegenden Urteil hat der EuGH aber etwas mehr Klarheit in andere aktuelle Urlaubsrechtsfragen gebracht:

Zum einen hat er klargestellt, dass für Beamte keine Sonderrechte gelten. Sie sind nach europäischer Definition nicht anders zu behandeln als Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft. Auch ihnen steht also grundsätzlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach längerer Krankheit eine Urlaubsabgeltung zu.

Bereits mit Beschluss vom 07. April 2011 (C-519/09) hat der EuGH entschieden, dass die europäischen Urlaubsregelungen auch für Arbeitnehmer in öffentlich-rechtlichen Einrichtungen gelten.

Darüber hinaus hat der EuGH entschieden, dass die Zurruesetzung eines Beamten eine Beendigung des Vertrages ist, die den Urlaubsabgeltungsanspruch auslöst.

Besonders interessant für die Privatwirtschaft ist aber der folgende Aspekt des EuGH-Urteils: Bislang noch nicht abschließend geklärt war die Frage, für welche Zeiträume Urlaubsansprüche bei langandauernden Krankheiten zu übertragen bzw. bei Beendigung des Arbeitsvertrages dann abzugelten sind. Klar war bislang nur, dass die immer noch im Bundesurlaubsgesetz enthaltene Frist von drei Monaten zu kurz sei. Aufgrund anderweitiger EuGH-Entscheidungen wurden 15 bzw. 18 Monate nach Ende des Urlaubsjahres als Grenze für die Übertragungsmöglichkeit angesehen.

Der EuGH hat zunächst generell erklärt, dass eine Übertragung des Urlaubs so lange ermöglicht werden muss, wie vernünftigerweise ein dann noch genommener Urlaub eine posi-

tive Wirkung als Erholungszeit hätte. Konkret legt der EuGH fest, dass der Übertragungszeitraum die Dauer des Bezugszeitraumes, für den der Urlaub gewährt wird, deutlich überschreiten muss. Der Bezugszeitraum ist das Kalenderjahr. Die im vom EuGH entschiedenen beamtenrechtlichen Fall einschlägige Frist betrug neun Monate. Der EuGH hat demgemäß festgestellt, dass diese Übertragungsfrist zu kurz sei. Eine eindeutige Festlegung auf einen bestimmten Zeitraum hat der EuGH wiederum vermieden. Allerdings ergibt sich aus den wichtigsten Aussagen des Urteils, dass die in Deutschland derzeit bereits praktizierte Übertragungsfrist von 15 Monaten, gerechnet ab dem Ende des Kalenderjahres, ausreichend ist und die EuGH-Vorgaben erfüllt. Damit endet beispielsweise der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Gewährung des Urlaubs bzgl. des Urlaubsanspruches für das Jahr 2011 mit dem 31. März 2013.

### **3. Verfall des tariflichen Mehrurlaubs bei Arbeitsunfähigkeit im öffentlichen Dienst**

**BAG, Urteil vom 22. Mai 2012, 9 AZR 575/10**

Nach den jüngeren Entscheidungen des EuGH zu Übertragungszeiten von Urlaub bei länger andauernder Arbeitsunfähigkeit gibt es auch anderweitig noch Auslegungsprobleme:

Der Arbeitgeber ist zwar hinsichtlich des gesetzlichen Mindesturlaubs an die Vorgaben des EuGH gebunden, darf also auch im Arbeitsvertrag nicht festlegen, dass der Urlaub vor Ablauf von 15 Monaten nach Ende des jeweiligen Urlaubsjahres verfällt.

Zulässig ist allerdings eine Differenzierung zwischen gesetzlichem Urlaub und darüber hinaus zusätzlich gewährtem Urlaub. Bei dem zusätzlichen, über den gesetzlichen Mindesturlaub hinaus gewährten Urlaub kann der Arbeitgeber kürzere Verfallsfristen festsetzen. Das gleiche gilt beispielsweise auch für Urlaubsregelungen in Tarifverträgen. Auch hier können kürzere Verfallsfristen vorgesehen werden.

Allerdings ist fraglich, inwieweit zwischen dem gesetzlichen Urlaub einerseits und dem darüber hinaus gewährten Zusatzurlaub andererseits differenziert werden muss. Findet sich im Arbeitsvertrag keinerlei Differenzierung, richten sich die Verfallsfristen auch für den Zusatzurlaub nach den Vorgaben für den gesetzlichen Urlaub. So die bisherige Rechtsprechung und wohl überwiegende Meinung in der arbeitsrechtlichen Literatur. Aus der hier besprochenen Entscheidung des BAG könnte sich aber zugunsten der Arbeitgeber eine etwas günstigere Betrachtung ergeben:

Der 9. Senat hatte sich hier mit der Auslegung des Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes (TVöD) befasst. Dort wird nicht ausdrücklich zwischen dem gesetzlichen und durch die EU



verbürgten Mindesturlaub von vier Wochen einerseits und dem tariflichen Zusatzurlaub andererseits differenziert. Trotzdem hat das BAG die wesentlich kürzere Verfallsfrist für den Zusatzurlaub nach dem Tarifvertrag bestätigt. Dies hatte folgenden Hintergrund: Im Tarifvertrag fand aus Sicht der BAG-Richter eine ausreichend deutliche Lösung von der gesetzlichen Regelung zur Übertragungs-/Verfallsfrist statt, indem die Übertragung und der Verfall des Urlaubsanspruchs eigenständig geregelt worden waren. Eine solche Möglichkeit müsste auch für den einzelnen privaten Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsvertrages bestehen. Wird dort also eine eigenständige Verfallsregelung getroffen (und nicht nur auf die gesetzliche Regelung verwiesen), kommt es u.U. nicht zu einem Gleichlauf des gesetzlichen Mindesturlaubs und des darüber hinaus gewährten Zusatzurlaubs hinsichtlich der Verfallsfristen. Für den Zusatzurlaub können dann kürzere Verfallsfristen als 15 Monate wirksam werden.

### **Praxistipp:**

Für die Vertragsgestaltung gilt aber nach wie vor der Grundsatz der Risikovermeidung oder -minimierung. Daher sollte bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen nach wie vor ausreichend deutlich zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub mit 15-monatiger Übertragungsfrist und einem darüber hinaus gegebenenfalls gewährten Zusatzurlaub mit kürzerer Verfallsfrist (z.B. drei Monate) oder sogar ohne Übertragungsfrist unterschieden werden. Im letzteren Fall muss dann der Urlaub während des Urlaubsjahres genommen werden.

## **4. Verfall von Urlaubsansprüchen bei langfristiger Krankheit**

### **BAG, Urteil vom 07. August 2012 – 9 AZR 353/10**

Vorliegend hat das BAG zwei wichtige Aspekte im Zusammenhang mit Urlaubsansprüchen geregelt.

Nicht ganz nachvollziehbar ist zunächst die Entscheidung, dass der gesetzliche Mindesturlaub auch dann entsteht, wenn das Arbeitsverhältnis ruht. Im konkreten Fall war eine Arbeitnehmerin im gesamten Urlaubsjahr arbeitsunfähig erkrankt. Sie erhielt eine befristete Rente wegen Erwerbsminderung. Für solche Fälle sah der Tarifvertrag das Ruhen des Arbeitsverhältnisses vor.

Trotz dieses ruhenden Arbeitsverhältnisses geht das BAG davon aus, dass der gesetzliche Mindesturlaub weiterhin entstehe. Dies ist aus Sicht des Autors neu und kommt recht überraschend.

Ruht ein Arbeitsverhältnis sind in der Regel die gegenseitigen Rechte und Pflichten abbedungen und entstehen nicht. Weder hat der Arbeitgeber einen Anspruch auf Arbeitsleistung

noch der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Vergütung. Ganz unabhängig davon erscheint es sehr lebensfremd, bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich einen Erholungsbedarf und daraus folgend einen Urlaubsanspruch zu erkennen.

**Praxistipp:**

Arbeitgeber müssen nach dieser Entscheidung eventuell bestehende ruhende Arbeitsverhältnisse daraufhin überprüfen, ob insoweit mit der Entstehung eines gesetzlichen Urlaubsanspruches zu rechnen ist. Keinen Urlaubsanspruch kann es beispielsweise geben, wenn das Arbeitsverhältnis wegen eines Wehrdienstes, Ersatzdienstes, während der Elternzeit oder aus ähnlichen Gründen geruht hat.

Der zweite Teil der Entscheidung bestätigt letztlich noch einmal die vom Europäischen Gerichtshof festgelegte Grundlinie, wonach Ansprüche auf den gesetzlichen Mindesturlaub auch bei lang andauernder und zur Arbeitsunfähigkeit führender Krankheit für einen Zeitraum von 15 Monaten nach Ende des Urlaubsjahres nicht verfallen.

Bislang war zwar die Grenze von 15 Monaten aus der Rechtsprechung des EuGH bekannt, die Auslegung war jedoch aufgrund der Entscheidungsformulierung des EuGH etwas streitig. Teilweise wurde auch vertreten, die 15-Monatsfrist schließe an die im deutschen Urlaubsrecht vorgesehene Verfallsfrist von drei Monaten an.

Nun steht jedoch fest, dass der Urlaub bei Langzeiterkrankung dann verfällt, wenn er nicht binnen 15 Monaten nach Ende des Urlaubsjahres (31.12.) angetreten wird.

**5. Unzulässige Altersdifferenzierung bei befristeten Arbeitsverträgen**

**BAG, Urteil vom 06. April 2011 – 7 AZR 524/09**

Im vorliegenden Fall hatten die Parteien einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen, der am 30. Juni 2008 auslaufen sollte.

Ein Antrag auf Verlängerung des mit einer Universität bestehenden Vertrages als wissenschaftlicher Angestellter wurde von dort abgelehnt. Als Begründung wurde angegeben, die Einstellung von wissenschaftlichem Personal auf befristet zu besetzende Nachwuchsstellen sei nur dann zulässig, wenn das Beschäftigungsverhältnis vor dem vollendeten 40. Lebensjahr ende. Ohne diesen Rektoratsbeschluss wäre der Arbeitsvertrag bis zum 31. Mai 2009 verlängert worden.

Das BAG hat entschieden, dass vorliegend eine unzulässige Benachteiligung aufgrund des Alters vorliege. Rechtsfertigungsgründe lägen insoweit nicht vor.

Besonders nachteilig für den Arbeitgeber waren aber die vom BAG festgelegten Rechtsfolgen dergestalt, dass die gesamte Befristung, die die Parteien ursprünglich vereinbart hatten, unwirksam sei. Der Vertrag endete daher nicht am 30. Juni 2008, sondern lief auf unbestimmte Zeit als unbefristeter Vertrag weiter. Wenn und soweit Arbeitnehmer im Rahmen befristeter Arbeitsverträge unter Verstoß gegen das AGG benachteiligt würden, führe dies zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede an sich. Dies gelte auch dann, wenn selbst jüngere Beschäftigte nicht unbefristet beschäftigt worden wären, sondern nur eine längere Befristung oder eine Verlängerung des Arbeitsvertrages erhalten hätten.

## **6. Widerruf der Privatnutzung eines Dienstwagens in AGB-Arbeitsvertrag**

### **BAG, Urteil vom 21. März 2012 – 5 AZR 651/10**

Arbeitnehmer, die einen Dienstwagen nicht nur für dienstliche, sondern auch für private Zwecke nutzen dürfen, finden in ihren Arbeitsverträgen häufig Einschränkungen der Privatnutzung. Hier war bisher die Frage nicht geklärt, inwieweit diese Privatnutzung in vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsverträgen (Allgemeine Geschäftsbedingungen) überhaupt zulässig und wirksam sind. Hier hat das BAG nunmehr – im Interesse des Arbeitgebers – Klarheit geschaffen. Eine Arbeitnehmerin hatte einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt erhalten. Im Arbeitsvertrag fand sich eine Regelung, wonach der Arbeitgeber berechtigt war, die Überlassung des Fahrzeugs zu widerrufen, wenn dieser von der Arbeitnehmerin für dienstliche Zwecke nicht mehr benötigt wird, und insbesondere auch dann, wenn nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin von der Arbeitsleistung freistellt. Im vorliegenden Fall hatte dann die Arbeitnehmerin selbst zum 30. Juni 2009 gekündigt. Der Arbeitgeber stellte sie daraufhin von der Arbeit frei und forderte die sofortige Rückgabe des Dienstwagens. Die Arbeitnehmerin kam dieser Aufforderung nach, hat aber später Schadensersatz für die entgangene Nutzung verlangt. Das BAG hat die Klage im Ergebnis abgewiesen.

Zu prüfen war die Klausel nach Maßgabe des AGB-Rechts (§§ 305 bis 310 BGB). Insbesondere hat das BAG darauf abgestellt, ob die Klausel ausreichend klar abgegrenzt, verständlich und nicht widersprüchlich sei. Dies hat das Gericht vorliegend bejaht: der Arbeitnehmer finde im Vertrag eine klare Regelung und müsse im Fall der Freistellung mit dem Entzug der Privatnutzung rechnen. Der Entzug des Fahrzeug im Zusammenhang mit der Freistellung sei für den Arbeitnehmer auch zumutbar, da gleichzeitig auch die Verpflichtung zur Erbringung

von Arbeitsleistung und damit der eigentliche Grund für die Überlassung des Fahrzeugs entfallen würden.

Es bedürfe, so dass BAG, auch keiner Ankündigungs-, Kündigungs- oder Auslaufrist, so dass eine sofortige Rückgabe verlangt werden könne. Für die von der Arbeitnehmerin vorgelegte anderslautende Meinung gäbe es keine Stütze im Gesetz.

Zwar handele es sich bei der Privatnutzung um einen finanziellen Aspekt und einen Teil der dem Arbeitnehmer gewährten Gesamtvergütung. Die private Nutzungsmöglichkeit liege aber unter 25% des Gesamtverdienstes, so dass keine wesentliche Einschränkung vorliege.

Allerdings müsse der Arbeitgeber bei der Entscheidung, ob er die Privatnutzung widerrufe, eine Interessenabwägung vornehmen. Dabei sei zu prüfen, welches Interesse der Arbeitgeber an der Rückgabe des Fahrzeuges habe, wenn er dies beispielsweise für einen Nachfolger benötige. Für den Arbeitnehmer sei zu berücksichtigen, ob dieser noch ein anderes Fahrzeug habe. Ein Widerruf der Privatnutzung im Verlauf eines Kalendermonats sei in der Regel ebenfalls unverhältnismäßig, da die private Nutzung immer für den gesamten Monat zu versteuern sei, auch wenn das Fahrzeug dem Arbeitnehmer nur wenige Tage zur Verfügung stehe. Bei der Abwägung sei daher auch das Interesse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, den von ihm bereits versteuerten Vorteil auch real nutzen zu können.

In dem hier entschiedenen Fall stand dem Arbeitnehmer aufgrund einer vom Arbeitgeber nicht vorgenommenen Abwägung und wegen des überwiegenden Arbeitnehmerinteresses ein Schadensersatz für gut einen halben Monat entgangene Nutzung zu. Die Höhe des Schadensersatzanspruches hat das BAG mit monatlich 1% des Listenpreises des Kraftfahrzeuges im Zeitpunkt der Erstzulassung festgesetzt, was der steuerlichen Bewertung der Privatnutzung entspricht.

### **Praxistipp:**

Die bestehenden Arbeitsvertragsmuster bzw. Muster von Kfz-Überlassungsvereinbarungen sollten daraufhin überprüft werden, ob sie dieser aktuellen BAG-Rechtsprechung noch genügen. Insbesondere sollte die vom BAG grundsätzlich geforderte Interessenabwägung in die Formulare aufgenommen werden.

## **7. Betriebsbedingte Kündigung während der Kurzarbeit.**

**BAG, Urteil vom 23. Februar 2012 – 2 AZR 548/10**

Bereits bisher war streitig, ob der Arbeitgeber dann kündigen kann, wenn im Betrieb kurzgearbeitet wird. Das BAG hat in der aktuellen Entscheidung die insoweit aufgeworfenen Fragen wie folgt beantwortet:

- Für eine Beendigungskündigung ist immer ein dringendes betriebliches Erfordernis notwendig, d. h. es müssen Umstände vorliegen, die dauerhaft zu einer Reduzierung des Arbeitskräftebedarfs führen.
- Ist der Arbeitskräftebedarf nur vorübergehend reduziert, liegt kein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Beendigungskündigung (betriebsbedingte Kündigung) vor.
- Der Arbeitgeber ist darlegungs- und beweisverpflichtet dafür, dass der Beschäftigungsbedarf dauernd oder zumindest auf absehbare Zeit reduziert ist.
- Zwar gibt es die Möglichkeit, auch bei dauerhaft reduziertem Arbeitskräftebedarf Kurzarbeitergeld zu beantragen. Hierauf kann sich der Arbeitnehmer aber nicht berufen, da dem Arbeitgeber eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses trotz erwiesenermaßen dauerhaft reduziertem Arbeitskräftebedarf nicht zuzumuten ist, auch nicht in Form der Kurzarbeit.
- An die Darlegungslast des Arbeitgebers sind hohe Anforderungen zu stellen. Dieser muss umfangreich und sorgfältig vortragen. Insbesondere muss sich aus seinem Vortrag ergeben, dass nicht nur eine kurzfristige Schwankung des Auftragseinganges o.ä. vorliegt. So muss der Arbeitgeber beispielsweise aktuelle Unternehmensdaten mit Daten aus vergangenen Perioden vergleichen und eine nachvollziehbare Zukunftsprognose anstellen.
- Auch dann, wenn im Betrieb aufgrund der Beschäftigungsprobleme kurzgearbeitet wird, steht dies einer betriebsbedingten Kündigung nicht zwingend entgegen. Die Kurzarbeit ist jedoch in der Regel ein Indiz für einen nur vorübergehenden Beschäftigungsrückgang.

Richtig an der Entscheidung ist, dass die Durchführung von Kurzarbeit einer betriebsbedingten Kündigung nicht zwingend entgegensteht. Unrichtig ist das Urteil aus meiner Sicht aber insoweit, als der Kurzarbeit eine Indizwirkung für einen nur vorübergehenden Rückgang der Beschäftigungsmöglichkeiten zugemessen wird: Zum einen haben sich die gesetzlichen

Vorgaben für die Gewährung auch von Kurzarbeitergeld zumindest vorübergehend dahingehend geändert, dass auch eine dauerhaft fehlende Beschäftigungsmöglichkeit der Gewährung von Kurzarbeitergeld nicht entgegensteht. Damit hat die Bundesagentur für Arbeit es in der vergangenen Krise nach 2008 erreicht, dass eine Vielzahl von Arbeitsverträgen nicht gekündigt wurden und bis heute erhalten geblieben sind.

Darüber hinaus bedeutet die Einführung von Kurzarbeit im gesamten Betrieb nicht, dass alle von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitsplätze auch auf Dauer erhalten werden können. Hier ist vielmehr eine individuelle Betrachtung unabhängig von der Kurzarbeit notwendig und möglich.

Schließlich ist auch möglich, dass trotz Kurzarbeit Arbeitsplätze auf Dauer entfallen, weil das trotz Kurzarbeit immer noch zur Verfügung stehende Arbeitszeitvolumen über dem Bedarf liegt.

Nicht ausdrücklich entschieden hat das BAG die ebenfalls in der Literatur gestellte Frage, ob betriebsbedingte Kündigungen überhaupt zulässig sind, wenn der Arbeitgeber keinen Antrag auf Kurzarbeit gestellt hatte. Hierzu muss aber aus Sicht des Autors auch keine Klärung herbeigeführt werden, zumal bereits im Jahre 1986 vom BAG entschieden wurde, dass das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozess die Anordnung von Kurzarbeit nicht zur Voraussetzung einer Kündigung machen darf. Dies ist auch angemessen, da mit einer Kurzarbeit für den Arbeitgeber erhebliche Probleme verbunden sind. Dies gilt nicht nur für die formale Aufrechterhaltung des möglicherweise nicht mehr benötigten und daher vielleicht sogar betriebsgefährdenden Arbeitsverhältnisses, sondern auch insoweit, als die Kurzarbeit der Zustimmung des Betriebsrats bedarf, die Arbeitsagentur eingeschaltet werden muss und auch der Arbeitnehmer zustimmen muss.

Trotz alledem ist die Entscheidung für die Betriebspraxis sehr wichtig und positiv.

## **8. AGG gilt auch für GmbH-Geschäftsführer**

### **BAG, Urteil vom 23. April 2012 – II ZR 163/10**

Die vorliegende Entscheidung betrifft GmbH-Geschäftsführer, die aufgrund ihrer Organstellung keine Arbeitnehmer sind. Trotzdem soll das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hier Anwendung finden, soweit es um den Zugang zu einer Tätigkeit bzw. um den beruflichen Aufstieg geht.

Im vorliegenden Fall lief der befristet abgeschlossene Geschäftsführeranstellungsvertrag aus und sollte verlängert werden. Der bei der Gesellschaft gebildete Aufsichtsrat beschloss, das Anstellungsverhältnis mit dem bisherigen 62-jährigen Geschäftsführer zum Ende des Befristungszeitraumes auslaufen zu lassen und gleichzeitig einen wesentlich jüngeren 41-jährigen neuen Geschäftsführer einzustellen. Als Hintergrund wurde dem bisherigen Stelleninhaber mitgeteilt, der jüngere Geschäftsführer sei eher in der Lage, das Unternehmen in die Zukunft zu führen.

Der Bundesgerichtshof hat dem zwangsweise ausscheidenden Geschäftsführer eine Entschädigung zugesprochen, und zwar in Höhe von € 36.000,00.

### **9. Verwertung der Ergebnisse einer geheimen Videoüberwachung kann zulässig sein** **BAG, Urteil vom 21. Juni 2012, 2 AZR 153/11**

Nach „Emmely“ sowie weiteren Fällen, bei denen es um die Entwendung geringwertiger Sachen ging (Maultaschen, Brötchen, Frikadellen etc.) und dem unerwarteten Ausgang des Rechtsstreits zugunsten von „Emmely“ herrscht in den Personalabteilungen teilweise Ratlosigkeit, wann im Zusammenhang mit der Entwendung geringwertiger Sachen noch eine (fristlose außerordentliche) Kündigung zulässig ist. Hier hat BAG nun wieder ein wenig Rechtsklarheit hergestellt:

Zunächst haben die Richter in Erfurt entschieden, dass die Entwendung einer Packung Zigaretten aus dem Warenbestand des Arbeitgebers selbstverständlich einen Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung darstellen kann. Dies gilt auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis zuvor über mehrere Jahre ohne Beanstandung bestand.

Darüber hinaus hat das BAG entschieden, dass der Arbeitgeber Beweismaterial verwenden darf, das er anlässlich einer verdeckten und dem Arbeitnehmer nicht bekannten Videoüberwachung erlangt hatte. Voraussetzung für diese Verwertungsmöglichkeit ist allerdings, dass es sich um öffentlich zugängliche Arbeitsplätze handelt, bei denen der Arbeitnehmer generell (nicht nur durch eine Videoüberwachung) mit einer Beobachtung rechnen muss. Wichtig ist darüber hinaus auch, dass der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers oder dessen Kunden besteht und weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachtes entweder ergebnislos eingesetzt wurden oder von vornherein aussichtslos erscheinen. Die verdeckte Videoüberwachung muss mit anderen Worten das einzig erfolgversprechende Mittel zur Aufklärung des Verdachtes darstellen und darf darüber hinaus auch nicht unverhältnismäßig sein. So wären

beispielsweise auch bei Diebstahl wertvoller Gegenstände Videoaufnahmen etwa auf der Mitarbeitertoilette nicht zulässig.

Solche verdeckt angefertigten Videoaufnahmen könnten im Prozess zum Beweis einer Straftat auch dann verwendet werden, wenn die im Bundesdatenschutzgesetz geforderte Erkennbarkeit der Videoüberwachung oder die Zustimmung des betreffenden Arbeitnehmers fehle, soweit die o.g. Voraussetzungen eingehalten sind.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

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