

Blick ins Arbeitsrecht
Teil 4 / 2009

I.

Neue Gesetze

Durch die Bundestagswahl sowie die neue Regierung ist das gesamte Gesetzgebungsverfahren zum Stillstand gekommen. Dem Grundsatz der Diskontinuität sind auch Entwürfe zum Opfer gefallen, die vom Parlament der alten Legislaturperiode noch nicht abschließend beraten und beschlossen worden waren: Diese werden nach der Wahl nicht wieder aufgenommen, sondern müssen gegebenenfalls, wenn gewünscht, neu eingebracht werden.

Neue arbeitsrechtliche Gesetze gibt es daher derzeit nicht. Auch die Aussicht auf arbeitsrechtliche Änderung ist, zumindest was grundlegende Änderungen betrifft, derzeit nicht sehr hoch.

Der Koalitionsvertrag enthält zum Arbeitsrecht relativ wenig konkrete Aussagen.

Mit großer Freude habe ich allerdings eine konkrete Ankündigung im Koalitionsvertrag gefunden. Diese betrifft eine konkret geplante Änderung im Bereich der befristeten Arbeitsverträge.

Bisherige Rechtslage:

Befristete Verträge ohne Befristungsgrund können für maximal zwei Jahre mit maximal einer Grundbefristung und höchstens drei Verlängerungen (Ausnahme: neu gegründete Unternehmen) nur abgeschlossen werden, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem betreffenden Arbeitnehmer noch niemals zuvor ein Arbeitsvertrag bestanden hatte.

Dies hat in der Vergangenheit zu immer wieder kritisierten, letztlich aber nie zur Kenntnis genommenen Problemen geführt, die weder Arbeitgebern noch Arbeitnehmern genutzt haben:

So hatte ich beispielsweise einmal einen Fall, in dem ein 51-jähriger Bewerber allein deshalb nicht eingestellt werden konnte, da er im jugendlichen Alter von 16 Jahren einmal im Rahmen eines Ferienjobs für zwei Wochen im gleichen Unternehmen gearbeitet hatte. Damit hatte bereits früher (auch wenn seither 35 Jahre vergangen waren) ein Arbeitsvertrag zwischen den gleichen Arbeitsvertragsparteien bestanden, so dass der neuerliche Abschluss eines befristeten Vertrages ohne Befristungsgrund unzulässig war. Wurde trotzdem ein befristeter Vertrag ohne Befristungsgrund abgeschlossen, war die Befristung unwirksam und es kam ein unbefristeter Vertrag zustande.

Dies hatte zum einen dazu geführt, dass manche Betriebe ältere Arbeitnehmer nicht befristet ohne Befristungsgrund eingestellt hatten, da – unter anderem aus nicht computerisierter Zeit – die Gefahr bestand, dass heute nicht mehr erfasste Arbeitsverträge bestanden hatten.

Geplante Änderung:

Statt der Regel „nur einmal im Leben“ soll nun eine Regelung geschaffen werden, die lediglich nur eine Karenzzeit vorsieht. Voraussichtlich wird die Karenzzeit 12 Monate betragen. Damit kann wirksam ausgeschlossen werden, dass sogenannte Kettenbefristungen zustande kommen, das heißt ein befristeter Vertrag ohne Befristungsgrund (vielleicht unterbrochen durch eine kurze Zeit der Arbeitslosigkeit) an die nächste Befristung ohne Befristungsgrund gereiht wird. Dies würde Arbeitnehmerschutzrechte aushöhlen, was aber eine Karenzzeit verhindert.

Damit können in Zukunft auch dann befristete Verträge ohne Befristungsgrund abgeschlossen werden, wenn zuvor (aber nicht in den letzten 12 Monaten vor Beginn des neuen befristeten Arbeitsverhältnisses) schon einmal Arbeitsverträge bestanden haben, gleichgültig wann das war und wie lange das Arbeitsverhältnis bestanden hatte.

Eine solche Änderung, die der Autor bereits seit vielen Jahren auch im Gesetzgebungsverfahren immer wieder boykottiert, ist sehr zu begrüßen und hilft sowohl der Arbeitnehmer- als auch der Arbeitgeberseite. Unternehmen können befristete Verträge ohne Sachgrund auch mit solchen Mitarbeitern abschließen, die das Unternehmen bereits aus früheren Beschäftigungen kennen und Arbeitnehmer haben eine Chance, ihre Betriebserfahrung „gewinnbringend“ bei weiteren befristeten Beschäftigungsverhältnissen einzusetzen.

Wünschenswert wäre allerdings, wenn die Karenzzeit auf sechs Monate abgekürzt werden würde. Nach dem „Vorgängergesetz“ des jetzigen Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG), dem Beschäftigungsförderungsgesetz, galt eine Karenzzeit von nur vier Monaten.

Darüber hinaus wird wohl in nächster Zeit nicht mit größeren Änderungen im Arbeitsrecht zu rechnen sein.

Die teilweise von der FDP geforderte Änderung im Kündigungsschutzrecht stößt bei CDU/CSU auf Bedenken und teilweise heftigen Widerstand. Hinzu kommt, dass nach dem Wechsel im Arbeitsministerium von Jung zu von der Leyen eine erneute Einarbeitungszeit zu erwarten ist.

Größere Umwälzungen dürften daher, zumindest in absehbarer Zeit, nicht bevorstehen.

II.

Entscheidungen

1. Altersdiskriminierung bei Kündigungsfristen?

Erwartete Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum Aktenzeichen C 555/07

Der Europäische Gerichtshof hat zwar in dem hier berichteten Fall noch nicht entschieden, allerdings hat der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) seine sogenannten Schlussanträge im Verfahren abgegeben. Da einerseits der EuGH in der Regel den Schlussanträgen seiner Generalanwälte folgt und dies andererseits erhebliche und unerwartete unmittelbare Auswirkungen auf deutsche Arbeitsverträge haben kann, soll dieser Fall ausnahmsweise vor einer Entscheidung des EuGH berichtet werden:

Konkret geht es um die Auslegung des § 622 BGB und die dort geregelten Kündigungsfristen. Die Vorschrift sieht unter anderem vor, dass die Grundkündigungsfrist (vier Wochen zum Monatsende oder zum 15. eines Monats) sich abhängig von der Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers auf bis zu sieben Monate zum Monatsende verlängert.

Streitgegenstand ist eine Zusatzregelung in § 622 BGB, wonach eine Betriebszugehörigkeit (und damit eine Verlängerung der Kündigungsfristen) aber nur insoweit anerkannt wird, als sie Zeiten ab Vollendung des 25. Lebensjahres betreffen. Umgekehrt: Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr bleiben bei der Bemessung der Kündigungsfrist unberücksichtigt. Treten Mitarbeiter sehr früh in ein Unternehmen ein, kann dies bedeuten, dass bis zu acht oder sogar zehn Jahre Betriebszugehörigkeit bei der Berechnung der Kündigungsfristen nicht berücksichtigt werden.

Hiergegen hatte sich ein betroffener Arbeitnehmer gewandt und argumentiert, die Regelung stelle allein auf das Lebensalter ab, weshalb sie altersdiskriminierend im Sinne der Altersdiskriminierungsrichtlinien der EU sei und darüber hinaus auch gegen das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstoße.

Nach den Schlussanträgen des Generalanwalts ist diese deutsche Regelung unwirksam. Dies führt im Ergebnis zu erheblich längeren Kündigungsfristen, das heißt zusätzlichen finanziellen Belastungen für die Unternehmen. Hinzu würden aber noch zwei weitere Aspekte kommen, wenn der EuGH den Anträgen seines Generalanwalts folgt:

Zum einen würden betriebsbedingte Kündigungen für den Arbeitgeber noch schwerer werden, da bei einer längeren Kündigungsfrist für einen entsprechend längeren Zeitraum eine Prognose abgegeben werden muss, ob der Arbeitsplatz bei Ablauf der Kündigungsfrist noch besteht oder beispielsweise aufgrund Auftragsmangels weggefallen sei. Je länger die Kündigungsfrist ist, desto schwieriger wird es für den Arbeitgeber zu belegen, warum er davon ausgeht, dass nach drei, sechs oder sieben Monaten keine Aufträge mehr vorhanden sind, um einen betreffenden Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen.

Zum anderen ist der EuGH in jüngerer Zeit der Auffassung, er könne nationale Rechtsvorschriften durch seine Urteile aus den Angeln heben. Demgegenüber sieht das Grundgesetz vor, dass Gesetze nur dann nicht angewendet werden können, wenn das Bundesverfassungsgericht dies entscheidet. Andernfalls kann lediglich der Gesetzgeber aufgefordert werden, ein rechtswidriges oder sonstiges beanstandendes Gesetz (mit Wirkung für die Zukunft und der Möglichkeit, sich hierauf einzustellen) aufzuheben.

Sollte der Europäische Gerichtshof aber zu der Auffassung kommen, dass die Regelung in § 622 BGB mit sofortiger Wirkung unwirksam ist, stellen sich neben einer Verlängerung der Kündigungsfrist auch noch weitere Probleme, da viele Arbeitsverträge und Tarifverträge auf die gesetzliche Regelung zur Verlängerung der Kündigungsfrist verweisen. Dann würde sich nämlich die Frage stellen, ob die (bis zu einer Aufhebung durch den deutschen Gesetzgeber) nach wie vor existente Vorschrift des § 622 BGB aufgrund der Verweisung nach wie vor gilt oder ob auf Basis der zu erwartenden Entscheidung des EuGH die Betriebszugehörigkeit bereits ab Eintritt in das Unternehmen und nicht erst ab Vollendung des 25. Lebensjahres anerkannt wird.

Anmerkung:

Der Diskriminierungsschutz der EU hat seinen Ursprung unter anderem in den USA, die langjährige Erfahrung sowohl mit diskriminierenden Regelungen als auch als Reaktion hierauf mit einem umfassenden Diskriminierungsschutz zu Gunsten von Minderheiten haben. Dieser Minderheitenschutz hat in der Vergangenheit allerdings teilweise merkwürdige Blüten getrieben, so dass Personen, die keiner (geschützten) Minderheit angehörten und daher nicht in den Genuss gesetzlicher Antidiskriminierungsvorschriften kam, ihrerseits diskriminiert wurden: Der Schutz diskriminierter Minderheiten hatte sich umgedreht: Aufgrund der gesetzlichen Antidiskriminierungsvorschriften waren die nicht einer Minderheit angehörenden Arbeitnehmer, somit die Mehrheit diskriminiert worden.

Hierauf hat nun der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten, der Supreme Court, in einer Grundsatzentscheidung reagiert. Er hat zwar die hohen Anforderungen der Antidiskriminierungsregeln anerkannt, gleichzeitig aber festgestellt, dass Arbeitgeber darauf achten müssten, dass der Diskriminierungsschutz zu Gunsten von Minderheiten nicht zu Lasten der restlichen Belegschaft geht. Verboten wird daher nunmehr auch eine sogenannte „umgekehrte Diskriminierung der Mehrheit“.

Damit soll einer weit verbreiteten Praxis in den USA Einhalt geboten werden. Nicht selten hatten Arbeitgeber aus Angst vor ominösen Antidiskriminierungsklagen Förderungspositionen nicht dem Besten, sondern demjenigen gegeben, der einer Minderheit angehört hat.

(US Supreme Court, *Frank Ricci gegen DeStefano*, Aktenzeichen: 07-1428)

**2. (Überhöhte?) Anforderung an Arbeitgeber bei Teilzeitanspruch
BAG, Urteil vom 18. August 2009, Az. 9 AZR 517/08**

Das BAG hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber einen Anspruch auf Teilzeit geltend gemacht hatte. Statt, wie bisher und allgemein üblich, in der 5-Tage-Woche zu arbeiten, wollte der betreffende Mitarbeiter nur noch in einer 4-Tage-Woche arbeiten. Dazu sollte die Wochenarbeitszeit um vier Stunden verringert und die tägliche Arbeitszeit von Montag bis Donnerstag von acht auf neun Stunden erhöht werden.

Der Arbeitgeber war mit der Verringerung der Arbeitszeit einverstanden, nicht jedoch mit der Verteilung auf vier Tage von Montag bis Donnerstag.

Der Arbeitnehmer hat sodann Klage mit dem Ziel erhoben, die von ihm gewünschte Verteilung der Arbeitszeit auf vier Wochentage durchzusetzen. Er war insoweit durchgehend erfolgreich. Zuletzt hat das BAG die Revision des Arbeitgebers zurückgewiesen.

Dabei hat das BAG unter anderem ausgeführt, der Arbeitgeber könne sich nicht darauf berufen, dass ein vertraglich vereinbartes Arbeitszeitmodell einzuhalten sei. Vielmehr könne der Arbeitnehmer auch außerhalb stehender Arbeitszeitmodelle eine Teilzeittätigkeit ausüben. Bei der Verteilung der Arbeitszeit dürfe der Arbeitnehmer bis an die Grenzen des Rechtsmissbrauchs gehen, um eine Vertragsänderung durchzusetzen.

Der Arbeitgeber hätte dem Mitarbeiter vorliegend nach § 3 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz lediglich eine entgegenstehende kollektive Vereinbarung (Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede) entgegenhalten können. Im konkreten Fall gäbe es aber, so das BAG, keine Betriebsvereinbarung, die einer Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochentage Montag bis Donnerstag entgegenstehe. Zwar bestand vorliegend eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit, diese war allerdings viel zu allgemein gehalten und hat insbesondere keine zwingende Festlegung auf die 5-Tage-Woche enthalten.

Praxistipp:

Arbeitgeber müssen in einen von zwei sauren Äpfeln beißen: Entweder sie behalten weitgehend Zeitsouveränität hinsichtlich der betriebsüblichen Arbeitszeiten, indem sie diese nicht verbindlich mit dem Betriebsrat festlegen. Dann besteht aber immer die Gefahr, dass einzelne Arbeitnehmer mit Teilzeitwünschen, auf deren Akzeptanz sie einen Rechtsanspruch haben, das Arbeitszeitmodell des Arbeitgebers „durcheinanderwirbeln“.

Die Alternative hierzu ist der Abschluss einer verbindlichen und daher nicht mehr flexiblen Betriebsvereinbarung (notfalls auch Regelungsabrede) mit dem Betriebsrat, die die Arbeitszeitmodelle im Einzelnen genau festhält. Da der Betriebsrat in diesen Fällen einen Rechtsanspruch auf Durchsetzung der Betriebsvereinbarung hat, kann dann ein einzelner Arbeitnehmer nicht mehr verlangen, dass von der betrieblichen Arbeitszeitregelung zu seinen Gunsten abgewichen wird.

3. Arbeitszeitbetrug durch Raucherpausen

Arbeitsgericht Duisburg, Urteil vom 14.09.2009, Az. 3 Ca 1336/09

Angesichts der derzeitig immer noch heftig geführten Diskussion um die sogenannten „Kündigungen wegen Bagatelldelikten“ geraten die tatsächlich in der Praxis vorkommenden und oft nicht bewussten Probleme mit „Straftaten am Arbeitsplatz“ etwas in Vergessenheit. Praxisrelevant sind nicht Frikadellen oder Gummibärchen, die in dem einen oder anderen Fall zu einer Kündigung geführt haben, sondern vielerorts das Thema „Arbeitszeit und Arbeitszeitbetrug“. Arbeitszeitbetrug begeht aber beispielsweise nicht nur ein Arbeitnehmer, der vorgibt, arbeitsunfähig erkrankt zu sein, tatsächlich aber weiß, dass er nicht arbeitsunfähig erkrankt ist und auf diese Weise rechtswidrig eine Entgeltfortzahlung vom Arbeitgeber oder die Zahlung von Krankengeld durch die Krankenkasse durchsetzen möchte.

Oft sind aber die Absichten dann nicht so „kriminell“, wie dies bei vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit der Fall ist. Viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dürfen im Zuge des Nichtraucherschutzes nicht mehr am Arbeitsplatz rauchen, sondern müssen hierzu einen besonderen Raum aufsuchen. Insoweit müssen sie, anders als früher, ihren Arbeitsplatz verlassen. Dies führt aber dazu, dass sie nach allgemeiner Auffassung dann, wenn eine Zeiterfassung im Betrieb besteht, dort auch „ausstempeln“ müssen. Sie müssen also im Rahmen der Zeiterfassung offen legen, dass sie für die Dauer der Raucherpausen keine Arbeitsleistung mehr erbringen, sondern Pause machen.

Pausen im arbeitsrechtlichen Sinne sind alle Unterbrechungen von der Arbeit. Hierzu zählen auch die Raucherpausen auf dem Balkon, im Raucherzimmer, vor der Tür etc. In dieser Zeit wird regelmäßig keine Arbeitsleistung erbracht.

Wer für die Raucherpause nicht ausstempelt, begeht formal einen Arbeitszeitbetrug. Er spiegelt vor, zu arbeiten, was jedoch tatsächlich während der Raucherpause nicht der Fall ist.

Der Arbeitgeber ist gut beraten, wenn er dies allen Mitarbeitern ausdrücklich schriftlich mitteilt und sich den Empfang einer entsprechenden Belehrung bestätigen lässt. Dann nämlich kann, zumindest im Wiederholungsfall, das Arbeitsverhältnis ordentlich oder außerordentlich gekündigt werden.

4. Praktikum oder Arbeitsverhältnis?

Arbeitsgericht Kiel, Urteil vom 19.11.2008, Az. 4 Ca 1187d/08

In der Presse liest man ab und zu schon einmal den Begriff „Generation Praktikum“. Dahinter steht eine Unsitte vieler Unternehmen, die Mitarbeiter nicht etwa im Rahmen eines (befristeten) Arbeitsvertrages beschäftigen, sondern im Rahmen eines Praktikums über mehrere Monate oder in Extremfällen sogar über zwei Jahre.

Nicht immer sind es aber die Arbeitgeber, die teilweise Praktikanten ausnutzen (kein Geld oder nur geringe Aufwandsentschädigung, gleichzeitig kein „Erlernen“, kein Praktikum, sondern „normale“ Arbeit).

Da die Frage „Praktikum“ oder „Arbeitsverhältnis“ für den Arbeitgeber von immenser Bedeutung ist (Vergütung ja/nein, Höhe der Vergütung (Tarifvertrag), Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen, gegebenenfalls auch rückwirkend, etc.) sollte diese Frage vor Aufnahme der Tätigkeit geklärt werden.

Ein Praktikum zeichnet sich dadurch aus, dass die betreffenden Personen im Wesentlichen in den Betrieb gekommen sind, um „etwas zu lernen“, dient das Arbeitsverhältnis im Wesentlichen der Erzielung von Erwerbseinkommen.

Im konkreten Fall bestand über 17 Monate ein Vertrag, den das Unternehmen als „Praktikum“ auswies. Eine reguläre Ausbildung in diesem Beruf hätte 18 Monate gedauert. Dieses Missverhältnis und die Tatsache, dass tatsächlich Arbeitsleistungen im Vordergrund standen, hat das Gericht dazu bewegt, vorliegend auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages und nicht auf einen Praktikumsvertrag zu erkennen.

Praxistipp:

Für die Unternehmen ist zum einen wichtig, dass ein Praktikantenvertrag sorgfältig erstellt wird. Dann kann es nicht passieren, dass (insbesondere bei der „Vertragsgestaltung“ durch das Zusammensetzen von Textbausteinen aus Arbeitsverträgen) der Praktikant im Text auf einmal als „Arbeitnehmer“ bezeichnet wird. Dies ist aus Sicht des Arbeitgebers extrem kontraproduktiv.

Darüber hinaus muss auch darauf geachtet werden, dass der Praktikant im Wesentlichen lernt und keine (abrechnungsfähigen) Tätigkeiten wie andere Arbeitnehmer auch erbringt.

5. Wieder einmal: Rückzahlung von Ausbildungskosten?

BAG, Urteil vom 15. September 2009, 3 AZR 173/08

Das BAG hat zunächst zum wiederholten Mal festgestellt, dass Klauseln, die sich mit der Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten durch den Arbeitnehmer bei vorzeitigem Ausscheiden befassen, um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB handelt. Dies bedeutet zum Nachteil der Arbeitgeber, dass Rückzahlungsklauseln, die den Arbeitnehmer entgegen dem noch zulässigen benachteiligen, also zum Beispiel zu lange Rückzahlungsfristen vorsehen, insgesamt unwirksam sind. Eine Reduzierung auf das zulässige Maß ist in diesem Fall dann nicht zulässig, auch nicht durch das Gericht im Rahmen eines Urteils.

Im vorliegenden Fall hat das BAG die Rückzahlungsmaßnahme als unzulässig erklärt, obgleich sie erst nach Abschluss der Fortbildungsmaßnahme von Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterschrieben wurde. Bisher hatte in diesem Bereich, bei nachträglicher Unterzeichnung eine etwas großzügigere Handhabung stattgefunden. Auch hier soll es nun in Zukunft auf den Einzelfall ankommen. Vorliegend wurde die Rückzahlungsklausel eines Arbeitgebers für unwirksam erachtet, da der Arbeitnehmer entgegen Treu und Glauben benachteiligt worden war.

6. Vorsicht bei Entgeltumwandlungen in Form von Versicherungen

BAG, Urteil vom 15. September 2009, 3 AZR 17/09

Arbeitgeber und Arbeitnehmer hatten im November 2004 eine Entgeltumwandlung in Form einer Direktversicherung vereinbart. Bei einer solchen Direktversicherung ist der Arbeitgeber Versicherungsnehmer, der Arbeitnehmer ist versicherte Person und Bezugsberechtigter. Der damals vereinbarte Versicherungstarif war "gezillmert".

Unter einer Zillmarung ist folgendes zu verstehen: Nach Abschluss des Versicherungsvertrages fallen einmalige Abschluss- und Vertriebskosten an. Dies sind unter anderem beispielsweise Provisionen. Mit diesen Kosten wird bei einer sogenannten Zillmarung das Versicherungskonto des Arbeitnehmers sofort belastet. Daher werden die dann eingehenden Beiträge aus der Entgeltumwandlung zunächst verwendet, um diese Kosten "aufzufüllen", so dass in den ersten Jahren des Versicherungsverhältnisses gar kein oder nur ein sehr geringes Deckungskapital aufgebaut werden kann.

Dieser Umstand hat im vorliegenden Fall dazu geführt, dass der nach knapp drei Jahren ausscheidende Arbeitnehmer nur ein Deckungskapital in Höhe von € 4.711,00 erreicht hatte,

während die geleisteten Versicherungsbeiträge in der gleichen Zeit sich auf € 7.004,00 summieren. Der Arbeitnehmer war der Auffassung, dass der Arbeitgeber die Differenz erstatten müsse. Er habe Anspruch zumindest auf die eingezahlten Beiträge.

Das BAG hat die sogenannte "volle Zillmarung der Versicherungsbeiträge", das heißt die Belastung des Versicherungskontos zu Beginn des Versicherungsverhältnisses für eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers gehalten. Vielmehr sei es angemessen, die Abschluss- und Vertriebskosten auf fünf Jahre zu verteilen. Dies ergebe sich auch aus § 1 Abs. 1 Nr. 8 des Gesetzes über die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen in der seit 01. Januar 2005 geltenden Fassung sowie aus § 169 Abs. 3 des Versicherungsvertragsgesetzes, in der seit 01. Januar 2008 geltenden Fassung.

Der insoweit dann vorliegend festgestellte Verstoß auch gegen AGB-Recht (§ 207 BGB) führe aber nicht zur Unwirksamkeit der Entgeltumwandlungsvereinbarung und zu einem Differenzschadensersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber. Vielmehr könne der Arbeitnehmer eine höhere betriebliche Altersversorgung, das heißt höhere Versorgungsleistungen verlangen.

Bei Direktversicherungen ist daher darauf zu achten, dass die Abschluss- und Vertriebskosten auf fünf Jahre verteilt werden.

7. Obergrenze für Befristungen bei wissenschaftlichen Mitarbeitern

BAG, Urteil vom 02. September 2009, 7 AZR 291/08

Sehr viele Stellen insbesondere im wissenschaftlichen Bereich der Hochschulen werden nur befristet besetzt. Damit soll die Freiheit von Forschung und Lehre unterstützt werden und es soll auch erreicht werden, dass man auf wechselnde Forschungsvorhaben jeweils personell flexibel reagieren kann. Teilweise ergeben sich aber auf diese Weise außerordentlich lange Kettenbefristungen, da Verträge mit wissenschaftlichen Mitarbeitern immer wieder verlängert werden.

Hier hat das BAG nunmehr eine zeitliche Grenze festgelegt: Danach sollen Arbeitsverträge von wissenschaftlichen Mitarbeitern nach der Promotion nur bis zu einer Gesamtdauer von sechs Jahren zulässig sein. Eine Ausnahme macht das BAG aufgrund der langfristigen Facharztausbildung nur bei den Medizinern: Dort ist eine Befristung von bis zu neun Jahren möglich.

Wird über diese Grenzen hinaus ein befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen, ist die Befristung nach Auffassung des BAG unwirksam, der Vertrag bleibt jedoch wirksam, so dass im Ergebnis ein unbefristeter Vertrag zustande kommt.

8. Zulässigkeit von sogenannten "flash-mob-Aktionen"

BAG, Urteil vom 22. September 2009, 1 AZR 972/09

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Tarifrecht wird in jüngerer Zeit immer erklärungsbedürftiger und ist Arbeitgebern kaum noch zu vermitteln. In der Tat findet hier offensichtlich ein Wandel statt, der mit fragwürdiger Begründung immer stärker in bisher geschützte Arbeitgeberrechte eingreift und insbesondere dazu führt, dass die in vergangenen Jahrzehnten immer hoch gehaltene sogenannte Kampfparität zugunsten der Arbeitnehmerseite verschoben wird. Mit anderen Worten: Gewerkschaften erhalten immer mehr Arbeitskämpfungsmittel und einen größeren Bewegungsfreiraum, während Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände hierdurch immer stärker unter Druck geraten, ohne entsprechend über Ausgleichsmöglichkeiten zu verfügen. Sie werden so stärker als bislang "erpressbar", was schon einen Eingriff in grundgesetzlich geschützte Rechte des Arbeitgebers (Koalitionsfreiheit, Eigentumsrechte, Schutz am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) darstellt.

In diesem Zusammenhang sei beispielsweise an die BAG-Entscheidung zur Zulässigkeit sogenannter Tarifsozialpläne erinnert, wo das BAG die Zuständigkeit für Sozialpläne, die das Betriebsverfassungsgesetz den nicht streitberechtigten Betriebsräten zuweist, auch den Gewerkschaften geöffnet hat.

In eine ähnliche Richtung geht die Entscheidung zu sogenannten "flash-mob-Aktionen" der Gewerkschaften. Im konkreten Fall wurde ein Tarifvertrag für den Berliner Einzelhandel verhandelt und die Gewerkschaft Verdi hatte zum Arbeitskampf aufgerufen. Unter anderem wurden Mitglieder von Verdi aufgefordert, sich an sogenannten "flash-mob-Aktionen" zu beteiligen. Hier war geplant, dass die Gewerkschaftsmitglieder möglichst gleichzeitig in den bestreikten Einzelhandelsfilialen Centartikel kaufen, um damit den Kassenbereich für andere Kunden zu blockieren. Darüber hinaus sollten möglichst viele Waren in möglichst viele Einkaufswagen gepackt werden, die dann im Kassenbereich stehen gelassen werden sollten. Teilweise haben dann Teilnehmer der Aktion auch vollgefüllte Einkaufswagen in den Kassenbereich geschoben und veranlasst, dass sämtliche Artikel in die Kasse eingegeben werden. Sodann zur Zahlung aufgefordert, erklärten sie, das Geld zu Hause vergessen zu haben, ließen alle Waren im Kassenbereich liegen und verließen das Geschäft. Auf diese Weise entstand für die Unternehmen ein hoher Schaden: Zum einen mussten die Waren durch angestellte Mitarbeiter aus dem Kassenbereich beseitigt und aufwendig einzeln wieder in die

Regale eingeräumt werden. Darüber hinaus wurden potentielle Kunden davon abgehalten, Waren im Geschäft zu kaufen, da sie nicht so lange warten wollten, bis die Störaktion im Bereich der Kasse beendet war.

Um es vorwegzunehmen: Das BAG hatte eine solche Aktion für zulässig gehalten. Sie greife zwar in den grundgesetzlich geschützten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Arbeitgebers ein. Dieser Eingriff könne aber im Rahmen des Arbeitskampfes gerechtfertigt sein. Gewerkschaftliche Maßnahmen zur Durchsetzung tariflicher Ziele dürften ungestraft eine solche Störung betrieblicher Abläufe mit sich bringen, da sie durch Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz unter die insoweit geschützte Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften fallen würden. Eine solche Aktion sei im Übrigen auch verhältnismäßig. Insbesondere ist das BAG der Auffassung, der Arbeitgeber habe ausreichende Verteidigungsmöglichkeiten. So könne er sich im Einzelhandel beispielsweise durch Ausübung des Hausrechts oder eine kurzfristige Betriebsschließung zur Wehr setzen. Es handele sich auch nicht um eine Betriebsblockade.

Spätestens mit dieser Entscheidung zeigt das BAG im Tarifrecht, dass es zum einen um die Stärkung gewerkschaftlicher Kampfmöglichkeiten geht, dass aber andererseits auch der Blick für betriebliche Realitäten fehlt. Der BAG-Senat muss sich insbesondere bei der Beurteilung der Abwehrmöglichkeiten des Arbeitgebers fragen lassen, wann er letztmals in einem Supermarkt einkaufen war: Gegen solche "flash-mob-Aktionen" gibt es nämlich in der Praxis keine wirksame Abwehrmöglichkeit: Die Gewerkschaftsmitglieder, die solche Aktionen durchführen, werden kaum bei Betreten des Geschäfts hierauf ausdrücklich hinweisen und abwarten, bis ihnen gegenüber deshalb ein Hausverbot ausgesprochen wird. Vielmehr wird der Arbeitgeber letztlich im Kassenbereich von einer Vielzahl von teilnehmenden Gewerkschaftsmitgliedern überrascht werden, die unbemerkt in den Regalen die Einkaufswagen gefüllt haben. Potentiellen Kunden im Kassenbereich ist auch nicht anzusehen, ob sie nach Eingabe aller Waren plötzlich mit irgendwelchen Ausreden "verschwinden", ohne zu bezahlen und die Waren auf dem Kassenband liegen lassen. Schließlich kann der Arbeitgeber auch nicht darauf verwiesen werden, die Filiale kurzzeitig zu schließen. Zum einen müsste er dann so lange warten, bis sich alle Streikteilnehmer zuverlässig verlaufen haben, was er aber gar nicht feststellen kann. Zum anderen kann eine solche Aktion immer wieder kurzfristig geplant werden, da die Verabredung, wie vorliegend auch, über Flugblätter, Internet oder Handys erfolgt. Um sich hier zuverlässig zu schützen, müsste die Filiale möglicherweise auf Verdacht hin mehrfach täglich geschlossen werden, was einen nicht hinnehmbaren Eingriff in den eingerichteten ausgeübten Gewerbebetrieb bedeutet und darüber hinaus weder vom Streikziel gedeckt ist noch das Eigentumsrecht des Arbeitgebers ausreichend berücksichtigt.

Die Arbeitgeber (-verbände) werden sich auf die neue Rechtslage einstellen müssen. Allerdings hat das BAG in seiner aktuellen Entscheidung darauf verwiesen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in jedem Einzelfall zu prüfen sei. Es ist daher für Arbeitgeber, die von einer solchen "flash-mob-Aktionen" betroffen werden, besonders wichtig, Beweise zu sichern und die Situation konkret festzuhalten, insbesondere auch zu dokumentieren, welcher Aufwand zur Beseitigung der "Hinterlassenschaften" erforderlich war und wie viele Kunden das Geschäft unverrichteter Dinge wieder verlassen haben.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de