

Arbeitsrecht aktuell zur Jahreswende
von Michael Eckert, Heidelberg

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über aktuelle gesetzliche Entwicklungen, zu erwartende Tendenzen, wichtige aktuelle Rechtsprechung etc.

I. Neue Gesetze

Verglichen mit manchen Vorjahren war der Gesetzgeber im abgelaufenen Jahr nicht sehr aktiv. Änderungen haben sich lediglich in wenigen Randbereichen ergeben. Die Kernbereiche des Arbeitsrechts hat der Gesetzgeber unberührt belassen, was vielleicht auch der Tatsache geschuldet ist, dass die Große Koalition zwar eine große Mehrheit, im Bereich des Arbeitsrechts jedoch sehr unterschiedliche Auffassungen hat und hier ursprünglich angedachte, wesentlich weiter gehende Aktivitäten nicht umgesetzt wurden.

Zu beachten sind aber folgende neue Vorschriften:

a)

In § 48 ArbGG wurde ein neuer Absatz 1a eingefügt. Dieser sieht vor, dass neben den übrigen Gerichtsständen auch das Gericht örtlich zuständig sein kann, wo sich der Arbeitnehmer gewöhnlich aufhält. Dies kann in der Praxis zumindest in manchen Fällen zu spürbaren Erleichterungen führen.

b)

Neu in das Gesetz eingeführt wurde § 612a BGB, der sich mit dem so genannten „Whistleblowing“ befasst. Die Vorschrift erlaubt es Arbeitnehmern, die nicht aus Eigennutz, sondern aus Sorge um das Wohlergehen der Mitmenschen und des Erhalts der Umwelt handeln, den Arbeitgeber bei Gesetzesverstößen anzuzeigen. Dies war selbstverständlich auch bislang möglich, allerdings hatte die Rechtsprechung gefordert, dass der Arbeitnehmer zunächst in einem Gespräch mit dem Arbeitgeber versuchen müsse, eventuelle Missstände abzustellen. Erfolgte direkt eine „Anschwärzung“ des Arbeitgebers durch einen Arbeitnehmer bei den Behörden, konnte dies sogar einen Kündigungsgrund darstel-

len. Hintergrund ist die jedem Vertrag immanente wechselseitige Treue- und Fürsorgepflicht, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindet, jedoch im neuen § 612a BGB nicht zum Ausdruck kommt. Der Arbeitnehmer soll somit auch ohne vorherige Information des Arbeitgebers berechtigt sein, diesen bei Behörden anzuzeigen, solange er nicht eigennützig handelt und der Inhalt seiner Anzeige der Wahrheit entspricht.

c) Das neue Pflegezeitgesetz (PflegeZG)

Nach diesem in der Wirtschaft bislang kaum wahrgenommenen Gesetz ergeben sich für Arbeitnehmer kurzfristige oder langfristige Freistellungsansprüche, um pflegebedürftige Angehörige zu pflegen. Dieses Gesetz greift sehr stark in die Betriebsautonomie ein und manifestiert darüber hinaus einen völlig neuen, bislang nicht bekannten zusätzlichen Kündigungsschutz, der auch schon in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses und auch in kleinen Betrieben eingreifen kann. Nachfolgend stelle ich die wichtigsten Regelungen dieses neuen Gesetzes dar:

§ 2 PflegeZG (kurzfristige Freistellung)

Beschäftigte können bis zu zehn Tage der Arbeit fernbleiben, wenn dies erforderlich ist, um für pflegebedürftige nahe Angehörige eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit selbst sicherzustellen. Beschäftigte haben dazu das Recht, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben, wenn keine andere Möglichkeit besteht, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen bei einer akut auftretenden Pflegesituation entweder eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder selbst die Pflege sicherzustellen.

Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber nach § 2 Abs. 2 PflegeZG über die Pflegebedürftigkeit, den Wunsch nach Freistellung und auch über die voraussichtliche Dauer unverzüglich informiert wird. Die kurzzeitige Pflege ist für bis zu zehn Tage möglich.

§ 3 PflegeZG (Langzeitpflege)

Darüber hinaus besteht nach § 3 PflegeZG auch Anspruch auf eine Langzeitpflege für bis zu sechs Monate. Dieser Anspruch kann allerdings nur dann geltend gemacht werden, wenn beim Arbeitgeber mehr als 15 Beschäftigte arbeiten. Zudem muss der Arbeitnehmer hier eine Vorlaufzeit von zehn Tagen einhalten. Dieser Anspruch gilt auch dann, wenn der Mitarbeiter noch in der Probezeit ist. Auch

eine teilweise Freistellung ist mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich. Im Übrigen ist jedoch keine Zustimmung erforderlich.

§ 5 PflegeZG

§ 5 PflegeZG sieht einen besonderen Kündigungsschutz für diejenigen Arbeitnehmer vor, die Pflegezeit in Anspruch nehmen, unabhängig davon, ob es sich um eine kurzzeitige Pflege oder eine Langzeitpflege handelt. Der Kündigungsschutz beginnt ab dem Zeitpunkt, ab dem der Arbeitnehmer Pflegezeit in Anspruch nimmt bzw. eine kurzzeitige Arbeitsverhinderung aufgrund der Pflege naher Angehöriger mitteilt.

Nur in weniger Ausnahmefällen kann der Arbeitgeber kündigen. Erforderlich ist hierfür aber eine vorherige Erlaubnis derjenigen Behörde, die auch für die Erlaubnis zur Kündigung während des Mutterschutzes zuständig ist. Es gelten dabei die gleichen Voraussetzungen wie auch bei einer beabsichtigten Kündigung in der Mutterschutzfrist.

§ 6 PflegeZG

Nach § 6 PflegeZG stellt es einen gesetzlichen Grund zur Befristung von Arbeitsverhältnissen dar, wenn ein Arbeitnehmer befristet eingestellt wird, um einen die Langzeitpflege in Anspruch nehmenden anderen Arbeitnehmer zu vertreten. Hier sollte die so genannte Zweckbefristung gewählt werden, da § 6 Abs. 3 PflegeZG einen Sonderkündigungstatbestand schafft: Sofern einzelvertraglich nichts anderes vereinbart wird, kann das befristete (Vertretungs-)Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden, wenn die Pflegezeit vorzeitig endet.

Die Regelungen des Pflegezeitgesetzes sind unabdingbar, können also vertraglich nicht abgeändert werden.

Während einer Freistellung nach dem Pflegezeitgesetz ist der Arbeitgeber nicht zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet. Der Arbeitnehmer ist somit nicht versichert und muss sich freiwillig weiterversichern.

Auch eine teilweise Freistellung mit der Folge einer vorübergehenden Teilzeittätigkeit ist möglich. Einem Wunsch des Arbeitnehmers nach teilweiser Freistellung kann der Arbeitgeber nur widersprechen, wenn dringende betriebliche Gründe dies nicht erlauben.

II. Ausblick auf zukünftige arbeitsrechtliche Änderungen

Auch hier ist im Jahr 2009 insbesondere mit Blick auf die anstehenden Bundestagswahlen kaum noch mit wesentlichen Änderungen zu rechnen. Keine der beiden Regierungsparteien möchte jetzt, kurz vor den Wahlen, die eigene Klientel noch durch Zugeständnisse an die jeweils andere Regierungspartei verprellen. Aus heutiger Sicht könnten aber noch folgende arbeitsrechtliche Gesetzesvorhaben umgesetzt werden:

a) Neuregelungen im Bereich der flexiblen Arbeitszeit, insbesondere zur Absicherung von Langzeitarbeitskonten oder Lebensarbeitszeitkonten

Gedacht ist zum einen an eine bessere Absicherung von Langzeitkonten. Wenn der Arbeitgeber eine ausreichende Absicherung unterlässt, soll dem Arbeitnehmer ein Schadensersatzanspruch zustehen, wobei allerdings in der Praxis dieser Anspruch nicht sehr viel weiterhelfen wird: Eine ausreichende Absicherung für die Zukunft unterbleibt häufig in Fällen, in denen der Arbeitgeber wirtschaftliche Schwierigkeiten hat, die dann natürlich in gleichem Maße auch der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen entgegenstehen würden. Zum anderen ist geplant, dem Arbeitnehmer für diese flexiblen Arbeitszeitregelungen ein Kündigungsrecht einzuräumen und ihm eine begrenzte Mitnahmemöglichkeit bei einem Arbeitsplatzwechsel zu ermöglichen.

b)

Nach wie vor heftig in der tagespolitischen Diskussion ist das Thema der Mindestlöhne. Hier streiten sich die politischen Geister, ob es wichtiger ist, Arbeitsplätze auch im Niedriglohnbereich in Deutschland zu sichern (dann keine Mindestlöhne) oder trotz der Gefahr eines Abwanderns von Arbeitsplätzen Mindestentgeltbedingungen zu schaffen. Die flächendeckende Schaffung eines Mindestlohns würde einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die in Deutschland geltende Vertragsfreiheit und auch in grundgesetzlich geschützte Rechtspositionen darstellen. Darüber hinaus würde eine Vielzahl von geringfügigen Beschäftigungen wegfallen, ganz abgesehen von Schüler- und Studentenjobs etc.

III. Aktuelle Entscheidungen

Gerade in den letzten Wochen und Monaten hat es eine Reihe von sehr wichtigen arbeitsrechtlichen Entscheidungen gegeben, die wesentliche Auswirkungen auf die Personalpraxis haben werden. Teilweise handelt es sich auch um Urteile, die bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen zu beachten sind.

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Seit Erstreckung der Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen auch auf Arbeitsverträge hat sich das deutsche Arbeitsvertragsrecht grundlegend gewandelt.

Das Gesetz schreibt in § 307 BGB vor, dass Arbeitnehmer bei der Abfassung von Arbeitsverträgen vom Arbeitgeber nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden dürfen. Die Auslegung dieser Generalklausel stößt aber allgemein auf Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeiten sind für die Praxis umso nachteiliger, als Regelungen, die von allen Gerichten als unzulässige Beeinträchtigung von Arbeitnehmerinteressen angesehen werden, ersatzlos entfallen. Sie sind aus dem Vertrag zu streichen. Es gilt dann lediglich das Gesetz. Finden sich im Gesetz keine entsprechenden Regelungen, entfällt der gewünschte Regelungsinhalt vollständig. Dies kann zu erheblichen Nachteilen auf Arbeitgeberseite führen, weshalb der Vertragsgestaltung besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden muss. Insbesondere Unternehmen, die ihre Arbeitsverträge schon seit längerer Zeit nicht mehr überprüft haben, ist dringend anzuraten, die Formulare neu gestalten bzw. überprüfen zu lassen. Dies sollte auch in Zukunft regelmäßig erfolgen, da immer mehr Urteile zu Einzelproblemen erscheinen, die dann in die Formulare eingearbeitet werden müssen. Vorliegend soll versucht werden, einige besonders wichtige Entscheidungen aufzuzeigen:

a) Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen

BAG, Urteil vom 30. Juli 2008, 10 AZR 606/07

Zahlt der Arbeitgeber Beträge, zu denen er nicht nach Gesetz, Vertrag oder Tarifvertrag verpflichtet ist, kann er einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung für zukünftige Bezugszeiträume ausschließen (Beispiel: Weihnachtsgeld). Er kann sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt. Ein solcher Vorbehalt ist auch dann wirksam, wenn der Arbeitgeber geleistete Arbeit im Bezugszeitraum zusätzlich honorieren möchte. Es reicht

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

aus, wenn ein entsprechender Freiwilligkeitsvorbehalt mit dem Hinweis, dass ein Rechtsanspruch auf zukünftige Zahlungen nicht entsteht, einmal im Arbeitsvertrag enthalten ist. In einem wiederholt verwendeten Arbeitsvertragsformular muss dieser Hinweis allerdings besonders deutlich, leicht auffindbar und verständlich sein. Hier ist auf folgende, häufige Fehlerquellen in Arbeitsverträgen hinzuweisen:

- Der Vertrag enthält einerseits eine Regelung, wonach eine Sonderzahlung in einer bestimmten Höhen ausdrücklich zugesagt wird, während andererseits in einer anderen Vertragsklausel festgehalten wird, der Arbeitnehmer habe auf die Sonderzahlung keinen Rechtsanspruch.
- Widersprüchlich ist es auch, wenn zum einen eine Sonderzahlung als freiwillig gekennzeichnet wird mit dem Hinweis, in Zukunft bestehe kein Rechtsanspruch, zum anderen sich der Arbeitgeber aber gleichzeitig den Widerruf dieser Zahlung vorbehält.
- Unklar ist auch der Hinweis, der Arbeitnehmer erhalte eine freiwillige Leistung in einer bestimmten fixierten Höhe, ohne Hinweis, dass ein Rechtsanspruch für die Zukunft nicht besteht.

All diesen Formulierungen ist gemein, dass ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers trotz möglicherweise entgegenstehender Absicht des Arbeitgebers für die Zukunft besteht. Bestehende Arbeitsverträge sollten hierauf überprüft werden.

b) Stichtags- und Rückzahlungsklauseln

BAG, Urteil vom 25. April 2007, 5 AZR 627/06

Bei freiwilligen Zahlungen sind Stichtags- und Rückzahlungsklauseln zulässig. Sie besagen, dass Ansprüche nur entstehen, wenn das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Stichtag (ungekündigt) besteht bzw. dass freiwillige Leistungen an den Arbeitgeber zurückgewährt werden müssen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb bestimmter Fristen nach Erhalt der Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Außerdem sind hier sehr wichtige Regeln zu beachten, deren Nichteinhaltung wiederum zur Unwirksamkeit zu Lasten des Arbeitgebers und zu einem Rechtsanspruch des Arbeitnehmers unabhängig von den im Vertrag genannten Bedingungen führen kann:

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

- Die Dauer der Bindung muss in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe der Sonderleistung stehen.

- Ein Freiwilligkeitsvorbehalt und eine Stichtagsregelung sind dann nicht zulässig, wenn der Arbeitgeber einen Bonus auslobt: Der Freiwilligkeitsvorbehalt lässt gerade offen, ob und in welcher Höhe ein Bonus gezahlt wird, wogegen das Bonussystem an bestimmte Kriterien anknüpft, bei deren Erfüllung ein Bonus erwartet werden kann.

c) Freiwilligkeitsvorbehalt trotz Anknüpfung an geleistete Arbeit
BAG, Urteil vom 30. Juli 2008, 10 AZR 606/07

Der Arbeitgeber kann eine bestimmte Sonderzahlung auch dann unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt stellen und festlegen, dass kein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers für zukünftige Bezugszeiträume besteht, wenn diese Sonderzahlung ausschließlich an Arbeit anknüpft, die im Bezugszeitraum geleistet wurde. Früher war streitig, ob bei einer Verknüpfung von Arbeit und Sonderzahlung überhaupt ein Freiwilligkeitsvorbehalt zulässig sei, da die Arbeit ja schließlich in Erwartung der Sonderzahlung geleistet wurde.

d) Rückzahlungsklauseln bei Aus- und Weiterbildung
BAG, Urteil vom 18. März 2008, 9 AZR 186/07

Oft legt der Arbeitgeber fest, dass der Arbeitnehmer Fortbildungskosten erstatten muss, wenn er innerhalb bestimmter Fristen nach Abschluss der Fortbildung aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Aufgrund der neuesten Rechtsprechung des BAG dürften viele früher abgeschlossene Rückzahlungsvereinbarungen unwirksam sein, da sie nicht die folgenden Kriterien beachten:

- Grundsätzlich sind solche Rückzahlungsvereinbarungen zulässig. Sie müssen aber im Vertrag ausdrücklich und unmissverständlich getroffen sein. Aus dem Gesetz ergeben sich solche Rückzahlungsverpflichtungen nicht.

- Ein Rückzahlungsanspruch für den Arbeitgeber besteht dann nicht, wenn die Gründe für die vorzeitige Beendigung des Arbeitsvertrages in der Rückzahlungsvereinbarung offen gelassen

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

werden. Stattdessen ist eine Einschränkung dahingehend vorzunehmen, dass eine Rückzahlung nur dann erfolgt, wenn die Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen (Eigenkündigung, verhaltensbedingte Kündigung).

- Die Rückzahlungsklauseln müssen eine angemessene Bindungsdauer aufweisen. Bei nur geringfügiger Überschreitung der (weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung eindeutig festgelegten) zulässigen Bindungsdauer ist die gesamte Rückzahlungsklausel unwirksam. Hier bietet sich also bei der Vertragsgestaltung eher eine zurückhaltende Fristenregelung an.
- Die Rückzahlungsverpflichtung muss klar und verständlich sein, jegliche Widersprüche oder Unklarheiten gehen zu Lasten des Arbeitgebers.
- Schon dann, wenn nach der Formulierung eine Auslegung denkbar ist, die für sich genommen unwirksam wäre (da sie den Arbeitnehmer gegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt), ist die gesamte Formulierung unwirksam, auch wenn dieser spezielle Fall überhaupt nicht vorliegt.

Das BAG sah im vorliegenden Fall eine Vereinbarung, wonach ein Arbeitnehmer zur ratenweisen Rückzahlung eines Studiendarlehens verpflichtet wurde, als unwirksam an. Zum einen enthielt die Vereinbarung keine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Studierenden nach erfolgreichem Abschluss des Studiums zu beschäftigen, zum anderen war (deswegen) völlig offen, zu welchen Bedingungen, zu welchem Gehalt und in welcher Position der Studierende später beschäftigt werde. Es war für ihn, so das BAG, also unklar, ob er beim Arbeitgeber als Darlehensgeber nach dem Studium eine fest zugesagte Anstellung habe und ob er dort so viel Geld verdiene, dass er daraus die Rückzahlung des Darlehens bedienen könnte.

Ich halte diese Entscheidung für überzogen. Das Studium dient in erster Linie dem Arbeitnehmer und erst in zweiter Linie dem Arbeitgeber. Hätte der Arbeitgeber das Studium nicht finanziert, wäre dieses entweder nicht möglich gewesen oder der Arbeitnehmer hätte sich das Darlehen zu geschäftsüblichen Konditionen bei einer Bank beschaffen müssen. Auch dort wäre die Verpflichtung zur Rückführung des Darlehens unabhängig davon gewesen, ob und in welcher Position eine Anschlussbeschäftigung nach dem Studium zustande gekommen wäre. Die Anforderungen an den Arbeitgeber werden in die-

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

ser Entscheidung überspannt. Dieser gewährt nicht nur ein (wohl zinsloses) Darlehen für das Studium, sondern soll zusätzlich auch noch eine Beschäftigungsgarantie zu vorher festgelegten Bedingungen abgeben, was aber angesichts fehlender betriebswirtschaftlicher Planbarkeit zukünftiger Beschäftigungsmöglichkeiten an der Praxis vorbeigeht.

Im Ergebnis kann nach diesem Urteil Arbeitgebern nur noch geraten werden, auf Studiendarlehen in Zukunft völlig zu verzichten.

e) Ausschlussfristen

BAG, Urteil vom 12. März 2008, 10 AZR 152/07

Ausschlussfristen unterhalb von drei Monaten sind generell unwirksam. Dies gilt auch für zweistufige Ausschlussfristen (erste Stufe: Geltendmachung, zweite Stufe: Klage). Ist allerdings die zweite Stufe (Frist zur Klageerhebung) unzulässig kurz, bleibt die erste Stufe wirksam. Wurde also der Anspruch nicht rechtzeitig innerhalb einer vertraglich vorgesehenen Frist von mindestens drei Monaten geltend gemacht, verfällt dieser Anspruch unabhängig davon, ob die zweite (Klage-)Frist wirksam war.

f) Kündigungsschutzklage wahrt Ausschlussfrist

BAG, Urteil vom 19. März 2008, 5 AZR 429/07

Zahlungsansprüche müssen nicht unbedingt explizit und beziffert geltend gemacht werden. Es reicht in der Regel aus, wenn der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhebt. Mit dieser Kündigungsschutzklage wahrt er regelmäßig eine insoweit vertraglich vereinbarte Ausschlussfrist für alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, auch soweit es sich beispielsweise um Zahlungsansprüche auf Lohn handelt.

g) Beendigung von Arbeitsverträgen

BAG, Urteil vom 08. Mai 2008, 6 AZR 517/07

Ein vom Arbeitgeber vorformulierter Aufhebungsvertrag unterliegt nicht der Angemessenheitskontrolle nach AGB-Regeln, da eine einvernehmliche Vertragsbeendigung nicht von bestehenden Rechtsvorschriften abweicht. Die Beendigung an sich unterliegt insoweit keiner Kontrolle. Allerdings kann der

Aufhebungsvertrag unter anderen Gesichtspunkten unwirksam sein (vgl. nachstehende Entscheidung).

h) Ausgleichsquittung mit Ausgleichsklausel

BAG, Urteil vom 06. September 2007, 2 AZR 722/06

Ein Arbeitgeber hatte eine schriftliche Ausgleichsquittung mit einer so genannten Ausgleichsklausel versehen. Darin war nur geregelt, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt wirksam geendet hat und der Arbeitnehmer keinerlei Ansprüche mehr aus dem Arbeitsverhältnis und aus Anlass seiner Beendigung habe. Insbesondere sollte der Arbeitnehmer auch auf eine Kündigungsschutzklage verzichten. Dies ist nach Auffassung des BAG unwirksam und verstößt gegen die AGB-Regelung in § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Regelung benachteiligt Arbeitnehmer unangemessen gegen Treu und Glauben, da der Arbeitnehmer für seinen umfassenden Verzicht auf Ansprüche und auf die Kündigungsschutzklage keinerlei Gegenleistung erhalte. Insoweit ist die Ausgleichsquittung von einem Aufhebungsvertrag bzw. Abwicklungsvertrag zu unterscheiden, der eine Abfindung vorsieht. Der vermeintliche Verhandlungserfolg des Arbeitgebers, der sich über eine Vertragsbeendigung ohne Abfindung gefreut hat, führte also gerade zur Unwirksamkeit des Klageverzichts.

Außerdem schränkt das BAG den Wert einer Ausgleichsklausel erheblich ein: Wenn feststehe, dass eine bestimmte Forderung (zum Beispiel Monatsgehalt, Weihnachtsgeld etc.) entstanden sei, könne auch eine Ausgleichsklausel diesen Anspruch nicht zu Fall bringen. Ein Erlass sei mit der Ausgleichsklausel allenfalls insoweit verbunden, als es um Forderungen gehe, die nicht feststünden.

i) Unwirksamkeit der doppelten Schriftformklausel

BAG, Urteil vom 20. Mai 2008, 9 AZR 382/07

Schriftformklauseln sind besonders wichtig, um Vertragsklarheit zu schaffen und haben bisher auch einen gewissen Schutz vor dem Entstehen so genannter betrieblicher Übung dargestellt. Diese neue Entscheidung des BAG führt aber praktisch dazu, dass wirksame Schriftformvereinbarungen zumindest im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen, das heißt für eine Vielzahl von Fällen vorformulierter Vertragsbedingungen, nicht mehr wirksam vereinbart werden können. Allenfalls könnte versucht werden, in jedem Einzelfall nach ausführlicher Verhandlung mit dem Arbeitnehmer eine individuell

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

formulierte, individuell aufgesetzte Vereinbarung zu treffen, aus der auch hervorgeht, dass der Arbeitgeber bereit war, über den Inhalt zu verhandeln.

Das BAG stellt darauf ab, eine Schriftformklausel erwecke beim Arbeitnehmer den Eindruck, eine mündliche individuelle Vertragsabrede sei wegen Nichteinhaltung der Schriftform unwirksam. Dies ist damit zunächst auch beabsichtigt: Der Arbeitgeber möchte erreichen, dass nur noch schriftliche Vereinbarungen wirken. Das AGB-Recht steht dem aber entgegen. Danach gehen individuelle Vereinbarungen den Allgemeinen Geschäftsbedingungen immer vor. Als individuelle Vereinbarung kann auch eine mündliche Vereinbarung angesehen werden. Behauptet der Arbeitnehmer beispielsweise, dass trotz vertraglicher Schriftformklausel der Arbeitgeber ihm verbindlich auch für die Zukunft ein Weihnachtsgeld zugesagt habe und kann er den Inhalt dieser mündlichen Vereinbarung beweisen, geht diese individuelle Abrede der „Allgemeinen Geschäftsbedingung Arbeitsvertrag“ vor, auch wenn die Vereinbarung nur mündlich erfolgte.

Fazit:

Entweder muss der Arbeitgeber, wie dargestellt, eine individuelle schriftliche Vereinbarung treffen oder sich darauf einstellen, dass auch mündliche Vereinbarungen wirksam sind und insoweit auch betriebliche Übungen entstehen können.

2. Antidiskriminierung/Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Die Rechtsprechung des BAG zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz hat sich verfestigt. Allerdings ist die ursprünglich erwartete große Klagewelle ausgeblieben.

Anzuerkennen ist die Tendenz in der Rechtsprechung, einen Missbrauch der Antidiskriminierungsvorschriften nicht zu fördern, wenngleich die Feststellung eines möglichen Missbrauchs immer schwieriger wird. So soll das von einer Rechtsanwaltskanzlei eingerichtete zentrale Archiv für „AGG-Hopper“ gegen Datenschutzvorschriften verstoßen. Dies ist aber noch nicht endgültig geklärt.

Im Einzelnen ist über folgende wichtige Entscheidungen zu berichten:

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

a) Urlaubsgewährung nach Elternzeit

BAG, Urteil vom 20. Mai 2008, 9 AZR 219/07

Etwaiger restlicher Erholungsurlaub, der vor Beginn der Elternzeit nicht mehr genommen wurde, ist nach § 17 Abs. 1 BEEG nach der Elternzeit zu gewähren. Bisher ging die Rechtsprechung davon aus, dass der Urlaub dann verfällt, wenn sich an die erste Elternzeit eine zweite Elternzeit anschlieÙe. Mit Blick auf europarechtliche Vorschriften hat das BAG aber diese Rechtsprechung nunmehr geändert: Auch bei einer zweiten Elternzeit verfällt der Urlaubsanspruch aus der Zeit vor der ersten Elternzeit nicht, er ist vielmehr nach Ende der zweiten Elternzeit zu gewähren oder, falls das Arbeitsverhältnis dann endet, finanziell abzugelten.

b) Haftung des Arbeitgebers bei Diskriminierung durch Vorgesetzte

BAG, Urteil vom 25. Oktober 2007, 8 AZR 503/06

Ein Arbeitgeber haftet auch für Schäden, die ein Vorgesetzter seines Betriebs dadurch schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) verursacht, dass er einen Arbeitnehmer diskriminiert.

c) Bezahlung nach Lebensalter

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. September 2008, 20 Sa 2244/07

Das LAG führt in dieser hoch interessanten Frage aus, dass eine vom Lebensalter abhängige Entgeltstaffelung zumindest problematisch sei. Dies gelte auch für Tarifverträge, beispielsweise für den ehemaligen BAT. Beim TVöD werde allerdings nicht nach Alter, sondern nach Erfahrung, Wissen und Leistung differenziert, was die dortige Vergütungsstaffelung wirksam bleiben lässt.

Die Entscheidung, wonach die Lebensalterstufen des BAT eine unzulässige Altersdiskriminierung darstellen, ist allerdings noch nicht rechtskräftig. Bei entsprechenden Regelungen auch in Arbeitsverträgen ist aber größte Vorsicht geboten.

Häufig finden sich auch in Verträgen der Privatwirtschaft noch Regelungen, wonach beispielsweise der Urlaub oder auch Vergütungen altersabhängig gestaffelt sind. Dies dürfte unzulässig sein, wenn

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

dafür nicht gute Gründe vorgebracht werden. Altersdifferenzierte Urlaubsregelungen könnten beispielsweise bei schwerer körperlicher Arbeit begründet werden.

d) Sozialauswahl nach Altersgruppen

BAG, Urteil vom 06. November 2008, 2 AZR 701/07

Diese Entscheidung ist brandneu. Sie ist bisher nur als Pressemitteilung und nicht in ausführlich schriftlich begründeter Form bekannt:

§ 1 KSchG sieht bei betriebsbedingten Kündigungen vor, dass die Sozialauswahl nach den Kriterien Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung durchgeführt wird. Hier wird das Kriterium Alter ausdrücklich genannt. Ferner kommt nach Auffassung des Autors das Thema Alter mittelbar auch bei der Betriebszugehörigkeit zur Anwendung.

Im vorliegenden Fall hatte ein Arbeitgeber bei einer betriebsbedingten Kündigung im Rahmen einer Sozialauswahl auch das Alter so berücksichtigt, wie es üblicherweise geschieht: Je älter ein Arbeitnehmer ist, desto eher wird er aufgrund des Alters für sozial schutzwürdiger gehalten als entsprechend jüngere Arbeitnehmer, was ihn zu Lasten jüngerer Arbeitnehmer eher vor einer Kündigung schützt.

Um dies abzumildern, hat der Arbeitgeber jedoch so genannte Altersgruppen gebildet. Die Zahl der zu kündigenden Arbeitnehmer wurde gleichmäßig auf Altersgruppen verteilt (Beispiel: Eine Gruppe bilden die Arbeitnehmer bis zum 30. Lebensjahr, weitere Gruppen sind dann die Arbeitnehmer, die bis 40, bis 50, bis 60 oder über 60 Jahre alt sind). Dadurch verteilen sich die auszusprechenden Kündigungen in der Regel relativ gleichmäßig über alle Altersgruppen. Eine Differenzierung nach dem individuellen Alter erfolgt dann lediglich innerhalb der einzelnen Stufen, so dass tendenziell ein 59-Jähriger besser vor einer Kündigung geschützt ist als ein 51-Jähriger.

Das BAG hat diese Praxis „abgesegnet“ und insbesondere keinen Widerspruch gegen AGG-Regelungen gesehen. Das BAG hat dabei im Wesentlichen auf § 10 Abs. 1 AGG abgestellt und ausgeführt, das Abstellen auf das Alter führe „mit einer hinnehmbaren Unschärfe zur Berücksichtigung von Chancen auf dem Arbeitsmarkt und im Zusammenspiel mit den übrigen sozialen Gesichtspunkten

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

(Betriebszugehörigkeit, Unterhalt, Schwerbehinderung) nicht zu einer Überbewertung des Lebensalters. Die Bildung von Altersgruppen wirke der Überalterung der Belegschaft entgegen und relativiere zugleich die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer“.

Richtig ist, dass das Kriterium „Chancen auf dem Arbeitsmarkt“ bei der Kündigungsentscheidung berücksichtigt werden darf. Allerdings verschlechtern sich die Chancen auf dem Arbeitsmarkt nicht automatisch und in allen Berufsgruppen mit zunehmendem Lebensalter. Insbesondere bei Berufen, bei denen es sehr auf Erfahrung, Kontakte etc. ankommt, dürften die Chancen auf dem Arbeitsmarkt mit zunehmendem Alter zumindest nicht schlechter werden. Umgekehrt wird beispielsweise das Problem der Jugendarbeitslosigkeit auch nicht berücksichtigt.

Mit der Entscheidung des BAG wird aber das letzte Wort noch nicht gesprochen sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich der Europäische Gerichtshof mit der deutschen Besonderheit des AGG befassen wird: Im AGG ist nämlich ausdrücklich vorgesehen, dass die bisherigen (teilweise altersdiskriminierenden) Vorschriften des deutschen Kündigungsschutzrechts unangetastet bleiben, das AGG hierauf also nicht anwendbar sein soll. Dies schließt die Anwendung des AGG in einem für das Arbeitsrecht besonders wichtigen Bereich (Kündigungen) aus. Nach Auffassung vieler arbeitsrechtlicher Autoren ist dies – unabhängig von aller Kritik am Antidiskriminierungsrecht – unzulässig und verstößt gegen europäisches Recht. Es könnte also durchaus sein, dass das deutsche AGG insoweit vom Europäischen Gerichtshof für unanwendbar erklärt wird. Bis dahin sitzen deutsche Arbeitgeber zwischen den Stühlen „deutsches Arbeitsrecht“ und „europäisches Antidiskriminierungsrecht“.

Praxis:

Einstweilen kann, um als Arbeitgeber bei betriebsbedingter Kündigung überhaupt handlungsfähig zu bleiben, auf diese neue BAG-Entscheidung und darauf abgestellt werden, dass die Berücksichtigung des Merkmals Alter in § 1 KSchG zumindest dann zulässig ist, wenn Altersgruppen gebildet werden. Ohne Altersgruppen sollte allerdings in Zukunft keine betriebsbedingte Kündigung unter Berücksichtigung des Merkmals Alter ausgesprochen werden.

e) Altersgrenzen im Arbeitsvertrag

- Befristung zum Erreichen der Regelaltersgrenze kann zulässig sein (BAG, Urteil vom 18. Juni 2008, 7 AZR 116/07).

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

- Viele Arbeitsverträge enthalten eine Regelung, wonach das Arbeitsverhältnis bis zum Erreichen der sozialversicherungsrechtlichen Regelaltersgrenze befristet sei. Dies ist nach Auffassung des BAG zulässig.
- Formal handelt es sich um eine Befristung mit Befristungsgrund. Das BAG anerkennt den Befristungsgrund „Erreichung der sozialversicherungsrechtlichen Regelaltersgrenze“. Ohne eine solche Befristung endet der Arbeitsvertrag nicht irgendwann automatisch. Vielmehr müsste der Arbeitgeber dann bei Erreichen der Regelaltersgrenze das Arbeitsverhältnis kündigen. Hierzu benötigt er aber die üblichen Kündigungsgründe, soweit das Kündigungsschutzgesetz eingreift.
- Vorsicht ist allerdings bei der Formulierung geboten. Bisher wurden Verträge regelmäßig dahingehend befristet, dass der Arbeitsvertrag mit Erreichen des 65. Lebensjahres endet. Zwischenzeitlich wurde, von Übergangsfristen abgesehen, die Regelaltersgrenze auf das 67. Lebensjahr verschoben. Dem muss bei der Formulierung neuer Arbeitsverträge in jedem Fall Rechnung getragen werden. Besser als ein festes Lebensalter ist aber die Formulierung, wonach der Arbeitsvertrag bis zum Ende des Monats befristet ist, in dem der Arbeitnehmer die jeweils geltende sozialversicherungsrechtliche Regelaltersgrenze erreicht. Dies lässt Spielraum für zukünftige Gesetzesänderungen.
- Ist ein Vertrag noch bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres befristet, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die Regelung unwirksam ist oder ob hier die Regelaltersgrenze gemeint war, so dass dann der Vertrag entsprechend auf die individuelle Regelaltersgrenze befristet ist. Hierzu liegt noch keine Rechtsprechung vor.
- Altersgrenze unterhalb der Regelaltersgrenze (BAG, Beschluss vom 16. Oktober 2008, 7 AZR 253/07 (A))
- Der vorliegende Fall betraf Flugbegleiter (Stewards/Stewardessen). Hier war vorgesehen, dass der Vertrag mit Vollendung des 55. Lebensjahres enden sollte. Darüber hinaus waren befristete Arbeitsverträge für jeweils ein Jahr vorgesehen, die aber vom Arbeitgeber nur so lange abgeschlossen wurden, wie der Arbeitnehmer „körperlich und beruflich geeignet“ war.

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

- Das BAG hält diese Regelung für unwirksam, da hierin eine Altersdiskriminierung zu sehen sei. Insoweit hat das BAG die Sache dem europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.
- Zu beachten ist die Auffassung des BAG, wonach eine Begrenzung der Lebensalterszeit durch eine Befristung des Arbeitsvertrages auf einen Zeitpunkt vor Erreichen der Regelaltersgrenze generell unzulässig ist. Ausnahmen könnten sich nur dann ergeben, wenn aus gesundheitlichen Gründen mit zunehmendem Alter eine Gefahr für Dritte bei weiterer Ausübung des Berufs gegeben sei. Dies sei bei Flugbegleitern nicht ersichtlich.
- Bemerkenswert ist insoweit noch, dass die vom BAG für unwirksam gehaltene Altersgrenze nicht in einem Arbeitsvertrag, sondern in einem Manteltarifvertrag vereinbart war.
- Altersgrenze II (LAG Hessen, Urteil vom 15. Dezember 2007, 17 Sa 809/07)
- In einem anderen Fall hatte das LAG Hessen eine altersbedingte Befristung eines Arbeitsvertrages dann als wirksam angesehen, wenn Leib und Leben Dritter durch einen altersbedingten Leistungsabbau in Gefahr kommen könnten. Im vorliegenden Fall hatte ein Manteltarifvertrag vorgesehen, dass Arbeitsverträge mit Piloten zum Ablauf des 60. Lebensjahres befristet werden können. Die Piloten erhielten allerdings bis zum regulären Rentenbeginn eine Übergangsversorgung. Zwar sei, so das LAG, mit dieser Befristung eine eigentlich diskriminierende Benachteiligung wegen des Lebensalters verbunden, vorliegend würde diese Schlechterstellung gegenüber jüngeren Arbeitnehmern sich aber durch den notwendigen Schutz Dritter (Passagiere, Bewohner von überflogenen Gebieten etc.) rechtfertigen. Hier sei eine Abwägung der Rechtsgüter vorzunehmen.
- Diese Entscheidung ist durch den oben genannten Beschluss des BAG vom 16. Oktober 2008 mittelbar bestätigt worden, da auch dort auf die Frage abgestellt wurde, ob Leben und Gesundheit Dritter gefährdet sind.

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

f) Altersbedingte Benachteiligung in Sozialplänen

BAG, Urteil vom 11. November 2008, 1 AZR 475/07

Arbeitgeber und Betriebsrat dürfen in Sozialplänen Arbeitnehmer, die Anspruch auf eine vorgezogene gesetzliche Altersrente hätten, bei der Höhe von Abfindungsansprüchen schlechter behandeln als Arbeitnehmer, die noch keine vorgezogene Altersrente beanspruchen könnten. Dies gilt auch dann, wenn ein vorgezogener Rentenbezug nur mit Abschlägen möglich ist.

g) Kündigungsfrist bei längerer Betriebszugehörigkeit

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. Juli 2007, 7 Sa 561/07

Das LAG Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass bei der Berechnung der verlängerten Kündigungsfrist bei längerer Betriebszugehörigkeit nach § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB auch diejenigen Beschäftigungsjahre zu berücksichtigen sind, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegen. Die genannte Vorschrift, die nach wie vor im Gesetz steht, sieht vor, dass nur solche Jahre der Betriebszugehörigkeit zur Berechnung einer verlängerten Kündigungsfrist herangezogen werden dürfen, die ab Vollendung des 25. Lebensjahres zurückgelegt wurden. Dies ist aufgrund der damit verbundenen Altersdiskriminierung unwirksam.

3. Kündigung/Befristung

a) Schriftformerfordernis bei Befristung

BAG, Urteil vom 16. April 2008, 7 AZR 1048/06

Mit dieser Entscheidung weicht das BAG ein wenig von der bisherigen Linie ab, wonach eine Befristung nur dann wirksam zustande kommt, wenn die schriftliche Befristungsvereinbarung (also in der Regel der befristete Arbeitsvertrag) bereits von beiden Seiten unterzeichnet ist, bevor der Arbeitnehmer „den ersten Handschlag“ macht.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber vor Arbeitsaufnahme den von ihm unterzeichneten befristeten Arbeitsvertrag an den (zukünftigen) Arbeitnehmer geschickt, und zwar mit der Bitte um Unterzeichnung und baldige Rückgabe. Noch vor Rückgabe des vom Arbeitnehmer unterzeichneten Ver-

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

trages hat dieser dann die Arbeit aufgenommen. Hierdurch soll aber nach dem BAG kein unbefristeter Vertrag zustande gekommen sein, da der Arbeitgeber sein Angebot auf Abschluss eines befristeten Vertrages von der vorherigen Rückgabe des unterzeichneten Arbeitsvertrages abhängig gemacht habe. Dies ist letztlich inkonsequent und sollte Arbeitgeber nicht zum Leichtsinn beim Abschluss eines befristeten Vertrages verleiten. Ich rate auch in Zukunft darauf zu achten, dass der Vertrag von beiden Seiten unterschrieben vorliegt, bevor der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufnimmt.

b) Wirksame Verlängerung von befristeten Verträgen

BAG, Urteil vom 16. Januar 2008, 7 AZR 603/06 und Urteil vom 20. Februar 2008, 7 AZR 786/06

Mit diesen Entscheidungen bekräftigt das BAG seine bisherige Linie, wonach bei der Verlängerung von befristeten Arbeitsverträgen keinerlei Änderungen vereinbart werden dürfen. Bereits früher hatte das BAG eine Verlängerung verneint, wenn anlässlich der geplanten Verlängerung eine Gehaltserhöhung wirksam werden sollte. Generell gilt daher: Anlässlich der Verlängerung eines (meist sachgrundlos) befristeten Vertrages darf das Arbeitsverhältnis keinerlei (!) Änderung erfahren. Eventuell geplante Gehaltserhöhungen oder ähnliches müssen mit gehörigem zeitlichem Abstand vom Auslaufen einer Befristung und der diesbezüglichen Verlängerung vereinbart werden.

Im vorliegenden Fall hatte der ursprüngliche Vertrag noch ein ordentliches Kündigungsrecht unabhängig vom Befristungstermin vorgesehen. Im Verlängerungsvertrag fehlte ein solches ordentliches Kündigungsrecht mit der Folge, dass das BAG nicht von einer Vertragsverlängerung, sondern von einem neuen befristeten Vertrag ausging. Da dann bereits ein befristeter Vertrag vorangegangen war, war die erneute sachgrundlose Befristung unwirksam und es war statt der Verlängerung ein unbefristeter Vertrag zustande gekommen.

Eine Ausnahme ist laut BAG nur zulässig, wenn eine anlässlich der Verlängerung vorgenommene Änderung auf einem ohnehin bestehenden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers beruhe. Dies wurde angenommen bei einer vom Arbeitnehmer nach § 8 TzBfG gewünschten Verkürzung der Arbeitszeit.

Der Autor empfiehlt aber insoweit eine Zurückhaltung. Auch ein solcher Anspruch auf Arbeitszeitverkürzung besteht nicht immer. Unter anderem können ihm betriebliche Gründe entgegengehalten wer-

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

den. Daher sollte, angesichts der sehr formalen Sichtweise des BAG, versucht werden, anlässlich einer Vertragsverlängerung keinerlei (!) Vertragsänderung vorzusehen.

c) Fristlose Kündigung bei Nebentätigkeit trotz Krankschreibung

BAG, Urteil vom 03. April 2008, 2 AZR 965/06

Das BAG hat seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und vertieft: Übt ein Arbeitnehmer trotz Vorliegens einer so genannten „Krankschreibung“ (ärztliche Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit) im Hauptarbeitsverhältnis noch eine Nebentätigkeit aus, ist dies auf jeden Fall ein deutlicher Hinweis auf die Vorspiegelung einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Krankheit. Hier besteht zumindest ein Betrugsverdacht, jedenfalls aber der Verdacht einer Täuschung des Arbeitgebers. Darüber hinaus führt eine solche Nebentätigkeit erfahrungsgemäß zu einer verzögerten Heilung und damit letztlich zu einer länger als notwendigen Dauer der Arbeitsunfähigkeit im Hauptarbeitsverhältnis. Insoweit kann, bei Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände, eine außerordentliche fristlose Kündigung gerechtfertigt sein.

d) Fristlose Kündigung bei Diebstahl geringwertiger Sachen

BAG, Urteile vom 06. September 2007, 2 AZR 264/06 und vom 13. Dezember 2007, 2 AZR 537/06

Das BAG hat bestätigt, dass auch der einmalige Diebstahl sogar geringwertiger Sachen für eine außerordentliche fristlose Kündigung ausreicht. Gleiches gilt beim Spesenbetrug oder einem so genannten Arbeitszeitbetrug selbst dann, wenn dies nur einmalig nachgewiesen wurde und nur geringe finanzielle Auswirkungen hatte.

Zugleich hat das BAG entschieden, dass die Durchführung von Taschenkontrollen in der Regel dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterliegt. Ausgenommen kann nur ein konkreter Verdachtsfall sein. Der Arbeitgeber darf aber auch solche Fundstücke aus entsprechenden Durchsuchungen im Arbeitsgerichtsprozess verwerten, die unter Verstoß gegen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates erlangt wurden. Es existiere insoweit kein Verwertungsverbot.

e) Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

BAG, Urteil vom 17. Januar 2008, 2 AZR 902/06

Diese Entscheidung ist insbesondere wichtig für Unternehmen, die mehrere Betriebe im In- und Ausland haben. Für einen in Deutschland gelegenen Betrieb greift das Kündigungsschutzgesetz nur ein, wenn die Mindestanzahl von Arbeitnehmern nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG (5/10 Mitarbeiter) im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erfüllt ist. Sind beispielsweise in Deutschland nur zwei oder drei Mitarbeiter tätig, greift das Kündigungsschutzgesetz selbst dann nicht ein, wenn im Ausland eine große Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt wird.

f) Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes II

BAG, Urteil vom 17. Januar 2008, 2 AZR 512/06

Diese Entscheidung ist für viele Betriebe von großer praktischer Bedeutung: Aufgrund einer Änderung des Kündigungsrechts muss sehr genau im Einzelfall geprüft werden, wann die Mindestzahl von Arbeitnehmern für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes erfüllt wird, oder wann ein so genannter Kleinbetrieb vorliegt. Zu unterscheiden sind folgende Fälle:

- Vor dem 31. Dezember 2003 sind mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt. Diese haben dann auch ab dem 01. Januar 2004 (neuer Schwellenwert = zehn Arbeitnehmer) Kündigungsschutz. Neu eintretende Arbeitnehmer allerdings erst dann, wenn die Beschäftigtenzahl insgesamt über zehn Vollzeitmitarbeiter hinausgeht.
- Sind im Kündigungszeitpunkt nicht mehr als sechs „Altmitarbeiter“, das heißt Arbeitnehmer, die am 31. Dezember 2003 bereits beschäftigt waren, vorhanden, so haben auch die „Altmitarbeiter“ erst dann Kündigungsschutz, wenn die Beschäftigtenzahl insgesamt über zehn Vollzeitmitarbeitern liegt. Scheiden beispielsweise von ursprünglich sechs Vollzeitmitarbeitern zwei aus, verlieren auch die restlichen vier Vollzeitmitarbeiter ihren Kündigungsschutz, selbst wenn zwischenzeitlich (ab dem 01. Januar 2004) zwei Ersatzmitarbeiter eingestellt wurden.

g) Kündigung von „Low Performern“

BAG, Urteil vom 17. Januar 2008, 2 AZR 536/06

Die verhaltensbedingte Kündigung bei erheblicher Schlechtleistung, hoher Fehlerquote etc. war bislang immer problematisch. Das BAG hat nunmehr Regeln aufgestellt, die ein Vorgehen hier zumindest erleichtern:

- Allein eine überdurchschnittliche Fehlerquote stellt noch keinen Verstoß gegen Arbeitspflichten dar und kann daher nicht zur Kündigung berechtigen.
- Eine langfristige deutliche Überschreitung der „normalen“ Fehlerquote kann allerdings einen Anhaltspunkt dafür darstellen, dass der Arbeitnehmer nicht alle Anstrengungen unternimmt, um seine Arbeitspflichten zu erfüllen. Hier muss jeder Einzelfall geprüft werden. Je mehr Fehler sich mathematisch/numerisch erfassen lassen, desto besser ist dies für die Darlegungslast des Arbeitgebers. Über die Fehlerzahl hinaus müssen sowohl Art als auch Schwere und die wirtschaftlichen Folgen von Fehlleistungen auf Arbeitgeberseite berücksichtigt werden.
- Hat der Arbeitgeber belegen können, dass der Arbeitnehmer über längere Zeit ohne erkennbaren Grund deutlich mehr Fehler oder eine deutlich schlechtere Leistung erbracht hat als der Durchschnitt der Arbeitnehmer, muss der Arbeitnehmer darlegen, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistung seine persönliche Leistungsfähigkeit in vollem Umfang ausschöpft. Gelingt ihm dies nicht, ist eine arbeitgeberseitige verhaltensbedingte Kündigung zulässig.

In der Praxis ist zu berücksichtigen, dass Maßstab nicht die besten Arbeitnehmer sind. Vielmehr muss jeder Arbeitnehmer seine persönliche und möglicherweise durchaus unterschiedliche Leistungskraft ausschöpfen. Nur dann, wenn er dies nicht tut, ist eine Kündigung zulässig.

h) Betriebliches Eingliederungsmanagement
BAG, Urteil vom 23. April 2008, 2 AZR 1012/06

Vielen Arbeitgebern ist noch unbekannt, dass bei Schwerbehinderten aber auch bei beispielsweise chronisch kranken Arbeitnehmern ein so genanntes betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchgeführt werden muss. Dies ist in § 84 Abs. 2 SGB IX geregelt.

Allerdings ist die Durchführung eines solchen BEM nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für eine personenbedingt ausgesprochene Arbeitgeberkündigung. Hat der Arbeitgeber also kein BEM durchgeführt, kann die Kündigung trotzdem wirksam sein. Der Arbeitgeber muss in diesem Fall jedoch belegen, dass auch ein betriebliches Eingliederungsmanagement die Kündigung nicht verhindert hätte.

Im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements muss der Arbeitgeber beispielsweise prüfen, ob die Umgestaltung des Arbeitsplatzes, eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz (dort gegebenenfalls nach Umsetzung eines anderen Mitarbeiters) möglich wäre. Letztlich ist das BEM Ausfluss des Grundsatzes, dass eine Beendigungskündigung immer nur dann zulässig ist, wenn es keine anderen, den Arbeitnehmer weniger beeinträchtigenden und für den Arbeitgeber zumutbaren Maßnahmen gibt.

i) Betriebsbedingte Kündigungen mit Namensliste
BAG, Urteil vom 17. Januar 2008, 2 AZR 405/06 und Urteil vom 03. April 2008, 2 AZR 879/06

Im Falle einer Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG muss der Arbeitgeber in bestimmten Fällen einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat schließen. Im Rahmen dieses Interessenausgleiches kann eine Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbart werden. Die insoweit betroffenen Arbeitnehmer können im Rahmen der Kündigungsschutzklage nur noch einwenden, dass die Sozialauswahl grob fehlerhaft war. Es führt also nicht mehr jeder Fehler zu einer Sozialwidrigkeit und damit Unwirksamkeit der Kündigung. Insoweit kann der Arbeitgeber sich durch eine entsprechende Vereinbarung mit dem Betriebsrat Rechtssicherheit schaffen. Wichtig ist allerdings, dass die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

- Die gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere das Vorliegen einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG ist vom Arbeitgeber substantiiert darzulegen und zu beweisen. Völlig freiwillige Interessenausgleiche reichen insoweit nicht aus.
- Die Sozialauswahl ist nur dann grob fehlerhaft, wenn ein besonders schwerwiegender, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt.
- Bei der Prüfung einer groben Fehlerhaftigkeit muss berücksichtigt werden, dass den Betriebsparteien ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden sollte, um alle betrieblichen Belange zu berücksichtigen.
- Ist allerdings überhaupt keine Sozialauswahl durchgeführt worden, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass ein grober Fehler vorliegt. Allerdings kann der Arbeitgeber diese Vermutung dadurch ausräumen, dass er darlegt und beweist, im Falle einer durchgeführten Sozialauswahl wären die gleichen Arbeitnehmer betroffen gewesen.
- Die Vermutung, dass die Sozialauswahl richtig durchgeführt wurde, gilt nicht nur bei einer Beendigungskündigung, sondern auch bei Änderungskündigungen (BAG, Urteil vom 19. Juni 2007, 2 AZR 304/06).
- Die Vermutung der Richtigkeit der Sozialauswahl im Interessenausgleich betrifft auch die Frage, ob möglicherweise im Betrieb anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden haben (BAG, Urteil vom 06. September 2007, 2 AZR 715/06).

4. Betriebsübergang (§ 613a BGB)

Nach wie vor ist die Rechtsprechung zum Betriebsübergang bzw. Teilbetriebsübergang sehr uneinheitlich. Dies gilt insbesondere auch für immer noch festzustellende Differenzen zwischen der Rechtsprechung des BAG einerseits und des europäischen Gerichtshofs andererseits.

Auf Grundlage von aktuellen Entscheidungen (zum Beispiel BAG, Urteile vom 26. Juli 2007, 8 AZR 769/06 und vom 14. August 2007, 8 AZR 803/06) ist wesentlich darauf abzustellen,

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors

- ob der Übernehmer sich quasi in ein gemachtes Bett legt und der Übergang unter Wahrung der wirtschaftlichen und insbesondere organisatorischen Identität des bisherigen Betriebsinhabers erfolgt (Betriebsübergang)

oder

- ob lediglich eine Übernahme einzelner Betriebsmittel (Maschinen, Fahrzeuge, Gebäude) oder einiger Arbeitnehmer erfolgt (kein Betriebsübergang).

Die Übernahme von Arbeitnehmern ist somit, anders als nach früherer Rechtsprechung, nicht mehr die Rechtsfolge eines Betriebsübergangs, sondern kann auch erst Auslöser eines anzunehmenden Betriebsübergangs sein. Dies gilt bereits dann, wenn nicht alle Arbeitnehmer übernommen werden. Es reicht insoweit aber aus, wenn beispielsweise die Übernahme von mehr als der Hälfte der Arbeitnehmer und/oder der Leistungsträger (Know-how-Träger, Vorgesetzte, Organisationsträger etc.) erfolgt.

In jedem Fall ist eine Einzelfallprüfung anhand aller konkreter Kriterien erforderlich. Heutzutage verbietet sich eine pauschalierte Betrachtungsweise.

5. Sonstiges

Ganz aktuell ist eine Entscheidung des BGH zur Eintrittspflicht von Rechtsschutzversicherungen von Arbeitnehmern. Bislang haben Rechtsschutzversicherungen ihre Eintrittspflicht immer dann verneint, wenn der Arbeitgeber noch keine Kündigung ausgesprochen hatte. Auch bei einer vom Arbeitgeber angedrohten Kündigung wurden die Kosten nicht übernommen. Dies hat beispielsweise dazu geführt, dass Arbeitnehmer sich manchmal geweigert haben, über einen eventuellen Aufhebungsvertrag zu verhandeln, da sie den hierfür oft notwendigen Beistand durch Anwälte hätten selbst zahlen müssen.

Dieser Auffassung der Rechtsschutzversicherungen ist der BGH nun in einer ganz aktuellen Entscheidung vom 19. November 2008 (IV ZR 305/07) entgegengetreten. Danach haben Arbeitnehmer auch dann Anspruch auf Übernahme der notwendigen Anwaltsgebühren durch die Rechtsschutzversicherung, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung auch nur angedroht hat, beispielsweise um über einen Aufhebungsvertrag zu verhandeln, und dabei zu verstehen gegeben hat, das Vertragsverhältnis in

EDK
ECKERT · KLETTE & KOLLEGEN
RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE

jedem Falle beenden zu wollen (so zuvor bereits OLG Saarbrücken, Urteil vom 19. Juli 2006, 5 U 719/05).

Umstritten bleibt, ob die Versicherung auch dann Deckung zu bestätigen hat, wenn zunächst außergerichtliche Verhandlungen eines Arbeitnehmeranwalts mit dem Arbeitgeber nach Ausspruch einer Kündigung, jedoch vor Erhebung der Kündigungsschutzklage geführt werden. Der Arbeitnehmer ist nach einigen untergerichtlichen Entscheidungen nicht gezwungen, sofort Kündigungsschutzklage zu erheben, sondern kann zunächst versuchen, ohne Inanspruchnahme der Arbeitsgerichte einen Vergleich auszuhandeln. Die insoweit entstehenden Anwaltskosten muss seine Rechtsschutzversicherung übernehmen. Andere Gerichte jedoch folgen hier den Rechtsschutzversicherungen und stellen sich ebenfalls auf den Standpunkt, dass der Versicherungsnehmer gegen die Kündigung gleich Klage erheben müsse. Eine obergerichtliche Entscheidung steht hier noch aus.

IV.

Insgesamt zeigt sich, dass die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte immer differenzierter wird und die Übersicht insbesondere für arbeitsrechtliche „Nichtspezialisten“ immer weiter erschwert. Gerade die Rechtsprechung zum Themenkomplex „Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertragsrecht“ ist für Laien völlig unübersichtlich geworden. Arbeitsverträge, die der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in bester Weise entsprochen haben, sind heute teilweise nur noch Makulatur. Hier liegen für Arbeitgeber erhebliche Gefahren verborgen, da die Unwirksamkeit sich meist erst dann herausstellt, wenn der Arbeitgeber meint, sich auf eine bestimmte Vertragsklausel verlassen zu können. Insoweit sei nochmals dringend geraten, Arbeitsverträge und sonstige Vereinbarungen mit Arbeitnehmern regelmäßig daraufhin zu überprüfen, ob die neuere Rechtsprechung die bisher verwendeten Klauseln noch akzeptiert.

Je nach Ausgang der nächsten Bundestagswahl ist damit zu rechnen, dass in einem Jahr wesentliche arbeitsrechtliche Gesetzesänderungen abzusehen sein werden, wobei natürlich abhängig vom Ausgang der Bundestagswahl abgewartet werden muss, in welche Richtung diese gehen werden und wer über den entsprechenden Bericht „Arbeitsrecht aktuell“ im kommenden Jahr eher traurig oder eher glücklich sein wird.

SOFIENSTRASSE 17 69115 HEIDELBERG

TELEFON: (06221) 91405-0 TELEFAX: (06221) 20111 E-MAIL: INFO@EDK.DE INTERNET: WWW.EDK.DE

© Nachdruck, auch auszugsweise, und jede Verwendung nur zulässig mit schriftlicher Zustimmung des Autors