

**Blick ins Arbeitsrecht**  
Teil 3/ 2009

I.  
**Überblick**

Das Arbeitsrecht ist aktuell von sehr widersprüchlichen Tendenzen geprägt. Nachdem es in der Vergangenheit so gut wie gar keine gesetzgeberischen Aktivitäten im Bereich des Arbeitsrechts gegeben hatte, halten nun alle im Arbeitsrecht Tätigen „die Luft an“ und warten auf den Ausgang der Koalitionsverhandlungen. Der Koalitionsvertrag wird sicherlich eine erste Richtschnur für das geben, was in den nächsten Jahren an gesetzgeberischen Entwicklungen zu erwarten ist. Die Erwartungen schwanken derzeit zwischen Stimmen, die größere Änderungen beim Kündigungsschutz vorhersagen einerseits und Meinungen, dass sich im Kündigungsschutz keine wesentlichen Änderungen ergeben werden, andererseits.

Quasi als Gegenstück zur großen Politik befasst sich die öffentliche Diskussion im Arbeitsrecht derzeit mit einem Bereich, den Arbeitsrechtler als „alten Hut“ bezeichnen würden, nämlich mit der Möglichkeit, sogenannte strafrechtliche Bagatelldelikte zum Anlass für eine außerordentliche (fristlose) Kündigung zu nehmen.

Welche arbeitsrechtlichen Änderungen von der neuen Bundesregierung zu erwarten sein werden, lässt sich derzeit noch nicht abschließend sagen. Erstaunlicherweise wehrt sich die CDU offensichtlich nach Kräften gegen jede Änderung beim Kündigungsschutz und insbesondere auch gegen Änderungen bei der sogenannten Kleinbetriebsklausel. Derzeit findet das Kündigungsschutzgesetz noch keine Anwendung, wenn im Betrieb höchstens zehn Vollzeitmitarbeiter tätig sind. Eine Erweiterung dieser Kleinbetriebsklausel beispielsweise auf 15 Mitarbeiter hätte eine Reihe von Vorzügen: Zum einen würde dies bisher mit Blick auf den sonst eintretenden Kündigungsschutz nicht erfolgte Einstellungen ermöglichen. Ferner würde endlich einmal die Definition des Kleinbetriebes vereinheitlicht. Die Zahl von 15 Arbeitnehmern gilt aktuell bereits für einen Teilzeitananspruch innerhalb oder außerhalb der Elternzeit.

Es steht zu hoffen, dass einige handwerkliche Fehler in der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung der letzten Jahre endlich einmal beseitigt werden. Zu nennen sind hier beispielsweise völlig unterschiedliche Fristen für den Anspruch auf Teilzeittätigkeit abhängig davon, ob der Teilzeitananspruch innerhalb oder außerhalb der Elternzeit geltend gemacht wird.

Besonders dringlich wäre eine weitere Änderung bei Teilzeitarbeitsverhältnissen: Hier muss endlich die Regelung abgeschafft werden, wonach ein befristeter Vertrag ohne Befristungsgrund nicht abgeschlossen werden darf, wenn mit dem Arbeitnehmer zuvor irgendwann einmal ein Arbeitsvertrag bestanden hatte. Dies führt zu völlig skurrilen Ergebnissen, die jeder sozialen Begründung entbehren und sich sogar als Arbeitsplatzverhinderung darstellen: So darf beispielsweise heute ein 50-jähriger Bewerber nicht befristet ohne Befristungsgrund eingestellt werden, wenn er zum Beispiel im holden Alter von 16 Jahren im gleichen Unternehmen einmal für wenige Tage als Schüler einen Ferienjob hatte.

Potentielle Missbrauchsmöglichkeiten durch sogenannte Kettenbefristungen lassen sich zuverlässig dadurch vermeiden, dass die Einmaligkeitsregelung durch eine Karenzfrist ersetzt wird: Danach darf ein befristeter Vertrag ohne Befristungsgrund nur wirksam abgeschlossen werden, wenn beispielsweise in den letzten drei/sechs/neun Monaten vor dessen Beginn kein anderer Arbeitsvertrag bestanden hatte.

Ich hoffe, dass ich Sie im nächsten „Blick“ über konkrete arbeitsrechtliche Änderungen informieren kann.

## II.

### Neue Gesetze

Hier kann lediglich von einer gesetzlichen Änderung im Bereich des Arbeitsrechts berichtet werden: § 32 wurde neu in das Bundesdatenschutzgesetz eingefügt. Es stellt einen allerdings äußerst gering ausgefallenen Kompromiss dar zwischen den Versuchen, das Datenschutzrecht für Arbeitnehmer vollständig neu zu regeln und den Hinweisen darauf, dass die bisherige Rechtsordnung einen ausreichenden Schutz von Arbeitnehmerdaten biete.

Ausgangspunkt für die aktuellen Diskussionen waren die sogenannten Datenskandale. Mit diesem Schlagwort wurde der zweifelhafte Umgang einiger (Groß-)Arbeitgeber mit Arbeitnehmerdaten belegt. In erster Linie zu nennen ist hier die Deutsche Bahn, die massenhaft Arbeitnehmerdaten, insbesondere Daten der Arbeitnehmerkontoverbindung mit Kontoverbindungen ihrer Lieferanten abglich. Hintergrund war der Versuch festzustellen, ob einige Ar-

beitnehmer der Bahn, die im Bereich Einkauf tätig sind, möglicherweise eigene Firmen beauftragen. Hier war man bei der Bahn davon ausgegangen, dass diese Mitarbeiter so unvorsichtig wären, für die von ihnen möglicherweise selbst betriebenen und bei der Auftragsvergabe bevorzugt bedachten Firmen die gleichen Konten anzugeben, wie sie beim Arbeitgeber auch als Gehaltskonto gespeichert sind.

Insoweit besteht weitgehend Einigkeit, dass ein solcher massenhafter Datenabgleich ohne konkreten Verdacht bereits nach der bisherigen Rechtslage nicht zulässig war. Erlaubt wäre allenfalls ein Datenabgleich bei solchen Personen gewesen, die aufgrund ihrer Aufgabe etwa im Bereich von Einkaufsabteilungen in Versuchung kommen könnten, eigene Firmen zu beauftragen. Unzulässig war jedoch ein Datenabgleich auch bei denjenigen Mitarbeitern, die beispielsweise als Lokführer, Zugbegleiter oder am Informationsschalter keinerlei Einfluss auf das Bestellverhalten des Arbeitgebers hatten. Diese und vergleichbare Vorgänge haben den Ruf nach mehr Datenschutz für Arbeitnehmer ausgelöst. Ein teilweise gefordertes neues Gesetz oder eine umfassende Regelung war zunächst nicht durchsetzbar, so dass lediglich § 32 neu in das Bundesdatenschutzgesetz eingefügt wurde. Nach dieser Vorschrift kann der Arbeitgeber personenbezogene Daten erheben, verarbeiten oder nutzen, wenn dies für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, insbesondere für die Entscheidung über die Begründung oder Durchführung bzw. Beendigung erforderlich ist. Hier sind die regelmäßig in der Personalabteilung gespeicherten Arbeitnehmerdaten gemeint.

Weiter sieht § 32 Satz 2 vor, dass zur Aufdeckung von Straftaten personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden dürfen, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

Konkret bedeutet dies, dass der Arbeitgeber einen Datenabgleich zur Aufklärung von Straftaten nur durchführen darf, wenn er einen konkreten Verdacht gegen einen Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmergruppe hat. Unzulässig ist damit nach wie vor ein massenhaftes Arbeitnehmer-„Screening“, ohne konkreten Verdacht. Den Verdacht muss der Arbeitgeber spätestens im Anschluss an die Überprüfung belegen können. Er muss ferner beweisen, dass die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten zur Aufdeckung geeignet und erforderlich war und er muss schließlich eine Interessenabwägung zwischen dem eigenen Interesse an der Aufdeckung einer Straftat einerseits und dem schutzwürdigen Interesse des Arbeitneh-

mers an seinem Datenschutz andererseits vornehmen. Art und Ausmaß der Datenerhebung, Verarbeitung oder Nutzung darf im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sein. Es muss also ein nicht unerheblicher Schaden beim Arbeitgeber drohen oder bereits eingetreten sein.

Die neue Vorschrift stellt letztlich eine Klarstellung dar, wesentliche Neuregelungen sind hier nicht zu finden.

### III.

#### **Aktuelle Entscheidungen**

##### **1. Sogenannte Bagatelldelikte als Kündigungsgrund**

Als Arbeitsrechtler mit inzwischen zweieinhalb Jahrzehnten einschlägiger Erfahrung wundert man sich, dass eine seit Jahren gefestigte, von nahezu allen Beteiligten als richtig und sinnvoll anerkannte Rechtsprechung, die es insbesondere ermöglicht, jeden Fall individuell zu beurteilen, plötzlich als hochproblematisch in aller Munde ist. Hintergrund ist im Wesentlichen der von interessierten Gewerkschaftskreisen hochgespielte Fall der Supermarktkassiererin, die unter dem Namen Emmely in allen Presseorganen zu finden ist. Sie wird weitgehend als Opfer eines herzlosen Arbeitgebers hochstilisiert und ihr Fall wird immer wieder zum Ansatz genommen, eine Änderung von Gesetz oder Rechtsprechung zu verlangen. Insbesondere wird propagiert, für sogenannte Bagatelldelikte, also Diebstähle, Unterschlagungen, Betrugshandlungen etc. eine Untergrenze einzuführen, das heißt einen Mindestschaden, der erreicht werden muss, um den Vorfall als Anlass für eine Kündigung ansehen zu können.

Um es an dieser Stelle ganz deutlich zu sagen: Der Fall Emmely eignet sich am allerwenigstens als Grundlage für Überlegungen, die derzeitige Rechtslage zu ändern und es sollte ausdrücklich auch bei der derzeitigen Rechtslage und der höchstrichterlichen Rechtsprechung verbleiben.

Im Fall Emmely haben Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht einmütig entschieden, dass die vom Arbeitgeber ausgesprochene fristlose Kündigung gerechtfertigt war. Diese Urteile sind wohl abgewogen und sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis nach meiner Auffassung zutreffend. Daran ändert es auch nichts, wenn ein Bundestagsvizepräsident ohne Kenntnis des Sachverhalts meint, unqualifizierte Richterschelte üben zu müssen, indem er dieses Urteil als barbarisch und von asozialer Qualität bezeichnet. Damit disqualifiziert sich

Herr Thierse selbst. Welches Verständnis von Recht, Gesetz und Gewaltenteilung hat dieser Mann?

Worum ging es in diesem Fall: „Emmely war Kassiererin in einem Supermarkt. Sie hatte Pfandbons auf Anweisung ihres Vorgesetzten zunächst auf dessen Schreibtisch gelegt, um sie später verbuchen zu können. In einem unbeobachteten Moment hat sie dann nach Feststellung beider Instanzen diese Bons wieder an sich genommen und bei einem Einkauf an der Kasse eingelöst, d.h., sich den Wert gutschreiben lassen. Sie wurde von Kolleginnen angezeigt. Es fanden insgesamt vier Anhörungen statt, in deren Verlauf sie immer nur das zugegeben hat, was ihr bereits nachgewiesen worden war. Ferner hat sie versucht, zunächst ihre Töchter und dann verschiedene Kolleginnen zu beschuldigen, um von der eigenen Tat abzulenken. Die Tatsache, dass der Arbeitgeber vor diesem Hintergrund kein Vertrauen mehr in die zukünftige Zusammenarbeit mit „Emmely als Kassiererin“ hatte, ist für mich unerschwer nachzuvollziehen. An der Begründetheit der Kündigung dürfte es letztlich keinen Zweifel geben.

Der Fall ist derzeit beim Bundesarbeitsgericht anhängig Aktenzeichen 3 AZN 224/09. Die Revision wurde vom BAG zugelassen, allerdings nur hinsichtlich der Spezialfrage, ob ein Verhalten nach Ausspruch der Kündigung (weitere bewusst wahrheitswidrige Belastungen und Anschwärmungen von Kollegen) im Rahmen der Abwägung zu Lasten der Arbeitnehmerin noch berücksichtigt werden darf. Dies war nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG nicht zulässig. Allerdings dürfte auch bereits das Verhalten bis zum Ausspruch der Kündigung zu deren Begründung ausreichen.

Im Fall Emmely bedarf es keiner weiteren Erläuterung, dass das ihr vorgeworfene und inzwischen weitgehend erwiesene Verhalten rechtswidrig, d.h. ausdrücklich verboten war. In diesem Fall rechtfertigt das Verhalten der Arbeitnehmerin aus meiner Sicht ohne jeden Zweifel eine auch außerordentliche fristlose Kündigung.

Die Frage, ob die Regeln, was erlaubt und was verboten ist, vor einer Tat unzweideutig festgelegt sind, ist auch das geeignete Unterscheidungskriterium bei allen anderen derzeit in der Presse behandelten Fällen:

- Arbeitsgericht Mannheim, Urteil v. 30.07.2009, Az.: 15 Ca 278/08: Der Mitarbeiter eines Recyclingbetriebes, der ein intaktes Kinderreisebett vom Müllband genommen hatte, um es vor der unmittelbar anschließenden Vernichtung zu bewahren, hat mit seiner Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Mannheim deshalb Recht be-

kommen, da er nach Auffassung des Gerichts einen Rechtsanspruch gegen den Arbeitgeber auf Zustimmung zu der privaten Mitnahme gehabt hatte. Der Arbeitgeber hatte in ähnlichen Fällen Arbeitnehmern eine entsprechende Mitnahme immer erlaubt, so dass er aus Gleichbehandlungsgründen nach Auffassung des Gerichts auch im vorliegenden Fall hierzu verpflichtet gewesen wäre, wenn der Arbeitnehmer, was nicht der Fall war, gefragt hätte. Hier handelt es sich aufgrund des vom Gericht angenommenen (allerdings diskussionswürdigen) Rechtsanspruches auf Zustimmung zur Mitnahme um einen Sonderfall, der schon deshalb bemerkenswert ist, da hier die Regeln zuvor völlig klar waren: Eine Mitnahme ohne ausdrückliche Zustimmung des Arbeitgebers war strikt verboten.

- Arbeitsgericht Lörrach, Urteil v. 16.10.2009, Az.: 4 Ca 248/09: Maultauschen: Hier hatte die Kündigung des Arbeitgebers in erster Instanz Bestand (nicht rechtskräftig). Hintergrund der Entscheidung war, dass die Mitarbeiterin gegen eine immer wieder klar kommunizierte Regel verstoßen hatte, keine Lebensmittel aus der Patientenverpflegung eines Pflegeheimes mitzunehmen. Es entspricht allgemeiner Üblichkeit insbesondere auch im Bereich der Gastronomie, dass Mitarbeiter, soweit sie mit Lebensmitteln in Berührung kommen, diese nicht einfach nach eigener Entscheidung mitnehmen dürfen, auch wenn sie selbst der Auffassung sind, dass sie anderweitig nicht mehr verwertet würden. Diese Regelung lässt sich verallgemeinern: Die Frage, ob etwas mitgenommen werden darf, darf nicht von dem Mitarbeiter entschieden werden, der sich dann auch gleich für die Mitnahme zuständig fühlt.
- Bundesarbeitsgericht, Urteil v. 17.05.1984, Az.: 2 AZR 3/83: Ebenso gelagert war der vom BAG bereits vor vielen Jahren entschiedene sogenannte Bienenstichfall, in dem eine Bäckereifachverkäuferin abends von nicht verkaufter Ware einen Bienenstich ohne Genehmigung des Arbeitgebers mitgenommen hatte, wobei dieser am nächsten Tag nicht mehr verkäuflich gewesen wäre. Auch insoweit war die fristlose Kündigung des Arbeitgebers letztinstanzlich vom BAG bestätigt worden.
- Im sogenannten Frikadellenfall, der noch nicht einmal erstinstanzlich entschieden ist, hatten zwei Sekretärinnen bei der Vorbereitung eines Buffets für Teilnehmer einer vom Arbeitgeber durchgeführten Schulung sich bei der Zubereitung des Buffets sich mit Brötchen und Frikadellen zur eigenen Sättigung bedient, und zwar in einem Umfang, dass später für die Schulungsteilnehmer zu wenig übrig blieb. Hier gab es zwei Probleme im Sachverhalt: Zum einen hatte der Arbeitgeber die klare Regelung kommuniziert, dass eine „Selbstbedienung“ an solchen Buffets erst dann zulässig sei,

wenn die Gäste sich bedient hatten und die Veranstaltung vorüber war. Das Buffet wurde dann ausdrücklich „freigegeben“. Die Mitarbeiterinnen wussten somit, dass ihr Handeln gegen diese Anweisung verstieß. Andererseits erklärten diese auf Befragen, sie hätten sich bereits seit Jahren immer wieder in gleicher Weise vorzeitig bedient. Offen ist insoweit bisher die Frage geblieben, ob der Arbeitgeber dies wusste und ob die Mitarbeiterinnen davon ausgehen konnten, dass der Arbeitgeber dies wisse und gutgeheißsen habe. In solchen und vergleichbaren Fällen, in denen die Frage, was verboten und was erlaubt ist, nicht im Vorfeld klar geregelt ist, bietet sich eher eine Abmahnung als eine fristlose Kündigung an.

- Arbeitsgericht Duisburg, Urteil v. 14.09.2009, Az.: 3 Ca 1336/09: Das Arbeitsgericht Duisburg hat eine fristlose Kündigung für gerechtfertigt gehalten, nachdem eine Mitarbeiterin auch nach Erhalt mehrerer einschlägiger Abmahnungen wiederum Raucherpausen ohne vorheriges Abstempeln (Bedienung der Zeiterfassung) gemacht hatte.

Hier gibt es in vielen Betrieben noch keine oder nur halbherzige Regelungen. Grundsätzlich kann der Arbeitgeber darauf drängen, dass Raucherpausen auch als Pausen angesehen und ausgewiesen werden. Auch die kurzfristige Unterbrechung der Arbeitsleistung stellt eine gravierende Vertragsverletzung des Arbeitnehmers dar und berechtigt den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung.

Der Aspekt der versäumten Arbeitszeit wird auch bei den derzeitigen Diskussionen um sogenannte Bagatellkündigungen oft übersehen. Es geht nicht nur um die private Nutzung des E-Mails bzw. ein privates Surfen im Internet etc., sondern vielmehr auch um die dadurch erschlichene Vergütung, da in der fraglichen Zeit letztlich keine Arbeitsleistung erbracht wurde.

- Eher als Kuriosum kann der Fall eines Arbeitnehmers betrachtet werden, der sein Handy mit einem Ladegerät an der Steckdose des Arbeitgebers aufgeladen hatte und wegen „Stromdiebstahls“ zunächst die fristlose Kündigung erhielt, die aber später wieder zurückgezogen wurde. Hier wird deutlich, dass es durchaus Fälle gibt, in denen der vermeintliche Kündigungsgrund wohl eher Anlass für eine Vertragsbeendigung war, als dass wirklich von zerstörtem Vertrauen die Rede sein könnte.

Die Aufzählung vergleichbarer Fälle ließe sich fortsetzen. Allerdings trifft es nach meiner Beobachtung nicht zu, dass solche Fälle in jüngerer Zeit häufiger auftreten als dies bisher der Fall war. Insbesondere ist nicht festzustellen, dass Arbeitgeber vermehrt Bagatelldelikte von Arbeitnehmern ausnutzen würden, unliebsame Mitarbeiter „loszuwerden“.

Erhöht hat sich nicht die Zahl solcher Fälle, sondern lediglich das mediale Interesse und die Bereitschaft der Arbeitnehmer, solche vermeintliche Ungerechtigkeiten an die Öffentlichkeit zu bringen. Ob sie sich damit selbst einen Gefallen tun, kann bezweifelt werden: Ein Mitarbeiter, dessen Straffälligkeit (wenn auch möglicherweise nur mit geringem Schaden) bereits landauf und landab in der Presse behandelt wurde, kann nicht erwarten, einen vertrauensseligen neuen Arbeitgeber zu finden. Auch die eingangs beschriebene „Emmely“ wäre besser beraten gewesen, das vom Arbeitgeber unterbreitete Angebot einer ordentlichen Kündigung mit einem guten Zeugnis anzunehmen.

#### Fazit:

Die derzeit oft geforderte Einführung einer Bagatellgrenze ist völlig verfehlt. Jede Bagatellgrenze würde die derzeit klare und für alle Beteiligten verständliche Rechtslage aufweichen. Derzeit gilt: Wer stiehlt geht. Dies ist an Eindeutigkeit kaum zu überbieten.

Würde eine Bagatellgrenze eingeführt werden, wären immense Schäden bei Arbeitgebern absehbar, da eine solche Grenze letztlich einem Freibrief für Straftaten knapp unterhalb der Bagatellgrenze darstellen würde. Ferner würde es dann erhebliche Auslegungsprobleme dahingehend geben, ob die Bagatellgrenze am Einkaufspreis, am Verkaufspreis, am Nettopreis oder am Preis einschließlich Mehrwertsteuer festzumachen ist etc.

Arbeitgeber sind gut beraten, wenn sie von vornherein klare Regelungen schaffen. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass auch die Mitnahme von Gegenständen mit geringem Wert oder vermeintlich ohne Wert ausdrücklich verboten ist und jede Mitnahme die vorherige (am besten schriftliche) Zustimmung des Arbeitgebers voraussetzt.

Mitarbeiter, die gerne etwas „mitnehmen“ möchten, was ihnen nicht gehört, sind gut beraten, den Arbeitgeber lieber 10 x zu oft als 1 x zu wenig zu fragen. Arbeitnehmer (-Vertreter), die jetzt für Bagatellgrenzen eintreten, propagieren eine Abkehr von Tugenden wie Ehrlichkeit und Aufrichtigkeit und können „mein“ und „dein“ nicht unterscheiden. In diesem Zusammenhang sei etwas ketzerisch auch die Frage gestattet, ob umgekehrt dann auch der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Rahmen bestimmter Bagatellgrenzen „bestehlen“ darf.



Im Ergebnis sollte es bei der bisherigen Rechtsprechung verbleiben, wonach dann, wenn klare Regeln bestehen, auch kleinere Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers bei einem Vertrauensverlust zur Kündigung führen können.

Völlig verfehlt sind die Diskussionen, von der in Deutschland sehr streng gehandhabten Verdachtskündigung abzukommen und diese nicht mehr zuzulassen. Zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist ein Vertrauensverhältnis erforderlich. Dies kann sogar bei bestimmten Tätigkeiten (zum Beispiel Kassierer) noch erheblich gesteigert sein. Ist dieses Vertrauen aufgrund eines schuldhaften Verhaltens des Arbeitnehmers gestört, ist eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar. Da die Verdachtskündigung nur zulässig ist, wenn der Arbeitgeber sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auf einen durch Tatsachen bewiesenen Verdacht stützen kann und zu dem eine Interessenabwägung vorgenommen wurde, ist ein Missbrauch auch angesichts der strengen Rechtsprechung zur Verdachtskündigung soweit wie möglich ausgeschlossen.

Arbeitgeber dürfen auch in Zukunft nicht gezwungen werden, mit nachweislich unehrlichen und bereits straffällig gewordenen Mitarbeitern zusammen zu arbeiten und diesen Zugang zum eigenen Vermögen oder zum Vermögen von Kunden zu verschaffen. Wer schon kleinen Versuchungen (kleinen Werten) nicht widerstehen kann, kann später wohl erst recht keiner großen Versuchung (größeren Werten) widerstehen.

## **2. Altersdiskriminierende Stellenausschreibung**

### **Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 18. August 2009, 1 ABR 47/08**

Ein Arbeitgeber hatte eine innerbetriebliche Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer begrenzt, die sich im ersten Berufsjahr befinden sollten. Dies kann, so das BAG, eine unzulässige, zumindest mittelbare Benachteiligung wegen des Alters sein. Arbeitnehmer mit mehreren Berufsjahren sind in der Regel älter als Arbeitnehmer im ersten Berufsjahr. Fraglich ist jedoch, ob der Arbeitgeber mit der Beschränkung ein rechtmäßiges Ziel verfolgt und ob die Beschränkung zur Erreichung des Ziels geeignet, angemessen und erforderlich ist.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber als Begründung für die Beschränkung einer Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufsjahr angegeben, er verfüge nur über ein beschränktes Personalbudget, und Mitarbeiter im ersten Berufsjahr könnten zu einem geringeren Gehalt eingestellt werden als Mitarbeiter mit mehrjähriger Berufserfahrung. Diese Begründung ließ das BAG nicht gelten, es sah sie sogar als „offensichtlich ungeeignet“ an.

### **3. Unzulässige Vergütung nach Altersstufen**

#### **Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 22. April 2009, 2 Sa 1689/08**

Das Hessische Landesarbeitsgericht hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine tarifliche Grundvergütung der Höhe nach nach Lebensaltersstufen gestaffelt war. Eine solche Regelung hat das Gericht als Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz angesehen und ein Verbot nach Altersdiskriminierung bejaht. Als Folge der insoweit unzulässigen Differenzierung nach dem Lebensalter sollen auch die jüngeren Mitarbeiter diejenigen Leistungen erhalten, die eigentlich nur für ältere Arbeitnehmer vorgesehen waren. Dabei soll der Arbeitgeber sich nicht auf Vertrauensgesichtspunkte stützen dürfen. Es findet also eine Anpassung nach oben und nicht nach unten statt, was für den Arbeitgeber mit erheblichen Kosten verbunden ist.

### **4. Altersstufen in Sozialplänen**

#### **Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26. Mai 2009, 1 AZR 198/08**

Anders als die Vergütung, dürfen Leistungen in Sozialplänen nach dem Lebensalter oder nach der Betriebszugehörigkeit gestaffelt werden. Ferner dürfen rentenberechtigte Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen auch ganz ausgeschlossen werden.

Zwar ist mit solchen Regelungen eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters verbunden, womit der Tatbestand des § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG erfüllt wäre. Zulässig sind entsprechende Regelungen trotzdem, da sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind. Es entspricht, so das BAG, einem allgemeinen sozialpolitischen Interesse, dass Sozialpläne die Nachteile, die durch den Verlust des Arbeitsplatzes entstehen, durchaus differenziert berücksichtigen können. Hier ist regelmäßig davon auszugehen, da jüngere Mitarbeiter vom Verlust des Arbeitsplatzes weniger betroffen sind, dass sie erfahrungsgemäß eher eine neue Stelle finden. Mit zunehmendem Alter steigt dann zunächst das Risiko, auf Dauer arbeitslos zu sein, an, während diese Kurve dann wieder gegen Ende des regulären Arbeitslebens mit der Nähe zum Renteneintrittsalter abflacht. Ein Mitarbeiter, der unmittelbar oder in absehbarer Zeit Altersrente beziehen kann, ist vom Verlust des Arbeitsplatzes daher weniger betroffen als ein Mitarbeiter, der noch ca. zehn Jahre bis zum Erreichen des Rentenalters arbeiten muss.

### **5. Interessenausgleich mit Namensliste bei betriebsbedingter Kündigung**

#### **Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23. Oktober 2008, 2 AZR 163/07**

Nach § 1 Abs. 5 Satz 1 und 2 KSchG wird – wenn auch widerlegbar – vermutet, dass eine betriebsbedingte Arbeitgeberkündigung auf dringenden betrieblichen Gründen beruhte, wenn der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat eine Vereinbarung über die zu kündigenden Arbeitnehmer getroffen hat und diese Liste Teil des Interessenausgleiches ist. Insoweit tritt dann eine

Beweislastumkehr ein: Nicht mehr der Arbeitgeber muss die Betriebsbedingtheit der Kündigung beweisen. Vielmehr ist es am Arbeitnehmer zu beweisen, dass die Kündigung keine betriebsbedingten Gründe im Sinne des § 1 KSchG hat. Ein solcher Beweis wird dem Arbeitnehmer in der Praxis nur selten gelingen.

Eine entsprechende Vermutungswirkung tritt nur dann nicht ein, wenn sich die Sachlage nach dem Zustandekommen des Interessenausgleichs mit Namensliste so wesentlich geändert hat, dass von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen ist.

Die Vermutungswirkung bleibt jedoch aufrechterhalten, wenn sich lediglich die individuellen Beschäftigungsmöglichkeiten für einen, ebenfalls in der Namensliste aufgeführten Arbeitnehmer geändert haben. Das Freiwerden eines anderen Arbeitsplatzes nach Abschluss des Interessenausgleichs ist grundsätzlich kein Anwendungsfall für einen Wegfall der Vermutungswirkung der Namensliste.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

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