

Kanzlei am Steinmarkt

Rechtsanwälte

Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Arbeitsrecht

Vortrag

**Überblick über arbeitsrechtliche
Neuerungen und Tendenzen in der
aktuellen arbeitsrechtlichen
Rechtsprechung**

**Arbeitskreis Personalleiter – Industrieunternehmen der IHK
Regensburg, Geschäftsstelle Cham,
26.02.2007, 14.00 Uhr, Hotel Randsberger Hof, Cham**

**Rechtsanwalt Georg Kuchenreuter
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Familienrecht**

V O R T R A G

Überblick über arbeitsrechtliche Neuerungen und Tendenzen in der aktuellen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung

**Arbeitskreis Personalleiter – Industrieunternehmen der IHK Regensburg,
Geschäftsstelle Cham,
26.02.2007, 14.00 Uhr,
Hotel Randsbergerhof Cham**

<u>1. Vorbemerkungen</u>	05
<u>2. AGG – AGG-Hopping, Stellenausschreibung, Bewerbungsgespräch – Organisationsmaßnahmen im Betrieb</u>	07
a) Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen AGG-Hopping	07
b) Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers bei Ausschreibung und Bewerbungsgespräch	08
c) Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers im laufenden Beschäftigungsverhältnis	10
<u>3. Beginn des Arbeitsverhältnisses</u>	14
a) <u>Bewerbungsgespräch:</u>	14
aa) zulässige Fragen	14
bb) Background-Checks	15
cc) Personalfragebogen	15
b) <u>Einstellung:</u>	20
aa) Arbeitsvertrag: Verweis/Bezugnahme auf Tarifvertrag: BAG, Urteil vom 14.12.2005, Az.: 4 AZR 536/04	20
bb) Arbeitsvertrag: AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel BAG, Urteil vom 11.04.2006, Az: 9 AZR 557/05	23
cc) Befristung: Schriftform: BAG, Urteil vom 26.07.2006, Az.: 7 AZR 514/05 Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages: BAG, Urteil vom 23.08.2006, Az.: 7 AZR 12/06	24
dd) Arbeitsvertrag - Vertragsstrafe:	26

c) Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt: 27

d) neue Befristungsmöglichkeit für ältere Arbeitnehmer: 28

BAG, Urteil vom 26.04.2006, Az: 7 AZR 500/05

4. Laufendes Arbeitsverhältnis: 29

a) Abmahnung: 29

mehrfache Abmahnungen

b) Behinderte und Mehrarbeit: 30

BAG, Urteil vom 21.11.2006, Az.: 9 AZR 176/06

c) Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang: 30

BAG, Urteil vom 14.12.2006, Az.: 8 AZR 763/05 und
BAG, Urteil vom 13.07.2006, Az: 8 AZR 303/05 und 8 AZR 305/05 und 8 AZR 382/05,

d) Verbot Privatnutzung Internet/E-Mail: 32

LAG Hamm, Urteil vom 07.04.2006, Az: 10 TaBV 1/06

5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses: 34

a) Kündigung bei nicht rechtzeitiger Massenentlassungsanzeige: 34

BAG, Urteil vom 13.07.2006, Az.: 6 AZR 198/06
BAG, Urteil vom 23.03.2006, Az: 2 AZR 343/05

b) Außerordentliche Kündigung – Interessenabwägung: 35

BAG, Urteil vom 27.04.2006, Az: 2 AZR 415/05

c) Schwerbehinderte und Präventionsverfahren: 36

BAG, Urteil vom 07.12.2006, Az.: 2 AZR 182/06

d) Prozessbeschäftigung: 37

LAG München, Urteil vom 14.03.2006, Az: 6 SA 1132/05

e) Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Domino-Theorie: 38

BAG, Urteil vom 09.11.2006, Az.: 2 AZR 812/05

f) Vergleichsanfechtung wegen Drohung, Befristung, Schriftform: 39

BAG, Urteil vom 23.11.2006, Az.: 6 AZR 394/06
Anfechtung Aufhebungsvertrag BAG, Urteil vom 15.12.2005, Az: 6 AZR 197/05

g) Abfindung und Sozialversicherungspflicht: 40

Ausweichmöglichkeitentschädigung nach § 15 AGG

h) Sozialauswahl und besondere betriebliche Bedürfnisse: 41

BAG, Urteil vom 07.12.2006, Az.: 2 AZR 748/05

i) Personenbedingte Kündigung: 42

BAG, Urteil vom 18.01.2007, Az: 2 AZR 731/05,

j) Änderungskündigung: 43

BAG, Urteil vom 01.02.2007, Az: 2 AZR 44/06,

6. Quellen 44

a) Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts:

www.juris.bundesarbeitsgericht.de

b) Informationen über arbeitsrechtliche Gesetzgebungsvorhaben, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des BAG sowie kurze Zusammenfassungen über arbeitsrechtliche Aufsätze in vielen juristischen Zeitschriften

Newsletter „Arbeitsrecht aktuell“ des Lehrstuhls für Arbeitsrecht,

Prof. Dr. Monika Schlachter, Uni Regensburg:

<http://www.uni-regensburg.de/arbeitsrecht/FORSCHUNG/ArbRakt/>

(bitte achten Sie auf Groß- und Kleinschreibung in der Adresse)

V O R T R A G

Überblick über arbeitsrechtliche Neuerungen und Tendenzen in der aktuellen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung

1. Vorbemerkungen:

Das Arbeitsrecht ist das für die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geltende Recht. Es beschäftigt sich ausschließlich mit abhängiger Arbeit. Das Arbeitsrecht dient der Herstellung sozialer Gerechtigkeit bei freiheitlicher Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Obwohl bereits die Weimarer Reichsverfassung ein einheitliches Arbeitsrecht versprochen hatte, gibt es in Deutschland keine Kodifikation des Arbeitsrechts, kein einheitliches Gesetzbuch der Arbeit. Alle Bemühungen sind bisher erfolglos geblieben. Das Arbeitsrecht ist deshalb weitgehend Richterrecht. Dennoch führt kein Weg daran vorbei, dass der Richter Recht nicht setzt, sondern anwendet. Die Vorgaben des Gesetzgebers bilden die Grundlagen seiner Rechtsbindung und er muss bei unzureichenden Vorgaben das „materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind“ (so das Bundesverfassungsgericht vom 26.06.1991, BverfGE 84, Seite 212, 226 f).

Dieser Spagat führt dazu, dass in weiten Teilen das Arbeitsrecht doch durch Richterrecht bestimmt wird. Im folgenden möchte ich Ihnen die aus meiner Sicht aktuellen gesetzgeberischen Vorgaben und deren Auswirkungen einerseits und aktuelle arbeitsrechtliche Rechtsprechung andererseits darstellen.

Auch wenn wir uns nur das Jahr 2006 vornehmen, reicht der vorgesehene Zeitrahmen nicht aus, Ihnen alle aktuellen Trends und Tendenzen aufzuzeigen. Sie erhalten deshalb ein Skript, im Vortrag selbst beschränke ich mich auf wesentliche Punkte. Dabei soll auch die Möglichkeit bestehen, dass Sie jederzeit Zwischenfragen und aktuelle Fragen zu nicht angesprochenen Themenkomplexen stellen können.

Inhaltlich beschäftigen wir uns heute praktisch ausschließlich mit dem individuellen Arbeitsrecht, also nicht mit kollektivem Arbeitsrecht (betriebsverfassungsrechtliche Fragen). Gegliedert habe ich den Vortrag ganz einfach: Vorangestellt sind Fragestellungen im Zusammenhang mit dem AGG, dann folgen wir dem Ablauf eines Arbeitsverhältnisses, nämlich die Anbahnung und den Abschluss des Arbeitsverhältnisses, das laufende Arbeitsverhältnis und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

2. AGG – AGG-Hopping, Stellenausschreibung, Bewerbungsgespräch - Organisationsmaßnahmen im Betrieb

Bekannt ist Ihnen allen das Allgemeine Gleichstellungsgesetz, das im August 2006 in Kraft getreten ist. Sowohl die bis dahin schon geltende Regelung des § 611a BGB über die geschlechtsbezogene Benachteiligung als auch die jetzige Regelung haben zumindest bei der Stellenausschreibung bei den Arbeitgebern noch zu keiner nachhaltigen Verhaltensänderung geführt. In der Chamer Zeitung vom 02.02.2007 auf einer Stellenseite befinden sich 15 Stellenanzeigen von Arbeitgebern, bei denen 8 Stellenanzeigen gegen die geschlechtsbezogene Benachteiligung verstoßen, eine davon verstößt auch noch gegen das Benachteiligungsverbot wegen Alters. Ich reiche Ihnen diese Seite herum.

Es kann nur dringend geraten werden, solche fehlerhaften Stellenausschreibungen zu vermeiden.

a) Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen AGG-Hopping:

Potentielle Bewerber könnten sich darauf spezialisieren, Schadenersatz bei Arbeitgebern einzuklagen. Ähnlich wie nach altem Recht (§§ 611a, 611b BGB) bietet es sich an, sich auf eine unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in § 22 AGG ausgeschriebene Stelle zu bewerben und dann nach der vorhersehbaren Ablehnung auf Entschädigung zu klagen. Nach der alten Rechtsprechung konnte dem Entschädigungsanspruch der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegengesetzt werden, falls eine Bewerbung erweislich nur zum Zweck des Erwerbs von Entschädigungsansprüchen erfolgt ist. Voraussetzung war, dass der Bewerber das ausgeschriebene Arbeitsverhältnis tatsächlich nicht begründen wollte.

Indizien dafür können sein:

- gleichzeitige, identische Bewerbungen ausschließlich auf Stellen, die für das andere Geschlecht ausgeschrieben sind
- ersichtliche Fehlqualifikation für die ausgeschriebene Stelle
- anderweitig bestehendes, ungekündigtes Arbeitsverhältnis mit höherer Vergütung etc.

Beweisbelastet ist dafür aber der Arbeitgeber.

Fraglich könnte bezüglich des Rechtsmissbrauchs sein, ob es einen Rechtsmissbrauch tatsächlich darstellt, eine rechtliche Konstruktion auszunutzen, die vom Gesetzgeber mit generalpräventiver Intension geschaffen wurde.

TIPP:

Wie hier die Rechtsprechung zukünftig nach dem AGG verfahren wird, bleibt abzuwarten.

Die Kanzlei Gleiss, Lutz & Kollegen hat ein sogenanntes AGG-Archiv eingerichtet. Unter der E-Mailadresse AGG-Archiv@gleisslutz.com, kann jeder Arbeitgeber, jeder Rechtsanwalt und jedes Gericht anfragen, ob ein bestimmter Bewerber in der Vergangenheit bereits mit Entschädigungsklagen wegen angeblicher Diskriminierung bei Bewerbungen aufgefallen ist (vgl. [http:// www.AGG-Hopping.de/AGG-Archiv.html](http://www.AGG-Hopping.de/AGG-Archiv.html)).

b) Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers bei Ausschreibung und Bewerbungsgespräch:

Die Stellenausschreibung muss dem Gebot der neutralen Ausschreibung, § 11 AGG, entsprechen, sie darf nicht an das Diskriminierungsmerkmal im Sinne des § 1 AGG anknüpfen (Alter, Geschlecht, etc.), es sei denn, dass nach § 8 AGG das Alter eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Dies hat aber im Streitfall wiederum der Arbeitgeber zu beweisen.

Äußerungen oder Handlungen im Bewerbungsgespräch können wesentliche Indizien zur Begründung eines Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruchs bilden. Die Indizien hat zwar der Arbeitnehmer im Streitfall zu beweisen.

TIPP:

Der Arbeitgeber kann sich absichern, in dem das Gespräch auf Arbeitgeberseite von zwei Personen geführt wird, wovon mindestens einer in einem Prozess als Zeuge zu vernehmen wäre (also nicht die vertretungsberechtigten Organe – Geschäftsführer, Inhaber, etc.).

Bei der Bewerberauswahl erfolgt die Art der Entscheidungsfindung intuitiv häufig unter diskriminierenden Gesichtspunkten; Bewerber werden etwa ab einem bestimmten Lebensalter schon vorab aussortiert, auch unbewusst, weil der Personalsachbearbeiter diesem Personenkreis eine höhere Krankheitsanfälligkeit und verminderte Leistungsfähigkeit unterstellt. Kann ein Bewerber dies nachweisen, ohne dass ein weiterer Ablehnungsgrund zu erkennen ist, dürfte dies ein Indiz für eine benachteiligungsbedingte Auswahl darstellen.

Die Sortierung von Bewerbungen darf sich nicht an solchen diskriminierenden Merkmalen orientieren.

TIPP:

Dies muss man sich unbedingt bewusst machen und dann auch die Auswahl dokumentieren, so dass im Streitfall nachgewiesen werden kann, dass keine diskriminierende Auswahl getroffen wurde.

Im Ablehnungsschreiben können sich auch Indizien für eine diskriminierende Ablehnung ergeben (... weil ein anderer Bewerber besser zu unserem Unternehmen/in unser Team passt...). Dieses Nichtpassen, könnte auf ein Diskriminierungsmerkmal zurückzuführen sein.

TIPP:

Ablehnungsschreiben sollten keine Begründung enthalten. Bei einer telefonischen Absage ist auch diese schriftlich zu dokumentieren, gegebenenfalls mit einem auszufüllenden Formular.

c) Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers im laufenden Beschäftigungsverhältnis:

Die Organisationspflichten nach § 12 AGG beinhalten folgendes:

Nach § 12 Abs. 5 AGG muss der Arbeitgeber den Text des Gesetzes sowie den Text des § 61b ArbGG in allgemeiner Form im Betrieb bekannt machen.

TIPP:

Ein Aushang oder eine Auslegung „an geeigneter Stelle“ genügt. Ein Aushang am schwarzen Brett oder die Platzierung der Informationen im Intranet reichen grundsätzlich aus. Ansonsten bietet sich das klassische „Rundschreiben“ in Papierform oder in elektrischer Form an alle Beschäftigten an. Dabei muss dann sichergestellt werden, dass auch neu eintretende Mitarbeiter ein derartiges Schreiben etwa als Anlage zum Arbeitsvertrag erhalten.

Bezüglich der bekannt zu gebenden Beschwerdestelle macht das Gesetz dem Arbeitgeber keine bestimmten Vorgaben. Es ist nicht erforderlich, eine solche Stelle neu zu schaffen; vielmehr genügt es, wenn die vorhandenen Vorgesetzten oder die vorhandene Personalabteilung als Beschwerdestelle fungieren. Es liegt insoweit in der Kompetenz des Arbeitgebers zu entscheiden, wie er dies organisiert. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht nicht, da die Entscheidung lediglich den Vollzug des Gesetzes betrifft. Nur soweit der Arbeitgeber Maßnahmen trifft, die darüber hinausgehen, etwa den Erlass konkreter Richtlinien über die Durchführung des Beschwerdeverfahrens, ist das Mitbestimmungsrecht der Beschäftigten und damit die „Ordnung des Betriebs“ im kollektivrechtlichen Sinn betroffen.

Der Umfang der erforderlichen präventiven Maßnahmen nach § 12 Abs. 1, Abs. 2 AGG ist schwierig zu bestimmen.

Gegenüber den Mitarbeitern auf der untersten Hierarchieebene dürfte der Hinweis ausreichen, aber auch notwendig sein, dass Diskriminierungen aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe gegenüber anderen Mitarbeitern unzulässig sind und sie daher zu unterbleiben haben.

TIPP:

Dieser Hinweis kann ohne großen Aufwand zusammen mit der Information nach § 12 Abs. 5 AGG angebracht werden.

Bei Arbeitnehmern, die selbst Weisungsbefugnisse ausüben, ist in jedem Fall ein breiter angelegtes Vorgehen erforderlich. Denn diese Beschäftigten müssen in der täglichen Praxis das notwendige Fingerspitzengefühl haben, um mögliche horizontale oder vertikale Diskriminierungssachverhalte zu erkennen und zu vermeiden. Hier ist eine nähere Befassung mit den einzelnen Diskriminierungsformen, Rechtfertigungsmöglichkeiten und Rechtsfolgen des Gesetzes unerlässlich. Turnusgemäße Schulungen stellen auch sicher, dass neu eintretende Führungskräfte entsprechend informiert werden. Flankierend dazu wäre die Erarbeitung von Führungsrichtlinien sinnvoll, die das Verhalten der Führungskraft im Diskriminierungsfall detailliert regeln und die zum Gegenstand des Arbeitsvertrages gemacht werden. Eine Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats besteht dabei nicht, denn Führungsrichtlinien regeln typischerweise allein die Ausführung der geschuldeten Tätigkeit.

Das Muster eine Führungsrichtlinie ist hier beigelegt.

MUSTER: Führungsrichtlinie

Sehr geehrte® Frau/Herr,

als Abteilungsleiter im Bereich ... obliegt Ihnen in besonderem Maße die Wahrnehmung arbeitsrechtlicher Befugnisse gegenüber den Beschäftigten in unserem Unternehmen. Hierzu zählt auch die Verpflichtung, die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften zu überwachen und sicherzustellen.

Wie Sie bereits aus einschlägigen Informationsveranstaltungen wissen, ist unser Betrieb nach den Bestimmungen des AGG als Arbeitgeber verpflichtet, unzulässige Benachteiligungen und Belästigungen der Beschäftigten aus Gründen der *Rasse*, der *ethnischen Herkunft*, des *Geschlechts*, der *Religion* oder *Weltanschauung*, einer *Behinderung*, des *Alters* oder der *sexuellen Identität* zu unterlassen bzw. zu verhindern. Liegt eine verbotene Diskriminierung vor, müssen die im Einzelfall geeigneten Maßnahmen (z.B. Versetzung, Abmahnung oder Kündigung) gegen die Personen ergriffen werden, die daran beteiligt sind.

Als Führungskraft gehört es zu Ihren Aufgaben, an der Umsetzung des AGG und der genannten Zielsetzung mitzuwirken. Dies bedeutet, dass Sie bei der Ausübung Ihrer eigenen Befugnisse gegenüber unterstellten Mitarbeitern jegliche Handlungen (allgemeine Äußerungen, schriftliche und mündliche Beurteilungen, förmliche arbeitsrechtliche Maßnahmen usw.) *unterlassen* müssen, die in einem Zusammenhang mit den genannten Merkmalen stehen und die nicht ausnahmsweise nach den Vorschriften des AGG gerechtfertigt sind (vgl. § 3 und §§ 8, 10 AGG). Darüber hinaus ist erforderlich, dass Sie im Rahmen Ihrer Funktion als Vorgesetzter aktiv *einschreiten*, sofern Ihnen diskriminierendes Verhalten eines Mitarbeiters gegenüber einem anderen Mitarbeiter auf gleicher Ebene bekannt wird.

Dies bedeutet im Einzelnen:

1. Sofern Ihnen *Vorgänge* oder *Umstände* aus Ihrem eigenen Verantwortungsbereich oder auch aus anderen Bereichen *bekannt werden*, die den Anschein einer unzulässigen Dis-

kriminierung haben (z.B. diskriminierendes Verhalten zwischen Mitarbeitern oder zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitern), ist dem entsprechenden Sachverhalt unverzüglich nachzugehen; es ist Herr/Frau von der Personalabteilung zu benachrichtigen; weitere Schritte sind mit ihm/ihr abzustimmen. Erforderliche Eilmaßnahmen sind gegebenenfalls sofort zu treffen (z.B. Schlichtung streitender Mitarbeiter).

2. Sofern sich ein Mitarbeiter wegen angeblicher Diskriminierung gem. § 13 AGG *beschwert*, ist hierüber unverzüglich Herr/Frau in der Personalabteilung zu informieren; weitere Schritte sind mit ihm/ihr abzustimmen. Die Beschwerde darf keinesfalls eigenmächtig beantwortet oder beschieden werden.
3. Die Beschäftigten sind auch vor möglichen Diskriminierungen durch einen *Kunden* zu schützen. Sollten sich zum Beispiel Mitarbeiter über eventuelle sexuelle Belästigungen oder Beleidigungen durch Kunden beschweren, muss den entsprechenden Vorfällen unbedingt nachgegangen werden; im Übrigen gilt Nr. 1 entsprechend.
4. Sollte der *Betriebsrat* mit einem Diskriminierungs-Thema an Sie herantreten oder sich über angebliche Diskriminierungen beschweren, ist unverzüglich Herr/Frau in der Personalabteilung zu informieren; weitere Schritte sind mit ihm/ihr abzustimmen.
5. Beschäftigte dürfen nicht wegen der *Wahrnehmung* von *Rechten* aus dem AGG benachteiligt werden.

Einen vollständigen Gesetzestext des AGG und den Text des § 61b ArbGG händigen wir Ihnen zusammen mit dieser Richtlinie aus. Bei Fragen hierzu oder zu allgemeinen Themen der Gleichbehandlung/Diskriminierung wenden Sie sich bitte an

Bitte bestätigen Sie auf dem beigefügten Doppel den Erhalt sowie die Kenntnisnahme der Richtlinie. Eine Änderung oder Ergänzung behalten wir uns jederzeit vor.

.....
Datum, Unterschrift

Erhalten und zur Kenntnis genommen

Anlage: Gesetzestext (einschließlich § 61b ArbGG)

3. Beginn des Arbeitsverhältnisses

a) Bewerbungsgespräch:

aa) Zulässige Fragen:

Das Persönlichkeitsrecht begrenzt generell den Informationsanspruch des Arbeitgebers. Ein unantastbarer Bereich privater Lebensführung ist in jedem Falle zu wahren. Grundsätzlich besteht keine ungefragte Offenbarungspflicht in Bezug auf nachteilige Umstände. Der Arbeitnehmer ist zu Auskünften über seine Person, über Werdegang und Qualifikation nur verpflichtet, soweit er dafür vom Arbeitgeber befragt wird und ein berechtigtes Informationsinteresse anzuerkennen ist.

Unzulässig sind Fragen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Fragen nach der Religionszugehörigkeit oder Weltanschauung (nur zulässig im konfessionellen Tendenzbetrieb), Fragen zu politischen Aktivitäten (Ausnahme: Tendenzunternehmen wie Kirchen, Parteien, Presseunternehmen), die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft.

Zulässig sind Fragen nach dem beruflichen Werdegang, nach Wettbewerbsverboten.

Differenziert betrachtet werden müssen Fragen nach dem bisherigen Gehalt, nach Lohnpfindungen oder Lohnabtretungen (nur bei Bewerbern für besondere Vertrauenspositionen zulässig), nach Vorstrafen (dürfen verschwiegen werden, wenn sie nach § 51 BZRG nicht mehr in ein polizeiliches Führungszeugnis aufzunehmen sind; es darf aber nach Vorstrafen gefragt werden, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert, z.B. Bankkassierer, Kraftfahrer, Erzieher, nach Vorstrafen auf vermögensrechtlichem Gebiet, verkehrsrechtliche Vorstrafen, Sittlichkeitsdelikte), nach Krankheiten (zulässig, wenn die Krankheit die Eignung des Bewerbers für die angestrebte Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen erheblich beeinträchtigt oder aufhebt – nach diesen Grundsätzen darf auch nach einer bestehende Alkoholkrankheit oder Drogenabhängigkeit gefragt werden).

Auch die Frage nach einer Aids-Infektion ist nach diesen Grundsätzen zulässig, anders aber bei einer HIV-Infektion; die Frage danach ist nur zulässig, wenn aufgrund der Tätigkeit ein erhöhtes Risiko der Ansteckung von Kollegen oder Kunden besteht (z.B. Berufe im Gesundheitsdienst, Küchenpersonal, Herstellung von Lebensmitteln, etc.).

bb) Backgroundchecks:

Backgroundchecks, also Auskünfte von Dritten über den Bewerber können eingeholt werden, z.B. die Auskunft bei der Schufa und Einblick in ein polizeiliches Führungszeugnis bzw. die Vorlage durch den Bewerber kann verlangt werden.

cc) Personalfragebogen:

Der Einsatz von Personalfragebögen hat wegen des AGG erhebliche Risiken. Ein Arbeitgeber, der gegen ein Benachteiligungsverbot verstößt, hat Schadenersatz zu leisten. Ein Bewerber, der unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nicht eingestellt wurde und auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, hat einen Entschädigungsanspruch begrenzt auf 3 Monatsgehälter. Unbegrenzt ist dieser Schadenersatzanspruch im Umkehrschluss, wenn der Arbeitgeber ihn oder sie in diesem Falle hätte nehmen müssen, weil er oder sie der geeignete Bewerber war.

Der Bewerber muss nur Indizien darlegen. Solche Indizien könnten sich aus dem Personalfragebogen ergeben, wenn dieser Fragen enthält, die einen Beschäftigten nach dem AGG benachteiligen. Es wäre dann wieder Sache des Arbeitgebers, das Gericht davon zu überzeugen, dass dennoch kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorliegt. Ob dieser Beweis gelingt, ist höchst ungewiss.

Bedenklich sind daher vor allem Fragen in Personalfragebögen nach einer eventuellen Schwangerschaft (Benachteiligung wegen des Geschlechts) sowie Fragen nach einem bevorstehenden Wehr- oder Ersatzdienst (Benachteiligung wegen des Geschlechts, betrifft nur männliche Bewerber). Weiter können auch Fragen nach dem Familienstand, der Zahl der Kinder, dem Geburtsnamen, den Namen unterhaltsberechtigter Personen und die Berufstätigkeit des Ehegatten Benachteiligungen darstellen.

Höchst streitig ist nach wie vor auch die Frage nach einer Schwerbehinderung oder der Gleichstellung. Fragen nach einer eventuellen Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes, einer Alkohol- oder Drogenabhängigkeit oder eine eventuell bevorstehenden Kur können auch Indiz für eine mittelbare Benachteiligung wegen einer Behinderung darstellen.

Die Frage nach dem Geburtsdatum stellt ein Indiz für eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters dar.

Nicht zu empfehlen sind Fragen nach der Staatsangehörigkeit, weil dies ein Indiz für eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft darstellen kann.

Ein Fragebogen sollte daher nur folgenden Inhalt haben:

Musterformulierung:

Familienname

Vorname

Straße

PLZ, Wohnort

Telefon

E-Mailadresse

Fahrerlaubnis ? *(nur zulässig, wenn für die berufliche Tätigkeit erforderlich):*

Klasse

Haben Sie nicht getilgte Vorstrafen, die für die vorgesehene Tätigkeit von Bedeutung sein könnten? ja/nein

Schwebt ein behördliches Bußgeld- oder Strafverfahren gegen Sie, das für die vorgesehene Tätigkeit von Bedeutung sein könnte? ja/nein

Welche Schulen haben Sie zu welchen Zeiten besucht?

Haben Sie eine Ausbildung oder Umschulung abgeschlossen, die für die angestrebte Tätigkeit von Bedeutung ist ? ja/nein

Welche ist es gegebenenfalls und bei wem fand sie in welcher Zeit statt?
.....

Bestand mit unserem Unternehmen oder mit unseren Rechtsvorgängern bereits ein Beschäftigungsverhältnis?
(bei einer beabsichtigten Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TZBFG bedeutsam) ja/nein

Wann können Sie – auch unter Berücksichtigung evtl. Kündigungsfristen bei ihrem jetzigen Arbeitgeber – frühestens bei uns anfangen?

Unterliegen Sie einem Wettbewerbsverbot, das für die angestrebte Tätigkeit von Bedeutung ist? ja/nein

Üben Sie eine Nebentätigkeit aus? ja/nein
Wenn ja, bei welchem Arbeitgeber und mit welcher geschuldeten Arbeitszeit?
.....

Ist im Betrieb ein Betriebsrat vorhanden, bedürfen Personalfragebögen nach § 94 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats. Kommt eine Einigung zwischen den Betriebspartnern über den Inhalt nicht zustande, so entscheidet nach § 94 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Einigungsstelle. Nach § 15 Abs. 3 AGG ist ein Arbeitgeber, der eine kollektivrechtliche – aus Beweisgründen schriftlich getroffene – Vereinbarung anwendet, die gegen das Benachteiligungsverbot verstößt, nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. Zu diesen kollektivrechtlichen Vereinbarungen gehören auch Betriebsvereinbarungen. Berücksichtigt man dieses Haftungsprivileg, kann es vertretbar sein, zusätzliche Fragen in einen Personalfragebogen aufzunehmen, die bisher zulässig waren und bei denen unter Geltung des AGG bis zu einer höchstrichterlichen Klärung zweifelhaft ist, ob sie tatsächlich gegen Vorschriften des AGG verstoßen. In Betracht käme hier insbesondere die Frage, ob der Bewerber einem der EU-15 Staaten, den neuen Beitrittsländern, einem Staat des europäischen Wirtschaftsraums oder der Schweiz angehört oder ob er heimatloser Ausländer ist und damit keine Arbeitserlaubnis benötigt. Wenn er nicht zu diesem Kreis gehört, ist die Frage zulässig, ob er im Besitz einer Arbeitsgenehmigung EU oder eines Aufenthaltstitels ist, der ihm die Aufnahme der angestrebten Tätigkeit erlaubt. Liegt eine solche Genehmigung vor, ist auch die Frage zulässig, ob diese Arbeitsgenehmigung EU oder der Aufenthaltstitel befristet ist und falls ja, wie lange.

Nach Einstellung des Bewerbers können Fragen in einem dann zu nutzenden Personalfragebogen keine Benachteiligung des Bewerbers nach dem AGG mehr darstellen. Der Arbeitgeber kann daher in einem weiteren Personalfragebogen, der ebenfalls der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 94 BetrVG unterliegt, zusätzlich solche Fragen stellen, die noch im Bewerbungsverfahren ein Indiz für eine Benachteiligung hätten darstellen können.

Von Interesse sind insbesondere persönliche Angaben, die für die Entgeltabrechnung oder im Rahmen einer eventuellen Sozialauswahl von Bedeutung sind bzw. sein können:

Familienstand :

Leben Sie in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft? ja/nein

Zahl und Alter der Kinder :

Religionszugehörigkeit :.....

Sind Sie schwerbehindert oder sind Sie einem behinderten Menschen
gleichgestellt? ja/nein

TIPP:

Dem Arbeitgeber ist ein zweistufiges Vorgehen bei einem Bewerbungsverfahren zu empfehlen. Im Zusammenhang mit der Personalsuche sollte er jede Frage im Personalfragebogen vermeiden, die ein Indiz für eine Benachteiligung im Sinne des AGG darstellen kann. Unterliegt der Personalfragebogen der Mitbestimmung nach § 94 BetrVG, weil es einen Betriebsrat gibt, kann er aufgrund des eingeschränkten Haftungsmaßstabs notfalls riskieren, auch solche Fragen zu stellen, bei denen erst nach Inkrafttreten des AGG zweifelhaft geworden ist, ob sie weiter zulässig sind. Hat er einen Bewerber eingestellt, kann er dann allerdings in einem weiteren Arbeitnehmerfragebogen, der ebenfalls der Mitbestimmung nach § 94 BetrVG unterliegt, bei der Art der Fragen einen großzügigeren Maßstab anlegen.

b) Einstellung:

aa) Arbeitsvertrag: Verweis/Bezugnahme im Arbeitsvertrag auf Tarifvertrag:

BAG, Urteil vom 14.12.2005, Az: 4 AZR 536/04

Die Rechtsprechung hierzu hat sich geändert. Im Nachfolgenden möchte ich daher kurz die bisherige Rechtslage, die neue Rechtslage und die Konsequenzen für die zukünftige Vertragsgestaltung darstellen:

Häufig wird in Arbeitsverträgen folgende Klausel verwendet:

„Im Übrigen gelten die jeweiligen Tarifverträge für die Metall- und Elektroindustrie in Bayern in der jeweils gültigen Fassung.“

Nach der früheren Rechtsprechung des BAG wurde danach unterschieden, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Arbeitsvertrages tarifgebunden im Sinne von § 3 Abs. 1 TVG war oder nicht.

Die von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vereinbarte dynamische Bezugnahme Klausel stellte eine sogenannte „Gleichstellungsabrede“ dar. Nicht tarifgebundene Arbeitnehmer sollten damit den tarifgebundenen Arbeitnehmern gleichgestellt werden. Wenn der Arbeitgeber dann später nicht mehr tarifgebunden war (z.B. durch Austritt aus dem Arbeitgeberverband, durch Übertragen eines Betriebs oder Betriebsteils nach § 613a BGB auf einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber, das Inkrafttreten eines spezielleren Tarifvertrages im Unternehmen oder das Herauswachsen des Betriebs aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags), führte das auch zu einer Beendigung der Tarfdynamik für die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer.

Hatte ein nicht tarifgebundener Arbeitnehmer eine solche Bezugnahme Klausel in seinem Arbeitsvertrag aufgenommen, konnte sich der Arbeitgeber von dieser Verpflichtung nur durch den Abschluss von Änderungsvereinbarungen mit den Arbeitnehmern lösen.

Nach der neuen Rechtsprechung des BAG seit den Entscheidungen vom 14.12.2005 gilt folgendes:

Für vor dem 01.01.2002 abgeschlossene Arbeitsverträge (Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes) bleibt es bei den vorstehend geschilderten Folgen (Vertrauensschutz).

Für Arbeitsverträge, die nach ab dem 01.01.2002 mit einer Bezugnahmeklausel abgeschlossen wurden, ist die Auslegung solcher Bezugnahmeklauseln durch die Rechtsprechung noch nicht sicher; die neue Rechtsprechung hatte Altverträge vor dem 01.01.2002 betroffen. Die Verwendung der Bezugnahmeklauseln nach dem 01.01.2002 ist mit dem Risiko verbunden, dass damit eine veränderungsfeste, voll dynamische Tarifbindung eingegangen wurde. Der Arbeitgeber kann sich hier nur durch den Abschluss von Änderungsvereinbarungen mit den Mitarbeitern lösen. Eine Änderungskündigung wird regelmäßig daran scheitern, dass ein dringendes betriebliches Erfordernis hierfür nicht gegeben sein wird.

Wenn der Arbeitgeber auch zukünftig eine Bezugnahmeklausel vereinbaren möchte, was grundsätzlich möglich ist, sollte diese so formuliert sein, dass sie ausdrücklich als Gleichstellungsabrede formuliert ist, so dass dann, wenn die Tarifbindung des Arbeitgebers endet, auch die Anwendung des Tarifvertrags auf das Arbeitsverhältnis nicht mehr erfolgt. Wenn im Falle des Branchenwechsels oder eines Betriebsübergangs die Tarifvertragspartei auf Seiten der Arbeitnehmer (Gewerkschaft) wechselt, müsste die Vereinbarung auch noch eine Tarifwechselklausel enthalten. Nachfolgend sind zwei Musterformulierungen aufgeführt, einmal eine Gleichstellungsabrede und einmal eine Tarifwechselklausel:

MUSTER: Gleichstellungsabrede

1. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Tarifverträge der in, abgeschlossen zwischen dem Arbeitgeberverband und der Gewerkschaft in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung, solange der Arbeitgeber nach den § 3 – 5 TVG tarifgebunden ist.
2. Entfällt die Tarifbindung des Arbeitgebers (z.B. durch Branchenwechsel, Austritt des Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband) gelten die Tarifverträge gem. 1. statisch in der zuletzt gültigen Fassung fort, soweit sie nicht durch andere Abmachungen ersetzt werden. Dies gilt auch bei einem Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang, wenn der neue Arbeitgeber nicht an die unter 1. genannten Tarifverträge gebunden ist.
3. Wird der Arbeitgeber oder der neue Inhaber an andere Tarifverträge, die ebenfalls mit der unter 1. genannten Gewerkschaft geschlossen sind, gebunden, gelten diese Tarifverträge für das Arbeitsverhältnis nach Maßgabe der Absätze 1. und 2. fort.

MUSTER: Tarifwechselklausel

1. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Tarifverträge der in, abgeschlossen zwischen dem Arbeitgeberverband und der Gewerkschaft in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung, solange der Arbeitgeber nach den § 3 – 5 TVG tarifgebunden ist.
2. Entfällt die Tarifbindung des Arbeitgebers (z.B. durch Branchenwechsel, Austritt des Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband) gelten die Tarifverträge gem. 1. statisch in der zuletzt gültigen Fassung fort, soweit sie nicht durch andere Abmachungen ersetzt werden. Dies gilt auch bei einem Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang, wenn der neue Arbeitgeber nicht an die unter 1. genannten Tarifverträge gebunden ist.
3. Absatz 2. gilt nicht, wenn beim Unternehmer infolge eines Arbeitgeberverbands- oder Branchenwechsels oder in Fällen des Betriebsübergangs oder Betriebsteilübergangs beim neuen Arbeitgeber eine andere Tarifbindung besteht. In diesen Fällen finden die Tarifverträge gemäß dieser anderweitigen Tarifbindung nach Maßgabe der Absätze 1. und 2. Anwendung.

Als Fazit ist festzuhalten, dass die bestehenden Arbeitsverträge auf solche Bezugnahmeklauseln hin überprüft werden sollten und gegebenenfalls Änderungsvereinbarungen mit den Mitarbeitern geschlossen werden sollten.

bb) Arbeitsvertrag – AGB einer Versetzungsklausel:

BAG, Urteil vom 11.04.2006, Az: 9 AZR 557/05:

Die Zuweisung eines anderen Aufgabengebiets und/oder eines anderen Arbeitsortes schafft immer wieder Probleme. Nach § 106 der Gewerbeordnung gilt: „Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.“

Häufig wird in Arbeitsverträgen zur Klarheit die Möglichkeit der Zuweisung eines anderen Aufgabengebiets und/oder eines anderen Arbeitsortes festgelegt.

Im hier entschiedenen Fall war im Arbeitsvertrag einer Zeitungsredakteurin geregelt, dass sich der Verlag unter Wahrung der Interessen des Redakteurs die Zuweisung eines anderen Arbeitsgebiets vorbehält.

Nachdem die Redakteurin versetzt werden sollte, hat sie dagegen geklagt. Das BAG hat in der Entscheidung festgestellt, dass eine solche Regelung nicht gegen AGB-Bestimmungen verstoßen; § 308 Nr. 4 BGB ist auf einen solchen Versetzungsvorbehalt im Arbeitsrecht nicht anzuwenden, weil diese Vorschrift nur einseitige Bestimmungsrechte hinsichtlich der Leistung des Verwenders erfasse, Versetzungsklauseln in Arbeitsverträgen aber die Arbeitsleistung als die dem Verwender (Arbeitgeber) geschuldete Gegenleistung betreffen. Eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB liegen nicht vor, wenn, wie hier, die arbeitsvertragliche Regelung inhaltlich der Regelung der gesetzlichen Bestimmung des § 106 Satz 1 Gewerbeordnung entspricht.

TIPP:

Der Arbeitgeber sollte entweder eine Versetzungsklausel nicht mit aufnehmen, dann aber auch nicht den Beschäftigungsort und das Arbeitsgebiet im Arbeitsvertrag festzuschreiben. Alternativ kommt in Betracht, das Arbeitsgebiet und den Arbeitsort festzuschreiben mit dem Hinweis darauf, dass diese Zuweisung nur „zunächst“ erfolgt und im Übrigen die Bestimmungen des § 106 Gewerbeordnung gilt (in diesem Fall wäre es sinnvoll, den Text als arbeitsvertragliche Regelung mit aufzunehmen).

cc) Befristung:

Schriftform: BAG, Urteil vom 26.07.2006, Az: 7 AZR 514/05

Die Befristung von Arbeitsverträgen macht in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten. Nach § 14 Abs. 4 TzBfG ist die Befristung nur dann wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart ist.

Nach einem Urteil des BAG vom 01.12.2004, Az: 7 AZR 198/04 ist die nachträgliche schriftliche Vereinbarung der Befristung nicht möglich. Dies bedeutet: Wird ein befristeter Arbeitsvertrag zunächst nur mündlich abgeschlossen und dieser mündliche Arbeitsvertrag nach Arbeitsbeginn schriftlich „bestätigt“, bleibt die mündlich vereinbarte Befristung mangels Schriftform unwirksam und die nachträglich vereinbarte Befristung ändert daran nichts: Das Arbeitsverhältnis wurde nämlich in Vollzug gesetzt durch Beginn der Arbeit; die mündliche Befristung war unwirksam. Nach § 16 TzBfG ist damit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen, das auch nicht nachträglich befristet werden kann.

TIPP:

Wenn eine Befristung erfolgen soll, ist der schriftliche Arbeitsvertrag mit der Befristungsabrede vor Arbeitsantritt abzuschließen.

Nach der neuen Entscheidung des BAG bedarf ausschließlich die Befristung des Arbeitsvertrages ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Nicht erforderlich ist, dass der Grund der Befristung angegeben wird.

TIPP:

Wenn möglich, sollte immer die sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG genommen werden, weil der Arbeitgeber dadurch in keinen Begründungszwang gerät; bei jeder Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG muss er das Vorliegen des Sachgrundes beweisen. Nur wenn dies problemlos möglich ist, sollte eine Sachgrundbefristung vorgenommen werden.

Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages:

BAG, Urteil vom 23.08.2006, Az: 7 AZR 12/06

Bei der Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse kommt es immer wieder zu rechtlichen Zweifelsfragen. § 14 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz TzBfG lässt die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsverhältnisses (Befristung ohne Sachgrund) zu. Nach der gesamten Entscheidung steht die „Verlängerung“ im Sinne dieser Vorschrift voraus, dass die Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts noch **vor** Abschluss der Laufzeit des bisherigen Vertrags in schriftlicher Form vereinbart wird **und der Vertragsinhalt ansonsten unverändert bleibt**.

Dies bedeutet, dass bei einer Vertragsverlängerung mit einer Änderung des Vertragsinhalts (höhere Vergütung, kürzere Arbeitszeit/längere Arbeitszeit, etc.) ein **unbefristetes** Arbeitsverhältnis entsteht.

TIPP:

Es ist dringend davon abzuraten, bei der Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses Arbeitsbedingungen zu verändern. Auch eine Gehaltserhöhung ist hier gefährlich. Solche Änderungen sollten nur außerhalb der Verlängerungsvereinbarung, also vorher oder nachher , vorgenommen werden, nicht jedoch zusammen mit der Verlängerungsvereinbarung.

dd) Arbeitsvertrag – Vertragsstrafe:

In Arbeitsverträgen finden sich häufig Vertragsstrafenregelungen, insbesondere für den Fall, dass der Arbeitnehmer sich unberechtigt vom Vertrag löst.

In AGB enthaltene Abreden über Vertragsstrafen unterliegen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB, d.h. sie sind unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Das Verschuldenserfordernis, § 339 BGB, kann in AGB nicht wirksam abbedungen werden. Dies bedeutet, dass eine Vertragsstrafe immer ein Verschulden des Arbeitnehmers voraussetzt. Zudem muss ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Ahndung eines bestimmten Verhaltens des Arbeitnehmers bestehen.

§ 12 Abs. 2 Nr. 2 BBiG verbietet ausdrücklich im Berufsausbildungsvertrag die Vereinbarung einer vom Auszubildenden zahlenden Vertragsstrafe. Die sonst zulässige Vertragsstrafenvereinbarung muss bestimmt sein, d.h., es muss nicht nur die zu leistende Strafe, sondern auch die diese auslösende Pflichtverletzung so klar bezeichnet sein, dass sich der Arbeitnehmer in seinem Verhalten darauf einstellen kann. Unzulässig ist eine Strafvereinbarung, die das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers einseitig beeinträchtigt. Längere, für beide Vertragsparteien gleiche Kündigungsfristen, können durch Strafversprechen gesichert werden. Das Recht zur ordentlichen Kündigung für die Zeit bis zum Dienstantritt kann ausgeschlossen werden, so dass für den Fall des Nichtantritts des Arbeitsverhältnisses eine Vertragsstrafe wirksam vereinbart werden kann, wenn die ordentliche Kündigung für beide Vertragsparteien insoweit ausgeschlossen ist. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung darf in keinem Fall durch eine Vertragsstrafe beeinträchtigt werden.

Die Vertragsstrafe ist aber nur dann wirksam, wenn die Höhe der Vertragsstrafe angemessen ist. Eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe führt zur Unwirksamkeit der Klausel, nicht zur Reduktion auf das zulässige Maß.

TIPP:

Die Höhe der Vertragsstrafe sollte nie mehr als eine Bruttomonatsvergütung betragen; wenn sich der Arbeitnehmer mit einer kürzeren Kündigungsfrist als einem Monat vom Vertrag lösen kann, dann darf die Vertragsstrafe allerdings auch nicht höher sein als der Lohn, den der Arbeitnehmer in der kürzeren Kündigungsfrist verdienen würde.

c) Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt:

Häufig begegnen uns in Arbeitsverträgen Freiwilligkeits- und/oder Widerrufsvorbehalte. Meist geht es dabei um die Gewährung zusätzlicher Leistungen wie Gratifikationen, Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld etc. In besonders gut gemeinten Arbeitsverträgen finden sich auch kombinierte Regelungen, etwa mit dem Wortlaut:

„Die Zahlung der Leistung erfolgt freiwillig und in stets widerruflicher Weise.“

Bei solchen Regelungen, die in einer Vielzahl von Arbeitsverträgen durch den gleichen Arbeitgeber verwendet werden, handelt es sich um sogenannte allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die der Inhaltskontrolle nach § 310 BGB unterliegen. Unklarheiten gehen hier zu Lasten des Verwenders, sprich des Arbeitgebers.

Während der Freiwilligkeitsvorbehalt das Entstehen eines Rechtsanspruchs von vorn herein verhindert, gewährt der Widerrufsvorbehalt dem Arbeitnehmer zunächst einen Rechtsanspruch auf die Leistung und ermöglicht dem Arbeitgeber lediglich, die zugesagte Leistung in der Zukunft einseitig zu beenden.

TIPP:

Soweit eine zusätzliche Leistung ohne Rechtsanspruch gewährt werden sollte, sollte nur ein Freiwilligkeitsvorbehalt vereinbart werden:

„Die Leistung gewährt keinen Rechtsanspruch für die Zukunft. Die Leistung erfolgt durch den Arbeitgeber freiwillig.“

Wenn ein Widerrufsvorbehalt vereinbart ist, ist zu berücksichtigen, dass nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz seit 2002 im Vertrag auch geregelt werden muss, welche Gründe einen Widerruf rechtfertigen. Fehlt diese Ausgestaltung, ist der Widerruf faktisch ausgeschlossen.

d) Neue Befristungsmöglichkeit für ältere Arbeitnehmer

BAG, Urteil vom 26.04.2006, Az: 7 AZR 500/05:

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen mit älteren Arbeitnehmern nach § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG ist rechtlich nicht mehr möglich. Bereits der EuGH hat im Urteil vom 22.11.2005 – Rs.c 144/04 – Mangold entschieden, dass § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG gemeinschaftswidrig und damit unwirksam ist.

Das BAG hat jetzt in dem neuen Urteil entschieden, dass dies auch für Befristungsvereinbarungen auf der Basis von § 14 Abs. 2 Satz 4 TzBfG gilt, die zeitlich vor Bekanntwerden der Entscheidung des EuGH getroffen wurden. Ein Vertrauensschutz wird nicht gewährt.

TIPP:

Arbeitsverträge mit älteren Mitarbeitern sind daraufhin zu überprüfen, ob sie aufgrund von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG befristet wurden. In diesem Fall ist zu prüfen, ob sie anderweitig wirksam befristet werden können.

Der deutsche Gesetzgeber hat hierauf jetzt reagiert und der Bundestag hat in seiner Sitzung vom 14.12.2006 das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen behandelt und in die Ausschüsse überwiesen. Nach diesem Gesetzesentwurf ist für eine Befristung neben der Vollendung des 52. Lebensjahres erforderlich, dass der Arbeitnehmer unmittelbar zuvor 4 Monate beschäftigungslos war, bestimmte Ersatzleistungen erhielt oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen hat. Dann soll eine Befristung ohne sachlichen Grund für bis zu 5 Jahre zulässig sein, wobei auch die mehrfache Verlängerung des Vertrages bis zum Erreichen dieser Obergrenze erfasst werden soll. Ob und wann dieses Gesetz tatsächlich verabschiedet wird und in Kraft tritt, kann nicht prognostiziert werden.

4. Laufendes Arbeitsverhältnis:

a) Abmahnung:

Für Arbeitsverhältnisse folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass bei Vertragsverletzungen durch den Arbeitnehmer, dieser grundsätzlich zunächst abzumahnern ist bzw. eine Kündigung erfolgt. Abmahnung bedeutet, dass der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise seine Beanstandungen vorbringt und damit unmissverständlich den Hinweis verbindet, im Wiederholungsfall sei der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet. Die Abmahnung kann insoweit auch als Kündigungsandrohung bezeichnet werden. Wird die Pflichtverletzung trotz Abmahnung erneut begangen, kann dies dann die ordentliche oder außerordentliche Kündigung zur Folge haben. Die Pflichtverletzungen müssen dabei vergleichbar sein. Für den Arbeitgeber wird es problematisch, wenn er mehrfach vergleichbares Verhalten abgemahnt hat, ohne dem tatsächlich eine Kündigung folgen zu lassen. Mehrfache Abmahnungen können ihre eigene Warnfunktion so abschwächen, dass eine dann darauf gestützte Kündigung unwirksam sein kann.

TIPP:

Bei mehrfachen, das gleiche Fehlverhalten betreffenden Abmahnungen ist es erforderlich, vor Ausspruch der Kündigung die letzte Abmahnung so zu formulieren, dass die darin enthaltene Kündigungsandrohung deutlich herausgestellt wird, um eine dann folgende Kündigung durchsetzen zu können.

Textvorschlag: „... wir haben Sie wegen dieses Fehlverhaltens schon mehrfach, leider erfolglos, abgemahnt. Wir weisen darauf hin, dass dies die letzte Abmahnung für diese Art der Pflichtverletzung darstellt. Sollten Sie wiederum eine vergleichbare Pflichtverletzung begehen, wird keine Abmahnung mehr erfolgen. Vielmehr werden wir dann die Konsequenzen ziehen und die Kündigung aussprechen.“

Wenn eine solche herausgehobene Kündigungsandrohung erfolgt ist, ist es in jedem Falle schädlich, bei einem weiteren Pflichtverstoß wiederum nur abzumahnern und nicht zu kündigen.

b) Behinderte und Mehrarbeit:

BAG, Urteil vom 21.11.2006, Az: 9 AZR 176/06

Schwerbehinderte Beschäftigte sind auf ihr Verlangen hin von Mehrarbeit freizustellen, § 124 SGB IX. Mehrarbeit ist jede über 8 Stunden hinausgehende werktägliche Arbeitszeit; als Arbeitszeit gilt dabei auch Bereitschaftsdienst. Nach der Entscheidung des BGH sind auch Regelungen in Betriebsvereinbarungen, die Schwerbehinderte verpflichten, über diese normale gesetzliche Arbeitszeit hinaus Bereitschaftsdienst zu verrichten, unwirksam. Dieses gesetzliche Verbot in § 124 SGB IX ist nicht disponibel.

c) Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang:

BAG, Urteil vom 14.12.2006, Az: 8 AZR 763/05

BAG, Urteil vom 13.07.2006, Az: 8 AZR 303/05, 8 AZR 305/05 und 8 AZR 382/05

Das BAG hat hier in drei Entscheidungen Fragen des Betriebsübergangs behandelt. Diese drei Entscheidungen sind von erheblicher Bedeutung für die Praxis der (Teil-) Veräußerung bzw. Reorganisation von Unternehmen.

Das grundsätzliche Gefahrenpotential für die am Betriebsübergang beteiligten Unternehmen liegt darin, dass eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung über den Betriebsübergang dazu führt, dass auch noch lange Zeit nach dem Betriebsübergang Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen können, § 613a BGB.

Nach den drei Entscheidungen gilt folgendes:

- Die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB stellt eine echte Rechtspflicht dar; unterbleibt eine formgerechte, ordnungsgemäße Unterrichtung, beginnt die Widerspruchsfrist von einem Monat nach § 613a Abs. 6 BGB nicht zu laufen und der Arbeitnehmer kann noch etliche Zeit danach sein Widerspruchsrecht ausüben; es unterliegt nur der Verwirkung, wofür eine feste Zeitgrenze nicht besteht. Im dritten Urteil vom 13.07.2006 verneinte das BAG das Vorliegen der Voraussetzung der Verwirkung sogar, obwohl bereits fast ein Jahr seit Vollzug des Betriebsübergangs bis zur Ausübung des Widerspruchs vergangen war.

- Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück. Das bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und altem Arbeitgeber fortbesteht. Dies gilt nur, wenn der Widerspruch schriftlich erfolgt ist, wozu es aber genügt, dass der durch eigenhändige Unterschrift des Prozessbevollmächtigten des Arbeitnehmers beglaubigte Abschrift eines Schriftsatzes zugeleitet wird, aus dem zumindest andeutungsweise der Wille des Arbeitnehmers erkennbar wird, den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Inhaber (Erwerber) zu verhindern.
- Die ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB bedeutet, dass die erteilten Informationen nicht nur „im Kern richtig“, sondern objektiv zutreffend sein müssen; es gilt der Kenntnisstand von Veräußerer und Erwerber im Zeitpunkt der Unterrichtung. Erforderlich ist eine genaue, verständliche und einzelfallbezogene (auf den Arbeitsplatz bezogene) Information. Ein Rundschreiben genügt, auf etwaige Besonderheiten des konkreten Arbeitsverhältnisses muss darin aber schon eingegangen werden.

Unter den in § 613a Abs. 5 Nr. 1 – 4 BGB genannten Punkten muss die Information Angaben zur Identität des Erwerbers und zum Gegenstand des Betriebsübergangs umfassen. Neben dem (geplanten) Zeitpunkt des Übergangs (Nr. 1) ist über den Grund für den Übergang zu berichten (Nr. 2). Es ist also der Rechtsgrund für den Betriebsübergang (Pacht, Kauf, Umwandlung, etc.) und eine Information über die zugrunde liegenden unternehmerischen Erwägungen zu geben. Die rechtlichen Folgen (Nr. 3) erfordern die Darstellung der Rechtsfolgen nach § 613a Abs. 1 – Abs. 4 BGB. Weiter ist der Arbeitnehmer über die Ausübung oder Nichtausübung des Widerspruchsrechts zu unterrichten sowie über die Folgen eines Widerspruchs zu informieren (z.B. dann beabsichtigte betriebsbedingte Kündigung durch den Veräußerer).

Mit diesen drei Entscheidungen hat das BAG zur Klärung des Umfangs und der Reichweite der Unterrichtungspflicht und des Widerspruchsrechts beigetragen.

TIPP:

Eine fehlerhafte Unterrichtung über den Betriebsübergang birgt erhebliche Risiken für den Arbeitgeber. Die Erstellung der Unterrichtung hat deshalb mit erheblicher Sorgfalt zu erfolgen. Da die höchstrichterliche Rechtsprechung die Frage, ob auch über die Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmervertretung (z.B. Betriebsrat) zu unterrichten ist, offengelassen hat, ist bis zum Vorliegen einer höchstrichterlichen Rechtsprechung hierzu die Unterrichtung auch auf die Folgen für die Arbeitnehmervertretungen zu erstrecken.

d) Verbot Privatnutzung Internet/E-Mail:

LAG Hamm, Urteil vom 07.04.2006, Az: 10 TaBV 1/06:

Ausgangslage im entschiedenen Fall war folgende: Es gab eine Dienstanweisung aus dem Jahre 1997, mit der die Nutzung von Internet und E-Mail außerhalb der Arbeitszeit auch zu privaten Zwecken ausdrücklich erlaubt war. Ende 2005 wollte die Arbeitgeberin eine neue Dienstanweisung erlassen, mit der die private Internet- und E-Mailnutzung vollständig verboten werden sollte. Das Unternehmen lehnte ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG ab. Der Betriebsrat beehrte die Unterlassung der Inkraftsetzung der neuen Dienstanweisung.

Das Gericht hat den Antrag des Betriebsrats zurückgewiesen und festgestellt, dass Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht bestehen. Die Änderung der Dienstanweisung und Einführung eines umfassenden Verbots der privaten Nutzung von Internet und E-Mail stellen danach keine mitbestimmungsrelevante Frage der Ordnung des Betriebs im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dar. Da die Privatnutzung von Internet und E-Mail umfassend untersagt wurde, ging es gerade nicht um die Regelung der Art und Weise einer gestatteten Nutzung, sondern um deren vollständige Untersagung. Ein Mitbestimmungsrecht bestand auch nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, da die streitgegenständliche Maßnahme das „ob“ einer freiwilligen Leistung zum Gegenstand hatte, nicht dagegen die Regelung des „wie“ der Verwendung.

TIPP:

Bestehen keine einzelvertraglichen oder anderweitigen Bindungen des Arbeitgebers, etwa durch eine Betriebsvereinbarung, ist es dem Arbeitgeber mitbestimmungsfrei möglich, die private Nutzung von Internet und E-Mail trotz vorangegangener Duldung oder ausdrücklicher Gestattung zu untersagen.

Der Arbeitgeber sollte durch geeignete Maßnahmen verhindern, dass über die Grundsätze der „betrieblichen Übung“ ein Anspruch der Mitarbeiter auf Privatnutzung entstehen könnte. Eine ausdrücklich rechtswirksam unter Änderungsvorbehalt stehende Dienstanweisung kann hierfür das geeignete Mittel sein.

Dem Arbeitgeber, der sämtlichen denkbaren individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Schwierigkeiten von vorne herein aus dem Weg gehen will, ist zu empfehlen, die private Internet- und E-Mailnutzung vollständig zu untersagen. Dies verschafft ihm auch datenschutzrechtliche Vorteile im Falle beabsichtigter Kontrolle der Mitarbeiterkommunikation. Der die Privatnutzung eröffnende Arbeitgeber unterliegt demgegenüber den spezifischen datenschutzrechtlichen und fernmelderechtlichen Beschränkungen eines Telekommunikationsdiensteanbieters.

5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses:

a) Kündigung bei nicht rechtzeitiger Massenentlassungsanzeige:

BAG, Urteil vom 13.07.2006, Az: 6 AZR 198/06 und

BAG, Urteil vom 23.03.2006, Az: 2 AZR 343/05

Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war die Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für die individuelle Kündigungserklärung. Das BGH hat nämlich den Begriff der Entlassung im Sinne von §§ 17,18 KSchG so interpretiert, dass darunter nicht die Kündigungserklärung, sondern erst die damit beabsichtigte tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen sei.

Der europäische Gerichtshof hat im Januar 2005 in der Rechtssache „Jung“ (Urteil vom 27.01.2005 – C – 188/03 – EuGHE I 2005, 885) entschieden, dass die Richtlinie 98/59/EEG dahingehend auszulegen ist, dass die Kündigungserklärung des Arbeitgebers das Ereignis sei, das als Entlassung gelte und der Arbeitgeber Massenentlassungen erst nach der durchgeführten Massenentlassungsanzeige vornehmen dürfe.

Das BAG hat sich nun in seinen neueren Entscheidungen dieser Rechtsauffassung angeschlossen und damit seine alte Rechtsprechung geändert.

Mit der Entscheidung vom 23.03.2006 hat das BAG nunmehr die Auslegung des europäischen Gerichtshofs übernommen, allerdings den Vertrauensschutz für Kündigungen vor Änderung der Rechtsprechung ausgesprochen: Eine nach Ausspruch der Kündigung erstattete Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit führt jedenfalls dann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn sich der Arbeitgeber berechtigterweise auf den auch bei einer Änderung der Rechtsprechung zu beachtenden Vertrauensschutz berufen kann. Wurde die Massenentlassungsanzeige als im Einklang mit der früheren Rechtsprechung und Verwaltungspraxis erst nachträglich erstattet, kann sich der Arbeitgeber hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigungen auf Vertrauensschutz berufen, solange er von der geänderten Rechtsauffassung der Arbeitsverwaltung keine Kenntnis haben musste.

TIPP:

Nachdem ja jetzt die Kenntnis über die geänderte Rechtsprechung besteht, ist bei Massenentlassungen vor Ausspruch der Kündigung die Massenentlassungsanzeige nach den §§ 17, 18 KSchG notwendige Wirksamkeitsvoraussetzung.

Derzeit ist vor dem EuGH ein Vorabentscheidungsverfahren anhängig, mittels dessen geklärt werden soll, ob im Rahmen des Konsultationsverfahrens nach § 17 Abs. 2 KSchG auch das Einigungsstellenverfahren um einen Sozialplan, § 112 Abs. 4 BetrVG durchgeführt werden muss. Fraglich ist deshalb nach wie vor, ob alle Zwangseinigungsmöglichkeiten des nationalen Rechts ausgeschöpft werden müssen, um das Konsultationsverfahren abzuschließen. Fraglich ist dabei insbesondere, ob der Abschluss eines Sozialplans oder der Spruch der Einigungsstelle vorliegen müssen.

b) Außerordentliche Kündigung – Interessenabwägung:

BAG, Urteil vom 27.04.2006, Az: 2 AZR 415/05

Das Gericht hatte sich damit zu beschäftigen, welche Umstände im Rahmen der bei einer außerordentlichen Kündigung durchzuführenden Interessenabwägung im Einzelfall zu berücksichtigen sind. Grundsätzlich ist es so, dass selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht generell unzumutbar ist. Vielmehr muss bei einer umfassenden Abwägung des Beendigungsinteresses des Arbeitgebers das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegen. Die dabei zu berücksichtigenden Umstände können nicht generell festgelegt werden, sie sind jeweils für den Einzelfall konkret zu bestimmen. Regelmäßig haben folgende Kriterien eine hohe Bedeutung: Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreier Bestand; Bestehen einer Wiederholungsgefahr; das Maß des dem Arbeitgeber entstandenen Schadens; die Frage der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens des Arbeitnehmers; Unterhaltspflichten und Familienstand sowie ähnliche Sozialfaktoren des Arbeitnehmers. Gerade aber bei einer verhaltensbedingten Kündigung kann den Sozialfaktoren wie dem Alter des Arbeitnehmers und seinen Unterhaltspflichten regelmäßig kein entscheidender Einfluss zukommen; eine vollständige Außerachtlassung derartige Umstände ist jedoch nur im Extremfall zulässig.

TIPP:

Die vorstehend aufgeführten regelmäßig zu berücksichtigen Umstände geben einen Leitfaden für die Interessenabwägung an die Hand.

c) Schwerbehinderte und Präventionsverfahren:

BAG, Urteil vom 07.12.2006, Az: 2 AZR 182/06

Die Kündigung von schwerbehinderten Mitarbeitern ist wegen des besonderen Kündigungsschutzes dieses Personenkreises problematisch. Hinzuweisen ist insbesondere auf das Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes vor Ausspruch der Kündigung gem. §§ 85 ff. SGB IX.

In der vorliegenden Entscheidung ging es um die Frage, ob zudem auch die Einhaltung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigungen gegenüber Schwerbehinderten ist. § 84 SGB IX regelt, dass der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung sowie das Integrationsamt einzuschalten hat, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.

Das BAG hat entschieden, dass die Einhaltung des Präventionsverfahrens keine formale Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigungen gegenüber Schwerbehinderten ist. Zudem hat das Gericht ausgeführt, dass dann, wenn die Pflichtverletzung in keinem Zusammenhang mit der Behinderung steht und das Präventionsverfahren von vornherein keinen Erfolg verspricht, es auch nicht durchgeführt zu werden braucht. Kann dagegen das Präventionsverfahren auftretende Schwierigkeiten beseitigen, so kann die Unterlassung dieses Verfahrens zu lasten des Arbeitgebers bei der Bewertung des Kündigungsgrundes Berücksichtigung finden. Die Kündigungsschutzklage einer zu 70 % Schwerbehinderten, der sich an mehreren Tagen ca. 2 Stunden vor Ende der Arbeitszeit von der Arbeitsstelle entfernt hatte, hatte hier keinen Erfolg; das Präventionsverfahren musste angesichts der Schwere der Pflichtverletzungen nicht durchgeführt werden.

d) Prozessbeschäftigung:

LAG München, Urteil vom 14.03.2006, Az: 6 SA 1132/05

Rechtlich äußerst problematisch ist die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzrechtsstreits. Mit der Weiterbeschäftigung während des Rechtsstreits möchte der Arbeitgeber versuchen, das Annahmeverzugsrisiko zu verringern; dies hat sich gerade im Hinblick auf das TzBfG schon häufig als Bumerang für den Arbeitgeber erwiesen. Behandelt werden soll hier nicht die gerichtlich erzwungene Beschäftigung, sondern das freiwillige Angebot des Arbeitgebers, das vom Arbeitnehmer ausdrücklich oder konkludent durch Aufnahme der Beschäftigung angenommen werden kann. Der Wille der Parteien geht dabei regelmäßig dahin, das gekündigte Arbeitsverhältnis fortzusetzen bzw. ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen, bis rechtskräftig feststeht, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung sein Ende gefunden hat. Es handelt sich damit um eine Befristung im Sinne des TzBfG.

TIPP:

Die Vereinbarung einer Prozessbeschäftigung bedarf deshalb der Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG. Eine nur mündliche Befristungsvereinbarung führt unweigerlich zur Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, das auch dann fortbesteht, wenn die ursprüngliche Kündigung wirksam gewesen ist. Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer berechtigterweise die schriftliche Vereinbarung der Prozessbeschäftigung mit entsprechender Befristung verlangen. Verweigert sich der Arbeitnehmer und unterbleibt daraufhin die Beschäftigung, kann dies zum böswilligen Unterlassen anderweitigen Erwerbs gem. § 615 Satz 2 BGB – zu Lasten des Arbeitnehmers – führen.

Darüber hinaus bedarf aber auch eine solche Befristung des sachlichen Grunds gem. § 14 Abs. 1 TzBfG. In dem Katalog des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 TzBfG ist ein Prozessbeschäftigungsverhältnis nicht ausdrücklich genannt. Die Liste ist allerdings nicht abschließend. Ob der Wunsch der Parteien für ein solches befristetes Beschäftigungsverhältnis unter Berücksichtigung der Wertung eines Kündigungsschutzrechts von der Rechtsprechung anerkannt wird, ist offen. Eine Entscheidung hierzu ist bisher nicht ergangen.

TIPP:

Aus Arbeitgebersicht sollte daher bis zu einer eindeutigen Stellungnahme des BAG eine Prozessbeschäftigung stets nur auf der Basis eines gerichtlichen (Teil-)vergleichs im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens abgeschlossen werden. Ein solcher Vergleich ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG stets sachlich gerechtfertigt und wahrt gleichzeitig die Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG auch im schriftlichen Verfahren gem. § 278 Abs. 6 ZPO, vgl. BAG, Urteil vom 23.11.2006, Az: 6 AZR 394/06 unter 5. f.

e) Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Domino-Theorie:

BAG, Urteil vom 09.11.2006, Az: 2 AZR 812/05

Bei betriebsbedingten Kündigungen erfolgt in gängiger Praxis die Sozialauswahl so, dass die sozialen Gesichtspunkte mit einem Punktesystem bewertet werden. Dadurch entsteht eine Rangfolge der zu kündigenden Arbeitnehmer. Unterläuft dem Arbeitgeber bei der Ermittlung der Punktzahlen ein Fehler mit der Folge, dass auch nur einem Arbeitnehmer, der bei richtiger Ermittlung der Punktzahlen zur Kündigung angestanden hätte, nicht gekündigt wird, so wurden nach der bisherigen Rechtsprechung die Kündigungen aller in der Rangliste folgenden gekündigten Arbeitnehmer als unwirksam angesehen (Domino-Effekt). Dies galt, obwohl bei fehlerfreier Erstellung der Rangfolge nur ein Arbeitnehmer von der Kündigungsliste zu nehmen gewesen wäre.

Das BAG hat jetzt diese Rechtsprechung aufgegeben. Kann der Arbeitgeber in solchen Fällen im Kündigungsschutzprozess aufzeigen, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch bei richtiger Erstellung der Rangliste anhand des Punktesystems zur Kündigung angestanden hätte, so ist die Kündigung nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl unwirksam. In diesen Fällen ist der Fehler nämlich für die Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers nicht ursächlich geworden und die Sozialauswahl jedenfalls im Ergebnis ausreichend.

f) Vergleichsanfechtung wegen Drohung, Befristung, Schriftform:

BAG, Urteil vom 23.11.2006, Az: 6 AZR 394/06

BAG, Urteil vom 15.12.2005, Az: 6 AZR 197/05

Die beiden Urteile beschäftigen sich mit der Frage, ob ein Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag bzw. einen gerichtlichen Vergleich über die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses anfechten und damit unwirksam machen kann mit der Behauptung, er habe unter dem Eindruck einer Drohung die Vereinbarung geschlossen.

In der Entscheidung vom 15.12.2005 hat das BAG entschieden, dass ein abgeschlossener Aufhebungsvertrag durch den Arbeitnehmer wirksam angefochten werden kann, wenn ihm zuvor mit einer fristlosen Kündigung, die ein verständiger Arbeitgeber nicht in Erwägung ziehen dürfte, gedroht wurde, selbst wenn der die Drohung aussprechende Vorgesetzte für den Mitarbeiter erkennbar nicht selbst kündigungsberechtigt war.

TIPP:

Um das Anfechtungsrisiko bei Aufhebungsverträgen sicher zu vermeiden, sollten Gespräche, die zum Aufhebungsvertrag führen, nur im Beisein von Zeugen der Arbeitgeberseite geführt werden. Bei den Gesprächen sollte, wenn überhaupt, nur mit einer Kündigung gedroht werden, die sich in der Sache auf Gründe beschränkt, die den Ausspruch einer fristlosen und/oder ordentlichen Kündigung verständigerweise erwarten lässt. Von Bedeutung ist zusätzlich auch der zeitliche Rahmen zwischen Gespräch und Abschluss des Aufhebungsvertrages. Die Anfechtung wegen Drohung dürfte auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Arbeitnehmer nach eingeräumter Bedenkzeit und erfolgter Konsultation seines Rechtsanwalts einen Aufhebungsvertrag unterzeichnet.

In der zweiten Entscheidung war es so, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt hatte. In dem vom Arbeitnehmer angestregten Kündigungsschutzprozess haben sich die Parteien auf einen vom Arbeitsgericht unterbreiteten Vergleichsvorschlag geeinigt, der eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses um 1 Jahr später vorsah. Bevor dieser Vergleich durch Beschluss im schriftlichen Verfahren durch das Gericht festgestellt wurde, hat der Arbeitnehmer seine Zustimmung zum Vergleichsvorschlag angefochten. Er war der Meinung, er sei durch widerrechtliche Drohung des Arbeitgebers zum Abschluss des Vergleichs gedrängt worden. Das Gericht hat aber festgestellt, dass dann, wenn der Arbeitgeber bereits gekündigt hatte und später ein Vergleich über die Beendigung zustande kommt, der Arbeitnehmer eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung nicht mit der vorausgegangen Kündigung, die ja tatsächlich erfolgt war, begründen kann.

g) Abfindung und Sozialversicherungspflicht:

Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ist häufig mit der Zahlung einer Abfindung verbunden. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer reduzieren damit das Risiko, einen Kündigungsschutzprozess zu verlieren. Mittlerweile sind aber solche Abfindungszahlungen nach den §§ 9, 10 KSchG steuerpflichtig. Überlegt wurde deshalb, ob nicht anstelle einer solchen Abfindung eine Entschädigungszahlung nach § 15 Abs. 2 AGG vereinbart werden könnte, weil es sich hierbei um den Ersatz für immaterielle Schäden handelt, der stets steuerfrei ist.

Falls offensichtlich kein klassisches Mobbing und keine Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des AGG stattgefunden haben, ist den Parteien eines Aufhebungsvertrages/-vergleichs dringend abzuraten, eine Abfindungszahlung als Entschädigung für immaterielle Schäden zu bezeichnen, um deren Besteuerung nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu entgehen. Die falsche Bezeichnung verhindert die Steuerpflicht nämlich nicht. Arbeitgeber und Arbeitnehmer setzen sich vielmehr der Gefahr der Strafverfolgung aus. Etwas anderes gilt nur, wenn wirklich ein Vorfall stattgefunden hat, der den Arbeitnehmer zur Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs berechtigt. In einem solchen Fall sollte die Abfindung und die Entschädigung im Aufhebungsvertrag der Klarheit wegen in getrennten Ziffern und nicht als einheitlicher Betrag

geregelt werden. Bestehen Zweifel, ob dem Arbeitnehmer tatsächlich eine steuerfreie Entschädigung zusteht, ist mit Blick auf den Tatbestand der Steuerhinterziehung Vorsicht geboten. Zum Einen würde der Arbeitgeber durch die Aufnahme einer Entschädigung in den Aufhebungsvertrag ohne Not Mobbing und Belästigungen einräumen. Zum Anderen profitiert ja auch nur der Arbeitnehmer von der Steuerfreiheit.

h) Sozialauswahl und besondere betriebliche Bedürfnisse:

BAG, Urteil vom 07.12.2006, Az: 2 AZR 748/05

In dieser Entscheidung hatte sich das BAG damit zu befassen, was nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berechnete betriebliche Interessen darstellen, um einen Mitarbeiter nicht in die Sozialauswahl mit einzubeziehen.

Im vorliegenden Fall war die Arbeitnehmerin bei einer Gemeinde als Reinigungskraft beschäftigt. Wegen der teilweise Fremdvergabe der Reinigungsarbeiten kündigte die Gemeinde unter anderem der klagenden Arbeitnehmerin. Diese erhob Kündigungsschutzklage und rügte auch die fehlerhafte Sozialauswahl, weil die Gemeinde eine Reinigungskraft nicht in die Sozialauswahl einbezogen habe, die nach sozialen Gesichtspunkten vorrangig zur Kündigung angestanden hätte. Die Gemeinde hat demgegenüber geltend gemacht, für die Weiterbeschäftigung dieser Arbeitnehmerin habe ein besonderes betriebliches Bedürfnis wegen deren Mitgliedschaft in der freiwilligen Feuerwehr bestanden.

Das BAG folgte der Argumentation der Gemeinde. Zwar ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG grundsätzlich eine Sozialauswahl unter allen vergleichbaren Arbeitnehmern durchzuführen. Dies gilt jedoch nicht, soweit berechnete betriebliche Interessen der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen, § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG. Ein solches betriebliches Interesse kann für eine Gemeinde, die gesetzlich zum Brandschutz verpflichtet ist, darin begründet sein, dass durch die Weiterbeschäftigung einer Arbeitnehmerin deren jederzeitige Einsatzmöglichkeit in der freiwilligen Feuerwehr sichergestellt werden soll.

i) Personenbedingte Kündigung:

BAG, Urteil vom 18.01.2007, Az: 2 AZR 731/05

In dieser Entscheidung beschäftigte sich das BAG mit der Frage, ob der Wegfall der Sozialversicherungsfreiheit eines Arbeitnehmers eine Kündigung aus personenbedingten Gründen rechtfertigt.

Nach § 1 Abs. 2 KSchG ist die Kündigung eines Arbeitnehmers unter anderem sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe in der Person des Arbeitnehmers bedingt ist. Hauptanwendungsfall für die personenbedingte Kündigung ist die krankheitsbedingte Kündigung. Der Arbeitgeber soll das Arbeitsverhältnis auflösen können, wenn der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung und die erforderlichen Fähigkeiten nicht (mehr) besitzt, um zukünftig die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen.

Im vorliegenden Fall hat das BAG das Vorliegen der Voraussetzungen für eine personenbedingte Kündigung für den Fall verneint, dass ein für eine Tätigkeit im Gepäckdienst eingestellter Werkstudent aufgrund seiner überlangen Studiendauer nach den sozialversicherungsrechtlichen Regelungen nicht mehr als Student sozialversicherungsfrei ist. Dieser Umstand stellt für die geschuldete Arbeitsleistung kein notwendiges Eignungsmerkmal dar.

TIPP:

Es sollte auch bei der Vereinbarung einer geringfügigen Beschäftigung die vertragliche Regelung so gewählt werden, dass anfallende Steuern und Sozialversicherungsbeiträge aus der gezahlten Vergütung wegzuzahlen sind und nicht zusätzlich vom Arbeitgeber zu zahlen sind. Es sollte also eine Bruttovergütung vereinbart werden. Das ist zulässig; BAG, Urteil vom 01.02.2006, Az: 5 AZR 628/04. Das Risiko des Arbeitgeberanteils kann nicht ausgeschlossen werden.

j) Änderungskündigung

BAG, Urteil vom 01.02.2007, Az: 2 AZR 44/06

Fraglich war immer wieder, wie lange der Arbeitnehmer das Änderungsangebot bei der Änderungskündigung – unter Vorbehalt – annehmen kann. Fraglich war, ob eine vom Arbeitgeber bestimmte Annahmefrist maßgeblich sei, ob die 3-Wochenfrist nach § 2 Satz 2 KSchG anzuwenden sei oder hierfür keine gesetzliche Frist gilt.

Im vorliegenden Urteil hat der BAG diese Zweifelsfrage eindeutig geklärt: Spricht der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aus und will der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt annehmen, so steht im hierfür gem. § 2 Satz 2 KSchG längstens eine Erklärungsfrist von 3 Wochen ab Zugang der Änderungskündigung zur Verfügung. Diese gilt als Mindestfrist auch für die Möglichkeit einer vorbehaltlosen Annahme des Änderungsangebotes und zwar auch dann, wenn der Arbeitgeber eine zu kurze Annahmefrist (z.B. 1 Woche) festgelegt hat. Eine zu kurz bemessene Frist ist an die 3-wöchige gesetzliche Mindestfrist entsprechend § 2 Satz 2 KSchG anzupassen.

6. Quellen

a) Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts:

www.juris.bundesarbeitsgericht.de

b) Informationen über arbeitsrechtliche Gesetzgebungsvorhaben, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des BAG sowie kurze Zusammenfassungen über arbeitsrechtliche Aufsätze in vielen juristischen Zeitschriften

Newsletter „Arbeitsrecht aktuell“ des Lehrstuhls für Arbeitsrecht, Prof. Dr. Monika Schlachter, Uni Regensburg:

<http://www.uni-regensburg.de/arbeitsrecht/FORSCHUNG/ArbRakt/> (bitte achten Sie auf Groß- und Kleinschreibung in der Adresse)

Freizeichnung:

Das vorliegende Skript ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Wegen der Dynamik des Rechtsgebiets, der zahlreichen Änderungen im Rahmen der Gesetzgebung und wegen der Vielzahl letztinstanzlich nicht entschiedener Einzelfragen und wegen des Fehlens bzw. der Unvollständigkeit bundeseinheitlicher Verwaltungsanweisungen, kann der Verfasser dieses Skripts keinerlei Haftung übernehmen.

Bitte beachten Sie, dass die Muster und Formulierungsbeispiele lediglich eine Hilfestellung bieten, aber nicht den fachlichen Rat eines Rechtsanwalts im Einzelfall ersetzen können.