

Newsletter Arbeitsrecht

Nr. 2 (08 / 2012)

mit Beiträgen u. a. zu:

Urlaubsanspruch Langzeiterkrankter

Fallstricke im Bewerbungsverfahren

Änderungskündigungen

BRP aktuell

Am 10.05.2012 fand in unseren Kanzleiräumen die Veranstaltung „Arbeitsrecht aktuell“ statt. In vier Kurzvorträgen haben wir die aktuelle arbeitsrechtliche Entwicklung dargestellt und unser Gastreferent Herr Küppers hat über Fragen des Personalmanagements informiert. Die Vortragstitel lauteten:

- Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht
- Kündigungsrisiken durch Sonderkündigungsschutz
- Arbeitszeitmodelle – Chancen und Risiken aus rechtlicher Sicht
- Strategische Herausforderungen des zukünftigen Personalmanagements

Die Veranstaltungsreihe wird fortgesetzt. Der für Ende 2012 geplante nächste Termin wird rechtzeitig per Einladung bekannt gegeben sowie auf unserer Homepage veröffentlicht. Sollten Sie bislang keine Einladungen erhalten haben und dies künftig wünschen, erbitten wir eine kurze Nachricht an event@brp.de.



BRP Renaud & Partner
Rechtsanwälte Notare
Patentanwälte

Arbeitsrechtliche Schwerpunktthemen

1. Urlaubsanspruch langzeiterkrankter Arbeitnehmer

In der seit dem Jahr 2009 anhaltenden Diskussion über den Verfall von Urlaubsansprüchen langzeiterkrankter Arbeitnehmer hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 07.08.2012 einen vorläufigen Schlusspunkt gesetzt. Es hat entschieden, dass Urlaubsansprüche Langzeiterkrankter mit Ablauf von 15 Monaten nach dem Ende des jeweiligen Urlaubsjahres verfallen. Das BAG hat dies einer „europarechtskonformen Auslegung“ des Bundesurlaubsgesetzes entnommen.

Im deutschen Urlaubsrecht gilt eigentlich der Grundsatz, dass Urlaub verfällt, wenn er nicht bis zum Ende des Urlaubsjahres - bzw. bei Bestehen eines Übertragungsgrundes innerhalb des Übertragungszeitraums (31.03. des Folgejahres) - genommen wird. Inwieweit diese Regelung mit dem Eu-

roparecht im Einklang steht bzw. diese Korrekturen der Rechtslage für den Fall Langzeiterkrankter erfordert, war umstritten.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) urteilte am 20.01.2009 im Fall „Schultz-Hoff“, dass die deutsche Regelung bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sei und jedenfalls gesetzliche Urlaubsansprüche auch bei Überschreiten des Übertragungszeitraums nicht verfallen. Im Anschluss an diese Entscheidung des EuGH hat auch das BAG am 24.03.2009 geurteilt, dass im Fall langdauernder Erkrankung der gesetzliche und unionsrechtlich verbürgte Urlaubsanspruch von vier Wochen nicht am 31.03. des Folgejahres erlischt. Damit drohte Arbeitgebern, dass langzeiterkrankte Arbeitnehmer über mehrere Jahre hinweg unbegrenzt Urlaubsansprüche ansammeln.

Der EuGH hat nachfolgend jedoch am 22.11.2011 entschieden, dass eine Begrenzung von Urlaubsansprüchen langzeiterkrankter Mitarbeiter auch

bezüglich des gesetzlichen Urlaubs zulässig sein kann. Der in einem Tarifvertrag vorgesehene 15monatige Übertragungszeitraum sei nicht zu beanstanden, so dass nach dessen Ablauf der Urlaubsanspruch erlischt. Das BAG hatte dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TvÖD) eine solche Begrenzung entnommen (BAG, Urteil vom 22.05.2012).

Ob das BAG auch ohne tarifliche Regelung eine entsprechende Begrenzung des Übertragungszeitraums auf 15 Monate annehmen würde, blieb zunächst offen. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hatte dies in mehreren Entscheidungen bejaht. Mit dem Urteil vom 07.08.2012 dürfte nun auch diese Frage höchstrichterlich geklärt sein, wengleich die Entscheidung bei Drucklegung dieses Newsletters erst als Presseerklärung vorlag, so dass die ausführliche Urteilsbegründung abzuwarten ist. Geklagt hatte eine Klinikangestellte, die von Juli 2001 bis Ende März 2009 bei ihrem Arbeitgeber beschäftigt und im Jahr 2004 dauerhaft erkrankt war. Sie forderte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Urlaubsabgeltung für 149 Urlaubstage aus den Jahren 2005 bis 2009. Das BAG hat ihr jedoch nur eine Abgeltung für die Urlaubsansprüche aus den Jahren 2008 und 2009 zugesprochen. Die Urlaubsansprüche aus den Jahren 2007 und davor waren nach Ablauf des jeweiligen 15monatigen Verfallszeitraums erloschen.

Dies soll nach dem Urteil des BAG auch für den gesetzlichen Sonderurlaub der schwerbehinderten Arbeitnehmerin gelten.

2. Fallstricke im Bewerbungsverfahren

Einige neuere Entscheidungen zu Stellenausschreibungen, Bewerbungsunterlagen und zum Führen von Bewerbungsgesprächen veranlassen uns, dieses Thema hier darzustellen.

Die Einstellungsvoraussetzung „sehr gutes Deutsch“ in einer Stellenanzeige kann je nach Umständen des Einzelfalls eine Indiztatsache für eine mittelbare Benachteiligung eines nicht zum Vorstellungsgespräch geladenen Bewerbers mit Migrationshintergrund wegen dessen ethnischer Herkunft sein. In dem zugrunde liegenden Fall hatte sich eine russische Staatsangehörige, die im Übrigen sehr gut Deutsch sprach, bei einem Softwareunternehmen beworben und war nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Das zur Entscheidung angerufene Landesarbeitsgericht Nürnberg befand, dass die Anforderung „sehr gutes Deutsch“ zwar auf eine mittelbare Benachteiligung hinweisen könne, dies im entschiedenen Fall aber nicht der Fall war, weil sich aus der Stellenanzeige selbst ergab, dass kommunikative Fähigkeiten und eine besondere Sprachfähigkeit des Bewerbers auf Deutsch für die Stelle erforderlich waren.

Wird in einer Stellenanzeige Verstärkung für „unser junges Team“ gesucht, stellt dies nach Meinung des Landesarbeitsgerichts Hamburg einen Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dar und kann einen Entschädigungsanspruch wegen Altersdiskriminierung auslösen.

Den Begriff „Geschäftsführer“ sollten Sie zukünftig nicht mehr nur in der männlichen

Form verwenden. Nach einem Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 13.09.2011 liegt auch hierin ein Verstoß gegen das AGG, weil es sich hier eindeutig um einen männlichen Begriff und nicht etwa einen neutralen Oberbegriff handelt. Geschlechtsneutral sei eine Ausschreibung nur dann formuliert, wenn sie sich in ihrer gesamten Ausdrucksweise sowohl an Frauen als auch an Männer richte. Dem sei jedenfalls dann Rechnung getragen, wenn die Berufsbezeichnung in männlicher und weiblicher Form verwendet oder ein geschlechtsneutraler Oberbegriff gewählt werde. Bei dem Begriff „Geschäftsführer“ handelt es sich nach Ansicht des Gerichts nicht um einen geschlechtsneutralen Oberbegriff. Ob im allgemeinen Sprachgebrauch und in Gesetzestexten häufig noch die männliche Bezeichnung als Oberbegriff verwendet wird, ist nach Auffassung des Senats nicht entscheidend. In Stellenanzeigen werde eine formale Sprache verwendet. Auch § 6 Abs. 3 AGG spreche ausdrücklich von „Geschäftsführern und Geschäftsführerinnen“. Im entschiedenen Fall hielt der Senat eine Entschädigung im Umfang eines Monatsgehalts, immerhin 13.257,00 €, für angemessen.

Im Bereich des öffentlichen Dienstes ist zudem zu beachten, dass schwerbehinderte Bewerber gemäß § 82 des Sozialgesetzbuches IX zwingend zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden müssen, weil ansonsten gemäß ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ein Indiz für eine Diskriminierung geschaffen wird. Es gelingt dem Arbeitgeber im Falle eines Rechtsstreits sehr häufig nicht, dieses Indiz zu widerlegen, so

dass dieser zur Zahlung einer Geldentschädigung verurteilt wird. Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung vom 07.04.2011 jedoch geurteilt, dass keine Diskriminierung vorliegt, wenn ein schwerbehinderter Bewerber, der die Einstellungs Voraussetzungen (Anforderungsprofil des Arbeitgebers) nicht erfüllt, nicht zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen wird. Bei Stellenausschreibungen im öffentlichen Dienst ist daher zu empfehlen, in der Stellenausschreibung sehr präzise Anforderungen an die Qualifikation festzulegen, um die Zahl der einzuladenden Bewerber zu reduzieren.

Es ist ebenfalls eine heikle Thematik, welche Fragen im Bewerbungsgespräch gestellt werden dürfen. Nach einem Urteil des BAG vom 16.02.2012 dürfte die Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung unzulässig sein, solange das Arbeitsverhältnis noch keine 6 Monate besteht (Wartefrist für das Eingreifen des Kündigungsschutzgesetzes und des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte). Anschließend ist die Frage nach der Rechtsprechung des BAG jedoch ausdrücklich zulässig. Dies soll insbesondere zur Vorbereitung einer Kündigung gelten. Verneint der Arbeitnehmer in diesem Fall wahrheitswidrig eine Schwerbehinderung, kann er sich nach Ausspruch der Kündigung nicht auf seinen Sonderkündigungsschutz berufen.

Mit Spannung war das Urteil des Europäischen Gerichtshofes zu der Frage erwartet worden, ob abgelehnten Stellenbewerbern nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens ein Auskunftsanspruch darüber zusteht, ob der Arbeitgeber einen

anderen Bewerber eingestellt hat. Der EuGH hat nun am 19.04.2012 geurteilt, dass dies nicht der Fall sei. Die nationalen Gerichte hätten jedoch anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob die Verweigerung jeglicher Informationen durch einen Arbeitgeber nicht als Indiz für eine Diskriminierung zu werten sei. Es ist daher zu empfehlen, abgelehnten Bewerbern, die diesbezüglich nachfragen, zumindest eine kurze, neutral formulierte Auskunft zu erteilen.

3. Änderungskündigungen

Eine Änderungskündigung muss immer dann ausgesprochen werden, wenn die Arbeitsbedingungen (z. B. der Arbeitsort oder die Arbeitszeiten) geändert werden sollen, der Arbeitnehmer mit der Änderung nicht einverstanden ist und die Änderung nicht einseitig im Wege des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts umgesetzt werden kann. Dies ist u. a. dann der Fall, wenn der Arbeitsvertrag der gewünschten Änderung entgegensteht (z. B. dort ausdrücklich ein bestimmter Arbeitsort ohne Versetzungsmöglichkeit festgelegt wurde) oder die geplante Änderung die Interessen des Arbeitnehmers so stark beeinträchtigt, dass die Grenzen des Direktionsrechts überschritten werden (z. B. Versetzung an einen sehr weit vom Wohnort entfernten Arbeitsplatz).

Eine Änderungskündigung stellt eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar, die mit dem Angebot verbunden wird, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzusetzen. Lehnt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ab und erhebt keine Kündigungs-

schutzklage, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist. Nimmt er hingegen das Angebot an, wird das Arbeitsverhältnis zu den geänderten Bedingungen fortgeführt. Zu einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Änderungen kommt es, wenn der Arbeitnehmer das Angebot ablehnt oder nur unter Vorbehalt annimmt und Kündigungsschutzklage erhebt.

Erfahrungsgemäß werden beim Ausspruch von Änderungskündigungen sehr häufig taktische und formale Fehler gemacht. Nachfolgend weisen wir daher auf die in der Praxis häufigsten Fehlerquellen hin:

Bevor Sie eine Änderungskündigung aussprechen, sollten Sie stets prüfen, ob Sie das gewünschte Ziel nicht im Wege des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts erreichen können, z. B. durch eine Versetzung. Nicht selten werden die diesbezüglich bestehenden Möglichkeiten unterschätzt. Eine Änderungskündigung geht ins Leere, wenn das gewünschte Ziel auch im Wege des Direktionsrechts erreicht werden kann, vgl. BAG, Urteil vom 26.01.2012. Ist es zweifelhaft, ob die beabsichtigte Maßnahme noch vom Direktionsrecht gedeckt ist, sollten Sie eine arbeitgeberseitige Weisung bzw. Versetzung mit hilfsweiser Änderungskündigung erklären.

Auch bei einer Änderungskündigung müssen Sie die für das Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfristen beachten. Sie dürfen die geänderten Arbeitsbedingungen daher ausdrücklich erst mit Geltung ab dem auf den Ablauf der Kündigungsfrist folgenden Tag anbieten. Ein Änderungsangebot, das schon vor Ablauf der

Kündigungsfrist gelten soll, macht die Änderungskündigung unwirksam (BAG, Urteil vom 29.09.2011).

Sie müssen Ihr Änderungsangebot auf das in der konkreten Situation betrieblich unbedingt Notwendige beschränken, während die Arbeitsbedingungen im Übrigen unverändert bleiben müssen. Ist aus betrieblichen Gründen z. B. lediglich ein Wechsel des Arbeitsortes notwendig, dürfen nicht gleichzeitig weitere Bestimmungen des Arbeitsvertrages geändert werden, auch wenn es sich beispielsweise nur um die Einfügung einer – bei Arbeitsverhältnissen ohnehin nicht mehr zulässigen – Schriftformklausel in den Arbeitsvertrag handelt, vgl. auch hierzu das Urteil des BAG vom 29.09.2011. Jedes Überschreiten des notwendigen Änderungsumfangs kann zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.

Im Kündigungsschreiben müssen Sie Ihr Änderungsangebot klar und eindeutig beschreiben. Unklarheiten hinsichtlich des Inhalts der gewünschten Änderungen machen die Änderungskündigung gemäß dem Urteil des BAG vom 29.09.2011 ebenfalls unwirksam.

Schließlich verlangt die Rechtsprechung, dass Sie dem Arbeitnehmer eine mindestens dreiwöchige Bedenkzeit bezüglich der Annahme des Änderungsangebots einräumen. Selbst wenn Sie in der Änderungskündigung eine kürzere Frist zur Annahme des Angebots setzen, gilt automatisch die Dreiwochenfrist (BAG, Urteil vom 01.02.2007).

Gesetzliche Änderungen

1. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

In Kraft getreten ist mit Wirkung zum 28.12.2011 das reformierte Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG).

Erwähnenswert ist u.a. die Erweiterung der Erlaubnispflicht auf Arbeitgeber, die im Rahmen ihrer „wirtschaftlichen Tätigkeit“ (früher: „gewerbsmäßig“) Arbeitnehmer überlassen wollen. Damit erfordert auch die Arbeitnehmerüberlassung zum „Selbstkostenpreis“ eine Genehmigung für die entleihende Gesellschaft.

Für den Entleiher wurde die gesetzliche Pflicht eingeführt, die Leiharbeitnehmer über freie Arbeitsplätze im gesamten Unternehmen zu informieren, was durch Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen erfolgen kann. Verletzt der Entleiher diese Pflicht, kann der Leiharbeitnehmer zwar nicht seine Einstellung verlangen, hat aber möglicherweise einen Schadensersatzanspruch. Zudem droht eine Geldbuße.

Weiterhin hat der Entleiher dem Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern im Betrieb, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Die Regelung gilt nach dem Gesetzeswortlaut z. B. für Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel. Weiterhin dürften Kantinen,

Kindergärten, Kindertagesstätten, Fahrdienste zum Transport von Arbeitnehmern, Erholungsheime, Sportanlagen, Werk-Mietwohnungen, Parkplätze oder betriebseigene Tankstellen zum verbilligten Bezug von Benzin sowie Einrichtungen zum verbilligten Personalkauf erfasst werden. Nicht unter den Begriff der „Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste“ fallen vom Entleiher an seine Arbeitnehmer gewährte Geldleistungen, wie etwa betriebliche Altersversorgung, Essenzzuschuss, Fahrtkostenzuschuss, Mietkostenzuschuss oder Gutscheine. Noch nicht abschließend geklärt ist, ob auch Schulungen von der Neuregelung erfasst werden. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Leiharbeitnehmer kann sich z. B. daraus ergeben, dass die kurze Einsatzdauer unverhältnismäßig hohen Organisations- und Verwaltungsaufwand für die betreffende Gemeinschaftseinrichtung verursacht.

2. Mindestlohnverordnungen

Seit dem 01.01.2012 gelten für die Arbeitnehmerüberlassung sowie für das Dachdecker- und das Gebäudereiniger-Handwerk neue Mindestlohnverordnungen. Der Mindestlohn beträgt bei der Arbeitnehmerüberlassung 7,89 € (alte Bundesländer).

3. Familienpflegezeitgesetz

Ebenfalls seit dem 01.01.2012 ist das neue Familienpflegezeitgesetz in Kraft. Dieses ermöglicht es Arbeitnehmern, ihre Arbeitszeit für die Dauer von bis zu 24 Monaten zu reduzieren, um einen nahen Angehörigen zu pflegen. Das aufgrund der Reduzierung der

Arbeitszeit geringere Gehalt wird vom Arbeitgeber während der Familienpflegezeit um die Hälfte der Differenz zum bisherigen Gehalt aufgestockt, wofür der Arbeitgeber ein zinsloses staatliches Darlehen in Anspruch nehmen kann. Die Gehaltsüberzahlung wird nach Beendigung der Familienpflegezeit, in der sog. „Nachpflegephase“, vom Gehalt wieder einbehalten. Sowohl während der Familienpflegezeit als auch in der Nachpflegephase kann das Arbeitsverhältnis nur mit behördlicher Zustimmung gekündigt werden. Ein Anspruch auf die Inanspruchnahme von Familienpflegezeit besteht jedoch nicht, sondern es ist eine freiwillige Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer notwendig. Neben dem Familienpflegezeitgesetz bleibt weiterhin das Pflegezeitgesetz in Kraft, das unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Gewährung von Pflegezeit vorsieht.

4. Sozialgesetzbuch III

Das SGB III, in dem die Leistungen der Bundesagentur für Arbeit geregelt sind, wurde zum 01.01.2012 bzw. 01.04.2012 in zahlreichen Punkten geändert. Aufgrund der verbesserten Konjunktur sind die in der Wirtschaftskrise eingeführten Sonderregelungen zum Kurzarbeitergeld (z. B. Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen) ausgelaufen. Der Gründungszuschuss für Existenzgründer wurde in eine reine Ermessenleistung umgewandelt.

Rechtsprechung

Seit dem Erscheinen unseres letzten Newsletters Arbeitsrecht sind zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen mit großer Praxisrelevanz ergangen. Wir haben über diese laufend in unseren vierteljährlich erscheinenden Kanzlei-Newslettern berichtet. Nachfolgend stellen wir die wichtigsten Entscheidungen der letzten zwei Jahre zusammen, soweit sie nicht in den oben erörterten Schwerpunktthemen behandelt sind:

1. „Altersdiskriminierung“

Die Rechtsprechung zur unzulässigen Diskriminierung wegen des Lebensalters hat sich auch in den vergangenen Jahren fortgesetzt. So hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Urteil vom 19.01.2010 entschieden, dass eine Regelung mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, die – wie etwa § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB – vorsieht, dass vor Vollendung des 25. Lebensjahrs zurückgelegte Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zu berücksichtigen sind. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) ist dieser Rechtsprechung mit Urteil vom 01.09.2010 gefolgt und hat klargestellt, dass auch die vor Vollendung des 25. Lebensjahres zurückgelegten Beschäftigungszeiten bei Ermittlung der ordentlichen Kündigungsfrist einzubeziehen sind. Spricht der Arbeitgeber ungeachtet dessen eine ordentliche Kündigung mit falsch berechneter Frist aus, so muss der Arbeitnehmer hiergegen allerdings binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage erheben. Andernfalls beendet

die nicht fristgemäß gerichtlich angegriffene Kündigung das Arbeitsverhältnis zum falsch berechneten früheren Zeitpunkt (BAG, Urteil vom 09.09.2010).

Ebenfalls zum Thema „Altersdiskriminierung“ hat der EuGH mit Urteil vom 13.09.2011 entschieden, dass eine tarifvertragliche Regelung, nach der das Arbeitsverhältnis mit Erreichen des 60. Lebensjahres endet, eine unzulässige Diskriminierung darstellt und daher gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Dies bedeutet, dass Arbeitgeber auf starre (arbeitsvertragliche) Regelungen verzichten sollten, die zwingend ein Ausscheiden des Mitarbeiters aus dem Arbeitsverhältnis vor Erreichen des gesetzlichen Rentenalters vorsehen. Ansonsten drohen neben der Unwirksamkeit der Regelung auch Entschädigungsansprüche diskriminierter Beschäftigter. Keine Altersdiskriminierung liegt jedoch vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit anknüpft. Konkret hatte ein Arbeitgeber die bei anderen konzernangehörigen Gesellschaften erworbene Berufserfahrung (Dienstjahre) der Mitarbeiter bei der Zuordnung zu einer höheren Gehaltsstufe nicht berücksichtigt, worin der EuGH keine „Altersdiskriminierung“ sieht (EuGH, Urteil vom 07.06.2012).

Am 20.03.2012 hat das BAG geurteilt, dass es eine nicht zulässige Diskriminierung wegen des Alters darstellt, wenn die Höhe des Urlaubsanspruchs abhängig vom Lebensalter der Beschäftigten gestaffelt ist. Existieren solche Staffelungen, sind diese unwirksam und führen regelmäßig dazu, dass eine Anpassung nach oben erfolgt, d. h. der Arbeitgeber muss den

diskriminierten Beschäftigten die gleiche Anzahl von Urlaubstagen gewähren wie den durch die Staffelung besser gestellten Beschäftigten.

2. Befristung

Mit Urteil vom 06.04.2011 hat das BAG eine viel beachtete Kehrtwende in seiner Rechtsprechung zur sog. „sachgrundlosen Befristung“ vollzogen. Nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses für die Dauer von bis zu zwei Jahren zulässig, ohne dass hierfür ein Befristungsgrund vorliegen müsste. Nach bisheriger Rechtsprechung des BAG konnte von dieser Regelung jedoch nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn zuvor noch nie ein Arbeitsverhältnis zwischen den jeweiligen Arbeitsvertragsparteien bestanden hatte. Selbst eine Jahrzehnte zurückliegende Vorbeschäftigung führte zu Unwirksamkeit der Befristung. Seit seinem Urteil vom 06.04.2011 lässt das BAG nun eine sachgrundlose Befristung auch dann zu, wenn eine Vorbeschäftigung beim selben Arbeitgeber mehr als drei Jahre zurückliegt. Dadurch hat sich der Anwendungsbereich sachgrundloser Befristungen erheblich erweitert.

Mit Beschluss vom 17.11.2010 hatte das BAG dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob ein ständiger Vertretungsbedarf in einem Unternehmen es ausschließt, Arbeitsverhältnisse mit der Begründung zu befristen, dass der Arbeitnehmer zur Vertretung für einen anderen Arbeitnehmer eingestellt wurde, der sich z.B. in Elternzeit befindet oder erkrankt ist. Zu entscheiden hatte das BAG einen Fall, in

dem ein Arbeitsverhältnis insgesamt 13 Mal für die Gesamtdauer von mehr als 11 Jahren jeweils mit der Begründung befristet wurde, dass die betreffende Arbeitnehmerin als Vertreterin für ausgefallene Arbeitnehmer fungiere. Dem BAG stellte sich in diesem Fall die Frage, ob der Arbeitgeber bei ständigen Vertretungsbedarf nicht einen oder mehrere Arbeitnehmer unbefristet einstellen muss, um den Vertretungsbedarf zu decken. Diese Frage wurde vom EuGH mit Urteil vom 26.01.2012 dahingehend beantwortet, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, unbefristet eingestellte Arbeitnehmer zur Abdeckung ständig bestehender Vertretungsbedarfe vorzuhalten, sondern von der Befristungsmöglichkeit Gebrauch machen kann. Ein etwaiger Missbrauch der Befristungsregelung sei in solchen Fällen von den Gerichten jedoch sehr sorgfältig zu prüfen. Das BAG hat nun mit Urteil vom 18.07.2012 entschieden, dass im konkreten Fall der 13maligen Befristung Anzeichen für einen Missbrauch zu bejahen seien und hat den Rechtsstreit zur abschließenden Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Ebenfalls mit Urteil vom 18.07.2012 hat das BAG jedoch einen Fall von vier „Kettenbefristungen“ mit einer Gesamtdauer von knapp 8 Jahren nicht beanstandet.

3. Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte

Im Urteil vom 08.12.2010 hatte das BAG über die Wirksamkeit einer Klausel in einem Arbeitsvertrag zu entscheiden, die einen Freiwilligkeitsvorbehalt (= Arbeitgeber entscheidet frei, ob und in welcher

Höhe er eine Leistung erbringt) mit einem Widerrufsvorbehalt (= Arbeitgeber verpflichtet sich zu einer Leistung, kann sich aber später von dieser Zusage wieder lösen) kombinierte. Das BAG entschied, dass eine solche Klausel intransparent und damit unwirksam ist. Es sei widersprüchlich, wenn Sonderzahlungen wie etwa Weihnachtsgeld als „freiwillige“ Leistung bezeichnet werden, aber dennoch deren „Widerruf“ vorgesehen sei. Denn das Ausüben eines Widerrufsrechts setzt begrifflich das Vorhandensein eines Anspruchs voraus; das Entstehen eines Anspruchs solle aber gerade durch den Freiwilligkeitsvorbehalt verhindert werden. Die Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt bringt also keine zusätzliche Flexibilität für den Arbeitgeber, sondern führt zur Unwirksamkeit entsprechender Klauseln.

Ein Arbeitgeber erreicht in zulässigem Umfang Flexibilität, wenn er sich bei laufenden Leistungen für den allein zulässigen Widerrufsvorbehalt, bei Sonderzahlungen für einen Freiwilligkeitsvorbehalt entscheidet. Bei einem Widerrufsvorbehalt ist zu beachten, dass durch diesen – auch in Kombination mehrerer Widerrufsvorbehalte – dem Arbeitnehmer nur weniger als 25 % der Gesamtvergütung entzogen werden dürfen. Zu Freiwilligkeitsvorbehalten hat das BAG am 14.09.2011 entschieden, dass diese unwirksam sind, wenn sie alle künftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihres Entstehungsgrunds erfassen. Zudem hat das BAG Bedenken an seiner bisherigen Rechtsprechung zu Freiwilligkeitsvorbehalten geäußert. Arbeitgeber sollten daher bei Auszahlung jeder Leistung, die einem Frei-

willigkeitsvorbehalt unterliegen soll, auf die Freiwilligkeit hinweisen und sich nicht mehr nur auf die Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts im Arbeitsvertrag verlassen.

4. Ersatzmitglieder Betriebsrat

Das BAG hat mit Urteil vom 08.09.2011 klargestellt, dass Ersatzmitglieder automatisch in den Betriebsrat nachrücken, wenn ein ordentliches Mitglied des Betriebsrats Erholungsurlaub hat. Das Einrücken geschieht unabhängig von der Kenntnis des Ersatzmitglieds und erfordert nicht die tatsächliche Übernahme von Betriebsratstätigkeiten. Das Ersatzmitglied rückt jedoch nicht nach, wenn das ordentliche Mitglied anzeigt, trotz Urlaubs für Betriebsratstätigkeiten zur Verfügung zu stehen. Rückt das Ersatzmitglied während des Erholungsurlaubs des ordentlichen Mitglieds nach, genießt der „Nachrücker“ für die Vertretungsdauer den gesetzlich vorgesehenen Sonderkündigungsschutz. Dies bedeutet, der Arbeitgeber kann das nachrückende Mitglied des Betriebsrats während der Zeit des Nachrückens nur kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und der Betriebsrat seine Zustimmung erteilt hat oder diese gerichtlich ersetzt wurde. Übernimmt das Ersatzmitglied während der Vertretung Betriebsratsaufgaben, so besteht sogar ein nachwirkender Sonderkündigungsschutz von einem Jahr, während dessen der Arbeitgeber ebenfalls nur aus wichtigem Grund nach Anhörung des Betriebsrats kündigen kann. Der Betriebsrat kann durch entsprechende Urlaubsanträge bzw. Krankmeldungen gezielt einen Vertretungsfall herbeiführen. Der erheblichen

Missbrauchsgefahr kann der Arbeitgeber nur dadurch wirksam begegnen, dass er sich vor Ausspruch der beabsichtigten Kündigung eines Ersatzmitglieds beim Betriebsrat erkundigt, ob im Zeitpunkt des Kündigungszugangs ein Vertretungsfall vorliegt.

5. Vergütung für Überstunden

Zumindest in älteren Arbeitsverträgen war die Regelung weit verbreitet, dass mit der monatlichen Vergütung auch die Leistung von Überstunden in unbegrenztem Umfang abgegolten ist. Das BAG hat mit Urteil vom 22.02.2012 nun bereits zum wiederholten Male entschieden, dass derartige Klauseln unwirksam sind. Die Unwirksamkeit der Regelung führt nach der Rechtsprechung des BAG jedoch nicht in jedem Fall zu einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Überstundenvergütung. Zumindest Arbeitnehmer, deren Gehalt über der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung liege, könnten regelmäßig nicht erwarten, dass sie für Überstunden eine zusätzliche Vergütung erhalten. Folgerichtig sprach das BAG in seinem Urteil vom 22.02.2012 einem Arbeitnehmer mit einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von 1.800,00 € einen Anspruch auf zusätzliche Überstundenvergütung zu, während es einem angestellten Rechtsanwalt in einer Großkanzlei mit Urteil vom 17.08.2011 einen Anspruch auf zusätzliche Überstundenabgeltung versagt hatte.

Tipps für Arbeitgeber

Unter der Rubrik „Tipps für Arbeitgeber“ möchten wir zukünftig auf gesetzliche Rege-

lungen oder Rechtsprechung hinweisen, die zwar seit langer Zeit gültig, jedoch vielen Arbeitgebern nicht bekannt sind, wodurch „Geld verschenkt“ wird oder vermeidbare rechtliche Fehler unterlaufen.

1. Urlaubsbescheinigung

Ein Beispiel für eine Regelung, die in der betrieblichen Praxis ein Schattendasein führt, stellt § 6 Bundesurlaubsgesetz dar. Danach haben Arbeitnehmer keinen gesetzlichen Urlaubsanspruch gegen einen neuen Arbeitgeber, soweit sie bereits beim Vorarbeitgeber Urlaub für das betreffende Jahr erhalten haben. Der Vorarbeitgeber ist verpflichtet, über die Zahl der bereits genommenen Urlaubstage eine Urlaubsbescheinigung auszustellen. Dennoch lassen sich in der Praxis viele Arbeitgeber keine Urlaubsbescheinigung vorlegen, sondern gewähren im ersten Beschäftigungsjahr nochmals den vollen (Teil-)Urlaub, wodurch eine leicht vermeidbare wirtschaftliche Belastung für den Betrieb entsteht.

2. Entgeltfortzahlung

Vielen Arbeitgebern ist auch nicht bekannt, dass gemäß § 3 Abs. 3 Entgeltfortzahlungsgesetz ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erst nach vierwöchigem ununterbrochenem Bestehen des Arbeitsverhältnisses entsteht. In den ersten vier Wochen eines Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer auf einen Krankengeldanspruch gegen seine Krankenkasse verwiesen. In Unkenntnis dieser Regelung wird häufig schon in den ersten vier Wochen eines Arbeitsverhältnisses Entgeltfortzahlung

gewährt, was besonders dann ärgerlich ist, wenn sich bereits nach kurzer Zeit herausstellt, dass der Arbeitnehmer ungeeignet ist und in der Probezeit gekündigt werden muss.

3. „Probezeitverlängerung“

Gemäß §1 Abs. 1 des Kündigungsschutzgesetzes besteht in den ersten sechs Monaten des bestehens eines Arbeitsverhältnisses kein sozialer Kündigungsschutz (sog. „Wartezeit“). Daneben gilt gemäß § 622 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Dauer einer vereinbarten bis zu sechsmonatigen „Probezeit“ eine Kündigungsfrist von nur zwei Wochen. Es stellt einen weitverbreiteten Irrtum dar, man könne die Warte- und Probezeit durch die Vereinbarung einer „Probezeitverlängerung“ über sechs Monate hinaus ausdehnen. Eine derartige Vereinbarung ist unwirksam, weil es sich bei den genannten Vorschriften um zwingende Regelungen handelt, von denen nicht vertraglich abgewichen werden kann. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) lässt es hingegen zu, dass ein Arbeitsverhältnis noch während der Warte- bzw. Probezeit auf einen Termin gekündigt oder durch Aufhebungsvereinbarung beendet wird, der einige Monate nach dem Ende des Sechsmonatszeitraums liegt. Gleichzeitig muss dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Fall zugesagt werden, dass er sich während des Verlängerungszeitraums bewährt. Auf diese Weise können Sie einen Arbeitnehmer nach Ablauf der Warte- bzw. Probezeit nochmals für einen angemessenen weiteren Zeitraum erproben. In seinem Urteil vom 07.03.2002 hatte das BAG einen Verlängerungszeit-

raum von vier Monaten als angemessen angesehen.

4. Zustellung von Kündigungen

Bei der Zustellung von Kündigungsschreiben passieren häufig Fehler, die dazu führen können, dass der rechtzeitige Zugang im Kündigungsschutzprozess nicht bewiesen werden kann. Wir empfehlen daher die persönliche Übergabe von Kündigungsschreiben unter Zeugen. Bei diesen darf es sich nicht um Mitglieder des für das Unternehmen vertretungsberechtigten Organs, z. B. GmbH-Geschäftsführer, handeln, weil deren Aussage vor Gericht nicht als Zeugenbeweis verwertbar ist. Es ist zusätzlich sinnvoll, sich den Erhalt der Kündigung durch mit Datum versehene Unterschrift auf einer Kopie des Kündigungsschreibens vom Arbeitnehmer bestätigen zu lassen. Falls eine persönliche Übergabe der Kündigung nicht möglich ist, empfehlen wir den Einwurf des Kündigungsschreibens in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers durch einen Boten. Dieser sollte – evtl. auf einer Kopie des Kündigungsschreibens – Datum und Uhrzeit des Einwurfs vermerken und durch Unterschrift bestätigen. Es muss auch beweisbar sein, dass der eingeworfene Umschlag das Kündigungsschreiben enthielt. Die Kuvertierung sollte daher in Anwesenheit des Boten erfolgen oder Kuvertierung und Übergabe an den Boten müssen durch Zeugen belegbar sein. Von der Übersendung einer Kündigung per Einschreiben/Rückschein ist dringend abzuraten, weil in dem Fall, dass der Postbote im Haushalt des Arbeitnehmers niemanden antrifft, das Schreiben erst dann als zugegangen gilt, wenn der Arbeitnehmer es später auf der Postfiliale abholt.

Auch das Einwurf-Einschreiben bietet vor Gericht keinen sicheren Zugangsbeweis, weshalb es für die Zustellung von Kündigungen nicht geeignet ist.

Ihre Ansprechpartner bei BRP

Dr. Jörg Fecker
Fachanwalt für Arbeitsrecht
joerg.fecker@brp.de

Dr. Thomas Glöckle, LL.M.
Fachanwalt für Arbeitsrecht
thomas.gloeckle@brp.de

Dr. Volker Nill
Fachanwalt für Arbeitsrecht
volker.nill@brp.de

Dr. Betina Fecker
Fachanwältin für Arbeitsrecht
betina.fecker@brp.de

Dr. Sebastian Scheffzek
sebastian.scheffzek@brp.de

Impressum

BRP Renaud & Partner

Königstraße 28
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 16445-0
Fax: 0711 16445-100

info@brp.de
www.brp.de

verantwortlicher Redakteur
Dr. Volker Nill
Königstraße 28
70173 Stuttgart

Briem-Druck
Inhaber: Gerhard Briem
Hintere Gasse 70
70794 Filderstadt

Stand: August 2012