9
09
September
Seiten 253–284
PVSt 57190

Der Arbeits-Rechts-Berater

Der Informationsdienst
für die Beratungspraxis

Rechtsprechung

Individualarbeitsrecht

- BAG: Lohnwucher beim Arbeitslohn
- BAG: Außerordentliche Kündigung und Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG
- ArbG Herford: „Ruf-mich-an“-Klausel im Zeugnis

Kollektives Arbeitsrecht

- BAG: Altersgruppenbildung in Sozialplänen
- BAG: Anrechnung von Tarifgehaltserhöhung auf übertarifliche Zulage

Sonstiges Recht

- AG Essen-Borbeck: Zahlungspflicht für außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts bei Kündigung
- BAG: Rechtsweg bei Schadenersatz für geleastes Firmenfahrzeug

Arbeitsrecht kompakt

Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis

- Drei Jahre AGG: Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick *Range-Ditz*
- Gestaltungsspielraum für Arbeitszeitflexibilisierung nach FlexiG II *Gaul/Koehler*
- Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte *Kuckuk*

Hinweise zur Vertragsgestaltung

- Vertraglicher Zusatzurlaub – Gestaltungsspielräume sinnvoll nutzen *Oberthür*

Hinweise zu Klagen und Anträgen

- Prozessuale Probleme beim Kündigungsschutz außerhalb des KSchG *Korinth*

www.arbrb.de

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

NEU

»…höchstes Lob für diese meisterliche „Betriebsverfassungs-Enzyklopädie"…«*

Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen
GK-BetrVG
Betriebsverfassungsgesetz
Gemeinschaftskommentar
9. Auflage 2009, ca. 3.800 Seiten, zwei Bände im Schuber
ca. € 279,-
ISBN 978-3-472-07519-6
In Vorbereitung für November 2009

Pünktlich zu den Betriebsratswahlen 2010

Der grüne Zweibänder ist mit seinen knapp 4.000 Seiten der umfassendste Kommentar zum Betriebsverfassungsrecht. Das hochkarätige Autorenteam bietet mit seinem wissenschaftlichen Standardwerk eine Kommentierung des Betriebsverfassungsgesetzes unter Aufarbeitung der in den letzten vier Jahren ergangenen Rechtsprechung sowie unter Einbeziehung angrenzender Rechtsgebiete. Das Werk liefert neben den ausführlichen Rechtsprechungsnachweisen Auseinandersetzungen mit zahlreichen ungeklärten Streitfragen, und zwar pünktlich zu den Betriebsratswahlen 2010.

Beispielhaft seien folgende Inhalte genannt:

- Mitbestimmung des Betriebsrates bei Ethik-Richtlinien
- Videoüberwachung im Betrieb
- Mitbestimmung bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern
- Kürzung einer Sozialplanabfindung
- Teilkündigung einer Betriebsvereinbarung
- Risikobegrenzungsgesetz (§ 106 Abs. 2 S. 2, § 106 Abs. 3 Nr. 9a, § 109a)
- Mitbestimmung bei Beschäftigung von Ein-Euro-Jobbern
- Ersetzung von Mitgliedern in Ausschüssen des Betriebsrats
- neuere Entwicklungen der Mitbestimmung bei Einstellung und Versetzung
- normative Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen (Gesamtbetriebsvereinbarungen, Konzernbetriebsvereinbarungen) nach Unternehmensumstrukturierungen

Aus den Besprechungen der Vorauflage:
„In Summe bleibt nur höchstes Lob für diese meisterliche „Betriebsverfassungs-Enzyklopädie", an der niemand, der sich ernsthaft mit diesem Rechtsgebiet beschäftigt, vorbeikommt."
*Prof. Dr. Frank Maschmann, in: NZA 5/2008**

Die Autoren:
Prof. Dr. Günther Wiese, (em.), Universität Mannheim;
Prof. Dr. Peter Kreutz, Universität Kiel;
Prof. Dr. Hartmut Oetker, Universität Kiel;
Prof. Dr. Thomas Raab, Universität Trier;
Prof. Dr. Christoph Weber, Universität Würzburg;
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München.

Zu beziehen über Ihre Buchhandlung oder direkt beim Verlag.

SHOP www.wolterskluwer.de
einfach online kaufen…

Luchterhand
eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Niederlassung Neuwied
Postfach 2352 • 56513 Neuwied • Telefon 02631 801-2222
www.wolterskluwer.de • E-Mail info@wolterskluwer.de

In diesem Heft

Täglich aktualisierter Nachrichtendienst unter *www.arbrb.de*

Aktuelle Kurzinformationen

- Rechtsschutzversicherung muss außergerichtliche Tätigkeit bei Kündigung bezahlen 253
- Gleiss Lutz stellt AGG-Archiv ein 253
- Sechs neue Richter am BAG 253
- BAG: Sanierungstarifverträge gelten nach Betriebsübergang weiter 253
- BAG: Altersdiskriminierende Stellenausschreibung 253
- BAG: „Kopftuch-Verbot“ ist zulässig 254
- BAG: Wechsel in OT-Mitgliedschaft setzt rechtswirksame Satzung voraus 254
- VG Koblenz: Keine Urlaubsabgeltung für langzeiterkrankte Beamte 254
- EU-Kommission: Weniger Diskriminierungen am Arbeitsplatz 254
- Studie: Firmen schauen vor der Personalauswahl immer öfter ins Internet 254
- BAG-Terminvorschau: Oktober 2009 254

Rechtsprechung

Individualarbeitsrecht

- Lohnwucher beim Arbeitslohn
  BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 255
- Verdachtskündigung, Interessenabwägung, prozessuales Verhalten
  BAG, Beschl. v. 28.7.2009 – 3 AZN 224/09 255
- Außerordentliche Kündigung und Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG
  BAG, Urt. v. 28.5.2009 – 2 AZR 844/07 256
- Kündigung des Betriebsbeauftragten für Abfall
  BAG, Urt. v. 26.3.2009 – 2 AZR 633/07 257
- Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz in einem gemischten Betrieb
  BAG, Urt. v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08 257
- „Ruf-mich-an“-Klausel im Zeugnis
  ArbG Herford, Urt. v. 1.4.2009 – 2 Ca 1502/08 258
- Widerspruch gegen Betriebsübergang nach Ende des Arbeitsverhältnisses
  BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 8 AZR 188/07 259
- Gesetzliche Überleitung von Arbeitverhältnissen/Widerspruchsrecht
  BAG, Urt. v. 18.12.2008 – 8 AZR 660/07 259
- Sonderkündigungsschutz auch für Wahlbewerber
  BAG, Urt. v. 12.3.2009 – 2 AZR 47/08 260
- Beendigungs- und Änderungskündigung aus wichtigem Grund bei ordentlicher Unkündbarkeit
  BAG, Urt. v. 26.3.2009 – 2 AZR 879/07 261
- Arbeitnehmerstatus eines redaktionellen Mitarbeiters
  BAG, Urt. v. 20.5.2009 – 5 AZR 31/08 262
- Konkretisierung von Arbeitsvertragsbedingungen
  BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 5 AZR 133/08 262
- Teilwiderruf einer Unterstützungskassenversorgung/Mitbestimmung
  BAG, Urt. v. 9.12.2008 – 3 AZR 384/07 263

Kollektives Arbeitsrecht

- Altersgruppenbildung in Sozialplänen
  BAG, Urt. v. 26.5.2009 – 1 AZR 198/08 264
- Anrechnung von Tarifgehaltserhöhung auf übertarifliche Zulage
  BAG, Urt. v. 10.3.2009 – 1 AZR 55/08 264
- Zustimmungserfordernis des Betriebsrats zur Kündigung
  BAG, Urt. v. 23.4.2009 – 6 AZR 263/08 265
- Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Festlegung der Betriebssprache
  LAG Köln, Beschl. v. 9.3.2009 – 5 TaBV 114/08 266
- Tarifzuständigkeit einer nach Berufsgruppen organisierten Gewerkschaft
  BAG, Beschl. v. 10.2.2009 – 1 ABR 36/08 266

Sonstiges Recht

Zahlungspflicht für außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts bei Kündigung
AG Essen-Borbeck, Urt. v. 23.3.2009 – 6 C 287/08 267

Rechtsweg bei Schadenersatz für geleastes Firmenfahrzeug
BAG, Beschl. v. 7.7.2009 – 5 AZB 8/09 268

Arbeitsrecht kompakt

Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis

RAin FAinArbR Daniela Range-Ditz
Drei Jahre AGG: Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick 269

RA FAArbR Prof. Dr. Björn Gaul und RAin Lisa-Marie Koehler
Gestaltungsspielraum für Arbeitszeitflexibilisierung nach FlexiG II 272

RAin FAinArbR Dr. Meike Kuckuk
Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte: Neue und alte Rechtslage im Vergleich 275

Hinweise zur Vertragsgestaltung

RAin FAinArbRSozR Dr. Nathalie Oberthür
Vertraglicher Zusatzurlaub – Gestaltungsspielräume sinnvoll nutzen 278

Hinweise zu Klagen und Anträgen

RiArbG Michael H. Korinth
Prozessuale Probleme beim Kündigungsschutz außerhalb des KSchG 281

Beilagenhinweis
Dieser Ausgabe liegen die Beilagen „Weber/Ehrich/Burmester/Fröhlich, Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge“, zu den Seminaren „Aktuelles Arbeitsrecht“ und „Arbeitsrechtliche Gestaltung der Umstrukturierung und Sanierung von Unternehmen“, alle Verlag Dr. Otto Schmidt sowie das Sammelprospekt „Highlights im Arbeitsrecht“, Wolters Kluwer Deutschland GmbH bei.
Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

Bearbeiter

Der Arbeits-Rechts-Berater (ArbRB)
Redaktion: Petra Rülfing (verantw. Redakteurin) · Adriane Braun (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/93738-186 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/93738-906 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: arbeitsrechtsberater@otto-schmidt.de, Internet: www.arbrb.de
Rechtsprechung: RA FAArbR Dr. Ulrich Boudon · RA FAArbR Axel Braun · RA FAArbR Axel Groeger · RA Dr. Henning Hülbach · RAin FAinArbR Ursel Kappelhoff · Elisabeth Kotthaus · RA FAArbR Prof. Dr. Stefan Lunk · RAin FAinArbR Dr. Cornelia Marquardt · RA FAArbR Werner M. Mues · RA Rolf Oetter · RAin FAinArbR Dr. Jessica Ohle · RAin FAinArbR Daniela Range-Ditz · RA FAArbR Dr. Stefan Sasse · RA FAArbR Dr. Gerhard Schäder
Arbeitsrecht kompakt: RAin FAinArbR Dr. Annett Böhm · RAin FAinArbR Dr. Andrea Bonanni · RA FAArbR Dr. Oliver Ebert · RA FAArbR Dr. Oliver Fröhlich · RA FAArbR Prof. Dr. Björn Gaul · Ass. jur. Dr. Wolfgang Kleinebrink · RiArbG Michael H. Korinth · RA FAArbR Dr. Jörg Laber · RA FAArbR Christian Moderegger · RAin FAinArbR Dr. Nathalie Oberthür · RiArbG Dr. Barbara Reinhard · RA FAArbR Prof. Dr. Martin J. Reufels · RA FAArbR Dr. Johannes Schipp · RA FAArbR Dr. Wienhold Schulte · Ri Dr. Jens Tiedemann
Anmerkung der Redaktion: Weitere Informationen zu den Autoren finden Sie unter www.arbrb.de („Das ArbRB-Team“).

Jetzt abonnieren!

Der Arbeits-Rechts-Berater

Sie wollen regelmäßig vom Know-how des ArbRB profitieren? Dann bestellen Sie jetzt Ihr Probe-Abo und Sie erhalten die nächsten **drei Hefte kostenlos!**

Weitere Infos und Bestellung unter Telefon 02 21 / 9 37 38-499
oder **www.otto-schmidt.de/zeitschriften**

Aktuelle Kurzinformationen

Rechtsschutzversicherung muss außergerichtliche Tätigkeit bei Kündigung bezahlen

Rechtsschutzversicherungen haben sich trotz einer Vielzahl entgegenstehender unterinstanzlicher Urteile (*Schäder*, „Die Rechtsschutzversicherung im Arbeitsrecht“, ArbRB 2007, 304 [307, Fn. 18]; LG Stuttgart, Urt. v. 22.8.2007 – 5 Sa 64/07, ArbRB 2008, 305 [*Schäder*]; AG München, Urt. v. 27.4.2007 – 223 C 27792/06, ArbRB 2007, 235 [*Schäder*]; AG Essen-Borbeck, Urt. v. 23.3.2009 – 6 C 287/08, ArbRB 2009, 267 [*Schäder*]) stets darauf berufen, dass bei einer Kündigung des Arbeitnehmers dem Rechtsanwalt zur Vermeidung unnötiger Kosten ein sofortiger Prozessauftrag zu erteilen ist. In einem Verfahren vor dem BGH (Az.: IV ZR 352/07) erfolgte jetzt ein Hinweis darauf, dass diese Obliegenheit möglicherweise wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot und das Leitbild der §§ 6, 62 VVG a.F. nach § 307 BGB unwirksam ist. Auch dürfte das Anwaltsverschulden dem Versicherungsnehmer unter keinem Gesichtspunkt zuzurechnen sein. In der mündlichen Verhandlung wurde dies nochmals bestätigt, woraufhin die Rechtsschutzversicherung alle Ansprüche anerkannte (Anwaltsreport 4/2009, 18). Rechtsschutzversicherungen müssen daher die Kosten der außergerichtlichen Tätigkeit bei Kündigungen stets übernehmen, was auch gerichtlich durchgesetzt werden sollte.

RA FAArbR Dr. Gerhard Schäder, Dr. Schäder & Schittko Rechtsanwälte Partnerschaft, München

Gleiss Lutz stellt AGG-Archiv ein

Die Kanzlei Gleiss Lutz hat das von ihr unter *www.agg-hopper.de* betriebene AGG-Archiv zum 15.8.2009 eingestellt und beantwortet seitdem keine Anfragen nach potentiellen „AGG-Hoppern“ mehr; auch Auskünfte über gespeicherte Personen werden nicht mehr erteilt. Die Kanzlei hat hiermit auf einen drohenden Bußgeldbescheid der zuständigen Landes-Datenschutzbehörde reagiert. Diese hielt das Archiv zwar nicht per se für rechtswidrig, verlangte jedoch aus datenschutzrechtlichen Gründen Modifikationen. Die geforderten Änderungen hätten aber nach Darstellung der Kanzlei dazu geführt, dass Aufwand und Ertrag des Archivs in einem nicht mehr vertretbaren Missverhältnis gestanden hätten. Künftig stellt die Kanzlei unter *www.agg-hopper.de* allerdings weiterhin Gerichtsurteile und Materialien zum Themenkreis „AGG-Hopping“ ein.

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 28.8.2009
Quelle: www.agg-hopper.de

Sechs neue Richter am BAG

Im Juli und August 2009 wurden sechs neue Richter/innen an das BAG berufen. Dies sind **Dr. Jens Suckow** (geb. 1968 in Düsseldorf, zuletzt Vorsitzender Richter am LAG Berlin-Bdb.), **Dr. Josef Biebl** (geb. 1959 in Kollnburg, zuletzt Vorsitzender Richter am LAG München), **Wilhelm Mestwerdt** (geb. 1961 in Göttingen, zuletzt Vorsitzender Richter am LAG Nds.), **Kristina Schmidt** (geb. 1968 in Oschatz, zuletzt Vorsitzende Richterin am LAG Berlin-Bdb.), **Waldemar Reinfelder** (geb. 1965 in Fürth, zuletzt Vorsitzender Richter am LAG Bremen) und **Dr. Heinrich Kiel** (geb. 1961 in Hannover, zuletzt Ministerialdirigent am Landesrechnungshof Niedersachsen).

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 10. u. 28.8.2009
Quelle: BAG PM vom 23.7. u. 27.8.2009

BAG: Sanierungstarifverträge gelten nach Betriebsübergang weiter

Schließen ein Insolvenzverwalter und die Gewerkschaft einen Sanierungstarifvertrag, kann dieser nach einem Betriebsübergang auf eine nicht tarifgebundene Erwerberin nicht durch Kündigungserklärung ihr gegenüber beendet werden. Auch eine Teilkündigung des Arbeitnehmers bezogen auf die nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB transformierten Rechte und Pflichten des Tarifvertrags ist nicht möglich. Dies hat das BAG am 26.8.2009 entschieden (BAG, Urt. v. 26.8.2009 – 4 AZR 280/08).

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 27.8.2009
Quelle: BAG PM Nr. 83 vom 26.8.2009

BAG: Altersdiskriminierende Stellenausschreibung

Die Begrenzung einer internen Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufsjahr kann nach einer aktuellen Entscheidung des BAG eine nach dem AGG unzulässige Altersdiskriminierung darstellen. Das gelte jedenfalls dann, wenn der beabsichtigte Einsatz von Berufsanfängern lediglich dazu diene, Kosten zu sparen. Gegen einen solchen groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflicht zur diskriminierungsfreien Stellenausschreibung könne auch der Betriebsrat vorgehen (BAG, Beschl. v. 18.8.2009 – 1 ABR 47/08).

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 19.8.2009
Quelle: BAG PM Nr. 81 vom 18.8.2009

BAG: „Kopftuch-Verbot“ ist zulässig

Soweit Lehrer und pädagogische Mitarbeiter nach einem Landesschulgesetz (hier: NRW) keine religiösen Bekundungen abgeben dürfen, sind hiervon nach einem Urteil des BAG vom 20.8.2009 auch Kopfbedeckungen erfasst, mit denen die Haare einer Frau vollständig bedeckt und die erkennbar als Ersatz für ein islamisches Kopftuch getragen werden. Das Bekundungsverbot verstößt nach Auffassung des BAG weder gegen das Grundgesetz noch gegen europäische Diskriminierungsverbote (BAG, Urt. v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08).

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 25.8.2009
Quelle: BAG PM Nr. 82 vom 20.8.2009

BAG: Wechsel in OT-Mitgliedschaft setzt rechtswirksame Satzung voraus

Arbeitgeber können nach einem Urteil des BAG vom 26.8.2009 erst dann wirksam eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) in einem Arbeitgeberverband begründen, wenn es hierfür eine wirksame satzungsmäßige Grundlage gibt. Dies setze u.a. voraus, dass die entsprechende Satzungsänderung bereits in das Vereinsregister eingetragen worden sei. Wenn ein Mitglied daher seinen Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft erkläre, bevor die Satzungsänderung in das Vereinsregister eingetragen worden sei, bleibe es an die bis zur Eintragung abgeschlossenen Tarifverträge gebunden (BAG, Urt. v. 26.8.2009 – 4 AZR 294/08).

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 27.8.2009
Quelle: BAG PM Nr. 84 vom 26.8.2009

VG Koblenz: Keine Urlaubsabgeltung für langzeiterkrankte Beamte

Die neuere Rechtsprechung des EuGH und BAG zur Urlaubsabgeltung bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern ist nach Auffassung des VG Koblenz auf Landesbeamte nicht übertragbar. Diese haben danach keinen Anspruch auf eine finanzielle Entschädigung, wenn sie über Monate oder Jahre aufgrund einer Krankheit dienstunfähig waren und wegen der Dienstunfähigkeit in den vorzeitigen Ruhestand versetzt worden sind, ohne dass sie den ihnen zustehenden Urlaub nehmen konnten (VG Koblenz, Urt. v. 21.7.2009 – 6 K 1253/08.KO).

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 11.8.2009
Quelle: VG Koblenz PM Nr. 36 vom 10.8.2009

EU-Kommission: Weniger Diskriminierungen am Arbeitsplatz

Arbeitnehmer in der EU sind infolge der Umsetzung neuen EU-Rechts inzwischen besser vor geschlechtsspezifischen Diskriminierungen am Arbeitsplatz geschützt als noch vor einigen Jahren. Zu diesem Ergebnis kommt ein aktueller Bericht der EU-Kommission. Der Bericht wertet die Anwendung der Richtlinie 2002/73/EG vom 23.9.2002 aus.

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 14.8.2009
Quelle: EU Kommission PM vom 29.7.2009

Studie: Firmen schauen vor der Personalauswahl immer öfter ins Internet

Nach einer vom Bundesverbraucherministerium in Auftrag gegebenen Studie nutzen Unternehmen zunehmend das Internet, um sich über Stellenbewerber zu informieren. Bei der Recherche beschränken sich danach fast zwei Drittel der Unternehmen auf im Internet **allgemein zugängliche Informationen**; 36 Prozent informieren sich auch über soziale Netzwerke. Bei einem Viertel der befragten Unternehmen kommt es vor, dass Bewerber wegen Informationen aus dem Internet **nicht zum Vorstellungsgespräch** eingeladen oder abgelehnt werden. Schädlich sind danach insbesondere negative Aussagen des Bewerbers über die Arbeit oder das Arbeitsumfeld, Abweichungen von privaten Angaben im Internet von Aussagen in der Bewerbung und Party-Bilder o.Ä. Informationen aus dem Internet können für den Bewerber allerdings **auch von Vorteil** sein. So bewerten es fast zwei Drittel der befragten Unternehmen als positiv, wenn sie im Internet Hinweise auf Hobbys und soziales Engagement des Bewerbers finden.

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 25.8.2009
Quelle: BMELV PM vom 21.8.2009

BAG-Terminvorschau: Oktober 2009

8.10.2009	2 AZR 402/08	Änderungskündigung; Einführung eines einheitlichen Gehaltssystems (ERA-TV)
13.10.2009	9 AZR 910/08	Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit; Teilbarkeit einer Aufgabe im Kreativbereich
22.10.2009	8 AZR 520/08	Schadensersatz wegen geschlechtsspezifischer Benachteiligung bei einer Stellenbesetzung
22.10.2009	8 AZR 766/08	Betriebsübergang; Erstattung von Insolvenzgeld

Rechtsprechung

Individualarbeitsrecht

Lohnwucher beim Arbeitslohn

Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung i.S.v. § 138 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht (amtl. LS).

BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 5 AZR 436/08
(LAG Hamburg – 1 Sa 10/07)
GG Art. 9 Abs. 3; BGB §§ 138, 612

Das Problem: Die Parteien streiten um die Nachzahlung weiterer Vergütung wegen Lohnwuchers. Die portugiesische und der deutschen Sprache nicht mächtige Klägerin war – ebenso wie ihr Ehemann – als ungelernte Hilfskraft im Gartenbaubetrieb des Beklagten beschäftigt. Sie erhielt neben monatlichen Sachbezügen i.H.v. bis zu 76,25 € zuletzt einen Stundenlohn i.H.v. 3,25 € netto und arbeitete die letzten zweieinhalb Jahre durchschnittlich 269 Stunden/Monat. Dabei arbeitete die Klägerin in den Wintermonaten 42 bis 274 Stunden und in der übrigen Zeit 219 bis 325 Stunden monatlich. Die Klägerin wirft dem Beklagten Lohnwucher vor und verlangt von ihm die übliche Vergütung abzgl. der erbrachten Zahlungen. Zur Bemessung der üblichen Vergütung sei der einschlägige Lohntarifvertrag für die Gartenbaubetriebe zugrunde zu legen, obwohl die Parteien nicht tarifgebunden seien.

Die Entscheidung des Gerichts: Das ArbG hatte die Klage abgewiesen. Auch die Berufung wurde zurückgewiesen. In der Revision war die Klägerin jedoch erfolgreich. Zwar hat das BAG die Sache zunächst zur weiteren Aufklärung an das LAG zurückverwiesen. Das BAG sieht in der Entgeltabrede aber jedenfalls einen Verstoß gegen § 138 BGB, weshalb der Beklagte gem. § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung schulde. Im vorliegenden Fall bestehe ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und der Lohnhöhe und damit Lohnwucher, da die Arbeitsvergütung nicht einmal **zwei Drittel** eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion **üblicherweise gezahlten Tariflohns** erreiche. Damit hat das BAG erstmals einen **Richtwert für das Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses** festgelegt. Bei der Beurteilung der sittenwidrigen Ausbeutung sowie der Bestimmung des Werts der Arbeitsleistung seien die besonderen Einzelumstände zu berücksichtigen. Dazu gehörten ggf. auch sonstige geldwerte oder nicht geldwerte Arbeitsbedingungen. Die vom Beklagten angeführte geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit seines (Familien-)Betriebs stellt für das BAG im vorliegenden Fall allerdings keinen Grund dar, von der Zwei-Drittel-Grenze abzuweichen. Insbesondere die überlangen, das gesetzlich Zulässige weit übersteigenden und zudem unregelmäßigen Arbeitszeiten verdeutlichten die sittenwidrige Ausbeutung der Klägerin. Nur die Üblichkeit der Vergütung müsse vom LAG noch tatrichterlich festgestellt werden. Eine **Üblichkeit der Tarifvergütung** könne angenommen werden, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden seien oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigten.

Konsequenzen für die Praxis: Trotz fehlender Tarifgebundenheit der Parteien wird deren negative Koalitionsfreiheit durch den Vergleich mit den einschlägigen Tarifverträgen nicht eingeschränkt.
Das BAG stellte zudem fest, dass es für die Beurteilung des Wuchertatbestands bei arbeitsvertraglichen Vergütungsvereinbarungen auf den jeweils streitgegenständlichen Zeitraum und nicht zwingend auf den Vertragsschluss ankommt. Eine Entgeltvereinbarung kann daher bei Vertragsschluss noch wirksam sein, jedoch im Laufe der Zeit, wenn sie nicht an die allgemeine Lohn- und Gehaltsentwicklung angepasst wird, gegen § 138 BGB verstoßen. Bei einem ggf. jahrzehntelang bestehenden Arbeitsverhältnis kann somit nicht allein an die Verhältnisse bei Vertragsschluss angeknüpft werden und die weitere Entwicklung unberücksichtigt bleiben.

Beraterhinweis: Mit der Zwei-Drittel-Grenze stellt das BAG erstmals einen Richtwert für das Vorliegen von Lohnwucher auf. Diese Grenze ist allerdings nicht starr, sondern vom Gesamtcharakter des Arbeitsverhältnisses abhängig. Insoweit bleibt es für die Beurteilung eines Lohnwuchers auch weiterhin wichtig, sämtliche Umstände des Einzelfalls im Auge zu behalten. ◁

RAin FAinArbR Dr. Cornelia Marquardt, RA Aegidius Vogt, Norton Rose LLP, München

Verdachtskündigung, Interessenabwägung, prozessuales Verhalten

Es ist höchstrichterlich noch nicht geklärt, ob bei einer fristlosen Verdachtskündigung auch prozessuales Verteidigungsverhalten im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden darf.

BAG, Beschl. v. 28.7.2009 – 3 AZN 224/09
(LAG Berlin-Brandenburg – 7 Sa 2017/08)
BGB § 626; ZPO § 138

Das Problem: Das LAG hat die fristlose Verdachtskündigung einer Kassiererin wegen der Unterschlagung von zwei Pfandbons im Wert von 1,30 € und deren Einlösung zum eigenen Vorteil für wirksam erachtet. Im Rahmen

der Interessenabwägung wurde zu Lasten der Klägerin berücksichtigt, dass diese den maßgeblichen Sachvortrag im Prozess wiederholt bestritten hatte und zudem versucht hatte, den Verdacht auf andere Mitarbeiter abzuwälzen.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG hat auf die Nichtzulassungsbeschwerde hin die Revision zugelassen. Bisher sei höchstrichterlich noch nicht geklärt, ob das prozessuale Verteidigungsverhalten des gekündigten Arbeitnehmers bei der Interessenabwägung berücksichtigt werden könne. Hierbei handele es sich um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, so dass die Revision zuzulassen sei.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung des BAG vermittelt den Eindruck, dass dieses sich mit dem in der Öffentlichkeit erheblich diskutierten Fall befassen wollte. Denn ein zwingender Grund, die Revision zuzulassen, bestand nicht (so auch *Rieble*, NJW 2009, 2101 [2102]). Schon die voranstehenden Erwägungen des BAG im Hinblick auf die Frage von Vermögensdelikten zu Lasten des Arbeitgebers waren hinreichend, um nach der gefestigten Rechtsprechung im Rahmen der Interessenabwägung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu kommen. Es ist zwar zutreffend, dass das BAG sich mit dem prozessualen Vorbringen als Aspekt im Rahmen der Interessenabwägung bisher nicht explizit auseinandergesetzt hat. Es hat allerdings das Leugnen eines Pflichtverstoßes und die mehrfache vorsätzliche Mitteilung der Unwahrheit als Aspekt im Rahmen der Interessenabwägung bereits berücksichtigt (BAG, Urt. v. 24.1.2005 – 2 AZR 39/05 – Rz. 23, ArbRB 2006, 99 [*Sasse*]). Deshalb erscheint die jetzige Begründung als künstlich, um die Revision gegen das Urteil zuzulassen.

Beraterhinweis: Der Vertreter des Arbeitgebers sollte auch zukünftig Verhalten, welches zeitlich nach der Pflichtverletzung liegt und sich auf die Pflichtverletzung bezieht (z.B. beständiges Leugnen), als Aspekt im Prozess aufgreifen, so dass das Gericht hierauf im Rahmen der Interessenabwägung eingehen kann. Das prozessuale Verhalten selbst wird das Gericht erkennen. ◁

RA FAArbR Dr. Stefan Sasse, Göhmann Rechtsanwälte, Magdeburg

Außerordentliche Kündigung und Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG

§ 1 Abs. 5 KSchG findet keine Anwendung auf die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung.

BAG, Urt. v. 28.5.2009 – 2 AZR 844/07
(LAG Köln – 3 Sa 906/06)
BGB § 626; KSchG § 1 Abs. 5

Das Problem: Der beklagte Arbeitgeber beschloss die Verlegung seines Sitzes von Bonn nach Berlin. Dazu vereinbarte er einen Interessenausgleich mit Namensliste der zu versetzenden Arbeitnehmer. Darauf ist der Kläger erwähnt. Er ist ordentlich unkündbar gem. §§ 53 Abs. 3, 55 Abs. 2 BAT. Der Arbeitgeber sprach eine außerordentliche Änderungskündigung mit sozialer Auslauffrist aus und bot dem Kläger die Weiterbeschäftigung in Berlin zu im Übrigen unveränderten Bedingungen an. Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an, erhob Änderungsschutzklage und verlangte vorläufige Weiterbeschäftigung in Bonn.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG gab der Kündigungsschutzklage statt. Zwar habe der Senat „in extremen Ausnahmefällen“ eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung mit Auslauffrist ungeachtet des Sonderkündigungsschutzes des BAT zugelassen. Auch sei die hier vorliegende Konstellation (Verlegung des Sitzes des Arbeitgebers) grds. geeignet, einen solchen Extremfall darzustellen. Im Streitfall hätten jedoch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in Bonn bestanden. Die **Vermutungswirkung** des **§ 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG** greife nicht ein. Denn – so **erstmalig** das BAG – **auf außerordentliche Änderungs- oder Beendigungskündigungen** finde diese Privilegierung **keine** Anwendung. Würde § 1 Abs. 5 KSchG auch für außerordentliche Kündigungen gelten, so könnte der Arbeitgeber durch Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste den Sonderkündigungsschutz ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer entwerten.

Den **Weiterbeschäftigungsantrag** wies das BAG zurück. Bei einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung sei der Arbeitgeber grds. nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer vorläufig zu den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen. Der Arbeitnehmer gebe nämlich durch die Vorbehaltsannahme zu erkennen, dass ihm zunächst die Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen zumutbar erscheine.

Konsequenzen für die Praxis: Der 2. Senat verneint zu Recht die Anwendbarkeit der Privilegierung des § 1 Abs. 5 KSchG auf Fälle der außerordentlichen Kündigung. Dass diese Privilegierung jedoch auf die **ordentliche Änderungskündigung Anwendung** findet, hat der Senat bereits zuvor entschieden (BAG, Urt. v. 19.6.2007 – 2 AZR 304/06, MDR 2008, 155 = ArbRB 2008, 42 [*Reufels*]). Bedeutsam an der Entscheidung ist ferner die nochmalige Bestätigung des Senats, dass jedenfalls in Ausnahmefällen auch betrieblich bedingte Kündigungen gegenüber solchen Arbeitnehmern wirksam ausgesprochen werden dürfen, deren Arbeitsverhältnis eigentlich unter den Sonderkündigungsschutz des BAT fällt. Zwar ist dieser umfassende **Kündigungsschutz des BAT** durch die Folgeregelungen im **TVöD** zwischenzeitlich **abgelöst**. Beschäftigte, die den Sonderkündigungsschutz jedoch gemäß BAT erworben hatten, können sich weiterhin auf dessen Regelungen berufen, § 34 Abs. 2 Satz 2 TVöD. Die Aussagen des BAG bleiben daher von Bedeutung.

Beraterhinweis: Die Entscheidung enthält letztlich auch Aussagen zum **Verhältnis** von **Änderungskündigung** und **direktionsrechtlicher Weisung**. Der Senat konnte offenlassen, ob die Umdeutung eines unwirksamen Änderungsangebots in eine vom Direktionsrecht gedeckte Weisung stets ausgeschlossen ist, wie dies vertreten wird. Jedenfalls, so der Senat, würde eine solche

Umdeutung nach § 140 BGB voraussetzen, dass der Erklärungsempfänger erkennen konnte, dass der Erklärende das Änderungsangebot notfalls als Weisung verstanden wissen wollte. Wenn der Kündigende sich also unsicher ist, ob die Maßnahme noch vom Direktionsrecht gedeckt ist, und er vorsorglich eine Änderungskündigung ausspricht, so ist angesichts dieses Hinweises des Senats zu empfehlen, in den Text der Änderungskündigung den Hinweis aufzunehmen, dass diese ggf. als zulässige direktionsrechtliche Weisung zu verstehen sei. ◁

RA FAArbR Prof. Dr. Stefan Lunk, Latham & Watkins LLP, Hamburg

Kündigung des Betriebsbeauftragten für Abfall

Der besondere Kündigungsschutz nach § 55 Abs. 3 KrW-/AbfG i.V.m. § 58 Abs. 2 BImSchG setzt die Bestellung des Arbeitnehmers zum Betriebsbeauftragten für Abfall voraus. Die Bestellung kann im schriftlichen Arbeitsvertrag enthalten sein. Das Fehlen einer genauen Bezeichnung der Aufgaben führt nicht zur Unwirksamkeit der Bestellung.

BAG, Urt. v. 26.3.2009 – 2 AZR 633/07
(LAG Baden-Württemberg – 9 Sa 14/07)
KrW-/AbfG §§ 54 Abs. 1, 55 Abs. 3; BlmSchG §§ 55, 58 Abs. 2

Das Problem: Der Kläger wendet sich unter Berufung auf besonderen Kündigungsschutz gegen die in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses ausgesprochene ordentliche Kündigung. Die Beklagte ist im Bereich der Entsorgung tätig und gem. § 54 Abs. 1 KrW-/AbfG zur Bestellung eines Betriebsbeauftragten für Abfall verpflichtet. Im Arbeitsvertrag des Klägers war u.a. geregelt, dass dem Kläger die Tätigkeit als Betriebsbeauftragter für Abfall obliegt. Des Weiteren war vorgesehen, dass die Kündigungsfrist während der Probezeit von sechs Monaten vier Wochen beträgt. In einem von der Beklagten erstellten Organigramm war der Kläger als einziger Abfallbeauftragter ausgewiesen.

Die Entscheidung des Gerichts: Wie auch die Vorinstanzen sah das BAG die Kündigung als unwirksam an. Als **Anlagenbetreiber i.S.d. KrW-/AbfG** war die Beklagte verpflichtet, schriftlich einen Betriebsbeauftragten für Abfall zu bestellen und die ihm obliegenden Aufgaben genau zu bezeichnen. Weiterhin musste sie der zuständigen Behörde die Bestellung anzeigen und dem Betriebsbeauftragen eine Kopie der Anzeige aushändigen. Ist der Betriebsbeauftragte Arbeitnehmer, so ist lediglich eine **außerordentliche Kündigung** des Arbeitsverhältnisses zulässig.

Die Bestellung des Betriebsbeauftragten setzt eine privatrechtliche Willenserklärung des Betreibers sowie die Zustimmung des Beauftragten voraus. Sie ist von dem zwischen Anlagenbetreiber und Abfallbeauftragten bestehenden Grundverhältnis (hier: Arbeitsvertrag) zu unterscheiden. Diese Differenzierung zwischen dem Grundverhältnis und dem eigentlichen Bestellungsakt führt jedoch nicht dazu, dass die Bestellung zum Betriebsbeauftragten durch eine **gesonderte Bestellungsurkunde** zu erfolgen hat. Die Bestellung kann vielmehr auch im schriftlichen Arbeitsvertrag enthalten sein. Die zusätzlich geforderte genaue Bezeichnung der Aufgaben des Betriebsbeauftragten für Abfall ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Bestellung. Ebenso lässt die Unterlassung der Anzeige an die zuständige Behörde und der Aushändigung der Anzeige an den Betriebsbeauftragten die Wirksamkeit der Bestellung unberührt. Es handelt sich dabei lediglich um **öffentlich-rechtliche Verpflichtungen** des Betreibers ggü. der Aufsichtsbehörde.

Den arbeitsvertraglichen Regelungen ist hinreichend deutlich eine Bestellung des Klägers zum Abfallbeauftragten zu entnehmen, auch wenn die Beklagte den Kläger nicht ausdrücklich zum Abfallbeauftragten „bestellt" hat. Aus dem Wortlaut des Arbeitsvertrags ergibt sich, dass die Beklagte dem Kläger die Aufgaben eines Betriebsbeauftragten für Abfall verbindlich zugewiesen und sich nicht nur im Rahmen eines **allgemein umschriebenen Weisungsrechts** das Recht vorbehalten hat, dem Kläger die dort beschriebenen Funktionen ggf. erst später zu übertragen.

Die Annahme einer Bestellung scheitert auch nicht an der vereinbarten Probezeit bzw. den Kündigungsfristen. Diese Vereinbarungen können trotz Annahme einer Bestellung relevant werden – z.B. bei einer Amtsniederlegung durch den Betriebsbeauftragten. Im Übrigen macht auch das von der Beklagten veröffentlichte Organigramm deutlich, dass sie selbst von einer wirksamen Bestellung des Klägers zum Betriebsbeauftragten für Abfall ausging.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG entscheidet hiermit erstmals über die angesprochenen Fragen.

Beraterhinweis: Soll der besondere Kündigungsschutz während der Probezeit vermieden werden, so darf lediglich die **Absicht** einer späteren Bestellung als Abfallbeauftragter bzw. der Übertragung der entsprechenden Aufgaben in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden. ◁

RAin FAinArbR Annegret Müller-Mundt, Norton Rose LLP, München

Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz in einem gemischten Betrieb

Ein Arbeitnehmer, der in einem gemischten Betrieb aus Gaststätte und Spielbank tätig ist, hat bei fehlender räumlich-baulicher Trennung der beiden Bereiche einen Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz.

Der Arbeitgeber kann sich hinsichtlich der zu treffenden Schutzmaßnahmen nicht auf die Unzumutbarkeit wegen zu hoher Kosten berufen, wenn er seine unternehmerische Betätigungsfreiheit

nicht rechtmäßig im Sinne des anwendbaren Landesrechts ausübt.

BAG, Urt. v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08
(LAG Berlin-Brandenburg – 11 Sa 1910/06)
BGB §§ 242, 611, 613, 618; ArbStättV §§ 2, 5; GastG § 1; GewO § 33h; Berliner NRSG vom 16.11.2007 §§ 2, 3, 4

Das Problem: Die Parteien streiten über die Einrichtung eines tabakrauchfreien Arbeitsplatzes. Der Kläger war seit 1978 bei der Beklagten, einer **Spielbank mit Sitz in Berlin**, tätig. Die Hälfte seiner Arbeitszeit war er in einem Spielsaal mit einer Fläche von 2.500 qm tätig. Bestandteil des Bereichs war auch eine **Bar**, die durch einen anderen Rechtsträger betrieben wurde und **baulich nicht** vom übrigen Spielbereich **getrennt** war. Im gesamten Bereich galt kein Rauchverbot. Der Kläger litt trotz der vorhandenen Klimatisierungsanlagen seit dem Jahr 2000 an einer chronischen Bronchitis und weiteren Beschwerden. Nachdem er seiner Tätigkeit ohne Medikation nicht mehr nachgehen konnte, forderte er die Beklagte auf, ihm einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.

Die Entscheidung des Gerichts: In den ersten beiden Instanzen blieb der Kläger erfolglos. Seine Revision zum BAG war erfolgreich. Der Kläger habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zuweisung eines rauchfreien Arbeitsplatzes aus § 618 Abs. 1 BGB i.V.m. § 5 Abs. 1 ArbStättV. Der Arbeitgeber könne sich nicht darauf berufen, der Schutz des Arbeitnehmers sei ihm nicht zumutbar, wenn er wegen eines **Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot** seine unternehmerische Freiheit nicht rechtmäßig betätige. Ein solches Verbot ergebe sich hier aus dem Berliner Nichtraucherschutzgesetz (NRSG) vom 16.11.2007. § 2 Ab. 1 Nr. 8 NRSG verbiete das Tabakrauchen in Gaststätten i.S.d. § 3 Abs. 7 NRSG, der auf § 1 GastG verweise. Der Barbereich erfülle diese Kriterien. Da neben diesem auch eine Spielbank i.S.v. § 33h Nr. 1 GewO betrieben werde und eine **bauliche Trennung fehle**, handele es sich um einen **Mischbetrieb**. Für einen Mischbetrieb spreche auch, dass der Barbereich durch einen anderen Rechtsträger betrieben werde, der der Beklagten nicht untergeordnet sei.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG setzt mit der Entscheidung seine Rechtsprechung fort, nach der § 5 ArbStättV die Pflichten des Arbeitgebers nach § 618 BGB konkretisiert (BAG, Urt. v. 12.8.2008 – 9 AZR 1117/09; v. 17.2.1998 – 9 AZR 84/97) und berücksichtigt im Rahmen der Zumutbarkeit nach § 5 Abs. 2 ArbStättV erstmals Verstöße gegen die Regelungen eines Landes-NRSG. Das Urteil betrifft fast sämtliche Bundesländer, da diese über vergleichbare Regelungen in ihren Nichtraucherschutzgesetzen verfügen. In Sachsen sind Spielhallen nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich vom Rauchverbot umfasst. Lediglich in Thüringen wurde durch den Verfassungsgerichtshof das ausdrückliche Rauchverbot in Spielhallen wegen fehlender Ausnahmen für Nebenräume für unvereinbar mit der Landesverfassung erklärt (ThVerfGH, Beschl. v. 5.12.2008 – VerfGH 34/08).

Beraterhinweis: Arbeitnehmer, die in Rauchergaststätten oder Raucherräumen tätig werden, können keinen tabakrauchfreien Arbeitsplatz verlangen. In allen anderen Betrieben, kann sich der Arbeitgeber nicht auf Unzumutbarkeit wegen zu hoher Kosten bei der Einrichtung eines rauchfreien Arbeitsplatzes berufen, wenn er gegen das Landes-NRSG verstößt. Nach dem Urteil kann er lediglich wählen, ob er ein Rauchverbot im gesamten Bereich durchsetzt oder dem Arbeitnehmer durch bauliche Maßnahmen einen rauchfreien Bereich schafft. ◁

RAin FAinArbR Dr. Jessica Ohle, Kliemt & Vollstädt, Berlin

„Ruf-mich-an"-Klausel im Zeugnis

Eine Klausel im Arbeitszeugnis, für Nachfragen zur Arbeitsqualität des Arbeitnehmers zur Verfügung zu stehen, ist eine objektive Verschlüsselung und damit ersatzlos zu streichen.

ArbG Herford, Urt. v. 1.4.2009 – 2 Ca 1502/08
GewO § 109 Abs. 2 Satz 2; ZPO § 138

Das Problem: Der Arbeitgeber hatte in das Zeugnis folgende Klausel aufgenommen:

Gerne stehen wir jedem zukünftigen Arbeitgeber von Frau... hinsichtlich Nachfragen über die Qualität der von ihr für uns geleisteten Arbeit zur Verfügung.

Die Klägerin begehrte die ersatzlose Streichung dieser Klausel aus dem Zeugnis.

Die Entscheidung des Gerichts: Das ArbG gab der Klage statt. Nach § 109 Abs. 2 Satz 2 GewO dürfen im Zeugnis keine Merkmale enthalten sein, die den Zweck haben, eine andere als aus der äußeren Form und aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen. Ein objektiver Dritter kann das Angebot der Beklagten nur als **Verschlüsselung** verstehen, dass die im Zeugnis enthaltene Leistungsbeurteilung tatsächlich nicht zutrifft. Dabei stellt § 109 Abs. 2 Satz 2 GewO auf eine **objektive** Verschlüsselung ab; auf den **Willen** des Arbeitgebers kommt es insoweit **nicht** an. Da die Klausel **ungewöhnlich** ist, war sie ersatzlos zu streichen.

Konsequenzen für die Praxis: Einen Anspruch auf Zeugnisberichtigung beurteilt das BAG (BAG, Urt. v. 17.2.1988 – 5 AZR 638/86, MDR 1988, 607 = NJW 1988, 1616) als **Erfüllungsanspruch auf Erteilung eines ordnungsgemäßen Zeugnisses**. Dieser besteht, wenn das Zeugnis in **formeller** oder **materieller** Hinsicht nicht den Anforderungen entspricht (z.B. bei Erwähnung der zeitlich nicht erheblichen Elternzeit: BAG, Urt. v. 10.5.2005 – 9 AZR 261/04, MDR 2006, 213 = NJW 2005, 3659; Aufführung der Pünktlichkeit: ArbG Nürnberg, Urt. v. 2.5.2001 – 15 Ca 8860/00). Da Zeugnisstreitigkeiten meist verglichen werden, existieren wenige Entscheidungen. In der Praxis wird die Leistung des Arbeitnehmers oftmals telefonisch nachgefragt. Das ArbG hat zu Recht einer solchen ausdrücklichen Klausel im Zeugnis einen Riegel vorgeschoben.

Beraterhinweis: Der **Arbeitgeber** sollte entsprechende Klauseln unterlassen. Arbeitnehmervertreter müssen bei der Überprüfung des Zeugnisses dafür sorgen, dass **keine verschlüsselten** Formulierungen im Zeugnis enthalten sind sowie alle Aufgabenbeschreibungen und Bewertungen zutreffen. Ist dies nicht der Fall, sollte eine Berichtigung oder Ergänzung durchgesetzt werden. ◁

RA FAArbR Dr. Gerhard Schäder, Dr. Schäder & Schittko, Rechtsanwälte Partnerschaft, München

Widerspruch gegen Betriebsübergang nach Ende des Arbeitsverhältnisses

Das Recht, dem Übergang eines Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB zu widersprechen, besteht auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Zwar kann das Widerspruchsrecht verwirken, wenn der Berechtigte längere Zeit untätig geblieben ist und den Eindruck erweckt hat, sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben zu wollen. Eine zunächst erfolgte Weiterarbeit für den Betriebserwerber begründet aber noch keinen Umstandsmoment im Sinne der Verwirkung.

BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 8 AZR 188/07
(LAG Düsseldorf – 7 (18) Sa 360/06)
BGB § 613a Abs. 1, 2, 5 u. 6

Das Problem: Die Klägerin klagt auf Feststellung eines Frühruhestandsvertragsverhältnisses mit der Beklagten nach Widerspruch gegen einen Betriebsübergang. Sie war für die Beklagte seit 1969 im Geschäftsbereich CI tätig und von zwei Umstrukturierungsmaßnahmen betroffen. Zunächst kündigte die Beklagte im Oktober 2003 im Rahmen eines umfangreichen Personalabbaus das Arbeitsverhältnis zum 28.2.2005. Mit Wirkung zum 1.11.2004 übertrug die Beklagte den Geschäftsbereich CI dann auf die A-GmbH und informierte die Klägerin über den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses. Für die A-GmbH war die Klägerin bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 28.2.2005 tätig. Nachdem die A-GmbH im Mai 2005 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hatte, widersprach die Klägerin dem Übergang des Arbeitsverhältnisses, da das Unterrichtungsschreiben über den Betriebsübergang unzutreffend gewesen sei. Die Beklagte beruft sich auf die Verwirkung des Widerspruchsrechts.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG gab der Klage statt. Der Widerspruch der Klägerin sei nicht verspätet, da das **Unterrichtungsschreiben** nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprochen und damit die einmonatige Widerspruchsfrist nicht zu laufen begonnen habe. Insbesondere sei die Klägerin nicht ordnungsgemäß über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs informiert worden. Erforderlich sei insoweit insbesondere eine **Unterrichtung über das Widerspruchsrecht** und **dessen Folgen** sowie über die **begrenzte gesamtschuldnerische Nachhaftung** nach § 613a Abs. 2 BGB. Die Unterrichtung müsse **präzise** sein und dürfe **keinen juristischen Fehler** enthalten. Nicht ausreichend sei, dass die Unterrichtung nur im „Kern richtig" sei.

Das Widerspruchsrecht der Klägerin sei auch nicht verwirkt. Insbesondere bestehe das **Widerspruchsrecht** auch noch **nach Ende des Arbeitsverhältnisses**, es sei denn, ein mit dem Betriebserwerber geschlossener Aufhebungsvertrag oder die Hinnahme einer von diesem erklärten Kündigung begründeten das Umstandsmoment der Verwirkung. Vorliegend sei das Arbeitsverhältnis bereits vor dem Betriebsübergang von der Beklagten gekündigt worden, so dass die Klägerin nicht selbst über das Arbeitsverhältnis disponiert habe. Sie habe auch durch die **Weiterarbeit** für die A-GmbH **kein Vertrauen in die Nichtausübung ihres Widerspruchsrechts** begründet. Die Befolgung von Weisungen des Betriebserwerbers oder die Eintragung als Arbeitgeber in Behördenformulare stellten insoweit kein ausreichendes Umstandsmoment dar.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG bestätigt die Notwendigkeit des vollständigen, präzisen und richtigen Inhalts des Unterrichtungsschreibens. Die Unterrichtung muss insbesondere über die Rechtsfolgen des Übergangs, die Haftung von Betriebsveräußerer und Betriebserwerber sowie das Widerspruchsrecht und dessen Folgen erfolgen. Erneut setzt sich das BAG zudem mit der Verwirkung des Widerspruchsrechts auseinander und macht wie auch in seinem Urteil vom gleichen Tag (BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 8 AZR 174/07, MDR 2009, 813 = ArbRB 2009, 191 f. [*Mues*]) deutlich, dass dies von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

Beraterhinweis: Nicht ausreichend für die Verwirkung des Widerspruchsrechts ist die bloße Weiterarbeit des Arbeitnehmers für den Betriebserwerber. Eine seitens des Arbeitnehmers ggü. dem Betriebserwerber erfolgte abschließende Disposition über das Arbeitsverhältnis (z.B. der Abschluss eines Aufhebungsvertrags) bewirkt allerdings auch ggü. dem Betriebsveräußerer die Verwirkung des Widerspruchsrechts. ◁

RAin FAinArbR Dr. Cornelia Marquardt, RAin FAinArbR Katrin Scheicht, Norton Rose LLP, München

Gesetzliche Überleitung von Arbeitverhältnissen/Widerspruchsrecht

Sieht ein Landesgesetz, mit dem die bisher mit einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft bestehenden Arbeitsverhältnisse auf eine neue rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts übertragen werden, kein Widerspruchsrecht vor, so kann dieses auch nicht aus einer analogen Anwendung von § 613a BGB abgeleitet werden.

BAG, Urt. v. 18.12.2008 – 8 AZR 660/07
(LAG Hessen – 2 Sa 635/07)
BGB § 613a; UmwG § 168

Das Problem: Mit dem „Gesetz über die Errichtung des Universitätsklinikums Gießen und Marburg" (UKG) wurden zum 1.7.2005 das Universitätsklinikum Gießen und das Universitätsklinikum Marburg zusammengelegt

und als eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet. Nach § 3 Abs. 1 UKG wurden die Arbeitsverhältnisse der nichtwissenschaftlichen Arbeitnehmer auf das neu errichtete „Universitätsklinikum Gießen und Marburg“ übergeleitet. Ein Widerspruchsrecht für die Arbeitnehmer ist in dem Gesetz nicht vorgesehen. § 5 UKG regelt die Ermächtigung der Landesregierung zur Durchführung eines Formwechsels in eine Kapitalgesellschaft, was zum 1.12.2005 auch geschah. Der Kläger machte geltend, die Verweigerung eines Widerspruchsrechts verletze ihn in seinen Grundrechten (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG).

Die Entscheidung des Gerichts: § 613a BGB findet auf die gesetzliche Überleitung von Arbeitsverhältnissen keine Anwendung, weil das Merkmal eines Übergangs „**durch Rechtsgeschäft**“ nicht erfüllt ist. Eine Übertragung von Arbeitsverhältnissen **kraft Hoheitsakts** fällt tatbestandlich nicht unter § 613a BGB.

Mangels Regelungslücke kann ein Widerspruchsrecht in solchen Fällen auch nicht aus einer **analogen** Anwendung von **§ 613a BGB** abgeleitet werden. Zwar stellt die zwingende Überleitung von Arbeitsverhältnissen durch Gesetz einen Eingriff in die **Freiheit der Arbeitsplatzwahl** des Arbeitnehmers dar (Art. 12 Abs. 1 GG). Dieser kann aber durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sein, wenn er verhältnismäßig ist. Das BAG führt hierzu aus, dass dem Gesetzgeber insoweit ein weiter Gestaltungsspielraum zustehe. Die Fusion der beiden Universitätskliniken Gießen und Marburg und die beabsichtigte spätere Überführung der Trägerschaft auf einen privaten Krankenhausbetreiber durch Formwechsel schützten wichtige Wirtschaftsgüter, weil anders der Erhalt beider Kliniken inklusive Forschung und Lehre nicht gewährleistet werden könne. Bei Einräumung eines Widerspruchsrechts sei im Hinblick auf das offengelegte Privatisierungsziel mit einer Vielzahl von Widersprüchen zu rechnen gewesen. Ohne eingearbeitetes Personal sei sowohl die **kontinuierliche Krankenversorgung** gefährdet als auch eine **Beeinträchtigung von Forschung und Lehre** an den Universitätskliniken zu befürchten gewesen.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen kraft Hoheitsaktes Arbeitsverhältnisse übertragen werden können, ohne dass ein Widerspruchsrecht vorgesehen wird. Hierbei kommt es zu einer Güterabwägung mit den kollidierenden Grundrechten der Arbeitnehmer aus Art. 12 GG, Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG. Freilich besteht für den Gesetzgeber insoweit ein großer Gestaltungsspielraum. Damit wird der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber gegenüber privaten Arbeitgebern, die Widersprüche nicht ausschließen können, privilegiert.

Beratungshinweis: Auch wenn ein Widerspruchsrecht ausgeschlossen ist, weil § 613a BGB auf eine Übertragung von Arbeitsverhältnissen kraft Hoheitsaktes keine Anwendung findet, kann gleichwohl für die betroffenen Arbeitnehmer ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gem. § 626 Abs. 1 BGB bestehen. Offenbleibt, ob dieser sich schon daraus ergibt, dass kein Widerspruchsrecht besteht. Der wichtige Grund des § 626 BGB wird im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben teleologisch reduziert auszulegen sein. Erforderlich ist hierzu nicht etwa die Berufung auf etwaige kollidierende andere Grundrechte (wie z.B. Art. 4 Abs. 1 GG oder Art. 5 Abs. 1 GG); vielmehr reicht auch jeder andere Umstand wie etwa ein Entzug von Haftungsmasse, eine drohende Insolvenz des neuen Arbeitgebers oder auch ein drohender und bereits kommunizierter Personalabbau beim neuen Arbeitgeber aus. Die fristlose Kündigung führt allerdings nicht dazu, dass das Arbeitsverhältnis mit dem ursprünglichen Arbeitgeber fortbesteht. Es endet dann vielmehr fristlos. Folglich besteht nur ein Flucht- und kein Bleiberecht. ◁

RA FAArbR Prof. Dr. Martin Reufels, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Köln

Sonderkündigungsschutz auch für Wahlbewerber

Die in § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG angeordnete Übernahmepflicht bei Betriebs- oder Abteilungsstilllegung gilt uneingeschränkt auch für Wahlbewerber. Ist der gleichwertige Arbeitsplatz in einer anderen Abteilung nicht frei, so muss dieser für den Mandatsträger ggf. freigekündigt werden.

BAG, Urt. v. 12.3.2009 – 2 AZR 47/08
(LAG Hamburg – 7 Sa 58/06)
KSchG §§ 15, 2, 1

Das Problem: Die Klägerin ist mit einem Zeitanteil von 82 % als Mitarbeiterin im Betreuungsdienst einer Wohneinrichtung für Behinderte tätig. Sie wurde als **Mitglied des Wahlvorstands** des Betriebsrats bestellt. Die Beklagte beschloss die dauerhafte Schließung der Wohneinrichtung, in der die Klägerin beschäftigt war. Sie bot der Klägerin noch vor deren Wahl in den Betriebsrat im Rahmen einer Änderungskündigung eine Beschäftigung in einer anderen Wohneinrichtung im Umfang von 46 % der vollen Arbeitszeit bei einer entsprechend gekürzten Vergütung an. Die Klägerin, die das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen hatte, berief sich später auf eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mit 80 % Stellenanteil in einer anderen **Betriebsabteilung**. Zu Recht?

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG bestätigte das erstinstanzliche Urteil unter Aufhebung der LAG-Entscheidung: Unstreitig gehöre die Klägerin als Wahlbewerberin dem geschützten Personenkreis nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG an. Zwar sei die Klägerin in einer Betriebsabteilung i.S.v. § 15 Abs. 5 KSchG tätig gewesen. Jedoch sei nach deren Schließung eine Übernahme in eine andere Abteilung zu gleichwertigen Bedingungen möglich gewesen. Eine **Betriebsabteilung** sei ein organisatorisch abgegrenzter Teil des Betriebs, der eine personelle Einheit erfordere, dem eigene technische Betriebsmittel zur Verfügung stünden und der einen eigenen Betriebszweck verfolge, wobei ein bloßer Hilfszweck ausreiche. Hier sei die Betriebsabteilung unstreitig stillgelegt worden. Da § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG auch für Wahlbewerber gelte, verlange diese Vorschrift vom Ar-

beitgeber, dass er mit **allen zur Verfügung stehenden Mitteln** für die **Weiterbeschäftigung** des Arbeitnehmers zu möglichst **gleichwertigen Bedingungen** sorge (vgl. auch BAG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 AZR 83/05, BAGE 117, 178 = ArbRB 2006, 262 [*Lunk*]). Die angebotene Beschäftigung müsse danach entweder im Rahmen des Direktionsrechts liegen oder einvernehmlich vorgenommen werden. Bleibe dies erfolglos, so müsse die mögliche Weiterbeschäftigung in einer anderen Betriebsabteilung durch Änderungskündigung angeboten werden. Insbesondere müsse der Arbeitgeber selbst dann, wenn der gleichwertige Arbeitsplatz in einer anderen Abteilung besetzt sei, versuchen, diesen **Arbeitsplatz** durch Umverteilung der Arbeit, Ausübung seines Direktionsrechts oder ggf. sogar durch den Ausspruch einer **Kündigung für den Mandatsträger frei machen**. Dies gelte nur dann nicht, wenn der Mandatsträger auf dem anderen innerbetrieblichen **Arbeitsplatz nicht in wirtschaftlich vertretbarer Weise** eingesetzt werden könne. Dann müsse der Arbeitgeber allerdings die genauen Umstände aufzeigen, die das **Anforderungsprofil** für die jeweilige Stelle erfordere. Hier bestünden Zweifel an der stringenten Durchführung des Qualifikationskonzeptes der Beklagten, da das von ihr dargestellte unternehmerische Konzept offensichtlich für Ausnahmen offen gewesen sei. Daher hätte eine entsprechende Weiterbeschäftigung der Klägerin angeboten werden können und müssen.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG stellt klar, dass § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG auch für Wahlbewerber gilt und § 15 Abs. 3 u. 4 KSchG nur die Dauer des Schutzes je nach dem Grund des Schutzes unterschiedlich lang regelt. Darüber hinaus zeigt das BAG Anhaltspunkte für die nach § 15 Abs. 5 Satz 2 KSchG erforderlichen **betrieblichen Gründe** auf, die ein schlüssiges unternehmerisches Konzept nahelegen.

Beraterhinweis: Der Arbeitgeber sollte stets ein einmal von ihm selbst aufgestelltes Anforderungsprofil für bestimmte Tätigkeiten auch tatsächlich nur mit **dementsprechend qualifiziertem Personal** besetzen. Der Mandatsträger seinerseits sollte sich im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses gut informieren, ob und wenn ja welche Anforderungsprofile für welche Positionen auch tatsächlich wie besetzt worden sind. Stellen sich hierbei Abweichungen heraus, so kann dies wesentlich zum Erfolg der Klage beitragen. ◁

RAin FAinArbR Daniela Range-Ditz, Dr. Ditz und Partner, Rastatt

Beendigungs- und Änderungskündigung aus wichtigem Grund bei ordentlicher Unkündbarkeit

Bei ordentlicher Unkündbarkeit scheidet ein Auflösungsantrag aus.

Eine ordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ohne konkretes Weiterbeschäftigungsangebot auf einem freien Arbeitsplatz zu vergleichbaren Bedingungen ist unwirksam.

Für eine ordentliche Änderungskündigung aus wichtigem Grund gelten schon im Rahmen der Darlegungslast verschärfte Maßstäbe.

BAG, Urt. v. 26.3.2009 – 2 AZR 879/07
(LAG Berlin-Brandenburg – 18 Sa 753/07)
BGB §§ 134, 626 Abs. 1; KSchG §§ 9, 13 Abs. 1

Das Problem: Zwischen den Parteien gilt kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme eine tarifliche Kündigungserschwerung. Insbesondere ist vereinbart:

Nach einer Beschäftigungszeit von 22 Jahren ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Dies gilt nicht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und bei einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG.

Die Beklagte hat nach eigenen Ausführungen „im Unternehmen den gesamten Personalbereich umstrukturiert“, was auch Auswirkungen auf den Bereich der Klägerin hatte. Die Beklagte hat mehrere Beendigungskündigungen (fristlos und mit Auslauffrist) sowie entsprechende Änderungskündigungen ausgesprochen. Hierdurch sollte die Klägerin u.a. zu einer örtlichen Änderung gezwungen werden. Bei Ausspruch der Kündigungen gab es freie Arbeitsplätze im Unternehmen der Beklagten. Die Klägerin hatte sich nicht auf die freien Stellen beworben und klar signalisiert, eine dauerhafte Tätigkeit an einem dieser anderen Standorte komme für sie nicht in Betracht. Die seitens der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen wurden von den Vorinstanzen für unwirksam gehalten. Gleiches galt für den Auflösungsantrag.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG hat die Revision zurückgewiesen. Die Beendigungs- und Änderungskündigungen waren aufgrund der ordentlichen Unkündbarkeit der Klägerin unwirksam. Auch die außerordentlichen Kündigungen mit Auslauffristen waren unwirksam. Das BAG lässt offen, ob überhaupt Raum für die Rechtsfigur einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit Auslauffrist besteht, sofern tariflicher Sonderkündigungsschutz vorliegt. Es fehlte jedenfalls bereits am wichtigen Grund und an einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG. Ein **wichtiger Grund** i.S.d. Tarifvertrags, dessen Inhalt sich nach § 626 Abs. 1 BGB richtet, scheidet schon deswegen aus, weil die Beklagte es versäumt hatte, der Klägerin ein **konkretes Vertragsangebot** für die freien Arbeitsplätze im Unternehmen zu unterbreiten. Zweifel daran, ob die Klägerin ein solches angenommen hätte, lassen das Erfordernis des konkreten Angebots nicht entfallen. Die vorgetragenen Umstände zur **Betriebsänderung** bezogen sich zudem auf das Unternehmen und nicht ausreichend klar auf den **Betriebsbereich**, in dem die Klägerin zuletzt tätig war.

Die weitere ordentliche Änderungskündigung, gestützt auf eine Umstrukturierung als wichtiger Grund für die Kündigung, war ebenfalls unwirksam. Nach dem BAG gelten für das Vorliegen eines wichtigen Grundes bei einer Änderungskündigung gegenüber §§ 1, 2 Satz 1 KSchG verschärfte Maßstäbe. Danach muss der Arbeitgeber bereits im Rahmen seiner **Darlegung** aufzeigen, dass und in welchem Umfang bei Erstellung des unternehmerischen Konzepts bestehende **Kündigungsbeschränkungen** berücksichtigt wurden und weshalb trotz aller zumutbarer Anstrengungen und einer Be-

schränkung auf das unbedingt erforderliche Maß die vertragliche Änderung **zwingend erforderlich** ist. Bereits der insoweit fehlende Vortrag führt zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Der Auflösungsantrag war in Bezug auf die fristlosen Kündigungen bereits unzulässig; soweit er sich auf die ordentliche Kündigung bezog, war er unbegründet, da bei ordentlicher Unkündbarkeit die Unwirksamkeit der Kündigung nicht nur aus bestehender Sozialwidrigkeit folgen kann.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG lässt offen, ob überhaupt Raum für die Rechtsfigur einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit Auslauffrist besteht, sofern tariflicher Sonderkündigungsschutz vorliegt.

Beraterhinweis: Die Vereinbarung vertraglichen Kündigungsschutzes gegenüber ordentlichen Kündigungen sollte aus Arbeitgebersicht stets nur letztes Mittel sein. Ist entsprechender Schutz gegeben, so erfordert die betriebsbedingte Änderungskündigung aus wichtigem Grund detaillierten Vortrag dazu, dass und wie der bestehende Kündigungsschutz beim unternehmerischen Konzept Berücksichtigung gefunden hat und weshalb die entsprechenden Änderungen alternativlos und unverzichtbar waren. ◁

RA Dr. Henning Hülbach, Schlütter Debatin Bornheim, Köln

Arbeitnehmerstatus eines redaktionellen Mitarbeiters

Bei programmgestaltenden Mitarbeitern wirkt die Einbindung in ein festes Programmschema sowie die Vorgabe eines Programmverlaufs nicht statusbegründend. Auch die Anwesenheit zu feststehenden Zeiten vor und nach der Sendung schließt ein freies Mitarbeiterverhältnis regelmäßig nicht aus. Das gilt ebenso für die notwendige Teilnahme an zeitlich festgelegten Redaktionskonferenzen.

BAG, Urt. v. 20.5.2009 – 5 AZR 31/08
(Sächsisches LAG – 8 Sa 39/06)
BGB § 611; HGB § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2

Das Problem: Der Kläger ist Diplom-Journalist und war seit 1995 regelmäßig als Nachrichtenredakteur und Berichterstatter für verschiedene Fernsehredaktionen der Beklagten, einer öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Fernsehanstalt, tätig. Der Kläger musste bei der Beklagten u.a. zu bestimmten Zeiten seine Tätigkeit aufnehmen und an Redaktionskonferenzen teilnehmen. Seine Beiträge wurden auf Wunsch des Chefs vom Dienst geändert. Der Kläger war auch in den Dienstplänen der Beklagten eingeteilt, wobei er seine Einsatzwünsche mit einer mehrmonatigen Vorlaufzeit mitteilen konnte. Nachdem die Beklagte den Kläger nicht mehr einsetzte, begehrte dieser mit seiner Klage die Feststellung, dass ein Arbeitsverhältnis bestehe.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG hat das teilweise klagestattgebende Urteil des LAG aufgehoben und die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen. Der Kläger sei als **programmgestaltender Mitarbeiter** nach den bisherigen Feststellungen freier Mitarbeiter. Die **Einbindung in ein festes Programmschema** und die Vorgabe eines Programmverlaufs seien nicht statusbegründend. Auch die **Anwesenheit zu feststehenden Zeiten** vor und nach der Sendung schließe ein freies Mitarbeiterverhältnis nicht aus. Das gelte ebenso für die notwendige Teilnahme an zeitlich festgelegten Redaktionskonferenzen. Selbst gelegentliche inhaltliche Änderungen der Textvorschläge des programmgestaltenden Mitarbeiters seien nicht geeignet, dem Rechtsverhältnis das Gepräge zu geben. Auch ein freier Mitarbeiter sei nicht in jeder Hinsicht frei.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG verfestigt seine großzügige Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Status eines programmgestaltenden Mitarbeiters. Programmgestaltende Mitarbeiter sind insbesondere **Moderatoren**, **Regisseure**, **Redakteure** etc. Nicht zu den programmgestaltenden Mitarbeitern gehören dagegen das betriebstechnische Personal und das Verwaltungspersonal sowie diejenigen, die zwar bei der Verwirklichung des Programms mitwirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss darauf haben.

Beraterhinweis: Die Entscheidungen des BAG zum Status von programmgestaltenden Mitarbeitern betreffen typischerweise die Mitarbeit in öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten. Die Grundsätze sind jedoch auch bei **privaten Radio- und Fernsehunternehmen** anwendbar. Der Arbeitgebervertreter sollte auf eine Statusklage mit einer Hilfswiderklage auf Rückzahlung der Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Honorar und der geringeren Vergütung eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Betrieb reagieren. Einem zu hohen Rückzahlungsrisiko kann der Arbeitnehmervertreter entgegenwirken, indem er den Status zunächst nur für einen begrenzten Zeitraum geltend macht. ◁

RA Dr. Sascha Schewiola, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Köln

Konkretisierung von Arbeitsvertragsbedingungen

Wird ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber – auch längere Zeit – unter Überschreitung der vertraglich vorgesehenen Arbeitszeit eingesetzt, beinhaltet dies für sich genommen noch keine einvernehmliche Vertragsänderung.

BAG, Urt. v. 22.4.2009 – 5 AZR 133/08
(LAG Hamm – 8 Sa 787/07)
BGB § 315

Das Problem: Die Entscheidung betrifft die Voraussetzungen einer stillschweigenden Vertragsänderung. Der Kläger war seit 1976 als Lagerverwalter tätig. Anfang 1988 wurde er zusätzlich mit dem Öffnen und Schließen der Werkstore vor und nach Dienstbeginn beauftragt.

Durch diese Tätigkeit fielen regelmäßig 30 Minuten als Überstunden an, die der Arbeitgeber zuletzt mit monatlich 200 € brutto zusätzlich vergütete. Im Mai 2006 entzog der Arbeitgeber dem Kläger den Schließdienst und stellte die Zahlung von Überstundenvergütung ein.

Der Kläger machte geltend, dies sei unwirksam. Es habe sich nicht um Überstunden, sondern um eine dauerhafte Verlängerung der Wochenarbeitszeit gehandelt. Der Entzug der Aufgabe entspreche auch nicht billigem Ermessen. Die Umverteilung der Arbeit führe zur übermäßigen Belastung anderer Arbeitnehmer.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Nach Auffassung des BAG konnte der Arbeitgeber dem Kläger die Zusatzaufgabe „Schließdienst" kraft seines Weisungsrechts ohne Änderungskündigung entziehen. Die Arbeitsvertragsparteien hätten nicht stillschweigend eine Verlängerung der Wochenarbeitszeit vereinbart. Eine solche Vereinbarung sei zwar grds. zulässig. Allein aus der Tatsache, dass der Kläger eine Zusatzaufgabe 18 Jahre lang verrichtet habe, lasse sich ein entsprechender Vertragsinhalt aber nicht ablesen. Hinzukommen müsse, dass aufgrund besonderer Umstände die Annahme gerechtfertigt sei, der Arbeitgeber habe sich entsprechend binden wollen. Der tatsächlichen Beschäftigung über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus komme jedoch ein dahingehender rechtsgeschäftlicher Erklärungswert nicht zu, zumal der Schließdienst in der Abrechnung stets als Überstunden bezeichnet worden sei, was auf eine vorübergehende Natur schließen lasse.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG hält an seiner Rechtsprechung fest, dass eine Änderung des Inhalts des Arbeitsvertrags auch stillschweigend vereinbart werden kann. Hierfür muss allerdings ein entsprechender rechtlicher Bindungswille des Arbeitgebers erkennbar sein.

Beraterhinweis: Das Argument des Arbeitgebers, die Neuorganisation des Schließdienstes führe zu größerer Wirtschaftlichkeit, ließ das BAG ohne weiteres gelten, da die betriebliche Organisation als solche keiner arbeitsgerichtlichen Kontrolle unterliegt. ◁

RA FAArbR Dr. Ulrich Boudon, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Köln

Teilwiderruf einer Unterstützungskassenversorgung/Mitbestimmung

Schöpft der Arbeitgeber beim Widerruf einer Unterstützungskassenversorgung die Grenze des rechtlich Möglichen voll aus, ist die Zustimmung des Betriebsrats nicht erforderlich. Eine gesetzliche Nachwirkung der Betriebsvereinbarung scheidet aus.

BAG, Urt. v. 9.12.2008 – 3 AZR 384/07
(LAG München – 11 Sa 720/06)
BetrVG §§ 77 Abs. 6, 87 Abs. 1 Nr. 8; BetrAVG § 1

Das Problem: Der Arbeitgeber hatte dem Arbeitnehmer eine Versorgungszusage gemäß der Satzung und den Richtlinien eines Unterstützungsvereins aus dem Jahre 1962 erteilt. 1978 schloss der Arbeitgeber mit dem Gesamtbetriebsrat eine Gesamtbetriebsvereinbarung zur „Änderung der Satzung und Richtlinien". Diese sah eine dreimonatige Kündigungsfrist und eine Nachwirkung bis zum Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung vor.

1991 kündigte der Arbeitgeber die Betriebsvereinbarung sowie die Satzung und Richtlinien des Unterstützungsvereins und widerrief die zugesagten Leistungen für alle zukunftsbedingten Zuwächse dem Grund und der Höhe nach. Das ArbG München stellte 1993 in einem Beschlussverfahren fest, dass die Gesamtbetriebsvereinbarung aufgrund der Nachwirkung fortgilt. Der Arbeitnehmer war der Meinung, dass der (Teil-)Widerruf der Versorgungszusage ihm gegenüber unwirksam sei. Er stützte sich insbesondere darauf, dass die Betriebsvereinbarung aus dem Jahre 1978 nachwirke und der Arbeitgeber die Mitbestimmungsrechte des Gesamtbetriebsrats missachtet habe.

Die Entscheidung des Gerichts: Anders als die Vorinstanzen folgte das BAG der Argumentation des Arbeitnehmers nicht. Das BAG ging davon aus, dass der Gesamtbetriebsvereinbarung nicht die Qualität einer Anspruchsnorm zukam, sondern diese **nur punktuell** den Inhalt der durch die Unterstützungskasse abzuwickelnden betrieblichen Altersversorgung änderte. Sie beseitigte **nicht** das **Recht** des Arbeitgebers, die zugesagte Versorgung zu **widerrufen**. Der Betriebsrat hatte auch **kein Mitbestimmungsrecht** nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Diese Vorschrift eröffnet nur ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Form, der Ausgestaltung und der Verwaltung der Sozialeinrichtung. Die Reduzierung des Dotierungsrahmens führt nur dann zu einem Mitbestimmungsrecht, wenn dadurch die Verteilungsgrundsätze geändert werden. Hier beseitigte der Arbeitgeber die Besitzstände der Arbeitnehmer vollständig. Raum für eine Neuverteilung verblieb nicht mehr.

Allerdings konnte nach Ansicht des BAG die Kündigung der Betriebsvereinbarung aufgrund der durch das ArbG rechtskräftig festgestellten Nachwirkung nicht zum Fortfall der Ansprüche des Arbeitnehmers führen. Das BAG prüfte daher weiter, ob ein wirksamer **individualrechtlicher Widerruf** der Versorgungsansprüche vorlag. Einem solchen stand die Betriebsvereinbarung nicht entgegen, da das ArbG zur Frage der Wirksamkeit des Widerrufs nicht Stellung genommen hatte und die Voraussetzungen einer gesetzlichen Nachwirkung nicht erfüllt waren. Im Ergebnis hing damit die Entscheidung davon ab, ob der individualrechtliche Widerruf **ordnungsgemäß erklärt** wurde und **tragfähige Widerrufsgründe** vorlagen. Da es hierzu noch weiterer Feststellungen des LAG bedurfte, verwies das BAG das Verfahren zurück.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung bestätigt, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG und damit auch eine gesetzliche Nachwirkung ausscheidet, soweit der Arbeitgeber bei der Kürzung des Dotierungsrahmens die Grenzen des rechtlich Möglichen ausschöpft und kein Verteilungsspielraum mehr besteht. Die Voraussetzungen für den Widerruf einer Versorgungszusage unter Beachtung der

Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit müssen jedoch unabhängig davon vorliegen.

Beraterhinweis: Das BAG gelangte bei der Auslegung der Betriebsvereinbarung wie auch bereits in einem früheren ähnlich gelagerten Fall (BAG, Urt. v. 27.8.1986 – 3 ABR 38/95) zu dem Ergebnis, dass nur einzelne Neuregelungen festgelegt werden sollten, und sprach der Betriebsvereinbarung die Qualität einer Anspruchsnorm ab. Nicht ganz nachvollziehbar ist allerdings vor diesem Hintergrund das Argument das BAG, dass die Kündigung der Betriebsvereinbarung **wegen der vertraglichen Nachwirkung** nicht zum Wegfall der Ansprüche des Arbeitnehmers führen konnte. Generell gilt: Die Begründungsform der Zusage ist auch für ihre Änderung entscheidend. So kann etwa eine individualrechtliche Zusage nicht durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung abgelöst werden. ◁

RAin FAinArbR Dr. Christina Suberg, Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes Faltermeier Staudacher, München

Kollektives Arbeitsrecht

Altersgruppenbildung in Sozialplänen

Eine Sozialplanregelung, nach der sich die Abfindungshöhe an der Betriebszugehörigkeit orientiert, verstößt nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Dies gilt ebenso für eine Differenzierung wegen des Lebensalters, wenn die Regelung darauf abhebt, dass Arbeitnehmer, ggf. nach dem Bezug von Arbeitslosengeld, die gesetzliche Rente in Anspruch nehmen können.

BAG, Urt. v. 26.5.2009 – 1 AZR 198/08
(LAG Berlin-Brandenburg – 19 Sa 1416/07)
AGG §§ 7 Abs. 2, 10 Abs. 3 Nr. 6

Das Problem: Ein Sozialplan enthält eine Regelung, wonach sich die Abfindung für bis zu 59-jährige Mitarbeiter nach der Formel „Faktor 1,4 x volle Beschäftigungsjahre x Bruttomonatseinkommen“ berechnet. Ältere Mitarbeiter sollen stattdessen für jeden bis zum 63. Lebensjahr fehlenden Monat 1.700 € erhalten zzgl. einer Zahlung von 20.000 €. Stichtag für die Berechnung des Alters und der Betriebszugehörigkeit ist nach dem Sozialplan der **30.6.2006**. Beide Parteien gehen – wie die Vorinstanzen – für den im **August 1946** geborenen Arbeitnehmer davon aus, dass dieser nach dem Sozialplan nicht unter die Regelung für bis zu 59-Jährige fällt, sondern nur die Abfindung für ältere Arbeitnehmer beanspruchen kann. Der Arbeitnehmer macht geltend, die Differenzierung zwischen den bis zu 59-jährigen und den älteren Arbeitnehmern verstoße gegen das **Verbot der Altersdiskriminierung**, weshalb er unter die Regelung für bis zu 59-Jährige falle.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG gibt dem Arbeitnehmer recht, weil dieser nach der Stichtagsregelung unter die Regelung für bis zu 59-Jährige falle. Der im August 1946 geborene Arbeitnehmer hätte am 30.6.2006, dem im Sozialplan festgelegten Stichtag, das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet.

Die Sozialplanregelung, wonach sich die Abfindung mit zunehmender Betriebszugehörigkeit erhöhe, verstoße auch nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Das **Ansteigen von Abfindungen mit zunehmender Betriebszugehörigkeit** führe zwar regelmäßig zu einer mittelbaren **Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer** i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG. Dies sei jedoch durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gedeckt, der eine an die Betriebszugehörigkeit anknüpfende Berechnungsformel gestatte und insoweit auch gemeinschaftsrechtskonform sei.

Der Sozialplan sei auch nicht insgesamt gem. § 7 Abs. 2 AGG wegen Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung unwirksam. Zwar sei mit der **an das Alter anknüpfenden Regelung**, nach der über 59 Jahre alte Arbeitnehmer einen geringeren Abfindungsanspruch hätten, eine unmittelbare **Ungleichbehandlung wegen des Lebensalters** verbunden. Diese Gruppenbildung sei aber von § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gedeckt. Auch sei der auf die Vollendung des 60. Lebensjahres festgelegte Stichtag sachgerecht. So seien nach dem am 30.6.2006 geltenden Recht die über 59 Jahre alten Arbeitnehmer nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I ohne zeitliche Lücke i.S.v. § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG rentenberechtigt gewesen.

Konsequenzen für die Praxis: Vorliegend handelt es sich um die **erste Entscheidung** des **BAG** zu **Altersregelungen in Sozialplänen** auf der Grundlage des am 18.6.2006 in Kraft getretenen **AGG**. Demgegenüber ist das Urteil des BAG vom 11.11.2008 (BAG, Urt. v. 11.11.2008 – 1 AZR 475/07, MDR 2009, 335), das eine wegen vorgezogener Altersrente reduzierte Sozialplanabfindung betraf, noch auf der Basis allgemeiner Diskriminierungsverbote ergangen.

Beraterhinweis: Ob § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG auch eine Ungleichbehandlung zulässt, wenn zwischen dem Bezug von **Arbeitslosengeld I** und dem **frühestmöglichen Rentenbeginn** eine **zeitliche Lücke** entsteht, lässt das BAG offen. Dies ist in jedem Fall zu verneinen, sofern der Sozialplan hierfür keinen finanziellen Ausgleich vorsieht (vgl. *Krieger/Steffen*, NZA 1153, 1157). Zulässig ist es jedoch, Arbeitnehmer, die im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf eine (vorgezogene) Altersrente haben, von Sozialplanleistungen auszuschließen. ◁

RAin FAinArbR Ursel Kappelhoff, FPS Rechtsanwälte & Notare, Hamburg

Anrechnung von Tarifgehaltserhöhung auf übertarifliche Zulage

Rechnet der Arbeitgeber eine zweistufige Tarifgehaltserhöhung unterschiedlich an, verbleibt ihm ein Spielraum in der Lohngestaltung, der das

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auslöst.

BAG, Urt. v. 10.3.2009 – 1 AZR 55/08
(LAG Hamm – 14 Sa 1415/07)
BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 10

Das Problem: Der tariflich beschäftigte Kläger bezieht eine übertarifliche Zulage. Nachdem die Tarifpartner eine Einmalzahlung sowie eine Erhöhung des monatlichen Tarifgehalts vereinbart hatten, zahlte der Arbeitgeber erstere ungekürzt aus und rechnete letztere vollumfänglich an, ohne jedoch den Betriebsrat zu beteiligen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit in diesem praktisch sehr häufigen Fall der zweistufigen Tarifgehaltserhöhung ein **Gesamtkonzept** in den unterschiedlichen Anrechnungsvorgängen zu sehen ist. Der Kläger beruft sich auf die kollektivrechtliche Unwirksamkeit der Anrechnung und fordert die komplette übertarifliche Vergütung aus § 611 Abs. 1 BGB (i.V.m. der Zulagen-Zusage des Arbeitgebers).

Die Entscheidung des Gerichts: Die Revision der Beklagten wird vom BAG zurückgewiesen. Das Gericht erklärt die Anrechnung der prozentualen Tarifgehaltserhöhung auf die übertarifliche Zulage für unwirksam, da sie das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verletze, und bestätigt damit seine ständige Rechtsprechung. Unter Bezugnahme auf diesen Maßstab sah das Gericht im vorliegenden Fall ein Gesamtkonzept der Lohnpolitik des Arbeitgebers als gegeben an. Durch die nur teilweise Anrechnung zeitlich nah aufeinanderfolgender Tariferhöhungen nahm der Arbeitgeber hier diesen **Gestaltungspielraum** wahr und löste damit das Mitbestimmungsrecht aus. Da sich die Anrechnung jedenfalls kollektivrechtlich als unwirksam erwies, kam es nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung auf ihre individualrechtliche Zulässigkeit nicht an. Somit konnte das Vorbringen der Beklagten, die Anrechnung sei aufgrund des ausdrücklich vereinbarten Anrechnungsvorbehalts individualrechtlich wirksam, nichts ausrichten.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung enthält einen **Leitfaden** für die Ausgestaltung einer Anrechnung auf übertarifliche Zulagen insbesondere bei Tariferhöhungen in mehreren Schritten. Für die Annahme eines **Gesamtkonzepts**, das einen Gestaltungsspielraum und damit ein Mitbestimmungsrecht eröffnet, spricht die Umsetzung einer insgesamt einheitlichen Tariferhöhung durch mehrere Anrechnungen in kurzen Zeitabständen. Hieran fehlt es nur, wenn die Entscheidungen des Arbeitgebers vollständig losgelöst voneinander sind und die Anrechnung jeweils die volle Zulage aufzehrt.

Beraterhinweis: Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber nach Ansicht des BAG auch dann ein Gesamtkonzept der Lohngestaltung verfolgen kann, wenn er auf den ersten Blick voneinander unabhängige Entscheidungen trifft. Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn die beiden Ereignisse nach Zeitablauf und Anlass deutlich getrennt werden können. Festzuhalten bleibt zudem, dass der Arbeitgeber auch hier mitbestimmungsfrei nur über das „Ob“ einer Maßnahme entscheiden kann, bei der Frage des „Wie“ jedoch den Betriebsrat zu beteiligen hat. Bezogen auf den Fall der Tarifgehaltserhöhungen bedeutet dies, dass die vollständige Anrechnung mitbestimmungsfrei ist, eine teilweise Anrechnung dagegen zu einer zwingenden Mitbestimmung führt. ◁

RA FAArbR Axel Braun, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

Zustimmungserfordernis des Betriebsrats zur Kündigung

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen dürfen gem. § 102 Abs. 6 BetrVG nur im Rahmen einer Betriebsvereinbarung erweitert werden. Eine einzelvertragliche Abrede, der zufolge die Wirksamkeit einer Kündigung von der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats abhängt, ist daher unzulässig.

BAG, Urt. v. 23.4.2009 – 6 AZR 263/08
(LAG Düsseldorf – 9 Sa 1221/07)
BetrVG § 102 Abs. 6; BGB § 139

Das Problem: Der Arbeitgeber und der später klagende Arbeitnehmer hatten eine **einzelvertragliche Vereinbarung** geschlossen. Danach verzichtete der Arbeitnehmer auf tarifliche Sonderzahlungen und als „Gegenleistung“ sollten **Kündigungen** im Jahre 2006 der **Zustimmung des Betriebsrats** nach § 102 BetrVG bedürfen. Eine korrespondierende Betriebsvereinbarung gab es nicht. Nachdem über das Vermögen des Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, kündigte der Insolvenzverwalter dem Arbeitnehmer. Der Betriebsrat war zuvor zwar angehört worden, hatte jedoch nicht zugestimmt. Der Kläger hielt die Kündigung aufgrund der einzelvertraglichen Abrede für unwirksam.

Die Entscheidung des Gerichts: Während das LAG sich der Auffassung des Klägers anschloss, verwies das **BAG** den Rechtsstreit zurück. Die **Vereinbarung** sei **nichtig**. Es fehle an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, um die Beteiligungsrechte des Betriebsrats einzelvertraglich zu erweitern. Denn § 102 Abs. 6 BetrVG eröffne diese Möglichkeit lediglich den Betriebsparteien – und zwar durch Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung. Die Arbeitsvertragsparteien seien rechtlich nicht befugt, das Verhältnis der Betriebsparteien untereinander zu regeln. Das gelte unabhängig davon, ob die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beschränkt oder erweitert werden sollen. Anderenfalls könnte eine sachgerechte Ausübung der Beteiligungsrechte durch entgegenstehende individualrechtliche Vereinbarungen erschwert oder gar unmöglich werden.

Die Nichtigkeit der Vereinbarung erfasse im Zweifel auch den Verzicht auf die tariflichen Sonderzahlungen. Da das LAG – aus seiner Sicht folgerichtig – nicht geprüft habe, ob die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung vorlägen, sei der Rechtsstreit insoweit zurückzuverweisen.

Konsequenzen für die Praxis: Der Entscheidung des BAG ist zuzustimmen. Zwar scheint sie auf den ersten

Blick dem Günstigkeitsprinzip zu widersprechen. Vorliegend gab es jedoch keine günstigere individualrechtliche Zusage im Verhältnis zu einer kollektiven Regelung; vielmehr lag eine Erweiterung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats ohne kollektive Regelung vor. Eine solche Erweiterung stellt keine günstigere Regelung, sondern eine schlichte Umgehung der gesetzlichen Vorgaben dar.

Beraterhinweis: Ähnlich wie im vorliegenden Fall werden gerade in **krisenhaften Situationen** häufig **Vereinbarungen** mit den Arbeitnehmern oder den Betriebsparteien über Stundungen, Verzichte oder sonstige „Sanierungsbeiträge" geschlossen. Soweit sie einen individualrechtlichen **Verzicht** auf Rechte aus einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag enthalten, bedarf es der ausdrücklichen **Zustimmung** des **Betriebsrats** bzw. der vertragsschließenden **Gewerkschaft**. Diese sich aus den §§ 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG, 4 Abs. 4 TVG ergebenden Beschränkungen werden in der Praxis nicht selten übersehen. Die hier vorgestellte Entscheidung des BAG macht deutlich, dass bei derartigen Individualvereinbarungen auch geprüft werden muss, ob sie generell wegen eines Verstoßes gegen die zwingenden Vorgaben des BetrVG nichtig sind. Die in der Praxis häufig vorkommenden zeitlich befristeten arbeitgeberseitigen Kündigungsbeschränkungen als Gegenleistung für den Sanierungsbeitrag des Arbeitnehmers bleiben jedoch auch nach dieser Entscheidung zulässig. ◁

RA FAArbR Prof. Dr. Stefan Lunk, Latham & Watkins LLP, Hamburg

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Festlegung der Betriebssprache

Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wenn der Arbeitgeber Englisch statt Deutsch als betriebliche Sprache vorgeben möchte.
Der Arbeitgeber ist nicht nach § 184 GVG und § 23 VwVfG verpflichtet, Deutsch als Betriebssprache vorzugeben.

LAG Köln, Beschl. v. 9.3.2009 – 5 TaBV 114/08
(ArbG Bonn – 2 BV 323/08)
BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 1

Das Problem: Die Parteien streiten über die Einrichtung einer Einigungsstelle. Die Antragsgegnerin, ein Unternehmen, beschloss im September 2008 Kriterien und Regeln über die Verwendung der englischen Sprache. Zudem verschickte sie eine **unternehmensweit erscheinende Publikation** ausschließlich auf Englisch. Ein Konzernvorstandsmitglied verschickte daraufhin ein **internes Rundschreiben**, in dem er äußerte, dass er gutes Englisch bei Mitarbeitern in den Personalfunktionen voraussetze. Auch **Mitarbeiterinformationen** für die IT-Beschäftigten wurden auf Englisch verfasst. Die Antragstellerin, der Gesamtbetriebsrat der Antragsgegnerin, erstritt vor dem ArbG Bonn die Einrichtung einer Einigungsstelle mit dem Verhandlungsgegenstand:"Betriebssprache Deutsch und/oder Englisch".

Die Entscheidung des Gerichts: Die Beschwerde der Antragsgegnerin blieb erfolglos. Der (Gesamt-)Betriebsrat hat nach Auffassung des LAG bei der Vorgabe der Betriebssprache ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, da eine solche Regelung das Ordnungsverhalten im Betrieb betreffe. Die Vorschriften des § 184 GVG und § 23 VwVfG stünden der Einführung der Betriebssprache Englisch dabei nicht entgegen, da sie **nur Regelungen zum gerichtlichen bzw. behördlichen Verfahren** enthielten. Nach Auffassung des Gerichts lag auch **kein fehlendes Regelungsbedürfnis** vor. Der Auffassung der Antragsgegnerin, die Betriebssprache sei ohnehin Deutsch, hielt das Gericht entgegen, dass sich aus den Gesamtumständen deutlich ergebe, dass die Antragsgegnerin eine grundlegende Erwartung bzgl. des englischen Sprachgebrauchs habe.

Konsequenzen für die Praxis: Dem Arbeitgeber ist es nicht grundsätzlich verwehrt, Englisch als Sprache der betrieblichen Kommunikation einzuführen. Dabei ist zwischen der „Arbeitssprache", d.h. einzelnen arbeitsplatzbezogenen Anweisungen, und der „Betriebssprache" zu unterscheiden. Einzelne englischsprachige Anweisungen führen danach für sich genommen noch nicht zu einem Mitbestimmungsrecht. Das Gericht zog auch nicht die englische Leitungssprache im Konzern zur Begründung eines Mitbestimmungsrechts heran, so dass eine solche nicht zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG führt.

Beraterhinweis: Gerade für internationale Konzerne ist es aus Vereinfachungsgründen oft von Vorteil, die interne Kommunikation auf Englisch zu führen. Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, dass dies Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auslöst. Zwar genügen dafür noch nicht einzelne Arbeitsanweisungen; diese können allerdings in Kombination mit – in internationalen Konzernen nicht unüblichen – unternehmensweiten englischsprachigen Publikationen zu einem Regelungsbedürfnis auf Seiten des Betriebsrats führen. ◁

RAin FAinArbR Dr. Jessica Ohle, Kliemt & Vollstädt, Berlin

Tarifzuständigkeit einer nach Berufsgruppen organisierten Gewerkschaft

Jede Gewerkschaft legt den Umfang ihrer Tarifzuständigkeit in ihrer Satzung selbst und autonom fest. Umstände, die in der Satzung keinen Niederschlag gefunden haben, sind für die Bestimmung des Organisationsbereichs ohne Bedeutung. Eine über den Satzungsinhalt hinausgehende ungeschriebene Annex-Zuständigkeit besteht nicht.

BAG, Beschl. v. 10.2.2009 – 1 ABR 36/08
(LAG Hamburg – 4 TaBV 4/05)
GG Art. 9 Abs. 1 u. 3; TVG § 2

Das Problem: Strittig ist die Zuständigkeit der Gewerkschaft DHV für Tarifabschlüsse mit dem Deutschen Roten Kreuz (DRK). Gemäß ihrer Satzung ist die DHV „eine Gewerkschaft der Arbeitnehmer **insbesondere in kaufmännischen und verwaltenden Berufen**“. Ein Landesverband der DHV schloss einen Tarifvertrag mit einer DRK-Tarifgemeinschaft. Ver.di bestreitet die Tarifzuständigkeit der DHV. Diese sei ausschließlich zuständig für Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen, nicht aber für Arbeitnehmer von karitativen Einrichtungen und solchen des Gesundheitswesens. Die DHV beruft sich dagegen auf eine Annex-Zuständigkeit für andere als die in der Satzung genannten Berufsgruppen.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG verneint eine Tarifzuständigkeit der DHV für den Bereich des DRK. Die Gewerkschaft ist ausschließlich für Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen tarifzuständig, da die Satzung nur bei einem solchen Verständnis hinreichend bestimmt und wirksam ist. Eine „Annex-Zuständigkeit“ für andere Arbeitnehmer besteht nicht. Angesichts der Satzungsautonomie der Gewerkschaften besteht für eine solche Rechtsfigur kein Bedürfnis.

Jede Vereinigung legt ihren **Organisationsbereich** in ihrer Satzung autonom fest. Der Umfang muss dabei eindeutig bestimmt sein, weil er für Mitglieder, Verbandsorgane und Dritte die Grenze wirksamen Handelns der Vereinigung festlegt. Die **Auslegung der Satzung** ergibt hier, dass die DHV für Arbeitnehmer in anderen als kaufmännischen oder verwaltenden Berufen nicht tarifzuständig ist. Zwar kann der Begriff „insbesondere“ auch „vor allem“ oder „im Besonderen“ bedeuten und damit eine bestimmte Teilmenge einer größeren Menge markieren. Hier ist dem Begriff aber die Bedeutung von „besser gesagt“, „genauer“ beizumessen, um die Satzung wirksamkeitserhaltend auszulegen. Die Satzung wäre also so zu lesen, wie wenn sie lautete, die DHV sei „eine Gewerkschaft der Arbeitnehmer, genauer gesagt der Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen“. Ansonsten könnte es zur Existenzvernichtung der DHV kommen, da sich ihre **soziale Mächtigkeit** für eine Allzuständigkeit als nicht ausreichend erweisen könnte.

Eine **Annex-Zuständigkeit** der DHV für andere Berufsgruppen, sofern und soweit sie zugleich für Arbeitnehmer in kaufmännischen und verwaltenden Berufen tätig wird, ist ausgeschlossen. Sie lässt sich mit dem Wortlaut der Satzung nicht vereinbaren. Überdies würde auch diese Lesart zur Unwirksamkeit der Regelung führen, da sie dann nicht hinreichend bestimmt wäre.

Ein wortsinnübersteigendes Satzungsverständnis ist auch nicht wegen der Besonderheiten einer nach dem Berufsgruppenprinzip organisierten Gewerkschaft geboten. Die Tarifzuständigkeit der DHV wird nicht etwa durch einen staatlich gesetzten Zuständigkeitskatalog begrenzt, der um der ungestörten Koalitionsbetätigung willen um eine ungeschriebene Annex-Kompetenz erweitert werden müsste. Der Zuständigkeitsbereich der DHV wird vielmehr ausschließlich durch die in Ausübung ihrer **Satzungsautonomie** von ihr selbst beschlossene Satzung und den für diese geltenden Bestimmtheitsgrundsatz begrenzt.

Konsequenzen für die Praxis: Das BAG bestätigt hiermit seine bisherige Rechtsprechung zu den einzelnen Entscheidungspunkten.

Beraterhinweis: Jede Vereinigung hat darauf zu achten, dass ihr Zuständigkeitsbereich in der Satzung sämtliche Arbeitnehmergruppen umfasst, für die sie tätig werden will. Diese Arbeitnehmergruppen müssen zudem hinreichend konkret beschrieben sein. ◁

RAin FAinArbR Annegret Müller-Mundt, Norton Rose LLP, München

Sonstiges Recht

Zahlungspflicht für außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts bei Kündigung

Weist der Rechtsanwalt seinen Mandanten darauf hin, dass Rechtsschutzversicherungen die Kosten der außergerichtlichen Tätigkeit bei einer Kündigung teilweise nicht übernehmen, liegt keine Pflichtverletzung des Rechtsanwalts vor. Selbst wenn der Hinweis unterbleibt, entsteht dem Mandanten kein Schaden, da die Rechtsschutzversicherung diese Kosten tragen muss.

AG Essen-Borbeck, Urt. v. 23.3.2009 – 6 C 287/08
BGB § 613a; UmwG § 168

Das Problem: Der Arbeitnehmer hatte den Rechtsanwalt nach einer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses mit der außergerichtlichen Vertretung beauftragt, die nicht erfolgreich war. Der Rechtsanwalt hat ggü. dem Mandanten eine 1,3 Geschäftsgebühr (mit Anrechnung von 0,65 auf die Verfahrensgebühr) abgerechnet. In den Mandatsbedingungen hatte er darauf hingewiesen, dass für die außergerichtliche Tätigkeit eine Geschäftsgebühr anfällt und diese von einzelnen Rechtsschutzversicherungen nicht bezahlt wird.

Die Entscheidung des Gerichts: Das AG hat der Zahlungsklage des Rechtsanwalts stattgegeben, da **keine Pflichtverletzung** vorliegt. Der Rechtsanwalt hat auf die Geschäftsgebühr und die Praxis der Rechtsschutzversicherungen hingewiesen. Selbst wenn diese Belehrung unterblieben wäre, wäre **kein Schaden** eingetreten, da die Rechtsschutzversicherung die Kosten übernehmen muss. Nach § 17 Abs. 5c) cc) ARB 2000 muss der Versicherungsnehmer alles vermeiden, was eine unnötige Erhöhung der Kosten verursachen kann. Diese Voraussetzungen lagen nicht vor, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein außergerichtliches Vorgehen regelmäßig keinen Erfolg hat, sondern auf den Einzelfall abzustellen ist. Der Gesetzgeber **privilegiert außergerichtliche Einigungen**. Bei einer außergerichtlichen Einigung sind die Kosten zudem **niedriger** als bei sofortiger Klageeinreichung und dann erfolgter Einigung. Dies ist „**ex ante**“ zum Zeitpunkt der Beauftragung zu beurteilen.

Konsequenzen für die Praxis: Nach einem jüngst ergangenen Hinweis des BGH (IV ZR 352/07, ArbRB 2009, 253) ist die Obliegenheit zur Vermeidung von unnötigen Kosten wohl wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 BGB **unwirksam**. Ein Anwaltsverschulden ist dem Versicherungsnehmer unter keinem Gesichtspunkt zuzurechnen. Danach trifft die Entscheidung, dass der **Rechtsschutzversicherer die Kosten übernehmen muss, im Ergebnis zu** (s. *Schäder*, „Die Rechtsschutzversicherung im Arbeitsrecht", ArbRB 2007, 304 [307]).

Beraterhinweis: In dem Verfahren hat der Rechtsanwalt seinen Mandanten verklagt, was das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant nicht unbedingt stärkt. Um dies zu vermeiden, kann der Rechtsanwalt dem Mandanten anraten, für ihn **gegen die Rechtsschutzversicherung auf Freistellung** seiner Kosten zu klagen, wenn der Mandant – wie im Regelfall – noch nicht bezahlt hat (s. *Schäder*, ArbRB 2007, 304 [308]). Dies ist wegen der klaren Rechtsauffassung des BGH anzuraten. ◁

RA FAArbR Dr. Gerhard Schäder, Dr. Schäder & Schittko Rechtsanwälte Partnerschaft, München

Rechtsweg bei Schadenersatz für geleastes Firmenfahrzeug

Nimmt ein Versicherungsunternehmen einen Arbeitnehmer auf Schadenersatz für die Beschädigung des vom Arbeitgeber geleasten Firmenfahrzeugs aus übergegangenem Recht des Leasinggebers in Anspruch, ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht gegeben (amtl. LS).

BAG, Beschl. v. 7.7.2009 – 5 AZB 8/09
(LAG Hamm – 2 Ta 538/08)
ArbGG § 2 Abs. 1 Nr. 3d, § 3

Das Problem: Der Beschluss betrifft die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten. Dem beklagten Arbeitnehmer war ein Firmenfahrzeug zur Verfügung gestellt worden, das der Arbeitgeber bei der D GmbH geleast hatte. Das Fahrzeug war Vollkasko versichert und zwar für die D GmbH als Eigentümerin und Versicherte (Versicherung für fremde Rechnung). Der Beklagte verursachte einen Verkehrsunfall, bei dem das Fahrzeug einen Totalschaden erlitt. Die klagende Versicherung erstattete der D GmbH den Fahrzeugschaden abzgl. der Selbstbeteiligung. Vor dem ArbG erhob sie Schadenersatzklage aus übergegangenem Recht der Leasinggeberin gegen den Arbeitnehmer als Unfallverursacher.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG hat auf die zugelassene Rechtsbeschwerde die Entscheidung des LAG aufgehoben und den Rechtsstreit an das LG verwiesen. Eine Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3d ArbGG liege nicht vor. Die von der Klägerin geltend gemachte unerlaubte Handlung stehe zwar mit dem Arbeitsverhältnis des Beklagten im Zusammenhang, da das Fahrzeug dem Beklagten mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis überlassen worden sei. Die Klägerin sei aber nicht die Arbeitgeberin des Beklagten gewesen. Sie sei auch nicht Rechtsnachfolgerin des Arbeitgebers oder anstelle des sachlich berechtigten Arbeitgebers zur Prozessführung befugt (§ 3 ArbGG).

Konsequenzen für die Praxis: Schädigt der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis einen Dritten, ist für dessen Rechtsstreit gegen den Arbeitnehmer der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten und nicht zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben. Dies gilt auch, wenn Betriebsmittel beschädigt werden, die im Eigentum eines Dritten stehen und vom Arbeitgeber bei dem Dritten geleast worden sind. Ist eine Versicherung eintrittspflichtig, gilt nichts anderes. Diese ist nicht Rechtsnachfolgerin des Arbeitgebers, sondern des Dritten.

Beraterhinweis: Das BAG stellt darauf ab, dass bei einer Versicherung für fremde Rechnung (Leasinggesellschaft als Eigentümerin) der Anspruch des Versicherten auf die Versicherung übergeht. Diesen Anspruch machte die Klägerin hier ggü. dem Arbeitnehmer geltend. Sie handelte für Rechnung der D GmbH, nicht für die des Arbeitgebers. Ob im Streitfall sog. Eigen- und Fremdversicherung zusammengetroffen und danach möglicherweise (auch) Ansprüche des Arbeitgebers als Leasingnehmer übergegangen sind, war unerheblich. ◁

RA FAArbR Dr. Ulrich Boudon, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Köln

Abonnenten des ArbRB sparen 30 €

bei jedem Seminartermin:

Outsourcing und Arbeitsrecht, 4.11.2009 in Düsseldorf
▪
Arbeitsrechtliche Gestaltung der Umstrukturierung und Sanierung von Unternehmen, 17.11.2009 in Köln
▪
Aktuelles Arbeitsrecht, 23.11.2009 in Düsseldorf
▪
Teilnahmegebühr je Termin 390 €,
für Abonnenten des ArbRB nur 360 €
▪
Infos und Anmeldung:
www.otto-schmidt.de/seminare

Arbeitsrecht Kompakt

Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis

Drei Jahre AGG: Ein aktueller Rechtsprechungsüberblick

*von RAin FAinArbR Daniela Range-Ditz**

Vor drei Jahren trat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft. Es soll umfassenden Schutz vor Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität vermitteln. Die Vielzahl der zwischenzeitlich zum AGG ergangenen Urteile macht deutlich, dass weiterhin Umsetzungsschwierigkeiten bestehen. Der nachfolgende Beitrag zeigt anhand neuester Entscheidungen den (höchst-)richterlichen Umgang mit den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen, der Beweislastverteilung sowie den Entschädigungs- und Schadenersatzansprüchen auf. Generell zeichnet sich ab, dass die Gerichte „AGG-Hopping" einschränken, umgekehrt aber bei tatsächlich nachgewiesener Diskriminierung beachtliche Schadensersatzansprüche drohen. Die Anforderungen an den Nachweis der Diskriminierung sind zudem weiter abgesenkt worden.

1. Diskriminierungsmerkmale

a) Rasse oder ethnische Herkunft

Die Diskriminierungsmerkmale „Rasse" oder „ethnische Herkunft" spielen in der bisherigen Rechtsprechung eine vergleichsweise kleine Rolle. Beide Begriffe sind bisher nicht eindeutig definiert. Die Gesetzes- wie auch die Richtlinienbegründung stellen nur klar, dass der Begriff der Rasse weit zu verstehen ist und **vorrangig rassistische Tendenzen** zu bekämpfen sind.[1]

Das ArbG Berlin[2] hat einen auf das Diskriminierungsmerkmal „ethnische Herkunft" gestützten Entschädigungsanspruch eines britischen Staatsbürgers zurückgewiesen, der sich – ohne Erfolg – als Mitarbeiter beim Garten- und Landschaftsbaubetrieb beworben hatte. Bereits bei der Vorstellung hatte er mitgeteilt, er verstehe zwar gut deutsch, spreche die Sprache aber nicht so gut.

Das ArbG begründete seine Entscheidung damit, das die **Nichtberücksichtigung** eines ausländischen Stellenbewerbers bzw. eines Bewerbers mit „Migrationshintergrund" **wegen mangelnder Deutsch-Kenntnisse** für sich genommen **keine Benachteiligung** wegen der ethnischen Herkunft sei und keinen Entschädigungsanspruch begründe.[3] Es ginge nicht um die Muttersprache des Bewerbers als Ausdruck seiner ethnischen Zugehörigkeit, sondern um die Sprachkenntnisse in einer anderen Sprache. Insbesondere sei keine unter dem Deckmantel tatsächlicher oder vorgeblicher mangelhafter deutscher Sprachkenntnis daherkommende Ausländerfeindlichkeit zutage getreten.[4]

b) Geschlecht

Da bereits vor Einführung des AGG die §§ 611a, 611b und § 612 Abs. 3 BGB a.F. galten, liegt hierzu schon eine umfangreiche Rechtsprechung vor.

Das LAG Berlin-Brandenburg[5] hat die Diskussion über die Anforderungen an den Nachweis der geschlechtsspezifischen Diskriminierung belebt: Danach kann als Indiz für eine Geschlechtsdiskriminierung bei einer Beförderung für eine Führungsposition (Personalleiter/in eines Unternehmens mit über 1.100 Beschäftigten) eine **Statistik** über die Geschlechtsverteilung auf den einzelnen Hierarchieebenen herangezogen werden. Das LAG hat die Beklagte verurteilt, die **Vergütungsdifferenz** zur Beförderungsstelle i.H.v. monatlich zuletzt 1.467 € **zeitlich unbegrenzt** als Schadensersatz sowie weitere 20.000 € als einmalige Entschädigung wegen der schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung zu zahlen.[6] Das Gericht hielt es für wesentlich, dass bei der Beklagten sämtliche Führungspositionen ausschließlich mit Männern besetzt waren, obwohl immerhin zwei Drittel der Belegschaft Frauen waren. Es führte aus:

Nach § 22 AGG genüge die **Darlegung von Hilfstatsachen**, die ihrerseits ordnungsgemäß unter Beweis gestellt werden müssten. Hierzu reichten nach der Entscheidung des BAG vom 24.4.2008[7] Urkunden, Äußerungen des Arbeitgebers bzw. der für ihn tätigen Vorgesetzen oder sonstige Verfahrenshandlungen aus. Der Arbeitgeber müsse in der zweiten Stufe den vollen Beweis dazu führen, dass die Benachteiligung aus rechtlich zulässigen Gründen erfolgt sei. Er müsse daher einen Grund geltend machen können, der auch unter Berücksichtigung der strengen Vorgaben des AGG einer unzulässigen Diskriminierung entgegenstehen könne.

Entscheidend wird daher sein, ob das vom Arbeitgeber eingewandte **Anforderungsprofil** die fehlende Beförderung oder Einstellung rechtfertigen kann.

Nicht ausreichend für die Vernutungswirkung ist demgegenüber allein die Tatsache der Einstellung eines Bewerbers des anderen Geschlechts, so das LAG Rheinland-Pfalz[8], da es am konkreten Sachvortrag des Klägers

---

* Rechtsanwälte Dr. Ditz und Partner, Rastatt, *www.dr-ditz-rechtsanwaelte.de*.

1 BT-Drucks. 16/1780, 31.
2 ArbG Berlin v. 26.9.2007 – 14 Ca 10356/07.
3 ArbG Berlin v. 26.9.2007 – 14 Ca 10356/07.
4 Ebenso *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (182), HK-AGG/*Däubler*, § 7 Rz. 43,44.
5 LAG Bdb. v. 26.11.2008 – 15 Sa 517/08.
6 LAG Bdb. v. 26.11.2008 –15 Sa 517/08.
7 BAG v. 24.4.2008 – 8 AZR 257/07, NZA 2008, 1351.
8 LAG Rh.-Pf. v. 31.3.2009 – 9 Ta 56/09.

fehle, wonach er eindeutig besser qualifiziert sei als die eingestellte Mitbewerberin.

Ebenso wenig hatte die Berufung eines Mannes Erfolg, der sich für die Tätigkeit eines Erziehers in einem Mädcheninternat auf eine ausdrücklich als solche ausgeschriebene Erzieher**innen**stelle beworben hatte. Das LAG Mainz hat in seiner Entscheidung[9] nach durchgeführter Beweisaufnahme den Entschädigungsanspruch des Klägers abgelehnt.

Eine **merkmalsbezogene Aussage in der Stellenausschreibung** sei nur zulässig, wenn das Differenzierungskriterium wegen Vorliegens einer **Ausnahme oder Rechtfertigungsgründe** verwendet werden dürfe, so das LAG. Zwar löse ein Verstoß hiergegen noch keine Entschädigungsansprüche aus, begründe allerdings eine Vermutung hierfür. Erst dann erfolge gem. § 22 AGG die Beweislastumkehr.

Im Streitfall könne sich das beklagte Land aber erfolgreich auf § 8 Abs. 1 AGG berufen, da das **Geschlecht „unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit“** sei. Eine **Unverzichtbarkeit im engeren Sinn** sei anzunehmen, wenn dem Arbeitnehmer die Erfüllung der geschlechtsneutral formulierten Arbeitsaufgabe tatsächlich oder rechtlich unmöglich sei. Die **Unverzichtbarkeit im weiteren Sinn** liege vor, wenn Beschäftigte eines bestimmten Geschlechts die Arbeitsleistung zwar erbringen könnten, jedoch schlechter als Beschäftigte des anderen Geschlechts, und dieser Qualifikationsnachteil auf biologischen Gründen beruhe.[10]

Hier könne der Kläger zwar abstrakt gesehen die Arbeitsleistung erbringen, jedoch schlechter als eine weibliche Kollegin. Maßgeblich sei, dass zumindest während der Nachtschichten die Erzieherinnen ganz konkrete private, in den Intimbereich führende Zusammenkünfte mit den Mädchen im Alter zwischen 13 und 22 Jahren haben würden. So sei denkbar, dass eine Erzieherin eine nicht auffindbare Schülerin im Sanitärbereich oder den Duschen aufsuchen müsse. Dies führe zwangsläufig dazu, dass die Mädchen sich nicht mehr so frei fühlen könnten, wenn die betreffende Person nicht weiblichen Geschlechts sei. Es sei daher in derartigen Fällen die Scham ggü. dem anderen Geschlecht relevant.[11]

Beraterhinweis: Vor Ausschreibung der Stelle sollte ein Anforderungsprofil mit ausschließlich sachlichen und stellenbezogenen Kriterien schriftlich erstellt werden. Bei der Auswahlentscheidung sollten nur das Anforderungsprofil und das Bewerberprofil gegenübergestellt und verglichen werden. Dieser Entscheidungsprozess sollte möglichst schriftlich dokumentiert werden. Es sollte darüber hinaus stets die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG (zwei Monate) beachtet werden. ◁

c) Religion oder Weltanschauung

Der Begriff „Religion“ umfasst jedes religiöse, konfessionelle Bekenntnis sowie die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder Glaubensgemeinschaft.[12] Demgegenüber ist die Weltanschauung ein subjektiv verbindliches Gedankensystem, das sich mit Fragen nach dem Sinnganzen der Welt befasst, was zu entsprechenden Werturteilen führt; Überzeugungen zu einzelnen Teilaspekten des Lebens genügen insoweit nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht.[13] Da auch hier langjährige Rechtsprechung durch die schon bestehenden Regelungen existiert, kann insbesondere zu der Kopftuchproblematik auf die vom BAG bereits 2002 ergangene Rechtsprechung verwiesen werden.[14]

Umstritten ist, ob eine Ungleichbehandlung wegen der Religion nur bei **kirchennahen Tätigkeiten** gerechtfertigt sein kann. So hat das ArbG Hamburg[15] eine Arbeitgeberin zur Zahlung einer Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG i.H.v. drei Monatsverdiensten verurteilt, weil sie die Bewerberin im Einstellungsverfahren wegen ihrer Religion benachteiligt habe. Der Landesverband des diakonischen Werks hatte eine Stelle für eine/n Sozialpädagogin/en ausgeschrieben. Ferner wurde die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche vorausgesetzt. Die Klägerin, eine deutsche Staatsangehörige türkischer Herkunft, gehörte keiner christlichen Kirche an. Das ArbG Hamburg[16] stellte hierzu fest, dass die konkrete Tätigkeit für das Selbstverständnis der Kirche im Streitfall keine entscheidende Rolle spiele, weil hierzu keine direkte Beziehung bestehe; dies sei vielmehr nur für den sog. **verkündungsnahen Bereich** anzunehmen.

Offen ist, welche Weltanschauungsgemeinschaften vom Diskriminierungsverbot erfasst werden. So ist insbesondere fraglich, ob Scientology eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft darstellt. Das BAG hat bereits 1995 verschiedenen **Scientology-Organisationen** den religiösen Status aberkannt, da bei diesen die religiösen Lehren nur als Vorwand für die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele dienten.[17] Es fehlt jedoch eine europaeinheitliche Handhabung.

Beraterhinweis: Religionsgesellschaften können die Kirchenzugehörigkeit von Bewerbern nur im verkündigungsnahen Bereich verlangen. Daher sollte die Abgrenzung dieser Bereiche deutlich gemacht werden. Problematisch dürfte die Ausschreibung von Stellen sein, die sich der partiellen Pflege des religiösen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben, also beispielsweise die von der katholischen Kirche unabhängigen Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen „Donum Vitae“: Die mit diesen Beratungsstellen verbundene Aufgabenstellung dürfte kaum dem verkündungsnahen Bereich zuzuordnen sein. ◁

d) Behinderung

Eine Behinderung im Sinn des AGG ist eine lang dauernde Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die die Teilhabe am Berufsleben beeinträchtigt.

Die Begriffe **„Behinderung“** und **„Krankheit“** sind **nicht gleich**.[18] Auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH hat das LAG Düsseldorf[19] eine auf § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG i.V.m. § 81 Abs. 2 SGB IX gestützte Zahlungsklage abgewiesen. Die Arbeitgeberin hatte ei-

9 LAG Mainz v. 20.3.2008 – 2 Sa 51/08.
10 BAG v. 14.8.2007 – 9 AZR 943/06, NZA 2008, 99.
11 LAG Mainz v. 20.3.2008 –2 Sa 51/08.
12 *Thüsing*, Sonderbeilage NZA zu Heft 22/2004, S. 10.
13 BVerwG v. 19.2.1992 – 6 C 5/91, NVwZ 1992, 1192.
14 BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, ArbRB 2003, 131 (*Braun*) = NZA 2003, 483; für den öffentlichen Dienst bestätigt durch BVerfG v. 30.7.2003 – 1 BvR 792/03, MDR 2004, 96 = NZA 2003, 959.
15 ArbG Hamburg v. 4.12.2007 – 20 Ca 105/07.
16 ArbG Hamburg v. 4.12.2007 – 20 Ca 105/07.
17 BAG v. 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, DB 1995, 1714.
18 EuGH v. 11.7.2006 – Rs. C-13/05 – „*Sonia Chacón Navas*“, ArbRB 2006, 258 (*Müller*), NZA 2006, 839.
19 LAG Düsseldorf v. 14.5.2008 – 12 Sa 256/08.

nem wegen längerer Fehlzeiten erkrankten Arbeitnehmer aus krankheitsbedingten Gründen gekündigt. Der Arbeitnehmer hatte u.a. auf Entschädigung wegen unzulässiger Benachteiligung aufgrund einer Behinderung geklagt. Das LAG hat klargestellt, dass die erhöhte Krankheitsanfälligkeit des Klägers in Anlehnung an die Definition in der ICF[20] der WHO keine Behinderung darstelle.[21]

Auch das BAG[22] hat schon vor der Anwendbarkeit des AGG klar zwischen Behinderung und Krankheit differenziert:

Behinderung setze einen Grad von mindestens 30 voraus. Ein Entschädigungsanspruch komme in Betracht, wenn der Arbeitgeber zur Zeit seiner Auswahlentscheidung wisse oder wissen müsse, dass der Bewerber mit einem Grad von mindestens 30 behindert sei. Erfahre der Arbeitgeber aber erst nach Ablauf der in der Ausschreibung gesetzten Bewerbungsfrist hiervon, so sei dieser Bewerber nicht mehr zu berücksichtigen.[23]

Ebenso wenig ist nach dem LAG Nürnberg[24] die Anforderung **„flexibel u. belastbar"** in einer Stellenausschreibung ein Indiz für eine Benachteiligung von Bewerbern mit einer Behinderung.

Beraterhinweis: Weiterhin zulässig sind derzeit **Vergünstigungen für Arbeitnehmer**, welche sich durch **geringe Fehlzeiten** auszeichnen. Allerdings muss vermieden werden, dass dadurch behinderte Menschen (sowie Frauen wegen Schwangerschaft und/oder Mutterschaft) benachteiligt werden. ◁

e) Alter

„Alter" meint jedes Lebensalter und schützt sowohl ältere als auch jüngere Arbeitnehmer.[25] Das Alter ist allerdings vielfach Anknüpfungspunkt einer Differenzierung in gesetzlichen, tarifvertraglichen und einzelvertraglichen Regelungen sowie bei Betriebsvereinbarungen. Daher regelt § 10 AGG einen weit reichenden Ausnahmetatbestand. Eine Benachteiligung wegen des Alters ist danach zulässig, wenn diese objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist.

Von besonderem Interesse ist die Entscheidung des BAG vom 6.11.2008[26]: In einem Interessenausgleich und Sozialplan war eine **nach Lebensalter**, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltspflichten differenzierende **Punktetabelle** mit Altersgruppenbildung enthalten. Der 51 Jahre alte Kläger rügte einen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Dem ist das BAG nicht gefolgt:

Die Berücksichtigung des Lebensalters im Punkteschema sowie die Altersgruppenbildung sei zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung; diese sei jedoch **nach § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt**. Die Punktetabelle schütze ältere Arbeitnehmer, die schlechte Chancen auf dem Arbeitsmarkt hätten. Dies sei ein legitimes Ziel, das objektiv und angemessen sei.

Damit hat das BAG auch klargestellt, dass das **AGG** auch im **Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes** gilt. Spannend ist nun, wie sich in diesem Zusammenhang die **„age"-Entscheidung des EuGH** vom 9.3.2009[27] auswirken wird, wonach die staatlich angeordnete Versetzung in den Ruhestand mit 65 altersdiskriminierend sein kann. Entscheidend wird sein, ob eine solche Regelung **Ziele des Allgemeinwohls** verfolgt, die demnach aber nur der Gesetzgeber festlegen kann. Problematisch dürfte die Übertragbarkeit dieser Entscheidung auf das private Arbeitsrecht schon deshalb sein, weil die zugrunde liegende Richtlinie sich als Normbefehl an den Staat wendet. Ferner regelt auch das KSchG wesentliche sozialpolitische Ziele, die der Argumentation des EuGH entgegengehalten werden könnten.

Auch im BAG-Urteil v. 22.1.2009[28] ging es um Altersdiskriminierung: Die Klägerin war Erzieherin in einer durch das Land Berlin betriebenen Kindestagesstätte und wurde mit Vollendung des 40. Lebensjahres aufgrund des Berliner Stellenpool-Gesetzes in den sog. Stellenpool als Landesbehörde versetzt. Das BAG hat der Entschädigungsklage stattgegeben. Dies hat es wie folgt begründet:

Durch den betroffenen Arbeitgeber müsse unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls konkret dargelegt werden, wie die Personalstruktur aussehen solle, warum sie erforderlich sei und wie sie aufgrund der vorgenommenen Personalauswahl hätte erreicht werden sollen. Allein die Berufung auf das Erfordernis der Herstellung einer ausgewogenen Personalstruktur genüge nicht.

Einfacher ist dagegen die Vereinbarung von **altersabhängigen Abfindungen in Sozialplänen**. Das BAG[29] hat anerkannt, dass Betriebsparteien und Einigungsstellen in Sozialplänen geringere Abfindungen für Arbeitnehmer rentennaher Jahrgänge vorsehen können, die nach einem relativ kurzen, vollständig oder überwiegend durch den Bezug von Arbeitslosengeld überbrückbaren Zeitraum Anspruch auf eine gesetzliche Altersrente haben. Danach ist eine Gruppenbildung insbesondere dann sachlich gerechtfertigt, wenn diese sich erkennbar an den wirtschaftlichen Nachteilen orientiert, welche die Arbeitnehmer durch den Verlust des Arbeitsplatzes zu besorgen haben.

Fraglich bleibt die Entwicklung der Rechtsprechung zur Frage der **altersbezogenen Grundvergütung**: Nach Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg und des hessischen LAG[30] ist die Staffelung der Grundvergütung nach dem Lebensalter im BAT eine unzulässige Altersdiskriminierung. Das ArbG Marburg[31] hat eine unterschiedliche Vergütung bei vergleichbarer Tätigkeit für angemessen und legitim gehalten, da die Tarifvertragsparteien die höhere Berufs- und Lebenserfahrung älterer Mitarbeiter zusätzlich finanziell abgelten wollten. Die Lebensaltersstufen des BAT seien zudem aufgrund sozialer Gründe eingeführt worden, weil der öffentliche Arbeitgeber da-

20 Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit.
21 LAG Düsseldorf v. 14.5.2008 – 12 Sa 256/08.
22 BAG v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07.
23 BAG v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07.
24 LAG Nürnberg v. 19.2.2008 – 6 Sa 675/07, NZA–RR 2009, 148.
25 *Thüsing*, Sonderbeilage NZA 2004, Heft 22, 12.
26 BAG v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, MDR 2009, 573 = ArbRB 2009, 128 (*Kappelhoff*).
27 EuGH v. 9.3.2009 – Rs. C–388/07 – *„Age Concern England"*, ArbRB 2009, 97 (*Müller-Mundt*), NZA 2009, 305 ff.
28 BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07.
29 BAG v. 20.1.2009 – 1 AZR 740/07.
30 LAG Berlin-Bdb. v. 22.9.2008 – 20 Sa 2244/07, n.rkr. (Az. beim BAG: 9 AZR 148/09); Hessisches LAG v. 22.4.2009 – 2 Sa 1689/08.
31 ArbG Marburg 26.9.2008, 2 Ca 183/08, n.rkr.

mit seinen Alimentationspflichten gegenüber älteren Mitarbeitern mit typischerweise erhöhten familiären Verpflichtungen und Kosten entspreche.

Beraterhinweis: Die Rechtsprechung zur **Altersdiskriminierung** wird weiterhin einen **Kernbereich** des AGG bilden und sollte daher unbedingt im Blick behalten werden. Abzuwarten bleibt insbesondere, ob vor dem Hintergrund der neuen EuGH-Rechtsprechung auch weiterhin Altersgruppenbildungen bei Sozialplänen zulässig sind. ◁

f) Die sexuelle Identität

Die sexuelle Identität meint die als identitätsprägend wahrgenommene sexuelle Ausrichtung.[32] Dem Merkmal unterfallen homosexuelle, bisexuelle, transsexuelle und zwischengeschlechtliche Menschen.[33]

Die bisher hierzu ergangene Rechtsprechung ist übersichtlich. Das BAG[34] hat einer Klägerin die geltend gemachten Ansprüche versagt, da sie als Schwester des verstorbenen Arbeitnehmers weder Hinterbliebene sei, noch erbrechtlich übergegangene Ansprüche habe. Auch habe mit dem Arbeitnehmer keine eingetragene Lebenspartnerschaft bestanden. Hierbei müsse es sich um eine grds. auf Dauer und Ausschließlichkeit angelegte Verbindung handeln.[35] Mit Urteil vom 11.1.2009 hat das BAG klargestellt, dass eingetragene Lebenspartner in der betrieblichen Altersversorgung hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung Ehegatten gleichzustellen sind.[36] Im Streitfall scheiterte der Anspruch allerdings daran, dass der eingetragene Lebenspartner des Klägers und ehemaliger Arbeitnehmer des Beklagten bereits vor Inkrafttreten des AGG verstorben war.

2. Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach § 15 AGG

Die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 1, 2 AGG können nur innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich bzw. innerhalb von drei Monaten gerichtlich gegen den Arbeitgeber (bzw. den die Bewerbung zurückweisenden potentiellen Arbeitgeber) geltend gemacht werden.[37] Von besonderer Tragweite ist der in **§ 15 Abs. 2 AGG** geregelte Entschädigungsanspruch, da dieser **keine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung** voraussetzt. Ausreichend ist vielmehr ein dem Arbeitgeber zurechenbarer Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Ebenso wenig kommt es auf ein Verschulden des Arbeitgebers oder eines von ihm eingesetzten Erfüllungsgehilfen an.[38] Nur für den Schadensersatzanspruch nach **§ 15 Abs. 1 Satz 2 AGG** wird an ein **Verschulden** des Arbeitgebers oder seines Erfüllungsgehilfen angeknüpft. Diese Tatbestandsvoraussetzung wird jedoch für den Entschädigungsanspruch als weitere Rechtsfolge nicht übertragen.[39] Für den Entschädigungsanspruch ist daher stets der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ausreichend.[40]

3. Fazit

Spätestens im Rahmen der Entwicklungen zum Schadensersatz- und Entschädigungsrecht wird deutlich, dass AGG-konforme Personalarbeit wichtig ist. Noch ungeklärt ist, ob der Schadensersatz in Höhe der Vergütungsdifferenz für unbegrenzte Zeit gewährt werden muss (also beispielsweise bis zum 67. Lebensjahr). Erfreulich ist die Tendenz in der Rechtsprechung, **konsequent gegen „AGG-Hopping“** vorzugehen. Umgekehrt sind aber beim **erleichterten Nachweis von Indizien** für eine Diskriminierung höhere Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche für diskriminierte Arbeitnehmer zu erwarten.

32 ErfK/*Schalter*, § 2 AGG Rz. 12.
33 BT-Drucks. 16/1780, 31.
34 BAG v. 18.11.2008 – 3 AZR 277/07.
35 BAG v. 18.11.2008 – 3 AZR 277/07.
36 BAG v. 14.1.2009 – 3 AZR 20/07.
37 LAG Düsseldorf v. 14.2.2008 – 11 Sa 1939/07.
38 BAG v. 16.9.2008 – 9 AZR 791/07, MDR 2009, 272 = ArbRB 2009, 31 (*Ohle*) = NZA 2009, 79 ff.
39 EuGH v. 22.4.1997 – Rs. C-180/95 – „*Draehmpaehl*“, NZA 1997, 645 (646).
40 LAG Nds. v. 25.9.2008 – 14 Sa 1769/07, Rev. eingelegt (Az: 8 AZR 1044/08).

Gestaltungsspielraum für Arbeitszeitflexibilisierung nach FlexiG II

*von RA FAArbR Prof. Dr. Björn Gaul und RAin Lisa-Marie Koehler**

Am 1.1.2009 ist das Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen der sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen (sog. FlexiG II) in Kraft getreten; seit dem 1.7.2009 ist eine Übertragung von Wertguthaben auf die Deutsche Rentenversicherung Bund möglich. Organmitglieder haften seit dem 1.6.2009 für eine fehlende Insolvenzsicherung. Unter Berücksichtigung der mit den Neuregelungen verbundenen Veränderungen sowie des Rundschreibens der Sozialversicherungsträger vom 31.3.2009 soll nachfolgend kurz aufgezeigt werden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen damit zusätzlicher Gestaltungsspielraum zur Arbeitszeitflexibilisierung eröffnet worden ist.

* *CMS Hasche Sigle*, Köln.

I. Flexibilisierung im Rahmen von Wertguthabenvereinbarungen nach § 7b SGB IV

1. Vorliegen einer Wertguthabenvereinbarung

Gemäß § 7 Abs. 1a Satz 1 SGB IV besteht eine sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung auch in Zeiten der Freistellung von der Arbeitsleistung von mehr als einem Monat fort, wenn

- während der Freistellung Arbeitsentgelt aus einem **Wertguthaben nach § 7b SGB IV** fällig ist
- und das monatlich fällige Arbeitsentgelt in der Zeit der Freistellung nicht unangemessen von dem für die vorausgegangenen zwölf Kalendermonate abweicht, in denen Arbeitsentgelt bezogen wurde.

Von erheblicher Bedeutung hierbei ist, dass § 7b SGB IV eine Definition der Wertguthabenvereinbarung enthält. Deren tatbestandliche Voraussetzungen haben zur Folge, dass die Neuregelungen in der Praxis **nur für einen kleinen Teil** der Vereinbarungen zur Arbeitszeitflexibilisierung anwendbar sind.

Zunächst einmal muss der Aufbau eines Wertguthabens i.S.d. § 7b SGB IV nämlich aufgrund einer **schriftlichen Vereinbarung** erfolgen. Grundsätzlich setzt dies den Abschluss einer Vereinbarung auf **individualrechtlicher Ebene** voraus, die durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu unterzeichnen ist. **Kollektivrechtliche** Vereinbarungen dürften diesen Erfordernissen, auch wenn Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag gleichermaßen an ein gesetzliches Schriftformerfordernis geknüpft sind (§§ 77 Abs. 2 BetrVG, 1 Abs. 2 TVG), nicht genügen.[1] Das zeigen die in § 7e Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 SGB IV getroffenen Regelungen, die auf eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgestimmt sind,[2] obwohl es sinnvoll und notwendig gewesen wäre, auch kollektivrechtliche Regelungen einzubinden.

Hinzu kommt, dass **keine Wertguthabenvereinbarung** vorliegt, wenn die Vereinbarung das Ziel verfolgt, **eine flexible Gestaltung** der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder den Ausgleich betrieblicher Produktions- und Arbeitszeitzyklen zu erreichen. Dabei bleibt allerdings unklar, wie diese Unterscheidung in der Praxis rechtssicher gestaltet werden soll. Offenkundig geht der Gesetzgeber davon aus, man könne erkennen, ob eine Vereinbarung primär dem Ansparen von Arbeitsentgelt zur Freistellung von der Arbeitsleistung dient oder nur unterschiedlicher Arbeitsauslastung Rechnung tragen soll.

Beraterhinweis: Hiervon ausgehend fallen nur solche Arbeitsverhältnisse in den Anwendungsbereich der §§ 7b ff. SGB IV, in denen

- die **Arbeitszeitflexibilisierung** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer **vereinbart** wurde
- und bei denen die damit verbundene Anhebung der Arbeitszeit **nicht vorübergehenden Beschäftigungsschwankungen Rechnung** trägt, sondern Ausdruck einer stetigen Anhebung der individuellen Arbeitszeit ist, ohne dass eine unterschiedliche Betriebsauslastung Berücksichtigung findet.

Arbeitszeitguthaben, die auf der Grundlage von Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen zum Ausgleich eines wechselnden Beschäftigungsbedarfs begründet werden (sog. „**Flexikonten**“), werden von §§ 7b ff. SGB IV und den damit verbundenen Vorgaben zur Anlagen- und Insolvenzsicherung **nicht** erfasst.[3] ◁

2. Arbeitsrechtliche Flexibilisierung

a) Flexibilisierung beim Aufbau der Guthaben

Da Wertguthaben durch eine langfristige Anhebung der Arbeitszeit Guthaben zum Ausgleich einer früheren oder späteren Freistellung schaffen sollen, stellt die gesetzliche Neuregelung keine Basis für eine Arbeitszeitflexibilisierung beim Aufbau dar. Die Guthaben müssen immer auf der Grundlage einer verstetigten Arbeitszeitanhebung erbracht werden.

b) Flexibilisierung beim Abbau der Guthaben

Nach § 7b Nr. 3 SGB IV kann das Arbeitsentgelt dem Wertguthaben für Zeiten der Freistellung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit entnommen werden. Diese Verwendungsmöglichkeiten werden in § 7c Abs. 1 SGB IV dahingehend konkretisiert, dass die Inanspruchnahme für gesetzlich geregelte oder vertraglich vereinbarte Zeiten der vollständigen oder teilweisen Freistellung von der Arbeitsleistung erfolgen kann (z.B. Elternzeit oder berufliche Qualifizierungsmaßnahme). Da eine entsprechende Verwendung auch ohne diese gesetzliche Regelung möglich wäre, schafft § 7c SGB IV **keine zusätzliche Flexibilität**.

Bemerkenswert ist allerdings § 7c Abs. 1 Nr. 1 lit. c) SGB IV, wonach die Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG auf die Dauer der Entnahme aus einem Wertguthaben (§ 7b SGB IV) befristet werden kann. Ein solches Recht zur befristeten Verringerung der Arbeitszeit besteht heute nur im Rahmen der Elternzeit nach § 15 BEEG.

Beraterhinweis: Aus Sicht der betroffenen Unternehmen hat die Bildung von Wertguthaben also eine **Erweiterung der Pflichten** zur Folge. Auf Verlangen muss auch einer befristeten Arbeitszeitreduzierung – mit unveränderter Gehaltsfortzahlung – zugestimmt werden, wenn keine betrieblichen Gründe entgegenstehen. Dies könnte die Bedeutung des Anspruchs auf Teilzeitbeschäftigung aus § 8 TzBfG erhöhen. ◁

c) Führung von Wertguthaben als (unverzinste) Arbeitsentgeltkonten

Nach § 7d Abs. 1 SGB IV sind Wertguthaben nunmehr grds. als **Arbeitsentgeltguthaben** zu führen. Hierzu müssen Arbeitszeitguthaben **in Arbeitsentgelt umge-**

---

1 Anderer Ansicht sind die Sozialversicherungsträger, die in ihrem Rundschreiben v. 31.3.2009 (*www.der-betrieb.de/pdf/sozialrechtliche_absicherung_flexi_II.pdf*) auf S. 19 auch kollektivrechtliche Vereinbarungen ausreichen lassen. Insoweit inkonsequent werden daneben aber auch einzelvertragliche Vereinbarungen verlangt, um die weiterführenden Rechte in § 7e Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 SGB IV zu gewährleisten.

2 Rundschreiben der Sozialversicherungsträger v. 31.3.2009, S. 19

3 *Hanau/Veit*, NJW 2009, 182 ff.

rechnet werden. Diese Umrechnung kann auch bei einer Stundenvergütung erfolgen, ohne dass eine Beitragspflicht ausgelöst wird. Denn § 22 Abs. 1 SGB IV bestimmt, dass abweichend von der früheren Rechtslage auch solche Arbeitszeitguthaben, die auf der Basis einer Stundenvergütung entstanden sind, erst mit Auszahlung eine Beitragspflicht auslösen (**Zuflussprinzip**). Damit werden Wertguthaben und sonstige Formen der Arbeitsentgeltguthaben gleich behandelt.

Für Wertguthaben, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits als Zeitguthaben geführt wurden, begründet § 116 Abs. 1 SGB IV ein **Wahlrecht**. Sie können als **Zeit- oder Entgeltguthaben** geführt werden. Unklar ist allerdings die Reichweite von § 116 Abs. 1 Halbs. 2 SGB IV, wonach diese Übergangsregelung auch für „neu vereinbarte Wertguthabenvereinbarungen auf der Grundlage früherer Vereinbarungen" gelten soll. Denn es bleibt offen, ob damit gleichwohl nur Änderungen bestehender Vereinbarungen oder auch neue Vereinbarungen auf der Grundlage alter Vereinbarungen erfasst werden.

Beraterhinweis: Vorsorglich wird man annehmen müssen, dass nur Vereinbarungen zur **Konkretisierung** oder **Ergänzung** einer bereits **bestehenden** individualrechtlichen Altvereinbarung privilegiert sind. ◁

Wichtig ist, dass Arbeitsentgeltguthaben grds. von einer späteren **(Tarif-)Entgelterhöhung nicht** betroffen sind. Denn das gutgeschriebene Wertguthaben wurde auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der Arbeitsleistung geltenden Regelungen zur Höhe von Lohn und Gehalt erzielt. Dieses angesparte Entgelt wird von künftigen Tariflohnerhöhungen an sich nicht erfasst, weil diese nur für die danach erbrachte Arbeit zur Anwendung kommen. Erhöht sich das laufende Gehalt zu einem späteren Zeitpunkt, setzt die Einbeziehung der Arbeitsentgeltguthaben deshalb eine entsprechende **Vereinbarung** der Vertragsparteien voraus, wie sie beispielsweise im Bereich der Altersteilzeit häufig zu finden ist. Wird keine Vereinbarung getroffen, kann nur noch eine Freistellung für eine entsprechend der Arbeitsentgelterhöhung geminderte Arbeitszeit verlangt werden. Der Freistellungszeitraum kann dadurch unter Umständen erheblich von der Arbeitszeit der hierfür erbrachten Arbeitsleistung abweichen. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Verzinsung oder Weitergabe der Erträge, die durch die Anlage des Wertguthabens in der Zwischenzeit erzielt werden, besteht nicht.[4]

II. Schutz vor Wertverlust und Insolvenz

Eines der Hauptanliegen des FlexiG II ist, die bestehenden Defizite im gesetzlich angeordneten Insolvenzschutz für Wertguthaben zu beheben.[5] Auch die neuen Regelungen enthalten jedoch insoweit eine Reihe von Unstimmigkeiten und Fragen.[6] Sie stellen zudem eine erhebliche Einschränkung der bisherigen Gestaltungsmöglichkeiten beim Umgang mit Wertguthaben dar.

1. Anlage von Wertguthaben

Nach § 7d SGB IV dürfen Wertguthaben einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag nur noch **in bestimmter Weise** angelegt werden. Abweichende Regelungen sind nur im **Ausnahmefall**, insbesondere durch Tarifvertrag oder auf der Grundlage eines Tarifvertrags in einer Betriebsvereinbarung zulässig.

Obwohl § 8a Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 ATG an sich nur eine Anwendbarkeit der Insolvenzsicherung nach § 7e SGB IV im Bereich der Altersteilzeit ausschließen soll, gelten die strengen Vorgaben zur Anlage der Wertguthaben grds. auch nicht im Bereich der **Altersteilzeit**.[7] Denn der Gesetzgeber bestimmt in § 7d Abs. 3 Nr. 2 SGB IV ausdrücklich, dass diese Vorgaben zur Wertanlage dann nicht gelten, wenn das Wertguthaben unmittelbar vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem der Beschäftigte Rente wegen Alters beziehen kann. Diese Voraussetzung wird bei Altersteilzeit erfüllt.

2. Insolvenzsicherung

a) Wertguthaben

§ 7e Abs. 1 SGB IV verpflichtet den Arbeitgeber zu **„geeigneten" Vereinbarungen** über eine **„vollständige" Absicherung** der Wertguthaben einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag vor einer Insolvenz des Arbeitgebers. Vorbehaltlich abweichender Regelungen durch Kollektivvereinbarungen setzt die Anwendbarkeit der Vorgaben zum Insolvenzschutz voraus, dass kein Anspruch auf Insolvenzgeld besteht und das Wertguthaben einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag einen Betrag in Höhe der monatlichen Bezugsgröße (2009: 2.520 € [West] bzw. 2.135 € [Ost]) übersteigt.

Nach § 7e Abs. 2 SGB IV sind Wertguthaben zur Erfüllung des Insolvenzschutzes unter **Ausschluss der Rückführung** durch einen **Dritten** zu führen, der bei Insolvenz des Arbeitgebers für die Erfüllung der Ansprüche aus dem Wertguthaben einstehen soll. Lediglich beispielhaft wird hierfür das **Treuhandverhältnis** genannt, das die unmittelbare Übertragung des Wertguthabens in das Vermögen des Dritten und die Anlage des Wertguthabens auf einem offenen Treuhandkonto oder in anderer geeigneter Weise sicherstellt. Hier wird an Treuhandmodelle der betrieblichen Altersversorgung angeknüpft.

Die Wertguthaben können auch beim Arbeitgeber geführt werden. Dazu muss allerdings ein anderes, einem Treuhandverhältnis **gleichwertige Sicherungsmittel** vereinbart werden, insbesondere ein **Versicherungsmodell** oder ein schuldrechtliches **Verpfändungs- und Bürgschaftsmodell** mit ausreichender Sicherung gegen eine Kündigung des Arbeitgebers. Gemeinsam ist diesen Sicherungsmitteln, dass das Wertguthaben einschließlich des Arbeitgeberanteils zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag **getrennt vom Betriebs- und Anlagevermögen** zu führen ist und auch eine spätere Rückführung in das Vermögen des Arbeitgebers ausgeschlossen sein muss.

---

4 *Hanau/Veit*, NJW 2009, 182 (186); a.A. *Uckermann*, BB 2008, 1898, (1900 f.).
5 BT-Drucks. 16/10289, 20.
6 *Ulbrich/Rihn*, DB 2009, 1466 (1469); *Ulbrich/Cisch*, BB 2009, 550 (554 ff.).
7 *Hanau/Veit*, NJW 2009, 182 (184).

Beraterhinweis: Bilanzielle Rückstellungen sowie zwischen Konzernunternehmen (§ 18 AktG) begründete Einstandspflichten, insbesondere Bürgschaften, Patronatserklärungen oder Schuldbeitritte, sind keine geeigneten Vorkehrungen und Sicherungsmittel. Im Zweifel müssen dritte Rechtsträger eingebunden werden. Die Verpflichtung zur Insolvenzsicherung gilt ohne Einschränkung auch für **Altvereinbarungen**, wie § 116 Abs. 3 SGB IV im Umkehrschluss zeigt. Nur für den Bereich der Altersteilzeit bleibt es bei § 8a ATG. ◁

Beraterhinweis: Eine **persönliche Haftung der Organmitglieder** kommt seit dem 1.6.2009 nach § 7e Abs. 6 Satz 2, 3 SGB IV indes nur in Betracht, wenn und soweit der Insolvenzschutz ab dem 1.1.2009 **schuldhaft** nicht bewirkt wurde. ◁

b) „Normale" Vereinbarungen

Durch die Begrenzung der Regelungen zum Wertguthaben auf Vereinbarungen, die die formalen und inhaltlichen Anforderungen in § 7b SGB IV erfüllen, werden „normale" Vereinbarungen zur Arbeitszeitflexibilisierung, die betrieblichen Auslastungsschwankungen Rechnung tragen und damit weiter in Arbeitszeit geführt werden können, **nicht** von den Regelungen zum Schutz vor Wertverlust und Insolvenz in §§ 7e, 7f SGB IV sowie § 8a ATG **erfasst**. Konsequenz ist, dass hier – abweichend von der früheren Regelung in § 7b SGB IV – **überhaupt keine Insolvenzsicherung** mehr gegeben ist.

3. Unterrichtungspflicht

Der Arbeitgeber muss den Beschäftigten **mindestens einmal jährlich** in Textform über die Höhe des „im Wertguthaben enthaltenen Arbeitsentgeltguthabens" unterrichten. Dies gilt auch in den Bestandsfällen nach § 116 Abs. 1 SGB IV.[8] Ergänzend hierzu muss er den Arbeitnehmer unverzüglich und schriftlich über die **Vorkehrungen zum Insolvenzschutz** unterrichten, wenn das Wertguthaben die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt. Hier genügt **keine** Unterrichtung in **Textform**.

4. Zwischenfazit

Wenn wirklich einmal ein Wertguthaben i.S.d. § 7b SGB IV vorliegt, was indes selten der Fall sein dürfte, bewirkt das FlexiG II zwar eine deutliche Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes vor Wertverlust und Insolvenz. Die damit verbundenen Verpflichtungen und die Voraussetzungen, die an das Vorliegen einer Wertguthabenvereinbarung geknüpft werden, haben allerdings zur Folge, dass **Flexibilität** nicht ausgebaut, sondern **ganz erheblich eingeschränkt** wird.

III. Fazit

Nach unserer Bewertung fällt nur ein geringer Teil der in der Praxis vorhandenen Arbeitszeitkonten in den Anwendungsbereich der §§ 7b ff. SGB IV. Voraussetzung ist, dass eine diesbezügliche individualvertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht und die mit der Arbeitszeitflexibilisierung verbundene Anhebung der Arbeitszeit nicht vorübergehenden Beschäftigungsschwankungen Rechnung trägt, sondern Ausdruck einer stetigen Auslastung des Betriebs ist. Insbesondere die Pflicht zur Insolvenzsicherung ist auf solche Langzeitkonten begrenzt. Die in der Praxis wesentlich weiter verbreiteten „**Flexikonten**" werden von den veränderten Vorgaben in §§ 7b ff. SGB IV und den damit verbundenen Vorgaben zur Anlagen- und Insolvenzsicherung gerade **nicht** erfasst. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber das **eigentliche Ziel des FlexiG II**, nämlich eine Stärkung der Absicherung von Arbeitnehmern bei Guthaben im Bereich der Arbeitszeitflexibilisierung, **nicht erreicht** hat.

8 Rundschreiben der Sozialversicherungsträger v. 31.3.2009, S. 27.

Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte: Neue und alte Rechtslage im Vergleich

*von RAin FAinArbR Dr. Meike Kuckuk**

Am 1.9.2009 ist das Gesetz über die Neuregelung des Arbeitnehmer-Datenschutzes in Kraft getreten, das u.a. die Aufnahme eines Sonderkündigungsschutzes für den Datenschutzbeauftragten beinhaltet. Das Gesetz stellt eine Reaktion auf die jüngsten Datenschutzskandale bei einer Reihe von Großunternehmen dar. Fraglich ist, ob Datenschutzbeauftragte, die bereits vor dem 1.9.2009 gekündigt worden sind, ebenfalls Sonderkündigungsschutz beanspruchen können. Das ist umstritten. Der folgende Beitrag stellt die neue und die bisherige Rechtslage dar und gibt den Meinungsstand zum Sonderkündigungsschutz für Altfälle wieder.

1. Die gesetzliche Ausgangslage

Nach § 4f Abs. 1 BDSG sind Arbeitgeber zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten verpflichtet, wenn sie personenbezogene Daten automatisiert verarbeiten. Dies gilt bei nicht-öffentlichen Stellen, wenn mindestens zehn Personen mit der Datenverarbeitung beschäftigt sind. Bei nicht automatisierter Verarbeitung ist die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten erst ab 20 Personen erforderlich.

* Angaben zur Autorin unter: *www.naegele.eu*.

Das **Amt des Datenschutzbeauftragten** selbst ist von dem zugrunde liegenden **Beschäftigungsverhältnis** zu trennen. Möchte der Arbeitgeber die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten, also die Amtsstellung, widerrufen, ist dies gem. § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG nur in entsprechender Anwendung des § 626 BGB möglich.

Beraterhinweis: Die Frage des Sonderkündigungsschutzes wird nicht nur bei einer anstehenden Kündigung des Datenschutzbeauftragten akut. Nach der Rechtsprechung des BAG sind Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden kann, grds. nicht in eine Sozialauswahl einzubeziehen.[1] Im Fall einer anstehenden betriebsbedingten Kündigung hängt von der Frage des Sonderkündigungsschutzes des Datenschutzbeauftragten also ab, ob dieser in die Sozialauswahl einzubeziehen ist. Der Arbeitgeber ist außerdem gehalten, im Rahmen der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG mitzuteilen, weshalb aus seiner Sicht eine Sozialauswahl unterbleiben kann.[2] Auch insoweit ist ein etwaiger Sonderkündigungsschutz für den Datenschutzbeauftragten zu berücksichtigen. ◁

2. Die Neuregelung

Die zum 1.9.2009 in Kraft getretene Neufassung des BDSG sieht in Ergänzung der bisherigen Regelung erstmals ausdrücklich einen Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte vor. Wörtlich heißt es in § 4f Abs. 3 Satz 5 BDSG n.F.:

> Ist nach Abs. 1 ein Beauftragter für Datenschutz zu bestellen, so ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, welche die verantwortliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen.

Der Sonderkündigungsschutz wirkt bei Abberufung des Datenschutzbeauftragten für ein Jahr nach. Hierzu bestimmt § 4f Abs. 3 Satz 6 BDSG n.F.:

> Nach der Abberufung als Beauftragter für den Datenschutz ist die Kündigung innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Bestellung unzulässig, es sei denn, dass die verantwortliche Stelle zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist.

3. Was gilt für Altfälle? Auslegung von § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG

Für Altfälle, für die die vor dem 1.9.2009 geltende Fassung des BDSG maßgeblich ist, ist umstritten, ob ein Sonderkündigungsschutz besteht. Diskutiert wird, ob § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG auf die rechtliche Ebene des Arbeitsverhältnisses durchschlägt, so dass dieses ebenfalls nur in entsprechender Anwendung des § 626 BGB kündbar ist.

Überwiegend wird die Ansicht vertreten, dass jedenfalls die ordentliche Kündigung, die aus nicht amtsbezogenen Gründen ausgesprochen werden soll, durch § 4f Abs. 3 BDSG nicht ausgeschlossen war. Uneinheitlich ist die Rechtsprechung des LAG Baden-Württemberg. Während die 7. Kammer den Sonderkündigungsschutz ablehnte,[3] vertrat die 8. Kammer die Auffassung, dass die Auslegung des § 4f Abs. 3 BDSG ergebe, dass der Sonderkündigungsschutz bestehe.[4] Die besseren Argumente sprechen nach heutiger Gesetzeslage gegen den Sonderkündigungsschutz.

Beraterhinweis: Als Datenschutzbeauftragter kann entweder ein Arbeitnehmer des Unternehmens oder ein in Beratungsfunktion tätiger Externer bestellt werden. Nach § 4f Abs. 2 BDSG ist allein erforderlich, dass der Datenschutzbeauftragte die zur Erfüllung seiner Aufgabe erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit aufweist. Aufgrund der uneinheitlich beurteilten früheren Gesetzeslage und auch mit Blick auf den neuen gesetzlichen Sonderkündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten sollte der Rechtsanwalt die Unternehmensseite über die Thematik aufklären. Möchte die Arbeitgeberseite den Sonderkündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten vermeiden, ist zu empfehlen, einen externen Berater zu beauftragen. ◁

a) Wortlaut

§ 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG betrifft nach seinem Wortlaut nur das **Amtsverhältnis** des Datenschutzbeauftragten. Unstreitig ist dieses von dem zugrunde liegenden Arbeitsverhältnis zu trennen. Nach dieser Vorschrift kann der Bestellungsakt für das Amt nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde oder in entsprechender Anwendung von § 626 BGB widerrufen werden. Wegen der rechtlich zu unterscheidenden Vorgänge zwischen Amt und Anstellungsverhältnis bezieht sich der Wortlaut des § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG bezüglich der Einschränkung der Widerrufsmöglichkeit ausschließlich auf die Amtsstellung.

b) Systematik

Aus **systematischen Erwägungen** folgt ebenfalls, dass § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG bislang **kein absolutes Kündigungsverbot** für ordentliche Kündigungen beinhaltete. Dort, wo der Gesetzgeber einen solchen Schutz statuieren wollte, hat er dies explizit getan.[5] Dies ergibt sich mit Blick auf vergleichbare Regelungen zu anderen Betriebsbeauftragten. Betriebsbeauftragte sind Personen, die vom Arbeitgeber aus ganz unterschiedlichen Gründen zur Einhaltung und Kontrolle rechtlicher Vorschriften bestellt werden müssen.

Das BAG hat jüngst den **Sonderkündigungsschutz** für den **Abfallbeauftragten** bestätigt.[6] Rechtsgrundlage für diesen Sonderkündigungsschutz ist § 55 Abs. 3 KrW-/AbfG. Nach dieser Vorschrift finden auf das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Abfallbeauftragten die §§ 55 bis 58 des BImSchG entsprechende Anwendung. Die in Bezug genommene Norm des § 58 Abs. 2 BImSchG beinhaltet ausdrücklich den Ausschluss der ordentlichen Kündigung des **Arbeitsverhältnisses**. Dort ist geregelt, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses

1 BAG v. 17.11.2005 – 6 AZR 118/05.
2 HaKo-BetrVG/*Nägele*, § 102 BetrVG Rz. 109.
3 LAG BW v. 10.10.2008 – 7 Sa 46/08.
4 LAG BW v. 26.8.2008 – 8 Sa 60/07.
5 LAG BW v. 10.10.2008 – 7 Sa 46/08; LAG Nds. v. 16.6.2003 – 8 Sa 1968/02.
6 BAG v. 26.3.2009 – 2 AZR 633/07, ArbRB 2009, 257 (*Müller-Mundt*).

unzulässig ist, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Betreiber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen.

Eine entsprechende Regelung findet sich außerdem in § 58d BImSchG für den **Störfallbeauftragten**. Nach dieser Vorschrift soll für den Störfallbeauftragten § 58 BImSchG entsprechend gelten. Durch diesen gesetzlichen Verweis ist der Störfallbeauftragte wie der **Immissionsschutzbeauftragte** nach § 58d BImSchG i.V.m. § 58 Abs. 2 BImSchG vor der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses geschützt.

Auch den Sonderkündigungsschutz der Mitglieder der **Kollektivorgane** hat der Gesetzgeber ausdrücklich normiert. In § 15 Abs. 1 KSchG ist festgehalten, dass die Kündigung der dort genannten Mitglieder der Organe der Arbeitnehmervertretung unzulässig ist, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist berechtigen.

Vorstehendes offenbart, dass der Gesetzgeber dann, wenn er für bestimmte Funktionsträger einen besonderen Kündigungsschutz zum Ausdruck bringen wollte, dies explizit im jeweiligen Anwendungsbereich der Normen geregelt hat. Eine entsprechende Regelung fehlte bislang in § 4 Abs. 3 BDSG. Dort ist und war in § 4 Abs. 3 Satz 3 BDSG zwar ein **Benachteiligungsverbot** geregelt. Der Datenschutzbeauftragte darf danach wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden. Ein solches Benachteiligungsverbot ist jedoch auch in § 58 Abs. 1 BImSchG und § 58d BImSchG enthalten. Im Unterschied zu diesen Vorschriften hatte der Gesetzgeber aber – bis zur aktuellen Neufassung des BDSG – bislang davon abgesehen, eine Verklammerung zum Arbeitsverhältnis vorzunehmen. Eine Kündigung für unzulässig zu erklären, ist nach dem qualifizierten Regelungsinhalt ein aliud gegenüber einem lediglich als Benachteiligungsverbot ausgestalteten Schutz.[7] Anhand dieser Systematik lässt sich erkennen, dass im Fall des Datenschutzbeauftragten die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses bisher nicht generell ausgeschlossen werden sollte.

c) Historie

Dieses Ergebnis lässt sich auch der Historie zu den maßgeblichen Vorschriften des angestellten Datenschutzbeauftragten entnehmen. Der frühere § 32 Abs. 3 BDSG 1990 entsprach der Formulierung des § 4f Abs. 3 BDSG a.F. In der Begründung zu § 32 Abs. 3 BDSG 1990 führt der Gesetzgeber aus, dass die Vorschrift einen „stärkeren Schutz gegen die Abberufung des Beauftragten“ beinhalte und damit seine Unabhängigkeit ggü. der Leitung der speichernden Stelle festige.[8] Dort heißt es aber auch, dass die Bestellung eines Arbeitnehmers zum Beauftragten ende, ohne dass dies einer besonderen Regelung bedürfe, wenn das Arbeitsverhältnis ende.[9] Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber **in der Vergangenheit** eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerade nicht ausschließen wollte.[10] Dies wird durch die nunmehr beschlossene und in Kraft getretene **Neufassung** des BDSG bestätigt. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diesen Sonderkündigungsschutz bislang nicht statuieren wollte. Anderenfalls hätte er § 4f Abs. 3 BDSG nicht neu gefasst, sondern lediglich klargestellt, dass die Vorschrift einen Sonderkündigungsschutz beinhaltet.

d) Teleologische Gesichtspunkte

Nichts anderes ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 4f Abs. 3 BDSG a.F. Die 8. Kammer des LAG Baden-Württemberg begründet in dem Urteil vom 26.8.2008 die Annahme des Sonderkündigungsschutzes zwar mit teleologischen Erwägungen.[11] Der Funktion des betrieblichen Datenschutzbeauftragten müsse eine besondere Bedeutung beigemessen werden, da anderenfalls der durch § 4f Abs. 3 BDSG vermittelte Schutz unterlaufen werden könne.[12] Die Arbeitsgerichte dürfen sich jedoch nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen. Sie sind an die Anwendung der vorhandenen Gesetzesbestimmungen gebunden. Dies führt im Rahmen von § 4f Abs. 3 BDSG a.F. nicht zur Gefahr einer zweckwidrigen Umgehung der darin statuierten Schutzbestimmungen. Hiervor schützt bereits das Benachteiligungsverbot des § 4f Abs. 3 Satz 3 BDSG. Sinn und Zweck des Benachteiligungsverbots ist es, den Datenschutzbeauftragten in Ausübung seiner Funktion und damit in seiner Unabhängigkeit zu schützen. Es geht nach dem **Regelungszweck** um die **ungestörte Amtsausübung**. Selbst bei Verknüpfung des schuldrechtlichen Arbeitsverhältnisses mit der Bestellung nach dem BDSG muss der Schutzbereich des § 4f Abs. 3 BDSG a.F. überhaupt berührt werden, um aus teleologischen Gesichtspunkten einen Durchgriff des § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG auf das Arbeitsverhältnis begründen zu können. Diese **Berührung des Schutzbereichs** fehlt jedenfalls dann, wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus nicht amtsbezogenen Gründen erfolgt. In diesen Fällen gibt es keinen potentiellen Interessenkonflikt wegen der Ausübung des Amtes als Datenschutzbeauftragter. Wenn aber der Schutzbereich des § 4f Abs. 3 BDSG nicht berührt ist, kann aus dem Sinn und Zweck der Regelung entgegen dem Wortlaut, der Systematik und dem historischen Willen des Gesetzgebers kein genereller Sonderkündigungsschutz in die Norm hineininterpretiert werden. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass zwischen dem gesetzlichen Benachteiligungsverbot und einem Kündigungsausschluss eine **strukturelle Wesensverschiedenheit** besteht, die ohne Berührung zum Schutzbereich keinen entsprechenden Durchgriff zulässt.

Beraterhinweis: Steht eine Kündigung im Kausalzusammenhang zu der Funktion des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, verstößt sie gegen das in § 4f Abs. 3 Satz 3 BDSG normierte Benachteiligungsverbot mit der Rechtsfolge ihrer Nichtigkeit gem. § 134 BGB. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn der Datenschutzbeauftragte aus nicht sachlichen Erwägungen im Verhältnis zu ande-

7 LAG BW v. 10.10.2008 – 7 Sa 46/08.
8 BR-Drucks. 618/88, 137.
9 BR-Drucks. 618/88, 137.
10 LAG BW v. 10.10.2008 – 7 Sa 46/08; LAG Nds. v. 16.6.2008 – 8 Sa 1968/02.
11 LAG BW v. 26.8.2008 – 8 Sa 60/07.
12 LAG BW v. 26.8.2008 – 8 Sa 60/07.

ren vergleichbaren Arbeitnehmern wegen seiner Funktionstätigkeit schlechter gestellt wird. Es ist eine Frage des Einzelfalls, ob zwischen der Funktion und der Benachteiligung ein Kausalzusammenhang besteht. Hierfür trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast.[13] ◁

4. Fazit

Nach alter Gesetzeslage existierte kein Sonderkündigungsschutz für den Datenschutzbeauftragten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die ordentliche Kündigung in keinem Zusammenhang mit der Amtsausübung stand. Erst mit der zum 1.9.2009 geltenden Neufassung des Gesetzes ist ein Sonderkündigungsschutz eingeführt worden. Zu erwarten ist, dass die Unternehmen das Amt des Datenschutzbeauftragten künftig zur Vermeidung des Sonderkündigungsschutzes verstärkt an externe Stellen vergeben.

13 LAG BW v. 10.10.2008 – 7 Sa 46/08.

Hinweise zur Vertragsgestaltung

Vertraglicher Zusatzurlaub – Gestaltungsspielräume sinnvoll nutzen

*von RAin FAinArbRSozR Dr. Nathalie Oberthür**

Vertragliche Regelungen zur Ausgestaltung des Urlaubsanspruchs führen in der arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung bislang ein Schattendasein. Grund hierfür ist die umfassende gesetzliche Regelung, von der zu Lasten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden darf. Die meisten Arbeitgeber beschränken die Vertragsgestaltung deshalb auf Regelungen zur Dauer des Erholungsurlaubs und richten sich im Übrigen nach den Vorgaben des BUrlG. Dies kann angesichts der häufig weit über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden vertraglichen Zusatzansprüche für den Arbeitgeber hohe Kosten nach sich ziehen, so dass eine interessengerechte Vertragsgestaltung auch in diesem Bereich in Betracht gezogen werden sollte.

1. Differenzierung zwischen gesetzlichem und vertraglichem Urlaub

§ 3 Abs. 1 BUrlG sieht – in Übereinstimmung mit Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung – einen gesetzlichen **Mindesturlaub** von vier Wochen vor. Im Regelfall der Fünf-Tage-Woche beträgt der gesetzliche Mindesturlaub dementsprechend 20 (Arbeits-)Tage.[1]

Tatsächlich aber haben Arbeitnehmer in Deutschland aufgrund günstigerer tariflicher oder vertraglicher Regelungen mehr, nämlich durchschnittlich **30 Arbeitstage** Urlaub jährlich.[2]

Musterformulierung

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf einen bezahlten Erholungsurlaub von 30 Arbeitstagen jährlich.

Während der gesetzliche Mindesturlaub gem. § 13 BUrlG der Disposition der Arbeitsvertragsparteien jedenfalls zu Lasten des Arbeitnehmers entzogen ist, unterliegt der vertragliche Zusatzurlaub der freien Regelungsmacht der Vertragsparteien.[3] Allerdings nimmt das BAG nur in Ausnahmefällen an, dass von den gesetzlichen Regelungen abgewichen werden soll; für eine **Unterscheidung** zwischen gesetzlichem und vertraglichem Urlaub müssen daher **deutliche Anhaltspunkte** bestehen,[4] anderenfalls werden – wie etwa bei der vorstehenden Vertragsgestaltung – die Regelungen des BUrlG auch auf den vertraglichen bzw. tariflichen Zusatzurlaub angewandt.[5]

In der vertraglichen Regelung sollte deshalb eine möglichst eindeutige **Differenzierung** zwischen dem gesetzlichen und dem vertraglichen Urlaub vorgenommen werden, um den Anforderungen der gesetzlichen Inhaltskontrolle gerecht zu werden. Denn während (auch nachteilige) Abweichungen von den Vorgaben des BUrlG nach früherer Rechtsprechung schon dann wirksam waren, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen eines umfassenden **Günstigkeitsvergleichs** unter Berücksichtigung des Zusatzurlaubs insgesamt bessergestellt war,[6] der gesetzliche Mindesturlaub mithin nicht unterschritten wurde, steht einer solchen Auslegung mittlerweile das **Verbot der**

* Dr. Nathalie Oberthür, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht und Sozialrecht, ist Partnerin der Kanzlei RPO Rechtsanwälte. Näheres zur Autorin unter *www.rpo-rechtsanwaelte.de*.

1 HWK/*Schinz*, § 3 BUrlG Rz. 12.

2 Vgl. die Studie der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Eurofound) vom 28.9.2009, s. dazu *www.eurofound.europa.eu/press/releases/2009/090728.htm*: der europäische Durchschnitt liegt bei 25,2 Tagen.

3 BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, MDR 2009, 811 = ArbRB 2009, 159 (*Lunk*).

4 BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, MDR 2009, 811 = ArbRB 2009, 159 (*Lunk*).

5 BAG v. 18.10.1990 – 8 AZR 490/89, MDR 1991, 652 = NZA 1991, 466; LAG Köln v. 10.11.1998 – 13 Sa 647/98, MDR 1999, 752; Preis/*Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, II U 20 Rz. 14.

6 BAG v. 26.11.1991 – 9 AZR 567/90, *www.jurisuma.de*; v. 15.3.1962 – 5 AZR 172/61, DB 1962, 775.

geltungserhaltenden Reduktion entgegen, das die Aufrechterhaltung einer teilweise unzulässigen Klausel gerade verhindern soll.[7]

Musterformulierung
Der gesetzliche Mindesturlaub beträgt derzeit 20 Arbeitstage. Zusätzlich zu dem gesetzlichen Mindesturlaub erhält der Arbeitnehmer einen vertraglichen Zusatzurlaub von zehn Tagen.

Zahlreiche (Tarif-)Verträge sehen dabei vor, dass die Anzahl der zusätzlichen Urlaubstage mit zunehmendem Alter ansteigen soll.

Musterformulierung
Der gesetzliche Mindesturlaub beträgt derzeit 20 Arbeitstage. Zusätzlich zu dem gesetzlichen Mindesturlaub erhält der Arbeitnehmer bis zum vollendeten 35. Lebensjahr einen vertraglichen Zusatzurlaub von fünf Tagen, bis zum vollendeten 45. Lebensjahr von acht Tagen und ab dem vollendeten 45. Lebensjahr von zehn Tagen jährlich.

Eine derartige **Staffelung der Urlaubsdauer** anhand des Lebensalters beinhaltet allerdings eine Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer; ob diese insbesondere im Hinblick auf das mit dem Alter zunehmende Erholungsbedürfnis gem. § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 AGG gerechtfertigt ist, wird letztlich von der konkreten Ausgestaltung abhängen.[8] Da allerdings eine unzulässige Differenzierung nicht nur Entschädigungs- sondern auch Angleichungsansprüche nach oben nach sich ziehen können, sollte sich eine Staffelung, so sie denn überhaupt aufgenommen wird, an der **Dauer der Betriebszugehörigkeit** orientieren. Eine mittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer ist damit nicht ohne weiteres verbunden.[9]

Musterformulierung
Der gesetzliche Mindesturlaub beträgt derzeit 20 Arbeitstage. Zusätzlich zu dem gesetzlichen Mindesturlaub erhält der Arbeitnehmer einen vertraglichen Zusatzurlaub von fünf Tagen; dieser erhöht sich nach einer Betriebszugehörigkeit von zwei Jahren auf sieben und nach einer Beschäftigungszeit von weiteren drei Jahren auf zehn Tage.

2. Verfall des Urlaubs

§ 7 Abs. 3 BUrlG sieht den **Verfall** des Urlaubs am Ende des Urlaubsjahres vor. Eine Übertragung in das Folgejahr kommt nur bei Vorliegen persönlicher oder dringender betrieblicher Hinderungsgründe in Betracht, wobei der Urlaub spätestens am 31.3. des Folgejahres ersatzlos entfällt. Nach neuerer Rechtsprechung gilt eine Ausnahme dann, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub **krankheitsbedingt** nicht in Anspruch nehmen konnte; in diesem Fall verfällt der Urlaub nicht, sondern ist nach Genesung des Arbeitnehmers zu gewähren oder mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten.[10] Dies gilt zwingend jedoch nur für den gesetzlichen Mindesturlaub; der Verfall darüber hinausgehenden Zusatzurlaubs kann auch weiterhin wirksam vereinbart werden, sofern eindeutig zwischen dem gesetzlichen und dem vertraglichen Urlaub differenziert wird.

Musterformulierung
Der Urlaubsanspruch verfällt am Ende des Urlaubsjahres. Wird der Urlaub aufgrund dringender betrieblicher oder in der Person des Arbeitnehmers liegender Gründe in das Folgejahr übertragen, so verfällt er, wenn er nicht bis zum 31.3. genommen worden ist. Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub verfällt ausnahmsweise nicht, wenn und soweit gesetzliche Regelungen dem entgegenstehen.

3. Urlaub und Krankheit

Der Urlaubsanspruch entsteht auch bei andauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers; selbst wenn er das gesamte Urlaubsjahr arbeitsunfähig erkrankt war, hat er daher Anspruch auf den **ungekürzten Urlaub**.[11] Dies kann zumindest hinsichtlich des vertraglichen Zusatzurlaubs vermieden werden, indem entweder die Kürzung auf den Zusatzurlaub beschränkt

Musterformulierung
Der Zusatzurlaub mindert sich um 1/12 für jeden vollen Monat, in dem der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Entgelt bzw. Entgeltfortzahlung hatte.

oder der Anspruch auf den ungekürzten Mindesturlaub aufrechterhalten wird:

Musterformulierung
Der Urlaubsanspruch mindert sich um 1/12 für jeden vollen Monat, in dem der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Entgelt bzw. Entgeltfortzahlung hatte, soweit der gesetzliche Mindesturlaub dadurch nicht unterschritten wird.

Auch die **Anrechnung von** Krankheits- oder sonstigen **Fehltagen**, von Kur- und Rehabilitationszeiten, die hinsichtlich des gesetzlichen Mindesturlaubs nicht zulässig vereinbart werden kann, kann für den vertraglichen Zusatzurlaub vorgesehen werden. Um in Formularverträgen den Anforderungen der gesetzlichen Inhaltskontrolle zu genügen, sollte die Anrechnungsregelung allerdings kei-

7 BAG v. 23.1.2007 – 9 AZR 482/06, NZA 2007, 748; Palandt/*Heinrichs*, vor § 307 Rz. 8; *Annuß*, BB 2006, 1333.
8 Vgl. *Bauer*/*Göpfert*/*Krieger*, AGG, § 10 Rz. 26 zur altersabhängigen Staffelung der Arbeitszeit; kritisch Preis/*Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, Teil II U 20 R. 7; *Kamanabrou*, NZA 2006, Beilage 3, S. 143.
9 Ebenso Preis/*Stoffels*, Der Arbeitsvertrag, Teil II U 20 R. 7.
10 EuGH v. 20.1.2009 – Rs. C-350/06 u. C-520/06 – „*Schultz-Hoff*“, ArbRB 2009, 30 (*Kotthaus*); BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, MDR 2009, 811 = ArbRB 2009, 159 (*Lunk*); vgl. *Oberthür*, ArbRB 2009, 150 ff.
11 BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07, MDR 2009, 811 = ArbRB 2009, 159 (*Lunk*).

ne unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers beinhalten.

Musterformulierung

Der Zusatzurlaub mindert sich weiterhin

- um die Anzahl der Krankheitstage, die nicht spätestens am dritten Tag nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit durch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgewiesen sind,
- um die Anzahl der Krankheitstage, die unmittelbar vor oder nach arbeitsfreien Tagen (z.B. Freischicht, Urlaub, Wochenende, Feiertag) auftreten,
- für je fünf Tage, an denen der Arbeitnehmer infolge einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation gem. § 10 EFZG an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, um zwei Tage.

4. Urlaub und Freistellung

Die Gewährung von Urlaub in einer Freistellungsphase, insbesondere während der Kündigungsfrist vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist grds. möglich und angesichts der Wertungen des BUrlG, das die Abgeltung des Urlaubs nur in Ausnahmefällen zulässt, auch geboten. Dennoch muss sich auch bei einer Freistellung aus der Erklärung des Arbeitgebers mit **hinreichender Deutlichkeit** ergeben, dass durch die zeitliche Festlegung der Arbeitsbefreiung Urlaub gewährt wird. Ohne entsprechende Erklärung führt die Freistellung – auch wenn sie unwiderruflich erfolgt – nicht ohne weiteres dazu, dass mit ihr anderweitige Freizeit- oder Urlaubsansprüche erfüllt werden.[12]

Eine **Anrechnungsregelung** kann auch bereits in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden. Sie ist auch in Formularverträgen zulässig, da die Urlaubserteilung während der Freistellung üblich ist und die Interessen beider Vertragspartner angemessen berücksichtigt.[13] Dabei sollte darauf geachtet werden, dass im Arbeitsvertrag nicht nur die – ohnehin bestehende – **Berechtigung** zur Urlaubserteilung geregelt wird, sondern auch die Anrechnung selbst, da nur diese eine gesonderte Anrechnungserklärung im Fall der Freistellung entbehrlich macht.

Musterformulierung

Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung von der Arbeitsleistung freizustellen. Auf die Freistellung werden Urlaubs- und sonstige Freizeitansprüche des Arbeitnehmers auch ohne nochmalige Anrechnungsbestimmung angerechnet.

5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Kann der Urlaub wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in Natur gewährt werden, ist er abzugelten, § 7 Abs. 4 BUrlG. Der **Abgeltungsanspruch** ist für den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch unabdingbar und kann aufgrund der neuen Rechtsprechung des EuGH bei längerer Krankheit den Urlaubsanspruch mehrerer Jahre erfassen.[14] Die Abgeltung vertraglicher Zusatzansprüche kann demgegenüber vertraglich begrenzt werden.[15]

So kann zum einen durch eine umfassende **Quotelung** des Urlaubsanspruchs verhindert werden, dass auch der vertragliche Zusatzurlaub in vollem Umfang abzugelten ist, wenn das Arbeitsverhältnis erst nach dem 30.6. endet. Da eine solche Quotelung allerdings zum Nachteil des Arbeitnehmers von der gesetzlichen Regelung abweicht, muss sie entweder auf den vertraglichen Zusatzurlaub begrenzt werden oder sicherstellen, dass der gesetzliche Mindesturlaub nicht unterschritten wird.

Musterformulierung

Beginnt oder endet das Arbeitsverhältnis im Laufe eines Jahres, erhält der Arbeitnehmer für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses 1/12 des Urlaubsanspruchs. Der gesetzliche Mindesturlaub gem. § 5 BUrlG bleibt unberührt.

Die **Abgeltung** des vertraglichen Zusatzurlaubs kann auch grds. **ausgeschlossen** werden. Ob der Ausschluss der Abgeltung für eine i.S.v. § 307 BGB inhaltlich angemessene Regelung danach differenzieren muss, aus welchem Grund das Arbeitsverhältnis endete, ist bislang nicht abschließend geklärt. Eine entsprechende Regelung dürfte sich allerdings empfehlen.

Musterformulierung

Endet das Arbeitsverhältnis, ist der Urlaub abzugelten, soweit er nicht in Natur gewährt worden ist. Eine Abgeltung des vertraglichen Zusatzurlaubs erfolgt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis durch Eigenkündigung des Arbeitnehmers oder durch arbeitgeberseitige Kündigung aus wichtigem Grund beendet wird.

Hat der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Ausscheidens mehr Urlaub erhalten als ihm eigentlich zusteht, ist die **Rückforderung** zuviel geleisteten Urlaubsentgelts gem. § 5 Abs. 3 BUrlG ausgeschlossen. Für den vertraglichen Zusatzurlaub kann dieses Rückforderungsverbot allerdings abbedungen werden.

Musterformulierung

Hat der Arbeitnehmer mehr Urlaub erhalten als ihm vertraglich zusteht, so hat er das auf die überzähligen Urlaubstage erhaltene Urlaubsentgelt zu erstatten, soweit die überzähligen Urlaubstage den gesetzlichen Mindesturlaub überschritten haben.

6. Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen

Schwerbehinderte Arbeitnehmer haben gem. § 125 SGB IX Anspruch auf einen **zusätzlichen Urlaub** von **fünf Arbeitstagen** jährlich. Dieser Anspruch erhöht

12 BAG v. 25.1.1994 – 9 AZR 312/92, NZA 1994, 652; v. 9.6.1998 – 9 AZR 43/97, NZA 1999, 80; v. 23.1.2001 – 9 AZR 26/00, NZA 2001, 597.
13 LAG Köln v. 20.2.2006 – 14 (10) Sa 1394/05, NZA-RR 2006, 342.
14 *Oberthür*, ArbRB 2009, 150 ff.
15 BAG v. 10.2.2004 – 9 AZR 116/03, MDR 2004, 885.

nicht lediglich den gesetzlichen Mindesturlaub, sondern tritt zu demjenigen Urlaubsanspruch hinzu, den der Arbeitnehmer ohne das Vorliegen der Schwerbehinderung beanspruchen könnte.[16] Der Anspruch richtet sich nach ständiger Rechtsprechung nach dem Bestimmungen des BUrlG.[17] Eine arbeits- oder tarifvertragliche Modifizierung des Anspruchs auf Zusatzurlaub ist unzulässig, da es sich insoweit um zwingendes Recht handelt.[18] Dementsprechend kommt auch eine vertragliche Anrechnung des Zusatzurlaubs für schwerbehinderte Arbeitnehmer auf einen Anspruch auf vertraglichen Zusatzurlaub nicht in Betracht.

7. Fazit

Die Begrenzung des vertraglichen Zusatzurlaubs ermöglicht eine ausgewogene Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Durch die Gewährung des Zusatzurlaubs wird dem Erholungsbedarf des Arbeitnehmers im zunehmend belastenden Arbeitsumfeld Rechnung getragen, ohne die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitsgebers im Trennungsfall übermäßig zu belasten.

16 BAG v. 24.10.2006 – 9 AZR 669/05, ArbRB 2007, 70 (*Oetter*) = MDR 2007, 530.
17 LAG Rh.-Pf. v. 15.5.2007 – 3 Sa 73/07, *www.jurisuma.de*.
18 BAG v. 8.3.1994 – 9AZR 49/93, NZA 1994, 1095.

Hinweise zu Klagen und Anträgen

Prozessuale Probleme beim Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

*von RiArbG Michael H. Korinth**

Seit der Entscheidung des BVerfG vom 27.1.1998 (1 BvL 15/87, MDR 1998, 658) steht fest, dass es auch außerhalb des KSchG einen gewissen Mindestschutz gegen Kündigungen geben muss. Dieser wird über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB vermittelt. In der Praxis ist jedoch die konkrete Reichweite dieses „Kündigungsschutzes zweiter Klasse“ schwierig zu bestimmen. Klar ist nur, dass das KSchG nicht „durch die Hintertür“ zur uneingeschränkten Anwendung kommen kann. Der Rechtsschutz muss aber auch effektiv sein, d.h. es muss insbesondere die Darlegungs- und Beweislast so verteilt sein, dass der Arbeitnehmer eine reelle Chance hat, zu obsiegen. Darüber hinaus ist eine Vielzahl von prozessualen Folgefragen weitgehend ungeklärt. Der Beitrag legt dar, inwieweit Parallelen zum Kündigungsschutzprozess bei bestandsgeschützten Arbeitsverhältnissen bestehen und wo eine unterschiedliche Behandlung notwendig ist.

I. Kündigungsschutz in Kleinbetrieben

Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts, von den Vorschriften über die Klagerhebungsfrist abgesehen, nicht für Kleinbetriebe. Der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor privater Disposition kann sich hier aus der Sittenwidrigkeit oder der Treuwidrigkeit der Kündigung ergeben.

1. Grundsätzliche Voraussetzungen

a) Sittenwidrigkeit

Die Prüfung der Sittenwidrigkeit der Kündigung erfolgt anhand eines **strengen Maßstabs**. § 138 BGB verlangt nur die Einhaltung eines „**ethischen Minimums**“. Es reicht danach nicht aus, dass die Kündigung sozialwidrig wäre, wenn das KSchG Anwendung fände. Vielmehr muss die Kündigung auf einem verwerflichen Motiv des Arbeitgebers beruhen, wie z.B. Rachsucht, und dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ widersprechen.[1] Die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen Sittenwidrigkeit dürfte in der Praxis daher eher selten festzustellen sein.

b) Treuwidrigkeit

aa) Hinsichtlich des Kündigungsgrundes

Der in § 242 BGB niedergelegte Grundsatz von Treu und Glauben bildet bekanntlich eine Beschränkung der Rechtsausübung. Kündigungen können gegen diesen Grundsatz verstoßen, wenn sie aus Gründen, die nicht von § 1 KSchG erfasst sind, gegen Treu und Glauben verstoßen. Diese Einschränkung ist wichtig, weil ansonsten die Wertungen des KSchG auch außerhalb seines Anwendungsbereichs zum Maßstab erhoben würden.[2]

Es geht vor allem darum, den Arbeitnehmer vor Kündigungen zu **schützen**, die auf **willkürlichen oder sachfremden Gründen** beruhen.[3] So ist bei einer krankheitsbedingten Kündigung die Treuwidrigkeit nur dann anzunehmen, wenn sich die krankheitsbedingten Gründe auch angesichts der Dauer der Betriebszugehörigkeit als

* Der Autor ist Richter am ArbG Berlin.
1 BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 15/00 (unter B. II. 3. der Entscheidungsgründe), MDR 2001, 941 = ArbRB 2001, 9 (*Kappelhoff*).
2 BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 15/00, MDR 2001, 941 = ArbRB 2001, 9 (unter B. II. 4a der Entscheidungsgründe); zur Ausnahme bei der Sozialauswahl s. unter I. 1. b) bb).
3 BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 333/02 (unter B. III. 1b der Entscheidungsgründe).

„nicht einleuchtend“ erweisen.[4] Auch bei **betriebsbedingten** Kündigungsgründen ist die Rechtsprechung **zurückhaltend**. So soll die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer eine andere zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit einzuräumen, lediglich auf § 1 Abs. 2 KSchG beruhen[5] und daher nicht auf Sachverhalte außerhalb des KSchG übertragen werden können.

Es sind auch die Wertungen des **AGG** zu **berücksichtigen**.[6] Dem steht § 2 Abs. 4 AGG nicht entgegen.[7] Die Unwirksamkeit der Kündigung kann sich ferner aus einem Verstoß gegen das **Maßregelungsverbot** ergeben, wenn etwa der Arbeitgeber kündigt, kurz nachdem sich der Arbeitnehmer anwaltlich gegen eine Abmahnung gewehrt hat.[8]

bb) Hinsichtlich der fehlerhaften Sozialauswahl

Bei betriebsbedingten Kündigungsgründen kann die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers nur darauf überprüft werden, ob sie unter Berücksichtigung der Belange des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes und der besonderen Interessen des Kleinunternehmers gegen Treu und Glauben verstößt. Dabei kommt der **Begründung** der Auswahlentscheidung ein **besonderes Gewicht** zu. Hat der Arbeitgeber keine besonderen Gründe, gerade diesen Arbeitnehmer zu entlassen oder die Entlassung eines anderen zu vermeiden, spricht eine grobe Missachtung der Sozialauswahlkriterien für eine Treuwidrigkeit der Kündigung. Wenn aber ein betriebliches, persönliches oder sonstiges Interesse des Kleinunternehmers an der Kündigung des Arbeitnehmers besteht, ist dessen Schutz schwächer.[9]

Das BAG betont die Bedeutung des einzelnen Arbeitnehmers im Kleinbetrieb im Gegensatz zu größeren Betrieben. Daher ist auch das **Auswahlermessen** des Arbeitgebers **wesentlich größer**. So kann der Arbeitgeber etwa entscheiden, dass der Sohn des Geschäftsführers statt des gekündigten Arbeitnehmers die Fortführung des Familienbetriebs übernimmt.[10] Ein beachtlicher Auswahlfehler liegt überdies nur dann vor, wenn die Nichteinbeziehung eines anderen Arbeitnehmers in die Sozialauswahl evident fehlerhaft ist und sich auf den ersten Blick ergibt, dass dieser mit dem Gekündigten vergleichbar ist.[11]

2. Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim **Arbeitnehmer**. Zur Gewährung effizienten Rechtsschutzes muss dem Arbeitgeber jedoch im Rahmen der **abgestuften Darlegungslast** auferlegt werden, substantiiert auf das Vorbringen des Arbeitnehmers zu erwidern. Im Einzelnen gilt Folgendes:

- Der Arbeitgeber kann seine Kündigung **zunächst** nur **schlagwortartig** begründen („wirtschaftliche Gründe“). Zu einer näheren Substantiierung ist er anfangs nicht verpflichtet.[12]
- Sodann muss der Arbeitnehmer Umstände vortragen, die diese Gründe als nur vorgeschoben oder die Kündigung sonst als treuwidrig erscheinen lassen.
- Hierauf muss der Arbeitgeber wiederum mit derselben Substanz erwidern.

Beraterhinweis: Eine eventuelle **Beweiserhebung** erfolgt dann **über** die **Behauptungen des Arbeitnehmers**, da dieser nach wie vor beweispflichtig ist.[13] Ein non-liquet geht demnach anders als bei bestandsgeschützten Arbeitsverhältnissen zu Lasten des Arbeitnehmers. ◁

In bestimmten Fällen können **Umstände** vorliegen, die eine **Treuwidrigkeit indizieren**. Dies wurde z.B. angenommen für eine Kündigung, die zehn Tage nach einem Anwaltsschreiben erfolgte, in dem der Arbeitgeber zur Entfernung einer Abmahnung aufgefordert wurde.[14] Hier muss der Arbeitgeber darlegen, dass diese Umstände nicht tragend für die Kündigung gewesen sind. Eine Kündigung ist aber z.B. nicht bereits deshalb treuwidrig, weil sie im Zusammenhang mit einem Arbeitsunfall ausgesprochen wurde.[15] Anders liegt es, wenn der Arbeitnehmer trotz Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit aufgefordert und ihm wegen seiner Weigerung gekündigt wird.[16]

Bei der Rüge einer fehlerhaften **Sozialauswahl** muss der Arbeitnehmer, der ja in aller Regel die Auswahlüberlegungen des Arbeitgebers nicht kennt, nur einen Sachvortrag unterbreiten, der eine Treuwidrigkeit indiziert.[17] Dies wird ihm regelmäßig möglich sein, da er bei der überschaubaren Betriebsgröße erkennen kann, wer mit ihm vergleichbar ist und welche Sozialdaten diese Arbeitnehmer in etwa haben.[18] Der Arbeitnehmer muss also vortragen, dass

- ein Arbeitnehmer offensichtlich mit ihm vergleichbar ist

---

4 LAG BW v. 18.6.2007 – 4 Sa 14/07; diese Formulierung verwendet auch das BAG in der Entscheidung v. 28.8.2003 – 2 AZR 333/02 (unter B. III. b) aa) der Entscheidungsgründe); LAG Thür. v. 20.9.2007 – 3 Sa 78/07 (Kündigung wirksam, wenn Fehlzeiten „den Betrieb wirtschaftlich belasten“).
5 LAG Hess. v. 30.3.2006 – 5 Sa 1052/05.
6 Vgl. BAG v. 28.3.2003 – 2 AZR 333/02 (unter B. III. 1b der Entscheidungsgründe zum Diskriminierungsschutz nach Art. 3 Abs. 3 GG).
7 BAG v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07.
8 LAG Hess. v. 21.8.2007 – 13 Sa 537/07.
9 BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 15/00 (unter B. II. d) bb) der Entscheidungsgründe), MDR 2001, 941 = ArbRB 2001, 9 (*Kappelhoff*); vgl. auch LAG Bremen v. 12.7.2007 – 3 Sa 308/06 (dort auch zum Betriebsübergang).
10 LAG Hamm v. 18.12.2008 – 15 Sa 838/08 (keine Altersdiskriminierung).
11 BAG v. 6.2.2003 – 2 AZR 672/01 (unter II. 1. a) der Entscheidungsgründe), ArbRB 2003, 197 (*Kappelhoff*).
12 BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 15/00 (unter B. II. c) der Entscheidungsgründe), MDR 2001, 941 = ArbRB 2001, 9 (*Kappelhoff*).
13 BAG v. 28.8.2003 – 2 AZR 333/02 (unter B. III. 3. d) aa) der Entscheidungsgründe).
14 LAG Hess. v. 21.8.2007 – 13 Sa 537/07.
15 LAG Schl.-Holst. v. 27.5.2009 – 3 Sa 74/09.
16 LAG Hess. v. 30.11.2007 – 13 Sa 724/07.
17 BAG v. 6.2.2003 – 2 AZR 672/01 (unter II. 2. c) der Entscheidungsgründe), ArbRB 2003, 197 (*Kappelhoff*); *Berkowsky*, NZA 2009, 113 (116); KR/*Weigand*, 9. Aufl. 2009, Rz. 56 f. zu § 23 KSchG.
18 Anschaulich BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 15/00 (unter B. II. 3 d) cc) der Entscheidungsgründe: „Arbeitnehmer X, ca. 40 Jahre alt, seit etwa vier Jahren beschäftigt, meines Wissens verheiratet“), MDR 2001, 941 = ArbRB 2001, 9 (*Kappelhoff*).

- und der Arbeitgeber diesen evident erheblich weniger schutzbedürftigen Arbeitnehmer weiterbeschäftigt.

Nun ist es Sache des Arbeitgebers, die betrieblichen, persönlichen oder sonstigen Gründe vorzutragen, die ihn bewogen haben, den auf den ersten Blick sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmer zu entlassen.

II. Kündigungsschutz innerhalb der Wartefrist gem. § 1 Abs. 1 KSchG

Gemäß § 1 Abs. 1 KSchG gilt das KSchG erst, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Auch hier ist der Arbeitnehmer nicht völlig schutzlos, sondern es wirken die o.g. Generalklauseln.[19] Hier ist m.E. jedoch eine **noch zurückhaltendere Anwendung geboten** als bei Kleinbetrieben. In diesen Fällen kann der Arbeitnehmer kein „durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses“ haben.[20] Die Kündigung ist also nur darauf zu überprüfen, ob sie etwa gegen Diskriminierungsverbote des AGG verstößt oder sonst grob treuwidrige oder sittenwidrige Motive zur Kündigung geführt haben.[21] Die Darlegungs- und Beweislast ist ebenso verteilt wie im Kleinbetrieb und auch die übrigen Ausführungen zu den prozessualen Gegebenheiten sind hierauf anwendbar.

Beraterhinweis: Alle sonstigen formellen Unwirksamkeitsgründe gelten natürlich auch außerhalb des KSchG. So gilt der Grundsatz, dass ein Arbeitgeber durch den Ausspruch einer Abmahnung auf das Recht zur Kündigung aus diesem Grund verzichtet, auch während der Wartezeit.[22] Auch das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, die Kündigung zur Unzeit und die Verwirkung des Kündigungsrechts können im Einzelfall zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses führen. ◁

III. Prozessuale Fragen

1. Klageerhebungsfrist

Die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG **gilt auch** bei Kündigungen in Kleinbetrieben.[23] § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nimmt ausdrücklich die §§ 4 bis 7 und § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KSchG von der Nichtgeltung des ersten Abschnitts aus. Das heißt, dass der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage erheben muss. Die nachträgliche Zulassung über § 5 KSchG ist genauso möglich wie bei einem bestandsgeschützten Arbeitsverhältnis.

2. Anträge

Wegen der Geltung von § 4 KSchG liegt auch beim Prozess über die Wirksamkeit der Kündigung eines nicht bestandsgeschützten Arbeitsverhältnisses ein **punktueller Streitgegenstand** vor.[24] Entsprechend ist der Antrag zu formulieren.

Musterformulierung

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung vom ... aufgelöst worden ist.

Ein allgemeiner Feststellungsantrag reicht also nicht aus. Die Klägerseite ist jedoch erforderlichenfalls auf § 6 KSchG hinzuweisen. Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit eines „Schleppnetzantrags“ müssen nach denselben Kriterien wie beim normalen Kündigungsschutzprozess entschieden werden.

3. Weiterbeschäftigungsanspruch

Die Grundsätze des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs sind m.E. auch hier **anwendbar**. Dessen Grundlage bildet das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, das in Kleinbetrieben genauso zu beachten ist wie in anderen Betrieben. Der Kleinunternehmer könnte aber größere Chancen haben, ausnahmsweise ein überwiegendes Nichtbeschäftigungsinteresse darzulegen. Die Arbeitssituation in Kleinbetrieben ist ja gerade dadurch gekennzeichnet, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber sehr eng zusammenarbeiten. Somit kann eher als in größeren Betrieben eine Zusammenarbeit auf unsicherer Grundlage für die weitere Dauer des Prozesses für den Arbeitgeber unzumutbar sein.

Beraterhinweis: Auch in sonstigen Kündigungsschutzprozessen wird viel zu wenig beachtet, dass der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch keine zwingende Folge des klagestattgebenden Urteils erster Instanz ist. Vielmehr kann der Arbeitgeber darlegen, dass im Einzelfall sein Interesse, den Arbeitnehmer erst einmal nicht weiterzubeschäftigen, größer ist. Dies geschieht jedoch sehr selten. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Weiterbeschäftigungsantrag erfolgt nur in Ausnahmefällen und ist gerade bei Kleinbetrieben besonders geboten. ◁

Auf **Arbeitnehmerseite** muss natürlich sehr genau geprüft werden, **ob** die **vorläufige Weiterbeschäftigung** in einem Kleinbetrieb überhaupt **sinnvoll** ist oder ob der Kläger dadurch übermäßig belastet wird.

Auch der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch kann gegeben sein. Durch die Heraufsetzung des Schwellenwerts auf zehn Arbeitnehmer kann es durchaus Fälle geben, in denen zwar das KSchG nicht gilt, wohl aber ein Betriebsrat existiert.

4. Auflösungsantrag

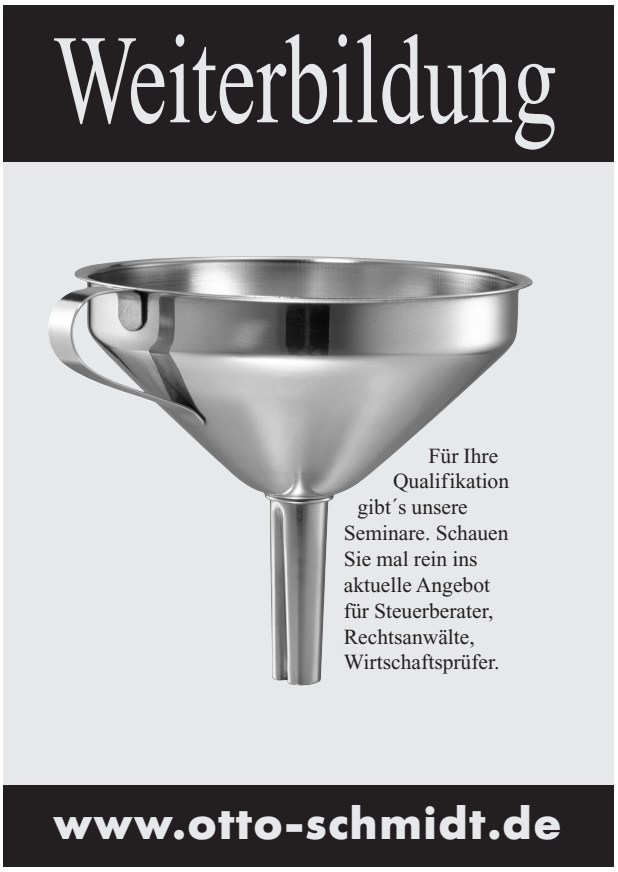
Ein Auflösungsantrag nach § 9 KSchG kann bei einem nicht bestandsgeschützten Arbeitsverhältnis **nicht gestellt** werden, da § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG diesen gerade nicht von der Nichtgeltung des ersten Abschnitts ausnimmt.

---

19 KR/*Griebeling*, 9. Aufl. 2009, Rz. 126 ff. zu § 1 KSchG.
20 So die tragende Begründung in BAG v. 6.2.2003 – 2 AZR 672/01(unter II. 2. a) der Entscheidungsgründe), ArbRB 2003, 197 (*Kappelhoff*).
21 vgl. BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, MDR 1995, 180 (zur Kündigung wegen Homosexualität); zurückhaltend LAG Rh.-Pf. v. 27.11.2008 – 10 Sa 486/08 (keine Willkür, wenn „irgendwie einleuchtender Grund“ vorliegt).
22 BAG v. 13.12.2007 – 6 AZR 145/07.
23 HWK/*Quecke*, Rz. 3 zu § 4.
24 LAG Thür. v. 20.9.2007 – 3 Sa 78/07.

IV. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung gewährt nach wie vor sehr zurückhaltend „Kündigungsschutz zweiter Klasse“. Betroffene Arbeitnehmer sitzen daher immer noch auf Holzbänken und nicht auf Polstersesseln. Entscheidend ist jedoch ein substantiierter Sachvortrag auf beiden Seiten, der sich nicht auf bloße Floskeln beschränken darf. Das Gericht muss dann eine konkrete Verteilung der Beweislast vornehmen, die sich an einer praktischen Konkordanz der Grundrechte von Arbeitnehmer und Arbeitgeber orientiert.



Impressum

Der Arbeits-Rechts-Berater (ArbRB)
Redaktion: Petra Rülfing (verantw. Redakteurin) · Adriane Braun (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/93738-186 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/93738-906 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: arbeitsrechtsberater@otto-schmidt.de, Internet: www.arbrb.de
Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 511026, 50946 Köln, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.
Anzeigenleitung: Regina Hamdorf, Tel. 0211/887-1484, Fax 0211/887-1500, E-Mail: fz.marketing@fachverlag.de, gültig ist die Preisliste 7 vom 1.1.2009.
Satz: Boyens Offset GmbH & Co. KG, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide
Druck: rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, 57537 Wissen
Erscheinungsweise: Jeweils zum 20. eines Monats.
Bezugspreis: Jahresabonnement 134,– €, Einzelheft 13,40 €. Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).
Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.
ISSN 1618-0143

Hinweis für den Leser: Der Zeitschrifteninhalt wird nach bestem Wissen erstellt, Haftung und Gewähr müssen jedoch wegen der Komplexität und des ständigen Wandels der Rechtslage ausgeschlossen werden.
Leitsätze des Bearbeiters bleiben ohne Kennzeichnung. Soweit ein amtlicher Leitsatz abgedruckt wird, ist er als solcher bezeichnet.
Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Entscheidungsbearbeitung) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungs-recht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.
Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Versorgungs-werk.

Dieses renommierte Handbuch versorgt Sie mit allen Informationen zum Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung. Systematisch und detailliert nach Themenkomplexen gegliedert, eingebettet in den Gesamtkontext. Das heißt mit sozialversicherungsrechtlicher, handelsrechtlicher und betriebswirtschaftlicher Grundlegung. Weil nur eine solche Betrachtungsweise der betrieblichen Praxis wirklich gerecht wird.

Das Werk ist praxisorientiert, aber dennoch wissenschaftlich fundiert. Es ist sehr lesefreundlich gestaltet und höchst aktuell. Und wie Sie es von einem echten Handbuch erwarten dürfen, kann es auch mit reichlich Beispielen, Übersichten, Tabellen und Schaubildern aufwarten.

Andresen/Förster/Rößler/Rühmann **Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung** mit sozialversicherungsrechtlicher Grundlegung. *Von RA Dr. Boy-Jürgen Andresen, RA Dipl.-Vw. Prof. Dr. Dr. Wolfgang Förster, Dipl.-Vw. Norbert Rößler und RA Jochen Rühmann. Loseblatt, zzt. 2.600 Seiten in 2 Ordnern.*

Die meisten der Autoren gehören einer der erfolgreichsten Unternehmensberatungen für betriebliche Altersversorgung an, die auf über fünf Jahrzehnte Markterfahrung und entsprechendes Know-how zurückblicken kann. Sie gehören zu den Meinungsbildnern und sicher zu den Besten auf diesem Gebiet.

Wir empfehlen Ihnen, das Handbuch einfach einmal 14 Tage kostenlos und unverbindlich kommen zu lassen. Das wird Sie am besten überzeugen.

Natürlich gibt's auch eine Leseprobe. **www.otto-schmidt.de**

---------- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-9 43** ----------

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht, jeweils plus Versandkosten
Andresen/Förster/Rößler/Rühmann **Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung** *Loseblatt in 2 Ordnern (Zutreffendes bitte ankreuzen)*

☐ **nur 169,– €** *bei einem Abonnement für mindestens zwei Jahre. Ergänzungslieferungen bis auf Widerruf einmal imJahr. ISBN 978-3-504-25702-6*

☐ *ohne Abonnement 269,– €. ISBN 978-3-504-25707-1*

Mein Recht: Diese Abonnementbestellung kann ich innerhalb von 14 Tagen (Datum des Poststempels) schriftlich beim Verlag oder meiner Buchhandlung widerrufen.

Name Straße

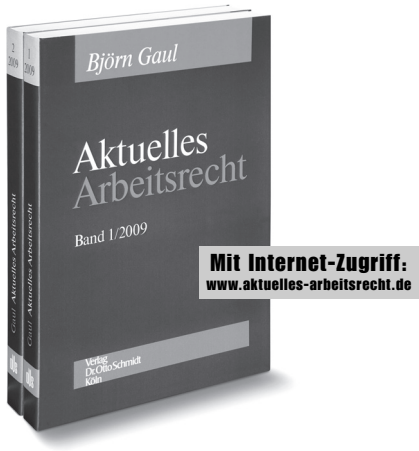
PLZ Ort Datum Unterschrift

Datum Unterschrift/Widerrufsrecht 8/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Aller guten Dinge sind zwei.



Zur schnellen Orientierung über die aktuelle Rechtsentwicklung bietet Ihnen dieses Werk 2x im Jahr die neuesten Entwicklungen aus Gesetzgebung und Rechtsprechung. Jeweils um Hilfestellungen für den Umgang mit diesen Veränderungen ergänzt und unterstützt durch einen passwortgeschützten Internet-Zugriff auf die laufend ergänzten Texte: **www.aktuelles-arbeitsrecht.de.** Als Grundlage für die Aufbereitung der jeweils aktuellen Informationen dient die konstant bleibende Gliederung der beiden Bände. So werden alle relevanten Bereiche des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts abgedeckt. Schwerpunkte in Band 1/2009 sind z.B.: Arbeitszeitflexibilisierung trotz Flexi II, Neues zur Kurzarbeit, Altersdiskriminierung und Kündigung.
Steigen Sie jetzt mit dem Jahres-Abo 2009 ein, und Sie können immer die aktuellsten Entwicklungen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht problemlos nachschlagen. Egal, ob Personalleiter, Rechtsanwalt oder Verbandsvertreter – dieses Werk erfüllt höchste Praktikeransprüche.

Bestellschein Fax **(02 21) 9 37 38-943**

☐ Gaul (Hrsg.) **Aktuelles Arbeitsrecht**. *Band 1/2009 erscheint im Juni, Band 2/2009 erscheint im Dezember. Jeweils ca. 340 Seiten DIN A5, brosch. Abopreis für beide Bände 2009 inkl. Internetzugriff 69,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42670-5. Abonnement mit Kündigungsrecht jederzeit zum Jahresende.*

Name

Straße

PLZ / Ort

Telefon / Fax

Datum Unterschrift

Mein Recht: Diese Bestellung kann ich innerhalb von 14 Tagen (Datum des Poststempels) schriftlich beim Verlag oder meiner Buchhandlung widerrufen.

Datum / Unterschrift (Widerrufsrecht) 5/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Toller Preis.

In über 440 einzelnen Vertragsklauseln aus etwa 60 verschiedenen Regelungsbereichen behandelt der neue Preis praktisch wieder jeden Fall, der Ihnen bei der Gestaltung oder Überprüfung von Arbeitsverträgen begegnen kann. Alphabetisch nach Stichwörtern geordnet, ausführlich anhand praktischer Beispiele kommentiert, jeweils klar als geeignet oder ungeeignet gekennzeichnet. Mit rechtssicheren Formulierungsvorschlägen und kompletten Musterverträgen aus allen gängigen Bereichen. Alles auf aktuellem Stand. Leseprobe? **www.otto-schmidt.de**

Bestellschein Fax **(02 21) 9 37 38-9 43**

☐ **Ja, ich bestelle** mit 14-tägigem Rückgaberecht Preis (Hrsg.) **Der Arbeitsvertrag** Handbuch der Vertragspraxis und -gestaltung. *Herausgegeben von Prof. Dr. Ulrich Preis. Bearbeitet von RAin Dr. Viola Lindemann, Prof. Dr. Ulrich Preis, Prof. Dr. Christian Rolfs, Prof. Dr. Markus Stoffels und Richter am FG Dr. Klaus Wagner. 3. Auflage 2009, 1.894 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,– € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42031-4*

Name

Straße

PLZ Ort

Datum Unterschrift 5/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag
Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

„Keine Umstrukturierung ohne dieses Handbuch.“*

Umstrukturierungen und Betriebsänderungen werden mit der Finanzkrise und ihren Auswirkungen auf die Realwirtschaft wieder zum täglichen Geschäft. Um eine erfolgreiche Umstrukturierung mit sämtlichen arbeitsrechtlichen Folgen zu planen und durchzuführen, greifen Sie am besten gleich zu diesem praktischen Leitfaden. Er ist von Praktikern für Praktiker geschrieben und zeigt Ihnen alle maßgeblichen Fragestellungen und Problemlösungen auf. Abgerundet wird das Werk durch viele optisch hervorgehobene Arbeitshilfen sowie praktische und taktische Tipps in Form von Beispielen und Schaubildern, Typischen Fehlern sowie Musterformulierungen. Natürlich ist alles auf aktuellem Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur.

Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger **Umstrukturierung**
Handbuch für die arbeitsrechtliche Praxis. Von RA Dr. Jobst-Hubertus Bauer, RA Dr. Burkard Göpfert, RAin Dr. Katrin Haußmann, LL.M. und RA Dr. Steffen Krieger. 2. völlig überarbeitete Auflage 2009, 447 Seiten Lexikonformat, 79,80 €. ISBN 978-3-504-42611-8.

Die systematische Darstellung der Inhalte macht dieses Handbuch zu einer ausführlichen Informationsquelle für alle rechtlichen Rahmenbedingungen und gleichzeitig zu einem kompetenten Nachschlagewerk und Wegweiser. Angefangen bei Formen und Vorbereitungen von Umstrukturierungen erfahren Sie alles Wissenswerte über Betriebsänderung und Betriebsübergang. Daran schließen sich Umsetzung und Folgen arbeitsrechtlicher Umstrukturierungen an. Der Anhang bietet zusätzlich eine Due-Dilligence-Checkliste sowie zahlreiche Muster.

*„Keine Umstrukturierung ohne das Handbuch ´Umstrukturierung´!“
FA ArbR Bernd Ennemann in FA 5/09

Probe lesen? **www.otto-schmidt.de**

---------- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-943** ----------

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger **Umstrukturierung** *2. völlig überarbeitete Auflage 2009, Lexikonformat, 79,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42611-8.*

Name | Straße | PLZ | Ort

Telefon | Fax | Datum | Unterschrift | 8/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Aaaah!
Neuer Zöller
mit FamFG.

Die alte Legislaturperiode geht. Der neue Zöller kommt. Mit den Verfahren in Familiensachen nach neuem FamFG und allen anderen wichtigen Änderungen, die diese außerplanmäßige Neuauflage erzwungen haben. Der neue Zöller. Wie immer in einem einzigen Band. Erscheint Anfang November, sollte jetzt bestellt werden: ZPO, 28. Auflage, gbd. 164,– €. ISBN 978-3-504-47017-3 **www.der-neue-zoeller.de**