

ARBEITSRECHT

Aktuelle Informationen aus dem Arbeitsrecht



Herausgegeben vom DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.

Postanschrift: Deutscher Industrie- und Handelskammertag | 11052 Berlin

Besucheranschrift: Breite Straße 29 | 10178 Berlin-Mitte | Telefon 030-20308-2702 | Fax 030-20308-2777

Redaktion: RA Hildegard Reppelmund | E-Mail: reppelmund.hildegard@dihk.de | Internet: www.dihk.de

Inhaltsverzeichnis

Aktuelles	1
Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes ab dem 1. Mai 2011.....	1
BAG schafft faktisch Vorbeschäftigungsverbot bei Befristung ab.....	2
Merkblatt	3
Probearbeitsverhältnis - Rechtliche Unterschiede beachten	3
Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung	4
Unwirksamkeit der Befristung eines Betriebsratsmitglieds.....	4
Kein Kündigungszugang am Tag des Einwurfs?.....	5
Fristlose Kündigung wegen grober Beleidigung zulässig	5
Zu allgemein gehaltene Abgeltungsklauseln ungültig.....	5
Videoüberwachung muss verhältnismäßig sein.....	6
Verlust oder Beschädigung des Arbeitszeugnisses.....	6
Vergütungspflicht bei Suspendierung.....	7
Widerruf der Bestellung zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten.....	7
Anspruch auf Bonuszahlung?	8
Widerrufsvorbehalt von freiwillig gewährten Arbeitgeberleistungen	8
Urlaubsanrechnung bei Freistellung des Arbeitnehmers.....	9
Sozialauswahl: Kinder gegen Alter.....	9
Verlagerung eines Betriebsteils ins grenznahe Ausland	10
Fragen und Antworten.....	10
Gefährliche Sportarten und Entgeltfortzahlung.....	10
Tipps zum Schluss	11
Literaturhinweise.....	11
Buchbesprechung.....	11

Aktuelles

■ Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes ab dem 1. Mai 2011

Am 1. Mai 2011 endet die Übergangszeit, in der Arbeitnehmer aus den am 1. Mai 2004 der EU beigetretenen mittel- und osteuropäischen Staaten nur eingeschränkt Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt hatten. Wirtschaftlich starke Staaten wie Malta und Zypern, die ebenfalls im Mai 2004 der Union beigetreten waren, unterlagen nie diesen Einschränkungen. Am 1. Mai dieses Jahres wird

nun der deutsche Arbeitsmarkt für Arbeitnehmer aus Estland, Lettland, Litauen, Polen, die Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn vollständig geöffnet. Arbeitnehmer aus Bulgarien und Rumänien, deren Beitritt erst später erfolgte, werden voraussichtlich im Jahr 2014 ungehindert Zutritt zum deutschen Arbeitsmarkt erhalten.

Das Auslaufen der Übergangsfrist bedeutet für die Arbeitnehmer der genannten mittel- und osteuropäischen Staaten, dass sie sich nun auch auf die Art. 45 AEUV gewährleistete Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der Europäischen Union berufen können. Mithin können Sie in einem anderen EU-

Staat eine Arbeit aufnehmen, ohne dass eine Arbeitserlaubnis oder ein Visum erforderlich sind.

Weniger bekannt ist, dass am 1. Mai 2011 auch die Beschränkungen der sog. Dienstleistungsfreiheit enden. Das wiederum bedeutet, dass die Unternehmen aus den genannten Beitrittsstaaten ab Mai auch uneingeschränkt grenzüberschreitende Dienstleistungen mit eigenem Personal aus diesen Staaten, z. B. in Deutschland, erbringen dürfen, ohne dass die Mitarbeiter einer Arbeitsgenehmigungspflicht in Deutschland unterliegen. Die Dienstleistungsfreiheit war vorläufig in einigen Bereichen, namentlich im Baugewerbe, im Bereich der Gebäudereinigung sowie in Dienstleistungssektoren des Verkehrs, Inventars und Dekorationsgewerbes eingeschränkt.

Die Einschränkung für Personen aus Mittel- und Osteuropa, vorübergehend selbstständig in Deutschland zu arbeiten (befristet bis zu 3 Monaten), war grundsätzlich abhängig von der jeweiligen Arbeitsmarktlage. Am 1. Mai 2011 fällt auch diese Einschränkung weg. Der Wegfall der genannten Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt ist allerdings kein Freibrief für die Einführung mittel- und osteuropäischer Arbeitsmarktstandards. Trotz oder gerade wegen des Wegfalls der Zugangshindernisse zum deutschen Arbeitsmarkt gelten die Mindestarbeitsbedingungen aus dem Arbeitnehmerentendengesetz (AEntG) für alle Arbeitnehmer, die in Deutschland tätig werden.

Die Mindestarbeitsbedingungen nach § 2 AEntG gelten auch bei grenzüberschreitender Beschäftigung in jedem Wirtschaftszweig. Die Vorschrift ist also auch auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland anzuwenden, die Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigen, bzw. auf ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden oder in Deutschland sog. Ortskräfte anwerben.

Die in § 2 AEntG aufgezählten Mindestarbeitsbedingungen umfassen insbesondere Arbeitszeiten, die Länge des Jahresurlaubs, allgemeine Arbeitsschutzvorschriften, besondere Schutzvorschriften für Schwangere, Kinder und Jugendliche sowie Diskriminierungsverbote. § 2 AEntG enthält aber keinerlei allgemein geltende Regelungen über Min-

destandards bei Löhnen. Solche Standards finden sich in §§ 3 und 4 AEntG und gelten aktuell lediglich für wenige Branchen, wie z. B. Gebäudereinigung, Sicherheits- und Wäschereidienstleistungen. Erweiterungen – wie z.B. für die Zeitarbeitsbranche – sind in der politischen Diskussion jedoch bereits fortgeschritten.

Nadja Carolin Kümmel, IHK Mittlerer Niederrhein

■ BAG schafft faktisch Vorbeschäftigungsverbot bei Befristung ab

BAG, Urteil vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09

Mit diesem Urteil hat das Bundesarbeitsgericht sich an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt und faktisch das Vorbeschäftigungsverbot bei der sachgrundlosen Befristung auf drei Jahre beschränkt. Der DIHK hat schon lange eine Beschränkung dieses Vorbeschäftigungsverbotes angemahnt. Im Koalitionsvertrag ist vereinbart, es auf ein Jahr zu reduzieren – allerdings ist der Gesetzgeber bislang untätig geblieben.

Der Gesetzestext im § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG sieht vor, dass eine sachgrundlose Befristung nicht möglich ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dies wurde bisher so ausgelegt, dass jegliche frühere Beschäftigung die sachgrundlose Befristung ausschließt.

Wie auch die DIHK-Umfrage zur sachgrundlosen Befristung im Herbst 2010 ergeben hat, hat dies bei Unternehmen oftmals zu Schwierigkeiten geführt. Schon seit langem hat sich der DIHK dafür eingesetzt, dass eine „Zuvor-Beschäftigung“ nur dann die sachgrundlose Befristung ausschließt, wenn zwischen ihr und der neuen Beschäftigung nicht mindestens ein halbes Jahr liegt. Dies reicht aus Sicht des DIHK aus, um eine missbräuchliche Kettenbefristung zu verhindern.

Im Koalitionsvertrag wurde dieser Gedanke aufgegriffen, allerdings mit einem notwendigen Zwischenzeitraum von einem Jahr. Allerdings ist der Gesetzgeber bisher noch nicht an die Umsetzung dieser Koalitionsvereinbarung herangegangen.

Vielmehr wird auf Ministeriums-Ebene darüber diskutiert, wie man denn diese Vereinbarung im Koalitionsvertrag auslegen könne. Es sind dort Tendenzen erkennbar gewesen, dass nur eine „kleine“ Lösung in dem Sinne angestrebt wird, eine Erleichterung des Vorbeschäftigungsverbot auf Studenten und Ähnliche zu beschränken.

Das BAG hat sich nun mit diesem Urteil faktisch an Stelle des Gesetzgebers gesetzt und festgestellt, dass eine „Zuvor-Beschäftigung“ im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht vorliege, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Das ergebe sich aus Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Sie solle einem Arbeitsgeber ermöglichen, auf schwankende Auftragslagen und wechselnde Marktbedingungen durch befristete Einstellungen zu reagieren, und für Arbeitnehmer eine Brücke zur Dauerbeschäftigung schaffen. Zum anderen sollen durch das Vorbeschäftigungsverbot Befristungsketten und der Missbrauch befristeter Arbeitsverhältnisse verhindert werden. Das BAG erkennt, dass dieses Verbot zum Einstellungshindernis werden kann. Daher sei seine Anwendung nur insoweit gerechtfertigt, als dies zur Verhinderung von Befristungsketten erforderlich sei. Dies sei bei langer Zeit zurückliegenden früheren Beschäftigungsverhältnissen typischerweise nicht mehr der Fall. Daher kommt das BAG zu dem Schluss, dass hier der Gesetzeszweck die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und die damit verbundene Einschränkung der Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers nicht rechtfertige. Die Gefahr missbräuchlicher Befristungsketten bestehe regelmäßig nicht mehr, wenn zwischen dem Ende des früheren Arbeitsverhältnisses und dem sachgrundlos befristeten neuen Arbeitsvertrag mehr als drei Jahre liegen. Dieser Zeitraum entspreche auch der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist zum Ausdruck komme.

DIHK-Bewertung:

Das Urteil ist sehr erfreulich und führt zu mehr Rechtssicherheit für Unternehmen bei der sachgrundlosen Befristung. Es baut auch Bürokratie ab, da Arbeitgeber vor Abschluss des sachgrundlosen Befristungsvertrages nur noch prüfen müssen, ob in

den letzten drei Jahren eine Beschäftigung bestand, statt wie bisher in Firmenarchiven und Firmengeschichte forschen zu müssen – oder sich auf die Versicherung des Arbeitnehmers zu verlassen, dass er noch nie bei dem Unternehmen gearbeitet habe.

Vielleicht nimmt der Gesetzgeber dieses Urteil nun doch zum Anlass, auch im Gesetz Entsprechendes zu regeln, und dabei die im Koalitionsvertrag vereinbarte Zwischenfrist von einem Jahr festzulegen. Eine noch kürzere Frist wäre zwar für die Unternehmen besser, aber es geht immerhin in die richtige Richtung.

Hildegard Reppelmund, DIHK

Merkblatt

■ Probearbeitsverhältnis – Rechtliche Unterschiede beachten

Vor der Einstellung eines neuen Mitarbeiters muss sich jeder Arbeitgeber überlegen, ob ein Probearbeitsverhältnis vereinbart werden soll. Außer im Berufsausbildungsverhältnis ist eine Probezeit gesetzlich nicht vorgeschrieben.

Die Probezeit dient sowohl Arbeitgebern als auch Arbeitnehmern dazu, herauszufinden, ob eine gute Zusammenarbeit möglich ist und ob die fachlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers den Anforderungen des Arbeitsplatzes genügen. Es gibt drei Varianten eines Probearbeitsverhältnisses. Vor der Entscheidung für eine dieser drei Möglichkeiten, sollten sich Arbeitgeber die rechtlichen Unterschiede genau anschauen.

Probezeit im unbefristeten Arbeitsverhältnis

Die Probezeit im unbefristeten Arbeitsverhältnis muss ausdrücklich vereinbart werden. Während der Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Zudem bedarf die Kündigung in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses nicht der sozialen Rechtferti-

gung, da das Kündigungsschutzgesetz noch keine Anwendung findet. Auch eine Probezeitkündigung darf jedoch nicht sittenwidrig, diskriminierend oder willkürlich sein.

Zu beachten ist, dass der besondere Kündigungsschutz für schwangere Arbeitnehmerinnen bereits in der Probezeit greift. Eine einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist dann nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde möglich. Auf den besonderen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte hingegen können sich Arbeitnehmer erst nach einer Wartezeit von sechs Monaten berufen.

Nicht selten denken Arbeitgeber über eine Verlängerung der Probezeit nach, wenn sie von den Leistungen des neuen Mitarbeiters noch nicht vollständig überzeugt sind. Hier ist aber Vorsicht geboten: Eine Verlängerung der Probezeit über sechs Monate hinaus hat nämlich rechtlich gesehen keinerlei Bedeutung. Nach sechs Monaten beträgt die gesetzliche Kündigungsfrist mindestens vier Wochen – ganz gleich ob eine weitere Probezeit vereinbart wurde oder nicht. In Betrieben mit regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmern muss eine Kündigung dann außerdem den Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes genügen. Hingegen können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb der ersten sechs Monate jederzeit über die Verlängerung einer zunächst kürzeren Probezeit einigen.

Befristung zur Erprobung

Als Alternative kommt der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages zur Erprobung in Betracht. Das Arbeitsverhältnis endet in diesem Fall von selbst mit Ablauf der vereinbarten Zeit. Es bedarf keiner Kündigung, so dass Kündigungsschutzvorschriften nicht zu beachten sind. Die Dauer der Befristung muss sich allerdings am tatsächlichen Erprobungsbedarf orientieren und darf im Regelfall höchstens sechs Monate betragen. In wenigen Ausnahmefällen, zum Beispiel wenn Eignung und Leistung des Arbeitnehmers wegen der besonderen Anforderungen des Arbeitsplatzes innerhalb eines halben Jahres nicht ausreichend beurteilt werden können, kann eine längere Probezeit zulässig sein. Die Befristung des Arbeitsverhältnisses ist nur

wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart wurde.

Befristung ohne Sachgrund

Sofern mit dem Arbeitgeber zuvor noch kein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist auch der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages ohne sachlichen Grund zulässig. Die Befristung darf insgesamt höchstens zwei Jahre betragen und kann innerhalb dieses Zeitraums bis zu drei Mal verlängert werden. Wird der Arbeitsvertrag beispielsweise zunächst für sechs Monate geschlossen und ist sich der Arbeitgeber danach noch unsicher, ob der Arbeitnehmer für die Stelle tatsächlich geeignet ist, kann er den Vertrag befristet verlängern. Erst nach zwei Jahren muss sich der Arbeitgeber endgültig entscheiden. Eine erneute Befristung ist dann nur noch mit sachlichem Grund möglich, wobei der Sachgrund der Erprobung ausscheidet.

Katharina Ernst, IHK Frankfurt/M.

Was Arbeitgeber wissen müssen – Rechtsprechung

■ Unwirksamkeit der Befristung eines Betriebsratsmitglieds

ArbG München, Urteil vom 08.10.2010 – 24 Ca 861/10, rechtskräftig

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitnehmers, der vor Ablauf der Befristung zum Betriebsratsmitglied gewählt wird, ist unwirksam. Das entschied das Arbeitsgericht (ArbG) München und gab der Klage eines Arbeitnehmers auf Entfristung statt. Als Begründung führt das ArbG aus, dass die Vorschrift im Teilzeit- und Befristungsgesetz (§ 14 Abs. 2 TzBfG) europarechtskonform auszulegen sei. Nur so könne der von der Eu-Richtlinie 2002/14/EG (Konsultationsrichtlinie) geforderte Schutz von Betriebsratsmitgliedern vor Benachteiligung im befristeten Arbeitsverhältnis gewährleistet werden.

Mit dieser Entscheidung wird der Grundsatz im

deutschen Arbeitsrecht in Frage gestellt, dass befristete Verträge mit Fristablauf enden. Das galt bislang unabhängig davon, ob die Befristung, z. B. mit einem Schwerbehinderten, einer werdenden Mutter oder einem Betriebsrat (inkl. dem Wahlvorstand und den Ersatzmitgliedern!) vereinbart wurde: die Befristung hebelte jeglichen allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz aus. Diese Grundsätze sind nun durch die Entscheidung des ArbG München erheblich ins Wanken gekommen.

Martin Bonelli, IHK Darmstadt

■ Kein Kündigungszugang am Tag des Einwurfs?

LAG Köln, Urteil vom 17.09.2010 – 4 Sa 721/10

Wird eine arbeitsrechtliche Kündigung nach 16:00 Uhr in den Briefkasten eines Arbeitnehmers eingeworfen, gilt sie nicht mehr am Tag des Einwurfs als zugegangen. So entschied das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln mit der Begründung, dass nach der Verkehrsauffassung mit einer Leerung des Briefkastens nicht mehr gerechnet werden könne. Die Kündigung galt in diesem Fall erst am Folgetag als zugegangen mit der Folge, dass sich die Kündigungsfrist verlängerte und das Arbeitsverhältnis erst einen Monat später als bezweckt endete.

Gleich urteilten bereits in ähnlichen Fällen das Bundesarbeitsgericht und andere LAG's: in Großstädten müsse mit Briefzustellungen bis 14:00 Uhr gerechnet werden. Das LAG Berlin-Brandenburg führte in einem weiteren Fall aus, dass eine Kündigung als zugegangen gilt, wenn unter gewöhnlichen Umständen mit ihrer Kenntnisnahme gerechnet werden könne. Auf konkrete örtliche oder persönliche Gegebenheiten des Empfängers (hier: übliche Zustellung der Post beim Kläger zwischen 8:00 und 8:30 Uhr und Einwurf der Kündigung bei ihm erst um 10:15 Uhr) komme es hingegen nicht an. (Merkblatt zum allg. Zugang der Kündigung auf www.darmstadt.ihk.de unter Dok.-Nr. 13187)

Martin Bonelli, IHK Darmstadt

■ Fristlose Kündigung wegen grober Beleidigung zulässig

LAG Hessen, Urteil vom 14.09.2010 – 243/10

Grobe Beleidigungen eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber in einer öffentlichen Sitzung rechtfertigen eine außerordentliche fristlose Kündigung. Das entschied das Landesarbeitsgericht (LAG) Hessen in einem Fall, in dem der Arbeitnehmer geäußert hatte, der Arbeitgeber „lüge wie gedruckt; wie er mit Menschen umgehe, da komme er – der Mitarbeiter – sich vor wie im Dritten Reich“. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass diese Äußerungen u. a. als Angriff auf die Menschenwürde zu werten sei. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers werde in solchen Fällen regelmäßig zurücktreten müssen. Für die Gesamtabwägung der Interessen sei auch von Bedeutung gewesen, dass der Arbeitnehmer die Chance vertan habe, seine beleidigenden Äußerungen auf Vorhalt zurückzunehmen und das er seinen Arbeitgeber bereits in einem früheren Rechtsstreit beschimpft habe.

(MB zu fristlosen Kündigungen auf www.darmstadt.ihk.de unter Dok.-Nr. 11528).

Martin Bonelli, IHK Darmstadt

■ Zu allgemein gehaltene Abgeltungsklauseln ungültig

BAG, Urteil vom 1.9.2010– 5 AZR 517/09

Eine vorformulierte Vertragsklausel, wonach „erforderliche Überstunden mit dem Monatsgehalt abgegolten sind“, ist mangels Bestimmtheit und wegen unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers unwirksam. Der Umfang der ohne zusätzliche Vergütung zu leistenden Überstunden sowie der Bemessungszeitraum müssen im Arbeitsvertrag festgelegt werden. Dies hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seinem Urteil vom 01.09.2010 entschieden. Der Arbeitnehmer müsse sich bei Vertragsschluss ausrechnen können, welche Leistung ihm für sein Geld abverlangt werde.

Dem widersprach die Regelung, wonach „mit der

vorstehenden Vergütung erforderliche Überstunden des Arbeitnehmers mit abgegolten sind". Aufgrund dieser unklar abgefassten Pauschalierungsklausel bestehe die Gefahr, dass der Arbeitnehmer in der Annahme, er habe keinen Rechtsanspruch auf eine gesonderte Überstundenvergütung, seinen Anspruch nicht geltend macht. Darüber hinaus lasse sich aus der Klausel keine Begrenzung auf die nach § 3 ArbZG zulässige Höchstarbeitszeit entnehmen.

Fazit: Arbeitgeber können eine transparente Überstundenregelung schaffen, indem sie im Arbeitsvertrag den (monatlichen) Höchstumfang der zu leistenden Mehrarbeit definieren. Dabei sind die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes zu beachten.

Muster für eine Abgeltungsklausel:

„Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, soweit dies betrieblich notwendig ist, zumutbare Überstunden- oder Mehrarbeit zu leisten, sowie Nacht-, Schicht-, Sonn- und Feiertagsarbeit in gesetzlich zulässigem Umfang (Aufnahme nur soweit es für das Arbeitsverhältnis relevant ist). Mit dem vereinbarten Bruttolohn sind bis zu _____ Mehrarbeits- und Überstunden abgegolten. (höchststrichterliche Rechtsprechung bezüglich einer Obergrenze fehlt; eine Überschreitung der normalen Arbeitszeit um 10 % erscheint jedoch sachgemäß).

Weitere Informationen zum Thema „Überstunden“ finden Sie auf unserer Homepage www.darmstadt.ihk.de unter der Dokumentennummer 10700.

Martina Seib / Martin Bonelli, IHK Darmstadt

■ **Videüberwachung muss verhältnismäßig sein**

Hess. LAG, Urteil vom 25.10.2010, Az.: 7 Sa 1586/09.

Das Landesarbeitsgericht Hessen hat einen Arbeitgeber wegen ständiger Videoüberwachung eines Arbeitsplatzes zu einer Entschädigung von 7.000 Euro verurteilt.

Der Arbeitgeber hatte im Juni 2008 eine Videokamera derart angebracht, dass sie nicht nur auf den Eingangsbereich des Büros, sondern auch dauerhaft

auf den Arbeitsplatz einer Arbeitnehmerin gerichtet war. Hiergegen wehrte sich die betroffene Mitarbeiterin frühzeitig und klagte im Oktober 2008 schließlich auf Schadensersatz. Das Landesarbeitsgericht Hessen sprach ihr eine Entschädigung von 7.000 Euro zu.

Nach Ansicht des Gerichts stellte die dauernde Videoüberwachung des Arbeitsplatzes einen unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin dar. Daran ändere auch der Vortrag des Arbeitgebers nichts, dass die Überwachung lediglich dem Schutz der Mitarbeiter vor Übergriffen gedient habe und die Videokamera nicht permanent angeschaltet gewesen sei. Denn es wäre dem Arbeitgeber möglich gewesen, die Kamera nur auf den Eingangsbereich des Büros zu richten, ohne auch den Arbeitsplatz zu erfassen. Selbst wenn die Kamera tatsächlich nicht fortlaufend in Betrieb gewesen sei, habe sich die Arbeitnehmerin durch die Ungewissheit dennoch einem ständigen Anpassungs- und Überwachungsdruck ausgesetzt gefühlt. Unter dem Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers hielt das Landesarbeitsgericht eine Entschädigung in Höhe von 7.000 Euro für angemessen.

Katharina Ernst, IHK Frankfurt/M.

■ **Verlust oder Beschädigung des Arbeitszeugnisses**

LAG Hessen, Urteil vom 07.02.2011 - Az. 16 Sa 1195/10

Geht ein Arbeitszeugnis verloren oder wird es beschädigt, so hat der Arbeitgeber ein neues Zeugnis anzufertigen, sofern ihm dies möglich und zumutbar ist.

Das Landesarbeitsgericht Hessen hat festgestellt, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, einem ausgeschiedenen Mitarbeiter das Arbeitszeugnis zuzusenden. Vielmehr muss der Arbeitnehmer dieses am Betriebssitz des Arbeitgebers abholen. Der Arbeitgeber ist jedoch nicht daran gehindert, dem Arbeitnehmer das Arbeitszeugnis auf dem Postweg oder anderweitig zukommen zu

lassen.

Geht das Zeugnis verloren oder wird es beschädigt, kann der Arbeitnehmer eine Ersatzausstellung verlangen. Unerheblich ist dabei, wer den Verlust oder die Beschädigung zu vertreten hat. Maßgeblich ist allein, ob dem Arbeitgeber die Ausfertigung des Zeugnisses möglich und auch zumutbar ist. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Wortlaut des Zeugnisses unstreitig oder sogar noch im EDV-System des Arbeitgebers gespeichert ist.

Katharina Ernst, IHK Frankfurt/M.

■ Vergütungspflicht bei Suspendierung

LAG Hessen hingegen, Urteil vom 24.01.2011 – Az. 16 Sa 1041/10

Auch bei Suspendierung besteht grundsätzlich Vergütungspflicht. Die Weigerung eines Arbeitnehmers, sich schriftlich zur Einhaltung der im Betrieb geltenden IT-Sicherheitsrichtlinien zu verpflichten, berechtigt den Arbeitgeber nicht zur einseitigen unbezahlten Freistellung des Mitarbeiters.

Der klagende Arbeitnehmer ist Gabelstaplerfahrer bei einem Getränkehersteller. Er weigerte sich, eine ihm vom Arbeitgeber vorgelegte Verpflichtungserklärung zur Einhaltung der Betriebsvereinbarung „IT-Sicherheitsrichtlinien“ zu unterschreiben. Daraufhin wurde er ohne Fortzahlung des Gehalts von der Arbeit freigestellt. Der Mitarbeiter zog vor das Arbeitsgericht und verlangte Zahlung der ausstehenden Vergütung. Das Arbeitsgericht Frankfurt a. M. wies die Klage mit der Begründung ab, der Arbeitnehmer sei auf Grund seiner Weigerung nicht leistungsbereit gewesen.

Das Landesarbeitsgericht Hessen hingegen gab dem Antrag in zweiter Instanz statt (Urteil vom 24.01.2011, Az. 16 Sa 1041/10). Die Betriebsvereinbarung habe normative Wirkung und gelte damit für den Kläger auch ohne dessen Zustimmung. Die Weigerung des Klägers, eine Verpflichtungserklärung abzugeben, rechtfertige daher nicht dessen Freistellung. Der Arbeitgeber habe sich folglich im

Annahmeverzug befunden. Aber selbst im Falle einer berechtigten Freistellung müsse in der Regel die Vergütung fortgezahlt werden. Nur in besonderen Ausnahmefällen könne der Vergütungsanspruch entfallen, nämlich dann, wenn die Annahme der Arbeitsleistung dem Arbeitgeber nicht zumutbar sei. Dies setze jedoch eine schwerwiegende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers voraus.

Katharina Ernst, IHK Frankfurt/M.

■ Widerruf der Bestellung zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten

BAG, Urteil vom 23.03.2011 – Az.: 10 AZR 562/09

Widerruf der Bestellung zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist nur aus wichtigem Grund zulässig. Ein Arbeitgeber kann die Bestellung eines Mitarbeiters zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht deshalb widerrufen, weil er sich dazu entschlossen hat, die Aufgabe einem externen Dienstleister zu übertragen. Eine solche organisatorische Entscheidung stellt nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts keinen ausreichenden Grund für einen Widerruf dar.

Der Unternehmer hat zwar zunächst die Wahl zwischen einem internen oder externen Datenschutzbeauftragten. Sofern er sich jedoch für einen Mitarbeiter entscheidet, kann er dessen Bestellung nicht allein mit der Begründung widerrufen, die Aufgabe solle in Zukunft von einem Externen ausgeführt werden. Die weitere Tätigkeit des Arbeitnehmers als betrieblicher Datenschutzbeauftragter muss für den Unternehmer vielmehr unzumutbar sein. Dies ist jedoch nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht der Fall, wenn das Unternehmen aus rein organisatorischen Gründen beschließt, einen Dritten zum Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Auch die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers im Betriebsrat genügt nicht für eine Abberufung, da seine Zuverlässigkeit allein durch diesen Umstand nicht in Frage gestellt wird.

Der Datenschutzbeauftragte eines Unternehmens muss für die Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben hinreichend zuverlässig sein. Das bedeutet

auch, dass er seine Funktion unabhängig und frei von Interessenkonflikten ausüben können muss. Es ist umstritten, ob dies auch dann gewährleistet ist, wenn er Mitglied des Betriebsrates ist. Das BAG hat diese Frage nun eindeutig bejaht. In dem vorliegenden Fall war eine Mitarbeiterin zur betrieblichen Datenschutzbeauftragten für zwei Unternehmen desselben Konzerns bestellt worden. Später wurde sie auch in den Betriebsrat gewählt. Nach einigen Jahren beschloss die Konzernleitung, fortan einen externen Datenschutzbeauftragten für alle Konzernunternehmen zu bestellen und widerrief die Bestellung der besagten Mitarbeiterin – unter anderem auch unter Hinweis auf ihre Betriebsratsstätigkeit. Zu Unrecht, wie das BAG entschied. Die Absicht der Konzernleitung, nunmehr einen externen Datenschutzbeauftragten zwecks einheitlicher Handhabung des Datenschutzes in allen Konzerngesellschaften zu berufen sei kein wichtiger Grund für den Widerruf der Bestellung der vorherigen Datenschutzbeauftragten. Auch die Mitgliedschaft im Betriebsrat rechtfertige den Widerruf nicht.

Katharina Ernst, IHK Frankfurt/M.
Eike Thiel, IHK Stade

■ Anspruch auf Bonuszahlung?

BAG, Urteil vom 21. April 2010 – Az.: 10 AZR 163/09

In einer für die Praxis äußerst bedeutsamen Entscheidung hatte das BAG entschieden, dass es für einen Anspruch auf eine Bonuszahlung nicht erforderlich sei, dass dessen Höhe vorher bestimmbar war. Auch sei das Fehlen eines kollektiven Bezugs als Voraussetzung für einen Anspruch aus sog. „betrieblicher Übung“ unschädlich. In dem vorliegenden Fall hatte eine führende Mitarbeiterin eines Unternehmens über mehrere Jahre hinweg einen erheblichen Jahresbonus neben ihrem regulären Fixgehalt erhalten. Dieser Bonus wurde nicht an eine bestimmte Leistung geknüpft, sondern willkürlich von der Geschäftsleitung in jedem Jahr neu festgelegt und der Mitarbeiterin telefonisch mitgeteilt und ausgezahlt. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt bestand unstrittig nicht. Im Jahre 2007 – dem Jahr des Scheiterns ihrer Ehe mit dem Geschäftsführer

des Unternehmens – erhielt sie keine Bonuszahlung und verklagte ihren Arbeitgeber daraufhin auf Zahlung i. H. v. 45% ihres Jahresgehalts aus betrieblicher Übung. AG und LAG hatten die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass es hier an einem für einen Anspruch aus betrieblicher Übung kollektiven Bezuges fehle, weil alle anderen Mitarbeiter keine Bonuszahlungen erhielten. Ein Anspruch aus „konkludenter Zusage“ entfalle ebenfalls, weil die Höhe des Bonus nicht bestimmbar gewesen sei. Das BAG pflichtete den Instanzgerichten insoweit bei, als dass die Voraussetzungen einer betrieblichen Übung tatsächlich nicht vorlägen. Ein Anspruch auf Bonuszahlung aus konkludenter Zusage sei aber keineswegs allein schon deswegen ausgeschlossen, weil die Höhe des Bonus nicht bestimmbar gewesen sei. Es könne durchaus angehen, dass sich die Zusage nur auf den Grund, also auf das „ob“ und nicht auf die Höhe bezogen habe. Weil das LAG seine Entscheidung auf eine irri- gere Rechtsauffassung gestützt und konsequenterweise auf der Tatsachenseite nicht weiter untersucht habe, wie Zahlungen gemeint gewesen seien, verwies das BAG den Rechtsstreit zur Entscheidung zurück an das LAG.

Eike Thiel, IHK Stade

■ Widerrufsvorbehalt von freiwillig gewährten Arbeitgeberleistungen

BAG, Urteil vom 20.04.2011 – Az. 5 AZR 191/10

In diesem Urteil hat sich das BAG zum arbeitsvertraglichen Widerrufsvorbehalt von freiwillig gewährten Arbeitgeberleistungen in alten Arbeitsverträgen vor der Schuldrechtsreform vom 1. Januar 2002 geäußert, soweit dies in Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgte (was die Regel ist).

Problemlage:

Seit Januar 2002 sind gem. §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 BGB AGB Klauseln über einseitige Widerrufsvorbehalte von freiwilligen Arbeitgeberleistungen an die formal-rechtliche Verpflichtung gebunden, dem Arbeitnehmer in der Klausel selbst bereits die möglichen Beispielsfälle für einen etwaigen Wider-

ruf deutlich zu machen. Bei Verstoß hiergegen ist die Widerrufsklausel bereits aus diesem formalen Grund unwirksam.

Hier stellt sich die Frage des Vertrauensschutzes für den Arbeitgeber, denn vor Januar 2002 gab es diese strenge Formvorschrift nicht. Damals galt noch das AGB-Gesetz.

ArbG und LAG hatten der Klage des Arbeitnehmers gegen den vom Arbeitgeber erklärten Widerruf der freiwilligen Leistung stattgegeben unter Berufung auf die Formvorschrift der §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 BGB. Das BAG gibt der Revision des Arbeitgebers statt und hat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen zur weiteren Sachaufklärung.

Gründe:

Auf Grund der gesetzlichen Neufassung sei eine Vertragslücke entstanden, welche nun im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen sei.

Der Arbeitgeber verdiene hier Vertrauensschutz, gleichwohl darf der Widerruf nicht willkürlich erfolgt sein, es ist nun zu prüfen, ob für den Arbeitgeber betriebswirtschaftliche Gründe vorgelegen hätten, welche den Widerruf rechtfertigen könnten.

Ursula Poller, IHK Nürnberg

■ **Urlaubsanrechnung bei Freistellung des Arbeitnehmers**

BAG, Urteil vom 17.05.2011 – Az. 9 AZR 189/10

In diesem Urteil geht es um Fragen zur Urlaubsanrechnung für die Zeit der Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht ab Ausspruch der Kündigung bis zum voraussichtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses im Zuge der Kündigung.

Problemlage:

Ein Arbeitgeber spricht im Oktober des Jahres 2006 die fristgerechte betriebsbedingte Kündigung zum 31. März 2007 aus, verbunden mit der Erklärung zur unwiderruflichen Freistellung des gekündigten Arbeitnehmers unter Anrechnung der Urlaubsansprüche. Die Kündigungsschutzklage hat Erfolg, das Arbeitsverhältnis wird über den 31. März 2007 hinaus fortgesetzt. Der Arbeitgeber gewährt für

2007 keinen weiteren Urlaub, sondern vertritt die Auffassung, dass der Arbeitnehmer bereits in den ersten drei Monaten des Jahres seinen Urlaubsanspruch verbraucht habe. Der Arbeitnehmer vertritt die Auffassung, dass in dieser Zeit mangels anderer klarer Absprache lediglich ¼ seines Jahresurlaubs verbraucht worden sei, weil der Arbeitgeber schließlich ursprünglich von der Beendigung zum 31. März 2007 ausgegangen sei und die Freistellung unter Urlaubsanrechnung damit auch nur diesen Zeitraum erfassen sollte. Er klagt somit die restlichen Urlaubsansprüche ein.

Während ArbG und LAG die Klage abwiesen, gab das BAG der Revision statt, weil der Arbeitgeber nicht hinreichend deutlich in seiner einseitigen Freistellungserklärung erklärt habe, inwieweit er gem. § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers als erfüllt ansehen wolle, ob also für das volle Jahr 2007 oder nur für das erste Quartal 2007. Zweifel gehen zu Lasten des einseitig Erklärenden.

Ursula Poller, IHK Nürnberg

■ **Sozialauswahl: Kinder gegen Alter**

LAG Köln, Urteil vom 18.02.2011 – Az.: 4 Sa 1122/10

Das LAG hat mit diesem Urteil neue Maßstäbe für die Wertung bei der Sozialauswahl gesetzt.

Bisher war der Rang der Kriterien für die sog. Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen weitgehend ungeklärt. Ein Arbeitgeber muss laut Kündigungsschutzgesetz Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung berücksichtigen. Ein vorgeschriebenes Rangverhältnis zwischen diesen Kriterien gibt es nicht.

Das LAG hat nun entschieden, dass es darauf ankomme, wer die besseren Chancen auf eine neue Arbeitsstelle habe, denn dann seien auch mögliche Unterhaltspflichten gegenüber Kindern des Arbeitnehmers nicht gefährdet. Es hat daher im konkreten Fall, in dem die Sozialauswahl zwischen zwei vergleichbaren Führungskräften, die etwa gleich lang im Betrieb beschäftigt waren, dem mit 53 Jahren Älteren, der keine Kinder hatte, den Vorzug

gegenüber einem 35-Jährigen mit zwei Kindern gegeben. Letzterer habe die deutlich besseren Chancen, auf dem Arbeitsmarkt wieder Fuß zu fassen. Durch die Kündigung würde zwar auch der Unterhalt der Kinder gefährdet, aber wegen der besseren Chancen auf dem Arbeitsmarkt sei eine Beeinträchtigung des Kinderunterhalts mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zu erwarten. Demgegenüber seien die Chancen des Älteren auf dem Arbeitsmarkt geringer. Daher sei der ältere Arbeitnehmer in der Sozialauswahl vorrangig zu schützen.

Hildegard Reppelmund, DIHK

■ Verlagerung eines Betriebsteils ins grenznahe Ausland

BAG, Urteil vom 26.05.2011 – 8 AZR 37/10

Ist für einen Arbeitsvertrag deutsches Recht maßgeblich, so ist die Frage, ob ein Betriebsübergang erfolgt, nach § 613a BGB zu beurteilen. Dies gilt auch dann, wenn ein Betriebsteil in die Schweiz verlagert wird.

Diesem Urteil lag ein Fall zugrunde, in dem der Arbeitgeber eine in Südbaden ansässige Konzerntochter war, deren Mutter auch in der Schweiz Unternehmen hat. Ein Betriebsteil des Südbadener Unternehmens wurde in die Schweiz (60 km entfernt) verlegt, inklusive der wesentlichen materiellen und immateriellen Produktionsmittel. Einem Arbeitnehmer wurde wegen Betriebsstilllegung gekündigt. Das Angebot eines neuen Arbeitsvertrages mit dem Schweizer Unternehmen lehnte dieser Arbeitnehmer ab. Die Kündigungsschutzklage hatte Erfolg.

Begründet wurde dies damit, dass der Arbeitgeber sich für die Begründung der Kündigung nicht auf eine Betriebsstilllegung berufen könne, da der Betriebsteil auf das Schweizer Unternehmen übertragen worden sei. Dies sei ein nach deutschem Recht zu beurteilender Betriebsübergang, der eine Rechtfertigung der ausgesprochenen Kündigung durch dringende betriebliche Gründe ausschließe.

Hildegard Reppelmund, DIHK

Fragen und Antworten

■ Gefährliche Sportarten und Entgeltfortzahlung

Bei gefährlichen Sportarten ist das Verletzungsrisiko groß, sei es Drachenfliegen, Climbing oder ähnliche Trendsportarten. Muss ein Arbeitgeber den Lohn fortzahlen, wenn sich der Arbeitnehmer bei solchen Sportarten verletzt und nicht arbeiten kann?

Antwort: Das kommt darauf an!

Bei Selbstverschulden keine Lohnfortzahlung.

Wann liegt Selbstverschulden vor?

Wenn die Verletzung als selbstverschuldet eingeordnet werden kann, besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Dafür ist mindestens grob fahrlässiges Verhalten erforderlich. Das heißt, dass der Arbeitnehmer in erheblichem Maße gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhaltensweisen verstoßen haben muss, um dies anzunehmen. Das kann z. B. auch der Fall sein, wenn sich eine ungeübte Person mit einer Sportart übernimmt oder wenn ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln einer Sportart (Wettkampffregeln oder Sorgfalts- und Sicherheitsregeln) vorliegt. Leichte Fahrlässigkeit im Sinne von "das kann jedem Mal passieren" reicht nicht für ein Selbstverschulden aus.

Gilt dies für alle Sportarten?

Hier ist die Rechtsprechung sehr einzelfallbezogen. Was als gefährliche Sportart gilt und ob schon allein die Ausübung einer gefährlichen Sportart als Selbstverschulden einzuordnen ist, ist vom einzelnen Arbeitsgericht abhängig. So gibt es Urteile, wonach die bloße Ausübung von Kickboxen zu Selbstverschulden führt, von Karate hingegen nicht.

Wer trägt das Beurteilungsrisiko?

Wenn ein Arbeitgeber annimmt, dass ein Fall von Selbstverschulden vorliegt, kann er die Entgeltfortzahlung verweigern. Er ist allerdings beweispflichtig für das Selbstverschulden des Arbeitnehmers und trägt damit das Risiko, dass der Arbeitsrichter

dies anders beurteilt. Hier ist eine sorgfältige Abwägung vorzunehmen.

Hildegard Reppelmund, DIHK

Tipps zum Schluss

■ Literaturhinweise

Hanno Timmer, Lawrence Rajczak,
Arbeitsvertragsgestaltung Mehrarbeit, Überstunden
& Co.,

Arbeit und Arbeitsrecht 4/2011, S. 206 - 209

Alexius Leuchten, Katastrophenhelfer in Unternehmen – Rechte und Pflichten des Arbeitgebers
In diesem Aufsatz geht es um THW und andere Hilfsorganisationen im Einsatz mit ehrenamtlichen Helfern, die gleichzeitig Arbeitnehmer in Unternehmen sind.

Arbeit und Arbeitsrecht 5/2011, S. 284 - 285

Oliver Kittner, Der "volatile" Arbeitnehmer – Wettbewerb im und außerhalb des Arbeitsverhältnisses
BB 16/2011, S. 1013 - 1017

Frank Wetzling/Maren Habel, Die Abmahnung – arbeitsrechtlich und personalführungstechnisch aktuelle Aspekte

BB 17/2011, S. 1077 - 1084

■ Buchbesprechung

Suckow/Striegel/Niemann:

"Der vorformulierte Arbeitsvertrag – Spielräume und Fallstricke im AGB-Recht"

1. Aufl. 2011, 393 Seiten, 44 EUR
ISBN 978-3-472-07579-0

Seit der Schuldrechtsmodernisierung und einer Übergangsfrist findet seit 2003 das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) auch auf Arbeitsverträge ausdrücklich Anwendung. Seither ergingen zahlreiche Leitentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zu diesem Thema, die teilweise sehr überraschend waren und jedenfalls zu intensiver Diskussion in Fachkreisen sowie zu er-

heblichem Anpassungsbedarf in der arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung führten. Dieses Werk greift u. a. folgende Themen auf: Ausschlussfristen, Bezugnahmeklauseln, Freistellungsklauseln, Haftungsausschlüsse, Nebentätigkeitsregelungen, Öffnungsklauseln, Rückzahlung von Fort- und Ausbildungskosten, Schadenspauschalierung, Schriftformabrede, Vertragsstrafen, Wettbewerbsverbote, Widerrufsklauseln, Zielvereinbarungen.

Zu den Autoren:

Dr. Jens Suckow, Richter am BAG

Bernhard Striegel, Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Dr. Jan-Malte Niemann, LL.M., Richter am Arbeitsgericht

Hildegard Reppelmund, DIHK