

Paluka
Sobola



Loibl &
Partner
Rechtsanwälte

Newsletter
Höchstrichterliche Rechtsprechung
im Arbeitsrecht 2012

Dezember 2012

Frank Reinel
Rechtsanwalt

Paluka Sobola Loibl & Partner

Neupfarrplatz 10
93047 Regensburg

Tel. 0941 58 57 1-0
Fax 0941 58 57 1-14

info@paluka.de
www.paluka.de

Vorwort

Das Arbeitsrecht hielt im Jahre 2012 keine größeren Überraschungen für den Rechtsanwender bereit. In den meisten Bereichen wurden lediglich die bereits angestoßenen Entwicklungen konsequent weitergeführt bzw. für die notwendigen Klarstellungen gesorgt.

Im Bereich des **allgemeinen Arbeitsverhältnisses** wurden einige Klarstellungen getroffen, die für Arbeitgeber von größerer Bedeutung sind. So hat es das Bundesarbeitsgericht (BAG) erlaubt, die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation alleine vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag abhängig zu machen. Des Weiteren wurde (wiederholt) in einem anderen Verfahren klargestellt, dass die pauschale Abgeltung aller Überstunden nicht möglich ist. Jeder Arbeitnehmer muss bei der Lektüre seines Vertrages wissen, was auf ihn zukommt und welches Gehalt er dafür zu erwarten hat. Zwei weitere Entscheidungen befassten sich mit Wettbewerbsverboten. Zum einen hat das BAG festgehalten, dass eine Schadensersatzforderung nicht völlig abstrakt durch das Gericht vorgenommen werden kann. Zum anderen hat es entschieden, dass das mit einem Wettbewerber vereinbarte Festgehalt kein „Geschäft“ im Sinne der Wettbewerbsverbote des HGB ist. Zum Jahresende sodann stellte das BAG noch fest, dass der Arbeitgeber ohne sachlichen Grund anordnen kann, dass ein Mitarbeiter ab dem ersten Tage der Krankheit eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen muss.

Das **Urlaubsrecht** hingegen wurde vom BAG durch mehrere Entscheidungen im Nachgang zu den Entscheidungen „Schultz-Hoff“ und „KHS“ des EuGH konsequent fortentwickelt. So urteilte das BAG, dass Abgeltungsansprüche nicht mehr den gleichen Rechtsgrundsätzen unterfallen wie die Urlaubsansprüche. Vielmehr handle es sich beim Abgeltungsanspruch um einen reinen Geldanspruch, der nicht dem Regime des Bundesurlaubsgesetzes unterliegt. Insoweit war das BAG auch konsequent, indem es in einem weiteren Fall urteilte, dass auch bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis die erworbenen Urlaubsansprüche 15 Monate nach dem Urlaubsjahr verfallen. In einem anderen Urteil stellte das BAG fest, dass beim Wechsel des Arbeitgebers, und hiernach festgestellter Unwirksamkeit der ursprünglichen Kündigung, trotzdem keine doppelten Urlaubsansprüche entstehen können, sondern die beim einen Arbeitgeber abgegoltene Urlaubsansprüche auch gegenüber dem anderen Arbeitgeber zu berücksichtigen sind. Des Weiteren hatte sich das BAG mit der Frage zu befassen, ob der Arbeitgeber das Arbeitszeitkonto der Mitarbeiter bei

einer Änderung des Tarifvertrages und der damit einhergehenden Erhöhung der Arbeitszeit als Ausgleichsmaßnahme kürzen darf. Aber auch der EuGH fällt ein Urteil, das die deutsche Urlaubsjudikatur maßgeblich beeinflussen wird. So stellte der EuGH fest, dass das europäische Recht der Auffassung nicht entgegensteht, dass die sog. „Kurzarbeit Null“ mit einer Teilzeitarbeit Null vergleichbar ist, sodass hier nur ein Urlaubsanspruch von null Tagen entsteht.

Im Anwendungsgebiet des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)** hatte es das BAG wieder einmal mit vielen Einzelfragen zu tun. So wurde z. B. ausgeurteilt, dass die Frage nach früheren, eingestellten Ermittlungsverfahren vor der Einstellung unzulässig ist, wenn sie nicht durch Rechtsvorschrift oder überwiegende Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt werden kann. Auf der anderen Seite wurde festgestellt, dass im laufenden Arbeitsverhältnis zumindest nach der Probezeit die Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung zur Vorbereitung von Kündigungen zulässig ist. Denn nur so könne der Arbeitgeber seinen ggf. vorhandenen höheren Fürsorgepflichten entsprechend nachkommen. Im Bereich des Öffentlichen Dienstes gab es dank einer Entscheidung des BAG größere Verwerfungen, nachdem es eine Diskriminierung Jüngerer durch die altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer erkannte und meinte, dass diese nur durch eine „Korrektur nach oben“ hinsichtlich der Urlaubsdauer Jüngerer behoben werden könnte. In einem weiteren Fall hatte sich das BAG mit der Frage zu befassen, ob die Falschauskunft gegenüber Arbeitnehmern als Indiz für eine Diskriminierung gewertet werden kann. Dass ältere Arbeitssuchende schon dann diskriminiert werden, wenn die Ausschreibung explizit jüngere Mitarbeiter sucht, war allseits bekannt, dass diese Art der Diskriminierung allerdings auch dann vorliegen kann, wenn zum Ende des Verfahrens gar kein neuer Mitarbeiter eingestellt worden ist, zeigte das Urteil des BAG aus dem Sommer diesen Jahres. Und auch mit verfahrensrechtlichen Fragen hatte sich das BAG im Bereich des AGG auseinandersetzen. So stellte es deutlich klar, dass die Ausschlussfristen für Schadensersatzansprüche zwingend einzuhalten sind und auch solche Ansprüche erfassen, die sich zwar nicht auf das AGG stützen, wohl aber ein verpöntes Merkmal zum Gegenstand haben.

Dass das beharrliche Nachstellen von Kolleginnen nicht nur strafrechtlich zum Problem werden, sondern auch arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, zeigte eine Entscheidung des BAG aus dem **Kündigungsrecht** in diesem Jahr. Das BAG stellte nämlich fest, dass „Stalking“ ein an sich geeigneter Grund ist, ein Arbeitsverhältnis notfalls sogar außerordentlich und fristlos zu beenden. Und auch die

Rechtsprechung nach der „Emmely-Entscheidung“ wurde konsequent weitergeführt, indem das BAG in der Entwendung von Zigarettenpackungen einen Kündigungsgrund sah. Interessant wurde dieser Fall dadurch, dass der Arbeitgeber seine Erkenntnisse aus der Auswertung heimlicher Videoaufzeichnungen erhielt und das Gericht auch zur Verwertbarkeit derartiger Maßnahmen Stellung bezog. In einem anderen Urteil stellte das BAG klar, dass auch außerdienstliche Aktivitäten für die NPD bzw. JN durchaus einen Kündigungsgrund darstellen können, und zwar dann, wenn der Verfasser einer Mitteilung in dieser zum gewaltsamen Umsturz auffordert. Zu guter Letzt fand auch noch ein Urteil des LAG Hamm Eingang in diese Übersicht, um zu zeigen, dass auch Chefs ab und zu auf facebook und Co. unterwegs sind. Im zu entscheidenden Fall hatte der Arbeitnehmer unter der Rubrik Arbeitgeber die Begriffe „Menschenschinder“ und „Ausbeuter“ eingetragen, was zu seiner fristlosen Entlassung führte.

Im **Befristungsrecht** wurde die aktuelle Rechtsprechung des EuGH aufgegriffen und festgestellt, dass zwar auch die langanhaltende Beschäftigung aufgrund mehrerer sachlich befristeter Arbeitsverträge zulässig ist, dass aber gleichwohl eine Missbrauchskontrolle bei „Kettenbefristungen“ vorzunehmen ist. Leider vermied es das BAG in seinen Entscheidungen eine Grenze vorzugeben, ab der widerleglich von einem Missbrauch auszugehen ist. Daran anknüpfend hat das BAG in einem weiteren Fall entschieden, dass durch die Regelungen von Tarifverträgen von den Vorgaben des Teilzeit- und Befristungsgesetzes auch zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann.

Regensburg im Dezember 2012

Frank Reinel
Rechtsanwalt

Inhalt

I. Allgemein zum Arbeitsverhältnis	Seite 6
<ul style="list-style-type: none">▪ Anspruch auf Weihnachtsgratifikation bei gekündigtem Arbeitsverhältnis▪ Vergütungserwartung bei Mehrarbeit▪ Wettbewerbswidriges Verhalten▪ Attestpflicht ab dem ersten Krankheitstag zulässig	
II. Urlaubsrecht	Seite 11
<ul style="list-style-type: none">▪ Ausschluss von Doppelansprüchen bei unwirksamer Kündigung▪ Kürzung von Zeitguthaben auf Arbeitszeitkonten▪ Befristung des Urlaubsabgeltungsanspruchs▪ Verfall des Urlaubsanspruchs bei langjährig ruhendem Arbeitsverhältnis▪ Kein Urlaub bei „Kurzarbeit Null“	
III. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	Seite 17
<ul style="list-style-type: none">▪ Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren▪ Frage nach Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis zulässig▪ Altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer▪ Erteilung einer Falschauskunft als Indiz für Diskriminierung▪ Entschädigung wegen Altersdiskriminierung▪ Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen	
IV. Kündigungsrecht	Seite 24
<ul style="list-style-type: none">▪ Kündigung wegen Stalking▪ Kündigung und verdeckte Videoüberwachung▪ Außerdienstliche Aktivitäten für NPD und JN als Kündigungsgrund▪ Kündigung nach facebook-Beleidigung	
V. Befristungsrecht	Seite 28
<ul style="list-style-type: none">▪ Rechtsmissbräuchliche „Kettenbefristung“▪ Tarifvertragliche Regelungen über sachgrundlose Befristungen	

I. Allgemein zum Arbeitsverhältnis

Anspruch auf Weihnachtsgratifikation bei gekündigtem Arbeitsverhältnis

In vielen Betrieben ist es üblich, dass der Arbeitgeber zum Jahresende eine Jahressonderzahlung – auch bekannt als Weihnachtsgratifikation – an seine Arbeitnehmer bezahlt. Einer der Zwecke dieser Jahressonderzahlung ist es, die Mehrkosten der Arbeitnehmer zum Jahresende hin abzumildern. Zum anderen kann die Jahressonderzahlung aber auch dazu genutzt werden, die verdienten Arbeitnehmer im Unternehmen zu halten. Der Anspruch auf eine Weihnachtsgratifikation kann daher vom ungekündigten Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt abhängig gemacht werden. Voraussetzung hierfür ist es, dass durch die Auszahlung der Jahressonderzahlung nicht die Vergütung von Arbeitsleistungen bezweckt ist.

Im zu entscheidenden Fall hatte die Klägerin geltend gemacht, ihr stehe die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation zu, die mit der Vergütung für den Monat November zur Auszahlung kommen soll. Ausweislich ihres Arbeitsvertrages war dieser Anspruch allerdings dann ausgeschlossen, wenn sich das Anstellungsverhältnis zum Zeitpunkt der Auszahlung im gekündigten Zustand befand. Der Arbeitgeber hatte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23.11.2009 zum 31.12.2009 gekündigt. Mit Urteil vom 18.01.2012 (10 AZR 667/10) hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass es von dem mit der Zuwendung verfolgten Zweck abhängt, ob die Zahlung einer Sonderzuwendung unter die Bedingung des ungekündigten Bestehens des Arbeitsverhältnisses zum Auszahlungszeitpunkt gestellt werden kann. Sollte eine Zahlung, wie im zu entscheidenden Fall, nur an den Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpfen, so ist eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag mit den gesetzlichen Wertungen zu vereinbaren und hält einer Inhaltskontrolle stand.

Praxistipp: Beabsichtigt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine Sonderzuwendung zukommen zu lassen, so hat er vor Vertragserstellung stets zu prüfen, unter welchen Bedingungen der Anspruch auf die Jahressonderzahlung gewährt werden soll. Knüpft die Jahressonderzahlung nur an das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt an, so ist regelmäßig davon auszugehen, dass diese Klausel einer Inhaltskontrolle standhalten wird.

Vergütungserwartung bei Mehrarbeit

Mit Urteil vom 22.02.2012 (5 AZR 765/10) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass bei Fehlen einer (wirksamen) Vergütungsregelung der Arbeitgeber nach § 612 Abs. 1 BGB verpflichtet ist, geleistete Mehrarbeit zusätzlich zu vergüten, wenn diese den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Insofern der Arbeitnehmer kein herausgehobenes Entgelt bezieht, so ist regelmäßig eine entsprechende objektive Vergütungserwartung anzunehmen.

Hintergrund der Entscheidung war der Fall eines Lagerleiters bei einer Spedition. Dieser war für ein monatliches Bruttoentgelt von 1.800,00 Euro tätig. Im Arbeitsvertrag war eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vereinbart worden. Des Weiteren war vereinbart, dass bei betrieblichem Erfordernis der Lagerleiter ohne besondere Vergütung zur Mehrarbeit verpflichtet sein soll. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte der Kläger für insgesamt 968 geleistete Überstunden aus den Jahren 2006 bis 2008 eine zusätzliche Vergütung.

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass dem Kläger die begehrte Vergütung zusteht. Bei einem vereinbarten monatlichen Bruttoentgelt von 1.800,00 Euro war die Leistung von Überstunden nur gegen eine zusätzliche Vergütung zu erwarten. Da es sich beim Arbeitsvertrag um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelte, waren diese hinsichtlich ihrer Transparenz zu prüfen. Der klagende Arbeitnehmer konnte aus dieser Klausel jedoch nicht entnehmen, welche Arbeitsleistung er für das regelmäßige Bruttoentgelt zu erbringen habe. Mithin wusste er nicht, was auf ihn zukommen würde. Somit war diese Klausel wegen Intransparenz unwirksam und die Spedition schuldete dem Lagerleiter nach § 612 Abs. 1 BGB eine Überstundenvergütung.

Praxistipp: Immer wieder wird versucht, mit Pauschalvergütungsvereinbarungen auch Überstunden abzugelten. Grundsätzlich besteht diese Möglichkeit zweifelsohne. Bei Abfassung der entsprechenden Klauseln ist jedoch darauf zu achten, dass diese für den verständigen Arbeitnehmer erkennen lassen, welche Arbeitsleistung dieser für das regelmäßige Bruttoentgelt schuldet. Oftmals wird dies verkannt und eine Klausel derart formuliert, demnach im „betrieblich notwendigen Umfang“ Mehrarbeitsstunden zu leisten sind. Diese Klausel wird einer AGB-Kontrolle regelmäßig nicht standhalten.

Wettbewerbswidriges Verhalten

Immer wieder kommt es im Zusammenhang mit der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zum Streit darüber, ob der ehemalige Arbeitnehmer aufgrund der Verletzung eines Wettbewerbsverbots gegenüber dem ehemaligen Arbeitgeber Schadensersatzpflichtig geworden sein könnte.

So lag es auch im Fall, den das Bundesarbeitsgericht am 26.09.2012 (10 AZR 370/10) entschieden hat. Hier hat die Klägerin der Beklagten vorgeworfen, wettbewerbswidrig Mitarbeiter abgeworben zu haben und verlangte daher für eingetretene Verluste in den Jahren 2005 und 2006 einen Schadensersatz in Höhe von insgesamt etwa 46 Mio. Euro. Hintergrund war, dass die Klägerin ein Unternehmen war, das sich mit dem Bau von Verkehrswegen beschäftigte. Über das Vermögen ihrer früheren Muttergesellschaft war im April 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Einige Geschäftsanteile wurden an einen Baukonzern veräußert. Auch die Beklagte war am Erwerb der Klägerin interessiert gewesen. Allerdings waren die Verhandlungen mit der Beklagten gescheitert, woraufhin diese sich entschloss, eine eigene Gesellschaft für Verkehrswegebau zu gründen. Im Zusammenhang damit schloss sie mit Führungspersonal der Klägerin Arbeitsverträge ab. Im zeitlichen Nachgang hierzu wurden Daten der Klägerin genutzt und gelöscht.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass der Klägerin kein Anspruch zusteht. Problematisch war im vorliegenden Fall, dass die Klägerin es ins Ermessen des entscheidenden Gerichts stellte, wie hoch der Schadensersatz sein sollte. Das Bundesarbeitsgericht bemängelte insbesondere, dass eine Schätzung nicht vollkommen „in der Luft hängen“ dürfe. Das Gericht entscheide zwar nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser ist; eine völlig abstrakte Berechnung des Schadens lässt die Vorschrift indessen grundsätzlich nicht zu. Ein hinreichender Zusammenhang zwischen den Abwerbungen und den eingetretenen Verlusten war daher im vorliegenden Fall nicht erkennbar.

Ähnlich gelagert war der Fall, den das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 17.10.2012 (10 AZR 809/11) entschieden hat. Hier war der Beklagte als Produktmanager und Technischer Leiter bei der Klägerin tätig gewesen. Die Parteien vereinbarten eine Freistellung des Beklagten von der Arbeitspflicht bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses unter Fortzahlung der vertragsmäßigen Vergütung. Eine An-

rechnung anderweitigen Verdienstes wurde im Vergleich nicht bestimmt. Während seiner Freistellung nahm der Beklagte ein Arbeitsverhältnis bei einem Wettbewerber der Klägerin auf.

Die ehemalige Arbeitgeberin berief sich vorliegend auf § 61 Abs. 1 HGB, nach dessen Maßstab der Arbeitgeber bei einer Verletzung des Wettbewerbsverbots Schadensersatz fordern kann. Alternativ kann er auch verlangen, dass der Arbeitnehmer die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Arbeitgebers eingegangen gelten lässt. Konsequenz hieraus wäre, dass diese aus den Geschäften für fremde Rechnungen bezogene Vergütung herauszugeben hätte. Mit dieser Argumentation scheiterte allerdings die ehemalige Arbeitgeberin vor dem Bundesarbeitsgericht.

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, ein mit dem Wettbewerber vereinbartes Festgehalt an den ehemaligen Arbeitgeber herauszugeben. Der Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Wettbewerber ist kein „Geschäft“ im Sinne von § 61 HGB. Der Schutzzweck des § 61 HGB geht dahin, dass der ehemalige Arbeitgeber davor geschützt werden soll, dass sich sein ehemaliger Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses selbstständig macht und so in Wettbewerb zu diesem tritt. Der ehemalige Arbeitgeber könnte allenfalls die noch ausstehenden Vergütungsansprüche beseitigen, wenn die wettbewerbswidrige Aufnahme eines neuen Arbeitsverhältnisses gegen Treu und Glauben verstoßen sollte.

Praxistipp: Wettbewerbsverbote gehören zu den schwierigsten Aufgaben, die es am Ende eines Arbeitsverhältnisses zu meistern gilt. Als Arbeitgeber ist man natürlich daran interessiert, dass der ausscheidende Mitarbeiter das erworbene Know-how nicht zu wettbewerbswidrigen Zwecken verwendet. Zu diesem Zweck sind eigentlich die entsprechenden Vorschriften des HGB erlassen worden. Es gilt dabei aber zu beachten, dass ein ehemaliger Arbeitnehmer auch dann den Widerruf eines Wettbewerbsverbots verlangen kann, wenn dieses ihn in seinem beruflichen Fortkommen unangemessen benachteiligen sollte. Der Festschreibung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes gilt es daher ein besonderes Augenmerk zu schenken.

Attestpflicht ab erstem Krankheitstag zulässig

Mit Urteil vom 14.11.2012 (5 AZR 886/11) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass es zulässig ist, wenn Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 Satz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) bereits ab dem ersten Tag einer Arbeitsunfähigkeit die Vorlage eines ärztlichen Attests verlangen.

Hintergrund war der Fall einer Redakteurin, die am 30.11.2010 eine Dienstreise machen wollte. Ihr dahingehender Antrag wurde jedoch mehrfach abgelehnt. Die Redakteurin meldete sich daraufhin für den 30.11.2010 krank und erschien am darauffolgenden Tag wieder gesund zur Arbeit. Ihr Vorgesetzter forderte sie hiernach auf, zukünftig bei jeder Krankmeldung schon am ersten Tag einen Arzt aufzusuchen und ein entsprechendes Attest vorzulegen. Hiergegen wandte sich die Redakteurin, weil sie meinte, dass ihr Arbeitgeber für eine derartige Weisung eine sachliche Rechtfertigung bräuchte.

Dem ist nun das Bundesarbeitsgericht entgegengetreten. Wie auch schon die Vorinstanzen, urteilte das Bundesarbeitsgericht zugunsten des Arbeitgebers. Demnach liegt es im „nicht gebundenen Ermessen“ des Arbeitgebers, wenn dieser bereits ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit ein Attest fordert. Mithin braucht der Arbeitgeber keine Sachgründe, um eine derartige Attestpflicht zu begründen.

§ 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG beinhaltet eine Regelung, die dem allgemeinen Weisungsrecht aus § 106 GewO vorgeht. Sie muss daher vorrangig beachtet werden. Auf eine Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB wie bei § 106 GewO kann es dann nicht mehr ankommen, weil der Anwendungsbereich dieser Vorschrift gar nicht mehr eröffnet ist. Eine Weisung zur Beibringung eines Attests ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit kann demnach nur mehr dann angefochten werden, sollte sie einmal willkürlich oder diskriminierend sein.

Praxistipp: Das Bundesarbeitsgericht hat klargestellt, dass der Arbeitgeber bereits ab dem ersten Tag einer Krankheit die Vorlage eines Attests verlangen kann. Vorsicht ist nur dann geboten, wenn der Arbeitgeber eine generelle Anordnung über die frühere Vorlage von Attesten treffen will. In einem solchen Fall wären nämlich die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz zu beachten. Bei einer Anordnung im Einzelfall jedoch hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht.



II. Urlaubsrecht

Ausschluss von Doppelansprüchen bei unwirksamer Kündigung

Das Bundesurlaubsgesetz regelt in seinem § 6, dass einem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr ein Anspruch auf Urlaub dann nicht zusteht, wenn dieser bereits von einem früheren Arbeitgeber gewährt worden ist. Das Gesetz sagt jedoch nichts darüber aus, was passiert, wenn ein Arbeitnehmer nach einer Kündigung den Arbeitgeber wechselt und ein anderweitiges Arbeitsverhältnis eingeht und erst im Nachhinein festgestellt wird, dass die ursprüngliche Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden war. In einem solchen Fall liegt ein Doppelarbeitsverhältnis vor.

Einen solchen Fall hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 21.02.2012 (9 AZR 487/10) nun entschieden. Im vorliegenden Fall war die Klägerin bei der Beklagten als Fachexpertin für Fotogrammetrie eingestellt worden mit arbeitsvertraglich vereinbarten 29 Arbeitstagen Urlaub. Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis mehrmals gekündigt hatte und die Klägerin ein anderweitiges Arbeitsverhältnis eingegangen war, wurden ihr im Kalenderjahr 2008 21 Arbeitstage Urlaub gewährt. Im November 2008 beantragte die Klägerin bei der Beklagten erfolglos einen längeren Urlaub. Im Kündigungsrechtsstreit wurde sodann festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigungen der Beklagten nicht vor Ablauf des Jahres 2008 aufgelöst worden war.

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass der Klägerin für das Jahr 2008 lediglich ein Ersatzurlaubsanspruch in Höhe von 8 Arbeitstagen zusteht. Die Klägerin war ein Doppelarbeitsverhältnis eingegangen. Sie konnte allerdings nicht gleichzeitig ihre Pflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen erfüllen. Der Urlaubsanspruch hingegen soll gerade der Erholung aus der Pflichterfüllung des Arbeitsverhältnisses dienen. Da sie der doppelten Verpflichtung nicht gleichzeitig nachkommen konnte, hat sie auch keinen doppelten Urlaubsanspruch. Vielmehr musste sie sich die ihr bereits gewährten 21 Urlaubstage auf ihren Urlaubsanspruch gegenüber der Beklagten anrechnen lassen.

Praxistipp: Die Entscheidung ist aus Arbeitgebersicht zu begrüßen. Hierdurch wird festgestellt, dass Arbeitnehmer nicht durch den Abschluss eines Doppelarbeitsverhältnisses auch den doppelten Urlaubsanspruch erreichen können. Dies würde auch zu der Konsequenz führen, dass letztlich ein Arbeitnehmer zunächst beim alten Arbeitgeber seinen gesamten Jahresurlaub einbringen könnte, um in dieser Zeit schon für den neuen Arbeitgeber zu arbeiten. Um dann im Anschluss hieran den Jahresurlaub – oder aber einen Teilurlaubsanspruch – beim neuen Arbeitgeber einzubringen, um mit der vollen Arbeitskraft beim ehemaligen Arbeitgeber zu arbeiten. Dies würde dem gesetzlichen Zwecke der Erholung von der Arbeitsleistung diametral zuwiderlaufen.

Kürzung von Zeitguthaben auf Arbeitszeitkonten

In vielen Unternehmen ist es üblich, dass Arbeitszeitkonten unterhalten werden. Auf diesen werden die Arbeitszeiten der Mitarbeiter notiert, um eine minutengenaue Abrechnung der geleisteten Arbeitszeit vornehmen zu können. Oftmals ist es üblich, dass im Rahmen eines Gleitzeitensystems Überstunden durch Freizeitausgleich abgebaut werden können.

Mit Urteil vom 21.03.2012 (5 AZR 676/11) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass das auf einem Arbeitszeitkonto ausgewiesene Zeitguthaben des Arbeitnehmers nur dann vom Arbeitgeber mit Minusstunden verrechnet werden darf, wenn die der Führung des Arbeitszeitkontos zugrundeliegende Vereinbarung dem Arbeitgeber die Möglichkeit hierzu eröffnet. Dies kann im Rahmen eines Arbeitsvertrages, einer Betriebsvereinbarung oder eines Tarifvertrages erfolgen.

Im zu beurteilenden Fall hatte sich durch das Inkrafttreten eines neuen Tarifvertrages die Länge der Erholungszeiten zu Ungunsten der Arbeitnehmer geändert. Der Tarifvertrag trat bereits am 01.04.2008 in Kraft. Die Kürzung der Erholungszeiten jedoch konnte erst zum 01.07.2008 in neue Dienstpläne umgesetzt werden. Die Arbeitgeberin strich deshalb ein Zeitguthaben von 7,20 Stunden auf dem Arbeitszeitkonto der Klägerin mit der Begründung, diese habe im Zeitraum vom 01.04. bis 30.06.2008 die geschuldete Arbeitszeit nicht vollständig erbracht. Zu Unrecht, wie das Bundesarbeitsgericht nun entschied. Weder der einschlägige Tarifvertrag, noch eine Betriebsvereinbarung erlauben es, das Arbeitszeitkonto mit Minusstunden zu belasten, die sich aus der Nichtausschöpfung der tarifvertraglichen Wochenarbeitszeit in den Dienstplänen ergeben.

Praxistipp: Bei der Kürzung von Arbeitszeitguthaben ist auf Seiten des Arbeitgebers Vorsicht angebracht. Wie das Urteil eindeutig zeigt, ist dieses nur dann möglich, wenn hierzu eine explizite Grundlage besteht. Schöpft der Arbeitgeber hingegen die sich aus einem Tarifvertrag ergebenden Möglichkeiten zur Festlegung von Wochenarbeitszeiten in den Dienstplänen nicht umfassend aus, so geht dies regelmäßig zu seinen Lasten.

Befristung des Urlaubsabgeltungsanspruchs

Mit den Entscheidungen des EuGH in den Sachen Schultz-Hoff und KHS hatte der EuGH das deutsche Urlaubsrecht in seinen Grundfesten erschüttert. In der erstgenannten Entscheidung hatte der EuGH entschieden, dass Arbeitnehmer bei einer mehrjährigen Erkrankung ihren Jahresurlaub auf das folgende Jahr übertragen können und daher über Jahre hinweg Urlaub ansammeln können. Der Arbeitgeber war insoweit verpflichtet, den Urlaub sodann bei Wiedereintreten der Arbeitsfähigkeit zu gewähren, oder im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten. Mit der zweitgenannten Entscheidung begrenzte der EuGH den Übertragungsanspruch dahingehend, dass eine zeitliche Begrenzung des Ansammelns von Urlaubsansprüchen aus Sicht des Europarechts grundsätzlich möglich wäre. Es wäre dabei allein darauf zu achten, dass der Übertragungszeitraum deutlich länger ist als derjenige, in dem der Urlaubsanspruch angesammelt wurde. Insoweit wurde für einen Tarifvertrag aus Deutschland festgestellt, dass eine Absicherung des Urlaubsanspruchs für 15 Monate, gerechnet ab dem Ende des Urlaubsjahres, für das EU-Recht in Ordnung sei.

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich nunmehr mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit auch ein Urlaubsabgeltungsanspruch arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer über den Übertragungszeitraum hinaus den gleichen Rechtsgrundsätzen unterfällt. Bis dato war das Bundesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass der Abgeltungsanspruch als Ersatz für den wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr realisierbaren Urlaubsanspruch verstanden wurde. Demnach würde auch dieser Abgeltungsanspruch den gesetzlichen Vorgaben aus § 7 Abs. 3 BUrlG unterfallen, sollte in Tarifverträgen oder dem Arbeitsvertrag keine anderweitige Regelung getroffen worden sein. Dies würde bedingen, dass auch der Abgeltungsanspruch ebenso nach Ende des Übertragungszeitraumes verfallen würde.

Mit Urteil vom 19.06.2012 (9 AZR 652/10) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass es an dieser Rechtsprechung nicht mehr festhalten will. Der gesetzliche

Urlaubsabgeltungsanspruch sei vielmehr als reiner Geldanspruch zu verstehen, der als solcher – unabhängig von der Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers – nicht dem Fristenregime des BUrlG unterfällt. Insofern muss ein langjährig arbeitsunfähiger Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis beendet wird, nicht zwingend bis zum Ende des Übertragungszeitraumes seine Ansprüche auf Urlaubsabgeltung geltend machen.

Praxistipp: Für Abgeltungsansprüche der Arbeitnehmer gegen Arbeitgeber hat dieses Urteil gravierende Auswirkungen. Auf Arbeitgeberseite kann man sich nun nicht mehr darauf berufen, dass bei arbeitsfähigen wie auch bei arbeitsunfähigen Mitarbeitern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ende des Urlaubsjahres, oder spätestens mit Ende des Übertragungszeitraums, jegliche Ansprüche erloschen sind. Vielmehr ist bei der Formulierung von arbeitsvertraglichen Klauseln darauf zu achten, dass entsprechende Geltendmachungsklauseln aufgenommen werden, die alsbaldige Rechtssicherheit auf Arbeitgeberseite bieten.

Verfall des Urlaubsanspruchs bei langjährig ruhendem Arbeitsverhältnis

Mit Urteil vom 07.08.2012 (9 AZR 353/10) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass § 7 Abs. 3 BUrlG, demnach im Fall der Übertragung des Urlaubs in den ersten drei Monaten des Folgejahres zu nehmen ist, unionsrechtskonform dahingehend auszulegen ist, dass der Urlaubsanspruch erst 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt.

Hintergrund der Entscheidung war der Fall einer als schwerbehindert anerkannten Klägerin, die vom 01.07.2001 bis zum 31.03.2009 in einer Rehabilitationsklinik als Angestellte beschäftigt war. Im Jahre 2004 erkrankte sie derart schwer, dass sie ab dem 20.12.2004 eine befristete Erwerbsminderungsrente bezog. Sie nahm ihre Beschäftigung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht wieder auf. Nach dem in diesem Fall anwendbaren Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVÖD) sollte sich der Erholungsurlaub – einschließlich eines etwaigen tariflichen Zusatzurlaubs – bei Ruhen des Arbeitsverhältnisses für jeden Monat des Ruhens um ein Zwölftel vermindern. Die Klägerin verlangte nun – nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses – die Abgeltung von insgesamt 149 Urlaubstagen aus den Jahren 2005 bis 2009 nach § 7 Abs. 4 BUrlG.

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass die Klägerin nur noch Anspruch auf die Abgeltung des Erholungsurlaubs und des Zusatzurlaubs bei Schwerbehinderung aus den Jahren 2008 und 2009 hat. In den Jahren 2005 und 2007 sind zwar die unabdingbaren Urlaubsansprüche trotz des Ruhens des Beschäftigungsverhältnisses entstanden. Nach der Rechtsprechung des EuGH wäre der Erholungszweck des Urlaubs aber nicht mehr erreichbar, wenn der Zeitraum, für den diese Erholung vorgesehen ist, zu lange zurückliegt. Insofern stehe das Europarecht einer Regelung nicht entgegen, die vorsieht, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub zu einem Zeitpunkt erlischt, der mindestens 15 Monate nach dem Urlaubsjahr, also dem Jahr des Entstehens des Urlaubsanspruchs, liegt. Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht aufgenommen und festgestellt, dass der Anspruch auf Abgeltung des Urlaubsanspruchs im zu entscheidenden Fall aus den Jahren 2005 bis 2007 spätestens am 31.03.2009 verfallen war.

Praxistipp: Für Arbeitgeber ist diese Entscheidung vollumfänglich zu begrüßen. Sie müssen keine Angst mehr davor haben, dass sich im langjährig ruhenden Arbeitsverhältnissen unbegrenzt Urlaubsabgeltungsansprüche auf türmen, die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses finanziell abzugelten wären. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass Urlaubsabgeltungsansprüche jeweils mit Ablauf des 31.03. des zweiten auf das jeweilige Urlaubsjahr folgenden Jahres verfallen.

Kein Urlaub bei „Kurzarbeit Null“

In Zeiten der finanziellen Krise ist es für einige Arbeitgeber unumgänglich, die arbeitsrechtlichen Möglichkeiten der Kurzarbeit zu nutzen. Diese Möglichkeit der Kurzarbeit kann so weit gehen, dass letztlich sogar eine „Kurzarbeit Null“ eingeführt wird, in der vorübergehend gar nicht gearbeitet wird. Fraglich ist jedoch, ob die betroffenen Arbeitnehmer in der Zeit der Kurzarbeit Null Urlaubsansprüche erwerben.

Diese Frage war lange Zeit umstritten. Die eine Seite argumentierte, dass bei Kurzarbeit Null der Arbeitnehmer ja nicht zur Arbeit erscheinen müsse und der Arbeitgeber dafür auch keinen Lohn zahle, so dass hier schon eine Arbeitsbefreiung gegeben wäre. Würde ein Arbeitnehmer hier noch Urlaubsansprüche erwerben, so könne dies letzten Endes zu einem „Urlaub von der Freistellung“ führen. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass auch bei langanhaltender Krankheit die Arbeitnehmer nicht mehr zur Arbeit erscheinen müssen und nach Ende des Entgeltfortzahlungszeitraumes der Ar-

beitgeber auch kein Entgelt mehr zu zahlen hat. Mithin ist diese Lage mit der der Kurzarbeit Null vergleichbar, wobei Arbeitnehmer bei einer langanhaltenden Erkrankung aber sehr wohl Urlaubsansprüche erwerben.

Auf der anderen Seite kann man allerdings argumentieren, dass dem Grundmodell der Kurzarbeit zu entnehmen ist, dass hier eine verkürzte Arbeitszeit gilt und nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verringert sich die Anzahl der Urlaubstage ab Beginn der Kurzarbeit. So gesehen, handelt es sich bei der Kurzarbeit Null um einen Parallelfall der Teilzeitbeschäftigung, wobei hier von einer Teilzeit Null auszugehen wäre. Nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz kann dann aber auch der Urlaub im Verhältnis der Teilzeit- zur Vollzeitbeschäftigung umgerechnet werden. Bei einer Teilzeit Null wäre dann ein Urlaubsanspruch von null Tagen gegeben.

Der EuGH kann nicht darüber entscheiden, welcher dieser Auffassungen zu folgen ist. Mit seinem Urteil vom 08.11.2012 (C-229/11 und C-230/11; Heilmann und Toltchin) stellte er aber fest, dass die letztgenannte Ansicht nicht gegen das Europarecht verstößt. Artikel 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie (Richtlinie 2003/88/EG) sieht vor, dass allen Arbeitnehmern ein Mindestjahresurlaub von 4 Wochen pro Jahr zustehen muss. Hier unterscheidet der EuGH zwischen einem Wechsel von Vollzeit in Teilzeit und der ganz anderen Frage, wie viel Urlaub ein Arbeitnehmer während einer Teilzeitarbeit neu erwirbt. Bei einem Wechsel von der Vollzeit in die Teilzeit hat der Arbeitnehmer zu Zeiten der Vollzeitbeschäftigung einen hohen Urlaubsanspruch erworben, der ihm durch den Wechsel in die Teilzeit nicht wieder genommen werden kann. Auf der anderen Seite ist es aber zulässig, dass Arbeitnehmer zu Zeiten Ihrer Teilzeitbeschäftigung einen weit geringeren Urlaubsanspruch neu erwerben als vollzeitbeschäftigte Mitarbeiter, denn für diese Differenzierung gibt es einen sachlichen Grund, nämlich den der Teilzeitarbeit. Zur Frage der Vergleichbarkeit der Kurzarbeit Null mit der Lage von Arbeitnehmern, die längerfristig erkrankt sind, meint der EuGH, dass diese beiden Fallkonstellationen nicht miteinander vergleichbar sind. Während man nämlich während der Kurzarbeit Null anderweitigen Beschäftigungen oder Freizeittätigkeiten nachkommen kann, die der Erholung des Arbeitnehmers dienen, ist dies zu Zeiten einer langanhaltenden Erkrankung nicht der Fall, da man hier unter den krankheitsbedingten Beschwerden leidet.

Praxistipp: Aus Arbeitbersicht ist dies eine erfreuliche Entscheidung, stellt sie doch klar, dass nicht jede Einbuße von Urlaubsansprüchen europarechtswidrig ist, sollte sie im Ergebnis zu einem Jahresurlaub führen, der kürzer als 4 Wochen ist. Zudem gibt sie dem unter finanziellen Schwierigkeiten leidenden Unternehmen die Sicherheit, dass bei endgültiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht auch noch hohe Urlaubsabgeltungsforderungen der Arbeitnehmer auf dieses zukommen.



III. Rechtsprechung zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Frage nach eingestellten Ermittlungsverfahren

Dass der Arbeitgeber vor Einstellung eines neuen Mitarbeiters möglichst viele Informationen über diesen sammeln möchte, ist durchaus verständlich. Allerdings ist auch verständlich, dass auf der anderen Seite der Arbeitnehmer ein rechtmäßiges Interesse daran hat, möglichst viele Fragen, die seine Privatsphäre betreffen, nicht beantworten zu müssen. Ob demnach eine Frage zurecht gestellt worden ist, ist immer unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach dem Grundsatz zu entscheiden, ob die gestellte Frage in Bezug auf die ausgeschriebene Stelle ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers darstellt.

Mit einem solchen Fall hatte sich das Bundesarbeitsgericht erst neulich auseinandersetzen und kam mit Urteil vom 15.11.2012 (6 AZR 339/11) zu dem Schluss, dass der Arbeitgeber einen Stellenbewerber grundsätzlich nicht nach eingestellten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren fragen darf.

Zu entscheiden war der Fall eines Lehrers, der als sogenannter Seiteneinsteiger im Sommer 2009 an eine Hauptschule in Nordrhein-Westfalen kam. Vor der Einstellung wurde er mittels eines Vordrucks darüber befragt, ob er vorbestraft sei, und ob Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft gegen ihn anhängig seien oder innerhalb der letzten 3 Jahren anhängig gewesen waren. Der Lehrer unterzeichnete den Vordruck, ohne jedoch Angaben zu Ermittlungsverfahren zu machen, woraufhin er zum 15.09.2009 eingestellt wurde. In dem darauf folgenden Monat erhielt die zuständige Bezirksregierung einen anonymen Hinweis, der diese veranlasste, bei der Staatsanwaltschaft nachzufragen, um zu erfahren, dass gegen den Lehrer mehrere eingestell-

te Ermittlungsverfahren gelaufen sind. Unter der Begründung, dass der Lehrer die Frage nach dem Ermittlungsverfahren nicht wahrheitsgemäß beantwortete habe, kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Hiergegen wandte sich der Lehrer.

Das Bundesarbeitsgericht stellte fest, dass die Kündigung des beklagten Landes unwirksam ist. Die unspezifizierte Frage nach Ermittlungsverfahren ist nach den datenschutzrechtlichen Bestimmungen in Nordrhein-Westfalen nur dann zulässig, wenn entweder der Betroffene hierzu einwilligt, oder aber diese durch eine Rechtsvorschrift erlaubt sei. Überdies stellt diese Frage einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des klagenden Lehrers dar. Es war nicht ersichtlich, inwieweit die Informationen zu abgeschlossenen Ermittlungsverfahren für die Bewerbung um eine Stelle als Lehrer erforderlich sein sollten.

Praxistipp: Bei einer jeden Frage im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs oder aber bei Verwendung eines Fragebogens hat sich der Arbeitgeber vorher zu fragen, ob die gestellte Frage im inneren Zusammenhang zu der zu besetzenden Stelle steht. Sicherlich ist es möglich, für einen Arbeitgeber aus der Transportbranche, der einen LKW-Fahrer sucht, danach zu fragen, ob dieser wegen verkehrsstrafrechtlicher Delikte schon einmal verurteilt wurde. Gleiches gilt hinsichtlich von Ermittlungsverfahren bzw. Verurteilungen bzgl. Untreuetatbeständen o.ä. bei einer Stelle, die mit Kassenverantwortung versehen ist. Arbeitgeber sollten jedoch tunlichst allgemeine und pauschal gehaltene Fragen zu bereits bestehenden oder abgeschlossenen Ermittlungsverfahren vermeiden.

Frage nach Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis zulässig

Es ist allgemein anerkannt, dass im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs der Arbeitgeber nicht (mehr) nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung fragen darf. Eine solche Frage könnte bereits ein Indiz für eine Diskriminierung wegen des Bestehens einer Schwerbehinderung sein. Fraglich ist jedoch, ob dieses Frageverbot auch im Laufe des bestehenden Arbeitsverhältnisses weitergilt.

Mit dieser Frage hatte sich auch das Bundesarbeitsgericht kürzlich auseinanderzusetzen. Im vorliegenden Fall ging es darum, dass ein schwerbehinderter Mitarbeiter in einem Fragebogen u. a. auch nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. der Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten gefragt wurde. Der betreffende Arbeit-

nehmer verneinte das Vorliegen der Schwerbehinderung. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Arbeitgeberin kündigte der Insolvenzverwalter dem Arbeitnehmer. In seiner Kündigungsschutzklage berief sich der Arbeitnehmer nunmehr allerdings auf das Vorliegen seiner Schwerbehinderung und hielt die Kündigung daher für unwirksam, weil das Integrationsamt ihr nicht zugestimmt habe.

Mit Urteil vom 16.02.2012 (6 AZR 553/10) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. der Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach sechs Monaten, also nach dem Erwerb des Sonderkündigungsschutzes für behinderte Menschen, rechtlich zulässig ist. Dies gilt insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen. Das Bundesarbeitsgericht führte aus, dass eine solche Frage des Arbeitgebers vor einer beabsichtigten Kündigung im Zusammenhang mit der Pflichtenbindung des Arbeitgebers steht, die die Berücksichtigung der Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl verlangt. Zudem soll diese Frage es dem Arbeitgeber ermöglichen, sich rechtstreu zu verhalten, weil die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers bzw. eines Schwerbehinderten gleichgestellten Arbeitnehmers der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf. Eine derartige Frage ist daher auch nicht als eine Diskriminierung von schwerbehinderten Arbeitnehmern gegenüber nicht behinderten Arbeitnehmern zu sehen. Im zu entscheidenden Fall war es daher dem klagenden Arbeitnehmer verwehrt, sich unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens im Kündigungsschutzprozess auf seine Schwerbehinderteneigenschaften zu berufen.

Praxistipp: Die Entscheidung bringt eine erfreuliche Rechtssicherheit für Arbeitgeber. Hatte man bis dato noch Bedenken, ob auch in bestehenden Arbeitsverhältnissen die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung eine Diskriminierung darstellen könnte, so ist nun klar, dass diese Frage zumindest in Hinblick auf beabsichtigte Kündigungen absolut zulässig ist. Wie auch sonst sollte ein Arbeitgeber den ihm besonders auferlegten Gesetzespflichten nachkommen.

Altersabhängige Staffelung der Urlaubsdauer

Dass eine Diskriminierung wegen des Alters nicht nur die älteren Arbeitnehmer betreffen kann, zeigte das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20.05.2012 (9 AZR 529/10). Im zu entscheidenden Fall rügte eine am 27.10.1971 geborene Klägerin mit Erfolg die Altersstaffelung nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD).

Diese sah vor, dass bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche der Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr bis zum vollendeten 30. Lebensjahr 26 Arbeitstage, bis zum vollendeten 40. Lebensjahr 29 Arbeitstage und nach dem vollendeten 40. Lebensjahr 30 Arbeitstage beträgt. Maßgebend für die Berechnung der Urlaubsdauer ist das Lebensjahr, das im Laufe des Kalenderjahres vollendet wird. Die Klägerin wollte festgestellt wissen, dass ihr bereits in den Jahren 2008 und 2009 und damit schon vor der Vollendung des 40. Lebensjahres über den tariflich vorgesehenen Urlaub hinaus jeweils ein weiterer Urlaubstag zugestanden hat.

Mit Recht, wie das Bundesarbeitsgericht nun entschieden hat. Angesichts der Differenzierung der Urlaubsdauer nach dem Lebensalter, sieht das Bundesarbeitsgericht im zu Grunde liegenden Tarifvertrag eine Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer, die das 40. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Die tarifliche Urlaubsstaffelung verfolge nicht das legitime Ziel, einem gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Menschen Rechnung zu tragen. Ein gesteigertes Erholungsbedürfnis von Beschäftigten bereits ab dem 30. bzw. 40. Lebensjahr ließe sich auch kaum begründen. Als Konsequenz hieraus sah das Bundesarbeitsgericht nur die Möglichkeit, die Diskriminierung zu beseitigen, in dem der Urlaubsanspruch der Klägerin „nach oben“ korrigiert wurde. Mithin hat es festgestellt, dass der Klägerin für die Jahre 2008 und 2009 jeweils ein weiterer Urlaubstag als Ersatzurlaub zusteht.

Praxistipp: Über den Einzelfall hinaus konnte sich nach dieser Entscheidung jeder Arbeitnehmer auf die grundsätzlichen Aussagen des Urteils beziehen und mehr Urlaub vom Arbeitgeber verlangen. Im Hinblick auf die Urlaubsstaffelung in diversen Tarifverträgen wird diese Rechtsprechung wohl auch Übertragung auf diese finden können. Insofern sind nun die Tarifvertragsparteien gefordert, eine neue Urlaubsstaffelung auszuarbeiten, die einer gerichtlichen Überprüfung standhält.

Erteilung einer Falschauskunft als Indiz für Diskriminierung

Mit Urteil vom 21.06.2012 (8 AZR 304/11) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass in dem Falle, in dem ein Arbeitgeber seine Maßnahmen gegenüber dem Arbeitnehmer begründet, diese Auskünfte auch zutreffend sein müssen. Ist diese Auskunft nachweislich falsch oder steht sie im Widerspruch zum Verhalten des Arbeitgebers, so kann dies ein Indiz für die Diskriminierung bedeuten.

In dem dem Urteil zugrunde liegenden Fall war eine türkisch-stämmige Klägerin bei einem Träger der gesetzlichen Unfallversicherung befristet beschäftigt. Sie war zunächst befristet für die Zeit vom 01.02. bis 31.12.2008 eingestellt worden. Im Oktober des Jahres 2008 fand ein Personalgespräch mit ihr statt, in dem auch die Arbeitsfehler der Klägerin Gegenstand der Diskussionen waren. Im November des Jahres 2008 wurde die befristete Beschäftigung sodann für die Zeit vom 01.01.2009 bis zum 31.01.2010 verlängert. Im September 2009 erhielt die Klägerin dann die Mitteilung, dass eine weitere Beschäftigung über den 31.01.2010 hinaus nicht erfolgen werde. Sie macht daraufhin unter dem Hinweis auf ihre ethnische Herkunft eine Diskriminierung geltend, was von der Arbeitgeberin allerdings verneint wurde. Die Klägerin erhielt unter dem 31.01.2010 ein Arbeitsendzeugnis, mit der Leistungsbeurteilung „zu unserer vollsten Zufriedenheit“. Die türkisch-stämmige Arbeitnehmerin strengte daraufhin eine Entschädigungsklage vor dem Arbeitsgericht an, da sie der Auffassung war, wegen ihrer ethnischen Herkunft benachteiligt worden zu sein. Im Verfahren selbst machte die Beklagte dann geltend, dass die Entfristung wegen der nicht genügenden Arbeitsleistung der Klägerin abgelehnt worden sei.

Hatte das Landesarbeitsgericht die Beklagte noch zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 2.500,00 € und von Schadensersatz verurteilt, urteilte das Bundesarbeitsgericht, dass die Verurteilung der Beklagten nicht auf die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung gestützt werden kann. Das Bundesarbeitsgericht hob daher das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz auf und verwies die Sache zu erneuten Verhandlung zurück mit der Maßgabe, dass das Landesarbeitsgericht aufzuklären habe, ob die von der Beklagten erteilten Auskünfte über die Gründe der Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses eine Indizwirkung für eine Diskriminierung der Klägerin aufgrund ihrer ethnischen Herkunft entfalten könnten, da die Auskünfte der Beklagten evtl. falsch waren oder aber zumindest im Widerspruch zum sonstigen Verhalten der Beklagten standen. Dies betrifft einerseits die Frage, ob nun der Vortrag, die Entfristung sei wegen Leistungsmängel nicht möglich gewesen oder aber, ob das erteilte Zeugnis falsch war. Zum anderen muss aber auch noch geklärt werden, ob die zunächst der Klägerin erteilte Auskunft, dass ihr Arbeitsplatz wegen einer bevorstehenden Fusion weggefallen würde, eine zutreffende war.

Praxistipp: Gibt man Arbeitnehmer gegenüber Erklärungen zu betrieblichen Entscheidungen ab, so müssen diese der Wahrheit entsprechen. Insbesondere ist darauf zu achten, dass auch das übrige Verhalten den Arbeitnehmern gegenüber die getroffenen Entscheidung und Begründung unterstützen und nicht dieser zuwiderlaufen.

Entschädigung wegen Altersdiskriminierung

Dass ein Entschädigungsanspruch nach dem AGG selbst dann bestehen kann, wenn am Ende eines Stellenausschreibungsverfahrens überhaupt kein neuer Mitarbeiter eingestellt wird, zeigt der Fall, den das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 23.08.2012 (8 AZR 285/11) entschieden hat. Hier hatte sich ein 1956 geborener Stellenbewerber auf eine Stellenausschreibung hin beworben, mit der die Beklagte zwei Mitarbeiter im Alter zwischen 25 und 35 Jahren gesucht hatte. Der Stellenbewerber und späterer Kläger bewarb sich auf diese Stelle, wurde aber zu keinem Vorstellungsgespräch eingeladen. Die Stellenausschreiberin und spätere Beklagte führte zwar Vorstellungsgespräche durch, entschloss sich zum Ende des Bewerbungsverfahrens jedoch, keinen neuen Mitarbeiter einzustellen. Der Kläger machte sodann einen Entschädigungsanspruch wegen Altersdiskriminierung geltend und verklagte die Stellenausschreiberin.

Anders als die Vorinstanz entschied das Bundesarbeitsgericht, dass ein Entschädigungsanspruch nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz wegen der Diskriminierung wegen des Alters nicht alleine daran scheitern kann, dass der Arbeitgeber keinen anderen neuen Mitarbeiter eingestellt hat.

Praxistipp: Dieses Urteil zeigt einmal mehr deutlich, dass die Normen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nicht erst dann zum Tragen kommen, wenn andere bewusst bevorzugt werden. Vielmehr ist es Sinn und Zweck dieser Regelungen, gleichwertige Chancen für alle herzustellen. Dies bezieht sich – wie hier gesehen – schon allein auf die Möglichkeit in einem Bewerbungsverfahren den potenziellen Arbeitgeber von seinen Fähigkeiten und Fertigkeiten zu überzeugen. Ein Arbeitgeber kann sich daher nicht mehr darauf berufen, dass das Stellenbewerbungsverfahren gar nicht bis zum Ende durchgeführt worden ist.

Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen

Gleich zwei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts befassten sich in diesem Jahr mit der Fristenregelung in § 15 Abs. 4 AGG. Demnach müssen Entschädigungsansprüche innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart.

Mit Urteil vom 15.03.2012 (8 AZR 160/11) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die genannte Fristenregelung mit dem Europarecht vereinbar ist. Bei Ablehnung einer Bewerbung beginnt die Frist dann zu laufen, wenn der abgelehnte Bewerber von der Ablehnung Kenntnis erlangt hat.

Hintergrund war der Fall eines schwerbehinderten Stellenbewerbers, der sich zur Jahresmitte 2008 auf die ausgeschriebene Stelle als Lehrkraft an einer Justizvollzugsanstalt bewarb. Mit Schreiben vom 29.08.2008 wurde seine Bewerbung abgelehnt, ohne dass er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden wäre, was aber aufgrund der Regelung des § 82 SGB IX zwingend erforderlich gewesen wäre. Dieses Schreiben erhielt der abgelehnte Stellenbewerber am 02.09.2008. Sein Schreiben, mit dem er erstmalig einen Schadensersatzanspruch geltend machte, ging beim Beklagten am 04.11.2008 ein. Er berief sich darauf, dass er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei, obwohl dem ausschreibenden Land seine Schwerbehinderteneigenschaft bekannt gewesen sei.

Das Bundesarbeitsgericht urteilte, dass der schwerbehinderte Stellenbewerber mit seinem Anspruchsschreiben vom 04.11.2008 zu spät dran war, da er seit dem Ablehnungsschreiben vom 02.09.2008 bereits von Indizien Kenntnis hatten, die eine Benachteiligung aufgrund seiner Behinderung vermuten ließen. Die zweimonatige Frist des § 15 Abs. 4 AGG lief demnach am 02.11.2008 aus.

In die gleiche Richtung zielt das Bundesarbeitsgericht mit seiner Entscheidung vom 21.06.2012 (8 AZR 188/11). Hier ging es darum, dass die Beklagte mit einer Stellenausschreibung im November 2007 für ihr „junges Team in der City motivierte Mitarbeiter/innen im Alter von 18 bis 35 Jahren“ suchte. Hierauf bewarb sich auch die damals bereits 41-jährige Klägerin unter Beifügung eines tabellarischen Lebenslaufs. Am 19.11.2007 erhielt sie eine telefonische Absage. Sie erhob daraufhin am 29.01.2008 eine Klage, mit der sie eine Entschädigung sowie Ersatz der Bewerbungs- und Prozesskosten verlangte.

Auch in diesem Fall urteilte das Bundesarbeitsgericht, dass die Klägerin mit ihrer Klage zu spät dran sei. Es ging aber noch weiter als in der vorgenannten Entscheidung, da das Bundesarbeitsgericht explizit feststellte, dass das Fristenregime des § 15 Abs. 4 AGG nicht nur Ersatzansprüche aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz erfasst, sondern auch solche, die auf anderen gesetzlichen Grundlagen basieren. Dies gilt jedoch nur dann, wenn sich die Schadensersatzansprüche auf einen Sachverhalt beziehen, bei dem eine Diskriminierung wegen eines der durch das AGG verpönten Merkmale gerügt wird.

Praxistipp: Diese beiden Urteile schaffen eine erfreuliche und alsbaldige Rechtssicherheit für ausschreibende Arbeitgeber. Demnach sind Arbeitnehmer dann mit sämtlichen Ansprüchen ausgeschlossen, wenn sie nicht innerhalb der Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 AGG – oder einer abweichenden tarifvertraglichen Frist – die Diskriminierung aufgrund eines durch das AGG verbotenen Merkmals rechtzeitig rügen. Damit steht auch innerhalb der Zweimonatsfrist für einen Arbeitgeber fest, ob er sich auf einen Schadensersatzprozess einstellen muss oder nicht.

■

IV. Kündigungsrecht

Kündigung wegen „Stalking“

Mit Urteil vom 19.04.2012 (2 AZR 258/11) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die beharrliche Nichtbeachtung der Privatsphäre und des deutlichen Wunsches eines Arbeitskollegen, nicht-dienstliche Kontaktaufnahme zu unterlassen, einen schwerwiegenden Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine arbeitsvertraglichen Nebenpflichten darstellen kann, der sogar die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann. Ob es zuvor einer einschlägigen Abmahnung bedarf, ist im Einzelfall unter Abwägung sämtlicher relevanter Umstände zu ermitteln.

Im zu beurteilenden Fall hatte sich eine Mitarbeiterin an die Beschwerdestelle nach § 13 AGG gewandt. Als Ergebnis des Verfahrens wurde dem Mitarbeiter mitgeteilt, dass sich seine Kollegin von ihm belästigt fühle und er daher ihren Wunsch, weder dienstlich noch privat Kontakt mit ihm zu haben, vorbehaltlos zu respektieren habe. Zur Vermeidung arbeitsrechtlicher Konsequenzen habe eine direkte Kontaktaufnahme zu dieser Kollegin zu unterbleiben.

Zwei Jahre später wandte sich eine Leiharbeiterin an den Arbeitgeber und klagte darüber, dass sie von besagtem Arbeitnehmer in unerträgliche Art und Weise belästigt und bedrängt werde. Der Arbeitgeber kündigte das seit 1989 bestehende Arbeitsverhältnis nach näherer Befragung der Leiharbeiterin sowie Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers außerordentlich fristlos. Nach den Feststellungen des Gerichts hatte der betroffene Arbeitnehmer der Leiharbeiterin innerhalb kürzester Zeit weit mehr als 120 E-Mail, SMS und MMS gesendet. Des Weiteren suchte er sie wiederholt und ohne dienstlichen Grund in ihrem Büro auf oder aber rief sie dort an. Im Übrigen habe er sich wiederholt und zunehmend aufdringlich in ihr Privatleben eingemischt. Unter anderem habe er damit gedroht, dafür sorgen zu können, dass die Leiharbeiterin keine Festanstellung bei dem Arbeitgeber bekomme.

Praxistipp: In Fällen, in denen Mitarbeiter zum Arbeitgeber kommen, um sich über laufende und tiefgreifende Belästigungen zu beschweren, ist der Arbeitgeber verpflichtet, seiner Fürsorgepflicht zur Gänze nachzukommen. Hier ist schnelles Handeln gefordert. Der Arbeitgeber hat alles zu tun, damit die Belästigungen, so diese erweislich sind und auf Tatsachen basieren, effektiv und nachhaltig gestoppt werden. Immerhin steht hier im Raum, dass ein Arbeitnehmer gegenüber einer Kollegin oder einem Kollegen die Straftat der Nachstellung (§ 238 StGB) begeht.

Kündigung und verdeckte Videoüberwachung

Auch fast genau zwei Jahre nach der Emmely-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hatte dieses sich wieder mit einem Fall der Entwendung geringwertiger Güter zu beschäftigen. Im vorliegenden Fall wurde einer Verkäuferin vorgeworfen, sie habe Zigarettenpackungen aus dem Warenbestand des Arbeitgebers entwendet, um diese für sich zu behalten. Interessant an diesem Fall war, dass der Arbeitgeber seine der Kündigung zugrundeliegenden Tatsachenerkenntnisse aus einer heimlichen Videoüberwachung gewonnen hatte.

Mit Urteil vom 21.06.2012 (2 AZR 153/11) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die Entwendung von Zigarettenpackungen aus dem Warenbestand des Arbeitgebers auch bei einer längeren Betriebszugehörigkeit (hier: zehn Jahre) eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann. Der Kündigungsschutzklage war jedoch trotz dessen Erfolg beschieden, weil das Landesarbeitsgerichts Köln es in der Vorinstanz (Urteil vom 18.11.2010 – 6 Sa 817/10) verabsäumt hatte, Stellung dazu zu

nehmen, ob die aus der heimlichen Videoüberwachung gewonnenen Erkenntnisse für den Kündigungsprozess überhaupt verwertbar sind. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts ist im Falle einer verdeckten Videoüberwachung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers gegenüber dem Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers abzuwägen. Ein überwiegendes Interesse ist nur dann anzuerkennen, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, es keine Möglichkeit zur Aufklärung durch weniger einschneidende Maßnahmen (mehr) gibt und die Videoüberwachung insgesamt nicht unverhältnismäßig ist. Erst dann würden die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) eine heimlichen Videoüberwachung von öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen ermöglichen.

Praxistipp: Das Bundesarbeitsgericht stellt mit seiner Entscheidung trotz der Zustimmung des Betriebsrats zur Aufstellung der Videokamera sehr strenge Anforderungen auf. Für Arbeitgeber ist es wichtig zu wissen, dass eine verdeckte Videoüberwachung ohne die nach § 6 b Abs. 2 BDSG notwendigen Kennzeichnungen nur als letzte Möglichkeit denkbar ist, sollten andere Ermittlungsmaßnahmen nicht mehr möglich sein. Insoweit dürfte die verdeckte Videoüberwachung nur in äußersten Ausnahmefällen rechtfertigenden Charakter bei Kündigungen entfalten.

Außerdienstliche Aktivitäten für die NPD und JN als Kündigungsgrund

Mit Urteil vom 06.09.2012 (2 AZR 372/11) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass alle Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes ein bestimmtes Maß an Verfassungstreue aufbringen müssen. Die insoweit aufzubringenden Anforderungen richten sich je nach der vertraglich geschuldeten Tätigkeit und der Aufgabenstellung des öffentlichen Arbeitgebers. Alleine die Mitgliedschaft in der NPD oder ihrer Jugendorganisation (JN) oder Aktivitäten für die NPD oder JN allein stehen regelmäßig einer Weiterbeschäftigung im öffentlichen Dienst nicht entgegen. Entfaltet ein Arbeitnehmer jedoch, und sei es nur außerdienstlich, Aktivitäten dahingehend, die Verfassung und deren Organe zu beseitigen, zu beschimpfen oder verächtlich zu machen, so kann dies für eine Kündigung von Seiten des Arbeitgebers ausreichend sein, selbst wenn das Verhalten an sich (noch) nicht strafbar ist.

In dem zu entscheidenden Fall war ein Arbeitnehmer des beklagten Landes ordentlich gekündigt worden, der dort in der Finanzverwaltung tätig war. Außerdienstlich entfaltete er Aktivitäten für die NPD und JN u. a. dadurch, dass er im Jahr 2009

einen Aufruf zu einer Demonstration in Halle/Saale versandte, der folgende Überschrift trug: „17. Juni – Ein Volk steht auf und kämpft sich frei – Zeit einen neuen Aufstand zu wagen!“. Im weiteren Verlauf des Textes heißt es, die „BRD“ könnte „Angst davor haben“, dass das Volk sich eines Tages erneut „gegen den Alles über Alles raffenden und volksverratenden Staat erheben“ könne. Falls „die bürgerliche Revolution“ erfolgreich wäre, könne es „gut möglich“ erscheinen, dass „diesmal...Tode nicht bei den Demonstranten sondern bei den etablierten Meinungsdiktatoren zu verzeichnen (wären) - Dem Volk wäre es recht.“ Die soeben zitierte Passage des Demonstrationaufrufs endete mit der Aussage: „Hoffen wir mal, die nächste Revolution verläuft erfolgreicher. In diesem Sinne: Volk steh auf, kämpf dich frei!“

Das Bundesarbeitsgericht sah in den Äußerungen der Verfasser den Aufruf für einen gewaltsamen Umsturz. Der klagende Arbeitnehmer hätte sich dem Inhalt des Aufrufs zumindest dadurch zu Eigen gemacht, dass er ihn weiterverbreitete. Durch dieses Verhalten hat er deutlich gemacht, dass er das auch ihm abzuverlangende Mindestmaß an Verfassungstreue nicht aufbringt.

Praxistipp: Diese Entscheidung macht ein weiteres Mal deutlich, dass auch das außerdienstliche Verhalten eines Arbeitnehmers auf das Arbeitsverhältnis durchschlagen kann. Insofern kann der Arbeitgeber sich auch von einem Beschäftigten lösen, sollte dieser durch sein Verhalten im Privatleben dem Ansehen des Arbeitgebers schaden. Hierbei sind allerdings strenge Maßstäbe anzulegen.

Kündigung nach facebook-Beleidigung

Dass das Internet kein rechtsfreier Raum ist, macht das Urteil des Landesarbeitsgericht Hamm vom 11.10.2012 (3 Sa 644/12) deutlich. In diesem Fall hatte ein zum Tatzeitpunkt 26-jähriger Auszubildender auf seinem facebook-Profil – zumindest zeitweise öffentlich einsehbar – unter der Rubrik „Arbeitgeber“ die Begriffe „Menschenschinder“, „Ausbeuter“, „Leibeigener“ eingetragen. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber, der sein Geld unter anderem damit verdient, dass er im Auftrag von Kunden facebook-Profile erstellt, das Ausbildungsverhältnis außerordentlich und fristlos.

Das Landesarbeitsgericht Hamm sah in den Äußerungen des Auszubildenden eine Beleidigung des Ausbilders, bei der der Auszubildende annehmen dürfte, dass seine Äußerungen Auswirkungen auf den Bestand des Ausbildungsverhältnisses haben würden. Insoweit könne sich der Auszubildende auch nicht auf sein Recht zur freien

Meinungsäußerung berufen, da diese Schmähungen und Formalbeleidigungen durch die berechtigten Interessen des Ausbildungsbetriebs überlagert werden, zumal die streitgegenständlichen Äußerungen für eine Vielzahl von Personen zugänglich und einsehbar waren.

Praxistipp: Bei einigen Arbeitnehmern scheint es noch nicht angekommen zu sein, dass auch der Chef gelegentlich auf facebook ist. Da die Eintragungen auf facebook oftmals von einer großen Anzahl an Menschen einsehbar sind, entfalten sie eine dementsprechend große Wirkung. Wenn es sich dann gar um beleidigende Inhalte gegenüber dem Arbeitgeber handelt, so muss dieser sich effektiv zur Wehr setzen können. Dies unterstreicht das Urteil indem es erklärt, dass bei derartigen Äußerungen in sozialen Netzwerken auch (außerordentliche) Kündigungen wirksam sind.

■

V. Befristung von Arbeitsverträgen

Rechtsmissbräuchliche „Kettenbefristung“

Heutzutage gibt es kaum mehr ein Arbeitsverhältnis, das von Anbeginn an auf unbestimmte Zeit geschlossen wird. Vielmehr entspricht es der Lebenswirklichkeit, dass zunächst ein befristetes Arbeitsverhältnis abgeschlossen wird, das bei positiver Bewertung der Arbeitsleistung entfristet wird. In einigen Fällen werden aber Arbeitnehmer über einen langen Zeitraum hinweg mit immer neuen, befristeten Arbeitsverträgen beschäftigt.

Ein solcher Fall lag auch der aktuellen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18.07.2012 (Az.: 7 AZR 443/09) zu Grunde: Frau Kücük war beim Amtsgericht Köln mit insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen in der Zeit vom 02.07.1996 bis 31.12.2007 beschäftigt. Diese Arbeitsverträge dienten fast durchgängig der Vertretung unbefristet beschäftigter Justizangestellter zu Zeiten, in denen diese beurlaubt waren (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG). Frau Kücük war nun der Ansicht, dass hier ein ständiger Vertretungsbedarf vorliege, der auch durch die Einstellung eines unbefristeten Arbeitnehmers gedeckt werden könne, weswegen ihre befristete Einstellung rechtsmissbräuchlich sei.

Das Bundesarbeitsgericht sah sich aufgrund des Einflusses des Europarechts an einer Entscheidung gehindert und legte daher diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vor. Dieser urteilte am 26.01.2012 (Az.: C-586/10), dass grds. die wiederholte oder gar dauerhafte befristete Einstellung eines Arbeitnehmers zum Zwecke der Vertretung eines anderen Arbeitnehmers mit dem Europarecht im Einklang stehe. Die nationalen Stellen (also die Gerichte) müssten allerdings bei jeder einzelnen Verlängerung alle Umstände berücksichtigen, die einen Hinweis auf einen Missbrauch geben könnten. Bei dieser Prüfung könnten sich die Zahl und Dauer der mit demselben Arbeitgeber geschlossenen aufeinander folgenden Verträge als relevant erweisen.

Dies nahm der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts zum Anlass, im vorliegenden Fall zu urteilen, dass das Vorliegen eines ständigen Vertretungsbedarf der Annahme des Sachgrunds der Vertretung nicht entgegensteht. Prinzipiell verbleibt es uneingeschränkt bei den allgemeinen Grundsätzen der Sachgrundprüfung. Im Einzelfall ist jedoch sorgfältig ein Augenmerk auf alle Umstände der Befristung und der Dauer und Gesamtanzahl von aufeinander folgenden Arbeitsverträgen zu richten. Im konkreten Fall wurde das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln daher aufgehoben, da der Siebte Senat bei 13 Verträgen mit einer Gesamtdauer von mehr als 11 Jahren gewichtige Gründe sah, die für einen Rechtsmissbrauch sprachen. Diese muss nun das Landesarbeitsgericht aufklären.

In einem anderen Fall wies der Siebte Senat beim Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 18.07.2012 – Az.: 7 AZR 783/10) jedoch die Klage einer Klägerin ab, die vom 01.03.2002 bis 30.11.2009 aufgrund von vier jeweils befristeten Arbeitsverträgen als Vertretung beschäftigt war. Der Senat sah bei einer Gesamtdauer von sieben Jahren und neun Monaten sowie der Anzahl von lediglich vier befristeten Arbeitsverträgen keine ausreichenden Anhaltspunkte, die auf einen Rechtsmissbrauch hindeuteten.

Praxistipp: Diese divergierenden Entscheidungen ein und desselben Senats lassen viel Raum für Interpretationen. Auf der einen Seite sollen 13 Verträge in 11 Jahren rechtsmissbräuchlich sein. Auf der anderen Seite jedoch sind vier Verträge in 7,75 Jahren noch kein Zeichen für Rechtsmissbrauch. Es wäre wünschenswert gewesen, hätte das Bundesarbeitsgericht eine konkrete Grenze gefunden, ab der widerleglich vom Vorliegen des Rechtsmissbrauchs ausgegangen werden kann. In der Literatur wird derzeit davon ausgegangen, dass bei zehn aufeinanderfolgenden Verträgen in einem Zeitraum von zehn Jahren die „Schmerzgrenze“ erreicht ist.

Tarifvertragliche Regelungen über sachgrundlose Befristung

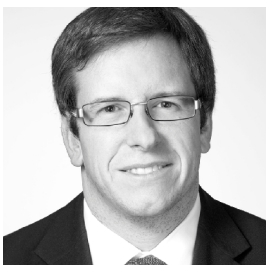
Nach § 14 Abs. 2 Satz 3 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) kann durch Tarifvertrag von der eigentlich höchstens dreimaligen Verlängerung oder der eigentlichen Höchstdauer von 2 Jahren bei der Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Sachgrund auch zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen werden. So ist z. B. in § 2 Nr. 6 Sätze 1 und 2 des Manteltarifvertrages für das Wach- und Sicherheitsgewerbe für die Bundesrepublik Deutschland (MRTV) niedergelegt, dass Arbeitsverträge ohne sachlichen Grund bis zur Dauer von 42 Monaten als auch bis zu dieser Gesamtdauer mit höchstens viermaliger Verlängerung zulässig sind. Hiergegen wandte sich ein Kläger, der meinte, dass diese Vorschrift dem TzBfG widersprechen würde und er daher einen Anspruch auf einen unbefristeten Arbeitsvertrag habe.

Zu Unrecht, wie das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 15.08.2012 (7 AZR 184/11) feststellte. Nach Ansicht der höchsten deutschen Arbeitsrichter kann durch Tarifvertrag sowohl die Höchstdauer als auch die Anzahl der zulässigen Verlängerungen eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages abweichend von Vorschriften des TzBfG geregelt werden. Diese Vorschrift gelte nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Ungunsten der betroffenen Arbeitnehmer. Der Fall gab darüber hinaus allerdings keinen Anlass zu entscheiden, wo die möglichen Grenzen der gesetzlich eröffneten Regelungsbefugnis durch Tarifvertrag liegen.

Praxistipp: Im Anwendungsbereich eines Tarifvertrages kann sich somit der Arbeitgeber zukünftig gefahrlos auf abweichende Regelungen des Tarifvertrages hinsichtlich der zulässigen Gesamtdauer eines sachgrundlos befristeten Vertrages und der darin enthaltenen Verlängerungsmöglichkeiten berufen. Sollte er dann unter dem Regime des anwendbaren Tarifvertrages einen Arbeitsvertrag sachgrundlos befristet, der länger als zwei Jahre läuft, so hat er aufgrund dieser Entscheidung die Sicherheit, dass er keinen neuen unbefristeten Arbeitnehmer eingestellt hat.

Regensburg, im Dezember 2012

Frank Reinel
Rechtsanwalt



Paluka
Sobola



Loibl &
Partner
Rechtsanwälte