

details **AKTUELL**
AUS DEN FACHBEREICHEN VON LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

- 3 EDITORIAL
- 4 HINWEISE FÜR DIE PERSONALPRAXIS 2005
- 5 RECHTSFRAGEN DER FREISTELLUNG
- 7 AKTUELLES RUND UM DIE BEFRISTUNG
- 10 ENTSCHEIDUNGEN ZUM INDIVIDUALARBEITSRECHT
- 12 ENTSCHEIDUNGEN ZUM BETRVG
- 14 NEUES VOM GESETZGEBER

AUTOREN DIESER AUSGABE

DR. DETLEF GRIMM
detlef.grimm@loschelder.net

DR. MARTIN BROCK
martin.brock@loschelder.net

DR. NORBERT WINDELN, LL.M.
norbert.windeln@loschelder.net

EDITORIAL

Unsere Ausgabe zum Jahresbeginn 2005 beinhaltet vor allem Hinweise zu aktuellen Rechtsentwicklungen im Arbeitsrecht.

Zu zwei Themen fassen wir diese Entwicklungen zusammen: Fragen der Freistellung und Gestaltung der Befristung von Arbeitsverträgen.

Besonderes Augenmerk möchten wir auf unsere Hinweise für die Personalpraxis 2005 richten: Infolge der die Frühverrentungspraxis betreffenden Veränderungen im Sozialversicherungsrecht ist es erforderlich, bestehende Arbeitsverhältnisse bis zum 31.12.2005 zu beenden, wenn die Vorteile der alten Rechtslage noch nutzbar gemacht werden sollen. Praktisch müssen hierzu die erforderlichen Maßnahmen bereits im ersten Quartal 2005 in die Wege geleitet werden.

Erhebliche Probleme für die Personalpraxis wird das Antidiskriminierungsgesetz (ADG) bereiten. Am 15.12.2004 hat das Bundesministerium für Justiz einen Entwurf veröffentlicht, der im Frühjahr 2005 Gesetz werden wird.

Wir werden Sie über das Antidiskriminierungsgesetz und seine arbeitsrechtlichen Auswirkungen in den Unternehmen in einem Mandantenseminar am 7.3.2005 informieren, zu dem Sie die Einladungen gesondert erreichen.

HINWEISE FÜR DIE PERSONALPRAXIS 2005

Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, welches am 1.1.2004 in Kraft getreten ist, hat nicht nur zu den bekannten Lockerungen im Kündigungsschutz, sondern auch zu praxisrelevanten Änderungen im Sozialrecht geführt. Aufgrund von Übergangsregelungen werden diese für die Personalpraxis im Jahre 2005 von erheblicher Bedeutung sein.

I. VERKÜRZTE BEZUGSDAUER VON ARBEITSLÖSEN (§ 127 SGB III) AB 1.2.2006

§ 127 SGB III regelt die Bezugsdauer von Arbeitslosengeld. Die alte, bis zum 31.12.2003 gültige Fassung sah insoweit eine Bezugsdauer von 32 Monaten (nach Vollendung des 57. Lebensjahres) vor. Diese Bezugsdauer ist in der ab dem 1.1.2004 gültigen Fassung der Vorschrift auf 18 Monate (nach Vollendung des 55. Lebensjahres) gekürzt worden.

Die Übergangsvorschrift zum Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt – an abgelegener Stelle in § 434l SGB III "versteckt" – sieht allerdings vor, dass für Arbeitnehmer, deren Anspruch auf Arbeitslosengeld bis zum 31.1.2006 entstanden ist, weiterhin die alte Regelung mit der längeren, maximalen Bezugsdauer gilt.

II. ENTFALL DER ERSTATTUNGSPFLICHT DES ARBEITGEBERS (§ 147a SGB III) AB 1.2.2006

§ 147a SGB III legt fest, dass der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose zuletzt beschäftigt war, der Bundesagentur für Arbeit unter gewissen Voraussetzungen das Arbeitslosengeld zu erstatten hat. Diese Voraussetzungen sind durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt verschärft worden.

Die alte, bis zum 31.12.2003 gültige Fassung der Vorschrift sah vor, dass der Arbeitgeber das Arbeitslosengeld eines Arbeitslosen ab dem 58. Lebensjahr zu erstatten hatte, wenn dieser nicht bereits vor Vollendung des 56. Lebensjahres aus dem Unternehmen ausgeschieden war. Die Erstattungspflicht war auf maximal 24 Monate begrenzt.

In der ab dem 1.1.2004 gültigen Fassung tritt eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers bereits ab dem 57. Lebensjahr des Arbeitslosen ein, wenn dieser nicht bereits vor Vollendung des 55. Lebensjahres aus dem Unternehmen ausgeschieden ist. Die Erstattungspflicht wurde auf maximal 32 Monate ausgeweitet, um eine Angleichung an die maximale Bezugsdauer von Arbeitslosengeld nach § 127 SGB III (alte Fassung) herzustellen.

Aus der Übergangsvorschrift des § 434l SGB III folgt, dass die Neufassung des § 147a SGB III bereits seit dem 1.1.2004 anzuwenden ist, wenn Zugang der Kündigung oder Abschluss des Aufhebungsvertrages nicht bis zum 26.9.2003 erfolgten. In

Bezug auf Arbeitslose, deren Anspruch auf Arbeitslosengeld erst nach dem 31.1.2006 entsteht und deren Bezugsdauer sich nach der neuen Fassung des § 127 SGB III richtet, entfällt eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers jedoch ersatzlos.

§ 147a SGB III findet weder in der alten noch in der neuen Fassung auf Arbeitslose Anwendung, die erstmals ab dem 1.2.2006 Anspruch auf Arbeitslosengeld haben.

III. KONSEQUENZEN FÜR DIE PERSONALPRAXIS

Die Erstattungspflicht nach § 147a SGB III stellt für Unternehmen, die sich von einem älteren Mitarbeiter trennen möchten, einen erheblichen Kostenfaktor dar. Vor diesem Hintergrund kann es sinnvoll sein, eine bereits geplante Personalmaßnahme – falls möglich – noch so lange hinauszuzögern, bis die Erstattungspflicht gemäß der Übergangsvorschrift erlischt.

Auf der anderen Seite gibt es auch eine Vielzahl von Konstellationen, bei denen die lange Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes bis maximal 32 Monate auch aus Sicht des Unternehmens von Vorteil ist. Dies gilt insbesondere im Falle von einvernehmlichen Ausscheidensmodellen, bei denen der Zeitraum bis zum Vorruhestand (Stichwort Frühverrentung) finanziell zu überbrücken ist. Der im Gesetz genannte Stichtag zum 31.1.2006 ist insoweit irreführend.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld setzt gemäß § 118 SGB III Arbeitslosigkeit – also das Ende des Beschäftigungsverhältnisses – voraus. Berücksichtigt man, dass in aller Regel (vgl. nur § 622 BGB) die Kündigung nur zum Ende eines Kalendermonats ausgesprochen werden kann, zeigt sich, dass der zutreffende Stichtag für die Personalpraxis der 31.12.2005 ist.

Bei einer Kündigung erst zum 31.1.2006 würde der Anspruch auf Arbeitslosengeld erstmalig mit dem 1.2.2006 entstehen, da bis zum 31.1.2006, 24.00 Uhr ein Beschäftigungsverhältnis besteht. Will man sich die lange Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes zu Nutze machen, dann muss die Kündigung somit bis zum 31.12.2005 (bei einer Kündigungsfrist zum Monatsende) ausgesprochen werden.

Vor dem Hintergrund der bis zu 7-monatigen Kündigungsfrist des § 622 BGB sowie der häufig noch längeren tarif- oder einzelvertraglich vereinbarten Kündigungsfristen wird deutlich, dass sich die Personalpraxis schon zu Beginn des Jahres 2005 mit der Thematik auseinanderzusetzen hat. Es müssen die erforderlichen Vorgespräche und Verhandlungen mit den Arbeitnehmern geführt und Entscheidungen getroffen werden. Da zuvor Fragen der Personalplanung und der Budgetierung geklärt werden müssen, besteht seit Jahresbeginn 2005 Handlungsbedarf.

RECHTSFRAGEN DER FREISTELLUNG

I. FREISTELLUNG UND BESCHÄFTIGUNGSPFLICHT

Nach einer Kündigung legen viele Arbeitgeber keinen Wert darauf, dass der Arbeitnehmer während der Laufzeit der Kündigungsfrist noch für sie tätig ist und verzichten einseitig auf die weitere Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bis zum Ende der Kündigungsfrist. Rechtlich ist eine solche einseitige Freistellung durch den Arbeitgeber jedoch, wie neuere Entscheidungen der Arbeitsgerichte zeigen, nicht unproblematisch. Die Pflichten des Arbeitgebers beschränken sich nämlich nicht auf die bloße Lohnzahlung.

Bereits früh hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) festgestellt, dass jeder Arbeitnehmer durch seinen Arbeitgeber während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz aus den Artikeln 1 und 2 GG auch tatsächlich arbeitsvertragsmäßig zu beschäftigen ist. Während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses sei eine Freistellung des Arbeitnehmers von jeglicher tatsächlichen weiteren Arbeit durch seinen Arbeitgeber ohne Zustimmung nur vorübergehend, etwa nach dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitsverhältnisses, zulässig.

Diese rechtliche Ausgangsposition hat nicht zuletzt der Große Senat des BAG in seinem Beschluss vom 27.2.1985 zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsantrag (Az.: GS 1/84 – AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) bestätigt.

II. WIRKSAMKEIT VON FREISTELLUNGSKLAUSELN IM ARBEITSVERTRAG

Eine einseitig durch den Arbeitgeber ausgesprochene Freistellung ist ohne eine vertragliche Vereinbarung nur unter den Voraussetzungen, wie sie für eine fristlose Kündigung gelten, als vorübergehendes und milderer Mittel zur Vermeidung einer außerordentlichen Kündigung möglich. Oft wird schon im Arbeitsvertrag vereinbart, dass der Arbeitgeber einseitig zur Freistellung berechtigt ist. Ein überwiegendes Freistellungsinteresse des Arbeitgebers wurde dann zumindest in gekündigten Arbeitsverhältnissen anerkannt.

Es ist jedoch umstritten, ob an dieser Bewertung auch für Formularverträge nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform 2002, die die Anwendung der AGB-Kontrolle auch auf Arbeitsverträge mit sich brachte, festgehalten werden kann.

Zuerst hat das Arbeitsgericht Frankfurt mit Urteil vom 19.11.2003 (Az.: 2 Ga 251/03) unter ausdrücklicher Berufung auf die Schuldrechtsreform eine arbeitsvertragliche Freistellungsklausel für unwirksam gehalten, da sie unangemessen benachteiligend gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB sei.

Die Freistellungsklausel weiche von dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab. Diese werde durch das grundsätzliche

Bestehen eines Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers geprägt. Einen Einfluss auf die Rechtslage könnten einseitige Freistellungsklauseln ohnehin nur in den Fällen haben, in denen nicht schon nach der Rechtsprechung des BAG überwiegende Interessen des Arbeitgebers die einseitige Freistellung rechtfertigten. Gerade für diese Fälle sei jedoch eine pauschale Abweichung von der gesetzlichen Beschäftigungspflicht unangemessen benachteiligend.

III. FOLGEN FÜR DIE PERSONALPRAXIS

1. Rechtsprechungstrend

Hier wird die weitere Entwicklung sorgsam abzuwarten sein. Das Echo, das die Entscheidung gefunden hat, zeigt jedenfalls, dass die Argumentation des Arbeitsgerichts Frankfurt nicht einfach von der Hand zu weisen ist. Zu beachten ist jedoch, dass das BAG in seiner Entscheidung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch die beiderseitigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer für den Fall der einseitigen Suspendierung bei der Kündigung weitgehend bewertet hat. Diese grundlegende richterrechtliche Rechtsfortbildung spricht dafür, Klauseln des Typs, über den auch das Arbeitsgericht Frankfurt zu entscheiden hatte, für grundsätzlich wirksam zu erachten.

Nicht zu übersehen ist allerdings, dass die Entscheidung des Arbeitsgerichts Frankfurt durchaus im Rahmen eines allgemeinen Trends in der Rechtsprechung liegt, der der bisherigen Freistellungspraxis zunehmend kritisch gegenübersteht. Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte Hamm und München vereinfachen dementsprechend die Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitnehmers für den Fall der einseitigen rechtswidrigen Freistellung durch den Arbeitgeber.

So reicht nach diesen Entscheidungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung des Arbeitnehmers dessen bloßes Interesse an der Weiterbeschäftigung aus, während früher vielfach ein über dieses bloße Interesse an rechtzeitiger Erfüllung hinausgehendes Interesse dargelegt werden musste. Dies war dem Arbeitnehmer regelmäßig nicht möglich.

Das LAG München verweist hier auf die Möglichkeit eines irreversiblen Rechtsverlustes auf Seiten des Arbeitnehmers und lässt es daher für den Verfügungsgrund ausreichen, dass der Beschäftigungsanspruch zweifelsfrei gegeben ist und auch im Hauptsacheverfahren keine andere Entscheidung in Betracht kommt.

Auch das LAG Hamm meint, dem Arbeitnehmer stünde schon dann der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung notwendige Verfügungsgrund zur Verfügung, wenn die Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers mit denen des Arbeitgebers ergebe,

dass die Interessen des Arbeitgebers an einer tatsächlichen Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht gewichtiger sowie schützenswerter sind, weshalb Gleichgewichtigkeit genügt.

In Verbindung mit der Entscheidung des Arbeitsgerichts Frankfurt zur Wirksamkeit der Freistellungsklauseln kann diese Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte dazu führen, dass Arbeitnehmer künftig mit besseren Erfolgsaussichten als bisher eine Freistellung angreifen können.

2. Sozialrechtliche Folgen

Dass bei einer Freistellung auch die sozialrechtlichen Folgen zu berücksichtigen sind, zeigen zwei instruktive Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts.

In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer einen "Altersteilzeitvertrag" geschlossen. Im Rahmen dieses Altersteilzeitvertrages war der Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung von der Arbeitsleistung freigestellt worden. Der Arbeitgeber zahlte für den freigestellten Arbeitnehmer die nach den Vorschriften des Altersteilzeitgesetzes vorgesehene Vergütung einschließlich der Erhöhungsbeträge. Als der Arbeitnehmer von der Möglichkeit des vorzeitigen Bezugs von Altersrente nach Altersteilzeit Gebrauch machen wollte, wies die BfA seinen Antrag ab: Die Inanspruchnahme vorzeitiger Altersrente nach Altersteilzeit setze die in § 2 AltTZG vorausgesetzte hälftige Reduzierung der Arbeitszeit voraus, eine Freistellung ermögliche jedoch nicht den Bezug vorzeitiger Altersrente.

Die unbedachte Vertragsgestaltung hatte für den Arbeitgeber zur Folge, dass dieser vom BAG verpflichtet wurde, dem Arbeitnehmer den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erlitten hatte, dass die vorzeitige Renteninanspruchnahme nicht möglich war.

Eine für den Arbeitgeber günstigere sozialrechtliche Besonderheit der Freistellung ist, dass diese Einfluss auf den Beginn einer Sperrzeit beim Bezug des Arbeitslosengeldes gem. § 144 SGB III haben kann. Eine Sperrzeit hat zum einen zur Folge, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitslosengeld für zwölf Wochen ruht.

Nach Ansicht des Bundessozialgerichts beginnt die Sperrzeit bereits mit dem Tag der Freistellung. Die Zeit des "Ruhens" des Arbeitslosengeldes lässt sich also in die Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses, in der ohnehin kein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht und der Arbeitnehmer sozial durch das Arbeitsentgelt des Arbeitgebers abgesichert ist, legen.

Allerdings darf die Reichweite dieser Entscheidung nicht überschätzt werden: Mit dem Ruhen des Anspruchs für 12 Wochen hat eine Sperrzeit insbesondere zur Folge, dass es gem. § 128

Abs. 1 Nr. 4 SGB III die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld um mindestens 1/4 der Anspruchsdauer verkürzt. Diese Verkürzung wird durch den vorgezogenen Beginn der Sperrzeit nicht verhindert.

3. Taktische Hinweise

Taktisch sollte der Ausspruch einer Freistellung sorgfältig bedacht werden. Vielfach sprechen Arbeitgeber leichtfertig eine Freistellung aus, um den Konflikten auszuweichen, die aus einer weiteren Tätigkeit des Arbeitnehmers im gekündigten Arbeitsverhältnis entstehen können. Häufig spielt auch die Überlegung eine Rolle, den Arbeitnehmer durch die Freistellung im Hinblick auf den Kündigungsschutzprozess von weiteren innerbetrieblichen Informationen abzuschneiden.

Hierbei wird jedoch oftmals übersehen, dass der Arbeitnehmer gerade durch die Freistellung vorzeitig mit den psychologischen Folgen der Arbeitslosigkeit konfrontiert wird und vorzeitig in eine Opposition zum Arbeitgeber gerät. Weitere Kündigungsgründe – etwa aus Fehlverhalten – werden ausgeschlossen. Ein erst durch die Freistellung geschaffenes (möglicherweise auch emotionales) Aktivitätspotential des Arbeitnehmers kann zeitlich in die Führung des Kündigungsschutzprozesses und anderer Auseinandersetzungen investiert werden.

Diese möglichen taktischen Nachteile des Arbeitgebers werden durch die neueren Entwicklungen zum Recht der Freistellung nochmals intensiviert, indem eine mögliche einstweilige Verfügung auf tatsächliche Weiterbeschäftigung im Betrieb als Druckmittel gegen den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess genutzt wird. Der Arbeitgeber kann, um eine vorzeitige Rückkehr des Arbeitnehmers in den Betrieb zu verhindern, gezwungen werden, Konzessionen bei Abfindungsverhandlungen zu akzeptieren.

AKTUELLES RUND UM DIE BEFRISTUNG

I. SCHRIFTFORM DER BEFRISTUNG NACH TÄTIGKEITSAUFNAHME

§ 14 Abs. 4 TzBfG statuiert ein grundsätzliches Schriftformerfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung für die zeitliche Befristung von Arbeitsverträgen. Sinn und Zweck des § 14 Abs. 4 TzBfG ist es, Streitigkeiten der Parteien über die Dauer der Weiterbeschäftigung zu vermeiden. Fehlt eine schriftliche Vereinbarung, so gilt der Arbeitsvertrag nach § 16 Hs. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Eine nach mündlicher Vereinbarung nachträglich erfolgende schriftliche Niederlegung führt nicht zur Wirksamkeit der Befristungsabrede.

In einem zuletzt durch das BAG entschiedenen Fall (Urteil vom 1.12.2004, Az.: 7 AZR 198/04) war dem Kläger im Vorstellungsgespräch im Oktober 2000 mitgeteilt worden, dass das Arbeitsverhältnis für zwei Jahre befristet sei. Nachdem der Kläger die Arbeit am 1.11.2000 aufgenommen hatte, unterzeichneten die Parteien am 10.11.2000 einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der die befristete Beschäftigung bis 31.10.2002 vorsah. Die gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtete Klage hatte beim BAG Erfolg. Auf Grund der vor Beginn der Beschäftigung nur mündlich vereinbarten Befristung ist zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden, zu dessen Beendigung es einer Kündigung bedurfte.

Praxishinweis:

Um die Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG zu wahren, muss die Vereinbarung einer Befristung demnach von den Arbeitsvertragsparteien stets schriftlich und vor Beginn des Arbeitsverhältnisses festgehalten werden.

II. VORLÄUFIGE WEITERBESCHÄFTIGUNG WÄHREND DES KÜNDIGUNGSRECHTSSTREITS

Nach einer Entscheidung des BAG vom 22.10.2003 (Az.: 7 AZR 113/03) ist auch die Vereinbarung einer vorläufigen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zur rechtskräftigen Entscheidung eines anhängigen Kündigungsrechtsstreits schriftlich festzuhalten. Es handelt sich nach Auffassung des BAG um ein im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG zweckbefristetes Arbeitsverhältnis, da ein wie auch immer geartetes Urteil für die Parteien ein feststehendes, zukünftiges Ereignis darstelle. Lediglich der Zeitpunkt des Eintritts und somit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei ungewiss.

Von dieser Konstellation ist die Weiterbeschäftigung unter der auflösenden Bedingung einer rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage zu unterscheiden. Hinsichtlich des Erfordernisses der Einhaltung der Schriftform bestehen aber aufgrund der Verweisung des § 21 TzBfG auf § 14 Abs. 4 TzBfG keine Unterschiede.

Wird das Arbeitsverhältnis einverständlich, aber ohne schriftliche Vereinbarung für die Dauer des Rechtsstreits fortgesetzt, so ist im Falle der Abweisung der Kündigungsschutzklage das hierdurch gemäß § 16 Hs. 1 TzBfG neu begründete Arbeitsverhältnis nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsvertrages abzuwickeln. Die ursprüngliche vertragliche Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien ist durch die rechtswirksame Kündigung entfallen.

Praxishinweis:

Will der Arbeitgeber sichergehen und eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die Dauer des Kündigungsschutzprozesses hinaus vermeiden, sollte die vorläufige Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nur unter der Voraussetzung einer entsprechenden schriftlichen Vereinbarung erfolgen. Sofern sich der Arbeitnehmer gegen die Befristungsabrede sperrt und der Arbeitgeber in der Folge die Weiterbeschäftigung verweigert, gefährdet der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Annahmeverzugslohn, § 615 Satz 2 BGB. Bestehen Zweifel an der Wirksamkeit einer Befristungsabrede, so können diese durch entsprechende Klageerweiterung im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses geklärt werden.

III. REICHWEITE DES SCHRIFTFORMERFORDERNISSSES

Das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG bezieht sich bereits dem Wortlaut nach lediglich auf die Vereinbarung der Befristung des Arbeitsvertrages, nicht jedoch auf den dahinterstehenden Sachgrund. Insoweit bestätigte das BAG seine bisherige Rechtsprechung in einem Urteil vom 23.6.2004 (Az.: 7 AZR 636/03). Das Vorliegen eines sachlichen Grundes gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG ist – mit Ausnahme von Fällen im Anwendungsbeereich des § 14 Abs. 2 TzBfG (vgl. unten unter IV.) – objektive Wirksamkeitsvoraussetzung des befristeten Arbeitsvertrages. Einer schriftlichen Niederlegung bedarf es dennoch nicht, denn die Einhaltung der mit § 14 Abs. 4 TzBfG beabsichtigten Klarstellungs-, Beweis- und Warnfunktion folgt alleine aus dem Umstand, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wird.

Obiges soll nach der zitierten Entscheidung nunmehr auch in Bezug auf befristete Probearbeitsverhältnisse im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG gelten, da der Gesetzgeber eine besondere Regelung hierfür nicht vorgesehen habe.

Praxishinweis:

Es muss zwar eine sachliche Rechtfertigung der Befristung gegeben sein, auf die sich der Arbeitgeber im Streitfall berufen kann. Diese muss aber weder Eingang in die schriftliche Vereinbarung finden, noch ist eine Einigung der Vertragsparteien

dahingehend erforderlich, welcher sachliche Grund für die Befristung maßgebend sein soll.

IV. VERLÄNGERUNG BEFRISTETER ARBEITSVERTRÄGE

Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG dürfen Arbeitsverträge, die ohne sachlichen Grund befristet sind, maximal dreimal bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren verlängert werden. Voraussetzung ist, dass nicht bereits zuvor mit demselben Arbeitgeber ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG.

Nach einem aktuellen Urteil des BAG vom 10.11.2004 (Az.: 7 AZR 101/04) kann bei der Verschmelzung des bisherigen Arbeitgebers mit einem anderen Unternehmen entgegen § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ein neuer befristeter Arbeitsvertrag geschlossen werden. Es handelt sich in diesem Sinne bei dem übernehmenden Rechtsträger nicht mehr um denselben Arbeitgeber, da dieser mit Eintragung der Verschmelzung nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG erlischt.

Die Verlängerung der Befristung muss zunächst vor Ablauf des bestehenden Vertrages vereinbart werden und unmittelbar an den vorherigen Vertrag anschließen. Bereits kurze Unterbrechungen können ansonsten zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis führen.

Dabei liegt nach der Rechtsprechung des BAG (zuletzt vom 26.7.2000, Az.: 7 AZR 51/99) nur dann eine Verlängerung im Sinne der Vorschrift vor, wenn sämtliche Vertragsbedingungen – insbesondere Arbeitszeit und Vergütung – unverändert bleiben. Dies folge schon aus der Begrifflichkeit, denn mit "Verlängerung" könne allein die Erweiterung der Laufzeit eines bereits bestehenden Vertrages gemeint sein. Bei Änderung der bisherigen Vertragsbedingungen handele es sich dagegen um den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages. Dies führt allerdings zu dem wenig sachgerechten Ergebnis, dass selbst Verbesserungen der Arbeitsbedingungen zu Gunsten des Arbeitnehmers ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zur Folge haben. Ebenso verhält es sich mit Änderungen von Arbeitsbedingungen während der Laufzeit eines befristeten Vertrages.

Praxishinweis:

Der Arbeitgeber hat bei der geplanten Verlängerung befristeter Arbeitsverträge daher auf folgende Punkte zu achten:

- schriftliche Vereinbarung vor Ablauf des laufenden Vertrages
- Beibehaltung der bisherigen Vertragsbedingungen
- Vermeidung zeitlicher Zäsuren zwischen den einzelnen Vertragslaufzeiten

V. BEFRISTUNG EINZELNER ARBEITSBEDINGUNGEN

Die Befristung einzelner Vertragsbedingungen, etwa die Übertragung neuer Tätigkeiten oder die Änderung von Arbeitszeitregelungen und Entgelten, bedarf nach Auffassung des BAG auch nach Inkrafttreten des TzBfG am 1.1.2001 regelmäßig einer sachlichen Rechtfertigung.

Das Erfordernis eines Sachgrundes für die Befristung folge dabei nicht aus § 14 Abs. 1 TzBfG, da die Vorschrift nach der aktuellen Rechtsprechung (BAG vom 14.1.2004, Az.: 7 AZR 213/03) lediglich auf die Befristung von Arbeitsverträgen insgesamt anzuwenden sei. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut der Vorschrift sowie der übrigen gesetzlichen Formulierungen, wo stets von "befristeten Arbeitsverträgen" und nicht von der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen die Rede sei. Ein befristeter Arbeitsvertrag im Sinne des § 3 TzBfG liege nur dann vor, wenn dessen Laufzeit insgesamt begrenzt sei. Daraus folgt, dass das Gesetz insgesamt keine Anwendung findet, so dass auch die Klagefrist und das Schriftformerfordernis der §§ 17 Satz 1 bzw. 14 Abs. 4 TzBfG nicht zum Tragen kommen.

Anzuwenden sind nach der maßgeblichen Auffassung des BAG aber nach wie vor die seit langem von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Befristungskontrolle. Demzufolge ist generell und entgegen § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ein Sachgrund erforderlich, wenn durch die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen der gesetzliche Änderungskündigungsschutz (gem. § 2 KSchG) objektiv umgangen wird. Grundvoraussetzung ist damit, dass das betroffene Arbeitsverhältnis vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes umfasst ist.

Eine Umgehung des Änderungskündigungsschutzes nach § 2 KSchG liegt vor, wenn sich die Arbeitspflicht nach Inhalt und Umfang in einer Weise ändert, die sich unmittelbar auf die Vergütung auswirkt und damit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (Arbeitsleistung einerseits bzw. Arbeitsvergütung und Arbeitszeit andererseits) maßgeblich beeinflusst. Es bedürfe selbst dann eines konkreten Sachgrundes, wenn die vertragliche Vereinbarung über die Befristung auf der Grundlage einer abstrakt-generellen Regelung zur Beschäftigungssicherung durch Tarifvertrag oder durch schuldrechtliche Vereinbarung von Gewerkschaft und Arbeitgeberverband erfolgte.

Auch die befristete Übertragung einer höherwertigen Position bedarf nach der Rechtsprechung eines rechtfertigenden Sachgrundes, was oftmals in der Praxis so nicht gesehen wird und rechtlich zur Unwirksamkeit der Befristung führt. Inwieweit diese Rechtsprechung durch die Schuldrechtsreform 2002 obsolet wird, lässt das BAG ausdrücklich offen.

Mit der Anwendbarkeit der in §§ 305 ff. BGB normierten Inhaltskontrolle auf formularmäßige Klauseln in Arbeitsverträgen,

insbesondere hinsichtlich einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers gemäß § 307 BGB, könnte das Erfordernis eines Sachgrundes für die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen überflüssig sein. Im aktuellen Schrifttum wird die Anwendung der bisherigen und starren Grundsätze des § 2 KSchG auf formularmäßig verwendete Vertragsbedingungen oder solche, die vom Arbeitgeber im Einzelfall gestellt worden sind, daher zu Recht abgelehnt.

Hinsichtlich echter individuell ausgehandelter Vereinbarungen entfele nach dieser Auffassung sowohl eine generelle Inhaltskontrolle als auch das Erfordernis eines Befristungsgrundes. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer im bestehenden und bestandsgeschützten Arbeitsverhältnis die Möglichkeit besitzt, Verhandlungen über bestehende Arbeitsbedingungen im Hinblick auf § 2 KSchG abzulehnen. Geht es dagegen um den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages bzw. um ein Arbeitsverhältnis außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG, kommt eine Umgehung von Bestandsschutzvorschriften von vorne herein nicht in Betracht, so dass es einer sachlichen Rechtfertigung nicht bedarf.

Praxishinweis:

Eine Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB kommt lediglich bei der Verwendung formularmäßiger Arbeitsverträge in Betracht. Vertragliche Klauseln sind insbesondere nach § 307 BGB unwirksam, wenn der Arbeitnehmer durch die hierin enthaltene Befristung einzelner Arbeitsbedingungen unangemessen benachteiligt wird. Ist die Befristung unwirksam, so bleibt der Vertrag gemäß § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam.

Dies dürfte dafür sprechen, die bisherige Rechtsprechung des BAG in Frage zu stellen. Solange aber eine Stellungnahme des BAG aussteht, ist bei der Risikobewertung das Umgehungsverbot der bisherigen Rechtsprechung zu beachten. Daher sollte aus Vorsichtsgründen nach wie vor bei der Vereinbarung befristeter Einzelarbeitsbedingungen ein sachlicher Grund vorhanden sein.

ENTSCHEIDUNGEN ZUM INDIVIDUALARBEITSRECHT

I. ARBEITSÜBERPRÜFUNG DURCH DETEKTIV

Wie das Landesarbeitsgericht Nürnberg (Urteil vom 24.3.2003, Az.: 4 Sa 136/02 – LAGE Nr. 194 zu § 626 BGB) bestätigte, ist der Arbeitgeber berechtigt, das Verhalten des Arbeitnehmers durch einen Privatdetektiv überprüfen zu lassen.

Die beklagte Arbeitgeberin hatte die Abfahrts- und Ankunftszeiten eines Außendienstmitarbeiters von einem Privatdetektiv überprüfen lassen und so einen versuchten Spesenbetrug aufgedeckt. Der Mitarbeiter wehrte sich gegen die daraufhin ausgesprochene Kündigung mit dem Argument, die Ergebnisse des Detektivs dürften nicht verwertet werden, da der Detektiveinsatz gegen sein Persönlichkeitsrecht verstoßen habe. Dem folgte das LAG nicht. Es stellte klar, dass der Arbeitgeber – unabhängig davon, ob dies durch einen firmenangehörigen Mitarbeiter oder einen Dritten, wie beispielsweise auch einen Detektiv, erfolgt – berechtigt ist, das Verhalten eines Mitarbeiters zu überprüfen. Es wollte auch nicht zugunsten des Mitarbeiters berücksichtigen, ob der Detektiveinsatz vielleicht ohne konkrete Verdachtsmomente nur deshalb erfolgte, um etwaige Kündigungsgründe zu finden.

II. HINWEISPFLICHTEN DES ARBEITGEBERS BEI BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES; KEINE SCHADENSERSATZPFLICHT

Der Arbeitgeber hat gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III den Arbeitnehmer im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses frühzeitig über die Pflicht zur sofortigen Arbeitslosmeldung beim Arbeitsamt aufzuklären (vgl. *Arbeitsrecht Aktuell* Nr. 2/2003, Seite 9). Eine Sanktion für den Fall, dass der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nachkommt, bestimmt das Gesetz nicht.

Das Arbeitsgericht Verden (Urteil vom 27.11. 2003, Az.: 3 Ca 1567/03 – NZA-RR 2004, S. 108) und auch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Urteil vom 29.09. 2004 Az.:12 Sa 1323/04) haben entschieden, dass aus einer Verletzung der Hinweispflicht keine Schadensersatzpflicht folgt: § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III sei eine rein öffentlich-rechtliche Verpflichtung. Diese Norm begründe keine privat-rechtlichen Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch zur Folge hätte.

Ungeachtet dieser Entscheidungen möchten wir weiterhin empfehlen, die gesetzlich geforderten Hinweise in Kündigungsschreiben aufzunehmen, da in der Darstellung gegenüber dem Arbeitsgericht der in das Kündigungsschreiben aufgenommene Hinweis eine professionelle Arbeitsweise dokumentiert und nur geringen Aufwand verursacht. Ausgeschlossen werden damit auch Ansprüche aus der Verletzung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht.

III. SCHULDRECHTSREFORM I: ANFORDERUNGEN AN EINEN WIRKSAMEN WIDERRUFSVORBEHALT

Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Arbeitsrecht beschäftigen die Gerichte. Mit den Anforderungen an einen Widerrufsvorbehalt hatte sich das LAG Berlin (Urteil vom 30.3.2004, Az.: 3 Sa 2206/03 – LAG Report 2004, S. 264) zu befassen. Der klagende Arbeitnehmer hielt den Widerruf einer Zulage durch den Arbeitgeber für unwirksam, da die Widerrufsklausel im Arbeitsvertrag gemäß §§ 308, 307 BGB unwirksam sei. In der Klausel sei nicht benannt, unter welchen Voraussetzungen ein Widerruf erklärt werden könne, so dass sie nicht hinreichend bestimmt sei.

Das LAG Berlin folgte dieser Argumentation nicht. Die Angabe bestimmter Widerrufsgründe im Widerrufsvorbehalt könne nicht verlangt werden, da zu Gunsten des Arbeitgebers die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu beachten seien. Eine beachtliche arbeitsrechtliche Besonderheit stelle die Rechtsprechung des BAG zum Widerruf von Zulagen dar. Der Arbeitnehmer könne insbesondere auch deshalb nicht die Angabe bestimmter Widerrufsgründe verlangen, da es für den Arbeitgeber nicht möglich sei, zum Zeitpunkt der Widerrufsabrede alle denkmöglichen Sachverhalte zu benennen, bei deren Vorliegen er sich den Widerruf der Leistung vorbehalten wolle. Genau gegenteilig sieht es aber das LAG Hamm (Urteil vom 11.5.2004, Az.: 19 Sa 2132/03 – NZA-RR 2004, S. 515).

Über den Fall des LAG Hamm hat das BAG am 12.1.2005 entschieden. Die Klausel hätte bei richtiger Gestaltung grundsätzlich zulässig sein können, weil sie höchstens 25 bis 30 % der Gesamtvergütung erfasst hätte. Allerdings hat es an der Aufnahme der Widerrufsgründe zumindest der Art nach (z.B. wirtschaftliche Gründe, Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers) gefehlt, woraus schon die Unwirksamkeit der Klausel folgte, ohne dass es auf die Einzelfallausübung des Widerrufs ankam.

Wir werden in der nächsten Ausgabe unseres Newsletters *Loschelder Recht Aktuell* die Folgen aus dieser Entscheidung kommentieren und Gestaltungsvorschläge unterbreiten.

IV. SCHULDRECHTSREFORM II: AUSGLEICHSQUITTUNGEN

Mit der Kontrolle von Ausgleichsquittungen hat sich das LAG Schleswig-Holstein (Urteil vom 24.9.2003, Az.: 3 Sa 6/03 – BB 2004, S. 608) befasst. Eine Arbeitnehmerin hatte ohne Gegenleistung auf sämtliche Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, insbesondere Lohn- und Gehaltsansprüche, verzichtet und sich verpflichtet, eine erhobene Kündigungsschutzklage zurückzunehmen.

Das LAG Schleswig-Holstein hielt diese Ausgleichsquittung für unangemessen benachteiligend gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dies folge schon daraus, dass sich der Arbeitgeber von allen Pflichten freizeichne, seinerseits keine Gegenleistung erbringe. Der Verzicht umfasse auch unstreitig bestehende Forderungen. Ein Ausschluss der Vertragskontrolle wegen der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten komme nicht in Betracht. Beachtlich seien nur rechtliche Besonderheiten, nicht jedoch tatsächliche Üblichkeiten, wie die Verbreitung von Ausgleichsquittungen. Die Entscheidung wird sich durchsetzen.

V. ALLGEMEINE ERLEDIGUNGSKLAUSEL UND NACHVERTRAGLICHES WETTBEWERBSVERBOT

Mit Urteil vom 19.11.2003 (Az.: 10 AZR 174/ 03) hat das BAG festgestellt, dass eine allgemeine Ausgleichsklausel in einem Aufhebungsvertrag, die sämtliche Ansprüche aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses betrifft, auch Rechte aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot erfasst.

In seiner Begründung weist das BAG auf seine ständige Rechtsprechung hin, dass Ausgleichsklauseln in gerichtlichen Vergleichen und Aufhebungsverträgen im Interesse klarer Verhältnisse grundsätzlich weit auszulegen seien. Allerdings meint das BAG im Weiteren, dass der Aufhebungsvertrag, insbesondere im Hinblick auf das von den Parteien mit der Ausgleichsklausel verfolgte Ziel, der eingehenden Auslegung im Einzelfall bedürfe.

Die Entscheidung des BAG zeigt, dass auch wichtige Ansprüche wie die aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, die wegen der zu zahlenden Karenzentschädigung ein finanziell erhebliches Volumen haben können, von einer allgemeinen Ausgleichsklausel erfasst sein können. Das verdeutlicht, dass bei der Verwendung allgemeiner Ausgleichsklauseln erhebliche Sorgfalt angewandt werden muss und eine unbedachte formularmäßige Verwendung vermieden werden sollte.

VI. ZUGANG DER KÜNDIGUNG WÄHREND KRANKHEIT

Das LAG Hamm hatte sich mit der Frage zu befassen, ob eine Kündigung wegen der Umstände, unter denen sie übergeben wurde, unwirksam sein kann (LAG Hamm vom 3.2.2004, Az.: 19 Sa 1956/03). Dem klagenden Arbeitnehmer wurde während eines stationären Klinikaufenthaltes wegen einer psychischen Erkrankung die Kündigung in der Klinik persönlich übergeben, obwohl eine (weniger belastende) Übergabe an einen Familienangehörigen oder der Einwurf in den Hausbriefkasten möglich gewesen wären.

Dennoch hielt das LAG Hamm anders als das Arbeitsgericht Detmold die Kündigung für wirksam. Die Kündigung sei nicht schon deswegen unwirksam, weil sie zu einem den Arbeit-

nehmer besonders belastenden Zeitpunkt zugehe. Eine Treuwidrigkeit der Kündigung, die diese unwirksam machen könne, setze weitere Umstände voraus. Es müsse eine Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Erklärungsempfängers, insbesondere auf Achtung seiner Persönlichkeit, vorliegen. Als anstößig könne gegebenenfalls die Übergabe eines Kündigungsschreiben auf einer Beerdigung gewertet werden. Im vorliegenden Fall lagen solche Umstände nicht vor.

Ungeachtet der Möglichkeit, dass die Kündigung durch persönliche Übergabe zugehen kann, ist ein sicherer und empfehlenswerter Weg der Zustellung einer Kündigung der Einwurf in den Hausbriefkasten durch einen zuverlässigen Zeugen. In Fällen der Einschaltung von Botendiensten ist auf eine entsprechende Dokumentation zu achten, die die Art des Schriftstücks, Zeit, Ort und Umstände des Zugangs und Namen und Adresse des Überbringers beinhalten muss.

ENTSCHEIDUNGEN ZUM BETRVG

I. BIOMETRISCHE ZUGANGSKONTROLLEN IM KUNDENBETRIEB – NACH BAG MITBESTIMMUNGSPFLICHTIG

Nach einem Beschluss des BAG vom 27.1.2004 (Az.: 1 ABR 7/03) hat der Betriebsrat mitzubestimmen, wenn ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer anweist, sich in einem Kundenbetrieb der dort eingerichteten biometrischen Zugangskontrolle zu unterziehen.

In dem konkreten Fall war in dem Kundenbetrieb eine Zugangsschleuse eingerichtet, in der zuvor hinterlegte Fingerabdrücke der Mitarbeiter einer Servicefirma mittels Fingerprint-Scanner überprüft wurden. Die Anweisung des Arbeitgebers betrifft das betriebliche Verhalten der entsandten Kundendienstmitarbeiter und ist daher nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Darüber hinaus handelt es um eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG der Mitbestimmung unterliegende Anwendung einer technischen Überwachungseinrichtung.

Dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats steht dabei nicht entgegen, dass das Zugangskontrollsystem im Kundenbetrieb eingerichtet ist und der Arbeitgeber auf die dortigen Verhältnisse keinen unmittelbaren Einfluss hat. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts. Die Arbeitnehmer unterliegen auch bei der Arbeit in einem fremden Betrieb den Weisungen ihres Vertragsarbeitgebers. Daher ist der von ihnen gewählte und sie repräsentierende Betriebsrat zu beteiligen, wenn der Arbeitgeber die Weisung erteilt, sich dem Zugangskontrollsystem zu unterwerfen. Der Arbeitgeber hat mit "seinem" Betriebsrat zu vereinbaren, ob und wie die Arbeitnehmer der Zugangskontrolle in dem (Kunden-) Betrieb unterworfen werden. Im Verhältnis zu seinem Kunden ist der Arbeitgeber dann verpflichtet, bei der Vertragsgestaltung dafür zu sorgen, dass die mit dem Betriebsrat getroffenen Vereinbarungen auch in die Tat umgesetzt werden.

Es liegt auf der Hand, dass die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers hierdurch erheblich eingeschränkt wird, insbesondere dann, wenn der Kunde auf der Benutzung seiner Zugangskontrolle beharrt, der Betriebsrat eine solche Kontrolle der von ihm repräsentierten Arbeitnehmer aber ablehnt. Es droht der Verlust des Auftrages.

Einen Trost gibt es aber: Der Betriebsrat ist bei der Ausübung seines Mitbestimmungsrechtes gemäß § 2 BetrVG verpflichtet, die mögliche Beeinträchtigung betrieblicher Belange zu bedenken, die auch in der Gefährdung von Kundenbeziehungen liegen kann. Gleiches gilt für die Einigungsstelle, deren Spruch die fehlende Einigung der Betriebsparteien ersetzt. Wie dies allerdings mit den Vertragsverhandlungen beim Kunden zeitlich umgesetzt werden kann, lässt das BAG offen.

II. UNTERLASSUNGSANSPRUCH DES BETRIEBSRATS – DIE BEDROHUNG KOMMT NÄHER

Seit langem ist innerhalb der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte die Frage heftig umstritten, ob dem Betriebsrat ein Anspruch auf Unterlassung einer Betriebsänderung (z.B. Betriebsstilllegung oder Massenkündigungen) bis zum Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens zusteht. Da dieser Anspruch in der Praxis in aller Regel im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht wird und die Rechtsbeschwerde zum BAG in diesem Verfahren ausgeschlossen ist, fehlt es an einer höchstgerichtlichen Vorgabe zu dieser für die Praxis sehr relevanten Frage.

Zuletzt haben sich das LAG Thüringen (Beschluss vom 18.8.2003, Az.: 1 Ta 104/03) für und das LAG Köln (Beschluss vom 30.4.2004, Az.: 5 Ta 166/04) gegen einen solchen allgemeinen Unterlassungsanspruchs ausgesprochen. Bemerkenswert ist der Umstand, dass nun auch das LAG Hamm mit Beschluss vom 28.8.2003 (Az.: 13 TaBV 127/03) seine bisherige ablehnende Rechtsprechung aufgegeben hat und in das Lager der wachsenden Befürworter eines Unterlassungsanspruchs gewechselt ist.

Für die betriebliche Praxis wird es somit immer schwieriger, die Rechtsprechung des "eigenen" LAG halbwegs sicher zu prognostizieren. Daher sollten Interessenausgleichsverhandlungen bei der Zeitplanung von Betriebsänderungen berücksichtigt werden.

III. DAS BAG ZUR ZUWEISUNG EINES ARBEITNEHMERS IN EINE ANDERE SCHICHT

Durch Beschluss vom 29.9.2004 (Az.: 5 AZR 559/03) hat das BAG seine Rechtsprechung bestätigt, wonach die Zuweisung eines Arbeitnehmers von einer Schicht in eine andere eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG mitbestimmungspflichtige Maßnahme ist.

In dem konkreten Fall ging es um einen Arbeitnehmer, der laut Arbeitsvertrag entsprechend der jeweiligen Betriebserfordernisse im Ein-, Zwei- oder Dreischichtsystem eingesetzt werden konnte und seit zehn Jahren in der Dauernachtschicht eingesetzt war. Die Anweisung des Arbeitgebers, fortan im Dreischichtsystem zu arbeiten, war unwirksam, da zuvor der Betriebsrat nicht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG beteiligt worden war (Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung).

Zwar war im Unternehmen zuvor durch Spruch der Einigungsstelle beschlossen worden, dass der Wechsel von einem Arbeitnehmer in eine andere Schicht nur unter Einhaltung einer Ankündigungsfrist von vier Kalendertagen angeordnet werden darf. Die Anordnung des Arbeitgebers, die unter Beachtung dieser Ankündigungsfrist erfolgte, war dennoch unwirksam, da nach Ansicht des BAG dem Mitbestimmungsrecht des Betriebs-

rates nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG durch den Spruch der Einigungsstelle nicht Genüge getan worden war.

Der Entscheidung des BAG lässt sich entnehmen, dass bei einem angeordneten Schichtwechsel stets eine Beteiligung des Betriebsrats nochmals im Einzelfall erfolgen sollte. Die generelle Regelung von Formalien im Vorfeld (hier Einhaltung einer Ankündigungsfrist) genügt nicht, sofern mit dem Betriebsrat nicht ausdrücklich Gegenteiliges vereinbart ist.

IV. BAG ZUM SCHWELLENWERT DES § 99 ABS. 1 SATZ 2 BETRVG IM GEMEINSCHAFTSBETRIEB

Seit der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes im Juli 2001 beziehen sich die Schwellenwerte der §§ 99 und 111 BetrVG (mehr als 20 Arbeitnehmer), die die Anwendbarkeit der personellen und wirtschaftlichen Mitbestimmung regeln, nicht mehr auf den Betrieb (organisatorische Einheit), sondern auf das Unternehmen (juristische Einheit). Hiermit soll verhindert werden, dass Kleinbetriebe, die Teil eines größeren Unternehmens sind, von der personellen und wirtschaftlichen Mitbestimmung ausgenommen werden, da eine wirtschaftliche Schutzbedürftigkeit des Arbeitgebers/Unternehmers, die eine Ausnahme von der Mitbestimmung rechtfertigen könnte, in dieser Konstellation nicht besteht.

Die Schwellenwerte basieren dabei auf der Regel, dass im Betrieb als Teil eines Unternehmens nicht mehr Arbeitnehmer beschäftigt sind als im übergeordneten Unternehmen. Diese Regel kann jedoch beim Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 BetrVG durchbrochen werden. So ist es möglich, dass sich mehrere kleine Unternehmen, die jeweils für sich genommen den Schwellenwert von 20 Arbeitnehmern nicht erreichen, gemeinsam an einem großen Gemeinschaftsbetrieb beteiligen, welcher den Schwellenwert überschreitet.

Das BAG hat in seinem Beschluss vom 29.9.2004 (Az.: 1 ABR 39/03) nun auch in dieser Konstellation die Vorschriften der personellen Mitbestimmung für anwendbar erklärt. In dem konkreten Fall hatten zwei rechtlich nicht verbundene Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb mit insgesamt 22 Arbeitnehmern unterhalten, wobei in einem Unternehmen 18 und dem anderen vier Arbeitnehmer beschäftigt waren.

Nach Ansicht des BAG war der im Gemeinschaftsbetrieb gewählte Betriebsrat bei der Versetzung eines Arbeitnehmers gemäß § 99 BetrVG zu beteiligen. Der Sonderfall des Gemeinschaftsbetriebes mehrerer Unternehmen, die nur zusammen mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen, sei vom Gesetz nicht berücksichtigt worden. Wegen der gleichen Interessenlage und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sei daher eine analoge Anwendung der Vorschriften über die personelle Mitbestimmung geboten.

geboten.

Mit dieser Entscheidung setzt sich das BAG über den klaren Wortlaut des § 99 BetrVG hinweg, der – ebenso wie der Wortlaut des § 111 BetrVG – eine Anlehnung der Schwellenwerte an die Anzahl der Arbeitnehmer im Unternehmen fordert. Rechtspolitisch lässt sich dies damit rechtfertigen, dass die beteiligten (Klein-) Unternehmer aufgrund der Bündelung der Ressourcen im Gemeinschaftsbetrieb wirtschaftlich belastbarer sind.

Das BAG übersieht jedoch, dass die angenommene Analogie (als Rechtsfortbildung über den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift hinaus) eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz erfordert hätte. Eine solche ist nicht vorhanden, da der Gesetzgeber den Gemeinschaftsbetrieb seit der Novellierung ausdrücklich im Gesetz geregelt hat und auch die Problematik der fehlenden Abstimmung der Schwellenwerte mit dem Gemeinschaftsbetrieb im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ausführlich diskutiert wurde.

In rechtlicher Hinsicht bleibt bei der Entscheidung des BAG, die sich auch auf die Anwendbarkeit der Regeln zur wirtschaftlichen Mitbestimmung (Sozialplan und Interessenausgleich nach § 112 BetrVG) übertragen lässt, mithin ein fader Beigeschmack.

NEUES VOM GESETZGEBER

I. ARBEITSRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN DES NEU GEFASSTEN TELEKOMMUNIKATIONSGESETZES

Die Nutzung moderner Kommunikationsformen ist heutzutage selbstverständlich. Für den Arbeitgeber stellt sich die Frage, ob und inwieweit er die Nutzung betrieblicher Kommunikationsmittel kontrollieren darf. Die Interessen des Arbeitgebers, unzulässige Privatnutzungen zu verhindern, kollidieren mit den verfassungsrechtlich geschützten Rechten des Mitarbeiters auf informationelle Selbstbestimmung und Wahrung des Fernmeldegeheimnisses. Auch ist in jedem Fall die Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu beachten.

Im Sommer 2004 wurde das Telekommunikationsgesetz (TKG) neugefasst. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist der neue § 99 Abs. 1 Satz 1, 3 und 4 TKG von besonderer Bedeutung. Es geht um die Frage, ob der Unternehmer bei der Abrechnung von Telekommunikationsdienstleistungen von seinem Anbieter verlangen kann, dass dieser die einzelnen Verbindungsdaten mitteilt – z.B. Zielrufnummer, Uhrzeit und Dauer eines Telefonats für einen bestimmten Anschluss.

Eine solche Mitteilung ist nach § 99 Abs. 1 Satz 3 TKG bei Anschlüssen in Betrieben und Behörden nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. So muss der Unternehmer in Textform erklären, dass die Mitarbeiter informiert worden sind und künftig eintretende Mitarbeiter unverzüglich informiert werden. Außerdem muss der Unternehmer erklären, dass der Betriebsrat oder die Personalvertretung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften beteiligt worden sind oder eine solche Beteiligung nicht erforderlich ist. Nach Satz 4 gilt Letzteres für öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Betriebsrates oder der Personalvertretung die jeweilige Mitarbeitervertretung tritt.

Die Verletzung dieser Vorschriften kann Schadensersatzpflichten des Arbeitgebers nach sich ziehen und im Kündigungsschutzprozess zur Folge haben, dass für die vom Arbeitgeber vorgelegten Verbindungsdaten ein Beweisverwertungsverbot gilt.

II. DIE "SOCIETAS EUROPAEA" (SE)

Am 29.12.2004 ist das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) in Kraft getreten (BGBl. I. Nr. 73 vom 28.12.2004, S. 3675 ff). Im wesentlichen setzt sich das Regelungswerk aus dem SE-Ausführungsgesetz (SEAG) und dem SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) zusammen.

Grundlage der gesetzlichen Regelungen sind zwei EU-Rechtsakte aus dem Jahre 2001: die Verordnung über das Statut der SE (VO EG Nr. 2157/2001) sowie die ergänzende Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer (RL 2001/86/EG). Dem waren

mehr als 30 Jahre (!) währende Verhandlungen zwischen den Mitgliedsstaaten der EU vorausgegangen.

Die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea, kurz: SE) ist eine neue Rechtsform für Unternehmen, die in verschiedenen Mitgliedsstaaten der EU (also grenzüberschreitend) tätig sind oder tätig werden wollen. Das gezeichnete Kapital der Gesellschaft muss mindestens 120.000,- Euro betragen. Eine SE kann durch Umwandlung, Verschmelzung oder durch Gründung einer Holding- oder Tochtergesellschaft gegründet werden. Ein großer Vorteil der SE ist, dass sie durch Verlegung des Satzungssitzes in einen anderen Mitgliedsstaat jederzeit Landesgrenzen innerhalb der EU überwinden kann.

Die Verordnung regelt dabei nur Teilbereiche der Gründung und Organisation der SE. Im Übrigen gilt das Recht des Staates, in dem die SE ihren Sitz hat. Deshalb wird es keine einheitliche "Europa-AG" geben. Die Europäische Gesellschaft (SE) wird in den Mitgliedsstaaten unterschiedlich ausgestaltet sein.

In Deutschland sind dies die Regelungen des SEAG, das an vielen Stellen auf das AktG verweist, und des SEBG. Unternehmen, die eine SE mit Sitz in Deutschland gründen oder eine bestehende Aktiengesellschaft in eine SE umwandeln, können hinsichtlich der Ausgestaltung des Verwaltungsorgans zwischen dem herkömmlichen deutschen AG-Modell mit Vorstand und Aufsichtsrat (sog. dualistisches Modell) und dem international üblichen sog. monistischen Modell mit einem Verwaltungsrat als Leitungs- und Aufsichtsorgan wählen. Damit kann eine SE in Deutschland eine Unternehmensverfassung nach dem im AktG nicht vorgesehenen monistischen Modell wählen.

Hinsichtlich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE ist – anders als ursprünglich geplant – kein einheitliches europäisches Modell gewählt worden. Die RL 2001/86/EG gibt aber einen Rahmen vor. Es gilt zunächst das sog. Gestaltungsprinzip:

Die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer SE wird vorrangig im Wege von Verhandlungen zwischen einem sog. besonderen Verhandlungsgremium, das die Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften vertritt, und den Leitungen der Gründungsgesellschaften festgelegt. Dazu enthält § 21 Abs. 1 SEBG Mindestvorgaben.

Ziel der Richtlinie und des SEBG ist es, dass die bereits erworbenen Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen auch in einer SE gewährleistet sind und dass das Verfahren der grenzüberschreitenden Beteiligung möglichst vereinbart wird. Kommt ein derartiger Konsens nicht zustande, greift eine gesetzliche Auffangregelung (§§ 22 ff. SEBG), die eine Beteiligung der Arbeitnehmer sicherstellt.

III. DAS ALTEINKG UND DIE AUSWIRKUNGEN AUF DAS BETR AVG
(STICHWORT PORTABILITÄT)

Der Bundestag hat am 5.7.2004 das Alterseinkünftegesetz (AltEinkG, BGBl. I, S. 1427) verabschiedet, das die einkommenssteuerrechtliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen regelt und überwiegend am 1.1.2005 in Kraft tritt.

Das AltEinkG bezweckt, die steuerlichen Rahmenbedingungen der betrieblichen Altersversorgung zu vereinfachen und ändert praxisrelevante Teile des BetrAVG.

In steuerrechtlicher Hinsicht findet ein allmählicher Wandel von der bisherigen steuerrechtlichen Differenzierung nach der Art der betrieblichen Altersversorgung hin zur nachgelagerten Besteuerung statt. Die Beiträge werden steuerfrei gestellt und erst die Renten besteuert. Dann findet eine Differenzierung hinsichtlich der verschiedenen Wege zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung nicht mehr statt.

Die bedeutsamste Änderung betrifft die Übertragung unverfallbarer Anwartschaften und laufender Leistungen bei der Beendigung des alten und der Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses (sog. Portabilität – Art. 8 Nr. 5 AltEinkG zu § 4 BetrAVG).

Für eine solche Übertragung kommen drei Lösungen (zwei konsensuale und eine nicht-konsensuale) in Betracht (§ 4 Abs. 2 BetrAVG). Im dreiseitigen Einvernehmen zwischen dem Arbeitnehmer sowie dem ehemaligen und dem neuen Arbeitgeber kann Letzterer die Versorgungszusage übernehmen. Der Leistungsinhalt bleibt in diesem Fall unverändert. Alternativ kann der ehemalige Arbeitgeber den Wert der vom Arbeitnehmer erworbenen, unverfallbaren Anwartschaft auf den neuen Arbeitgeber übertragen, wenn dieser eine wertgleiche Zusage erteilt. Innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber einen solchen Übertragungsanspruch, wenn die betriebliche Altersversorgung über einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung durchgeführt worden ist und der Übertragungswert die Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten nicht übersteigt (§ 4 Abs. 3 BetrAVG n.F.).

Bei diesen Durchführungswegen entspricht der Übertragungswert dem gebildeten Kapital im Zeitpunkt der Übertragung (§ 4 Abs. 5 Satz 2 BetrAVG n.F.). In allen Fällen ist der ehemalige Arbeitgeber von seiner Leistungspflicht befreit (§ 4 Abs. 6 BetrAVG n.F.).

Des weiteren beschränkt das AltEinkG die bisher nach dem BetrAVG bestehenden Möglichkeiten, unverfallbare Anwartschaften bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses abzufinden und erstreckt diese Beschränkungen teilweise auf die – bisher

in diesem Zusammenhang nicht geregelten – laufenden Rentenleistungen (Art. 8 Nr. 4 AltEinkG zu § 3 BetrAVG).

Schließlich betreffen die Änderungen einen Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers zur Höhe der unverfallbaren Anwartschaft (Art. 8 Nr. 6 AltEinkG zu § 4a BetrAVG) und das neue Recht des Arbeitnehmers, unter bestimmten Umständen die Versicherung oder Versorgung durch eigene Beiträge lückenlos fortzusetzen (Art. 8 Nr. 2 AltEinkG zu § 1a Abs. 4 BetrAVG).

Die Publikation Details Aktuell aus dem Fachbereich Arbeitsrecht ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder Rechtsanwälte und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat und keine Rechtsbewertung zu einem speziellen Sachverhalt.

Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu rechtlichen Fragen der Personalarbeit, zu gesetzgeberischen Entwicklungen und zu Veränderungen aufgrund aktueller Entscheidungen.

Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Rechtsfragen einen Arbeitsrechtler unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen rechtlichen Fragen unter Berücksichtigung Ihres konkreten Sachverhaltes gerne beantworten.

Diese Veröffentlichung kann auf unserer Internet-Homepage unter www.loschelder.net aufgerufen werden. Dort finden Sie weitere interessante Veröffentlichungen unserer Sozietät.

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Hohenstaufenring 30 – 32
50674 Köln

Telefon 0049 (0)221 650 65-0
Telefax 0049 (0)221 650 65-110

www.loschelder.net