

**GOLDENSTEIN & PARTNER**  
RECHTSANWÄLTE STEUERBERATER

BERLIN – HAMBURG – POTSDAM – STETTIN/PL

**Verband der Software-, Informations- und  
Kommunikations-Industrie in Berlin und  
Brandenburg e.V.**

**Goldenstein & Partner**  
**Rechtsanwälte**  
**Steuerberater**

Themenabend Arbeitsrecht am 23.09.2009, 18:30 Uhr,

in der

Kanzlei Goldenstein & Partner,  
Meinekestr. 27 (Ecke Kurfürstendamm),  
10719 Berlin

**Thema: „Kostensenkung durch richtige  
arbeitsrechtliche Gestaltung – Chancen und  
Handlungsbedarf für Unternehmer“**

Referent: Rechtsanwalt Wolfgang Matzke, Fachanwalt  
für Arbeitsrecht

C. J. GOLDENSTEIN  
PARTNER - RECHTSANWALT  
W. MATZKE  
PARTNER - RECHTSANWALT - FA FÜR ARBEITSRECHT  
TH. KNAPPWORST  
PARTNER - STEUERBERATER  
PH. DÄBRITZ  
RECHTSANWALT  
O. ENGELKING  
RECHTSANWÄLTIN  
J. FENZAU, LL.M.EUR.  
RECHTSANWALT  
D. FRITZ, LL.M.  
RECHTSANWALT - LL.M. (INTERNATIONAL TRADE LAW)  
A. HALLOCH  
RECHTSANWALT  
A. HINKEL, LL.M.  
RECHTSANWÄLTIN - LL.M. (GERMAN AND POLISH LAW)  
C. NAPIORKOWSKI  
RECHTSANWALT  
R. NIECKO  
RECHTSANWALT  
F. SCHAUMANN  
RECHTSANWALT  
P. SZEJA, LL.M.  
RECHTSANWALT - LL.M. (GERMAN AND POLISH LAW)

VERTRETUNGSBERECHTIGT  
VOR ALLEN AMTS-, LAND- UND OBERLANDESGERICHTEN

KANZLEI POTSDAM

VILLA QUISTORP  
HEGELALLEE 1  
14467 POTSDAM  
TELEFON +49 (331) 29 82 00  
FAX +49 (331) 29 82 024

KANZLEI BERLIN

MEINEKESTRASSE 27  
10719 BERLIN  
TELEFON +49 (30) 76 76 88 46  
FAX +49 (30) 76 76 88 47

KANZLEI STETTIN

UL. BOHATEROW GETTA  
WARSZAWSKIEGO 24/204  
PL - 70-302 STETTIN  
TELEFON +48 (91) 488 02 78  
FAX +48 (91) 886 50 66

KANZLEI HAMBURG

AGNESSTRASSE 38  
22301 HAMBURG  
TELEFON +49 (40) 51 32 35 55  
FAX +49 (40) 40 13 10 89

Als kompetenter Partner in juristischen, steuerlichen sowie Fragen allgemeiner Unternehmensberatung stehen wir Ihnen zur Verfügung.

Unser Leistungsspektrum:

**Rechtsberatung**

allgemeines Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht, M & A, Fusionskontrolle, Arbeitsrecht, Unternehmensnachfolge und Erbrecht, Immobilien- und Baurecht, Familienrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Umweltrecht

**Steuerberatung**

Steuergestaltungen, Erstellung von Jahresabschlüssen und Steuer-

erklärungen, betriebswirtschaftliche Beratung bei Unternehmenskäufen und -verkäufen, Unternehmensbewertungen, Prüfung von Jahresabschlüssen, gesetzlich vorgeschriebene und freiwillige Sonderprüfungen, Organisationsprüfung und -planung, Sanierungs- sowie sonstige betriebswirtschaftliche Gutachten, Unternehmensbewertungen

**Unternehmensberatung**

betriebswirtschaftliche und finanzielle Unternehmensplanung, Wirtschaftlichkeits- und Rentabilitätsanalysen, Schwachstellenanalyse und Sanierungsberatung, Begleitung von Restrukturierungsprozessen, Existenzgründungsberatung

**GOLDENSTEIN & PARTNER  
RECHTSANWÄLTE  
STEUERBERATER**

Ihr persönlicher Ansprechpartner:

Rechtsanwalt Wolfgang Matzke  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Meinekestr. 27  
10719 Berlin  
Tel. 030/76 76 88 46  
Fax: 030/76 76 88 47  
E-Mail: [info@ra-goldenstein.de](mailto:info@ra-goldenstein.de)

Kanzleien in Berlin, Potsdam,  
Hamburg, Stettin und Moskau

**Zum Vortragenden:**

Rechtsanwalt Wolfgang Matzke:

Studium der Rechtswissenschaften in Bochum und Cambridge, Referendariat in Nordrhein- Westfalen und St. Petersburg (Rußland). Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Treuhandanstalt. Justitiar und Personalleiter der Anhaltiner Stahl- und Anlagebau AG (Gräfenhainichen). Seit 1997 Rechtsanwalt der Kanzlei Goldenstein & Partner Rechtsanwälte - Wirtschaftsprüfer - Steuerberater, Partner seit 2000, Fachanwalt für Arbeitsrecht. Umfangreiche Schulungs- und Vortragstätigkeit in Berlin, Brandenburg und Hamburg. Arbeitsrechtliche Massenverfahren in Berlin, Potsdam, Erfurt, Darmstadt und Zwickau.

## **Merkblatt: Geförderte Unternehmensberatung (Gründung/ Krise)**

Die Kanzlei Goldenstein & Partner bietet qualifizierte Beratung für Jungunternehmen und für Unternehmen, die sich in einer wirtschaftlich schwierigen Situation befinden.

### Gründungsberatung und Krisenberatung

Im Rahmen des Gründungscoaching werden durch gezielte Beratung die Erfolgsaussichten von Jungunternehmen, bis zu fünf Jahre nach Gründung, erhöht und die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit verbessert.

Wir beraten zu allen wirtschaftlichen, finanziellen und organisatorischen Fragen. Unsere Rechtsanwälte haben langjährige Erfahrung im Bereich der betriebswirtschaftlichen und finanziellen Unternehmensplanung. Zusätzlich können wir auch auf das Know-How von Betriebswirten und Steuerberatern im Haus zurückgreifen.

Für Unternehmen in der Krise ist eine kompetente Beratung zur Verbesserung und Wiederherstellung der Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit überlebenswichtig. Durch die langjährige Tätigkeit unserer Partner als Sanierer zahlreicher Großbetriebe sind sie mit den strukturellen Problemen vertraut. Sie wissen mit welchen Maßnahmen Abhilfe verschafft werden kann. Unsere Anwälte begleiten laufend Restrukturierungsprozesse. Hinzu kommen hervorragende Kontakte, die bei der Absatzoptimierung Wirkung entfalten.

### Förderung der Beratungskosten

Die Beratungskosten werden in den neuen Bundesländern für das Gründungscoaching bis zu einem Betrag von 6.000 € zu 75 % aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds (ESF) übernommen. Für die Krisenberatung werden die Kosten bis zu 8.000 € zu 75 % übernommen. Das Unternehmen übernimmt lediglich 25 % der Kosten, also maximal 1.500 € bzw. 2.000 € nebst MwSt. Förderfähig sind kleine und mittelständische Unternehmen mit Sitz und Geschäftsbetrieb in Deutschland.

### Weitere Informationen

Weitere Informationen zu den Beratungsleistungen finden Sie auf unserer Internetseite. Für Terminvereinbarungen steht Ihnen unser Berliner Büro, Rechtsanwalt Matzke, zur Verfügung.

### **Merkblatt: Beratung Unternehmensnachfolge**

Die Kanzlei Goldenstein & Partner bietet qualifizierte Beratung bei der Planung und der Umsetzung der Unternehmensnachfolge. Eine geordnete Nachfolge ist einer einfachen und ggf. überstürzten Übertragung allemal überlegen, weil nur so alle Aspekte berücksichtigt werden. Aus Erfahrung wissen wir: Unternehmensnachfolge ist Vertrauenssache. Es sind daher zunächst die Interessen des Nachfolgers und des übergebenden Unternehmers zu ermitteln, zu bewerten und auszugleichen.

Bei der Planung der Unternehmensnachfolge stellen sich daher vielfältige juristische und steuerliche Fragen, die wir in einer Gesamtschau aus einer Hand beantworten. Wir finden für Sie zunächst die maßgeschneiderte Variante der Nachfolge. Mit den verschiedenen Formen der Nachfolge, etwa Nachfolge innerhalb der Familie, Management Buy-Out(MBO), Management Buy-In(MBI), Verpachtung, Stiftung und schrittweise Übertragung sind wir vertraut.

Bei der erforderlichen Unternehmensbewertung und den steuerlichen Folgen der maßgeschneiderten Variante setzen wir auf den umfassenden Erfahrungsschatz unserer Steuerabteilung. Wir haben gute Kontakte zu Kreditinstituten und begleiten den Nachfolger bei der Finanzierung und der Erschließung von Fördermöglichkeiten.

Unsere Rechtsanwälte verfügen als ausgewiesene Experten im Bereich Gesellschaftsrecht über besonderes Know-How bei der Umsetzung der gefundenen Variante. Sie erstellen zuverlässig die erforderlichen Verträge und runden die Nachfolgeplanung ggf. durch erbrechtliche Überlegungen ab.

Im Rahmen der Unternehmensnachfolge werden die Qualifizierungs- und Beratungsleistungen für Übergeber und Nachfolger gefördert. Die Beratungsleistungen werden für den Übergeber bis zu einer Höhe von 8.250 € zu 80 %, für den Nachfolger bis zu einer Höhe von 5.250 € zu 100 % aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds und des Landes Brandenburg gefördert. Der Übergeber muss lediglich 20 %, also maximal 1.650 €, der Nachfolger gar keine Kosten übernehmen.

#### Weitere Informationen

Weitere Informationen zu den Beratungsleistungen finden Sie auf unserer Internetseite. Für Terminvereinbarungen steht Ihnen unser Berliner Büro, Rechtsanwalt Matzke, zur Verfügung.

## **A. Arbeitsvertragliche Gestaltungen:**

### **I. Doppelte Schriftformklauseln sind unwirksam**

In seiner Entscheidung vom 20.05.2008 hat das BAG (Az. 9 AZR 382/07) die sog. „doppelte Schriftformklausel“ in einem Formulararbeitsvertrag für unwirksam erklärt. Eine solche Klausel sieht vor, daß sowohl Änderungen und Ergänzungen eines Vertrages als auch der Verzicht auf das Schriftformerfordernis der Schriftform bedürfen. Das BAG hielt diese Klausel für unwirksam, weil sie beim Arbeitnehmer den Eindruck erwecke, daß mündliche individuelle Vertragsabreden wegen Nichteinhaltung der Schriftform unwirksam seien. Derartige Abreden haben nach § 305 b BGB gegenüber Formulararbeitsverträgen aber immer den Vorrang.

Im zugrundeliegenden Fall enthielt der Formulararbeitsvertrag folgende Klausel:

*„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind, auch wenn sie bereits mündlich getroffen wurden, nur wirksam, wenn sie schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet worden sind. Das gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis.“*

Der Arbeitgeber hatte dem in China tätigen Büroleiter Mietkosten bezahlt, ohne eine entsprechende schriftliche Vereinbarung zu treffen. 2005 kündigte das Unternehmen das Arbeitsverhältnis fristlos und verweigerte ab diesem Zeitpunkt die Zahlung der Miete. Im Kündigungsschutzprozeß einigten sich die Parteien auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.03.2006. Daraufhin verlangte der Arbeitnehmer vom Unternehmen die Nachzahlung der Mietkosten für die Monate bis März 2006. Das Unternehmen berief sich auf die Schriftformklausel und verweigerte die Zahlung. Das BAG entschied, daß die Mietkosten zu erstatten seien und zwar aus den Grundsätzen der betrieblichen Übung. Die doppelte Schriftform und die fehlende schriftliche Vereinbarung über die Übernahme der Mietkosten stünden dem nicht entgegen, da die Schriftformklausel unwirksam sei, weil sie den Mitarbeiter unangemessen benachteilige.

## **II. Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen**

Nach der Entscheidung des BAG vom 30.07.2008 können Arbeitgeber in einem Formulararbeitsvertrag zwar vorsehen, daß die Zahlung einer Sondervergütung freiwillig und ohne Bindung für die Zukunft erfolgt. Eine solche Regelung müsse allerdings dem Transparenzgebot entsprechen. Dieses Gebot sei nicht gewahrt, wenn der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter einerseits im Arbeitsvertrag eine Sonderzahlung in bestimmter Höhe ausdrücklich zusage, andererseits in einer weiteren Klausel regele, daß kein Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung bestehe.

Im zu entscheiden Fall ging es um die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Bruttomonatsgehalts. Das BAG stellt fest, daß bei laufend (also i. d. R. monatlich) gezahlten Entgelten Freiwilligkeitsvorbehalte stets unwirksam seien. I. ü. können sich Arbeitgeber grundsätzlich vorbehalten, ob und in welcher Höhe sie Sonderzahlungen gewähren wollen. Dies gelte unabhängig von dem mit der Sonderzahlung verfolgten Zweck. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt ist selbst dann wirksam, wenn der Arbeitgeber hiermit ausschließlich die im Bezugsraum geleistete Arbeit zusätzlich honoriert. Der Vorbehalt muß auch nicht bei jeder Sonderzahlung ausgesprochen werden. Es genügt ein entsprechender Hinweis im Arbeitsvertrag. Ein solcher Vorbehalt muß dem Transparenzgebot gem. § 307 I 2 BGB gerecht werden. Er sollte sich also in der Klausel befinden in der auch die Sonderzahlung geregelt wird.

## **III. Schriftformerfordernis bei Befristung eines Vertrages**

Die Befristung eines Arbeitsvertrages muß schriftlich vereinbart werden. Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur mündlich die Befristung eines Arbeitsvertrages, so ist die Befristungsabrede unwirksam und der Arbeitsvertrag ist unbefristet geschlossen worden. Übersendet ein Arbeitgeber seinem zukünftigen Mitarbeiter aber vor Arbeitsaufnahme einen bereits von ihm unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrag, so genügt es für die Wahrung der Schriftform, wenn der Mitarbeiter diesen Vertrag einige Tage nach der tatsächlichen Arbeitsaufnahme unterzeichnet zurückgibt (BAG vom 16.04.2008, Az. 7 AZR 1048/06).

Das BAG führt aus, daß das Schriftformerfordernis durch die Unterzeichnung des Arbeitsvertrages noch gewahrt wurde, durch die Arbeitsaufnahme allein sei in diesem Fall

kein Arbeitsverhältnis begründet worden, da das Unternehmen sein Angebot auf Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrages von der Rückgabe des unterzeichneten Vertragstextes abhängig gemacht habe.

⇒ **Hinweis:**

Es ist aber nach wie vor bei Abschluß eines befristeten Vertrages höchste Vorsicht geboten, denn der Arbeitnehmer könnte in Fällen, wie dem hier entschiedenen, behaupten, nie einen schriftlichen und vorab unterzeichneten Vertrag erhalten zu haben. Deshalb sollte der Arbeitgeber vor Arbeitsaufnahme ein unterzeichnetes Arbeitsvertragsexemplar zurückverlangen.

#### **IV. Bonuszahlung bei unterbliebener Zielvereinbarung**

Hat der Arbeitnehmer aufgrund einer Rahmenvereinbarung im Arbeitsvertrag Anspruch auf einen Bonus in bestimmter Höhe, wenn er die von den Arbeitsvertragsparteien für jedes Kalenderjahr gemeinsam festzulegenden Ziele erreicht, steht ihm wegen entgangener Bonuszahlung Schadensersatz zu, wenn aus vom Arbeitgeber zu vertretenden Gründen für ein Kalenderjahr keine Zielvereinbarung getroffen wurde (BAG, Urteil vom 12.12.2007, Az. 10 AZR 97/07).

Die Arbeitgeberin entwickelte im vorliegenden Fall für die Gastronomie Software für Kassensysteme. Der Kläger war bei ihr als Leiter „Market Development“ beschäftigt. Zusätzlich zum Festgehalt war eine erfolgsabhängige Vergütung (Bonus) bei 100%iger Erreichung der für das Kalenderjahr festgelegten Ziele vereinbart. Der entsprechende Passus des Arbeitsvertrages lautete auszugsweise:

*„Der Arbeitnehmer erhält für jedes Geschäftsjahr einmal pro Jahr eine erfolgsabhängige Vergütung (Bonus). Diese ist fällig bis zum 31.03. des Folgejahres. Die Prämie wird anhand von für das Kalenderjahr festzulegenden Zielen ausgezahlt und soll bei einer 100%-Erreichung der Ziele 50.000,00 € brutto betragen .... Ziele für das erste Kalenderjahr werden gemeinsam mit dem Mitarbeiter bis zum Ende der Probezeit festgelegt.“*

In einem Ergebnisprotokoll vom September 2005 wurden Ziele für den Vertrieb und für den Kläger für das Kalenderjahr 2005 aufgeführt. Als Teamziel wurde der Verkauf von 140 Kassen genannt. Am 31.10.2005 wurden die Ziele für den Vertrieb für das Jahr 2005 neu definiert. Es blieb beim Jahresziel von 140 Kassen, hinzukamen weitere Ziele wie Durchführung bestimmter Foren, Werbeaktionen, Veröffentlichung von Artikeln usw. Bis zum Ende des Jahres 2005 wurden von der Beklagten insgesamt 134 Kassen verkauft. Mit einem Schreiben vom 17.12.2005 kündigte die Beklagte ihr Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31.03.2006. Ende des Jahres 2005 löste die Beklagte die Abteilung Marketing auf. Für die Monate Januar bis 2006 trafen die Parteien keine Zielvereinbarung.

Das BAG unterscheidet zwischen *Zielvorgaben*, mit denen der Arbeitgeber einseitig die Ziele in Ausübung seines Direktionsrechts bestimmt und *Zielvereinbarungen*, die von den Arbeitsvertragsparteien gemeinsam getroffen werden. Hat der Arbeitgeber vor Beginn einer Zielperiode allein Ziele aufzustellen, bedarf es, anders als bei Zielvereinbarungen, keiner Mitwirkung des Arbeitnehmers. Gibt der Arbeitgeber keine Ziele vor, verletzt der Arbeitnehmer keine eigenen Pflichten, wenn er den Arbeitgeber nicht auffordert, ihm Ziele vorzugeben. Die Initiativlast trägt allein der Arbeitgeber.

Das Fehlen einer Zielvorgabe oder Zielvereinbarung führt nicht stets dazu, daß der Arbeitnehmer den Bonus nicht beanspruchen kann. Ansonsten hätte es der Arbeitgeber in der Hand, durch die Verweigerung einer Zielvereinbarung den Anspruch zu beseitigen. Eine derartige Möglichkeit widerspreche dem Grundsatz, daß vorbehaltlos vereinbarte Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber nicht einseitig geändert oder widerrufen werden können. Die Arbeitsvertragsparteien können allerdings eine Rahmenvereinbarung über Zielvereinbarung grundsätzlich stillschweigend aufheben und damit bewußt von der Festlegung von Zielen absehen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein in Aussicht gestellter Bonus im Vergleich zur nichterfolgsabhängigen Vergütung des Arbeitnehmers gering ist und der Arbeitnehmer während mehrerer Zielperioden die vereinbarten Ziele deutlich verfehlt hat.

Ob bei unterbliebenen Zielvorgaben das Gericht die Ziele auch nach Ablauf der Zielperiode noch zu bestimmen hat, ließ das BAG offen. Bei unterbliebenen Zielvereinbarungen seien jedenfalls nach Ablauf der Zielperiode die Ziele und deren Gewichtung nicht durch Urteil festzulegen. Eine Festlegung von Zielen nach Ablauf der Zielperiode durch Urteil werde u. a.

dem Motivationsgedanken nicht gerecht, der Zielvereinbarungen zugrunde liegt, außerdem sei die Ermittlung angemessener, fallbezogener Ziele durch die Gerichte häufig überhaupt nicht möglich. Besteht über den Inhalt einer Zielvereinbarung für eine abgelaufene Zielperiode und den Grad der Zielerreichung Streit, kann bei einer unterbliebenen Zielfestsetzung für die nachfolgende Periode regelmäßig nicht angenommen werden, daß die Parteien dieselben oder ähnliche Ziele vereinbart hätten. Es kann auch nicht aus dem Grad der Zielerreichung gefolgert werden, der Arbeitnehmer hätte in der nachfolgenden Zielperiode vereinbarte Ziele im selben Umfang erreicht.

Die Frage, ob ein Arbeitnehmer bei nicht getroffener Zielvereinbarung einen Schadensersatzanspruch wegen der ihm entgangenen Vergütung hat, kann ohne die Berücksichtigung der Gründe für das Nichtzustandekommen der Zielvereinbarung nicht entschieden werden. Oblag es dem Arbeitgeber die Initiative zur Führung eines Gespräches mit dem Arbeitnehmer zu ergreifen und hat er ein solches Gespräch nicht anberaumt, hat er eine vertragliche Nebenpflicht verletzt, diese Pflichtverletzung kann einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers begründen. Auch wenn den Arbeitgeber nicht allein die Initiativpflicht trifft, verletzt er eine vertragliche Nebenpflicht und kann deshalb zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet sein, wenn er der Aufforderung des Arbeitnehmers nicht nachkommt, mit ihm eine Zielvereinbarung abzuschließen. Nach Ablauf der Zeit, für die ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer Ziele zu vereinbaren hatte, ist die Festlegung von Zielen nicht mehr möglich.

Der Umfang des zu ersetzenden Schadens richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Als entgangen gilt gem. § 252 II BGB der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Dem Geschädigten kommt eine Beweiserleichterung zu Gute (§ 287 ZPO), er hat nur die Umstände darzulegen und in den Grenzen des § 287 ZPO zu beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falls die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Dem Anwendungsbereich des § 287 I ZPO unterliegen sowohl die Feststellungen des Schadens als auch dessen Höhe. Über bestrittene Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen hat das Gericht Beweis zu erheben.

Hat der Arbeitgeber schuldhaft kein Gespräch mit dem Arbeitnehmer über eine Zielvereinbarung geführt, ist der für den Fall der Zielerreichung zugesagte Bonus bei der

Schadensberechnung Grundlage für die Ermittlung des Schadens. Allerdings bedarf es, anders als bei einer Abrede über Zielvorgaben bei der Zielvereinbarung der Mitwirkung des Arbeitnehmers bei der Aufstellung der Ziele für die jeweilige Zielperiode. Die Festlegung der Ziele ist damit nicht allein Aufgabe des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer verletzt eine vertragliche Nebenpflicht und hat weder einen Anspruch auf den Bonus noch einen Schadensersatzanspruch wegen entgangener Bonuszahlung, wenn allein aus seinem Verschulden eine Zielvereinbarung nicht zu Stande gekommen ist, weil er z. B. zu einem Gespräch über mögliche Ziele nicht bereit war.

Ist in der Zielvereinbarung nicht ausdrücklich geregelt, wer die Initiative zur Führung eines Gesprächs über die Zielvereinbarung zu ergreifen hat, so liegt jedenfalls auch eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers vor, wenn Verhandlungen nicht geführt werden. Der Arbeitnehmer muß dem Arbeitgeber dann zwar keine möglichen Ziele nennen, hat aber jedenfalls den Arbeitgeber zu Verhandlungen aufzufordern. Beruht das Nichtzustandekommen der Zielvereinbarung auf Gründen, die beide Arbeitsvertragsparteien zu vertreten haben, ist ein Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen, dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber nicht erst durch eine Mahnung des Arbeitnehmers in Verzug gerät, sondern die Zielvereinbarung nach der arbeitsvertraglichen Regelung vor Beginn der Zielperiode abzuschließen ist oder für den Abschluß des Zielvereinbarung eine andere Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 286 II 1 BGB). Trifft auch den Arbeitnehmer ein Verschulden daran, daß eine Zielvereinbarung unterblieben ist, ist dieses Mitverschulden nach § 254 BGB angemessen zu berücksichtigen.

## **V. Leistungszulage**

Sieht ein vom Arbeitgeber vorformulierter Arbeitsvertrag eine monatlich zu zahlende Leistungszulage unter Ausschluß jeden Rechtsanspruch vor, benachteiligt dies den Arbeitnehmer unangemessen. Die Klausel ist unwirksam (BAG 25.04.2007, 5 AZR 627/06).

## **VI. Vereinbarung einer Bonuszahlung in Formulararbeitsverträgen (Bundesarbeitsgericht, 06.05.2009)**

Im Arbeitsvertrag darf vereinbart werden, dass Boni nur gezahlt werden, wenn das Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Geschäftsjahres noch ungekündigt fortbesteht. Dies stellt keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar. Haben die Arbeitsvertragsparteien eine entgeltrelevante Zielvereinbarung getroffen und gemeinsam Jahresziele festgelegt, kann in aller Regel auch erst nach Ablauf der Zielperiode festgestellt werden, ob und in welcher Höhe dem Arbeitnehmer der zusagte Bonus zusteht. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Arbeitsvertragsparteien zu Beginn des Geschäftsjahres nicht ausschließlich quantitative, sondern auch qualitative Ziele gemeinsam festgelegt haben.

Die Teilnahme des Arbeitnehmers am Bonussystem unter der Voraussetzung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses im gesamten Geschäftsjahr beschränkt ihn nicht in unzulässiger Weise in der durch Art. 12 Grundgesetz garantierten Berufsfreiheit.

## **VII. Gleichbehandlung bei Lohnerhöhungen (Bundesarbeitsgericht, 15.07.2009)**

Der Arbeitgeber ist aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet, die Arbeitnehmer bei der Anwendung selbst gesetzter Regelungen gleich zu behandeln. Nur aus sachlichen Gründen darf er für den Fall der freiwillig gewährten allgemeinen Lohnerhöhung Unterschiede machen. Der Arbeitgeber darf Teile der Arbeitnehmerschaft nicht sachwidrig oder willkürlich von der Vergünstigung ausschließen.

Der Arbeitgeber darf Arbeitnehmer, die sich nicht auf eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen in der Vergangenheit eingelassen haben, von einer Erhöhung der Vergütung um 2,5 % ausnehmen. Bietet der Arbeitgeber nunmehr dem Arbeitnehmer die 2,5 %ige Lohnerhöhung unter der Voraussetzung an, dass der betreffende Arbeitnehmer die Vertragsverschlechterung ebenfalls annimmt und lehnt der Kläger dies ab, verstößt die Lohnerhöhung für die anderen Arbeitnehmer nicht gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Da er die Einkommensverluste der Arbeitnehmer aus der Vergangenheit mit der Lohnerhöhung teilweise ausgleichen wollte, handelte der Arbeitgeber nicht sachwidrig und willkürlich. Der Arbeitnehmer, der an der damaligen Verschlechterung

der Arbeitsbedingungen nicht Teil hatte, hat keinen Einkommensverlust erlitten und kann daher auch nicht verlangen, an dem jetzigen Ausgleich teilzunehmen.

### **VIII. Freiwilligkeitsvorbehalt bei Jahressonderzahlung (Bundesarbeitsgericht, 18.03.2009)**

Ein klar und verständlich formulierter Freiwilligkeitsvorbehalt ist auch in einer AGB-Klausel zulässig. Dies gilt auch dann, wenn sich der Freiwilligkeitsvorbehalt auf eine Sonderleistung bezieht, die einen erheblichen Teil der Jahresvergütung ausmacht.

Bei einem klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt, der jeden Rechtsanspruch für die Zukunft ausschließt, fehlt es an einer versprochenen Leistung, so dass damit die Entstehung des Anspruchs auch für künftige Bezugszeiträume verhindert wird. Zudem weicht ein Freiwilligkeitsvorbehalt nicht von § 611 I BGB ab, wonach der Arbeitgeber als Dienstgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Arbeitgeber müssen nach § 611 I BGB nicht zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt Sonderzahlungen leisten. Der Arbeitnehmer ist also bei Sonderzahlungen nicht ebenso schützwürdig wie bei der Zahlung eines laufenden Arbeitsentgelts.

Die beträchtliche Höhe einer Sonderzahlung spricht nicht dagegen, einen künftigen Anspruch wirksam ausschließen zu können. Hier ist abzugrenzen von dem Widerrufsvorbehalt, der nur dann interessengerecht ist, wenn sein Volumen unter einem Viertel des Jahresgesamteinkommens liegt. Der Arbeitnehmer ist bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt nämlich frei, jedes Jahr neu zu entscheiden, ob, an wen und unter welchen Voraussetzungen eine Sonderleistung erbracht wird. Sie kann auch entscheiden, ausgeschiedenen Mitarbeitern keine Sonderleistung zu zahlen.

### **IX. Abrufarbeit (Bundesarbeitsgericht, 07.12.2005)**

Das Teilzeitbefristungsgesetz erfordert, dass bei Abrufarbeit die Mindestdauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festgelegt wird. Ist die wöchentliche Arbeitszeit nicht festgelegt, gilt eine Arbeitszeit von 10 Stunden als vereinbart. Ist die tägliche Arbeitszeit nicht festgelegt, muss der Arbeitgeber die Arbeitskraft für mindestens drei Stunden am Stück in Anspruch nehmen.

Im Arbeitsvertrag kann jedoch vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer über die vertragliche Mindestarbeitszeit hinaus, Mehrarbeit leisten muss. Um den Arbeitnehmer jedoch nicht durch das einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers unangemessen zu benachteiligen, darf die einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeit nicht mehr als 25 % der wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.

#### **X. Rückzahlungsklausel im Fortbildungsvertrag (Bundesarbeitsgericht, 14.01.2009)**

Die Rückzahlung von Ausbildungskosten kann in AGB vereinbart werden. Es kann also in einem Fortbildungsvertrag vom Arbeitgeber einseitig vorgegeben werden, dass Fortbildungskosten zurückzuzahlen sind, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf einer bestimmten Frist endet. Allerdings ist die Rückzahlungsklausel nur wirksam, wenn die Fortbildung einen Vorteil für den Arbeitnehmer darstellt. Es muss zudem der Vorteil in einem angemessenen Verhältnis zur Bindungsdauer stehen. Entscheidend sind dabei die Dauer der Fortbildung und die erworbene Qualifikation.

Eine Bindung von fünf Jahren ist danach unangemessen und unwirksam bei einer Fortbildung die drei Monate dauert. Der Arbeitgeber darf also nicht verlangen, dass dem Arbeitnehmer pro Monat der Beschäftigung nach dem Abschluss des Lehrgangs 1/60 des Rückzahlungsbetrages erlassen wird.

#### **EXKURS: Pflegezeitgesetz**

Am 01.07.2008 ist das Pflegezeitgesetz (PflegeZG) in Kraft getreten. Dieses regelt Ansprüche für Arbeitnehmer auf Freistellung von der Arbeitspflicht zur Pflege naher Angehöriger.

Das Gesetz schafft für Arbeitnehmer zwei neue Ansprüche:

##### **1. Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung**

Nach § 2 PflegeZG können Beschäftigte kurzfristig bis zu 10 Tage von der Arbeit fernbleiben, wenn sie für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut

auftretenden Pflegesituation die Pflege organisieren müssen. Die Pflegedürftigkeit richtet sich nach den §§ 14 ff. SGB XI, pflegedürftig sind danach Personen, die voraussichtlich für mindestens sechs Monate in mindest erheblichem Maße der Hilfe bedürfen (z. B. Schlaganfall). Der Mitarbeiter muß seinem Arbeitgeber die Verhinderung und die voraussichtliche Dauer der Verhinderung unverzüglich mitteilen. Eine Ankündigungszeit ist gesetzlich nicht vorgesehen. Auf Verlangen des Arbeitgebers ist eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit vorzulegen. Der Anspruch gilt unabhängig von der Betriebsgröße.

Der Arbeitgeber ist zur Fortzahlung der Vergütung nur verpflichtet, wenn sich dies aus anderen gesetzlichen Vorschriften oder aufgrund einer mit dem Mitarbeiter abgeschlossenen Vereinbarung ergibt. Gem. § 616 BGB verliert der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch nicht, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung gehindert wird. Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit beispielsweise folgende Fälle anerkannt:

- Erkrankung von Familienangehörigen,
- Todesfälle in der Verwandtschaft,
- Eheschließung

Die Bestimmungen des § 616 BGB sind aber abdingbar. Abweichende Regelungen können also von den Arbeitsvertragsparteien geschlossen werden (so bereits BAG vom 25.04.1960 AP § 616 BGB Nr. 23). Bei Einzelarbeitsverträgen ist jedoch nach neuem Schuldrecht zu prüfen, ob eine Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB vorzunehmen ist, weil der Arbeitgeber den Ausschluß des § 616 BGB in einem Formulararbeitsvertrag vornimmt. Ist eine vollständige Abbedingung des § 616 BGB in Formulararbeitsvertrag geplant, sollte dafür ein sachlicher Rechtfertigungsgrund, z. B. aufgrund der besonderen Verhältnisse des Betriebes genannt werden, da ansonsten Unwirksamkeit gem. § 307 I, II 1 BGB Unwirksamkeit droht (offenlassend: BAG AP § 616 BGB Nr. 49).

## **2. Anspruch auf Pflegezeit**

§ 2 PflegeZG sieht darüber hinaus für Mitarbeiter in Betrieben, die i. d. R. mehr als 15 Mitarbeiter beschäftigen, einen Anspruch auf Pflegezeit von bis zu sechs Monaten vor.

Möchte ein Arbeitnehmer seinen pflegebedürftigen nahen Angehörigen also pflegen, kann er Freistellung oder teilweise Freistellung verlangen. Über den Umfang der Arbeitsreduzierung darf der Mitarbeiter selbst entscheiden. Der Arbeitgeber darf nur widersprechen, wenn dringende betriebliche Belange entgegenstehen. Die Inanspruchnahme der Pflegezeit ist spätestens 10 Tage vor Beginn unter Angabe ihrer Dauer und Angabe der gewünschten Verteilung Arbeitszeit schriftlich anzukündigen. Die Pflegezeit beträgt für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen längstens sechs Monate. Eine Vergütung ist für den Zeitraum nicht vorgesehen.

Nimmt ein Mitarbeiter Pflegezeit oder kurzzeitige Arbeitsverhinderung für sich in Anspruch, darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis von der Ankündigung bis zur Beendigung der Pflege nicht kündigen. Eine Kündigung ist nur ausnahmsweise mit Zustimmung der für den Arbeitsschutz zuständigen Obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Stelle zulässig (§ 5 PflegeZG).

Zur Vertretung des pflegenden Mitarbeiters kann befristet ein anderer Arbeitnehmer eingestellt werden (§ 6 PflegeZG). Die Pflegezeit des Mitarbeiters stellt mithin einen anerkannten sachlichen Befristungsgrund dar. Der Arbeitsvertrag des Vertreters ist mit einer Frist von zwei Wochen kündbar, wenn die Pflegezeit vorzeitig endet. Das Kündigungsschutzgesetz ist in diesen Fällen unanwendbar (§ 6 III PflegeZG). Der Kreis der nahen Angehörigen ist groß, das PflegeZG erfaßt:

- Eltern,
- Großeltern,
- Schwiegereltern,
- Ehegatten,
- Lebenspartner,
- Geschwister,
- Kinder,
- Adoptiv- und Pflegekinder,
- Adoptiv- und Pflegekinder des Ehepartners oder Lebenspartners,
- Schwiegerkinder,
- Enkelkinder

⇒ **Achtung:**

Arbeitnehmer können sich unter Hinweis auf das PflegeZG in kritischen Betriebssituationen leicht *Kündigungsschutz* verschaffen.

Der Mitarbeiter kann für jeden der Angehörigen bis zu einem halben Jahr Pflegezeit beanspruchen. Der Gesetzgeber hat somit einen Kündigungsschutz eingeführt, der nicht auf die persönlichen Belange des Arbeitnehmers abstellt, sondern auf die Belange eines weitreichenden Kreises Dritter.

**EXKURS: Kurzarbeitergeld**

**1. Kurzarbeitergeld-Überblick**

Wurde Kurzarbeit arbeitsrechtlich wirksam eingeführt, haben die Arbeitnehmer einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn

1. ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt;
2. die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind;
3. die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und
4. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist, § 169 I SGB II.

Der Arbeitsausfall muss erheblich sein, d. h. wirtschaftliche Gründe haben, vorübergehend und unvermeidbar sein. Vermeidbar wäre ein Arbeitsausfall, wenn die Anordnung der Kurzarbeit durch Gewährung von Erholungsurlaub verhindert werden kann, soweit Urlaubswünsche des Arbeitnehmers der Urlaubsgewährung nicht entgegenstehen, § 170 IV 2 Nr. 2 SGB III. Wurde jedoch der Urlaub bereits in einem Urlaubsplan usw. festgelegt, liegt ein unvermeidbarer Arbeitsausfall vor. Der Arbeitgeber kann ferner angehalten sein, mit der Bildung von Arbeitszeitkonten die Arbeitszeit zu flexibilisieren. Auch die Umsetzung von Arbeitnehmern, die Anordnung von Aufräum- und Instandhaltungsarbeiten sowie Arbeiten auf Lager können wirtschaftlich zumutbare Gegenmaßnahmen zur Vermeidung eines Arbeitsausfalls darstellen. Arbeitszeitguthaben müssen nicht angegriffen werden, wenn diese ausschließlich für Altersteilzeit vorgesehen sind oder länger als ein Jahr unverändert bestehen

oder 10 % der ohne Mehrarbeit geschuldeten Jahresarbeitszeit übersteigen, § 170 IV 3 SGB III.

Durch das Konjunkturpaket II wurde beschlossen, dass negative Arbeitszeitguthaben nicht gebildet werden müssen, ferner genügt ein Entgeltausfall von mehr als 10 %, es ist jedoch nicht mehr erforderlich, dass mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer vom Entgeltausfall betroffen ist, so dass auch für einen einzelnen Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld beantragt werden kann. Dies gilt bis zum 31.12.2010. Daher hat die Bildung von Betriebsteilen derzeit keine praktische Relevanz.

Zu den persönlichen Voraussetzungen gehört, dass ein ungekündigtes, nicht aufgehobenes Arbeitsverhältnis vorliegt und der Arbeitnehmer nicht vom Kurzarbeitergeldbezug ausgeschlossen ist, § 172 I SGB III. Vom Kurzarbeitergeld ausgeschlossene Arbeitnehmer sind solche, die an einer geförderten beruflichen Weiterbildungsmaßnahme teilnehmen oder Krankengeld beziehen, § 172 II SGB III.

Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht auch für befristet beschäftigte Arbeitnehmer. Dabei kommt es auf verbleibende Dauer der Befristung nicht an.

Der Arbeitsausfall ist der Agentur für Arbeit schriftlich anzuzeigen, § 173 I 1 SGB III.

Die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld ist durch das Konjunkturpaket II auf mittlerweile 24 Monate verlängert worden. Dies gilt für den Zeitraum vom 01. Januar bis 31. Dezember 2010.

Die Höhe des Kurzarbeitergeldes orientiert sich an der Höhe des Arbeitslosengeldes. Es beträgt gem. § 178 SGB III 67 % (Arbeitnehmer mit mindestens einem Kind) bzw. 60 % (für alle übrigen Arbeitnehmer) der Nettoentgeltdifferenz.

Um die Berechnung der Höhe des Kurzarbeitergeldes zu erleichtern, stellt die Bundesagentur für Arbeit eine „Tabelle zur Berechnung des Kurzarbeitergeldes“ zur Verfügung.

## 2. Sozialversicherungsbeiträge, Weiterbildung

Aufgrund der Änderungen durch das Konjunkturpaket II kann der Arbeitgeber seit dem 01.02.2009 beantragen, dass ihm 50 % der von ihm zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge auf das Kurzarbeitergeld in pauschalisierter Form erstattet werden. Diese Regelung soll demnächst nur für die ersten sechs Monate der Kurzarbeit gelten, danach hat der Arbeitgeber dann keine Sozialversicherungsbeiträge mehr zu tragen.

Unterstützt der Arbeitgeber Qualifizierungsmaßnahmen während des Bezuges des Kurzarbeitergeldes können auch jetzt schon durch das Konjunkturpaket II Sozialversicherungsbeiträge in voller Höhe ab Beginn der Kurzarbeit erstattet werden.

Erforderlich ist, dass die Qualifizierungsmaßnahmen nach der Anerkennungs- und Zulassungsverordnung Weiterbildung (AZWV) anerkannt sind. Einer Weiterbildung im eigenen Betrieb mit eigenem Personal kann jedoch dann stattfinden, wenn Qualität und zeitlicher Umfang mit Maßnahmen nach der AZWV vergleichbar sind. In diesem Falle ist ein Qualifizierungsplan vorzulegen.

## 3. wichtige Änderungen beim KUG

Am 01.07.2009 sind wichtige Änderungen zum KUG in Kraft getreten:

Für ab dem 01.01.2009 durchgeführte Kurzarbeit können Unternehmen ab dem 7. Kalendermonat des Bezugs von KUG die **gesamten Sozialversicherungsbeiträge** von der Bundesagentur für Arbeit erstattet verlangen. Die Sozialabgabenfreiheit gilt für sämtliche Betriebe des Arbeitgebers, ist also nicht auf den Betrieb oder Betriebsteil beschränkt, in dem die Beschäftigten schon seit sechs Monaten kurzgearbeitet haben.

Bei Unterbrechung von Kurzarbeit ist nunmehr keine neue Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit erforderlich. Die Bezugsfrist läuft ohne Unterbrechung für den gesamten Bewilligungszeitraum weiter

Die Bezugsfrist ist bereits am 05.06.2009 verlängert worden auf 24 Monate. Die verlängerte Bezugsfrist gilt für alle Arbeitnehmer, deren Anspruch auf KUG bis zum 31.12.2009 entsteht.

Alle Änderungen sind befristet und gelten bis zum 31.12.2010.

## **B. Kündigung und Kündigungsschutz**

### **I. Low-Performer**

Kündigung wegen qualitativer Minderleistung, überdurchschnittliche Fehlerquote allein nicht ausreichend, nähere Umstände nach Zahl, Art, Schwere und Folge über einen längeren Zeitraum können Anhaltspunkte für Vorwerfbarkeit sein (BAG, Urteil vom 17.01.2008, 2 AZR 536/06, DB 2008, 1274 ff.). Die Klägerin war mit Lager- und Versandarbeiten beschäftigt. Die Beklagte warf ihr vor, ihre Fehlerhäufigkeit liege um ein Mehrfaches über der mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigten Kolleginnen. Das BAG führt aus, daß die Leistungspflicht des Arbeitnehmers sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien richtet. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag nach Menge und Qualität nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens nach dem vom Arbeitgeber durch Ausüben des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers.

„Der Arbeitnehmer muß tun, was er soll und zwar so gut, wie er kann.“

Der Arbeitnehmer muß unter angemessener Ausschöpfung seiner Leistungsfähigkeit arbeiten. Der Arbeitgeber muß zunächst ein Zurückbleiben gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern vortragen. Der Arbeitnehmer muß dann erwidern, warum er trotz unterdurchschnittlicher Leistung seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Für den Fall qualitativer Minderleistung genügt der Vortrag zur durchschnittlichen Fehlerquote nicht. Es sind Anzahl, Art, Schwere und Folge der fehlerhaften Arbeitsleistung vorzutragen. Weiter ist vorzutragen, daß die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquoten nach den gesamten Umständen darauf hinweist, daß der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Legt der Arbeitgeber dies dar, so muß der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft. Hierbei ist darzulegen, welche betrieblichen Beeinträchtigungen durch die konkret darzulegenden Fehler verursacht werden und daß es sich insoweit nicht lediglich um Fehler handelt, die trotz einer gewissen Häufigkeit angesichts der konkreten Umstände der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber hinzunehmen sind. Relevant sind quantitative Minderleistungen von mindestens einem Drittel.

## **II. Betriebsbedingte Kündigung von Stammarbeitnehmern beim Einsatz von Leiharbeitnehmern (Landesarbeitsgericht Berlin, 03.03.2009)**

Leiharbeit ist ein Instrument, um den Personalbestand zu flexibilisieren und der Auftragslage anzupassen. Bei der Umstrukturierung im Personalbestand ist jedoch folgendes zu beachten: Beschäftigt ein Arbeitgeber dauerhaft Leiharbeitnehmer, so hat er zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung eines Stammarbeitnehmers zunächst den Einsatz des Leiharbeitnehmers zu beenden, soweit dieser auf einem für die Stammarbeitskraft geeigneten Arbeitsplatz beschäftigt wird.

Wird der Leiharbeitnehmer zur Krankheitsvertretung beschäftigt, so erfolgt der Einsatz gleichwohl auf Dauerarbeitsplätzen, wenn der Vertretungsbedarf ständig und ununterbrochen anfällt und der Arbeitgeber hierfür im Tätigkeitsbereich der zu kündigenden Stammarbeitskraft dauerhaft Personal beschäftigt. Ein solcher – geeigneter – Arbeitsplatz steht dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung einer Stammarbeitskraft entgegen.

Eine Kündigung ist nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen. D. h., es darf zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung weder ein freier vergleichbarer Arbeitsplatz noch ein freier Arbeitsplatz zu geänderten Arbeitsbedingungen vorhanden sein. Werden dauerhaft Leiharbeitnehmer auf den für den Arbeitnehmer geeigneten Arbeitsplätzen beschäftigt, so liegt ein solcher freier Arbeitsplatz jedoch vor. Dieser muss vorrangig dem Stammarbeitnehmer zugewiesen werden.

Ein solcher, dem Arbeitnehmer zuzuweisender Arbeitsplatz liegt auch dann vor, wenn es sich um eine Krankheitsvertretung handelt, da der ununterbrochene Einsatz von Leiharbeitnehmern einen höheren Arbeitskräftebedarf anzeigt. Der ununterbrochene Einsatz der Leiharbeitnehmer zeigt, dass die Anzahl der von dem Arbeitgeber benötigten Arbeitsplätze dauerhaft höher ist, als die, die er für die Stammarbeitnehmer zur Verfügung stellt.

### **III. Außerordentliche Kündigung wegen Diebstahls eines Lippenstifts (BAG, Urteil vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06, NJW 2008, 2732 ff.)**

Vom Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte sind regelmäßig geeignet, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen. Dies gilt auch dann, wenn nur Sachen von geringem Wert betroffen sind.

Das Erlangen von Informationen auf betriebsverfassungswidrigem Wege, führt nicht dazu, daß der Arbeitgeber die unstreitige Tatsache eines während einer Personenkontrolle aufgefundenen Gegenstandes (Lippenstifts) nicht verwerten kann. Der Lippenstift war unter Verstößen gegen eine mit dem Betriebsrat geschlossene Betriebsvereinbarung zur Personalkontrolle entdeckt worden. Allein die Verletzung eines Mitbestimmungstatbestandes oder die Nichteinhaltung einer Betriebsvereinbarung kann es grundsätzlich nicht rechtfertigen, einen entscheidungserheblichen, unstreitigen Sachvortrag der Parteien nicht zu berücksichtigen. Anders kann es sein, wenn sich um erhebliche Verletzungen des Persönlichkeitsrechts handelt, die ein prozessuales Verwertungsverbot ausnahmsweise rechtfertigen könnten.

### **IV. Außerordentliche Kündigung bei Ankündigung einer Erkrankung (Bundesarbeitsgericht, 12.03.2009)**

Die Ankündigung einer zukünftigen, im Zeitpunkt der Ankündigung nicht bestehenden Erkrankung durch den Arbeitnehmer, für den Fall, dass der Arbeitgeber einem unberechtigten Verlangen auf Gewährung von Urlaub nicht entsprechen sollte, ist regelmäßig ohne Rücksicht auf eine später tatsächlich auftretende Krankheit an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abzugeben.

War der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Ankündigung bereits objektiv erkrankt, ohne dies dem Arbeitgeber zu offenbaren, scheidet eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zwar nicht von vorn herein aus. Eine mit der Erklärung verbundene Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber wiegt dann aber regelmäßig weniger schwer. In

einem solchen Fall kann nicht ohne weiteres von einer erheblichen, einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigenden Pflichtverletzung ausgegangen werden.

Beruft sich der Arbeitnehmer gegenüber einer auf die Androhung einer Erkrankung gestützten Kündigung darauf, er sei im Zeitpunkt der Ankündigung seiner zukünftigen Erkrankungen bereits objektiv krank gewesen, ist er gehalten, vorzutragen, welche konkreten Krankheiten bzw. Krankheitssymptome im Zeitpunkt der Ankündigung vorgelegen haben und weshalb er darauf schließen durfte, auch noch am Tag der begehrten Freistellung arbeitsunfähig zu sein. Erst wenn der Arbeitnehmer insoweit vorträgt und ggf. seine behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbunden hat, muss der Arbeitgeber aufgrund der ihm obliegenden Beweislast für das Vorliegen eines die Kündigung rechtfertigenden wichtigen Grundes den Vortrag des Arbeitnehmers widerlegen.

#### **V. Außerordentliche Kündigung bei Ankündigung einer Arbeitsverweigerung (Landesarbeitsgericht Nürnberg, 16.10.2007)**

Ein Grund für eine außerordentliche Kündigung kann schon bestehen, wenn in der Vergangenheit zwar keine pflichtwidrige Arbeitsverweigerung vorliegt, diese aber im Kündigungszeitpunkt für die Zukunft ernsthaft angekündigt wird. Ist der Arbeitgeber im Wege des Direktionsrechts berechtigt, den Arbeitnehmer, weil die betrieblichen Belange dies erfordern, in einem anderen Bereich einzusetzen, so ist dessen Weigerung in diesem Bereich zu arbeiten, eine Basis zur Annahme zukünftig befürchteter Störungen im Leistungsbereich. Der Arbeitnehmer verletzt damit seine Pflichte ernsthaft und dauerhaft.

Eine neuerliche Abmahnung ist in diesem Falle entbehrlich, wenn eine Kündigungsandrohung für den Wiederholungsfall in einer vorausgegangen – hier sogar rechtswidrigen – Abmahnung ausgesprochen worden ist.

#### **VI. Kündigung wegen Annahme von Vorteilen (Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, 16.01.2009)**

Wer als Arbeitnehmer bei der Ausführung von vertraglichen Aufgaben Vorteile entgegennimmt, die dazu geeignet sind, ihn in seinem geschäftlichen Verhalten zugunsten Dritter zu beeinflussen, verstößt gegen das Schmiergeldverbot. Wer sich von einem

Geschäftspartner des Arbeitgebers Eintrittskarten für die VIP-Lounge bei einem Fußballspiel gegen lässt, handelt den Interessen des Arbeitgebers zu wider, wenn er zugleich mit dem Geschäftspartner des Arbeitnehmers in Verhandlungen steht und Einfluss darauf hat, ob dieser Dritte bei der Vergabe von Aufträgen zum Zuge kommt. Der gewährte Vorteil begründet nämlich allgemein die Gefahr, der Arbeitnehmer werde nicht mehr allein die Interessen des Geschäftsherrn wahrnehmen.

Ein konkreter Schaden muss nicht entstanden sein. Zudem ist in diesem Fall eine Abmahnung grundsätzlich entbehrlich, da durch das Verhalten des Arbeitnehmers das für das Arbeitsverhältnis notwendige Vertrauen auf Dauer zerstört ist.

### **VII. Richtige Abmahnung von Verhaltensverstößen (Hessisches Landearbeitsgericht 17.07.1997)**

Soweit zur Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB wegen Verletzung von Verhaltenspflichten durch den Arbeitnehmer eine vorherige vergebliche Abmahnung erforderlich ist, müssen der abgemahnte und der zur Kündigung herangezogene Pflichtenverstoß **gleichartig** sein.

Gleichartig sind Pflichtverletzungen in diesem Sinne nicht nur dann, wenn es sich ein identisches Fehlverhalten handelt, sondern bereits dann, wenn die Pflichtverletzung unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zusammengefasst werden können.

Das kann der Fall sein, bei abgemahnter Verletzung der Anzeigepflicht bei Krankheit und späterer Weigerung des Arbeitnehmers, während der Arbeitszeit zu einem Gespräch mit dem Vorgesetzten zu erscheinen. Zwar muss ein Arbeitnehmer, der wegen eines nicht vertragsgerechten Verhaltens gekündigt werden soll, grundsätzlich zunächst abgemahnt werden. Dies gilt insbesondere bei Störungen im Verhaltens- und Leistungsbereich. Abmahnung bedeutet, dass der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise seine Beanstandungen vorbringt und damit deutlich den Hinweis verbindet, im Wiederholungsfall sei der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet.

Die Grenze der Gleichartigkeit ist hier erstaunlich weit gezogen. Ein Zusammenhang zwischen der Verletzung der Anzeigepflicht bei Krankheit und der späteren Weigerung des Arbeitnehmers, während der Arbeitszeit zu einem Gespräch mit dem Vorgesetzten zu erscheinen, ist eher mittelbar. Diese Mittelbarkeit genügt hier deshalb, weil der Arbeitnehmer durch das Nichterscheinen zur Rücksprache die die Erbringung der Hauptleistungspflicht begleitenden Pflichten verletzt. Denn ein Arbeitgeber muss wissen, ob und wie er einen Arbeitnehmer einsetzen kann. Soll es bei dem Gespräch mit dem Arbeitnehmer gerade darum gehen, wie er eingesetzt werden kann und verweigert sich der Arbeitnehmer diesem Gespräch, ist es dem Arbeitgeber unmöglich, über den Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers zu disponieren. Damit ist der Einsatz des Arbeitnehmers in Frage gestellt.

### **VIII. Außerordentliche Kündigung ohne Abmahnung bei Diebstahl (Landesarbeitsgericht Nürnberg, 16.10.2007)**

Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor der Pflichtverletzung deutlich darauf hingewiesen, dass er ein bestimmtes Fehlverhalten nicht dulden und zum Anlass einer Kündigung nehmen wird und begeht der Arbeitnehmer nach einem solchen klaren Hinweis gleichwohl die untersagte Fehlhandlung, ist eine Abmahnung vor der fristlosen Kündigung nicht zwingend erforderlich.

Die Abmahnung ist regelmäßig als milderer Mittel zu berücksichtigen. Kann der Arbeitnehmer erwarten, dass sein (Fehl-)Verhalten nicht als erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Verhalten, gewertet wird, so ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber zuzumuten. Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor der Pflichtverletzung deutlich darauf hingewiesen hat, dass er ein bestimmtes Fehlverhalten nicht dulden wird und zum Anlass für eine Kündigung nehmen wird. Für die Mitteilung genügt auch eine Hausmitteilung, dass ein bestimmtes Verhalten allen Mitarbeitern untersagt ist.

Der nach einem klaren Hinweis begangene Verstoß zeigt, dass der Arbeitnehmer nicht gewillt ist, die Erwartung des Arbeitgebers zu erfüllen. In einem solchen Fall kann die Abmahnung ihre Funktion, mögliche Zweifel bezüglich der Reaktion des Arbeitgebers auf ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers auszuschließen, nicht erfüllen.

**IX. Verweigerung der Teilnahme an Personalgespräch (Bundesarbeitsgericht, 23.06.2009)**

Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer nicht zur Teilnahme an einem Personalgespräch über eine Änderung des Arbeitsvertrages verpflichten. Dies Befugnis ist vom Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht umfasst.

Eine Abmahnung darf daher nicht auf die Weigerung zur Teilnahme am Personalgespräch gestützt werden.

**X. Personenbedingte Kündigung wegen Krankheit (BAG, Urteil vom 08.11.2007, 2 AZR 296/06, NZA 2008, 593)**

Bei einer krankheitsbedingten Kündigung ist eine dreistufige Prüfung vorzunehmen:

1. Stufe: Prognostizierte Fehlzeiten (relevant ist es, wenn über einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren in jedem Jahr Entgeltfortzahlung von mehr als sechs Wochen zu gewähren war, ein Zeitraum von 15 Monaten reicht aus wenn die Störungen seit Beginn des Arbeitsverhältnisses vorliegen)

2. Stufe: Erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen

Dazu gehören neben Betriebsablaufstörungen, auch wirtschaftliche Belastungen, etwa durch einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten. Das BAG hebt hervor, daß nicht die wirtschaftliche Gesamtlage des Arbeitgebers entscheidend ist, sondern die vertragsrechtlich bestimmte Zuordnung der gegenseitigen Ansprüche.

3. Stufe: Interessenabwägung

Es ist zu prüfen, ob die Beeinträchtigung vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen. Dabei ist u. a. berücksichtigen, ob die Erkrankung auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind und ob und wie lange das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ungestört verlaufen ist. Ferner sind das Alter, der Familienstand und

die Unterhaltspflichten sowie ggf. eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers in die Abwägung einzubeziehen.

BAG, 19.04.2007, 2 AZR 239/06: Die Ungewißheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauerhaften Leistungsunfähigkeit gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann.

**XI. Form der Wartezeitkündigung – Kündigungsverzicht (BAG vom 13.12.2007, 6 AZR 145/07, NZA 2008, 403 ff.)**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Die Einstellung des Klägers erfolgte durch die Personaldisponentin, die den schriftlichen Anstellungsvertrag mit dem Zusatz „i. A.“ unterzeichnete. Der Kläger erhielt seine Einsatzanweisungen von dieser Personaldisponentin, meldete sich bei Arbeitsunfähigkeit bei ihr ab, sie führte Personalgespräche und erteilte dem Kläger mit „i. A. C.“ Abmahnungen. Die Kündigung war ebenfalls von der Personaldisponentin C mit „i. A. C.“ unterschrieben. Dem Kündigungsschreiben war eine Generalvollmacht der Beklagten beigelegt, die von einem Geschäftsführer unterzeichnet worden war.

Das BAG billigt die vom LAG angenommene Formwirksamkeit der Kündigung (§ 623 BGB, Schriftform). Es folge nicht bereits aus dem Zusatz „i. A.“, daß der Erklärende lediglich als Bote gehandelt hat, maßgeblich seien vielmehr die Gesamtumstände.

Das BAG erklärt weiterhin, daß mit einer Abmahnung der Arbeitgeber i. d. R. zugleich auf das Recht zur Kündigung aus den Gründen, wegen derer die Abmahnung erfolgt ist, verzichtet (so bereits frühere Rechtsprechung, z. B. BAG NZA 2006, 880). Das gilt allerdings dann nicht, wenn der Abmahnung selbst oder den Umständen zu entnehmen ist, daß der Arbeitgeber die Sache mit der Abmahnung nicht als erledigt ansieht. Ansonsten erlischt mit dem Verzicht das Recht zur Kündigung. Hat der Arbeitgeber auf das Recht zur Kündigung aus den abgemahnten Gründen verzichtet, kann er eine spätere Kündigung nicht allein auf die abgemahnten Gründe stützen, sondern hierauf nur unterstützend zurückgreifen, wenn weitere kündigungsrechtliche erhebliche Umstände eintreten oder ihm nachträglich bekannt werden.

Diese Grundsätze gelten auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes, denn sie beruhen nicht auf spezifischen kündigungsschutzrechtlichen Erwägungen, sondern auf allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen. Zwar bedarf die Kündigung in diesen Fällen keiner vom Arbeitgeber dazulegenden und zu beweisenden sozialen Rechtfertigung, doch ist der Arbeitgeber auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes regelmäßig durch tatsächliche Umstände zum Ausspruch einer Kündigung motiviert. Kündigt der Arbeitgeber in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Abmahnung, spricht dies dafür, daß die Kündigung wegen der abgemahnten Pflichtverletzung erfolgt ist. Es ist dann Sache des Arbeitgebers darzulegen, daß ihn andere Gründe dazu bewogen haben, den Arbeitnehmer zu kündigen.

Einer Abmahnung ist zu entnehmen, daß der Arbeitgeber den abgemahnten Vorfall mit der Abmahnung als erledigt angesehen hat, wenn er sich wegen der abgemahnten Pflichtverletzung keine weiteren Maßnahmen vorbehalten hat.

## **XII. Inhaltskontrolle bei Verzicht auf Kündigungsschutzklage (BAG vom 06.09.2007, 2 AZR 722/06, NZA, 2008, 219)**

Ein Arbeitnehmer kann nach Ausspruch der Kündigung durch den Arbeitgeber auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichten. Die Vereinbarung

*„Kündigung akzeptiert und mit Unterschrift bestätigt, auf Klage gegen die Kündigung wird verzichtet“*,

stellt eine allgemeine Geschäftsbedingung i. S. d. § 305 I BGB dar, wenn sich ein vom Arbeitgeber zu widerlegender Anschein dafür ergibt, daß sie zur Mehrfachverwendung formuliert worden ist. Ausgehandelt i. S. d. § 305 I 3 BGB ist eine Vertragsbedingung nur, wenn der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt, mit der Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Der formularmäßige Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage hält nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 2002 und der dadurch erfolgten Einbeziehung des Arbeitsrechts in die AGB-Kontrolle einer Inhaltskontrolle nach § 307 I 1 BGB nicht stand.

*Ohne kompensatorische Gegenleistung des Arbeitgebers stellt ein solcher Klageverzicht eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar.*

Der Arbeitgeber hat, um das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vermeiden, vorzutragen und zu beweisen, daß er sich deutlich und ernsthaft zu gewünschten Änderungen der zutreffenden Vereinbarung bereit erklärt hat. Es genügt nicht, daß der Vertragsinhalt lediglich erläutert oder erörtert wird. Es genügt ferner nicht, daß dem Arbeitnehmer die Tragweite der Unterschrift deutlich vor Augen geführt wurde. Erforderlich ist vielmehr, daß er bestimmenden Einfluß auf die inhaltliche Gestaltung hatte. Auch das äußere Erscheinungsbild kann eine tatsächliche Vermutung dafür begründen, daß der Passus vorformuliert worden ist.

### **XIII. Außerordentliche Verdachtskündigung**

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann nicht nur eine vollendete Straftat, sondern bereits der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung eines Mitarbeiters darstellen. Der Arbeitgeber muß seinen Mitarbeiter vor dem Ausspruch der Kündigung allerdings zu den gegen ihn bestehenden Verdachtsmomenten anhören und ihm dabei über den gegen ihn erhobenen Vorwurf so unterrichten, daß der Arbeitnehmer dazu Stellung nehmen kann. Das BAG hatte über die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers zu entscheiden, die sich auf den Verdacht stützte, er habe an Fahrzeugen von Kolleginnen in elf Fällen die Reifen aufgeschlitzt, nachdem sich diese kritisch über seine Tätigkeit geäußert hatten. Auf die Strafanzeige einiger Mitarbeiterinnen hin installierte die Polizei eine Videoüberwachungsanlage. Die Mitarbeiterinnen nahmen an, den betroffenen Mitarbeiter in der Videoaufzeichnung erkannt zu haben.

Weiß der Mitarbeiter, hinsichtlich welcher Taten der Verdacht besteht, so ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, mit der Kündigung so lange zu warten, bis der Mitarbeiter die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft eingesehen hat. Im vorliegenden Fall wußte er durch einen zuvor ergangenen Durchsuchungsbefehl genau, was ihm konkret vorgeworfen wurde.

#### **XIV. Minijobs**

Arbeitgeber müssen für Aushilfskräfte mit mehreren Minijobs keine Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 09.04.2008, L 5 R 2125/07). Der Arbeitgeber einer Aushilfskraft, die neben dieser Beschäftigung weitere geringfügige Beschäftigungen ausübt und dabei mehr als insgesamt 400,00 € im Monat verdient, muß Sozialversicherungsbeiträge für diese Kraft nicht rückwirkend nachzahlen. Die Versicherungspflicht beginne erst mit der Bekanntgabe des sie feststellenden Bescheides.

#### **XV. Mehrarbeitsvergütung**

Vorformulierte Nebenabreden über den Ausschluß von Mehrarbeitsvergütungen unterliegen möglicherweise der Inhaltskontrolle nach den § 305 ff. BGB (offengelassen: BAG, Urteil vom 28.09.2005, AP § 307 BGB Nr. 7). Anders ist dies aber dann, soweit nur geringfügige Überschreitungen der regelmäßigen Arbeitszeit mit dem vereinbarten Gehalt abgegolten werden sollen, bis ca. 10 %.

#### **XVI. Telefon und Internet (außerordentliche Kündigung)**

- Unerlaubtes heimliches Führen von Privatgesprächen auf Kosten des Arbeitgebers (BAG vom 04.03.2004),
- exzessive Privatnutzung des Internets während der Arbeitszeit, auch wenn nicht ausdrücklich verboten (BAG vom 07.07.2005, 27.04.2006 und 31.05.2007)

können wichtige Gründe zur außerordentlichen Kündigung darstellen, siehe auch: Landesarbeitsgericht Hamm, 28.11.2008:

Deklariert der Arbeitnehmer Privatgespräche von seinem Diensttelefon fälschlicherweise als vom Arbeitgeber zu zahlende Dienstgespräche. So liegt darin eine erhebliche Vertragspflichtverletzung, die die Loyalität und Ehrlichkeit des Arbeitnehmers berührt.

Eine auf diese Vertragspflichtverletzung gestützte Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitgeber mit einer betrieblichen Regelung unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass Privatgespräche zu kennzeichnen und ihre Kosten vom Arbeitnehmer zu tragen sind.

Im Kündigungsschutzprozess eines Arbeitnehmers, der entgegen der vertraglichen Vereinbarung ein firmeneigenes Handy hauptsächlich für Privatgespräche genutzt und diese über die Firma abgerechnet hat, kann der Arbeitgeber die ausgewerteten Einzelverbindungsnachweise zur Darlegung des Kündigungsgrundes verwenden.

Der Umstand, dass der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat über die Nutzung der den Mitarbeitern zur Verfügung gestellten firmeneigenen Mobiltelefone keine Betriebsvereinbarung abgeschlossen hat, rechtfertigt es nicht, die aus den Einzelverbindungsnachweisen gewonnenen Erkenntnisse im Prozess nicht zu berücksichtigen.

## **XVII. Beleidigungen**

Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung bei grob beleidigendem Verhalten einer in der Nachtwache tätigen Altenpflegerin gegenüber ihr anvertrauten Menschen („Schwein“ usw.), LAG München, Urteil vom 08.08.2007, Az. 11 Sa 496/06. Das LAG München geht davon aus, daß zynische herabwürdigende Äußerungen von in der Altenpflege beschäftigten Personen gegenüber den ihnen anvertrauten hilfsbedürftigen Menschen unabhängig von den konkreten Umständen geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu begründen.

Entscheidend sei, daß nicht ausgeschlossen werde könne, daß die zu pflegenden Personen die menschenverachtenden Äußerungen wahrnehmen und daß zumindest weitere Mitarbeiterinnen anwesend gewesen sind. Die Klägerin habe mit ihren Äußerungen ihre Kolleginnen bei einer von persönlicher Zuwendung zu den betreuten Menschen getragenen Aufgabenerfüllung behindert und sich damit destruktiv verhalten. Im Hinblick auf die Schwere der arbeitsvertraglichen Pflichtenverstöße der Klägerin sowie ihre Häufung war eine Abmahnung entbehrlich. Sie konnte nicht damit rechnen, daß das beanstandete Verhalten von der Beklagten hingenommen würde.

Auch die als zweiten Schritt vorzunehmende Interessenabwägung innerhalb des § 626 I BGB führe nicht dazu, das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu verneinen. Bei der Interessenabwägung sind insbesondere die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreier Bestand, das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, das Maß der dem Arbeitgeber entstandenen Schädigung und die Frage in Betracht, ob dem Verhalten des Arbeitnehmers eine besondere Verwerflichkeit inne wohne (unter Bezugnahme auf BAG, Urteil vom 27.04.2006, NZA 2006, 1033). Auch wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Kündigung bereits 10 ½ Jahre weitgehend beanstandungsfrei bestanden habe, sei angesichts der Häufigkeit der Fälle und der Einlassung der Klägerin, einzelne Bewohner seien nicht beleidigungsfähig, eine Wiederholungsgefahr zu bejahen. Das Fehlverhalten der Klägerin sei auch so gravierend, daß der Beklagten eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar ist.

## **C. Sonstiges**

### **I. Arbeitnehmerhaftung**

Privilegierte Haftung des Arbeitnehmers bei betrieblicher Tätigkeit:

- betriebliche Tätigkeit (nicht: Fahrt zum Arbeitsplatz und nach Hause),
- Schadensteilung nach dem Grad des Verschuldens

⇒ Vorsatz: Arbeitnehmer trägt den Schaden stets allein

⇒ grobe Fahrlässigkeit: Arbeitnehmer trägt den Schaden i. d. R. allein

⇒ mittlere Fahrlässigkeit: Schaden ist quotal zu verteilen

⇒ leichte Fahrlässigkeit: Arbeitgeber trägt den Schaden in voller Höhe

Beispiele für grobe Fahrlässigkeit:

- Überholen eines Radfahrers, wenn der zur Verfügung stehende Gesamttraum der Fahrbahn 2,85 m beträgt, von denen allein der überholende Lkw 2,20 m einnimmt,

- Einschlafen am Steuer infolge Übermüdung, wenn die Müdigkeit nicht so schnell eintritt, daß Gegenmaßnahmen nicht mehr ergriffen werden können; das ist i. d. R. anzunehmen,
- Zurücksetzen eines (großen) Fahrzeugs, ohne Einsicht in den rückwärtigen Fahrbereich,
- Überfahren einer Ampel, die bereits seit knapp 6 Sekunden „Rot“ zeigt,
- Überholen zweier Fahrzeuge vor einer Rechtskurve bei Nebel mit Sichtweite von 20-30 m,
- Fahrt mit einem großen Lkw (Möbelwagen), obwohl der Fahrer zehn Jahre nicht mehr gefahren ist,
- Einfahren in einen Tunnel unter Überschreitung der zulässigen Durchfahrtshöhe, weil das einschlägige Verkehrsschild übersehen wurde,
- Überholen bei Unübersichtlichkeit der Überholstrecke,
- Fahren mit Blutalkohol von 1,4 Promille nach durchzechter Nacht,
- Unfallverursachung im Zustand „absoluter“ Fahruntüchtigkeit

## **II. Vergabe an freie Mitarbeiter**

Die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Aufgaben in Zukunft nicht mehr durch Arbeitnehmer, sondern durch freie Mitarbeiter durchführen zu lassen, kann als dringendes betriebliches Erfordernis eine Kündigung rechtfertigen. Der Arbeitgeber muß dann auch die nachteiligen rechtlichen Folgen – wie den Verzicht auf sein Direktionsrecht – in Kauf nehmen (BAG, 13.03.2008, 2 AZR 1037/06).

## **III. Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung**

Die Reduzierung der Vergütung stellt einen nachhaltigen Eingriff in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung dar.

Eine Änderung zur Entgeltabsenkung kann daher nur dann begründet sein, wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstünden, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebes führen. Regelmäßig bedarf es deshalb eines umfassenden Sanierungsplans, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft (BAG, 26.06.2008, 2 AZR 139/07).

Vom Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang zu verlangen, daß er die Finanzlage des Betriebes, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkung für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und ferner darlegt, warum andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen.

#### **IV. Abgeltung für bei Vertragsende wegen Krankheit nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub (EuGH, 20.01.2009, C 350/06 und C-520/06, NZA 2009, 135 ff.)**

Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin auszulegen, daß er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei Ablauf des Bezugszeitraums und/oder eines im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraums auch dann erlischt, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und seine Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses fortgedauert hat, weshalb er seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte.

Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin auszulegen, daß er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen für nichtgenommenen Jahresurlaub am Ende des Arbeitsverhältnisses keine finanzielle Vergütung gezahlt wird, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraum und/oder Übertragungszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und deshalb seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte. Für die Berechnung der entsprechenden finanziellen Vergütung ist das gewöhnliche Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers, das während der dem bezahlten Jahresurlaub entsprechenden Ruhezeit weiter zu zahlen ist, maßgebend.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist mittlerweile vom Bundesarbeitsgericht bestätigt:

Fall:

Eine Mitarbeiterin war von August 2005 bis Ende Januar 2007 als Erzieherin bei einem Verein beschäftigt. Sie erlitt im Juni 2006 einen Schlaganfall. Seit dem 2.6.2006 war sie arbeitsunfähig. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte - über das Ende ihres Arbeitsverhältnisses

hinaus - bis August 2007. Die Arbeitnehmerin verlangte vom Arbeitgeber die Abgeltung ihres Resturlaubs aus den Vorjahren. Der Arbeitgeber argumentierte, dieser sei verfallen und verwies auf die geltende Rechtsprechung des BAG.

**Das Urteil:**

Vor dem BAG bekam die Arbeitnehmerin Recht. Das BAG sagt, § 7 Absatz 3 und 4 BUrlG muss – im Einklang mit der entsprechenden EU-Richtlinie – anders ausgelegt werden. Das heißt: Ist der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt, verfällt dieser Urlaub nicht mehr. Er ist nach der Gesundung zu gewähren bzw. – wenn das Arbeitsverhältnis zwischenzeitlich beendet ist – abzugelten (BAG, 24.3.2009, 9 AZR 983/07)

Auf die alte Rechtsprechung wird sich der Arbeitgeber auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht berufen können, da das LAG Düsseldorf bereits im August 2006 um Vorabentscheidung durch den EuGH ersuchte. Seit dem musste der Arbeitgeber mit einer anderen Auslegung rechnen.

Zur Frage, ob der Urlaubsabgeltungsanspruch den Verjährungs- bzw. Ausschlussfristen unterworfen ist, haben sich weder EuGH noch BAG geäußert. Es gilt hier der Grundsatz, dass während der Erkrankung Verjährungs- und Ausschlussfristen einer Übertragung der Urlaubsansprüche nicht entgegengehalten werden dürfen, da derartige Ansprüche nicht fällig sind.

Die Entscheidung des BAG gilt nur für den gesetzlichen Urlaub. Tarif- oder arbeitsvertraglich gewährter Mehrurlaub verfällt auch bei Arbeitsunfähigkeit nach wie vor spätestens am 31.3. Dazu ist eine entsprechende Klausel in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, wonach die Abgeltung /Übertragung des übergesetzlichen Urlaubsanspruchs bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen ist.

Für Arbeitgeber bedeutet dies, in Zukunft vermehrt krankheitsbedingte Kündigungen aussprechen zu müssen. Nur so lässt sich das teure Auflaufen des abzugeltenden Mindesturlaubs vermeiden.

#### **V. Nochmal: Urlaubsabgeltung bei Krankheit (Arbeitsgericht Berlin, 22.04.2009)**

Der vierwöchige Mindesturlaubsanspruch verfällt nicht, wenn ein Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt ist.

Es steht in der Freiheit der Arbeits- oder Tarifvertragsparteien, den Verfall eines darüber hinausgehenden arbeits-, tarifvertrag- oder gesetzlichen zusätzlichen Erholungsurlaubs mit oder nach dem 31.03. des Folgejahres zu bestimmen, soweit nicht Sonderbestimmungen wie § 17 Abs. 2 BEEG gelten.

Ob eine arbeitsvertragliche Verfallklausel übergesetzliche Urlaubsansprüche auch im Fall durchgehender Arbeitsunfähigkeit erfassen soll, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Eine arbeitsvertraglich in Bezug genommene tarifvertragliche Urlaubsfristenregelung gilt im Fall durchgehender Arbeitsunfähigkeit nicht für den vierwöchigen Mindesturlaub. Darüber hinausgehende tarifliche Urlaubsansprüche verfallen im Regelfall wie bisher. Es bedarf keiner Anhaltspunkte für eine tarifvertragliche Differenzierung zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen Erholungsurlaubsansprüchen. Im Zweifel ist in einer tarifvertraglichen Verfallsregelung für Urlaubsansprüche eine Gleichbehandlung arbeitsfähiger und arbeitsunfähiger Arbeitnehmer gewollt, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

Dies gilt auch für den über § 3 Abs. 1 BUrlG (Gesetzlicher Mindesturlaub) hinausgehenden zusätzlichen Erholungsurlaub nach § 125 SGB IX.

#### **VI. Privatnutzung von Dienstwagen (Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, 27.07.2009)**

Das dem Arbeitnehmer eingeräumte Recht zur privaten Nutzung eines Dienstwagens ist Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts. Im Fall der Erkrankung des Arbeitnehmers endet das Recht zur Privatnutzung – vorbehaltlich einer abweichenden Parteivereinbarung – mit dem Ende des Entgeltfortzahlungszeitraums.

Es muss nicht ein entsprechender Widerrufsvorbehalt vereinbart werden. Geschuldet wird nämlich die Überlassung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung nur solange, wie der Arbeitgeber überhaupt Arbeitsentgelt schuldet, denn im BGB gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“.

Dieser Grundsatz wird zwar zugunsten des Arbeitnehmers zur Sicherung seiner Existenzgrundlage durchbrochen, so dass er in bestimmten Fällen (Urlaub und Krankheitsfall) trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung seinen Vergütungsanspruch behält. Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums greift wiederum der allgemeine Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. Der Privatnutzungsanspruch des Arbeitnehmers entfällt somit mit Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums. Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetz und es muss kein ausdrücklicher Widerrufsbehalt vereinbart werden.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Ansprechpartner: Wolfgang Matzke, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht

*© Goldenstein & Partner*  
*Meinekestr. 27, 10719 Berlin*  
*Tel.: 030/76 76 88 46*  
*Fax: 030/76 76 88 47*  
*E-Mail: [info@ra-goldenstein.de](mailto:info@ra-goldenstein.de)*