

Blick ins Arbeitsrecht Januar 2012

I.

Gesetzliche Änderungen

Das Thema „Mindestlohn“ hat nicht nur die politische Diskussion, sondern auch den Gesetzgeber beschäftigt.

Nach einer gesetzlichen Neuregelung kommen seit 01. Januar 2012 rund 900.000 Beschäftigte der Zeitarbeitsbranche in den Genuss eines Mindestlohns. Dieser beträgt in den neuen Bundesländern € 7,01 und in den alten Bundesländern € 7,89 brutto je Stunde. Zum 01. November 2012 sollen sich die Mindestlöhne auf € 7,50 bzw. € 8,19 erhöhen. Eine entsprechende Verordnung ist zunächst bis Oktober 2013 befristet.

Gleichzeitig wurden die Mindestlöhne für Gebäudereiniger und Dachdecker, die bereits bisher bestanden, verlängert.

Die Festlegung eines Mindestlohnes führt zu einer weiteren Einschränkung der Vertragsfreiheit im Bereich der Zeitarbeit. Bereits bisher gelten hier recht strenge Vorschriften, insbesondere was die gleiche Vergütung zwischen Stammbeschäftigten und Zeitarbeitnehmern in einem Betrieb betrifft (Equal-Pay).

Bislang haben Zeitarbeitsunternehmen noch eine Möglichkeit, diese Verpflichtung zur gleichen Vergütung von festangestellten Arbeitnehmern des Entleiherbetriebes und den dort eingesetzten Leiharbeitnehmern zu vermeiden. Zu diesem Zweck müssen sie gemäß § 9 Ziffer 2 AÜG (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) einen Tarifvertrag zur Anwendung bringen, in dem abweichende Regelungen enthalten sein können. Besonders große Unsicherheit besteht insoweit hinsichtlich Tarifverträgen, die christliche Gewerkschaften oder deren gemeinsame Verbände in der Vergangenheit mit Arbeitgeberverbänden geschlossen haben, da das BAG insoweit teilweise eine fehlende Tariffähigkeit bemängelt hat. Die Auswirkungen dieser Rechtsprechung gefährden zurzeit eine große Zahl von Zeitarbeitsunternehmen in ihrer Existenz und haben möglicherweise auch erhebliche finanzielle Folgen für deren Kunden, die

Entleiherbetriebe: Soweit der Verleiher – zum Beispiel nach einer Insolvenz – rückständige Löhne und Sozialversicherungsentgelte nicht mehr bezahlen kann, greift eine subsidiäre Haftung des Entleihers ein. Unternehmen, die in der Vergangenheit Arbeitnehmer entliehen haben, für die tarifvertragliche Regelungen mit christlichen Gewerkschaften bzw. deren Verbänden zugrunde lagen, sollten sich insoweit unbedingt arbeitsrechtlich beraten lassen. Das gleiche gilt natürlich in erster Linie auch für entsprechende Unternehmen der Zeitarbeitsbranche.

Der weitere Vorstoß in Richtung Mindestlohn für Zeitarbeiter offenbart die erheblichen Probleme in der Diskussion um Mindestlöhne insgesamt.

Besonders interessant ist im Rahmen der Mindestlohndiskussion derzeit eine Untersuchung des Statistischen Bundesamtes. Dort wird festgestellt, dass viele Tarifverträge in Deutschland nach wie vor Stundenlöhne festschreiben, die deutlich unter dem Niveau der bislang festgelegten Mindestlöhne liegen. So beginnt der Tarifverdienst in der untersten Gruppe im Konditoreihandwerk in Bayern beispielsweise bei € 5,26 je Stunde. Auch Tariflöhne für Fleischer in Sachsen, Gärtner in Brandenburg oder im Bereich des Hotel- und Gaststättengewerbes erhalten teilweise weniger als € 6,50 je Stunde.

Solche und vergleichbare Verdienste betreffen nicht nur ungelernte Kräfte, sondern auch ausgebildete Facharbeiter oder Handwerksgehilfen.

Solche Vergütungen bleiben damit nicht nur hinter den jetzt für die Zeitarbeiter festgelegten Werten, sondern erst recht hinter dem in der Politik und von Gewerkschaften genannten Betrag von € 8,50 je Stunde zurück.

Zwar ist festzustellen, dass die Zahl der tariflichen Vergütungsgruppen mit Stundenlöhnen unter € 8,50 gesunken ist, trotzdem offenbar die Tarifwirklichkeit die Schwächen der Mindestlohndiskussion: Wie soll ein Arbeitgeber, insbesondere in bestimmten Branchen und bestimmten Regionen, einen Mindestlohn zahlen, der oberhalb des Betrages liegt, den er von seinen Kunden für die Arbeitsleistung des Mitarbeiters erhält? Insbesondere ist es nicht mit der Diskussion über einen bestimmten pauschalen Stundensatz getan. Vielmehr muss berücksichtigt werden, dass Arbeitgeber auch noch Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung leisten, Entgeltfortzahlung im Krankheits- und im Urlaubsfall erbringen müssen und zwar selbst für Schlechtleistung gegenüber dem Kunden haften, ohne aber den Arbeitnehmer insoweit in die Verantwortung nehmen zu können. Die Mindestlohndiskussion verliert aber dort jeden Sinn, wo der Einsatz des Arbeitnehmers mit Mindestlohn für den Arbeitgeber völlig unwirtschaftlich wird. Gerade dies gefährdet dann auch die entsprechenden Arbeitsplätze im Niedriglohnbereich.

Hinzu kommt noch eine andere Überlegung, die gegen einheitliche Mindestlöhne spricht: Grundsätzlich sind die Tarifvertragspartner, das heißt Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften, für die Lohnfindung zuständig. Der Staat sollte hier möglichst gar nicht oder allenfalls dort eingreifen, wo die Tarifpartner keinen Tarifvertrag abgeschlossen haben. Eine Festsetzung eines Mindestlohnes in Bereichen, in denen ein Tarifvertrag besteht, würde sich als Eingriff in die Tarifautonomie darstellen und ist abzulehnen.

Dort, wo Tarifverträge bestehen, diese aber aufgrund eines geringen Organisationsgrades auf Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite keine flächendeckende Wirkung im Tarifgebiet entfalten können, besteht unter Beachtung der Tarifhoheit immer noch die Möglichkeit, diese Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären.

Tarifpolitisch kommen somit Mindestlöhne nur dort in Betracht, wo überhaupt keine (Entgelt-) Tarifverträge bestehen. Auch hier sollte sich aber der Staat mit einseitigen Festlegungen zurückhalten, auch um nicht eine Vielzahl von Arbeitsplätzen zu gefährden.

II.

Rechtsprechung

1. Fristlose Kündigung auch ohne Abmahnung bei Arbeitszeitbetrug

BAG, Urteil vom 09. Juni 2011, 2 AZR 381/10

Das Bundesarbeitsgericht hat mit seiner sogenannten „Emmely-Entscheidung“ die Arbeitswelt teilweise verunsichert. Von interessierten Kreisen war die Entscheidung zu einer Supermarktkassiererin, die Pfandbons unterschlagen und selbst eingelöst hatte, dahingehend ausgelegt worden, eine fristlose Kündigung sei immer nur dann möglich, wenn der Arbeitgeber zuvor eine Abmahnung ausgesprochen hätte. Darüber hinaus wurde teilweise noch gefolgert, dass zumindest bei nicht übermäßig hohem Schaden Arbeitnehmer auch bei Straftaten, die gegen den Arbeitgeber gerichtet sind, nicht gleich beim ersten „Erwischtwerden“ gekündigt werden könnten, sie sozusagen „einen Schuss frei hätten“.

Die „Emmely-Entscheidung“ war schon äußerst umstritten. Zwischenzeitlich lässt das BAG aber erkennen, dass jede Verallgemeinerung, insbesondere in dem oben genannten Sinn, völlig verfehlt ist. Es komme immer auf den Einzelfall und auf eine Interessenabwägung an. Die dabei zu beachtenden Grundregeln hat das BAG in der hier besprochenen Entscheidung wie folgt festgelegt:

Zum Sachverhalt:

Die Arbeitnehmerin war im Rahmen einer Gleitzeitregelung tätig. Die hierzu ergangene Dienstvereinbarung weist explizit darauf hin, dass Verstöße gegen die Zeiterfassungsregelungen, also beispielsweise ein Unterlassen der Zeiterfassung oder jede Manipulation, einen schwerwiegenden Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten darstelle und arbeitsrechtliche sowie disziplinarische Maßnahmen nach sich ziehen würde. Hiergegen hat die Arbeitnehmerin mehrfach verstoßen: Nachgewiesen werden konnte, dass sie an mindestens sieben Arbeitstagen im Jahr 2008 jeweils mindestens 13 Minuten, in einem Fall mehr als 20 Minuten Arbeitszeit selbst erfasst hatte, obgleich sie in dieser Zeit überhaupt nicht im Betrieb anwesend war. Der Arbeitgeber kündigte darauf das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Die Arbeitnehmerin berief sich im Prozess unter anderem auf eine Dienstzeit von ca. 17 Jahren sowie bestehende Unterhaltspflichten und vertrat die Auffassung, der Arbeitgeber hätte, da es sich um den ersten festgestellten Verstoß dieser Art handele, zunächst abmahnen müssen, jedenfalls wäre aber eine außerordentliche Kündigung nicht wirksam gewesen. In ihrem speziellen Fall war dies deshalb wichtig, da eine ordentliche Kündigung aufgrund bestehender Regelungen zu Dienstzeiten nicht mehr möglich war.

Das BAG hat aber letztlich dem Arbeitgeber Recht gegeben und dabei auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen:

(1) Soweit früher teilweise die Auffassung vertreten wurde, eine Abmahnung sei nur bei leistungsbezogenen Verstößen, nicht aber bei Verstößen im Vertrauensbereich erforderlich, gilt diese Regel jedenfalls nicht mehr (davon musste man auch aufgrund anderer Entscheidungen schon seit einigen Jahren ausgehen).

(2) Grundsätzlich ist bei Verstößen gegen arbeitsvertragliche Pflichten eine Abmahnung erforderlich.

(3) Eine Abmahnung ist jedoch nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit dann entbehrlich, wenn entweder eine Verhaltensänderung in Zukunft durch die Abmahnung nicht zu erwarten ist oder es sich um eine so schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, dass deren Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich, also auch aus Sicht des Arbeitnehmers, ausgeschlossen ist.

(4) Eine außerordentliche anstatt eine ordentliche Kündigung ist für den Arbeitgeber dann zulässig, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber mildere Reaktionsmöglichkeiten als die fristlose außerordentliche Kündigung nicht zumutbar sind.

(5) Für den Arbeitnehmer sprechende Aspekte, wie beispielsweise eine lange Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten oder auch sonstige soziale Aspekte stehen einer außerordentlichen fristlosen Kündigung dann nicht entgegen, wenn es sich um ein besonders schwerwiegendes vorsätzliches Fehlverhalten und nicht etwa nur um eine einmalige (entschuldbare?) Pflichtverletzung handelt.

Bei der Ausfüllung dieser allgemeinen Regelungen waren vorliegend für das BAG folgende Gesichtspunkte besonders wichtig:

Zum einen war die von der Arbeitnehmerin zu beachtende Regel eindeutig schriftlich festgelegt, es konnte hier keine Auslegungsprobleme geben und auch die Rechtsfolge (arbeitsrechtliche Konsequenzen) war klargestellt.

Darüber hinaus kommt es in erster Linie nicht auf die strafrechtliche Würdigung des Vorgangs an, sondern auf die Frage, wie schwer der Vertrauensbruch gegenüber dem Arbeitgeber wiegt, der sich aus der Tat ergibt.

Es ist zulässig, dass der Arbeitgeber den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit auf den Arbeitnehmer überträgt. Verstößt der Arbeitnehmer wissentlich und vorsätzlich gegen das insoweit in ihn gesetzte Vertrauen und macht er entsprechend falsche Angaben, stellt dies in der Regel einen besonders schweren Vertrauensmissbrauch dar.

Grundsätzlich muss der Arbeitgeber auch bei Vertrauensverstößen zunächst eine Abmahnung aussprechen. Diese Pflicht besteht aber dann nicht mit der Folge, dass sogleich gekündigt werden kann, wenn zum einen eine Verhaltensänderung in Zukunft, nach Erhalt der Abmahnung, nicht zu erwarten ist. Hier kann natürlich jeder Arbeitnehmer sagen, dass er selbstverständlich nach Erhalt einer Abmahnung ein strafbares Verhalten in Zukunft gegenüber dem Arbeitgeber ändern wird. Im vorliegenden Fall konnte sich die Arbeitnehmerin auch darauf berufen, dass bei Verstößen gegen die Gleitzeitvorschrift vom Arbeitgeber vorgesehen war, dass die Arbeitnehmerin dann aus der Gleitzeitregelung herausgenommen würde. Dies hätte die Gefahr von Manipulation zumindest verringert. Insoweit vertritt das BAG aber die Auffassung, dass nicht jede Schutzbehauptung in dieser Richtung akzeptiert wird: Wenn die Rechtswidrigkeit des Verhaltens von vorneherein klar ist und auch offensichtlich ist, dass der Arbeitgeber ein Fehlverhalten (wie beim Arbeitszeitbetrug) nicht akzeptieren wird, kann der Arbeitnehmer sich nicht einfach darauf berufen, er werde nach Erhalt einer Abmahnung sein Verhalten ändern.

Auch in einem zweiten Fall ist eine Abmahnung entbehrlich, und zwar dann, wenn es sich um eine so schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, dass deren Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist und der Arbeitnehmer dies auch erkennt. Hier hat das Gericht im vorliegenden Fall in jeder Form auf die vom Arbeitgeber schriftlich getroffene klare Regelung und darauf abgestellt, dass die Arbeitnehmerin an mehreren Tagen systematisch hintereinander vorsätzlich falsche Angaben zur Arbeitszeit gemacht hat. Dieses auf Heimlichkeit angelegte, vorsätzliche und systematische Fehlverhalten wiege besonders schwer. Eine Hinnahme durch den Arbeitgeber war unabhängig von einer eventuell bestehenden Wiederholungsgefahr (!) ausgeschlossen und dies war für die Arbeitnehmerin auch erkennbar.

Tipps für die Praxis:

- Zunächst muss der Arbeitgeber alle Regelungen, die für ihn wichtig sind, klar, eindeutig und möglichst schriftlich fassen und – durch Quittungsunterschrift des Arbeitnehmers – auch nachweisen, dass der Arbeitnehmer Kenntnis von diesen Regelungen hatte.
- Gleichzeitig, bei Festlegung der Regeln, sollte der Arbeitgeber auch darauf hinweisen, welche Folgen ein Regelverstoß hat, insbesondere sollte sich ein Hinweis finden, dass ein Verstoß auch eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung zur Folge haben kann.
- Der Arbeitgeber sollte nicht bei einem festgestellten, einmaligen Verstoß sofort eine fristlose außerordentliche oder ordentliche Kündigung aussprechen, sondern durch geeignete und datenschutzrechtlich zulässige Maßnahmen zunächst prüfen, ob wirklich nur ein einmaliges Fehlverhalten vorliegt oder ob der Arbeitnehmer systematisch gegen die Pflichten verstößt. Letzteres ist für die Frage besonders wichtig, ob eine Abmahnung bzw. eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden darf.
- Auch im sogenannten Vertrauensbereich – und nicht nur im Leistungsbereich – muss immer geprüft werden, ob nicht auch eine Abmahnung als Ahndung von Vertragsverstößen ausreichend ist.
- Vor Ausspruch einer Kündigung – und insbesondere auch im Rahmen einer eventuellen notwendigen Betriebsratsanhörung – muss der Arbeitgeber alle für und gegen eine Kündigung sprechenden Aspekte einschließlich sozialer Überlegungen zugunsten des Arbeitnehmers gegeneinander abwägen. Je schwerer, nachhaltiger und auf Heimlichkeit angelegter die Vorwürfe gegenüber dem Arbeitnehmer sind, desto eher lässt sich eine außerordentliche Kündigung

auch ohne vorangegangene Abmahnung begründen, vorausgesetzt, der Arbeitnehmer konnte dies alles auch erkennen.

Für die Praxis besonders bedeutsam ist die Erkenntnis aus dem hier besprochenen Urteil, dass auch eine langjährige, möglicherweise unbeanstandete Beschäftigungszeit kein „positives Vertrauenskapital“ schaffen kann, das auch bei einem schwerwiegenden, erstmaligen Fehlverhalten eine Abmahnung zwingend erforderlich mache. Das BAG hat vielmehr klargestellt, dass ein besonders schwerwiegendes, planmäßiges und wiederholtes loyales Fehlverhalten das für die Weiterführung eines jeden Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen auch bei besonders langen Betriebszugehörigkeiten zerstören kann.

2. Kein wiederholter Anspruch auf Pflegezeit

BAG, Urteil vom 15. November 2011, 9 AZR 348/10

Bei der Auslegung des Pflegezeitgesetzes gab es in der Vergangenheit teilweise unterschiedliche Auffassungen darüber, ob Arbeitnehmer Pflegezeit mehrfach hintereinander in Anspruch nehmen können, insbesondere wenn sie die gesetzlich vorgeschriebene Höchstdauer der Pflegezeit beim erstmaligen Antrag noch nicht ausgeschöpft haben. Das BAG hat nunmehr entschieden, dass für die Pflege eines nahen Angehörigen die Pflegezeit nur einmalig beantragt werden kann. Mit dieser erstmaligen Erklärung zur Notwendigkeit einer Pflegezeit gegenüber dem Arbeitnehmer ist, so das BAG, ein weitergehender Anspruch auch dann erloschen, wenn die insoweit in Anspruch genommene Pflegezeit die gesetzlich festgelegte Höchstdauer von sechs Monaten nicht erreicht.

Offen bleibt damit nur die Frage, ob der Arbeitnehmer dann, wenn er dies in seinem (erstmaligen) Antrag von vorneherein deutlich zum Ausdruck bringt, die Pflegezeit zeitlich aufteilen kann. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er erklärt, dass ein Angehöriger zwar grundsätzlich von einer professionellen Pflegekraft gepflegt werde, diese aber zu bestimmten Zeiten Urlaub mache, eine Kur in Anspruch nehme oder ähnliches, das heißt für bestimmte Zeiten ausfalle, und er von vorneherein innerhalb der Sechsmonatsfrist gestückelte Pflegezeiten beantragt. Insoweit besteht also nach wie vor Unsicherheit. Soweit möglich sollten die Arbeitsvertragsparteien versuchen, eine einvernehmliche Regelung zu finden.

3. Pauschalabgeltung von Überstunden

BAG, Urteil vom 17. August 2011, 5 AZR 406/10

Mit der vorliegenden Entscheidung hat das BAG zum einen die Rechtslage zu einer häufig verwendeten Klausel in Arbeitsverträgen – zu Lasten des Arbeitgebers – klargestellt, zum anderen aber auch

entschieden, dass nicht jede Überstunde in jedem Arbeitsverhältnis automatisch zu einem Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung führt.

Der hier entschiedene Fall war recht speziell: Der klagende Arbeitnehmer war mehrere Jahre als Rechtsanwalt in einer größeren Anwaltssozietät beschäftigt. Im Arbeitsvertrag war vereinbart, dass „durch die zu zahlende Bruttovergütung eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten ist“. Ähnliche Klauseln finden sich in vielen Arbeitsverträgen auch außerhalb von Anwaltskanzleien.

Der angestellte Anwalt trug vor, er sei aufgefordert worden, deutlich mehr als die ebenfalls im Arbeitsvertrag vereinbarten 40 Wochenstunden zu arbeiten, zumindest hätte der Arbeitgeber solche Überstunden dulgend entgegengenommen. Er habe insoweit auch eine erhebliche Zahl von Überstunden geleistet, und zwar allein in der Hoffnung darauf, Partner der Anwaltskanzlei zu werden. Als sich diese Erwartung dann nicht erfüllte, machte er Überstundenvergütungen in Höhe von fast € 40.000,00 geltend.

Nachdem das Arbeitsgericht die Klage insgesamt abgewiesen hatte, das LAG dagegen dem Kläger ca. 75 % seines Anspruchs zugesprochen hatte, hat das BAG die Klage nun insgesamt endgültig abgewiesen.

Wichtig auch für die allgemeine Praxis bei Überstunden sind zwei große Linien, die das BAG vorgezeichnet hat: Zum einen darf eine Überstundenvergütung im Rahmen des Arbeitsvertrages nicht generell und grenzenlos ausgeschlossen werden, zum anderen darf ein Arbeitnehmer nicht für jede Mehrarbeit auch eine Überstundenvergütung erwarten. Im Einzelnen:

1. Kein pauschaler Ausschluss von Überstundenvergütungen im Arbeitsvertrag

Mit der oben geschilderten Klausel in Arbeitsverträgen versuchen Arbeitgeber oft, jeglichen Anspruch auf Überstundenvergütung auszuschließen. Hier hat das BAG nunmehr das bestätigt, was vorsichtige Anwälte ihren Arbeitgebermandanten bereits bisher prophezeit hatten: Die Vereinbarung einer Pauschalabgeltung von Überstunden mit dem regulären Gehalt oder vergleichbare Regelungen sind unwirksam, da sie gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB als sogenannte Allgemeine Geschäftsbedingungen verstoßen. Hintergrund: Der Arbeitnehmer muss bei Vertragsabschluss erkennen können, welche Vergütung er für seine Leistung erhält. Dies ist dann der Fall, wenn er zum einen erkennen kann, welche Vergütung ihm am Monatsende zusteht und er auch weiß, wie viel Arbeitszeit er hierfür erbringen muss. Wird zwar das Gehalt im Arbeitsvertrag festgelegt, ist aber die dafür zu erbringende Arbeitszeit völlig offen, da er jegliche vom Arbeitgeber angeordnete Überstunden ohne Zusatzvergütung erbringen muss, verstößt dies gegen das Transparenzgebot, was die Klausel

endgültig und unwiderruflich unwirksam macht. Der Arbeitgeber kann sich dann auch nicht für einen Teil der zu leistenden Überstunden auf die Abgeltungsklausel berufen und muss gegebenenfalls bereits die erste Überstunde vergüten.

Ein Arbeitgeber kann sich bei einer solchen pauschalen Abgeltungsklausel auch nicht darauf berufen, die zu leistenden Überstunden würden sich auf die gesetzlich zulässige Arbeitszeit nach dem Arbeitszeitgesetz beschränken. Auch hier geht das BAG von einer intransparenten Lösung aus, da etwas, was klar formuliert werden kann, auch klar formuliert werden muss, um wirksam zu sein.

Praxistipp:

Pauschale Abgeltungsklauseln in Arbeitsverträgen sollten keinesfalls mehr weiterverwendet werden. Wenn mit der regulären Vergütung Überstunden abgegolten werden sollen, was nach wie vor möglich ist, muss aber im Arbeitsvertrag eine Höchstgrenze festgelegt werden, so dass der Arbeitnehmer sich ausrechnen kann, was bei maximaler Ausnutzung der vereinbarten abgegoltenen Überstunden sein Mindeststundenverdienst wäre.

Beispiel:

„Mit dem vereinbarten Gehalt sind monatlich bis zu 15 Überstunden abgegolten. Darüber hinausgehende Überstunden werden durch Freizeitgewährung innerhalb von sechs Monaten ausgeglichen. Ist ein solcher Ausgleich nicht möglich, werden sie mit einem Stundensatz von X € mit der Monatsabrechnung für den siebten nach Leistung der Überstunden anfallenden Monat abgegolten.“

Soweit Arbeitgeber die Auffassung vertreten, im Arbeitsvertrag müsse die Zahl der zu leistenden Arbeitsstunden überhaupt nicht angegeben werden, was dazu führe, dass die nach dem Arbeitszeitgesetz zulässigen Höchstarbeitszeiten vereinbart seien, trifft dies nicht zu. Arbeitnehmer haben nach dem Nachweisgesetz einen Anspruch darauf, dass die vereinbarte Arbeitszeit entweder einseitig vom Arbeitgeber bestätigt oder im Arbeitsvertrag festgelegt wird.

2. Ergänzende Auslegung des Arbeitsvertrages

Mit der Unwirksamkeit einer Pauschalabgeltungsklausel im Arbeitsvertrag steht aber noch nicht fest, ob und gegebenenfalls für welche Überstunden der Arbeitnehmer einen Vergütungsanspruch hat. Wenn, wie in solchen Fällen regelmäßig, der Vertrag keine Regelung zur Vergütung von Überstunden enthält, kann sich ein Anspruch auf Bezahlung der Überstunden nur aus den gesetzlichen Regelungen ergeben. Hier sind die §§ 612 Abs. 1 und 612a BGB heranzuziehen, die folgenden Wortlaut haben:

§ 612 Abs. 1: *„Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.“*

§ 612a: *„Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.“*

Zu fragen ist also zunächst, ob die Leistung von Überstunden den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war oder ob sich aus den Umständen ergibt, dass eine Vergütung für Überstunden gerade nicht erwartet worden ist. Dabei kommt es weniger auf subjektive Aspekte, als auf die sogenannte „objektive Vergütungserwartung“ an.

Bei „normalen“ Verhältnissen sei eine solche Erwartung üblicherweise vorauszusetzen, jedoch gebe es, so das BAG, keinen generellen Anhaltspunkt dafür, dass jede Mehrarbeit zu vergüten sei. Hier stellt das BAG insbesondere auf sogenannte Dienste höherer Art ab. Anhand eines objektiven Maßstabes ermittelt das BAG unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zueinander, ob eine Vergütung zu erwarten ist.

Insoweit bestätigt das BAG auch die bisherige Rechtsprechung, wonach insbesondere bei echten (!) leitenden Angestellten, zum Beispiel bei Chefarzten, Mehrarbeit grundsätzlich mit der regulären Vergütung abgegolten sei. Umgekehrt ist bei einem Arbeiter davon auszugehen, dass Mehrarbeit nur gegen Freizeitgewährung oder Vergütung objektiv erwartet werden könne. Die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen einer objektiven Vergütungserwartung gemäß § 612 Abs. 1 BGB trägt der Arbeitnehmer.

Im vorliegenden Fall hatte der Rechtsanwalt durch sein Verhalten, insbesondere durch die langfristige Nichtgeltendmachung einer Überstundenabgeltung oder Überstundenvergütung gezeigt, dass er ursprünglich keine Vergütungserwartung für die Überstunden hatte. Die Tatsache, dass die fehlende Vergütungserwartung dadurch motiviert war, dass er gerne Partner werden wollte, sei nicht relevant. Insoweit habe er auf eigenes Risiko gehandelt. Er habe insbesondere nicht vorgetragen, dass die von ihm erstrebte Aufnahme in die Partnerschaft von der Leistung von Überstunden abhängen bzw. umgekehrt die Nichtleistung von Überstunden die Aufnahme in die Partnerschaft gefährden würde.

Praxistipp:

In Zukunft müssen, wie oben bereits erläutert, bei nicht leitenden Angestellten Grenzen für die Zahl derjenigen Überstunden vorgesehen werden, die mit dem regulären Gehalt abgegolten sind. Um dem Arbeitgeber hier eine flexible Regelungsmöglichkeit einzuräumen, ist es denkbar, die Zahl der Über-

stunden nicht je Tag oder Woche, sondern für längere Zeiträume festzulegen, so dass Arbeitszeitspitzen durch Freistellungen zu anderen Zeiten ausgeglichen werden können, ohne dass Überstunden im Rechtssinne entstehen.

Die Frage, ab welcher Position oder Ausbildung Überstunden pauschal abgegolten werden dürfen, lässt sich nicht einfach beantworten. So kann generell nicht darauf abgestellt werden, dass beispielsweise bei Akademikern eine pauschale Abgeltung zulässig sei. Es kommt immer auf die konkrete Beschäftigung an. Der Akademiker, der im Angestelltenverhältnis Taxi fährt, ist sicherlich anders zu beurteilen als der Chefarzt.

- Wenn insoweit eine Pauschalabgeltung von Überstunden bei leitenden Angestellten beabsichtigt ist, sollte vorzugsweise eine Erhöhung der regulären Arbeitszeit und deren Nennung im Arbeitsvertrag überlegt werden. Besser als die Vereinbarung einer 40-Stunden-Woche mit einer Pauschalabgeltung für Überstunden ist es, mit Blick auf die Tätigkeit als leitender Angestellter, die damit verbundene Verantwortung und auch die überdurchschnittliche Vergütung einer Wochenarbeitszeit von regelmäßig 48 Wochenstunden (6 x 8 Stunden) zu vereinbaren. Dies ist die gesetzliche regelmäßige Höchstarbeitszeit, die aber auf bis zu 60 Wochenstunden (6 x 10 Stunden) erhöht werden kann, wenn es entsprechende Ausgleichszeiträume nach dem Arbeitszeitgesetz gibt.

4. Sozialauswahl und Altersdiskriminierung

BAG, Urteil vom 15. Dezember 2011, 2 AZR 42/10

Im Fall von betriebsbedingten Kündigungen muss der Arbeitgeber eine Sozialauswahl treffen (§ 1 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz). Die Kriterien, anhand derer die Sozialauswahl zu treffen ist, sind im Gesetz vorgesehen: Es sind dies die Kriterien Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung.

Vorliegend hatte das BAG zu überprüfen, ob das hier vorgesehene Merkmal „Lebensalter“ gegen die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien und das daraus entwickelte deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstößt:

Die Regelung zur Sozialauswahl soll ältere Arbeitnehmer stärker vor Kündigungen schützen als jüngere Arbeitnehmer. Demgegenüber verbietet das AGG jegliche Benachteiligung von Arbeitnehmern aufgrund des Lebensalters. Verboten ist damit nicht nur eine Benachteiligung älterer Arbeitnehmer gegenüber jüngeren, sondern auch umgekehrt werden jüngere Arbeitnehmer vor einer Benachteiligung gegenüber älteren Arbeitnehmern geschützt.

Im vorliegenden Fall hatte ein Arbeitgeber im Rahmen der Sozialauswahl sogenannte Altersgruppen gebildet. Bei solchen Altersgruppen werden nicht alle im Rahmen der betrieblichen Maßnahme betroffenen und vergleichbaren Arbeitnehmer als einheitliche Gruppe der Sozialauswahl unterworfen. Vielmehr werden Untergruppen gebildet, beispielsweise derjenigen Arbeitnehmer, die zwischen 21 und 30 Jahre alt sind, eine weitere Gruppe mit denjenigen, die zwischen 31 und 40 Jahre alt sind, bis 50 Jahre etc. Der Arbeitgeber hatte dann die Zahl der abzubauenen Arbeitsplätze gleichmäßig auf die insoweit gebildeten Gruppen verteilt. Damit sollte verhindert werden, dass über das Erfordernis der altersbezogenen Sozialauswahl insbesondere jüngere Mitarbeiter von der Kündigung betroffen werden und sich damit der Altersdurchschnitt der Beschäftigten erheblich erhöht.

Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ist der Arbeitgeber berechtigt, im Rahmen der Sozialauswahl Maßnahmen zu treffen, die der Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes dienen, wozu auch eine ausgewogene Altersstruktur gezählt wird.

Das BAG hat daher die Klage einer Arbeitnehmerin abgewiesen, die die Bildung und den Zuschnitt der oben genannten Altersgruppen gerügt hatte.

Grundsätzlich hat das BAG festgestellt, dass zwar die gesetzliche Regelung zur Sozialauswahl zu einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters führe. Diese sei aber durch rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt gerechtfertigt. Für diese Bereiche lässt auch die EU-Richtlinie (2000/78/EG vom 27. November 2000, vgl. dort Artikel 6 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Buchst. a) Ausnahmen vom Verbot der Altersdiskriminierung zu.

Die Berücksichtigung des Kriteriums „Alter“ rechtfertigt sich aus den regelmäßig sinkenden Chancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt. Gerade durch die Bildung von Altersgruppen habe der Arbeitgeber aber eine einseitige Verteilung der auszusprechenden Kündigungen auf jüngere Arbeitnehmer und damit deren Benachteiligung vermieden. Das Ziel, ältere Arbeitnehmer zu schützen, und das gleichzeitige Ziel, die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer sicherzustellen, werde durch die Bildung von Altersgruppen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht, was zugleich der sozialpolitisch erwünschten Generationengerechtigkeit, der Vielfalt, dem Bereich der Beschäftigten und auch dem grundlegenden Ziel des AGG diene.

Praxistipp:

Nachdem früher einmal in einer recht abwegigen instanzgerichtlichen Entscheidung die Bildung von Altersgruppen abgelehnt worden ist, dürfte gerade mit Blick auf das AGG und die eigentlich verbotene Altersdiskriminierung die Bildung von Altersgruppen fast notwendig werden, um eine europarechts-

konforme Auslegung des Kündigungsschutzgesetzes bei betriebsbedingten Kündigungen mit Sozialauswahl zu ermöglichen.

Zwar muss bei betriebsbedingten Kündigungen immer eine individuelle Betrachtung der konkreten Situation erfolgen. Sofern möglich sollte der Arbeitgeber eine Altersgruppenbildung aber möglichst als Regel und nicht nur als Ausnahme vorsehen, um Einwänden, die Sozialauswahl widerspreche dem AGG, zu begegnen.

5. Zugang einer Kündigung, insbesondere bei minderjährigen Auszubildenden / Arbeitnehmern

BAG, Urteil vom 08. Dezember 2011, 6 AZR 354/10

In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte steht die Beurteilung von Kündigungsgründen oft an erster Stelle des Interesses. In der Praxis ergibt sich aber teilweise ein anderes Bild: Mindestens genauso häufig, wie eine Kündigung an fehlenden Kündigungsgründen scheitert, ergeben sich Probleme mit dem (rechtzeitigen!) Zugang von Kündigungen. Im vorliegenden Fall kamen gleich mehrere Zugangsprobleme zusammen:

Der Ausbildungsvertrag mit einem minderjährigen Azubi enthielt eine dreimonatige Probezeit, die am 31. Oktober ablief. An diesem letzten Tag der Probezeit hatte der Arbeitgeber durch das Schreiben eines leitenden Mitarbeiters gekündigt. Die Kündigung war adressiert an den Auszubildenden, vertreten durch die Eltern, und wurde durch Boten noch am gleichen Tag in den Hausbriefkasten der Eltern eingeworfen. Diese waren aber am fraglichen Tag verreist. Am 02. November fand der Auszubildende das Kündigungsschreiben und verständigte seine Mutter telefonisch von der Kündigung, die diese erst bei ihrer Rückkehr am 03. oder 04. November tatsächlich lesen konnte. Mit einem Schreiben, das beim Ausbildungsbetrieb erst am 13. November einging, hatte der Auszubildende dann die Kündigung gemäß § 174 Satz 1 BGB zurückgewiesen, weil der Kündigung keine Original-Vollmachtsurkunde für den leitenden Angestellten beigelegt war, der die Kündigung unterschrieben hatte.

Der Auszubildende vertrat die Auffassung, die Kündigung sei innerhalb der Probezeit nicht wirksam zugegangen, weshalb das Ausbildungsverhältnis nun ungekündigt weiterbestehe (und nach Ablauf der Probezeit nicht mehr wirksam ordentlich gekündigt werden könne).

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben unterschiedliche Entscheidungen getroffen.

Das BAG hat die hier aufgeworfenen Zustellungsfragen grundsätzlich geprüft und folgendes entschieden:

- „Zunächst ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Kündigung rechtzeitig – in diesem Fall innerhalb der Probezeit bis spätestens 31. Oktober – zuzustellen.
- Ist eine Kündigung gegenüber einem Minderjährigen (Auszubildenden oder Arbeitnehmer) auszusprechen, wird diese gemäß § 131 Abs. 2 BGB erst dann wirksam, wenn sie seinem gesetzlichen Vertreter zugeht.
- Ist eine Kündigung vom Arbeitgeber/Ausbilder mit dem erkennbaren Willen abgegeben worden, dass sie den gesetzlichen Vertreter erreicht, und gelangt sie tatsächlich rechtzeitig in dessen „Herrschaftsbereich“, ist der Zugang bewirkt. Dazu reicht es aus, dass das Kündigungsschreiben in den Hausbriefkasten eingeworfen wird. Eine vorübergehende Abwesenheit des Empfängers, beispielsweise durch Urlaub, schadet insoweit nicht. Wichtig ist allerdings, dass ein Einwurf einer Kündigung am letzten Tag der Frist dann für den Kündigenden riskant ist, wenn der Einwurf zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem der Briefkasten üblicherweise bereits geleert worden ist, weil die reguläre Briefpost früher zugestellt worden ist. So reicht es in der Regel beispielsweise nicht aus, wenn das Kündigungsschreiben kurz vor Mitternacht des letzten Fristtages einfach in den Briefkasten eingeworfen wird. Hier ist dann nicht mehr damit zu rechnen, dass der Empfänger – kurz vor Mitternacht – nochmals nachschaut, ob er einen Brief erhalten hat. In einem solchen Fall ist es wichtig, den Brief möglichst persönlich zu übergeben oder durch Klingeln bzw. telefonisch den Empfänger auf den Briefeinwurf hinzuweisen.
- Bei der Frage, wer zum Ausspruch einer Kündigung berechtigt ist, ist zu differenzieren: Grundsätzlich berechtigt sind Geschäftsführer, Inhaber und Prokuristen. Darüber hinaus sollte der Arbeitgeber aber im Zweifelsfall jedem Kündigungsschreiben eine Originalvollmacht für diejenige Person beifügen, die die Kündigung unterzeichnet. Der Arbeitgeber ist dafür beweispflichtig, dass nicht nur die Kündigung, sondern auch die Originalvollmacht (keine Kopie! kein Fax!) rechtzeitig vor Fristablauf den Empfänger erreicht. Im Zweifelsfall sollte zur Vermeidung von späteren Problemen auch bei Personalleitern, Betriebsleitern o. ä. eine Originalvollmacht beigefügt werden, auch wenn diese möglicherweise den Ausbildungs-/Arbeitsvertrag unterzeichnet haben.
- Ist die Kündigung von einer Person unterzeichnet worden, die weder Geschäftsführer, Inhaber noch Prokurist ist, und war auch keine Originalvollmacht für den Unterzeichner beigefügt, kann die Kündigung (§ 174 BGB) unwirksam werden, wenn der Empfänger die Kündigung

aufgrund des fehlenden Vollmachtsnachweises unverzüglich zurückweist. Entscheidende Bedeutung hat hier das Wort „unverzüglich“. Unverzüglich bedeutet im Rechtssinne „ohne schuldhaftes Zögern“. Dies hat das BAG vorliegend nochmals dahingehend konkretisiert, dass die Zurückweisung einer Kündigungserklärung nach einer Zeitspanne von mehr als einer Woche ohne das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalles nicht mehr unverzüglich im Sinne des § 174 Satz 1 BGB sei.

Nachdem ein zuständiger Elternteil des Auszubildenden im vorliegenden Fall am 03. oder 04. November Kenntnis von dem Kündigungsschreiben erhalten hatte, hätte die Zurückweisung wegen fehlenden Vollmachtsnachweises spätestens am 11. November den Arbeitgeber erreichen müssen. Das diesbezügliche Schreiben ging aber erst am 13. November ein und es konnten keine besonderen Umstände nachgewiesen werden, die zu einer Verlängerung der Frist geführt hatten.

Damit war die Zurückweisung nicht rechtzeitig mit der Folge, dass die sie ohne Wirkung blieb und die Kündigung letztlich wirksam geworden ist.

Praxistipp:

Auf solch gefährliche Spiele und auf Zufälle, ob der Empfänger rechtzeitig die Kündigung zurückweist, sollte sich der Arbeitgeber nicht verlassen: Sicherheitshalber gilt in jedem Zweifelsfall: Einer Kündigung muss eine Vollmacht beigelegt werden. Dies übrigens auch in den Fällen, in denen ein Geschäftsführer, Vorstand oder Prokurist kündigt, wenn insoweit nur eine Gesamtvertretungsmacht und keine Alleinvertretungsmacht besteht.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de