

Aktuelles Arbeitsrecht von A - Z

A

Abmahnung

BAG, Urteil vom 9.6.2011

Das BAG hebt erneut das Abmahnerfordernis bei verhaltensbedingten Kündigungen hervor. Ausnahme:

„Eine Abmahnung ist dazu nur dann nicht geeignet, wenn entweder schon ex ante erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer sein Verhalten auch zukünftig nicht ändern wird, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar ist“.

Ä

Änderungskündigung

BAG, Urteil 19.7.2012

1. **Streitgegenstand** der Änderungsschutzklage gem. § 4 Satz 2 KSchG ist nicht die Wirksamkeit der Kündigung, sondern **der Inhalt** der für das Arbeitsverhältnis geltenden **Vertragsbedingungen**.

2. Vom Arbeitgeber erstrebte Änderungen, die sich schon durch die Ausübung des Weisungsrechts gem. § 106 Satz 1 GewO durchsetzen lassen, halten sich im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen und stellen keine **"Änderung der Arbeitsbedingungen"** i.S.v. §§ 2 Satz 1, 4 Satz 2 KSchG dar. Eine Änderungskündigung ist in einem solchen Fall "überflüssig" und eine Änderungsschutzklage unbegründet, weil der bestehende Vertragsinhalt nicht geändert wird.

A

Alter

AGG

BAG, Urt. v. 23. 8. 2012 – 8 AZR 285/11
Sachverhalt

Dem Fall lag folgende Stellenanzeige zugrunde:

„Die Firma M ... Für unsere aktuelle Projekte suchen wir zur Unterstützung zwei freiberufliche Mitarbeiter (bei Eignung auch Festanstellung möglich) zwischen 25 und 35 Jahren“.

Der Bewerber wurde nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Er möchte 27.000 € Entschädigung.

Besonderheit: Es wurde niemand auf diese Stelle eingestellt.

Bewerber

*„Als Bewerber ist der Kl. nach § 6 Absatz I 2 und § 6 Absatz III AGG „Beschäftigter“ und fällt in den persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Unerheblich ist, dass sich die Ausschreibung vorrangig auf eine „freiberufliche Mitarbeit“ bezog und ein Arbeitsverhältnis nur für den Fall der Eignung in Aussicht gestellt wurde. § 6 Absatz I 1 Nr. 3 AGG bezieht in die durch das AGG geschützten Beschäftigungsverhältnisse nämlich **auch arbeitnehmerähnliche Personen** ein. Außerdem erstreckt § 6 Absatz III AGG die Anwendbarkeit der § 7-AGG § 18 AGG auch auf Selbstständige, soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft“.*

Das BAG:

„Wird ein Stellenbewerber im Gegensatz zu einem anderen Bewerber nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, so kann bereits die Nichteinladung eine unzulässige Benachteiligung i. S. des § 7 AGG darstellen, wenn die Einladung (auch) wegen eines beim Bewerber vorliegenden Merkmals i. S. des § 1 AGG unterblieben ist. Dabei ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber letztlich überhaupt einen Bewerber einstellt“.

Denn:

Chance

„Nach ständiger Rechtsprechung des BAG liegt ein Nachteil im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei einer Einstellung oder Beförderung, bereits dann vor, wenn der Beschäftigte nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab ausgeschieden wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung einer Chance. Wie sich aus § 15 Absatz II AGG ergibt, ist auch dann, wenn der Bewerber selbst bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, ein Entschädigungsanspruch nicht ausgeschlossen, sondern nur der Höhe nach begrenzt. Selbst eine später vorgenommene Einstellung oder tatsächliche Beschäftigung eines zuvor benachteiligten Bewerbers beseitigt dessen ungünstigere Behandlung nicht“

Sozialauswahl

BAG, Urteil 15.12.2011

Die gesetzliche Vorgabe in § 1 III 1 KSchG, das Lebensalter als eines von mehreren Kriterien bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen, und die durch § 1 III 2 KSchG eröffnete Möglichkeit, die Auswahl zum Zweck der Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur innerhalb von Altersgruppen vorzunehmen, verstoßen nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und dessen Ausgestaltung durch die Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000.

*Der Arbeitgeber, der sich auf § 1 III 2 KSchG berufen will, muss zu diesen Auswirkungen der Kündigungen und möglichen Nachteilen konkret vortragen. **Jedenfalls wenn die Anzahl der Entlassungen innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer im Verhältnis zur Anzahl aller Arbeitnehmer des Betriebs die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht, kommen ihm dabei Erleichterungen zugute; bei einer solchen Sachlage ist ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der Altersstruktur - widerlegbar - indiziert.***

A

Anfechtung

Anfechtung Prozessvergleich

„Passen Sie auf, was Sie sagen; es wird sonst alles gegen Sie verwendet“.

„Wer bis zuletzt hofft, stirbt mit einem Lächeln“

„Sie spielen hier Vabanque“

„Hören Sie mir auf mit Mobbing, davon will ich nichts hören, da kommt nichts bei raus!“.

„Seien sie vernünftig. Sonst müssen wir Sie zum Vergleich prügeln“,

„Ich reiße Ihnen sonst den Kopf ab“ „Sie werden sonst an die Wand gestellt und erschossen“ sowie – nach einem „Blick in die Runde“ –: „Manche muss man eben zu ihrem Glück zwingen“.

Danach habe der Kläger endgültig den Eindruck gewonnen, der Vorsitzende sei bereit, sich über jedes Recht hinwegzusetzen.

Anfechtung Prozessvergleich –
sehr instruktiv – nicht im Skript -

BAG: Urteil vom 11.07.2012 - 2 AZR
42/11 - BeckRS 2012, 73474

Zuständigkeit

Streiten die Parteien über die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs, ist dieser Streit jedenfalls dann **in demselben Verfahren auszutragen**, in dem der Vergleich geschlossen wurde, wenn nicht ausschließlich Gründe geltend gemacht werden, die erst nach seinem Abschluss entstanden sind.

Wirkung des Prozessvergleichs

Ein Prozessvergleich hat neben seinen materiellrechtlichen Folgen iSv. § 779 BGB **unmittelbar prozessbeendende Wirkung** (vgl. BAG 12. Mai 2010 2 AZR 544/08 - Rn. 15, AP BGB § 123 Nr. 68 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 9; Hüßtege in Thomas/Putzo ZPO 30. Aufl. § 794 Rn. 3, 26). Er wird zur Beilegung und damit Erledigung des Rechtsstreits geschlossen (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die Erledigung tritt grundsätzlich mit dem Abschluss des Vergleichs ein. Auch im Streitfall haben die Parteien in Ziff. 3) des Vergleichs vereinbart, dass der Rechtsstreit damit beendet sei.

Auch soweit die Klägerin geltend macht, der Vergleich vom 8. Juni 2009 sei dahin auszulegen, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne die Abfindungszahlung habe eintreten sollen, ändert dies nichts an seiner unmittelbar prozessbeendenden Wirkung. Die von ihr begehrte Fortsetzung des Rechtsstreits ist deshalb nur bei Unwirksamkeit des Vergleichs möglich.

Vorleistungspflicht

[20] a) Der Prozessvergleich ist nicht gem. § 138 Abs. 1 BGB oder § 134 BGB von Anfang an nichtig. Versteht man seinen Inhalt mit dem Landesarbeitsgericht dahin, die Klägerin habe bereits mit seinem Abschluss der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zugestimmt, die Abfindung habe jedoch erst mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 31. Dezember 2009 fällig werden sollen, hätte die Klägerin ihre Zustimmung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwar als Vorleistung erbracht. Das verstieße aber weder gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB noch gegen die guten Sitten iSv. § 138 Abs. 1 BGB (vgl. für einen außergerichtlichen Aufhebungsvertrag BAG 10. November 2011 - 6 AZR 342/10 - Rn. 21). Auch eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt nicht vor. Die Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers entspricht bei der Vereinbarung eines Beendigungsvergleichs regelmäßig den zugrunde liegenden Interessen. Einerseits wird der Arbeitnehmer dadurch bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses wirtschaftlich so gestellt, wie er ohne die Aufhebungsvereinbarung gestanden hätte. Andererseits kann, da ein Aufhebungsvertrag in der Regel unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass das Arbeitsverhältnis bis zu dem vereinbarten Auflösungszeitpunkt fortgesetzt wird (BAG 10. November 2011 - 6 AZR 342/10 - aaO; 5. April 2001 - 2 AZR 217/00 - zu II 3 b der Gründe, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 34 = EA BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 10), die vereinbarte Abfindungszahlung dann gegenstandslos werden, wenn später zB eine außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis noch vor dem im Vertrag vorgesehenen Zeitpunkt auflöst (vgl. BAG 10. November 2011 - 6 AZR 342/10 - aaO; DfL/Fischermeier 4. Aufl. § 626 BGB Rn. 32).

Anfechtung wegen Täuschung

Der Vergleich ist nicht gem. § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an nichtig. Die Klägerin hat ihn zwar frist- und formgerecht gem. § 124 Abs. 1 und Abs. 2, § 143 Abs. 1 und Abs. 2 BGB angefochten. Ein Anfechtungsgrund liegt aber nicht vor. Die Klägerin ist nicht durch arglistige Täuschung iSv. § 123 Abs. 1 BGB zum Abschluss des Vergleichs bestimmt worden.

Eine arglistige Täuschung iSv. § 123 Abs. 1 BGB setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass der Täuschende durch Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen beim Erklärungsgegner einen Irrtum erregt und ihn hierdurch zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst hat. Dabei muss sich die Täuschung auf objektiv nachprüfbar Tatsachen beziehen. Die Äußerung subjektiver Werturteile genügt nicht (BAG 12. Mai 2011 - 2 AZR 479/09 - Rn. 41, EzA BGB 2002 § 123 Nr. 10; 16. Dezember 2004 - 2 AZR 148/04 - AP BGB § 123 Nr. 64 = Ez).

Durch Unterlassen bzw. Verschweigen

Eine Täuschung kann auch in dem Verschweigen von Tatsachen bestehen, sofern der Erklärende zu deren Offenbarung verpflichtet war. Das subjektive Merkmal „Arglist“ iSv. § 123 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn der Täuschende weiß oder billigend in Kauf nimmt, dass seine Behauptungen nicht der Wahrheit entsprechen oder mangels Offenbarung bestimmter Tatsachen irriige Vorstellungen beim Erklärungsgegner entstehen oder aufrechterhalten werden; Fahrlässigkeit - auch grobe Fahrlässigkeit - genügt insoweit nicht. Die Beweislast für das Vorliegen von Arglist trägt der Anfechtende; dass es sich hierbei um eine innere Tatsache handelt, steht dem nicht entgegen (vgl. BAG 12. Mai 2011 - 2 AZR 479/09 - Rn. 43; 20. Mai 1999 - 2 AZR 320/98 - zu B I 4 der Gründe, BAGE 91, 349).

Geschäftsgrundlage

Es fehlt an einer unvorhergesehenen, schwerwiegenden nachträglichen Veränderung der Umstände iSv. **§ 313 Abs. 1 BGB**, wenn sich durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei, die sich im Wege des Prozessvergleichs zur Zahlung einer erst später fällig werdenden Abfindung verpflichtet hat, das beiden Parteien bereits bei Vergleichsabschluss bekannte Risiko einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Partei verwirklicht.

Rücktritt

Der Umstand, dass ein Abfindungsanspruch aus einem Prozessvergleich durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers zur Insolvenzforderung wird, begründet kein Rücktrittsrecht des Arbeitnehmers nach **§ 323 Abs. 1 Alt. 1 BGB**. Voraussetzung für das gesetzliche Rücktrittsrecht nach § 323 BGB ist die Durchsetzbarkeit der ursprünglichen Forderung. Ein durch einen zuvor mit dem Schuldner geschlossenen Prozessvergleich begründeter Abfindungsanspruch ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr durchsetzbar. Der Arbeitnehmer kann nicht mehr auf Leistung der Abfindung klagen, sondern nur noch gem. §§ 174 ff. InsO die Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle verlangen.

Unmöglichkeit

Ein Recht zum Rücktritt von einem Prozessvergleich über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung folgt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers nicht aus **§ 326 Abs. 5 BGB**. Die Zahlung der Abfindung ist zwar nicht mehr durchsetzbar, sie wird dem Schuldner aber durch die Insolvenzeröffnung nicht iSv. **§ 275 BGB** unmöglich.

A

Annahmeverzug

BAG, Urt. v. 22. 2. 2012 NZA 2012, 858

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers endet nicht von selbst, sondern wenn die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs entfallen. Ist der Arbeitgeber nach einer unwirksamen Kündigungserklärung mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug gekommen, muss er deshalb zur Beendigung des Annahmeverzugs die versäumte Arbeitsaufforderung nachholen. Die Beendigung des Streits über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses ändert daran nichts. Auch in diesem Fall kann der Arbeitnehmer regelmäßig eine Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers abwarten. Der Annahmeverzug der Bekl. endete aber, als der Kl. seinen fehlenden Leistungswillen (§ 297 BGB) offenbarte, indem er jede Reaktion auf die Arbeitsaufforderung der Bekl. unterließ.

Annahmeverzug

1. Wendet der Arbeitgeber gegen die Forderung von Annahmeverzugsvergütung die fehlende Leistungsfähigkeit oder den fehlenden Leistungswillen des Arbeitnehmers ein, hat er dazu entsprechende Indizien vorzutragen. Die Erschütterung der Indizwirkung ist Sache des Arbeitnehmers.
2. War der Arbeitnehmer vor Ausspruch einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung längerfristig arbeitsunfähig, begründet das zeitliche Zusammenfallen von Ablauf der Kündigungsfrist und behauptetem Ende der Arbeitsunfähigkeit eine Indizwirkung dafür, dass der Arbeitnehmer über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus arbeitsunfähig war.
3. Der vor Ausspruch einer Kündigung leistungsunwillige, die Arbeit verweigernde Arbeitnehmer muss einen wieder gefassten Leistungswillen gegenüber dem Arbeitgeber kundtun. Dazu ist es regelmäßig erforderlich, den neu gewonnenen Leistungswillen im Rahmen des Zumutbaren durch ein tatsächliches Angebot zu dokumentieren.

A

Arbeitsvergütung

BAG, Urt. v. 18. 4. 2012 – 5 AZR 248/11, NZA 2012, 998

Klagt ein Arbeitnehmer Arbeitsvergütung ein, hat er darzulegen und – im Bestreitensfall – zu beweisen, dass er Arbeit verrichtet oder einer der Tatbestände vorgelegen hat, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt.

A

Auskunftsanspruch

EuGHUrt. v. 19. 4. 2012 – C-415/10 (Meister/Speech Design Carrier Systems GmbH)

Kein genereller Auskunftsanspruch des nichtberücksichtigten Bewerbers.

Aber:

„Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen Beklagten ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung aller Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist“.

Auslegung einer vertraglichen Bezugnahme Klausel

BAG, Urt. v. 18. 4. 2012 – 4 AZR

392/10

- Skript -

B

Befristung

Berufsausbildungsverhältnis

Urt. v. 24. 8. 2011, NZA 2012, 255

Kein Vorbeschäftigungsverbot bei Berufsausbildungsverhältnis.

Zuvor-Beschäftigung

BAG, Urt. v. 6. 4. 2011 – 7 AZR 716/09 NZA 2011, 905

Eine „Zuvor-Beschäftigung“ i. S. von § 14 II 2 TzBfG ist nicht gegeben, wenn das frühere Arbeitsverhältnis **mehr als drei Jahre** zurückliegt. Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

Instruktiv zur Auslegung!

1. Wortlaut
2. Gesetzssystematische Textvergleichung
3. Gesetzesgeschichte
4. Zweck der Regelung

Kettenbefristung

BAG, Urteil vom 18.07.2012 - 7 AZR 443/09

Die Befristung eines Arbeitsvertrages kann trotz Sachgrundes gem. § 14 I 1 und 2 Nr. 3 TzBfG auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls rechtsmissbräuchlich und daher unwirksam sein.

B

Berufungsbegründung

BAG, Urteil vom 16. 5. 2012 – 4 AZR 245/10NZA-RR 2012, 599

1. Die Zulässigkeit der Berufung ist Prozessfortsetzungsvoraussetzung für das gesamte weitere Verfahren nach Einlegung der Berufung.
2. Die ordnungsgemäße Begründung einer Berufung ist auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen und unabhängig davon zu überprüfen, wie das BerGer. deren Zulässigkeit beurteilt hat.
3. Die Berufungsbegründung muss nach den Anforderungen des § ZPO § 520 ZPO § 520 Absatz III 2 Nr. 2 ZPO i. V. mit § ARBGG § 64 ARBGG § 64 Absatz VI ArbGG auf den Streitfall zugeschnitten sein und sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Urteils befassen und angeben, aus welchen Gründen die angefochtene Entscheidung fehlerhaft sein soll.
4. Eine alleinige pauschale Behauptung, die unterlegene Partei habe entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts „ersichtlich umfassend vorgetragen“, reicht zur ordnungsgemäßen Begründung des Rechtsmittels nicht aus.

B

Betriebsänderung
Schwellenwert

BAG, Urteil vom 18.10.2011 - 1 AZR 335/10

NZA 2012, 221

1. Das zu § 9 BetrVG entwickelte Verständnis des Begriffs „wahlberechtigte Arbeitnehmer“ kann nicht ohne Berücksichtigung der jeweiligen Normzwecke auf andere Vorschriften, in denen dieser Begriff enthalten ist, übertragen werden.
2. Der Zweck des Schwellenwerts in § 111 S. 1 BetrVG steht einer Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Ermittlung der Belegschaftsstärke nicht entgegen. Er verlangt diese vielmehr, weil nur so sichergestellt wird, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und die Rechte der betriebsangehörigen Arbeitnehmer aus § 111, § 112 BetrVG bei einem nach der gesetzlichen Wertung als ausreichend leistungsfähig anzusehenden Unternehmen in Anspruch genommen werden können.
3. Leiharbeitnehmer sind ebenso wie betriebsangehörige Arbeitnehmer bei der Feststellung der Unternehmensgröße nur mitzuzählen, wenn sie zu den „in der Regel“ Beschäftigten gehören. Insoweit kommt es darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, d. h. länger als sechs Monate beschäftigt werden.

B

Betriebsbedingte Kündigung

BAG, Urt. v. 23. 2. 2012 – 2 AZR 548/10 NZA 2012, 852 ff.

sehr instruktiv!

- 1 Es fehlt an einem betrieblichen Erfordernis zur wirksamen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses i. S. des § 1 II KSchG, wenn außer- oder innerbetriebliche Umstände nicht zu einer dauerhaften Reduzierung des betrieblichen Arbeitskräftebedarfs führen.
- 2 Der Arbeitgeber hat die Tatsachen näher darzulegen, aus denen sich ergeben soll, dass zukünftig auf Dauer mit einem reduzierten Arbeitsvolumen und Beschäftigungsbedarf zu rechnen ist; das Vorliegen von möglicherweise nur kurzfristigen Produktions- oder Auftragschwankungen muss ausgeschlossen sein. **Der Arbeitgeber hat den dauerhaften Rückgang des Arbeitsvolumens nachvollziehbar darzustellen, in dem er die einschlägigen Daten aus repräsentativen Referenzperioden miteinander vergleicht.**
- 3 Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel kann eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Wird im Betrieb Kurzarbeit geleistet, spricht dies gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf.
- 4 Entfällt der Beschäftigungsbedarf für einzelne von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer auf Grund weiterer, später eingetretener Umstände dauerhaft, kann trotz der Kurzarbeit ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung vorliegen. Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber die Möglichkeiten zur Reduzierung der geschuldeten Arbeitszeit, die ihm die Regelungen zur Kurzarbeit bieten, in vollem Umfang ausgeschöpft hat.

B

Betriebsstillegung

Betriebsübergang

BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 693/10, BeckRS 2012, 69925

Betriebsstillegung und Betriebsübergang schließen sich gegenseitig aus

E

Erledigungsklausel

LAG Rheinland-Pfalz Urteil vom 23.02.2012 - 2 Sa 635/11, BeckRS 2012, 68206

Gesamterledigungsklauseln sind im Regelfall dahin auszulegen, dass sie Betriebsrentenansprüche nicht erfassen. Die große Bedeutung von Versorgungsansprüchen erfordert eine unmissverständliche Erklärung; ein Verzicht muss eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht werden.

F

Frage nach Schwerbehinderung

BAG, Urt. v. 16. 2. 2012 – 6 AZR 553/10 NZA 2012,

1. Für die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderteneigenschaft bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag besteht ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers. Diese Frage ist im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach Ablauf der Frist des § 90 Absatz I Nr. 1 SGB IX zuzulassen, um dem Arbeitgeber ein rechtstreu Verhalten zu ermöglichen. Insbesondere im Vorfeld einer beabsichtigten Kündigung zeigt der Arbeitgeber mit dieser Frage, dass er seine zum Schutz des Schwerbehinderten bei einer Kündigung bestehenden Pflichten nach § 1 Absatz III KSchG und § 85 ff. SGB IX erfüllen will.
2. Die Einholung eines **so genannten Negativtests** ist für den Arbeitgeber keine gleich geeignete Alternative zur Frage nach der Schwerbehinderung.

3. Die Frage im Vorfeld einer Kündigung **diskriminiert** den Arbeitnehmer nicht wegen einer Behinderung unmittelbar i. S. des **§ 3 Absatz 1 1 AGG**. Sie setzt behinderte Arbeitnehmer nicht gegenüber Nichtbehinderten zurück. Die Frage dient vielmehr der Wahrung der Rechte und Interessen der Schwerbehinderten und ist Voraussetzung dafür, dass der Arbeitgeber die Belange des schwerbehinderten Menschen bei Kündigungen überhaupt wahren kann.
4. § 28 Absatz VI Nr. 3 BDSG lässt die Frage nach der Schwerbehinderung und damit nach sensiblen Daten i. S. von § 3 Absatz IX BDSG zu. Eine Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche als Voraussetzung einer Datenerhebung nach § 28 Absatz VI Nr. 3 BDSG liegt in Übereinstimmung mit der Formulierung des Artikel 8 Absatz II lit. b Richtlinie 95/46/EG auch dann vor, wenn die Datenerhebung erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des Arbeitgebers Rechnung zu tragen. Dazu gehören auch die Pflichten des Arbeitgebers zur Beachtung der Schwerbehinderung im Rahmen der Sozialauswahl und zur Wahrung des Schwerbehindertenschutzes nach § 85 ff. SGB IX.
5. Die Frage nach der Schwerbehinderung im Vorfeld von Kündigungen verletzt den schwerbehinderten Arbeitnehmer nicht in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Aus dem Grundgesetz ergeben sich insoweit keine weitergehenden Anforderungen als aus dem Unionsrecht.

Exkurs

Entwurf der Regierung zum
Arbeitnehmerdatenschutz

Berlin, den 10. Januar 2013

Änderungsantrag der CDU/CSU und FDP zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes“ (Drucksache
17/4230)

F

Freiwilligkeitsvorbehalt

Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt, betriebliche Übung

BAG, Urteil vom 14.09.2011 - 10 AZR 526/10

NZA 2012, 81

sehr instruktiv

1. In der Kombination eines Freiwilligkeitsvorbehalts mit einem Widerrufsvorbehalt liegt regelmäßig ein zur Unwirksamkeit der Klausel führender Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Absatz I 2 BGB).
2. Folgt die Intransparenz einer vertraglichen Regelung und damit ihre Unwirksamkeit nach § 307 Absatz I 2 i. V. mit S. 1 BGB gerade aus der Kombination zweier Klauselteile, kommen die Annahme einer Teilbarkeit der Klausel und ihre teilweise Aufrechterhaltung nicht in Betracht. Das ist unabhängig davon, ob die einzelnen Klauselteile isoliert betrachtet wirksam wären.
3. Ein vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt, der alle zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfasst, benachteiligt den Arbeitnehmer regelmäßig unangemessen i.S.v. § 307 I 1, II Nr. 1 und Nr. 2 BGB und ist deshalb unwirksam.

G

Gratifikation

BAG, Urteil vom 18.01.2012 - 10 AZR 612/10

1. Knüpft der Arbeitgeber bei Bemessung der Höhe einer Sonderzahlung an die erbrachte Arbeitsleistung im Bezugsjahr an, so ist die Zahlung zumindest teilweise Vergütung für geleistete Arbeit.
2. Wird neben der Anknüpfung an bereits erbrachte Arbeitsleistung in der Zusage als Leistungszweck „Honorierung der Betriebstreue“ bestimmt, so handelt es sich um eine **Sonderzahlung mit Mischcharakter**.
3. Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach eine solche Sonderzahlung vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt außerhalb des Bezugszeitraums, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, abhängen soll, steht im Widerspruch zu § 611 I BGB. Sie entzieht dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn und erschwert unzulässig die Ausübung des Kündigungsrechts. Die Klausel benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist deshalb gem. § 307 I 1 BGB unwirksam.

Aufgabe der Rechtsprechung!

Dass die Sonderzahlung im Streitfall auch die Betriebstreue honorieren sollte, ändert an dem Ergebnis nichts. **Soweit der Senat die Auffassung vertreten hat, Bestandsklauseln seien bei Sonderzahlungen bereits dann zulässig, wenn sie sowohl der Vergütung bereits erbrachter Arbeitsleistung als auch der Honorierung von Betriebstreue dienen (BAG, NZA 2007, 687 = AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 265 = EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 21 Rdnr. 18), gibt der Senat diese auf.**

Ein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers daran, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich zu verändern, kann nicht anerkannt werden. Dem Arbeitgeber ist es dadurch nicht verwehrt, Betriebstreue zu honorieren und einen finanziellen Anreiz für das Verbleiben des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis zu schaffen. Er hat die Möglichkeit, durch die Vereinbarung von Sonderzahlungen, die ausschließlich der Honorierung von Betriebstreue dienen, dem Arbeitnehmer deutlich zu machen, welchen Wert für ihn das Verbleiben im Arbeitsverhältnis darstellt (BAG, Urt. v. 18. 1. 2012 – 10 AZR 667/10, BeckRS 2012, 68196).

G

Geschäftsführer

AGG auch für Geschäftsführer

**BGH, Urteil vom 23.04.2012 - II ZR
163/10 (OLG Köln), BeckRS 2012,
13521**

Nach § 6 III AGG sind die arbeitsrechtlichen Vorschriften des AGG einschließlich § 22 AGG auf die Bestellung und Anstellung des Geschäftsführers einer GmbH anwendbar, der sich nach Ablauf seiner Befristung erneut um das Amt als Geschäftsführer bewirbt.

Fall Danosa

**EuGH (2. Kammer) , Urteil vom 11.
11. 2010 - C-232/09 Dita Danosa/LKB
Lizzings SIA, NZA 2011, 143 ff.**

1. Fallen die Mitglieder eines Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft unter den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff?

Arbeitnehmerbegriff!

Vor Danosa

Während die hM und der BGH in ständiger Rechtsprechung (Staudinger/Richardi Vorbem § 611 Rz 236 mwN; BGH 9. 2. 78, DB 78, 878; 25. 1. 81, ZIP 81, 367) die Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers grundsätzlich verneinen, steht das **BAG** auf dem Standpunkt, dass beim GmbH-Geschäftsführer **jedenfalls die Möglichkeit besteht**, dass dieser als Arbeitnehmer einzustufen sei (BAG 15. 4. 82, ZIP 83, 607; 13. 5. 92, ZIP 92, 1496; 6. 5. 99 – 5 AZB 22/98, NZA 99, 839; 26. 5. 99 – 5 AZR 664/98, NZA 99, 987).

Letztlich ist auf den nach der konkreten Vertragsgestaltung gegebenen Grad der für den Arbeitnehmerstatus maßgeblichen persönlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers abzustellen, für die auch beim Geschäftsführer als wichtigstes Element eine **Weisungsabhängigkeit** hinsichtlich der Konkretisierung der Arbeitspflicht zu fordern ist (BAG 26. 5. 99 – 5 AZR 664/98, NZA 99, 987). Diese Differenzierung stimmt nicht vollständig mit der europarechtlichen Abgrenzung des ArbNBegriffs überein, **der zudem je nach Rechtsquelle differiert** (vgl. EuGH 11. 11. 10 – C-232/09 Danosa, NZA 11, 143; Fischer NJW 11, 2329).

Danosa

Nach ständiger Rechtsprechung kann der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne dieser Richtlinie nicht je nach nationalem Recht unterschiedlich ausgelegt werden; er ist anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.

Für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ist es ohne Bedeutung, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis sui generis ist. Sofern eine Person die Voraussetzungen erfüllt, ist die Art der Rechtsbeziehung zwischen ihr und der anderen Partei des Arbeitsverhältnisses ohne Bedeutung

Auch die formale Einstufung als Selbständiger nach innerstaatlichem Recht schließt nicht aus, dass eine Person als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG einzustufen ist, wenn ihre Selbständigkeit nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Richtlinie verschleiert.

Daraus folgt, dass die nach lettischem Recht vorgenommene Einstufung des Verhältnisses, das zwischen einer Kapitalgesellschaft und den Mitgliedern ihrer Unternehmensleitung besteht, oder des Umstands, dass eine solche Gesellschaft und die Mitglieder der Unternehmensleitung keinen Arbeitsvertrag geschlossen haben, entgegen dem Vorbringen von LKB für die Einstufung dieses Verhältnisses für die Zwecke der Anwendung der Richtlinie 92/85/EWG nicht ausschlaggebend sein kann.

Geschäftsführer als Arbeitnehmer?

Die Frage, ob ein Unterordnungsverhältnis im Sinne der oben angeführten Definition des Arbeitnehmerbegriffs vorliegt, ist in jedem Einzelfall nach Maßgabe aller Gesichtspunkte und aller Umstände zu beantworten, die die Beziehungen zwischen den Beteiligten kennzeichnen.

Die Eigenschaft als Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft kann nicht als solche ausschließen, dass sich die Kl. des Ausgangsverfahrens in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber der betreffenden Gesellschaft befand. Zu prüfen sind nämlich die Bedingungen, unter denen das Mitglied der Unternehmensleitung bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, der Umfang der Befugnisse des Betroffenen und die Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden kann.

Vertrauen als Gegenargument

LKB sowie die lettische und die griechische Regierung machen geltend, dass nach der Rechtsprechung des EuGH erforderliche Unterordnungsverhältnis sei im Fall von Mitgliedern der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft nicht gegeben. LKB und die lettische Regierung bringen vor, ein Mitglied der Unternehmensleitung wie die Kl. des Ausgangsverfahrens erfülle seine Verpflichtungen im Allgemeinen auf der Grundlage eines Geschäftsbesorgungsvertrags eigenständig und ohne Weisungen zu empfangen. **Sie betonen, dass die Beziehung zwischen den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft und/oder gegebenenfalls dem Aufsichtsrat auf der einen Seite und den Mitgliedern der Unternehmensleitung auf der anderen Seite auf Vertrauen aufbauen müsse, so dass es möglich sein müsse, das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu beenden, wenn dieses Vertrauen nicht mehr bestehe.**

Geschäftsführer vor dem
Arbeitsgericht?

**BAG: Beschluss vom 26.10.2012 -
10 AZB 60/12, NZA 2013, 54**

Sehr instruktiv!

1. Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG soll sicherstellen, dass das Mitglied eines Vertretungsorgans einer juristischen Person keinen Rechtsstreit vor den Gerichten für Arbeitssachen führt, solange es dessen Mitglied ist. Nach der Abberufung als Organmitglied sind die Arbeitsgerichte für die Entscheidung über Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis des ehemaligen Organmitglieds zuständig. (Orientierungssatz des Gerichts)

2. Macht ein **abberufenes Organmitglied** im Rahmen einer Kündigungsschutzklage den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses geltend, so liegt ein sog. **sic-non-Fall** vor. Die bloße Rechtsansicht der Klagepartei genügt dann, um den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten zu eröffnen. Nach der Beendigung der Organstellung und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen berufen, über die Frage, ob das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis tatsächlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und durch eine ausgesprochene ordentliche Kündigung beendet wurde, zu entscheiden. (Orientierungssatz des Gerichts)

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und Buchst. b ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis und über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes ist, bestimmt § 5 ArbGG.

Während der Organstellung

Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gelten jedoch in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen nicht als Arbeitnehmer, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind. Für einen Rechtsstreit zwischen dem Vertretungsorgan und der juristischen Person sind nach dieser gesetzlichen Fiktion die Gerichte für Arbeitsachen nicht berufen.

Die Fiktion der Norm gilt auch für das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Sie greift unabhängig davon ein, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. **Auch wenn ein Anstellungsverhältnis zwischen der juristischen Person und dem Mitglied des Vertretungsorgans wegen dessen starker interner Weisungsabhängigkeit als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist und deshalb materielles Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sind zur Entscheidung eines Rechtsstreits aus dieser Rechtsbeziehung die ordentlichen Gerichte berufen** (BAG 29. Mai 2012 - 10 AZB 3/12 - Rn. 11 mwN; 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 12 mwN, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 69 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46; 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 11 mwN, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44). An der Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte ändert es nichts, wenn zwischen den Prozessparteien streitig ist, wie das Anstellungsverhältnis zu qualifizieren ist (BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 b der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33) und der Geschäftsführer geltend macht, er sei wegen seiner eingeschränkten Kompetenz in Wirklichkeit Arbeitnehmer gewesen (BAG 14. Juni 2006 - 5 AZR 592/05 - Rn. 16, BAGE 118, 278).

Die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG soll sicherstellen, dass die Mitglieder der Vertretungsorgane mit der juristischen Person selbst dann keinen Rechtsstreit im „Arbeitgeberlager“ vor dem Arbeitsgericht führen, wenn die der Organstellung zugrunde liegende Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist (BAG 20. August 2003 - 5 AZB 79/02 - zu B I 3 der Gründe, BAGE 107, 165). Für Ansprüche der Klagepartei aus dem der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegenden Vertrag sind deshalb die ordentlichen Gerichte ohne Weiteres zuständig (vgl. BAG 20. Mai 1998 - 5 AZB 3/98 - zu II 1 der Gründe, NZA 1998, 1247).

Nach der Organstellung

Dabei ändert sich der rechtliche Charakter des Anstellungsverhältnisses eines Organvertreters nicht allein dadurch, dass der Organvertreter abberufen wird. Durch den Abberufungsakt wird das Anstellungsverhältnis nicht zum Arbeitsverhältnis (BAG 25. Juni 1997 - 5 AZB 41/96 - zu II 1 b aa der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 36 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 37; 21. Februar 1994 - 2 AZB 28/93 - zu II 3 b bb der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 17 = EzA ArbGG 1979 § 2 Nr. 28).

Nach der Organstellung

Anders kann es jedoch dann liegen, wenn und soweit der Rechtsstreit nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis betrifft, sondern eine weitere Rechtsbeziehung besteht. Insoweit greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht ein (BAG 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 13 mwN, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 69 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46; 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 11 mwN, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Organvertreter Rechte auch mit der Begründung geltend macht, nach der Abberufung als Geschäftsführer habe sich das nicht gekündigte Anstellungsverhältnis - wieder - in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt (BAG 6. Mai 1999 - 5 AZB 22/98 - zu II 3 c der Gründe, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 46 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 33).

Nach Abberufung

Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann ferner dann gegeben sein, wenn die Klagepartei Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis **nach Abberufung als Organmitglied** geltend macht. Zwar liegt der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer GmbH eine vertragliche Abrede zugrunde, die regelmäßig als ein Geschäftsführer-Dienstvertrag zu qualifizieren ist und mit der das Arbeitsverhältnis grundsätzlich aufgehoben wird (vgl. bspw. BAG 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 66 = EZA ArbGG 1979 § 5 Nr. 43; 5. Juni 2008 - 2 AZR 754/06 - Rn. 23, AP BGB § 626 Nr. 211; 19. Juli 2007 - 6 AZR 774/06 - Rn. 10, BAGE 123, 294). Zwingend ist dies aber nicht. Zum einen kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen. Zum anderen bleibt der Arbeitsvertrag bestehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer formlosen Abrede zum Geschäftsführer der GmbH bestellt wird, da eine wirksame Aufhebung des früheren Arbeitsverhältnisses die Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB voraussetzt (vgl. BAG 15. März 2011 - 10 AZB 32/10 - Rn. 12, AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 95 = EZA ArbGG 1979 § 5 Nr. 44; 3. Februar 2009 - 5 AZB 100/08 - Rn. 8, aaO). Ansprüche aus diesem Arbeitsvertrag können dann nach Abberufung aus der Organschaft und damit nach dem Wegfall der Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG vor den Gerichten für Arbeitssachen geltend gemacht werden. Dies gilt auch für die während der Zeit der Geschäftsführerbestellung auf dieser arbeitsvertraglichen Basis entstandenen Ansprüche (BAG 29. Mai 2012 - 10 AZB 3/12 - Rn. 13; 23. August 2011 - 10 AZB 51/10 - Rn. 14, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 69 = EZA ArbGG 1979 § 5 Nr. 46).

Weder der Abschluss des Anstellungsvertrags noch die Geschäftsführung einer GmbH stellt eine gewerbliche oder selbstständige Tätigkeit dar. Die Geschäftsführung einer GmbH ist keine selbstständige, sondern eine angestellte berufliche Tätigkeit. Maßgeblich für die Einordnung einer beruflichen Tätigkeit als selbstständig ist neben der weitgehenden Freiheit von Weisungen, dass die Tätigkeit im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und im eigenen Verantwortungsbereich ausgeübt wird, so dass das wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit unmittelbar selbst getragen wird.

Der Geschäftsführer einer GmbH übt aber seine Tätigkeit im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft aus. Überdies unterliegt er im Innenverhältnis den Weisungen der Gesellschafter. Wenn demgemäß die Geschäftsführung einer GmbH keine selbstständige Tätigkeit i. S. des § 13 BGB darstellt, so gilt dies erst recht für den Abschluss des Anstellungsvertrags, jedenfalls dann, wenn – wie hier – der Geschäftsführer nicht zugleich als Gesellschafter über zumindest eine Sperrminorität verfügt und Leitungsmacht über die Gesellschaft ausüben kann.

Falsches Gericht?

(KR-Friedrich, 10. Aufl. 2013, § 4 KSchG Rn. 186 f.)

1. Die Erhebung der Klage bei einem ordentlichen Gericht

Die Frist wird auch durch Klageeinreichung beim ordentlichen Gericht (AG, LG) gewahrt, wenn die Klage an das ArbG – auch erst nach Fristablauf – verwiesen wird (§ 48 ArbGG iVm § 17a Abs. 2, 4 GVG). Es ist zwar richtig, dass die Rechtswegvorschriften uneingeschränkt gelten (§§ 2, 48 ArbGG idF v. 26.6.1990 BGBl. I S. 1206) und damit die Abgrenzung zwischen den ordentlichen und den Arbeitsgerichten keine Frage der sachlichen Zuständigkeit mehr ist, sondern eine Frage des Rechtswegs (vgl. nur Zöllner/Lückemann Vorbem. zu §§ 17-17b GVG Rn 10 mwN). Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben aber erhalten (§ 17b Abs. 1 S. 2 GVG), und zwar sowohl in prozessualer als auch in materieller Hinsicht (GK-ArbGG/Bader § 48 Rn 74a). Soweit durch die Klageerhebung eine Frist gewahrt wird, gilt die Wirkung der Rechtshängigkeit fort (Zöllner/Lückemann § 17b GVG Rn 3), die im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit in §§ 261 Abs. 3, 262, 167 ZPO durch die Verweisung in § 46 Abs. 2 ArbGG geregelt ist (Grunsky § 46 Rn 46). Die Verweisung erhält insbes. die für die Klage vor dem Gericht, an das verwiesen wurde, etwa vorgeschriebene Wahrung der Klagefrist, wenn die Klage bei dem zunächst angerufenen Gericht rechtzeitig erhoben worden war (BGH 13.3.2006 – II ZB 26/04, BGHZ 166, 329 = NJW-RR 2006, 1113 mwN; Eyermann/Rennert VwGO, 12. Aufl., § 17 – 17b GVG Rn 42; BVerwG 20.1.1993 DVBl. 1993, 563 f.; Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer SGG, 8. Aufl., § 87 Rn 6). Das gilt auch, soweit das materielle Recht (zB § 209 BGB) an die Rechtshängigkeit anknüpft (Zöllner/Lückemann § 17b GVG Rn 3; Kissel/Mayer GVG, 4. Aufl., § 17 Rn 43). Das gilt dann auch für die Erhebung der Kündigungsschutzklage vor dem ordentlichen Gericht; sie wahrt die Dreiwochenfrist (Bader/Bram-Kriebel § 4 Rn 51; LAG SA 23.2.1995 LAGE § 4 KSchG Nr. 26; LAG Köln 10.7.1998 LAGE § 4 KSchG Nr. 41; aA Lücke JuS 1996, 970: Eine Verweisung nach § 17a Abs. 2, 3 GVG reicht nur aus, wenn sie vor Fristablauf erfolgt).

Entsprechendes gilt für die formlose Abgabe der Kündigungsschutzklage an das ArbG durch das Gericht des unzulässigen Rechtsweges, wenn die Klage dort fristgerecht eingereicht war und vom ArbG »demnächst« (§ 167 ZPO) zugestellt wird (LAG SA 23.2.1995 LAGE § 4 KSchG Nr. 26a; krit. Opolony AR- Blattei SD 1020.3 Kündigungsschutz III Rn 121 f.; aA ArbG Hanau 30.5.1996 RzK I 10c Nr. 34, 75, das von Fristversäumung ausgeht, aber die rechtzeitig beim Amtsgericht angebrachte, indes erst nach Ablauf der Dreiwochenfrist beim ArbG aufgrund »Weiterleitung« eingegangene Klage nachträglich zugelassen hat, weil der Kläger mit einer rechtzeitigen Weitergabe habe rechnen können, dem folgend Hess. LAG 1.10.1996 LAGE § 5 KSchG Nr. 82, konsequent, weil bei unterstellter Fristversäumung lediglich Verschulden daran zu prüfen ist, dazu KR-Friedrich § 5 Rdn 23 aE, aus den in Rdn 182 genannten Gründen. Bedenken äußert Bader NZA 1997, 905, 906 Fn 20, der eine förmliche Verweisung erwirkt wissen will).

2. Die Erhebung der Klage bei einem sonstigen Gericht

Wird die Kündigungsschutzklage innerhalb der Dreiwochenfrist beim Sozialgericht oder beim VG eingereicht, so wird die Frist gewahrt, wenn die Klage auf Antrag – auch erst nach Fristablauf – an das ArbGG verwiesen wird (§ 173 VwGO iVm § 17a Abs. 2, 4 GVG; § 202 SGG iVm § 17a Abs. 2, 4 GVG).

K

Kündigungsfrist

**BAG, Urteil vom 01.09.2010 NZA 2010, 1409; NJW 2010, 3740; DB 2010,
2620**

„Im Übrigen muss sich aus der Kündigungserklärung ergeben, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet werden soll. Ist eine ordentliche Kündigung ohne weiteren Zusatz zu einem bestimmten Datum erklärt worden, steht deshalb in Fällen wie dem vorliegenden auch das Bestimmtheitsgebot der Auslegung der Kündigungserklärung zu einem anderen Termin entgegen. Es ist nicht die Aufgabe des Arbeitnehmers, darüber zu rätseln, zu welchem anderen als in der Kündigungserklärung angegebenen Termin der Arbeitgeber die Kündigung gewollt haben könnte“.

K

Kündigung

Zugang

Uhrzeit

BAG, Urteil vom 22.03.2012 - 2 AZR 224/11

1. Eine unter Abwesenden abgegebene Kündigungserklärung wird auch bei einer dem Erklärenden bekannten Urlaubsabwesenheit mit Zugang beim Empfänger wirksam. Hatte der Empfänger Gelegenheit, fristwährend Klage zu erheben, liegt keine unverschuldete Versäumnis im Sinne des § 5 I KSchG vor, die die verspätete Klage zulässig erscheinen ließe.
2. **Bei einem Einwurf um 13 Uhr geht das Schreiben noch am selben Tag zugeht.** Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, aufgrund der Liberalisierung der Briefzustellung sei ggf. sogar noch **bis 17 Uhr** mit Zustellungen zu rechnen, die einen Zugang noch am selben Tag begründen könnten, stellt das BAG auf die üblichen Briefzustellungen der Deutschen Post AG ab. Der persönliche Einwurf von Kündigungen sollte daher in der Praxis in solch dringenden Fällen noch immer **vor 14 Uhr** nachvollziehbar veranlasst werden.

**Kündigung - Zugang eines Kündigungsschreibens – Wahrung der Klagefrist –
nachträgliche Klagezulassung – Anwaltsverschulden BAG 22. 3. 2012 – 2 AZR 224/11
(APNews 2012, 205)**

1. Ein Irrtum über die für die Fristberechnung erheblichen tatsächlichen Umstände kann nur dann zur nachträglichen Klagezulassung führen, wenn er unverschuldet ist. **Der Prozessbevollmächtigte muss auch die mögliche Unrichtigkeit einer Parteiinformation in Betracht ziehen und bestehende Zweifel ausräumen.**
2. Das Verschulden eines (Prozess-)Bevollmächtigten an der Versäumung der gesetzlichen Klagefrist (§ 4 S. 1 KSchG) bei einer Kündigungsschutzklage ist dem klagenden Arbeitnehmer nach § 85 Absatz II ZPO zuzurechnen.
3. Hat der Prozessbevollmächtigte die Fehlleistung eines Dritten (z. B. seiner Kanzleiangestellten) seinerseits mit verursacht, weil dieser nicht hinreichend sorgfältig ausgewählt, angewiesen oder überwacht worden ist, so liegt in einem solchen Verhalten ein eigenes Verschulden des Bevollmächtigten.
4. Wenn zur Fristwahrung die Übersendung durch Fax erforderlich ist, muss der Prozessbevollmächtigte – entweder allgemein oder im Einzelfall – die von ihm beauftragte Hilfskraft anweisen, nach der Übersendung per Telefax einen Einzelnachweis auszudrucken und anhand dessen die Vollständigkeit der Übermittlung, nämlich die Übereinstimmung der Zahl der übermittelten Seiten mit derjenigen des Originalschriftsatzes, zu überprüfen.

Klagefrist

Hinweis § 6 KSchG

Pauschaler Hinweis des Gerichts nach § 6 S. 2 KSchG ausreichend

**BAG, Urteil vom 18.01.2012 - 6 AZR
407/10, BeckRS 2012, 67611**

Kündigungsschutzklage

Unter Bedingung

**LAG Hamm, Beschluss vom 14.06.2011 - 14 Ta
295/11, BeckRS 2012, 65045**

Erhebung einer Kündigungsschutzklage unter der Bedingung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe

Möglicherweise nach neuer Rspr. des
BverfG zulässig, aber warum der
Umstand?

S

Schwarzgeldabrede

BAG *Urt.* v. 21. 9. 2011 NZA 2012,

145

Schwarzgeldabrede

Im Falle der Schwarzgeldabrede ist der Arbeitsvertrag nicht unwirksam, die Nettovergütung kann aber nur brutto verlangt werden.

S

Sozialauswahl

Altersgruppenbildung

**BAG, Urt. v. 22. 3. 2012 – 2 AZR 167/11, NZA
2012, 1040**

Sozialauswahl

Bei der Sozialauswahl sind die sozialen Gesichtspunkte gem. § 1 Absatz III 1 KSchG „ausreichend“ zu berücksichtigen. Dem Arbeitgeber kommt damit bei der Gewichtung der Sozialkriterien ein Wertungsspielraum zu. **Die Auswahlentscheidung muss lediglich sozial vertretbar sein. Dies führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl rügen können.**

Nach § 1 Absatz III 2 KSchG sind in die soziale Auswahl nach § 1 Absatz III 1 KSchG unter anderem diejenigen Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Die vom Arbeitgeber mit der Herausnahme verfolgten Interessen müssen dabei auch im Kontext der Sozialauswahl berechtigt sein. Das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers ist im Rahmen des § 1 Absatz III 2 KSchG gegen das betriebliche Interesse des Arbeitgebers an der Herausnahme des so genannten Leistungsträgers abzuwägen. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiegt, desto gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung des Leistungsträgers sein. An dieser Ansicht, die er zu § 1 Absatz III 2 KSchG in seiner vom 1. 10. 1996 bis 31. 12. 1998 geltenden Fassung vertreten hat, hält der Senat für die seit dem 1. 1. 2004 geltende – identische – Fassung der Bestimmung fest.

Altersgruppenbildung

Zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs i. S. von § 1 Absatz III 2 KSchG kann eine Sozialauswahl nach Altersgruppen zulässig sein. **Jedenfalls dann, wenn die Anzahl der Entlassungen innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer im Verhältnis zur Anzahl aller Arbeitnehmer des Betriebs die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht, ist ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der Altersstruktur – widerlegbar – indiziert.** Der Senat hat offengelassen, ob für den Fall, dass sich die Massenkündigungen auf mehrere Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer verteilen, die Erleichterung bei der Darlegung des berechtigten betrieblichen Interesses auch dann berechtigt ist, wenn zwar die Anzahl der insgesamt zu entlassenden Arbeitnehmer die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht, nicht aber die der Entlassungen innerhalb einer Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer.

Die konkrete Altersgruppenbildung muss zur Sicherung der bestehenden Altersstruktur der Belegschaft geeignet sein. Sind mehrere Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer von den Entlassungen betroffen, muss auch innerhalb der jeweiligen Vergleichsgruppe eine proportionale Berücksichtigung der Altersgruppen an den Entlassungen möglich sein. Die betriebsweite Sicherung der bestehenden Altersstruktur muss die Folge der proportionalen Beteiligung der Altersgruppen an den Entlassungen innerhalb der einzelnen Vergleichsgruppen sein.

S

Sperrzeit

Sperrzeit bei Turboprämie, LSG Hessen, Urt. v. 22. 6. 2012

Der 7. Senat des LSG Hessen sah in dem Verzicht auf Durchführung des Clearing-Verfahrens gegen Zahlung einer Turbo-Prämie einen Umstand, der dazu führt, dass der Kl. für die Aufgabe des Beschäftigungsverhältnisses kein wichtiger Grund zugebilligt werden konnte. Im Falle des Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag und Zahlung einer Abfindung könne sich ein Arbeitnehmer dann auf einen wichtigen Grund berufen, wenn ihm der Arbeitgeber mit einer nach arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten objektiv rechtmäßigen betriebsbedingten Kündigung zu dem Zeitpunkt droht, zu dem er das Arbeitsverhältnis löst und ihm die Hinnahme dieser Kündigung nicht zuzumuten ist. Auf Grund des in einem Interessenausgleich vorgegebenen Clearing-Verfahrens vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung wäre aber im Fall der Kl. zum Zeitpunkt des Abschlusses des Aufhebungsvertrags eine objektiv rechtmäßig betriebsbedingte Kündigung zum Ablauf des 30.9. 2010 für die Arbeitgeberin gar nicht möglich gewesen, so dass gerade der Verzicht auf das Clearing-Verfahren gegen Zahlung einer Turbo-Prämie der Kl. jede Möglichkeit nahm, sich noch auf einen wichtigen Grund berufen zu können.

S

Stalking

Stalking – erstes Stalking-Urteil des BAG vom 19.04.2012 - 2 AZR 258/11 (LAG Hessen 03.11.2010 – 2 Sa 979/10) ArbRAktuell 2012, 245

Stalking kann die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

Ü

Überstunden

Darlegungslast

BAG, Urteil vom 16.05.2012 - 5 AZR 347/11, NZA 2012, 939; BeckRS 2012, 71099

Verlangt der Arbeitnehmer Arbeitsvergütung für Überstunden, hat er darzulegen und – im Bestreitensfall – zu beweisen, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang verrichtet hat. Dabei genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, in dem er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat.

Ein Kraftfahrer, dem vom Arbeitgeber bestimmte Touren zugewiesen werden, kann seiner Darlegungslast dadurch genügen, dass er vorträgt, an welchen Tagen er welche Tour wann begonnen und wann beendet hat. Im Rahmen der gestuften Darlegungslast ist es dann Sache des Arbeitgebers, unter Auswertung der Aufzeichnungen nach § [21 a VII](#) 1 ArbZG substantiiert darzulegen, an welchen Tagen der Arbeitnehmer aus welchen Gründen in geringerem zeitlichen Umfang als von ihm behauptet gearbeitet haben muss.

AGB-Kontrolle

Pauschale Abgeltung

3 Urteile des BAG

1. Rechtsanwalt (wollte Partner werden, brutto monatlich 5833,33 Euro.)
2. Arbeitnehmer mit zusätzlichen Provisionen (2.200 € brutto zuzüglich etwa 50 % Provisionen)
3. Lagerarbeiter (1.800 € brutto)

U

Urlaub

Urlaub

„Das neue Urlaubsrecht steht“
(v. Steinau-Steinbrück, NJW-Spezial
2012, 626)

Rechtsprechung des EUGH

Gerhard Schultz-Hoff im Januar 2009

Ein Arbeitnehmer verliert seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht, wenn er ihn wegen Krankheit nicht ausüben konnte. Der nicht genommene Jahresurlaub ist vielmehr abzugelten.

Der EUGH

nuanciert(!) seine Rechtsprechung im
November 2011

Winfried Schulte

Auch in dem dem Urteil zugrunde liegenden Fall machte ein dauerhaft arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Urlaubsabgeltungszahlungen geltend. Die Besonderheit in diesem Fall lag darin, dass in dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren **Tarifvertrag** eine Regelung enthalten war, nach der Urlaubsansprüche nach Ablauf von 15 Monaten nach Ende des jeweiligen Urlaubsjahres auch im Falle der Arbeitsunfähigkeit verfallen. Der EuGH stellte klar, dass auch nach geltendem Unionsrecht eine unbegrenzte Ansammlung von Urlaubsansprüche auf Seiten arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer nicht erforderlich sei und stellte überdies ausdrücklich fest, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten, nach denen auch die Urlaubsansprüche arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer nach einem Übertragungszeitraum von 15 Monaten erlöschen, unionsrechtlich nicht zu beanstanden sind. Die Schlussfolgerung aus Schulz-Hoff müsse **„jedoch unter den besonderen Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens nuanciert werden.“**

Die Rechtsprechung des BAG

Aufgabe der Surrogationstheorie

=

Jetzt reiner Geldanspruch

Surrogationstheorie

1. Anlass der Surrogatsrechtsprechung waren die Ansprüche auf Urlaubsabgeltung von **fortdauernd arbeitsunfähig erkrankten** Arbeitnehmern.
2. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wollte ausschließen, dass arbeitsunfähig **ausscheidende Arbeitnehmer bessergestellt werden als die im Arbeitsverhältnis verbleibenden arbeitsunfähigen Arbeitnehmer** (BAG 17. Januar 1995 - 9 AZR 436/93 - zu I 1 b der Gründe).
3. Weiterhin nahm die Rechtsprechung zur Begründung der Surrogatstheorie eine **Zweckidentität von Urlaubs und Urlaubsabgeltungsansprüchen** an (BAG 7. November 1985 - 6 AZR 202/83 - zu 3 der Gründe, BAGE 50, 107; BAG 7. März 1985 - 6 AZR 334/82 - zu 3 b der Gründe, BAGE 48, 186). Er diene der gleichen Funktion wie der Urlaubsanspruch selbst (BAG 23. Juni 1983 - 6 AZR 180/80 - zu 3 der Gründe, BAGE 44, 75). Der Arbeitnehmer sollte trotz der Beendigung des Arbeitsverhältnisses finanziell in die Lage versetzt werden, Freizeit zur Erholung zu nehmen (BAG 23. Juni 1983 - 6 AZR 180/80 - aaO).

Reiner Geldanspruch

Der Senat gibt seine Rechtsprechung zum Charakter des Abgeltungsanspruchs als Surrogat des Urlaubsanspruchs insgesamt auf. Der Abgeltungsanspruch ist ein Geldanspruch, dessen Erfüllbarkeit nicht von der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers abhängt und der **nicht dem Fristenregime des BUrlG unterliegt.** Die völlige Aufgabe der Surrogatstheorie hat zur Folge, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch nunmehr stets einen auf eine finanzielle Vergütung iSd. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. EU L 299 vom 18. November 2003 S. 9; im Folgenden: Arbeitszeitrichtlinie) gerichteten reinen Geldanspruch darstellt. Die damit insbesondere verbundene Möglichkeit des Verfalls aufgrund Nichtwahrung tariflicher Ausschlussfristen (vgl. zu dieser Konsequenz bei andauernder Arbeitsunfähigkeit bereits ausführlich: BAG 9. August 2011 - 9 AZR 365/10 - Rn. 16 ff., EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 18) steht im Einklang mit Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie.

1. Zunächst Aufgabe beim arbeitsunfähigen Arbeitnehmer,

Die Surrogatstheorie konnte **für Abgeltungsansprüche bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums** in der Folge der Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH vom 20. Januar 2009 (- C-350/06 und C-520/06 - Slg. 2009, 1-179) nicht aufrechterhalten werden (BAG 13. Dezember 2011 - 9 AZR 399/10 - Rn. 15, EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 20; 4.5.2010 NZA 2010, 1011).

2. jetzt auch beim arbeitsfähigen Arbeitnehmer

Der Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs ist auch für den Fall der Arbeitsfähigkeit des aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidenden Arbeitnehmers ein reiner Geldanspruch. Er unterfällt deshalb nicht dem Fristenregime des BUrlG (**vollständige Aufgabe der Surrogatstheorie**).

„Für eine dennoch unterschiedliche Behandlung des rechtlichen Schicksals des Urlaubsabgeltungsanspruchs, je nachdem, ob der Arbeitnehmer arbeitsunfähig oder arbeitsfähig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, gibt es auch keinen sonstigen sachlichen Grund“ (BAG: Urteil vom 19.06.2012 - 9 AZR 652/10BeckRS 2012, 73170).

... und auch kein Schutz des Abgeltungsanspruchs hinsichtlich des Mindesturlaubs

Da der **Abgeltungsanspruch** nicht mehr mit dem Urlaubsanspruch gleichgesetzt wird, unterfällt er auch nicht mehr der **Änderungssperre des § 13 Abs. 1 BUrlG**. Er ist deshalb durch Tarifvertrag auch zum Nachteil des Arbeitnehmers abdingbar und ausgestaltbar. Demnach unterfällt der Urlaubsabgeltungsanspruch tariflichen Ausschlussfristen (BAG 21.2.2012 – 9 AZR 486/10, NZA 2012, 750; BAG 13.12.2011 – 9 AZR 399/10, NZA 2012, 514). Deren Länge muss sich nicht nach den Vorgaben des EuGH für wirksame Verfallfristen für den Urlaubsanspruch selbst richten (EuGH 22.11.2011 – C-214/10, „KHS“, NZA 2011, 1333); sie müssen also nicht deutlich länger als der Bezugszeitraum von einem Jahr sein, so dass zweimonatige tarifliche Ausschlussfristen wirksam sind (BAG 13.12.2011 – 9 AZR 399/10, NZA 2012, 514).

Für den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Teil tariflichen Mehrurlaubs galt dies ohnehin.

Achtung!

Furchtbare Haftungsfalle
Ausschlussfrist!

und weiter: BAG 7.8.2012

Bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern entsteht der gesetzliche Urlaubsanspruch auch dann, wenn ihr Arbeitsverhältnis wegen des Bezugs einer Erwerbsminderungsrente ruht. Allerdings verfällt er 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres. Dies hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 07.08.2012 entschieden. Die zeitliche Begrenzung hat es in Auslegung des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG vorgenommen, nachdem der Europäische Gerichtshof in seiner «KHS/Schulte»-Entscheidung vom November 2011 (BeckRS 2011, 81665) einen gesetzlich oder tarifvertraglich vorgesehenen Verfall des Urlaubs 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres für zulässig erachtet hatte (Az.: 9 AZR 353/10).

Auch im ruhenden Arbeitsverhältnis entstehen
Urlaubsansprüche

7.8.2012

Urlaub verfällt 15 Monate nach
Ende des Urlaubsjahrs

Kann Urlaub noch genommen werden, und liegt kein Übertragungsgrund vor, erlischt der Urlaub, wenn er nicht genommen wird (rechtzeitig arbeitsfähiger Arbeitnehmer).

BAG 9.8.2011, NZA 2012, 29

Rechtsprechung betrifft nur den gesetzlichen Mindesturlaub,
nicht den zusätzlich vertraglich eingeräumten Urlaub

v. Steinau-Steinbrück, NJW-Spezial
2012, 627.

V

Versetzung

Versetzung – Zumutbarkeit von Fahrzeiten

Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen i. S. von **§ 106 S. 1 GewO, § 315 BGB** erfordert eine Abwägung der wechselseitigen Interessen.

Den Regelungen in § 121 Absatz IV 1 und 2 SGB III können belastbare Grenzen für die Zumutbarkeit einer Versetzung nicht entnommen werden.

V

Videoüberwachung

**Videoüberwachung - Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung –
Zulässigkeit des Diebstahlsnachweises durch verdeckte
Videoüberwachung**

Instruktiv!

BAG, Urt. v. 21. 6. 2012 – 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025

Danach ist die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist. Der Verdacht muss in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern bestehen.

Das neue Gesetz bleibt abzuwarten

Instruktiv bis dahin

Bergwitz NZA 2012, 353:

- 1. Beweisverwertungsverbot**
- 2. Verwertungsverbot des Sachvortrags**

Z

Zeugnistext

**BAG, Urt. v. 15. 11. 2011 – 9 AZR
386/10, NZA 2012, 448**

Zeugnisklarheit – Geheimcode

Insbesondere das dem Arbeitnehmer gem. § 109 Absatz I 3 GewO zu erteilende qualifizierte Zeugnis ist für mögliche künftige Arbeitgeber Grundlage der Personalauswahl. Der Inhalt des Zeugnisses muss deshalb wahr sein (Grundsatz der Zeugniswahrheit). Daneben darf das Zeugnis gem. § 109 Absatz II GewO keine unklaren Formulierungen enthalten, durch die der Arbeitnehmer anders beurteilt werden soll, als dies aus dem Zeugniswortlaut ersichtlich ist (Grundsatz der Zeugnisklarheit). Genügt das erteilte Zeugnis diesen Anforderungen nicht, kann der Arbeitnehmer weiterhin Erfüllung seines Zeugnisanspruchs durch entsprechende Berichtigung oder Ergänzung des Zeugnistexts verlangen.

Aufnahme einer vollständigen Schlussformel in ein Zeugnis, ArbG München Urteil vom 22.03.2012 - 23 Ca 8191/11, BeckRS 2012, [71772](#)

Der Kläger kann die Aufnahme der vollständigen Schlussformel mit Dank und Bedauern in das Zeugnis verlangen. Nach dem ab 01.01.2003 eingefügten neuen § 109 II 2 GewO kann die Beklagte hier bei der gegebenen sehr guten bis guten Leistungs- und Verhaltensbewertung die Dankes- und Wünschepassage nicht einfach weglassen, weil dies bei einem objektiven Zeugnisleser zu einer Abwertung der gegebenen Leistungs- und Verhaltensbeurteilung führt.

Es erscheint sehr fraglich, ob die von der Beklagten zitierte alte bundesarbeitsgerichtliche Rechtsprechung (BAG, NZA 2001, 843) noch zeitgemäß ist. Die Verwendung von Schlussformeln ist seither weiter im Vordringen und heute überwiegend üblich; zumindest verschließt sich kein vernünftiger Arbeitgeber heute einem derartigen ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers.

So kann man sich irren!

BAG, Urteil 11. 12. 2012 – 9 AZR 227/11

Der Arbeitgeber ist gesetzlich nicht verpflichtet, das Arbeitszeugnis mit Formulierungen abzuschließen, in denen er dem Arbeitnehmer für die geleisteten Dienste dankt, dessen Ausscheiden bedauert oder ihm für die Zukunft alles Gute wünscht.

E

Ende