



Verantwortlich und Redaktion:
 RA Hildegard Reppelmund
 E-Mail: reppelmund.hildegard@berlin.dihk.de

Breite Str. 29
 D-10178 Berlin

Nachdruck nur mit Zustimmung
 des DIHK und mit Quellennachweis

Infoletter

Arbeitsrecht

Inhaltsübersicht

• Befristete Arbeitsverträge mit ehemaligen Auszubildenden	Seite 2
• Merkblatt: Überstunden und ihre Vergütung	Seite 2
• Fragen und Antworten: Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers	Seite 3
• Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung:	Seite 5
Kostenverteilung für Berufskleidung	
Übernahme von Auszubildendenvertreter	Seite 5
Haftung für gezillerte Tarife bei Entgeltumwandlung	
Vererbung von Abfindungsanspruch	Seite 6
Wettbewerbsverbot für Auszubildende	Seite 7
Vorrang der Beendigung von Leiharbeitsverhältnissen vor betriebsbedingter Kündigung	
Personaleinsatzplanung und Feiertage	
Abgrenzung freier Mitarbeit von Arbeitsvertrag	
Keine fristlose Entlassung bei Beleidigung von Kollegen	Seite 8
Kündigung bei dauernder Arbeitsunfähigkeit/Beförderungsanspruch?	
Anforderungen an betriebliches Eingliederungsmanagement	Seite 9
Kein Lohnanspruch von ALG-II-Empfänger gegenüber Betrieb	Seite 10
Kurzmeldungen mit Fundstelle	Seite 10
AGG, Betriebsübergang, Kündigungsrecht (Sozialauswahl, Schwerbehinderung)	Seite 10
• Raucherpausen und ihre Folgen	Seite 11
• Was ist bei einer Betriebsverlegung zu beachten?	Seite 12
• Initiative „job – Jobs ohne Barrieren“	Seite 13
• Literaturhinweise und Buchtipps zum Schluss	Seite 13

Ehemalige Auszubildende können auf zwei Arten befristet eingestellt werden.

Es besteht die häufig praktizierte Möglichkeit einen Arbeitnehmer im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium befristet einzustellen, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern. Dies stellt einen **sachlichen Grund** im Sinne des **§ 14 Abs. 1 Nr. 2** Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) dar.

Es besteht aber auch die Möglichkeit, einen ehemaligen Auszubildenden, der den Betrieb direkt nach dem Ende seiner Ausbildung verlassen hat, erneut und **ohne sachlichen Grund** bis zu einer Dauer von zwei Jahren einzustellen.

Der Ausschluss einer befristeten Einstellung ohne sachlichen Grund nach **§ 14 Abs. 2 Satz 2** TzBfG, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, greift in diesen Fällen nicht. Das Berufsausbildungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis im Sinne von **§ 14 Abs. 2 Satz 2** TzBfG. Dies ergibt sich nicht nur aus der Gesetzesbegründung, sondern auch aus **§ 10 Abs. 2** Berufsbildungsgesetz (BBiG). Hiernach sind die für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze anzuwenden, soweit sich aus dem Wesen und dem Zweck des Berufsausbildungsvertrages sowie dem BBiG nichts anderes ergibt. Soweit das Berufsausbildungsverhältnis in anderen Bereichen dem Arbeitsverhältnis gleichgesetzt worden ist, ist dies nicht auf das TzBfG übertragbar. (vgl. Sievers, Kommentar zum TzBfG § 14, Rdnr. 330)

Ebenso wenig schließt die frühere Beschäftigung als Praktikant, Volontär oder Umschüler eine sachgrundlose Befristung aus, wenn die Vordienstzeit in keinem Arbeitsverhältnis verbracht wurde. (vgl. ErfK/Müller-Glöge § 14 TzBfG, Rdnr. 121).

Katrin Opgen-Rhein/Martin Bonelli
IHK Darmstadt

Überstunden sind ein wichtiges Instrument, um flexibel auf kurzfristig anfallenden höheren Bedarf an Arbeitskapazität reagieren zu können. Je größer die Fachpersonalknappheit wird, desto eher werden Überstunden eingesetzt, um Personalmangel aufzufangen.

Wie viele Überstunden sind zulässig?

Wie viele Überstunden rein rechtlich zulässig sind, regelt das Arbeitszeitgesetz:

Grundsätzlich darf ein Arbeitnehmer acht Stunden pro Werktag arbeiten. Die Arbeitszeit kann bis auf höchstens 10 Stunden am Tag angehoben werden, sofern die durchschnittliche Arbeitszeit von acht Stunden über einen Zeitraum von sechs Monaten oder 24 Wochen nicht überschritten wird.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die über die acht Stunden hinausgehende Arbeit aufzuzeichnen und zwei Jahre lang aufzubewahren. Überstunden können nur aufgrund vertraglicher Regelungen angeordnet oder der Arbeitnehmer kann aufgrund seiner Treuepflicht dazu angehalten werden.

Müssen Überstunden vergütet werden?

Die Vergütungspflicht von Überstunden kann sehr unterschiedlich ausfallen. Im Arbeitszeitgesetz wird über die Vergütung von Überstunden aber gesagt.

Insofern hängt die finanzielle Seite der Überstunden vor allem von der arbeitsvertraglichen Gestaltung ab. Dennoch enthalten Arbeitsverträge häufig keine Aussagen hierzu. Daher kommt es häufig zu Streit hierüber.

Es gibt vertragliche Möglichkeiten, wie die oft sehr hohen finanziellen Belastungen bei der Überstundenvergütung eingedämmt bzw. verhindert werden könnten, ohne aber auf sie gänzlich verzichten zu müssen. Die folgenden verschiedenen Varianten können Arbeitgeber vor allem bei Neueinstellungen nutzen.

Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten a) Pauschale Abgeltungsklausel

In der Vertragsgestaltung vieler Arbeitgeber ist oft eine pauschale Abgeltungsklausel mit dem Ausschluss jeder Überstundenvergütung enthalten. Damit wird versucht, eine Mehrvergütung zu umgehen. Jedoch halten die Arbeitsgerichte diese Klauseln für unwirksam. Dabei spielt die Position des Arbeitnehmers, ob leitender Angestellter oder Bauarbeiter, keine Rolle.

b) Pauschalabgeltung mit Höchstgrenze

Zulässig bleibt allerdings eine Pauschalabgeltung der Überstunden mit dem Grundlohn bis zu einer bestimmten Höchstgrenze. Für den Arbeitnehmer muss ersichtlich bleiben, wie viele Stunden er für das Entgelt arbeitet. Die Länge der abgegoltenen Zeit bestimmt sich je nach Höhe der Grundvergütung. D.h., es darf kein Missverhältnis zwischen Pauschalierung und angeordneten Überstunden entstehen. Das BAG hat einer Flexibilisierung des Lohns maximal zu einem Viertel zugestimmt (Urteil v. 29.5.2005 – Az. 5 AZR 52/05). Problematisch bei dieser Variante ist daher der relativ schmale Grad hin zur Unwirksamkeit.

c) Freizeitausgleich

Rechtssichere Alternativen können verschiedene Arbeitszeitmodelle sein, sofern es tarifvertraglich möglich ist, sie anzuwenden: Zum einen könnte mit den Arbeitnehmern vereinbart werden, dass sie geleistete Überstunden auch durch Freizeit statt in Geld ausgleichen. Auch hier können wieder Höchstgrenzen vereinbart werden, ab der eine finanzielle Vergütung erfolgt. Wurde Freizeitausgleich vereinbart, so hat der Arbeitgeber keine Pflicht, nicht freizeitlich genutzte Überstunden zu vergüten. Dieses System wird häufig in Form des Gleitzeitmodells praktiziert. Die mögliche finanzielle Entlastung löst aber nicht das Problem, dass einige Mitarbeiter einen erhöhten Freizeitausgleich haben und im Unternehmen somit zu bestimmten Zeiten ein Arbeitskräftemangel entstehen könnte.

d) Langzeitkonten

Dieses Problem besteht bei Langzeitkonten weniger und ist für den Arbeitgeber besser beherrschbar. Die durch Überstunden angesparte Freizeit berechtigt den Arbeitnehmer zu einer Frühverrentung oder einer längeren Auszeit (Sabbatical).

e) Vertrauensarbeitszeit

Eine weitere Möglichkeit bietet die Einführung von Vertrauensarbeitszeit. Bei dieser wird grundsätzlich weder eine Zeiterfassung noch eine Zeitkontrolle durchgeführt. Es steht nur das qualitative Ergebnis des Arbeitnehmers im Mittelpunkt. Diesem ist es allein überlassen, wie er die Zielvorgaben zeitlich realisiert. Im Arbeitsvertrag wird nur ein Rahmen der täglichen/wöchentlichen Arbeitszeit vorgegeben. Der Arbeitgeber muss aber trotz fehlender Zeitkontrolle sicherstellen, dass die Höchstarbeitszeit nicht überschritten wird. Arbeitnehmer können sich Überstunden nur vergüten lassen, sofern sie ihre Arbeitszeiten aufzeichnen. Sinn dieses Modells ist aber, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben soll, Überstunden durch Freizeit zu kompensieren. Vertrauensarbeitszeit ist allerdings in der Praxis nicht für jeden Aufgabenbereich im Betrieb geeignet.

Wer muss Überstunden beweisen?

Bei Streitigkeiten ist es Aufgabe des Arbeitnehmers zu beweisen, wann und wie viele Überstunden geleistet wurden. Die Anforderungen daran steigen bei flexiblen Arbeitszeiten (Datum und Aufschlüsselung jeder Stunde). Er muss auch darlegen, dass die Mehrarbeit vom Arbeitgeber angeordnet oder zumindest geduldet worden ist, wobei die bloße Kenntnisnahme streitig ist. Bei nicht erfolgter Anweisung muss die Sachdienlichkeit der Überstunden erläutert werden.

Marcus Berndt/Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Fragen und Antworten: Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers

Arbeitnehmer unterliegen schon kraft Gesetzes Verschwiegenheitspflichten. Nach § 17 UWG - Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - ist der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen strafbar, wenn der Arbeitnehmer sie zu Zwecken des Wettbewerbs aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, an jemand mitteilt. Ein weiteres Beispiel ist § 79 Betriebsverfassungsgesetz, nach dem die Mitglieder des Betriebsrats verpflichtet sind, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen

wegen ihrer Zugehörigkeit zum Betriebsrat bekannt geworden und vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden sind, nicht zu offenbaren und nicht zu verwerthen. Über die gesetzlichen Regelungen hinaus erfasst die *arbeitsvertragliche* Verschwiegenheitspflicht nicht nur Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, sondern auch darüber hinausgehende schützenswerte Arbeitgeberinteressen.

Ist eine vertragliche Vereinbarung erforderlich, um den Arbeitnehmer zur Verschwiegenheit zu verpflichten?

Auch ohne besondere Vereinbarung ist der Arbeitnehmer verpflichtet, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Es handelt sich hierbei um eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, die neben den spezialgesetzlichen Geheimhaltungspflichten besteht.

Was sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse?

Dies sind alle Tatsachen, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen, nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt und nicht offenkundig sind und nach dem (ausdrücklich oder konkludent) bekundeten Willen des Arbeitgebers auf Grund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden sollen. Beispiele sind Tatsachen aus dem technischen und betrieblichen Bereich (Produktionseinrichtungen, Computersoftware), aus dem Absatz- und Lieferantenbereich, aus dem Rechnungswesen (Bilanzen, Kalkulationen) und Fakten aus dem Personalbereich.

Wann ist ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis "offenkundig" und unterliegt damit nicht der Verschwiegenheitspflicht?

Offenkundig und damit nicht der Verschwiegenheitspflicht unterliegend ist eine Tatsache, wenn sie von jedermann ohne größere Schwierigkeiten in Erfahrung gebracht werden kann. Zur Offenkundigkeit führt z.B. die Veröffentlichung in einer Fachzeitschrift.

Wann hat der Arbeitgeber an der Geheimhaltung eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses kein "berechtigtes wirtschaftliches Interesse"?

Ein solches Interesse an der Geheimhaltung scheidet bei illegal - also etwa durch Wettbe-

werbsverstöße oder Straftaten - erlangtem Tatsachenmaterial aus.

Kann die Verschwiegenheitspflicht insoweit erweitert werden, als bestimmte Informationen vom Arbeitgeber ausdrücklich als vertraulich bezeichnet werden?

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Verschwiegenheitspflicht innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Grenzen durch vertragliche Vereinbarung erweitern. Mindestvoraussetzung für deren Zulässigkeit ist ein Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers.

Besteht die Verschwiegenheitspflicht nur während der Dauer des Arbeitsverhältnisses?

Die Verschwiegenheitspflicht beginnt grundsätzlich mit Abschluss des Arbeitsvertrages; im Stadium der Vertragsanbahnung besteht sie, soweit ein besonderes Vertrauensverhältnis begründet wurde. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich zur Verschwiegenheit über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verpflichtet. Das gilt aber nur insoweit, wie der Arbeitnehmer durch die Wahrung solcher Verschwiegenheitspflichten nicht in seiner Berufsausübung unzumutbar beschränkt wird. Einen weitergehenden Geheimnisschutz kann der Arbeitgeber nur über die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots erreichen.

Welche Rechtsfolgen hat die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht?

Auf die Verletzung kann der Arbeitgeber zum einen mit einer Unterlassungsklage reagieren. Auch eine Strafbarkeit des Arbeitnehmers kommt in Betracht, z. B. gemäß § 17 UWG. Ferner können Geheimnisverletzungen die ordentliche oder außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Daneben können auch Schadenersatzansprüche bestehen.

Maureen Ellen
IHK Kassel

Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung

Kostenverteilung für Berufskleidung

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 13.2.2007- Az. 1 ABR 18/06

Grundsätzlich dürfen Arbeitgeber innerhalb ihrer Weisungsbefugnis ihren Mitarbeitern vorgeben, welcher Kleidungsstil im Unternehmen zu tragen ist. Gibt es einen Betriebsrat, so ist dessen Zustimmung gem. § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG erforderlich. Kann kein Konsens erzielt werden, so dürfen Einigungsstellen darüber entscheiden.

Fraglich ist jedoch, wer für die Kosten der Arbeitsbekleidung aufzukommen hat. Laut Bundesarbeitsgericht darf solch eine rechtliche Frage nur durch das Gesetz, einen Tarif- oder Arbeitsvertrag geklärt werden.

Indirekt kann aber auch schon durch die Bestimmung über die Kleiderordnung eine Kostenentscheidung gefällt werden: Ist z. B. das Tragen von **Schutzkleidung** aufgrund von Arbeitsschutzverordnungen vorgeschrieben, so trägt der Arbeitgeber die Kosten, um seiner vertraglichen Fürsorgepflicht hinsichtlich des Gefahrenschutzes am Arbeitsplatz nachzukommen. Der Arbeitnehmer kann für diese Kleidungsart bei Eigenbeschaffung auch Aufwendungsersatz verlangen. Eine Kostenbeteiligung ist nur bei zusätzlicher privater Nutzung zulässig. Der Arbeitgeber ist Eigentümer der gestellten Bekleidung. Er hat demnach auf eigene Rechnung für Ersatzbeschaffung, Instandhaltung und Reinigung zu sorgen.

Umgekehrt verhält es sich bei **Arbeits- und Berufskleidung**. Diese wird vom Arbeitnehmer aus Praktikabilitätsgründen, z. B. zur Schonung eigener Bekleidung, getragen. Er muss daher für die Kosten alleine aufkommen.

Für vom Arbeitgeber vorgeschriebene Dienstkleidung muss der Arbeitnehmer - ggf. anteilig - (mit)bezahlen, wenn die Kleidung auch für die Verwendung über die Arbeitszeit hinaus geeignet ist und der finanzielle Aufwand nicht im Missverhältnis zur Vergütung steht. Entscheidend sind hier aber tarifliche, betriebliche oder arbeitsver-

tragliche Vereinbarungen sowie andere (Unfallverhütungs-)Vorschriften.

Arbeitnehmer können Aufwendungen bzw. Beteiligungen steuerlich als Werbungskosten geltend machen, wenn die Kleidung überwiegend einen beruflichen Zweck erfüllt. Eine Jahrespauschale in Höhe von 100 € hat das FG Münster anerkannt (Urteil v. 9.2.2002, Az. 1K6432/00E).

Die Überlassung nicht privat nutzbarer Kleidung durch den Arbeitgeber gilt gem. § 3 Nr. 31 EStG als steuerfreier Sachbezug. Als steuerpflichtigen Arbeitslohn hingegen stuft der Bundesfinanzhof Kleidung ein, deren berufliche Verwendung nicht erstrangig ist bzw. fern des Betriebszwecks liegt.

Marcus Berndt/Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Übernahme von Auszubildendenvertreter

BAG, Beschluss vom 15.11.2006 – Az. 7 ABR 15/06

Auszubildende, die Mitglied eines Betriebsverfassungsgremiums wie dem Betriebsrat oder der Jugend- und Auszubildendenvertretung sind, unterstehen dem besonderen Schutz des § 78a BetrVG. Dieser Schutz erlischt erst mit dem Ablauf eines Jahres nach ihrem Ausscheiden.

Der Auszubildende ist verpflichtet, in den letzten drei Monaten vor dem Ausbildungsabschluss die unbefristete Übernahme beim Arbeitgeber schriftlich zu fordern, wenn er nach dem Ende der Lehre in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis weiterbeschäftigt werden will. Möchte der Arbeitgeber dem entgegenwirken, muss er dies mindestens drei Monate vor der Beendigung dem Auszubildenden schriftlich mitteilen.

Unterlässt der Arbeitgeber diese Mitteilung, kann er gegen eine Übernahme nur bis zwei Wochen nach dem Ausbildungsabschluss mit einer Klage vor dem zuständigen Arbeitsgericht vorgehen. Er muss dann darlegen, dass eine Weiterbeschäftigung unzumutbar wäre. Die Unzumutbarkeit liegt in der Regel nicht vor, wenn eine dauerhafte Beschäftigung zum Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung entsprechend der Qualifikation des Auszubildenden möglich ist. Jedoch ist der Ar-

beitgeber nicht verpflichtet, eine solche Stelle erst zu schaffen. Weiterhin ist es zumutbar, wenn sich der Auszubildende vor dem Ende der Lehre bzw. unverzüglich nach einem Ablehnungsschreiben des Arbeitgebers schriftlich bereit erklärt hat, eine andere unbefristete Stelle, d. h. zu veränderten Konditionen, besetzen zu wollen und eine solche auch vorhanden ist. Dem Arbeitgeber muss ausreichend Zeit bleiben, den Antrag prüfen und ggf. ein Beteiligungsverfahren gem. § 99 BetrVG durchführen zu können. Im Prozess kann sich der Auszubildende nicht mehr erstmalig auf seine Bereitschaft berufen. Lehnt der Auszubildende auch vorher eine angebotene Stelle ab, so ist es ihm nicht mehr möglich, sich doch auf diese zu berufen. Des Weiteren muss der Antrag die veränderten Konditionen bzw. die andere Arbeitsstelle konkret definieren. Eine Pauschalisierung auf jegliche Weiterarbeit und Vorbehalte sind ausgeschlossen, damit der Arbeitgeber in der Lage ist, eine mögliche Weiterbeschäftigung genau untersuchen zu können.

Wie das Bundesarbeitsgericht entgegen vieler LAG-Entscheidungen und einigen Teilen des Schrifttums erstmalig festgelegt hat, ist für die Weiterbeschäftigung nur auf den Ausbildungsbetrieb abzustellen. Andere Betriebsteile des Unternehmens sind von der Beurteilung ausgenommen. Denn durch die Versetzung in einen anderen Betrieb müsste der Auszubildende sein Amt aufgeben. Das ist jedoch nicht Sinn und Zweck der Vorschrift, da es dem Schutz der Ämterkontinuität zuwider laufen würde.

Mit diesem Beschluss, dass eine Weiterbeschäftigungspflicht aus § 78a Abs. 2 BetrVG das Bestehen eines freien Dauerarbeitsplatzes im Ausbildungsbetrieb voraussetzt, kommt das BAG den Arbeitgebern deutlich entgegen.

Marcus Berndt/Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Haftung des Arbeitgebers für gezillmerte Tarife bei der Entgeltumwandlung

LAG München, Urteil vom 14.03.2007 – Az. 4 Sa 1152/06

Nach einem Urteil des Landesarbeitsgerichts München (LAG) vom 15. März 2007 ist der Ent-

geltumwandlungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unwirksam, wenn der Versicherungsvertrag gezillmerte Tarife enthält.

Von einem gezillmerten Versicherungstarif spricht man, wenn mit den Beiträgen zunächst die Versicherungs- und Abschlusskosten, sämtliche Vertriebs- und Akquisitionskosten, vollständig getilgt werden, bevor die Beiträge zum Aufbau der Altersversorgung eingesetzt werden. Dies hat zur Folge, dass bei vorzeitiger Kündigung des Versicherungsvertrages durch den Arbeitnehmer nur ein geringer Prozentsatz der eingezahlten Beiträge oder Prämien als Versicherungs(rückkaufs)wert erreicht wird.

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG muss die Versorgungsanwartschaft mit dem umgewandelten Arbeitsentgelt wertgleich sein. Das LAG München vertritt die Auffassung, dass gezillmerte Lebensversicherungsverträge diesem Erfordernis grundsätzlich nicht genügen, jedenfalls bei Verteilung der Abschlusskosten auf weniger als 10 Jahre. In dem dem Urteil zugrunde liegenden Fall hatte eine Arbeitnehmerin bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses über 35 Monate insgesamt 6.230 € ihres Arbeitsentgeltes in eine betriebliche Altersversorgung (bAV) umgewandelt. Zum Zeitpunkt des Ausscheidens beim Arbeitgeber wurde der Klägerin ein Versicherungswert in Höhe von 639 € mitgeteilt. Die Klägerin machte gegen den Arbeitgeber den Differenzbetrag in Höhe von 5.591 € geltend. Da die Entgeltumwandlungsvereinbarung aufgrund des gezillmerten Tarifs nach Auffassung der Münchner Richter unwirksam war, wurde der Arbeitgeber zur Zahlung des umgewandelten Entgeltes abzüglich des Rückkaufwertes der Versicherung verurteilt. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

Ulrike Augustin
IHK München

Vererbung von Abfindungsanspruch

BAG, Urteil vom 10.05.2007 (Az. 2 AZR 45/06)

Wenn ein Arbeitgeber bei Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung dem Arbeitnehmer nach § 1a KSchG eine Abfindung anbietet, wenn er auf eine Kündigungsschutzklage verzichtet,

dann entsteht der Anspruch auf diese Abfindung erst mit Ablauf der Kündigungsfrist. Verstirbt der gekündigte Arbeitnehmer vor Ablauf dieser Kündigungsfrist, so endet das Arbeitsverhältnis durch den Tod. Da der Abfindungsanspruch zu diesem Zeitpunkt also noch nicht entstanden war, kann er auch nicht auf die Erben übergehen.

In dem zu entscheidenden Fall hatte der gekündigte Arbeitnehmer mit Rücksicht auf die erteilte Abfindungszusage keine Kündigungsschutzklage erhoben. Wenige Tage vor Ablauf der Kündigungsfrist verstarb er. Die Eltern des verstorbenen Arbeitnehmers machten als Erben gegenüber dem Arbeitgeber ihres Sohnes die Abfindung geltend.

Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Wettbewerbsverbot für Auszubildende

BAG, Urteil vom 20.09.2006 - Az.: 10 AZR 439/05

Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 20.09.2006 (Az.: 10 AZR 439/05) unterliegt ein Auszubildender während der Dauer des Berufsausbildungsverhältnisses einem Wettbewerbsverbot. Verletzt er dieses schuldhaft, ist er schadensersatzpflichtig.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Betroffene absolvierte bei einem Finanzdienstleistungsunternehmen eine Berufsausbildung zum Versicherungskaufmann. Im Rahmen seiner Ausbildung war er damit beauftragt, Kunden des Finanzdienstleistungsunternehmens aufzusuchen, Anträge für Versicherungen aufzunehmen und weiterzuleiten. Zunächst erhielt der Ausbilder Hinweise, dass der Auszubildende Versicherungsverträge von Versicherungen vermittelte, mit denen das Finanzdienstleistungsunternehmen in keinen Geschäftsbeziehungen stand. Nachdem das Ausbildungsverhältnis auf Wunsch des Auszubildenden kurze Zeit darauf beendet wurde, eröffnete der ehemalige Auszubildende einige Monate später eine Generalvertretung für eines dieser Versicherungsunternehmen. Das Finanzdienstleistungsunternehmen verklagte den ehemaligen Auszubildenden auf

Schadensersatz wegen der für über 30 Versicherungsverträge entgangenen Provisionen. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Das Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt hingegen gab der Klage statt. Die dagegen gerichtete Revision des Auszubildenden hatte keinen Erfolg.

Der Auszubildende ist nach Auffassung des BAG nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet. Das für Handlungsgehilfen in § 60 Handelsgesetzbuch (HGB) ausdrücklich geregelte Wettbewerbsverbot beruht auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass der Arbeitnehmer während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich jede Konkurrenzfähigkeit zu Lasten seines Arbeitgebers unterlassen muss. Dies gilt auch für einen Auszubildenden während der Dauer des Berufsausbildungsverhältnisses.

Auch das Berufsbildungsgesetz (BBiG) steht einem Wettbewerbsverbot für Auszubildende während des Ausbildungsverhältnisses nicht entgegen, da es wettbewerbsrechtliches Verhalten des Auszubildenden nur unvollständig regelt. Unzulässig ist lediglich die Auferlegung eines Wettbewerbsverbotes über die Dauer des Ausbildungsverhältnisses hinaus, da der Auszubildende nach § 12 Abs. 1 BBiG für die Zeit nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses nicht in der Ausübung der beruflichen Tätigkeit beschränkt werden darf.

Der Auszubildende hat allerdings die Pflicht, einen gegen die Interessen des Ausbildungsbetriebes gerichteten Wettbewerb zu unterlassen. Ebenso wenig wie ein Arbeitnehmer, der seine Existenz durch abhängige Arbeit sichert, darf ein Auszubildender, der die Erwerbsmöglichkeiten bei seinem Ausbilder erlernen soll, dessen wirtschaftliche Optionen gefährden.

Des Weiteren hat das BAG erneut entschieden, dass in einem Ausbildungsverhältnis keine anderen Haftungsgrundsätze gelten als in einem Arbeitsverhältnis. Die eventuelle Unerfahrenheit eines Auszubildenden, welcher sich gerade gegen Ende seiner Ausbildung um einen künftigen, eventuell in Konkurrenz zum Ausbildungsbetrieb stehenden Arbeitgeber zu bemühen hat, kann nach Ansicht des BAG unter Umständen über ein Mitverschulden des Ausbilders berücksichtigt

werden bzw. eine ansonsten strenge Haftung abmildern. Im vorliegenden Fall lag allerdings kein Mitverschulden vor, da ein Ausbilder nicht mit einer Tätigkeit eines Auszubildenden zugunsten eines Konkurrenzunternehmens rechnen muss.

Katrin Opgen-Rhein/Martin Bonelli
IHK Darmstadt

Vorrang der Beendigung von Leiharbeitsverhältnissen vor betriebsbedingter Kündigung

LAG Hamm, Urteil v. 05.03.2007 – Az. 11 Sa 1338/06

Grundsätzlich sind die Einsätze von Leiharbeitnehmern zuerst zu beenden, bevor das Unternehmen einem Arbeitnehmer / einer Arbeitnehmerin im betroffenen Aufgabenbereich betriebsbedingt kündigen kann.

Mit Urteil vom 5. März 2007 hat das Landesarbeitsgericht Hamm (LAG Hamm, 5.3.2007 – 11 Sa 1338/06) rechtskräftig entschieden, dass der Abbau von Leiharbeit eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit zur Vermeidung einer Kündigung der Stammbesellschaft darstellt. Diese Frage wurde zwar vom Bundesarbeitsgericht (BAG) bisher noch nicht entschieden, lässt sich aber in Anlehnung an vom Sachverhalt her vergleichbare Urteile des BAG entsprechend beantworten (vgl. Düwell, Dahl in „Der Betrieb“ vom 3. August 2008, S. 1699 ff).

Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Personaleinsatzplanung und Feiertage

BAG, Urteil v. 13.06.2007 – Az. 5 AZR 849/06

Nimmt ein Arbeitgeber gesetzliche Feiertage von der Einsatzplanung der Arbeitnehmer aus und gewährt in den Kalenderwochen, in denen ein gesetzlicher Feiertag auf einen Werktag fällt, den dienstplanmäßig freien Arbeitstag an einem anderen Werktag der Woche, können sich die Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres darauf verlassen, dass dies immer so gehandhabt werden muss. Die bloße Schichtplaneinteilung in dieser Weise

begründet ohne Vorliegen weiterer besonderer Umstände keine betriebliche Übung.

Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Abgrenzung freier Mitarbeit von Arbeitsvertrag

LAG Köln, Beschluss vom 12. Juli 2007 - Az. 11 Ta 165/07

Bezeichnen Vertragsparteien ein Vertragsverhältnis als Dienstvertrag, kommt es für die rechtliche Qualifizierung des Vertrages auf die einzelnen Inhalte und den tatsächlichen Vollzug des Vertrages an. Das hat das Landesarbeitsgericht Köln im Fall eines Beraters entschieden, der bei einem Unternehmen für die Optimierung der Betriebsabläufe in einer Freizeitanlage sorgen sollte. Der Vertrag war formell als Dienstvertrag bezeichnet; eine vertrauliche Zusatzvereinbarung enthielt aber Regelungen über bezahlten Urlaub und Entgeltfortzahlung. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass eine Arbeitnehmereigenschaft vorliege, wenn jemand zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sei. Vorliegend ergebe sich aus der Zusatzvereinbarung, dass bezahlter Urlaub und Entgeltfortzahlung gewährt werde, was für ein Arbeitsverhältnis spreche. Auch die Festlegung des Arbeitsortes sei beschränkt auf die Freizeitanlage und unterliege damit nicht der Disposition des Beraters. Auch in fachlicher Hinsicht und bei den Arbeitszeiten habe er nicht frei bestimmen können.

Hans Joachim Beckers
IHK Kiel

Keine fristlose Entlassung bei Beleidigung von Kollegen

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28. Februar 2007 - Az.: 9 Sa 908/06

Die Beleidigung von Vorgesetzten und Kollegen rechtfertigt nicht ohne weiteres die fristlose Kündigung. Das entschied das Landesarbeitsgericht (LAG) Rheinland-Pfalz in einem Urteil vom 28. Februar 2007. Maßgeblich seien vielmehr die Gesamtumstände. So könne sich bei einer hefti-

gen Diskussion die gegenseitige Aggression derart steigern, dass auch unüberlegte Äußerungen fielen. In diesen Fällen wäre eine fristlose Kündigung unverhältnismäßig.

Das Gericht gab mit seinem Urteil der Kündigungsschutzklage eines Arbeitnehmers statt. Der Kläger ist als Maschinenführer bei einem Baugewerkeunternehmen beschäftigt. Während einer heftigen verbalen Auseinandersetzung mit einem Kollegen beleidigte er sowohl diesen als auch den abwesenden Geschäftsführer mit sexuell anzüglichen Bemerkungen. Der Arbeitgeber entließ den Kläger daraufhin fristlos.

Das LAG befand, der Arbeitgeber habe voreilig gehandelt. Die verbale Entgleisung des Klägers beruhe auf dem nicht minder aggressiven Verhalten des Kollegen. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass der Kläger als gewerblicher Arbeitnehmer in einem Bereich tätig sei, in dem eine derbe Ausdrucksweise nicht unüblich sei. Dies rechtfertige zwar keine Beleidigungen, erkläre aber, warum es hier schneller zu „Grenzüberschreitungen“ komme.

Hans Joachim Beckers
IHK Kiel

Kündigung bei dauernder Arbeitsunfähigkeit/Beförderungsanspruch?

BAG, Urteil vom 19. April 2007 - Az. 2 AZR 239/06

Will ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ordentlich kündigen, muss eine negative Prognose hinsichtlich der Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorliegen, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führt; zusätzlich muss eine Interessenabwägung ergeben, dass dadurch eine billigerweise nicht hinnehmbare Belastung des Arbeitgebers entsteht. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines Schlossers bestätigt, der lange Krankheitszeiten aufwies und seine ursprüngliche Tätigkeit nach fachärztlicher Begutachtung nicht mehr ausüben konnte. Er beehrte jedoch die Weiterbeschäftigung auf einer höher bewerteten Tätigkeit als Gruppenleiter. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass zwar bei bestehender Umsetzungsmöglichkeit auf

eine andere freie Tätigkeit keine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen vorliege. Allerdings kämen im Rahmen der Prüfung anderer Beschäftigungsmöglichkeiten nur solche in Betracht, die gleichwertig oder geringer bewertet seien gegenüber der bisherigen Tätigkeit. Das Kündigungsschutzgesetz schütze das Arbeitsverhältnis in seinem Bestand und bisherigen Inhalt, gewähre aber keinen Anspruch auf Beförderung. Die Kündigung sei daher rechtmäßig.

Hans Joachim Beckers
IHK Kiel

Anforderungen an betriebliches Eingliederungsmanagement

BAG, Urteil vom 12.07.2007 - 2 AZR 716/06

Das BAG hat in diesem Urteil die Anforderungen an die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX im Rahmen einer personenbedingten Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen präzisiert.

In dem zu entscheidenden Fall ging es um einen zu 30 % schwerbehinderten Maschinenbediener. Seit März 2002 war er wegen eines Rückenleidens durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte daraufhin die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers am 29.10.2004 fristgemäß. Der Kläger hat sich mit seiner Klage gegen diese Kündigung gewandt und geltend gemacht, bei entsprechender Ausstattung seines Arbeitsplatzes sei sein Einsatz als Maschinenbediener weiterhin möglich. Das Unternehmen hätte ihn durch eine Umgestaltung anderer Arbeitsplätze auch anderweitig einsetzen können. Hierzu sei es auf Grund des betrieblichen Eingliederungsmanagements verpflichtet gewesen.

Das BAG hat den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung, insbesondere zur Klärung, ob ein leidensgerechter Arbeitsplatz vorhanden ist bzw. durch eine zumutbare Umgestaltung der Betriebsabläufe geschaffen werden könnte, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das BAG führt aus: Ist ein Beschäftigter innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, hat der Arbeitgeber nach [§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX](#) unter Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers und der Interessenvertretung zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeits-

platz erhalten werden kann. Kündigt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer aus krankheitsbedingten Gründen, ohne zuvor dieses betriebliche Eingliederungsmanagement durchgeführt zu haben, so führe dies nicht ohne Weiteres zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach [§ 84 Abs. 2 SGB IX](#) sei keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine personenbedingte Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen. Die gesetzliche Regelung sei aber auch nicht nur ein bloßer Programmsatz, sondern Ausprägung des das Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Führt der Arbeitgeber kein betriebliches Eingliederungsmanagement durch, könne dies Folgen für die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Prüfung der betrieblichen Auswirkungen von erheblichen Fehlzeiten haben. Der Arbeitgeber könne sich dann nicht pauschal darauf berufen, ihm seien keine alternativen, der Erkrankung angemessenen Einsatzmöglichkeiten bekannt.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=11959&pos=0&anz=54>

Lis-Marie Ziegler/Hildegard Reppelmund
IHK Ulm/DIHK Berlin

Kein Lohnanspruch von ALG-II-Empfänger gegenüber Betrieb

Landesozialgericht Hessen, Urteil vom 2. Februar 2007; Az.: 12 Sa 772/06)

Wird ein Empfänger von Arbeitslosengeld II (ALG II) im Rahmen einer von der Arbeitsagentur bewilligten Maßnahme für eine 14-tägige Praxiserprobung in einem Betrieb eingesetzt, entsteht auch bei Zeiten, die über täglich acht Stunden hinausgehen, kein Vergütungsanspruch gegenüber dem Unternehmen. Das hat das Landesozialgericht Hessen im Fall eines ALG-II-Empfängers entschieden, der in einem Metallbetrieb zur Praxiserprobung tätig war und nach eigenen Angaben Überstunden geleistet hatte, für die er 900 Euro von dem Betrieb beanspruchte. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass im Rahmen von durch die Arbeitsagentur bewilligten Maßnahmen (vgl. Paragraph 16 Abs. 2 SGB II) kein Vergütungsanspruch gegenüber dem Betrieb entstehe; das gelte auch für Zeiten, die über täg-

lich acht Stunden hinausgingen. Zwischen dem Betrieb und dem Arbeitslosen entstehe keine Rechtsbeziehung. Der Arbeitslose habe sich bei vermeintlich zu starker Inanspruchnahme nur an die Arbeitsagentur wenden können. Im Übrigen gebe es kein Überstundenverbot für Probearbeiter, die Belastbarkeit könne sogar gerade Gegenstand der Belastungsprobe sein.

Hans Joachim Beckers
IHK Kiel

Kurzmeldungen mit Fundstelle

Keine Ersatzansprüche bei nicht ernst gemeinster Bewerbung

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.8.2007 - Az.: 3 Ta 119/07

Eine Benachteiligung nach dem AGG kommt laut LAG Baden-Württemberg überhaupt nur dann in Betracht, wenn der Bewerber für die ausgeschriebene Stelle objektiv geeignet ist und eine subjektiv ernsthafte Bewerbung vorliegt. Eine mangelnde Ernsthaftigkeit kann zum Beispiel in einem unüblichen Foto oder ironischen Äußerungen im Lebenslauf (hier: "im Zuge von Hartz IV auf Pennerniveau verhartzt") zum Ausdruck kommen.

http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=Arbeitsgerichte&Art=en&verfahrensart=Alle+Verfahrensarten&sid=cce14fffa5171aace7d5526411e5e2d5&Sort=16386&nr=8931&pos=0&anz=1

Kein Betriebsübergang bei Übernahme eines Servicedienstleistungsvertrages

BAG, Urteil vom 14.08.2007 - Az. 8 AZR 1043/07

Das BAG hat mit Urteil vom 14.08.2007 (Az.: 8 AZR 1043/07) festgestellt, dass bei der Neuvergabe von Serviceleistungen die Übernahme der Aufgaben des bisherigen Dienstleisters durch einen neuen Dienstleister grundsätzlich nicht zu einem Betriebsübergang und damit einem Übergang der Arbeitsverhältnisse vom alten auf den neuen Dienstleister führt. Von einem Betriebs-

übergang kann nur dann ausgegangen werden, wenn der neue Dienstleister die wirtschaftliche Einheit des alten Dienstleisters im Wesentlichen unverändert unter Wahrung der Identität fortführt. Dies ist jedenfalls nicht der Fall, wenn die auszuführenden Aufgaben maßgeblich erweitert und künftig im Rahmen einer größeren Organisationsstruktur durchgeführt werden.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=12007&pos=4&anz=64>

Kein Betriebsübergang bei Erwerb von Betriebsmitteln durch mehrere Unternehmen

BAG, Urteil vom 26.07.2007 - Az. 8 AZR 769/06

Übernehmen mehrere Unternehmen einzelne Betriebsmittel eines vom Insolvenzverwalter stillgelegten Betriebes, führt dies nicht dazu, dass die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer des in Insolvenz gefallenen Betriebes gemäß § 613a BGB auf diese Unternehmer übergehen und eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs unwirksam ist. Ein Betriebsübergang setzt vielmehr voraus, dass die Identität des übernommenen Betriebes oder Betriebsteiles gewahrt bleibt.

Das BAG hat in seinem Urteil die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Insolvenzverwalter auf Grund der Stilllegung des Betriebes der Insolvenzschuldnerin nach § 15 Abs. 4 KSchG für zulässig erachtet und das Vorliegen eines Betriebsüberganges verneint.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=11979&pos=2&anz=59>

Sozialauswahl und krankheitsbedingte Ausfallzeiten

BAG, Urteil vom 31.5.2007 - Az.: 2 AZR 306/06

Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sind in die soziale Auswahl Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Der Arbeitgeber kann allerdings nicht einen Arbeitnehmer mit dem Argument eines berechtigten betrieblichen Interesses an seiner Weiterbeschäftigung gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG von der Sozialauswahl ausschließen, nur weil der zu kündigende Mitarbeiter besonders krankheitsanfällig ist. Im konkreten Fall

wäre die krankheitsanfällige Mitarbeiterin bei Einbeziehung in die Sozialauswahl nach ihrem eigenen Vorbringen sozial schutzbedürftiger gewesen als andere.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=11853&pos=5&anz=45>

Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

BAG, Urteil vom 19. Juni 2007 - Az.: 2 AZR 94/06

Zwar dürfen schwerbehinderte Menschen auch ohne vorherige Zustimmung des Integrationsamtes gekündigt werden, wenn das Arbeitsverhältnis noch nicht länger als sechs Monate ohne Unterbrechung bestanden hat (§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX). Dies gilt aber nicht, wenn der Arbeitgeber die Unterbrechung selbst veranlasst hat und ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen besteht. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich insbesondere nach dem Anlass und der Dauer der Unterbrechung sowie der Art der Weiterbeschäftigung.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=11893&pos=6&anz=52>

Carmen Tontsch
IHK Frankfurt

Raucherpausen und ihre Folgen

Keine Vergütungspflicht für Raucherpausen

LAG Schleswig-Holstein, Beschluss v. 21.06.2007 - 4 TaBV 12/07

LAG Hamm, Beschluss v. 06.08.2004 - 10 TaBV 33/04

Nachdem sich in den Unternehmen mehr und mehr der Nichtraucherschutz durchsetzt, hatten sich jetzt auch die Arbeitsgerichte mit dessen Umsetzung zu beschäftigen. Konkret ging es um die Frage, ob sich rauchende Arbeitnehmer für ihre Raucherpausen beim Zeiterfassungsterminal abbuchen müssen oder ob sie weiterhin vergütet werden. Beide Landesarbeitsgerichte haben ent-

schieden, dass eine Vergütungspflicht nicht besteht:

Insbesondere kann der Betriebsrat im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts nicht darauf hinwirken, dass die Raucherpausen vergütet werden. Zwar hat er beim Nichtraucherschutz mitzubestimmen. Denn der Nichtraucherschutz betrifft die allgemeine Ordnung des Betriebes bzw. das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Und bei der Regelung der Arbeitspausen kann er in der Frage, wann die Pausen gestattet werden, mitwirken. Wie lange die Pausen ausfallen und ob eine Vergütung erfolgt, entzieht sich jedoch der Zuständigkeit des Betriebsrates. Denn andernfalls könnte der Betriebsrat über die Pausenregelung den Umfang der Vergütungspflicht des Arbeitgebers beeinflussen.

Sofern bislang eine Vergütung der Raucherpausen durch den Arbeitgeber erfolgte, bedeutet das nicht, dass ein Anspruch auch weiterhin nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung bestünde. Dazu müsste sich der Arbeitgeber in der Vergangenheit nämlich so verhalten haben, dass seine Arbeitnehmer annehmen durften, er wolle sich entsprechend vertraglich binden. Da der Betriebsrat aber ein Initiativrecht zur Einführung und Regelung des Nichtraucherschutzes besitzt, konnten sie das gerade nicht. Vielmehr mussten sie permanent mit einer Änderung des Ist-Zustandes rechnen.

Auch belastet der Wegfall des Vergütungsanspruchs die rauchenden Arbeitnehmer nicht unverhältnismäßig stark. Vielmehr würde der Arbeitgeber unverhältnismäßig belastet, müsste er die Raucherpausen weiter vergüten, obwohl er die Anzahl der Pausen und damit den Umfang der arbeitsfreien Zeit insgesamt nicht beeinflussen kann. Ebenso wenig werden die Raucher im Verhältnis zu den Nichtrauchern ungleich behandelt. Denn sie könnten zum Rauchen auch die den Nichtrauchern zustehenden bezahlten Arbeitsunterbrechungen nutzen.

Schließlich stellt das Rauchen auch keine lediglich vorübergehende, vom Arbeitgeber unverschuldete und damit vergütungspflichtige Verhinderung dar. Sofern der Arbeitnehmer nämlich nicht nikotinabhängig ist, hat er die Arbeitspause selbst verschuldet, denn er müsste ja nicht rau-

chen. Und ist er nikotinabhängig, könnte er allenfalls krankheitsbedingt an der Arbeit gehindert sein. Dann hätte er gegebenenfalls einen Anspruch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz. Dass die Nikotinabhängigkeit allerdings zur krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit führt, wird regelmäßig nicht der Fall sein.

Nach alledem bleibt festzuhalten: Der Arbeitgeber muss die Raucherpausen nicht vergüten.

Dr. Nikolaus Schmalz/Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Was ist bei einer Betriebsverlegung zu beachten?

Entscheidet sich ein Unternehmer, seinen Betrieb zu verlegen, hat dies auch arbeitsrechtliche Konsequenzen.

Was ist eine Betriebsverlegung?

Die Rechtsprechung versteht unter der Verlegung eines Betriebes oder eines Betriebsteils jede nicht nur geringfügige Veränderung der örtlichen Lage des Betriebes oder Betriebsteils. Beispiele für eine lediglich geringfügige Veränderung sind etwa der Wechsel einer Straßenseite, der Umzug innerhalb eines Gebäudes oder auch die Verlegung in ein in der Nähe gelegenes Haus. Sofern der neue Standort jedoch schon 4,4 km bzw. 5,5 km vom bisherigen Standort entfernt ist, nimmt die Rechtsprechung bereits eine erhebliche Veränderung der örtlichen Lage an. Eine solche Veränderung gilt zugleich als Stilllegung des alten Betriebes.

Arbeitsrechtliche Auswirkungen

Unproblematisch ist es, wenn der Arbeitgeber die Verlegung kraft seines Direktionsrechts anordnen kann. Maßgeblich hierfür ist der Arbeitsvertrag. Schweigt der Arbeitsvertrag demgegenüber zur Frage der Verlegung des Arbeitsplatzes, bleiben nur zwei Möglichkeiten. Erstens kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Angebot zum Abschluss eines Änderungsvertrages machen. Nimmt dieser das Angebot nicht an, kann der Arbeitgeber zweitens eine Änderungskündigung aussprechen. Das ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses verbunden mit dem Angebot, das

Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen fortzusetzen, nämlich zum Arbeitseinsatz am neuen Betriebsstandort. Nun liegt es am Arbeitnehmer, ob er das Angebot annimmt, sei es mit oder ohne den Vorbehalt, dass die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt ist. Nimmt er es unter Vorbehalt an, muss er seine Arbeitsleistung am neuen Standort erbringen. Er kann nicht verlangen, vorläufig am alten Standort weiterbeschäftigt zu werden, schließlich ist das neue Arbeitsverhältnis mit der Annahme auflösend bedingt erst einmal zustande gekommen. Zur Überprüfung der sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung kann er allerdings das Arbeitsgericht anrufen. Dies muss innerhalb von drei Wochen ab Zugang der Kündigung geschehen. Lässt er die Frist verstreichen, erlischt der erklärte Vorbehalt automatisch. Nimmt er das Angebot demgegenüber nicht an, wird aus der Änderungskündigung eine Beendigungskündigung.

Beschäftigt der Arbeitgeber mehr als 20 Arbeitnehmer und existiert ein Betriebsrat, muss er den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über die geplante Betriebsänderung informieren und sie mit ihm beraten. Ziel der Beratung ist der Versuch eines Interessenausgleichs sowie der Abschluss eines Sozialplanes, um die wirtschaftlichen Nachteile für die Arbeitnehmer auszugleichen bzw. zu reduzieren. Unterlässt der Arbeitgeber die Unterrichtung, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht auf Erfüllung der Unterrichtungspflichten klagen. Der Abschluss eines Interessenausgleichs ist demgegenüber nicht erzwingbar. Jeder Arbeitnehmer kann zudem Nachteilsausgleichsansprüche geltend machen. Tarifvertraglich kann allerdings eine Ausschlussfrist zur Geltendmachung des Nachteilsausgleichs vorgesehen sein. Zwingend muss außerdem der Sozialplan geschlossen werden. Kommt eine Einigung über den Sozialplan nicht zustande, entscheidet die Einigungsstelle über die Aufstellung eines Sozialplanes. Im Falle einer Änderungskündigung muss außerdem der Betriebsrat angehört werden. Versäumt der Arbeitgeber dies, ist die Kündigung unwirksam.

Dr. Nikolaus Schmalz/Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Initiative „job – Jobs ohne Barrieren“

Seit drei Jahren unterstützt und koordiniert das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Initiative "job - Jobs ohne Barrieren" mit den drei Kernzielen:

- Förderung der betrieblichen Ausbildung behinderter und schwerbehinderter Jugendlicher;
- Verbesserung der Beschäftigungschancen schwerbehinderter Menschen insbesondere in kleinen und mittelständischen Unternehmen;
- Stärkung der betrieblichen Prävention.

Im Rahmen von "job" wird über rechtliche Grundlagen informiert, werden Projekte gefördert und Praxisbeispiele bekannt gemacht. "job" macht Arbeitgeber, Personalverantwortliche und Schwerbehindertenvertretungen zu Partnern bei der Förderung von Teilhabe, Integration, vorbeugendem Handeln und Wiedereingliederung.

Informationen zu "job"

<http://www.bmas.bund.de/BMAS/Navigation/Teilhabe-behinderter-Menschen/jobs-ohne-barrieren.html>

Teilhabe behinderter Menschen

<http://www.bmas.bund.de/BMAS/Navigation/teilhabe-behinderter-menschen.html>

Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Literaturhinweise

Bertram Zwanziger, Richter am BAG,
„Das BAG und das Arbeitszeitgesetz – aktuelle Tendenzen“
Der Betrieb 24/2007, S. 1356 – 1358

Hans Olbert, „Fragen über Fragen - Was beim Bewerbungsgespräch erlaubt ist“
Arbeit und Arbeitsrecht 5/2007, S. 272 – 275

Hermann H. Haas, „Arbeitgeberpflicht vor Kündigungen – Die Anhörung des Betriebsrats“

Arbeit und Arbeitsrecht 5/2007, S. 276 – 279

Frank Baumeister/Bettina Merten,
„Rente ab 67 – Neue Altersgrenzen in der gesetzlichen und zusätzlichen Altersvorsorge“
Der Betrieb 23/2007, S. 1306 – 1310

Volker Stück, „Rechtliche Aspekte kritischer Personalgespräche“
Der Betrieb 20/2007, S. 1137 – 1140

Marion Bernhardt/Thomas Barthel,
„Veränderungen am Arbeitsplatz – Versetzung möglich oder Änderungskündigung nötig?“
Arbeit und Arbeitsrecht 7/2007, S. 410 – 413

Stefan Lingemann/Meike Gotham,
Freiwillige Leistungen des Arbeitgebers – gibt es sie noch? – zugleich Anm. zu BAG-Urteil vom 24.04.2007
Der Betrieb 32/2007, S. 1754 - 1759

Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin

Buchtipps zum Schluss:

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in KMU

Studie zu Kenntnissen, Erfahrungen und Erwartungen im Mittelstand

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist inzwischen gut ein Jahr in Kraft. Für eine belastbare Bewertung der Rechtslage fehlt es derzeit noch an Urteilen. Auch die von kleinen und mittleren Unternehmen getroffenen Vorkehrungen sind bisher weitgehend unbekannt. Die aktuelle Lage ist somit von Spekulationen und Einzelfällen geprägt. Mit der vorliegenden Studie von Prof. Jörn-Axel Meyer, René Schleus und Evamaria Buchhof soll der gegenwärtige Wissenstand um aktuelle Ergebnisse zu Kenntnissen, Wirkungen, Erfahrungen und Erwartungen im Mittelstand ergänzt werden.

Das Buch zeigt darüber hinaus typische Fehler von Unternehmen auf und beleuchtet alle in der betrieblichen Praxis von KMU wichtigen Auswirkungen des AGG. Es enthält zahlreiche konkrete Handlungs- und Lösungsvorschläge für die Unternehmenspraxis. Es richtet sich an Geschäfts-

führer, Inhaber und Führungskräfte von KMU, Unternehmensjuristen und Berater von KMU.

Das Deutsche Institut für Kleine und Mittlere Unternehmen hat diese Studie im Eul-Verlag (www.eul-verlag.de) veröffentlicht. Es kann dort zum Preis von 42,- EUR bestellt werden.

DIHK-Broschüre „Arbeitsrecht von A bis Z“

Die DIHK-Broschüre "Arbeitsrecht von A bis Z - Ratgeber für Mittelstand und Existenzgründer" (4. Auflage) ist als Einstiegsinformation in die komplizierte Materie des deutschen Arbeitsrechts gedacht. Der Leser erhält einen sehr guten Überblick über alle arbeitsrechtlichen Gesetze und Bestimmungen. Checklisten, Musterschreiben und -verträge sowie Formulierungshilfen runden die Broschüre ab.

Die nun vorliegende 4. Auflage berücksichtigt unter anderem folgende Änderungen und Neuerungen: Bei den Themen Einstellungsgespräch und -fragebogen wird auf das Benachteiligungsverbot entsprechend dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz verwiesen. Eine Musterformulierung für eine fristlose Kündigung wurde im Kapitel Kündigung eingefügt. Dort wurde auch die Ermahnung als Vorstufe zur Abmahnung ergänzt. Das "Schnupperarbeitsverhältnis" ist beim Thema Probezeit hinzugekommen. Die Empfehlung, Arbeitsverträge schriftlich zu machen, wurde im Kapitel Arbeitsvertrag aufgenommen; auch beim Betriebsübergang wird darauf verwiesen. Die Erhöhung der Pauschalabgabe auf 30 Prozent bei den 400-Euro-Kräften ist ebenfalls mit aufgenommen worden. Die Möglichkeit, bei Elternzeitvertretung befristete Arbeitsverträge von bis zu drei Jahren zu schließen, ist nun im Kapitel Befristungen zu finden, ebenso wie die "brandneuen" Befristungsregelungen für ältere Arbeitnehmer.

Die DIHK-Broschüre "Arbeitsrecht von A bis Z", 112 Seiten, ist zum Preis von 9,00 Euro zu beziehen beim DIHK Publikationen Service, Eichelnkampstr. 2, 53340 Meckenheim;
Internet-Bestellshop:
www.dihk.de/publikationen

Hildegard Reppelmund
DIHK Berlin