



Verantwortlich und Redaktion:  
RA Hildegard Reppel  
E-Mail: [reppel@berlin.dihk.de](mailto:reppel@berlin.dihk.de)

Breite Str. 29  
D-10178 Berlin

Nachdruck nur mit Zustimmung  
des DIHK und mit Quellennachweis

## Infoletter

# Arbeitsrecht

### Inhaltsübersicht

- **Neue Gesetzeslage:** Erleichterungen bei der Beschäftigung ausländischer Hochschulabsolventen Seite 2
- **Neue Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit:** Aufhebungsvertrag ohne Sperrfrist Seite 2
- **Probezeitvereinbarung im Anschluss an ein auslaufendes Arbeitsverhältnis?** Seite 3
- **Frust mit der Frist?** Fragen und Antworten zur Befristung Seite 4
- **Damit nichts im Dunst bleibt:** Fragen und Antworten zum Rauchverbot Seite 4
- **Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung:** Seite 7
  - Minderleistungen als Kündigungsgrund Seite 7
  - Schriftformerfordernis bei Kündigungen, Interessenausgleich und Beweislast, Bonuszahlung bei unterlassener Zielvereinbarung Seite 8
  - Befristung im Anschluss an eine Ausbildung Seite 9
  - Transparenzgebot und Stichtagsklausel bei Bonuszahlungen, Wettbewerbsverbot und Sonderkündigungsrecht bei selbständiger Tätigkeit? Kündigung wegen des Verdachts eines Versicherungsbetruges? Seite 10
  - Verzicht auf Kündigungsschutzklage unwirksam, Kein Anspruch auf Paginierung der Personalakte, Abfindungsanspruch bei Rücknahme der Kündigungsschutzklage Seite 11
  - Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit, Unzureichende Deutschkenntnisse und AGG Seite 12
  - Sozialplanabfindung und AGG, Kein Anspruch auf Fahrtkostenerstattung zur Berufsschule Seite 13
  - Kündigung wegen wiederholt fehlender Krankmeldung, Alkoholsucht – Entziehungskur vor Kündigung Seite 14
  - Betriebsbedingte Kündigung – niedrigere Abfindung als ½ Monatsgehalt? Seite 14
  - Teilzeitanpruch und tarifliche Härtefallregelung Seite 15
- **Literaturhinweise** Seite 16
- **Buchtipps zum Schluss:** BMAS-Broschüre „Kinder- und Jugendarbeitsschutz“ Seite 16

## Neue Gesetzeslage: Erleichterung bei der Beschäftigung ausländischer Hochschulabsolventen und mittel- und osteuropäischer Ingenieure

Bei der Einstellung von Ingenieuren aus den mittel- und osteuropäischen EU-Staaten (Fachrichtung Maschinen- und Fahrzeugbau oder Elektrotechnik) sowie bei ausländischen Hochschulabsolventen, die im Anschluss an ihr in Deutschland absolviertes Studium hierzulande eine Beschäftigung aufnehmen, wird auf die so genannte Arbeitsmarktvorrangprüfung der Arbeitsagentur verzichtet.

Wie bisher haben Ausländer nach dem erfolgreichen Abschluss ihres Studiums in Deutschland ein Jahr Zeit, um sich hier einen diesem Abschluss angemessenen Arbeitsplatz zu suchen (§ 16 Abs. 4 Aufenthaltsgesetz). Mit Wegfall der Arbeitsmarktvorrangprüfung verzichten die Arbeitsagenturen nun darauf zu kontrollieren, ob für die Vakanz, die mit dem ausländischen Hochschulabsolventen besetzt werden soll, nicht bevorrechtigte Deutsche oder EU-Bürger zur Verfügung stehen.

Die Zustimmung zur Ausübung der Beschäftigung wird – wie bisher – für die Dauer der Beschäftigung, längstens für 3 Jahre erteilt (§ 13 Beschäftigungsverfahrensverordnung).

Weiterführende Informationen:

<http://www.hk24.de/produktmarken/international/auslaenderrecht/auslaenderrecht.jsp>

Carmen Tontsch  
IHK Frankfurt/M.

## Neue Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit: Aufhebungsvertrag ohne Sperrfrist

Bislang war das Risiko für den Arbeitnehmer groß, sich eine Sperrzeit einzufangen, wenn er als Alternative zur arbeitgeberseitigen Kündigung mit seinem Arbeitgeber einen Abwicklungs- und Aufhebungsvertrag schloss. Sein Anspruch auf Zahlung des Arbeitslosengeldes ruhte regelmäßig

für 12 Wochen. Deshalb wurde in der Praxis von dieser Möglichkeit selten Gebrauch gemacht, obwohl sie für beide Seiten vorteilhaft ist. Der Arbeitnehmer ist nicht mit dem Makel einer Kündigung behaftet. Der Arbeitgeber kann davon ausgehen, dass es nicht zur Kündigungsschutzklage kommt.

Grund für diese bislang restriktive Praxis der Arbeitsagenturen war u. a. die ständige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zu § 144 SGB III. Danach ruht der Anspruch auf Zahlung des Arbeitslosengeldes für die Dauer einer Sperrzeit, wenn sich der Arbeitnehmer versicherungswidrig verhalten hat, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben. Die Solidargemeinschaft der Versicherten soll nicht dafür in Anspruch genommen werden, dass der Arbeitslose seine Arbeitslosigkeit grob fahrlässig selbst herbeigeführt hat. Ein wichtiger Grund besteht nach Ansicht des BSG nur, wenn der Arbeitgeber objektiv auch eine Kündigung hätte aussprechen können oder wenn der Arbeitnehmer bereits konkrete Aussichten auf eine neue Arbeitsstelle hatte (zuletzt BSG, Urteil vom 12.07.2006, B 11a AL 47/05R).

Die Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit (Stand Oktober 2007) könnte jetzt zu einer Kehrtwende führen. Zwar heißt es dort immer noch, allein das Drohen einer arbeitgeberseitigen Kündigung stelle noch keinen wichtigen Grund dar. Allerdings soll in folgenden drei Fällen keine Sperrzeit mehr erteilt werden:

- (1) Wenn der Arbeitgeber die Kündigung mit Bestimmtheit in Aussicht gestellt hat, die Kündigung betriebsbedingt erfolgen würde und zum Zeitpunkt des Vertragschlusses oder früher wirksam wäre, die Kündigungsfrist eingehalten worden wäre und eine Abfindung von 0,25 bis 0,5 Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr gezahlt wird.
- (2) Wenn der Arbeitnehmer objektive Nachteile aus einer Arbeitgeberkündigung für sein berufliches Fortkommen vermeiden kann.
- (3) Wenn sonstige Gründe bestehen, aus denen der Arbeitnehmer objektive Nachteile aus der Arbeitgeberkündigung

befürchten muss. Das soll z. B. der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Aufhebungsvertrages Vergünstigungen erhält, auf die er im Fall einer Kündigung keinen Anspruch gehabt hätte. Würde auch bei einer Kündigung eine Abfindung gezahlt, entgeht der Arbeitnehmer der Sperrzeit allerdings nur dann, wenn die Abfindung des Aufhebungsvertrages mindestens 10% höher ausfällt und die Kündigung rechtmäßig, insbesondere auch sozial gerechtfertigt wäre.

Die Dienstanweisung ist im Internet unter <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/Geldleistungen/dalq-p144.pdf> zu finden.

Abzuwarten bleibt, ob diese Dienstanweisung tatsächlich die Akzeptanz von Aufhebungsverträgen erhöhen wird. Schwierigkeiten werden nach wie vor bei der Frage bestehen, ob die Kündigung objektiv rechtmäßig gewesen wäre. Andererseits schafft diese Dienstanweisung mehr Rechtssicherheit und –klarheit. Und mit dem zweiten wichtigen Grund dürfte sich ein Aufhebungsvertrag in den meisten Fällen rechtfertigen lassen. Denn nicht mit dem Makel einer Kündigung behaftet zu sein, dürfte die Chancen auf dem Arbeitsmarkt erheblich erhöhen.

Dr. Nikolaus Schmalz/Hildegard Reppelmund  
DIHK

### Probezeitvereinbarung im Anschluss an ein auslaufendes Arbeitsverhältnis bzw. Ausbildungsverhältnis?

Grundsätzlich kann gemäß § 622 Abs. 3 BGB ein Arbeitsverhältnis während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, von beiden Seiten (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) mit einer verkürzten Frist von zwei Wochen gekündigt werden.

Für Arbeitgeber stellt sich jedoch häufig die Frage, ob es möglich ist, mit einem Arbeitnehmer, der bereits in dem Unternehmen tätig war und jetzt dort in ein neues Arbeitsverhältnis über-

nommen wird, erneut eine Probezeit zu vereinbaren.

#### Beispiel 1:

Der Arbeitnehmer, der seit einem Jahr bei dem Unternehmen in der Abteilung X tätig ist und dort bereits eine Probezeit von sechs Monaten hatte, soll nun einen neuen Arbeitsvertrag bekommen und zukünftig in der Abteilung Y tätig sein.

#### Beispiel 2:

Ein Auszubildender, der seine dreijährige Berufsausbildung abgeschlossen hat, soll nun in dem Unternehmen übernommen werden.

Frage: Kann eine erneute Probezeit vereinbart werden?

In beiden Konstellationen ist die Vereinbarung einer erneuten Probezeit zwischen diesen Arbeitsvertragsparteien **nicht** zulässig.

Die Regelung des § 622 Abs. 3 BGB trägt den praktischen Bedürfnissen beider Arbeitsvertragsparteien Rechnung, in einer überschaubaren ersten Zeit der Beschäftigung die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zu erproben und bei negativem Ausgang das Arbeitsverhältnis relativ kurzfristig zu beenden.

Zwar lässt sich dem Gesetzeswortlaut selbst nicht unmittelbar entnehmen, dass die Vereinbarung einer Probezeit mit verkürzter Kündigungsmöglichkeit stets nur zu Beginn eines Vertragsverhältnisses vereinbart werden kann. Wenn der Gesetzgeber aber nur für eine „erste Zeit der Beschäftigung“ diese Möglichkeit einräumen wollte, bedeutet dies, dass eine Probezeit im Sinne des § 622 Abs. 3 BGB nur zu Beginn des Vertragsverhältnisses vereinbart werden kann. Eine Erprobung ist regelmäßig auch nur sinnvoll zu Beginn des Vertragsverhältnisses und nicht im weiteren Verlauf, wenn die subjektiven und objektiven Umstände, die für die Abwicklung des Vertrags maßgeblich sind, sich bereits offenbart haben.

Ist dieser Zeitrahmen von maximal sechs Monaten also abgelaufen, gibt es keine Möglichkeit einer erneuten „Erprobung“ (so das LAG Baden-Württemberg in seinem Urteil vom 28.02.2002, Az: 4 Sa 68/01).

Dabei ist es unerheblich, ob es sich bei dem ersten Vertragsverhältnis um ein Ausbildungsverhältnis oder um ein „normales“ Arbeitsverhältnis gehandelt hat.

**Beachte:** Eine Befristung des zweiten Vertrages bleibt möglich, wenn sonstige sachliche Gründe für eine Befristung vorhanden sind oder es sich um eine sachgrundlose Befristung im Anschluss an ein Ausbildungsverhältnis handelt.

Verena Grötzinger/Martin Bonelli  
IHK Darmstadt

## Frust mit der Frist? Fragen und Antworten zur Befristung

### Welcher Form bedarf die Befristung?

Jede Befristung, gleich aus welchem Grund, muss auf jeden Fall schriftlich vereinbart werden. Da ein Arbeitsvertrag auch formlos geschlossen werden kann, liegt hier oft eine Fehlerquelle. Die Vereinbarung muss vor Aufnahme der Arbeit abgeschlossen werden. Nachträgliche Befristungsvereinbarungen sind regelmäßig unwirksam. Es bleibt dann beim unbefristeten Arbeitsverhältnis. Hier reicht es schon aus, wenn der Arbeitnehmer am ersten Tag des neuen Beschäftigungsverhältnisses anfängt zu arbeiten und erst dann den befristeten Arbeitsvertrag zur Unterschrift vorgelegt bekommt, selbst wenn vorher mündlich immer von einem befristeten Arbeitsverhältnis gesprochen wurde.

### Braucht man immer einen Grund für eine Befristung?

Grundsätzlich ist immer eine Begründung für eine Befristung nötig. § 14 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) enthält eine nicht abschließende Aufzählung möglicher Befristungsgründe. Nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist bei echten Neueinstellungen aber auch eine sachgrundlose Befristung möglich. Eine echte Neueinstellung liegt nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer vorher noch nie befristet oder unbefristet beim diesem Arbeitgeber tätig war. Eine Ausbildung gilt hierbei nicht als vorheriges Beschäftigungsverhältnis – hier ist also im Anschluss an die Ausbildung eine sachgrundlose Befristung möglich.

### Wie lange ist eine sachgrundlose Befristung möglich?

Eine Befristung ohne sachlichen Grund nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist für maximal zwei Jahre möglich. Eine Befristung kann bis zu dreimal verlängert werden, jedoch nicht über eine Gesamtdauer von zwei Jahren hinaus.

### Endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Befristung automatisch oder muss noch etwas beachtet werden?

Nach § 15 Abs. 1 TzBfG endet ein zeitlich befristetes Arbeitsverhältnis mit Ablauf der vereinbarten Zeit. Wenn der Arbeitnehmer jedoch nach Ablauf der Befristung weiterhin beim Arbeitgeber arbeitet, so entsteht gemäß § 15 Abs. 5 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich der Weiterarbeit widerspricht. Deshalb ist es für Arbeitgeber unerlässlich, genau auf das Fristende zu achten und gegebenenfalls einer Weiterarbeit eines Arbeitnehmers sofort zu widersprechen. Ausweislich eines Urteils des BAG vom 17. Juli 2007 (AZ: 7 AZR 501/06) reicht es dabei auch aus, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer schon vor Ablauf der Befristung mitteilt, dass er ihn nicht in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernehmen wird.

Franz Roggemann/Hildegard Reppelmund  
DIHK

## Damit nichts im Dunst bleibt Fragen und Antworten zum Rauchverbot

### Welche gesetzlichen Nichtraucherchutzregelungen gibt es?

Es gibt die Nichtraucherchutzregelung im Sinne der Arbeitsstättenverordnung, die das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft und bundeseinheitlich gilt.

Ferner trat am 01.09.2007 das Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (Bundesnichtraucherschutzgesetz) in Kraft, das ein Rauchverbot in Einrichtungen des Bundes und öffentlichen Verkehrsmitteln regelt.

In fast allen Bundesländern gelten darüber hinaus eigene länderrechtliche Regelungen, die überwiegend das Rauchen z. B. in Behörden, öffentlichen Einrichtungen, Theatern und Schulen verbieten. Lediglich in Sachsen, Rheinland-Pfalz,

Saarland und Thüringen sollen ähnliche Regelungen erst im Februar bzw. Juli 2008 in Kraft treten. Die länderrechtlichen Regelungen können im Einzelnen unterschiedlich sein.

#### **Was bedeutet der Nichtraucherschutz?**

Unabhängig von den gesetzlichen Rauchverboten bedeutet der Nichtraucherschutz, dass der Arbeitgeber im Sinne der Arbeitsstättenverordnung die erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, damit die nicht rauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt sind. Hierbei hat nunmehr der Arbeitgeber, soweit erforderlich, ein allgemeines oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot zu erlassen.

#### **Wo gilt der Nichtraucherschutz?**

Nach der für den Arbeitgeber besonders relevanten Arbeitsstättenverordnung gilt der Nichtraucherschutz in Arbeitsstätten. Das sind u. a. Orte in Gebäuden oder im Freien, die sich auf dem Gelände eines Betriebes oder einer Baustelle befinden und die zur Nutzung für Arbeitsplätze vorgesehen sind. Der weite Begriff der Arbeitsstätte erfasst ferner Fluchtwege, Unterkünfte, Pausen- und Bereitschaftsräume.

#### **Gibt es Besonderheiten im Publikumsverkehr?**

Einschränkungen des Nichtraucherschutzes ergeben sich in Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr. In diesen hat der Arbeitgeber Maßnahmen zum Schutz vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch nur insoweit zu treffen, als die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen. So galt bislang, dass Flugbegleiter keinen Anspruch darauf haben, dass die Fluggesellschaft den Passagieren das Rauchen verbietet, solange dies an Bord von Verkehrsflugzeugen gesetzlich noch nicht verboten ist (BAG, Az: 5 AZR 971/94). Auch hieß es, dass ein Arbeitnehmer bei seiner Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb mit rauchendem Publikumsverkehr - es ging um eine Spielbank - nicht Maßnahmen des Gesundheitsschutzes verlangen kann, wenn dies zu einer Veränderung der rechtlich zulässigen unternehmerischen Betätigung führen würde (ArbG Berlin, Az: 29 Ca 7261/06).

#### **Hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz?**

Ja und nein. Der bisherigen Rechtsprechung nach sind wohl zwei Punkte beachtlich: zum einen, wie genau der klagende Arbeitnehmer eine für ihn konkrete Gesundheitsgefährdung darlegt, und zum anderen, ob es sich um eine Arbeitsstätte mit Publikumsverkehr handelt. So sprach das Bundesarbeitsgericht einem Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zu, wenn das aus gesundheitlichen Gründen geboten ist (BAG, Az: 9 AZR 64/97). Die Klägerin, die im Großraumbüro arbeitete, litt an einer chronischen Atemwegserkrankung und legte eine ärztliche Bescheinigung vor, wonach eine rauchfreie Luft erforderlich sei. Das Landesarbeitsgericht Berlin urteilte in einem anderen Fall, dass ein Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch darauf hat, dass an seinem Arbeitsplatz auch außerhalb seiner Dienstzeiten nicht geraucht wird (LArbG Berlin, Az: 6 Sa 2585/04). Danach schützen zwar die Regelungen des § 618 Abs. 1 BGB i. V. m. § 5 Abs.1 ArbStV vom 12.08.2004 vor den Gefahren durch Tabakrauch, nicht jedoch vor dem unangenehmen Geruch, der auch nach Raumlüftung noch eine Weile verbleibt. Der Kläger hat eine konkrete gesundheitliche Gefährdung für ihn durch diesen nicht vorgetragen. Auch das Arbeitsgericht Berlin verneinte in einer anderen Entscheidung einen Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz und lehnte eine Bezugnahme auf das obige Urteil des BAG deshalb ab, weil es sich bei dessen Entscheidung nicht um eine Arbeitsstätte mit Publikumsverkehr handelte (ArbG Berlin, Az: 29 Ca 7261/06). Das Gericht lehnte den Anspruch ab, „... weil dies zur partiellen Durchsetzung eines Rauchverbots gegenüber den Kunden der Beklagten führen würde und diese Maßnahme zu einer Änderung der unternehmerischen Betätigung und damit zu einem partiellen Verbot einer – bislang – erlaubten unternehmerischen Betätigung führen würde (ArbG Berlin, Az: 29 Ca 7261/06). Das Gericht merkte jedoch auch an, dass dies anders sein könnte, wenn gesetzlich ein allgemeines Rauchverbot in Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr bestünde.

#### **Was ist mit Gaststätten?**

Gaststättenbetreiber haben den Nichtraucherschutz u. U. in doppelter Hinsicht zu beachten – nämlich die Regelung der Arbeitsstättenverordnung, wonach der Arbeitgeber selbst Maßnahmen

zu treffen hat, um die nicht rauchenden Beschäftigten wirksam zu schützen sowie die jeweiligen landesrechtlichen Regelungen, die das Rauchen u. a. in öffentlichen Gebäuden, Kultureinrichtungen etc. verbieten. Gaststätten sind davon miteingefasst.

#### **Muss ein Arbeitgeber im ganzen Unternehmen ein Rauchverbot verhängen?**

Nein, muss er nicht. Gemäß § 5 Abs.1 S. 2 ArbStättV hat der Arbeitgeber, soweit erforderlich, ein allgemeines oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot zu erlassen.

#### **Darf ein Arbeitgeber im ganzen Unternehmen ein Rauchverbot verhängen?**

Ja, er darf.

#### **Darf das Rauchen auch im Freien verboten werden?**

Nein, wenn es darum geht, dass der Nichtraucher vor den Gefahren des Tabakrauchs geschützt werden soll. Etwas anderes wäre z.B. aus brandschutzrechtlichen Gründen denkbar.

#### **Gibt es spezielle Anforderungen, wenn nur draußen geraucht werden darf?**

Dem BAG zufolge dürfen Raucher auf Freiflächen verwiesen werden, „...wenn dies nicht wegen besonderer Umstände als unzumutbar oder gar schikanös erscheint“ (BAG, Az: 1 AZR 499/98). Da in dem Fall ein Unterstand existierte, der Sitzgelegenheit und Schutz vor der Witterung bot, sah das Gericht dies nicht als gegeben an.

#### **Muss der Arbeitgeber einen Raucherraum zur Verfügung stellen?**

Nein, er muss keinen Raucherraum zur Verfügung stellen, vgl. BAG, Az: 1 AZR 499/98.

#### **Was gilt in Teeküchen, in Sozialräumen, am Kopierer und in Großraumbüros?**

Der Nichtraucherschutz gilt auch hier. Kann der nicht rauchende Arbeitnehmer nicht wirksam vor den Gefahren des Tabakrauchs z. B. durch eine Belüftungsanlage oder durch räumliche Trennung geschützt werden, muss der Arbeitgeber ein Rauchverbot erlassen. Hier ist das Mitbestimmungsrecht eines eventuell bestehenden Betriebsrats gem. § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG zu beachten.

#### **Darf ein Arbeitgeber beim Bewerbergespräch danach fragen, ob dieser raucht?**

Er kann zwar danach fragen, aber der zukünftige Arbeitnehmer darf hier ohne rechtlich nachteilige Folgen lügen, wenn der Arbeitgeber nicht ein berechtigtes billigenswertes und schützenswertes Interesse hat.

#### **Was gilt, wenn sich ein Arbeitnehmer über Tabakgeruch beschwert?**

Dem Arbeitnehmer steht ein Beschwerderecht zu, er hat aber keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitsplatz frei von Tabakgeruch ist (vgl. LArbG Berlin, Az: 6 Sa 2585/04).

#### **Darf ein Arbeitgeber Nichtraucher-Prämien versprechen, wenn ein bisher rauchender Arbeitnehmer mit dem Rauchen aufhört?**

Ja, er darf. Zwar hat der Arbeitgeber den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten, wonach Raucher und Nichtraucher nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen, aber eine Prämienzahlung ist zulässig, wenn sie auf einem sachlichen Grund, dem Schutz der Passivraucher, beruht. Zu beachten hat der Arbeitgeber u. U. die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 u. Nr.10 BetrVG.

#### **Darf die Zeit für Raucherpausen vom Gehalt abgezogen werden?**

Nimmt der Mitarbeiter außerhalb der regulären Pause eine Zigarettenpause, besteht für den Arbeitgeber grundsätzlich keine Vergütungspflicht für diese Zeit. Ein Anspruch nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung - weil dies bisher so üblich war - besteht allenfalls dann, wenn durch den Arbeitgeber ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, was in der Regel nicht der Fall sein wird. (siehe hierzu auch Infoletter 24, S. 11 f.)

#### **Darf ein Raucher seine Pausen nach freiem Belieben nehmen?**

Zwar zählt das Rauchen eines Arbeitnehmers zu seiner allgemeinen Handlungsfreiheit und nimmt er eine Raucherpause, handelt es sich um „eine Arbeitsunterbrechung privater Natur“ (LAG Hamm, Beschluss vom 06.08.2004 – Az: 10 TaBV 33/04), aber der Arbeitnehmer unterliegt auch dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Soweit ein Betriebsrat besteht, hat dieser ein Mitbe-

stimmungsrecht bezüglich der Pausenregelung, nicht jedoch darüber, ob die Zeit für die Raucherpausen zu vergüten ist (vgl. LAG Hamm, Beschluss vom 06.08.2004 - Az: 10 TaBV 33/04).

### **Kann das Rauchen oder der Verstoß gegen das Rauchverbot eine Kündigung rechtfertigen?**

Ja. Zu unterscheiden sind aber verschiedene Kündigungsgründe.

So könnte ein Arbeitnehmer, der krankhaft nikotinabhängig ist, personenbedingt wegen Krankheit gekündigt werden. Für die soziale Rechtfertigung ist Voraussetzung, dass die Krankheit des Arbeitnehmers erheblich die betrieblichen Interessen beeinträchtigen muss und eine Interessenabwägung zu erfolgen hat.

Der Arbeitnehmer, der gegen ein Rauchverbot verstößt, kann aus verhaltensbedingten Gründen gekündigt werden, wenn er zuvor erfolglos abgemahnt wurde. So sah das Landesarbeitsgericht Düsseldorf (LAG Düsseldorf, Az: 16 Sa 346/97) die Kündigung des Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer als gerechtfertigt, der Fleisch am Band zerlegte und trotz mehrfacher Mahnung u. a. am Zerlegetisch und im Verladerraum rauchte, wo wegen des offen liegenden Fleisches Rauchverbot galt. Beim Verstoß gegen ein Rauchverbot kommt auch eine außerordentliche, d. h. eine fristlose Kündigung in Betracht. Dies soll z. B. dann möglich sein, „wenn ein betriebliches Rauchverbot zur Verrichtung näher bezeichneter Arbeiten gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist, Verstöße hiergegen als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden und ein Betrieb bei wiederholten Verstößen gegen ein bestehendes Rauchverbot aufsichtsrechtlich mit erheblichen Nachteilen, gegebenenfalls auch mit einem Konzessionsentzug zu rechnen hat (LAG Düsseldorf, Az: 16 Sa 346/97)“.

Kira Hube/Hildegard Reppelmund  
DIHK

## **Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung**

### **Minderleistungen als Kündigungsgrund**

### **BAG, Urteil vom 17.01.2008 – Az: 2 AZR 536/06**

Minderleistungen können eine Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten vorwerfbar dadurch verletzt, dass er fehlerhaft arbeitet. Hierfür reicht es jedoch nicht aus, dass er überdurchschnittlich viele Fehler macht. Eine längerfristige Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote kann allerdings je nach Fehlerzahl, Art, Schwere und Folgen ein Indiz für eine vorwerfbare Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten sein.

Zwar verletzt ein Arbeitnehmer nicht schon deshalb vorwerfbar seine arbeitsvertraglichen Pflichten, weil er häufiger Fehler macht als der Durchschnitt der Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit, denn er schuldet grundsätzlich nur die Tätigkeit als solche und keinen bestimmten Leistungserfolg. Daher genügt er seiner Vertragspflicht bereits dann, wenn er seine persönliche Leistungsfähigkeit in angemessenem Umfang ausschöpft.

#### Beraterhinweis:

Die auf den ersten Blick für Arbeitgeber positive Entscheidung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Arbeitgeber im Prozess eine erhebliche Darlegungs- und Beweislast hat. Er muss zum einen festlegen, was die durchschnittliche Arbeitsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer ist. Dies muss nachvollziehbar dokumentiert werden. Zum anderen muss eine deutliche Überschreitung der Fehlerquote bei dem zu kündigenden Arbeitnehmer vorliegen. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG sollte er wenigstens doppelt so viele, wenn nicht dreimal so viele Fehler begehen wie vergleichbare Arbeitnehmer.

Im Übrigen stellt das BAG lediglich fest, dass das deutliche und längerfristige Überschreiten der durchschnittlichen Fehlerquote lediglich ein Indiz für eine vorwerfbare Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten ist. Auch sollte der Arbeitgeber nicht vergessen, zuvor mindestens eine Abmahnung zu erteilen.

RA Stefan Schlöffel/Mari-Susann von Oertzen  
IHK Düsseldorf

## Schriftformerfordernis bei Kündigungen

**BAG, Urteil vom 24.01.2008 – Az: 6 AZR 519/07**

Kündigungen genügen nur dann dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB, wenn sie mit dem vollen Namen des Kündigenden unterschrieben sind. Die bloße Paraphierung mit einem Namenskürzel genügt daher nicht. Es ist allerdings auch nicht erforderlich, dass die Unterschrift lesbar ist. Vielmehr reicht es aus, wenn die Unterschrift als Namenszug erkennbar ist. Insoweit ist ein großzügiger Maßstab anzulegen.

### Beraterhinweis:

Jeder Arbeitgeber sollte darauf achten, dass zum einen Kündigungen nur wirksam schriftlich erklärt werden können, zum anderen sich eine – wenn möglich – lesbare Unterschrift auf dem Kündigungsschreiben befindet. Zwar stellt das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich klar, dass die Unterschrift nicht lesbar sein muss, andererseits ist zumindest eine eindeutige Identifikation erforderlich. Bei dieser Gelegenheit wird nochmals betont, dass der Kündigungsberechtigte die Kündigung unterschreibt. Häufig ist es so, dass bei einer GmbH beispielsweise der Geschäftsführer-Assistent bzw. die Geschäftsführer-Assistentin unterschreibt. Diese Kündigung kann dann zurückgewiesen werden, da der Assistent/die Assistentin nicht vertretungsberechtigtes Organ ist. Auch die Unterschrift eines Personalreferenten reicht in der Regel nicht aus, anders bei der Unterschrift des Personalleiters. Um jegliche Diskussion zu vermeiden, ist es deshalb ratsam, dass immer das nach außen vertretungsberechtigte Organ die Kündigung unterschreibt.

RA Stefan Schlöffel/Mari-Susann von Oertzen  
IHK Düsseldorf

## Interessenausgleich und Beweislast

**BAG, Urteil vom 19.06.2007 – Az: 2 AZR 304/06**

Im Kündigungsschutzprozess muss regelmäßig der Arbeitgeber die Tatsachen beweisen, die die Kündigung bedingen (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG). Anders kann es dagegen bei Betriebsänderungen

(z. B. Stilllegungen, Verlegungen, grundlegende Änderungen der Organisation) sein.

Vereinbaren in einem solchen Fall Arbeitgeber und Betriebsrat einen sog. Interessenausgleich und bezeichnen darin die zu Kündigenden namentlich, so ändert sich nach dem Gesetz (§ 1 Abs. 5 KSchG) die beweisrechtliche Lage zugunsten des Arbeitgebers. Es greift eine gesetzliche Vermutung dafür ein, dass die Kündigungen durch betriebliche Erfordernisse bedingt sind, d. h. im Kündigungsschutzprozess muss nicht der Arbeitgeber die Betriebsbedingtheit beweisen, sondern der Arbeitnehmer muss die Vermutung der Betriebsbedingtheit widerlegen. Die Sozialauswahl kann in diesen Fällen nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Diese im Gesetz vorgesehene Regelung gilt nach der vorzitierten Entscheidung nicht nur für Beendigungskündigungen, sondern auch für betriebsbedingte Änderungskündigungen. Hier wird – wenn ein Interessenausgleich mit Namensliste vorliegt – zugunsten des Arbeitgebers vermutet, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch betriebliche Erfordernisse veranlasst war. Außerdem ist auch hier die Sozialauswahl nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen.

### Praxistipp:

In mitbestimmten Betrieben ist deshalb dem Arbeitgeber auf jeden Fall zu empfehlen, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich zu vereinbaren und insbesondere eine Namensliste der zu kündigenden Mitarbeiter mit diesem abzustimmen. Wenn eine solche Namensliste vorliegt, hat der Arbeitgeber ein Stück mehr Rechtssicherheit bei Kündigungsschutzprozessen.

RA Stefan Schlöffel/Mari-Susann von Oertzen  
IHK Düsseldorf

## Bonuszahlung bei unterlassener Zielvereinbarung

**BAG, Urteil vom 12.12.2007 - Az: 10 AZR 97/07**

Hat ein Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag Anspruch auf einen Bonus, wenn er die für jedes Geschäftsjahr gesondert festzulegenden Ziele erreicht, kann er Schadensersatz verlangen, wenn eine solche Zielvereinbarung aus Gründen,

die der Arbeitgeber zu vertreten hat, nicht getroffen wird.

Nach Ablauf des Geschäftsjahres, für das die Bonuszahlung zugesagt war, ist die Vereinbarung von Zielen nicht mehr möglich. Die für den Fall der Zielerreichung vereinbarte Bonuszahlung ist Grundlage für die Ermittlung des dem Arbeitnehmer zu ersetzenden Schadens.

Ist unter den Arbeitsvertragsparteien streitig, ob dem Arbeitnehmer ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich dieser beläuft, hat das Gericht hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden. Zu berücksichtigen ist dabei, dass Zielbonussysteme der Mitarbeitermotivation dienen und der Bonus seine Funktion als zusätzlicher Anreiz nur erfüllt, wenn realistische Ziele vereinbart werden, die der Arbeitnehmer grundsätzlich erfüllen kann. Hat auch der Arbeitnehmer es zu vertreten, dass keine Zielvereinbarung getroffen wurde, ist dieses Mitverschulden zu berücksichtigen.

#### Praxishinweis:

In der Praxis zeigt sich häufig das Problem, dass in Arbeitsverträgen Bonuszahlungen vereinbart werden, die an noch zu treffende Ziele geknüpft werden, die abhängig sind von noch zu treffenden Zielvereinbarungen. Tatsächlich wird im Alltag dann vergessen, solche Ziele mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren. Bislang stand durch die erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung fest, dass der Arbeitnehmer dann einen Schadensersatzanspruch hat. Nunmehr hat auch das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass einem Arbeitnehmer ein solcher Schadensersatzanspruch zusteht. Es ist deshalb darauf zu achten, dass mit dem Arbeitnehmer tatsächlich Ziele schriftlich vereinbart werden, die auch realistisch sein müssen. Sollte keine Vereinbarung zustande kommen, weil beispielsweise über die Ziele keine Einigung gefunden wird, muss dieser Umstand von dem Arbeitgeber dokumentiert werden. Wichtig ist auch die Tatsache, dass nachträglich selbstverständlich keine Ziele mehr vereinbart werden können.

RA Stefan Schlöffel/Mari-Susann von Oertzen  
IHK Düsseldorf

#### **Befristung im Anschluss an eine Ausbildung**

#### **Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10. Oktober 2007 – Az: 7 AZR 795/06**

Ein Arbeitsvertrag darf nicht beliebig oft befristet werden, wenn die Befristung damit begründet wird, dass sich die Beschäftigung an die Ausbildung anschließt. Dies geht nur ein einziges Mal. So hat das BAG am 10.10.2007 entschieden. Grundsätzlich ist eine Befristung eines Arbeitsvertrages nur dann zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht. Ein solcher sachlicher Grund liegt laut § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG vor, wenn die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern. Diese Vorschrift ermöglicht lediglich den einmaligen Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nach dem Ende der Ausbildung. Weitere befristete Arbeitsverträge können nicht hierauf gestützt werden.

Die Parteien schlossen nach Beendigung der Ausbildung der Klägerin zur Bürokommunikationskauffrau einen auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag ab. Das Arbeitsverhältnis wurde zunächst um ein halbes Jahr und dann durch einen weiteren Änderungsvertrag um ein weiteres halbes Jahr verlängert. Begründet wurden alle Befristungen mit dem Sachgrund der Anschlussbeschäftigung an die Ausbildung.

#### **Folge des Urteils:**

Da jedenfalls die letzte Befristung unwirksam war, war der Arbeitsvertrag unbefristet abgeschlossen. Hätte das Unternehmen sich allerdings von vorneherein auf die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG gestützt, hätte es diese Probleme nicht gegeben: Bis zur Dauer von zwei Jahren ist die Befristung ohne Sachgrund nämlich zulässig und kann in diesem Zeitrahmen bis zu drei Mal verlängert werden.

Hildegard Reppelmund  
DIHK

### Transparenzgebot und Stichtagsklausel bei Bonuszahlungen

**BAG, Urteil vom 24. Oktober 2007 - Az: 10 AZR 825/06**

Nach § 307 BGB sind vom Arbeitgeber vorformulierte Arbeitsvertragsklauseln unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Die Unwirksamkeit kann sich auch daraus ergeben, dass eine Klausel entgegen dem in dieser Vorschrift verankerten Transparenzgebot nicht klar und verständlich ist.

Soweit einerseits dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag die Teilnahme am Bonussystem des Arbeitgebers zugesagt wird und andererseits dieser Anspruch gleichzeitig unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt wird, widersprechen sich diese Regelungen. Sie sind nicht klar und verständlich und deshalb unwirksam. Dies galt auch für die streitgegenständliche Stichtagsregelung. Danach sollte der Anspruch auf die Bonuszahlung entfallen, wenn das Arbeitsverhältnis am 1. April des Folgejahres gekündigt ist. Da die Klausel bezüglich der Dauer der Bindung nicht auf die Höhe der Bonuszahlung abstellt, ist sie jedenfalls insoweit zu weit gefasst und benachteiligt den Arbeitnehmer deshalb unangemessen, so das BAG in seinem Urteil vom 24. Oktober 2007 (Az.: 10 AZR 825/06).

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=12243&pos=4&anz=78>

Carmen Tontsch  
IHK Frankfurt/M.

### Wettbewerbsverbot und Sonderkündigungsrecht bei selbständiger Tätigkeit?

**BAG, Urteil vom 25. Oktober 2007 - Az: 6 AZR 662/06**

Hat der Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung des Arbeitsverhältnisses Kündigungsschutzklage erhoben und stellt das Arbeitsgericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht

aufgelöst worden ist, kann er nach § 12 KSchG binnen einer Woche nach Rechtskraft des Urteils durch eine entsprechende Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei diesem verweigern, wenn er während des Laufs des Kündigungsschutzprozesses ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist. Dieses Sonderkündigungsrecht steht dem Arbeitnehmer jedoch nicht zu, wenn er sich während des Kündigungsschutzprozesses selbständig gemacht hat. In diesem Fall ist die Erklärung nach § 12 KSchG regelmäßig in eine ordentliche Kündigung zum nächst zulässigen Termin umzuwandeln. Bis zu diesem Zeitpunkt besteht das vertragliche Wettbewerbsverbot nach § 60 HGB mit der Folge fort, dass der Arbeitnehmer während dieser Zeit keine Konkurrenzaktivität ausüben kann. Hieran ändert auch ein zuvor vom Arbeitgeber nach § 75a HGB erklärter Verzicht auf ein im Arbeitsvertrag vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot nichts.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=12244&pos=3&anz=78>

Carmen Tontsch  
IHK Frankfurt/M.

### Kündigung wegen des Verdachts eines Versicherungsbetrugs

**BAG, Urteile vom 29. November 2007 - Az: 2 AZR 724/06, 2 AZR 725/06, 2 AZR 1067/06 und 2 AZR 1068/06**

Der auf Tatsachen beruhende Verdacht, der Arbeitnehmer habe mit Fahrzeugen des Arbeitgebers zu Lasten von dessen Haftpflichtversicherung Schäden in Absprache mit den Unfallgegnern verursacht, kann eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen. Voraussetzung einer derartigen Verdachtskündigung ist aber, dass starke Verdachtsmomente vorliegen, die auf objektiven Tatsachen beruhen und geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen des Arbeitgebers zu zerstören, und dass der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stel-

lungnahme gegeben hat. Dabei sind an die Darlegung und Qualität der Verdachtsmomente strenge Anforderungen zu stellen.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=12316&pos=0&anz=87>

Carmen Tontsch  
IHK Frankfurt/M.

**Verzicht auf Kündigungsschutzklage unwirksam**

**BAG, Urteil vom 6. September 2007 – Az: 2 AZR 722/06**

In einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 6. September 2007 – Az: 2 AZR 722/06 – nimmt das BAG Stellung zu der Frage, inwieweit ein formularmäßiger Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage zulässig ist. Verzichtet der Arbeitnehmer im unmittelbaren Anschluss an eine Arbeitgeberkündigung ohne Gegenleistung in einem ihm vom Arbeitgeber vorgelegten Formular auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage, wird von der gesetzlichen Regelung des § 4 Satz 1 KSchG abgewichen und es liegt regelmäßig eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vor. Der Verzicht auf die Kündigungsschutzklage ist damit unwirksam.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=12077&pos=0&anz=64>

Carmen Tontsch  
IHK Frankfurt/M.

**Kein Anspruch auf Paginierung der Personalakte**

**BAG Urteil vom 16.10.2007 - Az. 9 AZR 110/07**

Eine Personalakte muss nicht fortlaufend durchnummeriert sein (sog. Paginierung), entschied letztinstanzlich das Bundesarbeitsgericht am 16.10.2007 in Erfurt. Der Kläger, ein Sparkassenangestellter, hatte verlangt, dass die Seiten seiner Personalakte durchnummeriert werden. Zwar

gehören zur Personalakte alle Unterlagen und Schriftstücke, die sich mit der Person des Arbeitnehmers und der Entwicklung seines Arbeitsverhältnisses befassen. Über die Art und Weise der Personalaktenführung entscheidet allerdings allein der Arbeitgeber.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=12166&pos=1&anz=73>

Carmen Tontsch  
IHK Frankfurt/M.

**Abfindungsanspruch bei Rücknahme der Kündigungsschutzklage**

**BAG, Urteil vom 13.12.2007 – Az: 2 AZR 807/06**

Nach § 1a KSchG hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung einer Abfindung, wenn der Arbeitgeber betriebsbedingt kündigt und der Arbeitnehmer gegen die Kündigung nicht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist klagt. Der Anspruch entsteht nach dem Gesetz jedoch nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Kündigungsschreiben auf die vorgenannten Anspruchsvoraussetzungen (Anspruch auf Abfindung bei Betriebsbedingtheit der Kündigung und Verstreichenlassen der Klagefrist) hinweist. Der Zweck der gesetzlichen Regelung besteht darin, eine außergerichtliche Streiterledigung zu fördern, um eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Rechtswirksamkeit einer Kündigung im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses zu vermeiden. Die Erhebung einer Kündigungsschutzklage schließt ebenso wie ein Antrag auf nachträgliche Klagezulassung den Abfindungsanspruch aus. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer seine Klage oder seinen Antrag auf nachträgliche Klagezulassung wieder zurücknimmt. Ansonsten würde der Arbeitgeber - auch durch den nachträglichen Klagezulassungsantrag - doch mit einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses konfrontiert werden, die er gerade mit dem Angebot einer Abfindungszahlung vermeiden wollte.

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2007&nr=12362&pos=2&anz=97>

Carmen Tontsch  
IHK Frankfurt/M.

### Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit

**BAG, Urteil vom 08.05.2007 - Az: 9 AZR 874/06**

Der Arbeitgeber hat gemäß § 9 TzBfG einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, es stehen u. a. dringende betriebliche Gründe entgegen.

Ein entsprechender Arbeitsplatz ist dann gegeben, wenn auf dem freien Arbeitsplatz die gleiche oder eine zumindest vergleichbare Tätigkeit auszuüben ist, wie sie von dem Arbeitnehmer geschuldet ist, der den Wunsch nach Verlängerung angezeigt hat. Der Teilzeitbeschäftigte muss den objektiven Anforderungen dieses Arbeitsplatzes genügen.

Die dringenden betrieblichen Gründe beziehen sich auf die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Arbeitnehmern für die Besetzung des freien Arbeitsplatzes. Der Arbeitgeber kann hierbei den Berücksichtigungsanspruch nicht dadurch umgehen, dass er die gleiche Tätigkeit auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz anders vergüten will.

Martin Bonelli/Verena Grötzinger  
IHK Darmstadt

### Unzureichende Deutschkenntnisse und AGG

**ArbG Berlin, Urteil vom 26.09.2007 – Az: 14 Ca 10356/07**

Die Nichtberücksichtigung eines Stellenbewerbers mit „Migrationshintergrund“ wegen fehlender Beherrschung der deutschen Sprache ist keine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft nach dem AGG und begründet folglich auch kei-

nen Entschädigungsanspruch des abgelehnten Bewerbers.

Auch unter Anwendung des AGG stehe es dem Arbeitgeber frei, bei der Auswahl eines Stellenbewerbers eine Nichtberücksichtigung an seiner Auffassung nach unzureichende Kenntnisse der deutschen Sprache in Wort und Schrift zu knüpfen.

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Kläger, britischer Staatsangehöriger und seit 2004 in Berlin lebend, hat sich um eine Stelle für den Bereich Gartenbau bei der Beklagten beworben. Diese lehnte den Bewerber ab, da er ihrer Auffassung nach unzureichende Kenntnisse der deutschen Sprache in Wort und Schrift aufweise.

Das Gericht wies die Klage ab und stellt sich damit gegen die bislang wohl überwiegende Auffassung, wonach die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers wegen unzureichender Deutschkenntnisse eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft ist.

Das arbeitgeberfreundliche ArbG Berlin sieht in der Nichtberücksichtigung eines Stellenbewerbers wegen unzureichender Kenntnisse der deutschen Sprache weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Benachteiligung, wie es das AGG verlangt. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach Auffassung des Gerichts nicht vor, da an die deutsche Sprache und nicht an die ethnische Herkunft des Bewerbers angeknüpft werde.

Auch eine mittelbare Benachteiligung läge nicht vor, denn der Nichtberücksichtigungsgrund sei nicht mittelbar die Muttersprache des Bewerbers als Ausdruck und Merkmal seiner ethnischen Herkunft, sondern die fehlenden deutschen Sprachkenntnisse. Das AGG sanktioniere nicht jede Benachteiligung, sondern nur eine Benachteiligung aus den nach dem AGG verbotenen Motiven. Eine solche liege hier aber nicht vor.

Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Entscheidung auch bei anderen Gerichten durchsetzen wird, insbesondere auch im Hinblick darauf, dass bei Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung diese nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt.

Martin Bonelli/Verena Grötzing  
IHK Darmstadt

### Sozialplanabfindung und AGG

**BAG, Urteil vom 02.10.2007 – Az: 1 AZN 793/07**

**Die Höchstbegrenzung einer Steigerung nach Alter und Betriebszugehörigkeit stellt keine unzulässige Altersdiskriminierung dar.**

Die Höchstbegrenzung einer mit Alter und Betriebszugehörigkeit steigenden Sozialplanabfindung stellt auch unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben keine nach § 75 Abs.1 Satz 2 BetrVG a .F. verbotene Benachteiligung älterer Arbeitnehmer dar. Diese werden dadurch weder unmittelbar noch mittelbar diskriminiert. Durch die Anwendung einer Höchstbetragsklausel findet keine Differenzierung nach dem Alter statt. Vielmehr werden die Folgen begrenzt, die sich aus einer das höhere Lebensalter begünstigenden Abfindungsregel ergeben.

Nach der alten Fassung des § 75 Abs. 1 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) haben Arbeitgeber und Betriebsrat darauf zu achten, dass Arbeitnehmer nicht wegen Überschreitung bestimmter Altersstufen benachteiligt werden.

Der Entscheidung liegt die Frage zu Grunde, ob unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben eine nach § 75 Abs.1 Satz 2 BetrVG a. F. verbotene Benachteiligung älterer Arbeitnehmer vorliegt, wenn die mit Alter und Betriebszugehörigkeit steigende Sozialplanabfindung auf einen Höchstbetrag begrenzt wird.

Das Gericht macht in seiner Entscheidung deutlich, dass die Zulässigkeit solcher Höchstbeträge mit § 75 Abs.1 BetrVG vereinbar ist.

Die Höchstbegrenzung einer mit Alter und Betriebszugehörigkeit steigenden Sozialplanabfindung stellt keine verbotene Benachteiligung älterer Arbeitnehmer dar. Es liegt weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Diskriminierung älterer Arbeitnehmer vor.

Durch eine Höchstbetragsklausel, die ihrerseits nicht nach dem Alter differenziert, werden Arbeitnehmer wegen ihres Lebensalters unmittelbar weder bevorzugt noch benachteiligt. Es liegt auch keine mittelbare Altersdiskriminierung vor, denn die älteren Arbeitnehmer werden durch eine Höchstbetragsklausel nicht anders behandelt als die jüngeren. Das Merkmal Alter hat hier keine Ungleichbehandlung zur Folge. Es findet gerade keine Differenzierung nach dem Alter statt. Vielmehr wird umgekehrt die Differenzierung begrenzt, die sich aus einer auch auf das Lebensalter abstellenden Abfindungsformel ergibt.

Martin Bonelli/Verena Grötzing  
IHK Darmstadt

### Kein Anspruch auf Fahrkostenerstattung zur Berufsschule

**LAG Hamm, Urteil vom 30. August 2007 - Az: 17 Sa 969/07, nicht rechtskräftig**

Muss ein Lehrling für die Fahrt zur Berufsschule Kosten aufwenden, hat er deshalb keinen Anspruch auf Erstattung dieser Kosten durch den Arbeitgeber. Ein solcher Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem Prinzip der Kostenfreiheit der Berufsausbildung. Das hat das Landesarbeitsgericht im Fall eines Auszubildenden als Kaufmann im Gesundheitswesen entschieden, der in einer Klinik ausgebildet wurde und für einen halbjährigen Zeitraum 773 Euro Fahrkostenerstattung verlangt hatte. Das Gericht bestätigt die bestehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und verweist darauf, dass die Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes (BBiG) keine Regelung zur Erstattung von durch den Berufsschulbesuch entstehenden Fahrtkosten enthalte. Ein solcher Anspruch lasse sich auch nicht aus dem Sinn und Zweck der Normen des BBiG ableiten. Etwas anderes gelte nur, wenn der Lehrling auf Veranlassung des Arbeitgebers nicht die nächstliegende oder eine andere als die staatliche Berufsschule besuche.

*Revision eingelegt unter dem AZ 3 AZR 936/07*

Hans Joachim Beckers  
IHK Kiel

## Kündigung wegen wiederholt fehlender Krankmeldung

LAG Hessen, Urteil vom 10. Dezember 2007 -  
Az: 17 Sa 1174/07

Reicht ein Arbeitnehmer bei Erkrankungen wiederholt nicht pünktlich seine Krankmeldungen ein, kann der Arbeitgeber nach entsprechender Abmahnung die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aussprechen. Das hat das Landesarbeitsgericht Hessen im Fall eines an Gelenkbeschwerden leidenden Packers bei einer Spedition entschieden, der trotz mehrfacher Hinweise und Abmahnungen die Krankheitsatteste nicht pünktlich eingereicht hatte. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass die verhaltensbedingte Kündigung rechters sei. Die Verletzung von arbeitsrechtlichen Nebenpflichten sei nach Abmahnung geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen. Es könne dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, in ständiger Ungewissheit zu sein, ob der Arbeitnehmer zur Arbeit erscheine oder krank sei. Im Rahmen der konkreten Interessenabwägung sei das Interesse des Arbeitgebers an der Planungssicherheit höher zu gewichten als das Interesse des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz.

Hans Joachim Beckers  
IHK Kiel

## Alkoholsucht - Entziehungskur vor Kündigung

LAG Hamm, Urteil vom 23.05.2007 – Az: 5 Sa 2044/06 (rechtskräftig)

Im Rahmen einer personenbedingten Kündigung wegen Alkoholismus hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung die Möglichkeit zu geben, eine Entziehungskur zu machen.

Das Angebot bzw. die Aufforderung seitens des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, eine Entziehungskur zu machen, ist folglich ausreichend, um zu kündigen, wenn der Arbeitnehmer dies ablehnt. Nimmt der Arbeitnehmer die Therapie wahr, muss der Arbeitgeber deren Erfolg abwarten und kann erst bei Abbruch bzw. Misserfolg kündigen.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einer Kündigung, muss diese „ultima ratio“, also das letzte Mittel sein, das zum Einsatz kommt. Zudem muss immer das mildeste Mittel mehrerer gleich geeigneter Mittel eingesetzt werden.

Im konkreten Fall darf die Kündigung also nur dann erfolgen, wenn andere Mittel (wie die Entziehungskur) den Arbeitnehmer nicht dazu bringen konnten, seine arbeitsvertraglichen Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen.

Verena Grötzinger/Martin Bonelli  
IHK Darmstadt

## Betriebsbedingte Kündigung – niedrigere Abfindung als ½ Monatsgehalt?

BAG, Urteil vom 13.12.2007 – Az: 2 AZR 807/06

Muss einem Arbeitnehmer betriebsbedingt gekündigt werden, räumt § 1a KSchG den Arbeitsvertragsparteien eine schnelle und effektive Möglichkeit zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein. Es kann ein unter Umständen langwieriger Kündigungsschutzprozess mit für beide Seiten unsicherem Ausgang vermieden werden.

Dazu muss der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben lediglich darauf hinweisen, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist eine Abfindung beanspruchen kann. Erhebt der Arbeitnehmer daraufhin keine Kündigungsschutzklage, ist das Arbeitsverhältnis wirksam beendet. Die Höhe der Abfindung ist dann grundsätzlich gesetzlich geregelt. Sie beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses.

Es steht den Arbeitsvertragsparteien allerdings frei, eine niedrigere Abfindung zu vereinbaren. Möchte der Arbeitgeber dies erreichen, muss er im Kündigungsschreiben ausdrücklich darauf hinweisen, dass sein Angebot kein solches nach § 1a KSchG ist. Dies hat das BAG entschieden. Insbesondere ist folgendes Vorgehen nicht ausreichend:

Im vom BAG entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben zwar einen Hin-

weis entsprechend § 1a KSchG erteilt. Nach Ansicht des BAG genügt es aber nicht, eine konkrete Abfindungssumme zu nennen, die unterhalb der gesetzlichen Abfindung liegt. Wer so vorgeht, muss damit rechnen, dass der Arbeitnehmer, der die Klagefrist verstreichen lässt, erfolgreich auch noch den restlichen Betrag, also die Differenz zwischen angebotener und gesetzlich vorgesehener Abfindung, einklagen kann.

Praxishinweis:

Für die Zukunft bedeutet das: Der Arbeitgeber, der eine von § 1a KSchG abweichende Abfindungssumme zahlen möchte, sollte darauf im Kündigungsschreiben klar und unmissverständlich hinweisen.

Dr. Nikolaus Schmalz/Hildegard Reppelmund  
DIHK

### Teilzeitanspruch und tarifliche Härtefallregelung

**BAG, Urteil vom 13.11.2007 – Az: 9 AZR 36/07**  
**Hessisches LAG, Urteil vom 04.12.2006 – Az: 17 Sa 454/06**

Gem. § 8 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) kann ein Arbeitnehmer, der bereits mindestens sechs Monate beschäftigt wurde, die Verringerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit verlangen. Dieser Anspruch stellt sowohl seinen Arbeitgeber als auch seine Kollegen vor erhebliche Herausforderungen. Oft müssen die Kollegen Aufgaben der Teilzeitkraft übernehmen. Ggf. muss der Betrieb neu organisiert werden. Eventuell muss sogar eine neue (Teilzeit-)Arbeitskraft eingestellt werden (vgl. BAG, Urteil vom 08.05.2007, Az: 9 AZR 1112/06).

Häufig wird der Arbeitgeber deshalb versuchen, den Teilzeitwunsch abzulehnen. So war es auch im jetzt vom BAG entschiedenen Fall. Hier war eine Arbeitnehmerin bereits als Teilzeitkraft eingesetzt. Laut Tarifvertrag betrug ihre Arbeitszeit 46,67 % der Arbeitszeit einer Vollkraft. Nach Änderung des Tarifvertrages erhöhte sich der Umfang der Teilzeitarbeit auf insgesamt 51,09 % der Vollzeit. Nur in bestimmten Härtefällen sollten Arbeitnehmer ausnahmsweise ihre alte Arbeitszeit beibehalten dürfen. Dabei gingen die Tarifver-

tragsparteien davon aus, dass maximal 10 % der Arbeitnehmer hiervon Gebrauch machen würden. Diese Zahl war allerdings nicht erreicht worden.

Die Klägerin war als allein erziehende Mutter, die ihre Kinder betreuen musste, mit der Neuregelung nicht einverstanden und beantragte die Verringerung der Arbeitszeit auf das ursprüngliche Niveau. Dem stimmte ihr Arbeitgeber nicht zu.

Da der Tarifvertrag die Betreuung von Kindern nicht als Ausnahmetatbestand vorsah, ging es allein um die Frage, ob ein Anspruch nach dem TzBfG bestand. Das ist nicht der Fall, soweit betriebliche Gründe dem Teilzeitverlangen entgegenstehen. Ein betrieblicher Grund liegt gem. § 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht.

Das Hessische LAG gab der Klägerin recht. Dabei ging es nach der von der ständigen BAG-Rechtsprechung entwickelten Drei-Stufen-Prüfung vor. Auf der ersten Stufe stellte es fest, ob im Unternehmen ein Organisationskonzept mit einer Arbeitszeitregelung existierte. Auf der zweiten Stufe prüfte es, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Teilzeitverlangen tatsächlich entgegenstand. Und auf der dritten Prüfungsstufe untersuchte es, ob es zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der in § 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG genannten Belange kam. Im Ergebnis verneinte das LAG eine wesentliche Beeinträchtigung unter Hinweis auf die 10 %-Regelung des Tarifvertrages. Solange nicht 10 % der Arbeitnehmer von der Ausnahmeregelung Gebrauch gemacht hätten, könne eine wesentliche Beeinträchtigung nicht vorliegen. Schließlich hätten die Tarifvertragsparteien Teilzeitfälle in entsprechender Zahl eingeplant.

Das BAG hat das Urteil des LAG aufgehoben. Es hat entschieden, dass eine betriebliche Störung bereits darin liegen kann, dass Arbeitnehmer des Betriebes aufgrund des Teilzeitwunsches nicht (mehr) mit ihrer gesamten vertraglich vereinbarten Arbeitszeit eingesetzt werden können. Eine solche Störung sei auch eine wesentliche Beeinträchtigung. Wenn der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht voll erfüllen könne, sei er An-

sprüchen wegen Annahmeverzuges durch seine Arbeitnehmer ausgesetzt.

Damit hat das BAG die Beeinträchtigung der betrieblichen Organisation weiter konkretisiert. Für zukünftige Fälle bedeutet dies: Es bleibt eine vom Arbeitgeber darzulegende Frage des Einzelfalles, ob betriebliche Belange dem Teilzeitverlangen entgegenstehen. Eine entsprechende tarifvertragliche Regelung ist nur ein Indiz dafür, dass betriebliche Belange nicht entgegenstehen.

Dr. Nikolaus Schmalz/Hildegard Reppelmund  
DIHK

## Literaturhinweise

Mario Eylert, Richter am BAG/Anne Friedrichs, Richterin am ArbG, „Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung“  
Der Betrieb 40/2007, S. 2203 – 2006

Anna Caroline Gravenhorst  
„Kündigungsschutz bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug“  
RdA 5/2007, S. 283 – 289

Manfred Löwisch/ Burkhard Göpfert/  
Carolin Siegrist  
„Verwirkung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang“  
Der Betrieb 46/2007, S. 2538 - 2541

Eva Hüttl, „Wenn der Mitarbeiter zum Konkurrenten wird – Wettbewerbsverbote“  
Arbeit und Arbeitsrecht 10/07; S. 602 - 606

Bernd Schiefer, „Brennpunkte des Arbeitsrechts 2007/2008“  
Der Betrieb 50/2007; S. 2769 – 2776

Volker Stück, „Schlechte Arbeit – weniger Entgelt? Low Performern die Grenzen aufzeigen“  
Arbeit und Arbeitsrecht 12/2007, S. 720 – 723

Wolf Hunold, „Personalakten richtig führen“  
Arbeit und Arbeitsrecht 12/2007, S. 724 – 726

Patrick Bruns, „Zweifelsfragen zum Recht der Elternzeit, 1. Teil“  
Betriebs-Berater 7/2008; S. 330 - 336

Hildegard Reppelmund  
DIHK

## Buchtipp zum Schluss

**BMAS-Broschüre zum Kinder- und Jugendarbeitsschutz**

„Klare Sache - Jugendarbeitsschutz und Kinderarbeitsschutzverordnung“

Gerade junge Menschen benötigen besonderen Schutz bei der Arbeit. Sie stehen noch in der Entwicklung und sind den Anforderungen der Arbeitswelt der Erwachsenen noch nicht gewachsen. Überforderungen und Schädigungen wirken sich auf sie besonders nachteilig aus. Das Jugendarbeitsschutzgesetz und die Kinderarbeitsschutzverordnung schaffen die rechtlichen Voraussetzungen, um Kinder und Jugendliche vor Überforderung, Überbeanspruchung und deren Gefahren am Arbeitsplatz zu schützen. Oberstes Ziel eines modernen Arbeitsschutzes ist es daher, sie durch vorbeugende Maßnahmen bereits in den Anfängen vor übermäßigen Belastungen einer sich stets wandelnden Arbeitswelt zu schützen und ihre Gesundheit zu erhalten und zu fördern. Das ist auch im Interesse der Unternehmen, der Beschäftigten und der Gesellschaft notwendig.

Diese im Oktober 2007 erschienene Broschüre bietet Informationen zum Jugendarbeitsschutz und zur Kinderarbeitsschutzverordnung. Sie gibt den aktuellen Stand wieder und enthält den Text des geltenden Jugendarbeitsschutzgesetzes und der Kinderarbeitsschutzverordnung.

<http://www.bmas.de/portal/10416/>

Hildegard Reppelmund  
DIHK