

# Informationsbrief für Personalwirtschaft und Arbeitsrecht

## Aktuelle Informationen für die Personalarbeit

### **Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags aus sozialen Gründen**

Nach dem Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) kann die Befristung eines Arbeitsvertrags aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen sachlich gerechtfertigt sein, wenn das Interesse des Arbeitgebers, aus sozialen Erwägungen mit dem betreffenden Arbeitnehmer nur einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, auch angesichts des Interesses des Arbeitnehmers an einer unbefristeten Beschäftigung schutzwürdig ist.

Das trifft zu, wenn es ohne den in der Person des Arbeitnehmers begründeten sozialen Zweck überhaupt nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags, auch nicht eines befristeten Arbeitsvertrags, gekommen wäre. In diesem Fall liegt es auch im objektiven Interesse des Arbeitnehmers, wenigstens für eine begrenzte Zeit bei diesem Arbeitgeber einen Arbeitsplatz zu erhalten. Dabei müssen die sozialen Erwägungen das überwiegende Motiv des Arbeitgebers sein. Daran fehlt es, wenn die Interessen des Arbeitgebers und nicht die Berücksichtigung der sozialen Belange des Arbeit-

nehmers für den Abschluss eines lediglich befristeten Arbeitsvertrags ausschlaggebend waren.

Urteil des BAG vom 21.01.2009  
7 AZR 630/07

### **Keine Pflicht zur Teilnahme am Personalgespräch**

Ein Unternehmer wollte wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten das 13. Monatsgehalt seiner Mitarbeiter reduzieren. Dazu führte die Geschäftsführung zunächst ein gemeinsames Gespräch mit allen betroffenen Mitarbeitern und bat diese dann zu Einzelgesprächen in das Büro des Personalleiters. Eine Arbeitnehmerin wollte über die Streichung der Sonderleistung aber nicht ohne ihre Kolleginnen und Kollegen verhandeln und verweigerte das Gespräch. Darin sah der Arbeitgeber eine Verweigerung der geschuldeten Arbeitsleistung und mahnte die Mitarbeiterin ab.

Diese klagte erfolgreich auf Beseitigung der Abmahnung aus ihrer Personalakte. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers beinhaltet nicht die Befugnis, einen Arbeitnehmer zur Teilnah-

me an einem Personalgespräch über eine Änderung des Arbeitsvertrags zu verpflichten. Verweigert der Mitarbeiter die Teilnahme, darf dies nicht durch eine Abmahnung oder gar eine Kündigung sanktioniert werden.

Urteil des BAG vom 23.06.2009  
2 AZR 606/08

### **Keine Umgehung der Lohnpfändung bei verschleiertem Einkommen**

Droht einem Arbeitnehmer eine Lohnpfändung durch einen Gläubiger, wird insbesondere bei Arbeitsverhältnissen unter Angehörigen nicht selten eine Vergütung vereinbart, die höchstens die Pfändungsfreigrenze erreicht. Eine derartige Verschleierung des wirklichen Einkommens gelingt jedoch nicht immer. Denn die Regelung des § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO besagt, dass der Pfändung eine angemessene Vergütung zugrunde zu legen ist, wenn ein Arbeitnehmer (angeblich) nur eine unverhältnismäßige Vergütung bezieht.

Das Bundesarbeitsgericht hält eine Bezahlung im Grundsatz dann nicht für unverhältnismäßig gering, wenn sie mehr als 75 Prozent der üblichen Vergütung beträgt. Allerdings können besondere Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art der Arbeits- und Dienstleistung, die verwandtschaftlichen oder sonstigen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers durchaus auch eine Abweichung von weniger als 25 Prozent als unverhältnismäßig erscheinen lassen.

Urteil des BAG vom 22.10.2008  
10 AZR 703/07

### **"Scheinselbstständige" beim Bundesrat**

Selbst höchste Institutionen sind nicht vor juristischen Fehlgriffen gefeit. So hatte der Bundesrat zeitweise bis zu 18 Mitarbeiter des Besucherdienstes als selbstständige Mitarbeiter beschäftigt. In Wirklichkeit handelte es sich - wie nun das Sozialgericht Berlin feststellte -

um sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer.

Die Besucherführer waren nach außen hin eindeutig als Mitarbeiter des Bundesrates in Erscheinung getreten, zum Beispiel durch das Tragen von Namensschildern mit dem Zusatz "Bundesrat". Der Bundesrat wurde daher verurteilt, rückwirkend die Beiträge zur Sozialversicherung von insgesamt 15.000 Euro zu bezahlen.

Urteil des SG Berlin vom 02.06.2009  
S 36 KR 2382/07

### **Zeugnisberichtigung: unzulässiger Hinweis auf weitergehende Informationen**

Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einer kaufmännischen Angestellten stellte der Arbeitgeber ein qualifiziertes Zeugnis aus, das mit folgendem Satz endete: "Gerne stehen wir jedem zukünftigen Arbeitgeber von Frau S. hinsichtlich Nachfragen über die Qualität der von ihr für uns geleisteten Arbeit zur Verfügung." Die Arbeitnehmerin war mit diesem Zusatz nicht einverstanden und verlangte dessen Streichung. Der Arbeitgeber rechtfertigte die gewählte Formulierung damit, es könne nur als positives Signal aufgefasst werden, wenn ein Arbeitgeber bereit sei, die positive Leistungsbeurteilung aus dem Zeugnis jederzeit telefonisch zu bestätigen.

Dieser Argumentation folgte das Arbeitsgericht Herford nicht. Vielmehr ist die beanstandete Formulierung als verschlüsselter Hinweis darauf zu verstehen, dass die im Zeugnis enthaltene Leistungsbeurteilung nicht den wirklichen Leistungen des Arbeitnehmers entspricht. Ein solcher Passus ist daher unzulässig und ersatzlos zu streichen.

Urteil des ArbG Herford vom 01.04.2009 - 2  
Ca 1502/08

### **Ungeeigneter Bewerber für Mädcheninternat**

Der Träger eines Gymnasiums darf bei der Besetzung einer Betreuerstelle für ein Mädcheninternat die Bewerberauswahl auf Frauen beschränken, wenn die Tätigkeit auch Nachtdienste im Internat beinhalten soll. Das weibliche Geschlecht der Stelleninhaberin stellt hier eine wesentliche und entscheidende Anforderung i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG dar. Ein nicht berücksichtigter männlicher Bewerber kann sich in diesem Fall daher nicht auf das Benachteiligungsverbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) berufen. Der Bundesgerichtshof wies dementsprechend seine Schadensersatzklage auf mindestens 6.750 Euro ab.

Urteil des BAG vom 28.05.2009  
8 AZR 536/08

### **Schwierige Beseitigung einer betrieblichen Übung**

Ein Arbeitgeber zahlte über Jahre hinweg an seine Arbeitnehmer ein jährliches Weihnachtsgeld, obwohl der Arbeitsvertrag hierfür keine Verpflichtung enthielt. Hierdurch war im Weg der so genannten betrieblichen Übung zweifellos ein Rechtsanspruch der Arbeitnehmer entstanden. Als die Geschäfte schlechter gingen, wollte der Unternehmer von der Zahlungsverpflichtung loskommen. Das Bundesarbeitsgericht stellt in derartigen Fällen hohe Anforderungen an die Beseitigung der betrieblichen Übung durch den Arbeitgeber.

Danach genügt es nicht, wenn in den letzten drei Jahren die Lohnabrechnungen, in denen das Weihnachtsgeld ausgewiesen war, den zusätzlichen handschriftlichen Vermerk: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“ enthalten. Eine dreimalige widerspruchslose Annahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation durch einen Arbeitnehmer führt nach § 308 Nr. 5 BGB nicht zum Verlust eines Rechtsanspruchs auf die Gratifikation. Denn unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer die Freiwilligkeitsvorbehalte als Änderungsan-

gebot des Arbeitsvertrags verstanden hat oder nicht, muss die widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit und damit das Schweigen des Arbeitnehmers - soweit im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist - als Ablehnung verstanden werden. In diesem Fall reichte daher der bloße Hinweis auf die Freiwilligkeit der Leistung nicht aus. Der Unternehmer musste das Weihnachtsgeld auch in den Folgejahren bezahlen.

Hinweis: Eine „gegenläufige“ betriebliche Übung kann daher nur wirksam in Gang gesetzt werden, wenn ein Arbeitnehmer dem Vorbehalt der Freiwilligkeit bei drei aufeinander folgenden Leistungen *ausdrücklich* zustimmt. Wird dies verweigert, verbleibt dem Arbeitgeber nur noch die Möglichkeit der Änderungskündigung.

Urteil des BAG vom 18.03.2009  
10 AZR 281/08

### **Verspätete Kündigungsschutzklage durch Verschulden eines Gewerkschaftsvertreters**

Will sich ein Arbeitnehmer gegen eine Kündigung gerichtlich zur Wehr setzen, muss er die Kündigungsschutzklage binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung beim zuständigen Arbeitsgericht erheben. Allerdings sieht § 5 Abs. 1 des Kündigungsschutzgesetzes die Möglichkeit der nachträglichen Zulassung einer Kündigungsschutzklage auf Antrag des Arbeitnehmers vor, wenn dieser nach erfolgter Kündigung trotz aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, rechtzeitig Klage zu erheben.

Hat der Arbeitnehmer die verspätete Klageerhebung selbst verschuldet, so kann die Klage nicht nachträglich zugelassen werden. Die Kündigung gilt dann als von Anfang an wirksam. Dieselbe Folge tritt ein, wenn nicht der Arbeitnehmer selbst, aber sein Prozessbevollmächtigter die verspätete Klageerhebung verschuldet hat.

Das gilt auch, wenn der bevollmächtigte Vertreter einer Gewerkschaft den Klageauftrag nicht rechtzeitig an den DGB-Rechtsschutz weitergegeben hat.

Urteil des BAG vom 28.05.2009  
2 AZR 548/08

### **Schadensersatz bei nicht rechtzeitig erteiltem Arbeitszeugnis**

Kommt ein Arbeitgeber seiner Verpflichtung nicht nach, dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer innerhalb von zwei bis drei Wochen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das erwünschte Endzeugnis zu erteilen, kann er sich schadensersatzpflichtig machen, wenn beispielsweise eine Bewerbung des ehemaligen Mitarbeiters am Fehlen eines qualifizierten Zeugnisses scheitert. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist jedoch, dass der Arbeitnehmer zuvor die Erteilung des Endzeugnisses angemahnt hat.

Urteil des LAG Schleswig-Holstein vom 01.04.2009

### **Hohe Anforderungen an fristlose Kündigung bei "unkündbarem" Arbeitnehmer**

Ist ein Arbeitnehmer wegen seiner langen Betriebszugehörigkeit laut Tarifvertrag unkündbar, schließt dies nur das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung aus. Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung bleibt gleichwohl bestehen. Allerdings sind die von den Arbeitsgerichten an eine solche Kündigung gestellten Anforderungen besonders hoch.

Für das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz reichte das Fehlverhalten des Betreuers einer Wohngruppe mit Jugendlichen nicht aus, der mehrfach seine Aufsichtspflichten verletzt, sich mehrmals verspätet krank gemeldet und wiederholt seinen Arbeitsplatz vorzeitig verlassen hatte.

Der Arbeitgeber konnte im Kündigungsschutzverfahren nicht schlüssig darlegen, dass eine

konkrete Wiederholungsgefahr hinsichtlich weiteren Fehlverhaltens bestand.

Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 27.03.2009

---

Herausgeber:

**BUIR & SCHOLZ**  
RECHTSANWÄLTE

MARTIN BUIR

MIETRECHT – VERSICHERUNGSRECHT-  
VERKEHRSRECHT – GESELLSCHAFTSRECHT

OLIVER SCHOLZ

MARKENRECHT – VERTRAGSRECHT  
ARBEITSRECHT – WIRTSCHAFTSRECHT