

sfm-arbeitsrecht

aktuell

1. Halbjahr 2012

NEUES

vom BAG

Übernahme JAV – **Sozialauswahl** – überörtliche Versetzung – **Zeugnis** – Zugang einer Kündigung – **Pflegezeit** – LeihAN zählen doch – **§ 81 SGB IX und Zustimmungsverweigerung** – Elternzeit – **Befristungskontrolle** – Abbruch BR-Wahl – **Urlaubsabgeltung** – Abbruch BR-Wahl – **Wahlbeerber** – Verhinderung des Vorsitzenden – **Nachbindung eines TV** - u. v. m.

Weitere Themen

- ▶ **sfm goes twitter S. 2**
- ▶ **Abmahnung – was tun? S. 4-5**
- ▶ **Wasser ist Menschenrecht S. 6**
- ▶ **Änderungskündigung bedingungsfeindlich S. 7-8**

Versprochen ist versprochen

... und wird doch gern gebrochen?!

Betriebliche Übung oder Gesamtzusage – Freiwilligkeitsvorbehalt und Schriftform – Änderung bei Bezugsnormen

Das Bundesarbeitsgericht hatte am 15.05.2012 etliche Verfahren gegen eine öffentlich-rechtliche Bank zu entscheiden, in denen es um sog. Versorgungsrechte ging (3 AZR 128/11, 129/11, 279/11, 281/11, 469/11, 508/11, 509/11, 511/11 und 610/11). Diese neun Verfahren waren die Vorhut einer ganzen Klagewelle, die bei den Untergerichten anhängig waren. Auch standen und stehen zahlreiche Mitarbeiter der Bank in Wartestellung.

Worum geht es: Seit den 70iger Jahren wurden Mitarbeitern nach 20 Jahren in der Branche, davon 10 bei der Bank direkt das sog. Versorgungsrecht verliehen, wenn sie gewisse Anforderungen an Gesundheit und Leistung und Verhalten erfüllten. Dies war bis 2009 bei mindestens 98 % aller Mitarbeiter der Fall. Inhalt des sog. Versorgungsrechts ist u.a. ein verbesserter Kündigungsschutz und bessere Rentenleistungen. Es gab Aushänge und interne Stellungnahmen von Abteilungen, dass ein Rechtsanspruch

entstanden sei. Alle paletti, möchte man meinen, oder?!

Für Neueintritte ab 2002 hatte man das System geschlossen. Auch dies in gewisser Weise nachvollziehbar und transparent. Altbeschäftigte bräuchten sich jedoch keine Sorgen zu machen, so die Bank.

Kritische Leser werden bereits ahnen, was dann kommt: kräftig

verspekuliert und prompt kommt 2009 die Ansage, dass man die Versor-

Gesamtzusage oder betriebliche Übung?

gungsrechte für die, die die 20 Jahre nun voll haben doch nicht verleihen könne, da ein ominöses weiteres Kriterium, nämlich das des „sicheren Arbeitsplatzes“ nicht erfüllt sei. Einige Monate später präzisierte man die Aussage sinngemäß dann in „ups, ein Anspruch hat eh nie bestanden“.

Und schon ist die juristische Schlacht eröffnet. Frühere Aussagen von Führungskräften sind unvermittelt ohne Vollmacht erfolgt, Dokumente seien nur Meinungsäußerungen Einzelner gewesen und

überhaupt habe niemand niemals etwas zugesagt.

Durch die Instanzen wird dann gestritten, ob und wer verbindliche Aussagen für einen Arbeitgeber abgeben darf, ob Veröffentlichungen über Ansprüche auch bedeuten, dass es diese gibt, ob unklare Vorbehaltsklauseln etwaige Ansprüche zunichte machen und ob nicht etwa im öffentlichen Dienst eh nur das gilt was 150%ig konkret niedergelegt ist. Auch die Frage, ob ich z. B. nach 17 Jahren Beschäftigung wissen darf, ob ich überhaupt eine Chance habe, nach erfüllten Voraussetzungen den beamtenähnlichen Status zu erreichen war plötzlich höchst strittig.

Interessant über den Fall hinaus sind die für die Kläger durchwegs positiven Entscheidungen des 3. Senats des BAG, weil sie klarmachen:

Eine betriebliche Übung kann auch dynamisch sein, denn die verweise auf Altersversorgungsregelungen des Öffentlichen Dienstes haben sich ja gewandelt in den letzten Jahren. Der Arbeitgeber hatte behauptet, dass gerade die Veränderungen in den in Bezug genommenen gesetzlichen Änderungen beweisen würden, dass es gar kein konkretes Gewohnheitsrecht gegeben hätte.

Freiwilligkeitsvorbehalte in Verträgen sind gefährlich, aber verhindern nicht in jedem Fall das Entstehen einer betrieblichen Übung.

Auch im Öffentlichen Dienst kann es eine betriebliche Übung geben, selbst bei Schriftformklauseln.

Daneben wird uns das Gericht sicherlich noch ein paar Sätze zur Gesamtzusage präsentieren, welche es im konkreten Fall abgelehnt hat zu Gunsten der betrieblichen Übung. Die Begründungen der Entscheidungen werden daher sicherlich interessant über die konkreten Fälle hinaus sein. Noch warten wir darauf, empfehlen aber schon mal die Lektüre.

RA Michael Fleischmann (fl)

Praxistipps auf Twitter

sfm goes twitter... ja, die modernen Zeiten erreichen selbst Anwaltsbüros. Wir haben nun auch einen Twitter-account. Unter dem Namen @sfmarbeitsrecht wollen wir nützliche Hinweise für Betriebs-/ Personalräte, aber auch Arbeitnehmer geben. Je nach Arbeitsaufwand und Akzeptanz werden wir das regelmäßig pflegen ...oder still und heimlich wieder einstellen;) Auf jeden Fall wollen wir nur ausgewählte Informationen einstellen und nicht blindlings Fremdnachrichten weitersenden. Das sollen andere tun. Für Anregung und Kritik sind wir dankbar.

sfm-Tweets bisher u.a.

1 Jun [sfm-arbeitsrecht@sfmarbeitsrecht](#)

Der kleine Alltagshelfer für den Betriebsrat - alltäglich auftretende Themen - 3. Eingruppierung, § 99 BetrVG unter [_sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/...](#)

16 Mai [sfm-arbeitsrecht@sfmarbeitsrecht](#)

BAG: Mitarbeiter der BayernLB haben Anspruch auf Versorgungszusagen aus betrieblicher Übung, siehe [_sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/...](#)

4 Mai [sfm-arbeitsrecht@sfmarbeitsrecht](#)

Der kleine Alltagshelfer für den Betriebsrat - alltäglich auftretende Themen - 2. Versetzung, § 99 BetrVG unter [_sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/...](#)

30 Apr [sfm-arbeitsrecht@sfmarbeitsrecht](#)

Arbeitnehmerrechte wahrnehmen - Teil 1: Abmahnung - was tun?! [_sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/...](#)

22 Mär [sfm-arbeitsrecht@sfmarbeitsrecht](#)

BR Spezial - Denglich im Betrieb – Mitbestimmung bei der Sprachwahl [_sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/...](#)

12 Mär [sfm-arbeitsrecht@sfmarbeitsrecht](#)

Der kleine Alltagshelfer für den Betriebsrat – alltäglich auftretende Themen - 1. Einstellung, § 99 BetrVG unter [_sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/...](#)

2 Feb [sfm-arbeitsrecht@sfmarbeitsrecht](#)

Arbeitsrecht für ArbeitnehmerInnen - unser aktuelles Info ist zu finden unter [_sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/...](#)

BAG vom 15.12.2011 - 7 ABR 40/10 Übernahmeverlangen eines JAV - Frist und Form

Das Weiterbeschäftigungsverlangen eines Auszubildendenvertreters iSv. § 78a II 1 BetrVG muss in der Regel unterzeichnet sein. Eine E-Mail reicht nur

BAG-Splitter

2. Halbjahr 2011

in Ausnahmefällen. Ist das Verlangen vor der 3-Monats-Frist erfolgt, ist es unwirksam und muss noch einmal wiederholt werden.

BAG vom 15.12.2011 - 7 ABR 40/10, zit. nach BeckRS 2012, 68461

BAG vom 15.12.2011 - 2 AZR 42/10 Berücksichtigung des Alters bei So- zialauswahl diskriminiert Jüngere nicht unzulässig

Die in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorgesehene Berücksichtigung des Alters bei Kündigungen aus betrieblichen Gründen benachteiligt jüngere Arbeitnehmer nicht europarechtswidrig. Sie führt zwar zu einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters. Diese ist aber durch rechtmäßige Ziele oder EU-Richtlinie gerechtfertigt.

BAG vom 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 – Bestätigung von LAG Köln vom 14. August 2009 - 11 Sa 320/09 – zit. nach PM Nr. 96/11

BAG vom 15.12. 2011 - 7 ABR 65/10 Betriebsgröße wird inkl. der gestell- ten AN des ÖD berechnet

Die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigtengruppen zählen u. a. bei der Bestimmung der Betriebsgröße i. S. d. § 38 Abs. 1 BetrVG mit. In Privatbetrieben eingesetzte Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes zählen bei den Schwellenwerten der organisatorischen Vorschriften des BetrVG mit.

BAG vom 15.12. 2011 - 7 ABR 65/10, Bestätigung von LAG Baden-Württemberg vom 21. 09. 2010 - 14 TaBV 3/10 – zit. nach PM Nr. 95/11

BAG vom 14.12.2011 - 4 AZR 79/10 Verweisung auf einschlägige TVE für „Altverträge“ weiter als Gleichstel- lungsabrede zu werten

Eine dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag in einem vor dem 01.01.2002 geschlossenen Arbeitsvertrag ist gewöhnlich dann (lediglich) als Gleichstellungsabrede auszulegen, wenn sie auf den einschlägigen Tarifvertrag verweist, an den der Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt selbst gebunden war. Endet seine Tarifgebundenheit später (etwa durch Austritt aus AG-Verband), entfällt die Dynamik. Der TV bleibt dann statisch in der zur

Zeit des Wegfalls der Tarifgebundenheit geltenden Fassung Inhalt des Arbeitsvertrages. Grundsätzlich hat das BAG diese Rechtsprechung inzwischen aufgegeben (vgl. BAG 18. April 2007 - 4 AZR 652/05), es gewährt jedoch „Vertrauensschutz“ hinsichtlich sog. „Altverträge“ (Abschluss vor 01.01.2002)., der nicht automatisch endet.

BAG vom 14.12.2011 - 4 AZR 79/10 – Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 03.11.2009 - 16 Sa 1228/09 und 1365/09 - zit. nach PM Nr. 94/11

BAG vom 13.12.2011 - 1 ABR 2/10 Kein Mitbestimmungsverfahren bei abgebendem Betrieb bei überörtli- chen Versetzungen freiwilliger Streikbrecher

Die Versetzung von Streikbrechern aus einem nicht bestreikten Betrieb in einen Streikbetrieb desselben Arbeitgebers, bedarf nicht der Zustimmung des Betriebsrats des abgebenden Betriebs nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Dessen Mitbestimmungsrecht entfällt bei einem solchen Einsatz von Streikbrechern, weil ansonsten die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers ernsthaft beeinträchtigt würde, so der erste Senat des BAG. Es entfällt aber nicht die auf § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG gestützte Verpflichtung, dem Betriebsrat rechtzeitig vor Durchführung der personellen Maßnahme mitzuteilen, welche Arbeitnehmer er vorübergehend zur Streikabwehr einsetzen will.

BAG vom 13. Dezember 2011 - 1 ABR 2/10 - Vorinstanz: LAG Köln vom 13. August 2009 - 7 TaBV 116/08 – Pressemitteilung Nr. 93/11

Hinweis: Streikbrecherarbeit kann nach BAG vom 25.07.1957 - 1 AZR 194/56 verweigert werden

BAG vom 08.12.2011 - 6 AZR 354/10 Zugang einer Kündigung gegenüber einem minderjährigen Auszubilden- den - Unverzügliche Zurückweisung bei Vollmachtslosigkeit

Ist der Auszubildende minderjährig und damit nach § 106 BGB nur beschränkt geschäftsfähig, wird eine Kündigung nach § 131 Abs. 2 BGB erst dann wirksam, wenn sie seinem gesetzlichen Vertreter zugeht. Ist eine Kündigungserklärung mit dem erkennbaren Willen abgegeben worden, dass sie den gesetzlichen Vertreter erreicht, und gelangt sie - etwa durch den Einwurf des Kündigungsschreibens in seinen Hausbriefkasten - tatsächlich in dessen Herrschaftsbereich, ist der Zugang bewirkt.

Eine Kündigung durch einen Bevollmächtigten, von dessen Bevollmächtigung der Gekündigte nicht zuvor durch den Vollmachtgeber in Kenntnis gesetzt wurde, ist gemäß § 174 BGB unwirksam, wenn der Kündigung keine Vollmachturkunde beigefügt ist und der Gekündigte die Kündigung aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Unverzüglichkeit iSd. § 174 Satz 1 BGB ist nach mehr als einer Woche nicht mehr gegeben, wenn keine besonderen Umstände vorliegen.

BAG vom 08.12.2011 - 6 AZR 354/10 – Bestätigung von LAG Baden-Württemberg vom 10.02.2010 - 13 Sa 68/09, zit. nach PM des BAG Nr. 91/11

BAG vom 15.11.2011 - 9 AZR 386/10 Zeugnisklarheit - verschlüsselte Formulierung

Nach § 109 Abs. 1 GewO hat der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis. Es darf gemäß § 109 Abs. 2 Satz 2 GewO keine Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere als aus der äußeren Form oder dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen (Grundsatz der Zeugnisklarheit). Die Formulierung, „als sehr interessierten und hochmotivierten Mitarbeiter kennen gelernt“, erweckt aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts nicht den Eindruck, man attestiere dem Arbeitnehmer in Wahrheit Desinteresse und fehlende Motivation.

BAG vom 15.11.2011 - 9 AZR 386/10 – Bestätigung von LAG Köln vom 18.12.2009 - 11 Sa 1092/08, zit. nach PM des BAG Nr. 88/11

BAG vom 15.11.2011 - 9 AZR 348/10 Keine gestückelte Inanspruchnahme der Pflegezeit

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Pflegezeit (PflegeZG) sind Beschäftigte in Betrieben, in denen der Arbeitgeber mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt, von der Arbeitsleistung vollständig oder teilweise freizustellen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen. Die Pflegezeit nach § 3 PflegeZG beträgt für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen höchstens sechs Monate (§ 4 Abs. 1 Satz 1 PflegeZG).

§ 3 Abs. 1 PflegeZG gibt dem Arbeitnehmer ein einmaliges Gestaltungsrecht, das er durch die Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber, Pflegezeit zu nehmen, ausübt. Mit der erstmaligen Inanspruchnahme von Pflegezeit ist dieses Recht erloschen. Dies gilt selbst dann, wenn die genommene Pflegezeit die Höchstdauer von sechs Monaten unterschreitet.

BAG vom 15.11.2011 - 9 AZR 348/10 – Bestätigung von LAG Baden-Württemberg 31.03.2010 - 20 Sa 87/09 – zit. nach PM des BAG Nr. 87/11

BAG vom 10.11.2011 - 6 AZR 357/10 Kein Rücktritt vom Aufhebungsvertrag wegen Nichtzahlung der Abfindung während des Insolvenzeröffnungsverfahrens

Bei einem Aufhebungsvertrag steht die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Regel im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Abfindungszusage des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer kann deshalb grundsätzlich nach § 323 Abs. 1 BGB vom Aufhebungsvertrag zurücktreten, wenn der Arbeitgeber die Abfindung nicht zahlt und das Rücktrittsrecht nicht ausdrücklich oder konkludent abbedungen ist und dem Arbeitgeber ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Zahlung der Abfindung gesetzt wurde.

Dieses Rücktrittsrecht setze allerdings die Durchsetzbarkeit der Forderung voraus, so das BAG. Daran fehle es, wenn der Schuldner nicht leisten muss oder nicht leisten darf. Besteht ein Antrag auf Insolvenzeröffnung und erlässt das Insolvenzgericht entsprechende Verbote führt dies nach Ansicht des 6. Senats zur Undurchsetzbarkeit. Zudem wäre die Leistung anfechtbar nach § 143 Abs. 1 InsO, da nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO eine Rechtshandlung anfechtbar ist, die einem Insolvenzgläubiger eine Befriedigung gewährt

hat, wenn sie nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung den Eröffnungsantrag kannte. Damit war der Rücktritt vom Aufhebungsvertrag wegen Nichtleistung nicht wirksam.

BAG vom 10.11.2011 - 6 AZR 357/10 – Aufhebung von LAG Düsseldorf vom 20.01.2010 - 12 Sa 962/09; zit. nach PM des BAG Nr. 85/11; s.a. BAG vom 10.11.2011 - 6 AZR 583/10 und BAG vom 10.11.2011 - 6 AZR 342/10

BAG vom 19.10.2011 - 7 AZR 253/07 Sachlicher Zusammenhang bei Befristung älterer Arbeitnehmer (altes Recht)

Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG (aF) bedurfte die Befristung eines Arbeitsvertrags keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hatte. Nach § 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG (aF) war die Befristung jedoch nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag

mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang bestand. Dieser ist auch gegeben, wenn zwischen dem letzten befristeten Vertrag und dem unbefristeten Vertrag mehrere sich jeweils nahtlos aneinander anschließende befristete Verträge lagen. Ein Arbeitsvertrag mit tarifvertraglicher Altersgrenze gilt als „unbefristet“ im Sinne von § 14 III 2 TzBfG (aF).
BAG vom 19.10.2011 - 7 AZR 253/07 – Bestätigung von Hessisches LAG vom 15.01.2007 - 17 Sa 1323/06 – zit. nach PM des BAG Nr. 82/11

BAG vom 18.10.2011 - 9 AZR 315/10 Arbeitgeber darf Antrag auf Verlängerung der Elternzeit nicht nach Gutsherrenart ablehnen

Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG müssen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Elternzeit in Anspruch nehmen wollen, gegenüber dem Arbeitgeber erklären, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren Elternzeit genommen werden soll. Eine damit festgelegte Elternzeit kann der Arbeitnehmer gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1

Reihe: Arbeitnehmerrechte wahrnehmen – kurze Hinweise

Teil 1. Abmahnung: Was tun?

Oft kommt die Situation unerwartet: Der Arbeitgeber erteilt eine Abmahnung! Was nun? Stillhalten und den Kopf in den Sand stecken? Den Weg zum Arbeitsgericht bestreiten? Zunächst einmal ist eines gefragt: Besonnenheit und überlegtes Handeln!

1. Was ist eigentlich eine Abmahnung?

Mit einer Abmahnung weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf eine ganz konkrete Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (sog. Rüge bzw Dokumentationsfunktion). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (sog. Warnfunktion) (vgl. BAG 13.12.2007 – 6 AZR 145/07, NZA 2008, 403).

2. Rechtliche Konsequenzen?

Zunächst einmal ist eine Abmahnung „nur“ eine Abmahnung, nicht mehr und nicht weniger. Hat der Arbeitgeber wegen eines bestimmten Arbeitsvertragsverstoßes abgemahnt, verzichtet er damit idR auf sein Kündigungsrecht wegen des abgemahnten Sachverhalts (vgl. BAG 13.12.2007 a.a.O.). Bei einem wiederholten Fehlverhalten hat die Abmahnung allerdings als Wirksamkeitsvoraussetzung einer arbeitgeberseitigen Kündigung große Bedeutung. *(Fortsetzung S. 5)*

BEEG nur verlängern, wenn der Arbeitgeber zustimmt. Der Arbeitgeber darf hier jedoch nicht nach Gutsherrenart agieren, sondern muss nach billigem Ermessen entsprechend § 315 Abs. 3 BGB entscheiden, ob er der Verlängerung der Elternzeit zustimmt. BAG vom 18. 10. 2011 - 9 AZR 315/10 – Aufhebung und Zurückverweisung von LAG Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - Teilurteil vom 14. April 2010 - 10 Sa 59/09, zit. nach PM des BAG Nr. 80/11

BAG vom 18.10.2011 - 1 AZR 335/10 Leiharbeiter zählen doch... - Interessenausgleich beim Entleiher

Bei der Frage, ob ein Arbeitgeber im Falle einer Betriebsänderung Interessenausgleichspflichtig ist, also ob er mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt, sind Leiharbeiter, die länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind, zu berücksichtigen, obwohl sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen. BAG vom 18.10.2011 - 1 AZR 335/10, Aufhebung von LAG Hamm vom 31.03.2010 - 3 Sa 53/10; zit. nach PM des BAG Nr. 79/11

BAG vom 13.10.2011 - 8 AZR 608/10 Prüfpflicht zur Besetzung freier Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen für alle AG

Alle Arbeitgeber sind nach § 81 Abs. 1 SGB IX verpflichtet zu prüfen, ob sie freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzen können. Um auch arbeitslose oder arbeitssuchend gemeldete schwerbehinderte Menschen zu berücksichtigen, müssen sie frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufnehmen. Die besteht immer und für alle Arbeitgeber und unabhängig davon, ob sich ein schwerbehinderter Mensch beworben hat oder bei seiner Bewerbung diesen Status offenbart hat.

Ein abgelehnter schwerbehinderter Bewerber kann sich darauf berufen, dass die Verletzung dieser Pflicht seine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten (Indiz) lasse und Entschädigung nach § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) verlangen. Kann der Arbeitgeber die Vermutung einer solchen Benachteiligung nicht widerlegen, steht dem erfolglosen Bewerber eine Entschädigung zu. BAG vom 13.10.2011 - 8 AZR 608/10 – Aufhebung von LAG Baden-Württemberg vom 06.09.2010 - 4 Sa 18/10, zit. nach PM des BAG Nr. 77/11

... Abmahnung: Was tun?...

3. Rechtliche Möglichkeiten?

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Entfernung einer inhaltlich unrichtigen Abmahnung aus seiner Personalakte (vgl. bereits BAG vom 30.01.1979, AP BetrVG 1972 § 87 Betriebsbuße Nr. 2).

Ist aber eine entsprechende Klage zum Arbeitsgericht auch sinnvoll? Abschließend kann dies selbstverständlich nur im jeweiligen Einzelfall geklärt und beurteilt werden.

Zu berücksichtigen sind aber folgende Überlegungen:

Auch wenn der Arbeitnehmer gegen eine (unrichtige) Abmahnung nicht vorgeht, nimmt ihm das später, sollte eine Kündigung folgen, nicht die Möglichkeit, sich im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses auf die Unwirksamkeit der Abmahnung zu berufen. Der Arbeitgeber ist dann im Kündigungsschutzprozess für die Wirksamkeit der Abmahnung darlegungs- und beweispflichtig. Gerade dann, wenn zwischen Abmahnung und Kündigung ein größerer Zeitraum verstrichen ist, ist dieser Beweis für den Arbeitgeber ggf. schwer zu führen. Wird aber bereits gegen die Abmahnung gerichtlich vorgegangen, führt dies u.U. zu einer zeitnahen, faktischen „Beweissicherung“.

Wenn außerdem die Abmahnung aus formellen Gründen unwirksam ist, weil z.B. die Vorwürfe nicht hinreichend konkret dargelegt werden, ist der Arbeitgeber nicht gehindert, anstelle der formal unwirksamen Abmahnung eine neue, (formal) wirksame Abmahnung hinsichtlich desselben Sachverhalts auszusprechen. Statt einer unwirksamen Abmahnung existiert dann möglicherweise eine wirksame Abmahnung.

Leider ist es auch keine Seltenheit, dass die Richter am Arbeitsgericht im Rahmen eines Abmahnungsprozesses im Rahmen einer Vergleichsmöglichkeit eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ansprechen. Es besteht zwar weder Grund noch Verpflichtung, hierauf einzugehen, u.U. erreicht man aber genau das Gegenteil von dem, was beabsichtigt ist: nämlich dass plötzlich das Thema „Beendigung“ im Raum steht.

Andererseits gibt es sicherlich Situationen, in denen einem Arbeitgeber hinreichend klar gemacht werden muss, dass ein Arbeitnehmer Angriffe auf seine Person nicht unendlich duldet. Hier wäre zumindest ein Anwaltsschreiben, wenn nicht gar Klage geboten.

Fazit:

Bei einer inhaltlich unberechtigten Abmahnung macht es sicherlich Sinn, eine Gegendarstellung zu verfassen und zur Personalakte nehmen zu lassen (der Arbeitgeber ist hierzu nach § 83 Abs. 2 BetrVG verpflichtet). Hinsichtlich des weiteren Vorgehens mit Anwaltsschreiben und/oder Klage auf Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte, sollte jedoch im Einzelfall sorgfältig abgewogen werden, ob und was zielführend ist.

RAin Barbara Renkl (br)

**BAG vom 20.09.2011 - 9 AZR 416/10
Kein Urlaubsabgeltungsanspruch
für Erben**

Gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG ist der Urlaub abzugelten, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden kann. Dies gilt nicht wenn das Arbeitsverhältnis durch Tod des Arbeitnehmers endet und damit der Urlaubsanspruch erlischt. Er wandelt sich dann nicht nach § 7 Abs. 4 BUrlG in einen Abgeltungsanspruch um. Die Erben gehen leer aus.

BAG vom 20.09.2011 - 9 AZR 416/10, Aufhebung von LAG Hamm vom 22.04.2010 - 16 Sa 1502/09; zit. nach PM des BAG Nr. 72/11

Interessen beider Vertragsteile im Einzelfall ein hinreichend schweres Gewicht hat. Im konkreten Fall lebte der Arbeitnehmer mit seiner späteren zweiten Frau bereits drei Jahre unverheiratet zusammen, was die Sittenwächter (noch) nicht auf den Plan rief, obwohl es dem Arbeitgeber bekannt war. Nach Scheidung von der ersten Ehefrau heiratete der Kläger seine jetzige Frau standesamtlich, was dann zur Kündigung führte. Auch beschäftigt der Arbeitgeber nicht katholische, wiederverheiratete Chefärzte. Das BAG erklärte, dass sich der Kläger einen beträchtlichen Loyalitätsverstoß zuschulden

2 TzBfG vor, wenn die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern. Aus dem Tatbestandsmerkmal „Anschluss“ in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG folgt, dass es sich um die Befristung des ersten Arbeitsvertrags handeln muss, den der Arbeitnehmer nach dem Ende der Ausbildung oder des Studiums abschließt. Ein zwischenzeitliches Arbeitsverhältnis schließt daher eine Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG aus.

Die Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG zur Aus- oder Weiterbildung setzt voraus, dass dem Arbeitnehmer durch die Tätigkeit zusätzliche Kenntnisse und Erfahrungen vermittelt werden, die durch die übliche Berufstätigkeit nicht erworben werden können. Erforderlich ist, dass ein bestimmtes Ausbildungsziel systematisch verfolgt wird und die dem Arbeitnehmer vermittelten Kenntnisse, Erfahrungen oder Fähigkeiten auch außerhalb der Organisation des Arbeitgebers beruflich verwertbar sind. Allein der Einsatz an drei Orten im Rahmen eines Trainee-Programms ohne Erfüllung der vorgenannten Voraussetzungen begründe keine systematische Ausbildung, so der siebte Senat.

BAG vom 24.08.2011 - 7 AZR 368/10, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 16. Dezember 2009 - 20 Sa 1682/09, zit. nach Veröff. des BAG

**BAG vom 24.08.2011 - 7 AZR 228/10
Prüfung früherer Befristungen –
Vorbehalt bei Abschluss des Folgevertrags**

Bei mehreren aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträgen unterliegt grundsätzlich nur die in dem letzten Vertrag vereinbarte Befristung der Befristungskontrolle, wenn die Parteien diesen im Anschluss an ein vorheriges befristetes Arbeitsverhältnis vorbehaltlos abgeschlossen haben. Dies gilt nicht, wenn die Parteien dem Arbeitnehmer bei Abschluss des letzten Vertrags das Recht vorbehalten haben, die zuvor vereinbarte Befristung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dann sei die Befristungskontrolle auch für den vorletzten Vertrag möglich. Der Senat sah sich bemüht, klarzustellen, dass sich nach dem Inhalt der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen bestimmt, ob die Arbeitsvertragsparteien mit dem Abschluss eines Folgevertrags einen

**+++ Verantwortung übernehmen +++
Europäische Bürgerinitiative**

**WASSER und SANITÄRE GRUNDVERSORGUNG
sind ein MENSCHENRECHT**

Alle Menschen brauchen sauberes Trinkwasser und eine qualitativ hochwertige sanitäre Grundversorgung. Die Europäische Union soll diese Menschenrechte durch die Förderung einer Wasser- und Abwasserwirtschaft als existenzsichernde öffentliche Dienstleistung für alle sicherstellen.

Die Ziele:

1. Wasser und sanitäre Grundversorgung als Garantie für alle Menschen in Europa.
2. Keine Liberalisierung der Wasserwirtschaft.
3. Universeller (globaler) Zugang zu Wasser und sanitärer Grundversorgung.

Mehr unter www.right2water.eu und www.wasser-ist-menschenrecht.de

**BAG vom 08.09.2011 - 2 AZR 543/10
Kündigung des Chefarztes einer katholischen Klinik wegen Wiederverheiratung unzulässig**

Die Wiederverheiratung eines katholischen Chefarztes an einem katholischen Krankenhaus rechtfertigt nicht in jedem Fall seine Kündigung, so der zweite Senat des BAG. Zwar hätten Religionsgemeinschaften und die ihnen zugeordneten Einrichtungen das Recht, von ihren Beschäftigten ein loyales Verhalten im Sinne des jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können. Als Loyalitätsverstoß kommt auch der Abschluss einer nach katholischem Verständnis ungültigen Ehe in Betracht. Eine Kündigung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Loyalitätsverstoß auch bei Abwägung der

kommen lassen habe, jedoch die Interessenabwägung zu Gunsten des Klägers ausfalle, nachdem u. a. der Arbeitgeber selbst auf ein durchgehend und ausnahmslos der katholischen Glaubens- und Sittenlehre verpflichtetes Lebenszeugnis seiner leitenden Mitarbeiter verzichtet.

BAG vom 08.09.2011 - 2 AZR 543/10 – Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 01.07.2010 - 5 Sa 996/09 – zit nach PM des BAG Nr. 69/11

**BAG vom 24.08.2011 - 7 AZR 368/10
Befristung im Anschluss an Ausbildung oder Studium nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG nur einmal - Befristung zur Aus- und Weiterbildung als allgemeiner sachlicher Grund**

Ein sachlicher Grund für eine Befristung liegt nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr.

vorherigen Vertrag aufheben. Es ist eine Auslegung vorzunehmen unter Berücksichtigung der ausdrücklichen und konkludenten Erklärungen der Parteien.

BAG vom 24.08.2011 - 7 AZR 228/10, Aufhebung von LAG Niedersachsen vom 8.12.2009 - 13 Sa 636/09, zit. nach Veröff. d. BAG

Bereits vereinbarte tarifvertragliche Entgeltanpassung wird bei Betriebsübergang von § 613a Abs. 1 S. 2 BGB erfasst, nicht schuldrechtliche Verpflichtungen der TV-Parteien untereinander

Zu den Inhalten eines Tarifvertrages, die nach einem Betriebsübergang kraft gesetzlicher Regelung Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber werden, gehören auch die bereits vereinbarten Teile bezüglich einer abschließend festgelegten dynamischen Entwicklung, die allein vom Zeitablauf abhängig sind. Das gilt nicht für eine (rein) schuldrechtliche Abrede der Tarifvertragsparteien, eine Gehaltsanpassung vornehmen zu wollen, da diese nur zwischen diesen wirkt.

BAG vom 24.08.2011 - 4 AZR 566/09, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 25.06.2009 - 25 Sa 582/09, zit nach PM des BAG Nr. 68/11

BAG vom 18.08.2011 - 8 AZR 312/10 Wechsel in eine BQ und anschließend zu Betriebsübernehmer

Der Wechsel in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft durch dreiseitigen Vertrag ist wirksam, wenn er auf das endgültige Ausscheiden aus dem Betrieb gerichtet ist. Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsveräußerer verstößt jedoch gegen zwingendes Recht, wenn dadurch bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bezweckt wird, also der Betriebsübernehmer schon neue Arbeitsverhältnisse verbindlich in Aussicht gestellt hat. Die erworbenen Betriebszugehörigkeitszeiten sind zusammenzurechnen.

BAG vom 18.08.2011 - 8 AZR 312/10, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 18.02.2010 - 7 Sa 780/09, zit nach PM des BAG Nr. 67/11

BAG vom 17.08.2011 - 5 AZR 251/10 Annahmeverzug im Kündigungsschutzprozess erfordert sog. subjektiven Leistungswillen

Der Anspruch auf Zahlung von Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs gemäß § 615 S. 1 iVm.

§ 611 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Arbeitnehmer sog. subjektiven Leistungswillen hat. Ein Rückschluss auf einen fehlenden Leistungswillen anlässlich der Nichtaufnahme einer vom Arbeitgeber angebotenen Arbeit lässt den Anwendungsbereich der § 615 Satz 2 BGB, § 11 Nr. 2 KSchG nur entfallen, wenn das Angebot trotz Aufrechterhaltung der Kündigung auf eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen gerichtet und dessen Annahme auch sonst zumutbar ist. Bei einer reinen Anrechnung bleibt es hingegen, wenn entweder das böswillige Unterlassen eines Zwischenerwerbs bei einem anderen Arbeitgeber oder als Selbständiger in Rede steht oder die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste in Verzug befindet und dieser eine zwar nicht vertragsge-

mäße, jedoch gleichwohl zumutbare Beschäftigung angeboten hat. BAG vom 17.08.2011 - 5 AZR 251/10, Aufhebung von LAG Hamm vom 11.02.2010 - 8 Sa 1395/09

BAG vom 09.08.2011 - 9 AZR 425/10, Befristung von Urlaubsansprüchen wenn Möglichkeit zur Urlaubsnahme bestand

Wird ein zunächst arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer im Kalenderjahr einschließlich des Übertragungszeitraums so rechtzeitig gesund, dass er in der verbleibenden Zeit seinen Urlaub nehmen kann, erlischt der aus früheren Zeiträumen stammende Urlaubsanspruch genauso wie der Anspruch, der zu Beginn des Urlaubsjahrs neu entstanden ist.

BAG vom 09.08.2011 - 9 AZR 425/10, Bestätigung von LAG Köln vom 18.05.2010 - 12 Sa 38/10, zit nach PM des BAG 64/11

Arbeitsgerichts München:

Änderungskündigung mit Bedingung ist unwirksam

ArbG München, Urteile vom 30.05.2012 - 13 Ca 13368/11, 13 Ca 13369/11, 13 Ca 13370/11; jeweils nicht rechtskräftig

Hintergrund der Entscheidung:

Der Arbeitgeber, der sich nach eigenen Angaben in einem finanziellen Engpass befand und kurz vor der Insolvenz stand, sprach gegenüber seinen Mitarbeitern bei einer Änderungskündigung mit auszugsweise folgendem Wortlaut aus:

„(...) Nachdem Sie einem Verzicht auf einen Rechtsanspruch zur Zahlung einer Weihnachtsgratifikation für die Jahre 2011 und 2012 (...) nicht zustimmen konnten, sehen wir uns hiermit zur Abwendung der Insolvenz wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gezwungen, das zwischen Ihnen und uns bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich betriebsbedingt zu kündigen. Hilfsweise kündigen wir das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30.06.2012.

Zugleich bieten wir Ihnen mit sofortiger Wirkung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Kündigungszeitpunkt hinaus zu den bisherigen Arbeitsbedingungen an, mit der Maßgabe,

1. dass für 2011 und 2012 eine Weihnachtsgratifikation nicht gewährt wird. Dies steht unter der auflösenden Bedingung, dass für den Fall, dass wir Insolvenzantrag stellen, diese Maßgabe gegenstandslos ist und auch für die Jahre 2011 und 2012 ein Rechtsanspruch auf Weihnachtsgratifikation gemäß der Richtlinie besteht.(...)“

Im Rahmen der Kündigungsschutzklage, die die betroffenen Mitarbeiter gegen die Änderung der Arbeitsbedingungen (Entfall des Weihnachtsgeldes für die Jahre 2011 und 2012) erhoben, hat das Arbeitsgericht München diese Änderungskündigungen aus mehreren Gründen für unwirksam erachtet, unter anderem aufgrund der in den Kündigungen enthaltenen Passagen, dass die Nichtgewährung des Weihnachtsgel-

BAG vom 09.08.2011 - 9 AZR 352/10 Ausschlussfristen bei Urlaubsabgeltung zu beachten

Gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG ist der Urlaub abzugelten, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden kann. Der Anspruch entsteht auch bei über das Arbeitsverhältnis hinaus andauernder Arbeitsunfähigkeit gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird sofort fällig. Er ist reine Geldforderung und unterliegt damit einzel- und tarifvertraglichen Ausschlussfristen. Das gilt auch für die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs.

BAG vom 09.08.2011 - 9 AZR 352/10, Bestätigung von LAG Köln vom 20.04.2010 - 12 Sa 1448/09, zit. nach PM des BAG 63/11

BAG vom 27.07.2011 - 7 ABR 61/10 Abbruch einer Betriebsratswahl nur bei Nichtigkeit - Fehler bei der Bestellung des Wahlvorstandes führt nicht zwingend zur Nichtigkeit der Wahl

Auf Antrag des Arbeitgebers ist eine Betriebsratswahl abzubrechen, wenn sie voraussichtlich nichtig ist, die bloße Anfechtbarkeit genügt nicht. Einem nicht existenten Wahlvorstand kann untersagt werden, weiter tätig zu werden. Die nur fehlerhafte Bestellung reicht nicht aus. Es ist also jeweils Nichtigkeit erforderlich.

BAG vom 27.07.2011 - 7 ABR 61/10, zit nach Veröff. des BAG

ArbG Stuttgart vom 02.10.2009 - 18 BV 144/09 (BAG vom 21.07.2011 - 7 ABR 41/10)

PC und Internet für Betriebsrat

Das Verfahren 7 ABR 41/10 wurde eingestellt, nachdem der AG hat seine Beschwerde zum LAG gegen den erstinstanzlichen Beschluss des ArbG Stuttgart vom 02.10.2009, Az: 18 BV 144/09 zurückgenommen hat. Das Arbeitsgericht hatte den AG verpflichtet, dem Betriebsrat einen PC und einen Internetzugang zur Verfügung zu stellen. Die negative Entscheidung des LAG, die noch in Datenbanken zu finden ist, ist damit hinfällig.

BAG vom 21.07.2011 - 7 ABR 41/10 - LAG Baden-Württemberg vom 29.01.2010 - 7 TaBV 8/09, ArbG Stuttgart vom 02.10.2009 - 18 BV 144/09, zit nach PM des BAG 60/11

BAG vom 07.07.2011 – 2 AZR 377/10 Beginn des Sonderkündigungsschutzes für Wahlbewerber

des für die Jahre 2011 und 2012 unter der auflösenden Bedingung stehe, dass der Arbeitgeber Insolvenzantrag stelle.

Die streitigen Kündigungen seien nach Ansicht der 13. Kammer des Arbeitsgerichts München **schon deshalb unwirksam, weil sie mit einer unzulässigen Bedingung versehen** und deshalb nicht ausreichend klar und bestimmt seien.

Als einseitiges Rechtsgeschäft ist die **Kündigung** eines Arbeitsverhältnisses **grundsätzlich bedingungsfeindlich** (vgl. hierzu BAG, Urteil v. 15.03.2001, Az.: 2 AZR 705/99 m.w.N.).

Ausnahmen gelten für sog. Potestativbedingungen und bloße Rechtsbedingungen. Eine Potestativbedingung liegt vor, wenn der Eintritt der Bedingung allein vom Willen des Kündigungsempfängers abhängt, wenn also der Gekündigte sich im Zeitpunkt sofort entschließen kann, ob er die Bedingung erfüllen will oder nicht. In diesem Fall entsteht für den Gekündigten keine Ungewissheit. Eine bloße Rechtsbedingung liegt insbesondere bei vorsorglichen Kündigungen vor, die für den Fall erklärt werden, dass das Arbeitsverhältnis nicht bereits aus anderen Gründen aufgelöst oder abgeändert wurde. Eine derartige vorsorgliche Kündigung ist eine unbedingte Kündigung und deshalb zulässig, weil der Kündigungsempfänger weiß, dass das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall beendet bzw. verändert werden soll und er darüber nicht in Unsicherheit gelassen wird.

Vorliegend stünde die Änderungskündigung nach ihrem Wortlaut unter der auflösenden Bedingung, dass für den Fall der Stellung eines Insolvenzantrages durch den Beklagten die Änderung der Arbeitsbedingungen gegenstandslos sein soll und auch für die Jahre 2011 und 2012 ein Rechtsanspruch auf Weihnachtsgratifikation besteht. Von der Änderungskündigung sollen in diesem Fall also keine Rechtswirkungen mehr ausgehen. **Für die Klagepartei sei daher nicht erkennbar gewesen, welche Rechtsfolgen die Änderungskündigung tatsächlich haben würde. Eine bedingte Kündigung ist unwirksam, wenn der Eintritt der Bedingung von einem ungewissen Ereignis außerhalb des Einflussbereichs des Kündigungsempfängers abhängt.** Die Unzulässigkeit einer derartigen Kündigung ergebe sich aus dem das Kündigungsrecht beherrschenden Grundsatz der Rechtsklarheit. Die Verbindung einer Kündigung mit einer unzulässigen auflösenden Bedingung führt daher nach Ansicht der erkennenden Kammer in Einklang mit der Rechtsprechung des BAG zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung. **Wichtig** bleibt natürlich, dass der Mitarbeiter auch bei Erhalt einer mit einer unzulässigen Bedingung versehenen schriftlichen Kündigung **innerhalb der dreiwöchigen Frist des § 4 KSchG Klage** gegen die Kündigung zum zuständigen Arbeitsgericht erhebt, sonst gilt die Kündigung dennoch als von Anfang an wirksam!

RAin Stefanie Duffner (sk)

Um den Sonderkündigungsschutz für Wahlbewerber nach § 15 Abs. 3 S. 1 KSchG auszulösen, muss der Wahlvorschlag noch nicht beim Wahlvorstand eingereicht sein; es genügt, dass

dieser die erforderlichen Stützunterschriften hat.
BAG vom 07.07.2011 – 2 AZR 377/10, Bestätigung von Sächsischen LAG vom 12.05.2010 - 5 Sa 361/09

**BAG vom 07.07.2011 - 2 AZR 396/10
Falsche Beantwortung einer Frage
bei Einstellung berechtigt zur An-
fechtung nur, wenn ursächlich – of-
fen ob Frage nach Schwerbehinde-
rung zulässig**

Die falsche Beantwortung einer bei der Einstellung zulässigerweise gestellten Frage kann den Arbeitgeber dazu berechtigen, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Das setzt voraus, dass die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags ursächlich war. Wirkt sich die Täuschung im Arbeitsverhältnis weiterhin aus, kann zudem eine Kündigung gerechtfertigt sein.

Im Streitfall lies das BAG offen, ob sich der Arbeitgeber weiterhin nach einer Anerkennung als Schwerbehinderter auch dann erkundigen darf, wenn die Behinderung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ohne Bedeutung ist. Dies ist seit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX zum 1. 07. 2001 und des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zum 18. August 2006, insbesondere im Hinblick auf Art. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Satz 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates, umstritten.

Auch offen gelassen hat das BAG, ob § 15 Abs. 2 AGG nach § 2 Abs. 4 AGG auf Benachteiligungen durch Kündigungen überhaupt anwendbar ist, also ob die diskriminierende Kündigung Entschädigungsansprüche nach dieser Norm auslöst.

BAG vom 7. 07. 2011 - 2 AZR 396/10 – Bestätigung von Hessisches LAG, Teilurteil vom 24. 03. 2010 - 6/7 Sa 1373/09, zit. nach PM des BAG Nr. 58/11

**BAG vom 07.07.2011 - 2 AZR 355/10
Dauer und bisheriger störungsfreier
Verlauf ist bei außerordentlicher
Kündigung bei Interessenabwägung
zu berücksichtigen**

Selbst wenn die Berücksichtigung der Dauer des Arbeitsverhältnisses und seines störungsfreien Verlaufs bei der

Interessenabwägung im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB eine mittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer wäre, wäre sie durch ein legitimes Ziel und verhältnismäßige Mittel zu iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Unterabs. i RL 2000/78/EG gerechtfertigt. Damit liegt kein Verstoß gegen das Gebot einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts vor.

BAG vom 07.07.2011 - 2 AZR 355/10, zit. nach Veröff. des BAG

**BAG vom 7.7.2011 - 2 AZR 12/10
6-monatige Wartezeit zur Anwen-
dung des KSchG auch unter An-
rechnung von Vertragszeiten nach
ausländischem Recht**

Die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG kann auch durch Zeiten einer Beschäftigung in demselben Betrieb oder Unternehmen erfüllt werden, während derer auf das in Deutschland durchgeführte Arbeitsverhältnis nicht deutsches, sondern ausländisches Recht zur Anwendung gelangte. (Anm: Arbeit in Deutschland zunächst mit Vertrag nach ausländischem Recht, sodann nach deutschem Recht)

BAG vom 7.7.2011 - 2 AZR 12/10, zit. nach Veröff. des BAG

**BAG vom 07.07.2011 - 2 AZR 476/10
Wartezeit zur Anwendung des
KSchG auch bei Unterbrechung -
Betrieb i. S. d. KSchG - „zufällig“
richtige Sozialauswahl**

Auch eine Unterbrechung der Wartezeit führt nicht zwingend dazu, dass diese nach Unterbrechung neu zu laufen beginnt (Rn. 18-20). Der Begriff des Betriebs i. S. d. § 23 KSchG nicht zwingend übereinstimmend mit dem klassischen betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff (Rn. 35-37). Auch ein nur zufällig richtiges Ergebnis einer in Wirklichkeit nicht durchgeführten Sozialauswahl genügt den gesetzlichen Anforderungen (Rn. 48).

BAG vom 7.7.2011 - 2 AZR 476/10, zit. nach Veröff. des BAG

**BAG vom 07.07.2011 - 6 AZR 248/10
Betriebsratsanhörung - Verhinde-
rung des Vorsitzenden nach § 26
Abs. 2 Satz 2 BetrVG**

Hat der Betriebsrat bzw. sein Vorsitzender die vom Arbeitgeber angekündigte Übergabe eines Anhörungsschreibens zur Kündigung außerhalb des Betriebs (Betriebsrätekonferenz) nicht abgelehnt, ist sein Stellvertreter nach § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG zur Entgegennahme berechtigt, wenn das Anhörungsschreiben dem Betriebsratsvorsitzenden nicht ausgehändigt werden kann, weil er entgegen den Erwartungen doch nicht dort erscheint.

BAG vom 7.7.2011 - 6 AZR 248/10, zit. nach Veröff. des BAG und PM des BAG Nr. 57/11

**BAG vom 06.07.2011 - 4 AZR 424/09
Gewerkschaftseintritt während der
Nachbindung des AG führt zu zwin-
gender Tarifgeltung**

Ein Arbeitgeber ist nach seinem Verbandsaustritt an die vom Arbeitgeberverband bis zu diesem Zeitpunkt geschlossenen TVE kraft Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) bis zu deren Ende unmittelbar und zwingend gebunden. Tritt ein Arbeitnehmer während dieser Zeit in die Gewerkschaft ein, die die Tarifverträge geschlossen hat, wirken diese Tarifverträge nach § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend. Eine vorherige arbeitsvertragliche Vereinbarung, die Abreden unterhalb des Niveaus der Tarifverträge enthält, wird damit durch die normative Wirkung der Tarifverträge verdrängt. Diese Tarifgebundenheit hält so lange an, bis die Tarifverträge enden.

BAG vom 06.07.2011 - 4 AZR 424/09, weitgehende Bestätigung von LAG Baden-Württemberg vom 28.11.2008 - 7 Sa 54/08, zit. nach PM des BAG Nr. 55/11

*Bearbeitung: RA M. Fleischmann – Juni.
2012*

Impressum:

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht, sendlinger str. 46, 80331 münchen tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

Redaktion: Michael Fleischmann (verantwortlich i.S.d.P.), Stefanie Duffner, Angelika Daumoser, Barbara Renkl; Dank auch an die Korrekturleser/innen

Hinweis : Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden. Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

alte Ausgaben der sfm-aktuell unter <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/start/archiv.php> Mehr Entscheidungen, insbes. vom ArbG und LAG München unter: <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/mandanteninfo.html> Benutzername „Betriebsrat“ und Passwort „sfm-muc“

Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet

