

Nr. 02 / Februar 2010

## **Newsletter-Arbeitsrecht**

### **In dieser Ausgabe:**

BAG: Erfüllung des Urlaubsanspruchs nur bei unwiderruflicher Freistellung.....	2
Verpflichtung zum Personalgespräch .....	2
Freizeitausgleich durch Freistellung .....	2
Betriebsübergang eines Callcenters - Sächliche Betriebsmittel nicht prägend für Identität der wirtschaftlichen Einheit - Jedoch Übernahme eines wesentlichen Teils der Mitarbeiter Indiz auch bei Erweiterung des Service-Angebots.....	3
Versicherungsfreiheit von geringfügig entlohnungen Beschäftigten 2010 .....	3
Frist für fristlose Kündigungen .....	4
Klagefrist bei Mutterschutz und Kündigungsschutzklage.....	4
Namensliste zum Interessenausgleich .....	4
Praktikum ist sozialabgabenfrei .....	5
Gerichtliche Kontrolle von Leistungsbeurteilungen.....	5
Vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit: Kündigung.....	5
Kündigung bei Leistungsmängeln.....	6
Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich aus.....	6
Widerspruch gegen Betriebsübergang begründet keine Sperrzeit .....	6
Vertragsstrafenklausel muss transparent sein.....	7
Ordentliche Kündigung in Kleinbetrieben ohne Abmahnung .....	7
Behauptung unhaltbarer Kündigungsgründe: Arbeitsverhältnis aufgelöst .....	7
Ferienüberhangsregelung: unangemessene Benachteiligung.....	8
Kündigung wegen sexueller Belästigung.....	8
Betriebsbedingte Kündigung wegen Wegfall des Arbeitsplatzes .....	9
Veranstaltungen .....	9
„FIT FÜR ... die Wahl der richtigen Rechtsform“ .....	9
„Wirtschaftskrise = Insolvenzrisiko beim Kunden: Was tun?“ .....	9
„Kaufverträge richtig gestalten“ .....	10

## **BAG: Erfüllung des Urlaubsanspruchs nur bei unwiderruflicher Freistellung**

Eine widerrufliche Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht ist nicht geeignet, den Urlaubsanspruch zu erfüllen. Ergibt sich aus einem Arbeitszeitkonto ein Freizeitausgleichsanspruch des Arbeitnehmers, so kann der Arbeitgeber diesen auch durch eine widerrufliche Freistellung erfüllen (Urt. v. 19.05.2009 - 9 AZR 433/08).

## **Verpflichtung zum Personalgespräch**

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer aufgrund seines Weisungsrechts nur zur Teilnahme an solchen Gesprächen verpflichten, in denen er Weisungen vorbereiten, erteilen oder ihre Nichteinhaltung beanstanden will.

Die Arbeitnehmerin ist im öffentlichen Dienst beschäftigt. Für das Arbeitsverhältnis gelten die Vorschriften des Bundesangestellten-Tarifvertrags (BAT). Aufgrund der wirtschaftlichen Situation entschließt sich die Arbeitgeberin, mit sämtlichen Mitarbeitern einzelvertragliche Regelungen zur vorübergehenden Absenkung des 13. Monatsgehalts zu schließen. In diesem Zusammenhang versendet die Arbeitgeberin an die Mitarbeiter schriftliche Einladungen zu einem „Personalgespräch“ in Anwesenheit der Mitarbeitervertretung im Büro des Personalleiters. Die Arbeitnehmerin ist lediglich bereit, das Gespräch zusammen mit weiteren betroffenen Mitarbeitern zu führen. Das lehnte die Arbeitgeberin ab und erteilt ihr eine Abmahnung.

Das BAG hält die Abmahnung für unberechtigt. Eine arbeitsvertragliche Pflicht der Mitarbeiterin zur Teilnahme an dem Personalgespräch bestand nicht. Die Arbeitgeberin konnte die Teilnahme insbesondere nicht kraft ihres Direktionsrechts einseitig anordnen (§ 106 GewO). Das Weisungsrecht beinhaltet einerseits die Befugnis zu Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht des Arbeitnehmers. Es dient darüber hinaus aber auch der Konkretisierung einer nach den Umständen zu bestimmenden Vielzahl weiterer Pflichten, deren Erfüllung erforderlich ist, um die Erbringung der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen. Darüber hinaus kann das Weisungsrecht den kollektiven Bereich betreffen, in dem es um Regelungen geht, die durch das Zusammenwirken mehrerer Arbeitnehmer entstehen. Soweit einer der genannten Bereiche betroffen ist, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch mündliche Weisungen erteilen. Dies kann auch die Verpflichtung zur Teilnahme an bestimmten Personalgesprächen beinhalten. Im vorliegenden Fall mangelt es an einem solchen Bezug. Die Arbeitgeberin wollte in dem angekündigten Personalgespräch weder bestimmte Weisungen in dem genannten Sinn vorbereiten, erteilen oder ihre Nichterfüllung beanstanden. Das Gespräch zielte vielmehr ausschließlich auf eine Änderung der arbeitsvertraglichen Situation in Form einer Vergütungsabsenkung. Die „Weisung“ hatte somit keinen Bezug zu den Haupt- und Nebenpflichten der Arbeitnehmerin aus dem Arbeitsverhältnis oder dem Zusammenwirken mehrerer Arbeitnehmer innerhalb des Betriebs. Eine Pflicht zur Zustimmung zu den angetragenen Vertragsveränderungen bestand nicht. BAG, Urteil vom 23.06.2009 - 2 AZR 606/08. (Quelle: NJW-Spezial Nr. 21/2009 vom 15. Oktober 2009, Seite 674)

## **Freizeitausgleich durch Freistellung**

Der Arbeitgeber kann mit einer widerruflichen Freistellung regelmäßig nicht den Urlaubsanspruch, aber einen Freizeitausgleichsanspruch des Arbeitnehmers aus seinem Arbeitszeitkonto erfüllen.

Die Parteien haben im Arbeitsvertrag vereinbart, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, die Arbeitnehmerin nach dem Ausspruch einer Kündigung unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung auf ihre Urlaubsansprüche und Freizeitausgleichsansprüche aus dem Arbeitszeitkonto freizustellen. Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis im August mit Wirkung zum 31.10.2006. In dem Kündigungsschreiben wird die Arbeitnehmerin entsprechend den arbeitsvertraglichen Bestimmungen „ab sofort bis auf Widerruf“ von jeglicher Arbeit freigestellt. Sie ist bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr für den Arbeitgeber tätig. Zum Zeitpunkt der Kündigung bestehen sechs Resturlaubstage sowie ein Guthaben von 122 Stunden aus dem Gleitzeit-

konto. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt die Arbeitnehmerin hierfür Abgeltung.

Das BAG hält die erhobene Zahlungsklage nur hinsichtlich der sechs Resturlaubstage für begründet. Insoweit steht der Arbeitnehmerin ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung gem. § 7 Abs. 4 BUrlG zu. Der Urlaubsanspruch ist nicht durch die Freistellungserklärung des Arbeitgebers im Kündigungsschreiben gem. § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Eine widerrufliche Freistellung ist grundsätzlich nicht geeignet, die Erfüllung eines noch offenen Urlaubsanspruchs zu bewirken. Dafür bedarf es einer eindeutigen Erklärung des Arbeitgebers, aus der hervorgeht, dass der Arbeitnehmer nicht mehr mit einem Rückruf an den Arbeitsplatz rechnen muss. Nur dann ist es ihm möglich, die ihm aufgrund des Urlaubsanspruchs zustehende Freizeit uneingeschränkt selbstbestimmt zu nutzen. Im vorliegenden Fall hat der Arbeitgeber einen eindeutigen Widerrufsvorbehalt erklärt. Eine widerrufliche Freistellung ist allerdings geeignet, Ansprüche auf Freizeitausgleich aus einem Arbeitszeitkonto zu erfüllen. Bei der Gewährung von Freizeitausgleich handelt es sich regelmäßig nur um eine Weisung des Arbeitgebers zur Verteilung der Arbeitszeit gem. § 106 GewO. Der Arbeitgeber bestimmt damit eine Zeit, in der der Arbeitnehmer keine Arbeit zu leisten hat. Behält er sich den Widerruf vor, erklärt er damit zugleich, während des Freistellungszeitraums nicht vollständig auf sein Weisungsrecht zu verzichten und den Arbeitnehmer gegebenenfalls auch im Freistellungsraum zur Arbeitsleistung auffordern zu können. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Den rechtlichen Interessen des Arbeitnehmers wird dadurch Rechnung getragen, dass die Heranziehung zur Arbeit nur in den Grenzen billigen Ermessens zulässig ist.

Praxishinweis: Die Entscheidung macht deutlich, dass bei der Formulierung von Freistellungserklärungen höchste Sorgfalt geboten ist. Widerrufliche Freistellungen sind ausnahmslos ungeeignet, um bestehende Resturlaubsansprüche zu erfüllen. Sie sind auch sozialversicherungsrechtlich nicht mehr geboten, seit das BSG unwiderruflichen Freistellungserklärungen sozialversicherungsrechtliche Unschädlichkeit attestiert hat (BSG NJW 2009, 1772). Wird eine Freistellung weder ausdrücklich „widerruflich“ noch ausdrücklich „unwiderruflich“ erklärt, ist nach Auffassung des BAG im Zweifel davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer endgültig freigestellt werden soll und ein noch bestehender Resturlaubsanspruch somit erlischt (BAG, NZA 2006, 1008 Os).

(BAG, Urteil vom 19.05.1009 - 9 AZR 433/08)

(Quelle: NJW-Spezial Nr 21/2009 vom 15. Oktober 2009, Seite 674-675)

### **Betriebsübergang eines Callcenters - Sächliche Betriebsmittel nicht prägend für Identität der wirtschaftlichen Einheit - Jedoch Übernahme eines wesentlichen Teils der Mitarbeiter Indiz auch bei Erweiterung des Service-Angebots**

1. Bei einem Callcenter steht die Kundenbetreuung durch die Mitarbeiter im Mittelpunkt der betrieblichen Betätigung. Sächliche Betriebsmittel, wie die Telefonanlage, spielen neben der menschlichen Arbeitskraft nur eine untergeordnete Rolle für die wirtschaftliche Wertschöpfung.

2. Übernimmt ein neu gegründetes Callcenter einen wesentlichen Teil der in einem Callcenter beschäftigten Mitarbeiter, so liegt in der Regel auch dann ein Betriebsübergang vor, wenn der neue Betreiber das Service-Angebot erweitert und deshalb eine Fortbildung der übernommenen Mitarbeiter nötig wird.

(BAG-Urteil vom 25.06.2009 - 8 AZR 258/08)

### **Versicherungsfreiheit von geringfügig entlohnten Beschäftigten 2010**

In der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sind geringfügig entlohnte Beschäftigten versicherungsfrei. Ob eine Beschäftigung geringfügig entlohnt und damit versicherungsfrei ist, wird ausschließlich nach der Höhe des Arbeitsentgelts beurteilt. Danach ist eine Beschäftigung - sowohl in der Wirtschaft als auch im Privathaushalt - versicherungsfrei, wenn das Arbeitsentgelt regelmäßig 400 € monatlich nicht übersteigt.

Somit bleiben im Jahr 2010 geringfügige Beschäftigungen - sowohl in den alten als auch in den neuen Bundesländern - weiterhin versicherungsfrei, wenn das regelmäßige Arbeitsentgelt monatlich 400 € oder wöchentlich 93,33 € nicht überschreitet. Diese Grenzen gelten einheitlich in den alten Bundesländern und in den neuen Bundesländern.

Unabhängig von der Versicherungsfreiheit der geringfügig entlohnten Beschäftigten hat der Arbeitgeber für diese Beschäftigten 15 % des Arbeitsentgelts als pauschalen Beitrag zur Rentenversicherung und 13 % pauschalen Beitrag zur Krankenversicherung sowie 2 % als Pauschbetrag für Lohnsteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag, insgesamt also 30 % des Arbeitsentgelts an die Minijobzentrale der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See als Einzugsstelle für die geringfügig entlohnten Beschäftigten abzuführen.

### **Frist für fristlose Kündigungen**

Auch eine „fristlose Kündigung“ muss dem Mitarbeiter fristgerecht zugehen - und zwar innerhalb von zwei Wochen, nachdem der Arbeitgeber von den Kündigungsgründen erfahren hat. Das hat das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz in Mainz klargestellt. Die Kündigung sei auch dann unwirksam, wenn sie dem Mitarbeiter nur einen Tag nach Ablauf der Frist zugeht (AZ.: 6 Sa 709/08). Das Gericht gab einer Sekretärin recht, deren Arbeitgeber sie fristlos entlassen hatte, weil sie unbefugt Daten an einen ehemaligen Geschäftsführer weitergegeben habe. Die Klägerin erhielt die Kündigung einen Tag nach Ablauf der gesetzlichen Zweiwochenfrist. Diese könne im Interesse der Rechtssicherheit nicht verlängert werden, so das Gericht, weil sie eine Ausschlussfrist sei. Ob die Kündigung in der Sache berechtigt sei, spiele keine Rolle.

### **Klagefrist bei Mutterschutz und Kündigungsschutzklage**

Eine schwangere Arbeitnehmerin muss den Verstoß gegen das Kündigungsverbot gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 MuSchG grundsätzlich innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist gerichtlich geltend machen. Weiß der Arbeitgeber bei Ausspruch einer Kündigung nicht um die Schwangerschaft seiner Mitarbeiterin, läuft diese Frist trotz der fehlenden behördlichen Zustimmung zur Kündigung ab deren Zugang.

### **Namensliste zum Interessenausgleich**

Massenhafte betriebsbedingte Kündigungen aufgrund von Betriebseinschränkungen sind mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden. Werden die zu kündigenden Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich namentlich bezeichnet (Namensliste zum Interessenausgleich), so werden diese Risiken deutlich reduziert. Nach § 1 Abs. 5 KSchG wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist und die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Was aber geschieht, wenn nur ein Teil der zu kündigenden Arbeitnehmer auf der Namensliste aufgeführt ist oder die Namensliste Arbeitnehmer enthält, die nach Vorstellung der Betriebsparteien nicht zu kündigen sind. Die letztgenannte Frage hat das BAG mit Urteil vom 26.3.2009, AZ.: 2 AZR 296/07) entschieden.

Die Betriebsparteien haben sich bei der Aufstellung einer Namensliste am gesetzgeberischen Zweck zu orientieren. Sie dürfen nur solche Arbeitnehmer in eine Namensliste aufnehmen, die nach ihrer gemeinsamen Überzeugung auf Basis des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes sowie eventueller Auswahlrichtlinien aufgrund der Betriebsänderung zu kündigen sind. Dabei kommt ihnen ein Beurteilungsspielraum zu. Sie dürfen sich aber nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen. Andernfalls verliert die Namenswirkung ihre Privilegierung nach § 1 Abs. 5 KSchG.

Mit der Entscheidung bestätigt das Gericht auch ferner seine Rechtsprechung (22.1.2004, AZ.: 2 AZR 111/02), wonach der Interessenausgleich noch nach seinem Abschluss zeitnah um eine Namensliste ergänzt werden kann, wenn ein hinreichender Zusammenhang zwischen der Namensliste und dem Interessenausgleich besteht. Dabei ist zu empfehlen, die Möglichkeit einer Namensliste bereits im Interessenausgleich anzulegen. Alternativ ist es auch möglich, die Namensliste mit einer Bezugnahme auf die Verhandlungen über den Interessenausgleich einzuleiten.

### **Praktikum ist sozialabgabenfrei**

Wenn Unternehmen Studenten, die im Rahmen eines dualen Studiengangs ein Praktikum machen, eine Vergütung zahlen, müssen sie dafür keine Sozialabgaben abführen (Bundessozialgericht, B 12 R 4/08). Auch der Praxisteil des Studiums sei keine „betriebliche Ausbildung“.

### **Gerichtliche Kontrolle von Leistungsbeurteilungen**

Beurteilt ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer im Rahmen einer dienstlichen Beurteilung aufgrund von konkreten Einzelvorkommnissen, ist ein solcher Sachverhalt im Arbeitsgerichtsprozess vollständig überprüfbar. Sofern der Arbeitgeber die Beurteilung nur auf allgemein gehaltene Tatsachenbehauptungen stützt, muss der Arbeitgeber die Behauptungen auf Verlangen des Arbeitnehmers konkretisieren. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Fall einer Ministerialbeamtin im Landesdienst Sachsen-Anhalts entschieden, die sich gegen die dienstliche Beurteilung zur Wehr setzte, wonach sie weniger befähigt sei und nicht den Anforderungen entspreche. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass die gerichtliche Kontrolle von dienstlichen Beurteilungen sich danach richte, wie die Beurteilung begründet werde. Bei konkret benannten Tatsachen sei der Sachverhalt voll überprüfbar. Allgemeine Behauptungen seien auf Verlangen zu konkretisieren. Dem Arbeitgeber komme bei Beurteilungen ein Spielraum zu. Daher seien sie nur auf Einhaltung allgemeiner Beurteilungsmaßstäbe und eines fehlerfreien Verfahrens kontrollierbar. Vorliegend seien vom Arbeitgeber allgemein gehaltene Tatsachenbehauptungen aufgestellt und nicht konkretisiert worden. Zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und abschließenden Entscheidung wurde das Verfahren an die Vorinstanz zurückverwiesen.

(Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 18. August 2009; Az.: 9 AZR 617/08)

### **Vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit: Kündigung**

Erklärt ein Arbeitnehmer während der Zeit einer Arbeitsunfähigkeit die Bereitschaft zur Schwarzarbeit, wird dadurch der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert. Eine solche vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit kann eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber rechtfertigen. Das hat das Landesarbeitsgericht Hessen im Fall eines Schweißers in einem Metallbauunternehmen entschieden, der nach einer betriebsbedingten Kündigung innerhalb der Kündigungsfrist hohe Krankheitszeiten aufwies. Gegenüber einem vom Arbeitgeber eingeschalteten Detektiv äußerte der Arbeitnehmer die Bereitschaft, Schwarzarbeiten unmittelbar auszuführen. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber fristlos. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass in dem Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit eine erhebliche, schuldhaftige Vertragspflichtverletzung liege, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertige. Verletzt werde nicht nur die vertragliche Hauptleistungspflicht, sondern auch die für das Arbeitsverhältnis erforderliche Vertrauensbasis zwischen den Vertragsparteien werde zerstört. Das gelte unabhängig davon, ob durch die vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit eine Belastung des Arbeitgebers mit Entgeltfortzahlungskosten eintrete.

(Urteil des Landesarbeitsgerichts Hessen vom 1. April 2009; Az.: 6 Sa 1593/08)

### **Kündigung bei Leistungsmängeln**

Spricht ein Arbeitgeber eine Kündigung wegen Leistungsmängeln eines Arbeitnehmers aus, müssen diese vorwerfbar sein, wobei es auf subjektive Maßstäbe des persönlichen, subjektiven Leistungsvermögens des Arbeitnehmers ankommt. Das hat das Landesarbeitsgericht Köln im Fall eines Postzustellers entschieden, dem aufgrund mangelhafter Dokumentation von nicht zugestellten Sendungen gekündigt worden war. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass es bei Kündigung wegen qualitativer Minderleistung zunächst dem Arbeitgeber obliegt, die aufgetretenen Leistungsmängel zu bezeichnen und dabei die Fehlerzahl, die Art, die Schwere und die Folgen der Fehler aufzuzeigen. Wenn er darlegen könne, dass der betroffene Arbeitnehmer längerfristig die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit der mit vergleichbaren Arbeiten betrauten Arbeitnehmer erheblich überschreite, könne darin ein Indiz für eine vorwerfbare Pflichtverletzung liegen. Vorliegend sei weder bei dem Vergessen des Scannens von Sendungen noch bei der Nichtzustellung von am Vortag zurückgebrachten Sendungen eine längerfristig einschlägige Fehlerhäufigkeit festzustellen. Zudem sei nicht dargelegt, inwieweit solche Fehler bei anderen Arbeitnehmern vorkämen und wie hoch durchschnittliche Fehlerquoten lägen. (Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 7. August 2009; Az.: 4 Sa 1394/08)

### **Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich aus**

Beruft sich ein Arbeitnehmer nach einer Kündigung durch den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess darauf, dass der Betrieb vom Arbeitgeber nicht stillgelegt sondern veräußert worden ist, muss der Arbeitgeber ausschließen, dass in Wahrheit eine Betriebsveräußerung vorlag. Das hat Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg im Fall einer kaufmännischen Sachbearbeiterin in einem international tätigen Pharmaunternehmen entschieden. Das Unternehmen kündigte den Mitarbeitern mit der Begründung, der Betrieb werde stillgelegt. Anschließend ließ der Betrieb aber alle Betriebsmittel in die Schweiz zu einer anderen Konzerntochter transportieren, um mit einem Großteil der Mitarbeiter, denen Vertragsangebote unterbreitet wurden, die Fertigungslinie unter identischem Produktnamen fortzuführen. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass die ausgesprochene Kündigung sozial nicht gerechtfertigt sei. Dem Arbeitgeber sei es nicht gelungen, seine Behauptung einer Betriebsstilllegung zu beweisen. Die gesetzlichen Regelungen zur Betriebsübernahme hätten auch bei grenzüberschreitenden Betriebsveräußerungen Geltung. Die rechtlichen Verpflichtungen eines deutschen Betriebsveräußerers entfielen nicht deshalb, weil ein ausländischer Erwerber beteiligt sei. (Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. September 2009; Az.: 11 Sa 39/09)

### **Widerspruch gegen Betriebsübergang begründet keine Sperrzeit**

Widerspricht ein Arbeitnehmer bei einer Betriebsveräußerung ohne Angabe von Gründen dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber, ist diese Tatsache für die Beurteilung der Frage, ob eine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld verhängt wird, neutral zu bewerten. Das hat das Bundessozialgericht im Fall eines als Medical-Referent tätigen Außendienstmitarbeiters entschieden, der nach Veräußerung eines Betriebsteils einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen und anschließend einem Aufhebungsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gegen Abfindungszahlung zugestimmt hatte. Die Arbeitsagentur verhängte darauf hin gegen ihn eine zwölfwöchige Sperrzeit, gegen die sich der Arbeitnehmer zur Wehr setzte. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass der Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang als solcher die Verhängung einer Sperrzeit nicht rechtfertige. Entscheidend sei, ob ein wichtiger Grund zur Lösung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag bestanden habe. Das sei nur der Fall, wenn andernfalls dem Arbeitnehmer objektiv rechtmäßig zum selben Zeitpunkt gekündigt worden und ihm die Hinna

dieses Weges über eine Kündigung nicht zumutbar gewesen wäre. Zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und abschließenden Entscheidung wurde der Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen.

(Urteil des Bundessozialgerichts vom 8. Juli 2009; Az.: B 11 AL 17/08 R)

### **Vertragsstrafenklausel muss transparent sein**

Nimmt ein Arbeitgeber in einem Arbeitsvertrag eine Vertragsstrafenklausel auf, die eine Vertragsstrafe wegen „eines Vertragsbruchs in sonstiger Form“ vorsieht, ist diese Regelung intransparent und führt zur Unwirksamkeit der Klausel. Das hat das Landesarbeitsgericht München im Fall eines Programmierers entschieden, der einen entsprechenden Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte und kurz nach Arbeitsbeginn während der Probezeit kündigte, einen Urlaubsanspruch geltend machte und für die Kündigungsfrist Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen einreichte. Der Arbeitgeber sah hierin eine Verwirkung der Vertragsstrafe und forderte dafür eine halbe Monatsvergütung. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass die Vertragsstrafenregelung intransparent und daher unwirksam sei. Es sei nicht hinreichend klar, bei welcher Art und Schwere einer Vertragsverletzung die Vertragsstrafe verwirkt sein solle. Allgemeine Geschäftsbedingungen müssten jedoch wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden könne. Es dürften für den Verwender keine ungerechtfertigten Interpretationsspielräume entstehen. Danach genüge eine Klausel dem Bestimmtheitsgebot nur, wenn sie die Rechte und Pflichten so genau wie möglich beschreibe; verletzt sei das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten enthalte. Dem werde die Verwendung des Begriffs „Arbeitsvertragsbruch“ nicht gerecht. Das gelte auch für den Zusatz „in sonstiger Form“.

(Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 24. September 2009; Az.: 3 Sa 402/09)

### **Ordentliche Kündigung in Kleinbetrieben ohne Abmahnung**

Spricht ein Arbeitgeber in einem Kleinbetrieb ohne Geltung des Kündigungsschutzgesetzes eine ordentliche Kündigung aus, muss in der Regel keine Abmahnung vorausgehen. Macht der Arbeitnehmer demgegenüber die Treuwidrigkeit der Kündigung geltend, muss er im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit begründen kann. Erst dann muss der Arbeitgeber diese Darlegung entkräften. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines Bauprojektleiters entschieden. Nachdem der Bauleiter vertragswidrig an Baubesprechungen nicht teilgenommen hatte, sprach der Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung aus. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass Arbeitnehmer auch in nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegenden Kleinbetrieben vor einer treuwidrigen Kündigung geschützt seien. Dieser Schutz dürfe aber nicht so weit reichen, dass auch Kleinunternehmern die im Kündigungsschutzgesetz normierten Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt würden. Im Kleinbetrieb müsse nur ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme gesichert sein. Wenn ein Arbeitnehmer im Kleinbetrieb eine Treuwidrigkeit der Kündigung geltend mache, bestehe eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast, um dem Rechnung zu tragen. Der Projektleiter habe nicht hinreichend dargelegt, inwieweit die Arbeitgeberkündigung treuwidrig sein solle. Das bloße Bestreiten der vom Arbeitgeber substantiiert vorgetragene Kündigungsgründe sei dafür nicht ausreichend.

(Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23. April 2009; Az.: 6 AZR 533/08).

### **Behauptung unhaltbarer Kündigungsgründe: Arbeitsverhältnis aufgelöst**

Trägt ein Arbeitgeber im Rahmen einer Kündigung unwahre und ehrverletzende Kündigungsgründe vor, kann das zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Abfindungszahlung führen. Das hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein im Fall einer Altenpflegehelferin in einer Seniorenanlage entschieden. Der Arbeitgeber hatte zunächst als Kündigungsgrund be-

hauptet, die Pflegehelferin habe eine an Parkinson leidende Bewohnerin leichtfertig angerempelt und damit zu Fall gebracht sowie anschließend nicht versorgt. Später hatte der Arbeitgeber die Behauptungen modifiziert, eine Kündigungsschutzklage war erfolgreich. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass der Antrag auf Vertragsauflösung gegen Abfindung begründet sei, weil der Arbeitgeber durch völlig haltlose Kündigungsgründe die Arbeitnehmerin der Verantwortungslosigkeit bezichtigt habe, was für Pflegepersonal ein schwerer Vorwurf sei. Bei solch extremen Vorwürfen sei zu befürchten, dass der Arbeitgeber in anderen Fällen ähnliche Verhaltensweisen zeigen werde. Der Pflegerin sei daher eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar gewesen.

(Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 15. September 2009; Az.: 2 Sa 105/09)

### **Ferienüberhangsregelung: unangemessene Benachteiligung**

Vereinbart ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag, dass das Arbeitsverhältnis ruhen soll, soweit Arbeitsleistungen aufgrund Schließungszeiten bei Leistungsempfängern nicht erbracht werden können, liegt eine unangemessene Benachteiligung vor. Dies führt zur Unwirksamkeit der Klausel. Das hat das Arbeitsgericht Düsseldorf im Fall eines bei einem Busunternehmer in Teilzeit beschäftigten Busfahrers entschieden, der für Schülertransporte eingesetzt wurde. Dessen Arbeitsvertrag sah vor, dass das Arbeitsverhältnis ruhe, wenn die Schließungszeiten der Schulen den zustehenden Jahresurlaub überschreiten. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass eine Regelung unangemessen sei, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werde, nicht vereinbar sei. Abzuwägen sei dabei das Interesse des Klauselverwenders mit dem Interesse des Vertragspartners an der Ersetzung durch die gesetzliche Regelung. Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Schließungszeiten von Schulen“, die noch über die allgemeinen Ferienzeiten hinausgehe, führe vorliegend zu einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers. Denn von dieser Klausel seien auch andere Gründe erfasst, wie zum Beispiel Baufähigkeit oder Epidemiegefahren. Das bedeute, dass für den Arbeitnehmer zu Jahresbeginn nicht feststellbar sei, wann das Arbeitsverhältnis ruhe.

(Urteil des Arbeitsgerichts – ArbG – Düsseldorf vom 06. Oktober 2009; Az.: 7 Ca 1724/09)

### **Kündigung wegen sexueller Belästigung**

Verhält sich ein Arbeitnehmer gegenüber Mitarbeiterinnen verbal sexuell anzüglich, rechtfertigt das nach langer beanstandungsfreier Tätigkeit keine Kündigung ohne vorherige Abmahnung. Das hat das Landesarbeitsgericht Niedersachsen im Fall eines bei einer Stadt beschäftigten Gärtners entschieden, der gegenüber einer Gruppe von anzuleitenden Leiharbeiterinnen wiederholt verbal anzüglich wurde. Der Arbeitgeber kündigte darauf hin fristgemäß. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass der Arbeitgeber entsprechend dem im Kündigungsschutzrecht geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach vierzehnjähriger beanstandungsfreier Tätigkeit zunächst eine Abmahnung hätte aussprechen müssen. Verbale Entgleisungen seien zwar eine unmittelbare Diskriminierung, bei der der Arbeitgeber verpflichtet sei, die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Als solche kämen Abmahnung, Umsetzung, Versetzung und Kündigung in Betracht. Eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung setze aber eine massive sexuelle Belästigung in Wort und Tat voraus. Vorliegend hätten eine Abmahnung sowie eine Versetzung innerhalb der Baukolonnen als mildere Mittel in Betracht gezogen werden müssen.

(Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 13. Oktober 2009; Az.: 1 Sa 832/09)



## **Betriebsbedingte Kündigung wegen Wegfall des Arbeitsplatzes**

Trifft ein Arbeitgeber eine unternehmerische Entscheidung, wonach ein Arbeitsplatz ersatzlos entfällt, besteht keine Verpflichtung, zur Vermeidung der betriebsbedingten Kündigung eine neue Stelle zu schaffen, die im Arbeitsorganisationskonzept nicht vorgesehen ist. Das hat das Landesarbeitsgericht Köln im Fall des Leiters einer Gebrauchtmaschinenzentrale entschieden, die vom Arbeitgeber im Rahmen einer Änderung des Unternehmenskonzepts stillgelegt worden war. Als Folge sprach der Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung aus, gegen die sich der Arbeitnehmer zur Wehr setzte. In seiner Begründung verweist das Gericht darauf, dass aufgrund der unternehmerischen Entscheidung die Gebrauchtmaschinenzentrale stillgelegt worden und der Arbeitsplatz des Leiters damit ersatzlos entfallen sei. Er sei auch mit keinem anderen Arbeitnehmer im Unternehmen vergleichbar, sodass eine Sozialauswahl nicht durchzuführen gewesen sei. Ein anderer freier Arbeitsplatz, auf dem er hätte beschäftigt werden können, habe nicht existiert. Aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sei der Arbeitgeber zwar bei betriebsbedingt entfallendem Arbeitsplatz verpflichtet, eine Weiterbeschäftigung auf einem freien oder absehbar frei werdenden zumutbaren Arbeitsplatz anzubieten. Es bestehe aber keine Verpflichtung zur Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes, der in dem Arbeitsorganisationskonzept gar nicht vorgesehen sei.

(Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 2. Juli 2009; Az.: 7 Sa 14/09)

## **Veranstaltungen**

### **„FIT FÜR ... die Wahl der richtigen Rechtsform“**

**Dienstag, 23. Februar 2010, 18.00 bis 20.00 Uhr**, Seminargebäude, Raum 0.01, IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Straße 9, 66119 Saarbrücken

Die Rechtsform ist **die** Grundlage für Ihre unternehmerische Tätigkeit. Jeder Gründer muss und kann unter verschiedenen Rechtsformen die für ihn Passende wählen. Sowohl bei der Gründung durch mehrere Personen als auch bei Ein-Personen-Gründungen stehen ganz unterschiedliche Rechts- und Gesellschaftsformen zur Verfügung. Seit Ende 2008 ist hier insbesondere die für Neugründer interessante Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) - auch „Mini-GmbH“ genannt - zu erwähnen. Als Gründerin oder Gründer haben Sie die Qual der Wahl: Jede Rechtsform hat ihre Vor- und Nachteile. Sie sollten also unbedingt schon bei der Gründung die für Sie optimale Rechtsform suchen und finden. Ob diese auf Dauer die Richtige ist, zeigt dann die Entwicklung Ihres Unternehmens.

**Herr Ass. Georg Karl, Teamleiter Firmenrecht und Handelsregister, IHK Saarland**, zeigt Ihnen die typischen Merkmale der einzelnen Rechtsformen auf. Er geht außerdem kurz darauf ein, welche finanziellen und rechtlichen Auswirkungen die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform mit sich bringt und gibt Tipps für die Namenswahl.

Anmeldungen **bis 22. Februar 2010** unter E-Mail: [rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de](mailto:rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de).

### **„Wirtschaftskrise = Insolvenzrisiko beim Kunden: Was tun?“**

**Dienstag, 2. März 2010, 18.30 bis 20.30 Uhr**, Saalgebäude, Raum 1-3, IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Straße 9, 66119 Saarbrücken

Die Saarlwirtschaft ist mit Zuversicht in das Jahr 2010 gestartet. Dennoch: Viele Unternehmen müssen sich auch darauf einstellen, dass manche ihrer Kunden und Geschäftspartner in Schwierigkeiten geraten und Insolvenz anmelden müssen. Diese Insolvenz führt zu direkten Auswirkungen im eigenen Unternehmen. Die Frage für viele: Was tun?

**Herr Rechtsanwalt Franz Michael Schneiders, Rechtsanwälte Schneiders & Behrendt, Saarbrücken**, wird Ihnen aufzeigen, wie Sie sich im Vorfeld, dann in der Krise und schließlich in der Insolvenz Ihres Geschäftspartners juristisch verhalten können, um Schaden zu vermeiden oder zu minimieren. Wichtig ist, rechtzeitig zu erkennen, dass der Geschäftspartner sich in der Krise befindet. Für den Fall, dass ein Insolvenzantrag gestellt werden muss, wird erläutert, welche Handlungsmöglichkeiten für Sie als Gläubiger vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und danach noch bestehen. Herr Schneiders verfügt über eine langjährige Erfahrung im Insolvenzverfahren aufgrund Beratungen sowohl von Schuldnern als auch Gläubigern. Im Anschluss an den Vortrag bleibt genügend Zeit für die Erörterung Ihrer Fragen.

Anmeldungen **bis 1. März 2010** unter E-Mail: [rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de](mailto:rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de).

### **„Kaufverträge richtig gestalten“**

**Dienstag, 9. März 2010, 19.00 bis 21.00 Uhr**, Saalgebäude, Raum 1-3, IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Straße 9, 66119 Saarbrücken

Kaufverträge sind diejenigen Verträge, die in der Praxis am häufigsten abgeschlossen werden. Wichtig ist deshalb, sich klar zu machen, wie ein Kaufvertrag zustande kommt. Dies gilt sowohl im Verhältnis von Unternehmen zu Privaten als auch im Verhältnis von Unternehmen zu Unternehmen.

Der Wunsch des Kunden, die Ware umzutauschen oder zurück zu geben, gehört gerade im Einzelhandel zum täglichen Geschäft. Hier ist es für den Unternehmer wichtig, die Rechtslage genau zu kennen. Wann handelt es sich tatsächlich um einen Mangel im Rechtssinne? Wann liegt ein Umtausch in der Kulanz des Händlers? Welche Rechte hat der Kunde? Und in der Praxis auch ganz wichtig: Wann verjähren die Ansprüche aus Kaufverträgen? Antworten auf diese und andere Fragen gibt Ihnen in unserer aktuellen Veranstaltung **Herr Rechtsanwalt Matthias Brombach, teras Anwaltskanzlei Brombach und Gust, Saarbrücken**. Er ist Kenner der Materie und berät seit mehreren Jahren ganz gezielt Unternehmen für die tägliche Geschäftspraxis. Herr Rechtsanwalt Brombach steht Ihnen für Fragen während und nach der Veranstaltung zur Verfügung.

Anmeldungen **bis 8. März 2010** unter E-Mail: [rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de](mailto:rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de).

### **Impressum:**

Verantwortlich und Redaktion:

Ass. Heike Cloß, Tel.: (0681) 9520-600, Fax: (0681) 9520-690,

E-Mail: [heike.closs@saarland.ihk.de](mailto:heike.closs@saarland.ihk.de)

IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken

**Ihre Ansprechpartnerin:**

**Heike Cloß**

Tel.: (0681) 9520-600

Fax: (0681) 9520-690

E-Mail: [heike.closs@saarland.ihk.de](mailto:heike.closs@saarland.ihk.de)