

## NEWSLETTER ARBEITSRECHT 3/2007

### Inhaltsverzeichnis

Das Thema „Mindestlohn“ – die aktuellen Entwicklungen .....	1
Entschädigung wegen Altersdiskriminierung aus dem AGG .....	2
Personenbedingte Kündigung eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers .....	2
Unwirksamkeit des arbeitnehmerseitigen Klageverzichts im unmittelbaren Anschluss einer Arbeitgeberkündigung.....	3
Die Geltendmachung von Lohnansprüchen – im Notfall auch per einstweiliger Verfügung .....	4
Unwirksamkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung durch Übergabe einer Fotokopie .....	4
Vorsicht: Freiwilligkeitsvorbehalte in vorformulierten Arbeits- verträgen können gegen die §§ 305 ff. BGB verstoßen .....	5
Der Anspruch auf eine Teilzeittätigkeit während der Elternzeit.....	6
Außerordentliche Kündigung infolge eines „Einschmuggelns“ von Privatpost in den betrieblichen Postlauf .....	7

## Das Thema „Mindestlohn“ – die Entwicklungen

Kaum ein Thema hat die politische Diskussion in unserer Gesellschaft im Jahre 2007 so angeheizt, wie die Frage, ob in Deutschland für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ein einheitlicher Mindestlohn eingeführt werden soll oder nicht. Grund genug also, den derzeitigen Stand der Entwicklungen einmal kurz zusammenzufassen.

Nach langem Hin und Her haben sich am 18.06.2007 die Koalitionspartner aus CDU, CSU und SPD darauf geeinigt, dass es zunächst erst einmal keinen gesetzlichen, für alle Branchen einheitlichen Mindestlohn geben soll. Stattdessen hat sich der Koalitionsausschuss auf eine Modifizierung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) sowie auf eine Aktualisierung des Mindestarbeitsbedingungengesetzes (MindArbBedG) geeinigt. Die Einigung der Koalition sieht im Wesentlichen folgendes vor:

### 1. Einbeziehung weiterer Branchen in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz

Mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz soll eine Unterwanderung von tariflichen Mindestlöhnen und Mindestarbeitsbedingungen durch ausländische Arbeitskräfte verhindert werden. Daher gelten nach diesem Gesetz die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze sowie Regelungen zur Dauer des Erholungsurlaubs, dem Urlaubsentgelt aus allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen auch für solche Arbeitgeber, die ihren Sitz eigentlich im Ausland haben, deren Arbeitnehmer aber in Deutschland, d. h. konkret im räumlichen Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrages beschäftigt sind. Allerdings gilt das Arbeitnehmer-Entsendegesetz bislang nur für Tarifverträge des Baugewerbes, der Seeschiffahrtsassistenten und seit dem 01.07.2007 auch für das Gebäudereinigerhandwerk.

Nach dem Beschluss der Koalitionspartner vom 18.06.2007 soll das Arbeitnehmer-Entsendegesetz nun auf weitere Branchen ausgeweitet werden. Branchen mit einer Tarifbindung von mindestens 50 % sollen nach Angaben des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales das Angebot erhalten, in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen zu werden und dadurch tarifliche Mindestlöhne zu vereinbaren. Als Voraussetzung hierfür nennt das Ministerium einen gemeinsamen Antrag der jeweiligen Tarifvertragsparteien bis zum Stichtag des 31.03.2008. Nach Ablauf dieses Stichtages soll die Aufnahme dieser Branchen in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz unverzüglich eingeleitet werden. Das Ministerium stellt jedoch klar, dass eine spätere Aufnahme weiterer Branchen hierdurch nicht ausgeschlossen werden soll.

Dieses Verfahren auf eine weitere Erweiterung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes wird derzeit vornehmlich beim Postzustellgewerbe angewandt.

### 2. Aktualisierung des Mindestarbeitsbedingungen-gesetzes

Des Weiteren soll das Mindestarbeitsbedingungen-gesetz aus dem Jahre 1952 zu einem Gesetz für Mindestlöhne in bestimmten Branchen aktualisiert und entbürokratisiert werden. Dieses Gesetz erlaubte zwar bislang schon eine staatliche Entgeltfestsetzung für Wirtschaftszweige, in denen keine tarifvertraglichen Regelungen bestehen. Es wurde in der Praxis jedoch nicht angewendet.

Nach dem Beschluss der Großen Koalition vom 18.06.2007 soll dieses Gesetz jetzt wieder „aktiviert“ werden und in Bereichen, in denen keine oder eine Tarifbindung von weniger als 50 % der Beschäftigten besteht, eine Festsetzung von Mindestlöhnen erlauben. Im Rahmen dessen soll künftig folgendes, dreistufiges Verfahren zur Festsetzung von Mindestlöhnen angewandt werden:

- Ein dauerhaft eingerichteter Hauptausschuss wacht ständig darüber, in welchen Branchen und welchen Gebieten tariflose Zustände herrschen und entscheidet, ob hierfür Mindestlöhne als Mindestarbeitsbedingungen eingeführt werden müssen.
- Anschließend wird für die jeweils betroffene Branche ein Fachausschuss gebildet. Dieser Fachausschuss soll festlegen, wie hoch der Mindestlohn in der jeweiligen Branche sein soll.
- Der von einem Fachausschuss insoweit festgelegte Mindestlohn kann dann auf Vorschlag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales durch eine entsprechende Verordnung der Bundesregierung verbindlich festgesetzt werden.

Hier bleibt natürlich im Einzelnen noch abzuwarten, für welche Branchen der Hauptausschuss die Notwendigkeit von Mindestlöhnen erkennen wird und in welcher Höhe die jeweiligen Fachausschüsse Mindestlöhne letztendlich festsetzen werden.

### 3. Fazit

Da mit einem einheitlichen, branchenübergreifenden Mindestlohn in der nächsten Zeit wohl nicht zu rechnen ist, kann man Arbeitgebern und Arbeitnehmern also nur empfehlen, die weitere Entwicklung in Bezug auf das Thema „Mindestlohn“ künftig für die jeweils eigene Branche im Auge zu behalten.

### Entschädigung wegen Altersdiskriminierung aus dem AGG

Nun ist das wahrscheinlich erste Urteil bekannt geworden, in dem ein deutsches Unternehmen zu einer Zahlung einer Entschädigung an eine abgelehnte Bewerberin verurteilt worden ist, weil ihre Bewerbungsablehnung aufgrund einer Altersdiskriminierung gegen das seit dem 18.08.2006 geltende AGG verstoßen hat.

Das ArbG Frankfurt am Main musste am 25.06.2007 über den folgenden Sachverhalt entscheiden: eine befristet beschäftigte Flugbegleiterin bewarb sich bei ihrem Arbeitgeber – der Lufthansa – auf eine unbefristete Stelle. Sie wurde jedoch wegen ihres Alters von 46 Jahren von Seiten der Lufthansa abgelehnt. Begründet wurde die Ablehnung der Stewardess mit dem Argument, dass das wirtschaftliche Risiko krankheitsbedingter Ausfälle bei älteren Arbeitnehmern wesentlich höher und dem Unternehmen die Berücksichtigung dieser Bewerbung deshalb nicht zumutbar sei.

Diese Argumentation kam der Lufthansa jedoch recht teuer zu stehen. Denn das ArbG Frankfurt am Main bewertete das Vorgehen der Fluggesellschaft als verbotene Altersdiskriminierung. Nach der Ansicht der Richter dürfe das wirtschaftliche Risiko möglicher Lohnfortzahlungen im Krankheitsfall bei der Auswahl von Bewerbern gerade nicht zum Auswahlkriterium gemacht werden. Es handele sich dabei vielmehr um eine Benachteiligung der Bewerberin aufgrund ihres Alters, welche nach den §§ 1 und 7 AGG verboten sei. Zwar hatte die abgelehnte Bewerberin wegen § 15 Abs. 6 AGG dadurch keinen Anspruch auf Einstellung auf die von ihr beworbene, unbefristete Stelle. Gleichwohl verurteilte das Arbeitsgericht die Lufthansa, an die Stewardess eine Entschädigung nach 15 Abs. 2 AGG zu zahlen. Diese Entschädigung legte das ArbG Frankfurt am Main in einer Höhe von 4.000,00 € fest, d. h. in Höhe von drei Nettomonatsgehältern (ArbG Frankfurt am Main, Urteil vom 25.06.2007, Az.: 11 Ca 8952/06).

Diese Entscheidung des Arbeitsgerichts ist noch nicht rechtskräftig, da die Lufthansa eine Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt hat (die Berufung wird vom LAG Hessen unter dem Aktenzeichen 17 Sa 1028/07 bearbeitet). Es bleibt also abzuwarten, ob die weitere Instanz eine anderweitige Entscheidung treffen wird oder ob das erstinstanzliche Urteil bestätigt wird.

### Personenbedingte Kündigung eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers

Die juristischen Hürden für eine rechtmäßige, krankheitsbedingte Kündigung eines Arbeitnehmers, der seit einem längeren Zeitraum bereits arbeitsunfähig ist, sind äußerst hoch. Fast jeder Arbeitgeber hat mit ihnen schon einmal eine unliebsame Bekanntschaft gemacht.

Nun musste das Bundesarbeitsgericht in einem aktuellen Urteil zu einer Frage Stellung nehmen, welche die Arbeitsrechtsexperten schon seit einer geraumen Zeit beschäftigte: haben Arbeitgeber vor der Aussprache einer personenbedingten Kündigung eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers zwingend ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen? Der Ausgangspunkt für diese Frage resultiert aus dem § 84 Abs. 2 SGB IX, welcher folgende Regelung enthält: ist ein Beschäftigter innerhalb eines Jahres für einen längeren Zeitraum als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, ist der Arbeitgeber unter Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers und der Interessenvertretung gehalten, zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen eine erneute Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Welche Rechtsfolge ein Unterlassen dieser Verpflichtung auslöst, hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Dies war nun vom BAG zu beurteilen.

In der Entscheidung vom 12.07.2007 ging es um die Kündigungsschutzklage eines mit einem Grad von 30 % behinderten – aber einem Schwerbehinderten nicht gleichgestellten – Maschinenbedieners. Dieser war seit 1981 bei seinem Arbeitgeber beschäftigt. Aufgrund eines Rückenleidens war er seit dem März 2002 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Sein Arbeitgeber kündigte am 29.10.2004 nach Anhörung des Betriebsrats das Arbeitsverhältnis fristgemäß, d. h. unter Einhaltung der Kündigungsfrist.

Hiergegen wandte der betroffene Arbeitnehmer im Rahmen seiner Kündigungsschutzklage ein, dass bei entsprechender Ausstattung seines Arbeitsplatzes ein Einsatz als Maschinenbediener weiterhin möglich sei. Zudem hätte der Arbeitgeber ihn durch eine Umgestaltung anderer Arbeitsplätze auch anderweitig einsetzen können. Hierzu sei der Arbeitgeber insbesondere auf Grund des betrieblichen Eingliederungsmanagements verpflichtet gewesen. Dem hielt der Arbeitgeber entgegen, dass die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers in absehbarer Zeit nicht wieder hergestellt werden konnte. Auch eine Beschäftigung auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz sei nicht in Betracht gekommen.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage des Maschinenbedieners ab. Seine Revision zum BAG hatte dagegen Erfolg. Das BAG hob das zweitinstanzliche Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm auf und verwies die Angelegenheit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurück. Das LAG Hamm hat nun zu überprüfen, ob ein leidensgerechter Arbeitsplatz vorhanden ist bzw. durch eine zumutbare Umgestaltung der Betriebsabläufe geschaffen werden kann.

Zur Begründung wies das BAG auf folgendes hin: Zwar sei die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine personenbedingte Kündigung aus krankheits-

bedingten Gründen. Gleichwohl sei diese Regelung nicht nur als bloßer Programmsatz zu verstehen. Die Regelung gelte grundsätzlich als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, welcher das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht beherrscht.

Damit ist nun folgendes gemeint: jede krankheitsbedingte Kündigung erfordert eine Interessenabwägung, innerhalb derer ermittelt werden muss, ob das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes im konkreten Einzelfall überwiegt, obwohl an sich die formellen und auch materiellen Anforderungen für eine personenbedingte Kündigung erfüllt sind. Führt der Arbeitgeber nun kein Eingliederungsmanagement durch, kann dies nach Ansicht des BAG erhebliche Folgen für die Darlegungs- und Beweislast haben, soweit die ausfallbedingten, betrieblichen Auswirkungen beim Arbeitgeber mit den Interessen des Arbeitnehmers am Erhalt des Arbeitsplatzes abzuwägen sind. Das bedeutet letztlich, dass sich der Arbeitgeber unter Umständen nicht mehr pauschal darauf berufen kann, dass ihm keine alternativen, der Erkrankung angemessenen Einsatzmöglichkeiten bekannt sind (BAG, Urteil vom 12.07.2007, Az.: 2 AZR 716/06).

Diese Entscheidung des BAG wird für die Kündigung langzeiterkrankter Mitarbeiter eine erhebliche Bedeutung erlangen. Zwar hat die Nichteinhaltung des § 84 Abs. 2 S. 2 SGB IX nach allem nicht automatisch die Unwirksamkeit einer entsprechenden Kündigung zur Folge. Gleichwohl sollten Arbeitgeber diese Vorschrift auch nicht als bloße „Förmelei“ ansehen, sofern sie in einem etwaigen Kündigungsschutzverfahren vor dem Arbeitsgericht keine nachteilige Überraschung erleben möchten. Daher ist anzuraten, vor jeder Kündigung eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers genau zu prüfen, ob im Betrieb nicht doch ein leidensgerechter Arbeitsplatz vorhanden ist oder ob ein solcher durch die Umgestaltung von Betriebsabläufen geschaffen werden kann.

### **Unwirksamkeit des arbeitnehmerseitigen Klageverzichts im unmittelbaren Anschluss einer Arbeitgeberkündigung**

Werden Arbeitnehmer gekündigt, haben Arbeitgeber in der Regel ein erhebliches Interesse daran, so schnell wie möglich Rechtssicherheit bezüglich ihrer arbeitsrechtlichen Kündigung zu erhalten. Dabei ist naturgemäß die Versuchung groß, sich direkt bei der Übergabe der arbeitsrechtlichen Kündigung von Seiten des Arbeitnehmers bestätigen zu lassen, dass dieser auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet. In einem aktuellen Urteil vom 06.09.2007 musste das Bundesarbeitsgericht über die rechtliche Wirksamkeit eines solchen Klageverzichts befinden.

In dem zu entscheidenden Sachverhalt ging es um eine Klägerin, die als Verkäuferin bzw. Kassiererin seit 1998 in einem Drogerieunternehmen beschäftigt war. Am 16.04.2004 stellte ihr Arbeitgeber fest,

dass die Tageseinnahmen der vergangenen letzten beiden Tage aus dem Tresor verschwunden waren. Nur insgesamt 3 Mitarbeiterinnen hatten in dem fraglichen Zeitraum Besitz an dem Schlüssel zum Tresor. Da alle 3 Mitarbeiterinnen auch nach mehrstündigen Befragungen ausdrücklich bestritten, das Geld entwendet zu haben, konnte der Tathergang nicht aufgeklärt werden. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber allen drei Mitarbeiterinnen das Arbeitsverhältnis fristlos. Hierbei verwandte der Arbeitgeber ein Formular, welches im Anschluss an die Kündigungserklärung folgenden Passus enthielt: „Kündigung akzeptiert und mit Unterschrift bestätigt. Auf Klage gegen die Kündigung wird verzichtet.“ Die Klägerin unterzeichnete zwar das Formular, erhob aber dennoch gegen ihre Kündigung eine Kündigungsschutzklage.

In dem arbeitsgerichtlichen Verfahren bestritt die Klägerin weiterhin, für das Verschwinden der Tageseinnahmen aus dem Tresor verantwortlich gewesen zu sein. Demgegenüber verwies das beklagte Drogerieunternehmen auf den von der Klägerin unterzeichneten Klageverzicht und auch darauf, dass es nicht zumutbar sei, mit den drei Mitarbeiterinnen weiterhin zusammenzuarbeiten, obwohl eine von ihnen die Gelder entwendet haben muss.

Die Klägerin obsiegte dennoch. Dabei wurde vor allem der von der Klägerin unterzeichnete Klageverzicht von Seiten des Bundesarbeitsgerichts als unwirksam angesehen, weil er mit § 307 BGB nicht im Einklang stand. Nach § 307 BGB sind formularmäßige Bestimmungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach Ansicht des BAG ist eine solche unangemessene Benachteiligung immer dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer im unmittelbaren Anschluss an eine Arbeitgeberkündigung ein Formular vorgelegt bekommt, mit dem er auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichten soll, ohne dafür auf der anderen Seite eine Gegenleistung zu erhalten. Denn durch den Klageverzicht wird einseitig zu Lasten des Arbeitnehmers von der gesetzlichen Regelung in § 4 S. 1 KSchG abgewichen, wonach der Arbeitnehmer das gesetzlich verankerte Recht hat, gegen eine arbeitsrechtliche Kündigung innerhalb der 3 Wochen-Frist eine Kündigungsschutzklage zu erheben.

Weil darüber hinaus von Seiten des Drogerieunternehmens keine hinreichenden Gründe für den Verdacht einer strafbaren Handlung gegen die Klägerin und damit für die Berechtigung der fristlosen Kündigung im Sinne des § 626 BGB vorgetragen werden konnte, wurde die Kündigung von den Gerichten als unwirksam angesehen und das Drogerieunternehmen musste die Klägerin weiter beschäftigen (BAG, Urteil vom 06.09.2007, Az.: 2 AZR 722/06).

Damit steht folgendes fest: selbstverständlich kann ein Arbeitnehmer z. B. im Rahmen eines Abwicklungsvertrages nach wie vor auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage vertraglich verzichten.

Ein solcher Klageverzicht wird im unmittelbaren Anschluss an die Übergabe einer Kündigungserklärung aber nur dann wirksam sein, wenn der Arbeitnehmer hierfür auch eine Gegenleistung erhält, z. B. in Form einer Abfindungszahlung.

### **Die Geltendmachung von Lohnansprüchen – im Notfall auch per einstweiliger Verfügung**

Gerichtliche Verfahren dauern in der Regel recht lange. Was ist aber, wenn ein Arbeitnehmer äußerst dringend auf die Zahlung seines Lohns zur Deckung seines täglichen Lebensbedarfs angewiesen ist, die Zahlung aber ohne erkennbare Einwände von Seiten des Arbeitgebers nicht erbracht wird.

Für solche Fälle hat ein Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln nun für ein wenig mehr Rechtssicherheit gesorgt. Dabei hatte es über den folgenden Sachverhalt zu entscheiden: ein Arbeitnehmer war bei seinem Arbeitgeber seit dem 01.04.2006 als Buchbinder angestellt. Seit dem 23.05.2007 war der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, woraufhin der Arbeitgeber zum 30.06.2007 eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aussprach (ob auch zu Recht, kann hier mangels weitergehender Angaben nicht beurteilt werden). Hiergegen erhob der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage. Parallel zu diesem Verfahren erteilte der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer zwar für den Monat April 2007 über 1.639,69 € netto und für den Monat Mai 2007 über 1.785,13 € netto jeweils eine Lohnabrechnung, zahlte aber die von ihm geschuldeten Löhne – auch nach einer entsprechenden Fristsetzung von Seiten des Arbeitnehmers – nicht aus.

Daraufhin beantragte der Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht Köln den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Arbeitgeber zur umgehenden Auszahlung eines Abschlags in Höhe von 3.000,- € für die Lohnmonate April 2007 und Mai 2007 verpflichtet werden sollte. Zur Begründung trug der Arbeitnehmer zunächst vor, dass sein Arbeitgeber trotz der beiden Lohnabrechnungen und trotz Fristsetzung keinen Lohn auszahlen würde, andererseits aber auch keine Einwände gegen die Berechtigung der Lohnansprüche erhoben habe. Des Weiteren trug er vor, dass er dringend auf die Auszahlung angewiesen sei, weil seine Bank ihm keinen weiteren Kredit einräume. Außerdem zahle ihm die Bundesagentur für Arbeit kein Arbeitslosengeld, sondern verweise ihn wegen seiner Arbeitsunfähigkeit lediglich an die Krankenkasse. Diese lehne wiederum eine Leistung ab, weil der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung verpflichtet sei. Da schließlich seine Frau nicht arbeite und er zudem auch über keine finanziellen Rücklagen verfüge, befände er sich nun in einer akuten Notlage.

Das ArbG Köln wies den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zunächst mit der Begründung ab, dass der Arbeitnehmer sich vorrangig an die Sozialversicherungsträger halten müsse. Hiergegen legte der Arbeitnehmer eine sofortige Be-

schwerde ein und bekam vor dem Landesarbeitsgericht Köln schließlich Recht.

Das LAG Köln wies zunächst zwar darauf hin, dass eine einstweilige Verfügung – gerichtet auf die Auszahlung von Lohnansprüchen – nur unter ganz strengen Voraussetzungen zulässig sei, weil sie aufgrund der befriedigenden Wirkung eine Vorwegnahme der Hauptsache bewirke. Dies sei beim einstweiligen Rechtsschutz grundsätzlich nicht zulässig. Im vorliegenden Fall seien aber trotzdem die für eine einstweilige Verfügung erforderlichen strengen Voraussetzungen erfüllt. Denn der Arbeitnehmer hat durch die Vorlage der Lohnabrechnungen und der Versicherungen an Eides Statt glaubhaft gemacht, dass eine akute Notlage besteht, die nur durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung beseitigt werden kann. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts Köln könne der Arbeitnehmer auch nicht an die Sozialversicherungsträger verwiesen werden, da die bloße Möglichkeit, Hilfe von den Sozialversicherungsträgern zu beziehen, die Notlage eines Arbeitnehmers in einer derartigen Situation nicht ausschließe. Im Rahmen dessen verwies das Gericht auf die Subsidiaritätsklausel des § 2 Abs. 1 BSHG (siehe auch § 9 SGB I). Zudem habe der Arbeitnehmer im vorliegenden Fall glaubhaft gemacht, dass sowohl die Bundesagentur für Arbeit als auch die Krankenversicherung Zahlungen abgelehnt haben (LAG Köln, Beschluss vom 09.07.2007, Az.: 5 Ta 188/07).

Damit kann ein Lohnanspruch, dessen Bestehen durch Vorlage der Lohnabrechnung und durch Versicherung an Eides Statt glaubhaft gemacht wird, immer dann im Wege einer einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden, wenn der Arbeitgeber gegen die Berechtigung der Lohnansprüche innerhalb der ihm gesetzten Frist keine Einwände erhebt und der Arbeitnehmer dringend auf die Lohnzahlung angewiesen ist, weil ansonsten seine wirtschaftliche Existenz akut gefährdet ist. Letzteres muss aber ebenfalls für das Gericht glaubhaft gemacht werden können.

### **Unwirksamkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung durch Übergabe einer Fotokopie**

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses beinhaltet bekanntermaßen zahlreiche Fallstricke. Einige von ihnen sind aber durchaus vermeidbar, wenn die gesetzlichen Vorgaben konsequent beachtet werden. Denn es ist im Nachhinein immer ärgerlich und zumeist auch mit erheblichen finanziellen Folgen verbunden, wenn die Wirksamkeit einer Kündigung allein daran scheitert, dass z. B. die Formvorschrift des § 623 BGB nicht hinreichend beachtet wird.

Gemäß dem § 623 BGB muss die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Kündigung oder durch Auflösungsvertrag schriftlich erfolgen. Wird diese Formvorschrift nicht beachtet, ist die Erklärung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nichtig, verbunden mit der weiteren unerwünschten Folge, dass dieses trotz Beendigungserklärung

weiter fortbesteht. Diese Formvorschrift ist seit dem 01.05.2000 in Kraft. Obwohl sie damit eigentlich bekannt sein müsste, führt sie häufig immer noch zu einigen unliebsamen Überraschungen auf der Arbeitgeberseite.

In einem vom Landesarbeitsgericht Düsseldorf am 18.04.2007 entschiedenen Fall ging es um folgenden Sachverhalt: nachdem die Produktionshalle eines Arbeitgebers abgebrannt war, führte dieser eine Massenentlassung durch. Dabei sollte auch das Arbeitsverhältnis der Klägerin gekündigt werden. Diese wurde hierzu in das Büro der Personalabteilung gebeten, wo ihr das original unterzeichnete Kündigungsschreiben kurz zum Lesen vorgelegt wurde, letztlich aber nicht ausgehändigt wurde. Stattdessen erhielt die Klägerin lediglich die Kopie ihres Kündigungsschreibens. Hiergegen erhob die Klägerin vor dem Arbeitsgericht eine Kündigungsschutzklage und obsiegte gegenüber ihrem Arbeitgeber.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf befand die Kündigung nämlich allein deswegen für unwirksam, weil die Klägerin zu keinem Zeitpunkt die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Originalkündigungsschreiben erhalten hat. Daher ist die Kündigung der Klägerin auch nicht ordnungsgemäß zugegangen. Das LAG Düsseldorf stellte in seinem Urteil klar, dass eine Kündigung eigenhändig unterschrieben werden muss und dem Arbeitnehmer auch in dieser Form tatsächlich übergeben werden muss. Die Aushändigung einer Fotokopie reicht nach Ansicht des Gerichts auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer zwar Gelegenheit hat, das Original einzusehen, wenn dieses aber nicht zur Mitnahme vorgesehen ist, sondern in den Unterlagen des Arbeitgebers verbleiben soll. Ein solches Verfahren frei nach dem Motto „nur gucken, nicht anfassen“ stellt nach Ansicht der Düsseldorfer Richter keine Übergabe des Originalkündigungsschreibens dar (LAG Düsseldorf, Urteil vom 18.04.2007, Az.: 12 Sa 132/07).

Dementsprechend sollten Arbeitgeber zwingend darauf achten, dass sie bei einer Kündigung stets das original unterzeichnete Exemplar an den Arbeitnehmer aushändigen. Etwaige Vermerke betreffend der Übergabe an den Arbeitnehmer wie z. B. Ort, Datum, Uhrzeit und Zeugen können auf der Kopie des Kündigungsschreibens aufgenommen werden und dann in die Personalakte eingeklebt werden. Davon, dass das Originalkündigungsschreiben in der Personalakte verbleibt, hat der Arbeitgeber keinerlei Nutzen, sondern unter Umständen nur einen erheblichen finanziellen Schaden.

**Vorsicht: Freiwilligkeitsvorbehalte in vorformulierten Arbeitsverträgen können gegen die §§ 305 ff. BGB verstoßen**

Zahlreiche vorformulierte Arbeitsverträge sehen neben einer Grundvergütung des Arbeitnehmers auch weitergehendere Gehaltsbestandteile vor, die

allerdings oftmals unter dem Vorbehalt einer freiwilligen Zahlung von Seiten des Arbeitgebers gestellt werden. Dabei können solche freiwillige Zahlungen ganz unterschiedliche Zwecke haben: zur Honorierung einer Betriebstreue oder eines bestimmten Arbeitserfolges. Der wirtschaftliche Hintergrund für solche Freiwilligkeitsvorbehalte liegt auf der Hand: es liegt immer im Interesse des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen – vor allem Zusatzleistungen – wegen der Ungewissheit wirtschaftlicher Entwicklungen für die Zukunft flexibel auszugestalten, damit solche zusätzliche Leistungen in wirtschaftlich schlechten Zeiten nicht weiter erbracht werden müssen.

Das Bundesarbeitsgericht musste nun in einem Urteil vom 25.04.2007 über die Zulässigkeit dieser sehr häufig verwandten Freiwilligkeitsvorbehalte entscheiden. Geklagt hatte ein Arbeitnehmer, der seit 1997 als Altenpfleger beschäftigt war und dessen Arbeitsvertrag folgende Klausel enthielt: „Herr W. erhält zusätzlich zu seinem monatlichen Bruttogehalt ab 01.04.2002 eine monatliche Leistungszulage von 200,- €. Deren Zahlung wird mit der monatlichen Gehaltszahlung fällig. Die Zahlung erfolgt als freiwillige Zahlung, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Aus der Zahlung können für die Zukunft keinerlei Rechte hergeleitet werden“. In den Jahren 2002 und 2003 wurde das Gehalt des Klägers entsprechend erhöht. Im Juni 2004 stellte der Arbeitgeber die Zahlung der Zulage ohne jegliche Begründung ein. Daraufhin verklagte der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber auf Weitergewährung der Zulage, weil er der Auffassung war, dass die Zulage zum festen Arbeitsentgelt geworden sei und dass der Freiwilligkeitsvorbehalt unwirksam sei.

Und er bekam in einem Urteil vom 25.04.2007 von Seiten des Bundesarbeitsgerichts Recht. Die Erfurter Richter stellten sich auf den Rechtsstandpunkt, dass die in dem Arbeitsvertrag verwandte Klausel wegen Verstoßes gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der §§ 305 ff. BGB unwirksam sei, weil die Klausel den Kläger unangemessen benachteilige. Denn bei einem laufenden Arbeitsentgelt sei das vertragliche Gegenständigkeitsverhältnis der Leistung des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers unbillig gestört, wenn der Arbeitgeber die Leistung grundlos und ohne jede Erklärung einstellen könnte. Mit Hilfe dieser Klausel könne der Arbeitgeber also nicht nur über die Leistungen des Arbeitnehmers, sondern auch über die von ihm geschuldete Vergütungsleistung einseitig disponieren. Dem steht vor allem der Grundsatz entgegen, dass Arbeitnehmer auf die Beständigkeit der zugesagten monatlichen Vergütung vertrauen können müssen.

Zwar sei auch nach Ansicht der Richter das Interesse des Arbeitgebers an einer möglichst flexiblen Handhabung der Arbeitsverträge durchaus aner kennenswert. Dieses Interesse könne letztlich nur über die Vereinbarung von Widerrufs- und Anrechnungsvorbehalten verwirklicht werden. Hierbei seien allerdings die Bedingungen des § 308 Nr. 4 BGB zu

beachten, wonach die Voraussetzungen für den Widerruf und der Umfang der vorbehaltenen Änderung vertraglich konkretisiert sein müssen.

Entscheidend war also für die Richter des BAG, dass die „freiwillige“ Leistungszulage einen Teil des laufenden Arbeitsentgeltes darstellte und damit in einem unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis zu der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung stand. Das BAG betonte nämlich andererseits, dass solche Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sondervergütungen wie z. B. beim Weihnachtsgeld durchaus gerechtfertigt seien, beim laufenden Arbeitsentgelt aber nicht (BAG, Urteil vom 25.04.2007, Az.: 5 AZR 627/06).

Für die künftige Gestaltung von Arbeitsverträgen hat dies folgende Konsequenz: monatliche und im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistungszulagen können nicht mehr mit einem solchen Freiwilligkeitsvorbehalt versehen werden. Dagegen können andere, nicht das laufende Arbeitsentgelt betreffende Sondervergütungen, wie z. B. das Weihnachtsgeld oder andere Gratifikationsleistungen durchaus unter dem Vorbehalt einer freiwilligen Leistung gestellt werden. Leistungszulagen – wie im vorliegenden Fall – können nach alledem nur noch unter einem Widerrufsvorbehalt gestellt werden, welcher seinerseits den strengen Anforderungen der Rechtsprechung des BAG genügen muss (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 12.01.2005, Az.: 5 AZR 364/04). Das bedeutet, der Widerrufsvorbehalt einer zugesagten Leistung muss vor allem konkrete Gründe enthalten, anhand derer der Arbeitnehmer bereits im Vorfeld genau erkennen kann, unter welchen Voraussetzungen eine ihm bereits zugesagte Leistung durch einen Widerruf wieder entzogen werden kann. Hier zeigt sich einmal mehr, welche erhebliche Sorgfalt bei der Erstellung von Arbeitsverträgen aufgebracht werden muss.

### **Der Anspruch auf eine Teilzeittätigkeit während der Elternzeit**

Den meisten Arbeitgebern ist bekannt, dass Arbeitnehmer/innen nach der Entbindung des Nachwuchses gemäß dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (kurz: BEEG) einen Anspruch auf Elternzeit haben. Unbekannt ist aber oftmals, dass Arbeitnehmer/innen unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 6 und 7 BEEG gegenüber dem Arbeitgeber auch einen vom Teilzeit- und Befristungsgesetz (kurz: TzBfG) losgelösten Anspruch auf eine Teilzeittätigkeit während dieser Elternzeit haben. Die jeweiligen arbeitsrechtlichen Schwierigkeiten, die sich bei der Inanspruchnahme von Elternzeit und vor allem von Elternzeit ergeben können, sind zahlreich, und so verwundert es nicht, dass sich das Bundesarbeitsgericht einmal mehr mit diesem Problemkreis befassen musste.

Das BAG hatte am 05.06.2007 über den folgenden Sachverhalt zu befinden: eine vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin beabsichtigte, während der von ihr geplanten Elternzeit bei ihrem Arbeitgeber eine

Teilzeittätigkeit nachzugehen. Hierzu beantragte sie bereits im Oktober 2004 schriftlich, dass ihr Arbeitgeber sie während ihrer Elternzeit ab dem 01.03.2006 mit einer auf 15 Stunden/Woche verringerten Arbeitszeit beschäftigt. Allerdings wollte sie ihrem Arbeitgeber die genauen Daten ihrer Elternzeit noch zu einem späteren Zeitpunkt bekannt geben. Dies tat die Klägerin in einem weiteren Schreiben im Januar 2005. Darin legte sich die Arbeitnehmerin auf eine Elternzeit von 2 Jahren ab der Geburt des Kindes fest. Im Januar 2006 wiederholte sie ihren Antrag aus dem Oktober 2004, ab dem 01.03.2006 für ihren Arbeitgeber in Teilzeit tätig zu werden. Diesen Antrag lehnte der Arbeitgeber jedoch schriftlich ab und verwies seine Arbeitnehmerin darauf, dass ihr Arbeitsplatz bereits mit einer „Ersatzkraft“ besetzt sei. Diese „Ersatzkraft“ habe der Arbeitgeber Anfang Oktober 2004 in Vollzeit und vor allem unbefristet eingestellt. Dies schließe eine Teilzeitbeschäftigung der „Elternzeiterin“ für 15 Stunden/Woche aus.

Das BAG entschied in dem vorliegenden Fall, dass die Arbeitnehmerin aus ihrem ersten Antrag auf Zustimmung zum Teilzeitverlangen (d. h. aus dem Antrag von Oktober 2004) keinen Anspruch herleiten könne. Dies deswegen nicht, weil das erste Teilzeitverlangen verfrüht gestellt worden ist. Denn der Anspruch auf eine Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit setzt voraus, dass die Arbeitnehmerin den Zeitraum der Elternzeit zunächst durch die schriftliche Inanspruchnahme verbindlich festlegt. Der nach § 15 Abs. 6 BEEG bestehende Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit im Sinne der Elternzeit kann dann erstmals nach der verbindlichen Festlegung der Elternzeit geltend gemacht werden. Diese Voraussetzung war in dem vom BAG zu entscheidenden Fall nicht erfüllt, weil die Klägerin im Oktober 2004 noch mitgeteilt hatte, sie werde die genauen Daten der Elternzeit ihrem Arbeitgeber noch zu einem späteren Zeitpunkt mitteilen.

Gleichwohl wies das BAG diese Klage nicht endgültig ab, sondern verwies den Rechtsstreit zur endgültigen Klärung an das LAG Baden-Württemberg zurück. Denn die Klägerin hatte im Januar 2006 ihr Teilzeitverlangen für den 01.03.2006, also zum richtigen Zeitpunkt, wiederholt. Sofern in Bezug auf dieses zweite Teilzeitverlangen nun von Seiten des Arbeitgebers auf die Einstellung der Ersatzkraft hingewiesen worden sei, ließe dies nach der Ansicht der Richter des BAG aber nicht den zwingenden Schluss zu, dass der beklagte Arbeitgeber aufgrund der Neueinstellung der „Ersatzkraft“ über keine Möglichkeit mehr verfüge, die Klägerin mit einem Umfang von 15 Stunden/Woche zu beschäftigen.

Die Richter wiesen ausdrücklich darauf hin, dass nach § 15 Abs. 7 Nr. 4 BEEG die Vereinbarung einer Elternzeit vom Arbeitgeber nur aus dringenden betrieblichen Gründen abgelehnt werden könne. Solche dringenden betrieblichen Gründe liegen unter anderem vor, wenn der Arbeitsplatz

nicht teilbar ist, der Arbeitnehmer mit der verringerten Arbeitszeit nicht eingeplant werden kann oder sonst keine Beschäftigungsmöglichkeiten auf dieser Basis bestehen. Diese Umstände habe der Arbeitgeber im Einzelnen darzulegen.

Der pauschale Vortrag des beklagten Arbeitgebers, der Arbeitsplatz sei nachbesetzt worden, reiche hierfür aber nicht aus. Denn der Arbeitgeber habe durch die unbefristete Neueinstellung der „Ersatzkraft“ gerade im Zusammenhang mit der angekündigten Elternzeit der Klägerin seinen Personalbestand bewusst und dauerhaft erhöht. Dementsprechend könne auch der Hinweis auf die vorgenommene „Ersatzeinstellung“ für sich gesehen nicht ausreichen, um gerade hieraus einen dringenden betrieblichen Grund zur Verweigerung der Elternzeit herzuleiten (BAG, Urteil vom 05.06.2007, Az.: 9 AZR 82/07).

### **Außerordentliche Kündigung infolge eines „Einschmuggelns“ von Privatpost in den betrieblichen Postlauf**

Jedes Arbeitsverhältnis ist geprägt von einem Vertrauensverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und seinem Arbeitnehmer. Schließlich beinhaltet fast jedes Arbeitsverhältnis den täglichen Umgang mit Geldern und Gütern, die im Eigentum des Arbeitgebers stehen. Ist dieses Vertrauensverhältnis infolge eines Eigentumsdelikts von Seiten des Arbeitnehmers zerstört, droht diesem eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Hier ist die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte rigoros und unnachgiebig. Vor allem wird von der Rechtsprechung in der Regel keinerlei Rücksicht darauf genommen, dass die entwendeten oder unterschlagenen Geldbeträge oder Gegenstände lediglich einen geringen Wert hatten.

Dies verdeutlicht nochmals ein aktuelles Urteil, wonach das „Einschmuggeln“ von privater Post in den betrieblichen Postlauf eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann. In dem vom Hessischen LAG am 14.05.2007 zu entscheidenden Fall ging es um einen Kundenbetreuer eines Versicherungsmaklers. Dieser fiel am 02.01.2006 und am 16.01.2006 bei seinem Arbeitgeber dadurch auf, dass einige Briefe mit handschriftlicher Adresse versehen waren, welche mit der Frankiermaschine des Arbeitgebers freigemacht wurden. Als der Kundenbetreuer vom Personalverantwortlichen hierauf angesprochen wurde, räumte dieser ein, dass es sich um Privatpost gehandelt habe, war sich aber trotzdem keiner Schuld bewusst, indem er sinngemäß erklärte „Na und, was ist denn schon dabei?“ Daraufhin erhielt er die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Und das zu Recht, befand das Hessische Landesarbeitsgericht. Die Richter wiesen darauf hin, dass ein Arbeitnehmer ohne Billigung des Arbeitgebers nicht berechtigt sei, Betriebsmittel privat in Anspruch zu nehmen, vor allem wenn dem Arbeitgeber dabei zusätzliche Kosten entstehen. Zu diesen Betriebs-

mitteln zähle auch eine Frankiermaschine, die zum Freimachen von Geschäftspost bestimmt ist. Die Nutzung der betrieblichen Maschine für private Zwecke war im vorliegenden Fall weder ausdrücklich noch konkludent vom Arbeitgeber erlaubt worden. Von daher stellte das Verhalten des Kundenbetreuers für die Richter eine widerrechtliche Pflichtverletzung dar. Des Weiteren war es für die Richter auch völlig unerheblich, dass der Schaden mit rund 5,- € verhältnismäßig gering war. Denn insoweit waren die Richter der Ansicht, dass das Fehlverhalten – unabhängig von der Höhe des Schadens – dazu geführt habe, dass das Vertrauen des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers zerstört worden ist (Hessisches LAG, Urteil vom 14.05.2007, Az.: 16 Sa 1885/06).

Arbeitnehmern kann nach alledem nur dringend angeraten werden, sich immer äußerst korrekt in Bezug auf das Eigentum des Arbeitgebers zu verhalten. Selbst bei langjährigen Arbeitsverhältnissen und in Fällen, in denen der Arbeitnehmer ansonsten hervorragende Dienste für seinen Arbeitgeber geleistet hat, können Eigentumsdelikte rasch zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses führen.

### **Haftungsausschluss**

Dieser Newsletter fasst die wichtigsten gesetzgeberischen und gerichtlichen Entwicklungen des Arbeitsrechts aus dem dritten Quartal des Jahres 2007 zusammen. Obwohl die darin enthaltenen Informationen sorgfältig recherchiert sind, wird für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Informationen keine Haftung übernommen. Die Entwicklungen des Arbeitsrechts werden zudem nur auszugsweise und in gekürzter Form dargestellt. Der Newsletter beinhaltet daher keinen Rechtsrat und kann eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Weitere Informationen zur Rechtsanwaltskanzlei Dr. Christian Salzbrunn erhalten Sie im Internet über die Homepage <http://www.ra-salzbrunn.de>.

Rechtsanwaltskanzlei  
Dr. Christian Salzbrunn  
Alt-Pempelfort 3  
40211 Düsseldorf  
Tel.: 0211 / 1752089-0  
Fax: 0211 / 1752089-9  
[info@ra-salzbrunn.de](mailto:info@ra-salzbrunn.de)