

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

das neue Jahr hatte bisher im Hinblick auf arbeitsrechtlich relevante Gesetzgebung wenig zu bieten. Berichtenswert schien uns allein das Ende Januar im Bundestag beschlossene und mit Rückwirkung zum 01.01.2008 versehene Siebente Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze, da dieses das Auslaufen der sog. 58er-Regelung bestätigt. Damit wird der Druck auf Bezieher von Arbeitslosengeld II erhöht, sich – ggf. mit erheblichen Abschlägen – bereits vorzeitig bzw. mit 63 Jahren berenten zu lassen.

Aus dem Bereich des Europäischen Rechts befassen wir uns mit den Schlussanträgen der Generalanwältin Verica Trstenjak, die anhand eines aus Deutschland stammenden Falles der Frage nachging, ob der nach deutschem Urlaubsrecht eintretende Verfall von Resturlaubsansprüchen zum 31.12. bis zum Ende des Übertragungszeitraums mit den Vorgaben Arbeitszeitrichtlinie (Art.7 Abs.1) vereinbar ist.

Die Rechtsprechung des BAG lieferte gleich mehrere interessante Urteile. So befasste sich das BAG mit der Wirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten sechsmonatigen Probezeit im Fall eines Transportarbeiters, mit der Auslegung der in einem Abfindungsvergleich vereinbarten Freistellung unter „Fortzahlung der Bezüge“, mit der Kündigung eines „Low Performers“ sowie mit der Frage, ob ein fristlos gekündigter Arbeitnehmer zugleich vorsorglich beurlaubt werden kann. Eine weitere BAG-Entscheidung betraf die Lohnsicherung freigestellter Betriebsräte, d.h. konkret die Frage, ob hierzu auch Optionen auf den Bezug von Aktien der Muttergesellschaft zu zählen sind.

Eher in die Rubrik „Kurioses“ fällt der Fall, mit dem sich das BVerfG auseinanderzusetzen hatte und den es in Gestalt eines Nichtannahmebeschlusses entschied: Hier hatte Polizeibeamter, der wegen eines Vermögensdeliktes aus dem Dienst entfernt worden war, im Wege der Verfassungsbeschwerde vergeblich sein Recht auf eine „zweite Chance“ geltend gemacht. Ein wenig bizarr war auch der vom Arbeitsgericht Hamburg Anfang Dezember entschiedene Sachverhalt, in dem das Diakonische Werk zu einer Diskriminierungsentschädigung verurteilt worden war, weil es eine drittfinanzierte Sozialarbeiterstelle im Aufgabenkreis der Integration von Ausländern partout mit einem Christen besetzen wollte.

Schließlich finden Sie in diesem Newsletter eine Besprechung der von Däubler, Kittner, Klebe und Schoof beim BUND-Verlag herausgegebenen CD-Rom „Betriebsratswissen digital“.

Viel Spaß bei der Lektüre.

Solveyg Blanke
Referentin für Presse- und Öffentlichkeitsarbeit

Hensche Rechtsanwälte

Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte

Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte

Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte

Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte

Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Gesetzgebung

- Nach der 58er-Regelung: Zwangsverrentung mit 63?

Europäisches Recht

- Ist der Verfall von Urlaubsansprüchen europarechtswidrig?
Schlussanträge der Generalanwältin Verica Trstenjak vom 24.01.2008, Rs. 350/06,
Schultz-Hoff

Rechtsprechung

- Kündigung in der Probezeit mit längerer Frist als zwei Wochen?
BAG, Urteil vom 24.01.2008, 6 AZR 519/07
- Achtung bei Freistellung mit Gehaltsfortzahlungsklausel:
BAG, Urteil vom 23.01.2008, 5 AZR 393/07
- Kündigung leistungsschwacher Arbeitnehmer:
BAG, Urteil vom 17.01.2008, 2 AZR 536/06
- Keine „Verlängerung“ sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge bei Vertragsänderung:
BAG, Urteil vom 16.01.2008, 7 AZR 603/06
- Aktienoptionen als Arbeitsentgelt – Gleichbehandlung von Betriebsratsmitgliedern:
BAG, Urteil vom 16.01.2008, 7 AZR 887/06
- Mit der fristlosen Kündigung in den Urlaub?
BAG, Urteil vom 14.08.2007, 9 AZR 934/06
- Keine „zweite Chance“ für Beamte:
BVerfG, Beschluss vom 20.12.2007, 2 BvR 1050/07
- Wer die Musik bezahlt, bestimmt, was gespielt wird:
Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 04.12.2007, 20 Ca 105/07

Sonstiges

- Buchbesprechung:
Michael Kittner, Christian Schoof, Thomas Klebe, Wolfgang Däubler: Betriebsratswissen digital

Impressum

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

GESETZGEBUNG

Nach der 58er-Regelung: Zwangsverrentung mit 63?

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche,
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Die bis zum 31.12.2007 geltende, gleichermaßen im SGB III (§ 428 Abs.1 und 2) wie im SGB II (§ 65 Abs.4 SGB II in Verb. mit § 428 Abs.2 SGB III) festgeschriebene 58er-Regelung sah vor, dass Arbeitslose, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten, Arbeitslosengeld I und II unter erleichterten Bedingungen beziehen konnten. Sie konnten nämlich der Arbeitsagentur bzw. dem Jobcenter gegenüber erklären, dem Arbeitsmarkt nicht mehr zur Verfügung zu stehen, was dem weiteren Bezug von Arbeitslosengeld I und II anders als bei jüngeren Arbeitslosen nicht im Wege stand - vorausgesetzt, der Betreffende war dazu bereit, zum frühestmöglichen Zeitpunkt eine abschlagsfreie Rente zu beantragen.

Ein Zwang zur vorzeitigen Inanspruchnahme einer Rente, d.h. zur Inkaufnahme von Rentenabschlägen in Höhe von 0,3 Prozentpunkten für jeden Monat des vorzeitigen Rentenbezugs, bestand bis zum 31.12.2007 nicht. Aufgrund der von vornherein im Gesetz enthaltenen zeitlichen Befristung der 58er-Regelung - zunächst bis Ende 2005, sodann verlängert bis Ende 2007 - lief sie nunmehr zum Jahreswechsel 2007/2008 aus.

Genauer gesagt: Die bisher geltende Regelung gilt weiterhin, allerdings nur noch für Altfälle,

d.h. für Leistungsempfänger, deren Anspruch vor dem 01.01.2008 entstanden ist und die vor dem 01.01.2008 das 58. Lebensjahr vollendet haben. Das sind alle, die am 01.01.1950 oder früher geboren sind (da gemäß §§ 187 Abs.2 Satz 2, 188 Abs.2, Fall 2 BGB der Tag der Geburt bei der Berechnung des Lebensalters nicht mitgerechnet wird und das Lebensjahr somit am Tag vor dem Geburtstag vollendet wird, vollendet ein am 01.01.1950 Geborener am 31.12.2007 sein 58. Lebensjahr).

Für die Bezieher von Arbeitslosengeld I, die keine Altfälle sind, führt das Auslaufen der 58er-Regelung zur Teilnahme an den Vermittlungsbemühungen der Arbeitsagentur, gefährdet aber im Übrigen nicht ihren Leistungsbezug, da Arbeitslosengeld I nicht gegenüber einer von der gesetzlichen Rentenversicherung geleisteten Rente nachrangig ist.

Anders ist es dagegen bei den Beziehern von Arbeitslosengeld II: Aufgrund der Nachrangigkeit dieser staatlichen Fürsorgeleistung gegenüber prinzipiell allen anderen Einkommensmöglichkeiten wäre auch eine mit Abschlägen verbundene vorzeitige Rente eine gegenüber dem Arbeitslosengeld II vorrangige Leistung.

§ 5 Abs.3 SGB II sieht daher die Möglichkeit für den Leistungsträger vor, einen Antrag auf vorrangige Leistungen zu stellen.

Dieser könnte daher im Prinzip auch beim zuständigen Rentenversicherungsträger einen Antrag auf vorzeitige Rente stellen, um auf diese Weise den weiteren Bezug von Arbeitslosengeld II überflüssig zu machen.

Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Zwar können aufgrund des im SGB VI geregelten Auslaufens der meisten vor 65 Jahren zu beanspruchenden Renten heutzutage nur noch wenige in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherte Erwerbslose überhaupt eine Rente vor Vollendung des 65. Lebensjahres in Anspruch nehmen (geschweige denn ab 58 Jahren!), doch gibt es immer noch einige Rentenarten, die - teilweise nur noch für eine Übergangszeit - früher beantragt werden können.

Hier sind vor allem die Altersrente für schwerbehinderte Menschen, die Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeit sowie die Altersrente für Frauen zu nennen.

Um hier eine übermäßige Belastung der Bezieher von Arbeitslosengeld II zu verhindern, sieht das am 25.01.2008 im Bundestag rückwirkend zum 01.01.2008 beschlossene [Siebente Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze](#) im Wesentlichen zwei Abschwächungen vor:

Erstens sind Hilfebedürftige zwar grundsätzlich dazu verpflichtet, vorrangig vor dem Bezug von Arbeitslosengeld II Leistungen anderer Sozialleistungsträger in Anspruch zu nehmen und die dazu erforderlichen Anträge zu stellen (§ 13a Satz 1 SGB II n.F.), doch beinhaltet dies - abweichend von dem Grundsatz - ausdrücklich nicht die Pflicht zur vorzeitigen Inanspruchnahme einer Rente wegen Alters vor dem 63. Lebensjahr (§ 12a Satz 2 SGB II n.F.).

Zweitens wird das Bundesministerium für Arbeit und Soziales dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und für welche Dauer Hilfe-

bedürftige nach Vollendung des 63. Lebensjahres „ausnahmsweise zur Vermeidung von Unbilligkeiten“ nicht dazu verpflichtet sind, eine Rente wegen Alters vorzeitig in Anspruch zu nehmen.

Einer der Härtefälle, die mit einer solchen Rechtsverordnung geregelt bzw. ausgeschlossen werden sollen, sind Hilfebedürftige, die neben ihrer Erwerbstätigkeit ergänzend Arbeitslosengeld II beanspruchen (sog. Aufstocker). Sie und ggf. andere Gruppen von ALG II-Empfängern sollen somit vor dem Zwang zum Bezug einer Abschlagsrente befreit werden.

Fazit: Nach der jetzt beschlossenen Reform des SGB II müssen zwar längst nicht alle über 58 Jahre alten Hilfebedürftigen eine vorzeitige und mit Abschlägen verbundene Rente beziehen, doch trifft es hier voraussichtlich doch eine erhebliche Zahl von Leistungsempfängern, bei denen man mit Fug nach dem tieferen politischen Sinn einer - letztlich doch wieder nur einer Entlastung der Staatskasse dienenden - „Zwangsverrentung“ fragen kann: Schließlich dienen bzw. dienen die im SGB VI enthaltenen Regelungen über einige mit vorzeitigem Eintrittsalter verbundenen Rentenarten der rentenrechtlichen Besserstellung der jeweils betroffenen Versicherten (langjährig Versicherte, Schwerbehinderte, Frauen) und nicht ihrer Benachteiligung gegenüber den „regulären“ Versicherten.

Einzelheiten zu dem Vorgang finden Sie hier:

- [VdK-Stellungnahme zum Siebten SGB III Änderungsgesetz und anderer Gesetze](#)
- [Keine zwangsweise Verrentung von Langzeitarbeitslosen](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 - 26 39 56 60
Fax: 030 - 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 - 21 08 97 00
Fax: 069 - 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

EUROPÄISCHES RECHT

Ist der Verfall von Urlaubsansprüchen europarechtswidrig? Schlussanträge der Generalanwältin Verica Trstenjak vom 24.01.2008, Rs. 350/06, Schultz-Hoff

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche,
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Zu welcher Rechtsfrage hat sich die Generalanwältin geäußert?

Die [Richtlinie 2003/88/EG](#) über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) unter anderem dazu, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhält ([Art.7 der Richtlinie 2003/88/EG](#)). Der vierwöchige Mindesturlaub ist allerdings nur „nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung“ sicherzustellen, „die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen“ sind.

Fraglich ist, wie weit der Spielraum der Mitgliedstaaten der EU für eine Ausgestaltung des europarechtlich vorgeschriebenen Mindesturlaubsanspruchs reicht. So ist im [deutschen Urlaubsrecht](#) beispielsweise vorgesehen, dass der Urlaub im jeweils laufenden Kalenderjahr, d.h. bis spätestens zum 31. Dezember zu nehmen ist. Geschieht dies nicht, so sieht das [Bundesurlaubsgesetz \(BUrlG\)](#) zwar eine Übertragung des nicht genommenen Urlaubs auf das Folgejahr vor - allerdings nur dann, wenn der

Nichtantritt des Urlaubs auf dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Ursachen beruht ([§ 7 Abs.3 Satz 2 BUrlG](#)). Aber auch in einem solchen, für den Arbeitnehmer günstigen Übertragungsfall ist recht bald „Schluss“: Wer den übertragenen Urlaub nicht spätestens bis zum 31. März des Folgejahres nimmt, verliert seinen Anspruch endgültig, d.h. dieser geht ersatzlos unter. Diese Rechtslage führt dazu, dass länger erkrankte Arbeitnehmer aufgrund ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit am Ende eines Jahres zwar auf die Übertragung ihres bis dahin nicht genommenen Jahresurlaubs pochen können, den übertragenen Urlaub dann jedoch bei weiterer Krankheit am 31. März verlieren. Fraglich ist, ob diese nach deutschem Arbeitsrecht bestehende Rechtslage den Anforderungen von Art.7 Abs.1 der Richtlinie 2003/88/EG entspricht. Darüber hinaus haben die deutschen Rechtsvorschriften die Folge, dass länger erkrankte Arbeitnehmer zum 31. Dezember bzw. zum 31. März des Folgejahres nicht nur ihren Urlaubsanspruch verlieren, sondern darüber hinaus auch, falls es zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, den Urlaubsabgeltungsanspruch:

Zwar sieht [§ 7 Abs.4 BUrlG](#) vor, dass nicht genommener Urlaub abzugelten bzw. auszuzahlen ist, falls er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden konnte, doch läuft dieser gesetzliche Anspruch leer, wenn es zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nichts mehr abzugelten gibt.

Auch hier stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit des deutschen Urlaubsrechts mit Art.7 der Richtlinie 2003/88/EG.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lütowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Welcher Sachverhalt lag dem Entscheidungsvorschlag der Generalanwältin zugrunde?

Der 1949 geborene Arbeitnehmer war seit 1971 bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) beschäftigt (die BfA heißt heute Deutsche Rentenversicherung Bund). Seit 1985 war er in Düsseldorf im Außendienst eingesetzt. Aufgrund eines schweren Bandscheibenleidens, das im Laufe der Jahre 16 Operationen erforderlich machte, war er von September 2004 bis September 2005 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Mit Bescheid vom September 2005 bewilligte die Deutsche Rentenversicherung Bund dem Arbeitnehmer in ihrer Eigenschaft als zuständiger Rentenversicherungsträger eine Rente wegen voller Erwerbsminderung, und zwar rückwirkend ab Mai 2005. Die Berentung hatte nach den Vorschriften des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Tarifvertrags (§ 59 MTAng-BfA) zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis automatisch zum 30.09.2005 endete.

Der Arbeitnehmer verlangte daraufhin Zahlung einer Urlaubsabgeltung für 2004 und 2005 in Höhe von 14.094,78 EUR, was die Deutsche Rentenversicherung Bund unter Hinweis auf den zuvor bereits eingetretenen Verfall des Urlaubsanspruchs ablehnte. Daraufhin erhob der Arbeitnehmer Klage vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf.

Das Arbeitsgericht wies die Klage mit Urteil vom 07.03.2006 (AZ: 3 Ca 7906/05) ab, woraufhin der Kläger Berufung beim Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf einlegte. Das LAG Düsseldorf setzte das Verfahren mit [Beschluss vom 02.08.2006 \(AZ: 12 Sa 486/06\)](#) aus und legte dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die

folgenden drei Fragen zur Vorabentscheidung gemäß Art.234 EGV vor:

„1. Ist Artikel 7 Abs.1 der Richtlinie 2003/88/EG (= Art. 7 der Richtlinie 93/104/EG) dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmer auf jeden Fall einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhalten müssen, insbesondere vom Arbeitnehmer wegen Krankheit im Urlaubsjahr nicht genommener Urlaub zu einer späteren Zeit zu gewähren ist, oder kann durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften und/oder einzelstaatliche Gepflogenheiten vorgesehen werden, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt, wenn Arbeitnehmer im Urlaubsjahr vor der Urlaubsgewährung arbeitsunfähig erkranken und vor Ablauf des Urlaubsjahres bzw. des gesetzlich, kollektiv- oder einzelvertraglich festgelegten Übertragungszeitraums ihre Arbeitsfähigkeit nicht wiedererlangen?

2. Ist Artikel 7 Abs.2 der Richtlinie 2003/88/EG dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmern bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall einen Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub (Urlaubsabgeltung) zusteht oder können einzelstaatliche Rechtsvorschriften und/oder einzelstaatliche Gepflogenheiten vorsehen, dass Arbeitnehmern Urlaubsabgeltung nicht zusteht, wenn sie bis zum Ablauf des Urlaubsjahres bzw. des anschließenden Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt sind und/oder wenn sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit oder Invalidität beziehen?

3. Für den Fall, dass der Gerichtshof die Fragen zu 1 und 2 bejaht:

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Ist Artikel 7 der Richtlinie 2003/88/EG dahin zu verstehen, dass der Anspruch auf Jahresurlaub oder auf finanziellen Ersatz voraussetzt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich im Urlaubsjahr gearbeitet hat, oder entsteht der Anspruch auch bei entschuldigtem Fehlen (wegen Krankheit) oder unentschuldigtem Fehlen im gesamten Urlaubsjahr?"

Wie lautet der Entscheidungsvorschlag der Generalanwältin?

Eine nationale Rechtsregel wie der nach dem BUrlG vorgesehene Untergang des Urlaubsanspruchs bei krankheitsbedingtem Nichtantritt bis zum Jahresende bzw. bis zum Ende des Übertragungszeitraums nimmt nach Ansicht der Generalanwältin einzelne Arbeitnehmer von der Geltung des vierwöchigen Mindesturlaubs aus. Er unterläuft daher den durch Art.7 Abs.1 der Richtlinie 2003/88/EG vorgeschriebene Mindestschutz, der einen vierwöchigen Mindesturlaub ausdrücklich für „jeden“ Arbeitnehmer vorsieht.

Enthält das Recht eines Mitgliedsstaates eine solche Anspruchsbegrenzung, kann er sich nicht auf seine in der Richtlinie anerkannte Befugnis berufen, die „Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung“ des Urlaubs nach Maßgabe der jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten näher auszugestalten. Der rechtliche Verfall von Urlaubsansprüchen hat nämlich nach Auffassung der Generalanwältin nichts mit der Inanspruchnahme bzw. Gewährung von Urlaub zu tun.

Eine Auslegung von Art.7 Abs.1 der Richtlinie 2003/88/EG, der zufolge der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers aufgrund mitgliedstaatli-

cher Regelungen nach einer bestimmten Zeit erlöschen kann, falls er nicht rechtzeitig in Anspruch genommen wird, wäre daher nach Ansicht der Generalanwältin weder mit dem Wortlaut der Vorschrift noch mit den hinter ihr stehenden Regelungsabsichten vereinbar.

Der Entscheidungsvorschlag in Bezug auf die erste Vorlagefrage lautet daher (Schlussanträge, Rn.85):

„Artikel 7 Abs.1 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmer auf jeden Fall einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhalten müssen. Insbesondere ist ein vom Arbeitnehmer wegen Krankheit im Urlaubsjahr nicht genommener Urlaub zu einer späteren Zeit zu gewähren.“

Vor diesem Hintergrund wird auch die zweite Vorlagefrage des LAG Düsseldorf mit „Ja“ beantwortet.

Der Abgeltungsanspruch soll nach Auffassung der Generalanwältin sicherstellen, dass dem Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine gewisse Zeit der Erholung vor Antritt eines neuen Arbeitsverhältnisses ermöglicht wird. Insofern werden Urlaubsanspruch und Abgeltungsanspruch als „funktionsidentisch“ angesehen. Sie sollen „zwei Teile eines einzigen Anspruchs“ sein (Schlussanträge, Rn.72).

Der Entscheidungsvorschlag in Bezug auf die zweite Vorlagefrage lautet (Schlussanträge, Rn.85):

„Artikel 7 Abs.2 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass Arbeitnehmern bei

Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall einen Anspruch auf finanzielle Vergütung als Ersatz für erworbenen und nicht genommenen Urlaub (Urlaubsabgeltung) zusteht.“

Schließlich wird auch vorgeschlagen, die dritte Vorlagefrage mit „Ja“ zu beantworten, wobei diese Frage entsprechend den Gegebenheiten des Vorlagefalles auf den Fall eingegrenzt wird, dass der Arbeitnehmer entschuldigt bzw. wegen Krankheit nicht bei der Arbeit erscheinen konnte (Schlussanträge, Rn.85):

„Artikel 7 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin zu verstehen, dass der Anspruch auf Jahresurlaub oder auf finanziellen Ersatz auch bei entschuldigtem Fehlen (wegen Krankheit) im gesamten Urlaubsjahr entsteht.“

Welche Folgen hat der Vorschlag der Generalanwältin?

In aller Regel folgt der EuGH den Schlussanträgen der Generalanwälte. Sollte das auch in diesem Fall so sein, müssten sämtliche deutschen Arbeitgeber, die europarechtlich dem „Staat“ zuzurechnen sind, die Richtlinie in der oben beschriebenen Auslegung gegenüber ihren Arbeitnehmern ab sofort anwenden. Zum „Staat“ gehören insbesondere alle Arbeitgeber, die für den Bund, für ein Bundesland oder für Gemeinden handeln sowie alle Träger der gesetzlichen Sozialversicherung.

Konkret könnten Arbeitnehmer, die nach langjähriger ununterbrochener Arbeitsunfähigkeit aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind, wie der Kläger im Vorlagefall, für vergangene Jahre Urlaubsabgeltung verlangen. Da die Argumente, die von der Generalanwältin gegen

den urlaubsgesetzlichen Ausschluss von Resturlaubsansprüchen angeführt werden, erst recht für tarifliche Ausschlussfristen gelten, dürften diese kein unüberwindbares rechtliches Hindernis darstellen.

Der Grund für diese „Horizontalwirkung“ der Richtlinie liegt darin, dass die Frist für ihre Umsetzung schon lange abgelaufen ist (nämlich am 23.11.1996, vgl. [Art.18 Abs.1.a](#)) der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993), und dass die in der Richtlinie enthaltene Vorgabe eines „unbedingten“ vierwöchigen Mindesturlaubs einen eindeutigen Regelungsgehalt hat, der ohne weitere Maßnahmen der Umsetzung in nationales Recht bei der Rechtsanwendung beachtet werden kann.

[Schlussanträge der Generalanwältin Verica Trstenjak vom 24.01.2008, Rs. 350/06 – Schultz-Hoff](#)

RECHTSPRECHUNG

Kündigung in der Probezeit mit längerer Frist als zwei Wochen? BAG, Urteil vom 24.01.2008, 6 AZR 519/07

*von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche,
Fachanwalt für Arbeitsrecht*

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Gemäß [§ 622 BGB](#) können Arbeitsverträge im Allgemeinen mit einer Frist von vier Wochen zum 15. des Monats oder zum Monatsletzten gekündigt werden (§ 622 Abs.1 BGB: sog. Grundkündigungsfrist) - falls keine Probezeit

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lütowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

vereinbart wurde. In diesem Fall beträgt die Frist lediglich zwei Wochen, wobei auch kein fester Endtermin beachtet werden muss (§ 622 Abs.3 BGB). Die Ausnahmevorschrift lautet: „Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.“

Da Probezeitklauseln in der Regel vom Arbeitgeber einseitig im Rahmen von ihm erstellter Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) dem Arbeitnehmer zur Unterschrift vorgelegt werden, unterliegen sie grundsätzlich zugunsten des Arbeitnehmers der rechtlichen Überprüfung am Maßstab der AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB). Fraglich ist, ob der Arbeitgeber bei einer Probezeitklausel immer den gesetzlichen Rahmen von sechs Monaten ausschöpfen oder ob er bei einfachen Tätigkeiten zum Beispiel eine höchstens drei- oder viermonatige Probezeit vereinbaren kann. Immerhin steht in § 622 Abs.3 BGB, dass eine vereinbarte Probezeit „längstens“ für sechs Monate eine reduzierte Kündigungsfrist zur Folge hat.

Über diese Frage hat das BAG mit Urteil vom 24.01.2008 (6 AZR 519/07) nunmehr entschieden.

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Der Arbeitnehmer war beginnend mit dem 20.02.2006 auf ein Jahr befristet als Transportarbeiter in einem Großbetrieb beschäftigt. Obwohl nach § 15 Abs.3 TzBfG die ordentliche Kündigung bei Zeitverträgen im Allgemeinen ausgeschlossen ist, vereinbarten die Parteien abweichend von dieser Regel die ordentliche

Kündbarkeit des Arbeitsvertrags, wobei sie darüber hinaus die ersten sechs Monate als Probezeit festlegten.

Der Arbeitgeber kündigte unter Berufung auf diese Probezeitvereinbarung mit Schreiben vom 27.06.2006 das Arbeitsverhältnis zum 13.07.2006. Diese Kündigung war von einem Prokuristen der Beklagten mit einigen ziemlich unleserlichen Schnörkeln „unterzeichnet“ worden. Da der Arbeitnehmer gegen diese Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage vorging, kündigte der Arbeitgeber vorsichtshalber mit einem weiteren Schreiben vom 28.07.2006 das Arbeitsverhältnis erneut, diesmal mit einer besser lesbaren Unterschrift „zum nächstmöglichen Termin“.

Das Arbeitsgericht und das LAG Hamm als Berufungsgericht (Urteil vom 13.06.2007, 3 Sa 514/07) waren übereinstimmend der Meinung, dass die erste Kündigung bereits deshalb unwirksam sei, weil sie mangels einer Unterschrift gegen das gesetzliche Schriftformerfordernis (§ 623 BGB) verstoßen habe. Nach der Rechtsprechung ist nämlich für eine Unterschrift zumindest erforderlich, dass der Unterzeichnende erkennbar die Absicht hat, seinen vollständigen Namen zu Papier zu bringen. Die einzelnen Buchstaben müssen dabei zwar nicht unbedingt leserlich sein, aber es muss doch die Absicht erkennbar sein, alle Buchstaben des Namens zu Papier zu bringen. Ein von vornherein nur als Abkürzung des Namens gedachtes Handzeichen („Paraphe“) genügt dafür nicht.

Außerdem war das LAG der Ansicht, dass die zweite - diesmal formwirksame - Kündigung das Arbeitsverhältnis erst zum 31.08.2006, d.h. mit der regulären Frist von vier Wochen

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

beendet habe. Hierzu heißt es in dem Urteil des LAG, die auf zwei Wochen verkürzte Probezeitkündigungsfrist könne nur gelten, wenn die vereinbarte Dauer der Probezeit zum Zweck der Erprobung im Hinblick auf die vorgesehene Tätigkeit „angemessen und verhältnismäßig“ sei.

Das war hier aus Sicht des LAG nicht der Fall, da der Arbeitnehmer als einfacher Transportarbeiter eingestellt wurde, so dass die Einarbeitung und Erprobung „innerhalb kurzer Zeit“ hätte abgeschlossen werden können. Konkret mit Blick auf den vorliegenden Fall hielt das LAG eine Frist von „allenfalls drei Monaten“ für gerade noch zulässig. Jedenfalls sei eine sechsmonatige Probezeit aufgrund der vom Kläger auszuübenden Tätigkeit unangemessen.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG hat in vollem Umfang zugunsten des Arbeitgebers entschieden und die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Es blieb daher im Ergebnis dabei, dass das Arbeitsverhältnis bereits aufgrund der ersten Kündigung mit zweiwöchiger Frist Mitte Juli geendet hat.

Zur Begründung weist das BAG zunächst die vom LAG vertretene Ansicht zurück, eine Probezeitvereinbarung gemäß § 622 Abs.3 BGB sei im konkreten Fall hinsichtlich der Dauer der vereinbarten Probezeit auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Bei einer vereinbarten Probezeit von bis zu sechs Monaten greife die reduzierte Kündigungsfrist von zwei Wochen unabhängig davon ein, ob die Probezeitvereinbarung bezogen auf die geschuldete Tätigkeit noch angemessen sei. Auch bei Verwendung eines vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrags unterliege die Klausel keiner

Angemessenheitskontrolle nach [§ 307 Abs.1 Satz 1 BGB](#). Mit einer vertraglich bestimmten Probezeit von bis zu sechs Monaten nutzten die Parteien nämlich nur den ihnen von § 622 Abs.3 BGB zur Verfügung gestellten Rahmen aus. Somit liegt nach Auffassung des BAG keine Abweichung von einer Rechtsvorschrift vor. Eine solche Abweichung ist aber nach § 307 Abs.3 Satz 1 BGB Voraussetzung für eine richterliche Inhalts- bzw. Angemessenheitskontrolle.

Im Übrigen war das BAG auch der Meinung, die erste Kündigung sei unter Beachtung des Schriftformerfordernisses, d.h. mit formgültiger Unterschrift ausgesprochen worden. In dieser Hinsicht ist die Entscheidung des BAG - wie auch immer die Unterschrift im konkreten Fall nun aussieht - rechtlich zweifelhaft, da die Beurteilung, ob eine konkrete Unterschrift den vollen Namenszug wiedergeben oder nur ein Handzeichen sein will, nicht der Beurteilung des BAG als Revisionsgericht unterliegt. Hier wird man die derzeit noch nicht vorliegenden Urteilsgründe abwarten müssen.

Achtung bei Freistellung mit Gehaltsfortzahlungsklausel: BAG, Urteil vom 23.01.2008, 5 AZR 393/07

*von Rechtsanwältin Eva Hüttl und
Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche,
Fachanwalt für Arbeitsrecht*

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Beenden Arbeitnehmer und Arbeitgeber einen Kündigungsschutzprozess einvernehmlich im

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Wege des Vergleichs, dauert es oft noch Monate bis zur im Vergleich fixierten – in aller Regel ordentlichen – Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Eine solche Situation ergibt sich vor allem natürlich dann, wenn der Vergleich in einem frühen Zeitpunkt des Prozesses, etwa im Gütertermin, abgeschlossen wird. Wird der Arbeitnehmer im Rahmen eines solchen Vergleichs für die Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses von der Arbeit freigestellt, vereinbaren die Parteien in der Regel, dass dies „unter Fortzahlung der Vergütung“ geschehen soll.

Fraglich ist allerdings im Einzelfall immer wieder, wie weit die rechtlichen Wirkungen der floskelhaften Wendung „unter Fortzahlung der Vergütung“ reichen:

Je nach Lage des Falles kann mit einer „Vergütungsfortzahlungsregelung“ ein unbedingter Zahlungsanspruch begründet werden – oder aber auch nur ein Zahlungsanspruch nach Maßgabe gesetzlicher Vorschriften, der etwa dann entfallen kann, wenn der Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung in der Lage ist.

Welcher Sachverhalt lag der Entscheidung des BAG zugrunde?

Nach Erhalt einer Kündigung erhob die gekündigte Arbeitnehmerin Kündigungsschutzklage und schloss Mitte Dezember 2003 einen gerichtlichen Vergleich, dem zufolge das Arbeitsverhältnis aufgrund fristgemäßer arbeitgeberseitiger Kündigung aus betriebsbedingten Gründen zum 31. März des Folgejahres enden sollte. Bis zu diesem Zeitpunkt sollte die Klägerin freigestellt werden. Die am 16.12.2003

getroffene Vereinbarung der Parteien lautete im einzelnen:

„Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis wird auf Grund fristgemäßer, arbeitgeberseitiger Kündigung aus betriebsbedingten Gründen mit dem 31.03.2004 sein Ende finden. Bis zu diesem Zeitpunkt wird das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß abgerechnet, wobei die Klägerin ab 15.12.2003 unwiderruflich unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung auf bestehende Urlaubsansprüche von der Arbeitsleistung freigestellt wird.“

Die Besonderheit dieses Falles bestand darin, dass die Klägerin zum Zeitpunkt des Vergleichsschlusses (16.12.2003) bereits mehr als sechs Wochen krankheitsbedingt arbeitsunfähig war und daher bei Abschluss des Vergleichs keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung mehr hatte. Als die Parteien später über den Umfang der Zahlungspflicht des Arbeitgebers in Streit gerieten, behauptete die Klägerin, sie hätte bereits am 15.12.2003 ihre Arbeitsfähigkeit wieder erlangt. Für diesen Zeitpunkt konnte die Klägerin allerdings kein ärztliches Attest vorlegen. Eine ärztliche Gesundheitschreibung erfolgte erst am 26.01.2004. Die Beklagte zahlte die reguläre Vergütung daraufhin für die Zeit vom 26.01. bis zum 31.03.2004, nicht jedoch für die davor liegende Zeit vom 15.12.2003 bis zum 25.01.2004.

Für diesen Zeitraum begehrte die Klägerin in einem auf die Kündigungsschutzklage folgenden Prozess Zahlung der Vergütung. Das Arbeitsgericht Bremen und das Landesarbeitsgericht Bremen ([Urteil vom 31.01.2007, 2 Sa 271/06](#)) gaben der Klage statt, d.h. sie verurteilten den Arbeitgeber zur Zahlung.

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG hob das Urteil des Landesarbeitsgerichts auf und verwies den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes an das LAG zurück.

Dieses hat nun zu klären, ob die Arbeitnehmerin im streitigen Zeitraum arbeitsunfähig war oder nicht. Der Kernsatz der Begründung, soweit sich diese der momentan nur vorliegenden Pressemeldung des BAG entnehmen lässt, lautet:

„Vereinbaren Parteien, dass ein Arbeitnehmer unter Fortzahlung der Bezüge unwiderruflich von der Arbeit freigestellt wird, führt die Auslegung dieser Vereinbarung im Allgemeinen nur dazu, dass die Arbeitspflicht entfällt, ohne dass ein Anspruch auf Arbeitsvergütung über die gesetzlichen Grundlagen hinaus begründet wird.“

Wollen die Parteien, so das BAG, eine entsprechende Zahlungspflicht schaffen, bedürfe dies einer darüber hinausgehenden „ausdrücklichen“ Regelung.

Nach Ansicht des BAG führt eine Freistellungsvereinbarung „unter Fortzahlung der Bezüge“ somit nicht ohne weiteres dazu, dass der Arbeitgeber zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet wäre.

Das ist ein auf den ersten Blick merkwürdiges Ergebnis, fragt sich doch dann, welchen Sinn die Klausel „unter Fortzahlung der Bezüge“ eigentlich haben soll - wenn nicht eben den, dass der Arbeitnehmer seine Bezüge erhalten soll. In diesem Sinne werden Freistellungsver-

einbarungen mit Fortzahlungsklausel auch in der Regel verstanden. So hatte das [LAG Berlin-Brandenburg z.B. mit Urteil vom 20.04.2007 \(6 Sa 162/06\)](#) einem Arbeitnehmer Recht gegeben, der bis zur Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses aufgrund arbeitsgerichtlichen Vergleichs „unter Fortzahlung der Vergütung“ freigestellt worden war und sich sodann flugs einen anderen Job suchte: Den mit diesem Job erzielten Zwischenverdienst musste sich der Arbeitnehmer (entgegen der gesetzlichen Regel des [§ 615 Satz 2 BGB](#)) nicht anrechnen lassen, da die Freistellungsvereinbarung mit Fortzahlungsklausel insoweit rechtsbegründende Wirkung hatte.

Trotzdem dürfte das Urteil des BAG in der Sache richtig sein, allerdings nur aufgrund der Besonderheiten des hier entschiedenen Falles:

Da die Arbeitnehmerin hier zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits länger als sechs Wochen arbeitsunfähig war, konnte die im Vergleich bzw. die in ihm enthaltene Gehaltsfortzahlungsregelung - anders als sonst in aller Regel - nicht ohne weiteres als im Sinne einer unbedingten Zahlungspflicht des Arbeitgebers ausgelegt werden.

Aufgrund dieses Urteils sollten Arbeitnehmervertreter künftig noch mehr als bisher „aufpassen“, wenn sie Beendigungsvergleiche mit einer längeren Freistellungsphase abschließen. Die in einem solchen Vergleich in der Regel enthaltene Gehaltsfortzahlungsklausel sollte zur Vermeidung unliebsamer Überraschungen (und zur Vermeidung von Haftungsrisiken) jedenfalls dann als unbedingte Zahlungspflicht ausgestaltet und ggf. beziffert werden, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig war oder ist.

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Kündigung leistungsschwacher Arbeitnehmer: BAG, Urteil vom 17.01.2008, 2 AZR 536/06

von Rechtsanwältin Doreen Welz-Westphal

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Ein Arbeitnehmer erfüllt seine vertragliche Arbeitspflicht nach der Rechtsprechung dann, wenn er unter „angemessener“ Ausnutzung seiner individuellen Leistungsfähigkeit arbeitet. Dies folgt aus dem dienstvertraglichen Charakter des Arbeitsverhältnisses, wonach der Arbeitnehmer gerade keinen Erfolg, sondern „nur“ ein Tätigwerden schuldet - dies aber eben unter möglichst vollständiger Ausschöpfung seiner persönlichen Möglichkeiten. Die willentliche Zurückhaltung einer dem Arbeitnehmer möglichen Arbeitsleistung stellt daher eine Pflichtverletzung dar, die nach vorheriger Abmahnung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann.

Damit stellt sich die Frage, wie der Arbeitgeber bei leistungsschwachen Arbeitnehmern herausfinden soll, ob der betreffende „nicht kann oder nicht mag“. Schließlich kann man bekanntlich keinem Menschen in den Kopf schauen. Nach der Rechtsprechung muss hier zunächst einmal der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess den Nachweis einer objektiven Leistungsschwäche führen, und zwar durch einen Vergleich der Leistungen des angeblichen „Low Performers“ mit denen anderer Arbeitnehmer. Ist dem Arbeitgeber der Nachweis der Leistungsschwäche gelungen, obliegt es dem Arbeitnehmer darzutun, dass diese auf Ursachen beruht, die man ihm nicht zum Vorwurf machen kann, also

beispielsweise durch eine Krankheit oder durch betriebliche Gründe bedingt ist.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist im Einzelfall immer wieder streitig, wie weit die Darlegungslast des Arbeitgebers bezüglich der von ihm behaupteten Leistungsschwäche geht: Wann ist ein Arbeitnehmer ein „Low Performer“? Zu dieser Frage hat das BAG in einem Urteil vom 17.01.2008 (2 AZR 536/06) Stellung genommen.

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Ein großes Versandhaus kündigte einer seit längerem beschäftigten Arbeitnehmerin, die als Lager- und Versandarbeiterin tätig war. Sie hatte in diesem Bereich Warensendungen für Kunden fertig zu stellen. Über einen längeren Beobachtungszeitraum hinaus stellte die Arbeitgeberin fest, dass der Klägerin beim Packen der Sendungen mehr als dreimal so viele Fehler wie ihren Kollegen unterliefen. Nach zwei erfolglosen Abmahnungen kündigte sie daraufhin das Arbeitsverhältnis verhaltensbedingt aufgrund der beanstandeten Minderleistung.

In dem daraufhin geführten Kündigungsschutzprozess argumentierte die Klägerin, die ihr vorgehaltene Fehlerquote sei angesichts der Gesamtzahl der gepackten Warensendungen zu vernachlässigen, weshalb weder die Abmahnungen noch die Kündigung verhältnismäßig gewesen seien.

Die Beklagte dagegen verwies darauf, dass die Klägerin oftmals Kunden verwechselt habe. Auch hätten oft Teile in den Packsendungen

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

gefehlt. Dies habe einerseits zu einem Imageverlust für die Beklagte und zu nicht unerheblichen Kosten geführt.

Arbeitsgericht und das Sächsische Landesarbeitsgericht ([Urteil vom 07.04.2006, 3 Sa 425/05](#)) gaben der Klägerin recht. Das LAG argumentierte, dass bei einem industriemäßigen Massengeschäft eine 100prozentige Leistung von vornherein nicht erwartet werden könne. Nur dann, wenn der Arbeitnehmer nicht alles gebe, was er könne, laufe das auf eine teilweise Zurückhaltung der Arbeitskraft und damit auf eine teilweise Arbeitsverweigerung hinaus. Dies habe das Versandhaus im vorliegenden Fall nicht ausreichend darlegen bzw. beweisen können.

Wie hat das Bundesarbeitsgericht entschieden?

Das BAG entschied gegen die Arbeitnehmerin, d.h. es hob das Urteil des Sächsischen LAG auf. Anders als die Vorinstanzen bewertete das BAG das Vorbringen des Versandhauses zu den Leistungen der Klägerin als erheblich an. Lege man die Behauptungen der Beklagten zugrunde, habe die Klägerin über einen längeren Zeitraum eine „qualitativ erheblich unterdurchschnittliche Leistung“ erbracht.

Somit hat der Arbeitgeber nach Ansicht des BAG im vorliegenden Fall „seine Hausaufgaben gemacht“, d.h. ausreichend konkret dargelegt, dass und in welchem Maße die Arbeit der Klägerin durch Leistungsschwäche geprägt war.

Demzufolge hatte nunmehr die Klägerin darzulegen, auf welche Ursachen ihre Leistungsmängel zurückzuführen sind: Könne der Arbeitgeber eine erhöhte Fehlerquote darlegen, müsse sich der Arbeitnehmer rechtfertigen.

Da dem BAG insgesamt Tatsachenfeststellungen zu den Fehlern der Klägerin und zu deren Ursachen fehlten und das LAG auch eine Interessenabwägung vorzunehmen hatte, wurde der Rechtsstreit an das LAG zurückverwiesen.

Im Ergebnis bestätigt diese Entscheidung, dass die verhaltensbedingte Kündigung eines sog. „Low Performers“ durch den Arbeitgeber sorgfältig vorbereitet werden muss. Anders als bei Unpünktlichkeit und anderen klar ersichtlichen Pflichtverstößen bilden eine längerfristige Beobachtung der Leistungen des Arbeitnehmers sowie ein nachvollziehbarer, objektiver Vergleich mit den Leistungen anderer Arbeitnehmer notwendige Mindestvoraussetzungen für die verhaltensbedingte Kündigung wegen Leistungsmängeln. Hinzutreten muss darüber hinaus wie bei anderen [verhaltensbedingten Kündigungen](#) auch mindestens eine fruchtlose, der Kündigung vorausgegangene Abmahnung. Hierbei - immerhin - räumt das Arbeitsrecht dem Arbeitgeber Steine aus dem Weg, da eine Abmahnung auch dann rechens ist, wenn der abgemahnte Pflichtverstoß (hier also die objektiven Minderleistungen) nicht auf schuldhaftem Verhalten des Arbeitnehmers beruht.

Keine „Verlängerung“ sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge bei Vertragsänderung:

BAG, Urteil vom 16.01.2008, 7 AZR 603/06

von Rechtsanwältin Eva Hüttl

Gemäß [§ 14 Abs.2 Satz 1 TzBfG](#) können Arbeitsverträge ohne Vorliegen eines Sachgrundes höchstens bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren wirksam befristet werden. Bis zu

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

dieser Höchstdauer ist auch eine maximal dreimalige Verlängerung der Befristung möglich.

In Rechtsprechung und Literatur ist schon lange geklärt, dass eine vom Gesetz erlaubte „Verlängerung“ der Vertragslaufzeit eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses dann nicht vorliegt, wenn gleichzeitig mit dem Hinausschieben des Endtermins weitere Vertragsgegenstände geändert werden.

Verlängern daher zum Beispiel die Vertragsparteien ihren ohne Sachgrund auf sechs Monate befristeten Arbeitsvertrag um weitere sechs Monate und vereinbaren bei dieser Gelegenheit zugleich eine Gehaltserhöhung, liegt keine „Verlängerung“ im Sinne von § 14 Abs.2 Satz 1 TzBfG mehr vor, sondern vielmehr der Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrags, der hinsichtlich seiner Befristung nur wirksam ist, wenn es hierfür einen Sachgrund gibt. Ist ein solcher nicht vorhanden, ist die Befristung unwirksam und es liegt ein unbefristeter Arbeitsvertrag vor.

Angesichts dieser seit langem klaren Rechtslage ist es erstaunlich, dass immer wieder Fälle vom BAG entschieden werden, in denen der Arbeitgeber bei der Vertragsverlängerung in die oben beschriebene Falle getappt ist. Über einen Fall dieser Art hatte das BAG mit Urteil vom 16.01.2008 (7 AZR 603/06) zu entscheiden. Hier war die Arbeitnehmerin auf Basis eines sachgrundlos befristeten Vertrags zunächst vom 01.09.2004 bis zum 31.08.2005 beschäftigt. Im Juli 2005 vereinbarten die Parteien schriftlich die Vertragsverlängerung um ein weiteres Jahr, wobei sie auch die Arbeitszeit von 20 auf 30 Wochenstunden heraufsetzten.

Daraufhin erhob die Arbeitnehmerin Entfristungsklage und begehrte die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestehe. Die Klage war, wen wundert's, in allen drei Instanzen erfolgreich.

Weiter Informationen finden Sie hier:

[Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 19.05.2006, 2 Sa 1/06](#)

Aktioptionen als Arbeitsentgelt – Gleichbehandlung von Betriebsratsmitgliedern: BAG, Urteil vom 16.01.2008, 7 AZR 887/06

von Rechtsanwältin Doreen Welz-Westphal

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Mitglieder des Betriebsrats dürfen wegen ihres Amtes nicht benachteiligt werden. Eine Ausprägung dieses Grundsatzes ist das gesetzliche Verbot, das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern geringer zu bemessen als das Arbeitsentgelt „vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung“ (§ 37 Abs.4 Satz 1 BetrVG). Dieses Verbot der Entgeltdiskriminierung gilt auch für allgemeine Zuwendungen des Arbeitgebers.

Dass das Verbot finanzieller Nachteile zunächst einmal das monatlich ausgezahlte Entgelt betrifft, ist augenscheinlich. Fraglich ist dagegen, wie Leistungen eines Dritten zu beurteilen sind, wenn Arbeitnehmer solche Leistungen im Rahmen ihres Arbeitsvertrages erhalten. Hierüber hatte das BAG am 16.01.2008 zu entscheiden.

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Der Kläger war seit Oktober 1999 bei der Beklagten, einer deutschen GmbH, als Systemberater tätig. Die Beklagte gehört zu einem Konzern, dessen Muttergesellschaft ihren Sitz in den USA hat. Diese verteilte seit dem Jahr 1999 ohne Beteiligung des Betriebsrats Aktienoptionen nach einem Verteilungsplan. Auf der Basis dieses Plans erhielt der Kläger von Dezember 2000 bis Oktober 2001 Aktienoptionen. Im Jahre 2001 wurde er Mitglied des Betriebsrats und sodann zum Betriebsratsvorsitzenden gewählt.

Im Hinblick auf seine Freistellung schlossen die Parteien am 06.06.2003 eine Gleichstellungsvereinbarung, wonach der Kläger für die Dauer der Mitgliedschaft in einem Betriebsrat bei der Beklagten mit näher bestimmten Arbeitnehmern vergleichbar sei. In der Folgezeit erhielt er keine Optionen mehr, wohl aber die in der Gleichstellungsvereinbarung benannten Arbeitnehmer.

Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Verschaffung von Aktienoptionen und dem Grunde nach Schadenersatz. Die Beklagte behauptete, sie habe keinen Einfluss auf die Zuteilung von Aktienoptionen durch ihre Muttergesellschaft. Sie war im Übrigen der Ansicht, auch aus der Gleichstellungsvereinbarung nicht zur Verschaffung von Aktienoptionen verpflichtet zu sein.

Wie hat das BAG entschieden?

Das Arbeitsgericht wie auch das Hessisches Landesarbeitsgericht als Berufungsgericht

(Urteil vom 31.07.2006, 7/2 Sa 1544/05) hatten die Klage abgewiesen. Beide Gerichte waren der Ansicht, dass sich weder aus § 37 Abs.4 BetrVG noch aus der Gleichstellungsvereinbarung eine Pflicht des Arbeitgebers zur Verschaffung von Aktienoptionen ergäbe.

Die Kernfrage war dabei, ob der Kläger Verschaffung von Aktienoptionen von seinem Arbeitgeber verlangen konnte, obwohl die Aktienoptionen aufgrund ihrer Gewährung durch die Muttergesellschaft als Leistungen Dritter - und damit eben nicht des Arbeitgebers - anzusehen sind.

Das LAG war der Auffassung, dass solche Leistungen Dritter nicht dem Begriff des Arbeitsentgelts unterfallen und somit nicht vom Arbeitgeber beansprucht werden können.

Dies gelte auch dann, soweit eine Gleichstellungsvereinbarung getroffen worden sei. Diese könne nur bezüglich vom Arbeitgeber zu verschaffender Leistungen gelten, zu denen die Aktienoptionen nicht zu zählen seien.

Das BAG war demgegenüber der Auffassung, dass ein Anspruch gegen den Arbeitgeber dann zu bejahen sei, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag ergebe, dass der Arbeitgeber die Gewährung von Aktienoptionen - als Leistungen Dritter - versprochen hat. Zur Klärung dieser Frage hat das BAG den Rechtsstreit an das LAG zurückverwiesen.

Im Ergebnis wird es damit entscheidend darauf ankommen, inwieweit der Arbeitgeber bei der Gewährung von Leistungen eines Dritten an seine Arbeitnehmer Einflussmöglichkeiten auf die Verteilung hat. Verspricht er einem Arbeit-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lütowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 - 26 39 56 60
Fax: 030 - 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 - 21 08 97 00
Fax: 069 - 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

nehmer diese Leistung, so wird wohl anzunehmen sein, dass er über Möglichkeiten der Einflussnahme verfügt, da andernfalls ein solches Versprechen leerliefe. Bestehen solche Möglichkeiten der Einflussnahme, hat der Arbeitgeber nach - wohl richtiger - Ansicht des BAG auch die Pflicht, sie zu nutzen.

Mit der fristlosen Kündigung in den Urlaub?

BAG, Urteil vom 14.08.2007, 9 AZR 934/06

*von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche,
Fachanwalt für Arbeitsrecht*

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Hat sich der Arbeitgeber zur [Kündigung eines Arbeitnehmers](#) entschieden, hat er zumeist keinen Anlass, dem Gekündigten bei der Abwicklung des Arbeitsverhältnisses mehr Geld als nötig „nachzuwerfen“.

Andererseits will er oft vermeiden, dass der Gekündigte weiter in betriebliche Abläufe eingebunden ist. Bei der Kündigung von Verkaufsmitarbeitern besteht außerdem oft die Sorge, dass es zur Abwerbung von Kunden oder auch „nur“ zu negativem Gerede kommt.

In einer solchen Situation erklärt der Arbeitgeber oft zusammen mit der Kündigung, er stelle den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter Anrechnung von Resturlaubsansprüchen von der Arbeit frei.

Aufgrund der Freistellung ist der Arbeitgeber dann zwar bis zum Ende des Arbeitsverhältnis-

ses zur Lohnzahlung ohne Gegenleistung verpflichtet. Nimmt der Arbeitnehmer eine solche Freistellung hin, d.h. lehnt er den Urlaub nicht wegen anderweitiger Urlaubsplanungen ab oder meldet sich krank, hat der Arbeitgeber aber immerhin die ohne Urlaubsgewährung zu zahlende Urlaubsabgeltung gespart.

In der Rechtsprechung geklärt ist seit langem, dass eine Freistellung nur dann Resturlaubsansprüche erfüllen kann, wenn sie ohne den Vorbehalt eines Widerrufs erklärt wurde.

Der in der Praxis beliebte „Doppelschlag“, zwar einerseits „widerruflich“ freizustellen, andererseits Resturlaub abgelten zu wollen, führt daher nicht zum Ziel, d.h. der Arbeitnehmer kann nach Ablauf der Kündigungsfrist Abgeltung seines Resturlaubs verlangen.

Klar ist auch, dass eine nachträgliche „Urlaubsgewährung“ rechtlich keinen Sinn macht.

Fraglich ist dagegen, ob der Arbeitgeber auch dann – vorsorglich – Resturlaub gewähren kann, wenn er den Arbeitnehmer fristlos gekündigt hat. Über diese Frage hat das [BAG in einem Urteil vom 14.08.2007 \(9 AZR 934/06\)](#), dessen Gründe Mitte Dezember 2007 publik wurden, entschieden.

Die mit einer solchen „vorsorglichen“ Urlaubsgewährung verbundenen Absicht des Arbeitgebers ist klar:

Sollte seine Kündigung zwar nicht als fristlose, aber als fristgerechte Kündigung Bestand haben, ist nach Ablauf der Kündigungsfrist wenigstens der Urlaubsanspruch erfüllt und keine Abgeltung mehr zu zahlen.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

Welcher Sachverhalt lag der Entscheidung des BAG zugrunde?

Der klagende Arbeitnehmer, ein Außendienstmitarbeiter, kündigte sein Arbeitsverhältnis ordentlich am 08. Juli ordentlich zum 31. August, um ab Anfang September bei einem anderen Arbeitgeber anzufangen.

Noch am Tag der Eigenkündigung erklärte der Arbeitgeber mündlich die Freistellung des Arbeitnehmers. Zwei Wochen später, am 22. Juli, sprach der Arbeitgeber seinerseits eine fristlose Kündigung aus, die später gerichtlich für unwirksam erklärt wurde. Die fristlose Kündigung enthielt folgende zusätzliche Erklärung: „Soweit Sie von der Arbeit freigestellt sind, erfolgt dies unter Anrechnung auf etwaige Resturlaubsansprüche.“

Der Arbeitnehmer klagte auf Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung, auf Zahlung von Restlohn bis Ende August sowie auf Zahlung einer Urlaubsabgeltung für 24 Urlaubstage. Mit diesen Klagezielen hatte er vor dem Arbeitsgericht in vollem Umfang Erfolg, wohingegen das Landesarbeitsgericht Nürnberg ihm nur teilweise Recht gab, indem es den Anspruch auf Urlaubsabgeltung abwies.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG bestätigte die Entscheidung des LAG Nürnberg und damit in puncto Urlaubsabgeltung die Rechtsauffassung des Arbeitgebers.

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, der Arbeitgeber könne Urlaub auch vorsorglich für den Fall gewähren, dass eine von ihm erklärte ordentliche oder außerordent-

liche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöse. Da der Bestand des Arbeitsverhältnisses durch eine unwirksame Kündigung nicht berührt wird, kann der Arbeitgeber dem BAG zufolge Maßregeln für den Fall der Unwirksamkeit seiner Kündigung treffen.

Zwar seien die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers gemäß [§ 7 Abs.1 BUrlG](#) vorrangig zu beachten, doch müsse der Arbeitnehmer, wenn er während der Restlaufzeit des gekündigten Arbeitsverhältnisses keinen Urlaub haben wolle, einen konkreten anderen, auf die Urlaubszeit bezogenen Wunsch äußern. Tue er dies nicht, gehe die einseitige Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber für die Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses rechtlich in Ordnung.

Konkret mit Blick auf den vorliegenden Fall akzeptiert das BAG die Auslegung des LAG Nürnberg, dass der Arbeitgeber mit seiner mündlichen Freistellungserklärung vom 08. Juli dem Arbeitnehmer nicht bereits endgültig die Arbeitspflicht habe erlassen wollen.

Eine solche Interpretation dieser - ersten - Freistellung würde eine spätere Urlaubsgewährung nämlich unmöglich machen, da dann ja keine Arbeitspflicht mehr vorhanden wäre, von der per Urlaubsgewährung befreit werden könnte. Und von einer solchen Absicht des Arbeitgebers könne der Arbeitnehmer vernünftigerweise nicht ausgehen.

Fazit: Arbeitgebern ist zu raten, bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung vorsorglich zugleich Resturlaub zu gewähren. Sollte sich die Kündigung später nur als fristgerechte rechtlich halten lassen, wäre immerhin eine doppelte Belastung mit Annahmeverzugslohnansprüchen

Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

bis zum Ablauf der Kündigungsfrist und mit Urlaubsabgeltungsansprüchen vermieden.

Keine „zweite Chance“ für Beamte: BVerfG, Beschluss vom 20.12.2007, 2 BvR 1050/07

von Rechtsanwältin Nina Lüking

Über welche Rechtsfrage hat das BVerfG entschieden?

Begeht ein Beamter ein Vermögensdelikt, können disziplinarrechtliche Maßnahmen ergehen. Soll der Beamte aus dem Dienstverhältnis entfernt werden, ist gemäß § 34 Bundesdisziplinalgesetz (BDG) Disziplinaranzeige zu erheben. Das zur Entscheidung berufene Disziplinargericht entscheidet dann über die konkrete Disziplinarmaßnahme. Bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme ist neben der Schwere des Vergehens das Persönlichkeitsbild des Beamten und der eingetretene Vertrauensverlust auf Seiten des Dienstherrn zu berücksichtigen. Auch die einmalige Begehung eines Vermögensdelikts kann die Entfernung aus dem Dienstverhältnis rechtfertigen.

Welcher Sachverhalt lag der Entscheidung des BVerfG zugrunde?

Der Beschwerdeführer war seit 1972 Polizeibeamter des Landes Niedersachsen und zuletzt u.a. mit der Verwaltung und Abrechnung in der Dienststelle eingenommener Verwarnungsgelder betraut. Wegen des Vorwurfs, 1.200,00 EUR aus der Verwarnungsgeldkasse entnommen und für eigene Zwecke verwendet zu haben, erließ das zuständige Amtsgericht einen

Strafbefehl über 30 Tagessätze zu 50,00 EUR, der in Rechtskraft erwuchs.

Daraufhin wurde dem Beschwerdeführer vorgeworfen, durch die Begehung der Straftat gleichzeitig ein Dienstvergehen begangen zu haben. Die Behörde beantragte beim Disziplinargericht die Entfernung des Beamten aus dem Dienstverhältnis. Die Disziplinarkammer befand den Beamten des Dienstvergehens für schuldig und erkannte auf Entfernung des Beamten aus dem Dienstverhältnis.

Die gegen das Urteil eingelegte und auf das Disziplinarmaß beschränkte Berufung wies das Niedersächsische Obergericht (OVG) mit Urteil vom 12.04.2007 (19 LD 4/06) zurück. Das OVG begründete seine Entscheidung damit, dass ein Beamter, „der sich bei der Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit an Vermögenswerten vergreift, die seinem Gewissam ... unterliegen, damit ein hohes Maß an Pflichtvergessenheit beweist“. Damit zerstöre er das zu seinem Dienstherrn bestehende Vertrauensverhältnis und sei grundsätzlich für den Dienst nicht mehr tragbar.

Die von der Schwere des Dienstvergehens ausgehende Indizwirkung entfalle zwar, wenn gewichtige Entlastungsgründe vorlägen. Das OVG konnte allerdings keinen der „klassischen“ bzw. anerkannten Milderungsgründe – wirtschaftliche Notlage oder psychische Ausnahmesituation – feststellen. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Beamte auf eine 35-jährigen Dienstzeit verweisen konnte, die er ohne disziplinarrechtliche Vorkommnisse und mit guten dienstlichen Bewertungen zurückgelegt hatte, sowie unter Berücksichtigung des mittlerweile erfolgten Ausgleichs des finanziellen Schadens

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

sah sich das OVG nicht dazu in der Lage, ein „Restvertrauen“ der Behörde anzunehmen, das einer Entfernung aus dem Dienst entgegenstehe.

Bei der Beantwortung der Frage eines ggf. noch bestehenden „Restvertrauens“ sei der mit dem Vergehen verfolgte Verwendungszweck, die Motivation sowie das Nachtatverhalten zu berücksichtigen. Der Beamte habe eher luxuriöse Aufwendungen ausgleichen wollen, die ihm im Zusammenhang mit seiner Silberhochzeitsfeier, dem Schulabschluss der Tochter und ähnlichen Anlässen entstanden seien. Er habe sich zudem auch nach Entdeckung der Tat zögerlich verhalten und keine sofortige Wiedergutmachung versucht, so dass das OVG nach Würdigung aller Umstände feststellte, dass das Vertrauensverhältnis zerstört und die Entfernung aus dem Dienstverhältnis angemessen sei.

Mit der daraufhin beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eingelegten Verfassungsbeschwerde rügte der Beamte eine Verletzung des grundgesetzlich geschützten Schuldprinzips.

Wie hat das BVerfG entschieden?

Das BVerfG hat mit [Beschluss vom 20.12.2007 \(2 BvR 1050/07\)](#) die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, da der Beschwerde weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukomme noch die Annahme zur Durchsetzung von grundgesetzlich geschützten Positionen nach § 90 Abs.1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) geboten sei.

Das OVG habe bei seiner Entscheidung das Schuldprinzip berücksichtigt, indem es davon

ausgegangen sei, dass die Begehung eines Vermögensdeliktes bei Ausübung der dienstlichen Tätigkeit regelmäßig geeignet sei, eine Entfernung aus dem Beamtenverhältnis wegen der Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zu rechtfertigen. Auch habe das OVG in Übereinstimmung mit der neueren verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 13 BDG (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20.10.2005, 2 C 12/04) nicht nur die „anerkannten Milderungsgründe“ berücksichtigt, sondern auch weitere Entlastungsgründe in Betracht gezogen und alle für und gegen den Beamten sprechenden Umstände abgewogen.

Auch der vom Beamten reklamierte Anspruch auf eine „zweite Chance“, der eine Entfernung aus dem Dienstverhältnis verbiete, vermag das BVerfG nicht anzuerkennen. Zwar hatte das BVerfG ein solches Recht einmal aus dem Menschenwürdeprinzip ([Art.1 Abs.1 GG](#)) und dem Rechtsstaatsprinzip (Art.20 Abs.3 GG) hergeleitet und damit begründet, dass und warum der Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe nur mit der Verfassung zu vereinbaren sei, wenn dem Betroffenen im Prinzip die Chance verbleibe, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit einmal wiederzuerlangen. Angesichts der Verfassungsbeschwerde des Beamten stellte das BVerfG allerdings klar, dass das Prinzip der „zweiten Chance“ auf den besonderen Grundrechtseingriff der lebenslangen Freiheitsstrafe zugeschnitten und daher nicht in dem Sinne verallgemeinerungsfähig sei, dass nunmehr auch einem wegen strafbaren Verhaltens aus dem Dienstverhältnis entfernten Beamten eine „zweite Chance“ einzuräumen sei.

Ergänzend verweist das BVerfG auf die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, die dem Arbeit-

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

geber ebenfalls das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zugestehen, wenn der Arbeitnehmer ein Vermögensdelikt zu Lasten des Arbeitgebers begangen habe.

Wer die Musik bezahlt, bestimmt was gespielt wird: ArbG Hamburg, Urteil vom 04.12.2007, 20 Ca 105/07

*von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche,
Fachanwalt für Arbeitsrecht*

Über welche Rechtsfrage hat das Arbeitsgericht Hamburg entschieden?

Mit dem [Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz \(AGG\)](#), das am 18.08.2006 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber verschiedene europäische Antidiskriminierungs-Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt, unter anderem die [Richtlinie 2000/78/EG](#). AGG und Richtlinie verbieten gleichermaßen die Benachteiligung von Arbeitnehmern bei der Einstellung wegen ihrer Religion, lassen von diesem Grundsatz aber eine Ausnahme zu, wenn eine bestimmte Religion aus Sicht der Religionsgemeinschaft „im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit“ ([§ 9 Abs.1 AGG](#)) gerechtfertigt ist.

Will daher zum Beispiel eine evangelische Landeskirche eine Pfarrstelle besetzen, ist es ihr erlaubt, Moslems, Buddhisten und Katholiken wegen ihres „falschen“ Glaubens zu „benachteiligen“, d.h. eine solche Art der Personalauswahl verstößt nicht gegen die Vorschriften des AGG oder die Ziele der Richtlinie 2000/78/EG.

Fraglich ist dagegen, ob ein solches Vorgehen auch bei Einstellung einer Pfarramtssekretärin rechtens wäre, d.h. in welchem Umfang die Kirchen auch bei der Besetzung weniger herausgehobener Positionen Bewerber mit dem „falschen“ Glauben abweisen können. Zu dieser Frage hat das [Arbeitsgericht Hamburg in einem Urteil vom 04.12.2007 \(20 Ca 105/07\)](#) Stellung bezogen.

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des ArbG Hamburg zugrunde?

Das der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) angehörende Diakonische Werk in Hamburg schrieb im November 2006 eine projektbedingt auf elf Monate befristete Stelle als Sozialarbeiter / Sozialarbeiterin zu einem Gehalt von 1.300,00 EUR pro Monat aus. Finanziert wurde diese Stelle eines „Integrationslotsen“ aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds und der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen eines Projekts zur beruflichen Integration von Migrantinnen und Migranten. Im Zuwendungsbescheid des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, das als nationale Koordinierungsstelle für die Vergabe der EU-Mittel verantwortlich ist, findet sich der folgende „Hinweis“:

„Der Grundgedanke der Gemeinschaftsinitiative EQUAL sollte auch bei der Einstellungspraxis berücksichtigt werden. Insbesondere wird dringend empfohlen, keine den Bewerberkreis einschränkenden Vorgaben zu machen und auch die Auswahl von Mitarbeitern in dieser Hinsicht neutral durchzuführen.“

Die auf dieser Grundlage von dem Beklagten erstellte öffentliche Stellenausschreibung ver-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

langte von den Bewerbern die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche. Die Klägerin, eine gebürtige Türkin und nicht praktizierende Moslemin bewarb sich um die Stelle, woraufhin ihr telefonisch der Kirchenbeitritt nahegelegt wurde. Hierzu war die Klägerin nicht bereit. Nach ihrer Ablehnung verlangte sie eine Geldentschädigung gemäß [§ 15 Abs.2 AGG](#) wegen der aus ihrer Sicht erlittenen glaubensbedingten Diskriminierung.

Wie hat das ArbG Hamburg entschieden?

Das Arbeitsgericht Hamburg hat der Klage stattgegeben und der Klägerin eine Geldentschädigung von drei Monatsgehältern zugesprochen. Zur Begründung heißt es:

Der Ausschluss der Klägerin aus dem Auswahlverfahren wegen Nichtzugehörigkeit zur christlichen Religion verstoße gegen [§ 7 AGG](#) und begründe daher einen Anspruch auf Geldentschädigung gemäß [§ 15 Abs.2 AGG](#). Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise rechtmäßige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion - im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirche oder auf eine gerechtfertigte berufliche Anforderung ([§ 9 AGG](#)) - lägen hier nicht vor, da die Tätigkeit als Sozialarbeiterin keine ausreichend große „Verkündungsnähe“ aufwies.

Im Weiteren meint das Gericht im Anschluss an einige Äußerungen in der juristischen Literatur, dass die für Religionsgemeinschaften geltende Ausnahmvorschrift des [§ 9 Abs.1 AGG](#) über das Maß an „legaler Diskriminierung“ hinausginge, das die Richtlinie 2000/78/EG bzw. deren [Art.4 Abs.2](#) den Mitgliedstaaten erlaube. Die Richtlinie sehe nur einen „Tendenzschutz“

für Kirchen vor, während [§ 9 Abs.1 AGG](#) ein darüber hinausgehendes „Selbstbestimmungsrecht“ anerkenne. Vor diesem Hintergrund sieht sich das Arbeitsgericht veranlasst, [§ 9 Abs.1 AGG](#) richtlinienkonform auszulegen, d.h. die dort enthaltene, für die Kirchen geltende Ausnahmvorschrift möglichst eng zu interpretieren.

U.E. ist das Urteil im Ergebnis richtig, nicht aber in der Begründung.

Die Verurteilung des Diakonischen Werkes ist korrekt, da das DW keine eigenen, sondern zweckgebundene fremde Gelder für die Schaffung der Stelle ausgegeben hat. Auch wenn der oben wiedergegebene, im Zuwendungsbescheid enthaltene „Hinweis“ keine Rechtsverbindlichkeit für das DW gehabt haben sollte, konkretisiert es doch die Zwecksetzung des Fördermittelgebers, so dass das DW bei der Umsetzung dieser Zuwendung nicht allein im Bereich eigener, d.h. kirchlicher bzw. diakonischer, sondern auch im Bereich fremder bzw. staatlicher Zwecke tätig war. Folglich hat der Gesichtspunkt der kirchlichen Selbstbestimmung bei der Auswahl von Stellenbewerbern weniger Gewicht als er zum Beispiel hätte, wenn das DW aus eigenen Mitteln die Stelle eines „Integrationslotsen“ schaffen würde: Wer die Musik bezahlt, bestimmt was gespielt wird.

Die Begründung des Urteils ist dagegen weniger überzeugend, insbesondere was den angeblich so harten Antidiskriminierungsgehalt der Richtlinie angeht. Der von der Richtlinie in der Lesart des Arbeitsgerichts den Kirchen zugestandene Tendenzschutz ist nämlich bereits in [Art.4 Abs.1](#) der Richtlinie enthalten. Daher fragt sich, wozu der speziell für Religionsgemeinschaften

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

geltende Art.4 Abs.2 in die Richtlinie aufgenommen wurde - wenn er nicht die Bedeutung hat, den Mitgliedstaaten in weitestgehendem Umfang die „Beibehaltung“ ihrer gewachsenen kirchenrechtlichen Regelungen zu erlauben.

SONSTIGES

Buchbesprechung:
Michael Kittner, Christian Schoof, Thomas Klebe, Wolfgang Däubler:
Betriebsratswissen digital
Bund Verlag, 2007; 159,00 EUR

*von Rechtsanwältin Nina Lüking und
Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche,
Fachanwalt für Arbeitsrecht*

2007 erschien beim BUND-Verlag eine von den bekannten gewerkschaftsnahen Arbeitsrechtlern Kittner, Schoof, Klebe und Däubler herausgegebene CD-Rom, die Betriebsräten juristische Hilfestellung geben möchte und viermal im Jahr aktualisiert werden soll.

Das Werk vereinigt im Wesentlichen drei schon lange am Markt etablierte Standardwerke, nämlich die von Kittner herausgegebene Gesetzessammlung „Arbeits- und Sozialordnung“, den von Däubler, Kittner und Klebe herausgegebenen Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz sowie das Betriebsratslexikon „Betriebsratspraxis von A bis Z“ mit seinen 180 Artikeln von Christian Schoof.

Die nun herausgegebene CD-Rom enthält daher zunächst die drei voneinander abgegrenzten Bereiche Gesetze, Kommentar und Lexikon sowie darüber hinaus einen Bereich „Arbeitshil-

fen“, der in alphabetischer Reihenfolge die Lexikonartikel nochmals wiedergibt und um jeweils einschlägige Mustertexte ergänzt, die dem von Kittner, Däubler und Klebe herausgegebenen „Formularbuch zum BetrVG“ entnommen sind. Eine umfangreiche arbeitsrechtliche Rechtsprechungsdatenbank stellt den fünften Bereich dar und rundet das Werk ab.

Sämtliche Texte sind im HTML-Format wiedergegeben und können daher vom Nutzer in eigene Texte hineinkopiert werden, was u.a. bei den Mustertexten sinnvoll ist, da hier längere und für den Laien rechtlich schwierige Texte bis hin zu Klageschriften und Betriebsvereinbarungen verfügbar sind. Die Digitalisierung bietet auch weitere Vorteile, nämlich neben der üblichen Volltextsuche die vollständige (!) Wiedergabe der über 50 in Kittners „Arbeits- und Sozialordnung“ dokumentierten Gesetze. Kritisch ist allerdings anzumerken, dass die nur auszugsweise Wiedergabe des GG, der ZPO oder des BGB für arbeitsrechtlich interessierte juristische Laien mehr Vor- als Nachteile haben dürfte, da man durch einen knappen Auszug auf die arbeitsrechtlich wichtigen Normen hingewiesen wird.

Die Rechtsprechungsdatenbank umfasst sämtliche zum BetrVG ergangenen Entscheidungen des BAG und der Landesarbeitsgerichte ab 2006 im Volltext, sämtliche zu wichtigen arbeitsrechtlichen Vorschriften ergangene Entscheidungen des BAG ab 2006 im Volltext sowie eine Auswahl wichtiger, ab 1992 ergangener Entscheidungen zum Arbeitsrecht.

Das Werk beeindruckt durch die Vielzahl seiner arbeitsrechtlichen Informationen. Durch die digitale Aufbereitung kann der Nutzer Querver-

Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main
Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover
Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 -899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de

Newsletter Arbeitsrecht Februar 2008 – 11.02.2008

weisen leichter folgen als bei gedruckten Kommentaren. So wird zum Beispiel von der Musterbetriebsvereinbarung zur Zustimmungsbefähigung von Kündigung auf eine Passage im BetrVG-Kommentar verlinkt, in der die rechtlichen Grundlagen einer solchen Betriebsvereinbarung erklärt werden. Solche Querverweise sind allerdings bislang die Ausnahme, was aufgrund der mit ihrer Erstellung verbundenen redaktionellen Mühe (und der „Dead-Link“-Gefahr) nicht zu beanstanden ist.

Die Anschaffung des Grundwerkes für 159,00 EUR kann man Betriebsräten, Personalabteilungen und Arbeitsrechtsanwälten sicher empfehlen. Ob das auch für die viermal pro Jahr zum Preis von jeweils 69,90 EUR erscheinenden Updates gilt, ist eine andere Frage.

IMPRESSUM

v.i.S.d.P. für den gesamten Inhalt dieses Newsletters ist
Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Lützowstraße 32, 10785 Berlin
Telefon: 030 / 26 39 56 60;
Telefax: 030 / 26 39 56 69

E-mail: kanzlei@hensche.de

Berlin | Frankfurt | Hamburg | Hannover | Stuttgart

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 56 60
Fax: 030 – 26 39 56 69
hensche@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 17/19
60325 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00
welz@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08
huettl@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Leisewitzstraße 26
30175 Hannover
Tel: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02
lueking@hensche.de

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel: 0711 - 47 09 710
Fax: 0711 - 47 09 796
munz@hensche.de