

*Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,*

wieder hat die Rechtsprechung einige Kapriolen geschlagen, die es wert sind, in unserem Newsletter präsentiert zu werden. Das Thema befasst sich diesmal mit der Möglichkeit der Einführung einer bedarfsabhängigen variablen Arbeitszeit als Gestaltungselement im Arbeitsvertrag mit dem Ziel, auch im Individualbereich die wirtschaftlichen Möglichkeiten zu effektivieren.

Unsere Freude dürfen wir darüber zum Ausdruck bringen, dass wir mit Wirkung zum 01.01.2007 eine weitere wesentliche Verstärkung durch Aufnahme von Herrn RA und FA f. ArbR Panzer in unser Team erfahren haben.

Neben der inhaltlichen Komponente haben wir das Erscheinungsbild dem Zeitgeist angepasst und hoffen, hierdurch das Augenmerk noch stärker auf den Inhalt zu lenken. Wir wünschen angenehme und erhellende Lektüre.

Die Herausgeber

Überblick:

- | |
|---|
| <p>A. 1. Verlängerung einer sachgrundlosen Befristung – Entfristung durch Lohnerhöhung?
<i>BAG vom 23.08.2006 (Az.: 7 AZR 12/06)</i></p> <p>2. GmbH-Geschäftsführer und bisheriges Arbeitsverhältnis
<i>BAG vom 14.06.2006 (Az.: 5 AZR 529/05)</i></p> <p>3. Fristgemäßer Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB und Inhalt der Unterrichtungspflicht gem. § 613a BGB Abs. 5 BGB
<i>BAG vom 13.07.2006 (Az.: 8 AZR 305/05)</i></p> <p>4. Interessenausgleich mit Namensliste – Stolperstein durch Formerfordernisse
<i>BAG vom 23.08.2006 (Az.: 7 AZR 12/06)</i></p> <p>5. Aufhebungsvertrag und Sperrzeit – Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung
<i>BSG vom 12.07.2006 (Az.: B 11a AL 47/05 R)</i></p> <p>6. Urlaub in der Insolvenz – Behandlung nach Masseunzulänglichkeit
<i>BAG vom 21.11.2006 (Az.: 9 AZR 97/06), BAG-Pressemitteilung Nr. 71/06</i></p> |
| <p>B. Die bedarfsabhängige, variable Arbeitszeit</p> |
| <p>C. 1. Rechtsprechungsänderung zur Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen – Wegfall der „Domino-Theorie“
<i>BAG vom 09.11.2006 (Az.: 2 AZR 812/05), BAG-Pressemitteilung Nr. 86/06</i></p> <p>2. Anfechtung eines Arbeitsverhältnisses wegen Bewerbung mit gefälschtem Zeugnis auch nach Jahren möglich
<i>LAG Baden-Württemberg vom 13.10.2006 (Az.: 5 Sa 25/06)</i></p> <p>3. Abschluss eines Ausbildungsvertrages unter dem Vorbehalt der gesundheitlichen Eignung
<i>LAG Hamm vom 12.09.2006 (Az.: 9 Sa 2313/06)</i></p> <p>4. Übergangsregelung für Tarifverträge im Arbeitszeitgesetz ist ausgelaufen
<i>Pressemitteilung des BMAS vom 29.01.2007</i></p> |

**Entscheidungen:**

1. Verlängerung einer sachgrundlosen Befristung – Entfristung durch Lohnerhöhung?

BAG vom 23.08.2006 (Az.: 7 AZR 12/06)

Ein nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis kann dreimal bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren verlängert werden. Eine solche Verlängerung hat nach ständiger Rechtsprechung des BAG ausschließlich das Hinausschieben des vereinbarten Vertragsablaufes zum Inhalt. Bereits am 18.01.2006 hatte das BAG wiederholt klargestellt, dass bei gleichzeitiger Änderung weiterer Vertragsbedingungen nicht eine bloße Verlängerung der Befristung vorliegt, sondern grundsätzlich ein neues befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart wird. Da eine Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG nur unter der Voraussetzung eines erstmals mit dem Arbeitgeber begründeten Arbeitsverhältnisses zulässig ist, führt die sogenannte „verbotene Anschlussbefristung“ dann zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis.

Das BAG hatte jedoch bereits hervorgehoben, dass eine Änderung der Arbeitsbedingungen ohne Beeinträchtigung der Befristung dennoch möglich ist. Diese müssten jedoch unabhängig von der Verlängerungsabrede zeitlich vor oder nach einer Verlängerung vereinbart werden. Der Arbeitnehmer soll bei seiner Entscheidung über die Verlängerung unbeeinflusst von dem Angebot über die veränderten Arbeitsbedingungen bleiben.

In der vorliegenden Entscheidung hatte der Arbeitnehmer mit der Verlängerungsvereinbarung gleichzeitig eine Bruttolohnerhöhung von 50 Cent die Stunde vereinbart. Das BAG entschied, dass es hierbei keinen Unterschied mache, ob die veränderten Vertragsbedingungen für den Arbeitnehmer von Nachteil oder zu seinem Vorteil sind. Eine Differenzierung sei bei der Gesetzesauslegung nicht erkennbar und für die Praxis in Grenzfällen auch nicht rechtssicher zu handhaben.

Das BAG formulierte jedoch noch eine weitere Ausnahme. Mit Bezug auf das Diskriminierungsverbot von befristeten Arbeitsverhältnissen sollen Vertragsänderung zusammen mit der Verlängerungsabrede auch dann zulässig sein, wenn diese auch bei Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses vereinbart worden wären. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer auf die Änderung einen Anspruch habe (denkbar z.B. Erhöhung von Entgelt oder Urlaub aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) und dies nur noch schriftlich fixiert werden sollte.

Praxistipp:

Das BAG macht in der vorliegenden Entscheidung nochmals deutlich, dass die Befristung nur die Ausnahme zum unbefristeten Arbeitsverhältnis darstellt. Die sachgrundlose Befristung ist insoweit nochmals die Ausnahme zum Sachgrunderfordernis. Entsprechend genau wird auf das Vorliegen der Voraussetzungen geachtet.

Daher sollten folgende Punkte beachtet werden:

1. Die Verlängerung der Befristung sollte strikt isoliert vereinbart werden, d.h. lediglich der Endzeitpunkt des Arbeitsverhältnisses wird neu festgelegt.
2. Die Verlängerung ist schriftlich und vor Fristablauf zu vereinbaren.
3. Anderweitige Vertragsänderungen (auch zugunsten des Arbeitnehmers) sollten deutlich getrennt vor oder nach der Verlängerung vereinbart werden.

Für ein befristetes Anschlussverhältnis verbleibt zur Vermeidung einer „Entfristung“ noch die Begründung durch einen zulässigen Sachgrund oder der Ablauf der Frist für eine Entfristungsklage nach § 17 TzBfG. Die Klagefrist beträgt grds. drei Wochen ab dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses.

2. GmbH-Geschäftsführer und bisheriges Arbeitsverhältnis

BAG vom 14.06.2006 (Az.: 5 AZR 592/05)

Im Abschluß eines Geschäftsführer-Dienstvertrages durch einen angestellten Arbeitnehmer liegt im Zweifel die konkludente Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien soll regelmäßig neben dem Dienstverhältnis nicht noch ein Arbeitsverhältnis fortbestehen. Eine andere Auslegung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, für die zumindest deutliche Anhaltspunkte vorliegen müssen.

In seiner Entscheidung vom 14.06.2006 (Az.: 5 AZR 592/05) hat das Bundesarbeitsgericht seine Auffassung bestätigt, wonach ein bestehendes Arbeitsverhältnis regelmäßig bei Bestellung des Arbeitnehmers zum Geschäftsführer seiner Arbeitgeber-GmbH mit Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrages aufgehoben wird.

Seit dem 01.05.2000 schreibt § 623 BGB für die Aufhebung eines Arbeitsvertrages Schriftform vor. Das Bundesarbeitsgericht musste sich bisher nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob § 623 BGB eine ausdrückliche, schriftliche Aufhebung des Arbeitsvertrages – sei es im Geschäftsführer-Dienstvertrag oder sei es in einem gesonderten Vertrag – erfordert. In bislang bekannt gewordenen Entscheidungen waren die entsprechenden Geschäftsführer-Dienstverträge vor dem 01.05.2000 abgeschlossen, so auch in dem der Entscheidung vom 14.06.2006 zugrunde liegenden Fall.

**Praxistipp:**

Wird ein bisher angestellter Arbeitnehmer zum Geschäftsführer der Arbeitgeber-GmbH berufen und mit ihm ein Geschäftsführer-Dienstvertrag abgeschlossen, sollte aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung eines ruhenden Arbeitsverhältnisses, das nach Ablauf des Geschäftsführer-Dienstvertrages wieder auflebt, ausdrücklich im Geschäftsführer-Dienstvertrag oder in einem gesonderten Vertrag schriftlich die Aufhebung des bestehenden Arbeitsverhältnisses vereinbart werden.

Zwar vertritt das BAG die Auffassung, dass regelmäßig das bisherige Arbeitsverhältnis durch den Geschäftsführer-Dienstvertrag konkludent aufgehoben wird, dies lässt aber Ausnahmefälle zu, in denen ein Aufhebung verneint werden kann.

Entscheidend ist zudem, dass bei Abschluss eines Geschäftsführer-Dienstvertrags ab dem 01.05.2000 das Schriftformerfordernis des § 623 BGB für die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses eingreift. Ohne ausdrückliche schriftliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses im Geschäftsführer-Dienstvertrag oder zumindest in einem gesonderten schriftlichen Vertrag besteht danach ein hohes Risiko, dass das Arbeitsverhältnis noch weiter besteht und nach Ablauf des Geschäftsführer-Dienstvertrages wieder auflebt.

3. Fristgemäßer Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB und Inhalt der Unterrichtungspflicht gem. § 613a BGB Abs. 5 BGB

BAG vom 13.07.2006 (Az.: 8 AZR 305/05)

Das BAG hat in einer neuerlichen Entscheidung die Anforderungen an die Unterrichtungspflicht im Rahmen eines Betriebsüberganges weiter präzisiert.

Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, indem ein Arbeitsverhältnis im Wege eines Betriebsüberganges übergegangen war. Hierüber wurden die betroffenen Arbeitnehmer informiert. Keinen Monat nach dem Betriebsübergang stellte der Erwerber Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der vorläufige Insolvenzverwalter teilte daraufhin den Arbeitnehmern mit, daß die Arbeitsverhältnisse „wieder auf den Veräußerer übergegangen seien“. Wenige Tage darauf – und nach einem ergebnislosen Versuch, die Arbeitsleistung bei dem Veräußerer anzubieten – widersprach die klagende Arbeitnehmerin dem Betriebsübergang auf den insolventen Erwerber.

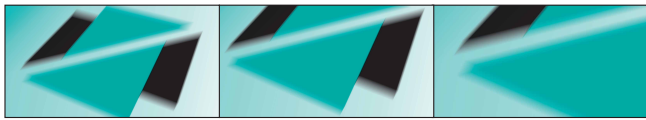
Das BAG hält zunächst nochmals fest, daß die einmonatige Frist für den Widerspruch des Betriebsüberganges, die grundsätzlich einen Monat nach Zugang der Unterrichtung gem. § 613a Abs. 5 BGB beträgt, dann nicht zu laufen

beginnt, wenn der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß über den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen unterrichtet wird. Eine ordnungsgemäße Unterrichtung setzt nach dem BAG im Einzelnen voraus, dass der Betriebsübernehmer grundsätzlich mit Firmenbezeichnung und Anschrift genannt wird und der Arbeitnehmer über den Firmensitz und die Adresse des Erwerbers, den Gegenstand des Betriebsübergangs, den Zeitpunkt des Betriebsübergangs, den Rechtsgrund für den Betriebsübergang (Kaufvertrag, Pachtvertrag, Umwandlung) unterrichtet wird. Dem Arbeitnehmer müssen weiter jene unternehmerischen Gründe für den Betriebsübergang zumindest schlagwortartig mitgeteilt werden, die sich im Falle seines Widerspruchs auf den Arbeitsplatz auswirken können.

Weiter muß korrekt über die rechtlichen Folgen des Betriebsüberganges informiert werden.

Hier wurde der Arbeitnehmerin aber mitgeteilt, dass sich der Erwerber „*verpflichtet habe, alle vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten zu übernehmen*“. Das BAG hat diese Formulierung als fehlerhaft und damit die Information insgesamt als unwirksam erachtet. Das Gericht beruft sich dabei darauf, dass der Übergang der Arbeitsverhältnisse eine sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebende Rechtsfolge eines Betriebsübergangs ist, ohne daß es hierzu der freiwilligen Übernahme einer Verpflichtung bedarf. Weiter fehlerhaft war im vorliegenden Fall der Hinweis im Informationsschreiben, dass „*für die Dauer von einem Jahr, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges, die Arbeitsleistungen nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden können*“. Hier hatte man sich an § 613a Abs. 1 S. 2 BGB angelehnt. Diese Norm bezieht sich jedoch nur auf die Fortgeltung kollektivrechtlicher Vereinbarungen, d.h. insb. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, die nach dem Betriebsübergang schuldrechtlich weiter gelten, nicht jedoch auf individualrechtliche Bestimmungen. Diese können bereits vor Ablauf der einjährigen Sperrfrist geändert werden.

Offengelassen hat das BAG in dieser Entscheidung die wohl noch schwerer zu beantwortenden Frage, welchen Inhalt die vorgeschriebene Mitteilung über die wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für das Arbeitsverhältnis hat.

**Praxistipp:**

Nach der Entscheidung des BAG verbietet es sich, den Gesetztext des § 613a BGB schematisch im Informationsschreiben wiederzugeben. Die weitverbreitete Auffassung, dass so der Information insb. über die haftungsrechtlichen Grundsätze des Betriebsüberganges genüge getan wird, ist damit höchstrichterlich widerlegt worden. Dem Arbeitnehmer müssen vielmehr in einfacher und verständlicher Sprache die konkreten Folgen des Betriebsüberganges mitgeteilt werden, insb. was die (Fort-)Geltung von kollektivrechtlichen Vereinbarungen auf das übergegangene Arbeitsverhältnis anbetrifft. Dies kann zwar auch in einem Formularschreiben erfolgen, hier muss jedoch in jedem Einzelfall überprüft werden, ob die mitgeteilten Informationen tatsächlich Relevanz für das einzelne Arbeitsverhältnis haben. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Information insg. fehlerhaft ist. Auf die enorme haftungsrechtliche Brisanz des Mitteilungsschreibens gem. § 613a BGB Abs. 5 BGB kann deshalb nicht oft genug hingewiesen werden.

4. Interessenausgleich mit Namensliste – Stolperstein durch Formerfordernisse

BAG vom 23.08.2006 (Az.: 7 AZR 12/06)

Plant der Arbeitgeber betriebliche Veränderungen und liegen hierbei die Voraussetzung für eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG vor, ist mit dem Betriebsrat ein entsprechender Interessenausgleich und regelmäßig auch ein Sozialplan zu vereinbaren. Eine Betriebsänderung i.d.S. kann auch in einem geplanten Personalabbau bestehen.

Sind die Arbeitnehmer, welche im Rahmen der Betriebsänderung gekündigt werden sollen, namentlich im Interessenausgleich bezeichnet, gelten im Rahmen etwaiger Kündigungsrechtsstreite bei der Bewertung der Kündigung für den Arbeitgeber günstigere Prüfungsmaßstäbe. So wird vermutet, daß die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist und die Sozialauswahl kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden (§ 1 Abs. 5 KSchG).

Entsprechend genau werden die zur Errichtung des Interessenausgleichs mit Namensliste erforderlichen Formerfordernisse überprüft. Der Interessenausgleich unterliegt der Schriftform (§ 112 Abs. 1 BetrVG), d.h. der Inhalt ist auf einer Urkunde zu verfassen, die von den Vertragsparteien eigenhändig zu unterschreiben ist (§ 126 BGB). Häufig werden Namenslisten jedoch als Anlagen dem Vertragstext angehängt. Dies wahr z.B. dann die Schriftform, wenn Interessenausgleich und Namensliste eine Urkunde bilden, insbesondere wenn diese körperlich fest miteinander verbunden (geheftet) sind und im Interessenausgleich auf die Namensliste Bezug genommen wird.

In der Praxis werden die Unterlagen – wegen kurzfristiger Änderungen oder einfacherer Handhabung bei der Unterschrift – zunächst unterschrieben und erst dann verbunden. Das BAG entschied im vorliegenden Fall, dass dies nicht die Schriftform wahr, da im Augenblick der Unterzeichnung die Schriftstücke mangels Verbindung nicht als einheitliche Urkunde äußerlich erkennbar sind. Die Folge hieraus: Die Namensliste ist nicht Teil des Interessenausgleichs geworden, der Arbeitgeber kann sich nicht mehr auf die für ihn günstige Vermutungsregelung oder den günstigeren Prüfungsmaßstab zur Sozialauswahl berufen.

Praxistipp:

Die Formvoraussetzungen sollten im Hinblick auf die dargestellten Risiken ernst genommen werden. Die Unterlagen sollten daher bereits vor Unterzeichnung fest miteinander verbunden werden. Eine Namensliste i.S.d. § 1 Abs. 5 KSchG oder § 125 Abs. 1 InsO sollte als solche bezeichnet sein und auf diese im Vertragstext entsprechend Bezug genommen werden. Auch für die Handhabung im Prozess erweist es sich als vorteilhaft, die Namensliste – selbst auch nochmals – durch die Vertragsparteien unterzeichnen zu lassen.

5. Aufhebungsvertrag und Sperrzeit – Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung

BSG vom 12.07.2006 (Az.: B 11a AL 47/05 R)

In den letzten Jahren musste sich das BSG mehrfach mit der Frage auseinandersetzen, ob der Abschluss eines Aufhebungsvertrages, insbesondere bei Zahlung einer Abfindung, eine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe darstellt. Eine solche Sperrzeit führt regelmäßig dazu, dass für die ersten 12 Wochen kein Arbeitslosengeld gezahlt wird und sich die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld insgesamt um ein Viertel mindert.

In seiner Entscheidung vom 12.07.2006 hat das Bundessozialgericht zunächst unter Weiterentwicklung seiner bisherigen Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass sich ein Arbeitnehmer auf einen – die Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe ausschließenden – wichtigen Grund für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag mit Abfindungsregelung berufen kann, wenn ihm ansonsten eine rechtmäßige Arbeitgeberkündigung aus nicht verhaltensbedingten Gründen zum gleichen Zeitpunkt droht.

Der Gesetzgeber hat zwischenzeitlich mit Wirkung zum 01.01.2004 das KSchG um den § 1 a KSchG erweitert. Nach dieser Regelung kann der Arbeitgeber in der Kündigungserklärung den Arbeitnehmer darauf hinweisen, dass es sich um eine betriebsbedingte Kündigung handelt und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der dreiwöchigen Klagefrist für die Kündigungsschutzklage eine Abfindung i.H.v. 0,5 Monatsverdiensten für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses beanspruchen kann.



In § 1a KSchG hat der Gesetzgeber nicht die Auswirkungen auf Ansprüche auf Arbeitslosengeld geregelt. Jedoch wird verschiedentlich in der Literatur die Auffassung vertreten, dass im Falle des § 1a KSchG wegen der gesetzgeberischen Intention und Wertung keine Sperrzeit eintreten dürfe.

Diese Stimmen können sich jetzt bestätigt fühlen: Das BSG hat in seiner Entscheidung vom 12.07.2006 auch eine Rechtsprechungsänderung angekündigt. Es erwägt für Sperrzeiten wegen Arbeitsaufgabe ab dem 01.01.2004 einen wichtigen Grund bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages ohne die ausnahmslose Prüfung der Rechtmäßigkeit der drohenden Arbeitgeberkündigung anzuerkennen, wenn die Abfindungshöhe die in § 1a KSchG vorgesehene nicht überschreitet. Das BSG lässt es ausreichen, dass die Abfindung maximal 0,5 Monatsverdiensten für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses entspricht. Die Abfindung kann also auch niedriger sein.

Solange allerdings die Bundesagentur für Arbeit ihre Verwaltungspraxis nicht an diese neue Rechtsprechung anpasst, sollte vorläufig auch noch ausdrücklich auf die Risikolage hingewiesen werden. Die Bundesagentur für Arbeit ging bislang bei einer Kündigung nach § 1a KSchG dann von keiner Sperrzeit aus, wenn es sich um eine nicht offensichtlich rechtswidrige Kündigung handelt. Danach kann also bei einer Kündigung nach § 1a KSchG, auch wenn die Höhe der Abfindung im gesetzlichen Rahmen liegt, unter Umständen eine Sperrzeit verhängt werden. Offensichtlich rechtswidrig ist z.B. die Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin ohne behördliche Zustimmung oder die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds, ohne dass die Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung vorliegt oder die Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzt worden ist.

Mit der Entscheidung des BSG vom 12.07.2006 hat man jetzt aber gute Argumente für den Fall, daß die Bundesagentur für Arbeit in Fällen des § 1a KSchG eine Sperrzeit verhängt, weil die Kündigung offensichtlich rechtswidrig sei.

6. Urlaub in der Insolvenz – Behandlung nach Masseunzulänglichkeit

*BAG vom 21.11.2006 (Az.: 9 AZR 97/06),
BAG-Pressmitteilung Nr. 71/06*

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers stellen noch offene Urlaubsansprüche nach ständiger Rechtsprechung sogenannten Masseverbindlichkeiten dar, d.h. das Urlaubsentgelt ist – ebenso wie ein durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehender Urlaubsabgeltungsanspruch – aus der Insolvenzmasse zu zahlen. Zeigt der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren Masseunzulänglichkeit an, ergibt sich für die Masseansprüche eine

Aufteilung in sogenannte Alt- und Neumasseverbindlichkeiten. Während die Neumasseverbindlichkeiten in voller Höhe aus der Masse zu erfüllen sind, werden Altmasseverbindlichkeiten nur nachrangig und – je nach Kassenlage – nur noch quotaal erfüllt.

Wird ein Arbeitnehmer vom Insolvenzverwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zur Arbeitsleistung herangezogen, so mindert das – nach Auffassung des BAG – seinen urlaubsrechtlichen Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung nicht, Urlaubsentgelt oder Urlaubsabgeltung seien jedoch nur noch anteilig als Neumasseverbindlichkeiten zu erfüllen.

Zur Berechnung soll daher bei einem in der 5-Tage-Woche beschäftigten Arbeitnehmer das für den gesamten Jahresurlaub zustehende Urlaubsentgelt durch 260 dividiert und mit den nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit geleisteten Arbeitstagen, an denen er zur Beschäftigung herangezogen worden ist, multipliziert werden. Bei einer Arbeitszeit von mehr oder weniger Arbeitstagen in der Woche erhöht oder verringert sich der Divisor entsprechend.

Thema:

Die bedarfsabhängige, variable Arbeitszeit

I. Einführung

Das Bedürfnis der Wirtschaft nach einer Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse ist ein in der Vergangenheit stets intensiv diskutiertes Thema gewesen. So wurde auf Arbeitgeberseite immer wieder die Abschaffung der allgemein als zu starr angesehenen Flächentarifverträge zugunsten von betrieblichen Bündnissen gefordert. Die Entscheidung des BAG vom 07.12.2005 (5 AZR 535/04) zeigt neue Möglichkeiten der Flexibilisierung auf.

Die Erbringung der Arbeitsleistung nach statischen Arbeitszeitsystemen ist in der heutigen Zeit in weiten Teilen der Wirtschaft kaum noch möglich. Die einzelvertragliche Gestaltung von Abrufarbeit, mit der Möglichkeit die Arbeitszeit an den Arbeitsanfall anzupassen, kommt dem Bedürfnis der Arbeitgeber nach einer Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse, gerade in Unternehmen, die branchenbedingt starken Auftragsschwankungen unterliegen, entgegen. Dabei befinden sich solche Vertragsgestaltungen regelmäßig in einem Spannungsfeld zwischen dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer nach sozialverträglichen Arbeitsbedingungen und dem Verlangen der Arbeitgeber nach bedarfs- oder kapazitätsorientierter Arbeitszeit, zum Zwecke der Einsparung von Personalkosten.



Nach § 615 BGB hat das so genannte Wirtschaftsrisiko grundsätzlich der Arbeitgeber zu tragen. Er kann dieses nicht einseitig auf den Arbeitnehmer abwälzen. Der Arbeitgeber steht einerseits auch bei fehlender Beschäftigungsmöglichkeit der Arbeitnehmer (z.B. infolge von Auftragsmangel) in der Vergütungspflicht. Andererseits ist der Arbeitgeber bei unvorhergesehenem und vorübergehendem zusätzlichem Arbeitsbedarf gezwungen, beispielhaft Überstunden anzuordnen oder Leiharbeitnehmer zu beschäftigen. Die einhergehenden Kosten hat der Arbeitgeber zu tragen.

Es kann daher nicht verwundern, dass Arbeitgeber in der Vergangenheit durch vertragliche Gestaltungen versucht haben, diesem Dilemma durch Flexibilisierung der Arbeitszeit zu begegnen und es infolge dessen immer wieder zu Streitigkeiten zwischen dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer und/oder Betriebsrat gekommen ist.

II. Bisherige Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung (vgl. grundlegend BAG Urt. vom 12.12.1984, AP KSchG 1969, § 2 Nr. 6) ist Gestaltungsversuchen entgegengetreten, bei denen variable, dem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht der Arbeitgeber unterfallende Regelungen des Arbeitsumfangs und damit auch der Vergütungshöhe zu einer Umgehung der Vorschrift über die Änderungskündigung geführt haben.

Auch die Instanzgerichte erteilten solchen Gestaltungen regelmäßig eine Absage.

So hielt das LAG Köln (vgl. Urt. vom 07.12.2001, Az.: 11 (6) Sa 827/01) die arbeitsvertragliche Vereinbarung eines Abrufarbeitsverhältnisses, die eine arbeitszeitabhängige Vergütung vorsah, aber keinen Arbeitszeitumfang, mithin den Arbeitgeber berechtigen sollte, die Arbeitszeit bis auf Null zu reduzieren, für unzulässig. Es fingierte eine Vertragsarbeitszeit, die es anhand der tatsächlich praktizierten Durchführung des Arbeitsverhältnisses berechnete.

Das LAG Düsseldorf (vgl. Urt. vom 30.08.2002, Az.: 9 Sa 709/02) setzte dem Gestaltungs- und Weisungsrechts eines Arbeitgebers bezüglich des Umfangs der Arbeitszeit eine Grenze, weil der arbeitsvertragliche Vorbehalt regelte, dass die Bestimmung der Dauer und der zeitlichen Lage der Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen einseitig seinem Direktionsrecht überlassen war. Eine solche Regelung sei gemäß § 134 BGB unwirksam, da eine objektive Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungsschutzrechts vorgelegen habe.

Das LAG Nürnberg (vgl. Urt. vom 30.05.2006, Az.: 6 Sa 111/06) entschied, allerdings zur flexiblen Einbringung von Urlaub, dass eine zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffene Vereinbarung unwirksam ist, die den Arbeitnehmer bei erwartetem Auftragsmangel in Zukunft verpflichtet, bezahlten oder unbezahlten Urlaub einzubringen. Eine solche Vereinbarung würde das Wirtschaftsrisiko einseitig auf den Arbeitnehmer verlagern.

III. Die Liberalisierung der Bedarfsorientierung

1. Abrufarbeit

Die Arbeit auf Abruf ist seit dem 01.01.2001 in § 12 TzBfG geregelt. Ein Abrufarbeitsverhältnis i.S.d. Gesetzes liegt vor, wenn die Dauer der Arbeitszeit bezogen auf einen bestimmten Zeitraum im Arbeitsvertrag festgelegt ist und die Lage der Arbeitszeit von der Konkretisierung des Arbeitgebers durch Abruf der Arbeitsleistung abhängt. Das Schrifttum leitet aus dieser Vorschrift ab, dass lediglich die Verteilung, nicht aber der Umfang der Arbeitszeit flexibilisiert werden könne. Bandbreitenregelungen, die gerade keine feste Arbeitszeitdauer festlegen, sondern eine Minimal- und Maximalarbeitszeit vorsehen, sollen unzulässig sein. Die Entscheidung des BAG vom 07.12.2005 hat nunmehr klargestellt, dass diese Auslegung des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG vom Wortlaut nicht geboten ist und eröffnet mit seinem Urteil neue Möglichkeiten für die Flexibilisierung der Arbeitszeit.

2. Entscheidung des BAG vom 07.12.2005

a. Die Leitsätze:

1. § 12 I 2 TzBfG erfordert die Festlegung einer Mindestdauer der wöchentlichen und der täglichen Arbeitszeit. Die Arbeitsvertragsparteien können wirksam vereinbaren, dass der Arbeitnehmer über die vertragliche Mindestarbeitszeit hinaus Arbeit auf Abruf leisten muss.

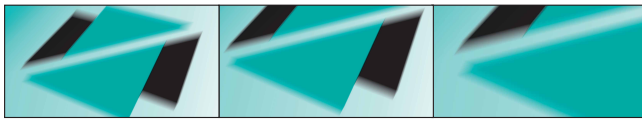
2. Die bei einer Vereinbarung von Arbeit auf Abruf einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeit des Arbeitnehmers darf nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.

b. Der maßgebliche Sachverhalt:

Die Parteien schlossen einen – vom Arbeitgeber vorformulierten – Arbeitsvertrag, in dem eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von dreißig Stunden vereinbart wurde, ohne dass der Arbeitnehmer einen Anspruch hatte, mehr als dreißig Stunden beschäftigt zu werden. Der Arbeitgeber teilte dem Arbeitnehmer den Beginn und das Ende der Arbeitszeit jeweils eine Woche vorher mit.

Der Arbeitnehmer verpflichtete sich, auf eine Aufforderung des Arbeitgebers bis zu vierzig Stunden zu arbeiten, wobei die Arbeit je nach Arbeitsanfall jeweils eine Woche vorher eingeteilt wurde. Für die geleisteten Arbeitsstunden ab der dreißigsten Stunde erhielt der Arbeitnehmer dieselbe Stundenvergütung je geleisteter Arbeitsstunde wie für die Arbeitsstunden innerhalb der Regelarbeitszeit.

Die tatsächlich erbrachte wöchentliche Arbeitszeit betrug durchschnittlich 35,02 Stunden. Nach einer Erkrankung wies der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Arbeits-



platz in einer anderen Abteilung zu und beschäftigte ihn nur noch 30 Stunden wöchentlich.

Mit seiner Klage machte der Arbeitnehmer geltend, dass die Arbeitszeitregelung im Arbeitsvertrag unwirksam sei.

c. Die Inhaltskontrolle

Das BAG kommt zu dem Ergebnis, dass die Arbeitszeitvereinbarung zwar nicht gegen § 12 TzBfG verstoße, aber nach § 307 BGB unwirksam sei.

Seine Auslegung des Vertrages ergab zunächst, dass die Parteien Arbeit auf Abruf (§ 12 TzBfG) und keine Leistung von Überstunden vereinbart hätten, da für den Arbeitnehmer eine selbständige, nicht auf Unregelmäßigkeit oder Dringlichkeit beschränkte Verpflichtung, auf Anforderung des Arbeitgebers zu arbeiten, bestanden habe.

Das BAG stellte sodann fest, dass die vereinbarte Arbeitszeitregelung den Anforderungen des § 12 Abs. 1 TzBfG genüge, wonach Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren können, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat. Merkmal der Arbeit auf Abruf sei nach dieser Legaldefinition das Recht des Arbeitgebers, entsprechend dem Arbeitsanfall Lage und Dauer der Arbeit bestimmen zu können. Die Auffassung der Literatur berücksichtige nicht den gesetzlichen Gesamtzusammenhang und den Zweck der Regelung. Die mit der Arbeit auf Abruf bezweckte Flexibilisierung der Arbeitszeit könne nämlich nur erreicht werden, wenn hinsichtlich der Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit keine starren gesetzlichen Vorgaben bestehen.

Die Inhaltskontrolle vorformulierter arbeitsvertraglicher Regelungen, die eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festlegen und den Arbeitnehmer darüber hinaus verpflichten, auf entsprechende Anweisung des Arbeitgebers weitere Arbeit zu leisten, habe sich aber nach §§ 305ff. BGB zu richten.

Das BAG konstatierte, daß die getroffene Regelung der Arbeit auf Abruf von Rechtsvorschriften abweiche und deshalb gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB unterliege. Mit ihr werde ein Teil des den Arbeitgeber nach § 615 BGB treffenden Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer verlagert. Dem stehe auch nicht entgegen, dass § 12 Abs. 1 TzBfG die Arbeit auf Abruf erlaube. § 12 TzBfG regle die Abrufarbeit nur dem Grunde nach. Zum Umfang der einseitig vom Arbeitgeber abrufbaren Arbeitszeit verhalte sich diese Vorschrift jedoch nicht.

Ob eine gegen Treu und Glauben verstößende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders vorliegt, ergebe sich nach Auffassung des BAG aus einer umfassenden Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten, namentlich des Interesses des Arbeitgebers an

einer Flexibilisierung der Arbeitszeitdauer und des Interesses des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Dauer der Arbeitszeit und der sich daraus ergebenden Arbeitsvergütung.

d. Die Grenzen der Flexibilisierung

Zur Beantwortung der Frage, in welchem Umfang der Arbeitgeber zulässigerweise die Arbeitszeit einseitig seinem Bedarf anpassen kann, bediente sich das BAG seiner Grundsätze (vgl. Ur. vom 12.01.2005, Az.: 5 AZR 364/04), die es zur Wirksamkeit von Widerrufsvorbehalten aufgestellt hatte.

Dort hatte das BAG entschieden, dass der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst nicht mehr als 25-30 % des Gesamtverdienstes ausmachen dürfe und kommt nach entsprechender Anwendung seiner Grundsätze zu dem Ergebnis, dass die vom Arbeitgeber abrufbare über die vereinbarte Mindestarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen dürfe. Bei einer Vereinbarung über die Verringerung der vereinbarten Arbeitszeit betrage das Volumen daher 20 % der Arbeitszeit.

Da im vorliegend zu entscheidenden Fall die vereinbarte Abrufarbeit nicht diesen Anforderungen entsprach – die vereinbarte Arbeit auf Abruf betrug ausgehend von der festgelegten Mindestarbeitszeitdauer von 30 Stunden in der Woche mehr als 33 % (30 bis 40 Stunden) hielt das BAG die Arbeitszeitvereinbarung gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB für unwirksam.

Das Urteil des BAG erlaubt es aber den Arbeitgebern ausdrücklich, die Dauer der Arbeitszeit zumindest bis zu einem Volumen von 25 % einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht zu unterwerfen. Es zeigt gleichzeitig auf, welche Möglichkeiten der Flexibilisierung bestehen. Damit wird dem Arbeitgeber ein Instrument an die Hand gegeben, auf einen schwankenden Arbeitsanfall unverzüglich und relativ effektiv reagieren zu können.

IV. Die Flexibilisierungsmöglichkeiten

Zu beachten ist, dass Abrufarbeit ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart werden muss. Das arbeitgeberseitige Direktionsrecht gemäß § 106 GewO umfasst ohne entsprechende Vereinbarung nicht die Befugnis, im Wege der einseitigen Leistungsbestimmung Arbeit auf Abruf anzuordnen oder die Dauer Arbeitszeit einseitig zu ändern.

Ausgehend davon, dass die vom Arbeitgeber abrufbare und damit flexible Arbeitszeit 25 % der vereinbarten wöchentlichen Regelarbeitszeit betragen darf, ergeben sich folgende Varianten:



1. Flexible Anhebung der Arbeitszeit

Bei einer wöchentlichen Mindestarbeitszeit von beispielsweise 32 Stunden kann bei entsprechendem Arbeitsanfall über eine vereinbarte Flexibilisierung der Arbeitnehmer verpflichtet werden, auf Anordnung des Arbeitgebers bis zu 40 Stunden in der Woche zu arbeiten. Soweit die vertraglichen Voraussetzungen für die Anordnung von Überstunden vorliegen, kann die Arbeitszeit sogar noch weiter heraufgesetzt werden.

Ist die vereinbarte wöchentliche Mindestarbeitszeit geringer, fällt auch die rechnerisch einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeitsleistung niedriger aus. So beträgt die zusätzlich abrufbare Arbeitsleistung nur 3 Stunden, wenn eine Mindestarbeitszeit von 12 Wochenstunden vereinbart wird.

2. Flexible Reduzierung der Arbeitszeit

Bei entsprechender rechnerischen Anwendung der Flexibilisierung des Arbeitsvolumens um 25 % lässt sich auch eine Reduzierung der Arbeitszeit erreichen. So könnte u.E. auch vereinbart werden, eine wöchentliche Arbeitszeit von 37,5 Stunden bei entsprechendem Arbeitsanfall nach unten zu reduzieren, wobei aber mindestens 30 Stunden in der Woche zu arbeiten sind. Die 25 % Regelung ist dabei aber immer auf die Sockelarbeitszeit anzuwenden.

3. Bandbreitenregelungen

Mit dem Urteil des BAG ist es u.E. auch vereinbar, eine Bandbreitenregelung zu vereinbaren. Zulässig ist daher bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden zu vereinbaren, dass der Arbeitnehmer bei entsprechendem Arbeitsanfall 32 bis 40 Stunden in der Woche arbeiten muss. Bei der Bandbreitenregelung ist zu beachten, dass eine kombinierte Reduzierung und Anhebung des Arbeitszeitvolumens in der Größenordnung wie oben unter 1. und 2. dargestellt unwirksam ist. Die kombinierte Anwendung bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von z.B. 30 Stunden hätte eine Bandbreite von 24 bis 37,5 Stunden zum Ergebnis und würde sich nicht mehr im Einklang mit dem BAG befinden.

V. Hinweise für die Praxis

Nach § 12 Abs. 2 TzBfG hat der Arbeitgeber eine Mitteilungsfrist von vier Tagen einzuhalten, weshalb aus Gründen der Klarheit eine entsprechende Regelung in den Arbeitsvertrag aufzunehmen ist, die festlegt, wann dem Arbeitnehmer der jeweilige Arbeitsumfang mitzuteilen ist. Im Bereich der AGB-Kontrolle folgt aus § 307 Abs.1 BGB, dass die Vereinbarung dem Transparenzgebot entsprechen muss. Widersprüchliche oder unklare Klauseln gehen zu Lasten des Verwenders.

Es ist daher notwendig, mit der erforderlichen Klarheit insbesondere zu regeln, dass Abrufarbeit vereinbart wird und die nach Aufforderung bei entsprechendem Arbeitsanfall geleisteten Arbeitsstunden vergütet werden.

Ferner hat sich die Anordnung des Arbeitgebers, d.h. die Ausübung des vertraglich eingeräumten Leistungsbestimmungsrecht, an § 315 Abs. 1 BGB zu messen. Das BAG verlangt, dass der Arbeitgeber bei der Ausübung die Interessen des Arbeitnehmers, v.a. dessen private Planungssicherheit nach billigem Ermessen ausreichend berücksichtigt.

Wie auch bei der Anordnung von Überstunden sind selbstverständlich die Vorgaben des ArbZG einzuhalten.

Schließlich sind auch kollektivrechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Im Anwendungsbereich eines Tarifvertrages sind etwaig bestehende vorrangige Klauseln zu beachten, die bis zu einem Verbot von Abrufarbeit reichen können.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG unterliegt die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht der Mitbestimmung der Arbeitnehmervertretung. Damit ist das Arbeitszeitvolumen, welches die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung inhaltlich festlegt, mitbestimmungsfrei (vgl. Fitting, 23. Aufl., § 87 Rz. 103). Werden allerdings durch die flexible Arbeitszeitgestaltung beispielsweise einheitliche oder verschiedene Arbeitszeitvolumina auf Wochen, Tage und Stunden so verteilt, dass der Betrieb an den Werktagen zu bestimmten Zeiten tätig sein soll, so ist bei einem entsprechenden Regelungsbedürfnis das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr.2 BetrVG tangiert, da insoweit die Lage der Arbeitszeit betroffen ist (vgl. Richardi, 10. Aufl., § 87 BetrVG Rz. 287). Insofern ist in diesen Betrieben stets zu prüfen, ob durch die Arbeitszeitgestaltung generelle Gegenstände der Mitbestimmung betroffen sein könnten.

Meldungen:

1. Rechtsprechungsänderung zur Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen – Wegfall der „Domino-Theorie“

BAG vom 09.11.2006 (Az.: 2 AZR 812/05),

BAG-Pressemitteilung Nr. 86/06

Führt der Arbeitgeber im Betrieb einen Personalabbau durch, welcher nur einen Teil der Belegschaft umfasst, so ist zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmer eine Sozialauswahl durchzuführen. Zur Bewertung der sozialen Schutzwürdigkeit wird häufig auf anerkannte Punktesysteme zurückge-



griffen. Die vergleichbaren Arbeitnehmer können somit nach dem Punktwert für ihre Schutzwürdigkeit rangmäßig aufgelistet und ausgewählt werden.

Konnte im Kündigungsschutzprozess erfolgreich geltend gemacht werden, dass bei der Ermittlung der Punktzahlen Fehler unterlaufen sind und bei richtiger Ermittlung der Punktzahlen auch nur ein Arbeitnehmer nicht zur Kündigung angestanden hätte, wurden nach bisheriger Rechtsprechung die Kündigungen aller gekündigten Arbeitnehmer als unwirksam angesehen (sog. „Domino-Theorie“).

Mit dem vorliegenden Urteil ändert das BAG seine Rechtsprechung hierzu: Kann der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess aufzeigen, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch bei richtiger Erstellung der Rangliste anhand des Punktesystems zur Kündigung angestanden hätte, so ist die Kündigung nicht mehr wegen der fehlerhaften Sozialauswahl unwirksam. In diesen Fällen sei der Fehler für die Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers nicht ursächlich gewesen und die Sozialauswahl jedenfalls im Ergebnis ausreichend.

Praxistipp:

Trotz großer Bedeutung für etwaige Kündigungsschutzprozesse im Rahmen eines Personalabbaus ist die vorliegende Entscheidung für vergleichbare Fälle noch mit Vorsicht zu genießen. Der zugrunde liegende Fall bezieht sich auf einen Fehler bei der Punkteverteilung. Ob das Kriterium der Ursächlichkeit auch für Fälle gelten wird, in denen nach korrekter Punktermittlung schutzwürdigere Arbeitnehmer gekündigt werden, bleibt abzuwarten.

Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Punktesystemen für die Sozialauswahl siehe auch BAG vom 26.07.2005 – 1 ABR 29/04 (unser Newsletter 02/06).

2. Anfechtung eines Arbeitsverhältnisses wegen Bewerbung mit gefälschtem Zeugnis auch nach Jahren möglich

*LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.10.2006
(Az.: 5 Sa 25/06)*

Dass sich ein Arbeitnehmer bei Fälschung seiner Einstellungsunterlagen auch nach über acht Jahren nicht seiner Sache sicher sein kann, zeigt eine Entscheidung des LAG Baden-Württemberg vom 13.10.2006. Ein Arbeitnehmer hatte bei seiner Einstellung gefälschte Ausbildungszeugnisse vorgelegt. Der Arbeitgeber erhielt erst nach acht Jahren Hinweise hierauf. Er hat deshalb das Arbeitsverhältnis wegen arglistiger Täuschung angefochten und zusätzlich hilfsweise außerordentlich fristlos und ordentlich gekündigt. Auf die

beiden Kündigungen kam es nicht mehr entscheidend an. Das LAG Baden-Württemberg hat bereits die Anfechtung als wirksam angesehen. Die Anfechtung hat das Arbeitsverhältnis „ex nunc“, d.h. mit sofortiger Wirkung, beendet. Das Hauptargument des Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung wäre über acht Jahre beanstandungsfrei gewesen, ließ das LAG nicht gelten. Das Arbeitsverhältnis war gerade wegen der Fälschung der Einstellungsunterlagen nicht beanstandungsfrei. Den Einwand, dass die Anfechtung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt, teilte das LAG ebenfalls nicht.

Schließlich war die Anfechtung auch nicht verfristet. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung muss binnen Jahresfrist nach Entdeckung der Täuschung erfolgen. Sie ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der maßgeblichen Erklärung, im vorliegenden Fall der Abschluss des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber, zehn Jahre verstrichen sind. Im vorliegenden Fall lag die Täuschung noch keine zehn Jahre zurück und der Arbeitgeber hatte zeitnah nach Entdeckung dass er getäuscht worden war, die Anfechtung geklärt.

3. Abschluss eines Ausbildungsvertrages unter dem Vorbehalt der gesundheitlichen Eignung

LAG Hamm vom 12.09.2006 (Az.: 9 Sa 2313/06)

Zu der Frage möglicher Vertragsgestaltungen – hier am Beispiel eines Ausbildungsvertrages – hat sich das LAG Hamm geäußert.

Hintergrund des Urteilsspruches war ein Ausbildungsvertrag zur Gesundheits- und Krankenpflegerin. Der Arbeitgeber hatte diesen Vertrag unter dem Vorbehalt abgeschlossen, dass sich die Auszubildende einer Einstellungsuntersuchung unterzieht und diese Untersuchung „ergibt, dass die Krankenpflegerschülerin für die vorgesehene Tätigkeit gesundheitlich geeignet ist.“ Die durchgeführte Untersuchung führte jedoch zu dem Ergebnis, dass gegen die Beschäftigung der Auszubildenden „gesundheitliche Bedenken nach den Kriterien der Einstellungsuntersuchung“ bestehen.

Die Klage der Pflegeschülerin auf Feststellung eines Ausbildungsverhältnisses blieb erfolglos. Das Gericht ist dem Arbeitgeber gefolgt, der argumentiert hatte, dass es sich bei dem Vorbehalt der gesundheitlichen Eignung um eine zulässige aufschiebende Bedingung handele. Nicht zur Unwirksamkeit führte auch die von der Auszubildenden als zu unbestimmt gerügte Formulierung des Vorbehalts. Das Gericht sah – davon ist zumindest auszugehen – die Formulierung auch vor dem Hintergrund der §§ 305 ff BGB und hier insb. des Transparenzgebotes als bestimmt genug an.

**Praxistipp:**

Die Entscheidung ist in zweierlei Hinsicht interessant: Zum einen lässt sich festhalten, dass Ausbildungs- und damit auch Arbeitsverhältnisse gdsL. unter dem Vorbehalt einer Gesundheitsuntersuchung geschlossen werden dürfen, was insb. in der Gastronomie von Bedeutung sein dürfte, aber u.U. auch auf die Beibringung erforderlicher Unterlagen (bspw. Aufenthalts- und Arbeiterlaubnisse) anzuwenden sein kann. Ob dies tatsächlich – wie vorliegend – als aufschiebende Bedingung oder gar als auflösende Bedingung erfolgt, sei zunächst dahingestellt. Zu beachten ist jedoch: Wurde das Arbeitsverhältnis bereits in Vollzug gesetzt, d.h. die Arbeitsleistung erbracht, könnte eine auflösende Bedingung nur nach den Regelungen über das faktische Arbeitsverhältnis behandelt werden, d.h. eine Rückabwicklung des Arbeitsverhältnisses kommt nicht in betracht.

Entsprechende Vorbehaltsklauseln unterliegen jedoch den Bestimmungen des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen. An die Formulierung der Vorbehaltsklausel – insb. bzgl. der konkreten Bedingungen – sind deshalb hohe Anforderungen zu stellen und auf größtmögliche Sorgfalt in der Gestaltung zu achten. Abschließend ist noch auf die „Unklarheitenregel“ hinzuweisen. Auch im Arbeitsrecht gilt: Unklare Formulierungen in formularmäßig verwendeten Verträgen gehen zu Lasten des Verwenders, hier also des Arbeitgebers.

4. Übergangsregelung für Tarifverträge im Arbeitszeitgesetz ist ausgelaufen

Pressemitteilung des BMAS vom 29.01.2007

Am 31. Dezember 2006 ist die Übergangsregelung für Tarifverträge in § 25 Arbeitszeitgesetz ausgelaufen. Damit sind ab dem 1. Januar 2007 nur noch diejenigen Arbeitszeitregelungen zulässig, welche den gesetzlich vorgegebenen Abweichungsrahmen einhalten.

Auf Grund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist das Arbeitszeitgesetz zum 1. Januar 2004 geändert worden. Der EuGH hatte am 9. September 2003 im Fall eines deutschen Arztes entschieden, dass Bereitschaftsdienst insgesamt als Arbeitszeit im Sinne der EG-Arbeitszeitrichtlinie anzusehen ist. Die Neuregelungen des Arbeitszeitgesetzes sollen Spielräume für eine praxisgerechte

Arbeitszeitgestaltung mit Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst eröffnen. Nach den Änderungen gelten diese Dienste in vollem Umfang als Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne. Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst müssen deshalb voll auf die gesetzliche Höchstarbeitszeit angerechnet und dementsprechend in den Arbeitszeitausgleich einbezogen werden.

Nach dem Auslaufen der Übergangsregelung ab dem 1. Januar 2007 gilt grundsätzlich Folgendes:

- Die werktägliche Arbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst und Ruhepausen kann auf der Grundlage tarifvertraglicher Regelungen längstens bis auf 24 Stunden verlängert werden.
- Spätestens nach 24 Stunden täglicher Arbeitszeit ist grundsätzlich eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden zu gewähren.
- Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit darf 48 Stunden innerhalb des gesetzlichen (sechs Kalendermonate oder 24 Wochen) bzw. tariflich festgelegten (ein Jahr) Ausgleichszeitraums nicht übersteigen.
- Nur wenn ein Tarifvertrag dies zulässt, kann mit individueller Zustimmung des Arbeitnehmers die Arbeitszeit auch über durchschnittlich 48 Stunden pro Woche verlängert werden (Opt-out).

Ansprechpartner:

Joachim Zobel

Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

Seraphim Ung Kim

Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

Aribert Panzer

Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

Florian Götz

Rechtsanwalt

Alexander von Saenger

Rechtsanwalt

Claudia Zobel

Dipl.-Betriebswirtin (FH)

Sollten Sie Fragen zum Infobrief oder zu aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts haben, so stehen Ihnen die Ansprechpartner jederzeit gerne zur Verfügung. Dieser Infobrief ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten sowie anderer interessierter Personen. Er kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Falls Sie kein Interesse mehr an unseren kostenlosen Infobriefen haben, teilen Sie uns das bitte mit.

**Schultze & Braun GmbH
Rechtsanwalts-gesellschaft**

Rothenburger Str. 241
90439 Nürnberg
Telefon 09 11/6 00 01-0
Telefax 09 11/6 00 01-10

Niederlassungen in: Achem, Berlin, München

Unser Leistungsangebot können Sie unter
<http://www.schubra.de/de/arbeitsrecht/arbeitsrecht.php> einsehen.



Schultze & Braun GmbH
Rechtsanwalts-gesellschaft

Haftungsausschluss:

Die in diesem Infobrief Arbeitsrecht dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten ersetzen nicht die individuelle rechtliche Beratung für den Einzelfall. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.