



FORUM ARBEITSRECHT

01 / 2007

**Raupach
& Wollert-Elmendorff**

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Berlin Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hannover München Stuttgart

INHALT

I. Aktuelle Gesetzgebung

Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen (BGBl. I 2007 S. 538 ff.)

II. Rechtsprechung

1. Unwirksamkeit der „Zillmerung“ von Lebensversicherungstarifen im Rahmen der Entgeltumwandlung
LAG München, Urt. v. 15.03.2007 – 4 Sa 1152/06 (n.v., nicht rechtskräftig)
2. Geltung der verlängerten Kündigungsfristen des § 622 BGB für arbeitnehmerähnliche Personen
LAG Köln, Urt. v. 29.05.2006 – 14 (5) Sa 1343/05, BB 2006, 2312
3. Unwirksamkeit von Aufhebungsverträgen bei nur vorgetäuschem Betriebsübergang BAG,
Urt. v. 23.11.2006 – 8 AZR 349/06 (n.v.)
4. Verzicht auf Kündigungsschutzklage in AGB nach Ausspruch der Kündigung ist ohne kompensatorische Gegenleistung des Arbeitgebers unwirksam
LAG Stuttgart, Urt. v. 19.07.2006 – 2 Sa 123/05 (n.v.)
5. Unterschreitung der gesetzlichen Abfindungshöhe des § 1a KSchG – Sozialabfindung aufgrund Abrede mit Betriebsrat
LAG Stuttgart, Urt. v. 26.06.2006 – 4 Sa 24/06 (n.v.)
6. Überschreitung des Schwellenwerts von § 23 KSchG – Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit des KSchG liegt beim Arbeitnehmer
LAG Mainz, Urt. v. 29.03.2006 – 10 Sa 875/05 (n.v.)
7. Unwirksamkeit einer Verpflichtung zur Rückzahlung einer Erfolgsbeteiligung bei betriebsbedingter Kündigung
LAG Stuttgart, Urt. v. 15.05.2006 – 15 Sa 148/05 (n.v.)
8. Unterrichtungspflichten bei Betriebsübergang: Verlängerung der Widerspruchsfrist bei Fehlern
BAG, Urt. v. 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 (n.v.)
9. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: Fristlose Kündigung von Vorgesetzten
LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 27.09.2006 – 3 Sa 163/06 (n.v.)

III. Sonstiges

1. Weniger Gehalt für Frauen
2. Schwerbehinderte Menschen – Freistellung von Mehrarbeit

I. Aktuelle Gesetzgebung

Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen (BGBl. I 2007, S. 538)

Am 1. Mai 2007 trat das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen in Kraft, das unter anderem eine erweiterte Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Menschen, einen neuen Eingliederungszuschuss, die Übernahme von Weiterbildungskosten und eine Entgeltsicherung für ältere Menschen vorsieht.

Die sachgrundlose Befristung ist gem. § 14 Abs. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz bis zu einer Dauer von fünf Jahren dann möglich, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrags zulässig. Durch diese Flexibilisierung der Befristungsregelungen erhofft sich die Bundesregierung eine Zunahme der Beschäftigung von Menschen über 52.



In bestimmten Fällen können Arbeitgeber Eingliederungszuschüsse bei der Einstellung Älterer (ab 50 Jahre) in Höhe von mindestens 30 und höchstens 50 Prozent des berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelts und einer Dauer von mindestens 12 und höchstens 36 Monaten erhalten. Arbeitnehmer müssen individuelle Vermittlungshemmnisse aufweisen oder 6 Monate arbeitslos gewesen sein bzw. an bestimmten geförderten Maßnahmen teilgenommen haben. Darüber hinaus übernimmt die Arbeitsagentur die Kosten von Weiterbildungen, wenn diese außerhalb des Betriebs durchgeführt werden, der Arbeitnehmer mindestens 45 Jahre alt ist und in dem Betrieb weniger als 250 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Neu ist außerdem die Möglichkeit älterer Menschen (mind. 50 Jahre), einen Entgeltsicherungszuschuss („Kombilohn“) in Form einer Einkommensaufstockung sowie zusätzlicher Rentenbeiträge bei Aufnahme einer niedriger entlohnten Beschäftigung zu beantragen (für maximal 2 Jahre, im ersten Jahr 50% und im zweiten Jahr 30% der Einkommensminderung im Vergleich zur früheren Tätigkeit).

Dr. Sebastian Baum, EMLE, Büro Hamburg

II. Rechtsprechung

1. Unwirksamkeit der Zillmerung von Lebensversicherungstarifen im Rahmen der Entgeltumwandlung

LAG München, Urt. v. 15. März 2007 –
4 Sa 1152/06 (n.v., nicht rechtskräftig)

A. Orientierungssatz

Eine Entgeltumwandlungsvereinbarung verstößt gegen das Gebot der Wertgleichheit von umgewandelten Entgeltansprüchen und Anwartschaft auf Versorgungsleistungen aus §§ 1 Abs. 2 Ziff. 3, 17 Abs. 3 S. 3 BetrAVG, gegen die Regelung der Portabilität gem. § 4 BetrAVG sowie gegen §§ 307 ff. BGB, wenn sie eine betriebliche Altersversorgung über einen gezillmernten Lebensversicherungstarif zum Gegenstand hat.

B. Problemstellung

Seit dem 1. Januar 2002 haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Einrichtung einer betrieblichen Altersversorgung im Rahmen der Entgeltumwandlung gem. § 1a BetrAVG. Häufig haben Arbeitgeber, die selbst entscheiden können, welchen Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung sie den Arbeitnehmern im Rahmen der Entgeltumwandlung anbieten, die Durchführung über eine Direktversicherung (Lebensversicherung) oder eine durch einen Lebensversicherungsvertrag rückgedeckte Unterstützungs- oder Pensionskasse gewählt. Dabei sehen die Tarife der Lebensversicherer häufig eine so genannte „Zillmerung“ vor. Gezillmernte Lebensversicherungsverträge sind solche, bei denen mit den eingezahlten Beiträgen zunächst die Versicherungs- und Abschlusskosten sowie sämtliche Vertriebs- und Akquisitionskosten vollständig getilgt werden, bevor die Beiträge erst danach zum Aufbau eines Deckungskapitals für die Altersversorgung führen. Solche gezillmernten Lebensversicherungstarife haben zur Folge, dass – was sich im Rückkaufswert der Lebensversicherung bei vorzeitiger Auflösung ausdrückt – in den ersten Jahren des Bestehens der Versicherung die garantierte Rückzahlungsleistung bei Kündigung bzw. Kapitalabfindung der Versicherung nicht einmal die Summe der einge-



zahlten Beiträge/Prämien in Höhe der umgewandelten Vergütungsanteile erreicht, ganz zu schweigen von jeglicher Verzinsung.

C. Entscheidungsinhalt

Die im Jahre 1975 geborene Klägerin war von 1991 bis 2005 bei der Beklagten beschäftigt und hatte am 7. März 2002 eine Entgeltumwandlungsvereinbarung mit dieser abgeschlossen, nach welcher monatlich EUR 178,00 vom Gehalt abgezogen und einer Versorgungskasse zugewendet wurden, die ihrerseits der Klägerin eine Versorgungszusage im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung erteilte. Die Versorgungskasse schloss als Versicherungsnehmerin zur Deckung der der Klägerin erteilten Versorgungszusage eine Rückdeckungsversicherung mit einer Lebensversicherungs AG über eine Altersversorgung der Klägerin ab dem Alter von 65 mit einer jährlichen Altersrente von EUR 5.060,00 ab. Zum Zeitpunkt des Ausscheidens der Klägerin aus dem Anstellungsverhältnis mit der Beklagten betrug der Rückkaufswert im Rahmen

der Abfindungsregelungen nach § 3 BetrAVG EUR 639,00, obwohl die Klägerin insgesamt Beiträge in Höhe von EUR 6.230,00 an die Versorgungskasse gezahlt hatte. Die Differenz in Höhe von EUR 5.591,00 verlangte die Klägerin von der Beklagten heraus.

Das LAG München entschied, dass von einer Wertgleichheit zwischen eingezahlten Beträgen und erworbener Anwartschaft im vorliegenden Fall „auch nicht ansatzweise die Rede sein“ könne, obwohl in der Rückdeckungsversicherung auch ein Todesfallrisikoanteil enthalten sei. Dabei spiele der vom Arbeitgeber gewählte Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung keine Rolle. Außerdem widerspreche eine Zillmerung im Rahmen der Entgeltumwandlung der neu eingeführten Portabilität der Betriebsrentenansprüche gem. § 4 BetrAVG, da sich der Anspruch des Arbeitnehmers auf Übertragung seiner Anwartschaft in der Regel auf den aktuellen Übertragungswert bezieht und der Übertragungswert grundsätzlich dem Barwert bzw. Rückkaufswert entspricht. Bei einer Zillmerung würde der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Arbeitgebers stets nur niedrige Ansprüche „mitnehmen“ können und bei jedem neuen Entgeltumwandlungsvertrag praktisch bei Null anfangen. Der Entgeltumwandlungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten sei somit wegen Verstoßes gegen das BetrAVG gem. § 134 BGB und §§ 307 ff. BGB unwirksam.

D. Relevanz für die Personalpraxis

Das Urteil des LAG München hat in der allgemeinen sowie fachlichen Presse große Beachtung gefunden. Die Arbeitgeberseite sowie die Unternehmen der Lebensversicherungsbranche befürchten zum Teil sehr negative Auswirkungen durch die massenhafte Rückabwicklung von Entgeltumwandlungsvereinbarungen. Ob sich dieses Szenario bewahrheiten wird, kann jetzt noch nicht endgültig beurteilt werden. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig, da Revision zum BAG eingelegt wurde. Arbeitgeber sollten jedoch dann, wenn sie

eine große Anzahl von Entgeltumwandlungsvereinbarungen, denen gezillmerzte Lebensversicherungsverträge zugrunde liegen, abgeschlossen haben, bereits heute über eine Risikobewertung nachdenken und eventuell den Kontakt zu den sie beratenden Versicherungsunternehmen aufnehmen. Bei neu abzuschließenden Entgeltumwandlungsvereinbarungen sollte die Wahl nicht-gezillmerter Produkte erwogen werden.

Dr. Sebastian Baum, EMLE, Büro Hamburg

2. Geltung der verlängerten Kündigungsfristen des § 622 BGB für arbeitnehmerähnliche Personen

LAG Köln, Urt. v. 29.05.2006 – 14 (5) Sa 1343/05, BB 2006, 2312

A. Orientierungssatz

Eine arbeitnehmerähnliche Person kann sich bei einer Kündigung durch den Auftraggeber nach langjähriger Beschäftigung auf die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 BGB berufen.

B. Problemstellung

Arbeitnehmer genießen Kündigungsschutz nach Maßgabe des KSchG; die Kündigungsfristen dürfen die in § 622 BGB vorgesehene Dauer nicht unterschreiten. Es stellt sich die Frage, ob auch arbeitnehmerähnliche Personen unter den Schutzbereich von § 622 BGB samt einer verlängerten Kündigungsfrist fallen.

C. Entscheidungsinhalt

Im Streitfall war der Kläger über 15 Jahre lang für die Beklagte als Frachtführer tätig. Der Kläger arbeitete nur für die Beklagte, wobei ihm festgelegte Touren übertragen worden waren und seine Lieferwagen mit dem Logo der Beklagten bestückt waren. Als die Beklagte dem Kläger kündigte, entschied das LArbG Köln, dass der Kläger die Stellung einer arbeitnehmerähnlichen Person innehat.



Auch Selbständige können wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sein, insbesondere wenn sie auf Grund von Dienst- oder Werkverträgen für andere Personen tätig sind, die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern erbringen und überwiegend für eine Person tätig sind oder ihnen von einem Auftraggeber im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zusteht, dass sie für ihre Erwerbstätigkeit insgesamt beanspruchen können. Eine persönliche Abhängigkeit darf indes nicht vorliegen.

Das LAG Köln geht von einer Anwendbarkeit der verlängerten Kündigungsfrist von 6 Monaten nach langjähriger Beschäftigung gemäß § 622 Abs. 2 Nr. 6 BGB und § 29 Abs. 4 Nr. 6 Heimarbeitsgesetz (HAG) aus, weil auch arbeitnehmerähnliche Personen sozial schutzbedürftig sind. Die Schutzfunktion des Begriffs des Arbeitsplatzes im Sinne von Art. 12 GG greift auch zugunsten von arbeitnehmerähnlichen Personen

ein. Die Staffelung von Beendigungsfristen nach der Dauer der Tätigkeit stimmt ebenfalls mit der tarifrechtlichen Praxis für arbeitnehmerähnliche Personen überein. Darüber hinaus ist im Zivilrecht der Grundgedanke verankert, dass auf Dauerrechtsverhältnisse bei längerem Zeitablauf verlängerte Kündigungsfristen anzuwenden sind, so z.B. für den Mieter nach § 573c BGB oder den Handelsvertreter gemäß § 89 HGB.

D. Relevanz für die Personalpraxis

Arbeitgeber haben auch bei der Kündigung von arbeitnehmerähnlichen Personen die verlängerte Kündigungsfrist nach langjähriger Beschäftigung gemäß § 622 Abs. 2 BGB und § 29 HAG einzuhalten. Der Kündigungsschutz nach dem KSchG greift jedoch nicht ein.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

3. Unwirksamkeit von Aufhebungsverträgen bei nur vorgetäushtem Betriebsübergang

BAG, Urt. v. 23.11.2006 – 8 AZR 349/06, ZIP 2007, 643

A. Orientierungssatz

Ein Aufhebungsvertrag ist unwirksam, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer wahrheitswidrig eine bevorstehende Betriebsstillegung vorspiegelt, obwohl ein Betriebsübergang geplant ist. Die Arbeitsvertragsparteien können das Arbeitsverhältnis wegen eines Betriebsübergangs wirksam durch Aufhebungsvertrag beenden, wenn die Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb abzielt.

B. Problemstellung

Das Bundesarbeitsgericht hatte zu entscheiden, ob ein Aufhebungsvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten werden kann, weil der vorläufige Insolvenzverwalter einer GmbH vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Belegschaft mitgeteilt hatte, dass

der Betrieb stillgelegt werde. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fand doch noch ein Betriebsübergang in Form der Übernahme wesentlicher Vermögensgegenstände statt, bei dem Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergangen.

C. Entscheidungsinhalt

Im Streitfall hatte der Arbeitnehmer (Kläger) im Hinblick auf die angekündigte Betriebsstilllegung einen Aufhebungsvertrag unterzeichnet, wonach er nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einer Transfergesellschaft eintreten sollte. Diesen Aufhebungsvertrag wollte der Kläger aufgrund arglistiger Täuschung des Insolvenzverwalters des Arbeitgebers anfechten und begehrte die Feststellung des Fortbestands seines Arbeitsverhältnisses. Der Kläger war der Auffassung, der Betriebsübergang sei von vornherein geplant gewesen, während die Beklagte behauptete, dass eine Betriebsübernahme gescheitert sei und erst nach Abschluss des Aufhebungsvertrags durch eine erneute Kontaktaufnahme des Insolvenzverwalters teilweise realisiert werden konnte.

Das Gericht entschied, dass der Aufhebungsvertrag nicht wegen einer Umgehung des § 613a BGB unwirksam war, da nicht nur eine Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses, sondern das endgültige Ausscheiden des Klägers aus dem Betrieb beabsichtigt war. Das Arbeitsverhältnis konnte daher nicht gem. § 613a BGB auf den Betriebserwerber übergehen, weil es schon vor dem Betriebsübergang wirksam beendet war.

D. Relevanz für die Personalpraxis

§ 613a BGB verbietet Aufhebungsverträge zwischen dem ehemaligen oder dem neuen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer nicht (BAG Urt. v. 11.12.1997, Az.: 8 AZR 654/95; NZA 1999, 262). Jedoch müssen Aufhebungsverträge auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet sein. Eine unzulässige Umgehung von § 613a BGB liegt vor, wenn nach Abschluss des Aufhebungsvertrags ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserwerber zu

ungünstigeren Konditionen für den Arbeitnehmer eingegangen wird (BAG Urt. v. 10.12.1998, Az.: 8 AZR 324/97; NZA 1999, 422). Die Zwischenschaltung einer Transfergesellschaft ist indes zulässig, wenn bei Abschluss des Aufhebungsvertrags die Übernahme von wesentlichen Vermögensgegenständen des Betriebs auf einen späteren Erwerber noch nicht feststeht. Wenn Vermögensgegenstände eines insolventen Betriebs übernommen werden, können die Arbeitsverhältnisse nicht nach § 613a BGB übergehen, da die Arbeitnehmer, die zwischenzeitlich in die Transfergesellschaft gewechselt sind, dem insolventen Arbeitgeber nicht mehr zugerechnet werden.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

4. Verzicht auf Kündigungsschutzklage in AGB nach Ausspruch der Kündigung ist ohne kompensatorische Gegenleistung des Arbeitgebers unwirksam

LAG Stuttgart, Urt. v. 19.07.2006 – 2 Sa 123/05 (n.v.)

A. Orientierungssatz

Wenn dem Arbeitnehmer keine kompensatorische Gegenleistung versprochen wird, ist der Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), auch wenn er nach Ausspruch der Kündigung erfolgt, unwirksam.

B. Problemstellung

Die Entscheidung betrifft die Frage, ob ein formularmäßiger Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach Ausspruch der Kündigung wirksam ist.

C. Entscheidungsinhalt

Im Streitfall hatten ein Betriebsinhaber und eine Arbeitnehmerin darüber gestritten, ob eine außerordentliche Verdachtskündigung und ein formularmäßiger Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage nach Ausspruch der

Kündigung wirksam waren. Die Klägerin des Rechtsstreits war bei der Beklagten als Kassiererin beschäftigt und wurde wegen des Verdachts der Unterschlagung von Tageseinnahmen in Höhe von 4.375 Euro fristlos gekündigt. Außerdem kündigte die Beklagte zwei weiteren Kassiererinnen, da nicht festgestellt werden konnte, welche von ihnen das Geld unterschlagen hatte. Die Kündigung erfolgte auf einem von der Beklagten verwendeten Vordruck. Die Klägerin unterschrieb auf diesem Formular, dass sie auf eine Klage gegen die Kündigung verzichte.

Das LArbG Stuttgart entschied, dass die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB unwirksam war, da der Sachverhalt nicht ausreichte, um einen starken oder sogar dringenden Verdacht gegen die Klägerin wegen der Entwendung der Tageseinnahmen zu begründen. Ein Verdachtsgrad von 1/3 kann keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

Das LArbG Stuttgart bewertete den Klageverzicht ferner als unwirksam, weil die formulärmäßige Verzichtserklärung der AGB-Kontrolle nach §§ 307 Abs. 1 S. 1, 310 Abs. 4 BGB unterliegt und mangels kompensatorischer Gegenleistung in der Regel eine unangemessene Benachteiligung für die Klägerin darstellt.

D. Relevanz für die Personalpraxis

Das Urteil macht deutlich, dass der Klageverzicht des gekündigten Arbeitnehmers nur dann wirksam ist, wenn der Arbeitgeber vor der Unterschrift des Arbeitnehmers hinsichtlich des Klageverzichts Gegenleistungen verspricht. Nur bei einer solchen kompensatorischen Gegenleistung liegt keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vor, so dass dieser wirksam auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage verzichten kann.

Eine (außerordentliche) Verdachtskündigung ist nur dann gerechtfertigt, wenn starke Verdachtsmomente auf objektiven Tatsachen beruhen. Darüber hinaus müssen die Verdachtsmomente geeignet sein, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören. Der Arbeitgeber muss überdies alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung



des Sachverhalts unternommen haben, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

5. Unterschreitung der gesetzlichen Abfindungshöhe des § 1a KSchG – Sozialabfindung aufgrund Abrede mit Betriebsrat

LAG Stuttgart, Ur. v. 26.06.2006 – 4 Sa 24/06 (n.v.)

A. Orientierungssatz

Arbeitgeber können auch eine geringere Abfindung als die des § 1a KSchG in Höhe von 0,5 Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr anbieten, wenn für den Arbeitnehmer im Kündigungsschreiben erkennbar ist, dass Grundlage nicht § 1a KSchG, sondern eine vertragliche Abrede, wie z.B. eine Protokollnotiz zum Sozialplan ist.

B. Problemstellung

Im Streitfall hatte das Gericht zu entscheiden, ob ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer eine betriebsbedingte Änderungskündigung aussprechen und parallel bei

Verstreichenlassen der Klagfrist und Nichtannahme der geänderten Arbeitsbedingungen eine Abfindung anbieten kann, die unter dem Betrag der gemäß § 1a Abs. 2 KSchG vorgeschriebenen 0,5 Monatsgehälter pro Beschäftigungsjahr liegt.

C. Entscheidungsinhalt

Im Streitfall hatte das LAG Stuttgart über die Klage eines Arbeitnehmers zu befinden, der die Zahlung einer weiteren Abfindung in Höhe der Differenz zwischen der gezahlten Abfindung und der nach § 1a KSchG berechneten Abfindung verlangte. Im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen schlossen der beklagte Arbeitgeber und der Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan. Die Betriebsänderung lag in der Verlegung der Produktion an einen anderen Ort. Alle vom Standortwechsel betroffenen Mitarbeiter, so auch der Kläger, erhielten eine betriebsbedingte Änderungskündigung. Eine zunächst nicht vorgesehene Abfindung wurde bei Verstreichenlassen der Kündigungsfrist und Nichtannahme der geänderten Arbeitsbedingungen in Höhe von ca. 0,25 Monatsverdiensten pro Beschäftigungsjahr, wie im Interessenausgleich und Sozialplan vereinbart, angeboten. Diese Abfindungsregelung vereinbarten die Betriebsparteien, weil ein Umzug für viele Arbeitnehmer unzumutbar war.

Das LAG Stuttgart entschied, dass dem Kläger nicht die Abfindung gemäß § 1a Abs. 2 KSchG in Höhe von 0,5 Monatsverdiensten pro Beschäftigungsjahr zusteht, da die Beklagte keinen Hinweis auf einen Abfindungsanspruch im Sinn des § 1a Abs. 2 KSchG gegeben habe. Sie habe lediglich auf den Sozialplan hingewiesen, der eine niedrigere Abfindung vorsah. § 1a Abs. 2 KSchG verbiete eine abweichende Parteivereinbarung über eine geringere oder höhere Abfindung nicht. Ansonsten wäre die außergerichtliche Streitbeilegung in erheblichem Maß erschwert, wenn die Parteien keine Spielräume für Abwicklungsvereinbarungen mehr hätten. § 1a KSchG solle lediglich ein weiteres arbeitsrechtliches Instrument zur einvernehmlichen Streitbeilegung zur Verfügung stellen. Die Beklagte habe demnach nicht das standardisierte Verfahren gemäß § 1a KSchG eingeschlagen, sondern nur ein vertragliches Abfindungsangebot unterbreitet.

D. Relevanz für die Personalpraxis

Das Urteil macht deutlich, dass ein Arbeitgeber die Zahlung einer freiwilligen Abfindung von einem Verzicht auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage nach Erhalt der Kündigung abhängig machen kann. Der Arbeitgeber darf in diesem Zusammenhang ohne Weiteres auch eine geringere Abfindung als die des § 1a KSchG in Höhe von 0,5 Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr anbieten, wenn er dies für den Arbeitnehmer im Kündigungsschreiben erkennbar verdeutlicht. Dies kann durch den Verweis auf einen Sozialplan oder den Hinweis, dass es sich bei dem Angebot um ein solches auf Abschluss eines Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrages handelt, geschehen. Der Arbeitgeber sollte darüber hinaus klarstellen, dass die Berechnung des Angebots von der Berechnung nach § 1a KSchG abweicht.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

6. Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer nach § 23 KSchG – Darlegungs- und Beweislast für die Anwendbarkeit des KSchG liegt beim Arbeitnehmer

LAG Mainz, Ur. v. 29.03.2006 – 10 Sa 875/05 (n.v.)

A. Orientierungssatz

Arbeitnehmer tragen die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen im Sinn von § 23 KSchG für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes.

B. Problemstellung

Zur Entscheidung stand die Frage, wer die Darlegungs- und Beweislast für die Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer nach § 23 KSchG, d.h. für die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes trägt.



C. Entscheidungsinhalt

Der Kläger war als Musiklehrer bei der Beklagten beschäftigt und wandte sich mit einer Kündigungsschutzklage gegen seine ordentliche Kündigung. Die Klage wurde vom Arbeitsgericht abgewiesen. Das LAG Mainz wies auch die Berufung zurück, da die Kündigung nicht auf ihre soziale Rechtfertigung im Sinn von § 1 Abs. 2 KSchG hin zu überprüfen sei. Die Schutzvorschriften sind nämlich gemäß § 23 KSchG nicht auf Kleinbetriebe, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung angestellten beschäftigt werden, anwendbar. Der Kläger war der Auffassung, dass 70 sogenannte Honorarkräfte als Arbeitnehmer einzustufen seien. Die Beklagte ging jedoch davon aus, dass es sich bei diesen Personen um freie Dienstnehmer handelte. Vorliegend hat der Kläger nicht dargelegt und bewiesen, dass der Beklagte in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer exklusive der Auszubildenden beschäftigt. Legt der Kläger die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen nicht schlüssig dar, ist in Ermangelung eines ausreichenden Sachvortrags davon auszugehen, dass andere Mitarbeiter als freie Mitarbeiter und nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind.

D. Relevanz für die Personalpraxis

Im Kündigungsschutzprozess trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des KSchG. Allerdings reicht es aus, wenn er die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen schlüssig darlegt.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

7. Unwirksamkeit einer Verpflichtung zur Rückzahlung einer Erfolgsbeteiligung bei betriebsbedingter Kündigung

LAG Stuttgart, Ur. v. 15.05.2006 – 15 Sa 148/05 (n.v.)

A. Orientierungssatz

Die Klausel im Arbeitsvertrag, dass der Arbeitnehmer eine Erfolgsbeteiligung im Fall einer betriebsbedingten Kündigung durch den Arbeitgeber zurückzahlen muss, ist aufgrund unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers unwirksam.

B. Problemstellung

Das LAG Stuttgart hatte zu entscheiden, ob Klauseln im Arbeitsvertrag, die die Rückzahlung einer leistungsbezogenen Vergütung bei Kündigung vorsehen, wirksam sind, und ob mit Erfolgsbeteiligungen aufgerechnet werden kann, obwohl ein geschlossener Vergleich die Erledigung aller gegenseitigen Ansprüche vorsieht.

C. Entscheidungsinhalt

Im Streitfall wollte die Klägerin, die ehemalige Arbeitgeberin des Beklagten, die Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen Vergleich für unzulässig erklären lassen. Der Beklagte hatte gemäß seinem Anstellungsvertrag eine leistungsbezogene Erfolgsbeteiligung erhalten, die er im Fall der Kündigung zurückzahlen sollte. Im Zusammenhang mit einer Kündigungsschutzklage schlossen die Parteien einen Vergleich,

der bestimmte, dass der Beklagte eine Abfindung in Höhe von EUR 25.000,00 erhalten sollte und dass das Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher betriebsbedingter Kündigung beendet war. Mit dem Vergleich sollten alle beiderseitigen finanziellen Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis erledigt sein.

Die Klägerin zog jedoch bei der ordnungsgemäßen Abrechnung des Arbeitsverhältnisses von der Abfindung eine gezahlte Erfolgsbeteiligung ab, weshalb der Beklagte die Zwangsvollstreckung gegen die Klägerin aus dem Vergleich betrieb.

Das LAG Stuttgart entschied, dass die vertragliche Klausel über die Rückzahlung der Erfolgsbeteiligung der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB nicht standhalte. Die Erfolgsbeteiligung sei Teil des arbeitsvertraglich geschuldeten Entgelts und keine von einer unmittelbaren Gegenleistung unabhängige Sonderzahlung, da sie einen Leistungsbezug aufweist. Es verstoße daher gegen Treu und Glauben und gegen § 307 BGB, wenn der Arbeitnehmer trotz Erbringens der geschuldeten Leistung bei einer vom Arbeitgeber erklärten Kündigung aus betriebsbedingten Gründen dieses Entgelt zurückzahlen müsse.

D. Relevanz für die Personalpraxis

Arbeitgeber sollten in einem Kündigungsschutzprozess die geltend zu machenden Gegenforderungen ausdrücklich in einen Vergleich mit aufnehmen lassen, damit sie später mit ihnen aufrechnen können. Die Einbeziehung leistungsbezogener Vergütungen gehört dann zur ordnungsgemäßen Abrechnung des Arbeitsverhältnisses. Ansonsten schließt die meist gewählte Formulierung, dass „mit dem Vergleich alle beiderseitigen finanziellen Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis erledigt sind“, eine Rückforderung von Erfolgsbeteiligungen aus. Überdies kann eine arbeitsvertragliche Pflicht zur Rückzahlung von Erfolgsbeteiligungen in vorformulierten Vertragsbedingungen nicht wirksam vereinbart werden.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

8. Betriebsübergang: Verlängerung der Widerspruchsfrist bei fehlerhafter Unterrichtung über die Haftung

BAG, Urt. v. 14.12.2006 – 8 AZR 763/05, DB 2007, 975

A. Orientierungssatz

Werden Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang nicht gemäß § 613a Abs. 5 BGB ordnungsgemäß über die Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Betriebsinhabers informiert, wird die Monatsfrist des Arbeitnehmers zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht ausgelöst.

B. Problemstellung

Das BAG hatte zu entscheiden, ob der Widerspruch eines Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang auch nach Ablauf der Monatsfrist noch zulässig war, weil er nicht ordnungsgemäß über die Haftung des bisherigen und des neuen Betriebsinhabers unterrichtet wurde.

C. Entscheidungsinhalt

Im Streitfall war der Kläger bei der Beklagten im Bereich „Field Service“ beschäftigt gewesen, der am 1.1.2004 auf die E-GmbH übertragen wurde. Diese stellte am 5.11.2004 Insolvenzantrag. Am 28.10.2004 widersprach der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die E-GmbH.

Das BAG gab der Revision des Klägers statt und stellte fest, dass dessen Arbeitsverhältnis mit der Beklagten wegen seines wirksamen Widerspruchs fortbesteht. Grundsätzlich muss gemäß § 613a Abs. 6 BGB der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung über den Betriebsübergang erklärt werden. Die Widerspruchsfrist beginnt indes nicht zu laufen, wenn die Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang über die daraus resultierenden rechtlichen Folgen nicht ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet werden. Dem Arbeitnehmer soll eine ausreichende Wissensgrundlage für die Aus-

übung des Widerspruchsrechts zuteil werden. Speziell über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs, wie die Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des Betriebsübernehmers muss gemäß § 613a Abs. 2 BGB informiert werden.

D. Relevanz für die Personalpraxis

Bei einem geplanten Betriebsübergang sind Arbeitgeber gut beraten, Arbeitnehmer sorgfältig über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs zu unterrichten, insbesondere über die in § 613a Abs. 2 BGB geregelte Haftung des bisherigen und des neuen Betriebsinhabers. Anderenfalls können Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auch noch nach Ablauf der Monatsfrist wirksam widersprechen.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

9. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: Fristlose Kündigung von Vorgesetzten

LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 27.09.2006 – 3 Sa 163/06 (n.v.)

A. Orientierungssatz

Selbst bei langjähriger Betriebszugehörigkeit droht Vorgesetzten, die ihre Mitarbeiterinnen sexuell belästigen, die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.

B. Problemstellung

Das LArbG Schleswig-Holstein hatte zu entscheiden, ob eine fristlose Kündigung nach 30 Jahren Betriebszugehörigkeit wegen sexueller Belästigung wirksam war.

C. Entscheidungsinhalt

Im Streitfall war der Kläger bei der Beklagten 33 Jahre als kommissarischer Fachbereichsleiter „Öffentliche Sicherheit und Soziales“ beschäftigt gewesen. Er belästigte zwei Mitarbeiterinnen über Jahre hinweg, indem er sie gegen ihren ausdrücklichen Willen kör-

perlich am Oberkörper und Busen berührte, ihnen pornographische Fotos vorlegte und sie fragte, ob er von ihnen auch solche Fotos anfertigen solle. Wenn er sie bedrängte, äußerte der Kläger Bemerkungen, wie „Na, was ist mit uns“ bzw. „Stell dich nicht so an“.

Gemäß § 2 Abs. 2 Beschäftigtenschutzgesetz (BSchG) ist eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Dazu gehören auch sexuelle Handlungen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden.

Vorliegend missbrauchte der Kläger als Vorgesetzter das Abhängigkeitsverhältnis, in welchem die Kolleginnen zu ihm standen.

Das Urteil ist jedoch noch nicht rechtskräftig, weil der Kläger die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegt hat.

D. Relevanz für die Personalpraxis

Laut LArbG Schleswig-Holstein rechtfertigt ein einmaliger Vorfall von sexueller Belästigung noch keine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund. Eine außerordentliche Kündigung ist jedoch zulässig, wenn Kündigungsgründe in Form von weiteren Belästigungen nachgeschoben werden, die im Zeitpunkt des Kündigungszugangs bereits objektiv begründet waren und in einem nachträglichen Anhörungsverfahren dem Betriebsrat/Personalrat mitgeteilt worden sind. Eine außerordentliche Kündigung aufgrund sexueller Belästigung kann trotz ordentlicher Unkündbarkeit, langer Betriebszugehörigkeit, hohen Lebensalters, bestehender Unterhaltspflichten und obwohl sich die Betroffenen nicht zeitnah beschwert haben, gerechtfertigt sein.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

III. Sonstiges

1. Weniger Gehalt für Frauen

Das Gehalt von Frauen fällt in Deutschland durchschnittlich um 23 % geringer aus als das ihrer gleich qualifizierten männlichen Kollegen. Diesen Prozentsatz ermittelten „Monster Worldwide“ und die Fachhochschule Nordwestschweiz in ihrem Gehaltstest 2006, an der 90.000 Arbeitnehmer aus Deutschland teilnahmen. Die Differenz steigt disproportional zur Höhe der Position. Während Frauen in Einstiegspositionen durchschnittlich 5 % weniger als ihre männlichen Kollegen verdienen, beträgt die Differenz bei Angestellten ohne Leitungsfunktion 21 % und auf Vorstandsebene sogar mehr als 30 %.

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf

2. Schwerbehinderte Menschen – Freistellung von Mehrarbeit

Arbeitgeber müssen schwerbehinderte Menschen auf ihr Verlangen hin von Mehrarbeit gemäß § 124 SGB IX freistellen. Als Mehrarbeit gilt gemäß § 3 ArbZG jede Arbeit, die eine werktägliche Arbeitszeit von über 8 Stunden überschreitet. Bereitschaftsdienst außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit fällt seit der Neufassung des Arbeitszeitgesetzes vom 01.01.2004 auch unter den Begriff der Mehrarbeit im Sinn der Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes. Regelungen in Richtlinien für Arbeitsverträge, die schwerbehinderte Arbeitnehmer verpflichten, über die gesetzliche Arbeitszeit hinausgehend zu arbeiten, sind unwirksam (BAG Urt. v. 21.11.2006, Az.: 9 AZR 176/06).

Carsten Keienburg, Büro Düsseldorf



**Wir stellen vor:
Service Line Arbeitsrecht**

Im Arbeitsrecht beraten wir Unternehmen unterschiedlichster Größe und Branchenzugehörigkeit in allen Bereichen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts sowie des Sozialversicherungsrechts. So unterstützen wir Arbeitgeber bei der Umsetzung konkreter personeller Einzelmaßnahmen, aber auch bei Betriebseinschränkungen, -verlegungen, -zusammenlegungen, bis zur Verhandlung von Interessenausgleich und Sozialplan und der Durchführung von Arbeitsgerichtsprozessen und Einigungsstellenverfahren.

Daneben assistieren wir Mandanten in allen laufend auftretenden arbeitsrechtlichen Fragen als „externe Rechtsabteilung“ mit einem Full-Service-Konzept, das auf die präventive Vermeidung arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen angelegt ist. Hier sind wir Ansprechpartner z.B. bei der Erarbeitung von Standard-Arbeitsverträgen, bei der Vergütungsgestaltung, bei der Beilegung individualarbeitsrechtlicher Konflikte, bei der Vorbereitung der Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie bei Verhandlungen mit Betriebsräten und Gewerkschaften über Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge.

Schwerpunkte unserer Beratungstätigkeit im Bereich Arbeitsrecht sind unter anderem:

- Arbeitsrecht bei Unternehmenskäufen, Fusionen und Umstrukturierungen
- Beratung bei Betriebsänderungen und Personalanpassungen
- Betriebsverfassungsrecht
- Betriebliche Altersversorgung
- Mitarbeiterbeteiligungsmodelle
- Anstellungsverträge für Führungskräfte
- Recht der Arbeitnehmerüberlassung
- Gestaltung von Wettbewerbsverboten



Ansprechpartner

Büro Berlin

Neues Kranzler Eck
Kurfürstendamm 23
10719 Berlin
Tel: (+49-30) 2 54 68-04
Fax: (+49-30) 2 54 68-136

Ansprechpartner:

RA Eckhard von Voigt, MBA
Email: evonvoigt@raupach-we.de

Büro Hamburg

Hanse-Forum
Axel-Springer-Platz 3
20355 Hamburg
Tel: (+49-40) 37 85 38-0
Fax: (+49-40) 37 85 38-11

Ansprechpartner:

RA Dr. Sebastian Baum, EMLE
Email: sbaum@raupach-we.de

Büro Stuttgart

Löffelstraße 427
70597 Stuttgart
Tel: (+49-711) 6 69 62-0
Fax: (+49-711) 6 69 62-62

Ansprechpartner:

RA Dr. Peter Maser
Email: pmaser@raupach-we.de

Büro Düsseldorf

Schwannstraße 6
40476 Düsseldorf
Tel: (+49-211) 87 72-25 87
Fax: (+49-211) 87 72-26 59

Ansprechpartner:

RA Carsten Keienburg
Email: ckeienburg@raupach-we.de
RAin Frauke Heudtlaß
Email: fheudtlass@raupach-we.de
RAin Dr. Julia Homfeld,
LL.M.(Chulalongkorn University)
Email: jhomfeld@raupach-we.de

Büro Hannover

Georgstraße 52
30159 Hannover
Tel: (+49-511) 30 75 59-3
Fax: (+49-511) 30 75 59-50

Ansprechpartner:

RA Klaus-Dieter Tammer
Email: kdtammer@raupach-we.de
RA Claus Wilker
Email: cwilker@raupach-we.de

Büro Frankfurt am Main

Franklinstraße 48
60486 Frankfurt am Main
Tel: (+49-69) 71 91 884-0
Fax: (+49-69) 71 91 884-4

Ansprechpartner:

RA Dr. Peter C. Fischer, M.C.J. (NYU)
Email: pfischer@raupach-we.de
RA Dr. Michael H. Meissner, LL.M. (UCLA)
Email: mhmeissner@raupach-we.de

Büro München

Rosenheimer Platz 6
81669 München
Tel: (+49-89) 2 90 36 89-01
Fax: (+49-89) 2 90 36 89-11

Ansprechpartner:

RA Dr. Martin Imbeck
Email: mimbeck@raupach-we.de

www.raupach-we.de

Diese Publikation stellt keine Rechtsberatung dar und kann eine solche nicht ersetzen. Sie wurde mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt, erhebt jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit; dementsprechend ist jegliche Haftung wegen Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit dieser Publikation ausgeschlossen.

**Raupach
& Wollert-Elmendorff**
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH