

# Personalmanagement in der Krise

## Arbeitsrechtliche Handlungshilfen für kleine und mittlere Betriebe

Info-Veranstaltung  
der Industrie- und Handelskammer Regensburg  
am Donnerstag, 24.9.2009, 17:30 bis 20:00 Uhr,  
Sitzungssaal der IHK

Referent:

Rechtsanwalt Dr. Matthias Ruckdäschel,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Kanzlei Schlachter und Kollegen, Regensburg

## Inhalt

I. Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	2
A. Allgemeines zur Kündigung .....	2
B. Betriebsbedingte Kündigung .....	5
1. Dringende betriebliche Erfordernisse .....	5
2. Sozialauswahl .....	10
3. Massenkündigung .....	13
C. Personenbedingte Kündigung.....	13
1. Allgemeines .....	13
2. Neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des EuGH.....	14
II. Anpassung bestehender Arbeitsverhältnisse .....	17
A. Änderungskündigung .....	17
1. Allgemeines .....	17
2. Änderungskündigung zur Gehaltsreduzierung .....	18
B. Vereinbarungen .....	18
1. Freiwilligkeit und Widerrufsklausel .....	18
2. Betriebliche Übung.....	19
C. Streichung von Überstunden, Anordnung von Urlaub, Kurzarbeit.....	22
III. Gestaltung neuer Arbeitsverhältnisse .....	23
A. Befristung und Flexibilisierung .....	23
1. Befristung ohne Sachgrund .....	23
2. Befristung mit Sachgrund .....	24
3. Variable Arbeitszeit; Abrufarbeit .....	25
B. Unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	26

# I. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

## A. Allgemeines zur Kündigung

### Prüfungsschema: Ordentliche Kündigung

I.	Schriftform, § 623 BGB, Zugang, § 130 BGB, Kündigungstermin, § 622 BGB
II.	Allgemeine Unwirksamkeitsgründe <ul style="list-style-type: none"><li>- Vertretungs- und Vollmacht</li><li>- Bedingungsfeindlichkeit</li><li>- Sittenwidrigkeit</li></ul>
III.	Unkündbarkeit nach Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag
IV.	Kündigungsverbote/Zustimmungserfordernisse <ul style="list-style-type: none"><li>- Schwangere, § 9 MuSchG</li><li>- Elternzeit, § 18 BEEG</li><li>- Schwerbehinderte, §§ 85 ff. SGB IX</li><li>- Betriebsräte, § 15 KSchG</li><li>- Auszubildende, § 22 II BBiG</li><li>- Betriebsübergang, § 613 a IV 1 BGB</li><li>- Maßregelungsverbot, § 612 a BGB, § 11 TzBfG</li></ul>
V.	Betriebsratsanhörung, § 102 BetrVG
VI.	Soziale Rechtfertigung, § 1 I KSchG <ul style="list-style-type: none"><li>- Erfordernis sozialer Rechtfertigung, §§ 1 I; 23 I 2 bis 4 KSchG</li><li>- Kündigungsgrund:<ul style="list-style-type: none"><li>■ Personenbedingte Gründe</li><li>■ Verhaltensbedingte Gründe</li><li>■ Betriebsbedingte Gründe</li></ul></li><li>- Soziale Auswahl, § 1 III KSchG</li><li>- Einzelfallbetrachtung</li></ul>
VII.	Prozessuales: <ul style="list-style-type: none"><li>- Klageerhebungsfrist §§ 4, 7 KSchG (materielle Ausschlussfrist !)</li><li>- Auflösungs-/Abfindungsantrag, §§ 9, 10, 13 II KSchG</li></ul>

### **Unterzeichnung**

Das für Kündigungen nach § 623 BGB bestehende Schriftformerfordernis ist nur gewahrt, wenn das Kündigungsschreiben vom Kündigenden eigenhändig unterzeichnet ist. **Die bloße Paraphierung mit einem Namenskürzel genügt nicht.** Nach dem äußeren Erscheinungsbild muss erkennbar sein, dass der Unterzeichner seinen vollen Namen und nicht nur eine Abkürzung hat niederschreiben wollen. Insoweit ist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Auf die Lesbarkeit des Namenszuges kommt es nicht an.  
BAG 24.1.2008 – 6 AZR 519/07<sup>1</sup>

### **Zugang per Fax**

Der Zugang einer Kündigung per Fax **genügt nicht**, weil ein Telefax die Schriftform des § 623 BGB nicht wahr und auch zur reinen Fristwahrung nicht ausreichen.  
BAG 13.2.2008 – 2 AZR 864/06

### **Unterzeichnung durch Vertreter 1 (GbR)**

Für die Einhaltung der Schriftform der Kündigung (§ 623 BGB) ist es erforderlich, dass der Kündigende die Kündigung unterzeichnet. Wird die Kündigung durch einen Vertreter unterschrieben, muss dies in der Kündigung zum Ausdruck kommen. **Sind in dem Kündigungsschreiben einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) alle Gesellschafter sowohl im Briefkopf als auch maschinenschriftlich in der Unterschriftenzeile aufgeführt, so reicht es zur Wahrung der Schriftform nicht aus, wenn lediglich ein Teil der GbR-Gesellschafter ohne weiteren Vertretungszusatz das Kündigungsschreiben handschriftlich unterzeichnet.** Eine solche Kündigungserklärung enthält keinen hinreichend deutlichen Hinweis darauf, dass es sich nicht lediglich um den Entwurf eines Kündigungsschreibens handelt, der versehentlich von den übrigen Gesellschaftern noch nicht unterzeichnet ist.  
BAG 21.4.2005 – 2 AZR 162/04

### **Unterzeichnung durch Vertreter 2 (i.A. – i.V.)**

Ist ein Kündigungsschreiben mit dem Zusatz „i.A.“ unterschrieben, mag das im Einzelfall eher dafür sprechen, dass der Unterzeichner nicht selbst handelnd wie ein Vertreter die Verantwortung für den Inhalt des von ihm unterzeichneten Kündigungsschreibens übernehmen will, während der Zusatz „i.V.“ darauf hindeutet, dass der Erklärende selbst für den Vertretenen handelt. Bei der nach §§ 133, 157 BGB gebotenen Auslegung der Erklärung ist jedoch zu berücksichtigen, dass im allgemeinen, nichtjuristischen Sprachgebrauch nicht immer hinreichend zwischen „Auftrag“ und „Vertretung“ unterschieden wird. Oftmals werden die Zusätze „i.V.“ und „i.A.“ lediglich verwendet, um unterschiedliche Hierarchieebenen auszudrücken. **Deshalb folgt nicht bereits aus dem Zusatz „i.A.“, dass der Erklärende lediglich als Bote gehandelt hat. Maßgeblich sind vielmehr die Gesamtumstände.** Unterzeichnet ein Angestellter des Arbeitgebers auf einem Briefbogen mit dem Briefkopf des Arbeitgebers eine Kündigung, spricht dies dafür, dass der Angestellte als Vertreter des Arbeitgebers und nicht als dessen Bote gehandelt hat. Daran ändert der Zusatz „i.A.“ vor der Unterschrift in der Regel nichts.  
BAG 13.12.2007 – 6 AZR 145/07

### **Zugang 1 (Türschlitz)**

Für den Zugang eines Kündigungsschreibens reicht es aus, dass der Bote den Brief mangels Verfügbarkeit eines Hausbriefkastens nach vergeblichem Klingeln auffällig zwischen Glasscheibe und Metallgitter der von der Straße nicht einsehbaren Haustür des Einfamilienhauses des Empfängers steckt, das zur Straßenseite hinter einem umfriedeten Vorgarten mit verschlossenem – wenn auch nicht abgeschlossenem – Gartentürchen liegt.  
LAG Hamm 25.2.1993 – 8 Ta 333/91 = BB 1993, 1290 = DB 1993, 1428 = NZA 1994, 32

### **Zugang 2 (Lebensgefährtin)**

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses geht dem Arbeitnehmer, der nicht zu Hause weilt, mit der Aushändigung an seine Lebensgefährtin – Empfangsbotin – zu.

LAG Bremen 17.2.1988 – 3 Ta 79/87 = DB 1988, 814 = NZA 1988, 548

### **Zugang 3 (Annahmeverweigerung)**

Lehnt ein als Empfangsbote anzusehender Familienangehöriger des abwesenden Arbeitnehmers die Annahme eines Kündigungsschreibens des Arbeitgebers ab, so muss der Arbeitnehmer die Kündigung nur dann als zugegangen gegen sich gelten lassen, wenn er auf die Annahmeverweigerung, etwa durch vorherige Absprache mit dem Angehörigen, Einfluss genommen hat.

BAG 11.11.1992 – 2 AZR 328/92 = BB 1993, 1290 = DB 1993, 487 = NZA 1993, 259 = NJW 1993, 1093

### **Zugang 4 (Einschreiben)**

Zugegangen im Sinne des § 130 BGB ist eine Willenserklärung dann, wenn sie „in den Bereich des Empfängers gelangt ist“. Dies ist regelmäßig bei Einwurf in den Hausbriefkasten anzunehmen, da der Empfänger dann im Anschluss an die übliche Zustellzeiten vom Inhalt der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann.

**Bei der Versendung per Einschreiben steckt jedoch der Postbote nicht die Willenserklärung, sondern nur den Benachrichtigungszettel in den Hausbriefkasten.**

Durch den Benachrichtigungszettel wird der Empfänger lediglich in die Lage versetzt, das Einschreiben in seinen Machtbereich zu bringen. Die Niederlegung des Einschreibens bei der Post und die Benachrichtigung des Empfängers von der Niederlegung können deshalb den Zugang der Willenserklärung nicht ersetzen. **Zugegangen ist das Einschreiben erst mit der Aushändigung des Originalschreibens durch die Post (BAG 15.11.1962 – 2 AZR 301/62).** Auch wenn der Empfänger den Zugang des Einschreibens dadurch verzögert, dass er den Einschreibebrief nicht unverzüglich beim Postamt abholt, rechtfertigt dies noch nicht, einen anderen Zugangszeitpunkt, etwa den der frühestmöglichen Abholung des Einschreibebriefs, zu fingieren. Bis zu ihrem Zugang bleibt der Absender Herr seiner Erklärung. Geht etwa das per Einschreiben versandte Kündigungsschreiben an den Absender zurück, so unterliegt es seiner freien Entscheidung, ob er einen neuen Zustellungsversuch bewirken oder überhaupt von seiner Kündigungsabsicht Abstand nehmen will. Es leuchtet nicht ein, durch eine Zugangsfiktion den Absender an seine ursprüngliche Erklärung schon zu binden, bevor diese den Adressaten erreicht hat. Auch im Fall der Zugangsverzögerung wird die Erklärung damit grundsätzlich nur wirksam, wenn der Erklärende nach der Kenntnis dessen, dass die Erklärung den Empfänger nicht erreicht hat, unverzüglich erneut den Zugang bewirkt.

BAG 25.4.1996 – 2 AZR 13/95 = BB 1996, 2308 = DB 1996, 2235 = NZA 1996,1227

### **Bedingung**

**Hintergrund:** Der Arbeitgeber kündigte wie folgt:

*„Fristgemäße Kündigung zum 30.4.1998 Sehr geehrter Herr I., das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis müssen wir leider aus betrieblichen Gründen fristgemäß zum o.g. Termin kündigen. Die D. hat den mit uns bestehenden Bewachungsvertrag zum 30.4.1998 gekündigt und uns gleichzeitig für den Fall der Neuausschreibung zum 1.5.1998 Beteiligung zugesagt. Sollten wir erneut den Zuschlag ab 1.5.1998 erhalten, beschäftigen wir Sie selbstverständlich weiter. Die Kündigung wird bei Neubeauftragung unserer Firma gegenstandslos.“*

Als einseitiges Rechtsgeschäft ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich bedingungsfeindlich. Die Verbindung mit einer unzulässigen (auflösenden) Bedingung führt zur Unwirksamkeit der Kündigung (vgl. bereits BAG 27.6.1968 – 2 AZR 329/97). Damit hat das Bundesarbeitsgericht diese Kündigung für unwirksam erklärt.

BAG 15.3.2001 – 2 AZR 705/99

## B. Betriebsbedingte Kündigung

### Prüfungsschema: Betriebsbedingte Kündigung, § 1 II 1 und III KSchG

- I. Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit (des „Arbeitsplatzes“)
  - zu den ursprünglichen Arbeitsbedingungen
  - mit Ablauf der Kündigungsfrist (ausn.: beabsichtigte Betriebsteilstilllegung)
- II. Verhältnismäßigkeit
  - Keine andere (zumutbare) Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen (!)
  - Keine sonstigen Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung möglich
- III. Sozialauswahl
  - (tatsächliche und rechtliche) Vergleichbarkeit
  - Vergleich der Sozialdaten

### 1. Dringende betriebliche Erfordernisse

#### Schaubild:

#### Prozessuale Darstellung der betriebsbedingten Kündigungsgründe<sup>1</sup>

(Beispiel: Reduzierung des Personals in einer Krankenhausküche nach Umstrukturierungen im Zusammenhang mit der Gesundheitsreform)

- I. Darstellung der Ist-Situation (in der Küche)
  - 1. Personalsituation  
(Anzahl der Ist-Stunden/vertragliche Situation)
  - 2. Was wird von diesen Arbeitnehmern konkret in welcher Zeit gemacht?  
(z. B. Anzahl der Essen morgens/mittags/abends; was gehört zur Zubereitung des Essens: vom Anfang bis zum Ende?)
  - 3. Gesetzliche, tarifvertragliche oder sonstige kollektive Rahmenbedingungen  
(z. B. gesetzliche oder kollektive Arbeitszeitregelungen, Aufsichtsleistungen).
- II. Darstellung der konkreten unternehmerischen Entscheidung  
(z. B. Personalreduzierung auf Dauer)
  - 1. Wann getroffen?
  - 2. Von wem getroffen?
  - 3. Wie getroffen?
  - 4. Wie ist Entscheidung nach außen dokumentiert worden?
- III. Darstellung der Auswirkungen (organisatorische Durchführbarkeit) auf Dauer auf die
  - 1. Arbeitsorganisation (in der Küche),
  - 2. personelle Ausstattung zur Durchführung der verbliebenen Arbeit.
  - 3. Welche Arbeitsplätze sind daher konkret betroffen?
- IV. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit
  - 1. im Betrieb oder in anderem Betrieb des Unternehmens im Rahmen des Arbeitsvertrages? (§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG)
  - 2. im Betrieb oder in anderem Betrieb des Unternehmens zu geänderten Bedingungen mit Einverständnis? (§ 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG)
- V. Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 – 4 KSchG)

<sup>1</sup> Bopp, Arbeitsrecht, 8. Auflage, S. 1060.

### **Unternehmerentscheidung (Stilllegungsabsicht)**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98; BAG 12.4.2002 – 2 AZR 256/01) können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG aus **innerbetrieblichen Umständen** (Unternehmerentscheidungen, wie z. B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch **außerbetriebliche Gründe** (z. B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen „dringend“ sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig machen. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein (BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98). Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist der des Kündigungszugangs (BAG 30.5.1985 – 2 AZR 321/84; 12.4.2002 – 2 AZR 256/01; 21.4.2005 – 2 AZR 241/04). Grundsätzlich muss zu diesem Zeitpunkt der Kündigungsgrund, nämlich der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit, vorliegen. Das Gestaltungsrecht Kündigung kann nur bei Vorliegen eines im Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorhandenen Kündigungsgrundes rechtswirksam ausgeübt werden.

Dies hätte grundsätzlich zur Folge, dass betriebsbedingte Kündigungen erst möglich wären, wenn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers nicht mehr zur Verfügung stünde. Wegen der Zukunftsbezogenheit der Kündigung und aus Gründen der Praktikabilität hat das Bundesarbeitsgericht schon eine beabsichtigte Betriebsoder Abteilungsstilllegung ausnahmsweise als ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG anerkannt, wenn die für den künftigen Wegfall der Beschäftigung des Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen bereits zum Kündigungszeitpunkt feststehen, insbesondere wenn die unternehmerische Organisationsentscheidung bereits getroffen war und sie sich zum Ablauf der Kündigungsfrist realisiert. **Das heißt, in den Fällen, in denen zwar bei Zugang der Kündigung noch eine Möglichkeit der Beschäftigung besteht, aber die für den künftigen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses maßgeblichen Entscheidungen bereits gefallen sind, kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin voraussichtlich entbehrt werden kann** (vgl. BAG 27.1.1987 – 7 AZR 652/85; 12.4.2002 – 2 AZR 256/01).

Davon ist auszugehen, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die auf Tatsachen gestützte, vernünftige betriebswirtschaftliche Prognose gerechtfertigt ist, dass zum Kündigungstermin mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes vorliegen wird (vgl. z. B. st. Rspr. des BAG 11.3.1998 – 2 AZR 414/97; BAG 12.4.2002 – 2 AZR 256/01). **Dabei muss die der entsprechenden Prognose zugrunde liegende Entscheidung bereits zum Kündigungszeitpunkt endgültig getroffen worden sein und die Schließung des Betriebs oder der Betriebsabteilung aus Sicht der Arbeitsvertragsparteien zum Kündigungszeitpunkt bereits feststehen und greifbare Formen angenommen haben.** Ist dies nicht der Fall, kann eine zum Wegfall des Arbeitsplatzes und zur fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit führende Prognose vor dem Ablauf der Kündigungsfrist nicht erfolgreich gestellt werden. Vielmehr entfällt die Grundlage für die Kündigung. Es bedarf dann einer zweiten – endgültigen – unternehmerischen Organisationsentscheidung. Deswegen ist eine Kündigung wegen Betriebsschließung nicht sozial gerechtfertigt, solange der Arbeitgeber den Stilllegungsbeschluss lediglich erwogen, aber noch nicht endgültig gefasst hat (BAG 10.10.1996 – 2 AZR 477/95; BAG 12.4.2002 – 2 AZR 256/01). Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt noch in ernsthaften Verhandlungen über die Veräußerung des Betriebs oder der Betriebsabteilung steht oder sich um neue Aufträge bemüht. Dann liegt keine unbedingte und endgültige Stilllegungsabsicht vor (BAG 27.9.1984 – 2 AZR 309/83).

BAG 13.2.2008 – 2 AZR 543/06

### **Andere Beschäftigungsmöglichkeit**

Eine ordentliche Beendigungskündigung ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz gegebenenfalls auch zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen weiter zubeschäftigen. Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit muss für den Arbeitnehmer geeignet sein. Der Arbeitnehmer muss unter Berücksichtigung angemessener Einarbeitungszeiten den Anforderungen des neuen Arbeitsplatzes entsprechen. Dabei unterliegt die Gestaltung des

Anforderungsprofils für den freien Arbeitsplatz der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers. Eine Kündigung, die auf Grund einer zum Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes führenden organisatorischen Maßnahme ausgesprochen worden ist, ist nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG „bedingt“, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen. Das Angebot einer Weiterbeschäftigung zu geänderten (schlechteren) Bedingungen kann lediglich in Extremfällen unterbleiben (z. B. bei einer völlig unterwertigen Beschäftigung; vgl. BAG 21.4.2005 – 2 AZR 132/04). **Eine Weiterbeschäftigung hat auch dann vorrangig zu erfolgen, wenn sie erst nach einer Einarbeitung des Arbeitnehmers auf einer freien Stelle, gegebenenfalls erst nach einer dem Arbeitnehmer anzubietenden zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme möglich ist (vgl. BAG 7.2.1991 – 2 AZR 205/90).**

Ist im Zeitpunkt des Kündigungszugangs eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht mehr vorhanden, wurde also ein freier Arbeitsplatz vor dem Zugang der Kündigung besetzt, so ist es dem Arbeitgeber gleichwohl nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB verwehrt, sich auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungszeitpunkt zu berufen, wenn dieser Wegfall treuwidrig herbeigeführt wurde (st. Rspr., vgl. BAG 24.11.2005 – 2 AZR 514/04; BAG 25.4.2002 – 2 AZR 260/01; BAG 6.12.2001 – 2 AZR 695/00). **Der Arbeitgeber hat es nicht in der Hand, den Kündigungsschutz dadurch leer laufen zu lassen, dass er zunächst einen freien Arbeitsplatz besetzt und erst später eine Beendigungskündigung wegen einer fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ausspricht.**

Eine treuwidrige Vereitelung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit kann dem Arbeitgeber aber nur dann vorgehalten werden, wenn sich ihm die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung aufdrängen musste (BAG 24.11.2005 – 2 AZR 514/04). Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz im obengenannten Sinne muss für den Arbeitnehmer geeignet sein. Dies setzt voraus, dass ein freier vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist und der Arbeitnehmer über die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt (BAG 24.6.2004 – 2 AZR 326/03; 25.4.2002 – 2 AZR 260/01). Der Arbeitnehmer muss unter Berücksichtigung angemessener Einarbeitungszeiten den Anforderungen des neuen Arbeitsplatzes entsprechen. Dabei unterliegt die Gestaltung des Anforderungsprofils für den freien Arbeitsplatz der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers.  
BAG 5.6.2008 – 2 AZR 107/07

### „Dringende“ Gründe

Grundsätze für den Prüfungsmaßstab des Gerichts bei der betriebsbedingten Kündigung: Betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung können sich aus **innerbetrieblichen Umständen** (Unternehmerentscheidung: z. B. Rationalisierungsmaßnahme, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch **außerbetriebliche Gründe** (z. B. Auftragsmangel) ergeben. **Diese betrieblichen Erfordernisse müssen „dringend“ sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes unvermeidbar machen.** Diese weitere Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Kündigung die notwendige Folge der betrieblichen Erfordernisse ist.

Ein Auftragsrückgang kann dann eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn dadurch der Arbeitsanfall so zurückgeht, dass für einen oder mehrere Arbeitnehmer das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung entfällt. Bei einem Streit über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung hat das Gericht voll nachzuprüfen, ob die vom Arbeitgeber behaupteten Gründe für die Kündigung tatsächlich vorliegen und ob sie sich im betrieblichen Bereich dahin auswirken, dass für eine Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers kein Bedürfnis mehr besteht.

**Behauptet der Arbeitgeber, bereits außerbetriebliche Gründe allein hätten ein Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung entfallen lassen, bindet der Arbeitgeber sich also selbst an diese von ihm so gesehenen Sachzwänge, so hat das Gericht nachzuprüfen, ob zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs feststand, zum Zeitpunkt**



**des Kündigungssterms sei eine Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer nicht gegeben.**

BAG 15.6.1989 – 2 AZR 600/88 = BB 1989, 2190 = DB 1989, 2384 = NZA 1990, 65; BAG 20.2.1986 – 2 AZR 212/85 = BB 1986, 2129 = DB 1986, 2236 = NZA 1986, 823

**Unternehmerentscheidung 1 (Freie Mitarbeiter)**

Die Entscheidung des Unternehmers, bestimmte Aufgaben in Zukunft nicht mehr durch Arbeitnehmer, sondern durch freie Mitarbeiter ausführen zu lassen, kann als dringendes betriebliches Erfordernis i. S. d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. **Es ist von der Unternehmerfreiheit gedeckt und nicht missbräuchlich, wenn ein Arbeitgeber sich entschließt, Aufgaben nicht mehr selbst unter Einsatz eigener Arbeitnehmer zu erledigen, sondern durch Dritte vornehmen zu lassen.** Das Gesetz zwingt den Marktteilnehmer nicht, den Bedarf an Leistungen ausschließlich durch Arbeitsverträge zu decken. Er kann vielmehr auf jeden rechtlich zulässigen Vertragstyp zurückgreifen, muss aber dann auch die jeweiligen – auch nachteiligen – rechtlichen Folgen in Kauf nehmen. So verzichtet er, wenn er keine Arbeitsverträge schließt, auf das Direktionsrecht. Der Unternehmer begibt sich in Umsetzung seiner unternehmerischen Entscheidung seines gerade durch das persönliche Weisungsrecht geprägten Einflusses auf seine vormaligen Arbeitnehmer. **Voraussetzung ist, dass es sich bei den neu einzugehenden Vertragsverhältnissen tatsächlich und nicht nur zum Schein um solche einer freien Mitarbeit handelt.**

BAG 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06

**Unternehmerentscheidung 2 (Stellenprofil)**

Die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers zur Umstrukturierung des gesamten oder von Teilen des Betriebs oder einzelner Arbeitsplätze unterliegt grundsätzlich nur einer Missbrauchskontrolle. Ändert der Arbeitgeber durch eine unternehmerische Entscheidung das Anforderungsprofil für Arbeitsplätze, die bereits mit langjährig beschäftigten Arbeitnehmern besetzt sind, hat er hinsichtlich einer zusätzlich geforderten Qualifikation für die nunmehr auszuführenden Tätigkeiten darzulegen, dass es sich nicht nur um „wünschenswerte Voraussetzungen“, sondern um nachvollziehbare, arbeitsplatzbezogene Kriterien für eine Stellenprofilierung handelt.

Ungeeignet ist insoweit die Festlegung rein persönlicher Merkmale ohne hinreichenden Bezug zur Arbeitsaufgabe oder solcher Merkmale, die an das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers anknüpfen. Berufet sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung auf eine Neubestimmung des Anforderungsprofils, muss er darlegen, dass für die Änderung ein betrieblicher Anlass besteht. Die Stellenprofilierung muss dann im Zusammenhang mit einer organisatorischen Maßnahme stehen, die nach ihrer Durchführung angesichts eines veränderten Beschäftigungsbedarfs auch die Anforderungen an den Inhaber des Arbeitsplatzes erfasst.

BAG 10.7.2008 – 2 AZR 1111/06

**Austauschkündigung**

Eine unwirksame „Austauschkündigung“ ist dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber, um die Belastungen durch den gesetzlichen Bestands- und Inhaltsschutz abzustreifen, durch zweckvolle Veränderungen der rechtlichen Zuordnung „pro forma“ die Arbeitgeberstellung aufgibt, der Sache nach aber die tatsächliche betriebliche Organisation nicht ändert und sich insbesondere den durch das Direktionsrecht vermittelten Zugriff auf die Erledigung der Arbeit erhält (BAG 26.9.1996 – 2 AZR 200/96). Der Arbeitgeber darf also nicht einen Arbeitnehmer durch einen (billigeren) anderen ersetzen, und zwar auch dann nicht, wenn er durch Zwischenschaltung anderer Unternehmen – den reinen Austauschcharakter des Vorgangs zu verschleiern sucht.

Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber an einer ernsthaften unternehmerischen Entscheidung gehindert wäre, die bisher durch Arbeitnehmer erledigten Tätigkeiten nunmehr auf andere Weise ausführen zu lassen. So wie der private Arbeitgeber als Marktteilnehmer nicht gezwungen ist, den Bedarf an Leistungen allein durch Arbeitsverträge zu decken, sondern auf jeden rechtlich zulässigen Vertragstyp zurückgreifen darf (BAG 13.3.2008 – 2

AZR 1037/06), so kann auch der öffentliche Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Aufgaben unter allen zulässigen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten diejenige wählen, die ihm am zweckmäßigsten erscheint, muss dann allerdings die jeweiligen – auch nachteiligen – Folgen gegen sich gelten lassen.  
BAG 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06

### **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit**

Eine ordentliche Beendigungskündigung ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. Eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anzubieten. Das Angebot kann lediglich in Extremfällen (z. B. offensichtlich völlig unterwertige Beschäftigung) unterbleiben. **Spricht der Arbeitgeber ohne vorheriges oder gleichzeitiges Angebot der geänderten Arbeitsbedingungen sofort eine Beendigungskündigung aus, so ist diese Kündigung regelmäßig sozialwidrig.**

BAG 13.2.2008 – 2 AZR 1041/06 = DB 2008, 1689

### **Wiedereinstellungsanspruch**

Ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis (§§ 611, 242 BGB) kann sich nach wirksamer betriebsbedingter Kündigung dann ergeben, wenn sich vor Ablauf der Kündigungsfrist herausstellt, dass entgegen der ursprünglichen Planung ein Betrieb oder Betriebsteil nicht stillgelegt, sondern von einem neuen Betriebsinhaber übernommen werden soll. Der Wiedereinstellungsanspruch als notwendiges Korrektiv zu der auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bezogenen Prüfung ihrer Wirksamkeit geht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB jedenfalls dann auf den Betriebserwerber über, wenn der Betriebsübergang unmittelbar im Anschluss an den Ablauf der Kündigungsfrist stattfindet.

Nach dem BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) kann die Verurteilung zu einem rückwirkenden Abschluss eines Arbeitsvertrags verlangt werden. Der Widerspruch eines Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs ist dann unbeachtlich, wenn er sich auf eine Maßnahme bezog, über die zwar seitens des bisherigen Betriebsinhabers informiert worden war, die aber in der Folgezeit tatsächlich nicht, auch nicht in anderer Form durchgeführt wurde. Ein Fortsetzungs- und Wiedereinstellungsverlangen muss der Arbeitnehmer, entsprechend der Frist zur Einlegung eines Widerspruchs, binnen einer Frist von einem Monat nach Kenntniserlangung von den den Anspruch begründenden Tatsachen geltend machen. Aus der zwischenzeitlichen Wiederbesetzung des Arbeitsplatzes kann der Arbeitgeber dann kein berechtigtes Interesse, das der Wiedereinstellung entgegensteht, ableiten, wenn er die Neubesetzung in Kenntnis der Bewerbung des wiedereinzustellenden Arbeitnehmers vorgenommen hat.  
BAG 25.10.2007 – 8 AZR 989/06

## 2. Sozialauswahl

### Schaubild: Sozialauswahl

#### I. Wer ?

Festlegung der Personen, die in die Sozialauswahl einzubeziehen sind

- Tatsächliche und rechtliche Vergleichbarkeit
- Vorrangig zu kündigende AN, die weniger als 6 Monate beschäftigt sind
- „horizontale“ Vergleichbarkeit auf derselben Ebene der Betriebshierarchie
- Sonderkündigungsschutz

#### II. Sozialauswahl nach

- Lebensalter
- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Unterhaltspflichten
- Schwerbehinderteneigenschaft

#### III. Wer nicht ?

Herausnahme der Personen wegen berechtigten betrieblichen Interesses an Weiterbeschäftigung wegen ihrer

- Kenntnisse
- Fähigkeiten
- Leistungen oder
- der Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur

#### Vergleichbarkeit 1

Für die Sozialauswahl müssen die Tätigkeiten vergleichbar sein und der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer, ohne Vertragsänderung im Wege des Direktionsrechts, auf den verglichenen Arbeitsplatz versetzen können.

BAG 29.3.1990 – 2 AZR 369/89 = BB 1990, 705 = DB 1991, 173 = NZA 1991, 181; BAG 5.10.1995 – 2 AZR 269/95 = BB 1996, 224 = DB 1996, 281

#### Vergleichbarkeit 2

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bestimmt sich der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht einer Vergleichbarkeit nicht entgegen („**qualifikationsmäßige Austauschbarkeit**“). Die Vergleichbarkeit wird nach nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass einzelne Arbeitnehmer bestimmte Tätigkeiten besonders beherrschen, beispielsweise bestimmte Maschinen bedienen können.

An einer Vergleichbarkeit fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf Grund des zugrunde liegenden Arbeitsvertrags nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann („**arbeitsvertragliche Austauschbarkeit**“).

Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG i.V.m. § 1 Abs. 4 KSchG können die gesetzlichen Anforderungen für die Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern nicht verlangen. § 1 Abs. 4 KSchG betrifft nur die Gewichtung der Auswahlkriterien und nicht die Zusammensetzung des auswahlrelevanten Personenkreises oder die Konkretisierung der entgegenstehenden betrieblichen Bedürfnisse i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG. Eine Auswahlrichtlinie kann deshalb nicht die Vergleichbarkeit oder Nichtvergleichbarkeit von Arbeitnehmern vorgeben, beispielsweise indem die Richtlinie bestimmte Arbeitnehmer bestimmter Abteilungen oder Arbeitsgruppen zu Vergleichsgruppen zusammenfasst.

Grob fehlerhaft i. S. v. § 1 Abs. 4 KSchG ist eine Gewichtung der Sozialdaten dann, wenn sie jede Ausgewogenheit vermissen lässt, d. h., wenn einzelne Sozialdaten überhaupt nicht, eindeutig unzureichend oder mit eindeutig überhöhter Bedeutung berücksichtigt werden. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG stellt die Regel für die Sozialauswahl dar. Die Ausklammerung sog. Leistungsträger bildet nach Satz 2 der Norm die Ausnahme.

BAG 5.6.2008 – 2 AZR 907/06

### Altersgruppen 1

Das in der Richtlinie 2000/78/EG des Rates enthaltene europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung steht der Verwendung einer Punktetabelle zur Sozialauswahl, die eine Bildung von Altersgruppen und auch die Zuteilung von Punkten für das Lebensalter vorsieht, nicht im Wege, wenn sie durch legitime Ziele gerechtfertigt ist.

BAG 19.6.2007 – 2 AZR 304/06

### Altersgruppen 2

Die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 1 – 10 AGG) finden im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Eine Kündigung, die ein Diskriminierungsverbot verletzt, kann daher sozialwidrig und damit unwirksam sein (§ 1 KSchG). **Das Verbot der Altersdiskriminierung (§§ 1, 10 AGG) steht der Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG) nicht entgegen.** Auch die Bildung von Altersgruppen bei der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG) ist nach dem AGG zulässig. In der Zuteilung von Sozialpunkten nach dem Lebensalter und in der Altersgruppenbildung liegt zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung. Diese ist aber i. S. d. § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt. Die Zuteilung von Alterspunkten führt mit einer hinnehmbaren Unschärfe zur Berücksichtigung von Chancen auf dem Arbeitsmarkt und im Zusammenspiel mit den übrigen sozialen Gesichtspunkten (Betriebszugehörigkeit, Unterhalt, Schwerbehinderung) nicht zu einer Überbewertung des Lebensalters. Die Bildung von Altersgruppen wirkt der Überalterung des Betriebs entgegen und relativiert damit zugleich die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer.

BAG 6.11.2008 – 2 AZR 701/07

### Altersgruppen 3

Die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur kann – auch für die vor dem 1. Januar 2004 geltende Fassung des KSchG – ein sonstiges berechtigtes betriebliches Bedürfnis i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a. F. sein. Das KSchG gibt dem Arbeitgeber für die Bildung der Altersgruppen keine inhaltlichen oder zeitlichen Vorgaben. Ob ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis am Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur besteht, ist immer im Hinblick auf die speziellen Betriebszwecke und ggf. deren Umsetzung zu entscheiden. Der Arbeitgeber hat bei der Bildung der Altersgruppen auch einen gewissen Beurteilungsspielraum. Eine gewisse „Verzerrung“ der sozialen Auswahl ist jeder Gruppenbildung – egal in welchen Altersschritten – immanent. Deshalb kann eine Sozialauswahl noch nicht allein mit der Begründung als sozial ungerechtfertigt i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG qualifiziert werden, eine Altersgruppenbildung könne nicht in 5- Jahres-Schritten vorgenommen werden.

Der Arbeitgeber ist im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG für das Vorliegen der berechtigten betrieblichen Bedürfnisse darlegungs- und beweispflichtig. Es gehört deshalb zu seinem schlüssigen Sachvortrag, im Einzelnen darzulegen, welche konkreten Nachteile sich ergeben würden, wenn er die zu kündigenden Arbeitnehmer allein nach dem Maßstab des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG a. F. auswählen würde.

**Zum schlüssigen Sachvortrag des Arbeitgebers gehört die Angabe, wie viel Prozent der potenziell zu kündigenden Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung den jeweiligen Altersgruppen angehörten und wie die einzelnen Kündigungen auf die einzelnen Altersgruppen verteilt worden sind, damit die bislang bestehende Altersstruktur erhalten bleibt. Eine nicht stringente Durchführung des Konzepts – z. B. durch Verschiebungen zu Lasten einer Altersgruppe – lässt die Kündigung wegen fehlerhafter Sozialauswahl als sozial ungerechtfertigt erscheinen.**

BAG 20.4.2005 – 2 AZR 201/04

### **Leistungsträger**

Das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers ist im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gegen das betriebliche Interesse an einer Herausnahme des sog. Leistungsträgers abzuwägen. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiegt, umso gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung des Leistungsträgers sein (Bestätigung von BAG 12.4.2002 – 2 AZR 706/00 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 56 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 48). **Entscheidend ist, ob der „Leistungsträger“ dem Betrieb erhebliche Vorteile vermittelt.**

Ein sozial schutzwürdiger Arbeitnehmer ist nicht schon deshalb aus der Sozialauswahl herauszunehmen, weil er besonders krankheitsanfällig ist. Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn bei besonderen Arbeitsaufgaben oder Tätigkeitsbereichen (beispielsweise bei Schlüsselpositionen mit Schlüsselqualifikationen) ein kurzfristiger Ersatz anderer Arbeitnehmer nicht oder nur mit sehr großen Schwierigkeiten organisiert werden kann, z. B. weil die zu vertretende Tätigkeit äußerst komplex ist bzw. eine hohe Einarbeitungsintensität erfordert oder auf Grund der Bedeutung des Arbeitsplatzes (z. B. bei einer bestimmten Kundenbindung) ein häufiger Einsatz von Vertretungskräften zur konkreten Gefahr eines Auftragsverlustes führen könnte. Auch kann die Weiterbeschäftigung bestimmter sozial stärkerer Arbeitnehmer erforderlich sein, wenn im Betrieb infolge einer Sozialauswahl nach allein sozialen Kriterien sonst nur noch bzw. im Wesentlichen nur noch Arbeitnehmer mit hohen Fehlzeiten verblieben.  
BAG 31.5.2007 – 2 AZR 306/06

### **Namensliste und Sozialauswahl**

Bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste ist die soziale Auswahl nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO grob fehlerhaft, wenn die Betriebsparteien

- den auswahlrelevanten Personenkreis der austauschbaren und damit vergleichbaren Arbeitnehmer willkürlich bestimmt oder nach unsachlichen Gesichtspunkten eingegrenzt haben,
- unsystematische Altersgruppen mit wechselnden Zeitsprüngen (beispielsweise in 12er, 8er und 10er Jahresschritten) gebildet haben,
- eines der drei sozialen Grundkriterien überhaupt nicht berücksichtigt oder zusätzlichen Auswahlkriterien eine überhöhte Bewertung beigemessen haben,
- die der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehenden Gründen nicht nach sachlichen Gesichtspunkten konkretisiert haben.

Das Gesetz bestimmt für die soziale Auswahl in § 125 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 2. Halbs. InsO, dass es nicht als grob fehlerhaft anzusehen ist, wenn eine ausgewogene Personalstruktur nicht nur „erhalten“, sondern auch wenn sie erst „geschaffen“ wird. Dabei geht es nicht um den „Ausschluss“ oder um die „Herausnahme“ einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl, gemeint ist vielmehr, dass die soziale Auswahl von vornherein nur innerhalb von abstrakten Altersgruppen vorgenommen wird. Bei der Bildung von Altersgruppen wird eine bestimmte Staffelung durch das Gesetz nicht vorgeschrieben. Die Betriebsparteien sind daher hinsichtlich der Anzahl der zu bildenden Altersgruppen frei (Dreier-, Vierer- oder Fünfeinteilung). Für die einzelnen auswahlrelevanten Personenkreise können unterschiedliche Gruppeneinteilungen vorgenommen werden.

LAG Hamm 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 = NZA-RR 2004, 132

### 3. Massenkündigung

#### „Entlassung“ EuGH

Die Art. 2 bis 4 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen sind dahin auszulegen, **dass die Kündigungserklärung des Arbeitgebers das Ereignis ist, das als Entlassung gilt.** Der Arbeitgeber darf Massenentlassungen nach Ende des Konsultationsverfahrens i. S. d. Art. 2 der Richtlinie 98/59 und nach der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung i. S. d. Art. 3 und 4 der Richtlinie vornehmen.

EuGH 27.1.2005 – C-188/03 = NZA 2005, 213

#### „Entlassung“

Die Entlassungssperre nach § 18 Abs. 1 KSchG hindert weder den Ausspruch einer Kündigung nach Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit während des Laufs der Sperrfrist nach § 18 Abs. 1 oder Abs. 2 KSchG noch verlängert die Sperrfrist die gesetzlichen Kündigungsfristen. Nach der gesetzlichen Formulierung des § 18 Abs. 1 KSchG kann eine Kündigung schon unmittelbar nach Erstattung (Eingang) der Anzeige bei der Agentur für Arbeit ausgesprochen werden. Die Gesetzesfassung verbietet vor Ablauf der Sperrfrist den Ausspruch der Kündigung nicht, auch wenn man unter „Entlassung“ im Sinne der Norm die Kündigung versteht. **Eine Kündigung kann somit nach Anzeigenerstattung erfolgen. Die betroffenen Arbeitnehmer dürfen nur nicht vor Ablauf der Monatsfrist des § 18 Abs. 1 KSchG – oder im Fall des § 18 Abs. 2 KSchG der längstens zweimonatigen Frist – aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden.**

Dementsprechend werden von der „Sperrfrist“ nur solche Kündigungen unmittelbar erfasst, deren Kündigungsfrist kürzer als einen Monat (bzw. zwei Monate) sind. Der vorstehenden Auslegung steht auch nicht die Regelung zur sog. Freifrist des § 18 Abs. 4 KSchG entgegen. Ob § 18 Abs. 4 KSchG nach der neuen Auffassung vom Begriff der „Entlassung“ überhaupt noch anwendbar ist und nicht teleologisch zu reduzieren ist, kann dahingestellt bleiben.

BAG 6.11.2008 – 2 AZR 935/07

## C. Personenbedingte Kündigung

### 1. Allgemeines

#### Prüfungsschema: Personenbedingte Kündigung, § 1 II 1 KSchG

I.	Negative Prognose <ul style="list-style-type: none"><li>- Häufige Kurzerkrankungen: Mit Wiedererkrankungen in erheblichem Umfang ist zu rechnen</li><li>- Langzeiterkrankung: Die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit ist in nächster Zeit nicht zu erwarten</li></ul>
II.	Erhebliche Auswirkungen durch häufige Fehlzeiten bzw. Ungewissheit der Rückkehr auf den Arbeitsplatz <ul style="list-style-type: none"><li>- Betriebliche Auswirkungen (Betriebsablaufstörungen) oder</li><li>- Wirtschaftliche Auswirkungen (insbesondere: hohe Lohnfortzahlungskosten)</li></ul>
III.	Verhältnismäßigkeit/Interessenabwägung/Einzelfallbetrachtung <ul style="list-style-type: none"><li>- Sonstige Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung sind nicht möglich oder zumutbar;</li><li>- Umstände des Einzelfalls sind zu berücksichtigen (z.B. Betriebsunfall, Dauer der Betriebszugehörigkeit)</li></ul>

### **Leistungsschwache Arbeitnehmer**

Die verhaltensbedingte Kündigung gegenüber einem leistungsschwachen Arbeitnehmer kann nach § 1 Abs. 2 KSchG gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten dadurch vorwerfbar verletzt, dass er fehlerhaft arbeitet. Ein Arbeitnehmer genügt – mangels anderer Vereinbarungen – seiner Vertragspflicht, wenn er unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet. Er verstößt gegen seine Arbeitspflicht nicht allein dadurch, dass er die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller Arbeitnehmer überschreitet. Allerdings kann die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote je nach tatsächlicher Fehlerzahl, Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft (hier: Versandarbeiterin eines Versandkaufhauses mit dreimal so vielen Packfehlern wie an den vergleichbaren Arbeitsplätzen). **Auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen sind geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Der Arbeitnehmer muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten.**

Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektiver Kriterien nicht immer erkennbar. Es gelten insoweit die Regeln der abgestuften Darlegungslast. Bei einer Kündigung wegen qualitativer Minderleistung des Arbeitnehmers ist es zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den aufgetretenen Leistungsmängeln das vorzutragen, was er über die Fehlerzahl, die Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wissen kann. Kann der Arbeitgeber darlegen, dass der Arbeitnehmer längerfristig die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigter Arbeitnehmer erheblich überschreitet, so kann dies ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Da jedoch der Vergleich durchschnittlicher Fehlerquoten für sich noch keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, ob durch die Kündigung fehlerhafte Arbeit des gekündigten Arbeitnehmers das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist, muss der Arbeitgeber hier weitere Umstände darlegen. Anhand der tatsächlichen Fehlerzahl, der Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des betreffenden Arbeitnehmers ist näher darzulegen, dass die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquoten nach den Gesamtumständen darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft.

BAG 17.1.2008 – 2 AZR 536/06

## 2. Neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des EuGH

### **EuGH**

Art. 7 Abs.1 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten nicht entgegensteht, nach denen ein Arbeitnehmer im Krankheitsurlaub nicht berechtigt ist, während eines Zeitraums, der in die Zeit des Krankheitsurlaubs fällt, bezahlten Jahresurlaub zu nehmen.

**Art. 7 Abs.1 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei Ablauf des Bezugszeitraums und/oder eines im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraums auch dann erlischt, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben war und seine Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses fortgedauert hat, weshalb er seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte.**

Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG ist dahin auszulegen, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht, nach denen für nicht genommenen Jahresurlaub am Ende des Arbeitsverhältnisses keine finanzielle Vergütung gezahlt wird, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraums und/oder Übertragungszeitraums oder eines Teils davon krankgeschrieben bzw. im Krankheitsurlaub war und deshalb seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte. Für die Berechnung der entsprechenden finanziellen Vergütung ist das gewöhnliche Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers, das während der dem bezahlten Jahresurlaub entsprechenden Ruhezeit weiterzuzahlen ist, maßgebend.

EuGH 20.1.2009 – Rs.C-350/06 und C-520/06 = DB 2009, 234 = NZA 2009, 135

## **BAG 1**

**Hintergrund:** Die Klägerin war von August 2005 bis 31. Januar 2007 als Erzieherin für den beklagten Verein tätig. Sie erlitt im Juni 2006 einen Schlaganfall und war vom 2. Juni 2006 über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus zumindest bis August 2007 durchgehend arbeitsunfähig. Die Klägerin verlangte mit ihrer im Januar 2007 zugestellten Klage u.a. Abgeltung der gesetzlichen Urlaubsansprüche aus den Jahren 2005 und 2006.

Der Neunte Senat des BAG hat diesen Teilen der Klage im Unterschied zu den Vorinstanzen stattgegeben:

Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG steht nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache Schultz-Hoff vom 20. Januar 2009 (- C-350/06 und C-520/06 -) einzelstaatlichen Rechtsvorschriften entgegen, nach denen Arbeitnehmern, die wegen Krankheit den Jahresurlaub nicht in Anspruch nehmen können, am Ende des Arbeitsverhältnisses keine „finanzielle Vergütung“ gezahlt wird. Nationale Rechtsvorschriften dürfen diese Ansprüche nicht untergehen lassen. **Der Neunte Senat hat**

**§ 7 Abs. 3 und 4 BUrlG bisher so ausgelegt, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch erlischt, wenn der Urlaubsanspruch aufgrund der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht erfüllt werden kann. Daran hält der Senat nicht mehr fest. Ansprüche auf Abgeltung gesetzlichen Teil- oder Vollurlaubs erlöschen nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist.**

§ 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden. Jedenfalls seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. August 2006 in der Sache Schultz-Hoff (- 12 Sa 486/06) besteht kein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Senatsrechtsprechung. Gesetzlichen Ansprüchen, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht verfallen waren, steht trotz krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit kein Erfüllungshindernis entgegen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 29. August 2007 - 7 Sa 673/07 –

## **BAG 2**

**Hintergrund:** Der Kläger war seit 1999 bei der Beklagten beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand der Manteltarifvertrag für die Holz- und Kunststoffverarbeitende Industrie in Rheinland-Pfalz vom 17. März 1992 Anwendung. Danach beträgt das zusätzliche Urlaubsgeld 60 % des für den Erholungsurlaub geschuldeten Urlaubsentgelts. Der Kläger war seit Februar 2005 zumindest bis 31. März 2006 arbeitsunfähig erkrankt. Er verlangte von der Beklagten die Zahlung des tariflichen Urlaubsgeldes für das Jahr 2005.

Der Neunte Senat des BAG hat die klageabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigt:

Die Ansprüche auf Gewährung und Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs erlöschen nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums sowie darüber hinaus arbeitsunfähig erkrankt ist, § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG. Ist ein tarifliches Urlaubsgeld mit der Urlaubsvergütung verknüpft (akzessorisch), ist es erst dann zu zahlen, wenn auch ein Anspruch auf Urlaubsvergütung fällig ist. Der



Aktuelle Rechtsprechung und Schaubilder zur Infoveranstaltung  
„Personalmanagement in der Krise“ der IHK Regensburg

Anspruch auf Urlaubsgeld ist auch für den trotz Arbeitsunfähigkeit des Klägers fortbestehenden gesetzlichen Urlaubsanspruch aus dem Jahre 2005 derzeit nicht begründet. Die Beklagte schuldet keine Urlaubsvergütung, da dem Kläger bisher kein Urlaub gewährt wurde. Ebenso besteht kein Urlaubsabgeltungsanspruch des Klägers, weil das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet ist.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. Mai 2009 - 9 AZR 477/07 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25. Januar 2007 - 6 Sa 830/06

## II. Anpassung bestehender Arbeitsverhältnisse

### A. Änderungskündigung

#### 1. Allgemeines

##### Beispiel einer Änderungskündigung

Firma \_\_\_\_\_ GmbH Regensburg, den 10.06.2009  
Herrn  
Sepp Meier  
im Hause

Betr.: Kündigung, Angebot eines veränderten Arbeitsplatzes

Sehr geehrter Herr Meier,  
unter Bezugnahme auf unser heutiges Gespräch müssen wir Ihnen leider den Wegfall Ihres Arbeitsplatzes – als Gruppenleiter – aus betriebsbedingten Gründen zum 30.9.2009 mitteilen. Wir können Ihnen leider keinen Ersatzarbeitsplatz nach unseren vertraglichen Vereinbarungen anbieten. Wir kündigen deshalb des Arbeitsverhältnis fristgerecht zum .... Allerdings wird in der Abteilung ..... am 1.10.2009 ein Arbeitsplatz als Sachbearbeiter frei, den wir Ihnen anbieten können. Im Verhältnis zu Ihrer bisherigen Position als Gruppenleiter ist dieser Arbeitsplatz jedoch um 270 Euro monatlich geringer bewertet. Wir räumen Ihnen eine Überlegungsfrist von 3 Wochen (Ablauf 02.07.2009) ein. Bis zu diesem Zeitpunkt teilen Sie uns bitte mit, ob Sie das Änderungsangebot annehmen oder ablehnen. Die ausgesprochene Beendigungskündigung wird dann gegenstandslos. Sie können dieses Angebot auch unter einem dem § 2 KSchG entsprechenden Vorbehalt annehmen. Wenn Sie das Änderungsangebot vorbehaltlos und endgültig ablehnen, bleibt es bei der ausgesprochenen Kündigung.

Mit freundlichen Grüßen

.....  
(Personalleiter/in)

##### Sozialauswahl

Das Gebot der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers gilt auch für betriebsbedingte Änderungskündigungen (§ 2 Satz 1 KSchG).

Da bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung die soziale Rechtfertigung des Änderungsangebots im Vordergrund steht, ist anders als bei einer Beendigungskündigung bei der Sozialauswahl primär darauf abzustellen, wie sich die vorgeschlagene Vertragsänderung auf den sozialen Status vergleichbarer Arbeitnehmer auswirkt. **Deshalb ist vor allem zu prüfen, ob der Arbeitgeber, statt die Arbeitsbedingungen des gekündigten Arbeitnehmers zu ändern, diese Änderung einem anderen Arbeitnehmer hätte anbieten können, dem sie in sozialer Hinsicht eher zumutbar gewesen wäre.**

Für eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer im Rahmen einer Änderungskündigung müssen die Arbeitnehmer auch für die Tätigkeit, die Gegenstand des Änderungsangebotes ist,

wenigstens annähernd gleich geeignet sein. Die Austauschbarkeit bezieht sich auch auf den mit der Änderungskündigung angebotenen Arbeitsplatz.  
BAG 18.1.2007 – 2 AZR 796/05

## 2. Änderungskündigung zur Gehaltsreduzierung

Eine Änderungskündigung zur Entgeltsenkung ist begründet, wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstünden, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führen, und ein Sanierungsplan alle milderen Mittel ausschöpft und die von den Arbeitnehmern zu tragenden Lasten gleichmäßig verteilt. Liegen diese Voraussetzungen vor und hat sich die große Mehrheit der Arbeitnehmer (hier ca. 97 v.H.) mit der Reduzierung der Vergütung freiwillig einverstanden erklärt, so kann ein Arbeitnehmer, dem gegenüber die Reduzierung durch Änderungskündigung erfolgt, sich nicht darauf berufen, die Änderungskündigung sei ihm gegenüber nicht mehr erforderlich, weil der Sanierungserfolg schon durch die freiwilligen Gehaltsreduzierungen erreicht sei.  
BAG 26.6.2008 – 2 AZR 139/07

## B. Vereinbarungen

### 1. Freiwilligkeit und Widerrufsklausel

#### Freiwillige, stets widerrufbare Leistung

Der Arbeitgeber kann bei Sonderzahlungen – anders als bei laufendem Arbeitsentgelt – grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume ausschließen. Er kann sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt. Für die Wirksamkeit eines solchen Freiwilligkeitsvorbehalts kommt es nicht auf den vom Arbeitgeber mit der Sonderzahlung verfolgten Zweck an. Der Vorbehalt ist auch dann wirksam, wenn der Arbeitgeber mit der Sonderzahlung ausschließlich im Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich honoriert. Der Arbeitgeber muss auch nicht jede einzelne Sonderzahlung mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbinden. **Es genügt ein entsprechender Hinweis im Arbeitsvertrag. Ein solcher Hinweis muss in einem Formulararbeitsvertrag allerdings dem Transparenzgebot gerecht werden. Er muss deshalb klar und verständlich sein.** Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einerseits im Formulararbeitsvertrag eine Sonderzahlung in einer bestimmten Höhe ausdrücklich zusagt und eine andere Vertragsklausel in Widerspruch dazu regelt, dass der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung hat.

Hintergrund: Auf die Zahlung von Weihnachtsgratifikation in Höhe ihres Bruttomonatsgehalts geklagt hatte eine Arbeitnehmerin, der im Arbeitsvertrag diese Gratifikation ausdrücklich zugesagt worden war. Im Arbeitsvertrag war darüber hinaus geregelt, dass ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation nicht besteht und dass diese eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers darstellt, wenn sie gewährt wird. Bei den zur Zahlung der Weihnachtsgratifikation von den Parteien getroffenen Vereinbarungen handelt es sich um Allgemeine Vertragsbedingungen. Soweit diese einen Rechtsanspruch der Klägerin auf eine Weihnachtsgratifikation in Höhe ihres monatlichen Bruttogehalts ausschließen, widersprechen sie der Zusage des Arbeitgebers, der Klägerin eine Weihnachtsgratifikation in Höhe ihres monatlichen Bruttogehalts zu zahlen. Die Klauseln sind insoweit nicht klar und verständlich und deshalb unwirksam. Widerrufs- und Freiwilligkeitsklauseln schließen sich aus. Der Widerruf einer Leistung durch den Arbeitgeber setzt einen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung voraus. Hat der Arbeitnehmer auf Grund eines

Freiwilligkeitsvorbehalts dagegen keinen Anspruch auf die Leistung, geht ein Widerruf der Leistung ins Leere.  
BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07

### **Kappungsgrenze**

Die Vereinbarung eines Widerrufsrechts ist für den Arbeitnehmer jedenfalls dann zumutbar und deshalb wirksam, wenn ihm die tarifliche oder mindestens die übliche Vergütung verbleibt und der Schutz gegenüber Änderungskündigungen nicht umgangen wird. **Das setzt voraus, dass der Widerruf höchstens 25 bis 30 % der Gesamtvergütung erfasst.**

**Darüber hinaus darf er Widerruf nicht ohne Grund erfolgen. Dies muss sich aus der vertraglichen Regelung selbst ergeben, die zumindest auch die Art der Widerrufsgründe (z. B. wirtschaftliche Gründe, Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers) benennen muss.** Eine danach unwirksame Vertragsklausel fällt bei einem Altfall allerdings nicht ersatzlos weg. Wenn die Unwirksamkeit allein auf förmlichen Anforderungen beruht, die die Parteien bei Vertragsabschluss nicht kennen konnten, würde eine Bindung der Arbeitgeberin an die vereinbarte Leistung ohne Widerrufsmöglichkeit unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen. Deshalb ist die entstandene Lücke durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. Es liegt nahe, dass die Parteien bei Kenntnis der nachträglich in Kraft getretenen gesetzlichen Anforderungen an die Widerrufsvereinbarung jedenfalls die von der Beklagten geltend gemachten wirtschaftlichen Gründe mit einbezogen hätten. Das Gericht muss deshalb das Vorliegen solcher Gründe sowie die Einhaltung billigen Ermessens durch die Beklagte prüfen, wenn das Vorliegen solcher Gründe bestritten wird.

BAG 12.1.2005 – 5 AZR 364/04

## 2. Betriebliche Übung

### **Prüfungsschema: Anspruch aus betrieblicher Übung**

- |   |
|---|
| <p>I. Entstehen</p> <ul style="list-style-type: none"><li>a. Angebot des Arbeitgebers<ul style="list-style-type: none"><li>- regelmäßige betriebliche Handhabung</li><li>- Verpflichtungswille erkennbar</li></ul></li><li>b. Stillschweigende Annahme durch den Arbeitnehmer</li></ul> <p>II. Rechtsfolge</p> <p>Aus der üblich gewordenen Leistung wird ein arbeitsvertraglicher Anspruch</p> |
|---|

### **Betriebliche Übung, Vertragstheorie**

**Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden.** Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte (st. Rspr., vgl. nur BAG 28.9.2005 – 5 AZR 565/04).

Die Annahme einer betrieblichen Übung ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber zu dem von ihm praktizierten Verhalten aufgrund einer vertraglichen Regelung verpflichtet ist (BAG 19.6.2001 – 1 AZR 598/00; BAG 16.9.1998 – 5 AZR 598/97).

BAG 26.9.2007 – 5 AZR 808/06

### **Jubiläumszuwendung**

Zahlt ein Arbeitgeber über zehn Jahre an alle Mitarbeiter nach zehnjähriger Betriebszugehörigkeit vorbehaltlos eine Jubiläumszuwendung in derselben Höhe, wird dadurch eine betriebliche Übung begründet, die den einzelnen Arbeitnehmern einen vertraglichen Anspruch auf diese Leistung verschafft.

Verringert der Arbeitgeber generell die Höhe der Zahlung ab einem bestimmten Jahr und verlangt ein Arbeitnehmer, der sein zehnjähriges Betriebsjubiläum in demselben Jahr begeht, die Zahlung in der vorherigen Höhe, so hindert dies das Entstehen einer gegenläufigen betrieblichen Übung.

BAG 28.5.2008 – 10 AZR 274/07

### **Weihnachtsgeld**

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien in einem Formulararbeitsvertrag ein monatliches Bruttogehalt und weist der Arbeitgeber darauf hin, dass die Gewährung sonstiger Leistungen wie die Zahlung von Weihnachtsgeld freiwillig und mit der Maßgabe erfolgt, dass auch bei einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird, entsteht kein Anspruch auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung, auch wenn der Arbeitnehmer jahrelang Weihnachtsgeld in Höhe eines halben Bruttomonatsgehalts erhält.

Mangels eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf die Zahlung von Weihnachtsgeld bedarf es in einem solchen Fall weder einer Ankündigung des Arbeitgebers, kein Weihnachtsgeld zu zahlen, noch einer Begründung des Arbeitgebers, aus welchen Gründen er nunmehr von der Zahlung von Weihnachtsgeld absieht.

BAG 21.1.2009 – 10 AZR 219/08

### **„Gegenläufige“ betriebliche Übung 1 (alte Rechtsprechung !)**

**Der Arbeitgeber kann sich durch einfache einseitige Erklärung von der betrieblichen Übung nicht lösen (BAG 28.6.2006 – 10 AZR 385/05).** Ein aus betrieblicher Übung erwachsener Anspruch eines einzelnen Arbeitnehmers kann nicht ohne weiteres dadurch untergehen, dass der Arbeitgeber gegenüber anderen Arbeitnehmern die Übung einstellt und der Arbeitnehmer dazu schweigt. Dies gilt selbst dann, wenn es sich bei den betriebsüblichen Leistungen um einmalige Leistungen wie z. B. Jubiläumszuwendungen handelt und der Anspruchsteller selbst noch nie in den Genuss der Leistung gelangt ist (BAG 18.7.1968 – 5 AZR 400/67).

**Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Anspruch aus betrieblicher Übung bei wiederholten Leistungen auch durch eine geänderte betriebliche Übung aufgehoben werden (BAG 24.11.2004 – 10 AZR 202/04).** Mit einer gegenläufigen betrieblichen Übung über einen längeren Zeitraum hinweg kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein verschlechterndes Änderungsangebot unterbreiten, das allerdings von diesem angenommen werden muss. Von einer Annahmeerklärung kann der Arbeitgeber jedoch nicht nur dann ausgehen, wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich sein Einverständnis erklärte, sondern auch, wenn er nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte das Schweigen des Arbeitnehmers als Zustimmung zu der geänderten betrieblichen Übung ansehen darf. Das ist dann anzunehmen, wenn er davon ausgehen darf, der Arbeitnehmer werde der Änderung widersprechen, wenn er mit dieser nicht einverstanden sei. Ebenso wie bei der Begründung eines Anspruchs aus betrieblicher Übung kommt es nicht auf einen tatsächlich vorhandenen Verpflichtungswillen an, soweit ein entsprechender Rechtsbindungswille des Arbeitnehmers jedenfalls aus objektiver Sicht des Erklärungsempfängers erkennbar ist (BAG 27.6.2001 – 10 AZR 488/00).

BAG 28.5.2008 – 10 AZR 274/07

### **Gegenläufige betriebliche Übung – Weihnachtsgeld (neue Rechtsprechung !)**

1. Hat ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer jahrelang vorbehaltlos Weihnachtsgeld gezahlt, wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung nicht dadurch aufgehoben, dass der Arbeitgeber später bei der Leistung des Weihnachtsgeldes erklärt, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch, und der Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widerspricht.

2. Erklärt ein Arbeitgeber unmissverständlich, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Weihnachtsgeldzahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht, kann nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 nach §

Aktuelle Rechtsprechung und Schaubilder zur Infoveranstaltung  
„Personalmanagement in der Krise“ der IHK Regensburg

308 Nr 5 BGB eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme der Zahlung durch den **Arbeitnehmer nicht mehr den Verlust des Anspruchs auf das Weihnachtsgeld bewirken (Aufgabe der Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung, vgl. BAG 4. Mai 1999 - 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283; 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr 38).**

BAG 18.3.2009 - 10 AZR 281/08

## C. Streichung von Überstunden, Anordnung von Urlaub, Kurzarbeit

### Die Begriffe „Mehrarbeit“ und „Überstunden“<sup>2</sup>

#### **„Mehrarbeit“ = Überschreiten der gesetzlichen Höchstarbeitszeit**

„Mehrarbeit“ ist ein Begriff aus der AZO (bis 30.6.1994) und bezeichnete die Arbeit, die über die nach der AZO regelmäßige werktägliche Arbeitszeit von 8 Stunden und die nach der AZO zulässige Arbeitszeitverlängerung hinausging. Nach dem seit 1.7.1994 geltenden Arbeitszeitgesetz (ArbZG) und der hier geregelten möglichen Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit auf 10 Stunden (wöchentlich auf 60 Stunden) wird „Mehrarbeit“ so gut wie nicht mehr anfallen.

#### **„Überstunden“ = Überschreiten der individuell geschuldeten Arbeitszeit**

„Überstunden“ leistet der Arbeitnehmer, der länger arbeitet, als die für ihn persönlich nach Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag geltende Arbeitszeit vorsieht. Eine Verpflichtung zur Leistung von Überstunden besteht bei

- einzelvertraglicher Vereinbarung,
- tarifvertraglicher Ermächtigung des Arbeitgebers zur Anordnung von Überstunden,
- entsprechender Regelung in einer Betriebsvereinbarung,
- Vorliegen eines Notfalls oder sonstiger außergewöhnlicher Vorfälle aufgrund eines erweiterten Direktionsrechts des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der Treupflicht des Arbeitnehmers (Abwehrpflicht von Schäden).

### Urlaub und Freistellung

Der Arbeitgeber kann den Urlaubsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers durch Freistellung von der Arbeitspflicht bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfüllen. Dazu muss die Erklärung hinreichend deutlich erkennen lassen, dass durch die Freistellung der Urlaubsanspruch erfüllt werden soll. Nur dann ist für den Arbeitnehmer erkennbar, dass der Arbeitgeber als Schuldner des Urlaubsanspruchs die geschuldete Leistung bewirken will (§ 362 Abs. 1 BGB) und nicht nur als Gläubiger der Arbeitsleistung auf deren Annahme verzichtet (§ 615 BGB). Der Arbeitgeber erfüllt den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nur durch eine unwiderrufliche Befreiung von der Arbeitspflicht. Die Unwiderruflichkeit ist Rechtsfolge der Urlaubserteilung. Sie muss deshalb nicht vom Arbeitgeber gesondert erklärt werden. Behält sich der Arbeitgeber bei Urlaubserteilung den Widerruf vor, fehlt die zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs notwendige Freistellungserklärung.

BAG 14.3.2006 – 9 AZR 11/05

### Kurzarbeit

Bei erheblichem Arbeitsausfall haben Arbeitnehmer nach § 169 SGB III Anspruch auf Kurzarbeitergeld (Kug). Mit dem Kug wird der Entgeltausfall teilweise ausgeglichen, welcher durch die vorübergehende Unterschreitung der vertraglichen Arbeitszeit entsteht. Neben dem Vorliegen des **Arbeitsausfalls** (§ 170 SGB III) müssen weitere Bedingungen erfüllt sein, welche das Gesetz als **betriebliche und persönliche Voraussetzungen** bezeichnet (§§ 171 f. SGB III). Zudem muss der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit **schriftlich angezeigt** worden sein, und zwar entweder durch den Arbeitgeber oder durch die Betriebsvertretung (§ 173 SGB II; vgl. zu Beschränkungen im Arbeitskampf §§ 146, 174 SGB III). Arbeitgeber und Betriebsvertretung sind nach § 323 Abs. 3 Satz 1, 2 SGB III auch allein antragsberechtigt.

Dieses Verfahren führt dazu, dass zwar der Arbeitnehmer Inhaber des Anspruchs auf Kug ist, dass diesen Anspruch aber nur der Arbeitgeber oder die Betriebsvertretung geltend machen können. Dies gilt auch für die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs. Zwar ist der Arbeitnehmer Anspruchsinhaber, aber nicht entsprechend aktivlegitimiert. Das gesamte Verfahren der Geltendmachung, Berechnung und Abwicklung des Kug ist auf die

<sup>2</sup> Bopp, Arbeitsrecht, 8. Auflage, S. 1388

Durchführung seitens des Arbeitgebers und gegebenenfalls der Betriebsvertretung ausgerichtet, so dass insofern ein Verfahrens- und Prozessstandschaft eingreift. Dieses ausschließliche Recht des Arbeitgebers und der Betriebsvertretung zur Geltendmachung des Kug verletzt nicht die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, da der Arbeitnehmer im Fall einer Pflichtverletzung den Arbeitgeber auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann. Ob hiervon unter ganz außergewöhnlichen Umständen Ausnahmen gemacht werden könnten, oder wenn im betreffenden Betrieb keine Betriebsvertretung existiert, war nicht zu entscheiden.

BSG 25.5.2005 –B 11a/11 AL 15/04 R = NZA-RR 2006, 102

### III. Gestaltung neuer Arbeitsverhältnisse

#### A. Befristung und Flexibilisierung

##### **Schriftform**

Nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Eine mündliche Befristungsabrede ist nach § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 Satz 1 BGB nichtig. **Vereinbaren die Parteien vor Vertragsbeginn mündlich die Befristung des Arbeitsvertrags zu einem bestimmten Zeitpunkt und halten sie die Befristungsabrede in einem nach Vertragsbeginn unterzeichneten Arbeitsvertrag schriftlich fest, ist die mündlich vereinbarte Befristung nach § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 Satz 1 BGB nichtig mit der Folge, dass bei Vertragsbeginn nach § 16 Satz 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht.**

Die spätere schriftliche Niederlegung der Befristung führt nicht dazu, dass die Befristung rückwirkend wirksam wird. Dadurch kann allenfalls das zunächst unbefristet entstandene Arbeitsverhältnis nachträglich befristet werden. Voraussetzung dafür ist, dass die Parteien auf diese Rechtsfolge gerichtete Willenserklärungen abgeben. Das ist i.d.R. nicht der Fall, wenn die Parteien lediglich eine mündlich vereinbarte Befristung schriftlich niederlegen. Haben die Parteien vor Vertragsbeginn keine Befristung vereinbart oder eine mündliche Befristungsabrede getroffen, die inhaltlich von der in dem nach Vertragsbeginn unterzeichneten Arbeitsvertrag enthaltenen Befristung abweicht, wird in dem schriftlichen Arbeitsvertrag nicht nur eine zuvor mündlich vereinbarte Befristung schriftlich niedergelegt, sondern eine eigenständige Befristung vereinbart, die dem Schriftformgebot genügt.

BAG 13.6.2007 – 7 AZR 700/06

#### 1. Befristung ohne Sachgrund

**§ 14 Abs. 2 TzBfG ermöglicht es dem Arbeitgeber, einen Arbeitnehmer, mit dem er noch nicht in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat, bis zur Dauer von zwei Jahren befristet einzustellen und einen nach dieser Vorschrift befristeten Arbeitsvertrag höchstens dreimal bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren zu verlängern, ohne dass es für die Wirksamkeit der Befristung eines sachlichen Grundes bedarf.**

Diese gegenüber der in § 14 Abs. 1 TzBfG geregelten Sachgrundbefristung erleichterte Befristungsmöglichkeit dient der Flexibilität der Beschäftigung und als Brücke zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen. Dadurch wird ein Anreiz zur Neueinstellung von Arbeitnehmern geschaffen. Arbeitgeber erhalten nicht nur die Möglichkeit, frei zu entscheiden, ob und mit welchem Arbeitnehmer und für welche Vertragslaufzeit sie innerhalb der höchstzulässigen Gesamtdauer von zwei Jahren einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen und ob und wie oft sie einen derartigen Vertrag bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren verlängern. Es wird ihnen viel mehr außerdem ermöglicht, sich bei Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit ohne



Vorliegen eines sachlichen Grundes von einem Arbeitnehmer zu trennen. Gleichzeitig wird der Arbeitgeber am Ende der zweijährigen Höchstbefristungsdauer veranlasst, den Arbeitnehmer entweder unbefristet weiterzubeschäftigen oder bei entsprechendem Beschäftigungsbedarf einen anderen Arbeitnehmer befristet einzustellen.

Diesem Gesetzeszweck würde es zuwiderlaufen, wenn der Arbeitgeber gehalten wäre, bei der Entscheidung über die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 TzBfG den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Dadurch würde dem Arbeitgeber die Möglichkeit genommen, frei und ohne Bindung an sachliche Gründe entscheiden zu können, ob er den befristet beschäftigten Arbeitnehmer nach Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit weiterbeschäftigt. Dies will § 14 Abs. 2 TzBfG gerade ermöglichen.

BAG 13.8.2008 – 7 AZR 513/07

## 2. Befristung mit Sachgrund

### **Betrieblicher Bedarf 1**

Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. **Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nur befristet einstellt, weil er beabsichtigt, die diesem übertragenen Arbeitsaufgaben von einem späteren Zeitpunkt an dauerhaft von Leiharbeitnehmern erledigen zu lassen.** Der für die Zukunft geplante Einsatz von Leiharbeitnehmern ist auch kein sonstiger, in

§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 – 8 TzBfG nicht genannter Sachgrund, der die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem in der Zwischenzeit beschäftigten Arbeitnehmer rechtfertigen könnte.

BAG 17.1.2007 – 7 AZR 20/06

### **Betrieblicher Bedarf 2**

Ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags liegt nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG vor, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht. Über den vorübergehenden Bedarf i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG ist eine Prognose zu erstellen, der konkrete Anhaltspunkte zugrunde liegen müssen. Die Prognose ist Teil des Sachgrunds. Die Richtigkeit der Prognose des Arbeitgebers wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der prognostizierte vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung über das Vertragsende des befristet beschäftigten Arbeitnehmers noch andauert. Die Prognose muss sich lediglich darauf erstrecken, dass der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers nur zeitweise und nicht dauerhaft eröffnet ist. Etwaige Mängel der Prognose hinsichtlich der Befristungsdauer führen nur zur Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung, wenn sie auf den Sachgrund der Befristung selbst durchschlagen.

**Die Wirksamkeit einer Befristung wegen eines vorübergehenden Mehrbedarfs i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG setzt voraus, dass der Arbeitnehmer gerade zur Deckung dieses Mehrbedarfs eingestellt wird.** Es genügt aber, wenn zwischen dem zeitweilig erhöhten Arbeitsanfall und der befristeten Einstellung ein vom Arbeitgeber darzulegender ursächlicher Zusammenhang besteht. Der Arbeitgeber ist nicht gehindert, die vorhandene Arbeitsmenge zu verteilen, seine Arbeitsorganisation zu ändern oder die zusätzlichen Arbeiten anderen Arbeitnehmern zuzuweisen.

BAG 20.2.2008 – 7 AZR 950/06

### 3. Variable Arbeitszeit; Abrufarbeit

#### **Vereinbarung kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit - MUSTER – vgl. § 12 TzBfG**

Es wird eine Arbeitszeitdauer von Stunden pro Woche vereinbart. Die Lage der Arbeitszeit bestimmt sich nach den betrieblichen Notwendigkeiten und wird vom Arbeitgeber festgelegt. Der Arbeitgeber ist auch berechtigt, die Arbeitszeit nach betrieblichem Bedarf auf mehrere Wochen ungleichmäßig zu verteilen, wenn in zusammenhängenden Wochen der Ausgleich erreicht wird. Ein Anspruch auf gleichmäßige Verteilung der vereinbarten Wochenarbeitszeit besteht nicht. Der Arbeitgeber verpflichtet sich, den Arbeitnehmer mindestens für ..... aufeinander folgende Stunden pro Tag zu beschäftigen. Der Arbeitnehmer ist nur zum Einsatz verpflichtet, wenn ihm die Lage und Dauer der jeweiligen Arbeitszeit mindestens 4 Tage im Voraus mitgeteilt werden. Der Arbeitgeber wird deshalb Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit jeweils 4 Werkzeuge im Voraus durch Aushang am schwarzen Brett im Gebäude bekannt machen.

Soll sich die Arbeitszeit arbeitsvertraglich nach den für den Arbeitgeber „maßgeblichen Erfordernissen und den für den Beruf eines Kraftfahrers typischen Kriterien“ richten, ruht die Arbeitspflicht auch angesichts der Saisonabhängigkeit eines mit Baustoffen handelnden Betriebs nicht in einem bestimmten Zeitraum. Bei wirksamer Vereinbarung von Abrufarbeit und einem dem Arbeitsvertrag sowie übergeordneten Rechtsvorschriften gerecht werdenden Abruf der Arbeit ist der Arbeitnehmer nur im Umfang des jeweiligen Abrufs durch den Arbeitgeber zur Arbeitsleistung berechtigt und verpflichtet.

**Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der sich der Arbeitgeber über einen Zeitraum von drei Monaten vorbehält, den Arbeitnehmer zur Arbeit abzurufen oder nicht abzurufen, ist gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.** Die Vereinbarung benachteiligt den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil dessen Arbeitspflicht nach Grund und Höhe einseitig dem Arbeitgeber überantwortet wird und weder ein Mindestarbeitsdeputat noch ein Höchstdeputat noch ein angemessenes Verhältnis von festen und variablen Arbeitsbedingungen vorliegt. Daran vermag die Witterungsabhängigkeit des Betriebs des Arbeitgebers nichts zu ändern.

Eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gem. § 275 Abs. 1 BGB liegt auch dann vor, wenn die Aufrechterhaltung der Arbeit durch den Arbeitgeber nur mit wirtschaftlich nicht sinnvollen und damit nicht zumutbaren Mitteln möglich ist. Der Arbeitgeber trägt auch dann das Risiko des Arbeitsausfalls gem. § 615 Satz 3 BGB, wenn er selbst den Betrieb aus Gründen, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen, einschränkt oder stilllegt. Geht ein Arbeitsvertrag davon aus, dass Vergütung nur für geleistete Arbeit gezahlt wird, liegt im Zweifel kein Verzicht auf die Ansprüche gem. § 615 BGB vor (§ 305c Abs. 2 BGB). Darüber hinaus ist ein Ausschluss nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn die Arbeitspflicht fortbesteht und der Arbeitnehmer grundsätzlich jederzeit mit einem Abruf rechnen muss. Es ist dann unangemessen, dem Arbeitnehmer für mehrere Monate Ansprüche zu verwehren.

BAG 9.7.2008 – 5 AZR 810/07

## B. Unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen

### Unklarheit

**Die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB beruht auf dem Gedanken, dass es Sache des Verwenders ist, die von ihm vorgegebenen Vertragsbedingungen klar und unmissverständlich zu formulieren.** Sie bezieht sich deshalb nur auf das Verständnis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht auf die Bedeutung unklarer Begleitumstände. Diese sind aus der Sicht eines redlichen und verständigen Erklärungsempfängers zu würdigen.

BAG 26.9.2007 – 5 AZR 808/06

### Individualabrede

Nach § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es kommt nicht darauf an, ob die Individualvereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen wird und ob die Parteien eine Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beabsichtigen oder sich der Kollision mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt bewusst sind (hier für die Schriftformklausel in einem Formulararbeitsvertrag).

BAG 25.4.2007 – 5 AZR 504/06

### Freiwillige Leistungszulage

Sieht ein vom Arbeitgeber vorformulierter Arbeitsvertrag eine monatlich zu zahlende Leistungszulage unter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs vor, benachteiligt dies den Arbeitnehmer unangemessen. Die Klausel ist unwirksam.

Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass ermittelt werden kann, welche Regelung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Klausel und bei sachgerechter Abwägung der Interessen getroffen hätten. Wird eine Zahlung des Arbeitgebers lediglich als Leistungszulage ohne weitere Angaben bezeichnet, lässt dies keine hinreichenden Rückschlüsse auf Widerrufsründe i. S. d. § 308 Nr. 4 BGB zu. Wird in einem vorformulierten Arbeitsvertrag eine monatlich zahlbare Leistungszulage unter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs zugesagt, ist dieser Teil der vertraglichen Regelung unwirksam. Die Klausel hält als Allgemeine Geschäftsbedingung einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB nicht stand. Der Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei der Zusage einer monatlich zusammen mit der Grundvergütung zahlbaren Leistungszulage weicht von Rechtsvorschriften ab und unterliegt deshalb gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB.

Rechtsvorschriften i. S. d. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind nicht nur die Gesetzesbestimmungen selbst, sondern die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, d. h. auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die auf Grund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten. Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren, unterliegen einer gerichtlichen Inhaltskontrolle anhand der §§ 305 ff. BGB (vgl. auch BAG 27.7. 2005 – 7 AZR 486/04). Solche Klauseln weichen von dem allgemeinen Grundsatz ab, dass Verträge und die sich aus ihnen ergebenden Verpflichtungen für jede Seite bindend sind (pacta sunt servanda – BAG 11.10. 2006 – 5 AZR 721/05).

Nach § 611 Abs. 1 BGB begründet das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis regelmäßige beiderseitige Hauptleistungspflichten (BAG 10.1.2007 – 5 AZR 84/06 = NZA 2007, 384). Ein vertraglicher Vorbehalt, der dem Arbeitgeber die allmonatlich zu wiederholende Entscheidung über die Leistung einer Zulage zuweist, weicht hiervon ab. Nach § 611 BGB ist der Arbeitgeber als Dienstgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Der Arbeitnehmer kann in dem als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Arbeitsverhältnis grundsätzlich auf die Beständigkeit der monatlich zugesagten Zahlung einer

Vergütung, die nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft ist, vertrauen. Er erbringt im Hinblick hierauf seine Arbeitsleistung und stellt auch sein Leben darauf ein. Behält sich der Arbeitgeber vor, monatlich neu über die Vergütung zu entscheiden, weicht dies von dem in § 611 BGB gekennzeichneten Wesen eines Arbeitsvertrags ab.

Dies gilt nicht nur für die Grundvergütung, sondern auch für zusätzliche regelmäßige Zahlungen, die Zulage von den Parteien als Teil der Arbeitsvergütung und damit als unmittelbare Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer zu erbringende Arbeitsleistung vereinbart werden. **Ein vertraglich vereinbarter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei laufendem Arbeitsentgelt benachteiligt den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.** (BAG 4.3. 2004 – 8 AZR 196/03; BAG 7.12. 2005 – 5 AZR 535/04).

Der Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei laufendem Arbeitsentgelt widerspricht dem Zweck des Arbeitsvertrags. Denn dem Arbeitgeber soll ermöglicht werden, vom Arbeitnehmer die vollständige Erbringung der geschuldeten Leistung zu verlangen und seinerseits über die von ihm geschuldete Gegenleistung zu disponieren. **Die Möglichkeit, die zugesagte Zahlung grundlos und dazu noch ohne jegliche Erklärung einzustellen, beeinträchtigt die Interessen des Arbeitnehmers grundlegend. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei den unter einem Vorbehalt stehenden Leistungen nicht um die eigentliche Grundvergütung, sondern um eine zusätzliche Abgeltung der Arbeitsleistung in Form einer Zulage handelt.** Auch derartige Zulagen stellen laufendes Arbeitsentgelt dar, sind also in das vertragliche Synallagma eingebundene Leistungen.

Der Umfang der unter einem „Freiwilligkeitsvorbehalt“ zugesagten Leistungen ist dabei unerheblich. Es ist zwar anzuerkennen, dass der Arbeitgeber wegen der Ungewissheit der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens und der allgemeinen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses ein anerkennenswertes Interesse daran haben kann, bestimmte Leistungen (insbesondere „Zusatzleistungen“) flexibel auszugestalten. Dieses Interesse an einer Flexibilisierung kann der Arbeitgeber in hinreichender Weise mit der Vereinbarung von Widerrufs- oder Anrechnungsvorbehalten verwirklichen. Die das Arbeitsentgelt betreffenden „Freiwilligkeitsvorbehalte“ sind nicht durch objektiv feststellbare Besonderheiten des Arbeitsrechts gerechtfertigt. Das Bundesarbeitsgericht hat in der Vergangenheit die Wirksamkeit sog. „Freiwilligkeitsvorbehalte“ nur in Bezug auf Sondervergütungen (wie Weihnachtsgeld und andere Gratifikationen) anerkannt (vgl. 23.10.2002 – 10 AZR 48/02; BAG 12.1.2000 – 10 AZR 840/98; BAG 25.9.2002 – 10 AZR 554/01). War das laufende Arbeitsentgelt betroffen, wurde der vertragliche Ausschluss von Rechtsansprüchen als Widerrufsvorbehalt ausgelegt (vgl. BAG 22.10.1980 – 5 AZR 825/78; ferner BAG 17.5.1973 – 3 AZR 381/72). Bereits vor Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB hat der Senat den Widerruf einer Leistungszulage nur nach billigem und nicht schon nach freiem Ermessen für zulässig gehalten, selbst wenn sich dies der Arbeitgeber ausdrücklich vorbehalten hatte (13.5.1987 – 5 AZR 125/86). Seit dem 1. Januar 2002 ist ein arbeitsvertraglicher Widerrufsvorbehalt, wonach freiwillige Leistungen „jederzeit unbeschränkt“ widerrufen werden können, gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam (BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05).  
BAG 25.4.2007 – 5 AZR 627/06 = BB 2007, 1900 = DB 2007, 1757

#### **Vertragliche Ausschlussfrist**

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte **zweimonatige Ausschlussfrist** für die Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ist unangemessen kurz und gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Der Arbeitsvertrag bleibt im Übrigen wirksam und richtet sich insoweit nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 BGB). Es gelten allein das gesetzliche Verjährungsrecht (§§ 194 ff. BGB) und die Grundsätze über die Verwirkung von Ansprüchen (§ 242 BGB). Für vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossene Arbeitsverträge (sog. Altfälle) gilt nichts anderes. Es kommen weder eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Ausschlussklausel noch eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht.  
**BAG 28.11.2007 – 5 AZR 992/06 = BB 2008, 563**

#### **Doppelte Schriftformklausel**

**Hintergrund:** Der Kläger war von Mai 2002 bis zum 31. März 2006 für die Beklagte als Büroleiter in China mit dortigem Wohnsitz beschäftigt. Die Beklagte erstattete ihm und den

*anderen dort tätigen Mitarbeitern die Kosten für die Miete. Ab August 2005 verweigerte sie gegenüber dem mittlerweile gekündigten Kläger die Fortsetzung dieser Übung unter Berufung auf die im Arbeitsvertrag enthaltene Schriftformklausel. Nach dem Formulararbeitsvertrag bedürfen Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sowie der Verzicht auf das Schriftformerfordernis der Schriftform.*

Der Neunte Senat des BAG hat ebenso wie das Landesarbeitsgericht (Düsseldorf 13.4.2007 – 9 Sa 143/07) der Klage stattgegeben:

Der Erstattungsanspruch des Klägers folgt aus betrieblicher Übung. Die doppelte Schriftformklausel ist zu weit gefasst und daher gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Sie erweckt beim Arbeitnehmer entgegen der Schutzvorschrift des § 305b BGB den Eindruck, auch eine mündliche individuelle Vertragsabrede sei wegen Nichteinhaltung der Schriftform gern. § 125 Satz 2 BGB unwirksam.

**Eine einfache Schriftformklausel, nach der Änderungen und Ergänzungen des Vertrags der Schriftform bedürfen, verhindert nicht, dass eine betriebliche Übung entsteht. Die Vertragsparteien können das für eine Vertragsänderung vereinbarte Schriftformerfordernis jederzeit schlüssig und formlos aufheben.** Deshalb kann ein vereinbartes Schriftformerfordernis auch durch eine formfreie betriebliche Übung abbedungen werden.

**Eine Klausel, nach der auch die Aufhebung des Schriftformerfordernisses der Schriftform bedarf (doppelte Schriftformklausel), kann verhindern, dass eine betriebliche Übung die im Arbeitsvertrag festgelegten Leistungspflichten ändert. Eine wirksame doppelte Schriftformklausel kann regelmäßig nicht durch eine die Schriftform nicht wahrende Vereinbarung abbedungen werden.**

Nach § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses Prinzip des Vorrangs individueller Vertragsabreden setzt sich auch gegenüber wirksamen konstitutiven Schriftformklauseln durch. Das gilt auch für eine doppelte Schriftformklausel. **Eine doppelte Schriftformklausel ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie so gefasst ist, dass sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine nach Vertragsabschluss getroffene mündliche Abrede sei entgegen § 305b BGB unwirksam.**

Diese in der zu weit gefassten Klausel liegende Irreführung über die Rechtslage kann den Vertragspartner von der Durchsetzung der ihm zustehenden Rechte abhalten. Sie benachteiligt ihn deshalb unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB. Der Vorrang von Individualabreden gemäß § 305b BGB gilt nicht für die betriebliche Übung. Sie ist keine Individualabrede. Eine hinsichtlich der Rechtslage nach § 305b BGB irreführende Schriftformklausel ist dennoch insgesamt unwirksam. Sie kann nicht im Hinblick auf die betriebliche Übung als teilweise wirksam aufrechterhalten werden. Für Allgemeine Geschäftsbedingungen gilt das aus § 306 Abs. 2 BGB abgeleitete Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.

**BAG 20.5.2008 – 9 AZR 382/07**

**→ Formulierungsvorschlag:**

*„Die wiederholte Gewährung von Leistungen und Vergünstigungen begründet keinen Anspruch auf Gewährung von Dauer. Ausdrückliche mündlichen oder schriftliche Abreden gehen aber vor.“*

---

<sup>1</sup>Zum Nachlesen und Vertiefen der hier zitierten und vieler weiterer Entscheidungen wird empfohlen

**Bopp, Peter und Cornelia**

**Aktuelle Rechtsprechungsübersicht  
zum Individual-Arbeitsrecht, 8.  
Auflage, [Heilbronn,] 2009  
[www.arbverlag.de](http://www.arbverlag.de)**