



## XING XPERT Gruppe Arbeitsrecht Newsletter Oktober 2012

### Die häufigsten Irrtümer im Arbeitsrecht

#### Abfindungen

In sehr vielen Köpfen von Arbeitnehmern und teilweise sogar auch Arbeitgebern herrscht die Überzeugung vor, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung zu zahlen sei. Dies mag in anderen Ländern der Fall sein, in Deutschland gibt es einen Anspruch auf Abfindung nur in seltenen Ausnahmefällen. Man kann hier wie so oft zwischen gesetzlichen, tariflichen und betrieblichen Vorschriften unterscheiden.

§ 1a Absatz 1 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) regelt folgendes: *„Kündigt der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 Satz 1 und erhebt der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Arbeitnehmer mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung. Der Anspruch setzt den Hinweis des Arbeitgebers in der Kündigungserklärung voraus, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagfrist die Abfindung beanspruchen kann“.*

Die Vorschrift knüpft den Anspruch auf die Abfindung also an enge Voraussetzungen. Wie gesehen

- bezieht sie sich nur auf betriebsbedingte Kündigungen,
- in der Kündigung muss der Hinweis auf die Betriebsbedingtheit der Kündigung und die Abfindung enthalten sein,
- der Arbeitnehmer darf keine Kündigungsschutzklage erheben.

Mit anderen Worten wird dem Arbeitnehmer hier das Recht zur gerichtlichen Überprüfung der Kündigung geradezu abgekauft. Der Höhe nach beträgt die Abfindung ein halbes Bruttomonatsgehalt inkl. Sachbezügen für jedes volle Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses, wobei bei Vollendung von sechs Monaten auf das volle Jahr aufgerundet wird. § 1a Absatz 2 KSchG.

Andere gesetzliche Vorschriften, die sich mit Abfindungen beschäftigen, sind die §§ 9, 10 KSchG. Demnach hat das Gericht nach einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage auf Antrag des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung zu verurteilen, wenn die strengen Maßstäbe des § 9 Absatz 1 KSchG erfüllt sind:

- Beim Antrag des Arbeitnehmers auf Auflösung muss die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar sein.
- Beim Antrag des Arbeitgebers müssen Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Kläger und Beklagtem nicht erwarten lassen.

Die Höhe der Abfindung steht im Ermessen des Gerichts, beträgt bei höherem Alter des Arbeitnehmers aber maximal 18 Monatsgehälter. In der Praxis werden Anträge nach §§ 9, 10

KSChG meiner Erfahrung nach selten gestellt und noch seltener sind sie erfolgreich, da die Vorschriften wegen ihrer strengen Formulierung durch die Gerichte sehr restriktiv gehandhabt werden müssen.

Ein Anspruch auf Abfindung kann sich auch aus Tarifvertrag, Sozialplan oder sonstigen betrieblichen Vereinbarungen ergeben. Hierbei werden oft genaue Kriterien für die Entstehung des Anspruchs und seine Höhe und Auszahlungsmodalitäten benannt, die Voraussetzung für die Durchsetzbarkeit des Anspruchs sind.

Natürlich kann ein Anspruch auf Abfindung auch auf eine entsprechende einzelvertragliche Vereinbarung oder einen Prozessvergleich gestützt werden. Solche Regelungen werden jedoch natürlich auf freiwilliger Basis geschlossen, so dass sie nicht unter die Frage „Kann ich eine Abfindung verlangen?“ fallen und damit nicht Gegenstand des hier behandelten Irrtums sein können.

### **Arbeitsunfähigkeit**

Oft gibt es Streit, wenn ein „krank geschriebener“ Arbeitnehmer vom Arbeitgeber oder Kollegen im Kino, der Kneipe oder beim Einkaufen „erwischt“ wird. Nicht selten wurden in solchen Fällen sogar schon fristlose Kündigungen ausgesprochen, die vom Gericht bei Gegenwehr des Arbeitnehmers in Form einer Kündigungsschutzklage aber in der Regel regelrecht in der Luft zerrissen werden.

Eine solche Kündigung – ebenso wie eine Abmahnung oder andere arbeitsrechtliche Maßnahmen - kann im Normalfall keine Chance haben, weil der Arbeitnehmer sich keinen Vorwurf zu machen hat. Denn auch wenn er vom Arzt für arbeitsunfähig erklärt wurde, ist es ihm im Rahmen des Möglichen erlaubt, normal weiter zu leben. Das bedeutet, dass er all das tun darf, was ihm gesundheitlich möglich ist und was der Genesung nicht entgegen steht. Denn zu seinen arbeitsvertraglichen Pflichten zählt auch der Versuch, die Gesundheit zu erhalten oder wieder zu erlangen, um dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen zu können.

Der arbeitsunfähige Arbeitnehmer darf also im Extremfall sogar ins Ausland reisen, wenn dies seiner Gesundheit nicht entgegensteht, im Einzelfall vielleicht sogar zuträglich sein kann. Der Krankschreibung nachgehen darf der Arbeitgeber hingegen ohne Bedenken zum Beispiel, wenn ein Fliesenleger, der wegen eines Knieproblems für arbeitsunfähig erklärt wurde, beim Skifahren erwischt wird. In dem Fall ist durchaus zum Beispiel ein Antrag an die Krankenkasse gemäß § 275 Absatz 1a Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit angezeigt.

Im Zusammenhang mit der Entgeltfortzahlung ist auch gut zu wissen: Das Arbeitsrecht macht einen Unterschied zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit. Voraussetzung für die Arbeitsbefreiung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz ist die Arbeitsunfähigkeit, die durch eine Krankheit hervorgerufen wird. Dabei versteht das Bundesarbeitsgericht unter Krankheit einen „*regelwidrigen Körper- und Geisteszustand, der einer Heilbehandlung bedarf*“. Vom Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit geht man hingegen aus, wenn der AN seine vertraglich geschuldete Tätigkeit aus objektiven Aspekten heraus nicht ausüben kann, etwa weil er im Krankenhaus liegt, bzw. nicht ausüben sollte, weil die Heilung durch die Ausführung der Arbeit verhindert oder verzögert würde.

Daher kann nicht jede Krankheit auch die umgangssprachliche „Krankmeldung“ rechtfertigen. Es kann zum Beispiel im Einzelfall durchaus von einer Bürokratie mit gebrochenem Fuß (= Krankheit im Sinne des Gesetzes) verlangt werden, zur Arbeit zu erscheinen, wenn die Tätigkeit nicht mit viel Lauferei und Botengängen verbunden ist.

### **Automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

In der Praxis kommt es sehr häufig vor, dass Mitarbeiter wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit nicht mehr zur Arbeit erscheinen können. Wird eine entsprechende Rente bewilligt, teilt der Arbeitnehmer dies dem Arbeitgeber mit und man verabredet, dass man nunmehr getrennte Wege gehe. In anderen Fällen erfährt der Arbeitgeber nur durch Zufall von der Bewilligung etwa einer Vollrente und schreibt dann dem Arbeitnehmer, dass dadurch ja das Arbeitsverhältnis beendet sei und man sich verabschiede. Nachstehendes gilt auch für Arbeitnehmer, die Altersrente beziehen, der Arbeitsvertrag aber nie formell korrekt, nämlich schriftlich im Sinne des Gesetzes (eigenhändige Unterschrift beider Parteien notwendig), aufgelöst wurde.

Hierbei wird oft verkannt, dass ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich nie automatisch erlischt, wenn nicht eine entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder einer besonderen betrieblichen

Vereinbarung enthalten ist. Eine solche Rechtsfolge ist nämlich in keiner gesetzlichen Vorschrift des Arbeitsrechts zu finden. Die Folge des oben beschriebenen Verhaltens ist, dass das Arbeitsverhältnis unter Umständen bis zum Tode des Arbeitnehmers weiterläuft, ohne dass jemand davon „rechtliche“ Kenntnis besitzt.

Vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum Verfall von Urlaubsansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit hatte dies eher unbeachtliche Konsequenzen. Nunmehr, nachdem feststeht, dass Urlaubsansprüche auch bei langjähriger Arbeitsunfähigkeit nicht mehr automatisch verfallen, sollte Arbeitgeber genau im Auge behalten, dass sie keine dieser „leeren“ Arbeitsverhältnisse entstehen lassen bzw. aufrecht erhalten. Denn unter Umständen können hohe Klagen auf Urlaubsabgeltung auf sie zukommen, wenn der Arbeitnehmer von dem o.g. Urteil erfährt und kündigt, um den Urlaubsabgeltungsanspruch durchsetzen zu können.

Es sollte daher dringend in neuen Arbeitsverträgen eine Klausel aufgenommen werden, die die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Bewilligung einer unbefristeten Rente regelt. Zudem sollte man versuchen, eine entsprechende Vereinbarung mit bereits beschäftigten Arbeitnehmern zu treffen und die oben als leer beschriebenen Arbeitsverhältnisse mit BU-, EU- oder Altersrentnern versuchen, durch Angebot eines Aufhebungsvertrags beenden. Unterschreibt der Arbeitnehmer nicht, sollte über die personenbedingte Kündigung wegen dauerhafter Arbeitsunfähigkeit nachgedacht werden. Nur so kann man verhindern, dass nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung nicht abschätzbare Forderungen an Urlaubsabgeltung gestellt werden können.

### **Befristung**

Mittlerweile dürfte sich herumgesprochen haben, dass die Befristung eines Arbeitsvertrages nur dann wirksam ist, wenn sie schriftlich vereinbart wurde. Schriftlich bedeutet hier: Auf Papier festgehalten und mit den Unterschriften beider Parteien versehen, wahlweise genügt es auch, wenn jede Partei eine Abschrift mit der Originalunterschrift des jeweils anderen erhält. Mit anderen Worten: Fax, Email, einseitige Bestätigung, etc. eines Dokuments genügen nicht den Anforderungen des Teilzeitbefristungsgesetzes!

Eine regelrechte Falle wartet jedoch auf Arbeitgeber, die im Rahmen der Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Vertrags sonstige Änderungen in den Vertrag einbauen möchten. Das Bundesarbeitsgericht hat klargestellt, dass unter der Verlängerung eines Vertrags tatsächlich auch nur und allein die zeitliche Hinauszögerung des vereinbarten Endes zu sehen ist. Weitere Vereinbarungen, z.B. eine Lohnerhöhung oder Arbeitszeitänderung, dürfen nicht gleichzeitig mit der „Verlängerung“ vorgenommen werden! Ausnahme: Die Veränderung der sonstigen Arbeitsbedingungen darf dann in dem Verlängerungsdokument aufgenommen werden, wenn die Vereinbarung bereits vorher getroffen worden ist, so dass die schriftliche Festlegung nur noch eine Fixierung des bereits bestehenden (mündlichen) Vertrags darstellt.

Im konkreten Fall hatte ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Vertrag vorgelegt, wonach die Befristung um ein Jahr verlängert und das Gehalt um 0,50 € pro Stunden steigen sollte (BAG, Urteil vom 23. August 2006, Az.: 7 AZR 12/06). Die Bundesarbeitsrichter urteilten entgegen beider Vorinstanzen, dass keine Verlängerung eines befristeten Vertrags vorgelegen habe, sondern rechtlich gesehen die Vereinbarung eines neuen befristeten Arbeitsvertrags. Diese sachgrundlose Befristung war unwirksam, da der Mann ja bereits zuvor (nämlich während des ersten befristeten Vertrags) bei dem Arbeitgeber beschäftigt gewesen war, vgl. § 14 Abs. 2 TzBfG. Die Gehaltsveränderung zu Gunsten des Arbeitnehmers wurde dem Arbeitgeber damit zum Strick gedreht, was leider wohl zur Folge haben wird, dass viele Arbeitgeber Abstand nehmen von solchen für den Arbeitnehmer positiven Maßnahmen.

Dabei ist die Lösung einfach: Vereinbaren Sie zunächst die Verlängerung der Befristung, und nur die. In einem zweiten Dokument kann dann schon direkt im Anschluss oder besser am nächsten Tag vereinbart werden, was sich künftig ändern soll.

### **Betriebsrat**

Ein weiteres großes Missverständnis ist hinsichtlich der Kündbarkeit von Betriebsratsmitgliedern zu verzeichnen. Viele halten das Betriebsratsmandat für gleichbedeutend mit einem Freifahrtsschein für Vertragsverletzungen, da man „einem Betriebsrat nicht kündigen könne“. Tatsächlich besteht jedoch durchaus die Möglichkeit, sich von einem Betriebsratsmitglied zu trennen. Freilich sind hierbei größere Hürden zu nehmen als bei normalen Arbeitnehmern.

§ 15 KSchG regelt den so genannten Sonderkündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder. Demnach ist die Kündigung eines solchen Arbeitnehmers unzulässig, außer wenn die Voraussetzungen für eine außerordentliche (= „fristlose“) Kündigung vorliegen und das Betriebsratsgremium der Kündigung zugestimmt hat. Da in der Regel ein Einverständnis des Gremiums zu erwarten sein dürfte, kann der Arbeitgeber diese Zustimmung auch vom Arbeitsgericht auf Antrag ersetzen lassen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen.

Aus betriebsbedingten Gründen kann dem Betriebsratsmitglied außerdem dann gekündigt werden, wenn der Betrieb stillgelegt wird, § 15 Absatz 4 KSchG. Wird hingegen nur eine Abteilung geschlossen, muss der Betriebsrat in eine andere, weiterbestehende Abteilung versetzt werden, sofern dies aus betrieblichen Gründen möglich ist.

Auch nach der Zeit des Mandats genießen die ehemaligen Betriebsräte einen nachwirkenden Sonderkündigungsschutz. Im ersten Jahr nach der Abwahl dürfen die Betroffenen nur gekündigt werden, wenn ein Grund für eine außerordentliche Kündigung vorliegt. Eine ausdrückliche Zustimmung des Betriebsratsgremiums ist in dieser Zeit der Nachwirkung aber nicht mehr notwendig, es genügt das allgemeine Anhörungserfordernis wie bei anderen Kündigungen auch.

### **Betriebsübergang**

Viel Missverständnis hat die Vorschrift des § 613a BGB hervorgerufen, die überaus kompliziert die Rechtsfigur des Betriebsübergangs regelt. Vereinfacht gesagt handelt es sich dabei um eine von dem allgemeinen Grundsatz, dass ein Arbeitsvertrag nicht einseitig auf einen anderen Vertragspartner übertragen werden kann, abweichende Norm.

§ 613a birgt meiner Erfahrung nach zwei in Bezug auf Betriebsübergänge besonders häufige Irrtümer. Zum einen ist die Meinung weit verbreitet, dass man nach einem Betriebsübergang nicht gekündigt werden darf. Dies ist falsch, was beim Lesen des einschlägigen § 613a Absatz 4 BGB recht schnell offenbar wird. Die Norm lautet: *„Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.“* Der Gesetzgeber hat also ausdrücklich dargestellt, dass eine Kündigung wegen eines Betriebsübergangs zwar unwirksam ist, aber alle anderen Kündigungsgründe vorgebracht werden dürfen. Eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung ist damit auch in Zeiten vor, während oder nach einem Betriebsübergang denkbar, ebenso eine betriebsbedingte. Versperrt ist nur das Argument, dass der Betriebsübergang an sich die Kündigung notwendig mache. In der Praxis kommt es häufig vor, dass sich der Betriebsüberwerber die Arbeitnehmer aussucht, die er übernehmen möchte, und die anderen vom Betriebsveräußerer gekündigt werden. Diese Kündigungen sind nach der oben zitierten Vorschrift unwirksam.

Zum anderen wird oft vertreten, dass es eine einjährige Schonfrist nach dem Betriebsübergang gebe, während der die Arbeitsbedingungen nicht geändert werden dürften. Dies ist nur teilweise richtig. § 613a Absatz 1 Satz BGB lautet: *„Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden.“* Damit soll gesichert werden, dass die betroffenen Arbeitnehmer zumindest einen befristeten Zeitraum lang ihren alten so genannten Besitzstand wahren können. Die kollektiven Rechte, die sich beim Betriebsveräußerer aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ergaben, werden von Rechts wegen in den Arbeitsvertrag des übergehenden Arbeitnehmers transformiert und gelten also als individualrechtliche Grundsätze fort. Die Vorschrift geht jedoch noch weiter: *„Satz 2 gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Vor Ablauf der Frist nach Satz 2 können die Rechte und Pflichten geändert werden, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird.“* Der Arbeitnehmer genießt also unter Umständen einen geringeren Schutz, wenn beim neuen Arbeitgeber andere entsprechende kollektive Regelungen gelten. In dem Fall kann zum Beispiel nach dem Betriebsübergang ein geringerer Urlaubs- oder Entgeltanspruch bestehen, wenn das übergegangene Arbeitsverhältnis einem anderen Tarifvertrag (z.B. Firmentarif) unterliegt. Da hier, wie Sie bestimmt gemerkt haben, recht komplexe Fragestellungen bezogen auf den jeweiligen Einzelfall zu beurteilen sind, empfiehlt es sich für übergegangene Arbeitnehmer und Betriebsübernehmer stets, rechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen, um Streit hinsichtlich der Ansprüche zu vermeiden.

### **Fehlbestände in der Kasse/Warenfehbe-stände**

Oft werden Kassiererinnen und Kassierern Kassenfehlbestände und anderen Mitarbeitern Warenfehlbestände vom Gehalt abgezogen. Dies ist so ohne Weiteres nicht zulässig! Denn wenn ein Arbeitnehmer für einen Fehlbetrag haften soll, muss ihm der Arbeitgeber ein Verschulden nachweisen können. Dies wird nur in den seltensten Fällen gelingen.

Andererseits muss man auch nachvollziehen können, dass ein Arbeitgeber sich zumindest ein Stück weit schützen will, wenn er Mitarbeitern (die er bei großen Unternehmen im Zweifel gar nicht persönlich kennt) den besonderen Umgang mit seinem Bargeld oder seinem Eigentum erlaubt. Daher haben die Gerichte die so genannte "Mankohaftung" im engen Rahmen anerkannt.

Demnach darf der Arbeitgeber sich für Fehlbestände beim Arbeitnehmer auch ohne Nachweis des Verschuldens regressieren, wenn er

- dem Arbeitnehmer einen angemessenen wirtschaftlichen Ausgleich für die verschuldensunabhängige Haftung gewährt
- und
- nur dann Ersatz für Fehlbestände verlangt, wenn klar ist, dass allein der betroffene Arbeitnehmer für die Kasse oder die Waren zuständig war, er also alleinigen Zugriff auf die fehlenden Dinge hatte.

Wenn diese Mankohaftung ausdrücklich vereinbart wurde und die Abrede auch eingehalten wird, muss der Arbeitnehmer bis zur Höhe des gezahlten Ausgleichs haften. Wenn er fehlerfrei arbeitet, darf er den Ausgleich behalten. Übersteigt der Fehlbetrag den gezahlten Ausgleich, gelten für den übersteigenden Betrag die oben dargestellten allgemeinen Regeln, so dass der Arbeitgeber sich nur dann am Arbeitnehmer schadlos halten darf, wenn er ein Verschulden beweisen kann.

## **Gehaltskürzungen**

Nicht selten hört man, dass ein Arbeitnehmer sich mit weniger Gehalt zufrieden geben soll, weil es dem Arbeitgeber wirtschaftlich schlecht geht oder es an Aufträgen mangelt.

Auch wenn dieses Vorgehen oft gelebte Praxis darstellt, ist es aus rechtlicher Sicht in der Regel doch grundverkehrt. Denn es gilt auch im Arbeitsrecht der Grundsatz: Verträge sind einzuhalten („pacta sunt servanda“). Wenn der Arbeitgeber also im Arbeitsvertrag eine bestimmte Vergütung versprochen hat, kann er diese nicht einseitig -also ohne das Einverständnis des Arbeitnehmers- kürzen.

Das Arbeitsrecht hält jedoch für Notsituationen des Arbeitgebers einige Lösungsansätze zur wirtschaftlichen Entlastung durch Lohnersparungen bereit.

- Änderungskündigung: Auch mit Blick auf das Gehalt kommt grundsätzlich eine Änderungskündigung in Betracht. Dem Arbeitnehmer wird hierbei gekündigt und gleichzeitig das Angebot unterbreitet, zu einem geringeren Entgelt weiter zu arbeiten. Die Rechtsprechung stellt hierbei jedoch so hohe Anforderungen an die finanzielle Notlage des Arbeitgebers, dass solche Kündigungen nur selten einem Kündigungsschutzverfahren stand halten. Rechtmäßig ist eine solche Kündigung demnach nur, wenn die Existenz des Unternehmens auf dem Spiel steht. Die Beweislast dafür trägt natürlich der Arbeitgeber. Er muss nachweisen, dass bei einer Aufrechterhaltung der Personalkosten nicht mehr auffangbare Verluste entstehen würden, die zu einer Belegschaftsreduzierung oder einer Schließung des Betriebs führen. Zudem muss dargelegt werden, dass alle anderen Rettungsmaßnahmen versucht wurden, aber keinen Erfolg brachten.
- Kurzarbeit: Das Instrument der Kurzarbeit wurde in den vergangenen „Krisenjahren“ 2009 und 2010 häufig und mit großem Erfolg genutzt. Hierbei wird die Arbeitszeit der Mitarbeiter entsprechend dem Auftragsausfall im Extremfall bis auf „Null“ reduziert, entsprechend wird das Gehalt ermäßigt. Das Risiko des Verdienstaufschlags muss der Arbeitnehmer jedoch nicht alleine tragen, sondern wird in der Zeit der Kurzarbeit durch Förderungen der Bundesagentur für Arbeit unterstützt. Nach Ende der Krise wird die Arbeit wieder wie zuvor in vollem Umfang aufgenommen. In der Regel wird durch solche Maßnahmen die Arbeitslosigkeit vermieden. Wenn man den Aussagen der Wirtschaftsexperten glauben darf, hat das Instrument der Kurzarbeit der deutschen Wirtschaft sogar einen enormen Wettbewerbsvorteil beschert. Während die Unternehmen in anderen Ländern in der Krise Arbeitsplätze abgebaut haben und nun im beginnenden Aufschwung erst mühevoll wieder Personal suchen müssen, konnten

Unternehmen an deutschen Standorten sofort wieder Aufträge annehmen und problemlos in Normalarbeitszeit wieder produzieren.

- Kürzung von Zusatzleistungen: Weiterhin sollte der krisengeschüttelte Arbeitgeber prüfen, ob er Zahlungen leistet, die er ausnahmsweise einseitig kürzen darf. Hierunter zählen z.B. variable Gehaltsanteile, die sich an dem Unternehmensgewinn orientieren. Auch ist es möglich, durch geschickte Vertragsgestaltung Leistungen wie Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld an den Unternehmenserfolg zu koppeln, so dass hier im Falle des Falles Einsparungen vorgenommen werden dürfen.

### **Kündigung erst nach dreimaliger Abmahnung**

Bei Ausspruch einer Abmahnung denken viele Arbeitnehmer, dass sie noch zwei „Freischüsse“ haben, bevor ernsthafte Konsequenzen drohen. Wer dem entsprechend handelt, könnte arbeitsrechtlich betrachtet recht zeitnah sein blaues Wunder erleben. Denn es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, wonach der Arbeitgeber vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung dreimal vorwarnen muss, bevor er Ernst machen darf. Es gilt hier, wie so oft im Rechtsleben, der Grundsatz „es kommt drauf an“. Je nach Schwere der Vertragsverletzung kann es Fälle geben, in denen das Arbeitsgericht eine mehrfache Abmahnung verlangen wird. Dies kommt insbesondere bei kleineren Vergehen in Betracht wie etwa Zuspätkommen. Bei gravierenderen Pflichtverletzungen wird in der Regel ein einmaliger Warnschuss genügen, zum Beispiel beim unberechtigten Verleihen von Firmeneigentum an externe Personen. Hingegen gibt es auch Fälle, in denen eine Abmahnung vollständig entbehrlich ist. Dies kommt bei so schwerwiegenden Pflichtverletzungen in Betracht, bei denen der Arbeitnehmer nicht annehmen durfte, dass der Arbeitgeber sich dieses Verhalten gefallen lassen muss. Beliebte Schulbeispiele sind hierzu der brutale tätliche Angriff auf den Arbeitgeber und die Begehung von Vermögensdelikten gegen den Arbeitgeber. Bei Letzterem darf natürlich nicht vergessen werden, dass durch die „Emmely“-Rechtsprechung nunmehr andere Vorzeichen gelten können. Bei Mitarbeitern, die schon lange und zuverlässig im Betrieb gearbeitet haben, soll demnach eine Abmahnung erforderlich sein, zumindest wenn es sich um kleinere Unterschlagungs- oder Diebstahlsbeträge handelt. Diese Rechtsprechung zeigt auch noch einmal den Sinn der Abmahnung auf: Es geht darum, dem Arbeitnehmer sein Fehlverhalten vor Augen zu führen und klar zu stellen, dass er mit ernsthaften Konsequenzen zu rechnen hat, wenn er sein Verhalten nicht ändert bzw. wiederholt. Die Kündigung unterliegt also nach Ansicht der Richter auch bei Störungen im Vertrauensbereich dem so genannten „ultima ratio“-Prinzip, soll also immer das letzte Mittel sein, nachdem alle anderen Maßnahmen erfolglos waren. Bei kleineren Vergehen und langjährig gewachsenem Vertrauen ist mit anderen Worten davon auszugehen, dass eine „kleine“ Straftat dieses Vertrauen nicht vollkommen zerstört, sondern wieder aufgebaut werden kann. Im Wiederholungsfalle ist dann aber natürlich eine Kündigung möglich.

### **Kündigung ohne Begründung ist unwirksam**

Viele behaupten, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nur dann rechtmäßig sein könne, wenn eine Begründung angegeben wurde. Dies ist falsch.

Zwar muss eine Kündigung – jedenfalls bei Geltung des Kündigungsschutzgesetzes – auf einem Grund beruhen. Dieser muss jedoch nicht im Kündigungsschreiben offenbart werden. Lediglich im Falle der außerordentlichen Kündigung kann der Arbeitnehmer verlangen, dass ihm der Kündigungsgrund schriftlich mitgeteilt wird (§ 626 Absatz 2 BGB), dies ist jedoch keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung selbst.

Etwas anderes gilt bei Auszubildenden: Hier muss bei einer Kündigung nach Ablauf der Probezeit zwingend in dem Kündigungsschreiben der Grund angegeben werden, § 22 Absatz 3 des Berufsbildungsgesetzes.

### **Kündigung während Arbeitsunfähigkeit**

Ein überaus oft gehörter Irrtum lautet: „Während dem Krankenschein kann mir nichts passieren, da darf der Arbeitgeber nicht kündigen“. Diese Aussage hat noch nicht einmal einen wahren Kern. Dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer darf genauso wie allen anderen die Kündigung ausgesprochen werden. Es steht zu vermuten, dass diese falsche Aussage auf die Rechtslage in der ehemaligen DDR zurückzuführen ist, dort galt tatsächlich eine entsprechende Regelung.

Eine andere Frage ist, ob die Kündigung *wegen* der Arbeitsunfähigkeit zulässig ist. Hierzu gibt es zahlreiche Anforderungen zu beachten, deren Darstellung den Rahmen dieses Themenbriefs

sprengen würde. Im kommenden Themenbrief für den Monat April werden die Probleme betreffend die krankheitsbedingte Kündigung jedoch ausführlich behandelt.

## **Minijobs**

Überaus tiefgreifende und folgenreiche Irrtümer sind auch zum Thema „Minijobber“ zu verzeichnen. Es ist fast schon eher die Regel als die Ausnahme, dass geringfügig Beschäftigte keinen bezahlten Urlaub und keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle erhalten und als ohne Kündigungsschutz dastehend betrachtet werden. Dies alles ist falsch und beruht auf einer groben Verkennung der Rechtslage.

Die so genannten „Minijobber“ sind vollwertige Arbeitskräfte mit allen Rechten und Pflichten eines jeden Arbeitnehmers. Sie haben bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen -namentlich nach Erfüllung der Wartezeiten nach dem Bundesurlaubsgesetz und dem Entgeltfortzahlungsgesetz- Anspruch auf bezahlte Urlaubstage und auch Lohnzahlung bei Arbeitsunfähigkeit. Wenn es sich nicht um einen Kleinbetrieb gemäß § 23 KSchG handelt, genießen sie auch nach Erfüllung der Wartezeit Kündigungsschutz wie alle anderen Arbeitnehmer.

Ein Unterschied besteht nur hinsichtlich der allseits bekannten steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Sonderregelungen. Arbeitsrechtlich betrachtet darf kein Unterschied zwischen geringfügig Beschäftigten und sonstigen Teilzeit- oder auch Vollzeitarbeitnehmern gemacht werden.

## **Probezeit**

Oftmals wird die Probezeit mit der Wartezeit nach dem Kündigungsschutzgesetz verwechselt, was in der Praxis zu weitreichenden Irritationen führen kann.

Die Probezeit ist in § 622 Absatz 3 BGB geregelt: *„Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.“* Grundvoraussetzung ist also, dass die Arbeitsvertragsparteien die Probezeit vereinbart haben. Damit ist schon der erste Irrtum bereinigt: Es gibt von Gesetzes wegen keine „automatische“ Probezeit, sie muss gesondert vereinbart oder in anderen Vorschriften (z.B. Tarifvertrag) vorgesehen sein.

Die Probezeit hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis mit einer besonders kurzen Frist kündbar ist. Sonstige Erleichterungen gibt es nicht. Insbesondere hat die Vereinbarung einer Probezeit keine Auswirkungen darauf, ob ein Grund zur Kündigung vorliegen muss.

Diese Frage ist nämlich eine solche betreffend das Kündigungsschutzgesetz. Wenn die Wartezeit des § 1 Absatz 1 KSchG erfüllt ist und kein Kleinbetrieb im Sinne des § 23 KSchG vorliegt, dann muss ein Grund zur Kündigung gegeben sein. Dies gilt vollkommen unabhängig von der Probezeit. Es kann also vorkommen, dass eine Probezeit besteht, aber trotzdem das Arbeitsverhältnis nur unter den erschwerten Bedingungen des § 1 KSchG kündbar ist.

Beispiel: Der Arbeitnehmer wird beim Arbeitgeber (mehr als 10 Mitarbeiter gemäß § 23 KSchG) für eine sehr komplexe Aufgabe eingestellt, wobei eine neunmonatige Probezeit vereinbart wird. Dies ist grundsätzlich zulässig, entgegen der oben zitierten Vorschrift des § 622 Absatz 3 BGB darf die Kündigungsfrist aber nicht nur zwei Wochen, sondern die normalen vier Wochen zum Fünfzehnten oder Monatsende des § 622 Absatz 1 BGB betragen. Nach Ablauf der ersten sieben Monate stellt der Arbeitgeber fest, dass der Arbeitnehmer zu oft krank war und kündigt ihm. Die Kündigung wird voraussichtlich unwirksam sein. Denn der Arbeitgeber muss darlegen, dass die engen Voraussetzungen für eine krankheitsbedingte Kündigung vorliegen (siehe mehr dazu im nächsten Themenbrief). Zwar hat der Mitarbeiter noch der Probezeit unterlegen, trotzdem finden aber wegen des Ablaufs der Sechsmonatsfrist (Wartezeit nach dem KSchG) die strengen Regelungen des KSchG Anwendung. Die Vereinbarung der langen Probezeit hat dem Arbeitgeber also nichts genutzt.

## **Tariflohn**

Oft verlangen Arbeitnehmer vom Rechtsanwalt, dass er für sie einen vermeintlichen Anspruch auf Tariflohn durchsetzt, weil sie gelesen haben, dass in ihrer Branche gerade ein Tarifvertrag abgeschlossen oder verbessert wurde.

Ein Anspruch auf die Zahlung des Tariflohns besteht indes grundsätzlich bei nur, wenn die Anforderungen des Tarifvertragsgesetzes erfüllt sind. Demnach müssen beide Parteien des Arbeitsverhältnisses tarifgebunden sein. Konkreter: Der Arbeitgeber muss entweder Tarifvertragspartner oder Mitglied des abschließenden Arbeitgeberverbandes sein. Der Arbeitnehmer muss Gewerkschaftsmitglied sein. Wenn beides zu bejahen ist, ist der Anspruch auf die tariflichen Leistungen gegeben.

Fehlt es an einer der genannten Voraussetzungen, kommt ein Anspruch nur noch in Betracht, wenn die Anwendbarkeit des Tarifwerks auf ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung oder eine betriebliche Übung gestützt werden kann.

Ist nichts davon der Fall, unterliegt das vereinbarte Arbeitsentgelt nach den allgemeinen Grundsätzen der freien Verhandlung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Eine Anpassung kann nur dann verlangt werden, wenn ein sittenwidrig niedriger Lohn gezahlt wird. Dieser wird in der Regel wiederum an den einschlägigen Tariflöhnen gemessen. Als Faustregel gilt: Liegt der Lohn ein Drittel unter dem Tariflohn, wird er voraussichtlich als sittenwidrig zu betrachten sein.

#### **Hinweis**

*Unser Newsletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Newsletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.*



**RA Jean-Martin Jünger**  
Kanzlei für Arbeitsrecht

**Rechtsanwalt Jean-Martin Jünger**  
**Lehrbeauftragter Wirtschafts- und Arbeitsrecht FH Heidelberg und DHBW Mannheim**  
Kanzlei für Arbeitsrecht  
Werderstr.40  
68165 Mannheim  
Phone: +49 (0)621-4196615  
Fax: +49 (0)621-417607  
Mobil: +49 (0)178-8535717  
E-Mail: [ra.juenger@kanzlei-juenger.de](mailto:ra.juenger@kanzlei-juenger.de)  
Online: <http://www.KanzleiJuenger.de>