



Arbeitsrecht für jeden



**Herausgeber:**

Arbeitskammer des Saarlandes, Abteilung Öffentlichkeitsarbeit
Fritz-Dobisch-Straße 6 - 8, 66111 Saarbrücken, Fon (06 81) 40 05-0
Broschürenservice Fon (06 81) 40 05-444, Fax (06 81) 40 05-411
E-Mail: info@arbeitskammer.de
Internet: www.arbeitskammer.de

Bearbeitung:

Frank Schmidt, Ass. Jur. Rechtssekretär bei der Gewerkschaft ver.di

Redaktion:

Dörte Grabbert, Dorothee Krieger

Satz:

SaTec Gesellschaft für Satz- und Drucktechnik mbH, Saarbrücken

Titel:

Kurt Heinemann, Völklingen

Herstellung:

Kern Druck, Bexbach

18. Auflage: 640.001 – 650.000

Kostenlos für Mitglieder der Arbeitskammer, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer
im Saarland. Preis für andere Besteller: 7 € zuzüglich Portokosten.

Gedruckt auf Recyclingpapier



Arbeitskammer des Saarlandes
Mitglied im Umweltpakt Saar

ISBN 978 – 3 – 88968 – 277 – 2



Vorwort

Das Arbeitsrecht ist für den Normalbürger oftmals ein „Buch mit sieben Siegeln“ und daher nicht leicht zu verstehen. Dies liegt vor allem daran, dass es kein einheitliches Gesetz gibt, sondern viele Gesetze berücksichtigt werden müssen. Zudem kommt erschwerend hinzu, dass sich das Arbeitsrecht in den letzten Jahren in wichtigen Bereichen durch höchstrichterliche Entscheidungen weiterentwickelt hat. Hier sei beispielsweise das Urlaubsrecht oder Kündigungsrecht, vor allem im Hinblick auf das Verhalten des Arbeitnehmers in sozialen Medien, genannt. Neben den Gesetzen und den geschlossenen Arbeitsverträgen kommen in vielen Bereichen noch Tarifverträge zur Anwendung, die bessere Regelungen enthalten, so dass diese an die Stelle der arbeitsvertraglichen oder gesetzlichen Regelungen treten.

All dies vermag der juristische Laie überhaupt nicht mehr nachzuvollziehen. Aus diesem Grund wurden in dieser Broschüre bewusst nur Themengebiete ausgewählt, die für die tägliche Arbeit erforderlich sind. Weiterreichende Fragen, Anliegen oder Themenschwerpunkte sollte man in der heutigen Zeit lieber durch einen Experten beantworten lassen.

Für Auskünfte und Beratung stehen den im Saarland tätigen Arbeitskräften die Arbeitskammer des Saarlandes sowie ihre Gewerkschaft zur Verfügung.

Die Broschüre ist in Bezug auf die Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Stand Januar 2018.

Saarbrücken, im Juli 2018

Jörg Caspar
Vorsitzender des Vorstandes

Thomas Otto
Hauptgeschäftsführer





Vorwort	9
1. Die Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses	11
– Rechte und Pflichten durch Übersendung der Bewerbungsunterlagen	
1.1 Der Gleichbehandlungsgrundsatz	11
1.2 Förderung der Einstellung Schwerbehinderter	12
1.3 Das Vorstellungsgespräch	13
Fragen des Arbeitgebers und deren Beantwortung:	14
a) Vorstrafen und Ermittlungsverfahren	14
b) Krankheiten	14
c) Schwerbehinderung	15
d) Schwangerschaft	15
e) Familienplanung	15
f) Gewerkschafts- oder Parteizugehörigkeit	15
g) Religionszugehörigkeit	15
h) Sonstige Fragen	15
2. Der Arbeitsvertrag	16
2.1 Allgemein	16
2.2 Form und Zustandekommen	16
2.2.1 Arbeitsbeginn, Tätigkeitsfeld, Arbeitszeit, Vergütung usw.	16
a) Aufnahme der Tätigkeit	17
b) Art der Tätigkeit	17
c) Ort der Arbeitsleistung	18
d) Arbeitszeit inklusive Umkleidezeit	18
e) Überstunden	19
f) Vergütung	19
2.2.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	21
1. Versetzung	21
2. Abgeltung von Überstunden	22
3. Ausschlussfristen/Verfallklauseln	23
4. Rückzahlungsklauseln	25
a) Weihnachts-/Urlaubsgeld	25
b) Fort- oder Weiterbildungskosten	26
5. Vertragsstrafen	28

2.3	Probezeit	30
2.4	Vertragsarten	31
2.4.1	Unbefristeter Arbeitsvertrag	32
2.4.2	Befristeter und bedingter Arbeitsvertrag	32
I.	Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG	33
a)	Gesetzliche Gründe	33
b)	Sonstige Gründe	35
II.	Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG	35
III.	Zweck- und Zeitbefristung zusammen	37
IV.	Befristung von Arbeitnehmern ohne Sachgrund bei Existenzgründung	37
V.	Befristete Verträge ohne Sachgrund mit älteren Arbeitnehmern	37
VI.	Auflösend bedingter Arbeitsvertrag	38
VII.	Schriftformerfordernis eines befristeten oder bedingten Arbeitsvertrages	39
VIII.	Mehrfache Befristungen mit sachlichem Grund (Kettenbefristungen)	40
IX.	Ende des befristeten Arbeitsvertrages	40
a)	Beendigung durch Zeitablauf	40
b)	Erreichen des vereinbarten Zwecks oder Eintritt der Bedingung	40
c)	Ordentliche Kündigung während der Befristung	41
X.	Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit	42
XI.	Folgen unwirksamer Befristung	44
XII.	Anrufung des Arbeitsgerichts	45
2.5	Besondere Vertragsarten	45
2.5.1	Teilzeitarbeitsvertrag	45
2.5.2	Geringfügige und kurzfristige Beschäftigung	46
2.5.3	Leiharbeitsvertrag	48
2.5.4	Arbeit auf Abruf	51
2.5.5	Telearbeit/Homeoffice	52
2.5.6	Altersteilzeitvertrag	53
3.	Vertragspflichten des Arbeitgebers	56
3.1	Lohnzahlungspflicht	56
3.1.1	Höhe des Entgelts und weitere Bestandteile	56
3.1.2	Lohnabrechnung und elektronische Lohnsteuerbescheinigung	58

INHALT

3.1.3	Zahlung des Entgelts ohne Arbeit	59
I.	Vorübergehende Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen	59
II.	Annahmeverzug und Betriebsrisiko	61
	a) Annahmeverzug	61
	b) Betriebsrisiko	62
III.	Erholungsurlaub	63
	a) Urlaubsanspruch	63
	b) Urlaubsdauer	64
	c) Wartezeit, voller und anteiliger Urlaubsanspruch	66
	d) Zeitpunkt des Urlaubs	67
	e) Zusammenhängender Urlaub	68
	f) Erwerbstätigkeit während des Urlaubs	69
	g) Urlaubsentgelt	69
	h) Krankheit und Urlaub	70
	i) Übertragung des Urlaubs	71
	j) Abgeltung des Urlaubs	74
IV.	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	75
	– Exkurs BEM -	80
V.	Entgeltfortzahlung an Feiertagen	84
3.2	Beschäftigungspflicht	85
3.3	Fürsorgepflicht	86
	– Einzelfälle	86
	a) Schutz der Person des Arbeitnehmers	86
	b) Schutz des Eigentums des Arbeitnehmers	88
	c) Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers	88
	• Personalakte	88
	• Maßregelungsverbot	88
	• Schutz vor Belästigung	89
	• Rechtsfolge einer Verletzung der Fürsorgepflicht	89
4.	Pflichten des Arbeitnehmers	90
4.1	Arbeitspflicht	90
4.2	Treue- und Verschwiegenheitspflicht	90
4.3	Nebentätigkeit	91
4.4	Eventuelle Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers	93

5.	Abmahnung	96
5.1	Wirksamkeitsvoraussetzungen	96
	1. Inhalt	96
	2. Form	96
	3. Frist zum Ausspruch der Abmahnung	97
5.2	Wirkungsdauer einer Abmahnung	97
5.3	Reaktionsmöglichkeiten	97
	1. Gegendarstellung	97
	2. Klage gegen die ausgesprochene Abmahnung	97
6.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung	98
6.1	Kündigung und Kündigungsarten	98
	1. Begriff	98
	2. Arten	98
	a) Ordentliche und außerordentliche Kündigung	98
	b) Änderungskündigung	98
	c) Teilkündigung	100
	d) Bedingte Kündigung	100
	e) Verdachtskündigung	100
6.1.1	Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Arbeitsaufnahme	101
6.2	Kündigungserklärung	102
	1. Form	102
	2. Kündigungsberechtigung und Stellvertretung	102
	3. Inhalt	103
	4. Zugang der Kündigung	103
6.3	Kündigungsfristen	105
	1. Gesetzliche Kündigungsfristen	105
	2. Verlängerte gesetzliche Kündigungsfristen	106
	3. Tarifvertragliche Regelungen	107
	4. Einzelvertragliche Regelungen	107
6.4	Schutz vor bestimmten Kündigungen	108
	1. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	108
	2. Betriebsübergang	108
	3. Arbeitsvertragliche und tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen	108
	4. Maßregelungsverbot nach § 612a BGB	109

INHALT



6.5 Die ordentliche Kündigung	109
1. Allgemeiner Kündigungsschutz	109
2. Sozialwidrigkeit der Kündigung	110
3. Kündigung als letztes Mittel	110
4. Prognose	111
5. Interessenabwägung	111
6.5.1 Personenbedingte Gründe	111
1. Allgemeines	111
2. Einzelfälle	112
a) Krankheit	112
aa) Kündigung wegen langandauernder Krankheit	113
bb) Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	113
cc) Kündigung bei dauernder Leistungsunfähigkeit	113
b) Alkoholabhängigkeit	114
c) Eignung	114
6.5.2 Verhaltensbedingte Gründe	114
1. Voraussetzungen	114
2. Einzelfälle	115
a) Alkohol- und Rauchverbot	115
b) Arbeitsverweigerung	115
c) Außerbetriebliches Verhalten	116
d) Internetnutzung	116
e) Äußerungen und Beleidigungen im Internet	116
f) Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Arbeitsunfähigkeit	119
6.5.3 Betriebsbedingte Gründe	120
1. Allgemeines	120
a) Dringende betriebliche Gründe	120
b) Freier, vergleichbarer und gleichwertiger Arbeitsplatz	121
c) Sozialauswahl	121
6.5.4 Betriebsbedingte Kündigung mit Abfindung	122
6.6 Die Außerordentliche Kündigung	123
6.6.1 Voraussetzungen	123
6.6.2 Wichtiger Grund	123
1. Wichtiger Grund für Arbeitgeber	123
a) Gründe	123

b) Einzelfälle	123
aa) Alkohol	123
bb) Arbeitsunfähigkeit	124
cc) Arbeitsverweigerung	124
dd) Internetnutzung	125
ee) Äußerungen und Beleidigungen durch den Arbeitnehmer	125
ff) Strafbare Handlungen	126
2. Wichtiger Grund für Arbeitnehmer	126
6.6.3 Kein Verzicht auf fristlose Kündigung	127
6.7 Anhörung des Betriebs-/Personalrats vor Ausspruch der Kündigung	127
6.8 Besonderer Kündigungsschutz	128
6.8.1 Während der Schwangerschaft	128
6.8.2 Während der Elternzeit	128
6.8.3 Während der Pflegezeit	129
6.8.4 Gegenüber Schwerbehinderten	130
6.8.5 Gegenüber Mitgliedern von Interessenvertretungen	131
6.9 Dreiwöchige Klagefrist	132
7. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag	133
7.1 Grundlagen	133
7.2 Inhalte des Aufhebungsvertrages	133
7.3 Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen	134
a) Ruhen des Anspruchs auf ALG I wegen Eintritt einer Sperrzeit	134
b) Ruhen des Anspruchs auf ALG I wegen einer Abfindung	135
c) Ruhen des Anspruchs auf ALG I bei Urlaubsabgeltung	135
d) Auswirkungen in Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung	136
8. Arbeitspapiere und Zeugnis	137
9. Abkürzungsverzeichnis	139

1. Die Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses

Um geeignete Bewerber zu finden, haben Arbeitgeber heute eine Vielzahl von Möglichkeiten, auf freie Arbeitsplätze hinzuweisen, sei es in klassischen Printmedien, Onlinejobbörsen oder auch sozialen Medien usw. Erhält ein Arbeitgeber auf solch eine Stellenausschreibung hin Bewerbungsunterlagen, entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 2 BGB mit Rechten und Pflichten für beide Seiten. Der Arbeitgeber wird hierdurch z.B. zur sorgfältigen Aufbewahrung der Bewerbungsunterlagen, deren unverzüglicher Rückgabe bei Nichteinstellung sowie zum Stillschweigen über bekannt gewordene persönliche Daten und Geheimnisse des Bewerbers verpflichtet. Der Bewerber ist beispielsweise zur Mitteilung zwischenzeitlich eingetretener Leistungshindernisse, wie Aufnahme einer anderweitigen Beschäftigung oder einer eingetretenen Erkrankung verpflichtet.

1.1 Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Schon die Stellenausschreibung darf nicht gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen. Hiernach ist eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verboten. Im Regelfall darf daher im gesamten Ausschreibungstext keins der genannten Merkmale eine Rolle spielen. Ausnahme: Wenn spezielle Merkmale für die Ausübung der Tätigkeit Voraussetzung sind.

Beispiel

In einem Mädcheninternat wird für den Nachtdienst nach einer Erzieherin gesucht oder in einer Beratungsstelle wird eine Frau mit Migrationshintergrund gesucht, die hauptsächlich Flüchtlingsfrauen betreut.

Dagegen kann z.B. eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft gegeben sein, wenn in einer Stellenausschreibung sprachliche Anforderungen erfüllt werden müssen.

Beispiel

Deutsche Sprache in Wort und Schrift, Muttersprachler oder sehr gute Deutschkenntnisse. Eine solche Anforderung kann ausländische Arbeitnehmer benachteiligen. Diese Benachteiligung ist aber zulässig, wenn z.B. im Kontakt mit Kollegen oder Kunden entsprechende Sprachkenntnisse Voraussetzung zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Tätigkeit sind.

Eine Stellenausschreibung muss auch geschlechtsneutral formuliert werden. Aus diesem Grund darf eine zu besetzende Stelle bis auf die Fälle einer Rechtfertigung durch spezielle Anforderungen im Tätigkeitsfeld weder ausschließlich für Männer noch lediglich für Frauen ausgeschrieben werden.

Beispiel

Suche nach einem Sachbearbeiter, einem Referenten oder einer Kassiererin.

Wird aber eine Stelle in der Ausschreibung männlich gefasst und im weiteren Ausschreibungstext an Bewerberinnen und Bewerber gerichtet, liegt keine Benachteiligung vor.

In Stellenausschreibungen des öffentlichen Dienstes findet sich häufig die Formulierung, dass Bewerbungen von Frauen ausdrücklich erwünscht sind und Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt berücksichtigt werden, sofern nicht in der Person des Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. Eine solche Förderung ist nach § 7 LGG ausdrücklich in denjenigen Bereichen zulässig und erforderlich, in denen Frauen unterrepräsentiert sind.

Eine Stellenausschreibung muss auch altersneutral erfolgen, d.h. sie darf keine Angabe enthalten, wonach Personen eines bestimmten Alters ausgeschlossen werden sollen.

Beispiel

Eine Benachteiligung liegt auch vor, wenn ein(e) junge(r) Verkäufer(in) gesucht wird.

Beachte: Eine Benachteiligung im Rahmen einer beabsichtigten Einstellung kann auch bereits dann vorliegen, wenn der Bewerber nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorzeitig aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen wird. Erfolgt dies ohne nachvollziehbaren Grund, können die Betroffenen ggfs. vom Arbeitgeber Schadensersatzansprüche fordern.

Tipp

Erfolgt eine Stellenausschreibung/ ein Bewerbungsverfahren unter Missachtung des AGG, kann bei Nichtberücksichtigung der eigenen Bewerbung ein hieraus entstandener Schaden – bis zu einer Höhe von drei Monatsgehältern – gegenüber dem Arbeitgeber nach § 15 Abs. 2 AGG geltend gemacht werden. Ein Anspruch auf Schadensersatz ist allerdings nur dann möglich, wenn man als Bewerber für die Stelle objektiv geeignet ist. Ein Anspruch auf Einstellung besteht in keinem Fall.

Weitere Einzelheiten zu dem Thema Gleichbehandlung finden Sie in dem AK-Infofaltblatt „Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)“ und in der Broschüre Arbeitsrecht von A-Z.

1.2 Förderung der Einstellung Schwerbehinderter

Nach § 71 i.V.m. § 81 SGB IX haben private und öffentliche Arbeitgeber, die über mindestens 20 Arbeitsplätze verfügen, die Pflicht, eine bestimmte Anzahl an schwerbehinderten (GdB mindestens 50) oder diesen gleichgestellten Menschen (GdB 30 oder 40) zu beschäftigen bzw. zu prüfen, ob die freie Stelle mit solch einer Person besetzt werden kann.

Beispiel

Der Schwerbehinderte K (GdB 60) bewirbt sich auf die Stelle eines Bauingenieurs, die das private Unternehmen R zu besetzen hat. Aufgrund seiner Berufsausbildung und seiner Berufserfahrung erfüllt K die Voraussetzungen, die laut Stellenausschreibung erfüllt sein müssen. Neben K bewerben sich noch weitere Personen. Muss K zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden? JA, sofern R von der Schwerbehinderung des K Kenntnis hat.

Soll eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung bereits im Auswahlverfahren Berücksichtigung finden, muss diese Angabe laut BAG in dem Bewerbungsschreiben selbst unter Nennung des GdB oder im Lebenslauf durch hervorgehobene Markierung geschehen. „Eingestreuete“ oder „unauffällige“ Informationen reichen nicht aus.

Zwar besteht die Pflicht zur Einstellung schwerbehinderter Menschen oder diesen gleichgestellten Menschen nach § 71 i.V.m. 81 SGB IX nur für diesen Personenkreis. Unter den Schutz des AGG können aber auch Menschen mit einer leichten Behinderung fallen. Somit gilt das zuvor Gesagte grds. auch für Menschen mit leichten Behinderungen.

**Tip**

Es besteht keine Verpflichtung, dem möglichen neuen Arbeitgeber seine Behinderung im Auswahlverfahren mitzuteilen. Möchte man allerdings, dass diese berücksichtigt wird, sollte man eine gesundheitliche Einschränkung, eine Schwerbehinderung oder deren Gleichstellung bereits im Bewerbungsschreiben eindeutig erwähnen. Wurde man nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und hat die Bewerbungsunterlagen zurückbekommen, sollte man diese auf Anzeichen einer Benachteiligung kontrollieren, insbesondere auf Randbemerkungen, Unterstreichungen o.ä.

Weitere Einzelheiten rund um das Thema Behinderung und Arbeitsleben finden Sie in der AK-Broschüre „Behinderte Menschen und ihr Recht“

1.3 Das Vorstellungsgespräch

Lädt der Arbeitgeber einen Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch ein, so hat er die anfallenden notwendigen Kosten wie Fahrt-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten zu erstatten. Dies folgt aus den §§ 662, 670 BGB. Durch eine entsprechende Mitteilung in der Einladung zum Vorstellungsgespräch kann der Anspruch ausgeschlossen werden. Keinen Anspruch hat hingegen, wer sich unaufgefordert oder aufgrund eines Vorschlages der Agentur für Arbeit vorstellt.

Im Rahmen von Vorstellungsgesprächen usw. kommt es durchaus vor, dass der Arbeitgeber Dinge wissen möchte, die aus Sicht des Bewerbers überhaupt nichts mit dem Arbeitsverhältnis zu tun haben. Der Bewerber gerät hierdurch oftmals in eine

Zwangssituation. Bleiben einzelne Fragen offen, kann dies die Chancen auf eine Einstellung verringern. Hier hilft bisweilen nur eine bewusste Falschantwort weiter. Dies schadet ihm nur, wenn die Frage zulässig war. In diesen Fällen kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB anfechten. Stellt der Arbeitgeber hingegen eine unzulässige Frage, darf der Bewerber diese falsch beantworten und lügen.

Welche Fragen im Einzelnen zulässig sind, richtet sich nach den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen sowie der Rechtsprechung des BAG. Hiernach dürfen nur solche Fragen gestellt werden, die für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind und bei denen das Interesse des Arbeitgebers an der Information das Recht der Bewerber auf informationelle Selbstbestimmung überwiegt.

Einzelne Fragen:

a) Vorstrafen und Ermittlungsverfahren

Die Frage nach Vorstrafen ist nur zulässig, wenn diese wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen an den zu besetzenden Arbeitsplatz betreffen. So sind beispielsweise Fragen nach den Vorstrafen wegen Vermögens- oder Eigentumsdelikten bei einer Kassiererin, einem Bankangestellten oder einem Lagerverwalter, Verkehrsstraftaten bei Berufskraftfahrern oder Delikte wegen Misshandlung von Kindern bei Lehrern oder Erzieherinnen zulässig. Fragen nach einem aktuell laufenden Ermittlungsverfahren unterliegen entsprechenden Voraussetzungen.

b) Krankheiten

Fragen nach Krankheiten/Gesundheitseinschränkungen sind dann zulässig, wenn durch diese die Eignung des Bewerbers für den zu besetzenden Arbeitsplatz dauerhaft eingeschränkt wird.

Beispiele

Alkoholabhängigkeit eines Berufskraftfahrers, chronisches Rückenleiden eines Möbelpackers oder Mehlstauballergie eines Bäckers.

Liegen solche gesundheitlichen Einschränkungen vor, ist der Bewerber sogar ohne vorherige Frage des Arbeitgebers zur Mitteilung dieser verpflichtet, wenn er hierdurch zum Zeitpunkt der geplanten Arbeitsaufnahme die arbeitsvertragliche Leistung nicht erbringen kann.

Generelle Fragen nach dem allgemeinen Gesundheitszustand hingegen sind nicht zulässig, da diese einen erheblichen Eingriff in die Intimsphäre des Bewerbers darstellen. In einigen Tarifverträgen ist geregelt, dass der Arbeitgeber verlangen kann, dass sich der Bewerber einer Einstellungsuntersuchung unterzieht. Aber auch hier dürfen durch den Arzt nur solche Fragen gestellt oder Untersuchungen durchgeführt werden, bei denen es um die grundsätzlich notwendige gesundheitliche Eignung für die spätere Tätigkeit geht.

DAS VORSTELLUNGSGESPRÄCH



Auch die Frage nach einer Infizierung mit ansteckenden Krankheiten wie z.B. HIV oder Hepatitis ist regelmäßig unzulässig, es sei denn, es handelt sich um eine Tätigkeit, bei der die Gefahr einer Übertragung besteht. Dies kann beispielsweise in Krankenhäusern der Fall sein.

c) Schwerbehinderung

Die Frage eines Arbeitgebers nach einer bestehenden Schwerbehinderung bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag ist nach Ansicht des BAG jedenfalls dann zulässig, wenn ein Arbeitsverhältnis bereits sechs Monate bestanden hat. Inwiefern diese Frage auch vorher zulässig ist, ist noch nicht ganz geklärt. Vieles spricht dafür, dass die Frage unzulässig ist, sofern nicht nach einer Behinderung gefragt wird, die der Tätigkeitsaufnahme entgegensteht. In diesem Fall muss auch auf eine Behinderung nicht ausdrücklich hingewiesen werden.



Tipp

Steht die Schwerbehinderung der auszuübenden Tätigkeit nicht entgegen, sollte man die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung mit NEIN beantworten. Möchte man aber von Anfang an, dass die Schwerbehinderung durch den Arbeitgeber berücksichtigt wird, sollte man diese bereits in der Bewerbung angeben.

d) Schwangerschaft

Die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft ist in der Regel unzulässig.

e) Familienplanung

Auch die Fragen nach der Familienplanung oder verklausuliert nach ‚Zukunftsplänen‘ oder einem ‚Heiratswunsch‘ sind grundsätzlich unzulässig.

f) Gewerkschafts- oder Parteizugehörigkeit

Vor einer Einstellung ist die Frage nach einer Gewerkschafts- oder Parteizugehörigkeit grundsätzlich unzulässig. Nach erfolgter Einstellung ist diese Frage zulässig, soweit die Kenntnis des Arbeitgebers hiervon für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Zu denken ist hier an die Zahlung von Tariflohn oder Krankengeldzuschuss für Gewerkschaftsmitglieder.

g) Religionszugehörigkeit

Die Frage nach der Religionszugehörigkeit ist in der Regel unzulässig. Eine Ausnahme hiervon gilt nach § 9 AGG nur, wenn eine bestimmte Religion eine berufliche Anforderung darstellt, wie es in einem kirchlichen Krankenhaus oder Pflegeheim gerechtfertigt sein kann.

h) Sonstige Fragen

Fragen nach dem beruflichen Werdegang oder bisherigen Arbeitsverhältnissen sind grundsätzlich zulässig.

2. Der Arbeitsvertrag

2.1 Allgemein

Die Besonderheit des Arbeitsvertrages im Vergleich zum „gewöhnlichen“ Dienstvertrag gem. § 611 BGB liegt in der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber, vgl. § 611a BGB. Er ist in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert und an seine Weisungen bezüglich Art, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit gebunden.

2.2 Form und Zustandekommen

Trotz zwischenzeitlicher Einführung des § 611a BGB und des NachwG, hat sich nichts daran geändert, dass Arbeitsverträge formlos geschlossen werden können. Folglich ist auch eine mündliche Vereinbarung möglich und wirksam. Um z.B. spätere Auseinandersetzungen über den Inhalt des Arbeitsvertrages zu vermeiden, empfiehlt sich immer die Schriftform. In einigen Tarifverträgen ist die Schriftform sogar ausdrücklich vorgeschrieben.

Beispiel

§ 2 MTV im saarländischen Einzelhandel, § 2 Abs. 1 TVöD oder § 3 TV AWO Saarland.

Obwohl Arbeitsverträge mündlich geschlossen werden können, schreibt § 2 NachwG vor, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer innerhalb eines Monats nach Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen in Schriftform auszuhändigen hat. Hierzu gehören Dinge wie Vertragsbeginn, Vertragsende, Art der Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort, Vergütung, Urlaubsanspruch, Kündigungsfristen und bei Tarifgeltung ein Hinweis auf die anzuwendenden Tarifverträge.

Neben Personen, die älter als 18 Jahre sind, können auch Minderjährige mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, in der Regel sind dies die Eltern, einen Arbeitsvertrag abschließen, vgl. §§ 107, 113 BGB. Vereinbarungen, die den Minderjährigen in besonderem Maße verpflichten, bedürfen der ausdrücklichen Zustimmung der gesetzlichen Vertreter.

2.2.1 Arbeitsbeginn, Tätigkeitsfeld, Arbeitszeit, usw.

Grundsätzlich steht es dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer frei, die Vertragsinhalte so festzulegen, wie sie es gerne möchten. Eine Grenze bilden hierbei die gesetzlichen Regelungen. Sobald eine arbeitsvertragliche Regelung gegen ein Gesetz verstößt, ist diese unwirksam. Findet ein Tarifvertrag aufgrund beidseitiger Tarifbindung des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers auf das Arbeitsverhältnis oder aufgrund einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung (AVE) nach § 4 Abs. 1 TVG Anwendung, sind auch dessen Regelungen zwingend zu berücksichtigen.

FORM UND ZUSTANDEKOMMEN



Eine Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG liegt dann vor, wenn auf der einen Seite der Arbeitgeber in dem Arbeitgeberverband ist, der den Tarifvertrag abgeschlossen hat oder selbst mit einer Gewerkschaft einen Tarifvertrag abgeschlossen hat. Auf der anderen Seite muss der Arbeitnehmer Mitglied in der Gewerkschaft sein, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat. Dann gelten die Vorschriften des Tarifvertrages unmittelbar und zwingend, wie auch bei einer AVE.

Ist nur eine Seite tarifgebunden oder keine von beiden, kommt ein Tarifvertrag nur zur Anwendung, wenn der Arbeitsvertrag ausdrücklich auf diesen Bezug nimmt; entweder auf den aktuell geltenden (starre Bezugnahme) oder auf den jeweils geltenden (dynamische Bezugnahme). Bei einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme gelten die Vorschriften des Tarifvertrages nicht unmittelbar und zwingend, so dass arbeitsvertraglich hiervon abgewichen werden kann.

Eine Bezugnahme auf Teile des Tarifvertrages ist grundsätzlich möglich, z.B. auf Kündigungsfristen, Zuschläge oder die Arbeitszeit. Auch hier gelten die Vorschriften nicht unmittelbar und zwingend.

Beispiel

Es wird nur die Entlohnung gem. Tarif vereinbart, nicht hingegen der Urlaubsanspruch.

a) Aufnahme der Tätigkeit

Damit die Vertragsparteien wissen, wann der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufnimmt, wird dieser Zeitpunkt mündlich oder schriftlich vereinbart. In aller Regel wird der Vertragsschluss also vor der eigentlichen Arbeitsaufnahme stattfinden. Aber auch durch die Arbeitsaufnahme selbst kann ein Vertragsverhältnis begründet werden (sog. konkludentes Verhalten), wenn sie mit Wissen und Willen des Arbeitgebers erfolgt.

b) Art der Tätigkeit

In den meisten Fällen ergibt sich die Art der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit direkt aus dem Arbeitsvertrag, oder aus einem Verweis auf die Stellenbeschreibung.

Beispiel

Brief-/Paketzusteller, Teppichverkäufer, Pförtner, usw.

Ist die Tätigkeit lediglich fachlich umschrieben, kann der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts nach § 106 S. 1 GewO den Inhalt der Arbeitsleistung unter Berücksichtigung seiner eigenen Interessen und derjenigen des Arbeitnehmers näher bestimmen.

Durch das Weisungsrecht kann der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer also sämtliche Arbeiten zuweisen, die sich innerhalb des vereinbarten Berufsbildes/Tätigkeitsfeldes halten und gleichwertig sind.

Beispiel

Arbeitgeber Unschlüssig hat den Arbeitnehmer Flexibel als Mitarbeiter im Bauhof eingestellt. Aufgrund seines Weisungsrechts kann Unschlüssig dem Flexibel Arbeiten übertragen, die üblicherweise in einem Bauhof anfallen.

Möchte der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer eine völlig andere Tätigkeit zuweisen, die zudem auch nicht gleichwertig zu der bisherigen ist, ist dies nicht von seinem Weisungsrecht gedeckt. Der Arbeitnehmer hat dann das Recht, die Übernahme der angeordneten Tätigkeiten abzulehnen.

c) Ort der Arbeitsleistung

Der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeit zu verrichten hat, ergibt sich normalerweise aus dem Arbeitsvertrag. Dies ist üblicherweise der Betrieb des Arbeitgebers.

Beispiel

„Der Arbeitnehmer wird als „Referent Projektmanagement“ für unser Unternehmen in Saarbrücken tätig.“ Eine Versetzung z.B. nach Hamburg wäre vom Weisungsrecht nicht gedeckt.

Ergibt sich ein bestimmter Arbeitsort weder aus dem Arbeitsvertrag, einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einer sonstigen gesetzlichen Regelung, kann der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts auch den Arbeitsort näher bestimmen, allerdings immer unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers.

Beispiel

Bau- oder Montagearbeiter können mangels Festlegung einer bestimmten Baustelle auf allen Baustellen innerhalb Deutschlands eingesetzt werden. Eine Reinigungskraft kann in verschiedenen Gebäuden zur Reinigung eingesetzt werden oder ein Schulhausmeister kann auch in anderen Schulen eingesetzt werden, wenn er nicht einer bestimmten Schule arbeitsvertraglich zugeteilt ist.

Beinhaltet der Arbeitsvertrag eine Versetzungsklausel, kann eine einseitige Festlegung eines anderen Arbeitsortes durchaus in Frage kommen. Dies ist davon abhängig, ob die Versetzungsklausel wirksam ist. Weitere Einzelheiten hierzu finden Sie unter Punkt 2.2.2 Ziffer 1.

Ein Gewohnheitsrecht auf die Tätigkeit an einem bestimmten Ort entsteht grundsätzlich nicht. Die Nichtausübung des Weisungsrechts über einen längeren Zeitraum führt im Ergebnis nicht dazu, dass der Arbeitnehmer nicht mehr mit einer Versetzung rechnen muss. Dazu wären besondere Umstände des Einzelfalles nötig, die eine Ausübung des Weisungsrechts durch Schaffen eines sog. Vertrauenstatbestandes einschränken.

d) Arbeitszeit inklusive Umkleidezeit

Auch die Arbeitszeit des Arbeitnehmers, sei es die tägliche, wöchentliche oder monatliche, wird üblicherweise im Arbeitsvertrag vereinbart.

FORM UND ZUSTANDEKOMMEN

Beispiel

Im Arbeitsvertrag ist eine wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden vereinbart.

Hierbei versteht man unter dem Begriff Arbeitszeit die Zeit von Arbeitsaufnahme bis Arbeitsende ohne Pausen. Wann die jeweilige Arbeitszeit beginnt und endet, ist gesetzlich nicht geregelt. Haben die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung über deren Lage und Dauer getroffen und ergibt sich eine solche auch nicht aus einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung, kann sie durch den Arbeitgeber nach billigem Ermessen festgelegt werden.

Der Arbeitgeber kann die Lage der Arbeitszeit, deren Verteilung auf die einzelnen Wochentage sowie deren täglichen Beginn und Ende nebst Pausen vorgeben. Hierbei hat er die Interessen des Arbeitnehmers angemessen zu berücksichtigen, sofern nicht betriebliche Belange dem entgegenstehen.

Beispiel

Bei der Schichteinteilung von Eltern mit zu beaufsichtigenden Kindern sind Arbeitgeber gehalten, auf deren Betreuungsmöglichkeiten Rücksicht zu nehmen, falls sich dies betrieblich organisieren lässt. Gleiches gilt z.B. für Arbeitnehmer mit pflegebedürftigen Angehörigen usw.

Schreibt der Arbeitgeber vor, dass der Arbeitnehmer Dienstkleidung zu tragen hat und diese erst auf der Arbeit anziehen darf oder muss vor Arbeitsbeginn spezielle Schutzkleidung angelegt werden, dann ist auch die Umkleidezeit als Arbeitszeit zu sehen. Könnte die Arbeitsstelle hingegen bereits in Arbeitskleidung aufgesucht werden, dann gilt Umkleidezeit regelmäßig nicht als Arbeitszeit.

e) Überstunden

Arbeit darf grundsätzlich nicht über den vertraglich/tariflich vereinbarten Rahmen hinaus angeordnet werden. Nur in zwei Ausnahmefällen darf der Arbeitgeber Überstunden explizit verlangen: in Krisen- oder Notfallsituationen, die für das Unternehmen existenzbedrohend sind, und bei besonderem betrieblichen Bedarf.

Möchte der Arbeitgeber darüber hinaus, dass Überstunden geleistet werden, muss dies zwischen ihm und dem Arbeitnehmer ausdrücklich geregelt werden. Aus diesem Grund enthalten die meisten Arbeitsverträge und viele Tarifverträge heutzutage Regelungen, wonach der Arbeitnehmer zur Ableistung von Überstunden verpflichtet ist.

Beispiel

Der Arbeitnehmer ist bei betrieblicher Erforderlichkeit auf Anordnung des Arbeitgebers zur Ableistung von Überstunden verpflichtet.

f) Vergütung

Ein weiterer wichtiger Punkt, der üblicherweise im Arbeitsvertrag enthalten ist bzw. von den Vertragsparteien vereinbart wird, ist die Vergütung des Arbeitnehmers. Hierbei steht es den Parteien grundsätzlich frei, eine bestimmte Vergütungs-

höhe zu vereinbaren, wenn diese nicht durch zwingende gesetzliche oder tarifliche Regelungen vorgeschrieben ist.

Beispiel

Mindestlohnstarife im Bauhauptgewerbe, in der Pflege o.ä.

Dies kann dazu führen, dass Arbeitnehmer, die die gleiche Arbeit im Betrieb ausüben, unterschiedliche Löhne erhalten. Eine Pflicht zur Gleichbehandlung gibt es grundsätzlich nicht.

Eine Pflicht zur gleichen Mindestvergütung für gleiche Arbeit besteht nur dann, wenn dies tarifvertraglich durch eine Entgeltordnung oder gesetzlich vorgeschrieben ist. Oder aber wenn ein Unterschied zwischen vergleichbaren Gruppen ohne Rechtfertigung vorliegt.

Beispiel

Der Arbeitgeber zahlt an Grenzgänger im Betrieb 200 Euro monatlich weniger, weil diese keine Steuern in Deutschland zahlen. Eine solche Unterscheidung wäre ebenso rechtswidrig wie ein geringerer Stundenlohn für alle Frauen im Betrieb o.ä.

Seit der Einführung des MiLoG zum 1. Januar 2015 gibt es eine Lohnuntergrenze, die von den Arbeitgebern gegenüber allen Arbeitnehmern einzuhalten ist. Für jede Zeitstunde beträgt der Mindestlohn nach § 1 Abs. 2 MiLoG im Jahr 2018 8,84 € brutto.

Beachte: Eine Änderung der Höhe des Mindestlohnes ist ab dem 1. Januar 2019 möglich.

Ausnahmen gelten nur für Auszubildende, Kinder (unter 15 Jahren) und Jugendliche (zwischen 15 und 18 Jahren) unabhängig von dem Vertragsverhältnis. Auch Arbeitnehmer, die vor der Arbeitsaufnahme länger als 1 Jahr arbeitslos waren (Langzeitarbeitslose), haben in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses keinen Anspruch auf den Mindestlohn. Erst ab dem siebten Monat entsteht dieser Anspruch automatisch per Gesetz.

Auch Praktikanten haben Anspruch auf Mindestlohn, wenn sie nicht

1. ein Praktikum im Rahmen einer schulischen, beruflichen, universitären Ausbildung oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie leisten oder
2. ein Praktikum von bis zu drei Monaten zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums leisten oder
3. ein Praktikum von bis zu drei Monaten begleitend zu einer Berufs- oder Hochschulausbildung leisten, wenn nicht zuvor ein solches Praktikumsverhältnis mit demselben Auszubildenden bestanden hat oder
4. an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a SGB III oder an einer Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68 bis 70 des BBiG teilnehmen.

2.2.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Oftmals werden Vertragsbedingungen nicht ausgehandelt, sondern einseitig vom Arbeitgeber vorgegeben. Dies birgt allerdings häufig die Gefahr, dass der Arbeitnehmer „über den Tisch gezogen“ wird. Daher unterliegen solche einseitigen Vorgaben, sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen, einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Nach diesen Vorschriften sind AGB grundsätzlich nur dann wirksam, wenn der Arbeitnehmer hierdurch nicht überrascht, unangemessen benachteiligt wird oder sie keine unklaren Formulierungen enthalten.

Ist eine Regelung wegen eines der zuvor genannten Gründe unwirksam, schreibt § 306 Abs. 1 und 2 BGB vor, dass der Arbeitsvertrag als solcher wirksam bleibt und an die Stelle der unwirksamen Klausel die gesetzliche Regelung tritt.

Im Folgenden betrachten wir einige typische Klauseln:

1. Versetzung

Beispiel

„Der Arbeitgeber behält sich das Recht vor, den Arbeitnehmer im Bedarfsfall auch an einem anderen Arbeitsort einzusetzen. Hierbei werden die persönlichen Belange des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt“.

Nach Ansicht des BAG ist bei einer solchen Klausel für jeden Arbeitnehmer zweifelsfrei erkennbar, dass eine Versetzung an alle Arbeitsorte des Unternehmens in Betracht kommt. Das entspricht dem weitgehenden Bestimmungsrecht, das das Gesetz dem Arbeitgeber nach § 106 GewO einräumt, da Arbeitsverträge nur eine rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht festlegen können.

Neben der Möglichkeit, den Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitsort zu versetzen, beinhalten solche Versetzungsvorbehalte meistens auch noch Regelungen im Hinblick auf die Änderung der bisherigen Tätigkeit.

Beispiel

Der Arbeitgeber behält sich das Recht vor, den Arbeitnehmer im Bedarfsfall an einem anderen Arbeitsort einzusetzen und mit einer anderen Tätigkeit zu betrauen.

Diese Klausel ist laut BAG zu weit gefasst und daher unwirksam. Dagegen ist folgende Klausel wirksam, da nach der Rechtsprechung des BAG weder eine festgeschriebene Ankündigungsfrist noch ein höchstzulässiger Versetzungsradius Wirksamkeitsvoraussetzung für einen Versetzungsvorbehalt sind.

Beispiel

Der Arbeitgeber ist berechtigt, dem Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen unter Wahrung der Interessen des Arbeitnehmers auch eine andere, gleichwertige Tätigkeit, Position oder ein anderes Arbeitsgebiet zu übertragen, soweit dies den Fähigkeiten und Kenntnissen des Arbeitnehmers entspricht und nicht zu einer Absenkung der vertraglich vereinbarten Vergütung führt.

Ist eine arbeitsvertragliche Versetzungsklausel unwirksam, hat der Arbeitnehmer das Recht, die ihm zugewiesene neue Arbeit zu verweigern. Außerdem hat er einen Anspruch auf Beschäftigung in seiner bisherigen Tätigkeit am bisherigen Ort.

2. Abgeltung von Überstunden

Manche Arbeitsverträge enthalten Klauseln, wonach mit dem vereinbarten Monatslohn auch die geleisteten Überstunden abgegolten sind.

Solche Klauseln sind grundsätzlich unwirksam, da sich der Umfang der ohne zusätzliche Vergütung zu leistenden Überstunden nicht hinreichend deutlich aus dem Arbeitsvertrag ergibt. Hierdurch ist für den Arbeitnehmer nicht von Anfang an erkennbar, wie viele Überstunden „auf ihn zukommen werden“ und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung insgesamt erbringen muss.

Ausnahmen hiervon sind laut BAG dann zulässig, wenn Dienste höherer Art geschuldet sind, wie zum Beispiel bei leitenden Angestellten (also mit der Befugnis, selbständig Personal einzustellen), Chefärzten oder wenn insgesamt eine deutlich herausgehobene, die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitende Vergütung gezahlt wird. Für das Jahr 2017 liegt diese bei 6.500 € in Westdeutschland und 5.800 € in Ostdeutschland.

Beispiel

Der Arbeitgeber gibt vor, dass die ersten zwanzig Überstunden im Monat mit dem Gehalt abgegolten sind. Erst ab der einundzwanzigsten Stunde wird die normale Vergütung gezahlt.

Diese Klausel ist nach Auffassung des BAG wirksam, da für den Arbeitnehmer von Anfang an klar ist, wie viele Überstunden er im Monat maximal leisten muss, ohne dafür eine zusätzliche Vergütung zu bekommen. Dies gilt allerdings nicht für jede beliebige Anzahl an Überstunden.

Wie hoch die Anzahl der mit dem Grundgehalt abgegoltenen Überstunden sein darf, hängt vom konkreten Einzelfall ab. Aufgrund zahlreicher unterschiedlicher Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten kann man annehmen, dass eine pauschale Abgeltung von Überstunden im Umfang von maximal 10 - 15 % der wöchentlichen Arbeitszeit angemessen ist.

Beispiel

„Der Arbeitnehmer erhält eine Vergütung in Höhe von ... € brutto pro Monat, die jeweils zum Monatsende fällig wird. Überstunden von bis zu 10 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit sind mit der Vergütung abgegolten; im Übrigen werden sie gesondert vergütet“.

Überstunden dürfen allerdings nicht dauerhaft angeordnet werden, dies wäre nämlich eine Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit, die vertraglich vereinbart ist. Als Überstunden gelten nur Arbeitszeiten über die regelmäßige Arbeitszeit hinaus, die nur ab und an notwendig werden.



3. Ausschlussfristen/Verfallklauseln

Fälligkeit tritt bei einem vereinbarten Monatslohn nach § 614 S. 2 BGB am Ende des entsprechenden Monats ein. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart, dass der Lohn am 15. des Folgemonats gezahlt wird, tritt Fälligkeit an diesem Tag ein. Ab diesem Zeitpunkt kann man den offenen Betrag gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen. Die §§ 195, 199 BGB schreiben vor, dass Ansprüche aus Arbeitsverhältnissen nur innerhalb von drei Jahren durchgesetzt werden können, wobei diese Drei-Jahres-Frist mit Ablauf des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist.

Die meisten Arbeitsverträge enthalten entgegen der gesetzlichen Vorschrift allerdings Regelungen, die eine Geltendmachung innerhalb einer kürzeren Zeit vorsehen. Solche Regelungen werden in Arbeitsverträgen als Ausschlussfristen oder Verfallklauseln bezeichnet. Solche Klauseln dürfen nicht zu kurz bemessen sein, da sie den Arbeitnehmer ansonsten übermäßig benachteiligen.

Beispiel

„Sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind innerhalb von 2 Monaten nach deren Fälligkeit gegenüber der anderen Partei schriftlich geltend zu machen“.

Hierbei handelt es sich um eine einstufige Ausschlussfrist. Solche „Klauseln“ sind unwirksam, wenn sie die Geltendmachung von Ansprüchen in einer kürzeren Frist als drei Monate verlangen. Für diese Fälle gilt dann die allgemeine Verjährungsfrist von 3 Jahren.

Viele Arbeitsverträge enthalten neben dieser ersten noch eine zweite Ausschlussfrist, innerhalb derer man den Anspruch gerichtlich geltend machen muss.

Beispiel

„Sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind innerhalb von 2 Monaten nach deren Fälligkeit gegenüber der anderen Partei schriftlich geltend zu machen. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab oder erklärt sich nicht innerhalb von einem Monat nach Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von weiteren 2 Monaten nach der Ablehnung oder Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird“.

Auch für die „zweite Stufe“ ist eine Mindestfrist von drei Monaten geboten, sonst ist auch diese unwirksam.

Ist bei einer zweistufigen Ausschlussfrist nur eine der beiden Stufen unwirksam, so muss man schauen, ob diese geteilt werden kann. Ist dies der Fall, gilt die dann wirksame Frist weiter. Kann eine Trennung nicht vorgenommen werden, so sind beide Fristen insgesamt unwirksam, mit der Folge, dass die gesetzliche Verjährungsfrist maßgebend ist.

Wichtig: In Tarifverträgen können – da es sich nicht um AGB handelt – durchaus kürzere Verfallsfristen vorgegeben werden!

Es gibt auch Klauseln, welche lediglich eine Geltendmachung durch den Arbeitnehmer regeln und nicht für den Arbeitgeber.

Beispiel

„Ansprüche des Arbeitnehmers sind innerhalb von 3 Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen, andernfalls erlöschen sie“.

Eine solche Klausel benachteiligt den Arbeitnehmer einseitig und ist daher unwirksam.

Die überwiegende Anzahl von Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen verlangt eine schriftliche Geltendmachung der jeweiligen Ansprüche. Die Voraussetzung der Schriftform schließt in aller Regel eine Übermittlung auf rein elektronischem Weg aus.

Nach der neuen Regelung des § 309 Nr. 13 BGB sind aber Klauseln unwirksam, die eine strengere Form als die Textform vorschreiben. Mit Textform sind nun auch all die Formen möglich, welche unter die telekommunikative Übermittlung (also auch E-Mail oder Nachrichten per Messenger o.ä.) fallen. Da der neue § 309 Nr. 13 BGB erst ab dem 1. Oktober 2016 gilt, fallen hierunter nur Arbeitsverträge, die nach dem 30. September 2016 abgeschlossen wurden. Altverträge, die vor dem 30. September 2016 abgeschlossen wurden und das Erfordernis einer schriftlichen Geltendmachung verlangen, bleiben wirksam. Allerdings können solche Altverträge durch Vertragsänderungen oder -anpassungen ihren Charakter als Altvertrag verlieren, so dass die bisher wirksame Ausschlussfrist nun unwirksam wird.

Beispiel

Nach dem 30. September 2016 wird ein Änderungsvertrag geschlossen, der sich nur auf geänderte Arbeitszeiten und eine entsprechende Anpassung der Vergütung bezieht. Hierbei hätte auch darauf hingewiesen werden müssen, dass Ansprüche in Textform geltend zu machen sind. Die alte Verfallklausel wird daher unwirksam.

Tipp

Wenn Sie merken, dass in Ihrem Arbeitsvertrag oder in dem von Ihnen zu unterschreibenden Arbeitsvertrag eine Ausschlussfrist geregelt ist, welche eine schriftliche Geltendmachung von unter drei Monaten vorsieht, brauchen Sie Ihren Arbeitgeber auf die Unwirksamkeit nicht aufmerksam zu machen. Für Sie gilt dann die gesetzliche Verjährungsfrist. Für Ihren Arbeitgeber gilt aber die zu kurz bemessene Frist, da er diese einseitig gestellt hat.

Problem Mindestlohn: Der überwiegende Teil arbeitsvertraglicher Ausschlussfristen fordert eine Geltendmachung innerhalb einer bestimmten Zeit für sämtliche bzw. alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Dies könnte nach der Einführung des MiLoG mit dem 1. Januar 2015 bei diesen Klauseln dazu führen, dass sie aufgrund eines Verstoßes gegen dieses Gesetz unwirksam sind. Denn nach § 3 S. 1 MiLoG sind Vereinbarungen insoweit unwirksam, als sie die Geltendmachung auf den Mindestlohn beschränken oder ausschließen. Zu den Vereinbarungen nach dieser Vorschrift gehören alle im Arbeitsrecht denkbaren Regelungen in Arbeitsverträgen, Tarifver-



trägen oder Betriebsvereinbarungen. Ob oder inwiefern solche Klauseln wegen Verstoßes gegen das MiLoG unwirksam sind, wurde bisher noch nicht abschließend durch das BAG entschieden.

4. Rückzahlungsklauseln

a) Weihnachts-/Urlaubsgeld

Im Hinblick auf Gratifikationen beinhalten viele Arbeitsverträge die Verpflichtung, dass solche Sonderzahlungen zurückzuzahlen sind, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis innerhalb eines gewissen Zeitraums nach Zahlung kündigt.

Solche Klauseln sind in der heutigen Arbeitswelt grundsätzlich zulässig, sofern sie wirksam vereinbart wurden. Zunächst muss eine Rückzahlungsklausel daher eindeutig und klar vorgeben, unter welchen Voraussetzungen eine Rückzahlungspflicht besteht.

Beispiel

„I. Der Arbeitnehmer erhält eine Sonderzahlung in Höhe eines Monatsgehaltes, die am 30. November eines jeden Jahres zusammen mit dem dann fälligen Monatsgehalt ausgezahlt wird. II. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Sonderzahlung zurückzuzahlen, wenn er bis zum 31. März des auf die Auszahlung folgenden Kalenderjahres ausscheidet.“ Diese Klausel ist wirksam, da sie klar und verständlich formuliert ist und der Arbeitnehmer weiß, was auf ihn zukommen kann.

Für die Frage der Wirksamkeit einer solchen Klausel ist weiterhin entscheidend, ob die Höhe der Sonderzahlung und die Bindungsdauer in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen. In diesem Zusammenhang hat das BAG Grenzwerte zur Bindungsdauer entwickelt, bei deren Überschreitung vor einer unangemessenen Benachteiligung und damit von der Unwirksamkeit der Klausel ausgegangen wird:

- Für sog. geringe Sonderzahlungen, d.h. für solche bis zu ungefähr 100 EUR, kann der Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer keine Bindung und somit auch eine Rückzahlung verlangen.
- Beträgt die Sonderzahlung mehr als 100 EUR, aber weniger als ein Monatsgehalt, so kann eine Bindung bis maximal zum 31. März des Folgejahres vereinbart werden, also für längstens drei Monate.
- Beträgt die Sonderzahlung ein volles Monatsgehalt oder liegt sie darüber, so kann eine Bindung bis maximal zum 30. Juni des Folgejahres vereinbart werden, also für längstens sechs Monate.

Beispiel

Für Arbeitnehmer Wechsel gilt laut Arbeitsvertrag eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats. Im November zahlt der Arbeitgeber ein Weihnachtsgeld in Höhe eines halben Monatsgehalts. Arbeitsvertraglich ist eine Rückzahlungspflicht vereinbart, wonach Wechsel das Weihnachtsgeld zurückzahlen muss, wenn er vor dem 31. März des Folgejahres

ausscheidet. Da Wechsel ab dem 1. April des Folgejahres eine neue Arbeit hat, kündigt er das bestehende Arbeitsverhältnis zum 31. März. Muss er die Sonderzahlung zurückzahlen? NEIN, da Wechsel erst mit Ablauf des 31. März ausgeschieden ist und nicht vorher.

Verpflichtet sich der Arbeitgeber eine Sonderzahlung zu leisten, diese aber nicht in einer Summe zu zahlen, sondern in zwei Teilbeträgen zu jeweils bestimmten Terminen, muss jede Teilzahlung getrennt betrachtet werden.

Beispiel

„Der Arbeitnehmer erhält eine Sonderzahlung in Höhe eines Monatsgehaltes, die jeweils zur Hälfte am 30. Juni und am 30. November eines jeden Jahres ausgezahlt wird. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Sonderzahlung zurückzuzahlen, wenn er bis zum 31. März des auf die Auszahlung folgenden Kalenderjahres ausscheidet.“ Muss der Arbeitnehmer beide Sonderzahlungen zurückzahlen, wenn er das Arbeitsverhältnis zum 31. März des Folgejahres gekündigt hat? NEIN, da die Bindungsdauer für jede einzelne Sonderzahlung drei Monate beträgt. Für die zweite Zahlung wäre es allenfalls möglich, eine Rückzahlung bei einem Ausscheiden vor dem 31. März zu vereinbaren. Eine Bindung über den 31. März hinaus ist zu lange und damit unwirksam.

Achtung: In einem Tarifvertrag kann von den vom BAG entwickelten Grenzwerten abgewichen werden, auch zuungunsten des Arbeitnehmers.

b) Fort- oder Weiterbildungskosten

Wenn ein Arbeitgeber die anfallenden Kosten einer Fort-/Weiterbildung des Arbeitnehmers übernimmt und in der Regel auch noch für die Dauer der Fortbildung unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeit freistellt, hat er ein großes Interesse daran, dass der Arbeitnehmer nach Abschluss der Weiterbildung auch in dem Betrieb verbleibt und das Arbeitsverhältnis mit ihm fortbesteht.

Deshalb wird oft eine Rückzahlung der Kosten vereinbart, wenn der Arbeitnehmer kurz nach dem Ende der Fortbildungsmaßnahme aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

Solche „Rückzahlungsklauseln“ sind in der arbeitsrechtlichen Praxis üblich, allerdings ist nicht jede Klausel wirksam. Vor allem, wenn sie in dem Vertrag an einer Stelle steht, mit der der Arbeitnehmer nicht gerechnet hat, für ihn unklar formuliert ist, so dass er nicht feststellen kann, was auf ihn zukommen kann oder ihn unangemessen benachteiligt.

Neben dem Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nach erfolgreich abgeschlossener Weiterbildung in seinem Betrieb zu halten, ist bei solchen Rückzahlungsklauseln stets das Interesse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Eine Rückzahlungsvereinbarung ist daher nur wirksam, wenn der Arbeitnehmer auch Qualifikationen erwirbt, von denen er auf dem Arbeitsmarkt profitieren könnte. Der Ersatz reiner Einarbeitungskosten, die allein im Interesse des Arbeitgebers entstehen, können in keinem Fall verlangt werden.

FORM UND ZUSTANDEKOMMEN

Beispiel

Schulungskosten für den Umgang mit einer Software, die nur der Arbeitgeber nutzt, weil sie extra für sein Unternehmen entwickelt wurde. Diese Kosten können nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden.

Die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen. Das ist in erster Linie nach der Dauer der Aus- oder Fortbildungsmaßnahme, aber auch anhand der Qualität der erworbenen Qualifikation zu beurteilen. Aus diesem Grund hat das BAG „Regelwerte“ festgelegt, wonach die Verpflichtung des Arbeitnehmers, für eine bestimmte Zeit im Betrieb zu bleiben, und die Dauer der Weiterbildung in einem angemessenen Verhältnis stehen. An folgenden Werten kann man sich grundsätzlich orientieren:

Dauer der Aus- oder Fortbildung (mit Freistellung)	maximale Bindungsdauer
1 Monat	bis 6 Monate
2 Monate	bis 12 Monate
3 - 4 Monate	bis 24 Monate
6 - 12 Monate	bis 36 Monate
mehr als 24 Monate	bis 60 Monate

Da es sich um Richtwerte handelt, kann auch in Einzelfällen hiervon abgewichen werden, wenn die Ausbildungskosten z.B. extrem hoch waren.

Für eine wirksame Rückzahlungsverpflichtung muss von Anfang an für den Arbeitnehmer klar sein, welche Kosten genau auf ihn zukommen. Überdies muss eine Rückzahlungsverpflichtung mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses „ratierlich“ abgeschmolzen werden.

Es wäre also unangemessen, bei einer dreijährigen Bindungsdauer den vollen Kostenersatz zu verlangen, wenn nach dem Ende der Weiterbildung noch zwei Jahre gearbeitet wurden. Eine Klausel, die die Rückzahlungshöhe nicht mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses geringer werden lässt, ist unwirksam.

Beispiel

„Die Kosten für die Weiterbildung X sind vom Arbeitnehmer zu ersetzen, wenn der vor dem Ablauf von drei Jahren auf eigene Veranlassung aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.“ Zum einen fehlt eine Reduktion der Rückzahlungskosten mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses nach der Ausbildung, zum anderen sind die zu ersetzenden Kosten überhaupt nicht ersichtlich. Also eine unwirksame Klausel.

Es reicht aber aus, wenn die anfallenden Kosten dem Grunde und der Höhe nach im Rahmen des ihm Möglichen angegeben werden. D.h. die Angaben müssen so erfolgen, dass der Arbeitnehmer sein Rückzahlungsrisiko abschätzen kann. Dies kann er nicht, wenn überhaupt keine Angaben gemacht werden. Sind also weder die einzelnen Positionen, wie Lehrgangsgebühren, Fahrt-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten angegeben noch die einzelnen Parameter hierfür (z.B. Kilometerpauschale in Höhe von ...€, Tagessatz für Übernachtung in Höhe von ...€ etc.), ist die Rückzahlungsklausel unwirksam.

Oftmals verpflichten Klauseln den Arbeitnehmer zur Rückzahlung von Fortbildungskosten für den Fall, dass er das Arbeitsverhältnis vor Ablauf einer gewissen Frist kündigt, ohne darauf abzustellen, aus welchen Gründen er kündigt. Eine Rückzahlungsklausel benachteiligt den Arbeitnehmer dann, wenn sie nicht danach unterscheidet, ob der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer zuzurechnen ist.

Beispiel

„Die Kosten für die Weiterbildung übernimmt der Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer ist allerdings zur vollen Rückzahlung dieser Kosten verpflichtet, wenn er das Arbeitsverhältnis nach Beendigung der Weiterbildung kündigt oder wenn er seitens des Arbeitgebers aus wichtigem Grund gekündigt wird“. Diese Klausel ist unwirksam, weil der Arbeitnehmer auch zahlen müsste, wenn er berechtigt wegen erheblicher Lohnrückstände kündigt.

Eine Klausel, wonach ein Auszubildender nach beendeter Ausbildung die Ausbildungskosten an den Ausbilder zurückzuzahlen hat, ist grundsätzlich nach § 12 Abs. 1 S. 1 BBiG nichtig. Dies gilt auch für die Verpflichtung eines Auszubildenden, für die Berufsausbildung eine Entschädigung an den Ausbilder zu zahlen.

Tipp

Angesichts der vielen Möglichkeiten, Fehler bei der Vereinbarung von Rückzahlungsklauseln zu machen, lohnt es sich bei der Rückforderung von Ausbildungskosten immer, zunächst Rechtsrat einzuholen.

5. Vertragsstrafen

Der Arbeitgeber hat in der Regel ein großes Interesse daran, dass der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag erfüllt und nicht einfach vorzeitig beendet. Aus diesem Grund enthalten heutzutage die meisten Arbeitsverträge Regelungen über Vertragsstrafen.

Hiernach verpflichtet sich der Arbeitnehmer z.B. für den Fall, dass er nach Abschluss des Arbeitsvertrages die Arbeit ohne triftigen Grund verweigert oder sich unberechtigt vom Arbeitsvertrag löst, zur Zahlung eines bestimmten Geldbetrages.

Vertragsstrafen in Arbeitsverträgen sind in einem gewissen Umfang grundsätzlich erlaubt und auch zulässig. Ob eine Vertragsstrafe zu hoch bemessen ist oder nicht, hängt in erster Linie von der maßgeblichen Kündigungsfrist ab. Während der lau-

FORM UND ZUSTANDEKOMMEN



fenden Kündigungsfrist ist der Arbeitnehmer verpflichtet, seine Arbeit zu erbringen und der Arbeitgeber den Lohn hierfür zu zahlen. Aus diesem Grund hat sich nach Ansicht des BAG die Höhe der Vertragsstrafe grundsätzlich an der maßgeblichen Kündigungsfrist zu orientieren.

Beispiel

„Im Falle der vertragswidrigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer verpflichtet, an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe des für den letzten voll gearbeiteten Monat gezahlten Gesamtbruttomonatslohns zu zahlen“. Hier wäre die Vertragsstrafe in Höhe eines Monatslohnes auch bei einem vorzeitigen Ausscheiden in der Probezeit zu zahlen, obwohl dann nur eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten wäre. Hier ist die Vertragsstrafe zu hoch.

Differenziert eine Klausel nicht nach der maßgeblichen Kündigungsfrist und der entsprechenden Höhe der Vertragsstrafe, benachteiligt sie den Arbeitnehmer und ist daher unwirksam, mit der Folge, dass die gesamte Klausel unwirksam ist. Dann muss auch beim vorzeitigen Ausscheiden nach der Probezeit keine Vertragsstrafe gezahlt werden.

Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung, ob eine Vertragsstrafenklausel wirksam ist, ist immer der Zeitpunkt des Arbeitsvertragsschlusses. Benachteiligt die Klausel den Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt, ist sie von Anfang an unwirksam und kann nicht im Nachhinein „geheilt“ werden.

Beachte: Wird die zweiwöchige Kündigungsfrist innerhalb der Probezeit durch Vereinbarung im Arbeitsvertrag verlängert, so ist eine zunächst unwirksam scheinende Vertragsstrafenklausel, die eine Vertragsstrafe von einem Bruttomonatsgehalt vorsieht, doch wirksam.

Beispiel

„1. Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1. Januar 2015. 2. Der Vertrag wird für die Dauer von 6 Monaten geschlossen. Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Frist von einem Monat gekündigt werden. 3. Tritt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht an, so verspricht er hiermit dem Arbeitgeber eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Monats-Bruttolohn.“ Die Vertragsstrafe ist wirksam vereinbart, da die Höhe der Vertragsstrafe der maßgeblichen Kündigungsfrist entspricht.

Manche Vertragsstrafenklauseln enthalten zwar keine genaue Differenzierung nach der jeweils anzuwendenden Kündigungsfrist und der damit verbundenen Höhe der zu zahlenden Strafe. Allerdings reicht es nach Ansicht des BAG aus, wenn in solchen Klauseln auf die gesetzlichen Regelungen verwiesen wird.

Beispiel

„Nimmt der Mitarbeiter die Arbeit nicht oder verspätet auf oder löst er das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist unberechtigt auf, so hat er an den Arbeitgeber eine Vertragsstrafe zu zahlen. Als Vertragsstrafe wird für den Fall der ver-

späteten Arbeitsaufnahme und der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ein sich aus der Bruttomonatsvergütung zu errechnendes Bruttotagegeld für jeden Tag der Zuwiderhandlung vereinbart, insgesamt jedoch nicht mehr als das in der gesetzlichen Mindestkündigungsfrist ansonsten zu zahlende Arbeitsentgelt“. Im Arbeitsvertrag wurde auf die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 BGB verwiesen und zusätzlich geregelt, dass diese beiderseits gelten. Da durch den Verweis auf die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen für den Arbeitnehmer klar war, was auf „ihn zukommt“, wenn er das Arbeitsverhältnis kündigt, benachteiligt die Klausel den Arbeitnehmer nicht.

Um Arbeitnehmer vor existenzbedrohenden Vertragsstrafen zu schützen, hat das BAG die Maximalhöhe einer Vertragsstrafe auf einen Bruttomonatslohn festgelegt. Eine Vertragsstrafe, die eine Pflicht zur Zahlung von mehr als einem Bruttomonatslohn vorsieht, ist daher in der Regel unwirksam.

Vertragsstrafen in Arbeitsverträgen werden nicht nur für Fälle einer vertragswidrigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart, sondern auch bei Verstößen des Arbeitnehmers gegen die arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht oder das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot.

Auch bei solchen Klauseln gilt im Grunde genommen das, was bei den zuvor genannten Vertragsstrafenklauseln geschildert wurde. Insbesondere muss für den Arbeitnehmer erkennbar sein, welche Pflichtverletzungen gemeint sind, damit er sich darauf einstellen kann.

In Ausbildungsverträgen dürfen Vertragsstrafen nicht festgelegt werden. § 5 Abs. 2 Nr. 2 BBiG verbietet ausdrücklich solche Vereinbarungen.

Tipp

All die zuvor genannten Ausführungen zu Vertragsstrafenabreden stellen nur einen kleinen Ausschnitt dar und sollen Ihnen aufzeigen, was alles in einem Arbeitsvertrag stehen kann, aber nicht unbedingt wirksam sein muss. Im Zweifel ist die Überprüfung durch Experten dringend anzuraten.

2.3 Probezeit

Neben den zuvor genannten Regelungen enthalten die meisten neu abgeschlossenen Arbeitsverträge, unabhängig ob befristet oder unbefristet, eine Probezeitvereinbarung. Diese ist zwar gesetzlich nicht verpflichtend, soll den Vertragsparteien aber die Möglichkeit geben, sich besser kennen zu lernen und ggfs. das Arbeitsverhältnis innerhalb dieser vereinbarten Zeit leichter beenden zu können.

Beispiel

Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1. Oktober. Die ersten 6 Monate gelten als Probezeit.

Ist eine Probezeit vereinbart worden, entweder im Arbeitsvertrag oder bei Fehlen eines solchen, mündlich, darf sie maximal sechs Monate betragen. Handelt es sich um ein Berufsausbildungsverhältnis, schreibt § 20 BBiG eine Probezeit von mindestens einem und maximal vier Monaten vor.

Innerhalb einer vereinbarten Probezeit kann das Arbeitsverhältnis sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Da es sich bei dieser Frist um eine Mindestkündigungsfrist handelt, kann arbeitsvertraglich keine kürzere Frist vereinbart werden. Dies ist nur in einem Tarifvertrag möglich.

Beispiel

Nach dem Mantelrahmentarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in Deutschland kann das Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit mit einer Frist von 4 Tagen gekündigt werden.

Eine Verlängerung der Kündigungsfrist innerhalb der Probezeit ist jederzeit möglich, sowohl arbeitsvertraglich als auch tarifvertraglich. Auch eine Verlängerung der ursprünglich vereinbarten Probezeit ist grundsätzlich möglich, sowohl innerhalb der laufenden als auch nach Ablauf der Probezeit, allerdings nur bis zur Höchstgrenze von sechs Monaten.

Beispiel

Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren eine Probezeit von drei Monaten. Kurz vor Ablauf dieser drei Monate verlängern beide die Probezeit um weitere drei Monate.

Wurde eine Probezeit über die zulässige Höchstgrenze von sechs Monaten vereinbart, führt dies nicht automatisch zur Unwirksamkeit dieser Vereinbarung. Vielmehr gelten ab dem siebten Monat die gesetzlichen Kündigungsfristen.

War ein Mitarbeiter schon einmal bei demselben Unternehmen beschäftigt, z. B. als Auszubildender oder in einem befristeten Vertrag, sehen manche Tarifverträge vor, dass keine neue Probezeit mehr vereinbart werden darf.

Beispiel

Bei Übernahme eines Auszubildenden in ein Arbeitsverhältnis schließt § 2 Abs. 4 S. 2 TVöD eine erneute Probezeit aus.

Schließen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Änderungsvertrag, nach dem der Arbeitnehmer unter Beibehaltung der sonstigen bisherigen Vertragsbedingungen eine neue Tätigkeit ausüben wird, ist ebenfalls keine neue Probezeit möglich. Dies gilt auch bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB.

2.4 Vertragsarten

Sind sich Arbeitgeber und Bewerber einig, dass dieser die ausgeschriebene Stelle bekommen soll, schließen beide im nächsten Schritt regelmäßig einen Arbeitsvertrag ab. Wie Sie wissen, kann dies auch mündlich erfolgen. Der Arbeitsvertrag wird entweder auf unbestimmte Zeit, also unbefristet, oder zunächst nur für eine gewisse Dauer, also befristet, abgeschlossen.

2.4.1 Unbefristeter Arbeitsvertrag

Bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag handelt es sich um einen Vertrag, der keine feste zeitliche Begrenzung hat.

Beispiel

Eine Regelung lautet: „Das Arbeitsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit geschlossen“.

Möchte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beenden, muss er dieses nach § 620 Abs. 2 i.V.m. § 622 BGB kündigen. Wann eine Kündigung möglich ist und welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, erfahren Sie ab dem Punkt 6.

Weitere Einzelheiten zum Thema Kündigung finden Sie auch in dem AK-Infoblatt „Kündigungsfristen, Kündigungsschutz“.

2.4.2 Befristeter und bedingter Arbeitsvertrag

Neben dem Normalfall des unbefristeten Arbeitsvertrages gewinnt zunehmend das befristete Arbeitsverhältnis an Bedeutung. Ein solches liegt vor, wenn es für eine bestimmte Dauer abgeschlossen wurde. Wollen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen, richtet sich dessen Zulässigkeit nach den Vorschriften des TzBfG. Bei befristeten Arbeitsverträgen unterscheidet man nach § 3 Abs. 1 S. 2 TzBfG zwischen kalendermäßigen und zweckbefristeten Arbeitsverträgen.

Eine kalendermäßige Befristung (Zeitbefristung) liegt dann vor, wenn ein bestimmtes Datum als letzter Tag des Arbeitsverhältnisses vereinbart worden ist.

Beispiel

„Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1. Oktober 2017 und endet am 30. September 2018 ...“

Oder der letzte Arbeitstag ist durch die Angabe des ersten Arbeitstages und der genauen Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmbar.

Beispiel

Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1. Februar und wird für die Dauer von 6 Monaten geschlossen. Ende des Arbeitsverhältnisses ist hier der 31. Juli.

Eine Zweckbefristung ist dann vereinbart, wenn das Arbeitsverhältnis nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern bei Eintritt eines künftigen Ereignisses enden soll. Hierbei steht der Eintritt des künftigen Ereignisses fest, nur der Zeitpunkt des Eintritts ist ungewiss.

Beispiel

Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1. Juni und ist bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters unpässlich befristet.

Die Möglichkeit einer Befristung ergibt sich in erster Linie aus den Vorschriften der §§ 14 ff. TzBfG. Nach § 14 TzBfG wird zunächst zwischen einer Befristung mit und einer Befristung ohne Sachgrund unterschieden:

VERTRAGSARTEN

I. Befristung mit Sachgrund nach § 14 Abs. 1 TzBfG

Nach dieser Vorschrift muss zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv ein sachlicher Grund für die Befristung vorliegen.

a) Gesetzliche Gründe

Nr. 1: vorübergehender, zusätzlicher Bedarf an Arbeitskräften

z.B. Befristete Einstellung von Arbeitnehmern aufgrund erhöhtem Postaufkommen vor Weihnachten bei Zustellern.

Nr. 2: im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium, um den Übergang in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern

Umfasst von dieser Vorschrift wird grundsätzlich nur die erste Beschäftigung, so dass eine solche Befristung ausscheidet, wenn vor oder nach der Ausbildung oder dem Studium bereits ein Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber bestanden hatte. Befristungen nach einer Fort- oder Weiterbildung sowie einer von der Agentur für Arbeit geförderten Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahme scheiden ebenfalls aus. Damit es sich noch um eine Anschlussbeschäftigung im Sinne dieser Vorschrift handelt, sollten nicht mehr als drei Monate zwischen Ausbildung oder Studium und befristeter Beschäftigung liegen.

Wurde der Arbeitnehmer im Anschluss an eine Ausbildung weiterbeschäftigt, ist § 24 BBiG zu beachten, wonach ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht, wenn die Vertragspartner keine andere Regelung getroffen haben.

Nr. 3: zur Vertretung eines kurz- oder langfristig ausfallenden Arbeitnehmers

Beispiel

Erkrankung oder Urlaub eines Mitarbeiters.

Eine Vertretung einer schwangeren Kollegin im Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG oder während der Elternzeit stellt nach § 21 BEEG auch einen sachlichen Grund nach dieser Vorschrift dar. Pflegt ein Arbeitnehmer einen nahen Angehörigen (Ehepartner, Elternteil) und ist er hierfür ganz oder teilweise von der Arbeit freigestellt, stellt dies nach § 6 Abs. 1 PflegeZG bzw. § 2 Abs. 3 FPfZG i.V.m. § 6 Abs. 1 PflegeZG einen Sachgrund zur befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers dar.

Nr. 4: Eigenart der Arbeitsleistung

Beispiel

programmgestaltende Mitarbeiter in Rundfunkanstalten, Trainer von Spitzensportlern, Schauspieler im Theater.

Nr. 5: Erprobung des Arbeitnehmers

Die Probebeschäftigung dient in erster Linie dazu, die fachliche und persönliche Eignung eines Arbeitnehmers zu prüfen. Hier unterscheidet man

zwischen dem befristeten und dem unbefristeten Probearbeitsverhältnis. Ein unbefristetes Probearbeitsverhältnis liegt dann vor, wenn der Arbeitsvertrag lediglich für die Probezeit befristet ist und nach Ablauf dieser unbefristet weiter gilt.

Beispiel

Das Arbeitsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die ersten drei Monate gelten als Probezeit.

Im Unterschied zu einem unbefristeten Probearbeitsverhältnis entsteht bei einem befristeten Probearbeitsverhältnis zunächst nur ein befristeter Arbeitsvertrag für die Dauer der Probezeit.

Beispiel

Der Arbeitsvertrag gilt vom 1. Januar bis zum 31. Juni als Probearbeitsverhältnis.

Nr. 6: sachliche Gründe in der Person des Arbeitnehmers

Beispiel

Überbrückung der Zeit bis zum Beginn einer bereits feststehenden anderen Beschäftigung oder eines Studiums, Übernahme in eine Transfergesellschaft im Rahmen einer Betriebsschließung.

Unter diese Vorschrift fällt auch eine Befristung nach Ende des eigentlichen Arbeitsverhältnisses, wenn dieses z.B. aufgrund des Bezuges einer Alters- oder Erwerbsminderungsrente geendet hat, aber beide Parteien noch für eine bestimmte Zeit weiter zusammenarbeiten möchten.

Nr. 7: haushaltsrechtliche Erwägungen

Diese Vorschrift ist nur auf öffentliche Arbeitgeber, nicht aber auf die Privatwirtschaft anzuwenden.

Nr. 8: gerichtlicher Vergleich

Nach dieser Vorschrift ist Voraussetzung für eine Sachgrundbefristung, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Streit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bestand und dieser Streit im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens beigelegt wurde. Um eine Bestandsstreitigkeit in diesem Sinne handelt es sich bei einem Rechtsstreit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund einer Kündigung, Befristung, auflösenden Bedingung oder eines Aufhebungsvertrags.

Beispiel

Ein Vergleich beinhaltet u.a. die Regelung, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung vom ... mit Ablauf des 31. Januar sein Ende finden wird.

Ein gerichtlicher Vergleich liegt auch dann vor, wenn die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten und das Gericht das Zustandekommen und den Inhalt des Vergleichs durch Beschluss feststellt.

VERTRAGSARTEN



b) Sonstige Gründe

Die Aufzählung der Sachgründe für eine Befristung von Arbeitsverträgen in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 - 8 TzBfG ist nicht abschließend. Daher können auch andere Gründe als Befristungsgrund in Betracht kommen. Maßstab ist allerdings, dass ein solcher Grund den genannten Gründen in Abs. 1 S. 2 entspricht.

Beispiel

befristete Besetzung bis zur geplanten anderweitigen dauerhaften Besetzung einer Stelle.

II. Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG

Beachte: Mit Blick auf den Koalitionsvertrag auf Bundesebene muss mit einer Änderung dieser Vorschrift noch im Jahr 2018 gerechnet werden.

Nach dieser Vorschrift ist eine kalendermäßige Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes **bis zu einer Dauer von zwei Jahren** möglich. Innerhalb dieser zwei Jahre ist die **dreimalige Verlängerung** des Vertrages zulässig. Dies bedeutet, dass mit dem ersten befristeten Vertrag maximal vier aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge geschlossen werden können.

Beispiel

Arbeitnehmer Grundlos beginnt am 1. Januar 2018 sein Arbeitsverhältnis bei der Firma P. Zunächst wird es befristet bis zum 30. Juni 2018. Vor Ablauf des Vertrages erfolgt eine weitere Befristung bis zum 31. Dezember 2018. Da P mit der Arbeit des Grundlos zufrieden ist, wird der Arbeitsvertrag noch zweimal verlängert. Zuerst bis zum 30. April 2019 und dann bis zum 31. Dezember 2019.

Sind die zwei Jahre einer sachgrundlosen Beschäftigung ausgeschöpft oder wurde der erste befristete Vertrag vor Ablauf dieser zwei Jahre bereits dreimal verlängert, ist eine weitere Befristung ohne sachlichen Grund nicht mehr möglich. Möchte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotzdem weiter beschäftigen, kann dies nur über eine Befristung mit Sachgrund oder einen unbefristeten Arbeitsvertrag erfolgen.

Eine Befristung ohne Sachgrund ist grundsätzlich **nur bei einer Neueinstellung** möglich. Dies bedeutet, dass mit demselben Arbeitgeber zuvor kein Arbeitsverhältnis, unabhängig ob befristet oder unbefristet, bestanden haben darf. Eine solche Befristung ist nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG grundsätzlich nicht möglich. Dies gilt auch bei kurzfristigen oder geringfügigen Beschäftigungen. Nicht jedoch, wenn der Arbeitnehmer zuvor im Rahmen eines Werkvertrages, als freier Mitarbeiter, als Leiharbeiter oder zur Ausbildung beschäftigt war.

Trotz der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG hat das BAG in seinem Urteil aus dem Jahr 2011 entschieden, dass eine „Zuvor-Beschäftigung“ mit demselben Arbeitgeber außer Betracht bleibt, wenn zwischen dieser früheren und der neuen Beschäftigung mehr als 3 Jahre liegen. Zahlreiche Landesarbeitsgerichte folgen dieser Entscheidung jedoch nicht und erklären bei einer „Zuvor-Beschäftigung“ eine weitere sachgrundlose Befristung als unwirksam. Diese Entscheidungen liegen dem BAG derzeit zur Überprüfung vor. Es bleibt abzuwarten, wie das BAG hier entscheiden wird.

Zum Thema Verlängerung einer Befristung nach Abs. 2 S. 1 ist zu beachten, dass diese nur dann vorliegt, wenn sie **vor** Ablauf des zu verlängernden Vertrages vereinbart worden ist. Dies gilt selbst dann, wenn nur ein Wochenende oder ein Feiertag zwischen dem Ende des vorangegangenen und dem verlängerten befristeten Arbeitsvertrag liegt. Erfolgt die Verlängerung erst nach Ablauf des befristeten Vertrages, liegt keine wirksame Verlängerung vor. Welche Rechtsfolge bei einer unwirksamen Verlängerung eintritt, finden Sie unter Punkt **2.4.2 IX**.

Beispiel

Der befristete Arbeitsvertrag des Grundlos ist zunächst bis zum 31. März befristet. Dieser Tag ist ein Freitag. Erst am darauffolgenden Montag (03. April) vereinbaren Grundlos und P eine Verlängerung des ursprünglichen Vertrages bis zum 31. Dezember.

Auch dürfen bei einer Verlängerung des Arbeitsvertrages nach Abs. 2 S. 1 die bisherigen Vertragsbedingungen nicht geändert werden. Werden trotzdem solche Änderungen vorgenommen, handelt es sich nicht mehr um eine Verlängerung, sondern um einen Neuabschluss. Dieser Vertrag bedarf dann eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 1 TzBfG. Liegt ein solcher nicht vor, treten die Folgen des § 16 TzBfG ein. Welche dies sind, erfahren Sie unter Punkt **2.4.2 IX**.

Nach Abs. 2 S. 3 kann von der gesetzlichen Höchstbefristungsdauer (2 Jahre) und der Höchstzahl der Verlängerungen (maximal 3) eines befristeten Arbeitsvertrages ohne sachlichen Grund durch Tarifvertrag abgewichen werden. Hierdurch können längere, aber auch kürzere Höchstbefristungszeiten bzw. eine geringere oder höhere Zahl der möglichen Verlängerungen vorgesehen werden.

Beispiel

Nach dem Mantelrahmentarifvertrag für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in Deutschland ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von 30 Monaten, also 2 ½ Jahren, möglich. Hier ist eine zweimalige Verlängerung möglich.

Da § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG keine Beschränkung für eine tarifvertraglich vereinbarte sachgrundlose Befristung vorsieht, wäre diese quasi dauerhaft und somit auch unzählige Verlängerungen möglich. Damit dies nicht geschieht, hat das BAG nun Höchstgrenzen für tarifliche Befristungen ohne Sachgrund festgelegt. Hiernach darf ein befristeter Arbeitsvertrag **maximal für sechs Jahre** abgeschlossen werden, wobei dieser **höchstens neunmal verlängert** werden darf innerhalb der sechs Jahre.

Überschreitet ein Tarifvertrag die zuvor genannten Grenzen, hat dies zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis unbefristet weiterläuft.

§ 14 Abs. 2 TzBfG gilt grundsätzlich für alle Arbeitnehmer, also auch für schwerbehinderte Arbeitnehmer und für Schwangere.

VERTRAGSARTEN



III. Zweck- und Zeitbefristung zusammen

Grundsätzlich kann auch eine Zweckbefristung mit einer Zeitbefristung kombiniert werden.

Beispiel

Ein Arbeitsvertrag enthält folgende Regelung: „Arbeitnehmer X wird für die Zeit vom 1. Oktober 2015 bis einschließlich 31. März 2016 befristet beschäftigt. Die Befristung erfolgt während der Zeit der Beurlaubung des Mitarbeiters Y, längstens bis 31. März 2016. Das Arbeitsverhältnis endet automatisch, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des 31. März 2016. Endet das Arbeitsverhältnis, wenn Mitarbeiter Y vor dem 31. März 2016 zurückkehrt? NEIN, da nur eine kalendermäßige Befristung vereinbart wurde. Bei einer Zweckbefristung muss eindeutig und unmissverständlich aus der Vereinbarung hervorgehen, dass das Arbeitsverhältnis bei Zweckerreichung enden soll. Dies fehlt im vorliegenden Fall.

Eine Kombination aus Zweck- und Zeitbefristung könnte etwa wie das folgende Beispiel aussehen.

Beispiel

Das Arbeitsverhältnis beginnt am 1. Juni und ist bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters ... befristet, längstens jedoch bis zum 30. November.

Bei einer kombinierten Befristungsabrede endet das Arbeitsverhältnis mit der zeitlich früheren Befristung. Ist diese unwirksam, endet das Arbeitsverhältnis zu dem zweiten Befristungsendtermin, sofern dieser wirksam ist. Das gleiche gilt, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis über den ersten Befristungstermin hinaus fortgeführt haben.

IV. Befristung von Arbeitnehmern ohne Sachgrund bei Existenzgründung

Nach § 14 Abs. 2a S. 1 TzBfG können Arbeitgeber, die ein Unternehmen erst gegründet haben, mit Arbeitnehmern befristete Arbeitsverträge ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Dauer von vier Jahren abschließen. In diesem Zeitraum ist auch die mehrmalige Verlängerung des Arbeitsverhältnisses möglich.

Erfasst wird von Abs. 2a nur die kalendermäßige Befristung, nicht aber die zweckmäßige oder die auflösend bedingte Befristung des Arbeitsvertrages.

Die Voraussetzungen und Folgen einer Existenzgründung finden Sie in dem AK-Infaltblatt „Rund um die Existenzgründung“.

V. Befristete Verträge ohne Sachgrund mit älteren Arbeitnehmern

Nach § 14 Abs. 3 TzBfG ist eine kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Vertrages das 52. Lebensjahr

vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos gewesen ist.

Beispiel

Arbeitgeber Flix schließt am 26. Oktober mit dem Arbeitnehmer Alt einen Arbeitsvertrag ohne Sachgrund für die Dauer von 4 ½ Jahren ab, der als Beginn den 1. Dezember vorsieht. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist Alt 52 Jahre. Am 15. November wird Alt 53 Jahre. Zuvor war er sechs Monate beschäftigungslos. Eine solche Befristung ist möglich, da der rechtliche Beginn des Arbeitsverhältnisses entscheidend ist und nicht der Zeitpunkt des Abschlusses. Da Alt das 52. Lebensjahr einen Tag vor seinem Geburtstag vollendet und Arbeitsbeginn der 1. Dezember ist, sind die Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 TzBfG erfüllt.

Beschäftigungslos sind all diejenigen Personen, die in keinem Arbeitsverhältnis stehen, also arbeitslos sind. Erfasst werden aber auch die Personen, die aus persönlichen Gründen daran gehindert waren, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Beispiel

Pflege von Angehörigen, Teilnahme an einer Reha-Maßnahme oder Bezug einer befristeten vollen Erwerbsminderungsrente.

Die vier Monate Beschäftigungslosigkeit, die Abs. 3 vorschreibt, müssen grundsätzlich zusammenhängend sein. Gemeint sind vier volle Monate. Kurzzeitige Beschäftigungen von maximal vier Wochen während der Beschäftigungslosigkeit, sind unschädlich.

Da ein Verweis auf das Verbot der „Zuvor-Beschäftigung“ hier nicht vorhanden ist, kann ein Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber erneut nach Abs. 3 befristet beschäftigt werden, wenn zwischenzeitlich eine viermonatige Beschäftigungslosigkeit eingetreten ist.

VI. Auflösend bedingter Arbeitsvertrag

Ein Arbeitsvertrag kann nicht nur befristet, sondern auch unter einer auflösenden Bedingung geschlossen werden. Von einer solchen Bedingung spricht man dann, wenn das Arbeitsverhältnis bei Eintritt eines angekündigten zukünftigen ungewissen Ereignisses enden soll.

Beispiel

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben in dem Arbeitsvertrag vereinbart, dass die Einstellung des Arbeitnehmers unter dem Vorbehalt der gesundheitlichen Eignung steht. Ergibt nun eine betriebsärztliche Untersuchung, dass der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen die Tätigkeiten nicht ausüben kann, tritt die Bedingung des Arbeitsvertrages ein.

Abzugrenzen ist der auflösend bedingte Arbeitsvertrag von der Zweckbefristung. Bei einer Zweckbefristung steht die Erreichung des vereinbarten Zwecks fest, ungewiss ist nur der Termin, in dem die Zweckerreichung eintritt. Bei einer auflösenden

VERTRAGSARTEN



Bedingung steht zu keinem Zeitpunkt fest, ob und zu welchem Zeitpunkt diese eintritt.

Da bei einer auflösenden Bedingung die Gefahr besteht, dass der gesetzliche Kündigungsschutz umgangen werden kann, unterliegen solche Bedingungen einer strengen Kontrolle. Aus diesem Grund finden nach § 21 TzBfG verschiedene Vorschriften aus dem TzBfG Anwendung.

Für die Wirksamkeit der auflösenden Bedingung ist grundsätzlich ein Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG oder einer dieser Gründen gleichwertiger Grund erforderlich. Auch endet das Arbeitsverhältnis nicht sofort mit dem Bedingungseintritt, sondern erst zwei Wochen nach schriftlicher Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, mit der ihm der Eintritt der Bedingung mitgeteilt wird.

Nicht nur in einem Arbeitsvertrag, sondern auch in einem Tarifvertrag kann eine auflösende Bedingung vereinbart werden.

Beispiel

Nach § 33 Abs. 2 TV-L endet ein Arbeitsverhältnis, wenn der Beschäftigte voll oder teilweise erwerbsgemindert ist.

VII. Schriftformerfordernis eines befristeten oder bedingten Arbeitsvertrages

Nach § 14 Abs. 4 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrages nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart wurde. Dies gilt sowohl bei einer kalendermäßigen Befristung, als auch bei einem zweckbefristeten und auflösend bedingten Arbeitsvertrag.

Hiernach muss der Arbeitsvertrag von dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer unterschrieben werden. Gibt es zwei oder mehrere identische Exemplare hiervon, genügt es, wenn jede Partei das für die andere Partei bestimmte Exemplar unterschreibt und dieses dann im Original der jeweils anderen Seite übergeben wird.

Eine Übermittlung per Telefax oder per E-Mail genügt nicht.

Das Schriftformerfordernis nach Abs. 4 ist grundsätzlich **auch bei der Verlängerung** eines befristeten Arbeitsvertrages sowie bei einer nachträglichen Verkürzung der Dauer der Befristung einzuhalten.

Wird ein befristeter Arbeitsvertrag von beiden Parteien zunächst nur mündlich abgeschlossen und erfolgt die Verschriftlichung erst nach Arbeitsaufnahme, ändert dies nichts an der fehlenden Schriftform vor Beginn des Arbeitsvertrages. Auch die Aufnahme der Arbeit kann diesen Mangel nicht „heilen“.

Da eine Sachgrundbefristung sowohl in Form einer Zeit- als auch in Form einer Zweckbefristung ausgestaltet sein kann, muss in der Befristungsabrede je nach Befristungsart entweder die Dauer bzw. der Endtermin des Arbeitsverhältnisses oder der Befristungszweck schriftlich aufgeführt sein. Beruht die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich, wird die Schriftform durch die gerichtliche Protokollierung gewahrt.

Beachte: Wird die Schriftform missachtet, ist die Befristung unwirksam, mit der Folge, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht.

Findet ein Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung und enthält der Tarifvertrag die Möglichkeit einer Befristung oder einer auflösenden Bedingung, gilt § 14 Abs. 4 TzBfG nicht.

Beispiel

§ 33 Abs. 2 TV-L, der eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Eintritt einer vollen oder teilweisen Erwerbsminderungsrente vorsieht.

VIII. Mehrfache Befristungen mit sachlichem Grund (Kettenbefristungen)

Liegen ein oder mehrere Sachgründe für die Befristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG vor, kann eine Befristung auch mehrfach hintereinander erfolgen – außer bei der Befristung als Anschlussbeschäftigung an eine Berufsausbildung. Dies ergibt sich daraus, da § 14 Abs. 1 TzBfG im Gegensatz zu einer sachgrundlosen Befristung nicht vorschreibt, bis zu welcher Höchstgrenze der befristete Vertrag verlängert werden darf. Folglich kann ein Arbeitgeber mit demselben Arbeitnehmer dem Grunde nach innerhalb kürzester Zeit eine Vielzahl von Folgeverträgen schließen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass eine lange Gesamtdauer sowie eine außergewöhnlich hohe Anzahl von Befristungen als Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch anzusehen sein können. Ob ein solcher Rechtsmissbrauch im konkreten Fall gegeben sein kann bzw. wann ein solcher tatsächlich vorliegt, sollte im Einzelfall von einem Experten abgeklärt werden (siehe Vorwort).

IX. Ende des befristeten Arbeitsvertrages

a) Beendigung durch Zeitablauf

Nach § 15 Abs. 1 TzBfG i.V.m. § 620 Abs. 1 BGB endet ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag allein durch Zeitablauf. Das Ende der Befristung kann ein Kalendertag, ein Monat oder ein Kalenderjahr sein.

Beispiel

Das Arbeitsverhältnis ist befristet bis zum 12. Februar (Tag) oder 30. April (Monat) oder 31. Dezember (Jahresende).

Einer gesonderten Benachrichtigung durch den Arbeitgeber über das Ende bedarf es nicht. Auch eine Kündigung oder eine Anhörung des Betriebsrates ist nicht erforderlich.

Dies gilt auch dann, wenn der befristete Arbeitsvertrag mit einer schwangeren Arbeitnehmerin oder einem schwerbehinderten Arbeitnehmer geschlossen wurde.

b) Erreichen des vereinbarten Zwecks oder Eintritt der Bedingung

Nach § 15 Abs. 2 TzBfG endet ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag mit Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.

VERTRAGSARTEN

Beispiel

Das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers Aushilfe war befristet für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters Krank. Nachdem Krank wieder gesund war, teilte er am 23. September dem Arbeitgeber mit, dass er am Montag (25. September) wieder arbeiten kommt. Der Arbeitgeber teilte dem Aushilfe daraufhin am 25. September schriftlich mit, dass Krank wieder gesund ist und das Arbeitsverhältnis daher mit Ablauf des 9. Oktobers enden wird.

Die Auslaufrfrist von zwei Wochen soll dem Arbeitnehmer Zeit geben, sich auf das bevorstehende Ende des Arbeitsverhältnisses einzustellen, insbesondere um einen anderen Arbeitsplatz zu suchen.

Die zweiwöchige Auslaufrfrist kann durch Tarifvertrag oder Einzelvertrag verlängert, aber nicht verkürzt werden. Versäumt der Arbeitgeber den befristet beschäftigten Arbeitnehmer zwei Wochen vor Zweckerreichung über diese schriftlich zu unterrichten, besteht das Arbeitsverhältnis fort. Holt der Arbeitgeber die schriftliche Unterrichtung nach, endet das Arbeitsverhältnis erst zwei Wochen nach dieser Mitteilung, auch wenn die Zweckerreichung bereits zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten ist.

Unterrichtet der Arbeitgeber den Arbeitnehmer überhaupt nicht, besteht das Arbeitsverhältnis grundsätzlich fort und zwar unbefristet.

c) Ordentliche Kündigung während der Befristung

Die ordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrages ist nach § 15 Abs. 3 TzBfG grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn der Arbeitsvertrag lässt diese Möglichkeit zu.

Beispiel

Der befristete Arbeitsvertrag ist auch vor Befristungsende ordentlich kündbar.

Oder ein zur Anwendung kommender Tarifvertrag sieht diese Möglichkeit vor.

Beispiel

§ 30 Abs. 4 TV-L sieht vor, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsschluss gekündigt werden kann.

Möchten Arbeitgeber und Arbeitnehmer, dass der befristete Vertrag vor Ablauf ordentlich gekündigt werden kann, muss dies aus der Vereinbarung eindeutig hervorgehen oder die Möglichkeit dieser Beendigung muss zumindest aus dem Willen der beiden eindeutig erkennbar sein.

Beispiel

Beinhaltet ein befristeter Arbeitsvertrag lediglich eine sechsmonatige Probezeit, ohne ausdrückliche Kündigungsregelung, lässt sich allein aus der Probezeitvereinbarung der Wille entnehmen, dass das Arbeitsverhältnis während der Probezeit ordentlich gekündigt werden kann.

Da die Vereinbarung einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit nicht der Schriftform bedarf, kann eine solche auch mündlich vereinbart werden. Aus Beweisgründen empfiehlt sich aber die Niederschrift als Nebenabrede oder als Ergänzung zum bestehenden Arbeitsvertrag.

Beachte: Im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers kann der Insolvenzverwalter nach § 113 Abs. 1 InsO in jedem Fall mit einer Frist von drei Monaten das Arbeitsverhältnis kündigen.

Die Vorschrift des § 15 Abs. 3 TzBfG schließt grundsätzlich nur die ordentliche Kündigung aus, nicht aber die außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB. Auch eine Beendigung durch Aufhebungsvertrag ist jederzeit möglich.

X. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit

Nach § 15 Abs. 5 TzBfG gilt ein Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitnehmer nach dem eigentlichen Befristungsende mit Wissen des Arbeitgebers und ohne dessen ausdrücklichen Widerspruch weiterarbeitet. Dies trifft auch dann zu, wenn der Arbeitgeber im Fall eines zweckbefristeten Arbeitsverhältnisses die unverzügliche Mitteilung über das Erreichen des Zwecks unterlässt.

Der Arbeitnehmer muss das tatsächliche Ende des befristeten Vertrages nicht kennen. Er muss lediglich davon ausgehen, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht und in diesem Zusammenhang seinen vertraglichen Pflichten nachgehen, also arbeiten. Damit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis überhaupt entstehen kann, muss die tatsächliche Fortsetzung durch den Arbeitnehmer im unmittelbaren Anschluss an das Ende des befristeten Vertrages erfolgen. Eine kurze Unterbrechung, selbst wenn es nur zehn Tage sind, führen nicht zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis.

Beispiel

Arbeitnehmer T ist bis zum 30. Juni befristet eingestellt worden. Aufgrund gesundheitlicher Probleme ist er bis zum Befristungsende durchgängig arbeitsunfähig erkrankt. T erhält nach Ablauf der Befristung vom Arbeitgeber den nicht genommenen Urlaub. Nach dem Urlaub geht T wieder arbeiten. Ist ein unbefristeter Vertrag entstanden? NEIN, da der Arbeitnehmer seine Arbeit nach dem Ablauf der Vertragslaufzeit unmittelbar aufnehmen muss. Durch den Urlaub ist eine zeitliche Unterbrechung eingetreten.

Arbeitet der Arbeitnehmer nach dem Befristungsende unmittelbar weiter, ist es nicht erforderlich, dass er seine Tätigkeit am gleichen Arbeitsplatz fortsetzt.

Dem Arbeitgeber muss bekannt sein, dass der Arbeitnehmer trotz Ablaufs der Befristung weiterarbeitet. Dies muss nicht unbedingt der Firmeninhaber oder der Geschäftsführer sein. Auch Personen, die zum Abschluss eines Arbeitsvertrages berechtigt sind, fallen hierunter. Dies kann beispielsweise der Leiter der Personalabteilung sein. Nicht ausreichend ist es, wenn lediglich Kollegen, Fachvorgesetzte oder der Betriebsrat davon wissen.

VERTRAGSARTEN

Möchte der Arbeitgeber nicht, dass aus dem ursprünglich kalendermäßig befristeten Arbeitsverhältnis ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht, muss er unverzüglich der Entstehung eines solchen Vertragsverhältnisses widersprechen. Dies kann nur innerhalb einer Woche erfolgen, nachdem er von der Weiterarbeit des Arbeitnehmers erfahren hat. Hierbei muss er dem Arbeitnehmer unmissverständlich deutlich machen, dass für ihn das befristete Arbeitsverhältnis beendet ist und er nicht bereit ist, eine weitere Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entgegenzunehmen. Da für den Widerspruch keine Schriftform vorgeschrieben ist, kann dies auch mündlich oder per Mail erfolgen.

Beispiel

Der befristete Arbeitsvertrag hat am 31. August geendet. Trotzdem arbeitet der Arbeitnehmer weiter. Am 4. September teilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mündlich mit, dass er die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annehmen werde, da das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31. August geendet hat. Es ist kein unbefristeter Vertrag entstanden.

Nach der Vorschrift des § 15 Abs. 5 muss der Widerspruch nach dem Befristungsende erklärt werden. Nichts desto trotz kann der Arbeitgeber einer unbefristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch kurz vor Ablauf des bisherigen befristeten Vertrages widersprechen. Ein solcher Widerspruch kann sich auch aus dem Verhalten des Arbeitgebers ergeben.

Beispiel

Der befristete Arbeitsvertrag läuft am 31. August aus. Der Arbeitnehmer arbeitet weiter. Bereits am 28. August hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag bis zum 31. März des Folgejahres vorgelegt. Diesen Vertrag hat der Arbeitnehmer nicht unterschrieben. Es ist kein unbefristeter Arbeitsvertrag entstanden, da in dem Angebot des Arbeitgebers auf Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages zugleich ein Widerspruch gegen die unbefristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu sehen ist.

Die Vorschrift des § 15 Abs. 5 TzBfG kommt grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn es zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine (neue) Vereinbarung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gibt.

Beispiel

Der befristete Arbeitsvertrag läuft am 31. August aus. Der Arbeitnehmer arbeitet weiter. Bereits am 25. August haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer mündlich eine weitere Befristung bis zum 31. März des Folgejahres vereinbart. Erst am 10. September, also nach dem Befristungsende, schließen die beiden den schriftlichen Verlängerungsvertrag ab. Es ist ein unbefristeter Arbeitsvertrag entstanden, da der schriftliche Arbeitsvertrag erst nach dem Arbeitsbeginn geschlossen wurde. Eine mündliche Vereinbarung genügt nicht dem Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG.

§ 15 Abs. 5 TzBfG und seine Folgen können weder durch einzelvertragliche Regelungen, noch durch einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung ausgeschlossen werden.

Abs. 5 findet grundsätzlich keine Anwendung auf Berufsausbildungsverhältnisse. Hier gilt § 24 BBiG, nach dessen Regelungen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht, wenn der Auszubildende im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis beschäftigt wird, ohne dass hierüber ausdrücklich eine Vereinbarung getroffen wurde.

XI. Folgen unwirksamer Befristung

Wurde der befristete Arbeitsvertrag oder die Vertragsverlängerung nicht schriftlich abgeschlossen, fehlt es zum Zeitpunkt des Abschlusses an einem sachlichen Grund oder sind die Voraussetzungen für eine sachgrundlose Befristung bzw. für eine erleichterte Befristung wegen des Alters nicht gegeben, dann gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Möchte der Arbeitgeber diesen durch die Vorschrift des § 16 S. 1 TzBfG entstandenen unbefristeten Arbeitsvertrag kündigen, kann er dies erst zum vereinbarten eigentlichen Befristungsende oder falls eine frühere ordentliche Kündigungsmöglichkeit nach § 15 Abs. 3 TzBfG vertraglich vereinbart wurde, bereits zu diesem Zeitpunkt.

Einer solchen Einschränkung unterliegt der Arbeitnehmer allerdings nicht. Er kann den Arbeitsvertrag jederzeit ordentlich kündigen. Dies gilt auch für den Fall, dass eine Vereinbarung nach § 15 Abs. 3 TzBfG fehlt.

Ist die Befristung lediglich wegen Nichteinhaltung der Schriftform unwirksam, kann der Arbeitsvertrag nach § 16 S. 2 TzBfG auch vor dem vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden. Dies gilt sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer, für den diese Möglichkeit ohnehin schon besteht.

Die arbeitgeberseitige Kündigung muss selbstverständlich noch den sonstigen Voraussetzungen entsprechen, d.h. der allgemeine und besondere Kündigungsschutz ist zu beachten und der Betriebs-/Personalrat ist vorher anzuhören.

Das Recht, das Arbeitsverhältnis außerordentlich zu kündigen, steht beiden Parteien grundsätzlich immer zu.

Wurde die Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG vor Arbeitsaufnahme nicht eingehalten und schließen die Parteien danach einen schriftlichen, befristeten Arbeitsvertrag ab, führt dies nicht dazu, dass die Befristung rückwirkend wirksam wird. Dies haben Sie bereits unter Punkt **2.4.2 V.** erfahren. Allerdings kann durch die nachgeholte Befristung der nach § 16 S. 1 TzBfG unbefristet entstandene Vertrag nachträglich befristet werden. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die spätere Befristung von der ursprünglich beabsichtigten Befristung abweicht.

VERTRAGSARTEN

Beispiel

Die Parteien haben zunächst mündlich vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis vom 12. September 2016 bis 30. Juli 2017 befristet wird. Nachdem das Arbeitsverhältnis begonnen hat, schließen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen schriftlichen Arbeitsvertrag ab, der eine Befristung bis zum 10. September 2017 vorsieht. Hier wurde der unbefristete Arbeitsvertrag nachträglich zum 10. September 2017 befristet.

XII. Anrufung des Arbeitsgerichts

Um die Unwirksamkeit eines befristeten Vertrages und somit das Entstehen eines unbefristeten Vertrages feststellen zu lassen, muss der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Befristungsende Klage bei dem zuständigen Arbeitsgericht erheben.

Beispiel

Mündlich haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis zunächst bis zum 30. Juni befristet ist. Nach Fristablauf lässt sich der Arbeitnehmer am 13. Juli von seiner Gewerkschaft beraten. Hierbei wird ihm mitgeteilt, dass der Vertrag hätte schriftlich geschlossen werden müssen. Kann der Arbeitnehmer gegen diesen Formmangel noch gerichtlich vorgehen? JA, da die Frist zur Erhebung der Klage erst am 21. Juli endet.

Die Vorschrift des § 17 TzBfG umfasst sämtliche Unwirksamkeitsgründe einer Befristung; nicht nur die des § 14 TzBfG. Dies gilt unabhängig davon, ob diese innerhalb oder außerhalb des Teilzeit- und Befristungsgesetzes liegen. Wie sich aus dem Zusammenspiel mit § 16 TzBfG ergibt, erfasst die Klagefrist des § 17 TzBfG darüber hinaus – anders als von § 4 Satz 1 KSchG – auch die Unwirksamkeit der Befristung mangels Einhaltung der Schriftform.

2.5 Besondere Vertragsarten

Neben den zuvor genannten unbefristeten, befristeten oder bedingten Arbeitsverträgen gibt es in der Arbeitswelt noch zahlreiche andere Formen von Arbeitsverträgen.

2.5.1 Teilzeitarbeitsvertrag

Ein Arbeitnehmer ist dann teilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers.

Beispiel

Nach dem ArbZG beträgt die Arbeitszeit an 5 Tagen in der Woche zusammen 40 Stunden. Arbeitnehmer Fleißig ist bei dem Unternehmen Schlaumann als Verkäufer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden tätig.

Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer darf nach § 4 Abs. 1 TzBfG wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden, als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer.

Beispiel

Ein Teilzeitbeschäftigter hat Anspruch auf Lohnfortzahlung, Urlaub, Feiertagsvergütung, genauso wie ein Vollzeitbeschäftigter.

2.5.2 Geringfügige und kurzfristige Beschäftigung

Ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis, besser bekannt unter dem Begriff „Minijob“, ist nichts anderes als eine Form der Teilzeitbeschäftigung. Hierdurch stellt § 2 Abs. 2 TzBfG klar, dass solche Beschäftigten die gleiche Stellung wie alle anderen Teilzeitbeschäftigten haben und somit nicht anders behandelt werden dürfen als Vollzeitbeschäftigte.

Eine geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ist dadurch gekennzeichnet, dass das Einkommen im Monat regelmäßig 450 € nicht übersteigt. Auf das Beschäftigungsjahr, nicht das Kalenderjahr gesehen, bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer nicht mehr als 5400 € verdienen darf. Bei der Berechnung des regelmäßigen Verdienstes sind Einmalzahlungen wie Urlaubs- oder Weihnachtsgeld zu berücksichtigen, sofern ein Anspruch hierauf besteht und dies tatsächlich gezahlt wurde.

Steuerfreie Lohnbestandteile, wie zum Beispiel Überstunden-, Nacht- oder Feiertagszuschläge zählen dagegen nicht zum Einkommen.

Beispiel

Verkäuferin A arbeitet bei einem großen Einzelhandelsunternehmen 8 Stunden in der Woche und verdient monatlich einen Betrag von 422 €. Auf das Arbeitsverhältnis finden aufgrund beiderseitiger Tarifbindung die tariflichen Vorschriften für die Arbeitnehmer des Einzelhandels Saarland Anwendung. Hiernach bekommt A ein Urlaubsgeld in Höhe von 208 € und ein Weihnachtsgeld von 264 €. Überschreitet A hierdurch die monatliche 450 € Grenze? Ja!

Monatlicher Lohn x 12 Monate = 5064 € + 208 € + 264 € = 5536 € / 12 Monate = 461 €

Somit liegt keine geringfügige Beschäftigung mehr vor und zwar seit Beginn der Beschäftigung, da vorhersehbar war, dass die Arbeitnehmerin neben dem normalen Lohn noch weitere Lohnbestandteile erhalten wird.

Im Gegensatz zu dem vorgenannten Fall führt ein gelegentliches und nicht vorhersehbares Überschreiten der 450 € Grenze nicht zu einer Sozialversicherungspflicht. Als gelegentlich ist dabei ein Zeitraum von bis zu drei Monaten innerhalb eines Jahres anzusehen.

Beispiel

Zeitungszustellerin B erhält für die Zustellung einer Zeitung im Bezirk X ein monatliches Entgelt von 390 €. Da ihr Kollege aufgrund gesundheitlicher Probleme für den Monat Mai krankheitsbedingt

BESONDERE VERTRAGSARTEN



ausfällt, übernimmt sie dessen Bezirk Y und stellt auch dort die Zeitungen zu. Hierfür bekommt sie eine Vergütung von 500 €, so dass sich ihr Gesamtverdienst für diesen Monat auf 890 € beläuft. Dadurch, dass die Krankheit des Kollegen unvorhersehbar war, tritt mit Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze keine Sozialversicherungspflicht ein.

Im Gegensatz zu anderen Teilzeit- oder Vollzeitarbeitsverhältnissen besteht bei einem Minijob Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung. Lediglich im Hinblick auf die Rentenversicherung besteht eine Versicherungspflicht. Der Arbeitnehmer entrichtet hier den Unterschiedsbetrag zwischen der Arbeitgeberpauschale von 15 % und 18,7 % des vollen Pflichtbeitrages, also 3,7 %. Möchte der Arbeitnehmer diesen Betrag nicht zahlen, besteht für ihn auch die Möglichkeit, sich von dieser Pflicht befreien zu lassen. Dies beantragt er einfach schriftlich bei seinem Arbeitgeber.

Mehrere geringfügige Beschäftigungsverhältnisse bei verschiedenen Arbeitgebern sind nach § 8 Abs. 2 SGB IV zusammenzurechnen. Dies kann zur Folge haben, dass die 450 € Grenze überschritten wird, mit der Folge, dass eine Sozialversicherungspflicht begründet wird. Ist dies der Fall, ist der Arbeitnehmer den beiden Arbeitgebern gegenüber verpflichtet, ihnen von den jeweils anderen Minijobs zu berichten. Siehe hierzu auch Punkt 4.3 Nebentätigkeit.

Übt der Arbeitnehmer zwei oder mehrere Minijobs bei ein und demselben Arbeitgeber aus, so gelten diese als ein Arbeitsverhältnis. Überschreiten auch diese die Geringfügigkeitsgrenze, tritt auch hier Sozialversicherungspflicht ein.

Wird eine geringfügige Beschäftigung neben einem „Hauptjob“ ausgeübt, bei dem bereits volle Sozialversicherungspflicht besteht, so werden beide Tätigkeiten nicht zusammengerechnet. Der Minijob bleibt sozialversicherungsfrei. Sofern jedoch mehrere geringfügige Beschäftigungen neben einer versicherungspflichtigen Beschäftigung ausgeübt werden, bleibt die zuerst aufgenommene geringfügige Beschäftigung versicherungsfrei. Die übrigen Minijobs werden mit der Haupttätigkeit zusammengerechnet. In der Arbeitslosenversicherung dagegen findet keine Zusammenrechnung statt, so dass bei dem oder den ausgeübten Minijobs keine Beiträge zur Arbeitslosenversicherung abgeführt werden.

Bei Minijobs, die auf weniger als einen Monat befristet sind, berechnet sich der anteilige Monatswert wie folgt: 450 Euro x gearbeitete Kalendertage : 30.

Beispiel!

Zwischen Arbeitgeber A und Minijobber C wird vereinbart, dass die geringfügige Beschäftigung 15 Kalendertage beträgt. Für diesen Zeitraum hat er einen Lohnanspruch von 225 Euro (450 Euro x 15 Kalendertage : 30 = 225 Euro).

Eine weitere Form der geringfügigen Beschäftigung regelt § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV mit der kurzfristigen Beschäftigung. Eine solche liegt dann vor, wenn die Beschäfti-

gung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage im Voraus vertraglich begrenzt wurde, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 450 Euro im Monat übersteigt.

Weitere Einzelheiten zu diesem Thema finden Sie in dem AK-Infofaltblatt „Geringfügige Beschäftigung – Minijobs und Gleitzonejobs“.

2.5.3 Leiharbeitsvertrag

Eine weitere besondere Vertragsform ist der Leiharbeitsvertrag. Er wird im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit, Zeitarbeit) nach dem AÜG zwischen Arbeitgeber (Verleiher) und dem Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) geschlossen. Neben diesem Vertragsverhältnis besteht noch zwischen Verleiher und einem Dritten (Entleiher) eine vertragliche Beziehung in Form eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages. Durch diese beiden Vertragsverhältnisse ist es dem Verleiher möglich, den Leiharbeitnehmer dem Entleiher zur Arbeitsleistung für eine Maximaldauer von achtzehn Monaten zu überlassen, so dass dieser in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert wird und dessen Weisungen unterliegt, vgl. § 1 Abs. 1 und 1b AÜG.

Bei dem Leiharbeitsvertrag handelt es sich um einen „normalen“ Arbeitsvertrag. Daher richten sich die wesentlichen Vertragsbedingungen nach § 2 Abs. 1 NachwG. Sehen Sie hierzu unter Punkt 2.2.

Zusätzlich zu den in § 2 Abs. 1 NachwG genannten Angaben sind in die Niederschrift die Firma und Anschrift des Verleihers, die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1 AÜG sowie Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist, aufzunehmen.

Ferner ist der Verleiher nach § 11 Abs. 2 AÜG verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer bei Vertragsschluss ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt dieses Gesetzes auszuhändigen. Handelt es sich bei dem Leiharbeitnehmer um einen nichtdeutschen Arbeitnehmer, kann dieser verlangen, dass er die zuvor genannten Vertragsbedingungen in seiner Muttersprache ausgehändigt bekommt.

Der wichtigste Punkt, der in den Vertrag aufgenommen bzw. vereinbart werden muss, ist, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, den Arbeitnehmer an einen Dritten zu „verleihen“. Ansonsten würde dies gegen die Vorschrift des § 613 S. 2 BGB verstoßen. Ohne eine solche „Leiharbeitnehmerklausel“ ist eine Überlassung im Zweifel nicht möglich, auch wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind. Durch diese Klausel stimmt der Arbeitnehmer der Überlassung und damit auch der Übertragung des Weisungsrechts des Verleihers auf den Entleiher zu.

Den Verleiher, als Vertragspartner mit dem Leiharbeitnehmer, treffen in diesem Zusammenhang alle für ein Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitgeberpflichten. Hierzu gehören vor allem die Pflicht zur ordnungsgemäßen Vergütung, die Beschäftigungspflicht sowie die Fürsorge- und Gleichbehandlungspflicht. Verstärkt werden

BESONDERE VERTRAGSARTEN



diese Pflichten durch die Vorschriften des § 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 8 Abs. 1 AÜG. Danach ist der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen (equal treatment) einschließlich des Arbeitsentgelts (equal pay) zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz).

Hierdurch soll sichergestellt werden, dass Leiharbeitnehmer ab dem ersten Tag der Überlassung an den Entleiher das Recht auf gleiche Bezahlung und gleiche Behandlung wie vergleichbare Stammkräfte des Entleihers haben.

Von dem Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ kann nach § 8 Abs. 2 AÜG allerdings dann abgewichen werden, wenn der Verleiher den Leiharbeitnehmer nach einem Tarifvertrag bezahlt, der speziell für die Leiharbeitsbranche gilt.

Beispiel

Leiharbeitstarifverträge des DGB.

Wann ein Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, wissen Sie bereits.

Da es bei einer Arbeitnehmerüberlassung häufig vorkommt, dass ein Leiharbeitnehmer nicht nur für einen Entleiher tätig wird und dieser nicht immer derselben Branche angehört, versuchen Verleiher durch Bezugnahme auf mehrere Tarifverträge den Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ zu umgehen.

Beispiel

Die Rechte und Pflichten dieses Arbeitsvertrages bestimmen sich nach den zwischen dem Arbeitgeberverband ZeitPersonal und der Gewerkschaft FlexPersonal, der Gewerkschaft Kurzfristig, der Überlassungsgewerkschaft, dem Arbeitnehmerverband LeihBerufe geschlossenen Tarifverträgen sowie etwaigen ergänzenden oder ersetzenden Tarifverträgen, in ihrer jeweils gültigen Fassung. Dies gilt auch, wenn der Mitarbeiter nicht Mitglied einer der in Satz 1 genannten Gewerkschaften oder der Tarifgemeinschaft ist.“ Ist die Klausel wirksam? NEIN

Da für den Arbeitnehmer erkennbar sein muss, welche Tarifverträge für welche Branche bei dem jeweiligen Einsatz gelten sollen, sind Klauseln mit Bezugnahme auf mehrgliedrige oder mehrere Tarifverträge, ohne näher zu bestimmen, welcher Tarifvertrag zu welchem Zeitpunkt den Vorrang haben soll, intransparent und daher unwirksam, so dass der Leiharbeitnehmer einen Anspruch auf gleiche Bezahlung hat.

Um einer Schlechterstellung des Leiharbeitnehmers vor allem im Hinblick auf die Vergütung entgegenzuwirken, sieht § 8 Abs. 2 vor, dass eine Abweichung in Tarifverträgen nur bis zu einer gewissen Lohnuntergrenze zulässig ist. Diese Mindestlöhne ergeben sich aus der Dritten Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der

Arbeitnehmerüberlassung (LohnUGAÜV 3), die zum 1. Juli 2017 in Kraft getreten ist und bis zum 31. Dezember 2019 gilt. Hiernach gelten folgende Mindestlöhne pro Stunde:

in Westdeutschland: vom 1. April 2018 bis zum 31. März 2019	9,49 Euro,
vom 1. April 2019 bis zum 30. September 2019	9,79 Euro,
vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2019	9,96 Euro

Unterschreitet ein zur Anwendung kommender Tarifvertrag die zuvor genannten Mindeststundenentgelte, hat dies zur Folge, dass der Verleiher dem Leiharbeitnehmer für jede Arbeitsstunde den im Betrieb des Entleiher für einen vergleichbaren Arbeitnehmer zu zahlende Arbeitsentgelt gewähren muss, vgl. § 8 Abs. 2 S. 4 AÜG.

Wird allerdings die Lohnuntergrenze durch den Tarifvertrag eingehalten, kann dies zur Folge haben, dass der Leiharbeitnehmer für die komplette Dauer seines Einsatzes im Entleiherbetrieb weniger verdient, als die vergleichbaren Stammkräfte. Um diese dauerhafte Ungleichbehandlung zu vermeiden, wurde in § 8 Abs. 4 AÜG geregelt, dass eine niedrigere Vergütung des Leiharbeitnehmers durch einen Tarifvertrag nur in den ersten neun Monaten der Überlassung an den Entleiher möglich ist. Somit muss der Leiharbeitnehmer spätestens nach neun Monaten der Überlassung an denselben Entleiher denselben Lohn wie vergleichbare Stammkräfte im Entleiherbetrieb erhalten.

Tipp

Einzelne Tarifverträge sehen eine Abweichung von dieser Frist vor. Ob diese Abweichung in Ihrem Fall rechtswirksam ist, kann Ihnen ein Experte sagen (siehe Vorwort).

Wurde der Leiharbeitnehmer schon einmal von demselben oder einem anderen Verleiher an denselben Entleiher überlassen, ist diese Zeit auf die vorgenannten Fristen vollständig anzurechnen. Dies jedoch nur, wenn zwischen den jeweiligen Einsätzen des Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher nicht mehr als drei Monate liegen. Ansonsten findet keine Anrechnung statt.

Beispiel

Leiharbeitnehmer Flexibel war vom 1. Januar bis 31. Mai beim Entleiher Saubermann eingesetzt. Aufgrund schlechter Auftragslage war ein längerer Einsatz zunächst nicht möglich. Als sich dies geändert hatte, wurde Flexibel ab dem 8. August wieder bei Saubermann eingesetzt.

Die Vorbeschäftigungszeiten bei demselben Entleiher werden nicht nur bei der Frage, ab wann der Verleiher dem Leiharbeitnehmer den gleichen Lohn wie für vergleichbare Stammkräfte des Entleiher zahlen muss, berücksichtigt, sondern auch bei der Höchstüberlassungsdauer von achtzehn Monaten nach § 1 Abs. 1b AÜG. Liegen diese länger als drei Monate zurück, findet eine Anrechnung auch hier nicht statt.

Hat bereits eine Überlassung vor dem 1. Januar 2017 stattgefunden, sind diese in die Berechnung der jeweiligen Fristen nicht einzubeziehen. Begeht der Verleiher

BESONDERE VERTRAGSARTEN



tatsächlich einen Verstoß gegen den Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“, hat dies die Zahlung eines Bußgeldes für ihn zur Folge und den möglichen Verlust der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung.

Eine weitere Konsequenz des Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG, dass die Lohnvereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeiter unwirksam ist. Der übrige Arbeitsvertrag bleibt allerdings wirksam. Als Leiharbeiter kann man den Differenzbetrag zwischen gezahltem Lohn und eigentlich zu zahlendem Lohn gegenüber dem Verleiher geltend machen. Hier sind allerdings mögliche Ausschlussfristen zu beachten, entweder im Arbeitsvertrag oder dem Tarifvertrag.

Verleiht der Verleiher den Leiharbeiter über die Maximaldauer von achtzehn Monaten an denselben Entleiher, führt dies nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG dazu, dass der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher unwirksam ist und ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ab dem Zeitpunkt der Unwirksamkeit entsteht.

2.5.4 Arbeit auf Abruf

In der heutigen Arbeitswelt verlangen viele Arbeitgeber von ihren Mitarbeitern neben der Bereitschaft, Überstunden zu leisten, vor allem Flexibilität in der Arbeitszeitgestaltung. Diesem Umstand trägt die Arbeit auf Abruf oder auch bekannt als kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit (KAPOVAZ), als einer besonderen Form der Teilzeitbeschäftigung Rechnung. Hierbei wird die Arbeit je nach Bedarf vom Arbeitgeber abgerufen. Dies kann der Arbeitgeber jedoch nicht von all seinen Mitarbeitern verlangen, sondern nur von denjenigen, mit denen dies arbeitsvertraglich vereinbart wurde. Denn diese Form der Arbeit ist typischerweise zur Abdeckung von Auftragsspitzen vorgesehen und meistens nicht voraussehbar. Aus diesem Grund ermöglicht die Regelung des § 12 TzBfG es dem Arbeitgeber, zusätzlich diese Aushilfskräfte neben der Stammbeschäftigung einzusetzen.

Bei der Arbeit auf Abruf kann der Arbeitgeber allerdings nicht willkürlich festlegen, wann und für wie viele Stunden am Tag oder der Woche er den Arbeitnehmer einsetzen will. Wäre dies der Fall, könnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für einen längeren Zeitraum überhaupt nicht einsetzen mit der Folge, dass er auch keinen Lohn zahlen muss. Eine solche Form würde den gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprechen und wäre daher unwirksam.

Aus diesem Grund bietet § 12 TzBfG einen besonderen Schutz, in dem er bestimmte Arbeitszeiten täglich bzw. wöchentlich vorschreibt, so dass der Arbeitnehmer mit diesen Mindestarbeitszeiten planen kann. So schreibt § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG bei einer fehlenden Vereinbarung im Hinblick auf die wöchentliche Arbeitszeit eine solche von zehn Stunden pro Woche vor. Ruft der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang den Arbeitnehmer in einer Woche überhaupt nicht oder lediglich 5 Stunden ab, muss er trotzdem die 10 Stunden bezahlen.

Neben der wöchentlichen Arbeitszeit enthält § 12 Abs. 1 S. 4 TzBfG auch eine Festlegung der täglichen Mindestarbeitszeit für die Fälle, in denen eine solche nicht arbeitsvertraglich festgelegt wurde. Hiernach muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jeweils für mindestens drei aufeinanderfolgende Stunden einsetzen und zwar für jeden Tag, an dem der Arbeitnehmer eingesetzt wird.

Damit der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht von heute auf morgen zur Arbeit bestellen kann, enthält § 12 Abs. 2 TzBfG zudem die Regelung, dass zwischen Mitteilung und dem Arbeitseinsatz mindestens vier Tage liegen müssen, wobei der Tag der Mitteilung nicht mitzählt (§ 187 BGB).

Beispiel

Soll der Arbeitnehmer am Dienstag arbeiten, muss er spätestens am Donnerstag der Vorwoche durch den Arbeitgeber informiert werden.

Ist der Tag vor dem Vier-Tages-Zeitraum ein Samstag, Sonntag oder Feiertag, so muss der Arbeitgeber die Mitteilung spätestens am Werktag vorher machen.

Beispiel

Soll der Arbeitnehmer am Mittwoch eingesetzt werden, muss er spätestens am Freitag der Vorwoche hierüber informiert werden. Gleiches gilt auch bei geplanten Einsätzen an einem Donnerstag oder Freitag.

Hält sich der Arbeitgeber nicht an diese Ankündigungsfrist, ist der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verpflichtet, dieser Aufforderung Folge zu leisten. Trotzdem muss der Arbeitgeber die gesetzlich vorgeschriebenen 10 Stunden pro Woche bezahlen. Dem Arbeitnehmer steht es in Fällen der Nichteinhaltung der Ankündigungsfrist frei, trotzdem zu arbeiten.

Auch wenn § 12 TzBfG solche täglichen und wöchentlichen Mindestarbeitszeiten enthält, kann hiervon auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden; entweder in einem Arbeitsvertrag oder in einem Tarifvertrag. Ist dies der Fall, muss allerdings sowohl die tägliche als auch die wöchentliche Arbeitszeit festgelegt werden. Andernfalls gelten die gesetzlichen Bestimmungen nach § 12 TzBfG.

Weitere Einzelheiten zu diesem Thema finden Sie in der AK-Broschüre „Teilzeitbeschäftigung“.

2.5.5 Telearbeit/Homeoffice

In der heutigen Arbeitswelt möchten viele Arbeitgeber, dass die Arbeitnehmer ihre Arbeit schnell und effektiv ausführen. Aus diesem Grund stellen sie ihnen regelmäßig die erforderlichen Arbeitsmittel zu Verfügung. Im heutigen Zeitalter selbstverständlich auch die entsprechenden technischen Mittel, wie Internet, Handy, usw. Auf der anderen Seite möchten Arbeitnehmer nach erbrachter Arbeit so viel wie möglich bei ihrer Familie zuhause sein und Zeit mit ihnen verbringen.

BESONDERE VERTRAGSARTEN



Damit beides zusammen möglich ist, manchmal auch während der Arbeitszeit, gibt es die Möglichkeit der sogenannten Telearbeit. Darunter versteht man „Bildschirm-arbeitsplätze“ in der eigenen Wohnung des Arbeitnehmers, die vom Arbeitgeber eingerichtet sind und worüber es zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Vereinbarung gibt. Die Einrichtung muss so erfolgen, dass der Raum oder die Räume angemessen und ordnungsgemäß ausgestattet sind, so dass auch keine Gefahr für den Arbeitnehmer ausgeht. Zu der Ausstattung gehört regelmäßig das Mobiliar, die benötigten Arbeits- sowie Kommunikationsmittel, wie PC, Notebook, Handy, Internetanschluss, Telefon, usw.

Die Telearbeit kann in unterschiedlichen Formen erfolgen:

- Häusliche oder isolierte Telearbeit: der Arbeitnehmer arbeitet ausschließlich von zuhause aus;
- Alternierende Telearbeit: der Arbeitnehmer arbeitet wechselweise von zuhause aus und im Betrieb des Arbeitgebers;
- Mobile Telearbeit: der Arbeitnehmer ist an unterschiedlichen Orten tätig, z.B. Außendienstmitarbeiter;
- Telearbeit im Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro: der Arbeitnehmer arbeitet in einem ausgelagerten Büro des Arbeitgebers, also nicht im eigentlichen Betrieb;
- On-site-Telearbeit: der Arbeitnehmer arbeitet im Betrieb des Kunden und führt dort beispielsweise Beratungen durch.

Die Telearbeit, auch bekannt als Homeoffice, kann sowohl von einem Arbeitnehmer, aber auch von einem freien Mitarbeiter, einer arbeitnehmerähnlichen Person oder in Heimarbeit ausgeübt werden. Je nachdem erfolgt die Telearbeit entweder auf Grundlage eines Arbeitsvertrages oder eines Dienst- bzw. Werkvertrages.

2.5.6 Altersteilzeitvertrag

Möchte ein Arbeitnehmer seine bisherige Arbeitszeit so verringern, dass er hierdurch einen gleitenden Übergang von seinem Arbeitsverhältnis in die Altersrente hat, kommt in solch einem Fall die Vereinbarung von Altersteilzeit in Betracht. Ermöglicht wird dies durch das ATZG i.V.m. § 237 SGB VI.

Hiernach muss der Arbeitnehmer das 55. Lebensjahr vollendet und in den letzten fünf Jahren vor der Altersteilzeit mindestens 1080 Tage (ca. 3 Jahre) in einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden haben. Des Weiteren muss der Arbeitnehmer eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber über die Reduzierung der bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit auf die Hälfte abgeschlossen haben. Eine Verringerung der bisherigen Arbeitszeit des Arbeitnehmers kann hierbei entweder im Kontinuitätsmodell oder im Blockmodell erfolgen.

Beim ersten Modell wird die Arbeitszeit vom Beginn bis zum Ende der Altersteilzeit vermindert.

Beispiel

Die Arbeitszeit von 40 Stunden in der Woche wird für die Dauer der Altersteilzeit auf 20 Stunden reduziert.

Beim Blockmodell wird die Phase der Altersteilzeit in zwei Zeitabschnitte aufgeteilt, die Arbeitsphase und die Freistellungsphase. Während der Arbeitsphase arbeitet der Arbeitnehmer wie gewohnt im bisherigen zeitlichen Umfang weiter, um dann in der Freistellungsphase gar nicht mehr zu arbeiten.

Beispiel

Der Altersteilzeitvertrag sieht vor, dass die Altersteilzeit sechs Jahre dauert, wobei der Arbeitnehmer die ersten drei Jahre wie bisher in Vollzeit arbeitet und er im Anschluss die letzten drei Jahre freigestellt wird.

Bei beiden Modellen wird nicht nur die Arbeitszeit, sondern auch die Vergütung über die gesamte Dauer der Altersteilzeit hinweg verringert. Beim Kontinuitätsmodell entsprechend der Verringerung der Arbeitszeit.

Beispiel

Die bisherige Arbeitszeit des Arbeitnehmers Schlauf beträgt 40 Stunden pro Woche, bei einem Monatslohn i.H.v. 3500 € brutto. Wird die Arbeitszeit nun für die gesamte Zeit der Altersteilzeit auf 20 Stunden reduziert, halbiert sich dementsprechend auch der Lohn auf 1750 € brutto.

Beim Blockmodell arbeitet der Arbeitnehmer zwar wie bisher in der Arbeitsphase weiter, allerdings erhält er nur die Hälfte des Monatslohns. Die andere Hälfte des Lohns, für die er eine Vorleistung erbracht hat, wird erst in der Freistellungsphase ausbezahlt.

Beispiel

Dauert die Altersteilzeit im Blockmodell vier Jahre und arbeitet der Arbeitnehmer in den ersten beiden Jahren weiterhin 30 Stunden pro Woche, erhält er von dem bisherigen Lohn (3.000 € brutto) in diesen beiden Jahren monatlich nur die Hälfte (1.500 € brutto). Die andere Hälfte wird in der Freistellungsphase ausbezahlt, ebenfalls Monat für Monat.

Damit eine Altersteilzeit nach dem ATZG vorliegt, muss sich die Vereinbarung, nach der die Arbeitszeit halbiert wird, zeitlich bis zu dem Zeitpunkt erstrecken, ab dem eine Altersrente beansprucht werden kann. Ab wann Sie eine solche Altersrente in Anspruch nehmen können, können Sie aus Ihrer Renteninformation entnehmen oder sich von Ihrem Versichertenältesten ausrechnen lassen.

Da der geringere Lohn während der Altersteilzeit einen Arbeitnehmer vom Abschluss einer solchen Vereinbarung abschrecken könnte, sieht § 3 Abs. 1 Nr. 1 ATZG als weitere Voraussetzung vor, dass der Arbeitgeber einen Aufstockungsbetrag zahlt. Dieser beträgt mindestens 20 % des Regelarbeitsentgelts, das der Arbeitnehmer aus der reduzierten Arbeitszeit erhält. Selbstverständlich steht es dem Arbeitgeber frei, einen höheren Aufstockungsbetrag zu zahlen, da die 20 % lediglich einen Mindestbetrag darstellen.

BESONDERE VERTRAGSARTEN

Beispiel

Wenn Arbeitnehmer Altersmüde während der Altersteilzeit monatlich einen Anspruch auf einen Betrag i.H.v. 2000 € brutto hat, muss der Arbeitgeber ihm mindestens einen Betrag von 400 € brutto als Aufstockungsbetrag monatlich zahlen.

Unter dem Regelarbeitsentgelt versteht man nach § 6 Abs. 1 S. 1 ATZG das auf einen Monat entfallende vom Arbeitgeber regelmäßig zu zahlende sozialversicherungspflichtige Arbeitsentgelt. Daher bleiben steuer- und sozialversicherungsfreie Zuschläge wie Sonntags- oder Feiertagszuschläge außer Betracht. Dies gilt auch für Einmalzahlungen wie Weihnachts- oder Urlaubsgeld, vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 ATZG.

Die Verpflichtung zur Zahlung des Aufstockungsbetrages muss aufgrund eines Tarifvertrages, einer Betriebsvereinbarung oder einer einzelvertraglichen Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer bestehen. Ist eine solche nicht vorhanden, kommt auch keine Altersteilzeit in Betracht. Neben dem Aufstockungsbetrag muss der Arbeitgeber zusätzlich Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zahlen und zwar mindestens in Höhe des Beitrages, der auf 80 % des Regelarbeitsentgelts für die Altersteilzeit entfällt.

Da die Altersteilzeit eine sehr gute Möglichkeit zum fließenden Übergang von der Arbeitswelt in die Altersrente darstellt, haben viele Arbeitnehmer hiervon Gebrauch gemacht. Zum damaligen Zeitpunkt gab es aber noch keine Altersrente für besonders langjährig Beschäftigte. Diese wurde erst zum 1. Juli 2014 eingeführt. Arbeitnehmer können diese ab dem 63. Lebensjahr und 45 Beitragsjahren abschlagsfrei in Anspruch nehmen. Problem für viele Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt der Einführung dieser Vorschrift bereits einen Altersteilzeitvertrag mit ihrem Arbeitgeber geschlossen hatten, war, dass sie sich hierdurch verpflichtet hatten, unmittelbar nach Ende der Altersteilzeit eine Altersrente zu beantragen. Demzufolge war das Ende der Altersteilzeit vertraglich so festgelegt, dass ein solch nahtloser Übergang möglich ist.

Da die neue Altersrente für die meisten Arbeitnehmer jedoch günstiger war, da diese im Gegensatz zu den anderen Renten abschlagsfrei bezogen werden konnte, haben sich viele Arbeitnehmer dazu entschieden, nicht die ursprünglich angedachte Altersrente zu beantragen, sondern sich bis zum Erreichen des entsprechenden Alters zunächst bei der Agentur für Arbeit arbeitslos zu melden und ALG I zu beantragen. Aufgrund der Vorschrift des § 159 SGB III haben diese Personen von der Agentur für Arbeit allerdings wegen Arbeitsaufgabe eine Sperre von maximal zwölf Wochen erhalten.

Diese wurde allerdings zu Unrecht „verhängt“, wie das BSG nun entschieden hat. Hiernach tritt eine Sperrzeit nach § 159 SGB III nicht ein, wenn ein Arbeitnehmer am Ende der Altersteilzeit entgegen seiner ursprünglichen Planung Altersrente in Anspruch zu nehmen, zunächst ALG I beantragt, weil er bedingt durch eine Gesetzesänderung zu einem späteren Zeitpunkt abschlagsfrei in Rente gehen kann.

Beachte: Da es sich um ein hochkomplexes Thema handelt sollte im Zweifelsfall ein Experte um Rat gefragt werden (siehe Vorwort).

3. Vertragspflichten des Arbeitgebers

3.1 Lohnzahlungspflicht

Nach § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag ist die Zahlung des vereinbarten Lohns die Hauptpflicht des Arbeitgebers. Diese tritt in der Regel allerdings erst dann ein, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbracht hat, da der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig ist. Zu zahlen ist der Lohn normalerweise am Ende des Monats, sofern vertraglich nichts anderes vereinbart wurde.

Kommt der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Lohnzahlung nicht nach, kann der Arbeitnehmer diesen gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen. Da dem Arbeitnehmer unter Umständen durch die verspätete Zahlung oder für den Fall, dass der Arbeitgeber unberechtigt den Lohn nicht zahlt, Kosten entstehen, kann er gemäß § 288 Abs. 5 BGB eine Verzugspauschale in Höhe von 40 € gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen.

Es gibt aber auch Fälle, bei denen der Arbeitgeber trotz nicht erbrachter Arbeit zur Lohnzahlung verpflichtet ist. Um welche Fälle es sich handelt, erfahren Sie unter Punkt 3.1.3.

3.1.1 Höhe des Entgelts und weitere Bestandteile

Die Höhe des Lohns kann sich dabei aus verschiedenen Anspruchsgrundlagen ergeben.

Die erste ist der **Arbeitsvertrag**. Darin vereinbaren die Parteien normalerweise eine Vergütung für die zu erbringende Tätigkeit. Aufgrund der Vertragsfreiheit kann die Höhe der Vergütung allerdings frei vereinbart werden. Die Vereinbarung über die Höhe findet aber dort ihre Grenze, ab der ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und der Vergütungshöhe liegt. Dies ist üblicherweise dann der Fall, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel der in der entsprechenden Branche gezahlten Vergütung beträgt. Bei der Frage, welcher Lohn branchenüblich ist, orientiert sich das BAG an dem Tariflohn. Liegt der „vereinbarte“ Lohn unter der Zwei-Drittel-Grenze, spricht man von Sittenwidrigkeit, die zur Folge hat, dass die Lohnvereinbarung unwirksam ist und dem Arbeitnehmer der branchenübliche Lohn zu zahlen ist.

Viele Arbeitnehmer fragen sich oftmals, wenn sie sich mit ihren Arbeitskollegen unterhalten, warum diese mehr verdienen, obwohl alle die gleiche Arbeit im Unternehmen ausüben. Sie fühlen sich ungerecht und ungleich behandelt und verlangen vom Arbeitgeber dann den gleichen Lohn. Einen solchen Anspruch haben die meisten Arbeitnehmer in der Regel allerdings nicht. Der Grund hierfür liegt in der Vertragsfreiheit. Wurde der Lohn individuell ausgehandelt und vereinbart, hat

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

diese Abrede vor dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz Vorrang. Trotzdem kann der Arbeitgeber nicht so einfach unterschiedliche Löhne für die gleiche Arbeit vereinbaren. Hier schiebt das AGG, insbesondere § 2 Abs. 1 Ziffer 2 AGG, einer Ungleichbehandlung einen Riegel vor. Danach ist eine Benachteiligung unzulässig in Bezug auf Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen. Diese Vorschrift versucht z.B. die niedrigere Entlohnung von Frauen gegenüber ihren männlichen Arbeitskollegen zu vermeiden.

Auch aus einem Tarifvertrag ergibt sich eine bestimmte Höhe des Lohns, den der Arbeitgeber an den Arbeitnehmer zu zahlen hat. Voraussetzung ist nur, dass der Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Wann dies der Fall ist, haben Sie bereits unter Punkt 2.2.1 erfahren. Normalerweise enthalten die Tarifverträge auch Regelungen im Hinblick auf die zu zahlende Vergütung des Arbeitnehmers, wenn er bestimmte Tätigkeiten ausübt. Dies kann in Form eines Lohntarifvertrages sein oder durch eine eigene Entgeltordnung. Ist dies der Fall, muss der Arbeitgeber Arbeitnehmern, die die gleiche Tätigkeit ausüben, den gleichen Lohn zahlen, ansonsten verstößt er gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Eine weitere Anspruchsgrundlage, woraus sich die Höhe des Lohns ergibt, ist das Gesetz selbst. Wie sie bereits wissen, wurde das MiLoG eingeführt. Hierdurch sollen niedrige Löhne, die es in der Vergangenheit relativ oft in bestimmten Branchen gab, vermieden werden. In anderen Branchen, in denen bereits zuvor über dem Mindestlohn bezahlt wurde, entweder aufgrund arbeitsvertraglicher oder tarifvertraglicher Regelung, wirkt sich der Mindestlohn hingegen nicht aus.

Liegt keine bzw. keine wirksame Vergütungsvereinbarung vor und kommt auch kein Tarifvertrag zur Anwendung, wird nach § 612 Abs. 2 BGB der übliche Lohn vom Arbeitgeber geschuldet. Dies ist dann der branchenübliche Lohn, wobei es sich in der Regel um den Tariflohn handelt.

Der Lohn, der nach § 107 Abs. 1 GewO in Euro zu zahlen ist, kann je nach Vereinbarung in unterschiedlichen Formen geleistet werden:

- **Zeitlohn:** dies können der Stunden-, Wochen- oder Monatslohn sein, aber auch ein festes Gehalt
- **Leistungslohn:** dies ist z.B. der Akkordlohn, der sich an der produzierten Menge in einer bestimmten Zeiteinheit orientiert oder die Provision, die der Arbeitnehmer erhält, wenn er z.B. eine bestimmte Anzahl von Verträgen mit Kunden abgeschlossen hat

Zusätzlich zum Lohn können noch weitere Formen des Lohns gezahlt werden:

Zuschläge: Sie sind nur zu zahlen, wenn dies arbeitsvertraglich vereinbart ist oder ein Tarifvertrag oder eine Betriebs-/Dienstvereinbarung zur Anwendung kommt, wonach sie geleistet werden. Dies sind z.B. Mehrarbeits-, Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeitszuschläge. Nach § 6 Abs. 5 ArbZG ist dem Arbeitnehmer ein angemessener Nachtarbeitszuschlag zu zahlen, sofern eine tarifliche Regelung fehlt. Nach

Auffassung des BAG ist ein Nachtarbeitszuschlag nach dieser Vorschrift angemessen, wenn er 25 % des Bruttostundenlohns des Arbeitnehmers beträgt. Bei Dauernachtschicht können es sogar 30 % sein, da hier eine besondere Beanspruchung des Arbeitnehmers stattfindet.

Zulagen: werden z.B. in Form von Leistungs-, Erschwernis- oder Schmutzzulagen gezahlt.

Sondervergütungen: Dies sind zusätzliche Entgeltleistungen wie Gratifikationen, Weihnachts- und Urlaubsgeld oder vermögenswirksame Leistungen. Ein Anspruch auf Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld besteht allerdings nur, wenn dies entweder vertraglich vereinbart wurde, durch einen Tarif gewährt wird oder der Arbeitgeber solche Leistungen mindestens 3 Jahre nacheinander ohne Vorbehalt gezahlt hat. Eine solche betriebliche Übung versuchen Arbeitgeber dadurch auszuschließen, in dem sie in dem Arbeitsvertrag aufnehmen, dass ein Anspruch hierauf auch nach wiederholter Zahlung nicht besteht und sich der Arbeitgeber für jedes Jahr das Recht vorbehält, neu darüber zu entscheiden.

Nachdem nun der Mindestlohn eingeführt wurde, wonach jeder Arbeitnehmer für jede Zeitstunde einen Anspruch hierauf hat, sind im Hinblick auf die zusätzlichen Bestandteile des Lohns zahlreiche Fragen aufgekommen. So unter anderem, ob diese Leistungen Bestandteile des Mindestlohns sind oder losgelöst von diesem betrachtet werden müssen. Nach Ansicht des BAG sind alle verpflichtenden und für jeden ersichtlich zu zahlenden Gegenleistungen des Arbeitgebers für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers Bestandteile des Mindestlohns. Dies bedeutet, dass solche Leistungen bei der Frage zu berücksichtigen sind, ob der Mindestlohn eingehalten wurde. So werden z.B. Treueprämien, Schicht-, Erschwernis- oder Leistungszulagen auf den Mindestlohn angerechnet. Dies gilt auch für Weihnachts- und Urlaubsgeld, sofern diese einzig und allein als Gegenleistung für die Arbeit gezahlt werden.

3.1.2 Lohnabrechnung und elektronische Lohnsteuerbescheinigung

Nach § 108 Abs. 1 GewO ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine nachvollziehbare Abrechnung über den gezahlten Lohn in Textform zu erteilen. Dies kann auch in elektronischer Form mit Textausdruck erfolgen. Die Abrechnung muss mindestens Angaben über den Abrechnungszeitraum und die Zusammensetzung des Arbeitsentgelts enthalten. Bei der Zusammensetzung des Arbeitsentgelts muss der Arbeitgeber ferner die Art und Höhe von Zuschlägen, Zulagen, sonstige Vergütungen, Art und Höhe der Abzüge, Abschlagszahlungen sowie eventuelle Vorschüsse angeben. Erst dann handelt es sich um eine ordnungsgemäße Lohnabrechnung und der Arbeitnehmer kann die Höhe des gezahlten Lohns auf seine Richtigkeit überprüfen.

LOHNZAHLUNGSPFLICHT



Ändert sich an dem Verdienst des Arbeitnehmers gegenüber der letzten Abrechnung nichts, so braucht der Arbeitgeber hierüber keine neue Abrechnung zu erstellen.

Am Ende des Kalenderjahres oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine elektronische Lohnsteuerbescheinigung nach amtlich vorgeschriebenem Muster binnen angemessener Frist als Ausdruck auszuhändigen oder elektronisch bereitzustellen. Dies ergibt sich aus § 41b Abs. 1 und 2 EStG i.V.m. § 242 BGB.

3.1.3 Zahlung des Entgelts ohne Arbeit

Da der Arbeitgeber erst nach erbrachter Leistung des Arbeitnehmers verpflichtet ist, den vereinbarten Lohn zu zahlen, folgt aus diesem Gegenseitigkeitsverhältnis, dass der Arbeitgeber von der Pflicht zur Zahlung der Vergütung frei wird, wenn der Arbeitnehmer die vertraglich geschuldete Leistung nicht erbringt. Hier gilt der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“.

Gesetzliche und tarifliche Vorschriften sehen jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz vor, wonach der Arbeitnehmer trotz nicht erbrachter Leistung eine Vergütung zu erhalten hat.

I. Vorübergehende Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen

Ist es dem Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig kurze Zeit nicht möglich, seiner vertraglich vereinbarten Arbeitspflicht nachzukommen, und liegen die Gründe hierfür in seiner Person, wobei ihn in diesem Zusammenhang kein Verschulden treffen darf, hat er nach § 616 BGB trotzdem einen Anspruch auf Fortzahlung des Lohns durch den Arbeitgeber. Neben Arbeitnehmern gilt diese Vorschrift auch für arbeitnehmerähnliche Personen sowie für freie Mitarbeiter. Für Auszubildende gilt die Sondervorschrift des § 19 Abs. 1 Nr. 2 BBiG.

Beispiel

Eigene kirchliche oder standesamtliche Hochzeit, Niederkunft der Ehefrau, Tod des Ehegatten, des eigenen Kindes, von Geschwistern, Eltern oder Schwiegereltern.

Aber auch erforderliche Arztbesuche während der Arbeitszeit, Vorladungen bei Behörden oder Gerichten sowie die Wahrnehmung öffentlicher Ehrenämter wie ehrenamtlicher Richter können persönliche Leistungshindernisse darstellen. Dies aber nur dann, wenn die Arbeitsverhinderung nicht durch den Arbeitnehmer schuldhaft herbeigeführt worden ist. Unter Verschulden versteht man dabei die vorsätzliche (bewusste und gewollte) oder fahrlässige Verletzung von Vertragspflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber.

Beispiel

Der Arbeitnehmer hat einen Arzttermin während der Arbeitszeit angenommen, obwohl auch eine Behandlung außerhalb der Arbeitszeit möglich gewesen wäre.

Damit der Arbeitnehmer in solchen Fällen einen Anspruch auf Zahlung des Lohns hat, darf er nur für eine kurze Zeit von der Arbeit fernbleiben. Welcher Zeitraum hiermit gemeint ist, gibt § 616 BGB allerdings nicht an. Die Rechtsprechung geht in der Regel von bis zu fünf Arbeitstagen aus. Je nach Fall und Schwere können es aber auch mehr als fünf Arbeitstage sein.

Erkrankt das eigene Kind, stellt dies auch eine kurzzeitige Verhinderung dar.

Für diesen Fall gibt es allerdings die Vorschrift des § 45 SGB V. Sofern das Kind unter zwölf Jahre ist, hat man nach dieser Vorschrift einen Anspruch auf Zahlung von Krankengeld gegenüber seiner Krankenkasse für die Dauer der Beaufsichtigung, Betreuung und Pflege des kranken Kindes. Die Notwendigkeit der Betreuung muss allerdings durch einen Arzt attestiert werden. Ist dies der Fall, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Arbeit freistellen. Nach § 45 Abs. 2 SGB V beträgt der Anspruch auf Krankengeld pro Kalenderjahr für jedes Kind und jeden Elternteil bis zu 10 Arbeitstage, d.h. maximal 20 Arbeitstage für beide Eltern zusammen für ein Kind. Diese 20 Tage stehen auch einem alleinerziehenden Elternteil zu. Hat man mehrere Kinder, stehen beiden Elternteilen sowie einem alleinerziehenden Elternteil insgesamt höchstens 50 Arbeitstage zu. Ist in einem Tarifvertrag oder einzelvertraglich für solche Betreuungsfälle vereinbart, dass der Arbeitnehmer zunächst unter Lohnfortzahlung von der Arbeit freigestellt wird, tritt der Anspruch nach § 45 SGB V zunächst zurück. Ist dieser Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber dann ausgeschöpft, lebt der Anspruch nach § 45 SGB V auf.

Da die Vorschrift des § 616 BGB nicht zwingend ist, kann sie durch arbeitsvertragliche Vereinbarung oder durch einen Tarifvertrag gänzlich ausgeschlossen oder verändert werden, und zwar auch zuungunsten des Arbeitnehmers.

So weichen zum Beispiel § 29 TVöD als auch § 26 des MTV für Arbeitnehmer der Deutschen Post AG von der gesetzlichen Regelung des § 616 BGB in der Form ab, dass sie nur die dort aufgeführten Anlässe als abschließende Fälle ansehen. Beispielsweise sind hier die Fälle eines Wohnungswechsels, eines 25- und 40-jährigen Arbeitsjubiläums oder eine schwere Erkrankung genannt. Liegt nun ein Anlass vor, der nicht von der tariflichen Vorschrift umfasst wird, ist für eine Anwendung des § 616 BGB kein Raum mehr.

Es gibt aber auch arbeitsvertragliche oder tarifvertragliche Regelungen, die nicht abschließend sind, so dass auch eine Anwendung der gesetzlichen Vorschrift möglich ist.

Liegen die Voraussetzungen des § 616 BGB oder der vertraglichen Vereinbarung vor, muss der Arbeitgeber den Lohn zahlen, den er ohne die Verhinderung hätte zahlen müssen. Dies bedeutet, dass hier auch Überstunden, die an diesem Tag geleistet worden wären, oder Zuschläge für besondere Arbeiten zu zahlen sind.

Weitere Einzelheiten zu dem Thema Freistellung und Lohnfortzahlung bzw. Krankengeld bei Erkrankung des Kindes finden Sie in dem AK-Info-Faltblatt „Freistellung bei Erkrankung von Kindern“.



II. Annahmeverzug und Betriebsrisiko

a) Annahmeverzug

Auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß angeboten, der Arbeitgeber diese aber nicht angenommen hat, ist der Arbeitgeber zur Zahlung des Lohns verpflichtet. In solchen Fällen befindet sich der Arbeitgeber mit der angebotenen Leistung des Arbeitnehmers in einem sogenannten „Annahmeverzug“. Dieser Fall ist gesetzlich geregelt in § 615 S. 1 BGB.

Voraussetzung ist zunächst, dass zwischen beiden Parteien ein **Arbeitsverhältnis** besteht. Wann ein Arbeitsverhältnis zustande kommt, haben Sie bereits unter Punkt 2. erfahren. Auf die Art des Arbeitsverhältnisses kommt es dabei nicht an, so dass hierunter auch Teilzeitarbeitsverhältnisse und geringfügige Beschäftigungen fallen.

Um einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn zu haben, muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine **Arbeitsleistung tatsächlich angeboten** haben. Er muss also auf der Arbeit erschienen sein. Dies resultiert sowohl aus § 614 BGB, wonach der Arbeitnehmer zuerst die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeit verrichten muss, bevor er einen Anspruch auf den Lohn erwirbt, als auch aus § 294 BGB. Hat der Arbeitgeber im Vorfeld erklärt, dass er die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annehmen werde, reicht auch ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers aus. Bietet der Arbeitnehmer eine andere als die vertraglich vorgesehene Arbeit an, führt dieses Angebot nicht zum Annahmeverzug.

Oftmals teilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung mit, dass er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr im Betrieb zu erscheinen brauche. In den meisten Fällen handelt es sich um eine Freistellung, die entweder im Kündigungsschreiben enthalten ist oder getrennt dem Arbeitnehmer entweder mündlich oder schriftlich mitgeteilt wird. Was man unter Freistellung versteht und wann diese vom Arbeitgeber angeordnet oder zwischen den Parteien vereinbart wird, erfahren Sie unter Punkt 3.2. In solchen Fällen handelt es sich nicht um einen Fall des Annahmeverzugs, da sich der Anspruch auf Zahlung des Lohns für diese Zeit aus anderen Vorschriften ergibt.

Handelt es sich aber nicht um eine angeordnete Freistellung durch den Arbeitgeber, ist der Arbeitnehmer dem Grunde nach verpflichtet, weiterhin seine Arbeitsleistung anzubieten und jeden Tag auf der Arbeit zu erscheinen. Da dies dem Arbeitnehmer auf Dauer nicht zugemutet werden kann, reicht es aus, wenn er die Arbeitsleistung nur für einige Tage hintereinander anbietet und dies dokumentiert, unter Angabe eventueller Zeugen, oder sich die „Freistellung“ durch den Arbeitgeber schriftlich bestätigen lässt.

Auch wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitsleistung angeboten hat, bedeutet dies nicht automatisch, dass die Folgen des § 615 S. 1 BGB eintreten. Ist der Arbeitnehmer in Wahrheit nicht in der Lage, seine geschuldete Arbeit zu verrichten, entfällt der Anspruch auf Annahmeverzugslohn.

Beispiele

Bestehende Arbeitsunfähigkeit, Entzug der Fahrerlaubnis eines Berufskraftfahrers, starke Alkoholisierung des Arbeitnehmers, Beschäftigungsverbot einer schwangeren Arbeitnehmerin.

Ist der Arbeitnehmer in der Lage zu arbeiten und hat er dies dem Arbeitgeber auch angeboten, muss dieser trotzdem den Lohn zahlen, wenn er die Arbeitsleistung nicht angenommen hat. Das ist insbesondere bei einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen unwirksamen Kündigung der Fall. Der Arbeitgeber setzt sich aber auch in Annahmeverzug, wenn er eine andere als die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung zuweist oder so erheblich mit der Lohnzahlung in Verzug geraten ist, dass der Arbeitnehmer deshalb zurecht sein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt hat.

Befindet sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug, muss er dem Arbeitnehmer für die Zeit des Verzuges trotz nicht erbrachter Arbeit den Lohn zahlen. Dies bedeutet, dass auch Überstunden und mögliche Zuschläge hierfür zu zahlen sind, wenn der Arbeitnehmer diese ohne den Annahmeverzug hätte leisten müssen. Der Arbeitnehmer muss sich für die Zeit des Annahmeverzugs nach § 615 S. 2 BGB allerdings einen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen.

Wichtig ist auch, dass der Arbeitnehmer die aufgrund des Annahmeverzugs „ausgefallene Arbeit“ nicht nacharbeiten muss.

b) Betriebsrisiko

Ist der Arbeitgeber dafür verantwortlich, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit nicht verrichten kann, muss er trotzdem den vereinbarten Lohn für diese Zeit zahlen. Dies gilt auch für Betriebsstörungen, die außerhalb des Einflussbereichs des Arbeitgebers liegen. Geregelt ist diese Verpflichtung in § 615 S. 3 BGB. Da der Arbeitgeber den Betrieb und die betriebliche Gestaltung organisiert, leitet, die Verantwortung trägt und die Erträge erhält, muss er auch dafür sorgen bzw. eintreten, dass der Betrieb ordnungsgemäß läuft und die Arbeitnehmer auch bei Betriebsstörungen einen Vergütungsanspruch haben.

Zu solchen Störungen zählen z.B. Maschinendefekte, Rohstoffmangel, Unterbrechung der Energieversorgung, Brand, Frost, Überschwemmung, Explosion oder auch Naturkatastrophen.

Auch hier ist ganz wichtig, dass der Arbeitnehmer nicht zur Nacharbeit der ausgefallenen Arbeitszeit verpflichtet ist. Wie auch beim Annahmeverzug muss er sich aber das anrechnen lassen, was er während dieser Zeit bei einem Dritten erhalten hat.

Von der Regelung, dass der Arbeitgeber das Risiko für bestimmte Vorkommnisse trägt und trotzdem den Lohn zahlen muss, kann einzelvertraglich abgewichen werden. Ist eine solche abweichende Regelung in einem Arbeitsvertrag vorhanden und hat der Arbeitgeber diese „einseitig“ gestellt, ist diese nur wirksam, wenn sie den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligt. Möchte er generell für jeden Fall einer Betriebsstörung von der Fortzahlung des Lohns ausgenommen

LOHNZAHLUNGSPFLICHT



sein, weicht die in erheblichem Umfang von der gesetzlichen Regelung ab, mit der Folge, dass die Klausel unwirksam ist. Will sich der Arbeitgeber nur bei Vorliegen bestimmter Hinderungsgründe von der Zahlungspflicht befreien, müssen die Gründe klar und eindeutig genannt werden. Ansonsten ist auch diese Klausel unwirksam. Auch in Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen können abweichende Regelungen von der grundsätzlichen Vergütungspflicht des Arbeitgebers in Fällen von Betriebsstörungen getroffen werden. Allerdings müssen auch diese Regelungen klar und eindeutig sein. Ist in einem Tarifvertrag z.B. festgehalten, dass der Arbeitgeber den Lohn fortzuzahlen hat soweit er den Arbeitsausfall zu vertreten hat, so fallen in der Regel sämtliche Fälle darunter, die er sowieso nach § 615 S. 3 BGB zu vertreten hat.

Nicht zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehört das Wegerisiko. Darunter versteht man das Risiko des Arbeitnehmers, rechtzeitig und pünktlich die Arbeit und den Arbeitsplatz zu erreichen. Kann er witterungsbedingt oder wegen Stau oder Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel den Arbeitsplatz nicht oder nicht rechtzeitig erreichen, entfällt der Entgeltanspruch für die Zeit des Nichtarbeitens. Sobald der Arbeitnehmer auf der Arbeit angekommen ist und seine Arbeit verrichtet, hat er ab diesem Zeitpunkt wieder einen Anspruch auf Lohnzahlung.

III. Erholungsurlaub

Ein weiterer Fall, bei dem der Arbeitgeber zur Zahlung des Lohns trotz Nichterbringung der Arbeit verpflichtet ist, ist derjenige des Erholungsurlaubes. Mit der Urlaubsgewährung kommt der Arbeitgeber seiner Pflicht nach, damit sich der Arbeitnehmer von der geleisteten Arbeit erholen und über einen bestimmten Zeitraum für Entspannung und Freizeit sorgen kann.

a) Urlaubsanspruch

Ein Anspruch auf Urlaub kann sich entweder aus dem Gesetz, einem Tarifvertrag oder einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ergeben. Auch eine Betriebsvereinbarung kann Regelungen diesbezüglich enthalten, kommt aber in der Praxis eher selten vor.

Damit der Erholungszweck auch gewährleistet wird, schreibt das BUrlG einen Mindesturlaub vor, der dem Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr zusteht. Einen Anspruch auf den Urlaub haben neben dem Arbeitnehmer auch Auszubildende und arbeitnehmerähnliche Personen, d.h. Personen, die zwar selbständig sind, aber wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrem Auftraggeber wie richtige Arbeitnehmer bezahlten Urlaub haben sollen. Dies sind z.B. Künstler, Mitarbeiter beim Fernsehen oder Rundfunk. Heimarbeiter haben ebenfalls einen Anspruch auf Urlaub. Für sie gelten aber nicht alle Vorschriften des BUrlG.

Oftmals denken Teilzeitbeschäftigte oder geringfügig Beschäftigte, da sie weniger Stunden oder an weniger Tagen in der Woche arbeiten als ihre vollzeitbe-

schäftigten Arbeitskollegen, dass ihnen kein Urlaub zusteht. Dem ist aber nicht so. Urlaub steht jedem Arbeitnehmer zu, unabhängig, ob er in Vollzeit oder in Teilzeit arbeitet.

Hat ein Arbeitnehmer neben seiner Hauptarbeit noch einen Nebenjob, hat er sowohl bei dem einen als auch bei dem anderen Arbeitsverhältnis einen Anspruch auf Urlaub.

b) Urlaubsdauer

Nach § 3 Abs. 1 BUrlG hat der Arbeitnehmer einen Urlaubsanspruch von mindestens 24 Werktagen im Kalenderjahr. Werktage im Sinne dieser Vorschrift sind alle Tage von Montag bis einschließlich Samstag, so dass der gesetzliche Mindesturlaub auf eine 6-Tage-Woche ausgelegt ist. Gesetzliche Feiertage sowie Sonntage bleiben folglich außer Betracht. Werktage und Arbeitstage sind aber nicht immer identisch, mit der Folge, dass für die Berechnung der Urlaubsdauer diese Tage rechnerisch in Beziehung zu setzen sind.

Beispiel

Fünf-Tage-Woche:

$24 : 6 = 4 \times 5 = 20$ Arbeitstage Urlaub

Drei-Tage-Woche:

$24 : 6 = 4 \times 3 = 12$ Arbeitstage Urlaub

Mit dieser Berechnungsmethode soll sichergestellt werden, dass allen Arbeitnehmern der gleiche Erholungszeitraum zur Verfügung steht und zwar vier Wochen im Kalenderjahr. Arbeitet ein Arbeitnehmer im Vergleich zu einem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer des Betriebs weniger Stunden in der Woche, aber an gleich vielen Tagen, stehen ihm genauso viele Urlaubstage wie dem Arbeitskollegen zu. Hier kommt es nicht auf die wöchentliche Arbeitszeit des Teilzeitbeschäftigten an, sondern auf die Verteilung auf die Tage in der Woche.

Beispiel

Arbeitnehmer Teilzeit arbeitet laut vertraglicher Regelung 20 Stunden in der Woche, wobei diese auf fünf Tage in der Woche verteilt sind. Wie viel Urlaub steht ihm nach dem Gesetz zu? Teilzeit stehen 20 Tage Urlaub im Kalenderjahr zu, da er in einer 5-Tage-Woche arbeitet.

Nicht selten kommt es in der heutigen Arbeitswelt vor, dass ein Arbeitnehmer in einem wechselnden Rhythmus an unterschiedlich vielen Tagen in der Woche arbeitet. Zu denken ist beispielsweise an den Einzelhandel oder in der Pflege. Hier ist die Berechnung des Urlaubs auf das Jahr zu beziehen.

Beispiel

Ein Arbeitnehmer arbeitet in einem Jahr während 26 Wochen fünf Tage und während 26 Wochen vier Tage in der Woche (26×5 Arbeitstage + 26×4 Arbeitstage = 234 Jahresarbeitstage). Im Verhältnis zu den Jahreswerktagen = 312 (52 Wochen pro Jahr $\times$ 6 Werktagen) ergibt das einen Urlaubsanspruch von 18 Tagen ($234 : 312 \times 24 = 18$).

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

Es gibt aber auch Arbeitsverhältnisse, bei denen sich die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf bestimmte Arbeitstage im Laufe des Jahres ändert. Hier hat das BAG in seinem Urteil vom 14.03.2017 folgende Berechnungsformel angewandt:

Urlaubsanspruch am Anfang des Jahres abzüglich bereits genommenem Urlaub x neue Arbeitstage geteilt durch alte Arbeitstage

Beispiel

Arbeitnehmer Wechsel arbeitet an fünf Tagen in der Woche, wodurch ihm ein gesetzlicher Urlaubsanspruch von 20 Tagen zusteht. Ab dem 01. Mai arbeitet er nur noch an vier Tagen in der Woche, wodurch er ab diesem Zeitpunkt nur noch einen Urlaubsanspruch von 16 Tagen hat. Wie viele Urlaubstage stehen Wechsel für das ganze Jahr zu? Wechsel stehen für das komplette Jahr 16 Urlaubstage zu.

Variante:

Wie viele Urlaubstage hat Wechsel für das Jahr noch, wenn er im März bereits 5 Tage Urlaub hatte? Nach der Formel des BAG stehen ihm noch 12 Tage zu. Er hatte zu Beginn des Jahres einen Anspruch auf 20 Tage. Hiervon hat er 5 Tage genommen, so dass noch 15 Tage übrig waren. Aufgrund des Wechsels von 5 auf 4 Tage in der Woche ergibt dies einen Quotienten von 0,8 der mit 15 zu multiplizieren ist.

Handelt es sich bei dem Arbeitnehmer oder Auszubildenden um einen Jugendlichen, d.h. er ist mindestens 15, aber noch keine 18 Jahre alt, steht ihm nach dem JArbSchG ein höherer Urlaub zu. Je nachdem wie alt er ist, ist der Urlaub unterschiedlich hoch:

- 30 Werktage, wenn der Jugendliche zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht 16 Jahre alt ist,
- 27 Werktage, wenn der Jugendliche noch nicht 17 Jahre alt ist
- 25 Werktage, wenn der Jugendliche zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht 18 Jahre alt ist

Hier ist zu beachten, dass Jugendliche nur an fünf Tagen in der Woche und nicht an Samstagen einzusetzen sind.

Handelt es sich bei dem Arbeitnehmer um einen schwerbehinderten Menschen (GdB 50 und höher), steht diesem nach § 125 Abs. 1 SGB IX ein Zusatzurlaub von 5 Arbeitstagen im Jahr zu. Arbeitet der Arbeitnehmer an mehr oder weniger Tagen in der Woche, ist der Zusatzurlaub anzupassen.

Beispiel

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer arbeitet regelmäßig an sechs Tagen in der Woche, so dass ihm ein Anspruch auf sechs zusätzliche Urlaubstage im Jahr wegen seiner Schwerbehinderung zusteht.

Wird die Schwerbehinderteneigenschaft erst im Lauf eines Jahres durch das Landesamt für Soziales festgestellt, steht dem Arbeitnehmer für jeden vollen Monat des Bestehens der Schwerbehinderteneigenschaft 1/12 des Zusatzurlaubes zu.

Beispiel

Die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers Fleißig wird erst ab dem 1. Juni festgestellt. Somit hat er einen Anspruch auf 7/12 des Zusatzurlaubes nach § 125 SGB IX.

Ist der Arbeitnehmer nicht schwerbehindert, sondern einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt, hat er keinen Anspruch auf den Zusatzurlaub.

Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch nach dem BUrlG muss grundsätzlich von dem Arbeitgeber gewährt werden. Hiervon darf er nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen. Möchte er dem Arbeitnehmer hingegen mehr Urlaub geben, kann er dies jederzeit tun. Ein solch höherer Urlaubsanspruch ergibt sich meistens aus dem Arbeitsvertrag oder aus einem zur Anwendung kommenden Tarifvertrag. Wann ein Tarifvertrag zur Anwendung kommt, haben Sie bereits unter Punkt 2.2.1 erfahren.

Beispiel

Nach dem MTV für die Beschäftigten im saarländischen Einzelhandel beträgt der Urlaub im Jahr 36 Werktage oder nach dem TVöD haben die Beschäftigten bei einer 5-Tage-Woche einen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen

c) Wartezeit, voller und anteiliger Urlaubsanspruch

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gebietet es, dem Arbeitnehmer durch die Urlaubsgewährung die Möglichkeit zur Erholung von der geleisteten Arbeit zu geben. Aus diesem Grund hat man nicht sofort ab Beginn des Arbeitsverhältnisses den vollen gesetzlichen Urlaubsanspruch für das jeweilige Kalenderjahr. Dieser steht einem Arbeitnehmer erst nach sechsmonatiger Wartezeit zu. Dies gilt auch für Jugendliche.

Beispiel

Hat der Arbeitnehmer seine Arbeit am 15. Mai des Jahres begonnen, steht ihm der komplette Jahresurlaub erst ab dem 15. November zu.

Ist die sechsmonatige Wartezeit noch nicht erfüllt, steht dem Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 Buchstabe a) BUrlG für jeden vollen Monat des Arbeitsverhältnisses 1/12 des Jahresurlaubes zu.

Beispiel

Arbeitnehmer Manni wird zum 1. September in Vollzeit bei einer 5-Tage-Woche eingestellt und der gesetzliche Mindesturlaub gewährt. Anfang Dezember möchte er Urlaub machen. Auf wie viele Tage hat er zu diesem Zeitpunkt Anspruch? Da das Arbeitsverhältnis Anfang Dezember bereits drei volle Monate bestanden hat, hat Manni einen Anspruch auf 3/12 des Jahresurlaubes, folglich also 5 Tage ($20 : 12 = 1,66 \times 3 = 5$), so dass er eine Woche Urlaub machen kann.

Nach Ablauf der sechs Monate hat der Arbeitnehmer sodann Anspruch auf den kompletten Jahresurlaub. In der Folgezeit entsteht der Anspruch auf den vollen Jahresurlaub direkt ab Beginn eines jeden Kalenderjahres. Einen Anspruch auf den

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

vollen gesetzlichen Jahresurlaub hat der Arbeitnehmer auch dann, wenn er nach erfüllter Wartezeit in der zweiten Jahreshälfte (nach dem 30. Juni) aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

Beispiel

Arbeitnehmer Launig ist seit dem 25. Januar 2015 in dem Betrieb beschäftigt. Da er ab dem 16. Juli 2017 eine besser bezahlte Arbeit gefunden hat, kündigt er das bestehende Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 15. Juli 2017.

Scheidet der Arbeitnehmer nach erfüllter Wartezeit in der ersten Jahreshälfte aus (bis 30. Juni), hat er nur einen Anspruch auf anteiligen Jahresurlaub nach § 5 Abs. 1 Buchstabe c) BUrlG.

Beispiel

Wie das Beispiel zuvor, nur hat Arbeitnehmer Launig in diesem Fall bereits zum 15. Juni 2017 gekündigt.

Hat der Arbeitgeber dem in der ersten Jahreshälfte ausscheidenden Arbeitnehmer bereits den vollen Jahresurlaub gewährt, kann er das für den Urlaub bezahlte Urlaubsentgelt nicht mehr von dem Arbeitnehmer zurückverlangen. Dies sieht § 5 Abs. 3 BUrlG vor.

Hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber gewechselt und bei dem alten Arbeitgeber bereits den kompletten gesetzlichen Jahresurlaub erhalten, kann er von dem neuen Arbeitgeber nicht noch einmal Urlaub bekommen. Wurde dem Arbeitnehmer hingegen nur anteilig Urlaub vom alten Arbeitgeber gewährt, so dass der gesetzliche Urlaubsanspruch noch nicht ausgeschöpft ist, hat der Arbeitnehmer nach Erfüllung der Wartezeit einen Anspruch auf den restlichen Urlaub gegenüber dem neuen Arbeitgeber. Hatte er bei dem alten Arbeitgeber überhaupt keinen Urlaub und erfüllt er beim neuen Arbeitgeber im laufenden Jahr die Wartezeit, hat er Anspruch auf den gesamten gesetzlichen Jahresurlaub gegenüber dem neuen Arbeitgeber.

Gibt es bei der Berechnung des anteiligen Urlaubs Bruchteile, sind diese, sobald sie mindestens einen halben Tag (0,5) betragen, aufzurunden.

Beachten Sie, dass man in Tarifverträgen abweichende Regelungen von dem zuvor Gesagten zur Wartezeit und dem anteiligen Urlaubsanspruch vereinbaren kann. Dies auch zuungunsten des Arbeitnehmers.

d) Zeitpunkt des Urlaubs

Nach den Vorschriften des BUrlG ist der Urlaub im laufenden Urlaubsjahr, welches in der Regel das Kalenderjahr ist, zu nehmen. In besonderen Fällen kann er in das nächste Jahr übertragen werden. Wann dies möglich ist, erfahren Sie unter dem Punkt 3.1.3 Ziffer 3 i).

Bei der Festlegung des Urlaubs sind nach § 7 Abs. 1 BUrlG die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass grundsätzlich der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts zunächst bestimmen kann, wann der Arbeit-



nehmer Urlaub machen kann. In der Praxis läuft es aber meistens so, dass der Arbeitnehmer den oder die Zeiträume des gewünschten Urlaubs dem Arbeitgeber mitteilt und dieser in der Regel auch genehmigt wird. Haben für denselben Zeitraum bereits andere Arbeitnehmer ihren Urlaubswunsch geäußert oder liegen dringende betriebliche Gründe vor, kann dies dazu führen, dass der Urlaub nicht genehmigt wird.

Dies ist bei entgegenstehenden Urlaubswünschen anderer Kollegen z.B. dann der Fall, wenn diese schulpflichtige Kinder haben und in diesem Zeitraum Ferien sind. Bei den betrieblichen Gründen muss es sich grundsätzlich um dringende Gründe handeln. Sonst darf der Arbeitgeber den Urlaubswunsch nicht ablehnen.

Ein einseitiges Recht zur Festlegung des Urlaubs steht dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zu. Hat der Arbeitgeber den Urlaubsantrag des Arbeitnehmers abgelehnt, kann der Arbeitnehmer nicht einfach eigenmächtig trotzdem Urlaub machen. Hierdurch riskiert er eine Abmahnung bis hin zur Kündigung. Vielmehr muss er, wenn er zu dem abgelehnten Zeitpunkt trotzdem Urlaub haben will, gerichtliche Schritte einleiten. Dies ist in Form einer einstweiligen Verfügung möglich.

Ist der Urlaub vom Arbeitgeber genehmigt worden, kann er diesen nicht mehr widerrufen. Dies ist nur in ganz bestimmten Aus- bzw. Notfällen möglich.

Eine Festlegung des Urlaubs erfolgt in vielen Betrieben durch die Aufstellung eines Urlaubsplanes, der nach Auslegung einer Urlaubsliste oder Mitteilung der Urlaubswünsche der einzelnen Arbeitnehmer erstellt wird. Ist in dem Betrieb ein Betriebsrat vorhanden, wird der Urlaubsplan in der Regel zwischen diesem und dem Arbeitgeber vereinbart. Dies hat den Vorteil, dass der Arbeitgeber den Urlaub nicht mehr einseitig ändern kann. Eine solche Änderung bedarf der Zustimmung des Arbeitnehmers.

Hat sich der Arbeitgeber dazu entschieden, den Betrieb zu einem bestimmten Zeitpunkt ganz zu schließen, da in diesem Zeitraum bekannter Weise keine Aufträge vorhanden sind, müssen auch die Arbeitnehmer Urlaub machen.

e) Zusammenhängender Urlaub

Der Urlaub ist grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren. Nur dann, wenn dringende betriebliche Erfordernisse oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe es erforderlich machen, kann der Urlaub geteilt werden. Ist dies der Fall und hat der Arbeitnehmer Anspruch auf mehr als zwölf Werktage Urlaub für das Jahr, muss einer der Urlaubsteile mindestens zwölf aufeinander folgende Werktage umfassen. Von der Bestimmung, dass mindestens zwölf aufeinander folgende Werktage als Urlaub zu nehmen sind, kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, aber auch durch Einzelarbeitsvertrag abgewichen werden.

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

f) Erwerbstätigkeit während des Urlaubs

Da sich der Arbeitnehmer während des Urlaubs grundsätzlich erholen soll, darf er während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit ausüben. Dies bedeutet, dass er während des Urlaubs nicht gegen Entgelt für einen anderen Arbeitgeber oder sonstigen Dritten tätig werden darf.

Von dem Verbot, während des Urlaubs einer anderen bezahlten Tätigkeit nachzugehen, sind aber private Arbeiten zuhause oder bei Bekannten grundsätzlich nicht erfasst.

Beispiel

Während seines Urlaubs renoviert Arbeitnehmer Fleißig sein Bad oder er hilft Freunden beim Tapezieren oder Streichen ihrer neuen Wohnung.

Wird der Erholungszweck des Urlaubs durch eine Erwerbstätigkeit nicht gefährdet, kann diese Ausnahmsweise erlaubt sein.

Beispiel

Arbeitnehmer Fleißig ist im öffentlichen Dienst tätig und sitzt den ganzen Tag in seinem Büro. Während seines Urlaubs möchte er die Gelegenheit nutzen und sich körperlich betätigen und bewegen. Daher hilft er einem befreundeten Bauern für wenige Stunden am Tag bei der Apfelernte. Für die Hilfe erhält Fleißig eine kleine Entlohnung.

g) Urlaubsentgelt

Wesentliches Merkmal des Erholungsurlaubs ist seine Bezahlung. Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als beziehe er den bisherigen Verdienst weiter. Dieser Grundsatz ist unabdingbar. Von ihm kann weder durch Tarifvertrag, Dienstvereinbarung noch Einzelarbeitsvertrag abgewichen werden. Abreden, nach denen der Arbeitnehmer während des Urlaubs eine geringere Vergütung erhalten soll als während seiner Beschäftigung, sind nichtig.

Bei der Berechnung des Urlaubsentgelts geht man von den letzten abgerechneten 13 Wochen vor Urlaubsbeginn aus. Wird monatlich abgerechnet, geht man von den letzten drei Monaten aus. Bei monatlich gleichbleibendem Lohn muss dieser einfach nur weiterbezahlt werden.

Zu dem Arbeitsverdienst des Arbeitnehmers gehören neben dem „normalen Lohn“ auch gezahlte Zulagen und Zuschläge, wie z.B. Sonntags-, Feiertags- oder Nachtzuschläge oder Erschwerniszulagen. Provisionen, unabhängig, ob sie die alleinige Vergütung darstellen oder zusätzlich zum Lohn gezahlt werden, sind auch zu berücksichtigen. Einmalzahlungen wie Weihnachts- oder Urlaubsgeld hingegen fallen nicht darunter. Auch Überstunden werden nicht berücksichtigt.

Wird innerhalb der 13 Wochen der Lohn aufgrund einer Tariflohnsteigerung erhöht und zwar dauerhaft, ist auch diese Erhöhung mit zu berücksichtigen. Selbst-

verständlich dann auch bei den Zulagen und Zuschlägen. Das gleiche gilt, wenn die Erhöhung während des Urlaubs erfolgt. Jedoch erst von dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eingetreten ist.

Verdienstkürzungen, die innerhalb der 13 Wochen eingetreten sind, sind bei der Berechnung des Urlaubsentgelts nicht zu berücksichtigen. Das gilt vor allem für Kurzarbeit, aber auch für Arbeitsausfälle, die der Arbeitgeber zu vertreten hat, so z.B. bei Strommangel oder Maschinenreparatur, soweit eine Entgeltkürzung überhaupt eingetreten ist. Das gleiche gilt für Arbeitsausfälle, die durch Streik und Aussperrung entstanden sind.

Auch eine unverschuldete Arbeitsversäumnis des Arbeitnehmers wird nicht bei der Berechnung des Urlaubsentgelts berücksichtigt. Eine solche Versäumnis ist z.B. bei Krankheit des Arbeitnehmers gegeben. Hat der Arbeitnehmer die Arbeit dagegen unberechtigt und verschuldet versäumt, in dem er ohne Grund zu spät zur Arbeit gekommen ist oder aufgrund eines Verkehrsunfalls durch Trunkenheit daran gehindert war, ist das Arbeitsversäumnis in den Berechnungszeitraum einzubeziehen und vermindert das Urlaubsentgelt.

Das Urlaubsentgelt wird nach Werktagen berechnet. Wie Sie bereits wissen, sind allerdings die Arbeitstage des Arbeitnehmers nicht immer identisch mit den Werktagen. Aus diesem Grund berechnet sich das Urlaubsentgelt bei einer 5-Tage-Woche wie folgt:

$$\bullet \frac{\text{Verdienst der letzten 13 Wochen vor Urlaubsbeginn} \times \text{Anzahl der Urlaubstage}}{(13 \times 5 \text{ Arbeitstage})} = 65 \text{ Werktage}$$

Arbeitet der Arbeitnehmer nicht in einer 5-Tage-Woche, sondern an 6 oder nur an 4 Tagen, sind die 13 Wochen dann mit 6 oder 4 Arbeitstagen zu multiplizieren.

Das Urlaubsentgelt ist nach § 11 Abs. 2 BUrlG vor Antritt des Urlaubs auszuzahlen. Irrtümlich zu viel gezahltes Urlaubsentgelt kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer zurückverlangen. Das gilt nicht für den bereits erwähnten Fall, dass der Arbeitnehmer mehr Urlaub erhalten hat, als ihm beim Ausscheiden während des Urlaubsjahres zustand.

Von dem Urlaubsentgelt ist das Urlaubsgeld zu unterscheiden. Das Urlaubsgeld wird in der Regel kraft Tarifvertrages zusätzlich zum Urlaubsentgelt gewährt.

h) Krankheit und Urlaub

Erkrankt der Arbeitnehmer vor Antritt eines bereits genehmigten Urlaubs und besteht diese über den geplanten Urlaub hinaus, so findet keine Anrechnung dieser Krankheitstage auf den Urlaub statt. Somit verfallen die Urlaubstage nicht und der Arbeitnehmer kann diese zu einem späteren Zeitpunkt noch nehmen. Das gleiche gilt auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer vor Betriebsferien erkrankt.

LOHNZAHLUNGSPFLICHT



Erkrankt der Arbeitnehmer während des Urlaubs, werden die Krankheitstage nicht auf den Urlaub angerechnet. Voraussetzung ist allerdings, dass die Krankheitstage durch ärztliche Bescheinigung – Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – durch den Arbeitnehmer nachgewiesen werden. Der krankheitsbedingt ausgefallene Urlaub kann dann zu einem späteren Zeitpunkt vom Arbeitnehmer genommen werden. Dies kann entweder direkt im Anschluss an die Krankheit oder zu einem späteren Zeitpunkt im Jahr erfolgen. Dies muss allerdings vorab mit dem Arbeitgeber abgeklärt werden. Legt der Arbeitnehmer den Urlaub einseitig und eigenmächtig fest, riskiert er eine Abmahnung oder sogar eine Kündigung.

Ist eine Arbeitnehmerin schwanger, unterliegt sie nach dem MuSchG sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Entbindung einem Beschäftigungsverbot. Für diesen Zeitraum darf der Arbeitgeber ihr keinen Urlaub abziehen. Hat die schwangere Arbeitnehmerin ihren Urlaub vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht oder nicht vollständig erhalten, so kann sie nach Ablauf der Fristen den Resturlaub im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr beanspruchen.

Etwas anderes gilt allerdings bei einem Arbeitnehmer, der sich in Elternzeit befindet. Hier ist der Arbeitgeber berechtigt, für jeden vollen Monat der Elternzeit 1/12 des Jahresurlaubs abzuziehen. Dies ist allerdings nicht mehr möglich, wenn das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist und der Arbeitgeber die Kürzung vorher nicht vorgenommen hatte. Eine Kürzung ist weiterhin nicht möglich, wenn der Arbeitnehmer während der Elternzeit weiterhin bei dem Arbeitgeber mit reduzierter Arbeitszeit arbeitet. Konnte der Arbeitnehmer den ihm zustehenden Urlaub vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig nehmen, hat der Arbeitgeber den Resturlaub nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren. Endet das Arbeitsverhältnis während oder mit Ablauf der Elternzeit, muss der Arbeitgeber den Resturlaub abgelden und somit ausbezahlen.

i) Übertragung des Urlaubs

Nach § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG muss der Urlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Dies bedeutet, dass der Urlaub eigentlich mit Ablauf des Jahres erlischt. Eine Ausnahme hiervon besteht aber, wenn dringende betriebliche Gründe oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe vorgelegen haben. Dann können die restlichen Urlaubstage auf das Folgejahr übertragen werden. Dies ist jedoch nur bis zum 31. März des Folgejahres möglich.

Ein persönlicher Grund, der zur Übertragung des Urlaubs berechtigt, liegt z.B. vor, wenn der Arbeitnehmer krank war und daher seinen Urlaub nicht rechtzeitig nehmen konnte. Aber auch, wenn ein Krankheitsfall in der Familie ihn hinderte, den Urlaub wie vorgesehen zu nehmen, ist eine Übertragung gerechtfertigt. Das gleiche gilt, wenn die Wartezeit erst spät im Jahr (Oktober und später) erfüllt ist. Dann ist es dem Arbeitnehmer nicht mehr zuzumuten, in der schlechten Jahreszeit seinen Urlaub zu nehmen.

Abgesehen vom Falle der Erkrankung des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber in den angeführten Beispielen eine Übertragung des Urlaubs aus dringenden betrieblichen Interessen ablehnen. Dabei hat er auch hier eine Interessenabwägung vorzunehmen und dabei die Wünsche der Arbeitnehmer weitgehend zu berücksichtigen. Gewährt der Arbeitgeber den Urlaub pflichtwidrig im Urlaubsjahr nicht, geht der Urlaubsanspruch auf das nächste Jahr über.

Der übertragene Urlaub muss nach den Vorschriften des BUrlG bis spätestens 31. März gewährt und genommen werden. Von dieser Regelung ist aber der Teilurlaub nach § 5 BUrlG ausgenommen. Daher können alle Arbeitnehmer, die nach dem 1. Juli eine neue Arbeitsstelle angetreten haben, ohne Begründung verlangen, dass ihr anteiliger Urlaub auf das gesamte nächste Jahr übertragen und zusammen mit dem Urlaub des folgenden Jahres gewährt wird.

Kann der Arbeitnehmer den übertragenen Urlaub auch nicht bis zum 31. März des Folgejahres nehmen, so verfällt er. Die Übertragung des Urlaubs hängt allein davon ab, ob einer der vorgenannten Gründe vorliegt. Die Übertragung erfolgt dann automatisch. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer seinen Urlaub im Urlaubsjahr vom Arbeitgeber verlangt hat. Der Arbeitgeber hat den Urlaub von sich aus zu gewähren und vor allem auch festzusetzen. Tut er dies nicht, kann der Arbeitnehmer deswegen nicht benachteiligt werden. Jedoch muss der Arbeitnehmer im neuen Urlaubsjahr möglichst bald zu erkennen geben, dass er auf Urlaubsgewährung für das abgelaufene Jahr besteht. Kann er dies nicht, weil er z.B. krank ist, muss er nach seiner Genesung so bald wie möglich seinen Anspruch geltend machen.

Es gibt aber auch Fälle, bei denen ein Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum arbeitsunfähig krank ist und überhaupt keine Möglichkeit hatte, den Urlaub zu nehmen, weder im entsprechenden Kalenderjahr noch in den ersten drei Monaten des Folgejahres.

Mit solchen Fällen haben sich das BAG und der EuGH beschäftigt. Nach deren Auffassung verfällt der gesetzliche Urlaub bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers weder mit Ablauf des entsprechenden Kalenderjahres, noch am 31. März des Folgejahres. Vielmehr ist er nach Ablauf des entsprechenden Kalenderjahres weitere 15 Monate übertragbar.

Beispiel

Arbeitnehmer Gebrechlich ist seit dem 15. Februar 2015 arbeitsunfähig krank. Da er aufgrund dieser Krankheit bis einschließlich Ende Oktober 2016 nicht arbeiten konnte, hatte er keine Möglichkeit den Urlaub aus dem Jahr 2015 zu nehmen. Da der gesetzliche Urlaub bei solch langen Krankheitszeiten allerdings 15 Monate nach Ablauf des Kalenderjahres übertragbar ist – hier wäre es der 31. März 2017 gewesen –, kann er diesen nach seiner Genesung noch im Jahr 2016 nehmen.

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

Ist der Arbeitnehmer länger als die 15 Monate krank, verfällt der „übertragene“ Urlaub ersatzlos. Lag eine langandauernde Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers vor und wurde der ihm zustehende gesetzliche (Rest-)Urlaub über den 31. März des Folgejahres übertragen, muss der diesen allerdings in dem Jahr vollständig nehmen, in dem er wieder arbeiten geht.

Beispiel

Wie zuvor. Hier muss der Arbeitnehmer den Urlaub aus dem Jahr 2015 vollständig bis zum Ablauf des Jahres 2016 nehmen. Danach verfällt er.

Bei solchen langandauernden Krankheitszeiten, die stellenweise über das komplette Kalenderjahr vorliegen, hat sich auch die Frage gestellt, ob dann überhaupt ein Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers entstehen kann. Als Grund wurde angegeben, dass die Hauptleistungspflichten wegen der Arbeitsunfähigkeit ruhen würden. Dies hat das BAG aber klar und eindeutig entschieden. Auch in einem „ruhenden Arbeitsverhältnis“ entstehen Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers und zwar in Höhe des gesetzlichen Urlaubs.

Beispiel

Ist der Arbeitnehmer das komplette Jahr 2017 arbeitsunfähig krank, stehen ihm bei einer 5-Tage-Woche grundsätzlich 20 Urlaubstage für das Jahr zu.

Auf viele Arbeitsverhältnisse finden heutzutage Tarifverträge Anwendung, die einen höheren Urlaub als den gesetzlichen Mindesturlaub vorsehen.

Beispiel

Der MTV für die Arbeitnehmer im saarländischen Einzelhandel sieht eine Urlaubshöhe von 36 Werktagen (6-Tage-Woche) und nach dem TVöD haben die Beschäftigten einen Anspruch auf 30 Tage (5-Tage-Woche) Urlaub im Jahr.

Da die Rechtsprechung des BAG im Hinblick auf die Übertragbarkeit des Urlaubs bei längerer Krankheit grundsätzlich nur für den gesetzlichen Urlaub gilt, sind die übergesetzlichen bzw. tariflichen zusätzlichen Urlaubstage hiervon ausgeschlossen. Dies schließt eine Übertragbarkeit des übergesetzlichen bzw. tariflichen „Mehrurlaubs“ aber nicht von vornherein aus. Denn im jeden Einzelfall ist zu überprüfen, ob der Tarifvertrag, der zur Anwendung kommt, abweichende Regelungen zum BuRlG und der Übertragbarkeit des gesetzlichen Urlaubes enthält.

Das BAG beurteilt dies anhand der Frage, ob die tarifvertraglichen Regelungen einen „Gleichlauf“ mit den gesetzlichen Regelungen bilden. Ein solcher Gleichlauf liegt dann nicht vor, wenn der Tarifvertrag entweder bei der Befristung und Übertragung bzw. beim Verfall des Urlaubs zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und tariflichem Mehrurlaub unterscheidet oder eigene Regelungen im Hinblick auf Befristung und Übertragung enthält.

Beispiel

Sowohl § 26 TVöD als auch § 13 MTV im saarländischen Einzelhandel beinhalten Regelungen, die von denjenigen des BuRlG abweichen, so dass kein Gleichlauf vorliegt.

j) Abgeltung des Urlaubs

Nach § 7 Abs. 4 BUrlG sind die Urlaubstage, die bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch offen sind, d.h. nicht genommen wurden und nicht erloschen sind, abzugelten. Der Urlaubsabgeltungsanspruch entsteht erst mit Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis und ist dann auch sofort fällig. Unabhängig, ob der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses arbeitsfähig ist oder nicht. Auch kommt es nicht auf die Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an.

Kommt ein Tarifvertrag zur Anwendung, kann dieser auch einen anderen Zeitpunkt der Fälligkeit des Abgeltungsanspruchs vorsehen. Dies kann beispielsweise das Ende des Monats sein, in dem das Arbeitsverhältnis endet.

Grundsätzlich besteht ein generelles Verbot, den Urlaub während des bestehenden Arbeitsverhältnisses abzugelten. Verstößt der Arbeitgeber gegen dieses Verbot, zahlt er also dem Arbeitnehmer die Urlaubsabgeltung aus, ist er trotzdem verpflichtet, dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen bezahlten Urlaub zu gewähren. Er kann dann grundsätzlich die bereits gewährte Abgeltung nicht zurückverlangen. Erfolgt die unzulässige Urlaubsabgeltung jedoch auf Veranlassung des Arbeitnehmers, muss er sich diese auf das Urlaubsentgelt anrechnen lassen.

Wird das Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung beendet, ist in der Regel die Voraussetzung für eine Abgeltung nicht gegeben, da der Arbeitnehmer noch die Möglichkeit hat, innerhalb der Kündigungsfrist den ausstehenden Urlaub zu nehmen. Das gleiche gilt, wenn das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag, Zeitablauf oder Erreichung der Altersgrenze beendet wird, da auch hier grundsätzlich die Möglichkeit besteht, den Urlaub noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nehmen. Lediglich bei der fristlosen Kündigung verhält es sich anders, da hier das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist beendet wird. Hier entsteht der Abgeltungsanspruch sofort.

Hat der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch einen Resturlaubsanspruch, wandelt sich dieser in den Abgeltungsanspruch um. Dieser Anspruch ist entgegen der früheren Rechtsprechung des BAG vererblich, d.h. er geht beim Tod des Arbeitnehmers auf die gesetzlichen Erben über.

Der Abgeltungsbetrag soll es dem Arbeitnehmer ermöglichen, sich bis zum Antritt einer neuen Stelle eine dem Urlaub entsprechende Freizeit zu nehmen. Die Höhe der Urlaubsabgeltung entspricht daher dem Urlaubsentgelt, das der Arbeitnehmer bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis erhalten hätte. Wie sich dieses berechnet und zusammensetzt, haben Sie bereits unter Punkt **3.1.3 III g)** erfahren.

Der Urlaubsabgeltungsanspruch, als reiner Geldanspruch, unterliegt den allgemeinen Regeln, z.B. arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Ausschlussfristen und, wenn diese nicht vorhanden sind, der normalen dreijährigen Verjährungsfrist. Die

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

drei Jahre beginnen mit Ende des Jahres, in dem der Anspruch auf die Urlaubsabgeltung entstanden ist.

Kommt eine arbeitsvertragliche oder tarifvertragliche Ausschlussfrist zur Anwendung und hält der Arbeitnehmer diese nicht ein, so verfällt der Anspruch. Ebenso wie das Urlaubsentgelt unterliegt die Urlaubsabgeltung sowohl der Steuer- als auch der Sozialversicherungspflicht.

Weitere Einzelheiten zu dem Thema Urlaub finden Sie in dem AK-Infoblatt „Urlaub“.

IV. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Wird ein Arbeitnehmer krank und kann er deshalb nicht arbeiten, hat er gegenüber seinem Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung des Lohns für die Dauer von sechs Wochen.

Beispiel

Das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber Knickig und Arbeitnehmer Schluri hat am 15. April begonnen. Am 2. Mai meldet sich Schluri krank. Der behandelnde Arzt des Schluri schreibt ihn für eine Woche krank. Hat er für diese Woche einen Anspruch auf Lohnfortzahlung? NEIN

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG entsteht grundsätzlich erst nach vierwöchigem ununterbrochenen Bestehen des Arbeitsverhältnisses. Wird ein Arbeitnehmer in den ersten vier Wochen des Arbeitsverhältnisses krank, hat er, sofern er gesetzlich krankenversichert ist, einen Anspruch auf Krankengeld bei seiner Krankenkasse.

Um einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu haben, darf der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit nicht verschuldet haben. Unter Verschulden ist hierbei ein grobes Verschulden gegen sich selbst zu verstehen, wenn also der Arbeitnehmer ein unverständliches, leichtfertiges Verhalten an den Tag legt. Dies gilt sowohl in der Freizeit als auch während der Arbeitszeit.

Beispiele

Verkehrsunfälle aufgrund alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit oder weil der Arbeitnehmer während dem Fahren ohne Freisprechanlage telefoniert oder eine SMS/WhatsApp geschrieben hat sowie Arbeitsunfälle aufgrund Nichttragens der vom Arbeitgeber bereitgestellten Schutzkleidung.

Grundsätzlich darf ein Arbeitnehmer während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit Hobbies oder sonstigen Dingen nachgehen, solange es nicht der Genesung schadet. Zum Beispiel darf er bei einer Krankschreibung durch den Arzt wegen psychischer Probleme spazieren oder schwimmen gehen. Geht er aber Tätigkeiten oder Aktivitäten nach, die den Heilungsprozess verzögern oder gefährden und somit den Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit verhindern, liegt ein Verschulden vor. Eine Fortzahlung des Entgelts scheidet dann aus.

Beispiele

- Teilnahme an einer Wallfahrt mit einer Lungenentzündung
- Teilnahme an einem Fußballspiel bei Krankschreibung wegen eines Bandscheibenvorfalles
- Zigaretten rauchen nach einem Herzinfarkt trotz ärztlich angeordnetem Rauchverbot
- Ausüben einer Nebentätigkeit und Verlängerung der bestehenden Arbeitsunfähigkeit durch die Belastung bei dieser Tätigkeit.

Die Entgeltfortzahlung wird für die Dauer der Erkrankung vom ersten Tag an, maximal für sechs Wochen, geleistet. Dies entspricht 42 Kalendertagen. Unter diese Kalendertage fallen auch alle arbeitsfreien Tage, wie Sonn- oder Feiertage oder solche arbeitsfreien Tage, da man beispielsweise nur an 4 oder 5 Tagen in der Woche arbeitet.

Beispiel

Arbeitnehmer Untröstlich ist wegen einer Erkältung vom 13. November (Montag) bis zum 21. November (Dienstag) krankgeschrieben. In dem Betrieb des Untröstlich wird regelmäßig an 5 Tagen in der Woche gearbeitet. Untröstlich arbeitet in Vollzeit und ebenfalls an 5 Tagen (Montag – Freitag) in der Woche. Für wie viele Tage muss der Arbeitgeber des Untröstlich den Lohn zahlen und wie viele Tage werden auf die Anspruchsdauer von sechs Wochen angerechnet? Die Lohnzahlungspflicht besteht für 7 Tage und 9 Tage werden auf den sechswöchigen Zeitraum angerechnet.

Die Höhe des durch den Arbeitgeber fortzuzahlenden Lohns ergibt sich aus § 4 Abs. 1 EFZG. Hiernach hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Fortzahlung des Lohns, den er normalerweise in dieser Zeit verdient hätte, wenn er nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen wäre. Es gilt das sogenannte Entgeltausfallprinzip.

Beispiel

Arbeitnehmer Stressfrei hat eine tägliche Arbeitszeit von 6 Stunden bei einem Stundenlohn von 10 € brutto. Er arbeitet immer von Dienstag bis Freitag. Nun wird er von Montag bis Sonntag von seinem Arzt krankgeschrieben. Welchen Lohn muss der Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit zahlen? Da Stressfrei nur an den Tagen Dienstag bis Freitag arbeitet, ist der Arbeitgeber auch nur für diesen Zeitraum verpflichtet, den Lohn fortzuzahlen. Für die vier Tage hat er somit einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 240 € brutto.

Zu dem Arbeitsentgelt, welches der Arbeitgeber bei bestehender Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu zahlen hat, gehören auch laufende Lohnzulagen wie Erschwernis- und Gefahrenzulagen, Zuschläge wie Sonn-, Feiertags- oder Nachtzuschlag, Prämien und Provisionen.

Sonderzahlungen wie Urlaubs- oder Weihnachtsgeld, Leistungen für Aufwendungen des Arbeitnehmers wie beispielsweise Verpflegungskostenzuschüsse und

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

Schmutzzulagen fallen nicht unter das Arbeitsentgelt. Auch Überstunden und Überstundenzuschläge müssen vom Arbeitgeber bei Arbeitsunfähigkeit nicht gezahlt werden. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Überstunden regelmäßig anfallen.

Wird ein Arbeitnehmer nach dem Ende seiner Arbeitsunfähigkeit erneut krank, ist für die Frage, ob er weiterhin Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat oder nicht, entscheidend, ob die neue Arbeitsunfähigkeit auf derselben Krankheit beruht oder eine andere Krankheit Ursache hierfür ist. Handelt es sich um unterschiedliche Krankheiten bzw. Diagnosen, steht dem Arbeitnehmer für jede Arbeitsunfähigkeit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung von bis zu sechs Wochen zu.

Beispiel

Arbeitnehmer Schwach war die letzten 4 Wochen wegen einer starken Bronchitis arbeitsunfähig erkrankt. Nachdem er zwischenzeitlich eine Woche arbeiten war, wird er nun für 3 Wochen vom Arzt krankgeschrieben.

Variante 1:

Die zweite Arbeitsunfähigkeit erfolgt erneut wegen einer Bronchitis. Da es sich um dieselbe Krankheit handelt, hat Schwach einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung von nur noch zwei Wochen, da eine Anrechnung der Vorerkrankungszeit von vier Wochen wegen der Bronchitis erfolgt. Nach Ablauf dieses Zeitraums hat er ab dem ersten Tag der siebten Woche einen Anspruch auf Krankengeld.

Variante 2:

Die zweite Arbeitsunfähigkeit erfolgt wegen Bandscheibenproblemen. Da es sich um eine andere Krankheit handelt, hat Schwach einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für eine Dauer von sechs Wochen. Eine Anrechnung der Vorerkrankungszeit wegen der Bronchitis erfolgt nicht.

Tritt während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit auf, die für sich genommen eine eigene Arbeitsunfähigkeit auslöst, besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung trotzdem nur für die Dauer von sechs Wochen. Hier spricht man vom Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls.

Beispiel

Arbeitnehmer Nachlässig war vom 15. Januar bis 31. Januar (17 Tage) wegen Rückenproblemen krank. Nachdem er wieder arbeiten gegangen war, wurde er vom 13. März bis 17. März (5 Tage) wegen einer Erkältung krankgeschrieben. Da Nachlässig die ganze Zeit nur im Bett lag, bekam er wieder Rückenprobleme und wurde am 16. März bis 3. April (19 Tage) krankgeschrieben. Da die Arbeitsunfähigkeit wegen Rückenproblemen zu derjenigen wegen der Erkältung hinzugetreten ist und somit zwei Krankheiten für mindestens einen Tag gleichzeitig vorlagen, werden die beiden Zeiträume als einer gesehen, so dass Arbeitsunfähigkeit vom 13. März bis zum 3. April (22 Tage) vorlag. Die 5 Tage Vorerkrankung werden ebenfalls auf den Anspruch von sechs Wochen angerechnet.

Ein Fall des einheitlichen Verhinderungsfalls liegt nicht vor, wenn ein Arbeitnehmer zwischen zwei unterschiedlichen Krankheiten tatsächlich gearbeitet hat oder zumindest für wenige außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden arbeitsfähig ist. Voraussetzung hierfür ist, dass zu Beginn der zweiten Erkrankung die erste Erkrankung ausgeheilt ist.

Beispiel

Arbeitnehmer Anfällig war wegen eines Rückenleidens vom 9. September bis zum 20. Oktober krankgeschrieben. Aufgrund von Schulterbeschwerden wurde er am 21. Oktober erneut krankgeschrieben. Liegt ein einheitlicher Verhinderungsfall vor? Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG endet eine auf Kalendertage bezogene Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht mehr am Ende der üblichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers, sondern erst mit Ablauf des letzten Tages der Arbeitsunfähigkeit. Wenn Anfällig beweisen kann, dass er zwischen dem Ende der ersten Arbeitsunfähigkeit und dem Besuch beim Arzt am 21. Oktober gesund war, liegt kein einheitlicher Verhinderungsfall vor. Kann er dies nicht, ist ein solcher Fall gegeben.

Hat ein Arbeitnehmer den Zeitraum von sechs Wochen Entgeltfortzahlung „ausgeschöpft“ und wird er erneut wegen derselben Krankheit krankgeschrieben, kann er einen neuen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur dann erwerben, wenn der Arbeitnehmer vor der neuen Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht infolge derselben Krankheit erkrankt war.

Beispiel

Arbeitnehmer Belastbar war wegen psychischer Probleme vom 1. März bis einschließlich 31. Mai krank. Nachdem er vier Monate gearbeitet hatte, wurde er ab dem 1. Oktober bis zum 31. Dezember erneut wegen psychischer Probleme krankgeschrieben. Hat Belastbar ab dem 1. Oktober einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung? NEIN, da zwischen der ersten und der zweiten Arbeitsunfähigkeit keine sechs Monate liegen.

Ist seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen, besteht auch dann ein neuer Anspruch auf die sechswöchige Lohnfortzahlung.

Beispiel

Arbeitnehmer Belastbar war wegen psychischer Probleme vom 1. März bis einschließlich 31. März krank. Nachdem Belastbar wieder genesen war und arbeiten ging, hatte er im weiteren Verlauf noch einige Krankheitsphasen wegen den psychischen Problemen. Diese Fehlzeiten waren vom 3. Juli bis 16. Juli und vom 1. Oktober bis 16. Oktober. Im neuen Jahr wurde Belastbar dann erneut wegen psychischer Probleme ab dem 7. März krankgeschrieben. Hat er ab diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung? JA, da seit dem 1. März des Vorjahres mehr als 12 Monate vergangen sind.

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

Tipp

Waren Sie wegen derselben Krankheit mehrmals arbeitsunfähig krank, notieren Sie sich die genauen Krankheitsdaten bzw. machen Sie sich Kopien der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. So können Sie genau nachweisen, ob die sechs Wochen bereits abgelaufen sind oder ob es sich um eine neue Krankheit handelt.

Damit der Arbeitnehmer überhaupt einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegenüber seinem Arbeitgeber hat, muss er diesem seine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich melden. Aus diesem Grund sollte die Anzeige grundsätzlich am ersten Tag vor Arbeitsbeginn erfolgen. Dies gilt auch bei einer Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit. Für die Mitteilung ist keine besondere Form vorgesehen, so dass diese mündlich, telefonisch, per E-Mail oder schriftlich möglich ist.

Zu beachten ist, dass bei der Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit nicht auch die Art der Erkrankung mitgeteilt werden muss.

Dauert die Erkrankung länger als drei Kalendertage, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens am darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen.

Beispiel

Wenn sich Arbeitnehmer Sorglos an einem Mittwoch krankgemeldet hat und er nach drei Tagen immer noch krank ist, müsste er die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eigentlich am Samstag bei seinem Arbeitgeber einreichen. Wird in dem Unternehmen aber nur von Montag bis Freitag gearbeitet, muss Sorglos die Bescheinigung erst am darauffolgenden Montag abgeben.

Nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG hat der Arbeitgeber das Recht, eine frühere Vorlage – auch ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit – zu verlangen. Solange der Erkrankte die ärztliche Bescheinigung nicht beim Arbeitgeber abgibt, kann dieser die Entgeltfortzahlung verweigern. Die Entgeltfortzahlung muss aber nachgeholt werden, wenn die ordnungsgemäße Bescheinigung zu einem späteren Zeitpunkt vorgelegt wird.

Die verspätete Vorlage der Bescheinigung kann allerdings eine Abmahnung zur Folge haben.

Ist der Arbeitnehmer länger als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt, hat er nach den §§ 44 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ab der siebten Woche Anspruch auf Zahlung von Krankengeld durch seine Krankenversicherung. Mit den sechs Wochen Entgeltfortzahlung besteht der Anspruch auf Krankengeld insgesamt für längstens 78 Wochen.

Hierbei ist zu beachten, dass man auch weiterhin verpflichtet ist, dem Arbeitgeber die weiter andauernde Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen und durch Vorlage einer Bescheinigung zu belegen. Ist abzusehen, dass man die vollen 78 Wochen Krankengeldbezug

ausschöpfen wird, teilt einem die Krankenkasse ca. zwei bis drei Monate vor Ablauf dieses Zeitraums mit, dass man ausgesteuert wird. Sollte man allerdings über diesen Zeitpunkt der Aussteuerung weiterhin arbeitsunfähig erkrankt sein, hat man einen Anspruch auf Zahlung von Arbeitslosengeld I durch die Agentur für Arbeit.

Da geringfügig Beschäftigte keinen Anspruch auf Krankengeld haben, kommt für diese Beschäftigten weder die Zahlung von Krankengeld bei Erkrankung in den ersten vier Wochen des Arbeitsverhältnisses noch die Zahlung nach Ablauf der sechs Wochen Entgeltfortzahlung in Betracht.

Exkurs BEM:

Um lang andauernde Zeiten der Arbeitsunfähigkeit bereits im Vorfeld zu vermeiden, schreibt § 167 Abs. 2 SGB IX dem Arbeitgeber vor, dass er unter bestimmten Voraussetzungen ein BEM-Verfahren durchzuführen hat. Hierdurch soll festgestellt werden, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist und ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen am Arbeitsplatz künftig zu verringern. Ziel eines BEM ist es nämlich, die bestehende Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu überwinden, einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu sichern.

Voraussetzung zur Durchführung eines solchen BEM ist, dass der Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist.

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung des BEM entsteht laut Ansicht des BAG erst ab dem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate bestanden hat. Erkrankt ein Beschäftigter vorher und dauert diese Arbeitsunfähigkeit länger als sechs Wochen, besteht keine Pflicht des Arbeitgebers zur Einleitung des BEM. In diesem Zeitraum steht es dem Arbeitgeber daher frei, ob er ein solches Verfahren durchführt oder nicht.

Obwohl die Vorschrift des § 167 Abs. 2 im SGB IX steht, gilt die Pflicht zur Einleitung eines solchen Verfahrens nicht nur bei schwerbehinderten Menschen (GdB von wenigstens 50) und Menschen mit einer Behinderung, sondern bei allen Arbeitnehmern, Auszubildenden, sonstigen zu ihrer beruflichen Bildung Beschäftigten sowie Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen. Dies sind zum Beispiel Beamte.

Arbeitsunfähigkeit liegt dann vor, wenn der Beschäftigte aufgrund einer Krankheit nicht in der Lage ist, die nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages geschuldete Leistung zu erbringen bzw. die Gefahr besteht, dass sich sein Gesundheitszustand durch die Arbeit verschlimmert.

Neben einer ununterbrochenen Arbeitsunfähigkeit können auch kürzere, wiederholte Arbeitsunfähigkeitszeiten zu einer Einleitungspflicht des Arbeitgebers führen. Hierbei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob es sich bei der wiederholten Arbeitsunfähigkeit um verschiedene oder dieselben Krankheiten handelt. Maßgeblich ist nur, dass entweder die ununterbrochene oder die kurzen, wiederholten

LOHNZAHLUNGSPFLICHT



Arbeitsunfähigkeiten zusammen länger als 42 Tage dauern. Für deren Bemessung sind die dem Arbeitgeber vom Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 EFZG angezeigten Arbeitsunfähigkeitszeiten entscheidend.

Beispiel

Arbeitnehmer Durstig wird von seinem Arzt vom 13. April (Gründonnerstag) bis einschließlich 19. April (Aschermittwoch) krankgeschrieben. Durstig arbeitet ausschließlich von Montag bis Freitag, also in einer 5-Tage-Woche. Wie viele Tage Arbeitsunfähigkeit sind vom Arbeitgeber zu berücksichtigen? 7 Tage, da nach dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 SGB IX die Tage mitzuzählen sind, für die Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

Exkurs: Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber vorzulegen hat, enthält grundsätzlich keine Angabe über die Diagnose, sondern nur die Dauer der voraussichtlichen Arbeitsunfähigkeit. Zweifelt der Arbeitgeber an der tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, kann er gemäß § 275 Abs. 1a S. 3 SGB V verlangen, dass der MDK die Arbeitsunfähigkeit überprüft. Aber auch hier hat er keinen Anspruch auf Mitteilung der Diagnose oder Ursache. Daher kann die Anwendbarkeit des BEM nicht davon abhängig sein, dass die Arbeitsunfähigkeit auf dieselbe Ursache zurückzuführen ist.

Auch Tage, an denen keine Arbeitsleistung geschuldet ist, wie z.B. Feiertage, Wochenenden oder arbeitsfreie Tage, sind in die Berechnung des Sechs-Wochen-Zeitraums mit einzubeziehen, sofern für diese Tage auch Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

Für eine Beurteilung einer ununterbrochenen oder wiederholten Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen ist nicht das Kalenderjahr vom 1. Januar bis 31. Dezember maßgeblich. Vielmehr ist das Augenmerk auf die zurückliegenden 12 Monate (1 Jahr) zu richten.

Beispiel

Arbeitnehmer Müde war vom 1. Februar bis zum 19. Februar 2016 (19 Tage) aufgrund einer Erkältung arbeitsunfähig. Vom 11. September bis zum 23. September 2016 (13 Tage) wurde er wegen Rückenproblemen krankgeschrieben. Vom 28. Dezember 2016 bis zum 11. Januar 2017 (15 Tage) wurde er erneut wegen Rückenproblemen krankgeschrieben. Insgesamt war er somit 47 Tage innerhalb eines Jahres arbeitsunfähig.

Liegen die zuvor genannten Voraussetzungen vor, trifft den Arbeitgeber die Pflicht, das BEM einzuleiten. Auch ist er gehalten, bei Vorhandensein eines solchen, den Betriebs-/Personalrat und falls es sich um einen schwerbehinderten Arbeitnehmer handelt, die Schwerbehindertenvertretung über das angestrebte Verfahren zu unterrichten.

Da bei einem BEM-Verfahren sensible Bereiche aus der Persönlichkeitssphäre des Beschäftigten betroffen sind, verpflichtet § 167 Abs. 2 S. 3 SGB IX den Arbeitgeber, vor Beginn eines BEM die betroffene Person oder ihren gesetzlichen Vertreter (z.B. die Eltern) auf die Ziele des Verfahrens sowie auf Art und Umfang der hierfür erho-

benen und verwendeten Daten hinzuweisen. Dem Arbeitnehmer muss einerseits verdeutlicht werden, dass es um die Grundlagen der Weiterbeschäftigung geht und dazu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, in das er Vorschläge einbringen kann. Daneben ist der Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung erforderlich, der klarstellt, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der Genesung und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes BEM durchführen zu können.

Ganz entscheidend in diesem Zusammenhang ist, dass der kranke Arbeitnehmer darüber informiert wird, dass die Durchführung des BEM freiwillig ist und grundsätzlich von seiner Zustimmung abhängt. Bei der Zustimmung handelt es sich um eine zwingende Voraussetzung.

Damit der Arbeitnehmer sich durch diese Vorinformation nicht sofort unter Druck gesetzt fühlt und möglicherweise dadurch das BEM-Verfahren ablehnt, sollte ein behutsames Herangehen durch den Arbeitgeber gewählt werden. Aus diesem Grund sollte das Informationsschreiben des Arbeitgebers die Möglichkeit für den Arbeitnehmer enthalten, von sich aus Kontakt zu einer näher bezeichneten Vertrauensperson aufzunehmen, um unverbindlich und vertraulich über mögliche Zusammenhänge zwischen der Arbeitsunfähigkeit und den bisherigen Arbeitsbedingungen zu sprechen. Diese Vertrauensperson sollte auf gar keinen Fall der Arbeitgeber selbst oder ein Vorgesetzter sein, denn dieses Erstgespräch ist maßgebend für das weitere Verfahren.

Stimmt der Arbeitnehmer einem BEM zu, ist er „Herr des Verfahrens“ und kann beeinflussen, welche in § 167 Abs. 2 SGB IX genannten Stellen (u.a. BR/PR, Schwerbehindertenvertretung) beteiligt und welche personenbezogenen Daten von ihm an diese Stellen weitergegeben werden.

Ab diesem Zeitpunkt beginnt dann das eigentliche BEM mit den in § 167 Abs. 2 SGB IX genannten Zielen. Wie die beteiligten Personen diese Ziele erreichen sollen bzw. welche Anforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM zu stellen sind, gibt diese Vorschrift allerdings nicht her. Grund hierfür ist, dass ein BEM als ein verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess für jeden individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll. Hierdurch soll erreicht werden, dass von Anfang an keine in Betracht kommende Möglichkeit zur Erreichung des Ziels ausgeschlossen wird. Daher kann jeder am BEM Beteiligte – vor allem der betroffene Arbeitnehmer – alle ihm sinnvoll erscheinenden Gesichtspunkte und Lösungsmöglichkeiten in das laufende Verfahren einbringen.



Tipp

Der am BEM-Verfahren beteiligte Arbeitnehmer sollte grundsätzlich seine Vorstellungen einbringen und darauf hinwirken, dass alle Gesprächsinhalte, vor allem die Ergebnisse des BEM, schriftlich festgehalten werden. Die Ergebnisse und sonstigen erhobenen Daten während des BEM-Verfahrens sind in einer eigens dafür angelegten BEM-Akte aufzubewahren. Auch sollte die BEM-Akte an einem anderen Ort wie die Personalakte aufbewahrt werden.

LOHNZAHLUNGSPFLICHT



Haben die Beteiligten festgestellt, dass die Arbeitsunfähigkeit u.a. aus der ausübenden Tätigkeit des Arbeitnehmers oder aus den mit dieser Tätigkeit verbundenen Gefahren resultiert, kann nach § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen werden. Zu dessen Aufgaben gehört in erster Linie der Arbeits- und Gesundheitsschutz. Hierdurch können evtl. Arbeitsbedingungen so geändert werden, dass gesundheitliche Gefahren zukünftig vermieden bzw. verringert werden. Um solchen Gefahren bereits im Vorfeld zu begegnen, sollten die Arbeitgeber regelmäßige Gefährdungsbeurteilungen durch den Werks- oder Betriebsarzt durchführen lassen.

Sind neben betrieblichen auch außerbetriebliche Faktoren Grund für die Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten oder kommen auch außerbetriebliche Angebote in Betracht, eröffnet § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX die Möglichkeit, entsprechende Servicestellen oder bei Vorliegen einer Schwerbehinderung das Integrationsamt hinzuzuziehen. Ein Verzeichnis gemeinsamer Servicestellen, untergliedert nach Trägern, Bundesländern und Orten, findet sich unter www.reha-servicestellen.de.

Haben sich die Beteiligten des BEM-Verfahrens auf eine bestimmte Vorgehensweise bzw. einen Vorschlag verständigt, muss der Arbeitgeber diese/n umsetzen.

Zwar verpflichtet § 167 Abs. 2 SGB IX bei Vorliegen der Voraussetzungen den Arbeitgeber zur Einleitung des BEM-Verfahrens. Trotzdem gibt es Arbeitgeber, die sich hieran nicht halten und untätig bleiben. In diesen Fällen ist es anerkannt, dass ein BEM vom Arbeitnehmer eingefordert und erforderlichenfalls auch eingeklagt werden kann. Auch der Betriebsrat bzw. Personalrat sowie die Schwerbehindertenvertretung können nach § 167 Abs. 2 S. 6 SGB IX verlangen, dass der Arbeitgeber das BEM einleitet. Hierfür ist ebenfalls die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich.

Ein BEM ist auch dann durchzuführen, wenn der Beschäftigte eine Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats nicht wünscht und die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Möchte der Arbeitnehmer kein BEM durchführen oder verweigert er die Zustimmung, entfallen die Verpflichtungen des Arbeitgebers. Wie sich dies auf eine mögliche Kündigung durch den Arbeitgeber auswirkt, wird unter Punkt **6.5.1 b) 1.)** näher beleuchtet.

Ein BEM ist auch dann nicht von vornherein entbehrlich, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz stehen. Im Laufe des Prozesses kann auch ein Konzept zur Änderung der generellen Lebensweise erarbeitet werden, damit der Arbeitnehmer auf diese Weise seine gesundheitliche Verfassung verbessern kann.

Fest steht, dass ein Arbeitnehmer während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit nicht verpflichtet ist, einer Einladung zu einem Personal-/Krankenrückgespräch Folge zu leisten. Aufgrund der Arbeitsunfähigkeit ist der Arbeitnehmer von der Erbringung seiner Hauptleistungspflicht, der Arbeitsleistung, befreit und der Arbeitgeber nicht berechtigt, anhand seines Weisungsrechts den Arbeitnehmer zur Teilnahme zu verpflichten.

Folglich darf ein Arbeitnehmer die Teilnahme an solch einem Gespräch während bestehender Arbeitsunfähigkeit verweigern, ohne dass er mit arbeitsrechtlichen Maßnahmen, z.B. einer Abmahnung oder einer Kündigung, zu rechnen braucht.

Ist der Arbeitnehmer wieder gesund und geht arbeiten, kann der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts zur Teilnahme an einem Gespräch verpflichtet. Unter das Weisungsrecht fällt grundsätzlich auch das Recht des Arbeitgebers, mit dem Arbeitnehmer Gespräche über die Erbringung und Qualität der Arbeitsleistung zu führen oder ihn z.B. über bestehende Versetzungen sowie neue Aufgaben zu informieren. An solchen Gesprächen muss der Arbeitnehmer teilnehmen. Widersetzt sich der Arbeitnehmer, handelt er sich schnell den Vorwurf einer Arbeitsverweigerung ein, was der Arbeitgeber wiederum sanktionieren kann. Es drohen dann Abmahnung oder sogar Kündigung.

Tipp Wird man vom Arbeitgeber zu einem Personalgespräch eingeladen, sollte man immer fragen, aus welchem Grund das Gespräch stattfinden soll. Gibt es einen Betriebs-/Personalrat, sollte man ein Mitglied hiervon mitnehmen. Wer dies ist, kann der Arbeitnehmer selbst entscheiden. Ist man schwerbehindert und ist eine Schwerbehindertenvertretung vorhanden, sollte man auch diese zu dem Gespräch mitnehmen. Handelt es sich um eine Arbeitnehmerin und in dem Betrieb gibt es eine Frauenbeauftragte, kann man auch diese mitnehmen. Sollte der Arbeitgeber keine Mitschrift von diesem Gespräch fertigen wollen, sollte man auf solch ein Protokoll bestehen. Auf keinen Fall sollte man alleine zu solch einem Gespräch gehen, da die Gefahr besteht, dass man von der anderen Seite unter Druck gesetzt wird und zur Unterschrift bestimmter Unterlagen, wie z.B. einem Aufhebungsvertrag, „gezwungen“ wird. Bei solchen Gesprächen sollte man grundsätzlich nichts unterschreiben und auch keine mündlichen Zugaben geben. In jedem Fall sollte man sich zuerst rechtlich beraten lassen und die Situation von einem Experten überprüfen lassen; so auch irgendwelche Vereinbarungen oder Verträge, die man unterschreiben soll.

Weitere Einzelheiten zu den Themen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und BEM finden Sie in den AK-Faltblättern „Entgeltfortzahlungen an Feiertagen und im Krankheitsfall“, „Krank im Arbeitsverhältnis“ und „Betriebliches Eingliederungsmanagement“.

V. Entgeltzahlung an Feiertagen

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ stellt § 2 EFZG dar. Hiernach hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für Arbeitszeit, die infolge eines gesetzlichen Feiertages ausfällt, das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Dies gilt allerdings nur, wenn der Arbeitnehmer an dem Tag, der nun aufgrund des Feiertages ausfällt, auch tatsächlich gearbeitet hätte.

LOHNZAHLUNGSPFLICHT

Beispiel

Paketzusteller A arbeitet wöchentlich von Montag bis Samstag. Sein Kollege B, der sowohl Pakete als auch Briefe zustellt, arbeitet jede Woche von Dienstag bis Freitag. Da am Montag, 5. Juni, ein gesetzlicher Feiertag ist, hat das Unternehmen geschlossen. Da A jede Woche am Montag arbeitet, hat er für diesen Tag Anspruch auf Lohnfortzahlung. Sein Kollege B, der nie montags arbeitet, hat hingegen keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung.

Im Gegensatz zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall entsteht der Anspruch auf Lohnfortzahlung an gesetzlichen Feiertagen mit Beginn des Arbeitsverhältnisses. Eine Wartezeit muss hier nicht erfüllt sein.

Durch die Vorschrift des § 2 EFZG ist der Arbeitnehmer so zu stellen, als hätte er an dem Feiertag die dienstplanmäßige Arbeitszeit gearbeitet. Hieraus folgt auch, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung hat, wenn er ohne den Feiertag Mehrarbeit zu leisten gehabt hätte. Sieht der Arbeitsvertrag oder der zur Anwendung kommende Tarifvertrag Zuschläge für bestimmte Arbeiten vor, dann müssen auch diese vom Arbeitgeber bezahlt werden, wenn der Arbeitnehmer diese Arbeiten am ausgefallenen Arbeitstag durchgeführt hätte.

Die Frage der richtigen Lohnhöhe stellt sich zunehmend auch im Bereich des Einzelhandels. Da dort sehr viele Teilzeitbeschäftigte arbeiten und die Öffnungszeiten immer weiter ausgedehnt wurden, kann es öfters vorkommen, dass sogenannte „Lange Schichten“ zu arbeiten sind. Fällt nun zum Beispiel ein Feiertag auf einen langen Samstag, dann müssen sämtliche Stunden, die der Arbeitnehmer an diesem „langen Samstag“ gearbeitet hätte, vom Arbeitgeber bezahlt werden.

3.2 Beschäftigungspflicht

Während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer einen allgemeinen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf vertragsgemäße Beschäftigung. Dies lässt sich aus den §§ 611a, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB sowie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ableiten. Bei schwerbehinderten Menschen besteht dieser Anspruch nach § 81 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX.

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung besteht grundsätzlich auch nach erfolgter Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist.

Beispiel

Wurde dem Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber mit Schreiben vom 12. Mai ordentlich zum 31. Juli gekündigt, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bis zu diesem Datum beschäftigen.

Allerdings kann arbeitsvertraglich für den Fall einer Kündigung vereinbart werden, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung freizustellen.

Nur in Ausnahmefällen besteht für den Arbeitgeber keine Pflicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers. Dies ist dann der Fall, wenn erhebliche, schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers betroffen sind. Dies kann beispielsweise bei dem Wegfall des Arbeitsplatzes aufgrund einer Betriebsstilllegung, dem Verdacht einer erheblichen Straftat oder der Wahrung von Betriebsgeheimnissen der Fall sein. Liegen solche Fälle vor, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne dessen Zustimmung unter Fortzahlung des Lohnes von der Arbeit freistellen.

Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers besteht grundsätzlich nur dann, wenn er zur Arbeitsleistung bereit und in der Lage ist. Dies ist z.B. dann nicht der Fall, wenn er arbeitsunfähig krank ist. Ist der Arbeitnehmer aufgrund gesundheitlicher Probleme nicht mehr in der Lage, bestimmte Tätigkeiten oder gewisse Schichten zu arbeiten, ist hierin keine Arbeitsunfähigkeit zu sehen. Arbeitsunfähigkeit liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann oder nicht mehr ausüben sollte, weil die Heilung der Krankheit nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert würde. Kann der Arbeitnehmer die überwiegenden Arbeiten seiner Tätigkeit noch ausüben, hat er weiterhin einen Beschäftigungsanspruch.

3.3 Fürsorgepflicht

Jedes Arbeitsverhältnis besteht aus den vertraglichen Hauptpflichten und den sogenannten Nebenpflichten. Während sich als Hauptpflichten allein die Pflicht des Arbeitnehmers zur Leistung der vereinbarten Dienste und die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung des vereinbarten Lohns gegenüberstehen, existieren eine Vielzahl vertraglicher Nebenpflichten für beide Vertragsparteien.

Hierbei stellt die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die wichtigste Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis dar. Gesetzlich verankert ist sie in § 241 Abs. 2 BGB und verlangt, dass der Arbeitgeber bei allen Maßnahmen, die er ergreift – auch bei der Ausübung eigener Rechte – die Interessen des Arbeitnehmers berücksichtigt und wahrt.

Die Fürsorgepflicht entsteht bereits mit Begründung des Arbeitsverhältnisses, erstreckt sich über das bestehende Arbeitsverhältnis und kann in Einzelfällen sogar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses als sogenannte nachvertragliche Fürsorgepflicht fortbestehen.

Einzelfälle:

a) Schutz der Person des Arbeitnehmers

Der Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers zählt zu den wichtigsten Nebenpflichten des Arbeitgebers. Nach § 618 BGB (vgl. auch § 62 HGB) besteht für den Arbeitgeber die Pflicht, die Arbeitsstätte, die betrieblichen Mittel und die Arbeitsabläufe möglichst so zu gestalten, dass keine Gefahr für den Arbeitnehmer ausgeht.

FÜRSORGEPFLICHT



Der Arbeitgeber hat z.B. dafür zu sorgen, dass die Arbeitsräume, aber auch Nebenräume und die Zugänge zur Arbeit, insbesondere Treppen, gut beleuchtet sind, eine ausreichende Belüftung haben und sauber sind. Des Weiteren hat der Arbeitgeber die entsprechenden Arbeitsgeräte zur Verfügung zu stellen und darauf zu achten, dass diese in einem ordnungsgemäßen Zustand sind und hiervon keine Gefahr ausgeht.

Neben der Vorschrift des § 618 BGB enthalten vor allem öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften, wie das ArbSchG, das ASiG, die ArbStättV oder die GefStoffV, weitere Regelungen im Hinblick auf die Verpflichtung des Arbeitgebers entsprechende Vorsorgemaßnahmen zu treffen. Um mögliche Gefahrenquellen besser feststellen und einschätzen zu können, hat der Arbeitgeber Gefährdungsbeurteilungen durchzuführen. Hierzu hat er unterstützend Betriebsärzte zu bestellen.

Durch § 618 BGB ist der Arbeitgeber zwar grundsätzlich verpflichtet, geeignete Vorkehrungen und Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer vor erhöhten Gefahren zu treffen. Die Grenze hierfür liegt aber im allgemeinen Lebensrisiko, so dass eine darüber hinausgehende Absicherung nicht vom Arbeitgeber verlangt werden kann bzw. er in den meisten Fällen hierzu überhaupt nicht in der Lage ist.

Verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht, steht dem Arbeitnehmer ein einklagbarer Erfüllungsanspruch auf Herstellung eines arbeitsschutzkonformen Zustands zu. Schreibt eine Arbeitsschutznorm eine bestimmte Maßnahme vor, kann der Arbeitnehmer die Umsetzung dieser Maßnahme verlangen.

Beispiel

Wenn Arbeitnehmer K dauerhaft in einem Tiefkühlager eines großen Handelsunternehmens arbeitet, welches zahlreiche Kunden beliefert, und er die Bestellungen fertigmachen muss, steht ihm eine entsprechende Schutzkleidung zu.

Ist der Arbeitgeber zur Umsetzung bestimmter Maßnahmen verpflichtet, kommt er dieser Pflicht jedoch nicht nach, steht dem Arbeitnehmer das Recht zu, die Arbeitsleistung zu verweigern, ohne dass der Lohnanspruch verloren geht, vgl. § 615 BGB. Bei einer unmittelbaren und anders nicht abwendbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit hat der Arbeitnehmer das Recht, den Arbeitsplatz sofort zu verlassen.

Hat der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt und es kommt zu einem Unfall, haftet er dem Arbeitnehmer auf Schadensersatz. Auch für das Verschulden seiner Vertreter und Gehilfen hat der Arbeitgeber einzustehen. Dieser Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber verliert aber in der Praxis durch die Vorschrift des § 104 SGB VII an Bedeutung. Ist der Schaden nämlich durch einen Arbeitsunfall entstanden oder handelt es sich um eine Berufskrankheit nach der BKV, haftet in der Regel die Unfallversicherung (Berufsgenossenschaft bzw. Unfallkasse). Eine Haftung des Arbeitgebers kommt nur dann in Betracht, wenn er den Unfall vorsätzlich oder auf dem Weg des Arbeitnehmers von oder zu der Arbeit herbeigeführt hat.

b) Schutz des Eigentums des Arbeitnehmers

Aufgrund der Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber entsprechende Vorkehrungen zum Schutz der in den Betrieb mitgebrachten Sachen des Arbeitnehmers zu treffen. Den Arbeitgeber trifft eine Obhuts- und Verwahrungspflicht, wenn der Arbeitnehmer nicht selbst Vorsorge treffen kann. Aber auch hierzu ist er nur verpflichtet, als ihm die damit verbundenen Kosten zugemutet werden können.

Beispiel

Verlangt Arbeitgeber K, der ein städtisches Krankenhaus betreibt, von seinen Mitarbeitern, dass sie spezielle Kleidung tragen und diese erst im Krankenhaus anziehen dürfen, muss er geeignete Umkleieräume nebst Spinden zur Verfügung stellen.

Die Obhuts- und Verwahrungspflicht gilt uneingeschränkt für sogenannte persönlich unentbehrliche Sachen des Arbeitnehmers wie Straßenkleidung, Uhr, Geldbeutel, usw. sowie für unmittelbar arbeitsdienliche Sachen wie Arbeitskleidung, Werkzeug, Fachbücher, usw. Hinsichtlich mitgebrachter Sachen, welche nur einen mittelbaren Bezug zur Arbeit haben, wie zum Beispiel das Privatfahrzeug des Arbeitnehmers, mit dem er zur Arbeit gefahren ist, ist zu differenzieren. Eine generelle Verpflichtung des Arbeitgebers zur Bereitstellung eines Firmenparkplatzes besteht grundsätzlich nicht. Abstellplätze für Fahrräder und Motorräder hingegen muss der Arbeitgeber regelmäßig zur Verfügung stellen.

Besteht bereits ein Firmenparkplatz oder hat der Arbeitgeber einen solchen bauen lassen, besteht auch die Pflicht, die erforderlichen Verkehrssicherungsmaßnahmen umzusetzen. Beispiele sind hier die ordnungsgemäße Beleuchtung, die Sicherung gegen vorbeifahrenden Verkehr oder die Streupflicht im Winter.

c) Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers

Eine Vielzahl von Pflichten des Arbeitgebers lassen sich unter dem Begriff des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers zusammenfassen. Da es sich um mehrere Pflichten handelt, wird im Folgenden nur auf einige eingegangen, die für den Arbeitnehmer wichtig sind.

● Personalakte

In der Regel legt ein Arbeitgeber von jedem seiner Arbeitnehmer eine Personalakte an, die die wesentlichen Unterlagen über das Arbeitsverhältnis beinhaltet. Dies sind u.a. das Bewerbungsschreiben, Lebenslauf, Zeugnisse, Arbeitsvertrag, Führungs- und Leistungsbeurteilungen, Abmahnungen und andere wichtige Dinge. Damit diese Unterlagen nicht von jedem eingesehen werden können, ist der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht verpflichtet, die Personalakte vor dem Zugriff Dritter aufzubewahren. Dies gilt auch für Betriebsangehörige.

● Maßregelungsverbot

Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger

FÜRSORGEPFLICHT



Weise seine Rechte ausübt. Zweck des Maßregelungsverbot es ist es in erster Linie zu verhindern, dass der Arbeitnehmer von seinen ihm zustehenden Rechten keinen Gebrauch macht.

● Schutz vor Belästigung

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verlangt von diesem, dass er den Arbeitnehmer vor Belästigungen am Arbeitsplatz schützt. Konkretisiert wird diese Pflicht zusätzlich durch § 3 Abs. 3 und 4 AGG. Danach liegt eine Belästigung vor, wenn die Würde der betroffenen Person verletzt wird. Dies kann auch durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen erfolgen. Hier ist vor allem an das Thema „Mobbing“ zu denken. Bekommt der Arbeitgeber solche ehrverletzenden Handlungen durch einen Arbeitskollegen oder Vorgesetzten mit, muss er einschreiten und den betroffenen Arbeitnehmer schützen. Auch muss der Arbeitgeber dafür Sorge tragen, dass solche Handlungen nicht mehr vorkommen.

Weitere Informationen zu dem Thema Schutz vor Belästigung, insbesondere durch Kollegen und Vorgesetzte, finden Sie in dem AK-Faltblatt „Mobbing und andere psychosoziale Belastungen am Arbeitsplatz“.

● Rechtsfolge einer Verletzung der Fürsorgepflicht

Bei einer Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts steht dem Arbeitnehmer ein Beseitigungsanspruch zu. Handelt es sich um einen Eingriff durch den Arbeitgeber, hat der Arbeitnehmer einen Unterlassungsanspruch. Im Fall einer schuldhaften und schwerwiegenden Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat der Arbeitnehmer zusätzlich einen Anspruch auf Schmerzensgeld.

4. Pflichten des Arbeitnehmers

4.1 Arbeitspflicht

Die Arbeitspflicht ist die Hauptpflicht des Arbeitnehmers. Diese ergibt sich aus (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m.) dem Arbeitsvertrag. Für die Art der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung ist in erster Linie der Arbeitsvertrag maßgeblich. Je konkreter die Arbeitspflicht im Arbeitsvertrag geregelt ist, desto weniger Raum verbleibt für die Konkretisierung durch Weisungen aufgrund des Direktionsrechts des Arbeitgebers. Wann und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die Arbeit des Arbeitnehmers näher bestimmen kann, haben Sie bereits unter Punkt **2.2.1 b)** und **2.2.2 Ziffer 1** erfahren.

Ist eine wöchentliche oder monatliche Arbeitszeit mündlich oder vertraglich festgelegt worden, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, diese einzuhalten. Gegebenenfalls ist er auch zur Leistung von Überstunden verpflichtet. Wann dies der Fall ist, haben Sie bereits unter Punkt **2.2.1 c) + d)** erfahren.

Da sich der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich zu einer oder mehreren bestimmten Tätigkeiten verpflichtet hat, bedeutet dies gleichzeitig, dass er den Weisungen seines Arbeitgebers oder Vorgesetzten zu folgen hat. Nur in den Fällen, in denen eine Weisung unbillig ist, kann der Arbeitnehmer sich weigern.

Neben der Hauptpflicht der Arbeitserbringung muss der Arbeitnehmer aber auch noch gewisse Nebenpflichten einhalten. So muss er beispielsweise die Arbeit sorgfältig verrichten und darauf achten, dass er weder Arbeitskollegen verletzt noch Gegenstände beschädigt. Ist dies doch der Fall, muss er unter bestimmten Umständen hierfür haften. Wann eine solche Pflicht besteht, erfahren Sie unter Punkt **4.4**.

4.2 Treue- und Verschwiegenheitspflicht

Aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis ergeben sich für den Arbeitnehmer neben der Hauptleistungspflicht auch verschiedene Nebenpflichten. Diese sind heutzutage meistens unter dem Begriff Treuepflicht bekannt.

Unter der Treuepflicht versteht man die Pflicht des Arbeitnehmers, sich so gut es geht für den Arbeitgeber und dessen Interessen einzusetzen. Die Treuepflicht ist das Gegenstück zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Hiernach ist der Arbeitnehmer u.a. verpflichtet, von dem Betrieb, demzufolge auch vom Arbeitgeber als Inhaber des Betriebs, sowie anderen Arbeitnehmern Schäden abzuwenden, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist. Er braucht sich dabei nicht selbst in Gefahr zu bringen. Gehen die Schädigungen von einem Arbeitskollegen aus, in dem er z.B. Werkzeug stiehlt oder Arbeitsgeräte manipuliert, so dass hiervon eine Gefahr für die Mitarbeiter ausgeht, muss der Arbeitnehmer dies dem Arbeitgeber melden.

TREUE- UND VERSCHWIEGENHEITSPFLICHT



Handelt es sich hingegen um kleinere Schäden, wie etwa die Mitnahme eines Kugelschreibers oder eines Buches, besteht für den Arbeitnehmer keine Pflicht, dies dem Arbeitgeber mitzuteilen.

Neben der zuvor genannten Schutzpflicht des Arbeitnehmers beinhaltet die Treuepflicht auch noch eine Loyalitätspflicht. Darunter fällt vor allem die Pflicht, Stillschweigen über bestimmte Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu bewahren, wenn dieser durch das Weitererzählen und öffentlich werden geschädigt werden könnte. Demzufolge darf der Arbeitnehmer keine ruf- oder kreditschädigenden Äußerungen machen, selbst wenn sie wahr sein sollten. In diesem Zusammenhang darf ein Arbeitnehmer auch keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ausplaudern. Selbst wenn er sich schlecht bezahlt fühlt, darf er dies nicht in einer Form nach außen tragen, die rufschädigend für den Arbeitgeber ist. Dies kann je nach Schwere und Adressatenkreis zu einer Abmahnung oder sogar zu einer Kündigung führen. Sehen sie hierzu Punkt **6.5.2 Ziffer 1 e)** oder **6.6.2 Ziffer 1 Buchstabe b) ee)**.

Die Treuepflicht endet grundsätzlich mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt es nur in wenigen Einzelfällen hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht und des Wettbewerbsverbots.

4.3 Nebentätigkeit

Übt ein Arbeitnehmer neben seinem Hauptarbeitsverhältnis noch eine weitere Tätigkeit aus, sei es bei demselben Arbeitgeber, einem Dritten oder in Form einer Selbständigkeit, liegt eine Nebentätigkeit (Nebenjob) vor. Diese kann im Rahmen eines Dienst-, Werk- oder Arbeitsvertrags erfolgen. Aber auch unentgeltliche oder ehrenamtliche Tätigkeiten können einen Nebenjob darstellen.

Möchte ein Arbeitnehmer eine solche Nebentätigkeit ausüben, muss er seinen Arbeitgeber nicht um Erlaubnis bzw. Genehmigung bitten. Dies ergibt sich daraus, dass der Arbeitnehmer nach Leistung seiner vertraglich vereinbarten „Dienste“, d.h. in seiner Freizeit grundsätzlich alles machen kann, was er möchte. Außerdem steht ihm nach Art. 12 GG das Recht zur freien Berufsausübung zu.

Erfolgt die Nebentätigkeit in Form eines Arbeitsverhältnisses, gelten für dieses die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze, wie bei jedem anderen Arbeitsverhältnis auch. Dies ist z.B. der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Krankheit oder an Feiertagen sowie auf Urlaubsgewährung.

Die Freiheit des Arbeitnehmers, neben der Hauptarbeit noch eine Nebentätigkeit auszuüben, kann allerdings unter bestimmten Bedingungen unzulässig sein. Ein solcher Fall ist dann gegeben, wenn die Gefahr besteht, dass der Arbeitnehmer durch die Nebentätigkeit so sehr beansprucht wird, dass er seinen Hauptpflichten im eigentlichen Arbeitsverhältnis nicht mehr ordnungsgemäß nachkommen kann. Denn auch den Arbeitnehmer trifft im Arbeitsverhältnis die Pflicht, auf die Interessen seines Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen.

Beispiel

Arbeitnehmer B. ist als Mitarbeiter im Bauhof der Stadt M tätig. Neben dieser Tätigkeit ist er als selbständiger Koch auf diversen Feierlichkeiten sowohl während der Woche als auch am Wochenende abends im Einsatz. Da die Feiern oftmals bis spät in die Nacht dauern, bekommt er nur wenig Schlaf und ist dann auf der Arbeit meistens müde und kann sich nicht auf wichtige Arbeiten konzentrieren.

Daneben ist eine Nebentätigkeit dann unzulässig, wenn der Arbeitnehmer durch seine Hauptarbeit und den Nebenjob zusammen die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten überschreitet. Nach dem ArbZG, welches von einer Sechstageswoche ausgeht, beträgt die tägliche Arbeitszeit acht Stunden. Dies bedeutet, dass die wöchentliche Arbeitszeitgrenze bei 48 Stunden liegt. Überschreitet der Arbeitnehmer diese Grenze, hat dies zur Folge, dass die Nebentätigkeit unwirksam ist, sofern es nicht nur um eine gelegentliche oder geringfügige Überschreitung der Höchstgrenze handelt.

Beispiel

Arbeitnehmer Nimmersatt arbeitet bei der Geschenke AG als Kraftfahrer im Nahverkehr mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden. Neben diesem Job arbeitet er noch am Wochenende als Barkeeper. Hier kommt es regelmäßig vor, dass er mehr als acht Stunden arbeitet.

Werden durch die Ausübung der Nebentätigkeit die Interessen des Hauptarbeitgebers tangiert oder besteht die Gefahr, dass diese verletzt werden, kann dies zu einer Verpflichtung des Arbeitnehmers führen, den Nebenjob anzuzeigen. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Arbeitnehmer eine Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen aufnehmen will oder er neben einem bereits ausgeübten Minijob einen weiteren aufnehmen will, was eine Sozialversicherungspflicht auslösen würde.

Da Arbeitgeber eine Verletzung ihrer eigenen Interessen durch die Ausübung einer Nebentätigkeit fürchten, verpflichten sie die meisten Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag zur Anzeige einer Arbeitsaufnahme.

Beispiel

„Sämtliche Nebentätigkeiten sind dem Arbeitgeber unaufgefordert und vor Aufnahme der Nebentätigkeit anzuzeigen“.

Eine solche Klausel benachteiligt den Arbeitnehmer nicht unangemessen und ist daher wirksam. Auch manche Tarifverträge, wie z.B. der TVöD (§ 3 Abs. 3) beinhalten solchen Anzeigeklauseln.

Da manche Arbeitgeber überhaupt keine Nebentätigkeit möchten oder zumindest deren Ausübung von der eigenen Genehmigung abhängig machen wollen, beinhalten zahlreiche Arbeitsverträge Verbots- oder Genehmigungsvorbehaltsklauseln.

NEBENTÄTIGKEIT

Beispiel

„Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist jede entgeltliche oder unentgeltliche Nebenbeschäftigung unzulässig“.

Diese Klausel benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen, da sie sämtliche Nebentätigkeiten verbietet und somit das Recht des Arbeitnehmers auf freie Berufswahl und -ausübung einschränkt.

Beispiel

„Nebentätigkeiten bedürfen der vorherigen Zustimmung des Arbeitgebers“.

Diese Klausel ist unklar formuliert, da für den Arbeitnehmer nicht ersichtlich ist, ob er einen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung der Nebentätigkeit hat und falls ja, unter welchen Umständen. Damit eine solche Klausel wirksam ist, sollte sie auch wiedergeben, wann eine Genehmigung durch den Arbeitgeber zu erteilen ist.

Beispiel

„Nebentätigkeiten sind dem Arbeitgeber anzuzeigen und bedürfen seiner vorherigen Zustimmung. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn berechnete Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen“.

Beinhaltet der Arbeitsvertrag eine Klausel, wonach der Arbeitnehmer eine beabsichtigte Nebentätigkeit vorher durch den Arbeitgeber genehmigen lassen muss und ist diese Klausel wirksam, kann ein Verstoß des Arbeitnehmers hiergegen zu einer Abmahnung führen. In wenigen Fällen kann dies auch, je nach Schwere des Pflichtverstoßes, zu einer Kündigung führen.

Zu dem Thema Abmahnung und Kündigung siehe die Punkte 5. und 6.5.4.

4.4 Eventuelle Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers

Verletzt ein Arbeitnehmer während seiner Arbeit eine vertragliche Pflicht, sei es eine Haupt- oder Nebenpflicht, kann dies in erster Linie zu einer Abmahnung oder sogar zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber führen. Wird durch diese Pflichtverletzung eine Sache beschädigt, führt dies in der Regel dazu, dass der Arbeitnehmer zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet ist.

Beispiel

Arbeitnehmer Unvorsichtig ist als Paketzusteller tätig. Beim Parken des Fahrzeugs vergisst er die Handbremse zu ziehen, so dass das Fahrzeug auf der abschüssigen Straße ins Rollen gerät und gegen eine Mauer fährt.

Trifft auch den Arbeitgeber an dem Schaden eine Mitschuld, führt dies in der Regel dazu, dass sich die Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers mindert. In welchem Umfang dies erfolgt, hängt vom Einzelfall ab.

Beispiel

Fernfahrer Manni kommt aufgrund eines Staus auf der Autobahn verspätet auf dem Firmengelände des Arbeitgebers Druck an. Die anderen Mitarbeiter haben alle schon Feierabend. Obwohl der Arbeitgeber genau weiß, dass ein Mitarbeiter Manni beim Rücksetzen einweisen müsste, verlangt er von ihm, dass er ohne Hilfe rückwärts an die Laderampe fahren soll. Wie vorhersehbar fährt Manni zu weit zurück und beschädigt die Rampe. Trifft Manni die alleinige Schuld an dem Schaden? NEIN, auch den Arbeitgeber trifft ein Mitverschulden.

Unabhängig von einem möglichen Mitverschulden des Arbeitgebers können die Schäden, die durch den Arbeitnehmer auszugleichen sind, sehr hoch sein. Hierdurch wird der Arbeitnehmer erheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt, die in keinem Verhältnis zum Arbeitslohn stehen. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung den sog. „innerbetrieblichen Schadensausgleich“ entwickelt, der den Arbeitnehmer schützen soll.

Daher gelten für alle Schäden, die ein Arbeitnehmer während der Arbeit verursacht, folgende Haftungsregeln:

- Bei Vorsatz haftet der Arbeitnehmer auf den vollen Schaden
- Bei grober Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer in der Regel auch auf den vollen Schaden
- Bei mittlerer Fahrlässigkeit wird der Schaden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach den konkreten Umständen aufgeteilt
- Bei leichter Fahrlässigkeit (geringes Verschulden) haftet der Arbeitnehmer nicht

Nach diesen Grundsätzen liegt eine volle Haftung des Arbeitnehmers dann vor, wenn er die Pflichtverletzung und den hierdurch entstandenen Schaden herbeiführen wollte (Vorsatz)

Beispiel

Arbeitgeber Achtsam hat dem Arbeitnehmer Träumer verboten, während der Arbeitszeit seine privaten E-Mails zu lesen. Aus Wut wirft Träumer den Firmen-Laptop auf den Boden, so dass dieser nicht mehr zu gebrauchen ist. Die Reparaturkosten belaufen sich auf 700 €.

oder sich nicht so verhalten hat, wie es in der konkreten Situation angebracht gewesen wäre (grobe Fahrlässigkeit).

Beispiel

Außendienstmitarbeiter, der unter Alkoholeinfluss oder durch Telefonieren ohne Freisprechanlage einen Unfall verursacht oder ein Pizzabote, der entgegen der bestehenden Einbahnstraßenregelung fährt und deshalb einen Unfall verursacht.

EVENTUELLE SCHADENSERSATZPFLICHT DES ARBEITNEHMERS



Manche Tarifverträge enthalten Regelungen, wonach der Arbeitnehmer bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit nur bis zu einer bestimmten Höhe haftet.

Beispiel

MTV Post maximal 3 Bruttomonatsgehälter.

Lässt der Arbeitnehmer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht, spricht man von mittlerer oder normaler Fahrlässigkeit. Hier erfolgt die Schadensverteilung abhängig von den Umständen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Je nach den Umständen haftet der Arbeitnehmer in dem einen Fall mehr und in dem anderen Fall weniger.

Trifft den Arbeitnehmer lediglich ein ganz geringes Verschulden, schließt dies eine Haftung grundsätzlich aus.

Ist unklar, ob der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung und den dadurch entstandenen Schaden vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat, ist dies nach § 619a BGB vom Arbeitgeber zu beweisen.

Neben den zuvor genannten Sachbeschädigungen kann es aber auch vorkommen, dass der Arbeitnehmer während der Arbeit einen Kollegen verletzt. In solchen Fällen handelt es sich in der Regel um Arbeitsunfälle, so dass hier die Vorschrift des § 105 Abs. 1 SGB VII eine Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers ausschließt. Neben dem Vorliegen eines Personenschadens sowie eines Arbeitsunfalls darf zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 SGB VII der Arbeitsunfall durch den Arbeitnehmer nicht vorsätzlich herbeigeführt worden sein. Ist dies der Fall, kommt eine Haftung des Arbeitnehmers für den Personenschaden nicht in Betracht.

Der Grund hierfür liegt in erster Linie darin, dass die Unfallversicherung (Unfallkasse oder Berufsgenossenschaft) für den Schaden des Kollegen aufkommt. Unter den Ausschluss der Haftung des Arbeitnehmers fällt auch der Anspruch auf Schmerzensgeld.

Hat der Arbeitnehmer den Kollegen nicht nur verletzt, sondern zum Beispiel auch seine Kleidung oder die Brille beschädigt, muss er für diesen Schaden selbst aufkommen, da § 105 Abs. 1 SGB VII lediglich für Personenschäden und nicht für Sachbeschädigungen gilt.

5. Abmahnung

Verstößt ein Arbeitnehmer gegen eine arbeitsvertragliche Pflicht, kann dies zu einer Abmahnung durch den Arbeitgeber führen. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach stets das mildeste Mittel in Betracht gezogen werden soll, ist die Abmahnung als Vorstufe der Kündigung zu sehen. Eine Abmahnung kann nicht nur vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer ausgesprochen werden, sondern auch umgekehrt, wobei dieser eher selten der Fall ist.

5.1 Wirksamkeitsvoraussetzungen

1. Inhalt

Da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit der Abmahnung dessen Fehlverhalten aufzeigen möchte, muss sich dieses aus der Angabe des Sachverhaltes, der konkreten Pflichtverletzung und der Schilderung des abzumahnenden Verhaltens eindeutig ergeben (Dokumentationsfunktion). Hierzu ist gegebenenfalls auch die Angabe von Zeit und Ort des gerügten Pflichtverstoßes erforderlich.

Beispiel

Ist der Arbeitnehmer an mehreren Tagen zu spät auf der Arbeit erschienen, müssen sowohl die genauen Tage als auch die Uhrzeiten genannt werden.

Auch muss aus der Abmahnung eindeutig hervorgehen, welches Verhalten statt des abgemahnten künftig erwartet wird (Erinnerungsfunktion) und dass bei erneutem Verstoß mit einer Kündigung zu rechnen ist (Warnfunktion). Nicht erforderlich ist allerdings, dass die Abmahnung als Abmahnung bezeichnet wird.

2. Form

Da für Abmahnungen keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, können sie schriftlich oder mündlich erfolgen. Zur Wirksamkeit der Abmahnung ist es allerdings erforderlich, dass diese dem Empfänger zugegangen ist und er vom Inhalt Kenntnis hat. Wann dies der Fall ist, erfahren Sie unter Punkt **6.2 Ziffer 4**, unter dem der Zugang einer Kündigung erläutert wird.

Zur Abmahnung berechtigt sind nicht nur kündigungsberechtigte Personen, wie beispielsweise der Geschäftsführer der GmbH oder der Leiter der Personalabteilung, sondern alle Vorgesetzten, die nach ihrer Aufgabenstellung befugt sind, dem Arbeitnehmer Anweisungen im Hinblick auf die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erteilen. Dies können unter anderem auch Fachvorgesetzte sein.

Wird eine Abmahnung auf mehrere Pflichtverletzungen gestützt und ist eine hiervon nichtzutreffend, so kann der Arbeitnehmer die Entfernung der gesamten Abmahnung aus der Personalakte verlangen.



3. Frist zum Ausspruch der Abmahnung

Da der Ausspruch einer Abmahnung an keine gesetzlichen Fristen oder arbeitsvertragliche bzw. tarifliche Ausschlussfristen gebunden ist, steht es dem Arbeitgeber grundsätzlich frei, ob und wann er den Arbeitnehmer abmahnt. Er muss lediglich berücksichtigen, dass die Wirkungen einer Abmahnung umso schwächer werden, je länger er damit wartet. Wann dies der Fall ist, ist für jeden einzelnen Fall zu prüfen.

5.2 Wirkungsdauer einer Abmahnung

Auch wenn sich der Arbeitnehmer seit Ausspruch der Abmahnung tadellos verhalten hat, bedeutet dies nicht, dass diese nach einer bestimmten Zeit ihre Wirkung verliert und aus der Personalakte entfernt wird. Vielmehr sind aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Regelung die Umstände des jeweiligen Sachverhaltes, der zur Abmahnung geführt hat, maßgebend. Als Richtwert kann im Allgemeinen aber eine Zeitspanne von zwei Jahren zugrunde gelegt werden.

5.3 Reaktionsmöglichkeiten

1. Gegendarstellung

Da der Arbeitnehmer vor Ausspruch der Abmahnung nicht angehört werden muss, erfährt er in der Regel erst nach deren Erhalt von seinem angeblichen Fehlverhalten. Hat sich der vom Arbeitgeber geschilderte Sachverhalt aus Sicht des Arbeitnehmers überhaupt nicht so zugetragen, kann er eine Gegendarstellung fertigen, welche der Arbeitgeber in die Personalakte aufnehmen muss. Er kann den Arbeitgeber aber auch auffordern, die Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen und ihm hierfür eine Frist setzen.

Entscheidet sich der Arbeitnehmer dazu, nichts gegen die Abmahnung zu unternehmen, stellt dies jedoch kein Schuldeingeständnis des Arbeitnehmers dar.

2. Klage gegen die ausgesprochene Abmahnung

Hat der Arbeitgeber die Abmahnung trotz Aufforderung des Arbeitnehmers nicht aus der Personalakte entfernt, kann dieser vor dem zuständigen Arbeitsgericht Klage auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte erheben.

Weitere Einzelheiten zu diesem Thema finden Sie in dem AK-Infoblatt „Abmahnung“.

6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung

Neben dem Befristungsablauf oder bei Tod des Arbeitnehmers endet das Arbeitsverhältnis auch durch Kündigung einer der beiden Vertragsparteien.

Wie eine Kündigung zu erfolgen hat, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, worauf sonst noch geachtet werden muss und wie sich ein Arbeitnehmer dagegen wehren kann, wird im Folgenden ausführlich erläutert. Hierbei gelten die Ausführungen sowohl für die Arbeitgeberkündigung als auch für die Arbeitnehmerkündigung.

6.1 Kündigung und Kündigungsarten

1. Begriff

Die arbeitsrechtliche Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, das Arbeitsverhältnis für die Zukunft, entweder sofort oder nach Ablauf einer bestimmten Kündigungsfrist zu beenden. Hierbei kommt es nicht auf die Mitwirkung des Kündigungsempfängers an.

Beispiel

Arbeitgeber F kündigt Arbeitnehmer B zum 30. September. Mit dieser Kündigung ist B nicht einverstanden und teilt F mit, dass er diese nicht akzeptieren werde. B glaubt, dass die Kündigung hierdurch unwirksam geworden ist. Ist dies richtig? NEIN, da eine Kündigung weder angenommen noch akzeptiert werden muss. Sie muss dem Empfänger lediglich zugehen. Wann eine Kündigung zugeht, wird unter Punkt 6.2 Ziffer 4 näher behandelt.

2. Arten

a) Ordentliche und außerordentliche Kündigung

Durch eine ordentliche Kündigung soll das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der für das Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist beendet werden. Auch ein befristetes Arbeitsverhältnis kann vor Fristablauf ordentlich gekündigt werden, sofern dies im Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag vereinbart ist.

Die außerordentliche Kündigung führt nach § 626 Abs. 1 BGB zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Da sie nicht fristgebunden ist, wird sie in der Regel fristlos, also mit sofortiger Wirkung erklärt. Der Kündigende – sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer – benötigt für die außerordentliche Kündigung einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 BGB.

b) Änderungskündigung

Die Änderungskündigung ist nicht in erster Linie auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet. Sie bezweckt die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu

KÜNDIGUNG UND KÜNDIGUNGSARTEN

geänderten Bedingungen. Sie setzt sich zusammen aus der Beendigungserklärung, verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung oder nach Ablauf der Kündigungsfrist zu geänderten Arbeitsbedingungen fortzusetzen.

Beispiel

„...hiermit kündigen wir das zwischen Ihnen und uns bestehende Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Dies ist nach unseren Berechnungen der 31. März 2018. Gleichzeitig bieten wir Ihnen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beginnend zum 1. April 2018 zu folgenden geänderten Vertragsbedingungen an: Sie werden als Lagermitarbeiterin mit einem monatlichen Bruttolohn von 2500 € an unserem Standort in Saarbrücken eingesetzt“.

Erhält ein Arbeitnehmer eine Änderungskündigung, hat er grundsätzlich drei Möglichkeiten zu reagieren:

- Er nimmt das Änderungsangebot an und arbeitet sodann unter geänderten Arbeitsbedingungen, entweder sofort oder nach Ablauf der Kündigungsfrist, für den Arbeitgeber weiter.
- Er lehnt das Angebot ab, so dass nur noch die Beendigungskündigung bleibt. Gegen diese kann er dann innerhalb von drei Wochen ab Zugang Kündigungsschutzklage bei dem zuständigen Arbeitsgericht erheben. Gewinnt er den Prozess, so wird das Arbeitsverhältnis unter den bisherigen alten Bedingungen fortgesetzt. Verliert er den Prozess, verliert er auch seinen Arbeitsplatz.
- Er kann das Angebot des Arbeitgebers unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozialwidrig ist, vgl. § 2 KSchG. Möchte der Arbeitnehmer nun überprüfen lassen, ob die Änderung des Arbeitsverhältnisses sozial gerechtfertigt ist, muss er gegenüber dem Arbeitgeber diesen Vorbehalt innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens innerhalb von drei Wochen, erklären und gleichzeitig innerhalb des gleichen Zeitraums Änderungschutzklage erheben.

In manchen Fällen kommt es vor, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Frist für die Annahme seines Änderungsangebotes setzt, die kürzer als drei Wochen ist.

Beispiel

„Sollten Sie mit dieser Vertragsänderung einverstanden sein, bitten wir Sie, uns Ihr Einverständnis binnen einer Überlegungsfrist von zwei Wochen nach Zugang dieser Kündigung schriftlich, per E-Mail oder per Fax mitzuteilen.“

Eine kürzere Annahmefrist als drei Wochen bei einer ordentlichen Änderungskündigung ist laut BAG nicht in Ordnung. Der Arbeitnehmer hat daher, falls seine Kündigungsfrist nicht ausnahmsweise kürzer als drei Wochen ist, bei einer ordentlichen Änderungskündigung immer drei Wochen Zeit, das Änderungsangebot anzunehmen, und er hat drei Wochen Zeit, den Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung zu erklären.



Stellt das Gericht fest, dass die Änderung sozial gerechtfertigt ist, dann arbeitet der Arbeitnehmer zu den geänderten Bedingungen weiter. Ist die Änderung nicht sozial gerechtfertigt, dann bleibt das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen bestehen. Diese Form der Annahme hat für den Arbeitnehmer den Vorteil, dass er nach Ablauf der Kündigungsfrist im Betrieb weiter beschäftigt werden muss.

Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer lediglich eine Änderung des bestehenden Arbeitsvertrages an, stellt dies keine Änderungskündigung dar.

Wichtig ist, dass der Arbeitgeber erst dann eine Beendigungskündigung aussprechen darf, wenn eine Änderungskündigung nicht mehr möglich ist. Hat der Arbeitgeber zum Beispiel die Möglichkeit, den Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb einzusetzen, weigert sich der Arbeitnehmer jedoch, künftig dort zu arbeiten, so darf der Arbeitgeber keine Beendigungskündigung aussprechen, sondern eine Änderungskündigung.

c) Teilkündigung

Eine Teilkündigung ist darauf gerichtet, nur bestimmte Teile des Arbeitsverhältnisses gegen den Willen der anderen Vertragspartei zu beenden, während das Arbeitsverhältnis im Übrigen fortbestehen soll. Eine solche Kündigung ist mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht vereinbar und aus diesem Grund unwirksam.

d) Bedingte Kündigung

Eine Kündigung, die unter einer Bedingung erfolgt, ist grundsätzlich unwirksam. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis z.B. mit dem Inhalt kündigt, dass die Kündigung gegenstandslos werden soll, wenn sich die Auftragslage bessert.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass der Arbeitgeber eine fristlose Kündigung gleichzeitig „vorsorglich“ auch als ordentliche Kündigung erklärt. Die ordentliche Kündigung soll allerdings nur für den Fall gelten, dass die fristlose Kündigung unwirksam ist. Dies stellt eine Rechtsbedingung dar, die im Gegensatz zu der oben genannten Bedingung zulässig ist, da sie lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen wiederholt.

e) Verdachtskündigung

Wurde in dem Betrieb des Arbeitnehmers etwas entwendet oder wurde ein Mitarbeiter bestohlen und wird ein bestimmter Arbeitnehmer verdächtigt, dies getan zu haben, ohne dies jedoch beweisen zu können, besteht für den Arbeitgeber in solchen Fällen die Möglichkeit, eine Verdachtskündigung auszusprechen. Eine solche Verdachtskündigung ist allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Der Verdacht muss sich zunächst aus objektiven, im Zeitpunkt der Kündigung vorliegenden Tatsachen ergeben.

KÜNDIGUNG UND KÜNDIGUNGSARTEN

Beispiel

Im Materiallager des Arbeitgebers wurden mehrere Arbeitsschuhe gestohlen. Zu diesem Lager hat nur Arbeitnehmer Langfinger einen Schlüssel. Dieser war auch die einzige Person, die in den letzten zwei Wochen dort war.

Darüber hinaus muss der Verdacht dringend sein, d.h. es muss eine große Wahrscheinlichkeit bestehen, dass der Arbeitnehmer die Straftat begangen hat. Hierzu muss der Arbeitgeber umfangreiche Aufklärungsarbeit leisten, wozu auch die Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers gehört.

Besteht der Verdacht nach Anhörung des Arbeitnehmers weiter oder hat sich dieser sogar verstärkt, bleibt es bei der Möglichkeit der Verdachtskündigung. Hat der Arbeitnehmer die Tat während der Anhörung zugegeben, ist einer Verdachtskündigung nicht mehr möglich. Dann kommt eine ordentliche oder sogar eine fristlose Kündigung in Betracht.

Unterlässt der Arbeitgeber die Anhörung vor Ausspruch der Verdachtskündigung, hat dies zur Folge, dass diese unwirksam ist.

6.1.1 Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Arbeitsaufnahme

Auch bevor man die Arbeit bei einem Arbeitgeber aufgenommen hat, kann man das Arbeitsverhältnis kündigen. Dies gilt sowohl für die außerordentliche als auch für die ordentliche Kündigung. Diese Möglichkeit kann allerdings für die ordentliche Kündigung arbeitsvertraglich ausgeschlossen werden. Bei der fristlosen Kündigung ist dies jedoch nicht möglich.

Beispiel

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben am 1. März einen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn 1. April abgeschlossen. Die ersten drei Monate gelten als Probezeit, innerhalb derer das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden kann. Am 12. März erhält der Arbeitnehmer von einem anderen Arbeitgeber ein besseres Vertragsangebot, das ebenfalls einen Arbeitsbeginn am 1. April vorsieht. Kann der Arbeitnehmer das erste Arbeitsverhältnis vor dem vereinbarten Arbeitsbeginn kündigen? JA, da dies arbeitsvertraglich nicht ausgeschlossen wurde. Er muss nur die Kündigungsfrist einhalten, so dass die Kündigung spätestens am 17. März bei dem ersten Arbeitgeber sein muss.

Wird keine Probezeit vereinbart und auf die gesetzliche Kündigungsfrist verwiesen, muss das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Je nachdem, wann Beginn des Arbeitsverhältnisses ist, kann dies dazu führen, dass der Arbeitnehmer erst zu einem Zeit-



punkt nach dem Arbeitsbeginn kündigen kann und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist noch arbeiten gehen muss. Für die geleistete Arbeitszeit muss der Arbeitgeber dann den Lohn zahlen.

Zu beachten ist, dass eine Kündigung vor Dienstantritt den gleichen Bedingungen wie jede andere Kündigung unterliegt. Welche dies sind, wird im weiteren Verlauf näher behandelt.

6.2 Kündigungserklärung

1. Form

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses muss nach § 623 BGB grundsätzlich schriftlich erfolgen. Dies gilt unabhängig, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis kündigt. Erforderlich ist die eigenhändige Unterschrift des Kündigenden oder seines Vertreters unter das Kündigungsschreiben, und zwar in der Form, dass diese den Text der Kündigungserklärung räumlich abschließt.

Eine Kündigung mittels Telefax oder per E-Mail reicht nicht aus. Bei einer Änderungskündigung erstreckt sich das Schriftformerfordernis neben der Kündigung auch auf das Änderungsangebot.

2. Kündigungsberechtigung und Stellvertretung

Kündigungsberechtigt sind grundsätzlich die Vertragsparteien des Arbeitsvertrages, also der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Da es sich bei den Arbeitgebern heutzutage überwiegend um juristische Personen handelt, sind deren vertretungsberechtigte Organe kündigungsberechtigt, sofern dies im Handelsregister eingetragen ist. Bei einer GmbH ist dies z.B. der Geschäftsführer.

Wurde die Kündigung allerdings von einer Person unterschrieben, die hierzu nicht berechtigt ist, muss der Kündigung eine auf diese Person lautende Vollmacht beigelegt sein. Ist dies nicht der Fall, kann man die Kündigung aufgrund der fehlenden Vollmacht nach § 174 BGB zurückweisen.

Beispiel

„Sehr geehrter Herr Schlau, hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis zum 15. April 2017.

*Mit freundlichen Grüßen
i.V. Herr Dumm“*

Die Zurückweisung muss in diesem Zusammenhang unverzüglich, d.h. innerhalb einer Woche seit Erhalt der Kündigung und mit dem Hinweis auf die fehlende Vollmacht erfolgen. Gleichzeitig sollte man sicherheitshalber immer innerhalb von drei Wochen ab Zugang der Kündigung Klage vor dem zuständigen Arbeitsgericht erheben, siehe hierzu Punkt 6.8.

KÜNDIGUNGSERKLÄRUNG



Hat der Vollmachtgeber den Empfänger der Kündigung von der Bevollmächtigung vorab in Kenntnis gesetzt hat, scheidet eine Zurückweisung aus. Ein In-Kennntnis-Setzen liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber bestimmte Mitarbeiter – zum Beispiel durch die Bestellung zum Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung – in eine Stelle berufen hat, mit der üblicherweise ein internes Kündigungsrecht verbunden ist. In solchen Fällen ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem zu kündigenden Arbeitnehmer vorab die Bevollmächtigung mitzuteilen.

Möchten Minderjährige ihr Arbeitsverhältnis kündigen, bedürfen sie hierzu der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Dies sind in der Regel die Eltern oder der gesetzliche Vormund. Haben diese die Einwilligung erklärt und kündigt der minderjährige Arbeitnehmer das bestehende Arbeitsverhältnis, ohne diese in schriftlicher Form vorzulegen, kann der Arbeitgeber die Kündigung unverzüglich zurückweisen. Die Zurückweisung ist aber dann ausgeschlossen, wenn der gesetzliche Vertreter den Arbeitgeber vorab über die Einwilligung informiert hat.

Möchte der Arbeitgeber dem minderjährigen Arbeitnehmer kündigen, muss er die Kündigung an den gesetzlichen Vertreter adressieren und diesem zusenden. Erst dann liegt eine wirksame Kündigung vor.

3. Inhalt

Aus der Kündigungserklärung muss unmissverständlich und eindeutig hervorgehen, dass das Arbeitsverhältnis beendet werden soll, wobei das Wort „Kündigung“ nicht ausdrücklich genannt werden muss.

Beispiel

„Hiermit beende ich das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis zum 15. Juni“.

Liegt für den Arbeitgeber ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vor, muss aus der Kündigung eindeutig hervorgehen, dass das Arbeitsverhältnis außerordentlich bzw. aus wichtigem Grund beendet werden soll. Ist dies für den Kündigungsempfänger nicht ersichtlich, so gilt die Kündigung als ordentliche Kündigung.

Grundsätzlich muss die Kündigung nicht begründet werden. Einige Vorschriften, wie beispielsweise § 22 Abs. 3 BBiG, verlangen hingegen eine Angabe des oder der Kündigungsgründe im Kündigungsschreiben. Bei einer fristlosen Kündigung kann der Kündigungsempfänger verlangen, dass man ihm die Kündigungsgründe nachträglich mitteilt.

4. Zugang der Kündigung

Damit eine Kündigung wirksam wird, muss sie dem Empfänger zugehen. Dies geschieht in der Regel durch Übergabe der Kündigung an den Empfänger. Dieser

muss das Kündigungsschreiben jedoch nicht dauerhaft im Besitz haben, sondern es genügt, wenn er das Schreiben nur für eine kurze Zeit ausgehändigt bekommt und dann wieder zurückgibt.



Tipp

Oftmals verlangen Arbeitgeber, dass man den Empfang der Kündigung schriftlich bestätigt. Hier sollte Vorsicht geboten sein. Denn unter Umständen bestätigt man durch seine Unterschrift die Richtigkeit der Kündigung, so dass man keine rechtlichen Schritte – hier Kündigungsschutzklage – mehr einleiten kann. Eine unbedenkliche Empfangsquittung könnte beispielsweise wie folgt lauten:

„Hiermit bestätige ich, die Kündigung vom ... heute erhalten zu haben. Das Recht, gegen die Kündigung vorzugehen, behalte ich mir vor.“

Saarbrücken, den ...“

Etwas anders stellt sich der Zugang des Kündigungsschreibens unter Abwesenden dar. Ein solcher Zugang liegt dann vor, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, dass er von ihr Kenntnis nehmen kann. Entscheidend ist hierbei, wann der Empfänger von der Kündigung Kenntnis nehmen konnte und nicht, wann er tatsächlich Kenntnis genommen hat. So geht ein in den Haus- oder Wohnungsbriefkasten geworfener Brief zu dem Zeitpunkt zu, in dem mit der Leerung des Briefkastens gerechnet werden kann.

Beispiel

Der Arbeitgeber lässt eine Kündigung durch einen Boten überbringen, der den Brief mit dem Kündigungsschreiben um 18 Uhr in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers wirft. Ist bekannt, dass die Post lediglich vormittags kommt, so ist man nicht verpflichtet, den Briefkasten nachmittags oder abends zu kontrollieren. Der Brief gilt daher erst am nächsten Tag als zugestellt.

Ist dem Arbeitnehmer allerdings bekannt oder muss er annehmen, dass gegen 18 Uhr ein Schreiben durch den Arbeitgeber eingeworfen wird, ist der Zugang des Kündigungsschreibens laut BAG in der Regel noch am selben Tag erfolgt.

Ein an die Heimadresse gerichtetes Kündigungsschreiben geht auch dann wirksam dem Arbeitnehmer zu, wenn dieser urlaubsbedingt verreist ist und der Arbeitgeber hiervon Kenntnis hat.

Beispiel

Arbeitnehmer H teilt seinem Arbeitgeber V mit, dass er in seinem Urlaub für zwei Wochen nach Spanien fliegt und daher nicht erreichbar ist. Obwohl V dies weiß, schickt er das Kündigungsschreiben an die Wohnadresse des H. Da V das Kündigungsschreiben mit der Post verschickt hat, ist es zu dem Zeitpunkt bei H zugegangen, als es der Briefträger in dessen Briefkasten geworfen hatte.

KÜNDIGUNGSERLÄUTERUNG

Tipp

Ist man für einen längeren Zeitraum nicht zuhause, sollte man Familienangehörige, Nachbarn oder sonstige Verwandte um die regelmäßige Leerung des Briefkastens bitten. Zwar muss der Kündigende den Zeitpunkt des Zugangs beweisen, jedoch kann dieser Zeitpunkt entscheidende Bedeutung für den Kündigungsempfänger und die Einhaltung der Kündigungsfrist durch den Arbeitgeber haben. Vor allem, wenn das Kündigungsschreiben als normaler Brief über die Post verschickt wird. Denn hier gibt es keinen Beweis dafür, dass das Schreiben an einem bestimmten Tag auch tatsächlich zugegangen ist.

Beispiel

Ist arbeitsvertraglich vereinbart, dass der Arbeitgeber nach einer bestimmten Betriebszugehörigkeit nur mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Jahres kündigen kann, so muss die Kündigung spätestens am 30. Juni zugehen. Wird sie erst am 1. Juli zugestellt, so kann der Arbeitgeber erst zum Ende des nächsten Jahres kündigen.

Bei der Zustellung eines Kündigungsschreibens gibt es verschiedene Möglichkeiten: Das Schreiben kann mittels normalem Brief versandt werden, wobei dies wie bereits zuvor geschildert, unsicher ist, da man den Zugang nicht beweisen kann. Eine weitere Möglichkeit ist das Einschreiben mit Rückschein. Diese Variante ist aber nur dann sicher, wenn der Empfänger bei der Übergabe auch tatsächlich angetroffen wird, da ansonsten nur ein Benachrichtigungsschreiben in den Briefkasten geworfen wird und der Empfänger die Kündigung in der nächsten Postfiliale abholen muss. Holt er die Kündigung erst am nächsten Tag ab, kann u.U. die Kündigungsfrist nicht mehr eingehalten sein.

Eine sicherere Variante kann die Übersendung des Kündigungsschreibens durch ein Einwurf-Einschreiben darstellen. Hier kann der Briefzusteller im Streitfall als Zeuge auftreten und das genaue Datum und die Uhrzeit des Einwurfs bestätigen. Der sicherste Weg ist die Zustellung der Kündigung durch einen Boten. Damit dieser den Zugang des Kündigungsschreibens später bezeugen kann, muss er vorab gesehen haben, dass das besagte Kündigungsschreiben auch in dem Briefumschlag war.

Eine Kündigung kann grundsätzlich jederzeit erfolgen, d.h. sie ist nicht an die Arbeitszeit gebunden, sondern kann auch am Feierabend oder an einem Sonn- oder Feiertag erklärt werden. Jedoch darf sie nicht zur „Unzeit“, so beispielsweise mitten in der Nacht oder auf einem Betriebsausflug ausgesprochen werden.

6.3 Kündigungsfristen

1. Gesetzliche Kündigungsfristen

Während einer vereinbarten Probezeit, welche maximal sechs Monate betragen darf, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.

Beispiel

Arbeitnehmer Müde hat am 1. Januar seine Arbeit als Briefzusteller begonnen. Im Arbeitsvertrag wurde vereinbart, dass die ersten vier Monate als Probezeit gelten. Da Müde mehrmals unentschuldigt zu spät zur Arbeit erschienen ist, kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 10. April zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Da er das Kündigungsschreiben Müde persönlich am 10. April übergeben hat, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 24. April.

Nach Ablauf der Probezeit bzw. wenn keine Probezeit vereinbart wurde, kann ein Arbeitsverhältnis gemäß § 622 Abs. 1 BGB mit der gesetzlichen Grundkündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Dies gilt sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer.

Beispiel

Arbeitnehmer Korrekt möchte nach Ablauf der Probezeit sein Arbeitsverhältnis zum nächstmöglichen Zeitpunkt beenden. Heute ist der 13. Juni. Der frühestmögliche Kündigungszeitpunkt ist der 15. Juli. Hier gilt es zu beachten, dass die Kündigung spätestens am 17. Juni dem Arbeitgeber zugegangen sein muss.

2. Verlängerte gesetzliche Kündigungsfristen

Gemäß § 622 Abs. 2 BGB verlängert sich die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber abhängig von der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers in insgesamt sieben Stufen. Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres sind bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit grundsätzlich zu berücksichtigen.

Bei den verlängerten Kündigungsfristen ist eine Beendigung nur noch zum Ende eines Kalendermonats möglich:

- wenn das Arbeitsverhältnis 2 Jahre bestanden hat: 1 Monat
- wenn das Arbeitsverhältnis 5 Jahre bestanden hat: 2 Monate
- wenn das Arbeitsverhältnis 8 Jahre bestanden hat: 3 Monate
- wenn das Arbeitsverhältnis 10 Jahre bestanden hat: 4 Monate
- wenn das Arbeitsverhältnis 12 Jahre bestanden hat: 5 Monate
- wenn das Arbeitsverhältnis 15 Jahre bestanden hat: 6 Monate
- wenn das Arbeitsverhältnis 20 Jahre bestanden hat: 7 Monate

Beispiel

Arbeitgeber Einzel möchte dem Arbeitnehmer Handel ordentlich kündigen, da dieser trotz mehrfacher Abmahnung weiterhin die Kunden beleidigt. Handel ist bereits seit 11 Jahren bei Einzel tätig. Mit welcher Frist kann Einzel kündigen und zu welchem Zeitpunkt, wenn heute der 26. November ist? Die Kündigungsfrist beträgt 4 Monate zum Ende eines Kalendermonats, da das Arbeitsverhältnis seit über 10

KÜNDIGUNGSFRISTEN



Jahren, aber noch keine zwölf Jahre bestand. Der frühestmögliche Beendigungszeitpunkt ist der 31. März des folgenden Jahres.

Für die Berechnung der maßgebenden Kündigungsfrist muss das Arbeitsverhältnis ununterbrochen bestanden haben, wobei Unterbrechungen bis zu einem Monat noch als unschädlich gesehen werden. Voraussetzung ist aber, dass zwischen den Beschäftigungsverhältnissen neben dem engen zeitlichen auch ein sachlicher Zusammenhang besteht. Hier ist dann auf die Art der Tätigkeit, die Gleichartigkeit des Arbeitsorts, den Arbeitsumfang, den Arbeitsplatz und das Arbeitsentgelt abzustellen. Die Berücksichtigung einer Vorbeschäftigung kommt allerdings dann nicht in Betracht, wenn der Arbeitnehmer das frühere Beschäftigungsverhältnis selbst gekündigt hat.

Bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB hat der neue Betriebsinhaber die Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei dem bisherigen Inhaber bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit und somit bei der maßgebenden Kündigungsfrist grundsätzlich zu berücksichtigen.

3. Tarifvertragliche Regelungen

Nach § 622 Abs. 4 BGB können die Grundkündigungsfrist, die verlängerte Kündigungsfrist und die Kündigungsfrist während der vereinbarten Probezeit durch einen Tarifvertrag verkürzt oder verlängert werden. Wann ein Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, wissen Sie bereits.

Beispiel

Nach dem Mantelrahmentarifvertrag für das Wach- und Sicherheitsgewerbe für die Bundesrepublik Deutschland kann das Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit einer Frist von 4 Tagen und nach Ablauf dieser während den ersten 2 Jahren des Beschäftigungsverhältnisses mit einer Frist von 21 Kalendertagen zum Schichtende gekündigt werden.

Nach diesem Tarifvertrag sind die Kündigungsfristen kürzer als die gesetzlichen. Andere Tarifverträge hingegen enthalten längere Fristen.

Beispiel

Nach dem TVÖD beträgt die Kündigungsfrist bei einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 10 Jahren 5 Monate zum Schluss eines Kalendervierteljahres.

Auch wenn tarifvertraglich eine kürzere oder längere Kündigungsfrist möglich ist, dürfen für den Arbeitnehmer keine längeren Kündigungsfristen vereinbart werden als für den Arbeitgeber.

4. Einzelvertragliche Regelungen

Bei der gesetzlichen Grundkündigungsfrist von 4 Wochen und den verlängerten Kündigungsfristen handelt es sich um sogenannte Mindestkündigungsfristen. Aus diesem Grund dürfen diese durch einzelvertragliche Vereinbarungen nicht verkürzt werden, aber verlängert werden.



Sollen die verlängerten Kündigungsfristen auch für den Arbeitnehmer gelten, muss dies arbeitsvertraglich vereinbart werden, sonst gilt nur die gesetzliche Grundkündigungsfrist für den Arbeitnehmer.

6.4 Schutz vor bestimmten Kündigungen

1. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot

Die Kündigung einer Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft (§ 17 MuSchG) oder die Kündigung während der Elternzeit (§ 18 BEEG) ist gesetzlich verboten, so dass eine trotzdem ausgesprochene Kündigung nach § 134 BGB unwirksam ist. Weitere Ausführungen zu diesem Thema und welche Personen noch durch gesetzliche Vorschriften geschützt sind, finden Sie unter Punkt 6.7.

Nach den Vorschriften des AGG, welche eine unangemessene Benachteiligung aus bestimmten Gründen nicht erlauben, können auch Kündigungen, die hiergegen verstoßen, unter bestimmten Voraussetzungen unwirksam sein. So hat das BAG beispielsweise entschieden, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers mit einer HIV-Infektion, der in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses noch keinen Schutz nach dem KSchG genießt, eine Benachteiligung nach § 1 AGG darstellt und somit nach § 134 BGB unwirksam ist.

2. Betriebsübergang

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft von dem bisherigen Betriebsinhaber auf einen anderen Inhaber über, so wird der neue Inhaber nach § 613a BGB automatisch neuer Arbeitgeber des Arbeitnehmers. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Arbeitnehmer dem Übergang nicht ausdrücklich widersprochen hat.

Kündigt nun der neue Arbeitgeber einem Arbeitnehmer wegen des Betriebsübergangs, ist diese Kündigung unwirksam. Liegen hingegen andere Gründe vor, wie z.B. Spar- und Rationalisierungsmaßnahmen oder verhaltensbedingte Gründe, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 134 BGB.

3. Arbeitsvertragliche und tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen

Aufgrund der Vertragsfreiheit können Arbeitgeber und Arbeitnehmer in dem Arbeitsvertrag vereinbaren, dass eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen ist oder nach einer bestimmten Betriebszugehörigkeit nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Solche Vereinbarungen finden sich in Arbeitsverträgen jedoch selten. Vielmehr beinhalten einige Tarifverträge, wie § 34 Abs. 2 TvöD, solche Regelungen. Hiernach kann einem Arbeitnehmer, der das 40. Lebensjahr vollendet hat und 15 Jahre für den Arbeitgeber tätig gewesen ist, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden.



4. Maßregelungsverbot nach § 612a BGB

Ist der Arbeitgeber mit der Zahlung des Lohns in Rückstand oder kommt er sonst einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis nicht nach, kann der Arbeitnehmer ihn auffordern, den ausstehenden Lohn zu zahlen bzw. einer bestimmten Pflicht nachzukommen. Kündigt der Arbeitgeber daraufhin das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer, verstößt dies gegen § 612a BGB und führt ebenfalls zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 134 BGB.

6.5 Die ordentliche Kündigung

1. Allgemeiner Kündigungsschutz

Da der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, den Kündigungsgrund in der Kündigung anzugeben, können viele Arbeitnehmer nicht nachvollziehen, warum sie diese erhalten haben. Erst in einem möglichen gerichtlichen Verfahren nach Erhebung der Kündigungsschutzklage muss der Arbeitgeber die konkreten Gründe zur Kündigung nennen, da ihn diesbezüglich die Darlegungs- und Beweislast trifft. Voraussetzung hierfür ist allerdings die Anwendbarkeit des KSchG, d.h. das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung länger als sechs Monate bestanden haben und es müssen dort in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt sein.

In die sechsmonatige Beschäftigungszeit fallen auch Urlaubs- und Krankheitszeiten, aber auch Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber sind zu berücksichtigen, wenn zwischen altem und neuem Arbeitsverhältnis nur wenige Tage liegen. Hat der Arbeitnehmer das vorherige Arbeitsverhältnis selbst beendet, findet dieses bei der Dauer der Betriebszugehörigkeit keine Berücksichtigung.

Besteht das Arbeitsverhältnis bereits länger als sechs Monate, kann die Anwendbarkeit des KSchG trotzdem ausgeschlossen sein, wenn in dem Betrieb in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt sind. Ob dies der Fall ist oder nicht, ist dadurch zu bestimmen, in dem man die regelmäßige Zahl der Beschäftigten rückblickend ermittelt. Hierbei sind Auszubildende überhaupt nicht und Teilzeitbeschäftigte, entsprechend ihrer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit, unterschiedlich zu berücksichtigen. Teilzeitbeschäftigte mit nicht mehr als zwanzig Wochenstunden sind mit 0,5 und diejenigen mit nicht mehr als 30 Stunden pro Woche mit 0,75 zu zählen. Bei der Berechnung der genauen Beschäftigtenzahl ist auch der gekündigte Arbeitnehmer mitzuzählen.

Beispiel

Im Betrieb des Arbeitgebers Sauber arbeiten fünf Arbeitnehmer in Vollzeit (40 Stunden), vier mit einer Arbeitszeit zwischen 21 und 30 Stunden und sechs mit einer unter 20 Stunden in der Woche. Arbeitgeber Sauber will nun dem Arbeitnehmer Ordentlich, der seit 6 Jahren dem Betrieb angehört und in Vollzeit dort arbeitet, kündi-

gen, da er zum wiederholten Mal nach erfolgter Abmahnung zu spät zur Arbeit erschienen ist. Genießt Arbeitnehmer Ordentlich den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG? JA, da er länger als sechs Monate dort tätig ist und mehr als zehn Arbeitnehmer (insgesamt 11) in dem Betrieb arbeiten.

Haben in dem Betrieb vor dem 31. Dezember 2003 mehr als fünf und weniger als zehn Arbeitnehmer gearbeitet, gilt dieser niedrigere Schwellenwert für die „Altarbeitnehmer“ auch heute noch, sofern auch heute noch mehr als fünf „Altarbeitnehmer“ in dem Betrieb beschäftigt sind. Sind zwischenzeitlich von diesen Beschäftigten nach dem 31. Dezember 2003 so viele aus dem Betrieb ausgeschieden, dass die Zahl unter fünf „Altarbeitnehmer“ gesunken ist, genießen diese nicht mehr den speziellen „Altkündigungsschutz“. Der normale Kündigungsschutz nach dem KSchG kommt erst dann zur Anwendung, wenn die Zahl über zehn liegt, wobei hier sowohl die „Altbeschäftigten“ als auch die Neubeschäftigten zu berücksichtigen sind.

Der allgemeine Kündigungsschutz des KSchG gilt grundsätzlich nur für Arbeitnehmer und umfasst nur die ordentliche Kündigung des Arbeitgebers. Kündigungen des Arbeitnehmers, andere Beendigungstatbestände des Arbeitsverhältnisses und Kündigungen aus anderen als den in § 1 Abs. 2 KSchG genannten Gründen werden vom KSchG grundsätzlich nicht umfasst. Dies bedeutet auch für die fristlose Kündigung, dass sie nicht unter den Anwendungsbereich des KSchG fällt.

2. Sozialwidrigkeit der Kündigung

Ist der Anwendungsbereich des KSchG eröffnet – Beschäftigung länger als sechs Monate und mehr als zehn Arbeitnehmer oder mehr als fünf Altarbeitnehmer – muss sich die Kündigung vor allem an § 1 Abs. 2 und 3 KSchG messen lassen. Hiernach ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt und somit unwirksam, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Sofern dringende betriebliche Gründe vorliegen, ist eine Kündigung dann sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Welche Punkte dies sind, behandeln wir unter Punkt 6.5.3.

3. Kündigung als letztes Mittel

Eine Kündigung soll grundsätzlich nur als letztes Mittel in Betracht gezogen werden, d.h. der Arbeitgeber muss vor Ausspruch einer Kündigung versuchen, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses durch andere geeignete und mildere Maßnahmen zu sichern, eventuell zu geänderten Arbeitsbedingungen. Daher gilt der Grundsatz „Änderungskündigung vor Beendigungskündigung“.

Ist ein Arbeitnehmer zum Beispiel zu spät zur Arbeit erschienen oder hat er sich nicht unverzüglich beim Arbeitgeber krankgemeldet, hat vor Ausspruch einer ver-

DIE ORDENTLICHE KÜNDIGUNG

haltensbedingten Kündigung zunächst eine Ermahnung oder Abmahnung als milderes Mittel zu erfolgen. Je nach Grad der Pflichtverletzung kann sogar von dem Arbeitgeber verlangt werden, dass er den Arbeitnehmer nicht nur einmal wegen des gleichen oder vergleichbaren Verhaltens abmahnt.

Kann ein Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen seine bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben, stellt dies keinen Grund zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses dar. Vielmehr muss der Arbeitgeber zunächst prüfen, ob er den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz „leidensgerecht“ einsetzen kann. Ist ein solcher Arbeitsplatz vorhanden und weigert sich der Arbeitnehmer einen Änderungsvertrag abzuschließen, muss der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aussprechen. Eine Beendigungskündigung kommt nicht in Betracht.

4. Prognose

Da der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bei einer Kündigung erheblich gefährdet ist, hat der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung eine Prognose zu treffen und zwar dahingehend, ob mit weiteren Belastungen oder Störungen des Arbeitsverhältnisses zu rechnen ist. Dabei darf die Zukunftsprognose nicht nur auf Wahrscheinlichkeiten oder bloße Vermutungen gestützt werden.

5. Interessenabwägung

Schließlich muss bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und denjenigen des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses stattfinden. Als Interessen des Arbeitnehmers sind das Lebensalter, evtl. Unterhaltungspflichten, Vermittlungsaussicht auf dem Arbeitsmarkt und z.B. die Aussicht auf einen zeitnahen Bezug der Altersrente zu berücksichtigen. Auf Seiten des Arbeitgebers hingegen kann von Bedeutung sein, ob es sich um ein langjährig beanstandungsfreies Arbeitsverhältnis handelt oder nicht.

6.5.1 Personenbedingte Gründe

1. Allgemeines

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, ist immer dann in Betracht zu ziehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften nicht mehr in der Lage ist, künftig seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen. Dies kann insbesondere bei mangelnder körperlicher Eignung sowie bei Erkrankungen und damit verbundener Leistungsminderung der Fall sein.

Liegen solche Einschränkungen beim Arbeitnehmer vor, führt dies nicht unmittelbar zu einer Kündigung. Dies haben Sie bereits unter Punkt **6.5 Ziffer 3** erfahren. Vielmehr muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen und wirtschaftlichen Interessen führt.

2. Einzelfälle

a) Krankheit

Viele Arbeitnehmer sind immer noch der Auffassung, dass man ihnen während eines bestehenden Krankenscheins nicht kündigen kann. Mit der Nennung der personenbedingten Gründe bietet das Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit, auch wegen Krankheit zu kündigen. Allerdings ist eine krankheitsbedingte Kündigung an bestimmte Voraussetzung gebunden und daher nicht so einfach.

Zuerst einmal muss der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung nachweisen, dass bei dem Arbeitnehmer eine **negative Gesundheitsprognose** vorliegt und aus diesem Grund zukünftig auch weiterhin mit weiteren Erkrankungen im bisherigen Umfang zu rechnen ist. Dies kann der Arbeitgeber in der Regel nicht, da der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, ihm die Diagnosen und somit die Ursachen der Krankheit zu nennen.

Neben dieser negativen Gesundheitsprognose muss der Arbeitgeber darlegen, dass es durch die Fehlzeiten des Arbeitnehmers zu konkreten Störungen im Betriebsablauf oder zu erheblichen wirtschaftlichen Belastungen gekommen ist. Hier spielen Faktoren wie die Höhe der Entgeltfortzahlungen, die Kosten für die befristet eingestellte Krankheitsvertretung oder die Mehrarbeit der Kolleginnen und Kollegen, also Überstunden, eine wichtige Rolle. Liegen die Gründe der Arbeitsunfähigkeit im betrieblichen Bereich, ist dem Arbeitgeber die Hinnahme einer Beeinträchtigung seiner betrieblichen Interessen eher zuzumuten. Dies bedeutet, dass das Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in solchen Fällen Vorrang hat.

Wie Sie bereits unter Punkt **3.1.3 Ziffer 4 Exkurs BEM** erfahren haben, ist ein Arbeitgeber zur Einleitung und Durchführung eines BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX verpflichtet, sobald der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Da die Kündigung nach dem „ultima-ratio-Prinzip“ immer das letzte Mittel sein soll, ist der Arbeitgeber bei der von ihm durchzuführenden Interessenabwägung stets verpflichtet, auch die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Insoweit muss der Arbeitgeber zunächst prüfen, ob er den Arbeitnehmer auf einem anderen, leidensgerechten Arbeitsplatz weiterbeschäftigen kann. Hierfür ist das BEM das passende Verfahren, da eine solche Möglichkeit und andere mögliche Änderungen der Arbeitsbedingungen gemeinsam mit dem betroffenen Arbeitnehmer besprochen und umgesetzt werden können.

Die Durchführung eines solchen Verfahrens ist allerdings keine formelle Voraussetzung zur Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung. Kündigt der Arbeitgeber ohne vorherige Durchführung des BEM, hat dies jedoch Folgen für die Darlegungs- und Beweislast im gerichtlichen Verfahren. So muss er glaubhaft erklären und darlegen, dass Änderungen der Arbeitsbedingungen nichts bewirkt

DIE ORDENTLICHE KÜNDIGUNG



hätten und dass weitere Hilfen, wie z.B. eine Reha-Maßnahme künftige Fehlzeiten nicht hätten vermeiden können. Diesen Beweis wird der Arbeitgeber in den meisten Fällen nicht führen können, vor allem, wenn er die Diagnose(n) des Arbeitnehmers nicht kennt.

Eine krankheitsbedingte Kündigung ist entweder bei einer langandauernden Krankheit oder bei häufigen Kurzerkrankungen möglich.

aa) Kündigung wegen lang andauernder Krankheit

Ist der Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum arbeitsunfähig erkrankt und kann er demzufolge seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung nicht erbringen, kann dies unter Umständen eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Vor allem wenn überhaupt nicht vorhersehbar ist, wann mit einer Genesung des Arbeitnehmers und der damit verbundenen Wiederherstellung der Arbeitskraft zu rechnen ist. Nach Ansicht des BAG stellt eine lang andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in der unmittelbaren Vergangenheit ein gewisses Indiz für die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit in der Zukunft dar. Dies gilt auch, wenn in den nächsten zwei Jahren nicht mit einer anderen Diagnose zu rechnen ist.

bb) Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen

Ist ein Arbeitnehmer im Jahr mehrmals für einen kurzen Zeitraum krank, kann dies unter Umständen ebenfalls zu einer ordentlichen, krankheitsbedingten Kündigung führen. Dies aber nur, wenn zu befürchten ist, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft wegen häufiger Kurzerkrankungen ausfallen wird, wobei Ausfallzeiten in der Vergangenheit Anhaltspunkt hierfür sein können. Betragen die Ausfallzeiten sechs Wochen oder weniger, ist dies vom Arbeitgeber hinzunehmen. Vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass er in den ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist.

Da jede Entscheidung über eine krankheitsbedingte Kündigung eine Einzelfallentscheidung ist, gibt es bei häufigen Kurzerkrankungen keine zeitliche Grenze, ab wann eine Kündigung gerechtfertigt ist. In der Regel kann man aber davon ausgehen, dass eine soziale Rechtfertigung dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der letzten beiden Jahre im Durchschnitt mehr als 25 % der Arbeitstage wegen Kurzerkrankungen gefehlt hat.

cc) Kündigung bei dauernder Leistungsunfähigkeit

Eine negative Gesundheitsprognose liegt in der Regel dann vor, wenn der Arbeitnehmer dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, seine vertraglich geschuldete Arbeit zu erbringen. Ist auch kein leidensgerechter Arbeitsplatz vorhanden, führt dies gleichzeitig dazu, dass auch die betrieblichen Interessen erheblich beeinträchtigt sind und eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt sein kann.

Beispiel

Aufgrund eines schweren Bandscheibenvorfalles ist es dem Paketzusteller noch nicht mal mehr möglich, leichte Pakete zu tragen, oder aufgrund einer angeborenen Sehbehinderung, die mit dem Alter immer schlimmer wird, kann der Arbeitnehmer keine Arbeiten mehr verrichten.

b) Alkoholabhängigkeit

Alkoholabhängigkeit ist eine Krankheit und kann ebenfalls zu einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses führen. Allerdings ist der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung verpflichtet, dem Arbeitnehmer die Chance einer Entziehungskur zu geben. Eine negative Gesundheitsprognose liegt erst dann vor, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bereit ist, eine Therapie zu absolvieren, oder eine solche Therapie nicht zum gewünschten Erfolg geführt hat und der Arbeitnehmer weiter Alkohol konsumiert oder rückfällig geworden ist.

c) Eignung

Die fehlende Eignung des Arbeitnehmers, sowohl in fachlicher, körperlicher oder persönlicher Hinsicht, kann eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen.

Beispiel

Trunkenheitsfahrt eines Arbeitnehmers und Entzug der Fahrerlaubnis, so dass er seiner Tätigkeit als Fernfahrer nicht mehr nachkommen kann oder Sexualdelikte von Lehrern oder Erziehern im privaten Bereich.

6.5.2 Verhaltensbedingte Gründe**1. Voraussetzungen**

Eine verhaltensbedingte Kündigung kann dann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verhalten eine arbeitsvertragliche Pflicht verletzt hat. Da die Kündigung jedoch immer das letzte Mittel sein soll, muss der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung im Rahmen einer Interessenabwägung prüfen, ob das Verhalten des Arbeitnehmers an sich geeignet ist, einen solchen Schritt zu rechtfertigen. Kommt der Arbeitgeber zu dem Ergebnis, dass das Verhalten des Arbeitnehmers eine Kündigung rechtfertigt, ist es nur dann beachtlich, wenn der Arbeitgeber auch in Zukunft mit gleichen oder ähnlichen Vertragsverstößen rechnen muss.

Entscheidend ist in solchen Fällen immer, ob der Arbeitnehmer wegen des gleichen oder ähnlichen Verhaltens in der Vergangenheit schon einmal oder ggfs. mehrmals abgemahnt worden ist. Nur dann besteht tatsächlich eine Wiederholungsgefahr, die eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann. Wann ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer abmahnen und wie der Arbeitnehmer darauf reagieren kann, haben Sie bereits unter Punkt **5. Abmahnung** erfahren.

Eine vorherige Abmahnung ist in den Fällen entbehrlich, bei denen das Verhalten des Arbeitnehmers eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde.



2. Einzelfälle

a) Alkohol- und Rauchverbot

Unabhängig von der Frage, ob ein betriebliches Alkoholverbot besteht oder nicht, kann der Konsum von Alkohol während der Arbeitszeit nach vorheriger Abmahnung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Durch den Alkoholkonsum wird in der Regel die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers beeinträchtigt oder es besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer sich selbst oder andere gefährdet. Je nach Berufsfeld kann bereits ein einmaliger Verstoß gegen das Alkoholverbot eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Das kann beispielsweise bei Ärzten, Piloten oder Berufskraftfahrern der Fall sein.

Führt Alkoholisierung im Privatbereich zum Verlust des Führerscheins, so kann dies gegebenenfalls eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen. Gleiches gilt in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer alkoholabhängig ist. Sehen Sie hierzu unter Punkt **6.5.1 b) Ziffern 2 und 4** nach.

Verstößt ein Arbeitnehmer trotz wiederholter Abmahnung erneut gegen ein im Betrieb zwingend vorgeschriebenes Rauchverbot, kann eine Kündigung auch bei langjähriger Betriebszugehörigkeit gerechtfertigt sein. Ein solches Rauchverbot ist z.B. in fleisch- oder sonstigen Lebensmittel verarbeitenden Betrieben angebracht, da hier bestimmte Vorschriften eingehalten werden müssen.

b) Arbeitsverweigerung

Verweigert der Arbeitnehmer ohne Grund seine Arbeit, kann dies eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Dies gilt jedoch nur, wenn der Arbeitnehmer auch verpflichtet ist, die ihm zugewiesene Tätigkeit auszuüben.

Ein Verweigerungsrecht kann z.B. dann vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer durch die Arbeitsaufnahme einer Gesundheitsgefährdung aussetzen würde, da der Arbeitsplatz mit gefährlichen Stoffen belastet ist, oder von einer Maschine, an der der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichten soll, eine erhebliche Gefahr ausgeht. Liegt eine beharrliche Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers vor, kann sogar eine außerordentliche Kündigung in Betracht kommen. Da eine Kündigung immer zukunftsbezogen ist, muss in solchen Fällen allerdings berücksichtigt werden, ob der Arbeitnehmer auch zukünftig seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen wird. Dies ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, so dass unter Umständen lediglich eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt ist.

Auch kann nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor dem Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung eine „letzte“ Abmahnung geboten sein. Dies gilt beispielsweise, wenn die Weigerung des Arbeitnehmers zur Erfüllung seiner Arbeitspflicht auf arbeitsbedingten Problemen in der Zusammenarbeit mit einem oder mehreren Kollegen beruht.

Tritt ein Arbeitnehmer eigenmächtig seinen Urlaub an oder erscheint er trotz abgelehntem Urlaubsantrag nicht zur Arbeit, riskiert er eine verhaltensbedingte Kündigung, ohne dass der Arbeitgeber ihn vorher abmahnen muss. Unter Umständen ist in solchen Fällen auch eine außerordentliche Kündigung angebracht.

c) Außerbetriebliches Verhalten

Da der Arbeitnehmer bei einer verhaltensbedingten Kündigung eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt haben muss, kann außerbetriebliches Verhalten nur dann zu solch einer Kündigung führen, wenn das Verhalten unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis hat.

Beispiel

Ein Angestellter des Finanzamtes begeht selbst Steuerhinterziehung.

Zunehmend gewinnt auch die Frage des außerbetrieblichen Verhaltens von Arbeitnehmern an Bedeutung, die im kirchlichen Bereich arbeiten. Hier verlangen die Arbeitgeber von ihren Angestellten Loyalität, welche teilweise auch noch in einer kirchlichen Grundordnung verankert ist. So gab es beispielsweise Fälle, bei denen der Arbeitnehmer wieder geheiratet hatte oder aus der Kirche ausgetreten war und der Arbeitgeber daraufhin verhaltensbedingt gekündigt hatte. Die Gerichte hatten in diesen Fällen dem Arbeitgeber Recht gegeben, so dass die Kündigungen wirksam waren.

d) Internetnutzung

Es gibt heute fast keinen Beruf mehr, in welchem das Internet nicht genutzt wird. Trotzdem kann die private Nutzung des Internets während der Arbeitszeit einen Kündigungsgrund darstellen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Nutzung vom Arbeitgeber gestattet wurde oder nicht. Hat der Arbeitgeber die Nutzung erlaubt, kann eine solche in erheblichem zeitlichem Umfang eine Pflichtverletzung darstellen. Ist die Nutzung grundsätzlich nicht erlaubt und der Arbeitnehmer verstößt hiergegen, dann liegt grundsätzlich eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung vor. Diese wiederum wirkt umso schwerer, je mehr der Arbeitnehmer seine eigentliche Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Sicht vernachlässigt hat.

e) Äußerungen und Beleidigungen im Internet

Im Zeitalter des Internets gewinnen private Nachrichten, Gruppennachrichten, Posts oder sonstige Veröffentlichungen des Arbeitnehmers in sozialen Netzwerken wie Facebook, Twitter, LinkedIn, XING, WhatsApp usw. aus arbeitsrechtlicher Sicht immer mehr an Bedeutung. Denn abhängig vom Inhalt der getätigten Äußerung des Arbeitnehmers kann hierin eine Pflichtverletzung zu sehen sein, die den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigt.

DIE ORDENTLICHE KÜNDIGUNG

Zwar kann ein Arbeitnehmer grundsätzlich seine Meinung frei äußern. Dies hat aber dort seine Grenzen, wo es zu einem Verstoß gegen die Treue- und Loyalitätspflicht (siehe hierzu Punkt 4.2) gegenüber dem Arbeitgeber kommt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um Schmähkritik, Formalbeleidigungen, persönliche Angriffe auf den Arbeitgeber oder um Lügen handelt. Aber nicht immer ist sofort klar, ob es sich tatsächlich um eine Meinungsäußerung des Arbeitnehmers handelt. Neben „Postings“ auf der Pinnwand des eigenen Profils kann der Arbeitnehmer durch andere Formen seine Zustimmung zu verschiedenen Dingen zum Ausdruck bringen. Er kann z.B. Posts anderer Nutzer kommentieren, einen Beitrag mit einem „Like“ oder „Gefällt mir“ versehen oder er kann einen Beitrag eines anderen Nutzers einfach „nur“ teilen. Hier stellt sich dann die Frage, ob dies als eigene kundgetane Meinung zu sehen ist. Eine eindeutige Antwort hierauf gibt es bislang nicht, da die Arbeitsgerichte dies sehr unterschiedlich sehen.

Beispiel

Der Ehemann einer Arbeitnehmerin eines öffentlichen Geldinstitutes hatte auf Facebook folgendes gepostet: „Hab gerade mein Sparkassen-Schwein auf R.-T. getauft“ ... „Naja, irgendwann stehen alle Schweine vor einem Metzger“. R. und T. sind die Namen der beiden Vorstandsmitglieder des Arbeitgebers. Zudem hatte er eine Fischdarstellung, bei der das Mittelstück des Fisches durch das Symbol des Geldinstitutes dargestellt war, gepostet. Daneben stand „Unser Fisch stinkt vom Kopf“. Diesen Post hatte die Arbeitnehmerin durch das Anklicken des Buttons mit „Gefällt mir“ bewertet. Das Gericht sah die fristlose Kündigung des Arbeitgebers zwar als nicht gerechtfertigt an, da nicht bewiesen wurde, dass die Arbeitnehmerin den Button selbst „gedrückt“ hatte, gab aber zugleich an, dass das Drücken des „Gefällt-mir-Buttons“ eine Loyalitätsverletzung gegenüber dem Arbeitgeber darstellen würde.

Ein bloßes „Liken“ eines anderen Posts hat grundsätzlich nicht die Bedeutung wie ein eigener Post oder ein Kommentieren eines fremden Posts. Aber durch ein „Liken“ werden gepostete Äußerungen in sozialen Netzwerken als bedeutender wahrgenommen und beispielsweise bei Facebook gegenüber anderen Veröffentlichungen hervorgehoben. Je mehr User einen Beitrag „likern“, umso mehr wird er priorisiert. Auch ist zu berücksichtigen, dass „gelikte“ Posts anderer Nutzer im Nachhinein auch auf dem persönlichen Profil des Arbeitnehmers sichtbar sind. Daher kann der Betätigung eines „Like oder Gefällt-mir-Buttons“ die gleiche inhaltliche Bedeutung zukommen, wie einem gesprochenen Wort.

Hat der Arbeitnehmer Äußerungen auf seinem eigenen Profil gepostet, kann er für jeden einzelnen Post oder durch Einstellung seiner Privatsphäreinstellungen grundlegend festlegen, wer diesen sehen kann. Dies kann entweder für einen eng begrenzten Personenkreis wie seine Freunde oder nur für eine

bestimmte Gruppe sichtbar sein oder tatsächlich für sämtliche Nutzer des entsprechenden Netzwerks. Es geht hierbei um die Frage der Vertraulichkeit, die bei der Beurteilung, ob eine solche Äußerung zulässig ist oder nicht, zu berücksichtigen ist. Würde ein Arbeitnehmer eine negative Äußerung in einem persönlichen Gespräch mit einem Arbeitskollegen tätigen, würde diese dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers unterliegen, so dass sich eine Kündigung nur ausnahmsweise auf diese Äußerungen stützen könnte. Ob dieser Schutz auch für Äußerungen in sozialen Netzwerken gilt, ist bisher von den Arbeitsgerichten unterschiedlich gesehen worden.

Beispiel

Der Arbeitnehmer hatte auf seiner Pinnwand folgendes über seinen Vorgesetzten gepostet: „scheiss G1, hat mir zwei abmahnungen gegeben innerhalb von drei monaten wegen raugigkeit. Diesen kleinen scheisshaufen mache ich kaputt, werde mich beschweren über diesen wixxer bin 32jahre hier dabei und so ein faules schwein der noch nie gearbeitet hat in seinem scheissleben gibt mir zwei abmahnungen, da hat er sich im falschen verguckt diese drecksau“. Dieser Post war nur für die „70 Freunde“ des Arbeitnehmers sichtbar, wobei von diesen 36 Arbeitskollegen des Arbeitnehmers waren. Das Gericht sah in diesem Fall eine ordentliche, verhaltensbedingte Kündigung ohne vorherige Abmahnung als angemessen an, da es den Post des Arbeitnehmers wegen der großen Anzahl an „befreundeten“ Arbeitskollegen bei Facebook als „betriebsöffentlich“ bewertete.

Unabhängig von der Frage, ob der Arbeitnehmer den Adressatenkreis in dem jeweiligen sozialen Netzwerk eingeschränkt hat oder nicht, argumentieren einige Arbeitsgerichte, dass Äußerungen in solchen Netzwerken grundsätzlich nicht vertraulich sind, da die Posts durch „Teilen“ oder „Retweeten“ von Freunden innerhalb kürzester Zeit „öffentlich“ gemacht werden bzw. gemacht werden können. All diese Reaktionsmöglichkeiten haben zur Folge, dass die anfängliche Äußerung für einen noch größeren Adressatenkreis sichtbar wird und sich schneller und weiter verbreitet. Andere Gerichte hingegen differenzieren nach dem genauen Empfängerkreis. Danach ist eine Äußerung umso eher unzulässig, je weniger der Arbeitnehmer den Adressatenkreis seiner Aussage durch Anpassung seiner Privatsphäreneinstellungen begrenzt hat. Schließlich ist auch nach dem jeweiligen sozialen Netzwerk zu unterscheiden. In beruflichen Netzwerken wie XING oder LinkedIn, in denen Kollegen, Kunden und Geschäftspartner des Arbeitgebers Mitglied sind, hat eine negative Äußerung des Arbeitnehmers eine höhere Stellung als bei rein „privaten“ sozialen Netzwerken wie Facebook oder Instagram.

Soziale Netzwerke werden von Arbeitnehmern nicht nur für Beleidigungen und ähnliches genutzt, sondern oftmals auch als Plattform gesehen, um betriebliche

DIE ORDENTLICHE KÜNDIGUNG

Misstände oder sonstige Mängel anzusprechen. Begründete Kritik am Arbeitgeber ist grundsätzlich ok, allerdings sollten solche Punkte intern angesprochen werden. Hält sich der Arbeitnehmer nicht daran, kann dies auch zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber berechtigen, je nach Schwere entweder nach oder ohne vorherige Abmahnung.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass jeder Fall gesondert zu überprüfen und zu bewerten ist. Hierbei spielen grundsätzlich der Empfängerkreis und die Reichweite der Äußerung eine große Rolle. Aber auch die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die Intensität der Äußerung. Werden durch die Äußerung eine Vielzahl von Arbeitskollegen, Kunden oder Geschäftspartner des Arbeitgebers erreicht, kann dies auch weitreichende Folgen haben, vor allem im Hinblick auf die Schnelle der „Veröffentlichung“. Aber auch der Umstand, ob die Äußerung während oder außerhalb der Arbeitszeit gepostet oder in sonstiger Form verbreitet wurde, spielt eine wesentliche Rolle. Darüber hinaus sind auch die Umstände, wie es zu dem Verhalten des Arbeitnehmers gekommen ist, bei der Bewertung, ob dies zu einer Kündigung führen kann oder nicht, zu berücksichtigen. Beispielsweise können dies sein, dass der Arbeitgeber die Auseinandersetzung (mit)verursacht hat oder wie sonst der betriebliche Umgangston ist.



Tipp Auch wenn man sich durch den Arbeitgeber, Vorgesetzten oder Kunden des Arbeitgebers ungerecht behandelt fühlt, sollte man negative Äußerungen in Form von Beleidigungen, Kritiken oder sogar Lügen niemals in sozialen Netzwerken posten. Selbst wenn man solche Posts auf seinen Freundeskreis oder auf bestimmte Personen beschränkt hat, sollte man dies nicht tun. Die Gefahr, dass sich solche Posts innerhalb kürzester Zeit „verselbständigen“ und auf diesem Weg „öffentlich“ werden, ist viel zu groß. Außerdem weiß man nie, ob wirklich die Person auf der anderen Seite sitzt, mit der man meint zu „Chatten“ oder auf sonstigem Weg zu kommunizieren. Vielmehr sollte man sich bei einer selbst empfundenen ungerechten „Behandlung“ durch den Arbeitgeber oder Vorgesetzten rechtliche Unterstützung suchen, damit die Sache von dort aus bewertet werden und nach Möglichkeiten der Reaktion gesucht werden kann.

f) Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Arbeitsunfähigkeit

Ist ein Arbeitnehmer krank und kann er deshalb nicht arbeiten, ist er nach § 5 EFZG verpflichtet, dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Tage, muss der Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen. Dies gilt auch für Folgeerkrankungen, aber auch dann, wenn die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers endet und der Arbeitnehmer Krankengeld von seiner Krankenkasse erhält.

Kommt der Arbeitnehmer einer dieser Pflichten oder allen nicht nach, liegt eine Pflichtverletzung vor, welche den Arbeitgeber zur Abmahnung berechtigt. Ändert der Arbeitnehmer trotz erfolgter Abmahnung sein Verhalten nicht und verstößt weiterhin gegen diese Pflicht, führt dies zu einer verhaltensbedingten Kündigung, die dann in der Regel auch gerechtfertigt ist.

Erbringt der Arbeitnehmer während einer dem Arbeitgeber gemeldeten oder bescheinigten Arbeitsunfähigkeit Arbeitsleistungen für sich selbst oder für einen Dritten, kann dies eine verhaltensbedingte Kündigung, entweder nach vorheriger oder ohne Abmahnung, rechtfertigen. Dies kommt immer auf den Einzelfall und die Schwere der Vertragsverletzung an.

Beispiel

Der Arbeitnehmer ist wegen eines Bandscheibenvorfalles seit längerer Zeit krankgeschrieben. Da ihm die Decke auf den Kopf fällt und zuhause sowieso gerade Umbauarbeiten stattfinden, trägt er schwere Steine vor dem Haus nach hinten, damit er diese dort verlegen kann.

Dies gilt auch für die Fälle, in denen sich der Arbeitnehmer vom Arzt hat krankschreiben lassen, damit er anschließend in Urlaub fliegen konnte. Postet er dies dann auch noch mit der Aussage „Ab zum Arzt und dann Koffer packen“, stellt dies regelmäßig einen Grund zu einer verhaltensbedingten Kündigung, wenn nicht sogar zu einer fristlosen Kündigung dar. Hier hat sich der Arbeitnehmer die Krankschreibung nur erschlichen, damit er in Urlaub fliegen kann. Dies wiegt umso schwerer, wenn der Arbeitgeber den beantragten Urlaub für diesen Zeitraum abgelehnt hat und der Arbeitnehmer dann seine Arbeitsunfähigkeit im Vorfeld bereits angekündigt hat. Dies stellt dann einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung dar.

6.5.3 Betriebsbedingte Gründe

1. Allgemeines

Nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ist eine ordentliche Kündigung auch dann sozial gerechtfertigt, wenn sie aus dringenden betrieblichen Erfordernissen erfolgt, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Solche betrieblichen Gründe können z.B. dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber einen Teil des Betriebs aufgrund schlechter Auftragslage schließen möchte.

Ob die betriebsbedingte Kündigung nun wirksam ist oder nicht, wird in drei Stufen geprüft:

a) Dringende betriebliche Gründe

Zunächst ist festzustellen, ob der Arbeitsplatz aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse weggefallen ist. Hierbei können sich die betrieblichen Gründe sowohl aus außerbetrieblichen als auch aus innerbetrieblichen Umständen erge-

DIE ORDENTLICHE KÜNDIGUNG

ben. Zu den außerbetrieblichen Gründen zählen z.B. eine schlechte Auftragslage oder Umsatzrückgang. Innerbetriebliche Gründe können etwa Rationalisierungsmaßnahmen, Produktionsverlagerung ins Ausland oder auf eine andere Firma sein.

Liegt ein solcher Grund vor, muss sich dieser konkret auf die zukünftige Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers und auf einen Arbeitsplatz beziehen. Hierbei muss allerdings kein bestimmter Arbeitsplatz entfallen sein.

Beispiel

Kündigt ein Bauunternehmer aufgrund ausgelaufener Baustellen und fehlender Folgeaufträge drei von acht Maurern, ist nicht entscheidend, ob die drei Maurer auf den fertigen Baustellen eingesetzt wurden. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass zukünftig aufgrund der schlechten Auftragslage nicht mehr mehr als fünf Maurer beschäftigt werden können.

Da die Kündigung immer nur das letzte Mittel sein soll, müssen die betrieblichen Erfordernisse, die zu einem Wegfall eines Arbeitsplatzes führen, dringend sein. Diese Dringlichkeit ist grundsätzlich nur dann gegeben, wenn für den betroffenen Arbeitnehmer kein freier, vergleichbarer und gleichwertiger Arbeitsplatz im Unternehmen vorhanden ist.

b) Freier, vergleichbarer und gleichwertiger Arbeitsplatz

Frei ist ein Arbeitsplatz, wenn er im Zeitpunkt der Kündigung nicht durch einen anderen Arbeitnehmer besetzt ist. Ist ein freier Arbeitsplatz vorhanden, kommt aber ein Einsatz hierauf zunächst aufgrund fehlender Kenntnisse des Arbeitnehmers nicht in Frage, ist zunächst eine Fortbildung oder Umschulung des Arbeitnehmers durchzuführen, sofern diese für den Arbeitgeber zumutbar ist. Ein Arbeitsplatz ist dann vergleichbar und gleichwertig, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aufgrund seines Weisungsrechts ohne Änderung des Arbeitsvertrages dorthin versetzen kann. In diesem Zusammenhang ist nicht nur auf den Betrieb, sondern auf das ganze Unternehmen abzustellen.

c) Sozialauswahl

Betrifft die Entscheidung des Arbeitgebers nicht nur einen Arbeitnehmer, sondern mehrere, muss der Arbeitgeber entscheiden, wem er kündigen wird. Bei dieser Auswahlentscheidung hat der Arbeitgeber zunächst alle vergleichbaren Arbeitnehmer zu ermitteln. Vergleichbar sind Arbeitnehmer dann, wenn sie untereinander austauschbar sind, d.h. wenn sie aufgrund ihrer Fähigkeiten und Ausbildung die Arbeit eines anderen Arbeitnehmers übernehmen können. Dies schließt eine kurze Einarbeitungszeit nicht aus. Vergleichbarkeit ist auch dann gegeben, wenn sich verschiedene Arbeitnehmer während krankheits- oder urlaubsbedingter Abwesenheit gegenseitig vertreten haben.

In die Prüfung der Vergleichbarkeit sind grundsätzlich nur solche Arbeitnehmer einzubeziehen, die auf derselben „Ebene“ unter denselben Arbeitsbedingungen und vergleichbarem Lohn arbeiten.

Beispiel

Hat ein Arbeitgeber entschieden, dass er seine EDV-Abteilung teilweise schließen wird, da er bestimmte Bereiche hiervon künftig von einem externen Anbieter durchführen lässt, können in die Sozialauswahl nur die betroffenen Mitarbeiter der EDV-Abteilung einbezogen werden und nicht noch Mitarbeiter aus der Verwaltung oder dem kaufmännischen Bereich.

Aus dem Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer sind grundsätzlich diejenigen herauszunehmen, die einen besonderen Kündigungsschutz genießen. Dies sind beispielsweise Schwangere, Arbeitnehmer in Elternzeit oder Pflegezeit sowie Betriebsratsmitglieder. Ab wann dieser Personenkreis den besonderen Kündigungsschutz genießt und für welchen Zeitraum, erfahren Sie unter Punkt 6.7.

Auch Beschäftigte, die aufgrund eines Tarifvertrages ordentlich nicht mehr kündbar sind, sind bei der Auswahl nicht mit zu berücksichtigen. Dies gilt auch für Arbeitnehmer, die dem Betrieb noch keine sechs Monate angehören und dementsprechend die Wartezeit des KSchG noch nicht erfüllen. Diesen Personen ist zuerst zu kündigen.

Nachdem die vergleichbaren Arbeitnehmer bestimmt worden sind, ist nun zu prüfen, wer weniger schutzbedürftig ist und daher die Kündigung zuerst erhalten soll. Dies geschieht anhand der Kriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung.

6.5.4 Betriebsbedingte Kündigung mit Abfindung

Möchte der Arbeitgeber einen bestimmten Teil des Betriebes schließen und ist er sich in diesem Zusammenhang nicht sicher, ob die von ihm ausgewählten Arbeitnehmer und die damit verbundenen betriebsbedingten Kündigungen einer gerichtlichen Kontrolle standhalten würden, ermöglicht § 1a KSchG ihm eine gerichtliche Auseinandersetzung zu umgehen bzw. zu vermeiden. Hiernach kann er betriebsbedingt kündigen und gleichzeitig eine Abfindung in Höhe eines Bruttomonatslohns pro Beschäftigungsjahr anbieten. Diese Abfindung erhält der Arbeitnehmer allerdings nur, wenn er keine Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen ab Zugang der schriftlichen Kündigung erhebt. Dies muss eindeutig aus dem Kündigungsschreiben hervorgehen.

Ist der Arbeitnehmer mit dem Angebot einverstanden, muss er dies dem Arbeitgeber dem Grunde nach nicht mitteilen, da dieser mit Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist weiß, dass der Arbeitnehmer keine Klage erhoben hat. Bittet der Arbeitgeber in dem Kündigungsschreiben um Mitteilung, sollte der Arbeitnehmer dieser Bitte nachkommen. Eine Annahme ist regelmäßig dann zu empfehlen, wenn der Arbeitnehmer eine Anschlussbeschäftigung hat.



6.6 Die Außerordentliche Kündigung

Wer das Arbeitsverhältnis außerordentlich beenden will, ohne Kündigungsfristen einzuhalten, braucht hierfür einen wichtigen Grund. Dies ist dann der Fall, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dies gilt sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer. Eine außerordentliche Kündigung sollte allerdings nur dann in Erwägung gezogen werden, wenn mildere Mittel wie ordentliche Kündigung, Versetzung oder Abmahnung nicht in Betracht kommen.

6.6.1 Voraussetzungen

Genauso wie die ordentliche Kündigung bedarf die außerordentliche Kündigung der Schriftform. Da die außerordentliche Kündigung in der Regel fristlos ausgesprochen wird, ist weitere Voraussetzung, dass ein „wichtiger Grund“ vorliegt. Hierfür ist zunächst festzustellen, ob der konkrete Sachverhalt geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund darzustellen. Im weiteren Verlauf ist sodann zu prüfen, ob der wichtige Grund die Kündigung nach einer umfassenden Interessenabwägung rechtfertigt. Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass die außerordentliche Kündigung keine Sanktion für das Verhalten des Arbeitnehmers in der Vergangenheit darstellt, vielmehr muss zukünftig mit weiteren Belastungen zu rechnen sein, die dem Kündigenden nicht zugemutet werden können.

Eine Begründung der außerordentlichen Kündigung gegenüber dem zu Kündigenden ist für ihre Wirksamkeit grundsätzlich nicht erforderlich. Der Empfänger der außerordentlichen Kündigung kann aber verlangen, dass ihm die Gründe für die Kündigung schriftlich mitgeteilt werden. Nach § 626 Abs. 2 BGB kann eine außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen, nachdem der Kündigende von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat.

6.6.2 Wichtiger Grund

1. Wichtiger Grund für den Arbeitgeber

a) Gründe

Genauso wie eine ordentliche Kündigung kann eine fristlose Kündigung aus verhaltensbedingten, personenbedingten oder betriebsbedingten Gründen erfolgen, wobei den überwiegenden Teil verhaltensbedingte Gründe ausmachen.

b) Einzelfälle

aa) Alkohol

Trinkt ein Arbeitnehmer während der Arbeitszeit Alkohol oder kommt er betrunken zur Arbeit, rechtfertigt dies nicht unbedingt eine außerordentliche Kündigung. Ein solche kommt grundsätzlich erst dann in Betracht, wenn der

betroffene Arbeitnehmer wegen eines bereits begangenen Verstoßes gegen das Alkoholverbot abgemahnt worden ist. Beruft sich der Arbeitnehmer darauf, dass er alkoholabhängig ist, ist durch den Arbeitgeber zuerst eine krankheitsbedingte, ordentliche Kündigung zu prüfen. Ist der Arbeitnehmer allerdings ordentlich unkündbar, so ist in solchen Fällen eine außerordentliche Kündigung möglich.

Handelt es sich bei dem Arbeitnehmer um einen Berufskraftfahrer oder um einen Busfahrer, kann eine Fahrt unter Alkoholeinfluss und ein damit verbundener Entzug der Fahrerlaubnis ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen. Ein solcher Verstoß muss nicht unbedingt während der Arbeit begangen worden sein.

bb) Arbeitsunfähigkeit

Eine bestehende oder bereits länger andauernde Arbeitsunfähigkeit rechtfertigt grundsätzlich die außerordentliche Kündigung nicht. Geht man allerdings während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit anderen Tätigkeiten nach, der wichtigste Fall ist hier die Schwarzarbeit, kann dies unter Umständen zu einer fristlosen Kündigung führen. Durch die andere Arbeit während des Krankenscheins wird nämlich der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erheblich erschüttert. Der Arbeitnehmer muss dann dem Arbeitgeber erklären, warum er während der Arbeitsunfähigkeit einer anderen Tätigkeit nachgegangen ist.

Einen weiteren Bereich stellt die sportliche Aktivität während eines Krankenscheins dar. Grundsätzlich kann ein Arbeitnehmer während bestehender Arbeitsunfähigkeit alles machen, was für die Genesung von Vorteil ist. Sobald aber die sportlichen Aktivitäten den Heilungsprozess erheblich erschweren oder verzögern, kann eine fristlose Kündigung die Folge sein. So hat das BAG beispielsweise eine fristlose Kündigung für wirksam erklärt, weil der Arbeitnehmer trotz Hirnhautentzündung und damit verbundener Arbeitsunfähigkeit Skifahren war.

Hat der Arbeitnehmer die Krankheit nur vorgetäuscht und kann der Arbeitgeber dies beweisen, dann riskiert der Arbeitnehmer nicht nur eine fristlose Kündigung, sondern macht sich zusätzlich noch wegen Betrug bzw. versuchtem Betrug zulasten des Arbeitgebers strafbar, da er sich hierdurch die Entgeltfortzahlung erschleichen will. Siehe hierzu ebenfalls Punkt 6.5.2 Ziffer 2 f).

Vorsicht ist auch in solchen Fällen geboten, in denen der Arbeitnehmer androht, dass er beispielsweise bei Nichtgenehmigung des beantragten Urlaubs einen Krankenschein machen wird. Diese Androhung ist grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung zu liefern. Die Frage, ob der Arbeitnehmer zu dem besagten Zeitpunkt tatsächlich krank ist und eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt, spielt dann keine Rolle.

cc) Arbeitsverweigerung

Soweit der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, kann eine beharrliche Weigerung, seine vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, einen wichtigen Grund darstellen.

DIE AUSSERORDENTLICHE KÜNDIGUNG

In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass der Arbeitnehmer, wenn er unentschuldigt fehlt, zunächst einmal abgemahnt werden muss. Unter Umständen muss sogar bei erneutem unentschuldigtem Fehlen eine zweite Abmahnung erfolgen. Nimmt der Arbeitnehmer unverschuldet an, dass er aufgrund ausstehender Lohnansprüche nicht arbeiten muss, berechtigt diese Arbeitsverweigerung den Arbeitgeber nicht zur fristlosen Kündigung.

dd) Internetnutzung

Nutzt der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit privat das Internet, obwohl der Arbeitgeber ihm dies untersagt hat, kann dies je nach Häufigkeit und zeitlichem Umfang sowie vorheriger Abmahnung eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Selbst wenn der Arbeitnehmer nur kurz seine privaten E-Mails überprüfen möchte, stellt dies ein Verstoß dar. Schaut sich der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit auf Internetseiten mit pornografischen Inhalten um, kann dies eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen.

ee) Äußerungen und Beleidigungen durch den Arbeitnehmer

Wie Sie bereits unter Punkt 6.5.2 Ziffer 2 e) erfahren haben, können Äußerungen in Form von eigenen Posts, Teilen von anderen Beiträgen und sogar das Drücken des „Gefällt-mir-Buttons“ bzw. des „Like-Buttons“ erhebliche Vertragspflichtverletzungen darstellen. Je nach Schwere, Ausmaß und Reichweite kann dies sogar eine fristlose Kündigung rechtfertigen.

Beispiel

Auf dem privaten Facebook-Profil des Auszubildenden befinden sich unter der Rubrik „Arbeitgeber“ die folgenden Angaben: „menschen-schinder & ausbeuter, Leibeigener, daemliche scheisse fuer mindestlohn - 20 % erledigen“. Das Profil des Auszubildenden war für alle Nutzer von Facebook frei zugänglich. Das Landesarbeitsgericht sah in den Angaben massive Ehrverletzungen und setzte diese einer verbalen Äußerung durch den Auszubildenden gleich. Auch ist es nach Ansicht des LAG gleichgültig, ob der Ausbilder namentlich genannt wurde oder nicht. Da die Freunde in Facebook regelmäßig wissen, wo der andere Freund arbeitet, sei völlig klar, wer damit gemeint sei.

Nicht nur Äußerungen in Form von Beleidigungen oder sonstigen Angriffen auf die Menschenwürde im Internet über den Arbeitgeber oder Vorgesetzte können eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer z.B. eine SMS oder eine MMS mit ehrverletzenden Äußerungen oder Bildern an den Arbeitgeber, Vorgesetzten oder Kollegen schickt.

Beispiel

Die Arbeitnehmerin schrieb ihrer Arbeitskollegin nach erheblichem Alkoholgenuss folgende SMS: „Hi arschloch. Meine liebe I. könnt sich heute noch bekotzen, dass du sie umarmst hast u. dich verabschiedet hast! Der L. kam auf mich zu wegen

Hygiene, habe gesagt, dass du bereit warst Tuberkulose ins Haus einzuschleppen, und du generell 5 Kinder aus Feinheit nicht betreut hast. Er hat mich um HYGIENE Gebeten, ich konnte ihn die faule Sau O.S.sagen". Nach Auffassung des LAG hat die Arbeitnehmerin ihre Kollegin schwerwiegend beleidigt, was einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellt. Da in der SMS auf die Arbeit Bezug genommen wird, sei die Äußerung auch nicht im privaten Bereich getätigt worden.

Tip

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl Äußerungen während als auch außerhalb der Arbeitszeit, die den Arbeitgeber, Vorgesetzte, Kollegen oder Kunden des Arbeitgebers betreffen, einen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen können. Selbst Äußerungen im privaten Bereich, die in erster Linie nichts mit dem Arbeitsverhältnis zu tun haben, können bei Nennung des Arbeitgebers in dem Account des Arbeitnehmers einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen, sobald der Arbeitgeber mit den Äußerungen in Verbindung gebracht wird.

ff) Strafbare Handlungen

Begeht der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses eine Straftat zu Lasten seines Arbeitgebers, zum Beispiel Diebstahl oder Arbeitszeitbetrug, rechtfertigt dies regelmäßig eine fristlose Kündigung. Selbst das Entwenden von Sachen mit geringem Wert wie etwa ein Stück Kuchen in einer Bäckerei durch die Verkäuferin zum eigenen Verzehr kann zu einer wirksamen fristlosen Kündigung führen.

Allerdings muss bei jedem Einzelfall eine umfassende Prüfung und Interessenabwägung dahingehend stattfinden, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung – zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht. So hat das BAG in einem Fall, bei dem eine Verkäuferin mit Kassentätigkeit Pfandbons im Wert von 1,30 €, die ihr anvertraut wurden und die sie zu ihren Gunsten eingelöst hatte, entschieden, dass die vom Arbeitgeber ausgesprochene außerordentliche Kündigung unwirksam ist. Da die Verkäuferin bereits seit 30 Jahren für den Arbeitgeber tätig war, ohne dass es zu irgendwelchen Vorkommnissen dieser Art gekommen war, sah das BAG hier eine Abmahnung als milderer Mittel als angebracht.

2. Wichtiger Grund für den Arbeitnehmer

Die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer ist eher selten. Nichts desto trotz gibt es auch Fälle, die den Arbeitnehmer zu solch einer Maßnahme berechtigen.

DIE AUSSERORDENTLICHE KÜNDIGUNG

Grobe Beleidigungen oder sonstige Straftaten durch den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer rechtfertigen selbstverständlich – wie umgekehrt – die außerordentliche Kündigung.

Wichtiger sind jedoch die Fälle, bei denen der Arbeitgeber mit den Lohnzahlungen im Rückstand ist. Bevor der Arbeitnehmer allerdings eine fristlose Kündigung in Betracht zieht, sollte er den rückständigen Lohn schriftlich geltend machen und den Arbeitgeber gleichzeitig darauf hinweisen, dass er bei Nichterfüllung innerhalb der vom Arbeitnehmer gesetzten Frist von seinem Recht zur außerordentlichen Kündigung Gebrauch machen wird. Allerdings wird eine fristlose Kündigung nicht bereits bei einem Rückstand eines Teiles des Monatslohns oder eines Monatslohns angebracht sein. Vielmehr muss es sich mindestens um zwei, wenn nicht sogar mehrere Monatslöhne handeln.

6.6.3 Kein Verzicht auf fristlose Kündigung

Der Verzicht oder eine Beschränkung auf das Recht zur außerordentlichen Kündigung kann weder arbeitsvertraglich noch tarifvertraglich vereinbart werden. Die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis außerordentlich zu beenden, ist für beide Vertragspartner zwingendes Recht und somit unabdingbar. Ebenso wenig kann das Recht zur außerordentlichen Kündigung durch Vereinbarung dahingehend beschränkt oder erweitert werden, indem man bestimmte Kündigungsgründe abschließend vereinbart oder Tatbestände vereinbart, die stets eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

6.7 Anhörung des Betriebs-/Personalrates vor Ausspruch der Kündigung

Gibt es einen Betriebsrat, stehen diesem nach dem BetrVG viele Mitbestimmungsrechte zu, vor allem in personellen Angelegenheiten. Möchte nun der Arbeitgeber einem bestimmten Arbeitnehmer kündigen, muss er vor Ausspruch der Kündigung den Betriebsrat anhören. Dies gilt grundsätzlich bei allen Kündigungen, also bei einer ordentlichen, außerordentlichen, bei einer Änderungskündigung sowie bei einer Kündigung innerhalb der Probezeit. Kommt der Arbeitgeber der Pflicht zur Anhörung des Betriebsrates nicht oder nicht ordnungsgemäß nach, in dem er nicht alle Angaben macht, führt dies zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Besteht ein Personalrat, muss zwischen der Art der Kündigung unterschieden werden. Möchte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ordentlich kündigen, besteht ein Mitbestimmungsrecht des Personalrates, d.h. er kann aus bestimmten Gründen die Zustimmung verweigern. Möchte er dem Arbeitnehmer hingegen fristlos kündigen oder innerhalb der Probezeit, muss er vorher den Personalrat anhören. Eine ohne Anhörung des Personalrats ausgesprochene außerordentliche Kündigung ist unwirksam.

6.8 Besonderer Kündigungsschutz

6.8.1 Während der Schwangerschaft

Nach § 17 Abs. 1 S. 1 MuSchG ist die Kündigung einer Arbeitnehmerin während der gesamten Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Geburt des Kindes grundsätzlich unzulässig. Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung von der Schwangerschaft weiß. Kündigt der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin in Unkenntnis von der Schwangerschaft und möchte diese unter den besonderen Kündigungsschutz fallen, muss sie dem Arbeitgeber innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Kündigung die Schwangerschaft mitteilen. Unterrichtet sie ihn erst zu einem späteren Zeitpunkt, kann sie sich nicht mehr auf § 17 Abs. 1 S. 1 MuSchG berufen. Weiß die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs selbst nicht, dass sie schwanger ist, bleibt der besondere Kündigungsschutz bestehen, wenn sie die Mitteilung unverzüglich nach Kenntnis von der Schwangerschaft nachholt.

Der besondere Kündigungsschutz besteht ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses und gilt für alle Arbeitnehmerinnen, unabhängig ob sie Voll- oder Teilzeit arbeiten oder in einem unbefristeten oder befristeten Arbeitsverhältnis stehen. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen endet der Schutz allerdings mit Ablauf der Befristung.

Von § 17 Abs. 1 S. 1 MuSchG werden grundsätzlich alle Arbeitgeberkündigungen, also auch eine Änderungskündigung erfasst. Aufhebungsverträge hingegen fallen nicht hierunter.

Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis trotz Kenntnis über die Schwangerschaft, so ist diese nach § 134 BGB nichtig.

Eine Ausnahme vom Kündigungsverbot bei schwangeren Arbeitnehmerinnen besteht dann, wenn der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung einen Antrag auf Zustimmung bei der für Arbeitsschutz zuständigen Behörde gestellt hat und diese der beabsichtigten Kündigung zugestimmt hat. Eine solche Zustimmung wird nach § 17 Abs. 2 S. 1 MuSchG nur in besonderen Fällen erteilt. Hier seien z.B. eine Betriebsstilllegung oder eine Straftat zulasten des Arbeitgebers genannt.

Erteilt die zuständige Behörde die Zustimmung, muss die Kündigung schriftlich erfolgen und den Kündigungsgrund angeben.

Weitere Einzelheiten zu dem Thema finden Sie in den AK-Broschüren „Elterngeld / Elternzeit“, „Mutterschutz“ und den Info-Faltblättern „Bay kommt, was tun?“, „Elterngeld und Elternzeit“.

6.8.2 Während der Elternzeit

Nach § 18 Abs. 1 BEEG ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, ein Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, mindestens jedoch acht Wochen vor Beginn der Elternzeit und darüber hinaus während der gesamten Elternzeit, zu kündigen.

BESONDERER KÜNDIGUNGSSCHUTZ

Damit der Arbeitnehmer überhaupt unter diesen besonderen Kündigungsschutz fällt, muss er einen Anspruch auf Elternzeit haben. Ein solcher liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer mit seinem Kind in einem Haushalt lebt und dieses selbst betreut und erzieht. Diesen Anspruch muss er sodann spätestens sieben Wochen vor dem Beginn der Elternzeit schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht und gleichzeitig mitgeteilt haben, für welchen Zeitraum er Elternzeit in Anspruch nehmen will.

Unter diesen besonderen Kündigungsschutz fallen alle Arbeitnehmer, unabhängig, ob sie in Voll- oder Teilzeit arbeiten oder in einem unbefristeten oder befristeten Arbeitsverhältnis stehen, sowie alle Auszubildenden. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen endet der Schutz mit Ablauf der Befristung.

Macht der Arbeitnehmer den Anspruch auf Elternzeit nicht oder nicht in der richtigen Form geltend, kann er sich auch nicht auf den Kündigungsschutz berufen.

Grundsätzlich dauert der Schutz bis zum Ende der Elternzeit. Diese wiederum endet mit Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes. Da ein Arbeitnehmer während der Elternzeit auch in Teilzeit arbeiten kann, vorausgesetzt er hat diese schriftlich beantragt und die weiteren Voraussetzungen liegen vor, gilt das gesetzliche Kündigungsverbot des § 18 Abs. 1 BEEG nicht nur für den Bestand des bisherigen Arbeitsverhältnisses, sondern auch für die Dauer der Teilzeitarbeit während der Elternzeit. Erfolgt die Teilzeitbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber, gilt dieser Kündigungsschutz nicht.

Ähnlich wie bei § 17 MuSchG kann auch eine Kündigung während der Elternzeit durch die zuständige Behörde auf vorherigen Antrag des Arbeitgebers für zulässig erklärt werden. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Betrieb oder ein Betriebsteil, in dem der Arbeitnehmer vor seiner Elternzeit tätig war, stillgelegt wurde.

Weitere Einzelheiten zu dem Thema finden Sie in den AK-Broschüren „Elterngeld / Elternzeit“, „Mutterschutz“ und den Info-Faltblättern „Bay kommt, was tun?“ und „Elterngeld und Elternzeit“.

6.8.3 Während der Pflegezeit

Sowohl das PflegeZG als auch das FPfZG bezwecken die bessere Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege. Dem Arbeitnehmer soll hierdurch die Möglichkeit gegeben werden, wegen eines plötzlich auftretenden Pflegefalls für eine kurze Zeit (§ 2 PflegeZG) bzw. für einen Zeitraum von maximal sechs Monaten vollständig oder teilweise mit der Arbeit auszusetzen (§ 3 PflegeZG) oder für maximal 24 Monate mit einer verringerten Arbeitszeit von mindestens 15 Stunden wöchentlich zu arbeiten (FPfZG), um sich somit besser auf die Pflege konzentrieren zu können.

Nach § 5 Abs. 1 PflegeZG bzw. § 2 Abs. 3 FPfZG i.V.m. § 5 Abs. 1 PflegeZG darf der Arbeitgeber das Beschäftigungsverhältnis ab dem Zeitpunkt der Ankündigung, höchstens jedoch zwölf Wochen vor dem angekündigten Beginn, bis zur Beendigung einer der zuvor genannten „Pflegezeiten“ nicht kündigen. Handelt es sich um



eine kurzzeitige Pflege nach § 2 PflegeZG, muss der Arbeitnehmer diese unverzüglich dem Arbeitgeber melden. Bei einer Pflege von maximal sechs Monaten nach § 3 PflegeZG muss die Anzeige durch den Arbeitnehmer spätestens zehn Arbeitstage vor dem Beginn schriftlich erfolgen. Möchte der Arbeitnehmer die Pflegezeit nach dem FPfZG in Anspruch nehmen, muss er dies spätestens acht Wochen vor dem gewünschten Beginn schriftlich tun und gleichzeitig erklären, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang innerhalb der „Pflegezeit“ die Freistellung erfolgen soll.

Macht der Arbeitnehmer den Anspruch auf „Pflegezeit“ nicht geltend oder nicht in der richtigen Form, kann er sich auch nicht auf den Kündigungsschutz berufen.

Der besondere Kündigungsschutz besteht ab dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses und gilt für alle Arbeitnehmer, unabhängig ob sie Voll- oder Teilzeit arbeiten oder in einem unbefristeten oder befristeten Arbeitsverhältnis stehen, sowie alle Auszubildenden. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen endet der Schutz allerdings mit Ablauf der Befristung.

Weitere Einzelheiten zu diesem Thema finden Sie in dem AK-Infofaltblatt „Pflegezeitgesetz“.

6.8.4 Gegenüber Schwerbehinderten

Möchte der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer (GdB wenigstens 50) oder einem diesen gleichgestellten Arbeitnehmer (GdB 30 oder 40) kündigen, muss er vorher die Zustimmung nach § 85 SGB IX beim Integrationsamt beantragen. Die vorherige Einholung der Zustimmung zur Kündigung ist für den Arbeitgeber allerdings erst verpflichtend, wenn das Arbeitsverhältnis ununterbrochen länger als sechs Monate bestanden hat.

Kündigt der Arbeitgeber trotz Kenntnis der Schwerbehinderung oder Gleichstellung das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit, ohne die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt zu haben, ist diese nach § 134 BGB unwirksam. Weiß der Arbeitgeber nichts von der Schwerbehinderung oder der Gleichstellung und kündigt ohne vorherige Zustimmung, dann ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den Arbeitgeber über die Schwerbehinderteneigenschaft zu unterrichten. Dies muss er innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der Kündigung machen.

Teilt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Eigenschaft überhaupt nicht oder erst nach Ablauf der drei Wochen mit, fällt er nicht unter diesen besonderen Kündigungsschutz und die Anrufung des Integrationsamtes durch den Arbeitgeber ist dann nicht mehr erforderlich.

Ist in dem Betrieb eine Schwerbehindertenvertretung vorhanden, besteht für den Arbeitgeber zusätzlich noch die Pflicht, diese in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören. Dies

BESONDERER KÜNDIGUNGSSCHUTZ

gilt auch vor einer beabsichtigten Kündigung. Beteiligt er die Schwerbehindertenvertretung nicht und spricht eine Kündigung aus, ist diese nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX unwirksam.

Neben der Anrufung des Integrationsamtes und der Einholung der Zustimmung durch dieses sorgt die Verpflichtung des Arbeitgebers zur ordnungsgemäßen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung für einen „weiteren Kündigungsschutz“.

Weitere Einzelheiten zu diesem Thema finden Sie in der AK-Broschüre „Behinderte Menschen und ihr Recht“ sowie dem AK-Infoblatt „Schwerbehinderte sowie Gleichgestellte und ihre Rechte“.

6.8.5 Gegenüber Mitgliedern von Interessenvertretungen

Auch Betriebs- und Personalratsmitglieder genießen nach § 15 KSchG einen besonderen Kündigungsschutz. Hierdurch soll in erster Linie erreicht werden, dass die Mitglieder dieser Interessenvertretung ihre Aufgaben ordnungsgemäß wahrnehmen und ausüben können, ohne gleich einer Kündigung durch den Arbeitgeber ausgesetzt zu sein. Denn oftmals vertreten Arbeitgeber andere Ansichten im Hinblick auf die Mitbestimmung des Betriebs-/Personalrates.

Nach § 15 KSchG ist die ordentliche Kündigung eines Betriebs- oder Personalratsmitgliedes durch den Arbeitgeber grundsätzlich unzulässig. Allerdings gibt es hiervon zwei Ausnahmen: Wird der Betrieb komplett geschlossen, kann der Arbeitgeber nach § 15 Abs. 4 ordentlich, aus betriebsbedingten Gründen kündigen. In diesem Fall ist die Kündigung frühestens zum Zeitpunkt der Schließung möglich und zulässig. Liegen dringende betriebliche Gründe vor, kann auch eine Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen. Da der Arbeitgeber die Kündigungsfrist des betroffenen Mitgliedes einzuhalten hat, kann eine Kündigung auch erst nach der Betriebsschließung möglich sein.

Die zweite Ausnahme von dem Verbot ordentlicher Kündigungen eines Mitgliedes des Betriebs- oder Personalrates ist in § 15 Abs. 5 S. 1 KSchG geregelt. Wird eine Abteilung des Betriebes geschlossen, in der das Mitglied eingesetzt ist, besteht die Möglichkeit einer betriebsbedingten, ordentlichen Kündigung zum Zeitpunkt der Schließung bzw. bei einer längeren Kündigungsfrist erst zu einem Zeitpunkt nach der Schließung, sofern er nicht in einer anderen Abteilung eingesetzt werden kann.

Da § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG nur die betriebsbedingte ordentliche Kündigung betreffen, bedeutet dies, dass eine ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten oder personenbedingten Gründen grundsätzlich nicht möglich ist.

Da eine fristlose Kündigung nicht ausgeschlossen werden kann, weder arbeitsvertraglich noch tarifvertraglich, kann der Arbeitgeber einem Betriebs- oder Personalratsmitglied außerordentlich kündigen, wobei dies auch eine Änderungskündigung sein kann. Liegen wichtige betriebsbedingte oder personenbedingte Gründe vor,

muss der Arbeitgeber eine sogenannte „soziale Auslauffrist“ einhalten. Dies bedeutet, dass diese Frist mindestens so lang sein muss, wie die bei einer ordentlichen Kündigung einzuhaltende Kündigungsfrist.

Bevor der Arbeitgeber die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund aussprechen kann, muss er vorher gemäß § 103 BetrVG bzw. § 46 Abs. 2 SPersVG die Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrates einholen, sonst ist die Kündigung unwirksam. An der Sitzung, bei der der Betriebs- bzw. Personalrat über die Kündigung berät und Beschluss fasst, darf das betroffene Mitglied nicht teilnehmen.

Der besondere Kündigungsschutz des Betriebs- bzw. Personalratsmitgliedes beginnt grundsätzlich mit der Amtszeit und endet demzufolge auch mit dieser. Er gilt für alle Ratsmitglieder, nicht nur für freigestellte. Auch Ersatzmitglieder genießen diesen Schutz sobald sie entweder für ein ausgeschiedenes Ratsmitglied nachgerückt sind oder wenn es ein reguläres Ratsmitglied wegen dessen zeitweiliger Verhinderung vorübergehend vertritt.

Der besondere Kündigungsschutz besteht auch noch nach Ende der Amtszeit des Betriebs- bzw. Personalratsmitgliedes und zwar für ein Jahr. Möchte der Arbeitgeber innerhalb dieses Zeitraums kündigen, geht dies nur mit wichtigem Grund, also nur fristlos. Hierfür benötigt der Arbeitgeber aber keine Zustimmung mehr des Betriebs- bzw. Personalrates. Die Anhörung nach § 102 BetrVG bzw. § 80 Abs. 3 SPersVG ist völlig ausreichend. Eine ordentliche Kündigung, unabhängig aus welchem Grund, ist grundsätzlich nicht möglich.

Der in § 15 Abs. 1 KSchG festgelegte besondere Kündigungsschutz gilt auch für die Mitglieder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung.

6.9 Dreiwöchige Klagefrist

Hat der Arbeitnehmer eine Kündigung erhalten und ist er der Auffassung, dass diese nicht gerechtfertigt ist, kann er innerhalb von drei Wochen ab Zugang der Kündigung vor dem zuständigen Arbeitsgericht Klage erheben. Die Drei-Wochen-Frist gilt grundsätzlich bei allen Kündigungen, also bei der ordentlichen, der fristlosen und der Änderungskündigung.

Da die Kündigung nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist gemäß § 7 KSchG als von Anfang an wirksam gilt, ist es wichtig, dass man sich das genaue Datum aufschreibt, wann man die Kündigung erhalten hat. Gleichzeitig sollte man unverzüglich einen Termin zur Rechtsberatung vereinbaren (siehe Vorwort).

Droht die Drei-Wochen-Frist abzulaufen, hat man auch die Möglichkeit, selbst Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht zu erheben. Man geht zur Geschäftsstelle des Arbeitsgerichts und teilt mit, dass man eine Kündigung erhalten hat und man hiergegen Klage erheben möchte. Die Klage wird dann von dem Gericht gefertigt und dem Arbeitgeber zugestellt.



7. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag

7.1 Grundlagen

Ist man z.B. aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, die bisherige Arbeit bei seinem Arbeitgeber fortzusetzen oder hat man einen neuen Arbeitgeber gefunden und möchte das Arbeitsverhältnis deswegen beenden, geht dies oftmals nicht von heute auf morgen. Grund hierfür ist der Umstand, dass man bereits einen längeren Zeitraum beim Arbeitgeber tätig ist und aufgrund vertraglicher Vereinbarung oder eines Tarifvertrages die verlängerten Kündigungsfristen des Arbeitgebers auch für einen selbst gelten.

Möchte man sich aber an keine Kündigungsfrist halten, besteht die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag (Auflösungsvertrag) zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beenden. Hierzu muss der Arbeitgeber allerdings bereit sein, da der Aufhebungsvertrag eine Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über das vorzeitige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis darstellt.

Wie auch eine Kündigung bedarf der Aufhebungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der Schriftform. Dies bedeutet, dass beide Parteien den Vertrag unterschreiben müssen. Da in der Regel jede Partei ein Exemplar erhalten soll, wird der Aufhebungsvertrag in doppelter Ausfertigung erstellt.

7.2 Inhalte des Aufhebungsvertrages

Aufgrund der Vertragsfreiheit kann man in einem Aufhebungsvertrag grundsätzlich alles regeln und vereinbaren, solange dies nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstößt. Folgende Dinge werden üblicherweise in einem Aufhebungsvertrag vereinbart:

- **Präambel**

Hier wird der Grund genannt, warum der Vertrag geschlossen wird, und/oder auf wessen Veranlassung dies erfolgt.

- **Beendigungszeitpunkt**

- **Ordnungsgemäße Vergütung bis zum Beendigungszeitpunkt**

- **Freistellung und Anrechnung von Urlaub und Überstunden**

- **Urlaubs- und Überstundenabgeltung bei fehlender Freistellung**

- **Abfindung**

Die Abfindung ist eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers, so dass der Arbeitnehmer hierauf keinen Anspruch hat. Zahlt der Arbeitgeber trotzdem eine Ab-

findung, orientiert man sich an der Regel $\frac{1}{2}$ Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr.

- **Sonstige Ansprüche wie z.B. Urlaubs- oder Weihnachtsgeld**
- **Zeugnis (siehe hierzu Punkt 5.)**
- **Aufklärungs- und Belehrungspflichten des Arbeitgebers zur Arbeitslosmeldung**

Da beim Inhalt und beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages viele Dinge zu beachten sind, sollte man sich zur Absicherung vorab rechtlich beraten lassen, bevor man einen solchen unterschreibt.

7.3 Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen

a) Ruhen des Anspruchs auf ALG I wegen Eintritt einer Sperrzeit

Durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages endet das Arbeitsverhältnis zu dem darin vereinbarten Zeitpunkt. Hat der Arbeitnehmer keine direkte Anschlussbeschäftigung, kann er Arbeitslosengeld I bei der Agentur für Arbeit beantragen. Eine Voraussetzung hierfür ist, dass er vor der Antragstellung mindestens zwölf Monate in einem sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis gestanden hat. Ist dies der Fall, hat er einen Anspruch auf ALG I von mindestens sechs Monaten. Ein solcher Anspruch kann aber durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages zunächst ausgeschlossen sein, indem eine Sperrzeit eintritt.

Nach § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III i.V.m. § 159 Abs. 3 S. 1 SGB III tritt eine Sperrzeit von maximal zwölf Wochen ein, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund beendet hat.

Wichtige Gründe zum Zeitpunkt des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages, die eine Sperre verhindern, können nach Ansicht des BSG folgende sein:

- **Wesentliche Beeinträchtigung der Gesundheit:** Hier ist es empfehlenswert, sich vor Abschluss eines Aufhebungsvertrages eine ärztliche Bescheinigung ausstellen zu lassen, wonach empfohlen wird, das Arbeitsverhältnis bei dem Arbeitgeber aus gesundheitlichen Gründen zu beenden.
- **Erheblicher psychischer Druck, z.B. durch Mobbing am Arbeitsplatz:** Auch hier sollte dieser Beendigungsgrund vorab ärztlich bescheinigt werden.
- **Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindung, wenn dies angesichts einer drohenden betriebsbedingten Kündigung erfolgt und sich die Abfindung im gesetzlichen Rahmen bewegt, d.h. 0,5 Bruttomonatslöhne pro Beschäftigungsjahr.**
- **Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung und der nicht unmittelbar nach deren Ablauf in Anspruch genommenen Rente wegen einer Gesetzesänderung, die nach Abschluss der Altersteilzeitvereinbarung wirksam geworden ist.**

Die Sperrzeit beginnt mit dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers, also unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

INHALTE DES AUFHEBUNGSVERTRAGES

Beispiel

Arbeitnehmer Voreilig hat mit dem Arbeitgeber Oberschlau am 12. Mai einen Aufhebungsvertrag geschlossen, der eine Beendigung zum 17. Mai vorsieht. Dies erfolgte auf Wunsch des Voreilig. Unmittelbar nach Abschluss des Vertrages hat sich Voreilig bei der zuständigen Agentur für Arbeit arbeitssuchend gemeldet. Ab dem 18. Mai hat sich Voreilig arbeitslos gemeldet und ALG I beantragt. Da er keinen wichtigen Grund für die Beendigung hatte, bekam er ab dem 18. Mai eine Sperre von zwölf Wochen.

Durch die Verhängung einer Sperrzeit vermindert sich auch der Anspruch des Arbeitnehmers auf ALG I um die Dauer der Sperrzeit. Dauert die Sperrzeit zwölf Wochen, vermindert sich der Anspruch auf ALG I mindestens um ein Viertel der Gesamtanspruchsdauer.

Beispiel

ALG I für einen Monat bedeutet, dass für 30 Tage gezahlt wird. Hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf ALG I für 12 Monate, steht ihm ein Anspruch für 360 Tage zu. Erhält er nun eine Sperre von 12 Wochen, vermindert sich sein Anspruch für die Dauer der Sperrzeit um ein Viertel. Hiernach hat er nur noch einen Anspruch auf ALG I für 270 Tage.

Weitere Einzelheiten zum Anspruch auf ALG I und einer möglichen Sperre finden Sie in der AK-Broschüre „Arbeitslosengeld“.

b) Ruhen des Anspruchs auf ALG I wegen einer Abfindung

Die Vereinbarung einer Abfindungszahlung durch den Arbeitgeber in einem Aufhebungsvertrag hat zunächst einmal keine Auswirkungen auf den Anspruch des Arbeitnehmers auf ALG I. Schädlich ist die Vereinbarung einer Abfindung nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der für den Arbeitgeber maßgeblichen ordentlichen Kündigungsfrist beendet wird. Dies hat nach § 158 Abs. 1 SGB III zur Folge, dass der Anspruch auf ALG I für die Dauer der maßgeblichen Kündigungsfrist ruht.

Im Gegensatz zu einer Sperrzeit führt der Ruhenstatbestand des § 158 Abs. 1 SGB III nicht zu einer Minderung des Anspruchs auf ALG I. Hierdurch wird lediglich der Beginn des ALG I Bezugs zeitlich nach hinten verschoben. Die Höchstgrenze für ein Ruhen beträgt maximal ein Jahr.

c) Ruhen des Anspruchs auf ALG I bei Urlaubsabgeltung

Konnte der Arbeitnehmer vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur Teile seines Urlaubs oder gar keinen Urlaub mehr nehmen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Resturlaub bei Beendigung nach § 7 Abs. 4 BUrlG auszubezahlen.

Für die Dauer des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung ruht der Anspruch auf ALG I. Auch hier tritt keine Minderung des Anspruchs auf ALG I ein, sondern nur eine zeitliche Verschiebung.

Beispiel

Arbeitnehmer Genügsam hat noch 17 Tage Urlaub, die er vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (13. August) nicht mehr nehmen konnte. Der Arbeitgeber zahlt ihm diese 17 Tage aus. Ab dem 14. August hat sich Genügsam arbeitslos gemeldet. Aufgrund der Urlaubsabgeltung ruht der Anspruch auf ALG I vom 14. bis einschließlich 30. August. Erst danach erhält er ALG I.

d) Auswirkungen in Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung

Endet das Arbeitsverhältnis, endet auch die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung. Dies allerdings nicht sofort, sondern nach § 19 Abs. 2 SGB V erst nach Ablauf eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Sobald der Arbeitnehmer ALG I erhält, besteht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V wieder eine Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung, wobei die Beiträge durch die Agentur für Arbeit erstattet werden.

Wird gegen den Arbeitnehmer wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Sperre verhängt, braucht er sich im Hinblick auf eine fehlende Versicherung keinen Gedanken zu machen, da die Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V auch bei einer Sperrzeit besteht. Ruht der Anspruch auf ALG I nach § 158 SGB III, entsteht keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf des nachwirkenden Versicherungsschutzes selbst Beiträge für einen freiwilligen Krankenversicherungsschutz zahlen muss, sofern keine Mitversicherung in der Familienversicherung nach § 10 SGB V möglich ist.

Entsprechendes gilt hinsichtlich der Pflichtversicherung in der gesetzlichen Pflegeversicherung.

Ruht der Anspruch auf ALG I wegen einer Sperrzeit, wegen Zahlung einer Abfindung ohne Einhaltung der maßgebenden Kündigungsfrist oder wegen einer Urlaubsabgeltung, werden diese Zeiten nicht als rentenrechtliche Zeiten gewertet, denn Voraussetzung ist der tatsächliche Leistungsbezug, sprich die Zahlung von ALG I.

8. Arbeitspapiere und Zeugnis

Endet ein Arbeitsverhältnis, muss der Arbeitgeber verschiedenen Pflichten nachkommen. Hierzu zählt in erster Linie die Herausgabe der Arbeitspapiere. Welche dies sind, können Sie der folgenden Auflistung entnehmen:

- Arbeitszeugnis
- Lohnabrechnung nach § 108 Abs. 1 GewO
- elektronische Lohnsteuerbescheinigung nach § 41b Abs. 1 und 2 EStG
- Sozialversicherungsnachweis, sofern er dem Arbeitgeber im Original vorliegt
- Meldung zur Sozialversicherung nach § 25 DEÜV
- Arbeitsbescheinigung zur Vorlage beim Arbeitsamt nach § 312 SGB III, sofern sich der Arbeitnehmer arbeitslos gemeldet hat
- Urlaubsbescheinigung nach § 6 Abs. 2 BUrlG

Nach § 109 Abs. 1 GewO hat der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf die Erstellung eines Arbeitszeugnisses. Dieses muss mindestens Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit enthalten. Ist dies der Fall, spricht man von einem einfachen Arbeitszeugnis. Ein solches Arbeitszeugnis wird in der Regel dann erstellt, wenn das Arbeitsverhältnis nur für eine kurze Zeit bestanden hat. Soll das Arbeitszeugnis darüber hinaus noch Angaben über Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers enthalten, muss dies der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber verlangen. Dann spricht man von einem qualifizierten Arbeitszeugnis.

Da man das Arbeitszeugnis in der Regel für seine Bewerbungsunterlagen benötigt, um sich hiermit bei anderen Arbeitgebern zu bewerben, muss es alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten, die für die Gesamtbeurteilung von Bedeutung und für zukünftige Arbeitgeber von Interesse sind. In diesem Zusammenhang ist der Arbeitgeber zwar bei der Formulierung des Zeugnisses frei, allerdings darf er nichts erwähnen, was nicht der Wahrheit entspricht. Hier gelten die Grundsätze der Zeugniswahrheit und Zeugnisklarheit.

Verlangt der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber ein qualifiziertes Arbeitszeugnis, hat er grundsätzlich einen Anspruch auf ein solches mit der Gesamtbewertung „befriedigend“. Möchte er eine bessere Bewertung haben, muss er dies durch entsprechende Unterlagen beweisen. Dies können z.B. Teilnahmebescheinigungen an Fort- oder Weiterbildungen sein, aber auch positive Dienstbeurteilungen durch den Arbeitgeber. Ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass der Arbeitnehmer eine schlechtere Note als „3“ verdient hat, muss er dies ebenfalls beweisen.

In der heutigen Arbeitswelt sollte ein qualifiziertes Arbeitszeugnis wie folgt aufgebaut sein:

- Überschrift „Zeugnis“, „Arbeitszeugnis“
- Daten des Arbeitnehmers, Tätigkeit und Dauer des Arbeitsverhältnisses

- Kurze Darstellung des Arbeitgebers
- Aufgabenbeschreibung bzw. Tätigkeitsmerkmale
- Leistungsbeurteilung, Arbeitsbereitschaft, Fachwissen und Fachkönnen sowie Weiterbildung
- Arbeitsweise, Belastbarkeit und Arbeitserfolg
- Zusammenfassende Leistungsbeurteilung
- Führungsleistung (bei Führungskräften)
- Sozialverhalten gegenüber Vorgesetzten, Kollegen, Mitarbeitern, Kunden, Patienten, Bewohnern oder Geschäftspartner
- Beendigungsgründe und Schlussformulierung

Die Tätigkeiten des Arbeitnehmers sind vollständig aufzulisten und so genau zu beschreiben, dass sich ein potenzieller neuer Arbeitgeber ein klares Bild über seinen möglichen neuen Mitarbeiter machen kann. Einmalige Vorfälle, die für das Verhalten und die Leistung des Arbeitnehmers nicht ausschlaggebend sind, haben in dem Zeugnis nichts zu suchen. Hat sich der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses vorbildlich verhalten und keinen Grund zu Beanstandungen gegeben, muss dies im Arbeitszeugnis seinen Ausdruck finden. Dies kann durch Begriffe wie „stets“, „immer“, „jederzeit“ oder „ausnahmslos“ geschehen.

Handelt es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis, sondern um ein Ausbildungsverhältnis, hat der Auszubildende nach § 16 BBiG einen Anspruch auf ein Ausbildungszeugnis. Hier gelten dieselben Voraussetzungen und Regeln wie bei einem Arbeitszeugnis, so dass auf die vorigen Ausführungen verwiesen werden kann.

Weitere Einzelheiten zu dem Thema Arbeitszeugnis finden Sie in dem AK-Info-Faltblatt „Das Arbeitszeugnis“.



9. Abkürzungsverzeichnis

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AK	Arbeitskammer
ALG	Arbeitslosengeld
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz
ATZG	Altersteilzeitgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AVE	Allgemeinverbindlichkeitserklärung
AWO	Arbeiterwohlfahrt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BetrAVG	Betriebsrentengesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKV	Berufskrankheiten Verordnung
BSG	Bundessozialgericht
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
DEÜV	Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EStG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FPfZG	Familienpflegezeitgesetz
GdB	Grad der Behinderung
GefStoffV	Gefahrenstoffverordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht



Abkürzungsverzeichnis

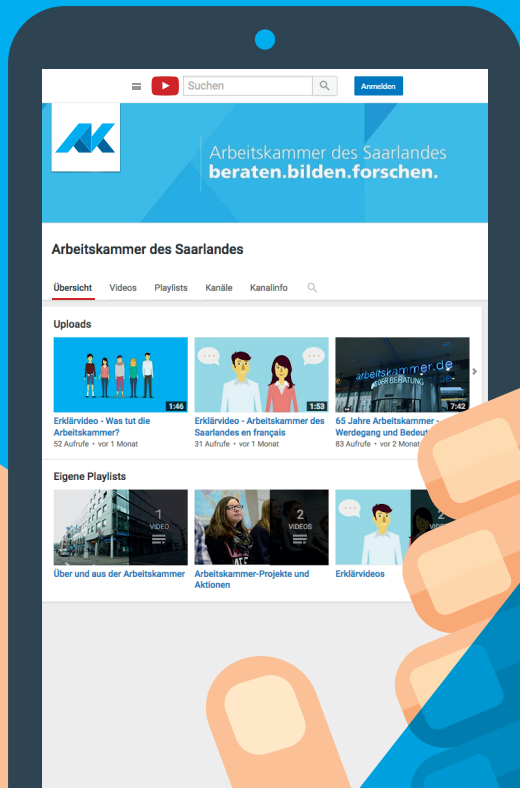
LGG	Landesgleichstellungsgesetz Saarland
LohnUGÄÜV	Dritte Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung
MiLoG	Mindestlohngesetz
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenkasse
MTV	Manteltarifvertrag
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NachwG	Nachweisgesetz
PflegeArbbV	Pflegearbeitsbedingungenverordnung
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
PSV	Pensionsversicherungsverein
SGB	Sozialgesetzbuch
SPersVG	Saarländisches Personalvertretungsgesetz
TV	Tarifvertrag
TVAöD	Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes
TVG	Tarifvertragsgesetz
TV-L	Tarifvertrag der Länder
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TV-V	Tarifvertrag für Versorgungsbetriebe
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz



NOTIZEN







Bestens informiert – der AK-YouTube-Channel

Auf ihrem eigenen YouTube-Channel informiert die Arbeitskammer und stellt sich vor: So zeigen zum Beispiel zwei animierte 90-Sekunden-Erklär-Videos in deutscher und französischer Sprache, welche Dienstleistungen die AK für Ihre Mitglieder erbringt.

Einfach mal reinschauen!
www.arbeitskammer.de/youtube



Diese Druckschrift wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Arbeitskammer des Saarlandes für AK-Mitglieder unentgeltlich herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch Wahlwerbern oder Wahlhelfern während eines Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden.

Unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Schrift dem Empfänger zugegangen ist, darf sie auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Arbeitskammer des Saarlandes zu Gunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte.