

Nr. 09 / September 2008

## ***Newsletter-Arbeitsrecht***

### **In dieser Ausgabe:**

Busfahrer gekündigt - nach Rücknahme betriebsinterner Fahrerlaubnis .....	2
Täuschung über Arbeitszeit: fristlose Kündigung.....	2
Betriebsbedingte Kündigung bei unsicherer Auftragslage .....	2
Diskriminierungsentschädigung nur bei ernsthafter Bewerbung.....	3
Änderung einer betrieblichen Übung bei Zuwendungen .....	3
Mitbestimmungsrecht bei betrieblichen Ethik-Richtlinien .....	4
Schwarzlöhne und Sozialversicherung .....	4
Beweislast im Kündigungsschutzprozess .....	4
Kündigungsschutz nicht konzernbezogen .....	4
Haft kein Kündigungsgrund .....	5
EuGH weitet Diskriminierungsschutz wegen Behinderung aus .....	5
Kein Mann im Mädcheninternat .....	5
Verein darf diskriminieren .....	6
Veranstaltungen .....	6
„Fit Für ... die Führung von Bankengesprächen“ .....	6
„Mein Kunde ist in Insolvenz: Was tun?“ .....	7
„Allgemeine Geschäftsbedingungen: Was gilt?“ .....	7

### **Busfahrer gekündigt - nach Rücknahme betriebsinterner Fahrerlaubnis**

Entzieht ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer in einem Personenverkehrsunternehmen nach einer internen Überprüfung mit straßenverkehrsrechtlichen Verstößen die betriebliche Fahrerlaubnis, reicht das als Rechtfertigung für eine Kündigung nicht aus. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines Busfahrers bei einem öffentlichen Personennahverkehrsunternehmen entschieden, der bei einer einstündigen Sonderbeobachtung durch den Fahrmeister des Arbeitgebers Verkehrsverstöße begangen hatte und danach vom Arbeitgeber die betriebliche Fahrerlaubnis entzogen bekam. Dies nahm der Arbeitgeber dann zum Anlass für die Kündigung. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass der Entzug der vom Arbeitgeber neben dem Führerschein zusätzlich erteilten betrieblichen Fahrberechtigung für sich genommen keinen Kündigungsgrund darstelle, da er nach vom Arbeitgeber selbst erstellten Regeln erfolge. Andernfalls könne der Arbeitgeber selbst Kündigungsgründe definieren und damit die gesetzlichen Regelungen über Kündigungen bei verhaltensbedingten Arbeitspflichtverletzungen umgehen (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5. Juni 2008; Aktenzeichen: 2 AZR 984/06).

### **Täuschung über Arbeitszeit: fristlose Kündigung**

Verlässt ein Arbeitnehmer den Arbeitsplatz heimlich, ohne das dafür vorgesehene Zeiterfassungssystem zu nutzen, und geht dann zu Hause privaten Tätigkeiten nach, so rechtfertigt dies eine fristlose Kündigung. Das hat das Landesarbeitsgericht Hamm im Falle eines beim Land NRW beschäftigten Tierpflegers entschieden, der mehrfach nach der Einbuchung in das Zeiterfassungssystem den Betrieb heimlich verlassen hatte und zu Hause privaten Tätigkeiten nachgegangen war. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass damit in der Person des Tierpflegers ein wichtiger Grund vorliege, der eine fristlose Kündigung rechtfertige. Er habe mit seinem Verhalten dem Arbeitgeber gegenüber vorgetäuscht, dass er auf dem Dienstgelände den ihm obliegenden Tätigkeiten nachgehe, obwohl er tatsächlich zu Haus private Dinge erledigt habe. Er habe sein Verhalten zugestanden und lediglich mit Nichtwissen die vom Arbeitgeber genannten Termine bestritten mit der Begründung diese nicht mehr nachvollziehen zu können. Dieses Bestreiten sei prozessual unzulässig und unbeachtlich, weil nur Tatsachen bestritten werden dürften, die weder eigene Handlungen noch Gegenstand eigener Wahrnehmungen betreffen (Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 6. Dezember 2007; Aktenzeichen: 15 Sa 1254/07).

### **Betriebsbedingte Kündigung bei unsicherer Auftragslage**

Will ein Arbeitgeber aufgrund einer Organisationsentscheidung eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen aussprechen, müssen die für den künftigen Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit des betroffenen Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen zum Zeitpunkt der Kündigung schon feststehen. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines bei einem gemeinnützigen Verein beschäftigten Rettungssanitäters entschieden. Der Arbeitgeber hatte nach Auslaufen befristeter Verträge zur Ausführung der Notfallrettung an einem Ausschreibungsverfahren des Landkreises teilgenommen und eine Kündigung wegen des nicht absehbaren Erfolges ausgesprochen. Das Ausschreibungsverfahren war zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass die der betriebswirtschaftlichen Prognose zugrunde liegende Entscheidung zum Kündigungszeitpunkt endgültig getroffen

sein, die Betriebsschließung aus Sicht der Arbeitsvertragsparteien feststehen und greifbare Formen haben müsse. Daher sei eine Kündigung nicht sozial gerechtfertigt, wenn der Stilllegungsbeschluss nur erwogen werde, noch Verkaufsverhandlungen geführt würden oder Bemühungen um neue Aufträge liefen. Dann handele es sich um eine so genannte Vorratskündigung, die unwirksam sei (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 13. Februar 2008; Aktenzeichen: 2 AZR 543/06).

### **Diskriminierungsentschädigung nur bei ernsthafter Bewerbung**

Wenn ein Bewerber sich auf eine Ausschreibung mit unzulässiger Altersbeschränkung nur bewirbt, um eine Entschädigung zu fordern, entfällt der Anspruch, soweit ihm mangelnde Ernsthaftigkeit bei der Bewerbung nachgewiesen werden kann. Das hat das Landesarbeitsgericht Hamm im Fall einer 41-jährigen Frau entschieden, die sich ohne Erfolg auf eine Anzeige eines Immobilienunternehmens beworben hatte, das eine Bürokraft mit Altersbegrenzung bis 35 Jahre suchte. Nachdem sie trotz Fristsetzung nicht zu einem Bewerbungsgespräch geladen wurde, verlangte sie 4.200 Euro Schadensersatz. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass die Stellenanzeige zwar eine unzulässige Altersbegrenzung enthalten habe, die Ernsthaftigkeit der Bewerbung aber zweifelhaft sei. Denn die Frau habe sich insgesamt nur auf drei Stellenanzeigen gemeldet, die allesamt eine Altersangabe enthielten. Das bestärke die Annahme, dass die Bewerbung ausschließlich zur Erlangung eines Schadensersatzanspruchs erfolgt und nicht ernsthaft auf Erlangung eines Arbeitsplatzes gerichtet sei (Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 26. Juni 2008; Aktenzeichen: 15 Sa 63/08).

### **Änderung einer betrieblichen Übung bei Zuwendungen**

Wenn ein Arbeitgeber jahrelang eine Jubiläumszuwendung für zehnjährige Betriebszugehörigkeit vorbehaltlos zahlt, entsteht dadurch eine betriebliche Übung mit vertraglichem Anspruch der einzelnen Arbeitnehmer. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Falle einer Verkäuferin in einem Einzelhandelsunternehmen entschieden, die nach zehnjähriger Betriebszugehörigkeit eine Jubiläumszuwendung von 250 Euro forderte, obwohl der Arbeitgeber mit Beginn des Kalenderjahres die Kürzung der Zuwendung auf 150 Euro beschlossen hatte. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass durch die regelmäßige vorbehaltlose Gewährung der Jubiläumszuwendung über einen längeren Zeitraum eine betriebliche Übung entstanden sei. Diese sei nicht wirksam beseitigt worden. Abändernde Individual- oder Betriebsvereinbarungen bestünden nicht. Zwar könne eine betriebliche Übung auch durch eine gegenläufige betriebliche Übung über einen längeren Zeitraum aufgehoben werden. Ein solches veränderndes Angebot müsse aber zu seiner Wirksamkeit von den Arbeitnehmern ausdrücklich oder konkludent angenommen werden. Vorliegend habe die Verkäuferin der geänderten Übung aber bereits im selben Kalenderjahr, sobald sie betroffen war, widersprochen. Der Arbeitgeber habe daher nicht davon ausgehen können, dass sie der Änderung zugestimmt habe (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Mai 2008; Aktenzeichen: 10 AZR 274/07).

## **Mitbestimmungsrecht bei betrieblichen Ethik-Richtlinien**

Wenn ein Arbeitgeber das Verhalten der Arbeitnehmer und die betriebliche Ordnung durch Ethik-Richtlinien regeln will, besteht ein auf diese verhaltens- und ordnungsregelnden Bestimmungen beschränktes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines Betriebsrates eines deutschen Tochterunternehmens einer amerikanischen Gesellschaft entschieden. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass ein Mitbestimmungsrecht an dem Gesamtwerk der Ethik-Richtlinien nicht bestehe. So gebe es kein Mitbestimmungsrecht bei Vorgaben, die nur der Konkretisierung der geschuldeten Arbeitsleistung dienen oder die gesetzlich abschließend geregelt seien. Eine Regelung, die Arbeitnehmer dazu verpflichten solle, auftretende Interessenkonflikte schriftlich zu melden (sog. Whistleblower-Klausel), unterliege aber der Mitbestimmung durch den Betriebsrat (Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 22. Juli 2008; Aktenzeichen: 1 ABR 40/07).

## **Schwarzlöhne und Sozialversicherung**

Wenn Schwarzlöhne aufgedeckt werden muss der Arbeitgeber darauf auch die Sozialversicherungsbeträge nachentrichten. Dabei muss er sowohl den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil entrichten. Bei Nachentrichtung hinterzogener Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung führt die Nachzahlung als solche zum Zufluss eines zusätzlichen geldwerten Vorteils, der wiederum lohnversteuert werden muss, so der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 13. September 2007. Die Tatsache, dass der Arbeitgeber den nachgezählten Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung aufgrund der Regelungen des Sozialgesetzbuches gar nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen darf, spielt dabei für die zusätzliche Lohnbesteuerung keine Bedeutung (Aktenzeichen: VI R 54/03).

## **Beweislast im Kündigungsschutzprozess**

Bestreitet ein Arbeitnehmer nach einer Kündigung die soziale Rechtfertigung der Kündigung und beruft sich auf die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes, muss er darlegen und im Zweifelsfall beweisen, dass der Arbeitgeber mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines Arbeitnehmers entschieden, der sich gegen eine ordentliche Kündigung wehrte und behauptet hatte, der Arbeitgeber beschäftige 14 Arbeitnehmer und sei daher kein Kleinbetrieb. In seiner Begründung weist das Gericht darauf hin, dass der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast genüge, wenn er die ihm bekannten Anhaltspunkte für das Vorhandensein von mehr als zehn Arbeitnehmern vortrage. Es sei dann Aufgabe des Arbeitgebers sich daraufhin vollständig zur Beschäftigtenzahl zu erklären. Wenn auch nach einer Beweiserhebung unklar bleibe, ob die für den Kündigungsschutz erforderliche Zahl an Beschäftigten erreicht sei, gingen diese Zweifel zu Lasten des Arbeitnehmers. Zur weiteren Sachaufklärung verwies das Gericht den Fall an die Vorinstanz zurück (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23. Juni 2008; Aktenzeichen: 2 AZR 264/07).

## **Kündigungsschutz nicht konzernbezogen**

Spricht ein Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung aus, besteht grundsätzlich keine Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung in einem anderen Unternehmen. Das hat das Bundesarbeitsgericht im Fall eines bauleitenden Monteurs entschieden, der in einem Ingenieurbüro beschäftigt war. Der Arbeitgeber hatte aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung die Durchführung von eigenen Montageleistungen aufgegeben. In seiner Begründung weist das Gericht

darauf hin, dass der Arbeitgeber aufgrund organisatorischer Entscheidung sich auf reine Ingenieurleistungen beschränkt habe und keine Montageleistungen in eigener Regie mehr anbiete. Die Wirksamkeit der Kündigung hänge nicht davon ab, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Unternehmen des Konzerns bestehe. Der Arbeitgeber sei vor Ausspruch der Kündigung nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb unterzubringen. Nur ausnahmsweise könne eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht bestehen, wenn ein anderes Konzernunternehmen sich ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt habe oder wenn sich eine solche Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag, einer sonstigen vertraglichen Absprache oder aus betrieblicher Übung ergebe (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23. April 2008; Aktenzeichen: 2 AZR 1110/06).

### **Haft kein Kündigungsgrund**

Eine längere Haftstrafe allein ist kein ausreichender Grund für eine fristlose Kündigung. Entscheidend sei, ob der Arbeitgeber mit zumutbaren Maßnahmen den vorübergehenden Ausfall des Mitarbeiters überbrücken könne, hieß es in einem Urteil des Landesarbeitsgerichtes Rheinland-Pfalz in Mainz (AZ.: 8 SA 461/07). Ferner müssten die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Alter des Mitarbeiters in die Abwägung einbezogen werden.

### **EuGH weitet Diskriminierungsschutz wegen Behinderung aus**

Die in der RL 2000/78/EG vorgesehenen Verbote der unmittelbaren Diskriminierung der Belästigung wegen einer Behinderung setzen nicht voraus, dass der betroffene Arbeitnehmer selbst behindert ist. Erfasst werden daher auch Eltern, die Benachteiligungen ausgesetzt sind, wie sie ihr behindertes Kind im Wesentlichen selbst pflegen. Dies hat der EuGH mit Urteil vom 17.07.2008 (Rs. C-303/09) entschieden. Mit der Richtlinie solle jede Form der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf aus Gründen einer Behinderung bekämpft werden. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gelte nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern im Hinblick auf die dort genannten Gründe.

Zu dem Ergebnis, dass auch Menschen ohne Behinderung vom Anwendungsbereich erfasst werden, ist der EuGH gelangt, obwohl in der RL 2000/78/EG ausdrücklich von „Menschen mit Behinderung“ und von Diskriminierung „wegen einer Behinderung“ die Rede ist. Eine restriktivere Auslegung würde der Richtlinie einen großen Teil ihrer praktischen Wirksamkeit nehmen und den durch sie zu gewährleistenden Schutz mindern.

Das Urteil wird sich unmittelbar auf den Anwendungsbereich des AGG auswirken und diesen ausweiten, da es entsprechend auch auf die anderen dort genannten Merkmale (Rasse, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, Alter, sexuelle Identität) zu übertragen ist.

### **Kein Mann im Mädcheninternat**

Wenn ein Erzieher mit seiner Bewerbung in einem Mädcheninternat scheitert, ist das keine Diskriminierung. Das entschied das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz in Mainz. Der Bewerber habe keinen Anspruch auf Entschädigung wegen Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, heißt es in dem Urteil, AZ.: 2 Sa 51/08. Das Landesarbeitsgericht hob damit eine gegenteilige Entscheidung des Arbeitsgerichts Trier auf. In dem Streitfall hatte sich ein Diplom-Sozialpädagoge beworben. Als er mit der Begründung abgelehnt wurde, es würden nur

weibliche Fachkräfte eingestellt, klagte er. Als Entschädigung verlangte er zweieinhalb Monatsgehälter in Höhe von insgesamt 6750 Euro. Anders als die Vorinstanz sahen die Landesarbeitsrichter für diese Forderung jedoch keine Grundlage. Eine Ungleichbehandlung zwischen Frau und Mann sei zulässig, wenn es dafür einen sachlichen Grund gebe, befanden sie. Erzieherinnen in einem Mädcheninternat kämen auch mit der Intimsphäre der Mädchen in Berührung. Ein Mann sei deshalb in dieser Position nicht tragbar.

### **Verein darf diskriminieren**

Eine Frauenberatungsstelle darf trotz des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes die Bewerbung eines Mannes ablehnen. Das Kölner Arbeitsgericht (AZ.: 9 Ca 7687/07) wies die Klage eines Bewerbers auf Entschädigung ab, der sich vergeblich um eine Stelle bei dem Verein bemüht hatte. Der Verein Agisra (Arbeitsgemeinschaft gegen internationale sexuelle und rassistische Ausbeutung) hatte in seiner Stellenanzeige nach eine Frau mit Migrationshintergrund gesucht. Das Gericht stellte jetzt zwar eine Diskriminierung fest, weil sowohl das weibliche Geschlecht als auch ein Migrationshintergrund Voraussetzungen für eine Einstellung waren. Es hielt dies aber für zulässig, da es in der Beratungsstelle besondere Anforderungen geben

### **Veranstaltungen**

#### **„Fit Für ... die Führung von Bankengesprächen“**

**Dienstag, 14. Oktober 2008, 18.00 bis 20.00 Uhr**, Seminargebäude, Raum 0.01, IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Straße 9, 66119 Saarbrücken

Geld ist nicht alles, aber ohne Geld ist fast alles nichts. Viele Unternehmen führen deshalb im Vorfeld ihrer Existenzgründung bzw. beim Aufbau ihres Unternehmens Gespräche mit Banken. Bankengespräche müssen, damit sie zu dem gewünschten Erfolg führen, vorbereitet sein. Jeder Unternehmer muss deshalb seine Papiere sichten und entsprechende Planungen vorlegen. Diese Geschäftsplanungen beziehen sich auf Ertrag, Liquidität und Personal.

**Herr Horst Pink, PWA Unternehmensberatung GmbH, Dillingen**, wird diese Materie anhand von konkreten Beispielen den Teilnehmern erklären. Er wird Sie insbesondere auf die einzelnen Schwerpunkte hinweisen, die in den jeweiligen Gesamtkonzepten einzuarbeiten sind. **Herr Karl Lehmann, Saarländische Investitionskreditbank AG, Saarbrücken**, wird Sie über die Möglichkeiten einer subventionierten Darlehensgewährung von Banken informieren und Ihnen praktische Tipps für die Gesprächsführung geben.

Anmeldungen **bis 13. Oktober 2008** unter E-Mail: [rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de](mailto:rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de).

## **„Mein Kunde ist in Insolvenz: Was tun?“**

**Dienstag, 21. Oktober 2008, 19.00 bis 21.00 Uhr**, Saalgebäude, Raum 1-3, IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Straße 9, 66119 Saarbrücken

Für viele ein Alptraum: Der Kunde, der beliefert wurde, muss Insolvenz anmelden. Die Insolvenz ist zum einen ein Zahlungsausfall für das eigene Unternehmen, so dass die Liquiditätsberechnungen geändert und eventuell angepasst werden müssen. Zum anderen sind auch oft Güter und Waren an den Kunden geliefert worden, die noch nicht bezahlt sind. Was geschieht mit diesen? Viele Unternehmen sind mit dieser Situation überfordert, da sie sich nicht mit ihren Rechten und auch Pflichten nach der Insolvenzordnung auskennen.

**Frau Dipl.-Kauffrau Christiane Fritz-Nagel, Steuerberaterin, Saarbrücken, und Herr Rechtsanwalt Martin Abegg, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Arbeitsrecht, Kanzlei Abegg & Abegg, Saarbrücken**, möchten Ihnen die Neuerungen der Insolvenzordnung praxisgerecht aufzeigen.

Beide Referenten sind langjährige Kenner der Materie und beraten sowohl Schuldner als auch Gläubiger im Rahmen von Insolvenzverfahren. Durch die kombinierte Sicht wissen beide sowohl was betriebswirtschaftlich und juristisch zu veranlassen ist, um das eigene Unternehmen trotz der Ausfälle der zahlenden Kunden „über die Runden zu bringen“. Im Anschluss an die beiden Vorträge ist genügend Zeit für die Erörterung von Ihren Fragen vorgesehen.

Anmeldungen **bis 20. Oktober 2008** unter E-Mail: [rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de](mailto:rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de).

## **„Allgemeine Geschäftsbedingungen: Was gilt?“**

**Dienstag, 28. Oktober 2008, 19.00 bis 21.00 Uhr**, Saalgebäude, Raum 1-3, IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Straße 9, 66119 Saarbrücken

Im täglichen Geschäftsverkehr werden viele Verträge geschlossen, die auch Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten. Viele sind in der Geschäftswelt überfordert, wenn es darum geht, Allgemeine Geschäftsbedingungen aufzustellen und diese auch zu einem wirksamen Bestandteil des eigenen Vertrages zu machen. Auch muss geregelt werden, welche Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten: die eigenen oder die des Vertragspartners. Auch darf nicht übersehen werden, dass nicht alle Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die im Verhältnis zu einem Unternehmen verwandt werden, gegenüber dem privaten Kunden als Verbraucher benutzt werden können.

**Herr Rechtsanwalt Matthias Brombach, teras Anwaltskanzlei, Saarbrücken**, wird in unserer Veranstaltung anzeigen, was alles beachtet werden muss, um einen rechtssicheren Vertragsabschluss mit gültigen AGB's zu erreichen. Der Referent steht sowohl vor als auch während des Vortrages für Fragen zur Verfügung.

Anmeldungen **bis 27. Oktober 2008** unter E-Mail: [rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de](mailto:rosemarie.kurtz@saarland.ihk.de).

**Impressum:**

Verantwortlich und Redaktion:

Ass. Heike Cloß, Tel.: (0681) 9520-600, Fax: (0681) 9520-690,

E-Mail: [heike.closs@saarland.ihk.de](mailto:heike.closs@saarland.ihk.de)

IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken

**Ihre Ansprechpartnerin:****Heike Cloß**

Tel.: (0681) 9520-600

Fax: (0681) 9520-690

E-Mail: [heike.closs@saarland.ihk.de](mailto:heike.closs@saarland.ihk.de)