

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 1 / 2010

**Liebe Leserinnen
und Leser,**

Avalon und Atlantis sind nicht halb so mystisch, wie die Suche nach der sagenumwobenen



„Mitte“. Ja, Sie haben richtig gelesen. In der Politik scheinen sich alle Parteien um nichts mehr zu streiten, als um die Mitte. "Die Mitte ist links" ließ uns der neue SPD-Vorsitzende Gabriel am 13.11.2009 wissen. Andere Politiker meinen, es sei schwierig, die Mitte überhaupt zu finden. Ein Fernsehsender wirbt gar mit dem Slogan "Mittendrin, statt nur dabei". Aber wie groß ist die Mitte überhaupt? Knapp zwei Dutzend Staaten nehmen für sich in Anspruch, die Mitte Europas zu sein. Aber ist die Mittel wirklich immer gut? Fragen Sie doch einmal nach dem Befinden eines Fußballtrainers, dessen Spieler gerade mitten aufs Tor geschossen hat.

Die Mitte ist Mittelmaß. In der Mitte entlarvt sich vermeintliche Sicherheit als Entwicklungsbremse. Und was hat das mit dem Arbeitsrecht zu tun? Das Arbeitsrecht fordert,

kalkulierte Risiken einzugehen. Wer glaubt, solange warten zu können, bis eine beabsichtigte Kündigung sicher ist, der kann sich auch auf die Suche nach Avalon begeben. Es gibt keine garantierte Sicherheit, wenn Sie Personalentscheidungen treffen müssen.

Als Arbeitsrechtler bin ich überzeugt: Sie allein bestimmen, wo die Mitte, wo Ihre Mitte liegt. Legen Sie Reichweite und Grenzen des erträglichen Risikos fest – vor jeder wichtigen Personalentscheidung. Ein und derselbe Kündigungssachverhalt wird dann vermutlich zu ganz unterschiedlichen Strategien führen.

Ihr

Dr. Peter Bitzer
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Kündigungsfristen un-
wirksam**

Luxemburg. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat die gesetzlichen Kündigungsfristen gekippt. § 622 BGB sieht für den Arbeitgeber gestaffelte Kündigungsfristen in Abhängigkeit von der Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers vor. Auf diese Weise verlängert sich die Grundkündigungsfrist von vier Wochen auf bis zu sieben Monate. Bislang galt aber eine wesentliche Ausnahme zugunsten des Arbeitgebers:

Impressum:

**Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393 ,
50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2,
homepage: bitzer-anwalt.de**

Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt (§ 622 Absatz 2 Satz 2 BGB).

Beispiel: Der Arbeitnehmer ist seit dem 18. Lebensjahr bei dem Arbeitgeber beschäftigt. Nach 10 Jahren kündigt der Arbeitgeber. Bei der Ermittlung der Kündigungsfrist berücksichtigt er nur die Beschäftigungszeit seit Vollendung des 25. Lebensjahres. Für die so ermittelte Beschäftigungsdauer (drei Jahre) gilt dann eine Kündigungsfrist von lediglich einem Monat zum Monatsende. Würde die gesamte tatsächliche Beschäftigungsdauer zugrunde gelegt werden, müsste der Arbeitgeber eine Kündigungsfrist von vier Monaten zum Monatsende einhalten.

Seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) wird unter Arbeitsrechtlern heftig darüber diskutiert, ob die gesetzliche Regelung eine Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer darstellt und daher unzulässig ist. Der EuGH hat die gesetzliche Regelung jetzt gekippt. Nach seiner Einschätzung verstößt die deutsche Regelung gegen die europäischen Richtlinien zum Schutz vor Diskriminierungen

(Urteil vom 19.01.2010, Aktenzeichen: Rs C-555/07).

Das sagt der Anwalt: Mit hoher Wahrscheinlichkeit werden die deutschen Arbeitsgerichte die gesetzliche Regelung mit sofortiger Wirkung ignorieren. Das bedeutet im Klartext:

- Viele **Arbeitnehmer** können nach Ausspruch einer Kündigung auf die Einhaltung sehr viel längerer Kündigungsfristen pochen.
- **Arbeitgeber** können sich allenfalls auf den Standpunkt stellen, dass die neue Rechtslage bislang noch nicht von deutschen Arbeitsgerichten bestätigt worden ist. In diesem Fall sollte die Kündigung zumindest hilfsweise zum nächstmöglichen Termin ausgesprochen werden, also unter Berücksichtigung der gesamten (tatsächlichen) Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers mit der damit verbundenen längeren Kündigungsfrist.
- **Nicht vergessen:** Auch der Arbeitnehmer muss die längeren Kündigungsfristen beachten, sofern der Arbeitsvertrag eine Gleichschaltung der Kündigungsfristen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorsieht.

Leitender Angestellter oder nicht?

Gefühlte 90% aller Führungskräfte beantworten meine Frage, ob sie leitende Angestellte sind, mit einem selbstbewussten „Ja“. Ca. 80% dieser Antworten sind falsch. Sind meine Mandanten Lügner?

Natürlich nicht. Die betreffenden Führungskräfte sind aus guten Gründen davon überzeugt, leitende Angestellte zu sein. Eigentlich ist meine Frage schon fehlerhaft. Es gibt keine einheitliche gesetzliche Definition des leitenden Angestellten. Die wenigsten wissen schon, dass das Kündigungsschutzgesetz einerseits und das Betriebsverfassungsgesetz andererseits jeweils eigenständige Definitionen des leitenden Angestellten enthalten.

Fakt: Ein leitender Angestellter im Sinne des **Kündigungsschutzgesetzes** muss nicht zwingend auch leitender Angestellter im Rahmen der **Betriebsverfassung** sein - und umgekehrt.

Die **betriebsverfassungsrechtliche Einordnung** einer Führungskraft als leitender Angestellter hat herausragende Bedeutung für die Frage, ob der Arbeitgeber schon für die

beabsichtigte **Einstellung** die Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) benötigt. Für leitende Angestellte ist die Zustimmung nämlich entbehrlich. Insoweit genügt die bloße Unterrichtung des Betriebsrats gemäß § 105 BetrVG.

Das **BetrVG** enthält einen umfangreichen **Kriterienkatalog** für die Identifizierung leitender Angestellter. Nach § 5 Absatz 3 Satz 2 **Nr. 1** BetrVG ist leitender Angestellter, wer zur **selbstständigen Einstellung und Entlassung** von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist. Aber das ist nur die halbe Wahrheit.

Diese Voraussetzung liegt nämlich nicht vor bei Arbeitnehmern, deren Personalkompetenzen nur von **untergeordneter Bedeutung** für den Betrieb und damit auch für das Unternehmen sind (BAG, Beschluss vom 25.03.2009, Aktenzeichen: 7 ABR 2/08). Das bedeutet:

- Umfasst die Personalkompetenz des Arbeitnehmers nur eine **geringe Anzahl von Arbeitnehmern**, ist er kein leitender Angestellter im Sinne von § 5 Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 BetrVG.

- Die Befugnis zur Einstellung und Entlassung muss **auch im Innenverhältnis** bestehen. Daran fehlt es aber, wenn die Führungskraft nur im Verhältnis zu den Arbeitnehmern, nicht aber im Innenverhältnis zu seinen Vorgesetzten befugt ist, über Einstellungen und Entlassung entscheiden.

Fakt: Die Ausübung der Personalkompetenz darf nicht von der Zustimmung einer anderen Person abhängig sein.

Freistellung von der Arbeitsleistung

Die **Freistellung von der Arbeitsleistung** ist häufiges Pendant arbeitgeberseitiger Kündigungen und Bestandteil vieler Aufhebungsverträge. Fast immer soll die Freistellung unter Verrechnung offener **Urlaubsansprüche** des Arbeitnehmers erfolgen. Das gelingt aber nur mit einer wirksamen Gestaltung.

- Der Arbeitgeber erfüllt den Urlaubsanspruch nicht, wenn er den Arbeitnehmer lediglich **widerrufflich** von der Pflicht zur Arbeitsleistung freistellt.
- Der Urlaubsanspruch erlischt nur dann, wenn der Arbeitneh-

mer **unwiderrufflich** von der Arbeitspflicht freigestellt wird.

Aus Arbeitgebersicht weniger brennend ist die Situation im Verhältnis zu Ansprüchen des Arbeitnehmers auf **Freizeitausgleich**. Anders als bei den Urlaubsansprüchen erfüllt der Arbeitgeber den sich aus einem **Arbeitszeitkonto** ergebenden Freizeitausgleichsanspruch nämlich auch durch eine **widerruffliche Freistellung** (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.05.2009, Aktenzeichen: 9 AZR 433/08).