

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

*Ausgabe 1 / 2016***Liebe Leserinnen und Leser,**

kürzlich erhielt ich einen Werbe-Flyer mit bemerkenswertem Inhalt: "Kostenlosen Telefon-Support erhalten Sie ab 10 € am Tag.....".



wünsche ich Ihnen persönlich und in Ihrer täglichen Personalarbeit!

Ihr Dr. Peter Bitzer

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für
Arbeitsrecht

tionen und Unterlagen. Über den genauen Umfang der Unterrichtspflicht des Arbeitgebers gibt es in der betrieblichen Praxis häufig Streit. Das **Bundesarbeitsgericht** hat nun wichtige Klarstellungen hierzu getroffen (Beschluss vom 14.04.2015, Aktenzeichen: 1 ABR 58/13). **Der Fall in Kurzform:**

Die Arbeitgeberin schrieb eine neu zu besetzende Stelle aus. Es gingen daraufhin mehrere Bewerbungen von betriebsangehörigen Arbeitnehmern ein. Nach den Bewerbungsgesprächen entschloss sich die Arbeitgeberin, die Stelle mit einem der Bewerber zu besetzen. Sie unterrichtete den Betriebsrat unter Vorlage aller Bewerbungsunterlagen über den Verlauf der geführten Bewerbungsgespräche sowie über die Gründe für ihre Auswahlentscheidung. Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung. Er reklamierte unter anderem, dass ihm nicht die von

Ähnliche Widersprüche erlebe ich auch in meinem Kanzleialltag häufig. Viele Regelungen in Arbeitsverträgen sind allein deshalb unwirksam, weil sie in sich widersprüchlich sind. Beispiel gefällig? „Die oben genannte Zulage wird freiwillig gezahlt und kann vom Arbeitgeber jederzeit widerrufen werden.“ Diese Klausel ist in sich widersprüchlich, denn der Widerruf einer freiwilligen Zulage ist rechtlich nicht möglich. Auf diese (leider weit verbreitete) Vertragsklausel kann sich ein Arbeitgeber daher nicht berufen.

Ein erfolgreiches Jahr 2016 ohne Widersprüche und Fallstricke – das

Unterrichtung des Betriebsrats bei Einstellung und Versetzung

Vor jeder Einstellung, Versetzung, Eingruppierung und Umgruppierung muss der Arbeitgeber zunächst die **Zustimmung seines Betriebsrats** einholen. Das gilt jedenfalls in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern.

Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers

Damit der Betriebsrat den Zustimmungsantrag inhaltlich überhaupt prüfen kann, benötigt er **Informa-**

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

der Personalsachbearbeiterin anlässlich der Bewerbungsgespräche erstellten Aufzeichnungen zur Verfügung gestellt worden seien.

Nicht alle Unterlagen müssen vorgelegt werden

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat vorlegen

- die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber sowie
- solche Schriftstücke, die der Arbeitgeber im Rahmen des Bewerbungsverfahrens über die Bewerber erstellt hat.

Faustformel: Alle Daten und Unterlagen, die der Arbeitgeber ermittelt hat und die er für auswahlrelevant hält, muss er auch dem Betriebsrat vorlegen.

Dazu gehören grundsätzlich alle Unterlagen, die der Arbeitgeber allein oder zusammen mit dem Bewerber anlässlich einer Bewerbung erstellt hat, wie etwa Personalfragebögen und standardisierte Interview- und Prüfungsergebnisse.

Es gibt aber eine wichtige Einschränkung: Vorlegen muss der Arbeitgeber nämlich nur solche Schriftstücke, die er bei seiner Auswahlentscheidung berücksichtigt. Aufzeichnungen, die hierfür ohne jegliche Bedeutung sind, muss er nicht vorlegen.

Handschriftliche Aufzeichnungen vom Bewerbungsgespräch

Die von einem Personalsachbearbeiter anlässlich der Bewerbungsgespräche **angefertigten Notizen** müssen dem Betriebsrat **nicht** vor-

gelegt werden, wenn diese Notizen lediglich als **Erinnerungsstütze**

- für die Besprechung mit einem Vorgesetzten oder
- für die Abfassung des an den Betriebsrat gerichteten Unterrichtungsschreibens

erstellt worden sind. Denn in diesen Fällen haben die Notizen für die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers keine Bedeutung.

Kein Anspruch auf Teilnahme an Bewerbungsgesprächen

Der Betriebsrat hat **kein Teilnahmerecht** an den mit den Bewerbern geführten Personalgesprächen. Aber das ist noch nicht alles:

- Der Arbeitgeber muss dieses Informationsdefizit auch nicht etwa ausgleichen durch die Wiedergabe der mit den Bewerbern geführten Gespräche oder Inhalte.
- Der Arbeitgeber muss seine Auswahl auch nicht rechtfertigen.

Gegenstand der Unterrichtung sind nur die wesentlichen Tatsachen und Einschätzungen des Arbeitgebers, die ihn zu der getroffenen Entscheidung bestimmt haben.

Kündigung bei Krankheit - ohne Betriebliches Eingliederungsmanagement?

Die erfreuliche Nachricht für Arbeitgeber: Eine **Kündigung wegen Krankheit** ist nicht allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber zuvor kein Betriebliches Eingliederungs-

management (BEM) durchgeführt hat. Doch dies ist kein Grund für Freudentänze des Arbeitgebers.

Ein unterbliebenes BEM kann zur Unverhältnismäßigkeit der krankheitsbedingten Kündigung führen

Auch eine **krankheitsbedingte Kündigung** muss - ähnlich wie die personenbedingte und betriebsbedingte Kündigung - eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** überstehen. Und hier kommt das **BEM** ins Spiel. Das Bundesarbeitsgericht hat in einem aktuellen Urteil beschrieben, welche Hürden der Arbeitgeber meistern muss, damit seine Kündigung trotz unterbliebenem BEM die Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht (BAG, Urteil vom 13.05.2015, Aktenzeichen: 2 AZR 565/14):

Der Arbeitgeber muss darlegen, dass das **BEM nutzlos** gewesen wäre. Dazu muss er **umfassend und detailliert** begründen, warum

- ein weiterer Einsatz auf dem **bisherigen** Arbeitsplatz oder
- eine **leidensgerechte Anpassung** des bisherigen Arbeitsplatzes oder
- eine Beschäftigung des Arbeitnehmers auf einem **anderen Arbeitsplatz** bei geänderter Tätigkeit

ausgeschlossen war.

Aber das ist noch nicht alles: Der Arbeitgeber muss nämlich zudem vortragen, warum dies alles auch nach für ihn zumutbaren **Umorganisationsmaßnahmen** ausgeschlossen war.

Eine unverhältnismäßige Kündigung ist unwirksam

Gelingt dem Arbeitgeber diese Darlegung **nicht**, wäre es zumindest theoretisch denkbar, dass ein durchgeführtes BEM der Arbeitsunfähigkeit entgegengewirkt hätte. Dann aber hat der Arbeitgeber mit der Kündigung **nicht das mildeste Mittel** gewählt, die Kündigung ist dann **unwirksam**.

Kündigung bei Verletzung arbeitsvertraglicher Mitteilungspflichten

Arbeitnehmer sind nicht nur dazu verpflichtet, die vereinbarte **Arbeitsleistung** zu erbringen. Neben dieser Hauptpflicht bestehen vielmehr zahlreiche arbeitsvertragliche **Nebenpflichten**.

Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers

Eine dieser Nebenpflichten des Arbeitnehmers besteht darin, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Das klingt sehr abstrakt, hat aber ganz konkrete Erscheinungsformen. Aus der **Rücksichtnahmepflicht** ergibt sich nämlich auch die Pflicht des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber

- unaufgefordert und
- rechtzeitig
- über Umstände zu informieren, die einer Erfüllung seiner Arbeitspflicht entgegenstehen.

Mitteilungspflicht bei Untersuchungshaft

Ein in **Untersuchungshaft** genommener Arbeitnehmer ist deshalb dazu verpflichtet, dem Arbeitgeber unverzüglich über seine Inhaftierung in Kenntnis zu setzen. Außerdem muss der Arbeitnehmer die voraussichtliche Haftdauer mitteilen, soweit ihm dies möglich ist. Dazu gehört auch die Mitteilung von Terminen zur Haftprüfung. Das hat das Bundesarbeitsgericht nun verbindlich entschieden (BAG, Urteil vom 26.03.2015, Aktenzeichen: 2 AZR 517/14).

Kündigung bei Verletzung der Mitteilungspflicht

Ein Verstoß gegen diese Mitteilungspflichten kann die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Eine fristlose Kündigung scheidet im Regelfall dagegen aus, sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände vorliegen (BAG, Urteil vom 26.03.2015, Aktenzeichen: 2 AZR 517/14).

Das sagt der Anwalt

- Ähnliche Mitteilungspflichten hat der Arbeitnehmer auch im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. **Arbeitnehmer** sind daher gut beraten, in allen Fällen einer Arbeitsverhinderung dem Arbeitgeber schnellstmöglich Mitteilung hiervon zu machen.
- Der **Arbeitgeber** sollte bei Verletzung von Mitteilungspflichten im Regelfall eine **Abmahnung** aussprechen. Andernfalls

erhöht er sein Prozessrisiko im Kündigungsschutzprozess erheblich.

Eins, zwei, drei – und der Arbeitgeber ist nicht mehr frei

Gewährt der Arbeitgeber zusätzlich zu dem vereinbarten monatlichen Gehalt eine Sonderzahlung, ist durch **Auslegung** zu ermitteln, ob er sich nur zu der **konkreten** Leistung oder darüber hinaus auch für die **Zukunft** verpflichtet hat.

Auch ohne ausdrückliche Zusage kann sich der Arbeitgeber nämlich - meistens ungewollt - allein schon durch sein tatsächliches Verhalten für die Zukunft binden. Das ist zum Beispiel bei einer **dreimaligen vorbehaltlosen Auszahlung** einer Sonderzuwendung jeweils zum Jahresende der Fall. Der Arbeitnehmer kann in diesem Fall auch für die Zukunft Ansprüche erwerben durch

- **eine betriebliche Übung oder**
- **schlüssiges Verhalten des Arbeitgebers**

Eine **betriebliche Übung** setzt einen **kollektiven Bezug** voraus und scheidet daher aus, wenn der Arbeitgeber eine Zahlung nur an **einen** Arbeitnehmer geleistet hat.

Aber auch durch die Leistungsgewährung gegenüber einem **einzelnen** Arbeitnehmer kann ein Anspruch für die Zukunft entstehen. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer aus dem konkreten Verhalten des Arbeitgebers auf ein

verbindliches **Angebot** schließen kann. Das hat das BAG in einer aktuellen Entscheidung klargestellt (**BAG**, Urteil vom 13.05.2015, Aktenzeichen: 10 AZR 266/14).

Der Fall (verkürzt)

Der klagende Arbeitnehmer erhielt im Jahr 2007 einen in der Gehaltsabrechnung als "Sonderzahlung" ausgewiesenen Betrag in Höhe von 10.000,00 € brutto und in den Jahren 2008 und 2009 jeweils 12.500,00 € brutto. Für das Jahr 2010 erhielt er nichts. Mit seiner Klage verlangte er Zahlung einer Sonderzahlung für das Jahr 2010 in Höhe von 12.500,00 €. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Doch vor dem BAG erhielt der Arbeitnehmer Recht.

Das Urteil

Aus der Bezeichnung einer Leistung als "Sonderzahlung" in den jeweiligen Abrechnungen und der **dreimaligen vorbehaltlosen Auszahlung** jeweils zum Jahresende kann der Arbeitnehmer auf ein **verbindliches Angebot** des Arbeitgebers des Inhalts schließen, **in jedem Kalenderjahr** eine Sonderzahlung zu leisten. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber in der Vergangenheit die Sonderzahlungen immer in **unterschiedlicher Höhe** geleistet hatte (**BAG**, Urteil vom 13.05.2015, 10 AZR 266/14).

Sonderzuwendung „nach Gutdünken“ obsolet geworden

Damit hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben. Bislang hatte das BAG einen Anspruch auf künftige Sonderzuwendungen nämlich verneint, wenn die Zahlungen in der Vergangenheit jährlich

"nach Gutdünken" in unterschiedlicher Höhe erfolgten. Das BAG ging davon aus, dass bei jährlich unterschiedlicher Höhe der Sonderzuwendungen lediglich der Wille des Arbeitgebers zum Ausdruck komme, in jedem Jahr neu **nach Gutdünken** über die Zuwendung zu entscheiden. Doch daran hält das BAG jetzt nicht mehr fest.

Feststellung der Höhe der Sonderzuwendung

Es bleibt naturgemäß die Frage, in welcher Höhe der Arbeitnehmer **künftig** Anspruch auf die Sonderzuwendung hat, wenn der Arbeitgeber in der **Vergangenheit** immer unterschiedliche Zahlungen geleistet hatte. Auch dazu hat sich das BAG geäußert:

- Der Arbeitgeber muss die Höhe der Sonderzuwendung nach **billigem Ermessen** gemäß § 315 BGB bestimmen.
- Dazu hat der Arbeitgeber darzulegen, welche **konkreten Kriterien** er mit dem Arbeitnehmer vereinbart hat.

- Kann der Arbeitgeber dies nicht, muss er gegebenenfalls darlegen, warum eine von ihm vorgenommene Leistungsbestimmung "auf Null" billigem Ermessen entsprach.
- Entspricht die Leistungsbestimmung **nicht** billigem Ermessen, erfolgt sie unmittelbar durch das **Arbeitsgericht**.

Das sagt der Anwalt

Das Urteil des BAG stellt eine Kehrtwende der Rechtsprechung im Bereich der Sonderzuwendungen dar. **Arbeitnehmer** können künftig auch dann Ansprüche auf Sonderzuwendungen haben, wenn der Arbeitgeber solche in der Vergangenheit mehrfach geleistet hatte - und sei es auch in jeweils unterschiedlicher Höhe.

Der **Arbeitgeber** ist gut beraten, wenn er Sonderzuwendungen ausschließlich und ausdrücklich als freiwillige Leistungen bezeichnet. Aber Vorsicht: Die in der Praxis häufig vorkommende Formulierung, wonach die konkrete Sonderzahlung als "freiwillig und jederzeit widerruflich" erfolgt, ist unwirksam.