

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 4 / 2012

**Liebe Leserinnen und Leser,**

es ist nicht immer einfach, den richtigen Zeitpunkt für sein Handeln zu finden. Wann erledigen Sie in diesem Jahr zum Beispiel Ihre Weihnachtseinkäufe? Nach einer Hetzjagd kurz vor Heiligabend sehnt sich sicher niemand. Also auf Nummer Sicher gehen und die Geschenke schon im September kaufen? Wohl auch nicht – denn dann fehlt das vorweihnachtliche Gefühl, das dem Geschenk erst seinen Zauber verleiht.

Auch im Personalbereich kommt es häufig auf den richtigen Zeitpunkt an. So ist die nachträgliche Befristung eines bereits begonnenen Arbeitsverhältnisses in der Regel unwirksam - das gilt übrigens auch für die Verlängerung einer Befristungsabrede, wenn sie nicht recht-



zeitig vor Ablauf der alten Befristung erfolgt. Andererseits: Der verfrühte Auspruch einer Kündigung etwa vor Ablauf der Anhörungsfrist des Betriebsrats macht die Kündigung irreparabel unwirksam. Und wer sich schließlich schon einmal durch den Fristenschwungel bei der Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters gekämpft hat, weiß, wovon ich hier beim Thema „Zeitmanagement“ rede.

Ob für die anstehenden Weihnachtseinkäufe oder für Ihre Personalarbeit – ich wünsche Ihnen in beiden Fällen stets ein gutes Timing.

*Ihr*

*Dr. Peter Bitzer*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **Befristeter Arbeitsvertrag auch bei Vorliegen eines Sachgrundes unwirksam!**

**Rechtsprechungsänderung!** Das ist ein echter Horrorgedanke für Arbeitgeber und Personalabteilungen: Sogar dann, wenn einer der im **Teilzeit- und Befristungsgesetz** genannten Sachgründe für eine Befristung vorliegt, kann die Befristungsabrede unwirksam sein. Das Bundesarbeitsgericht macht's möglich. Demnach kann die Befristung eines Arbeitsvertrages nämlich **trotz Vorliegens eines Sachgrundes** aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls **rechtsmissbräuchlich** und daher unwirksam sein (Urteil vom 18.07.2012, Aktenzeichen: 7 AZR 443/09, Pressemitteilung Nummer 54/12).

**Die Befristung eines Arbeitsvertrages kann auch dann unwirksam sein, wenn sie eigentlich rechtmäßig erfolgt ist.**

#### **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**

Nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 TzBfG liegt ein **sachlicher Grund** für die Befristung eines Arbeitsvertrages vor, wenn der Arbeitnehmer **zur Vertretung** eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. So war es auch in dem vom BAG entschiedenen Fall. Die Mitarbeiterin war völlig korrekt aufgrund eines Vertretungsfalles befristet beschäftigt worden. Die **Besonderheit** lag allein darin, dass die Mitarbeiterin über einen längeren Zeitraum immer wieder befristete Arbeitsverträge erhielt, wobei allerdings auch immer wieder Vertretungsbedarf bestand. Dies betrachtete das BAG in dem entschiedenen Fall als **rechtsmissbräuchlich** und hielt die Befristung daher für unwirksam.

**Ein ständiger Vertretungsbedarf des Arbeitgebers steht der Annahme des Sachgrundes der Vertretung (an sich) nicht entgegen.**

Es entspricht allerdings ständiger Rechtsprechung des BAG, dass auch eine größere Anzahl befristeter Verträge völlig **unproblematisch** ist, sofern nur eben immer jeweils ein **Sachgrund**, also etwa ein Vertretungsfall, tatsächlich vorliegt. Auch ein bei dem Arbeitgeber vorhandener **ständiger Vertretungsbedarf** schließt den Sachgrund der Vertretung also nicht aus. Daran hält das BAG (angeblich) auch weiter fest.

**Eine erhebliche Gesamtdauer und eine hohe Anzahl von Befristungen sprechen dafür, dass der Arbeitgeber rechtsmissbräuchlich gehandelt hat.**

**Trotz** Vorliegens eines sachlichen Grundes kann die Befristung eines Arbeitsvertrages künftig **rechtsmissbräuchlich** und damit unwirksam sein. Entscheidend sind dabei die **Gesamtdauer** und die **Anzahl** der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Verträge. Aber wie lang darf die Gesamtdauer denn künftig sein und ab welcher Anzahl von Befristungen wird es für den Arbeitgeber künftig rechtsmissbräuchlich?

An dieser Stelle lässt das BAG den Arbeitgeber leider wieder allein. In dem entschiedenen Fall genügten eine **Gesamtdauer von elf Jahren** und eine **Anzahl von 13 Befristungen** für die Annahme des Rechtsmissbrauchs. In einem parallel vom BAG entschiedenen Fall genügten eine Gesamtdauer von **sieben Jahren und neun Monaten** und eine Anzahl von **vier Befristungen** dagegen noch nicht für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs.

**Das sagt der Anwalt:** Die Entscheidung des BAG ist in sich widersprüchlich und führt zu erheblicher Unsicherheit bei Arbeitgebern und

in Personalabteilungen. Wenn ein gesetzlich anerkannter Sachgrund für eine Befristung vorliegt und auch nach Ansicht des BAG ein ständiger Vertretungsbedarf des Arbeitgebers nicht rechtsmissbräuchlich ist, kann auch eine erhebliche Gesamtdauer sowie eine Vielzahl von Befristungen nicht dazu führen, dass ein gesetzlich anerkanntes Verhalten nunmehr als rechtsmissbräuchlich beurteilt wird.

Darüber hinaus hätte das BAG zumindest konkrete Angaben dazu machen müssen, bis zu welcher Gesamtdauer und bis zu welcher Anzahl künftig ohne Gefahr befristete Verträge abgeschlossen werden können.

Das BAG lässt mit seiner Rechtsprechungsänderung nicht nur die Arbeitgeber im Regen stehen - sondern auch die betroffenen Arbeitnehmer. Denn künftig sollten und werden Arbeitgeber auslaufende Verträge nicht mehr verlängern, sondern stattdessen andere Arbeitnehmer befristet einstellen.

## Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber bedarf der vorherigen **Zustimmung des Integrationsamtes** (§ 85 SGB IX). Liegt die Zustimmung nicht vor, ist die Kündigung unwirksam.

Andererseits: Nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt ist der Weg für die Kündigung frei. Was geschieht aber, wenn der Arbeitnehmer **Widerspruch** gegen die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes erhebt? Hat dieses Rechtsmittel dann aufschiebende Wirkung?

**Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung haben keine aufschiebende Wirkung.**

So steht es im Gesetz (§ 88 IV SGB IX). Deshalb kommen manche Arbeitnehmer auf die Idee, gegen die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes nicht nur Rechtsmittel einzulegen, sondern zugleich beim **Verwaltungsgericht** zu beantragen, die (von Gesetzes wegen fehlende) **aufschiebende Wirkung** ihres Rechtsbehelfs gerichtlich an-

zuordnen. Die Frage ist nur, ob dafür überhaupt ein **Rechtsschutzbedürfnis** besteht. Genau diese Frage ist in der Rechtsprechung ausgesprochen umstritten. Neuerdings hat sich auch der VGH Mannheim dazu geäußert und entschieden, dass das Rechtsschutzbedürfnis für einen derartigen Antrag in der Regel fehlt (VGH Mannheim, Beschluss vom 10.01.2012, Aktenzeichen: 12 S 3214/11).

**Die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes hindert den Arbeitgeber nicht daran, die Kündigung auszusprechen.**

**So oder so:** Auch die Verfechter der Gegenauffassung können jedenfalls nicht verhindern, dass der Arbeitgeber nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt die Kündigung zunächst aussprechen kann. Selbst die Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch das Verwaltungsgericht ändert daran nämlich nichts. Das hat das **Bundesarbeitsgericht** schon vor einiger Zeit entschieden.

**Das sagt der Anwalt:** Arbeitgeber sollten sich daher von den Versuchen des Arbeitnehmers, das Verfahren vor dem Integrationsamt in die Länge zu ziehen, nicht verrückt

machen lassen. Nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt kann der Arbeitgeber die Kündigung aussprechen.

**Noch schlimmer:** Der Arbeitgeber **muss** die Kündigung sogar aussprechen und zwar innerhalb einer Frist von **einem Monat** nach Zustellung der Entscheidung des Integrationsamtes (§ 88 III SGB IX). Andernfalls ist die Kündigung nämlich schon aus diesem Grund unwirksam!

**Auch mündliche Vereinbarungen können Allgemeine Geschäftsbedingungen sein**

**Allgemeine Geschäftsbedingungen** werden vom Gesetzgeber (§§ 305 ff. BGB) besonders kritisch betrachtet und daher von den Gerichten entsprechend misstrauisch geprüft. Der Grund: Allgemeine Geschäftsbedingungen werden in der Regel von einer Vertragspartei der anderen Partei einseitig gestellt - sozusagen aufgedrängt. Die andere Vertragspartei hat daher faktisch kaum Möglichkeiten, auf den Inhalt dieser Bedingungen wirklich Einfluss zu nehmen.

**Allgemeine Geschäftsbedingungen**

=

- alle für eine **Vielzahl** von Verträgen
- **vorformulierten** Vertragsbedingungen,
- die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags **stellt**.

Längst ist geklärt, dass darunter auch **Arbeitsverträge** fallen.

Der Arbeitgeber kann sich der gerichtlichen Kontrolle seiner Arbeitsverträge auch nicht dadurch entziehen, dass er die Arbeitsverträge **lediglich mündlich** abschließt. Dem ist jetzt das **Bundesarbeitsgericht** entgegengetreten (BAG, Urteil vom 16.05.2012, 5 AZR 331/11).

In dem entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber bei allen mündlich abgeschlossenen Arbeitsverträgen mit den Bewerbern vereinbart, dass das in dem monatlichen Gehalt auch die ersten 20 Überstunden im Monat „mit drin“ seien. Das genügt. In dieser Vereinbarung liegt eine **Allgemeine Geschäftsbedingung**.

**Tarifvertrag: Höchstdauer und Anzahl der Verlängerungen einer Befristung können abweichend vom TzBfG vereinbart werden**

Die kalendermäßige **Befristung** eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zur Dauer von **zwei Jahren** zulässig. Bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens **dreimalige Verlängerung** zulässig (§ 14 II Satz 1 TzBfG).

**Abweichungen** sind allerdings zulässig, wenn sie durch **Tarifvertrag** vereinbart werden (§ 14 II Satz 3 TzBfG). Dort heißt es wörtlich:

*„Durch Tarifvertrag kann die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von Satz 1 festgelegt werden“*

Der Gesetzeswortlaut ist eindeutig. Danach kann der Tarifvertrag **entweder** die Höchstdauer der Befristung abweichend festlegen **oder aber** die Anzahl der Verlängerungen. Beides zusammen geht nicht.

Geht doch! So hat es nämlich das Bundesarbeitsgericht entschieden (BAG, Urteil vom 15.08.2012, 7 AZR 184/11, Pressemitteilung Nr. 57/12). Wortlaut des BAG:

*„Durch Tarifvertrag können sowohl die Höchstdauer als auch die Anzahl der zulässigen Verlängerungen eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages abweichend von den Bestimmungen des TzBfG vereinbart werden.“*

Wo die **Grenzen** der Tarifvertragsparteien für ihre Regelungsbefugnis liegen, hat das BAG offen gelassen.

**Keine Befristung bei Betriebsratsmitgliedern?**

Betriebsratsmitglieder haben keinen Anspruch darauf, nach Ablauf ihres sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen zu werden. Das hat das **Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg** entschieden (Urteil vom 04.11.2011, Aktenzeichen: 13 Sa 1549/11). Das Urteil ist auch rechtskräftig, denn das **Bundesarbeitsgericht** hat die gegen das Urteil eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde des Arbeitnehmers mittlerweile verworfen (BAG, Beschluss vom 31.05.2012, Aktenzeichen: 7 AZN 1992/11).

Das **Arbeitsgericht München** hatte dagegen zuvor (Urteil vom 08.10.2010, Aktenzeichen: 24 Ca 861/10) die Auffassung vertreten,

§ 14 Abs. 2 TzBfG sei zum Schutz befristet eingestellter Betriebsratsmitglieder einschränkend auszulegen. Das sei aufgrund europarechtlicher Vorgaben erforderlich.

**Folge:** Eine Befristung des Arbeitsverhältnisses eines gewählten Betriebsratsmitglieds sei ohne Sachgrund nicht möglich.

Dieses Urteil war in der betrieblichen Praxis natürlich wie ein Donnerschlag eingeschlagen und hatte heftigste Kritik - und nur vereinzelt Zustimmung - in der arbeitsrechtlichen Fachwelt erfahren. Damit ist es nun vorbei. Betriebsratsmitglieder haben im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern keine weitergehenden Ansprüche beim Abschluss befristeter Arbeitsverhältnisse.

**Das sagt der Anwalt:** Natürlich ist nicht zu leugnen, dass der Arbeitgeber die Zusammensetzung des Betriebsrats faktisch insoweit beeinflussen kann, als er den befristeten Arbeitsvertrag eines Betriebsratsmitglieds einfach nicht verlängert. Gleichwohl kann das nicht zu der Schlussfolgerung führen, ein befristeter Arbeitsvertrag ohne Sachgrund sei mit einem Betriebsratsmitglied schlicht nicht möglich. Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg ist zu begrüßen. Sie war überfällig. Das Bundesarbeits-

gericht hat sie ebenfalls abgesegnet.

Ein Trostpflaster für Betriebsräte bleibt: Unterbleibt die Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages gerade in Hinblick auf das Amt des Betriebsratsmitglieds, so liegt darin eine unzulässige Benachteiligung gemäß § 78 Satz 2 BetrVG. Die Benachteiligung muss aber das Betriebsratsmitglied beweisen.

## 5. Arbeitbertage zum Brennpunkt Betriebsrat in Hamburg

Am 23. und 24. Oktober 2012 fand die inzwischen fünfte Auflage der Arbeitbertage zum Brennpunkt Betriebsrat in Hamburg statt. Im Rahmen dieses von der **BWRmedia-Akademie** veranstalteten Expertenforums diskutierten Geschäftsführer, Personalleiter sowie sonstige Personalverantwortliche mit Arbeitsrechtlern über eine Vielzahl aktueller Themen rund um das Thema Betriebsrat.

Acht namhafte Referenten stellten in insgesamt neun Fachvorträgen die wichtigsten neuen Entwicklungen im Betriebsverfassungsrecht dar. Brennpunkte waren dabei die Gestaltung von Betriebsvereinbarungen, die Vorbereitung der Kündigung von Betriebsräten, neue

Entwicklungen im Bereich des betrieblichen Gesundheitsmanagements, die aktuelle Rechtslage beim Beschäftigtendatenschutz, Reichweite und Grenzen der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Überwachungseinrichtungen und Mitarbeiterkontrollen, die sichere Gestaltung von Betriebsratsanhörungen vor Ausspruch einer Kündigung und schließlich eine Vorausschau auf die Betriebsratswahlen 2014. Der einzige nichtjuristische und viel beachtete Vortrag widmete sich dem richtigen Umgang mit dem Betriebsrat in schwierigen Gesprächssituationen.

Auf der von Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer moderierten Veranstaltung diskutierten alle Teilnehmer der Veranstaltung an beiden Tagen jeweils an speziellen Round-Tables sehr engagiert die praktischen Schlussfolgerungen für den betrieblichen Alltag.