

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 4 / 2013**Liebe Leserinnen und Leser,**

aus der Glücksforschung weiß man, dass das subjektive Glücksgefühl der Menschen bei gutem



Gesundheitszustand um 0,7 Punkte steigt. Interessant ist aber, dass sich das Glücksgefühl bei Vorhandensein einer Krankheit um 1,4 Punkte reduziert. Gutes wissen wir offensichtlich erst dann zu schätzen, wenn es nicht mehr da ist.

Was das mit Ihrer Personalarbeit zu tun hat? Ob Sie aktuelle Arbeitsverträge verwenden, über ein modernes betriebliches Eingliederungsmanagement verfügen und beim Thema Betriebsvereinbarungen auf dem neuesten Stand sind, mag das "Glücksgefühl" Ihrer Personalabteilung vielleicht nicht spürbar verbessern. Sind Ihre Arbeitsverträge aber veraltet, ein betriebliches Eingliederungsmanagement nicht vorhanden oder überholt

und haben Sie Ihre Betriebsvereinbarungen nicht auf den neuesten Stand gebracht, wird sich das irgendwann spürbar rächen.

In diesem Sinne wünsche ich Ihnen persönlich einen hohen „Glückswert“ - und Ihrem Betrieb eine gut funktionierende Personalabteilung, die Sie vor unangenehmen Überraschungen bewahrt.

*Ihr**Dr. Peter Bitzer*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Kündigung in der Probezeit: Risiko für Arbeitgeber

Als Anwalt erlebe ich es immer wieder: Vermeintlich sichere Kündigungen von Arbeitgebern in der Probezeit werden von den Arbeits-

gerichten einfach vom Tisch gefegt. Die Reaktion der Arbeitgeber ist fast immer ungläubiges Staunen. Grund dafür ist ein **verbreiteter Irrtum**: In den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses, so die Ansicht vieler Personalierer, könne der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gefahrlos kündigen. Schließlich gelte in diesen Fällen das Kündigungsschutzgesetz noch nicht. Das ist falsch.

„Kündigungen in der Probezeit sind nicht per se wirksam“

Richtig ist zwar, dass in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses das **Kündigungsschutzgesetz** noch nicht gilt. Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes **frei und willkürlich** kündigen kann. Das zeigt auch ein kürzlich entschiedener Fall des Arbeitsgerichts Saarlouis (Urteil vom 28.05.2013, Aktenzeichen: 1 Ca 375/12).

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**

Das Urteil: Mit ihrer Kündigungsschutzklage obsiegte die Arbeitnehmerin vor dem Arbeitsgericht Saarlouis - obwohl das Kündigungsschutzgesetz in diesem Fall keine Anwendung fand.

„Eine willkürliche Kündigung ist auch in der Probezeit unwirksam“

Dass die Arbeitnehmerin Raucherin ist, war der Arbeitgeberin von Anfang an bekannt. Gegen das betriebliche Rauchverbot am Arbeitsplatz hatte die Arbeitnehmerin ebenfalls nicht verstoßen. Sie hatte bei Arbeitsantritt lediglich nach Zigarettenqualm **gerochen**.

Der Arbeitgeber kann zwar im Einzelfall auch ein Interesse daran haben, dass die Arbeitnehmerin am Arbeitsplatz noch nicht einmal nach Zigarettenrauch riecht. In diesem Fall hätte der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin aber die Möglichkeit geben müssen, ihr Verhalten zu ändern. Das Arbeitsverhältnis stattdessen bereits nach 2 Stunden zu kündigen, sei **treuwidrig und unwirksam**. Die Arbeitnehmerin habe gar keine Chance gehabt, ihr Verhalten zu ändern, also etwa ab dem nächsten Tag jeglichen Rauchgeruch zu vermeiden.

Besonders interessant an der Entscheidung ist, dass die Arbeitgeberin nach ihrer Darstellung die Arbeitnehmerin schon von Anfang an

darauf hingewiesen hatte, dass diese am Arbeitsplatz auch nicht nach Rauch riechen dürfe. Selbst in diesem Fall, so das Arbeitsgericht Saarlouis, sei die Kündigung jedoch unwirksam.

Das sagt der Anwalt: Das Urteil ist verständlich und befremdend zugleich. Es ist **verständlich**, weil das Verhalten der Arbeitgeberin extrem und untypisch ist. Das Arbeitsverhältnis bereits zwei Stunden nach Arbeitsbeginn zu kündigen spricht gegen einen ernsthaften Willen der Arbeitgeberin zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses.

Das Urteil **befremdet** jedoch auch, weil der Arbeitgeber innerhalb der ersten sechs Monate grundsätzlich frei in seinem Kündigungsentschluss ist. Sollte die Arbeitnehmerin - wie von der Arbeitgeberin behauptet - tatsächlich bereits im Vorstellungsgespräch darauf hingewiesen worden sein, dass schon der Geruch nach Zigarettenqualm am Arbeitsplatz unerwünscht ist, müsste die Arbeitnehmerin diesen Wunsch der Arbeitgeberin akzeptieren. Kann oder will sie dies nicht, ist dies zwar nicht verwerflich. Der Arbeitgeber muss dann aber dazu berechtigt sein, das Arbeitsverhältnis in der Probezeit zu beenden. Warum die Arbeitnehmerin auch in diesem Fall erst noch eine weitere

Chance bekommen muss, ist nicht recht verständlich.

Fazit: **Arbeitgeber** nehmen Kündigungen in der Probezeit häufig zu Unrecht auf die leichte Schulter. Der Fall zeigt, dass dem Arbeitnehmer zumindest eine **ehrliehe Bewährungschance** eingeräumt werden muss. Im Zweifel sollte der Arbeitgeber daher mit der Kündigung warten und dem Arbeitnehmer zuvor in einem oder mehreren Gesprächen vorhandene Defizite vor Augen führen.

Immer wieder unterliegen Arbeitgeber auch dem Irrtum, innerhalb der Probezeit müsse eine **Anhörung des Betriebsrats** nicht erfolgen. Dieser Irrtum führt zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Aus Sicht der **Arbeitnehmer** bedeutet eine Kündigung in der Probezeit umgekehrt keineswegs, dass damit automatisch schon Hopfen und Malz verloren sind.

Altersgrenzenklausel in Betriebsvereinbarung

Als Arbeitsrechtler erlebe ich immer wieder einen in Personalabteilungen weit verbreiteten Irrtum: Das Arbeitsverhältnis, so die irrtümliche Annahme vieler Arbeitgeber, ende automatisch mit Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze. Das ist schlicht falsch.

„Das Arbeitsverhältnis endet nicht automatisch mit Beginn der Rente“

Das Arbeitsverhältnis läuft trotz Erreichens der gesetzlichen Regelaltersrente vielmehr munter weiter. Und es kommt noch besser: Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis auch nicht etwa kündigen, weil der Arbeitnehmer Anspruch auf die Rentenleistung hat. Sofern das Kündigungsschutzgesetz zur Anwendung kommt, hat der Arbeitgeber in der Regel keine Chance.

„Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Erreichens der Regelaltersrente ist in der Regel unwirksam“

Für Neueinstellungen gibt es einen Ausweg: Der Arbeitgeber sollte bereits in den **Arbeitsvertrag** eine **Altersgrenzenklausel** aufnehmen. Darin wird vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis mit Erreichen der gesetzlichen Regelaltersrente automatisch endet. Darin liegt eine **Befristung** des Arbeitsverhältnisses, die bei richtiger Vertragsgestaltung wirksam ist.

Aber es gibt noch einen anderen Weg. Das Bundesarbeitsgericht hat in einer aktuellen Entscheidung klargestellt, dass eine Altersgrenzenklausel auch in einer **Betriebsvereinbarung** geregelt werden

kann (BAG, Urteil vom 05.03.2013, Aktenzeichen: 1 AZR 417/12).

Das sagt der Anwalt: Vorsichtshalber sollte der Arbeitsvertrag auch eine **Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen** enthalten. In diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis mit Beginn der Regelaltersgrenze automatisch aufgrund der Betriebsvereinbarung – auch wenn die Altersgrenzenregelung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nie thematisiert oder gar vereinbart worden war.

Kündigungserklärung: Kündigungsfrist angeben!

Der Arbeitnehmer muss im Falle einer ordentlichen Kündigung erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis überhaupt enden soll. Dazu hat das Bundesarbeitsgericht eine extrem wichtige Entscheidung getroffen (BAG, Urteil vom 20.06.2013, 6 AZR 805/11, Pressemitteilung 41/13). Danach kann eine **Kündigung sogar unwirksam** sein, wenn sie keine ausreichenden Angaben zum **Beendigungstermin** enthält.

"Hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis zum nächst möglichen Zeitpunkt"

Diese Kündigung ist im Regelfall **unwirksam**. Der Arbeitnehmer

kann nämlich nicht erkennen, wann genau das Arbeitsverhältnis enden soll.

Ausreichend wäre dagegen die Mitteilung

- der konkreten **Kündigungsfrist** oder
- des genauen **Kündigungstermins**.

Es genügt aber auch, wenn der Arbeitnehmer aufgrund zusätzlicher Erläuterungen im Kündigungsschreiben erkennen oder ausrechnen kann, wann das Arbeitsverhältnis enden soll.

In dem vom BAG entschiedenen Fall erläuterte das Kündigungsschreiben zusätzlich, welche Kündigungsfristen sich aus § 622 BGB ergeben und dass § 113 Insolvenzordnung eine Begrenzung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf drei Monate bewirkt. Das genügte dem BAG. Schließlich sei die Arbeitnehmerin in der Lage gewesen, aufgrund dieser Angaben den genauen Beendigungstermin selbst auszurechnen.

Arbeitgeberfalle: Freiwilligkeitsvorbehalt beim Weihnachtsgeld

Diese Situation kennen die meisten Arbeitgeber: In wirtschaftlich guten Zeiten sollen die Mitarbeiter ein Weihnachtsgeld erhalten, in schlechten Zeiten dagegen nicht. Was liegt also näher, als den Mitarbeitern im Arbeitsvertrag ein Weihnachtsgeld zuzusagen und gleichzeitig ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass das Weihnachtsgeld jeweils freiwillig gezahlt wird?

„Zusage und Freiwilligkeitsvorbehalt schließen sich aus“

Leider sind derartige Klauseln im Arbeitsvertrag **unwirksam**. Das gilt jedenfalls für die vom Arbeitgeber vorformulierten Formulararbeitsverträge - und das ist der absolute Regelfall. Das BAG hat daher auch die **nachfolgende Vertragsklausel** als unwirksam verworfen (BAG, Urteil vom 20.02.2013, Aktenzeichen: 10 AZR 177/12):

§ 5 Urlaub/Freiwillige Sozialleistungen

Zur Zeit werden gewährt:

- Urlaubsgeld in Höhe von 18,40 € pro Urlaubstag
- Weihnachtsgeld in Höhe von (zeitanteilig) 40 % eines Monatsgehaltes im ersten Kalen-

derjahr der Beschäftigung. Es erhöht sich pro weiterem Kalenderjahr um jeweils 10 % bis zu 100 % eines Monatsgehaltes.

- Vermögenswirksame Leistungen in Höhe von 39,88 € pro Monat nach Vorlage eines entsprechenden Vertrags.
- Die Zahlung der betrieblichen Sondervergütungen (Weihnachtsgratifikation, Urlaubsgeld, Vermögenswirksame Leistungen) erfolgt in jedem Einzelfall **freiwillig** und ohne Begründung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft.

Das BAG hat dazu **zwei Feststellungen** getroffen:

- Mit der obigen Vertragsklausel hat der Arbeitgeber (unter anderem) ein Weihnachtsgeld **zugesagt**.

Wenn Sonderleistungen des Arbeitgebers in einem Formulararbeitsvertrag nämlich nach **Voraussetzungen und Höhe präzise festgelegt** werden, legt dies das Bestehen eines vertraglichen Anspruchs nahe. Die einschränkende Formulierung, wonach die Sonderzahlungen "zur Zeit" gewährt werden, steht dem nicht entgegen.

- Der vertragliche **Freiwilligkeitsvorbehalt** ist unwirksam.

Denn in der **Kombination** eines vertraglichen **Anspruchs einerseits** mit einem **Freiwilligkeitsvorbehalt andererseits** liegt regelmäßig ein **Verstoß gegen das Transparenzgebot** gemäß § 307 I 2 BGB. Und das macht den Freiwilligkeitsvorbehalt unwirksam.

Das sagt der Anwalt: Aus Sicht des **Arbeitgebers** gibt es zwei einfache Möglichkeiten, um ein derartiges Desaster zu verhindern:

- Entweder verzichtet der Arbeitgeber vollständig auf die Gewährung von Sonderzahlungen.
- Oder der Arbeitgeber entscheidet in jedem Einzelfall (also zum Beispiel jeweils zur Weihnachtszeit) frei darüber, ob eine Zahlung gewährt wird oder nicht. In keinem Fall dürfen aber im Arbeitsvertrag bereits Zusagen erteilt werden.

Aus Sicht des **Arbeitnehmers** bestehen häufig gute Chancen, ein Weihnachtsgeld oder Urlaubsgeld durchzusetzen - selbst wenn im Arbeitsvertrag etwas anderes steht.

5. Arbeitgebertage zum Brennpunkt Betriebsrat in Hamburg

Hamburg. Die inzwischen sechste Auflage der von der BWRmedia-Akademie veranstalteten „**Arbeitgebertage zum Brennpunkt Betriebsrat**“ fand am 10. und 11. September 2013 in Hamburg statt. Wie schon in den Vorjahren diskutierten Geschäftsführer und Personalverantwortliche mit namhaften Arbeitsrechtsexperten über alte und neue Probleme bei der Zusammenarbeit mit Betriebsräten - und über interessante Gestaltungsmöglichkeiten. Auf der von Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer moderierten Veranstaltung hielten sechs Referenten insgesamt acht Fachvorträge rund um das Thema Betriebsrat.

Großen Raum nahmen die im Jahr 2014 anstehenden **Betriebsratswahlen** ein. Mancher Teilnehmer zeigte sich überrascht darüber, welche Einflussmöglichkeiten Arbeitgeber im Vorfeld der Betriebsratswahlen haben. Weitere Themen waren die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in **personalen Angelegenheiten** (Kündigung, Einstellung, Versetzung, Eingruppierung) und bei der **Einführung von IT** sowie die heikle Frage, wie Arbeitgeber die **Betriebsratskosten**

senken können. Auf großes Interesse stieß auch ein Fachvortrag über den Umgang mit **leistungsschwachen Arbeitnehmern**. Mit dieser Problematik haben sich offenbar viele Unternehmen herumzuschlagen. Ein besonderes Reizthema war schließlich die Vorgehensweise bei der **Trennung von Betriebsratsmitgliedern**. Unkündbar sind sie nicht - auch wenn es manchmal den Anschein hat.