

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 1 / 2014

Liebe Leserinnen und Leser,

als Referent habe ich vor langer Zeit bei einem meiner ersten Fachvorträge einmal eine traumatische



Erfahrung gemacht. Für einen Vortrag zum Kündigungsschutzrecht hatte ich nämlich zur Auflockerung des Publikums einen echten "Brüller" vorbereitet und erwartete verständlicherweise einen angemessenen Lacherfolg. Zu meiner maßlosen Enttäuschung regte sich bei meinen Zuhörern jedoch kein Gesichtsmuskel. Das ist lange her. Doch seitdem bereite ich keine „Brüller“ mehr vor, sondern setze ausschließlich auf spontane Einfälle.

Für Ihre Personalarbeit bietet sich das allerdings nicht an. Denn ohne intelligente Vorbereitung anstehender Verhandlungen mit Ihrem Betriebsrat werden Sie zwar mit Sicherheit eben-

falls für „Brüller“ sorgen – aber allein zur Freude Ihres Betriebsrats.

*Ihr**Dr. Peter Bitzer*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Gewährung von Urlaub während des Kündigungsschutzprozesses

Nach Ausspruch einer Kündigung stellen sich schwierige Fragen zum Umgang mit den Urlaubsansprüchen des Arbeitnehmers. Das gilt vor allem dann, wenn der Arbeitnehmer **Kündigungsschutzklage** erhoben hat. Dann bleibt nämlich lange Zeit unklar, ob das Arbeitsverhältnis überhaupt beendet worden ist oder noch fortbesteht.

Ausgangslage: Sofern die **Kündigung unwirksam** ist hat der Arbeitnehmer natürlich weiterhin die vollen Urlaubsansprüche. Das Dumme ist nur, dass die Urlaubsansprüche in der Regel **am 31. Dezember** eines Jahres **verfallen**. Zu diesem Zeitpunkt ist der Kündigungsschutzprozess in vielen Fällen aber noch nicht abgeschlossen. Gewinnt der Arbeitnehmer also später den Kündigungsschutzprozess sind seine Urlaubsansprüche zu diesem Zeitpunkt möglicherweise bereits verfallen. **Was also tun?**

„Auch nach einer Kündigung gilt: Der Arbeitnehmer muss seine Urlaubsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen“

Der Arbeitnehmer sollte offene Urlaubsansprüche auch nach Ausspruch einer Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber **geltend machen**. Die Kündigung steht dem nicht entgegen. Der Arbeitgeber ist nicht gehindert, den Urlaub dennoch (vorsorglich) zu gewähren.

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

Selbst wenn der Arbeitnehmer seine Urlaubsansprüche ordnungsgemäß geltend gemacht hat, verfallen diese übrigens dennoch unaufhaltsam (regelmäßig) am 31. Dezember des Jahres. Das kann der Arbeitnehmer also nicht verhindern. Das macht aber auch nichts.

Schadensersatzanspruch: Wenn der Arbeitgeber den rechtzeitig verlangten Urlaub nämlich nicht gewährt, wandelt sich der verfallene Urlaubsanspruch in einen **Schadensersatzanspruch** um. Im Ergebnis kann der Arbeitnehmer auf diese Weise seinen Urlaub, den so genannten **Ersatzurlaub**, damit letztlich doch in vollem Umfang durchsetzen (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 14.05.2013, Aktenzeichen: 9 AZR 760/11).

Das sagt der Anwalt: Der **Arbeitgeber** sollte nach Ausspruch einer Kündigung vorsorglich, für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung, offenen Urlaub gewähren. Das gilt also auch nach Ablauf der Kündigungsfrist oder im Falle einer fristlosen Kündigung für den Zeitraum nach Ausspruch der Kündigung. Der Streit über die Wirksamkeit der Kündigung hindert den Arbeitgeber also nicht daran, offene Urlaubsansprüche zu erfüllen. Im Gegenteil: Auf diese Weise hat er jedenfalls sämtliche (etwaige) Urlaubsansprüche bereits erfüllt, auch wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess später gewinnt.

Der **Arbeitnehmer** wiederum sollte Urlaubsansprüche auch nach Ablauf der Kündigungsfrist vorsorglich gegenüber dem Arbeitgeber ausdrücklich geltend machen. Nur so verhindert er den automatischen Verfall am 31. Dezember oder mit Ablauf des Übertragungszeitraums.

Streit über die Wirksamkeit der Zustimmung des Integrationsamts

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines **schwerbehinderten Arbeitnehmers** bedarf der vorherigen **Zustimmung des Integrationsamtes** (§ 85 SGB IX). Das klingt einfach, ist es aber nicht. Das zeigt folgendes **Beispiel**:

Der Arbeitgeber erhält die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer. Daraufhin spricht er die ordentliche Kündigung aus. Der Arbeitnehmer erhebt Kündigungsschutzklage. Gleichzeitig legt er Widerspruch gegen den Bescheid des Integrationsamts ein.

Während des noch laufenden Kündigungsschutzprozesses hebt der Widerspruchsausschuss den Bescheid des Integrationsamts auf. Gegen diesen Widerspruchsbescheid erhebt nun der Arbeitgeber Klage vor dem Verwaltungsgericht. Dieses Verfahren dauert noch an.

Was meinen Sie: Wie wird das Arbeitsgericht nun über die Kündigung urteilen?

Das **Bundesarbeitsgericht** hat in einem ähnlich gelagerten Fall nun Klarheit geschaffen (BAG, Urteil vom 23.05.2013, Aktenzeichen: 2 AZR 991/11). Das sind die wesentlichen Ergebnisse:

- Die Arbeitsgerichte sind bei der **Beurteilung der Wirksamkeit** der Zustimmung des Integrationsamts an die Entscheidungen von **Verwaltung und Verwaltungsgerichten gebunden**. Die Arbeitsgerichte sind nicht befugt, deren Entscheidungen rechtlich zu überprüfen.
- Die durch das **Integrationsamt** erteilte **Zustimmung** zur Kündigung entfaltet für den Kündigungsschutzprozess grundsätzlich **so lange Wirksamkeit**, wie sie nicht **bestands- oder rechtskräftig aufgehoben** worden ist.
- Eine **noch nicht rechtskräftige Aufhebung** des Zustimmungsbescheids des Integrationsamts durch den Widerspruchsausschuss oder ein Verwaltungsgericht entfaltet **keine Bindungswirkung** im arbeitsgerichtlichen Verfahren.

Fazit:

- Nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt darf der Arbeitgeber die Kündigung aussprechen.
- Bei **rechtskräftiger Aufhebung** des Zustimmungsbescheids wird die Kündigung des Arbeitgebers allerdings rückwirkend unwirksam. Dann muss das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage schon allein aus diesem Grund stattgeben. Sollte zu diesem Zeitpunkt die Kündigungsschutzklage bereits rechtskräftig abgewiesen worden sein, ist für den Arbeitnehmer noch nichts verloren. Dann kann er die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen.

Zurück zur Ausgangsfrage: Wie wird das Arbeitsgericht nun über die Kündigung entscheiden, wenn das verwaltungsgerichtliche Verfahren noch gar nicht **abgeschlossen** ist? Es steht ja dann noch nicht fest, ob der Zustimmungsbescheid wirksam ist oder nicht.

Manche Arbeitsgerichte neigen dazu, das arbeitsgerichtliche Verfahren so lange **auszusetzen**, bis die Verwaltungsgerichte über den Zustimmungsbescheid rechtskräftig entschieden haben.

Das BAG sieht das anders. Demnach müssen die Arbeitsgerichte grundsätz-

lich den Kündigungsschutzprozess ohne Rücksicht auf den Fortgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens entscheiden.

Das sagt der Anwalt: Arbeitgeber sollten daher beim Arbeitsgericht unbedingt unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts energisch darauf hinwirken, dass das Arbeitsgericht über die Kündigung entscheidet und das Verfahren nicht etwa aussetzt. Die damit verbundenen Verzögerungen können sich nämlich über Jahre hinziehen.

Arbeitsvertrag **contra** Tarifvertrag

Ausgangslage: Arbeitsverträge regeln meistens den wesentlichen Inhalt der Arbeitsbedingungen. Das muss aber nicht so sein. Der Arbeitsvertrag kann auch ganz kurz sein und einfach auf die Regelungen eines Tarifvertrages verweisen. Dann gilt der Tarifvertrag kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme.

Häufig enthalten Arbeitsverträge wiederum zahlreiche Regelungen zu den Arbeitsbedingungen und verweisen dennoch **zusätzlich** auf einen Tarifvertrag. **Dann ist zu unterscheiden:**

- **Unproblematisch:** Sofern der Tarifvertrag **nur ergänzend** zu den arbeitsvertraglichen Rege-

lungen gelten soll besteht von vornherein keine Kollision. Arbeitsvertrag und Tarifvertrag gelten nebeneinander und ergänzen sich.

- **Problematisch:** Enthält der Tarifvertrag dagegen Regelungen zu Arbeitsbedingungen, die im Arbeitsvertrag **abweichend** geregelt sind, besteht ein **Widerspruch**. Was gilt denn dann?

Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu in einer aktuellen Entscheidung Stellung bezogen (BAG, Urteil vom 10.07.2013, Aktenzeichen: 10 AZR 898/11). Danach gilt Folgendes:

Enthält ein **Arbeitsvertrag** eine zeitdynamische, uneingeschränkte **Bezugnahmeklausel auf einen Tarifvertrag**, dann muss grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die **je-weils aktuellen** Regelungen des Tarifvertrages gelten sollen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die arbeitsvertraglichen Regelungen der ursprünglichen Tarifregelung inhaltlich entsprechen.

Beispiel: Der Arbeitsvertrag sieht eine Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden vor. Bei Vertragsabschluss entspricht dies der bestehenden tariflichen Regelung. Später wird im Rahmen einer Tarifänderung die 39 Stunden-Woche tariflich eingeführt.

Folge: Für das Arbeitsverhältnis gilt nun die 39 Stunden-Woche, obwohl

der Arbeitsvertrag eigentlich nur 38,5 Stunden vorsieht.

Ausnahme: Sofern sich aus dem Arbeitsvertrag **Anhaltspunkte** dafür ergeben, dass die im Arbeitsvertrag selbst geregelten konkreten Arbeitsbedingungen **konstitutiv** sein sollen - also unabhängig von dem jeweiligen Inhalt der Tarifverträge - hat der Arbeitsvertrag stets Vorrang.

Wichtiges Indiz für einen Ausnahmefall: Die Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag wird mit den Worten eingeleitet: „Im Übrigen“ oder „Soweit nicht in diesem Vertrag etwas anderes vereinbart ist“ (... gilt der Tarifvertrag XYZ in seiner jeweils gültigen Fassung).

Rückzahlungsvereinbarung für Fortbildungskosten

In der unendlichen Geschichte der **Rückzahlung von Fortbildungskosten** hat das Bundesarbeitsgericht ein neues Kapitel geschrieben (BAG, Urteil vom 28.05.2013, 3 AZR 103/12). In dem entschiedenen Fall enthielt der **Arbeitsvertrag** sinngemäß folgende **Rückzahlungsklausel für Fortbildungskosten** (verkürzt):

„Die Kosten für erforderliche Type-Ratings übernimmt der Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer ist allerdings zur vollen Rückzahlung dieser Kosten

verpflichtet, wenn er das Arbeitsverhältnis vor Ablauf von 24 Monaten nach Beendigung des Type-Ratings kündigt, oder wenn er seitens des Arbeitgebers aus wichtigem Grund gekündigt wird.“

Diese Klausel ist nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts **unwirksam**. Warum ist das so?

- Eine Klausel zur Rückzahlung von Ausbildungskosten benachteiligt den Arbeitnehmer immer dann unangemessen, wenn er ohne Ausnahme **für jeden Fall der Beendigung** des Arbeitsverhältnisses mit einer Rückzahlungspflicht für Ausbildungskosten belastet wird.

Folge: Eine Rückzahlung darf daher **nicht** auch für den Fall vorgesehen werden, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ohne Veranlassung durch den Arbeitnehmer kündigt. Andernfalls ist die Klausel unwirksam.

Gegen dieses Gebot verstößt die oben genannte Rückzahlungsklausel allerdings nicht. Die Klausel begrenzt die Rückzahlungspflicht nämlich auf den Fall, dass der Arbeitgeber aus wichtigem Grund gekündigt. Das ist **zulässig**.

- **Unwirksam** ist die Klausel aber deshalb, weil eine Rückzahlungsverpflichtung auch für den Fall bestehen soll, dass der **Arbeitnehmer** das Arbeitsverhältnis

kündigt - und zwar **egal aus welchem Anlass**. Das ist unzulässig.

Die Rückzahlungsklausel unterscheidet nicht danach, ob der **Grund für die Eigenkündigung** des Arbeitnehmers der Sphäre des Arbeitgebers oder der des Arbeitnehmers entstammt. Im Falle der **Eigenkündigung** durch den Arbeitnehmer besteht die Rückzahlungspflicht daher **ohne Einschränkung**, also auch dann, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (mit)veranlasst wurde, zum Beispiel durch ein **vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers**. Dadurch wird der Arbeitnehmer aber unangemessen benachteiligt.

Das sagt der Anwalt: Für Arbeitgeber ist es kaum noch möglich, eine hundertprozentig wirksame Rückzahlungsvereinbarung für Ausbildungskosten zu treffen. Die Anforderungen der Rechtsprechung sind derart hoch, dass ein Restrisiko auch bei gründlicher Vorbereitung bleibt. Das sollte auf Arbeitgeberseite von vornherein einkalkuliert werden. Ohne rechtliche Begleitung ist die Gestaltung einer Rückzahlungsklausel praktisch unmöglich.

Auflösungsantrag nach zahlreichen Abmahnungen und Kündigungen

Stellt sich in einem Kündigungsschutzprozess die **Unwirksamkeit der Kündigung** heraus, kann der Arbeitnehmer unter Umständen verlangen, dass das Arbeitsverhältnis nun **durch das Gericht aufgelöst** wird – und zwar gegen Zahlung einer vom Gericht festzusetzenden **Abfindung** (§ 9 Abs. 1 KSchG). Das gilt allerdings nur dann, wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jetzt **nicht mehr zuzumuten** ist.

Der bloße Umstand, dass der Arbeitgeber eine **unwirksame Kündigung** ausgesprochen hat, reicht für die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses allerdings noch nicht aus. Nach dem Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung folgt zwar nicht selten die **innere Kündigung** durch den Arbeitnehmer. Dies allein rechtfertigt aber nicht seinen **Auflösungsantrag**. Es müssen **weitere Umstände** hinzukommen, die mit der Kündigung oder mit dem Kündigungsschutzprozess in Verbindung stehen.

Das **Bundesarbeitsgericht** hat dies nun auch in einem Fall bestätigt, in dem der Arbeitgeber immerhin insgesamt **drei Abmahnungen und zwei Kündigungen** ausgesprochen hatte. Darin sah der Arbeitnehmer eine bewusste Strategie des Arbeitgebers, um den Arbeitnehmer um jeden Preis

loszuwerden. Sein Auflösungsantrag scheiterte dennoch vor dem BAG (BAG, Urteil vom 11.07.2013, Aktenzeichen: 2 AZR 241/12).

Eine **Unzumutbarkeit** kann vor allem dann vorliegen,

- wenn der Arbeitgeber
- den Kündigungsschutzprozess
- trotz offensichtlicher Unwirksamkeit der Kündigung
- mit einer solchen Schärfe führt, dass der Arbeitnehmer mit einem schikanösen Verhalten des Arbeitgebers oder anderer Mitarbeiter rechnen muss, wenn er in den Betrieb zurückkehrt.

Diese Voraussetzungen lagen im entschiedenen Fall nach Ansicht des BAG nicht vor. Insbesondere konnte nicht festgestellt werden, dass der Arbeitgeber hier die beiden Kündigungen

- **leichtfertig ausgesprochen** oder gar
- die Kündigungsgründe an **den Haaren herbeigezogen** hätte.