

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 2 / 2015

Liebe Leserinnen und Leser,

irgendwann trifft es uns alle: Armselig ausgeleierte Portemonnaies schreien nach Erneuerung. Warum warten wir mit dem Neukauf



Das Schöne ist: Wenn man sich einmal überwunden hat – beim Portemonnaie wie in der Personalarbeit – ist es ein wahrer Segen.

Ihr Dr. Peter Bitzer

eigentlich immer, bis die Hüllen auseinanderfallen? Vielleicht deshalb, weil wir unsere mühsam erarbeitete „Grundordnung“ nicht verlieren wollen. Alles wieder neu sortieren, altes rausschmeißen müssen...? Vielleicht hält das Alte ja doch noch ein bisschen...

Im Personalwesen ist es nicht viel anders. Arbeitsverträge, Betriebsvereinbarungen und Anhörungsformulare für den Betriebsrat werden ebenfalls erst ausgetauscht, wenn es gar nicht mehr anders geht. Dann könnte allerdings bereits ein Schaden entstanden sein – gerade bei veralteten Arbeitsverträgen.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Was ist ein durchschnittliches Arbeitszeugnis?

Die Rechtslage bei der Erteilung von Arbeitszeugnissen ist grundsätzlich klar:

➤ **Überdurchschnittliche Benotung**

Verlangt ein Arbeitnehmer eine überdurchschnittliche Beurteilung im Arbeitszeugnis, muss er seine überdurchschnittlichen Leistungen konkret beschreiben und beweisen. Das ist ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

➤ **Unterdurchschnittliche Benotung**

Hier ist es umgekehrt, der Arbeitgeber muss also beweisen, dass der Arbeitnehmer unterdurchschnittliche Leistungen erbracht hat.

➤ **Im Zweifel: Anspruch auf durchschnittliche Benotung**

Sofern nicht über- bzw. unterdurchschnittliche Leistungen bewiesen werden, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine durchschnittliche Benotung.

Das Problem: Was genau ist eigentlich eine **durchschnittliche Beurteilung**? In einem vom Bundesarbeitsgericht aktuell entschiedenen Fall hatte eine Arbeitnehmerin behauptet, dass es in ihrer Branche mittlerweile üblich sei, gute oder sogar sehr gute Noten zu verteilen. Dann aber, so ihre Argumentation, sei eine „gute“ Beurteilung in Wahrheit eine "durchschnittliche“ Benotung und darauf habe dann auch sie Anspruch - ohne also überdurchschnittliche Leistungen beweisen zu müssen. Mit Ihrer Zeugnisberichtigungsklage verlangte sie daher die Berichti-

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

gung der Gesamtbewertung "zur vollen Zufriedenheit" in "stets zur vollen Zufriedenheit".

Vor dem Arbeitsgericht und dem Landesarbeitsgericht hatte die Arbeitnehmerin Erfolg. Erst das Bundesarbeitsgericht verwarf ihre Argumentation (Urteil vom 18.11.2014, Aktenzeichen: 9 AZR 584/13). **Danach gilt:**

- ✓ Eine überdurchschnittliche Leistung liegt vor, wenn sie der Schulnote „gut“ oder „sehr gut“ entspricht.
- ✓ Selbst wenn in einer Branche nachweisbar überwiegend gute oder sehr gute Leistungsnoten vergeben werden, muss ein Arbeitnehmer, wenn er eine bessere Schlussbeurteilung als „zur vollen Zufriedenheit“ beansprucht, seine überdurchschnittlichen Leistungen beweisen. Welche Schulnoten in den Zeugnissen einer Branche am häufigsten vergeben werden, ist also ohne unmittelbaren Einfluss auf den einzelnen Arbeitnehmer.

Das sagt der Anwalt: Die Entscheidung des BAG ist einerseits verständlich, weil sie der unerträglichen Tendenz zur Erteilung von **Gefälligkeitszeugnissen** entgegentritt.

Für den **Arbeitnehmer** bedeutet die Entscheidung jedoch in der Praxis ein echtes **Berufszugangshindernis**. Durchschnittsnoten im Arbeitszeugnis sind in der Praxis de facto ein Einstellungshindernis, wenn unzählige andere Bewerber

mit guten oder sehr guten Zeugnissen aufwarten.

Arbeitnehmer sollten daher gezielt Aspekte zusammentragen, die eine überdurchschnittliche Leistung rechtfertigen. Helfen kann ein zurückliegendes Zwischenzeugnis mit günstigerer Beurteilung oder auch gute unterjährige Leistungsbeurteilungen. Auch die regelmäßige Zahlung von Leistungsboni dürfte für den Arbeitnehmer argumentativ äußerst hilfreich sein.

Kündigung bei sexueller Belästigung

Das **Bundesarbeitsgericht** hat die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses trotz erwiesenen Vorwurfs der sexuellen Belästigung für unwirksam erklärt (Urteil vom 20.11.2014, Aktenzeichen: 2 AZR 651/3). Das bedarf der Erläuterung.

Der Fall:

Ein Kfz-Mechaniker ist seit 16 Jahren bei seinem Arbeitgeber beschäftigt. Sein bisheriges Verhalten war beanstandungsfrei. Eines Tages geschieht folgendes: In den Umkleieräumen des Betriebs trifft er eine ihm unbekannt Mitarbeiterin eines Reinigungsunternehmens. Es kommt zu einem Gespräch, in dessen Verlauf der Arbeitnehmer zu der Reinigungsfrau sagt, sie habe einen schönen Busen und sie an einer Brust berührt. Die Frau erklärt, dass sie dies nicht wünsche. Der Arbeitnehmer lässt sofort von ihr ab und verlässt den Raum. In der Folge entschuldigt sich der Mitarbeiter bei der Frau. Er führt mit ihr unter Zahlung eines Schmerzensgelds einen Täter-Opfer-

Ausgleich herbei. Die Frau nimmt seine Entschuldigung an und versichert, die Angelegenheit sei damit für sie erledigt. Das gegen den Arbeitnehmer eingeleitete Ermittlungsverfahren wird eingestellt. Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis dennoch fristlos. Die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers hat Erfolg.

„Eine sexuelle Belästigung ist als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung geeignet.“

Das BAG lässt keinen Zweifel daran, dass das Verhalten des Arbeitnehmers eine **sexuelle Belästigung** darstellt. Dieses Verhalten ist auch grundsätzlich als **wichtiger Grund** für eine außerordentliche Kündigung geeignet.

„Ob die außerordentliche Kündigung berechtigt ist, hängt letztlich von den Umständen des Einzelfalls ab, unter anderem von Umfang und Intensität der Belästigung.“

Dahinter verbirgt sich der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**. Ausgangspunkt ist § 12 Absatz 3 AGG: Danach hat der Arbeitgeber die geeigneten, erforderlichen und angemessenen arbeitsrechtlichen

Maßnahmen - wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung - zu ergreifen, um derartige Benachteiligungen zu unterbinden. **Welche konkrete Maßnahme** der Arbeitgeber für erforderlich halten darf, hängt vom Einzelfall ab. Geeignet sind aber nur solche Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass durch sie eine Wiederholung in der Zukunft ausgeschlossen ist.

Im Rahmen einer umfassenden **Abwägung** kam das BAG hier zu dem Ergebnis, dass das Fehlverhalten des Arbeitnehmers in diesem konkreten Fall mit einer **Abmahnung** hätte geahndet werden müssen. Die einmalige Entgleisung des Arbeitnehmers, dessen jahrelange beanstandungsfreie Arbeit, seine Entschuldigung und die Zahlung eines Schmerzensgeldes sowie der Umstand, dass er sofort von der Mitarbeiterin abgelassen hatte, führten in diesem speziellen Fall zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Lage der Arbeitszeit bei Teilzeitverlangen

Ein Arbeitnehmer kann verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit **verringert** wird. Er kann (muss aber nicht) dann auch eine andere Verteilung der reduzierten Arbeitszeit fordern. Für die Verteilung der Arbeitszeit gilt im Einzelnen folgendes:

➤ Einvernehmliche Regelung

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben nach dem Gesetz **Einvernehmen** über die festzulegende Verteilung der Arbeitszeit zu erzielen.

Arbeitgeber reagiert nicht oder zu spät

Kommt eine Einigung nicht zu Stande **und** hat der Arbeitgeber nicht spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Arbeitszeitverringerung die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit **schriftlich abgelehnt**, dann gilt die Verteilung der Arbeitszeit **automatisch** entsprechend den Wünschen

des Arbeitnehmers als festgelegt. So will es das Gesetz.

Wie wirken sich diese beiden Fälle aber aus, wenn der Arbeitgeber zu einem späteren Zeitpunkt die Arbeitszeitverteilung aus betrieblichen Gründen wieder **ändern** muss oder will?

Das (normale) gesetzliche Direktionsrechts gemäß **§ 106 GewO** genügt hierfür nicht. Stattdessen muss der Arbeitgeber die **Spezialregelung des § 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG** beachten. Danach kann der Arbeitgeber die neu festgelegte Verteilung der Arbeitszeit später **nur dann wieder ändern**, wenn

- das betriebliche Interesse an der Änderung das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung **erheblich überwiegt** und
- der Arbeitgeber die Änderung spätestens **einen Monat vorher angekündigt** hat.

➤ Vorsicht bei gerichtlichen Vergleichen

Besondere Vorsicht ist geboten, wenn eine Einigung über die Verteilung der Arbeitszeit erst in einem **gerichtlichen Vergleich** vor dem Arbeitsgericht geschlossen wird. Aus Sicht des Arbeitgebers besteht dann nämlich die Gefahr, dass

- diese Einigung später als eine völlig **neue, eigenständige vertragliche Regelung** zur Arbeitszeitverteilung interpretiert wird (die dann nicht mehr einseitig durch den Arbeitgeber kraft Direktionsrechts geändert werden könnte, sondern allenfalls

durch Änderungskündigung) **oder**

- dem Arbeitgeber später jedenfalls das (ohnehin begrenzte) Direktionsrecht gemäß § 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG aberkannt wird. Ob diese Regelung nämlich auch für Einigungen in gerichtlichen Vergleichen gilt, hat das **Bundesarbeitsgericht** in einem aktuellen Urteil ausdrücklich offen gelassen (BAG, Urteil vom 10.12.2014, Aktenzeichen: 10 AZR 63/14).

Das sagt der Anwalt: Wenn es um die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit nach dem TzBfG geht, können beide Vertragsparteien gar nicht vorsichtig genug sein. Auch für Fachleute ist es mittlerweile schwierig, sich in dem Dschungel von Formalien und Fristen zurechtzufinden.

Insbesondere bei der Abfassung eines gerichtlichen Vergleichs muss der Text für beide Seiten hieb- und stichfest formuliert werden.

- ✓ Der **Arbeitgeber** sollte in einem solchen Vergleich gegebenenfalls klarstellen, dass es sich dabei um eine einvernehmliche Regelung zur Arbeitszeitverteilung auf der Grundlage des § 8 Absatz 3 Satz 2 TzBfG handelt und dass hierfür im Übrigen das Direktionsrecht gemäß § 8 Absatz 5 Satz 4 TzBfG bestehen bleiben soll. Der **Arbeitnehmer** sollte im Vorfeld Überlegungen dazu an-
- ✓ stellen, ob er eine neue, eigenständige vertragliche Regelung zur Arbeitszeitverteilung (so-

✓ weit überhaupt durchsetzbar) anstrebt oder ob er die damit verbundenen Nachteile vermeiden will. Eine endgültige Fixierung der Arbeitszeitverteilung kann sich bei einer späteren betriebsbedingten Kündigung unter dem Gesichtspunkt der Sozialauswahl nämlich auch nachteilig für den Arbeitnehmer auswirken.

Keine Betriebsvereinbarung ohne Betriebsratsbeschluss

Nach intensiven Verhandlungen erklärt der Betriebsratsvorsitzende, dass der Betriebsrat mit dem ausgehandelten Vertragstext einverstanden ist. Ordnungsgemäß wird die Betriebsvereinbarung anschließend durch den Arbeitgeber und den Betriebsratsvorsitzenden unterzeichnet. Alles unter Dach und Fach?

Dieses Szenario findet täglich in unzähligen deutschen Betrieben statt. Und in vielen dieser Betriebe werden gegenwärtig unwirksame Betriebsvereinbarungen durchgeführt.

„Eine Betriebsvereinbarung ohne Betriebsratsbeschluss ist unwirksam!“

Was viele nicht wissen: Der Betriebsratsvorsitzende vertritt den Betriebsrat nur im Rahmen der von ihm gefassten Beschlüsse. Grundsätzlich schafft daher nur ein ordnungsgemäßer **Betriebsratsbeschluss** die Legitimation für die

Handlungen und Erklärungen des Betriebsrats und der für ihn tätigen Personen. Das bedeutet:

Unterschreibt der Betriebsratsvorsitzende die Betriebsvereinbarung, bedeutet das noch lange nicht, dass die Vereinbarung damit auch wirksam ist. Der Arbeitgeber darf insbesondere nicht darauf vertrauen, dass der Betriebsratsvorsitzende auf der Grundlage eines Betriebsratsbeschlusses handelt.

Das **Bundesarbeitsgericht** hat in einer aktuellen Entscheidung zwar offen gelassen, ob zumindest eine **Vermutung** dafür spricht, dass der Betriebsratsvorsitzende auf der Grundlage eines Betriebsratsbeschlusses handelt. Aber diese Vermutung ist **widerlegbar**: Sofern also nachgewiesen wird, dass ein Betriebsratsbeschluss tatsächlich nicht oder nicht ordnungsgemäß Stande gekommen ist, fehlte dem Betriebsratsvorsitzenden objektiv die Legitimation für die Unterzeichnung der Betriebsvereinbarung. Das führt zur Unwirksamkeit der Vereinbarung (BAG, Beschluss vom 09.12.2014, 1 ABR 19/13).

„Eine Betriebsvereinbarung ist auch dann unbeachtlich, wenn der Betriebsratsbeschluss unwirksam ist!“

Ein Beschluss des Betriebsrats ist immer dann unwirksam, wenn er unter **Missachtung zwingender Verfahrensvorschriften** zu Stande gekommen ist. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn nicht mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder

an der Beschlussfassung teilgenommen hat oder wenn keine ordnungsgemäße Ladung der Betriebsratsmitglieder erfolgt war. Ein unwirksamer Betriebsratsbeschluss kann wiederum nicht Grundlage einer Betriebsvereinbarung sein. Die Vereinbarung ist dann ebenfalls unwirksam.

„Die Unwirksamkeit einer Betriebsvereinbarung wegen fehlender Beschlussfassung hindert auch den Eintritt ihrer Nachwirkung.“

Betriebsvereinbarungen im Bereich der **erzwingbaren Mitbestimmung** entfalten nach ihrer Beendigung eine **Nachwirkung**. Sie gelten daher solange weiter, bis sie durch eine neue Abmachung ersetzt werden. Das gilt allerdings nicht für Betriebsvereinbarungen, die wegen fehlender Beschlussfassung des Betriebsrats **unwirksam** sind (BAG, Beschluss vom 09.12.2014, 1 ABR 19/13).

Das sagt der Anwalt: Der Arbeitgeber sollte sich vor Abschluss einer Betriebsvereinbarung unbedingt den Betriebsratsbeschluss vorlegen lassen. Andernfalls geht er ein unkalkulierbares Risiko ein. Die Unwirksamkeit einer **Betriebsvereinbarung** kann zwar unter bestimmten Voraussetzungen **nachträglich geheilt** werden, indem der Betriebsrat die (ordnungsgemäße) Beschlussfassung später nachholt. Das hat der Arbeitgeber aber zum einen nicht in der Hand und zum anderen ist dies nur in Grenzen zulässig.