

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 3 / 2013**Liebe Leserinnen und Leser,**

wir denken in immer extremeren Dimensionen. „Hamburger“

werden im XXL-Format angeboten, Bungee-Springer rufen längst keine Gänsehaut mehr hervor, in manchen Fernsehshows werden gleich mehrere Autos als Gewinn für einen(!) Zuschauer ausgelobt und

Dazu im Gegensatz steht eine verblüffende Erkenntnis: Den größten „Kick“ gibt es nämlich, wenn wir die ganz banalen Dinge des täglichen Lebens in den Griff bekommen. Was für ein Höhenrausch, wenn der Schreibtisch endlich einmal blank ist!

Was das mit dem Arbeitsrecht zu tun hat? Auch in Ihrer Personalarbeit kommt es selten auf den „großen Wurf“ an. Die zeitnahe Bewältigung der ständig in neuem Gewand auftre-



tenden täglichen Herausforderungen ist es, die Ihre Personalarbeit adelt. In diesem Sinne wünsche ich Ihnen den großen „Kick“ - ob zu Hause oder bei der Personalarbeit.

*Ihr**Dr. Peter Bitzer*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Wann gilt das Kündigungsschutzgesetz?

Das Kündigungsschutzgesetz gilt nicht vom ersten Tag an. Eine **Kündigung** durch den Arbeitgeber ist gefahrlos möglich, sofern das Arbeitsverhältnis noch **nicht länger als sechs Monate** bestanden hat (§ 1 KSchG).

Häufig stellt sich aber die Frage, welche Auswirkungen eine zwischenzeitliche **Unterbrechung** des Arbeitsverhältnisses hat. Werden die beiden Arbeitsverhältnisse dann trotz der Unterbrechung einfach **zusammengerechnet**? Das Bundesarbeitsgericht hat kürzlich eine wichtige Entscheidung für den Bereich der Baubranche getroffen (BAG, Urteil vom 20.06.2013, 2 AZR 790/11).

Eine Unterbrechung von bis zu sechs Monaten kann im Bereich der Baubranche unbeachtlich sein

Das BAG stellte maßgeblich auf den in der Baubranche geltenden **Tarifvertrag** (BRTV-Bau) ab, der zwar **keine Regelung zur Wartezeit** des Kündigungsschutzgesetzes enthält, aber immerhin für die Berechnung der **Kündigungsfristen** festlegt, dass eine **Unterbrechung von bis zu sechs Monaten** unbeachtlich ist, wenn der **Arbeitgeber den Anlass**

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**

für die jeweilige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat. Diese Wertung, so das BAG, müsse auch bei der Berechnung der **Wartezeit** des Kündigungsschutzgesetzes berücksichtigt werden.

Das sagt der Anwalt: Diese Entscheidung des BAG ist zwar nicht 1 : 1 auf sonstige Arbeitsverhältnisse zu übertragen. Für **Arbeitgeber** besteht aber jedenfalls nunmehr ein **erhöhtes Risiko**. Künftig muss sehr genau geprüft werden, ob die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses im konkreten Einzelfall unbeachtlich ist.

Arbeitnehmer werden es dagegen künftig leichter haben, in den Genuss des Kündigungsschutzgesetzes zu gelangen.

Nicht jede Ausschlussklausel ist wirksam

Kaum ein Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag kommt ohne sie aus: Die **Ausschlussklausel**. Während die regelmäßige gesetzliche **Verjährungsfrist** drei Jahre beträgt, machen Ausschlussklauseln kurzen Prozess. Eine gängige Formulierung lautet etwa:

„Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in

Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden.“

Aber nicht jede Ausschlussklausel ist wirksam. Das Dickicht arbeitsgerichtlicher Urteile zu Ausschlussklauseln wird durch eine wichtige Entscheidung des **Bundesarbeitsgerichts** ergänzt (BAG, Urteil vom 20.06.2013, Aktenzeichen: 8 AZR 280/12, Pressemitteilung Nr. 42/13). Dieses Urteil nicht zu kennen, kann Arbeitgeber und Arbeitnehmer teuer zu stehen kommen.

Eine Haftung für Vorsatz wird durch eine arbeitsvertragliche Ausschlussklausel nicht ausgeschlossen

In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte eine Arbeitnehmerin am **26. März** Strafanzeige gegen ihren Vorgesetzten wegen Beleidigung und sexueller Belästigung gestellt. **Mehr als drei Monate** später, nämlich am **30. August 2010**, erhob die Arbeitnehmerin Klage gegen den Arbeitgeber und verlangte Zahlung eines **Schmerzensgeldes** wegen Mobbing. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, weil die Arbeitnehmerin die dreimonatige Ausschlussfrist des Arbeitsvertrages überschritten hatte.

Der Kampfgeist der Arbeitnehmerin hatte jedoch vor dem Bundesarbeitsgericht Erfolg. Grundsätzlich umfasst eine **arbeitsvertragliche** Ausschlussklausel nämlich schon gar nicht die Haftung wegen Vorsatzes. Falls die Klausel dies aber ausdrücklich so vorsieht, ist sie **unwirksam**.

Eine tarifvertragliche Ausschlussklausel kann auch die Haftung für Vorsatz ausschließen

Was für arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln gilt, muss nicht auch für **tarifvertragliche** Ausschlussklauseln gelten. Nach § 310 IV 1 BGB finden die §§ 305-310 BGB auf Tarifverträge nämlich keine Anwendung. Diese gesetzlichen Vorschriften enthalten strenge Vorgaben für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Zu diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gehören jedoch (in der Regel) nur Arbeitsverträge, Tarifverträge dagegen nicht.

Überblick: Ausschlussklausel für Haftung wegen Vorsatz

- Eine **arbeitsvertragliche** Ausschlussklausel erfasst grundsätzlich **nicht** die **Haftung für Vorsatz**.

- Sollte die **arbeitsvertragliche** Ausschlussklausel im Einzelfall tatsächlich doch auch die Vorsatzhaftung umfassen, ist die Klausel **unwirksam**.
- Eine **tarifvertragliche** Ausschlussklausel kann dagegen **auch** die Vorsatzhaftung wirksam ausschließen.

Altersdiskriminierung in Stellenausschreibung

Neues Urteil: Werden in einer **Stellenausschreibung** für ein Trainee-programm "**Hochschulabsolventen/Young Professionals**" gesucht, so kann dies ein **Indiz** für eine unzulässige **altersbedingte Benachteiligung** eines nicht in das Bewerbungsauswahlverfahren einbezogenen 36-jährigen Juristen mit Berufserfahrung darstellen, wenn sich die Ausschreibung zugleich ausdrücklich an "**Berufsanfänger**" richtet (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.01.2013, Aktenzeichen: 8 AZR 429/11).

Arbeitszeitbetrug: Bedingter Vorsatz reicht für Kündigung!

Der Arbeitgeber muss auf eine korrekte Dokumentation der Arbeitszeit vertrauen können. Überträgt er den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst und füllt ein Arbeitnehmer die dafür zur Verfügung gestellten Formulare **wissentlich und vorsätzlich** falsch aus, so stellt dies in aller Regel einen schweren Missbrauch da. Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleistete Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, kann grundsätzlich zu einer **außerordentlichen Kündigung** führen.

Das gilt zum Beispiel für

- den vorsätzlichen Missbrauch einer **Stempeluhr** und
- das wissentliche und vorsätzlich falsche Ausstellen entsprechender **Formulare**

Aber wenn der Arbeitnehmer nun den Vorsatz bestreitet und sich auf bloße Unachtsamkeit (Fahrlässigkeit) beruft: Was meinen Sie, kann der Arbeitgeber dann dennoch wegen Arbeitszeitbetrug kündigen? Die Antwort lautet: **Nein und Ja!**

Grundsätzlich „Nein“: Eine verhaltensbedingte Kündigung kann nämlich immer nur wegen eines vorsätzlichen Fehlverhaltens ausgesprochen werden. Davon gibt es keine Ausnahme.

Dennoch „Ja“: Zur Bejahung des Vorsatzes genügt nämlich bereits **bedingter Vorsatz**. Nimmt der Arbeitnehmer ein Fehlverhalten also **billigend in Kauf**, handelt er bereits vorsätzlich. Es kommt nicht darauf an, dass er das Fehlverhalten auch **beabsichtigt** hat.

Beispiel: Überträgt der Arbeitgeber den Nachweis der geleisteten Arbeitszeit den Arbeitnehmern selbst, dann gehört es zu den arbeitsvertraglichen Pflichten der Arbeitnehmer, die Eintragungen korrekt vorzunehmen. Das setzt wiederum voraus, dass die Eintragungen **zeitnah** erfolgen, weil mit zunehmendem Zeitablauf das menschliche Erinnerungsvermögen abnimmt. Das versteht sich von selbst, so dass es einer entsprechenden Anweisung nicht bedarf. Bei einer **verspäteten** Eintragung nimmt der Arbeitnehmer somit stets **billigend in Kauf**, später falsche Angaben hinsichtlich seiner Arbeitszeit zu machen. Das genügt für die Bejahung des Vorsatzes (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.11.2012, Aktenzeichen: 10 Sa 270/122).

Das sagt der Anwalt: Dieses Urteil sollte sich jeder Arbeitgeber und Personalverantwortliche in die oberste Schublade legen. Denn immer wieder scheitern Arbeitgeber mit Kündigungen vor dem Arbeitsgericht deshalb, weil sie den Vorsatz des Arbeitnehmers für ein Fehlverhalten nicht beweisen können. Daher ist das Urteil des LAG Rheinland-Pfalz ein Segen für jeden Arbeitgeber, der in Beweisnot gerät.

Kündigung im Kleinbetrieb: Leiharbeitnehmer zählen mit

Für kleine Betriebe gilt das **Kündigungsschutzgesetz** nicht. Bei der Bestimmung der maßgeblichen **Betriebsgröße** nach § 23 I 3 KSchG haben die Arbeitsgerichte bislang ausschließlich die **eigenen Arbeitnehmer** der Firma berücksichtigt. **Leiharbeitnehmer** wurden in der Vergangenheit nicht mit einbezogen. **Damit ist nun Schluss.** Das Bundesarbeitsgericht hat diese jahrzehntelange Rechtsprechung gekippt (BAG, Urteil vom 24.01.2013, Aktenzeichen: 2 AZR 140/12). Ab sofort gilt folgendes:

Bei der Bestimmung der Betriebsgröße sind auch die im Be-

trieb eingesetzten **Leiharbeitnehmer** mitzuzählen, soweit mit ihnen ein **regelmäßiger Beschäftigungsbedarf** abgedeckt wird. Der einmalige kurzzeitige Einsatz eines Leiharbeitnehmers ist dagegen auch künftig irrelevant.

Konsequenz: Leiharbeitnehmer sind bei der Berechnung immer (aber auch nur) dann zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem **in der Regel** vorhandenen Personalbedarf beruht. Maßgeblich ist damit die Beschäftigungslage, die **im allgemeinen** für den Betrieb kennzeichnend ist.

Das sagt der Anwalt: Es kommt nicht etwa auf den Einsatz eines **konkreten** Leiharbeitnehmers an. Auch durch einen **ständigen Wechsel** der Leiharbeitnehmer kann der Arbeitgeber also nicht verhindern, dass der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern auf einem bestimmten Arbeitsplatz bei der Berechnung der Betriebsgröße berücksichtigt wird.