

# ARBEITSRECHT

## Der Arbeitsvertrag

Obwohl in Deutschland sowohl für den Abschluss als auch für den Inhalt des Arbeitsvertrages das Prinzip der Vertragsfreiheit gilt, sind bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen zahlreiche gesetzliche Regelungen und kollektivrechtliche Vereinbarungen zu berücksichtigen.

Für den Abschluss des Arbeitsvertrages selbst ist nach dem Gesetz keine bestimmte Form vorgesehen. Allerdings kann durch Tarifvertrag oder durch Betriebsvereinbarungen die Schriftform vorgeschrieben werden. Es empfiehlt sich daher bereits aus diesem Grunde den Vertrag stets schriftlich abzuschließen.

Auch ist der Arbeitgeber seit Erlass des Nachweisgesetzes in dem Jahre 1995 verpflichtet, spätestens ein Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Diese Verpflichtung entfällt jedoch, wenn der Arbeitsvertrag bereits schriftlich abgeschlossen wurde.

In Unternehmen, in denen ein Betriebsrat besteht, ist dieser bei der Einstellung von Arbeitnehmern in mehrfacher Hinsicht zu beteiligen.

Ein Betriebsrat ist nach § 1 BetrVG in Unternehmen mit in der Regel mindestens 5 ständig wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen 3 wählbar sind, zu errichten. Eine Verpflichtung hierzu besteht jedoch nicht. Die Wahl eines Betriebsrates darf jedoch

nicht verhindert werden, insbesondere darf kein Arbeitnehmer in der Ausübung seines Rechtes einen Betriebsrat zu wählen oder sich selbst zur Wahl zu stellen, beschränkt werden.

Das Betriebsverfassungsgesetz findet jedoch keine Anwendung, wenn sich die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer bereits aus dem Mitbestimmungsgesetz, dem Montan - Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ergeben, die eine stärkere Beteiligung der Arbeitnehmer in den Unternehmen vorsehen.

Das Mitbestimmungsgesetz gilt für Unternehmen ( AG, GmbH, GmbH & Co. KG etc.) mit mehr als 2000 Arbeitnehmern, sofern es sich nicht um ein Montanunternehmen, d.h. bestimmte Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie handelt. Hier ist ein Aufsichtsrat zu bilden, der sich je zur Hälfte aus Arbeitnehmern und Anteilseignern zusammensetzt.

Bei Montanunternehmen ( GmbH, AG, Einheitsgesellschaften ) mit mehr als 1000 Arbeitnehmern gilt das Montan –Mitbestimmungsgesetz. Auch hier ist ein je zur Hälfte aus Arbeitnehmern und Anteilseignern zusammengesetzter Aufsichtsrat zu bilden, der jedoch mit einem weiteren neutralen Mitglied zu besetzen ist.

Das Mitbestimmungsergänzungsgesetz ist auf Nicht-Montanunternehmen anzuwenden, die einen Montankonzern beherrschen.

Das Betriebsverfassungsgesetz findet gleichfalls keine Anwendung auf Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Hier gelten die Personalvertretungs-

gesetze des Bundes und der Länder. Auch auf Einrichtungen von Religionsgemeinschaften oder sog. Tendenzunternehmen, d.h. Unternehmen, die politischen, koalitions-politischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder der Berichterstattung und Meinungsäußerung dienen, unabhängig davon in welcher Rechtsform diese eingerichtet werden.

Die stärkste Beteiligung des Betriebsrates bei der Einstellung von Arbeitnehmern besteht nach § 99 BetrVG. Danach ist in Unternehmen mit mehr als 20 Arbeitnehmern für jede Einstellung die Zustimmung des Betriebsrates erforderlich. Allerdings kann der Betriebsrat seine Zustimmung nur dann verweigern, wenn einer der in § 99 II BetrVG genannten Gründe vorliegt, die Einstellung also beispielsweise gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung verstoßen oder durch die Einstellung andere Arbeitnehmer ungerechtfertigte Nachteile erleiden würden.

Vor Einstellung eines Bewerbers ist der Arbeitgeber selbstverständlich auch daran interessiert, möglichst viele Informationen über die Eignung des Bewerbers für die ausgeschriebene Stelle zu erhalten. Das Fragerecht des Arbeitgebers wird jedoch durch das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingeschränkt. Der Arbeitgeber darf nur Fragen stellen, die mit dem Arbeitsplatz oder der zu leistenden Arbeit zusammenhängen. So ist es im Allgemeinen nicht zulässig nach der Religions- oder Parteizugehörigkeit zu fragen. Die Frage nach einer Schwangerschaft ist generell unzulässig. Zulässig dagegen sind Fragen nach dem gesundheitlichen Zustand, wenn hierdurch die Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers betroffen ist. Bei AIDS ist die Frage nach einer Erkrankung zulässig, nicht dagegen die Frage nach einer Infektion, da keine Infektionsgefahr besteht. Eine Ausnahme besteht hier allerdings für Heilberufe.

Das Recht des Arbeitgebers, seinen Vertragspartner frei zu wählen wird weiter eingeschränkt durch das in § 611a BGB statuierten Diskriminierungsverbot. Danach ist jede ohne sachlichen Grund erfolgte unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen seines Geschlechts verboten. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt jedoch nicht dazu, dass der betroffene Arbeitnehmer einen Einstellungsanspruch hat, der Arbeitgeber macht sich ihm gegenüber jedoch schadensersatzpflichtig.

Weitere Einschränkungen werden sich in Zukunft nach dem Antidiskriminierungsgesetz ergeben.

#### Exkurs Antidiskriminierungsgesetz

Am 17.06.2005 wurde in Deutschland das Antidiskriminierungsgesetz vom Bundestag verabschiedet. Durch das Antidiskriminierungsgesetz sollen mehrere Richtlinien der Europäischen Union aus den Jahren 2000- 2004 in nationales Gesetz umgesetzt werden. Nach diesen Richtlinien sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Schutz vor Diskriminierung u.a. im Bereich Beschäftigung und Beruf hinsichtlich der Merkmale „Rasse, ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität, Geschlecht“ gesetzlich zu gewährleisten.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung beschränkt sich nicht nur auf Umsetzung der EU-Richtlinien, sondern geht zum Teil über die Vorgaben des Europarechts hinaus. Der Anwendungsbereich des Gesetzes erstreckt neben anderen Bereichen wie dem Mietrecht vor allem auf das Arbeitsrecht. Nach § 7 I ADG sind Benachteiligungen von Beschäftigten aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Reli-

gion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verboten.

Beschäftigte im Sinne des Gesetzes sind Arbeitnehmer, die zur Berufsausbildung Beschäftigten, sowie arbeitnehmerähnliche Personen. Der Schutz des Gesetzes kommt auch einem Bewerber für eine Arbeitsstelle zugute.

In den §§ 8 bis 10 ADG sind einige Ausnahmen vom Benachteiligungsverbot normiert. So ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts zulässig, wenn das Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit ist. Auch eine unterschiedliche Behandlung wegen Alters ist zulässig, wenn diese objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist.

Daneben ist eine unterschiedliche Behandlung wegen Religion oder Weltanschauung durch Religionsgemeinschaften zulässig, wenn die Religion oder Weltanschauung nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

Das Gesetz sieht die Einrichtung einer zentralen Antidiskriminierungsstelle vor, die über die Einhaltung des von dem Gesetz gewährleisteten Schutz wachen soll.

Bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot stehen dem Arbeitnehmer mehrere Rechte zu. So kann er sich nicht nur bei den zuständigen Stellen beschweren, sondern ist auch berechtigt, seine Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgeltes einzustellen, sofern dies zu seinem Schutz erforderlich ist. Schließlich wird dem benachteiligten Arbeitnehmer ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld zugestanden.

Das Gesetzesvorhaben stößt vor allem in Wirtschaftskreisen auf erhebliche Proteste. Es wird erwartet, dass das Gesetz zahlreiche Prozesse nach sich zieht und einen erheblichen bürokratischen und finanziellen Aufwand für die Unternehmen, mithin auch einen Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen darstellt.

Weitreichende Folgen für die Arbeitgeber dürfte auch die vorgesehene Beweislastverteilung sein. Sobald der Arbeitnehmer das Vorliegen einer Diskriminierung „im Sinne des Gesetzes“ glaubhaft macht, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die unterschiedliche Behandlung keine Verletzung des Benachteiligungsverbots darstellt.

Das Gesetz wurde vor den Bundestagswahlen 2005 jedoch nicht mehr verabschiedet.

Die Umsetzung der EU-Richtlinien wird daher voraussichtlich nicht mehr vor dem Jahre 2006 erfolgen.

### Inhalt des Arbeitsvertrages

#### Laufzeit des Vertrages

Das Gesetz geht grundsätzlich von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis aus. Ein Arbeitsverhältnis kann jedoch auch für eine bestimmte Dauer begründet werden.

So ist in § 14 I Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) bestimmt, dass eine Befristung zulässig ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Dieser liegt insbesondere vor, wenn

- 1.) der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend ist, wie bei Saisonbetrieben

- 2.) die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um dem Arbeitnehmer den Übergang in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern
- 3.) der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird, z.B. die Einstellung von Ersatzkräften für im Mutterschutz o. Erziehungsurlaub befindliche Arbeitnehmer
- 4.) die Eigenart der Arbeitsleistung eine Befristung erfordert, wie dies bei Verträgen im künstlerischen Bereich, sowie bei Verträgen mit Spitzensportler in Betracht kommt
- 5.) die Befristung zur Erprobung erfolgt
- 6.) Gründe in Person des Arbeitnehmers die Befristung rechtfertigen, wie eine begrenzte Aufenthaltserlaubnis des Arbeitnehmers oder der eigene Wunsch des Arbeitnehmers
- 7.) der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die für die befristete Tätigkeit bestimmt sind
- 8.) die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht

Unabhängig von dem Vorliegen eines sachlichen Grundes ist eine Befristung nach § 14 II TzBfG darüber hinaus bis zu einer Dauer von 2 Jahren zulässig, es sei denn mit dem gleichen Arbeitgeber hat bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden. Innerhalb dieses Zeitraumes kann der Vertrag auch maximal 3 mal verlängert werden. Eine Verlängerung im Sinne des § 14 II TzBfG liegt jedoch nur vor, wenn die Vereinbarung hierzu vor Ablauf der ursprünglich vereinbarten Vertragsdauer getroffen wird, d.h. das Arbeitsverhältnis ohne Unterbrechung fortgesetzt wird. Da eine Befristung unzulässig ist, wenn mit dem gleichen Arbeitnehmer bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, führt jede tatsächliche Unter-

brechung dazu, dass die weitere Befristung unzulässig ist, mithin ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt.

Durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, welches zum 01.01.2004 in Kraft getreten ist, wurde § 14 Abs. 2a TzBfG hinzugefügt, wonach ein neu gegründetes Unternehmen auch ohne sachlichen Grund bis zur Höchstdauer von 4 Jahren ein befristetes Arbeitsverhältnis abschließen oder ein befristetes Arbeitsverhältnis innerhalb dieses Zeitraumes mehrfach verlängern kann.

Jede Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf der Schriftform und muss damit von beiden Vertragsparteien unterschrieben werden. Gleiches gilt für die Verlängerung der Laufzeit eines befristeten Vertrages. Die Angabe des Befristungsgrundes im Arbeitsvertrag ist dagegen nur dann erforderlich, wenn dies in einen einschlägigen Tarifvertrag vorgesehen ist.

Ist die Schriftform nicht eingehalten oder ist die Befristung nicht wirksam erfolgt, gilt das Arbeitsverhältnis als ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

Erfolgt die Befristung ohne sachlichen Grund, muss die Vereinbarung vor Beginn des Arbeitsverhältnisses getroffen werden, andernfalls gilt auch hier das Arbeitsverhältnis als für unbestimmte Zeit abgeschlossen.

Probearbeitsverhältnis

Durch ein Probearbeitsverhältnis soll dem Arbeitgeber wie auch dem Arbeitnehmer die Gelegenheit gegeben werden, den Vertragspartner und die Arbeitsstelle im Hinblick auf eine längerfristige Zusammenarbeit zu überprüfen. Das Probearbeitsverhältnis kann als befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis vereinbart werden. Wird ein befristetes Probearbeitsverhältnis vereinbart, endet dieses mit Ablauf der vereinbarten Dauer, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Wird das Arbeitsverhältnis jedoch nach Ablauf der vereinbarten Probezeit fortgesetzt, kommt grundsätzlich ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande. In der Regel wird das Probearbeitsverhältnis dagegen lediglich einem unbefristeten Arbeitsverhältnis vorangeschaltet und geht damit nach Ablauf der Probezeit in ein normales Arbeitsverhältnis über.

Die Dauer der Probearbeitszeit ist zwar gesetzlich nicht festgeschrieben, muss aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Bei einfachen Tätigkeiten werden regelmäßig 3-4 Monate, bei schwierigeren Tätigkeiten 6 Monate als ausreichend angesehen, da nach 6 Monaten der allgemeine Kündigungsschutz einsetzt. In Ausnahmefällen kann auch eine längere Probearbeitszeit vereinbart werden, wenn innerhalb von 6 Monaten eine Beurteilung der Arbeitsleistung nicht möglich ist.

Nur bei Auszubildenden ist die Dauer der Probearbeitszeit gesetzlich geregelt und beträgt mindestens 1 Monat, längstens 3 Monate.

In Tarifverträgen bestehen jedoch häufig Regelungen über Dauer der Probearbeitszeit, die bei Tarifbindung der Parteien oder bei Vorliegen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages bindend sind.

Tarifgebunden sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien (Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften) sowie der einzelne Arbeitgeber, wenn er selbst Vertragspartei ist

( Firmentarifvertrag ). Bei allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen gelten deren normativen Bestimmungen für alle Arbeitsverhältnisse, die in den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen.

Während der Probezeit kann ein unbefristetes Probearbeitsverhältnis von beiden Parteien mit einer Frist von 2 Wochen gekündigt werden. Dabei kommt es auf Zugang Kündigung an, nicht auf den Auslauf der Probezeit, so dass Probearbeitsverhältnis am letzten Tag der vereinbarten Probezeit gekündigt werden kann. In Tarifverträgen sind auch kürzere Kündigungsfristen zulässig

Die Kündigungsfrist von zwei Wochen gilt jedoch längstens für die Dauer von sechs Monaten. Ist daher ausnahmsweise eine längere Probezeit vereinbart, gelten nach Ablauf von 6 Monaten die allgemeinen Kündigungsfristen.

Wurde das Probearbeitsverhältnis befristet abgeschlossen, ist das Recht zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen, sofern ein Kündigungsrecht nicht ausdrücklich vertraglich vorgesehen ist. Die außerordentliche Kündigung ist dagegen stets zulässig.

### Vergütung

Die Höhe und auch die Art der Vergütung kann zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich frei vereinbart werden. Sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden oder existiert ein einschlägiger allgemeinverbindlicher Tarifvertrag, so sind die Regelungen des Tarifvertrages zur Vergütung zu beachten. Die tariflich vorgesehene Vergütung kann durch die vertragliche Vergütungsvereinbarung nicht unterschritten

werden. Aber auch Betriebsvereinbarungen, eine eventuelle betriebliche Übung und der Gleichbehandlungsgrundsatz können zu berücksichtigen sein.

Häufig wird dem Arbeitnehmer ein firmeneigenes Fahrzeug auch zur Privatnutzung überlassen. Hat der Arbeitnehmer für solche Privatfahrten ein Nutzungsentgelt nicht zu zahlen, stellt die Privatnutzung eine zusätzliche Vergütung dar.

Ein Widerruf der Privatnutzung ist nicht möglich, der Arbeitgeber muss, wenn er die Privatnutzung untersagen will mit dem Arbeitnehmer eine entsprechende Vereinbarung treffen oder eine Änderungskündigung aussprechen.

### Urlaub

Nach § 3 BUrlG beträgt der dem Arbeitnehmer zustehende Urlaubsanspruch mindestens 24 Werktage, wobei Werktage nach dem Gesetz alle Tage außer Sonn- und Feiertage sind. Das Gesetz geht insoweit noch von einer 6-Tage-Woche aus, obwohl dies schon seit mehreren Jahren durch die Einführung der 5-Tage-Woche überholt ist. Der gesetzliche Urlaubsanspruch ist daher umzurechnen, indem die Gesamtdauer des Urlaubs durch die Zahl 6 geteilt und bei einer 5-Tage-Woche mit 5 multipliziert wird.

Die Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer sind in den einschlägigen Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen meist abweichend geregelt, so dass diese vorrangig zu berücksichtigen sind.

Für bestimmte Arbeitnehmergruppen bestehen in verschiedenen Gesetzen gleichfalls abweichende Regelungen, so z.B. im Jugendarbeitsschutzgesetz, dem Bundeserziehungsgeldgesetz und dem Schwerbehindertengesetz.

Der Urlaubsanspruch erlischt nach dem Gesetz grundsätzlich mit dem Ende des Jahres. Nur wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen, kann nach § 7 III BUrlG eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr erfolgen. Der Urlaub muss dann allerdings in den ersten 3 Monaten des Folgejahres gewährt und genommen werden.

### Arbeitszeit

Die vertragliche Dispositionsfreiheit bei der Festlegung der Arbeitszeit wird insbesondere durch das Arbeitszeitgesetz, welches die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleisten soll, beschränkt.

Das Arbeitszeitgesetz gilt jedoch nicht für leitende Angestellte, Chefärzte sowie Leiter von öffentlichen Dienststellen oder Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Auch weitere Arbeitnehmergruppen, wie beispielsweise Seeleute sind von dem Schutz des Arbeitszeitgesetzes ausgenommen.

Arbeitszeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes ist die Zeit von Beginn bis Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Diese darf grundsätzlich werktäglich acht Stunden nicht überschreiten. Eine Verlängerung auf bis zu 10 Stunden werktäglich ist nur dann zulässig, wenn innerhalb von sechs Monaten oder innerhalb von 24 Wochen durchschnittlich acht Stunden nicht überschritten werden.

Bei Nacht- oder Schichtarbeit darf die werkvertragliche Arbeitszeit von acht Stunden nur dann überschritten werden, wenn innerhalb von einem Kalendermonat oder innerhalb von vier Wochen durchschnittlich acht Stunden nicht überschritten werden. Nacht-

arbeit im Sinne des Arbeitszeitgesetzes ist die Zeit von 23 Uhr bis 06 Uhr, wobei jede Arbeit, die mehr als zwei Stunden der Nachtzeit umfasst, als Nachtarbeit angesehen wird.

Das Arbeitszeitgesetz sieht auch vor, dass ein Nachtarbeitnehmer auf sein Verlangen auf einen geeigneten Tagesarbeitsplatz umzusetzen ist, wenn die Nachtarbeit seine Gesundheit gefährdet oder die Betreuung eines Kind unter 12 Jahren oder pflegebedürftigen Angehörigen dies erfordert.

Das Arbeitszeitgesetz legt gleichfalls fest, dass bei einer Arbeitszeit von mehr als sechs bis neun Stunden eine Ruhezeit von mindestens 30 Minuten, bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden eine Ruhezeit von mindestens 45 Minuten einzuhalten ist. Auch muss zwischen den einzelnen Arbeitszeiten eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden liegen, die allerdings in Krankenhäusern und anderen Einrichtungen zur Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen, in Gaststätten u. ä., in Verkehrsbetrieben, beim Rundfunk sowie in der Landwirtschaft oder Tierhaltung um eine Stunde verkürzt werden kann, wenn diese Verkürzung innerhalb eines Monats oder vier Wochen durch Verlängerung einer anderen Ruhezeit wieder ausgeglichen wird.

Die Höchstdauer der gesetzlichen Arbeitszeit sowie die vorgesehenen Ruhezeiten können in Tarifverträgen oder aufgrund eines Tarifvertrags in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen in den Grenzen des § 7 Arbeitszeitgesetz abweichend geregelt werden.

Nach § 9 des Arbeitszeitgesetzes dürfen Arbeitnehmer an Sonn- und gesetzliche Feiertagen von 0 bis 24 Uhr nicht beschäftigt werden, wobei in mehrschichtigen Betrieben

der Beginn oder das Ende der Sonn- oder Feiertagsruhe bis zu sechs Stunden vor- oder zurückverlegt werden kann.

Ausnahmsweise dürfen Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden, wenn die Arbeit nicht an Werktagen vorgenommen werden kann. Das Gesetz nennt in § 10 zahlreiche Ausnahmen, wie beispielsweise eine Beschäftigung in Not- und Rettungsdiensten, Krankenhäusern, Gaststätten oder in der Landwirtschaft.

Auch wenn eine Beschäftigung an Sonn- und Feiertagen nach § 10 ArbZG zulässig ist, müssen mindestens 15 Sonntage im Jahr beschäftigungsfrei bleiben. Gleichfalls muss ein Ersatzruhetag innerhalb eines Zeitraums von zwei Wochen für eine Sonntagsbeschäftigung gewährt werden. In Tarifverträgen oder auf der Grundlage eines Tarifvertrages in Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann von den Regelungen über die Sonn- und Feiertagsbeschäftigung in den von § 12 ArbZG vorgegebenen Grenzen abgewichen werden.

Nicht durch das Arbeitszeitgesetz geregelt ist die zeitliche Lage der jeweiligen Arbeitszeit. Da der Betriebsrat bei der Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit ein Mitbestimmungsrecht hat, ist die Verteilung der Arbeitszeit in der Praxis häufig durch Betriebsvereinbarungen geregelt. Auch aus Tarifverträgen können sich Regelungen über die zeitliche Lage der Arbeitszeit ergeben.

Ist die Lage der Arbeitszeit weder in einem Tarifvertrag noch einer Betriebsvereinbarung geregelt, ist die vertragliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag maßgebend. Der Arbeitgeber kann sich im Rahmen des Arbeitsvertrages auch vorbehalten, die zeitliche Lage der Arbeitszeit entsprechend den betrieblichen Erfordernissen künftig ändern zu können.

In der vertraglichen Vereinbarung zur Arbeitszeit sollte auch eine Regelung aufgenommen werden, ob Mehrarbeit geschuldet wird und wie sie ggf. vergütet wird. Denn ohne eine ausdrückliche Regelung ist der Arbeitgeber grundsätzlich nicht berechtigt, einseitig Mehrarbeit anzuordnen, sofern es sich nicht um einen Notfall oder ähnliches handelt.

Mehrarbeit ist jede Arbeitszeit, die gesetzlich die zulässige Höchstarbeitszeit überschreitet, von Überstunden spricht man dagegen, wenn die regelmäßigen tariflichen betrieblichen oder vertraglichen Arbeitszeiten überschritten werden.

Wie eine Mehrarbeit oder Überstunden zu vergüten sind, ist im Arbeitszeitgesetz selbst nicht geregelt, sondern ergibt sich aus einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder dem Einzelarbeitsvertrag. Besteht keine ausdrückliche Regelung gilt die übliche Vergütung als vereinbart. Soll die Über- oder Mehrarbeit durch Freizeit ausgeglichen werden, ist dies vertraglich zu vereinbaren.

#### Arbeitnehmerüberlassung

Von Arbeitnehmerüberlassung spricht man, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem anderen Unternehmer (Entleiher) einen bei ihm angestellten Arbeitnehmer vorübergehend zur Verfügung stellt, den der Entleiher nach seinen Vorstellungen in seinem Betrieb einsetzt. Das bisherige Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort, der Arbeitnehmer unterliegt jedoch nicht nur den Weisungen seines eigenen Arbeitgebers sondern auch denjenigen des Entleihers.

Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden, ist die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbständigen Dienstverträgen. Für die Abgrenzung ist der Inhalt des zwischen den Parteien getroffenen Vertrages maßgebend.

Keine Arbeitnehmerüberlassung, sondern ein Werkvertrag ist anzunehmen, wenn der Unternehmer sich zur Erstellung eines bestimmten Werkes verpflichtet und hierzu seine Arbeitnehmer in das Unternehmen des Bestellers schickt, die Arbeitnehmer dabei jedoch weiterhin seinem Weisungsrecht, nicht auch demjenigen des Bestellers unterliegen. Das Ergebnis des Werkes wird bei einem Werkvertrag immer dem Unternehmer, der auch das Unternehmensrisiko trägt zugerechnet, nicht dagegen dem Besteller. Auch wird die Vergütung im Unterschied zur Arbeitnehmerüberlassung in der Regel erfolgsorientiert vereinbart. Die Abgrenzung ist für jeden Einzelfall vorzunehmen, wobei die oben dargestellten Kriterien zu berücksichtigen sind.

Eine Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen eines selbständigen Dienstvertrages liegt nur dann vor, wenn der Unternehmer die geschuldeten Dienste entweder selbst in seiner Person oder mittels seiner Hilfspersonen frei von Weisungen in eigener Verantwortung durchführt. Um einen solchen selbständigen Dienstvertrag kann es sich etwa bei der Bewachung eines Betriebsgeländes durch Arbeitnehmer einer Sicherheitsfirma handeln.

Erfolgt die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig gilt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Danach ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich nach § 1 AÜG erlaubnispflichtig.

Die Erlaubnis ist nach § 3 I AÜG unter anderem bei fehlender Zuverlässigkeit oder mangelnder betrieblicher Organisation zu versagen. Sie kann versagt werden, wenn der Antragssteller nicht Deutscher oder Staatsangehöriger der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist oder wenn eine Gesellschaft oder juristische Person den Antrag stellt, die entweder nicht nach Deutschem Recht oder dem Recht eines der oben genannten Staaten gegründet ist oder die weder ihren Sitz noch ihre Hauptniederlassung in Deutschland oder den vorgenannten Staaten hat.

Durch das Gesetz für moderne Dienstleistung am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 wurden zahlreiche Beschränkungen aufgehoben und im Gegenzug verschiedene Regelungen zur Verbesserung der Stellung des Leiharbeitnehmers in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz aufgenommen.

Entfallen sind durch die Gesetzesänderung insbesondere die zuvor bestehenden Einschränkungen bei Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen - die Zulässigkeit einer Befristung bestimmt sich nun nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere dem TzbfG -, das Verbot der wiederholten Kündigung und Neueinstellung vor Ablauf von 3 Monaten sowie die Beschränkung der Überlassungsdauer auf 24 Monate.

Zum Schutze des Leiharbeitnehmers ist der Verleiher nunmehr verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgeltes vergleichbarer Arbeitnehmer des Betriebes des Entleihers zu gewähren. Zu dem Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs gehören neben dem laufenden Entgelt auch sämtliche Zuschläge und Gratifikationen. Von diesen Vorschriften kann nur

durch Tarifvertrag oder in den ersten sechs Wochen des Beschäftigungsverhältnisses abgewichen werden.

Der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher bedarf nach dem AÜG der Schriftform. In dem Vertrag hat der Verleiher zu erklären ob er die nach dem AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt; der Entleiher hat in der Regel die für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen mitzuteilen.

Fehlt dem Verleiher die erforderliche Erlaubnis oder werden schlechtere als in dem Betrieb für vergleichbare Arbeitnehmer geltende Arbeitsbedingungen vereinbart, ohne dass ein gesetzlicher Ausnahmegrund vorliegt, ist der Vertrag unwirksam. Das gleiche gilt bei Vereinbarungen, die den Abschluss eines Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmers nach Beendigung dessen Arbeitsverhältnis bei dem Verleiher untersagen.

Wird ein Vertrag, der aus den vorgenannten Gründen unwirksam, ist dennoch in Vollzug gesetzt, führt dies dazu, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer unmittelbar zustande kommt. Das gleiche gilt, wenn der Vertrag nachträglich unwirksam wird, etwa wenn die erforderliche Erlaubnis beim Verleiher nachträglich wegfällt.

Verstöße gegen die gesetzlichen Vorgaben können als Straftat oder Ordnungswidrigkeit geahndet werden. So kann mit Freiheitsstrafe bis zu drei ( in besonders schweren Fällen bis zu 5 ) Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden, wer als Verleiher einen Ausländer ohne die erforderliche Arbeitsgenehmigung einem Dritten ohne Erlaubnis überlässt. Auch der Entleiher kann sich in diesem Fall bei Beschäftigung des Ausländers strafbar

machen, wenn er z.B. dem ausländischen Leiharbeiter deutlich schlechtere Arbeitsbedingungen als seinen vergleichbaren Arbeitnehmern gewährt.

Besitz der Verleiher die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis nicht, stellt jede Arbeitnehmerüberlassung eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit Geldbussen bis zu 25.000,00 € geahndet werden kann. Das gleiche gilt, wenn ein Entleiher vorsätzlich oder fahrlässig einen ohne Erlaubnis überlassenen Arbeitnehmer oder einen ausländischen Arbeitnehmer ohne die erforderliche Arbeitsgenehmigung tätig werden lässt. Im letzteren Falle kann die Geldbuße sogar bis zu 250.000,00 € betragen..

Daneben bestehen nach zahlreiche Bußgeldvorschriften bei Verletzung der in dem AÜG vorgesehenen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten, die gleichfalls mit erheblichen Bußgeldern, zum Teil bis zu 500.000,00 € geahndet werden können.

### Berufsausbildungsverhältnis

Wie jedes Arbeitsverhältnis kommt auch das Berufsausbildungsverhältnis durch Abschluss eines Vertrages zustande. Bei Minderjährigen ist der Berufsausbildungsvertrag mit dem gesetzlichen Vertreter, in der Regel den Eltern zu schließen.

Der Abschluss des Vertrages ist auch hier grundsätzlich formfrei möglich; dem Auszubildenden ist jedoch gemäß § 4 I BBiG der wesentliche Inhalt des Vertrages spätestens vor Beginn der Berufsausbildung schriftlich niederzulegen.

Der Auszubildende hat nach § 10 BBiG einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Mehrarbeit ist stets besonders zu vergüten oder durch entsprechende Freizeit auszugleichen.

Das Berufsausbildungsverhältnis endet grundsätzlich mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist. Die Ausbildungsdauer beträgt je nach dem Berufszweig mindestens zwei, höchstens drei Jahre. Nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses durch Ablauf der Ausbildungszeit oder durch bestandene Prüfung besteht keine Verpflichtung der Parteien ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Einen Anspruch in den Betrieb übernommen zu werden, haben allerdings die Mitglieder der Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsorgane. Wird der Auszubildende nach bestandener Abschlussprüfung weiterbeschäftigt, sei es auch nur für einen kurzen Zeitraum, entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

Eine Kündigung des Ausbildungsverhältnisses ist während der Probezeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ohne Angabe von Gründen durch beide Parteien möglich. Nach Ablauf der Probezeit kann das Ausbildungsverhältnis vom Ausbildenden nur noch aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden. Der Auszubildende kann das Ausbildungsverhältnis daneben mit einer Frist von 4 Wochen kündigen, wenn er die Berufsausbildung aufgeben will oder sich für eine andere Berufstätigkeit ausbilden lassen will.

Bei einem Minderjährigen ist die Kündigung seitens des Ausbildenden gegenüber den gesetzlichen Vertretern des Minderjährigen zu erklären; die Kündigung seitens des Auszubildenden ist entsprechend nur durch den gesetzlichen Vertreter möglich.

Wird der Auszubildende im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis weiter beschäftigt, ohne dass hierüber eine Vereinbarung getroffen wurde, so entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

### Beendigung des Arbeitsverhältnis

Das Arbeitsverhältnis endet wie alle Dauerschuldverhältnisse durch Aufhebungsvertrag, Kündigung, Befristung, Bedingung, Anfechtung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage. Daneben endet das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des Arbeitnehmers, da dieser die Arbeitsleistung in seiner Person zu leisten hat, in der Regel jedoch nicht mit dem Tod des Arbeitgebers. In der Praxis stellt die Kündigung- neben dem Ausscheiden in den Ruhestand- jedoch bei weitem den häufigsten Grund der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses dar.

### Kündigung

#### 1. Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Zu Ihrer Wirksamkeit bedarf diese gemäß § 623 BGB der Schriftform. Die elektronische Schriftform ( Fax, E-Mail ) genügt hierzu jedoch nicht.

Grundsätzlich besteht keine Pflicht, die jeweiligen Kündigungsgründe anzugeben, wenn dies nicht in einem einschlägigen Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung vorgesehen ist. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer die Kündigungsgründe jedoch auf Verlangen schriftlich mitteilen.

Eine weitere Ausnahme besteht nach § 15 BBiG für Auszubildende. Danach muss die Kündigung gegenüber einem Auszubildenden nach Ablauf der Probezeit die Angabe der Kündigungsgründe enthalten.

Die Kündigung ist grundsätzlich von den Vertragsparteien selbst zu erklären, bei juristischen Personen daher von deren gesetzlichem Vertreter. Die Parteien können sich jedoch bei der Kündigung vertreten lassen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass der Gekündigte die Kündigung nach § 174 BGB unverzüglich zurückweisen kann, wenn keine schriftliche Originalvollmacht vorgelegt wird. In diesem Fall ist eine neue Kündigung, sowie ggf. eine erneute Anhörung des Betriebsrates erforderlich. Hier ist daher für die Arbeitgeberseite erhöhte Vorsicht geboten. Eine Zurückweisung der Kündigung wegen fehlender Vollmacht ist allerdings ausgeschlossen, wenn der Vertretene den Gekündigten von der Vollmacht in Kenntnis gesetzt hat. Dies ist vor allem dann anzunehmen, wenn die Kündigung durch den Personalleiter ausgesprochen wird, da hier immer eine Bevollmächtigung zum Ausspruch einer Kündigung anzunehmen ist.

Als empfangsbedürftige Willenserklärung wird die Kündigung erst mit Zugang beim Empfänger wirksam. Wird gegenüber einem Anwesenden gekündigt, geht diese in der Regel sofort zu. Bei der Kündigung gegenüber einem Abwesenden gilt eine Kündigung als zugegangen, wenn diese so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, dass dieser von ihr Kenntnis erlangen konnte. Daher geht ein nach den üblichen Postzustellzeiten in den Hausbriefkasten eingeworfener Brief erst am nächsten Tag zu, da erst zu diesem Zeitpunkt mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist.

Da allein die Aufgabe des Kündigungsschreibens zur Post nicht den Nachweis erbringen kann, dass der Empfänger das Schreiben auch tatsächlich erhalten hat, sollte eine Kündigung nie per einfachen Brief, sondern zumindest per Einschreiben versandt werden. Auch hier ist jedoch zu bedenken, dass das Übergabeeinschreiben erst mit Aushändigung an den Empfänger, nicht mit Hinterlassung eines Benachrichtigungszettels zugeht. Den sichersten Weg der Zustellung stellt daher immer noch die Übergabe durch einen Boten, z.B. durch den Gerichtsvollzieher dar.

Die Kündigung kann grundsätzlich an jedem Ort und zu jeder Zeit, so z.B. auch schon vor Beginn des Arbeitsverhältnisses, während einer Krankheit oder während des Urlaubs des Arbeitnehmers erfolgen. Die Kündigung darf nur nicht zu unpassender Zeit oder an einem unpassenden Ort erklärt werden, wie z.B. unmittelbar nach einem schwerem Arbeitsunfall.

## 2. Kündigungsfristen

Nach § 622 BGB kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von 4 Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Bei der Kündigung des Arbeitgebers verlängert sich die Kündigungsfrist je nach Betriebszugehörigkeit bis auf 7 Monate zum Ende eines Monats. Auch hier existieren vorrangige Regelungen in den jeweiligen Tarifverträgen.

Eine vertragliche Verlängerung der Kündigungsfrist ist zulässig, jedoch darf die Frist für den Arbeitnehmer nicht länger sein als für den Arbeitgeber.

Eine vertragliche Verkürzung der Kündigungsfrist ist dagegen nur eingeschränkt möglich, so bei Betrieben mit weniger als 20 Beschäftigten und bei Aushilfskräften. Die Kündigungsfrist darf jedoch auch hier den Zeitraum von 4 Wochen nicht unterschreiten.

Die Kündigungsfristen gelten sowohl für die ordentliche Kündigung als auch für eine Änderungskündigung.

Eine Änderungskündigung ist eine Kündigung in Verbindung mit einem Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen oder eine Kündigung, die unter der Bedingung steht, dass der Arbeitnehmer das gleichzeitig unterbreitete Änderungsangebot nicht annimmt. Das Änderungsangebot muss konkret dargestellt werden, d.h. die wesentlichen Vertragsbedingungen sind in dem Änderungsangebot zu bezeichnen.

Die Änderungskündigung ist eine vollwertige Kündigung, so dass auch hier dem Arbeitnehmer der Kündigungsschutz zusteht und sämtliche für die Kündigung geltenden Vorschriften einzuhalten sind. Eine Änderungskündigung ist grundsätzlich gegenüber einer Beendigungskündigung vorrangig, da der Arbeitgeber vor dem Ausspruch einer Beendigungskündigung prüfen muss, ob der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann.

Der Arbeitnehmer kann der Änderungskündigung zustimmen, wodurch die Arbeitsbedingungen einvernehmlich geändert werden, das Änderungsangebot ablehnen, wodurch aus der Änderungskündigung eine Beendigungskündigung wird oder die Änderungskündigung unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt i.S.v. § 1 KSchG ist und Kündigungsschutzklage erheben. Ist die Kündigung

sozial ungerechtfertigt wird das Arbeitsverhältnis zu den ursprünglichen Bedingungen fortgesetzt. Andernfalls wird es zu den geänderten Bedingungen fortgesetzt.

### 3. Anhörung des Betriebsrat nach § 102 BetrVG

Besteht in dem Unternehmen ein Betriebsrat, muss vor Ausspruch einer Kündigung – unabhängig davon aus welchem Grund die Kündigung ausgesprochen wird und ob es sich um eine Änderungskündigung, eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung handelt - der Betriebsrat angehört werden.

Dem Betriebsrat sind sämtliche Personaldaten des zu kündigenden Mitarbeiter mitzuteilen, welche Art der Kündigung beabsichtigt ist, der Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung, die für die Durchführung der zu treffenden Sozialauswahl zu berücksichtigenden Sozialdaten und sämtlichen Kündigungsgründe. Erfolgt die Anhörung des Betriebsrates fehlerhaft, gilt diese als nicht erfolgt. Die Anhörung muss dann erneut durchgeführt werden, was jedoch nur innerhalb der Kündigungsfrist möglich ist.

Der Betriebsrat hat jedoch kein echtes Mitbestimmungsrecht. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat lediglich anhören. Der Arbeitgeber kann anschließend unabhängig von der Entscheidung des Betriebsrates die beabsichtigte Kündigung aussprechen. Lediglich die außerordentliche Kündigung der in § 103 BetrVG genannten Personen ( Betriebsratmitglieder, Mitglieder der Jugend und Ausbildungsvertretung, etc) bedarf der Zustimmung des Betriebsrates.

### 4. Kündigungsschutz

Das Recht des Arbeitgebers ein Arbeitsverhältnis entsprechend der gesetzlichen Regelungen der §§ 620-627 BGB zu kündigen, ist bei der ordentlichen Kündigung durch den allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz weitgehend eingeschränkt. Der allgemeine Kündigungsschutz ist in dem im Jahre 1969 in Kraft getretenen Kündigungsschutzgesetz geregelt. Er gilt jedoch nicht in Betrieben, in der in der Regel 5 oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich Auszubildenden beschäftigt werden. Bei Betrieben mit 10 oder weniger Arbeitnehmern werden diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis erst nach dem 31.12.2003 begründet wurde, bei Bestimmung dieser Zahl nicht berücksichtigt.

Das Kündigungsschutzgesetz ist weiterhin nur auf Arbeitnehmer anzuwenden, deren Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen zum Zeitpunkt der Kündigung bereits 6 Monate bestand.

Nach § 1 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegen stehen, gerechtfertigt ist. Ferner ist die Kündigung unwirksam wenn der Betriebsrat der Kündigung aus einem der in § 1 II S. 2 KSchG genannten Gründen widerspricht. Ein solcher Grund liegt etwa vor, wenn der Arbeitnehmer in dem Betrieb an einem anderen Arbeitsplatz hätte weiterbeschäftigt werden können.

Wann eine Kündigung sozialgerechtfertigt im Sinne des § 1 II S.1 KSchG ist, ist abhängig von dem der Kündigung zugrunde liegenden Anlass unterschiedlich zu beurteilen.

### a ) Verhaltensbedingte Kündigung

Als Gründe für eine verhaltensbedingte Kündigung kommen neben Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers, Verletzungen betrieblicher und außerbetrieblicher Verhaltenspflichten in Betracht, also jedes Verhalten des Arbeitnehmer das geeignet ist, unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen eine Kündigung als billig und angemessen erscheinen zu lassen. Wann ein solches Verhalten anzunehmen ist, ist im Gesetz nicht definiert. In der Rechtsprechung haben sich jedoch Fallgruppen herausgebildet, wann ein Verhalten des Arbeitnehmers als grundsätzlich geeignet anzusehen ist, eine Kündigung zu rechtfertigen. Hierzu zählen beispielsweise die grundlose Arbeitsverweigerung, wiederholt unentschuldigtes Fehlen, die Androhung einer Krankheit oder Straftaten wie Diebstahl oder Unterschlagung.

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist jedoch ausschließlich bei schuldhaftem Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Grundsätzlich ist vor Ausspruch der Kündigung daher eine Abmahnung des Arbeitnehmers erforderlich. Durch die Abmahnung soll der Arbeitnehmer die Gelegenheit erhalten, sich künftig vertragsgerecht zu verhalten. Daher muss der Arbeitnehmer in der Abmahnung auf sein vertragswidriges Verhalten hingewiesen und ihm die Gelegenheit gegeben werden, sein Verhalten zu ändern. Weiterhin soll dem Arbeitnehmer deutlich gemacht werden, dass sein Verhalten nicht hingenommen wird und er bei weiteren Pflichtverletzungen mit Konsequenzen, insbesondere mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen muss. Die Abmahnung muss daher das beanstandete Verhalten unter Angabe der relevanten Tatsachen konkret bezeichnen. Lediglich pauschale Vorwürfe vermögen die formalen Anforderung einer Abmahnung nicht zu erfüllen. Auch muss der Arbeitnehmer auf die möglichen Konsequenzen bei

Fortsetzung des beanstandeten Verhaltens in der Abmahnung selbst hingewiesen werden.

Erteilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Abmahnung, kann das der Abmahnung zugrunde liegende Verhalten nicht gleichzeitig eine Kündigung rechtfertigen. Spricht der Arbeitgeber daher aufgrund eines Verhaltens, welches eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde, lediglich eine Abmahnung aus, verzichtet er damit auf ein mögliches Kündigungsrecht.

Soll die Abmahnung eine Kündigung vorbereiten, kann eine nachfolgende Kündigung nur auf solche Vertragsverletzungen gestützt werden, die mit dem in der Abmahnung gerügten Verhalten identisch sind.

Die Abmahnung bedarf nach dem Gesetz zwar keiner bestimmten Form, es empfiehlt sich jedoch die Abmahnung stets schriftlich auszusprechen, da der Arbeitgeber grds. beweispflichtig für das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Abmahnung ist.

Auch wenn das Gesetz keine Frist vorsieht, innerhalb derer die Abmahnung auszusprechen ist, wird überwiegend davon ausgegangen, dass die Abmahnung entsprechend der fristlosen Kündigung innerhalb von 2 Wochen nach Kenntnis des Arbeitgebers von dem beanstandeten Verhalten ausgesprochen werden muss.

Die Abmahnung kann nicht nur durch die zur Kündigung berechtigten Personen erfolgen, sondern durch alle Mitarbeiter, die aufgrund ihrer Aufgabenstellung befugt sind, Anweisungen bezüglich der Art und Weise, der Zeit und des Ortes der geschuldeten Arbeit zu erteilen.

Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen ist eine Abmahnung vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung entbehrlich. Dies kann beispielsweise gegeben sein bei Störung im Vertrauensbereich, wenn die Wiederherstellung des Vertrauens nicht erwartet werden kann oder bei einer ernsthaften Weigerung des Arbeitnehmers, sein Verhalten zu ändern.

Letztlich ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Die Kündigung ist nur durch solche Gründe gerechtfertigt, die dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Dabei sind die Interessen des Arbeitgebers gegen die Interessen des Arbeitnehmers abzuwägen.

#### b.) Personenbedingte Kündigung

Personenbedingte Kündigungsgründe sind solche, die durch die persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers bedingt sind, von diesem aber nicht zu verantworten sind. Hierzu zählt vor allem die Krankheit des Arbeitnehmers, bzw. die durch eine Krankheit bedingte verminderte Leistungsfähigkeit.

Bei der Kündigung wegen Krankheit des Arbeitnehmers ist weiter zu unterscheiden zwischen einer Kündigung wegen einer lang anhaltenden Krankheit und einer Kündigung wegen häufigen Kurzerkrankungen.

Voraussetzung ist in allen Varianten, dass zum Zeitpunkt der Kündigung Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen in dem bisherigen Umfang rechtfertigen, d.h. es ist eine sog. negative Zukunftsprognose vorzunehmen. Dies gestaltet sich vor allem bei häufigen Kurzerkrankungen für den Arbeitgeber schwierig. Allerdings

kommt hier den bisherigen Fehlzeiten eine Indizwirkung zu. Fehlzeiten unterhalb einer Krankenquote von 12-14% der Jahresarbeitszeit werden allerdings nicht als ausreichend erachtet.

Erforderlich ist weiter, dass die krankheitsbedingten Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, wie beispielsweise unzumutbare wirtschaftliche Belastungen durch außergewöhnlich hohe Lohnkosten oder eine erhebliche Störung des Betriebsablaufs.

Liegt eine Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen vor, hat schließlich eine Interessensabwägung dahingehend zu erfolgen, ob dem Arbeitgeber die Hinnahme dieser Beeinträchtigungen noch zumutbar ist.

#### c.) betriebsbedingte Kündigung

Nach § 1 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Als betriebliche Erfordernisse kommen innerbetriebliche Gründe, wie Änderung der Arbeitsmethoden, Betriebseinschränkung- oder Stilllegung oder außerbetriebliche Gründe, z.B. Auftragsrückgang oder Absatzschwierigkeiten in Betracht. Das Vorliegen solcher Gründe ist vom Arbeitgeber in einem gerichtlichen Verfahren nachzuweisen. Die der Kündigung vorhergehende unternehmerische Entscheidung, mit der dem veränderten Arbeitsbedarf Rechnung getragen wird, ist im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens nur eingeschränkt dahingehend überprüfbar, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.

Eine betriebsbedingte Kündigung ist jedoch wie jede Kündigung nur zulässig, wenn die Kündigung unvermeidbar ist, also kein milderer Mittel, insbesondere keine Versetzung möglich ist.

Weiterhin ist eine betriebsbedingte Kündigung nach § 1 III KSchG sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Diese sog. Sozialauswahl richtet sich seit der zum 01.01.2004 in Kraft getretenen Änderung des KSchG ausschließlich nach der Dauer der Betriebsangehörigkeit, dem Lebensalter, den Unterhaltspflichten und einer möglichen Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers, wobei diese vier Gesichtspunkte grundsätzlich gleich zu bewerten sind.

Die durchzuführende Sozialauswahl ist nur zwischen vergleichbaren Arbeitnehmern im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit und den arbeitsplatzbezogenen Merkmalen vorzunehmen. Voll- und Teilzeitbeschäftigte sind gleichermaßen in die Sozialauswahl mit einzubeziehen; Arbeitnehmer in der Probezeit sind dagegen in der Sozialauswahl nicht zu berücksichtigen. Auch Personen, die besonderen Kündigungsschutz genießen, wie Schwerbehinderte, betriebsverfassungsrechtliche Funktionsträger, werdende Mütter etc. sind nicht mit zu berücksichtigen.

Auch wenn der Arbeitgeber die Gründe, die zu der von ihm getroffenen Sozialauswahl geführt haben, in der Kündigung selbst nicht mitteilen muss, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, dass diese ihm auf sein Verlangen hin mitgeteilt werden. Kommt der Arbeitgeber diesem Verlangen nicht nach, ist Kündigung als sozialwidrig anzusehen und damit unwirksam.

Seit der Gesetzesänderung zum 01.01.2004 hat der Arbeitgeber nach § 1 III S.2 KSchG die Möglichkeit, bestimmte Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl herauszunehmen, wenn deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten, Leistungen oder zur Sicherung ausgewogener Personalstruktur im berechtigten Interesse des Betriebs erforderlich ist.

#### d.) Kündigungsschutzklage

Ist eine Kündigung nach § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt, kann der Arbeitnehmer dies im Rahmen einer Kündigungsschutzklage geltend machen. Die Klage muss innerhalb einer Frist von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht eingegangen sei. Die Berechnung dieser Frist richtet sich nach §§ 187 I, 188 II BGB. Fällt das Fristende daher auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, tritt an Stelle dieses Tages der darauf folgende Werktag. Wird diese Frist versäumt, ist die Klage unbegründet. Nur in Ausnahmefällen kann die Klage nachträglich zugelassen werden, wenn der Arbeitnehmer ohne Verschulden an der rechtzeitigen Klageerhebung verhindert war, so z.B. wenn dem Arbeitnehmer die Kündigung während seiner Abwesenheit zugestellt wurde und er erst nach Ablauf der Klagefrist von der Kündigung Kenntnis erlangen konnte.

Die Kündigungsfrist des § 4 KSchG gilt seit der Gesetzesänderung zum 01.01.2004 nicht nur, wenn die Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 KSchG geltend gemacht wird, sondern ist einheitlich für alle Klagen wegen einer Beendigungs- oder Änderungskündigung einzuhalten, unabhängig davon aus welchen Gründen die Unwirksamkeit einer Kündigung geltend gemacht wird.

### 5. besonderer Kündigungsschutz

Neben dem allgemeinen Kündigungsschutz enthalten zahlreiche Gesetze weitere Kündigungsbeschränkungen. So ist nach § 9 MuSchG sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung während der Schwangerschaft und innerhalb von 4 Monaten nach der Entbindung unzulässig. Nur in Ausnahmefällen kann mit Zustimmung der zuständigen Landesbehörde gekündigt werden. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 18 BerzGG für den Zeitraum des Erziehungsurlaubes. Die Zustimmung zur Kündigung ist dabei auch bei einer während der Probezeit ausgesprochenen Kündigung notwendig.

Für eine Kündigung eines Schwerbehinderten ist nach § 15 SchwbG stets die Zustimmung des Integrationsamtes erforderlich, wobei eine Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung für den Eintritt des Kündigungsschutzes nicht erforderlich ist.

Allerdings gilt der besondere Kündigungsschutz nicht für Arbeitsverhältnisse, die bei Ausspruch der Kündigungserklärung noch keine sechs Monate ohne Unterbrechung bestanden haben, so dass bei einer Kündigung während der Probezeit im Gegensatz zur Kündigung einer Schwangeren keine Zustimmung erforderlich ist.

Nach § 15 KSchG ist eine ordentliche Kündigung bei den dort aufgeführten Funktionsträgern unwirksam. Es kann somit nur aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wobei auch hierzu die Zustimmung des Betriebsrates nach § 103 BetrVG erforderlich ist.

## 6. Außerordentliche Kündigung

Nach § 626 BGB kann das Arbeitsverhältnis sowohl vom Arbeitgeber als auch von Arbeitnehmer ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar ist. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Arbeitnehmer schuldhaft dergestalt gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht zumutbar ist und ein milderer Mittel, wie eine ordentliche Kündigung, eine Änderungskündigung, eine Versetzung oder eine Abmahnung nicht in Betracht kommt. Hinzu kommen muss weiter, dass das Interesse des Arbeitgebers an einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an der Einhaltung der Kündigungsfrist überwiegt (Interessenabwägung).

Nach § 626 II BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen erfolgen, nachdem der Kündigende von den für die Kündigung maßgeblichen Umständen Kenntnis erlangt hat. Hierbei handelt es sich um eine Ausschlussfrist. Eine nach Ablauf ausgesprochene außerordentliche Kündigung ist unwirksam.

Bei einer außerordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten, einer Schwangeren oder eines Mitglieds des Betriebsrates sind von dem Arbeitgeber die hierfür erforderlichen Zustimmungen innerhalb der Zweiwochenfrist einzuholen

Als Pflichtverstöße, welche im Allgemeinen eine außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber rechtfertigen, kommen in Betracht:

- Ankündigung einer Krankheit
- Straftaten des Arbeitnehmers, wie Diebstahl oder Unterschlagung
- schwere Beleidigung gegenüber dem Arbeitgeber oder Tötlichkeiten
- eigenmächtiger Urlaubsantritt
- unbefugtes Verlassen des Arbeitsplatzes, wenn sich ein Arbeitnehmer trotz Verbot vom Arbeitsplatz entfernt

Bei den oben aufgeführten Pflichtverstößen handelt es sich selbstverständlich nur um Beispielsfälle, die Umstände des jeweiligen Einzelfalles können durchaus eine abweichende Beurteilung rechtfertigen.

Liegt ein Pflichtverstoß des Arbeitnehmers vor, der grundsätzlich geeignet ist eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wird zunächst vermutet, dass dieser Pflichtverstoß auch rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde. Es ist daher Sache des Gekündigten nachzuweisen, dass für sein Verhalten Rechtfertigungsgründe vorliegen oder ihn kein Verschulden traf.

Da die außerordentliche Kündigung stets das letzte Mittel sein muss, d. h. kein milderes Mittel vorliegen darf, muss der außerordentlichen Kündigung grundsätzlich eine Abmahnung vorhergehen. Eine Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn auch durch die Abmahnung eine Korrektur des Verhaltens des Arbeitnehmers nicht mehr möglich ist und auch nicht erwartet werden kann. Dies kann wie bei der verhaltensbedingten Kündigung vor allem bei Pflichtverstößen im Vertrauensbereich wie beispielsweise bei Diebstahl oder Unterschlagung in Betracht kommen.

Wie auch bei der ordentlichen Kündigung muss die Kündigungserklärung selbst den Kündigungsgrund nicht angeben. Allerdings ist auch hier der Arbeitgeber nach § 626 II BGB dazu verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer die Angabe des Kündigungsgrundes verlangt.

Besteht in dem Unternehmen ein Betriebsrat muss der Arbeitgeber wie bei jeder Kündigung vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung den Betriebsrat anhören.

Wichtig ist insoweit, dass die bei der außerordentlichen Kündigung einzuhaltende Zwei-Wochen-Frist nach Kenntnis der für die Kündigung maßgeblichen Umstände auch bei einem erforderlichen Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG nicht verlängert wird. D. h. der Arbeitgeber muss spätestens bis zum 10. Tag nach Kenntnis des Pflichtverstoßes des Arbeitnehmers den Betriebsrat nach § 102 BetrVG anhören..

Hat der Betriebsrat gegenüber der außerordentlichen Kündigung Bedenken, muss er diese dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen schriftlich mitteilen.

Ist die außerordentliche Kündigung unwirksam, kann diese grundsätzlich in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Eine Umdeutung ist jedoch ausgeschlossen, wenn eine Anhörung des Betriebsrates erforderlich ist, die Anhörung jedoch ausschließlich zur außerordentlichen Kündigung, nicht auch hilfsweise zur ordentlichen Kündigung erfolgte. Es empfiehlt sich daher für den Arbeitgeber bei der außerordentlichen Kündigung den Betriebsrat auch zu einer ordentlichen Kündigung anzuhören.

### § 1a Kündigungsschutzgesetz

Nach deutschem Recht besteht grundsätzlich keine Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung zu zahlen. Lediglich wenn in einem gerichtlichen Verfahren die Sozialwidrigkeit der Kündigung festgestellt wird, hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit statt der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses die Auflösung desselben gegen Zahlung einer Abfindung zu verlangen, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

In der Praxis wird die überwiegende Zahl der Kündigungen angegriffen, da die meisten Arbeitnehmer über eine Rechtsschutzversicherung verfügen oder gewerkschaftlich organisiert sind, damit kein Kostenrisiko tragen und die Neigung vieler Arbeitsgerichte, unabhängig von der Berechtigung der Kündigung den Parteien einen Abfindungsvergleich im Güetermin vorzuschlagen, weithin bekannt ist. In der Praxis werden pro Jahr Betriebszugehörigkeit 0,5 Monatsgehälter als Abfindung vorgeschlagen.

Durch das Gesetz zur Reform am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 wurde mit Wirkung zum 01.01.2004 § 1 a KüSchG eingefügt. Dieser sieht einen Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kündigt und darauf hinweist, dass der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist des § 4 KüSchG eine Abfindung beanspruchen kann. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 a KüSchG muss in der Kündigung zusätzlich angegeben sein, dass die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen erfolgt. Nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage hat der Arbeitnehmer sodann einen Anspruch auf die gesetzlich vorgesehene Abfindung in Höhe von 0,5 Bruttomonatsverdiensten für jedes Beschäftigungsjahr.

Für den Arbeitnehmer wichtig ist, dass § 1 a KüSchG keine sozialversicherungsrechtlichen Nachteile, insbesondere keine Sperrzeit nach § 144 SGB III auslöst.

§ 1 a KüSchG gilt jedoch entsprechend § 23 I KüSchG nicht in Betrieben, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich Auszubildenden beschäftigt werden, wobei die Arbeitnehmer deren Arbeitsverhältnisse nach dem 01.01.2004 gegründet wurden, bei Ermittlung der Zahl nicht zu berücksichtigen sind.

Der Arbeitgeber ist in seiner Entscheidung frei, ob er dem einzelnen Arbeitnehmer bei Ausspruch der Kündigung eine Abfindung nach § 1 a KüSchG zahlen will.

#### Aufhebungsvertrag

Die Parteien des Arbeitsverhältnisses können dieses jederzeit für die Zukunft einvernehmlich durch einen Aufhebungsvertrag beenden.

Da der Aufhebungsvertrag für den Arbeitnehmer nachteilige Folge schaffen kann, bedarf der Aufhebungsvertrag der Schriftform. Ist die Schriftform nicht gewahrt, oder fehlt die Unterschrift einer der Vertragsparteien, führt dies zur Nichtigkeit des Aufhebungsvertrages.

Bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages brauchen die Kündigungsfristen des § 622 BGB nicht eingehalten zu werden. Auch ist eine Beteiligung des Betriebsrates ist für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht erforderlich.

Der besondere Kündigungsschutz, etwa von Schwangeren oder Schwerbehinderten greift bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages gleichfalls nicht ein.

Für den Arbeitgeber bietet ein Aufhebungsvertrag daher den Vorteil, dass der allgemeine oder besondere Kündigungsschutz dem Arbeitnehmer nicht zugute kommt und die geltenden Kündigungsfristen nicht einzuhalten bzw. beliebig verkürzt werden können.

Darüber hinaus wird durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages die Unsicherheit, die mit einer Kündigung verbunden ist, beseitigt und der Betriebsrat braucht nicht beteiligt zu werden.

Für den Arbeitnehmer kann ein Aufhebungsvertrag den Vorteil bieten, dass er unverzüglich eine Tätigkeit in einem anderen Betrieb aufnehmen kann, und nicht die für ihn geltenden Kündigungsfristen zu berücksichtigen hat.

Insbesondere für den Arbeitnehmer kann der Aufhebungsvertrag jedoch zahlreiche Nachteile beinhalten. Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages löst für den Arbeitnehmer in der Regel gemäß § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III eine 12-wöchige Sperrzeit aus, für deren Dauer der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hat. Kann der Arbeitnehmer sogar für eine längere Zeit als 12 Monate Arbeitslosengeld beanspruchen, wird der Anspruch nicht nur für die Dauer der Sperre, sondern für  $\frac{1}{4}$  der gesamten Anspruchsdauer gekürzt.

Wird der Aufhebungsvertrag – wie üblich – gegen Zahlung einer Abfindung geschlossen, kann eine teilweise Anrechnung der Abfindung auf das Arbeitslosengeld erfolgen.

Darüber hinaus entfällt – wie bereits dargestellt – jeglicher Kündigungsschutz, insbesondere auch der besondere Kündigungsschutz.

Aber auch für den Arbeitgeber können sich bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages Nachteile ergeben. Enthält der Arbeitsvertrag eine nachvertragliche Wettbewerbsklausel, ist die vereinbarte Entschädigung für die Einhaltung des Wettbewerbsverbots zu zahlen, sofern nicht auch das Wettbewerbsverbot einschließlich der Pflicht zur Zahlung einer Karenzentschädigung gleichzeitig aufgehoben wird.

Die Parteien können grundsätzlich frei bestimmen, welchen Inhalt der Aufhebungsvertrag haben soll. In dem Aufhebungsvertrag ist zu regeln, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis enden soll. Eine rückwirkende Aufhebung ist jedoch nicht zulässig. Soll eine Abfindung gezahlt werden, ist nicht nur der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festzuhalten, sondern auch klarzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auf Veranlassung des Arbeitgebers beendet wird. Denn nach § Nr. 9 Einkommenssteuergesetz sind Abfindungen, die aufgrund einer vom Arbeitgeber veranlassten Auflösung des Dienstverhältnisses gezahlt werden, bis zu einem Betrag in Höhe von 7.200,00 € bzw., wenn der Arbeitnehmer das 50. Lebensjahr vollendet hat oder das Arbeitsverhältnis mindestens 15 Jahre bestanden hat, bis zu 9.000,00 €, wenn der Arbeitnehmer das 55. Lebensjahr vollendet hat und das Dienstverhältnis mindestens 20 Jahre bestanden hat, bis zu 11.000,00 € steuerfrei.

Soll eine Abfindung gezahlt werden, ist gleichfalls zu regeln, wann die Abfindung fällig wird, z. B. mit Abschluss des Vertrages oder zu dem im Vertrag vorgesehenen Beendigungszeitpunkt.

Der Abfindungsanspruch ist vererblich, sobald er entstanden ist. Da die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Voraussetzung des Abfindungsanspruches des Arbeitnehmers ist, ist der Anspruch erst ab diesem Zeitpunkt vererblich. Stirbt der Arbeitnehmer dagegen nach Abschluss des Aufhebungsvertrages jedoch vor dem vorgesehenen Beendigungszeitpunkt, so steht die Abfindung seinen Erben nicht zu. Die Parteien können jedoch im Aufhebungsvertrag eine Regelung treffen, wonach der Abfindungsanspruch vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses an vererblich ist.

Zur Vermeidung späterer Streitigkeiten sollte auch geregelt werden, welche Zahlungen dem Arbeitnehmer noch zustehen (Provisionen, Überstundenausgleich, Gratifikationen etc.), ob der Resturlaub noch gewährt werden kann oder abzugelten ist. Auch die Verpflichtung des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer ein Zeugnis zu erteilen sollte in den Vertrag aufgenommen werden, wobei auch hier sinnvoll ist, bereits im Rahmen des Aufhebungsvertrages den Zeugnisinhalt zu konkretisieren.

Bis zu dem vorgesehenen Beendigungszeitraum des Arbeitsverhältnisses, ist der Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet, seine Arbeitsleistung zu erbringen. Sofern hiervon keine Abweichung gewünscht ist, bedarf es daher keiner besonderen Regelung im Aufhebungsvertrag. Soll der Arbeitnehmer allerdings nach Abschluss des Aufhebungsvertrages bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses freigestellt werden, ist in insoweit eine Regelung zu treffen, ob die Freistellung unter Fortzahlung der Bezüge oder ohne erfolgt.

Daneben kommen u. a. Regelungen über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, über die betriebliche Altersversorgung und hinsichtlich eines Dienstwagens in Betracht.

Üblicherweise wird in den Aufhebungsvertrag auch eine so genannte Ausgleichsklausel aufgenommen, mit der festgehalten wird, dass durch den Aufhebungsvertrag sämtliche gegenseitige Ansprüche der Vertragsparteien aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung erledigt sind. Für den Arbeitnehmer stellt eine solche Klausel stets ein Risiko dar, weil durch diese Klausel auch Ansprüche von dem Verzicht umfasst sein können, die dem Arbeitnehmer nicht bekannt sind. Allerdings verliert der Arbeitnehmer auch bei einer generell formulierten Ausgleichsklausel nicht seine Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung und Erteilung eines Zeugnisses sowie auf Herausgabe der Arbeitspapiere.

Da den Arbeitnehmer bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages weitreichende Nachteile treffen können, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitnehmer auf diese Folgen vor Abschluss eines Aufhebungsvertrages hinzuweisen. Der Arbeitnehmer ist jedoch grundsätzlich gehalten, sich selbst über die Folgen der Aufhebungsvertrag des Arbeitsverhältnisses zu informieren, so dass den Arbeitgeber nur in Ausnahmefällen eine Aufklärungs- bzw. Hinweispflicht trifft. Eine solche kommt zum Beispiel dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer durch den Aufhebungsvertrag seine Versorgungsanwartschaftrechte oder seinen Sonderkündigungsschutz verliert. Auch wird der Arbeitgeber als verpflichtet angesehen, auf eine mögliche Sperrzeit für Ansprüche auf Arbeitslosengeld hinzuweisen, wenn er den Abschluss des Aufhebungsvertrages veranlasst hat, oder erkennt, dass der Arbeitnehmer sich über die Folgen und Tragweite seines Handelns im Unklaren ist.

Auch zu berücksichtigen ist, dass unabhängig davon, welche Hinweise oder Auskünfte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erteilt, diese inhaltlich auch richtig sein müssen. Andernfalls kann sich der Arbeitgeber schadensersatzpflichtig machen.

Ist ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen, kann er nur noch in Ausnahmefällen wieder beseitigt werden. In einigen Tarifverträgen ist ein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers vorgesehen. Das Gesetz selbst kennt ein solches jedoch nicht.

Wie jeder Vertrag, kann die Annahme eines Antrags auf Beendigung des Arbeitsvertrages angefochten werden. Ein Anfechtungsrecht besteht zum einen dann, wenn die Arbeitnehmer durch arglistige Täuschung oder durch widerrechtliche Drohung zur Abgabe seiner Erklärung veranlasst wurde.

Es kommt auch durchaus vor, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung in Aussicht stellt, um den Arbeitnehmer zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages zu veranlassen. Liegt jedoch ein Verhalten des Arbeitnehmers vor, welches einen verständigen Arbeitgeber gleichfalls veranlasst hätte, eine fristlose Kündigung auszusprechen, liegt hierin keine Drohung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB, welche den Arbeitnehmer zur Anfechtung seiner Erklärung berechtigen würde.

Weiterhin kann eine Erklärung angefochten werden, wenn der Erklärende über den Inhalt der von ihm abgegebenen Willenserklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte. Allerdings liegt kein Irrtum im Sinne des § 119 BGB vor, wenn beispielsweise eine Schwangere von ihrer Schwangerschaft beim Vertragsabschluss nichts wusste oder wenn diese falsche Vorstellungen über die rechtlichen Vorteile ihrer Schwangerschaft, also ihren besonderen Kündigungsschutz hatte. Hierbei handelt es sich um einen Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung, der grundsätzlich nicht zu einer Anfechtung berechtigt.

Steht dem Arbeitnehmer ein Recht zu, den Vertrag wirksam anzufechten, muss dies unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntnis vom Anfechtungsgrund erfolgen.

### Das Arbeitszeugnis

Dem Arbeitnehmer steht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses zu. Gesetzliche Grundlage des Anspruchs ist im allgemeinen § 630 BGB bzw. 109 Gewerbeordnung, für Auszubildende § 8 Berufsbildungsgesetz, wobei diese Vorschriften sich fast decken. Der Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses entsteht nach dem Gesetz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass dem Arbeitnehmer dieser Anspruch bereits dann zusteht, sobald das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Arbeitnehmer ein Zwischenzeugnis verlangen, wobei jedoch stets ein besonderer Grund vorliegen muss. Anerkannt als solche Gründe sind u. a. Versetzung, Erziehungsurlaub, Betriebsübergang.

Das Gesetz unterscheidet zwischen dem einfachen und dem so genannten qualifizierten Zeugnis.

Das einfache Zeugnis erstreckt sich lediglich auf die Art und Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, während sich das qualifizierte Zeugnis darüber hinaus auf Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt. Es muss daher neben den Angaben des einfachen Zeugnisses auch Tatsachen und Beurteilungen zu Führung und Leistung des

Arbeitnehmers enthalten. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber nur zur Erteilung eines einfachen Zeugnisses verpflichtet. Will der Arbeitnehmer ein qualifiziertes Zeugnis, muss er dies gegenüber dem Arbeitgeber ausdrücklich geltend machen.

Aus dem einfachen Zeugnis muss die Person des Arbeitnehmers mit Namen, Vornamen und Beruf zweifelsfrei hervorgehen. Die Anschrift und das Geburtsdatum des Arbeitnehmers muss das Arbeitszeugnis dagegen nicht enthalten.

Die Art der Beschäftigung ist so genau und vollständig wiederzugeben, dass sich ein eventuell neuer Arbeitgeber eine Vorstellung hierüber machen kann.

Gleichfalls anzugeben ist die Dauer der Beschäftigung, wobei Unterbrechungen durch Urlaub oder Krankheit nicht mit aufzunehmen sind.

Das Arbeitszeugnis ist regelmäßig auf dem für die Geschäftskorrespondenz üblichen Geschäftspapier zu erteilen und zu unterzeichnen. Darüber hinaus muss das Arbeitszeugnis eine Grußformel, das Datum des Ausstellungstages und eine Unterschrift enthalten. Weist das Zeugnis Streichungen, Ausbesserungen oder etwa Flecken auf, kann das Zeugnis vom Arbeitnehmer zurückgewiesen werden.

Das Zeugnis muss alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten, die für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers von Bedeutung und für den Dritten von Interesse sind. Einmalige Vorfälle oder Umstände sind nicht in das Zeugnis aufzunehmen.

Es steht grundsätzlich im Ermessen des Arbeitgebers, welche Formulierung er wählt. Allerdings ist der Arbeitgeber hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung des Zeugnisses zur Wahrheit und zur wohlwollenden Beurteilung des Arbeitnehmers verpflichtet.

Eine zusammenfassende Gesamtbeurteilung ist nicht erforderlich. In der Praxis haben sich jedoch bestimmte Redewendungen entwickelt, die eine abgestufte Bewertung des Arbeitnehmers enthalten.

Entspricht das Zeugnis nicht diesen inhaltlichen Anforderungen, steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Berichtigung des Zeugnisses zu, den er gegebenenfalls vor den Arbeitsgerichten durchsetzen kann.

Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch darauf hat, dass das Zeugnis den von ihm gewünschten Wortlaut hat, solange der Arbeitgeber das Zeugnis entsprechend den oben aufgeführten Grundsätzen erteilt hat.

Gelöscht: Arbeitgeber

### Betriebsübergang nach § 613a BGB

Die Vorschrift des § 613 a BGB regelt das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang. § 613 a BGB dient vorwiegend dem Schutz des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer soll durch einen Betriebsübergang seinen Arbeitsplatz nicht verlieren. Die Arbeitsverhältnisse gehen daher grundsätzlich auf den neuen Betriebsinhaber über, eine Kündigung, die der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber wegen des Betriebsübergangs ausspricht, ist unwirksam.

Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen neuen Inhaber übergeht. Für die Feststellung eines Betriebsübergangs ist im

Wesentlichen auf den Übergang der auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung der bisherigen Identität, insbesondere also der tatsächlichen Weiterführung der Geschäftstätigkeit, zu verstehen. Für den Übergang eines Betriebsteiles ist erforderlich, dass eine abtrennbare organisatorische Einheit vorliegt, die auf einen neuen Inhaber übergeht und von diesem in der bisherigen Identität weitergeführt wird.

Liegt nach den oben genannte Kriterien ein Betriebsübergang vor, sei es durch Übernahme oder Unternehmensverkauf, Ausgliederung, Ausgründung oder Outsourcing tritt der neue Inhaber in alle Rechte und Pflichten an die Stelle des bisherigen Inhabers ein. Das bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis auf den neuen Arbeitgeber in der Form übergeht, wie es beim bisherigen Arbeitgeber bestand. Der Erwerber muss daher beispielsweise dieselben Entgelte einschließlich der Sondervergütungen wie der bisherige Arbeitgeber bezahlen; auch haftet er für Ansprüche die aus betrieblichen Übungen resultieren. Auch die Ansprüche aus betrieblichen Altersvorsorgungsregelungen gehen mit über, der neue Inhaber hat daher die Versorgungsleistungen für die Arbeitnehmer zu erbringen.

Geht ein ganzer Betrieb auf einen neuen Inhaber über und behält dieser seine Identität, so geht auch ein evtl. bestehender Betriebsrat mit über. Die vor dem Übergang abgeschlossenen Betriebsnormen gelten dann nach wie vor als kollektive Normen weiter. Wird dagegen nur ein Betriebsteil übertragen, können die Betriebsvereinbarungen nicht als kollektive Regelung weiter gelten. Sie werden dann jedoch gemäß § 613 a I BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses und können erst nach Ablauf eines Jahres zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Nach Ablauf dieser Frist, könnte der Arbeitgeber sodann beispielsweise eine Änderungskündigung aussprechen, wenn deren weitere Voraussetzungen vorliegen.

§ 613 a BGB sichert gleichfalls die Fortgeltung bestehender Tarifverträge. Sofern diese nicht tarifrechtlich weitergelten, zum Beispiel bei beiderseitiger Tarifbindung oder bei Allgemeinverbindlichkeit, gelten die Tarifnormen nach dieser Vorschrift als Vertragsinhalt fort und dürfen gleichfalls binnen eines Jahres nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden.

Dem Arbeitnehmer steht bei einem Betriebsübergang das Recht zu, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betriebsinhaber zu widersprechen. Der Widerspruch ist binnen einer Frist von einem Monat, nach Unterrichtung des Arbeitnehmers über den Betriebsübergang gegenüber dem Arbeitgeber zu erklären. Zu dieser Unterrichtung ist der Arbeitgeber nach dem im Jahre 2002 neu eingefügten Absatz 5 des § 613 a BGB gesetzlich verpflichtet.

Widerspricht der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang bleibt das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Betriebsinhaber bestehen. Diesem kann allerdings dann ggf. ein Recht zur betriebsbedingten Kündigung (Wegfall der Arbeitsplätze etc.) zustehen, sofern er nicht über anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten verfügt. Widerspricht der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang grundlos, so führt dies zu Nachteilen im Rahmen der Sozialauswahl und bei einem Sozialplan.

Stand: 31.10.2005