

# arbeitsrecht & management

herausgegeben von Dr. Franz-Ludwig Danko und Prof. Dr. Burkhard Boemke

**Ausgabe 8, Dezember 06**

Verehrte Leserinnen  
und Leser,

die OECD prognostiziert für Deutschland einen langen und robusten Aufschwung. Diese Nachricht kurz vor dem Jahresende ist für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen erfreulich.



Doch auch wenn die Zahl der Unternehmensinsolvenzen weiter zurückgeht, bleibt das Thema betriebsbedingter Kündigungen für manche Unternehmen relevant. In diesem Zusammenhang hat das BAG zur Sozialauswahl bei Kündigungen zwei wichtige Urteile gesprochen. Eines finden Sie auf dieser Seite, das andere, zur Aufgabe der „Domino-Theorie“, auf der zweiten Seite des Urteils-tickers.

Eine glückliche und erfolgreiche Zeit wünscht Ihnen  
Ihr

  
Franz-Ludwig Danko

## Betriebsübergreifende Sozialauswahl

*BAG zum Kreis der in die Sozialauswahl einzu-  
beziehenden Arbeitnehmer*

### ■ Wissen

**Kündigt der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen nur einem Teil der Belegschaft, hat er eine Sozialauswahl durchzuführen. Dabei muss er gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG soziale Gesichtspunkte berücksichtigen wie Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter (unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktchancen), Unterhaltspflichten und eine etwaige Schwerbehinderung. Eine Sozialauswahl ist nur zwischen Arbeitnehmern möglich, die miteinander vergleichbar sind. Das BAG hat jetzt entschieden: Die Vergleichbarkeit wird nicht dadurch herbeigeführt, dass der Arbeitsvertrag eines von einer Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmers erst anlässlich dieser Umstrukturierung geändert wird.**

### ■ Hintergrund

Hier zur Hintergrundinformation die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18. Oktober 2006 (Az.: 2 AZR 676/05).

**Der Fall:** Die Arbeitnehmerin war bei dem Arbeitgeber als Betriebsleiterin der Niederlassung in A beschäftigt. Nachdem der Arbeitgeber die Schließung seiner Niederlassung in B beschlossen hatte, sprach er gegenüber allen dort Beschäftigten eine Änderungskündigung mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung in A aus. Dieses Angebot nahm u. a. der bisherige Betriebsleiter der Niederlassung B an, in dessen Arbeitsvertrag B als Dienort angegeben war. Da der Arbeitgeber in der Niederlassung A nun 2 Betriebsleiter hatte, führte er zwischen beiden eine Sozialauswahl durch und kündigte der bisherigen Betriebsleiterin aus A betriebsbedingt, da sie sozial weniger schutzbedürftig sei. Die Betriebsleiterin erhob Kündigungsschutzklage und vertrat die Auffassung, sie sei nicht mit dem Betriebsleiter aus der Niederlas-

#### Was ist zu tun

*In der betrieblichen Praxis ist abzuwägen: Je umfassender Sie die arbeitsvertragliche Versetzungsklausel formulieren, desto freier sind Sie bei der einseitigen Zuweisung anderer Tätigkeiten, auch an verschiedenen Arbeitsorten. Dieser Spielraum beim Personaleinsatz vergrößert allerdings im Fall einer betriebsbedingten Kündigung den Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer. Sie wird damit komplizierter. Nehmen Sie andererseits eine enge Versetzungsklausel in Ihre Arbeitsverträge auf, vereinfacht dies die Sozialauswahl. Bei der täglichen Personalarbeit sind Sie aber entsprechend unflexibel. Ein Patentrezept dafür, ob Arbeitsverträge Versetzungsklauseln enthalten und wie weit reichend diese ausgestaltet werden sollten, gibt es nicht.*

sung B vergleichbar. Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht gaben der Arbeitnehmerin Recht. Das BAG verwies den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung an das LAG zurück, da dieses die Versetzungsklausel des Betriebsleiters aus B bislang nicht geprüft hatte.

### ■ Das Urteil

Das BAG stellte klar, dass ein Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialauswahl nur mit solchen Kollegen vergleichbar ist, auf deren Arbeitsplatz ihn der Arbeitgeber einseitig umsetzen oder gemäß einer Versetzungsklausel versetzen kann. Laut BAG darf eine solche Versetzung jedoch nicht aufgrund einer Änderungskündigung erfolgen, die erst anlässlich der Umstrukturierung ausgesprochen wird. Auf die erst dadurch herbeigeführte Vergleichbarkeit der beiden Betriebsleiter konnte sich der Arbeitgeber daher nicht berufen. Das LAG hat nun zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag des Betriebsleiters aus B auch ohne Änderungskündigung eine Versetzung nach A ermöglicht hätte.

### ■ Folgen für die betriebliche Praxis

Das BAG hat entschieden, dass Sie die Vergleichbarkeit zwischen mehreren Arbeitnehmern nicht erst anlässlich eines betrieblichen Ereignisses herstellen dürfen, das Sie zum Anlass für eine betriebsbedingte Kündigung nehmen. Vielmehr müssen Sie am Inhalt des Arbeitsvertrags, der vor der Umstrukturierung galt, festhalten. Sie können die Versetzungsklausel jedoch weiterhin zeitlich vor der Umstrukturierung ändern. Je kürzer der Zeitraum zwischen Änderung der Versetzungsklausel und Umstrukturierung ist, desto eher laufen Sie allerdings Gefahr, dass die Arbeitsgerichte zum Ergebnis kommen, die Änderung sei „anlässlich“ der zur Kündigung führenden Umstrukturierung erfolgt.

## Keine Lohnerhöhung bei Befristungsverlängerung

*Laut BAG ist Befristungsverlängerung unwirksam, wenn Arbeitgeber in der Verlängerungsvereinbarung Lohn erhöht*

### ■ Wissen

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG kann ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag höchstens dreimal bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren verlängert werden. Eine solche Verlängerung setzt voraus, dass sie noch während der Laufzeit des zu verlängernden Vertrags vereinbart und nur die Vertragsdauer geändert wird, nicht aber die übrigen Arbeitsbedingungen. Dies gilt auch, wenn die geänderten Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer günstiger sind. Anderenfalls handelt es

**sich um den Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, dessen Befristung nur dann wirksam ist, wenn ein Sachgrund vorliegt.**

## ■ Hintergrund

Hier zur Hintergrundinformation die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23. August 2006 (Az.: 7 AZR 12/06).

**Der Fall:** Ein Arbeitnehmer wurde zunächst befristet eingestellt. Ein Sachgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 TzBfG lag nicht vor. Wegen seiner guten Leistungen verlängerte der Arbeitgeber das sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis und gewährte dem Mitarbeiter außerdem eine Lohnerhöhung. Diese nahm der Arbeitnehmer später zum Anlass, die Unwirksamkeit der Befristungsverlängerung gerichtlich überprüfen zu lassen. Er meinte, dass wegen der Lohnerhöhung keine bloße Verlängerung des ersten befristeten Vertrags vorliege, sondern eine unzulässige Anschlussbefristung. Arbeitsgericht und LAG wiesen die Klage ab. Das BAG gab dem Arbeitnehmer grundsätzlich Recht, verwies den Rechtsstreit aber an das LAG zurück, da dieses entscheidungserhebliche Feststellungen nicht getroffen hatte.

## ■ Das Urteil

Das BAG hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, nach der eine Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 1 2. HS TzBfG nur dann vorliegt, wenn die Verlängerungsvereinbarung ausschließlich die Änderung der Vertragslaufzeit regelt. Wird der Arbeitsvertrag darüber hinaus inhaltlich verändert, führt dies zum Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrags. Dessen Befristung ist wegen des bereits bisher bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nur dann wirksam, wenn sie auf einem Sachgrund beruht. Dies gilt nach dem BAG selbst in den Fällen, in denen sich die arbeitsvertraglichen Regelungen ausschließlich zugunsten des Arbeitnehmers ändern.

## ■ Was ist zu tun

Die Ansicht des BAG ist zwar nicht unumstritten, weil sie letztlich die Arbeitgeber „bestraft“, die eine arbeitnehmerfreundliche Personalpolitik verfolgen und durch Lohnerhöhungen Leistungsanreize schaffen wollen. Letztlich hält das Gericht aber an seiner bisherigen klaren Linie fest, so dass Sie sich auf diese Rechtsprechung einstellen können. Nur in folgenden Ausnahmefällen lässt das BAG eine Lohnerhöhung im Verlängerungsvertrag zu: Entweder wurde die Lohnerhöhung bereits vor Abschluss der Befristungsverlängerung vereinbart oder der Arbeitnehmer hat aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz einen Anspruch auf die Leistung (z.B. weil Sie die Lohnerhöhung allen Mitarbeitern zugesagt haben). Diese Änderungen sind dann bereits wirksamer Inhalt des Arbeitsverhältnisses und werden lediglich anlässlich der Verlängerung im Vertrag schriftlich niedergelegt.

### Generell beachten

*Bei der Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags sollten Sie folgende Punkte beachten:*

- 1. Die Verlängerungsvereinbarung muss innerhalb der ursprünglichen Befristung, d.h. spätestens am letzten Tag des befristeten Arbeitsverhältnisses, geschlossen werden.*
- 2. Die Verlängerungsvereinbarung muss zwingend schriftlich erfolgen. Ein Telefax oder eine E-Mail genügen der Schriftform nicht.*
- 3. Abgesehen vom neuen Beendigungszeitpunkt dürfen die Arbeitsvertragsbedingungen nicht geändert werden.*

### Folgen für die betriebliche Praxis

*Bei der Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses ist darauf zu achten, dass außer dem neuen Beendigungszeitpunkt sämtliche Arbeitsvertragsbedingungen unverändert bleiben. Anderenfalls hat die so genannte Entfristungsklage des Arbeitnehmers Aussicht auf Erfolg. Stellt das Arbeitsgericht die Rechtsunwirksamkeit der Befristung fest, gilt das Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 16 TzBfG). Nur wenn der Arbeitsvertrag ausdrücklich die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung vorsieht, kann er vor dem vereinbarten Ende der (unwirksamen) Befristung gekündigt werden.*

## IMPRESSUM

arbeitsrecht & management  
wird von Dr. Franz-Ludwig Danko (verantwortlich) und Prof. Dr. Burkhard Boemke herausgegeben.

**Dr. Franz-Ludwig Danko** ist Geschäftsführender Gesellschafter der KÜBLER GbR. KÜBLER zählt zu den führenden deutschen Kanzleien für Wirtschaftsrecht und Insolvenzverwaltung. In Deutschland ist die Sozietät mit über 50 Berufsträgern und mehr als 200 Mitarbeitern an insgesamt 23 Standorten tätig.

**Prof. Dr. Burkhard Boemke** lehrt am Lehrstuhl Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht und ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Leipzig.

### Haftungsausschluss

Die Inhalte in arbeitsrecht & management dienen der Erstinformation von Mandanten, Geschäftspartnern und sonstigen Interessenten. Sie ersetzen keinen Rechtsrat. Alle Angaben erfolgen nach sorgfältiger Prüfung, jedoch ohne Gewähr. Die Haftung der Herausgeber oder Autoren ist daher ausgeschlossen.

### Kontakt:

Dr. Franz-Ludwig Danko  
KÜBLER GbR Dresden  
Tel. 0351 - 31 50 50  
Fax 0351 - 31 505 323  
danko@arbeitsrecht-management.de  
www.arbeitsrecht-management.de

# Gratifikationen: Nur mit Freiwilligkeitsvorbehalt

Mit dem nahenden Jahreswechsel stehen wieder zwei Standardthemen auf der Agenda: Weihnachtsgeld und Urlaubsübertragung. Einen Überblick über die geltende Rechtslage zu beiden Themen finden Sie auf unserer Homepage: [www.arbeitsrecht-management.de](http://www.arbeitsrecht-management.de). Hinsichtlich des Weihnachtsgeldes gibt es ein aktuelles Urteil:

Enthält ein Arbeitsvertrag eine Regelung, nach der der Arbeitgeber Sonderzahlungen leistet, „ohne sich zu verpflichten“, soll diese Klausel nach einer Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein einen Freiwilligkeitsvorbehalt beinhalten. Der Arbeitgeber soll dann berechtigt sein, die Zahlungen jederzeit einzustellen (Urteil vom 01. August 2006 – Az.: 6 Sa 362/05).

## ■ Was ist zu tun

Um zu verhindern, dass wiederholte freiwillige Sonderzahlungen zu Rechtsansprüchen Ihrer Arbeitnehmer für die Zukunft führen, sollten Sie derartige Leistungen stets nur unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gewähren. So entstehen keine so genannten betrieblichen Übungen, die Ihre Arbeitnehmer als Anspruchsgrundlage für Sonderzahlungen heranziehen könnten. Sie können die Leistungen dann für die Zukunft ohne weiteres einstellen. Ob allerdings die vom LAG Schleswig-Holstein gebilligte Formulierung als Freiwilligkeitsvorbehalt vom BAG akzeptiert würde, ist zumindest zweifelhaft. Eine eindeutige Musterformulierung für einen Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag könnte wie folgt lauten:

„Die genannten Leistungen werden ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erbracht. Aus der tatsächlichen Erbringung solcher geldwerten Leistungen können keine Rechtsansprüche für die Zukunft hergeleitet werden. Dies gilt auch dann, wenn die Leistung mehrfach und ohne ausdrücklichen Hinweis darauf erfolgt, dass aus der Leistung Rechtsansprüche für die Zukunft nicht entstehen können. Der Mitarbeiter bestätigt hiermit ausdrücklich, dass er eine geldwerte Leistung des Arbeitgebers nicht dahin versteht, dass dieser sich dazu verpflichten will, auch in Zukunft gleichartige Leistungen zu erbringen.“



Fax-Feedback

### Zurück an

Dr. Franz-Ludwig Danko  
KÜBLER GbR  
per Fax: 0351 - 31 505 323

### Absender

---

---



### Bitte ...

... streichen Sie uns aus dem Verteiler

### Anregungen / Kritik:

---

---

# Urteils-Ticker:

## **+++ Betriebsübergang: Widerspruchsfrist läuft nur bei ordnungsgemäßer Unterrichtung +++**

Soll ein Betrieb oder ein Betriebsteil veräußert werden, sind die davon betroffenen Arbeitnehmer vollständig über den geplanten Betriebsübergang zu unterrichten (§ 613a Abs. 5 BGB). Mit Hilfe dieser Informationen sollen die Arbeitnehmer über die Ausübung ihres Widerspruchsrechts entscheiden. Ein innerhalb eines Monats nach ordnungsgemäßer Unterrichtung erklärter Widerspruch verhindert den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber. Die Widerspruchsfrist beginnt allerdings nicht zu laufen, wenn die Unterrichtung fehlerhaft ist. Der Arbeitnehmer kann dem Betriebsübergang dann auch noch lange Zeit nach dem Betriebsübergang widersprechen. Eine ordnungsgemäße Unterrichtung erfordert insbesondere die Angabe der Anschrift des Betriebserwerbers und die Mitteilung zutreffender Informationen über die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs (BAG, Urteil vom 13. Juli 2006 – 8 AZR 305/05).

## **+++ Verlegung von Büroräumen innerhalb einer Stadt ist keine Versetzung +++**

Will der Arbeitgeber Arbeitnehmer versetzen, muss er in Unternehmen mit mehr als 20 Arbeitnehmern die Zustimmung des Betriebsrats einholen (§ 99 Abs. 1 BetrVG). Eine Versetzung i. S. d. BetrVG ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich länger als einen Monat dauert oder mit einer erheblichen Veränderung der Arbeitsumstände verbunden ist. Sie liegt nach Ansicht des BAG nicht vor, wenn die Arbeitnehmer ihre Tätigkeit vorübergehend in einem anderen, ca. 3 km entfernten Gebäude innerhalb derselben politischen Gemeinde ausüben und sich im Übrigen an der Arbeit der Beschäftigten nichts ändert (Beschluss vom 27. Juni 2006 - 1 ABR 35/05). Der Umstand, dass die Arbeitnehmer möglicherweise einen 3 km längeren Arbeitsweg oder schlechtere Einkaufsmöglichkeiten hinnehmen müssen, ist unerheblich.

## **+++ Fahrtzeiten bei Dienstreisen müssen nicht als Arbeitszeit vergütet werden +++**

Das BAG hat klargestellt, dass eine tarifliche Regelung wirksam ist, nach der Fahrtzeiten auf Dienstreisen nicht als vergütungspflichtige Arbeitszeit zu werten sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Arbeitnehmer mindestens die regelmäßige tägliche Arbeitszeit vergütet wird (Urteil vom 11. Juli 2006 – 9 AZR 519/05). Die bei Dienstreisen anfallende Fahrtzeit stellt auch keine Arbeitszeit nach dem geltenden Arbeitszeitschutzrecht dar, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht die Benutzung eines selbst zu lenkenden Fahrzeugs vorschreibt und es dem Arbeitnehmer ferner überlassen bleibt, wie er die Fahrtzeit gestaltet. Fahrtzeiten sind dann Ruhezeiten und bleiben damit auch bei der Berechnung der Höchstarbeitszeiten i. S. d. ArbZG außer Betracht. Etwas anderes gilt nur für Arbeitnehmer, die durch die Reise selbst ihre vertragliche Hauptleistung erbringen (z.B. Kraftfahrer).

## **+++ Keine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld trotz Aufhebungsvertrag +++**

Schließt ein Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag, führt er damit seine Arbeitslosigkeit herbei (§ 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III). Deshalb erhält er für bis zu 12 Wochen kein Arbeitslosengeld, es sei denn, er kann sich auf einen wichtigen Grund berufen. Einen wichtigen Grund nimmt das BSG an, wenn der Aufhebungsvertrag lediglich dem Zweck dient, eine sozial gerechtfertigte betriebsbedingte Kündigung abzuwenden (Urteil vom 12. Juli 2006 – B 11a AL 47/05 R). Das BSG erwägt, bei Aufhebungsverträgen zukünftig die Rechtmäßigkeit einer betriebsbedingten Kündigung ohne entsprechende Prüfung anzuerkennen, wenn die vereinbarte Abfindung die in § 1a KSchG vorgesehene Höhe nicht überschreitet. Nach einer aktuellen Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit soll dies auch bei einer von § 1a KSchG abweichenden Abfindung gelten, wenn die angebotene Abfindung auf einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung beruht.

## **+++ Rechtsprechungsänderung: Aufgabe der so genannten Domino-Theorie bei fehlerhafter Sozialauswahl +++**

Verwendete ein Arbeitgeber bei der Sozialauswahl ein Punktesystem, um die Rangfolge der zu kündigenden Arbeitnehmer festzulegen, galt bei Berechnungsfehlern die so genannte Domino-Theorie des BAG: Wurde auch nur ein Arbeitnehmer, der bei richtiger Berechnung der Punktzahlen zur Kündigung angestanden hätte, nicht gekündigt, waren die Kündigungen aller Arbeitnehmer unwirksam. Dies galt selbst dann, wenn bei fehlerfreier Berechnung der Rangfolge lediglich ein Arbeitnehmer von der Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer zu streichen gewesen wäre. Diese Rechtsprechung hat das BAG (Urteil vom 09.11.2006 – 2 AZR 812/05) aufgegeben. Nunmehr gilt: Kann der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess darlegen, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch bei fehlerfreier Anwendung des Punktesystems zur Kündigung angestanden hätte, so ist die Kündigung jedenfalls nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl unwirksam.

## **+++ Betriebsratsanhörung: Verheimlichen der Kündigungsgründe macht Kündigung unwirksam +++**

Besteht ein Betriebsrat, müssen diesem vor jeder Kündigung die Kündigungsgründe mitgeteilt werden. Anderenfalls ist die Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Das gilt unabhängig davon, ob tatsächlich Kündigungsgründe vorlagen. Im Kündigungsschutzprozess kann sich der Arbeitgeber nur auf die Kündigungsgründe berufen, die er dem Betriebsrat auch mitgeteilt hat. Dies hat das LAG Mainz jetzt noch einmal bekräftigt (Urteil vom 04. Juli 2006 – Az.: 2 Sa 144/06). In dem entschiedenen Fall teilte der Arbeitgeber dem Betriebsrat mit, er könne den Arbeitnehmer auf Grund einer Outsourcing - Entscheidung nicht mehr weiterbeschäftigen. In Wahrheit lag aber wegen sinkender Nachfrage kein Beschäftigungsbedarf mehr vor. Obgleich die Beschäftigungsmöglichkeit auf Grund der gesunkenen Nachfrage tatsächlich entfallen war, führte die bewusste Falschinformation des Betriebsrats zur Unwirksamkeit der Kündigung.