

Newsletter Nr. 1 / 2010



Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,

wir wünschen Ihnen allen ein frohes, gesundes und erfolgreiches Jahr 2010.

Dass es ein ereignisreiches Jahr werden wird, dürfte Ihre Befassung mit dem Arbeitsrecht und der Arbeitsmarktpolitik garantieren. Unser erster Beitrag auf den Seiten 3 bis 5 dieses Newsletters gibt einen ersten Ausblick darauf, was die Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertretungen in der Arbeitsmarkt- und damit zusammenhängenden Sozialpolitik in den nächsten Jahren erwartet.

Aus gegebenem Anlass haben wir außerdem eine Entscheidung zur Betriebsratswahl aufgenommen. Wahlanfechtungsverfahren sind für alle Beteiligten ärgerlich und können schlimmstenfalls für einen großen Teil der Amtsperiode eine effektive Betriebsratsstätigkeit verhindern. Davon abgesehen möchte der Betriebsrat natürlich nicht auf die demokratische Legitimation verzichten, die daraus resultiert, alles richtig gemacht und sich gegenüber den anderen Wahlbewerbern in einem fairen Verfahren durchgesetzt zu haben. Der Rat lautet daher wie alle vier Jahre, sich als Wahlvorstand rechtzeitig einen Überblick über die neuere Rechtsprechung zum Thema Betriebsratswahl zu verschaffen und ggf. zur Auffrischung eines der angebotenen Wahlseminare zu besuchen.

Wir wünschen gutes Gelingen und freuen uns darauf, Ihnen und Ihren Gremien in alter wie neuer Besetzung weiterhin mit Rat und Tat zur Seite zu stehen.

Ihr Team

„Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertretungen“

Ihr Team

in Düsseldorf-Berlin-Frankfurt/Main-Köln finden Sie auf der letzten Seite sowie unter www.schneider-schwegler.de



Inhaltsverzeichnis:

A. Ausblick	S. 3
B. Kollektives Arbeitsrecht	
Tarifvertragsrecht	
1. Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ im Einzelhandel BAG, Urteil vom 22.09.2009, 1 AZR 972/08	S. 6
Betriebsverfassungsrecht	
2. Betriebsratswahl: Wahlausschreiben und Prüfung von Vorschlagslisten BAG, Beschluss vom 21.01.2009, 7 ABR 65/07	S. 10
C. Individuelles Arbeitsrecht	
3. Gleichbehandlung bei Lohnerhöhung BAG, Urteil vom 15.07.2009, 5 AZR 486/08	S. 13
4. Ende der gegenläufigen betrieblichen Übung BAG, Urteil vom 18.03.2009, 10 AZR 281/08	S. 16
5. Entfernung einer Abmahnung wegen Weigerung, an einem Personalgespräch teilzunehmen BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 606/08	S. 20
6. Abschaffung der Weihnachtsgratifikation durch Betriebsvereinbarung BAG, Urteil vom 05.08.2009, 10 AZR 483/08	S. 22
D. Aktuelle Veröffentlichungen	S. 24



Arbeitsrecht nach dem Regierungswechsel

Da der Regierungswechsel nach den Bundestagswahlen im September 2009 wegen verschiedener Ankündigungen der jetzigen Koalitionspartner CDU, CSU und FDP betreffend die Arbeitsmarktpolitik für erhebliche Unruhe gesorgt hat, halten wir es für angebracht, nachfolgend kurz die Projekte der Koalitionspartner aufzuführen, die es vom Wahlkampf in den Koalitionsvertrag vom 26. Oktober 2009 geschafft haben. Fest steht: Die von der FDP im Wahlprogramm vorgesehenen grundlegenden Einschnitte in den Kündigungsschutz und die Betriebsverfassung werden nicht umgesetzt werden. Anderen geplanten Maßnahmen ist jedoch anzumerken, dass das Ziel einer – weiteren – Flexibilisierung bzw. Entregulierung des Arbeitsmarktes nicht aufgegeben ist.

Im Einzelnen planen CDU, CSU und FDP laut dem am 26. Oktober 2009 unterzeichneten Koalitionsvertrag für die 17. Legislaturperiode unter der Überschrift „Arbeitschancen für alle“ im wesentlichen folgende Maßnahmen im Bereich der Arbeitsmarkts- und damit zusammenhängenden Sozialpolitik:

1. Tarifautonomie/gesetzlicher Mindestlohn

Ein gesetzlicher Mindestlohn wird abgelehnt. Stattdessen soll die Rechtsprechung zum Verbot sittenwidriger Löhne gesetzlich festgeschrieben werden. Bereits geltende Mindestlohnregelungen sollen daraufhin überprüft werden, ob sie Arbeitsplätze gefährden oder neuen Beschäftigungsverhältnissen entgegenstehen sowie den Schutz der Arbeitnehmer und die Wettbewerbsfähigkeit der einzelnen Branchen gewährleisten.

Tarifverträge sollen nach entsprechendem Mehrheitsvotum im Tarifausschuss nur noch für allgemeinverbindlich erklärt werden können, wenn dies einvernehmlich im Kabinett geregelt wird.

Kommentar:

Die Rechtsprechung zum Verbot sittenwidriger Löhne setzt faktisch verbindliches Recht. Ihre gesetzliche Festschreibung kann daher allenfalls symbolhaften Charakter haben. Von dem in den vergangenen Jahren diskutierten gesetzlichen Mindestlohn wird sich die Gesetzgebung in den nächsten Jahren jedoch weit entfernen. Sogar bereits geltende Mindestlohnregelungen sollen auf den Prüfstand gebracht werden, wobei die Schwerpunktsetzung bei der Überprüfung wohl bei der Wirtschaftlichkeit für die Unternehmen liegt und nicht bei der Schaffung und/oder dem Erhalt menschenwürdiger Arbeitsbedingungen. Vor diesem Hintergrund erscheint es konsequent, dass die – Arbeitnehmer schützende – Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zukünftig nicht mehr durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales erfolgt, sondern vom gesamten Kabinett gebilligt werden muss.



2. Befristete Beschäftigungsverhältnisse

Ein Arbeitsvertrag kann bisher ohne Sachgrund nur dann befristet werden, wenn zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zuvor zu keiner Zeit ein Beschäftigungsverhältnis bestanden hat. Zukünftig sollen Arbeitsverträge auch dann sachgrundlos befristet geschlossen werden können, wenn eine Vorbeschäftigung mindestens ein Jahr zurückliegt.

Kommentar:

Während die sachgrundlose Befristung für Arbeitgeber eine Möglichkeit darstellt, flexibel Personal einzustellen und zu entlassen und – faktisch – Probezeiten auf zwei Jahre auszuweiten, erweist sie sich für Arbeitnehmer in der Regel als großer Unsicherheitsfaktor. Die immer wieder beschworene „Türöffnerfunktion“ eines „zunächst“ sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages ist jedenfalls in der Breite nicht zu beobachten. Geht man dennoch von einer sinnvollen Funktion der sachgrundlosen Beschäftigungsmöglichkeit aus, ist die Analyse zutreffend, dass Vorbeschäftigungszeiten aus Schule, Studium, Praktikum u. ä. diese Möglichkeit nicht verbauen sollten. Jedoch ist zu befürchten, dass der Gesetzgeber mit der Wahl der Mittel über das Ziel hinausschießen und für sachgrundlose Befristungen genügen lassen wird, dass das letzte Beschäftigungsverhältnis mit demselben Arbeitgeber mindestens ein Jahr zurück liegt. Dem Missbrauch wäre damit Tür und Tor geöffnet.

3. Mini-Jobs

Es sollen Hinzuverdienstregeln geschaffen werden, die die Arbeitsanreize und damit die Brückenfunktion von Mini- und Midi-Jobs in sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse stärken sollen.

Kommentar:

Die „Brückenfunktion“ ist wohl ein starker Euphemismus, der davon ausgeht, dass Arbeitslose eher mangels Anreizen statt mangels Gelegenheit keine Arbeit aufnehmen. Im Übrigen ist fraglich, wie Mitnahmeeffekte ausgeschlossen werden sollen, wenn der Staat einen Hinzuverdienst garantiert, der in bestimmten Branchen unmittelbar in die Niedriglöhne eingepreist werden dürfte.

4. Arbeitsmarktzugang, Fachkräfte

Sowohl im Hinblick auf die effiziente Schließung der absehbaren kommenden Fachkräftelücke als auch im Hinblick auf die effiziente Bekämpfung von Leistungsmissbrauch soll der Arbeitsmarktzugang für Nichtdeutsche besser geregelt werden.

Im Übrigen soll die Zuwanderung nach Deutschland für Hochqualifizierte, Saisonarbeitskräfte und bestimmte andere Gruppen besser gesteuert und gleichzeitig unbürokratischer werden.

Newsletter Nr. 1 / 2010



5. Verantwortung für das Unternehmen, Partnerschaft im Betrieb

Die jüngsten Gesetzesanpassungen zur Haftung und Vergütung von Vorständen und Aufsichtsräten sollen weiterentwickelt werden. Fehlanreize bei Unternehmen sollen beseitigt werden.

Die Mitarbeiterkapitalbeteiligung soll erweitert werden. Die Beschäftigten sollen auch durch Entgeltumwandlung Anteile an ihren Unternehmen steuerbegünstigt erwerben können. Mitarbeiterkapitalbeteiligungen sollen unternehmerische Mitverantwortung einschließen.

Die Aufsichtsratsarbeit soll professionalisiert werden. Das Mitspracherecht der Hauptversammlung bei der Festlegung der Eckpunkte der Vorstandsvergütung soll gestärkt werden. Darüber hinaus soll für ehemalige Vorstandsvorsitzende beim Wechsel zum Aufsichtsratsvorsitzenden desselben börsennotierten Unternehmens grundsätzlich eine Mindestwartefrist von zwei Jahren eingeführt werden.

Die Größe von Aufsichtsräten soll überprüft werden.

Darüber hinaus soll neben den Regelwerken für Aufsichtsräte und Vorstände auch ein Ehrenkodex für Betriebsräte entwickelt werden. Beispielhaft wird das Recht der Betriebsversammlung auf Offenlegung der an Betriebsratsmitglieder gezahlten Aufwendungen genannt.

Kommentar:

Bei der Offenlegung der an Betriebsratsmitglieder gezahlten Aufwendungen dürfte es sich um einen übrig gebliebenen Teil einer Forderung aus dem FDP-Programm handeln, wonach die Mitbestimmung, auch hinsichtlich ihrer personellen Ausstattung, erheblich eingeschränkt werden sollte. Geht man zutreffend davon aus, dass es sich bei der „brasilianischen Geliebten“ u. ä. um absolute Einzelfälle handelt, ist der Forderung ein gewisser Populismus vorzuwerfen. Diese Rechnung geht natürlich – wenn überhaupt – allenfalls auf, wenn man die Beträge für den Aufwendungsersatz ohne Erläuterung veröffentlicht. Schließlich steht der Aufwendungsersatz in einem direkten Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Betriebsratsmitglieder für die Betriebsratstätigkeit, die wiederum zu einem erheblichen Teil von Aktivitäten des Arbeitgebers abhängt. Diesen Zusammenhang darzustellen sollte unter Hinzuziehung der einzelfallbezogenen Fakten in der Betriebsversammlung nicht schwer fallen.

6. Ältere Arbeitnehmer

Anreize zur Frühverrentung sollen beseitigt werden. Eine Verlängerung der staatlich geförderten Altersteilzeit über den 31. Dezember 2009 hinaus soll es daher nicht geben.

Die Voraussetzungen für eine Teilhabe älterer Menschen am Erwerbsleben sollen verbessert werden. Dazu zählen die Bekämpfung jeglicher Form von Altersdiskriminierung sowie die kritische Überprüfung beruflicher Altersgrenzen.

Newsletter Nr. 1 / 2010



1. Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ im Einzelhandel

BAG, Urteil vom 22.09.2009, 1 AZR 972/08

Leitsatz:

Eine streikbegleitende Aktion, mit der eine Gewerkschaft in einem öffentlich zugänglichen Betrieb kurzfristig und überraschend eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen will, um zur Durchsetzung tariflicher Ziele Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben, ist nicht generell unzulässig. Der damit verbundene Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des betroffenen Arbeitgebers kann aus Gründen des Arbeitskampfrechts gerechtfertigt sein, wenn dem Arbeitgeber wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Sachverhalt:

Der klagende Arbeitgeberverband und die beklagte Gewerkschaft ver.di streiten darüber, ob die Beklagte zukünftig Aufrufe zu streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ im Einzelhandel zu unterlassen hat. Im Jahr 2007 wollte die Beklagte Forderungen nach einem neuen Tarifvertrag für den Berliner Einzelhandel durchsetzen und führte deshalb einen Streik. Während dieses Streiks veröffentlichte ihr rechtlich unselbständiger Landesbezirk Berlin-Brandenburg im Dezember 2007 u. a. auf seiner Homepage ein virtuelles Flugblatt mit folgendem Wortlaut:

„Wunschliste der EinzelhändlerInnen an Gewerkschaftsmitglieder und alle, die uns unterstützen wollen

- [...]
- Hast Du Lust, Dich an Flashmob-Aktionen zu beteiligen? Gib uns Deine Handy-Nummer und dann lass uns zu dem per SMS gesendeten Zeitpunkt zusammen in einer bestreikten Filiale, in der Streikbrecher arbeiten, gezielt einkaufen gehen, z. B. so:

- o Viele Menschen kaufen zur gleichen Zeit einen Pfennig-Artikel und blockieren damit für längere Zeit den Kassenbereich.
- o Viele Menschen packen zur gleichen Zeit ihre Einkaufswagen voll (bitte keine Frischware!!!) und lassen sie dann stehen.

- [...]"

Am Vormittag des 8. Dezember 2007 führte die Beklagte eine solche „Flashmob-Aktion“ in der zu dieser Zeit bestreikten Filiale eines Mitgliedsunternehmens des Klägers durch. Dabei wurden ca. 40 Einkaufswagen befüllt. Wegen des Kaufs von einzelnen Pfennigartikeln entstanden lange Wartschlangen an den Kassen. In einem Fall bejahte eine Frau mit einem vollen Einkaufswagen die Frage der Kassiererin, ob sie bezahlen könne, und ließ den Einkaufswagen mit Waren im Wert von EUR 371,78 nach dem Einscannen an der Kasse stehen. Zahlreiche Aktionsteilnehmer trugen Jacken mit der Aufschrift „ver.di“ bzw. Sticker der Gewerkschaft. Nach den abweichenden Angaben der Parteien dauerte die Aktion ca. 45 Minuten bis eine Stunde.

Der klagende Arbeitgeberverband hat beantragt, die beklagte Gewerkschaft zu verurteilen, es zu unterlassen, durch Flugblatt oder auf sonstige Weise Mitglieder der Beklagten oder andere Personen dazu aufzurufen, zu mehreren Personen eine bestreikte Filiale eines Mitgliedsunternehmens des Klägers gezielt aufzusuchen, um dort entweder mit vielen Menschen zur gleichen Zeit einen Pfennig-Artikel zu kaufen und so für längere Zeit den Kassenbereich zu blockieren oder mit vielen Menschen zur gleichen Zeit Einkaufswagen mit dem Ziel voll (bitte keine Frischware!!!) zu packen, diese dann an der Kasse oder anderswo in den Filialräumen stehen zu lassen. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat die Berufung zurückgewiesen.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass die Revision des klagenden Arbeitgeberverbands unbegründet ist. Wegen der uneingeschränkten Formulierung wäre der Antrag des Klägers nur dann erfolgreich gewesen, wenn streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ generell unzulässig wären. Dies ist nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts jedoch nicht der Fall.

Zunächst hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass es sich bei der „Flashmob-Aktion“ unzweifelhaft um einen unmittelbaren Eingriff in ein von dem Kläger verteidigtes Recht, nämlich das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb handelt (§§ 1004, 823 Abs. 1 BGB). Betriebszweck und Betriebsorganisation sind zwar auf den Verkauf von – auch geringwertigen – Waren gerichtet, jedoch nicht darauf, dass die Angestellten ohne Kaufabsicht herausgenommene Artikel wieder in die Regale räumen und dass potentielle Kunden wegen bewusst herbeigeführter langer Warteschlangen von einem Einkauf im Ladengeschäft abgehalten werden.

Sodann hat das Bundesarbeitsgericht jedoch ausgeführt, dass eine „Flashmob-Aktion“ als Arbeitskampfmaßnahme gerechtfertigt sein kann. Denn bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb handelt es sich um einen „offenen Tatbestand“, dessen Inhalt und Grenzen sich erst aus einer Interessen- und Güterabwägung mit der im Einzelfall konkret kollidierenden Interessenssphäre ergeben. Für die Prüfung, ob eine Rechtfertigung als Arbeitskampfmaßnahme in Betracht kommt, bedeutet dies, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mit der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz abgewogen werden muss. Die Abwägung ist eingebettet in eine Prüfung, ob der Eingriff zur Erreichung eines legitimen Ziels im weiteren Sinne verhältnismäßig ist.

Hinweis:

Auch in diesem wie in einigen anderen Urteilen zum Thema merkt das Bundesarbeitsgericht an, dass die Ausgestaltung der nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit mangels eines Tätigwerdens des Gesetzgebers den im Einzelfall angerufenen Gerichten obliegt. Tatsächlich steht dem Versuch einer gesetzlichen Sprengkraft des Themas entgegen. Nicht von der Hand zu weisen ist auch, dass das Arbeitskampfrecht – wie an der Rechtsprechung erkennbar – derart komplex sein könnte, dass es einer sinnvollen, verständlichen gesetzgeberischen Regelung kaum zugänglich ist.

Die Koalitionsfreiheit umfasst alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen und umfasst damit insbesondere die Tarifautonomie. Ein abschließender Numerus clausus an Arbeitskampfmitteln wäre damit nicht vereinbar. Vielmehr kann das Arbeitskampfrecht zur Anpassung an sich wandelnde Umstände auch weiterentwickelt werden, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen. Die Beurteilung, ob eine Betätigung koalitionspezifisch ist, richtet sich grundsätzlich nicht nach der Art des von der Koalition gewählten – friedlichen – Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel. So kommt es auch bei der Frage, ob es sich bei „Flashmob-Aktionen“ um ein Arbeitskampfmittel handelt, ebenfalls nicht darauf an, welche innere Motivation die Teilnehmer – z. B. etwaige Dritte, Nicht-Gewerkschaftsmitglieder – haben, sondern auf den von der Gewerkschaft verfolgten Zweck des Tarifabschlusses.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit hat das Bundesarbeitsgericht berücksichtigt, dass jegliche Reglementierung des Arbeitskampfsrechts das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG einschränkt und deshalb der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Aus der daraus abgeleiteten „Staatsferne“ der Koalitionsfreiheit soll folgen, dass die Wahl der Mittel, welche die Koalitionen zur Erreichung des Zwecks der Regelungen – eines Tarifabschlusses – für geeignet halten, den Koalitionen selbst obliegen soll. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie stellt sowohl Rechtfertigung als auch Grenze bei der Wahl der Arbeitskämpfungsmittel dar. Erlaubt sein muss, was zum Ausgleich der beiderseitigen Grundsichtspositionen erforderlich ist.

Eine Grenze wird lediglich dort gezogen, wo ein gewähltes Mittel offensichtlich ungeeignet oder nicht erforderlich oder im engeren Sinne unverhältnismäßig ist. Konsequenz folgt das Bundesarbeitsgericht, dass den Koalitionen ein Beurteilungsspielraum bei der Frage zusteht, ob ein Kämpfungsmittel offensichtlich ungeeignet oder offensichtlich nicht erforderlich ist. Beides wird – unter Hinweis auf die weitgehende Einschätzungsprärogative der Beklagten – im Hinblick auf die „Flashmob-Aktionen“ abgelehnt. An die anschließende Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Mittels im engeren Sinne wird demgegenüber ein objektiver Maßstab angelegt. Diese kann jedoch nur verneint werden, wenn die ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition des sozialen Gegenspielers unangemessen beeinträchtigt wird. Eine unangemessene Beeinträchtigung ergibt sich aber nicht daraus, dass der Gegenseite wirtschaftliche Nachteile entstehen. Denn es ist gerade das Wesen von Arbeitskämpfmaßnahmen, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck auszuüben. Wichtig ist demgegenüber, dass – wie es bei den „klassischen“ Arbeitskämpfungsmitteln Streik und Aussperrung der Fall ist – das Kämpfungsmittel mit eigenen wirtschaftlichen Opfern des Angreifers verbunden ist oder zumindest dem Gegner effektive Verteidigungsmöglichkeiten belässt. Andernfalls würde die Chance auf Herbeiführung angemessener Verhandlungsergebnisse zerstört. Bezüglich der Voraussetzung, dass der Angreifer – um einen eigenverantwortlichen Umgang mit dem Kämpfungsmittel sicherzustellen – eigene Opfer bringen muss, räumt das Bundesarbeitsgericht ein, dass dies bei „Flashmob-Aktionen“ nicht der Fall ist. Das Gericht lässt

es jedoch ausreichen, dass nach seiner Ansicht dem betroffenen Arbeitgeber ausreichende Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen: Der Betreiber eines Ladengeschäfts kann von seinem Hausrecht Gebrauch machen und Aktionsteilnehmer zum Verlassen des Geschäfts auffordern. Wegen der andernfalls drohenden Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 Abs. 1, 2. Alt. StGB) ist davon auszugehen, dass die Aktionsteilnehmer einer solchen Aufforderung nachkommen. Ferner kann der Arbeitgeber vorübergehend den Betrieb schließen und dadurch wirtschaftlichen Gegendruck aufbauen, denn in der Folge verlieren die arbeitswilligen Arbeitnehmer ihren Lohnanspruch. Die vorübergehende Betriebsschließung ist anerkanntes Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitgeberseite in Streiksituationen und daher vorliegend deshalb zulässig, weil die „Flashmob-Aktionen“ sich auf bestreikte Ladengeschäfte bezogen.

Hinweis:

Die Argumentation des Bundesarbeitsgerichts legt nahe, „Flashmob-Aktionen“ in solchen Betrieben als unzulässig zu bewerten, die nicht gleichzeitig von einem von der Gewerkschaft ausgerufenen Streik betroffen sind. Denn das Bundesarbeitsgericht legt Wert darauf, dass sein Urteil sich auf „streikbegleitende“ „Flashmob-Aktionen“ bezieht. Die Zulässigkeit des Arbeitskämpfungsmittels „Flashmob-Aktion“ beschränkt sich mangels hinreichender Verteidigungsmittel des Arbeitgebers außerhalb eines Streiks wohl auf die Reichweite eines ausgerufenen Streiks.

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts hat nicht zuletzt deshalb ein großes Echo in der Öffentlichkeit gefunden, weil seine Einschätzung zu den Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers für unrealistisch befunden wurde. Bestehen nämlich keine realistischen Verteidigungsmöglichkeiten, fällt es umso schwerer ins Gewicht, dass das Arbeitskämpfungsmittel „Flashmob-Aktion“ von vornherein bereits so angelegt ist, dass die Arbeitnehmerseite für ihren Einsatz keine wirtschaftlichen Opfer bringen muss. Kritiker dieser – und anderer – Entscheidungen sehen damit die Arbeitskämpfungparität in Gefahr.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Zu guter Letzt hebt das Bundesarbeitsgericht hervor, dass die Teilnehmer an einer „Flashmob-Aktion“ ohne Hinzutreten weiterer Umstände auch keine Straftatbestände verwirklichen. Der Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 StGB) in einem öffentlich zugänglichen Ladengeschäft setzt eine erfolglose Aufforderung des Hausrechtsinhabers voraus, sich zu entfernen. Eine im Übrigen rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahme kann nicht die Voraussetzungen einer Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) erfüllen. Und eine Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) käme nur dann in Betracht, wenn Frischware aufgrund der Herausnahme aus der Kühlung verderben oder andere Ware tatsächlich beschädigt würde.

Bedeutung für die Praxis:

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts hat bei der Beurteilung von „Flashmob-Aktionen“ für Rechtssicherheit gesorgt. Gleichzeitig trägt die sehr ausführliche Urteilsbegründung dazu bei, ggf. die Rechtmäßigkeit anderer „kreativer“ Formen des Arbeitskampfes im Voraus besser zu beurteilen.

Die Bedeutung des Urteils lässt sich auch daran ersehen, dass der Einzelhandelsverband am 27.12.2009 **Verfassungsbeschwerde** eingelegt hat.

Über den weiteren Fortgang des Verfahrens werden wir selbstverständlich berichten.

Newsletter Nr. 1 / 2010



2. Betriebsratswahl: elektronische Bekanntmachung des Wahlausschreibens, unverzügliche Prüfung von Vorschlagslisten

BAG, Beschluss vom 21.01.2009, 7 ABR 65/07

Orientierungssätze (Verf.):

1. Die Bekanntmachung des Wahlausschreibens in elektronischer Form ist nur zulässig, wenn sichergestellt ist, dass ausschließlich Mitglieder des Wahlvorstands darauf zugreifen und es verändern können.
2. Der Wahlvorstand hat eingehende Wahlvorschläge so rechtzeitig zu prüfen, dass die Einreicher einer ungültigen Vorschlagsliste nach Möglichkeit noch innerhalb der Einreichungsfrist eine gültige Vorschlagsliste einreichen können.

Sachverhalt:

Eine Betriebsratswahl vom 04.05.2006 wurde von vier wahlberechtigten Arbeitnehmern angefochten. Bei der Arbeitgeberin handelt es sich um ein auf dem Gebiet der Mobilfunktechnik und Telekommunikation weltweit tätiges Unternehmen mit mehreren inländischen Betriebsstätten und Projektbüros in Bhutan, Kuwait, Mosambik und Kasachstan, in denen ebenfalls wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind.

Der Wahlvorstand leitete das Wahlausschreiben in deutscher und englischer Sprache am 15. Februar 2006 per E-Mail allen wahlberechtigten Arbeitnehmern zu. Darüber hinaus wurde das Wahlausschreiben in den als „Whiteboard-Datenbank“ bezeichneten Teil des Intranets der Arbeitgeberin unter dem Menüpunkt „Betriebsratswahl 2006“ eingestellt. Auf die Dateien dieses Ordners konnten neben dem Vorsitzenden des Wahlvorstands auch die bei der Arbeitgeberin beschäftigten drei Systemadministratoren zugreifen, die nicht Mitglieder des Wahlvorstands waren. Im Übrigen war das Wahlausschreiben in verschiedenen Betriebsstätten nicht ausgehängt.

Darüber hinaus reichte einer der Antragsteller zu 1) am 01.03.2006, d. h. am letzten Tag der zweiwöchigen und bis 18.00 Uhr gesetzten Frist, um 13.05 Uhr eine Wahlvorschlagsliste ein. Er hatte ein vollständig in schwarzer Maschinenschrift gehaltenes Formblatt erstellt, auf dem jeweils im oberen Teil die Namen der anderen Antragsteller in dem Verfahren sowie ein weiterer Arbeitnehmer aufgeführt waren. Dieses Formblatt sandte der Antragsteller zu 1) an die Arbeitnehmer in verschiedenen Standorten, die es ausdruckten, mit ihrer Stützunterschrift versahen, einscannen und zurücksandten. Der letzte Arbeitnehmer, an den die auf diese Art zustande gekommene Liste gesandt wurde, druckte sie ebenfalls aus und ergänzte anschließend handschriftlich und in blauer Farbe die Namen der Wahlbewerber um den Namen des Bewerbers U. Dessen Name wurde von dem Antragsteller zu 1) auch auf den anderen Vorschlagslisten eingetragen, wobei das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt hat, ob die Ergänzung vor oder nach der Eintragung der Stützunterschriften erfolgt ist. Der Wahlvorstand führte noch am 01.03.2006 eine Prüfung der Vorschlagsliste durch. Am 02.03.2006 trat er erneut zusammen. In dem Protokoll des Wahlvorstands vom 03.03.2006 heißt es, wegen der handschriftlichen Eintragung des Bewerbers U bestünden Zweifel, ob identische Ausfertigungen des Wahlvorschlags dieser Liste im Umlauf waren; die Liste werde noch nicht abgelehnt, sondern weiter intern und zusammen mit einem Anwalt geprüft. Mit Schreiben vom 16.03.2006 teilte der Wahlvorstand dem Antragsteller zu 1) mit, dass seine Vorschlagsliste an einem nicht behebbaren Mangel leide und nicht zur Betriebsratswahl zugelassen werde.

Das Arbeitsgericht hat die Wahl für unwirksam erklärt, das Landesarbeitsgericht die hiergegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht hat die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen die Entscheidung zurückgewiesen. Gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG kann die Betriebsratswahl beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden ist und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Vorliegend wurde gegen zwei Vorschriften verstoßen. Jeder Verstoß konnte sich auf das Wahlergebnis auswirken.

§ 3 Abs. 4 Satz 1 der Wahlordnung (WO) bestimmt, dass das Wahlausschreiben, welches wichtige Informationen für die Wahlberechtigten enthält und dessen Bekanntmachung die Fristen für den Einspruch gegen die Wählerliste und die Einreichung der Vorschlagslisten in Gang setzt, an Stellen ausgehängt wird, die den Wahlberechtigten zugänglich sind. Das Bundesarbeitsgericht hat ausdrücklich dahinstehen lassen, unter welchen Voraussetzungen eine Bekanntmachung des Wahlausschreibens anzunehmen ist, wenn zwar sein Aushang in einigen Betriebsstätten unterblieben ist, die Bekanntmachung in elektronischer Form aber den Anforderungen des § 3 Abs. 4 Satz 3 in Verbindung mit § 2 Abs. 4 Satz 4 WO genügt. Denn die Voraussetzungen für die Bekanntmachung des Wahlausschreibens ausschließlich in elektronischer Form lagen nicht vor. Der Wahlvorstand muss – was vorliegend wohl unproblematisch war – nicht nur sicherstellen, dass alle Arbeitnehmer von dem elektronischen Wahlausschreiben Kenntnis nehmen können, sondern er muss auch dafür Sorge tragen, dass Änderungen nur vom Wahlvorstand vorgenommen werden können. Dies ist nicht der Fall, wenn wie hier Dritte – z. B. Systemadministratoren – Zugriff auf das Dokument haben. Da nach dem Zweck der Vorschrift die elektronische Bekanntmachung vor unbefugter Veränderung geschützt werden soll, ist auch unerheblich, dass Systemadministratoren oder sonstige Dritte arbeitsrechtlich nicht berechtigt sind, auf das elektronische Wahlausschreiben zuzugreifen und es zu verändern. Es reicht aus, dass sie dazu tatsächlich in der Lage sind.

Des Weiteren hat der Wahlvorstand in die Anfechtbarkeit begründender Weise gegen seine Prüfungs- und Hinweispflicht aus § 7 Abs. 2 Satz 2 WO verstoßen. Der Wahlvorstand konnte die Vorschlagsliste am 01.03.2006 um 13.05 Uhr als ungültig ansehen, weil aufgrund der nachträglichen Aufnahme des Bewerbers U nicht mehr gewährleistet war, dass der Wahlvorschlag von den Arbeitnehmern getragen wurde, die vor der Änderung die Wahlvorschlagsliste unterzeichnet hatten. Dies führte jedenfalls zur Ungültigkeit so vieler Stützunterschriften, dass der Wahlvorschlag nicht mehr von einer ausreichenden Anzahl von wahlberechtigten Arbeitnehmern unterstützt wurde. Dieses hätte der Wahlvorstand unverzüglich prüfen müssen. Zwar lautet § 7 Abs. 2 Satz 2 WO, der Wahlvorstand habe die Liste „unverzüglich, möglichst binnen einer Frist von zwei Arbeitstagen“ nach ihrem Eingang zu prüfen und den Listenvertreter bei Ungültigkeit oder Beanstandung „unverzüglich“ schriftlich unter Angabe der Gründe zu unterrichten. Ob der Wahlvorstand unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern gehandelt hat, ist jedoch unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung zu beurteilen. Die zwei Arbeitstage stellen lediglich eine Regelfrist dar. Im Übrigen dient die unverzügliche Prüfung und Unterrichtung dazu, den Einreichern der Liste zu ermöglichen, innerhalb der Einreichungsfrist eine gültige Vorschlagsliste nachzureichen. Vor diesem Hintergrund hat der Wahlvorstand die Prüfung und Benachrichtigung so rechtzeitig vorzunehmen, dass die Einreicher einer ungültigen Vorschlagsliste nach Möglichkeit noch die Gelegenheit erhalten, eine gültige Vorschlagsliste nachzureichen. Die Bereitschaft des Wahlvorstands, zu diesem Zweck kurzfristig zusammenzutreten, ist gerade am letzten Tag der Frist und insbesondere dann zu erwarten, wenn bis dahin keine Wahlvorschläge eingereicht wurden. Vorliegend hat der Wahlvorstand diesen Anforderungen nicht genügt. Die Auffälligkeiten in der Vorschlagsliste – unterschiedliches Schriftbild bei den aufgeführten Bewerbern – hätten den Wahlvorstand dazu bewegen müssen, beim Listenführer nachzufragen und ihn vorsorglich auf die mögliche Ungültigkeit des Wahlvorschlags hinzuweisen.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Bedeutung für die Praxis:

Die richtige Bekanntmachung des Wahlausschreibens und die ordnungsgemäße Prüfung von Vorschlagslisten haben nicht nur Bedeutung für die anstehenden Betriebsratswahlen, sondern auch für Aufsichtsratswahlen.

Aufgrund der vorliegenden Entscheidung kann dem Wahlvorstand nur angeraten werden, das Wahlausschreiben keinesfalls in elektronischer Form bekannt zu machen. Dies kann allenfalls zusätzlich geschehen, sollte dann jedoch vorsorglich mit dem Hinweis verbunden werden, dass ausschließlich das im Betrieb bekannt gemachte Wahlausschreiben verbindlich ist.

Was die Prüfung eingereichter Vorschlagslisten betrifft, so ist anzunehmen, dass wegen der unmittelbaren Auswirkung eines hier unterlaufenden Fehlers auf das Wahlergebnis allen Wahlvorstandsmitgliedern bewusst ist, dass die Prüfung und ggf. Benachrichtigung jedenfalls in den letzten Tagen vor Fristablauf immer sofort erfolgen sollte.

Newsletter Nr. 1 / 2010



3. Gleichbehandlung bei Lohnerhöhung

BAG, Urteil vom 15.07.2009, 5 AZR 486/08

Orientierungssätze (Verf.):

1. Im Bereich der Arbeitsvergütung gilt Vertragsfreiheit. Der Gleichbehandlungsgrundsatz, d. h. das Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage, gilt jedoch auch im Bereich der Arbeitsvergütung, wenn diese nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip erhöht wird.
2. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern bereits die Bildung von Arbeitnehmergruppen nach sachfremden Kriterien.
3. Eine Gruppenbildung ist sachgerecht, wenn sie einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich und angemessen ist. Die Zweckbestimmung der Lohnerhöhung ergibt sich vorrangig aus den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, von deren Vorliegen sie abhängig gemacht wird.
4. Ist eine Ungleichbehandlung ungerechtfertigt, ist die Korrektur dahingehend vorzunehmen, dass die benachteiligten Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Lohnerhöhung erhalten.
5. Das Maßregelungsverbot (§ 612a BGB) ist verletzt, wenn der Arbeitnehmer gerade deshalb benachteiligt wird, weil er in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Zwischen beidem muss jedoch ein unmittelbarer Zusammenhang gegeben sein.

Sachverhalt:

Der Kläger ist bei der nicht tarifgebundenen Beklagten seit 1995 als gewerblicher Arbeitnehmer beschäftigt. In den Jahren 2003/2004 bot die Beklagte unter Hinweis auf die schlechte wirtschaftliche Lage des Unternehmens allen ca. 300 Arbeitnehmern neue Standard-Arbeitsverträge an, die verschlechterte Arbeitsbedingungen enthielten: Der Jahresurlaub wurde von 30 auf 25 Tage reduziert; das zusätzliche Urlaubsgeld in Höhe von 50 % des Urlaubsentgelts, die vermögenswirksamen Leistungen von EUR 26,60 und die Erstattung der Kontoführungsgebühr entfielen vollständig. Lediglich 14 der ca. 300 Arbeitnehmer, darunter auch der Kläger, stimmten den neuen Standard-Arbeitsverträgen nicht zu und wurden zu den bisherigen Bedingungen weiterbeschäftigt.

Im Dezember 2006 teilt die Beklagte den Arbeitnehmern mit: „Wie Sie wissen, ist unser Unternehmen in der Vergangenheit durch eine sehr schwere Zeit gegangen. Weil einerseits die meisten Mitarbeiter für die Gesamtsituation ihr Verständnis und entsprechenden Verzicht bekundet haben und andererseits entscheidende Rationalisierungsmaßnahmen in erheblichem Umfang durch das Unternehmen umgesetzt wurden, konnte ein Weiterbestehen des Unternehmens erreicht werden. Wir sind glücklich darüber, dass unser Unternehmensschiff in etwas ruhigerem Fahrwasser angekommen ist, [...]“.

Wir möchten diesen Moment nutzen, den Mitarbeitern zu danken, die wir in dieser schwierigen Zeit an unserer Seite gefunden haben. Für diejenigen, die die neuen Arbeitsverträge unterzeichnet haben, möchten wir ab dem 01.01.2007 eine Lohnerhöhung auf den Ecklohn (des für Sie bisher maßgebenden Stundenlohns) bzw. eine Gehaltserhöhung (auf die Monatsgrundvergütung) von 2,5 % gewähren. Den Mitarbeitern, die noch den alten Arbeitsvertrag haben, wird das Angebot unterbreitet, an der Lohnerhöhung ebenfalls teilzunehmen. Voraussetzung ist allerdings die Vereinbarung des neuen Arbeitsvertrages. [...]“

Newsletter Nr. 1 / 2010



Der Kläger, dessen Gehalt wie bei allen anderen Arbeitnehmern auch seit 2003 nicht erhöht worden war, machte die Zahlung der Gehaltserhöhung ab dem 01.01.2007 geltend. Er argumentierte, die Beklagte verstoße mit der Differenzierung nach Alt- und Neuverträgen gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und nehme eine unzulässige Maßregelung vor.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das LAG Hamm die Berufung des Klägers gegen dieses Urteil zurückgewiesen.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht hat zur möglichen Begründung einer Lohnerhöhung zwei Prüfungsansätze gewählt: den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und das Maßregelungsverbot des § 612a BGB.

Der Grundsatz im Bereich des Arbeitsentgelts und damit auch der Lohnerhöhung lautet unverändert, dass hier Vertragsfreiheit herrscht. Hierzu gibt es jedoch eine in der Praxis bedeutende Ausnahme, wenn der Arbeitgeber eine Lohnerhöhung nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt. Ist dies der Fall, muss selbstverständlich zunächst der vom Arbeitgeber verfolgte Zweck an sich legitim sein. Darüber hinaus resultiert aus einer solchen Zweckbestimmung die Bildung von Gruppen, nämlich der Gruppe derjenigen, die die Voraussetzungen für die Lohnerhöhung erfüllen, und der Gruppe der anderen Arbeitnehmer. Diese Gruppenbildung muss wiederum erforderlich und angemessen sein, um zur Erreichung des als legitim angesehenen Zwecks gerechtfertigt zu sein. Steht daher eine Gruppenbildung fest, hat der Arbeitgeber die Gründe für die Differenzierung offen zu legen, damit beurteilt werden kann, ob die Gruppenbildung sachlichen Kriterien entspricht. Stellt sich dabei heraus, dass der Arbeitgeber gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen hat, führt dies dazu, dass die vorteilhafte Regelung auf alle Arbeitnehmer anzuwenden ist, so dass diese entsprechend begünstigt werden.

Nach diesen Grundsätzen hätte der Kläger einen Anspruch auf Lohnerhöhung gehabt, wenn die Beklagte den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt hätte. Dies ist nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts jedoch nicht der Fall. Es hat einen Differenzierungsgrund zwischen Alt- und Neuvertragsinhabern darin gesehen, dass die Neuvertragsinhaber gegenüber den Altvertragsinhabern erhebliche finanzielle Einbußen erlitten haben. Diese Einbußen sollten lediglich teilweise ausgeglichen werden. Ein solcher Ausgleich ist ein legitimer Zweck, der mit der vorgenommenen Gruppenbildung auch auf sachgerechtem Wege verfolgt wird. Wörtlich führt das Bundesarbeitsgericht aus, es entspreche „dem Gerechtigkeitsgedanken voll und ganz, wenn der Arbeitgeber die Differenzierung im Falle einer Verbesserung der wirtschaftlichen Lage durch Anpassung nach oben ganz oder teilweise rückgängig macht“.

Hinweis:

Zu beachten ist, dass das Bundesarbeitsgericht sich explizit auf einen teilweisen oder vollständigen Ausgleich der in Kauf genommenen Nachteile für die Neuvertragsinhaber bezieht. Nicht gerechtfertigt wäre eine Überkompensation der erlittenen Nachteile. Ferner weist das Bundesarbeitsgericht zu recht darauf hin, dass die gewollte Angleichung unterschiedlicher Vergütungen im Betrieb für sich genommen keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung darstellt. Vielmehr kommt es darauf an, aus welchen Gründen bereits unterschiedliche Vergütungen vorliegen und welche materielle Rechtfertigung den Vergütungsunterschieden zugrunde liegt. Vor diesem Hintergrund gilt im vorliegenden Fall, dass die Ungleichbehandlung bei der Lohnerhöhung gerade dazu dienen soll, eine Ungleichbehandlung der Alt- und Neuvertragsinhaber bei der Vergütung (teilweise) wieder auszugleichen, die nicht durch sachliche, sondern durch rein rechtliche Gründe entstanden ist. Schließlich war dem Arbeitgeber in den Jahren 2003/2004 zur Vergütungsreduzierung, die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grund-

Newsletter Nr. 1 / 2010



sätzlich auch über die Änderungskündigung nicht möglich ist, nur der Weg über freiwillige Vereinbarungen geblieben, der schließlich zu den Vergütungsunterschieden zwischen Alt- und Neuverträgen geführt hatte.

Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz prüft das Bundesarbeitsgericht, ob der Arbeitgeber mit der Ausnahme der Altvertragsinhaber von der Lohnerhöhung gegen das Maßregelungsverbot (§ 612a BGB) verstoßen hat. Dieses besagt, dass der Arbeitnehmer, der in zulässiger Weise seine Rechte ausübt, deshalb nicht benachteiligt werden darf. Offenbar zweifelt das Bundesarbeitsgericht bereits daran, ob es sich bei § 612a BGB überhaupt um eine Anspruchsgrundlage handelt. Jedenfalls sieht es aber die Voraussetzungen nicht als erfüllt an. Denn die zulässige Rechtsausübung – hier die Nicht-Unterzeichnung des neuen Standard-Arbeitsvertrages durch den Kläger – muss das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Ein solcher unmittelbarer Zusammenhang bestand hier nicht. Maßgeblicher, nicht zu beanstandender Beweggrund für die Gruppenbildung bei der Lohnerhöhung war nicht die zulässige Ablehnung des Änderungsvertrages durch den Kläger, sondern die Geltung verschiedener Arbeitsbedingungen, die die Beklagte wieder angleichen wollte.

Bedeutung für die Praxis:

Gewährt der Arbeitgeber Leistungen (Entgelt-erhöhungen, Sonderzuwendungen o. ä.) nicht an alle Arbeitnehmer, sondern nimmt eine Gruppenbildung vor, ist genauestens zu prüfen, ob diese gerechtfertigt ist. Erfolgt die Gruppenbildung nicht ausdrücklich, bestehen aber Anhaltspunkte dafür, dass Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt werden, hat der Arbeitgeber sich hierüber zu erklären. Eine Gruppenbildung erweist sich schnell als misslungen, wenn genau überprüft wird, ob der mit einer Leistung verfolgte Zweck und die für ihren Bezug aufgestellten Voraussetzungen übereinstimmen.

Hinweis:

Ein anschauliches Beispiel für eine misslungene Gruppenbildung stellt der vom Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 01.04.2009 (10 AZR 353/08) behandelte Sachverhalt dar. Hier hatten 96 % der Belegschaft mit dem beklagten Arbeitgeber im April 2006 vereinbart, dass ihre Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich von 38,5 auf 40 Wochenstunden heraufgesetzt wurde. Im November 2006 kündigte der Arbeitgeber an, an diese Arbeitnehmer zur Honorierung ihres zusätzlichen Arbeitseinsatzes eine Sonderzahlung zu leisten. Die Sonderzahlung sollte jedoch nicht an Arbeitnehmer in gekündigten Arbeitsverhältnissen geleistet werden, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zum 31.03. des Folgejahres sollte sie zurückgezahlt werden. Das Bundesarbeitsgericht hat deshalb festgestellt, dass der Arbeitgeber mit der Sonderzahlung nicht nur die zusätzlich geleistete Arbeit, sondern auch die Betriebsstreue honorieren wollte. Diese Treue konnten auch die Arbeitnehmer mit der 38,5-Stunden-Woche dem Arbeitgeber erweisen. Die Gruppenbildung war demnach für die – verschiedenen – mit der Sonderzahlung verfolgten Zwecke ungeeignet und damit unwirksam.

Ein gutes Beispiel für eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung lässt sich hingegen dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 14.03.2007 (5 AZR 420/06) entnehmen. Hier bestanden nach einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB unterschiedliche Vergütungshöhen bei den übergegangenen Arbeitnehmern einerseits und der Stammebelegschaft andererseits. Der Arbeitgeber hatte die Vergütungsbedingungen der Stammebelegschaft als schlechter eingestuft als die der übergegangenen Arbeitnehmer und aus diesem Grunde nur der Stammebelegschaft Entgelterhöhungen gewährt. Diese Gruppenbildung hat das Bundesarbeitsgericht als gerechtfertigt angesehen. Denn es handelte sich zwar bei der Entgelt-erhöhung um einen Inflationsausgleich. Dieser durfte jedoch im Sinne eines Ausgleichs – der keine Überkompensation darstellte – nur den schlechter vergüteten Arbeitnehmern gewährt werden, um eine Angleichung der Arbeitsbedingungen zu erreichen.

Newsletter Nr. 1 / 2010



4. Ende der gegenläufigen betrieblichen Übung

BAG, Beschluss vom 18.03.2009, 10 AZR 281/08

Leitsätze:

1. Hat ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer jahrelang vorbehaltlos Weihnachtsgeld gezahlt, wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf ein Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung nicht dadurch aufgehoben, dass der Arbeitgeber später bei der Leistung des Weihnachtsgeldes erklärt, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch, und der Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widerspricht.
2. Erklärt ein Arbeitgeber unmissverständlich, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Weihnachtsgeldzahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht, kann nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 nach § 308 Nr. 5 BGB eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme der Zahlung durch den Arbeitnehmer nicht mehr den Verlust des Anspruchs auf das Weihnachtsgeld bewirken (Aufgabe der Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung [...]).

Sachverhalt:

Der Kläger ist seit 1971 als Spezialbaufacharbeiter bei der Beklagten beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht abgeschlossen. Die Beklagte ist nicht tarifgebunden. Seit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Jahr 2005 zahlte sie an den Kläger wie auch an die anderen Arbeitnehmer am Jahresende ein Weihnachtsgeld. Für die Jahre 2002 bis 2005 zahlte die

Beklagte das Weihnachtsgeld in unveränderter Höhe, allerdings in drei Raten im November, Dezember und im Januar des Folgejahres. Mit Ausnahme der Lohnabrechnungen für November 2002 und November 2003 hat die Beklagte die Lohnabrechnungen für die Monate, in denen die Raten gezahlt wurden, mit folgendem handschriftlichen Vermerk versehen: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“ Im Jahr 2006 hat die Beklagte kein Weihnachtsgeld gezahlt. Der Kläger ist der Ansicht, hierauf einen Anspruch aus betrieblicher Übung zu haben. Er behauptet, mit anwaltlichem Schreiben im Februar 2002 dem Freiwilligkeitsvorbehalt in der Lohnabrechnung widersprochen zu haben. Die Beklagte bestreitet den Erhalt dieses Schreibens.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht Köln hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil zurückgewiesen.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht hat die Entscheidungen der ersten beiden Instanzen bestätigt. Der Kläger hat einen Anspruch auf jährliche Zahlung des Weihnachtsgeldes, den die Beklagte durch die Erklärung in der Lohnabrechnung nicht beseitigen konnte.

Zunächst hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass dem Kläger aus betrieblicher Übung das Weihnachtsgeld für das Jahr 2006 zusteht. Für jährlich an die gesamte Belegschaft gezahlte Gratifikationen wie z. B. ein Weihnachtsgeld gilt in ständiger Rechtsprechung, dass eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Hinweis:

Möchte der Arbeitgeber vermeiden, dass die Arbeitnehmer auf derartige Zahlungen einen Anspruch erwerben, muss er demnach spätestens die dritte Zahlung mit einem wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt versehen. Auch ein Widerrufsvorbehalt ist theoretisch möglich, jedoch dem Arbeitgeber nicht zu empfehlen, da dieser darauf beruht, dass ein Anspruch des Arbeitnehmers zunächst entsteht und nur nachträglich wieder beseitigt werden kann. Dementsprechend werden an einen Widerrufsvorbehalt erhöhte Anforderungen gestellt. Der Arbeitgeber muss genau angeben, aus welchen sachlichen Gründen er die Zahlung widerrufen kann. Kombinierte Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wegen der Unklarheit, ob der Arbeitgeber nun von einer freiwilligen Leistung oder vom Bestehen eines nur widerruflichen Anspruchs ausgeht, in der Regel unwirksam.

Das Bundesarbeitsgericht hebt ausdrücklich hervor, dass ein solcher Anspruch aus betrieblicher Übung ebenso individualvertraglicher Natur ist wie die unmittelbar im Arbeitsvertrag geregelten Ansprüche des Arbeitnehmers. Hintergrund ist die Vertragstheorie, wonach die sogenannte betriebliche Übung nichts anderes bedeutet als ein an alle Arbeitnehmer gerichtetes Angebot des Arbeitgebers, welches diese – jeder für sich – stillschweigend annehmen.

Im Gegenzug hatte das Bundesarbeitsgericht bisher vertreten, dass es auch eine „gegenläufige“ betriebliche Übung geben müsse. Der Arbeitgeber sollte den Arbeitnehmern auch durch dreimalige Wiederholung das Angebot unterbreiten können, zukünftig auf aus betrieblicher Übung entstandene Ansprüche wieder zu verzichten. Der dem „verschlechternden Angebot“ nicht widersprechende Arbeitnehmer sollte dann einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand betreffend die Vertragsänderung beim Arbeitgeber schaffen. Die Anforderungen an diese schlichte Spiegelung der betrieblichen Übung hat das Bundesarbeitsgericht allerdings bereits im Jahr 1999 verschärft (Urteil vom 4. Mai 1999 – 10 AZR 290/98). Danach konnte der

Arbeitgeber die betriebliche Übung nicht dadurch rückgängig machen, dass er die Leistungen, auf die ein Anspruch entstanden war, dreimal unter einem Freiwilligkeitsvorbehalt erbrachte. Vielmehr musste der Arbeitgeber ausdrücklich erklären, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Zahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden sollte, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr bestand.

Hinweis:

Eine dem juristischen Laien womöglich unbemerkt bleibende „gegenläufige betriebliche Übung“ war bereits nach dieser Rechtsprechung daher ausgeschlossen.

In der vorliegenden Entscheidung setzt das Bundesarbeitsgericht die Vertragstheorie nun für die gegenläufige betriebliche Übung konsequent fort und stellt für die Beseitigung von Ansprüchen aus betrieblicher Übung dieselben Voraussetzungen auf, wie sie ohne Zweifel für die Beseitigung solcher Ansprüche bestehen, die im Arbeitsvertrag ausdrücklich geregelt sind. Für beide Konstellationen gilt demnach, da es sich wegen der Verwendung für eine Vielzahl von Verträgen um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§§ 305 ff. BGB) handelt, § 308 Nr. 5 BGB. Nach § 308 Nr. 5 BGB ist unwirksam eine Bestimmung des Arbeitgebers, wonach eine Erklärung des Arbeitnehmers bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass a) dem Arbeitnehmer eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt würde und – zusätzlich – b) der Arbeitgeber sich dazu verpflichtet hätte, bei Beginn der Frist den Arbeitnehmer auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Diesen Anforderungen genügt der Freiwilligkeitsvorbehalt in der Lohnabrechnung in keiner Weise. Zweifelhaft ist bereits, ob es sich bei dem Vermerk in der Lohnabrechnung um ein „Angebot“ handelt, was jedoch dahinstehen kann, weil mit wenigen gesetzlich geregelten Ausnahmen, die vorliegend keine Anwendung finden, das Schweigen im Rechtsverkehr keine Erklärungswirkung entfaltet.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Hinweis:

Es gibt Fälle, in denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer z. B. eine Tätigkeit zuweist, zu deren Übernahme der Arbeitnehmer vertraglich nicht verpflichtet wäre, und in denen die Rechtsprechung eine stillschweigende Vertragsänderung annimmt, wenn der Arbeitnehmer die Tätigkeit widerspruchslos unter den geänderten Bedingungen fortsetzt. Diese Rechtsprechung gilt nur dann, wenn die Folgen der Vertragsänderung unmittelbar hervortreten. Sie gilt nicht, wenn – wie vorliegend – z. B. das Weihnachtsgeld lediglich unter Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt wird, solange es nach wie vor gezahlt wird. Denn in einem solchen Fall muss der Arbeitnehmer nicht erkennen, dass der Arbeitgeber seine widerspruchslose Weiterarbeit als Einverständnis mit einer Vertragsänderung versteht.

Auf die Frage, ob es sich bei dem Freiwilligkeitsvorbehalt in der Lohnabrechnung um ein Angebot handelt, kommt es jedoch auch nicht an. Deshalb ist auch unerheblich, ob der Kläger den Vermerk für ein verschlechterndes Angebot gehalten und hiergegen mit dem Anwaltsschreiben protestiert hat oder nicht. Entscheidend ist, dass zwischen den Parteien nicht gemäß § 308 Nr. 5 BGB vertraglich vereinbart worden war, dass ein Schweigen des Klägers als Angebotsannahme gelten kann. Diese Vereinbarung muss nach der Gesetzesauslegung des Bundesarbeitsgerichts zunächst vertraglich erfolgen. Möchte der Arbeitgeber dann von dieser vertraglichen Vereinbarung Gebrauch machen, muss er den Arbeitnehmer, wenn die Vereinbarung in einer bestimmten Situation wie z. B. der Begründung einer gegenläufigen betrieblichen Übung zum Tragen kommen soll, bei Beginn der Erklärungsfrist nochmals auf die Bedeutung seines Schweigens hinweisen. All diese Voraussetzungen konnte der Vermerk in der Lohnabrechnung nicht erfüllen.

Zu guter Letzt berücksichtigt das Bundesarbeitsgericht, dass der Vertrag des Klägers lange vor Inkrafttreten der angewandten Vorschrift aus dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geschlossen wurde, so dass eine § 308 Nr. 5 BGB genügende Vereinbarung über die Bedeutung des Schweigens nicht aufgenommen worden sein konnte. Die neue Rechtsprechung stellt demnach Voraussetzungen auf, denen vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Arbeitsverträge nicht genügen können. Für die hiervon betroffenen Arbeitsverhältnisse macht das Bundesarbeitsgericht – im Gegensatz zu anderen Urteilen – keine Ausführungen über bestehenden oder nicht bestehenden Vertrauensschutz zu Gunsten des Arbeitgebers, sondern verweist auf seine bisherige Rechtsprechung vom 4. Mai 1999. Danach musste der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern unmissverständlich erklären, dass er einen Anspruch der Arbeitnehmer auf vorbehaltlose Zahlung aus betrieblicher Übung anerkennt und dieser durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht. An einem solchen Anerkenntnis fehlt es im vorliegenden Fall, da die Beklagte erklärt hat, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Bedeutung für die Praxis:

Die betriebliche Übung ist in der Praxis sehr weit verbreitet. Die vorliegende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts dürfte für die Möglichkeit des Arbeitgebers, die daraus resultierenden Ansprüche durch eine „gegenläufige“ betriebliche Übung wieder zu beseitigen, das endgültige Aus bedeuten. Bereits nach der Rechtsprechung vom 4. Mai 1999 war die Begründung einer gegenläufigen betrieblichen Übung für den Arbeitgeber erheblich erschwert, musste er doch den Arbeitnehmern ausdrücklich mitteilen, dass er ihnen bestehende Ansprüche wieder entziehen wollte; dies zu verhindern reichte ein einfacher Widerspruch des Arbeitnehmers. Für nach dem 1. Januar 2002 begründete Arbeitsverhältnisse stellt das Bundesarbeitsgericht nun Anforderungen an die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, die bisher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht erfüllt werden. Ob Arbeitgeber in ihre Formulararbeitsverträge zukünftig den Inhalt des § 308 Nr. 5 BGB wiedergebende Klauseln aufnehmen, wird sich zeigen. Dem Arbeitnehmer wird sich die Zielrichtung einer solchen Klausel sicherlich nicht ohne weiteres erschließen. Jedenfalls steht aber fest, dass die Hürden zur Beseitigung einer betrieblichen Übung damit so hoch sind, dass sie schwer zu erfüllen sind bzw. dass der Arbeitnehmer geradezu darauf gestoßen wird, dass er durch einen schlichten Widerspruch seine aus betrieblicher Übung erworbenen Ansprüche erhalten kann.

Newsletter Nr. 1 / 2010



5. Entfernung einer Abmahnung wegen Weigerung, an einem Personalgespräch teilzunehmen

BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 606/08

Orientierungssätze:

1. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Entfernung seiner Abmahnung aus der Personalakte, wenn er abgemahnt wurde, weil er kein Personalgespräch hatte führen wollen, in dem es ausschließlich um Verhandlungen mit dem Ziel einer Vertragsänderung gehen sollte.
2. Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, zu jedwedem Gespräch mit dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stehen, besteht nach § 106 S. 1, 2 GewO gerade nicht.

Sachverhalt:

Im vorliegenden Fall stritten die Parteien über die Wirksamkeit einer Abmahnung. Die Beklagte (eine Einrichtung der Altenpflege) strebte wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten eine Verminderung des 13. Monatsgehalts ihrer Mitarbeiter an. Zu diesem Zweck fand am 1. November 2006 ein gemeinsames Gespräch mit einer Gruppe von Arbeitnehmerinnen statt, zu der auch die Klägerin (Altenpflegerin) gehörte. Die Arbeitnehmerinnen waren mit der Vertragsänderung nicht einverstanden.

Daraufhin lud die Beklagte die Klägerin - ebenso wie andere Mitarbeiterinnen - zu einem Einzelgespräch für den 13. November 2006. Ziel des Gesprächs war es wiederum, die Klägerin zum Einverständnis mit der Verminderung des 13. Gehalts zu bewegen. Die Klägerin erschien, wie erbeten, im Büro des Personalleiters, erklärte jedoch, nur zu einem gemeinsamen Gespräch unter Einbeziehung der übrigen Mitarbeiterinnen bereit zu sein. Ein solches gemeinsames Gespräch lehnte die Beklagte ihrerseits ab und erteilte der Klägerin eine Abmahnung. Die Klägerin habe ihre Arbeitsleistung (in Form eines Personalgesprächs) verweigert.

Die Klägerin begehrte die Herausnahme der Abmahnung aus der Personalakte. Das Landesarbeitsgericht gab der vom Arbeitsgericht abgewiesenen Klage statt.

Inhalt und Einordnung der Entscheidung:

Die von der Klägerin erhobene Klage auf Herausnahme der Abmahnung aus der Personalakte hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte verlangen (zuletzt 27. November 2008 – 2 AZR 675/07). Bei der Abmahnung, die nunmehr in § 314 Abs. 2 BGB gesetzlich verankert wurde, handelt es sich um die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts durch den Arbeitgeber. Als Gläubiger der Arbeitsleistung weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rügefunktion). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, wenn ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion) (vgl. BAG 30. Mai 1996 – 6 AZR 537/95). Eine solche missbilligende Äußerung des Arbeitgebers in Form einer Abmahnung ist geeignet, den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen und seinem Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen. Deshalb kann der Arbeitnehmer die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen, wenn die Abmahnung formell nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist (vgl. BAG 16. November 1989 – 6 AZR 64/88), unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält (vgl. BAG 27. November 1985 – 5 AZR 101/84), auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht (vgl. BAG 22. Februar 2001 – 6 AZR 398/99), den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt (vgl. BAG 31. August 1994 – 7 AZR 893/93) oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht (vgl. BAG 30. Mai 1996 – 6 AZR 537/95).

Newsletter Nr. 1 / 2010



Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das BAG festgestellt, dass die Klägerin einen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung habe. So habe die Klägerin keine Vertragspflichtverletzung begangen, indem sie der Aufforderung der Beklagten zur Teilnahme an dem Personalgespräch nicht Folge geleistet hat. Die Klägerin sei hierzu nicht verpflichtet gewesen. So betreffe die Weisung der Beklagten keinen der von § 106 S. 1, 2 GewO abgedeckten Bereiche. Der Arbeitgeber könne nach § 106 Satz 1, 2, § 6 GewO gegenüber allen Arbeitnehmern Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt seien. Zum einen beträfe das Weisungsrecht danach die Konkretisierung der Hauptleistungspflicht. Darin erschöpfe sich das Weisungsrecht jedoch nicht. Vielmehr träten eine nicht abschließend aufzählbare, je nach den Umständen näher zu bestimmende Vielzahl von Pflichten hinzu, deren Erfüllung unumgänglich sei, um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen (sog. leistungssichernde Verhaltenspflichten). Auch hierauf könne sich das Weisungsrecht beziehen. Dagegen erstrecke sich das Weisungsrecht nicht auf die Bestandteile des Austauschverhältnisses, also die Höhe des Entgelts und den Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung.

Wie das BAG weiter ausführt, sei die Weisung der Beklagten ausschließlich auf eine Verhandlung zur Vertragsänderung gerichtet gewesen. Die Weisung habe keinen Bezug auf die von § 106 Satz 1, 2 GewO abgedeckten Bereiche. Insbesondere bestehe kein Bezug zur Arbeitspflicht der Klägerin. Sie betreffe auch keine leistungssichernden Nebenpflichten. Das Thema des Gesprächs habe keinen inhaltlichen Bezug zu den Arbeitspflichten der Klägerin. Es betraf die Vergütung, nicht die Arbeitsleistung. Ebenso wenig sei die kollektive oder disziplinarische Seite der Arbeitspflicht betroffen. Es ging nicht um Vereinbarungen von Zusammenarbeit mit

anderen Arbeitnehmern in zeitlicher, räumlicher oder anderer Hinsicht. Auch Fragen der betrieblichen Ordnung hätten nicht zur Debatte gestanden. Schließlich mache auch nicht die Deklaration als Arbeitszeit die Aufforderung zur Gesprächsteilnahme zu einer auf die Arbeitsleistung bezogenen Anordnung. Daraus folge, so das BAG, dass nach § 106 GewO gerade keine Verpflichtung des Arbeitnehmers besteht, zu jedwedem Gespräch zur Verfügung zu stehen.

Abschließend hat das BAG festgestellt, dass der Arbeitgeber zudem auch die Grundsätze billigen Ermessens zu berücksichtigen habe. In diesem Zusammenhang sei das Recht des Arbeitnehmers, Verträge nicht abzuschließen und damit auch Vertragsänderungen abzulehnen, mit zu berücksichtigen.

Bedeutung für die Praxis:

Der Entscheidung des BAG ist zuzustimmen. Das BAG hat klargestellt, dass keine Verpflichtung der Arbeitnehmer besteht, für jede Art von Gesprächen zur Verfügung zu stehen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber grundsätzlich die Teilnahme an Personalgesprächen verlangen kann, soweit die Gespräche dem Weisungsrecht nach § 106 GewO unterliegen. In diesen Fällen gehört die Teilnahme am Personalgespräch zum „Pflichtenkreis“ des Arbeitnehmers.

Gerade den Fällen von Gesprächen zu Vertragsänderungen, in denen Arbeitnehmer vielfach auch unter sanften „Druck“ gesetzt werden, hat das BAG eine klare Absage erteilt. Die Arbeitnehmer können in solchen Fällen die Teilnahme an den Gesprächen verweigern, ohne Sanktionen durch den Arbeitgeber befürchten zu müssen. Ansonsten ist zu berücksichtigen, dass die Arbeitnehmer bei Personalgesprächen nach Möglichkeit den Betriebsrat oder einzelne Betriebsratsmitglieder des Vertrauens hinzuziehen sollten, wenn bei einem Personalgespräch Ungemach droht.

Newsletter Nr. 1 / 2010



6. Abschaffung der Weihnachtsgratifikation durch ablösende Betriebsvereinbarung

BAG, Urteil vom 05.08.2009, 10 AZR 483/08

Orientierungssatz (Verf.):

Ein durch betriebliche Übung begründeter Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers ist ohne entsprechende ausdrückliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien nicht grundsätzlich „betriebsvereinbarungsoffen“. Er kann daher wie andere vertragliche Vereinbarungen auch nur durch Änderungsvereinbarung oder ggf. Änderungskündigung beseitigt werden.

Sachverhalt und Inhalt der Entscheidung:

Die Tendenz, Sozialleistungen, insbesondere freiwillige Weihnachtsgelder, zu streichen, ist nach wie vor ungebrochen. Mancher Arbeitgeber erklärt einseitig, dass er in diesem Jahr auf Grund der wirtschaftlichen Lage sich nicht in der Lage sähe, Weihnachtsgelder zu zahlen.

Das Bundesarbeitsgericht hatte hierzu den Fall zu entscheiden, dass Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbart hatten, dass die Zahlung des Weihnachtsgelds durch Abschluss einer ablösenden Betriebsvereinbarung zunächst für ein Jahr entfallen sollte. Der Unternehmer hatte über Jahre ohne jeden Vorbehalt ein Weihnachtsgeld gezahlt. Eine Tarifbindung bestand nicht. In einer Betriebsvereinbarung wurde sodann für das Jahr 2006 vereinbart, dass wegen der schlechten Lage des Unternehmens in diesem Jahr die Jahressonderzahlung (Weihnachtsgeld) nicht gezahlt werde.

Ein Arbeitnehmer hat erfolgreich vor dem Bundesarbeitsgericht diese Praxis bekämpft. Das Bundesarbeitsgericht hat die betrieblichen Übung, die Grundlage für das in den Jahren zuvor gezahlte Weihnachtsgeld gewesen ist, als nicht durch eine Betriebsvereinbarung ablösbar beurteilt. Eine betriebliche Übung gehöre zu den vertraglichen Bestandteilen des Anstellungsverhältnisses und diese könnten nicht durch eine Betriebsvereinbarung aufgehoben werden. Der nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandene Rechtsanspruch sei kein vertraglicher Anspruch minderer Rechtsbeständigkeit. Der Arbeitgeber kann ihn daher im Vergleich zu einem durch ausdrückliche arbeitsvertragliche Abrede begründeten Anspruch des Arbeitnehmers nicht unter erleichterten Voraussetzungen zu Fall bringen. Deshalb ist ein durch betriebliche Übung begründeter Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers ebenso wie ein im Arbeitsvertrag vereinbarter Entgeltanspruch des Arbeitnehmers ohne entsprechende Abrede der Arbeitsvertragsparteien auch nicht grundsätzlich "betriebsvereinbarungsoffen". Damit hat das Bundesarbeitsgericht eindeutig die Ansprüche aus betrieblicher Übung dem Individualbereich des Arbeitsverhältnisses zugeordnet und somit können Änderungen nur nach den arbeitsvertraglichen Grundsätzen durchgeführt werden. Dies könnte ein individueller freiwilliger Verzicht eines jeden Mitarbeiters sein oder eine – in der Regel allerdings ungerechtfertigte – Massenänderungskündigung des Arbeitgebers bezüglich des Anspruchs Weihnachtsgeld.

Newsletter Nr. 1 / 2010



Soweit der Arbeitgeber bei der Zahlung der Sonderzahlung darauf hinweist, dass die Zahlung ausschließlich freiwillig und ohne Rechtsgrund für die Zukunft erfolge, so muss er das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerte Transparenzgebot beachten. Es wird vom Arbeitgeber verlangt, dass er den sogenannten Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen so klar und deutlich formuliert, dass der Arbeitnehmer "den Vertragsinhalt sachgerecht beurteilen und erkennen kann, dass er keinen Rechtsanspruch auf zukünftige Leistungen hat".

In der hier besprochenen Entscheidung hatte der Arbeitgeber ohne irgendeinen Zusatz oder irgendeine Kommentierung die Zahlungen in den Vorjahren geleistet. Das Bundesarbeitsgericht hat deshalb nicht darüber entscheiden müssen, welche Formulierung ausreichend klar im Sinne des Transparenzgebotes ist. In der Regel wird davon ausgegangen, dass folgende Formulierung ausreichend transparent ist:

„Die Zahlung der Sondervergütung erfolgt freiwillig und ohne Rechtsanspruch, auch für die Zukunft, auch wenn sie mehrmals hintereinander geleistet wurde“.

Bedeutung für die Praxis:

Der für den Unternehmer bequeme Weg, Ansprüche aus betrieblicher Übung durch eine Betriebsvereinbarung zu beseitigen oder zu verändern, ist grundsätzlich verbaut, was nicht nur für das Weihnachtsgeld gilt.

Der Freiwilligkeitsvorbehalt für nicht vertraglich geschuldete Leistungen ist grundsätzlich wirksam, wenn er klar und deutlich formuliert ist.



C. Aktuelle Veröffentlichungen:

Dr. Michael Bachner: „Beerdigung 1. Klasse: Das BAG macht Schluss mit der gegenläufigen betrieblichen Übung“, in: *Arbeitsrecht Aktuell* 2009, Heft 9

Dr. Michael Bachner: „Gleiche unter Gleichen – zur Verschwiegenheitspflicht von Ausschussmitgliedern im Aufsichtsrat“, in *Arbeitsrecht im Betrieb* 2009, Heft 12, S. 680

Diese Artikel können kostenlos per Email beim Verfasser unter folgender Emailadresse bezogen werden: bachner@schneider-schwegler.de

Dr. Frank Lorenz: „Kommentierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)“ in: Prof. Dr. Wolfgang Däubler/Jens Peter Hjort/Michael Schubert/Martin Wolmerath (Hrsg.), *Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar* 2. Auflage 2010, Rund 3300 S., Nomos Verlag Baden-Baden

Dr. Frank Lorenz: „Kommentierung der §§ 74, 75, 77 - 79 BetrVG“ in: Franz-Josef Düwell (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar*, 3. Auflage 2010, 1726 S., Nomos-Verlag Baden-Baden

Dr. Frank Lorenz: „Vergütung fair gestalten und Leistungsdruck begrenzen: Rechtliche Möglichkeiten nutzen!“ in: Gabriele Sterkel/ Jörg Wiedemuth/ Petra Ganser (Hrsg.), „Leistungsentgelt und Leistungsdruck? Voraussetzungen und Ansatzpunkte für eine humane und solidarische Leistungs politik“, 2010, VSA-Verlag Hamburg

Dr. Sascha Lerch: „Sozialplan durch Spruch der Einigungsstelle muss Bestimmtheitsgebot genügen“, Besprechung BAG-Beschluss vom 26.05.2009, 1 ABR 12/08, *Arbeitsrecht Aktuell*, Heft 5, S. 118

Dr. Sascha Lerch: „Zuständigkeit der Einigungsstelle bei Arbeitnehmerbeschwerde wegen Mobblings“, Besprechung Beschluss LAG Hamm vom 05.10.2009, 10 TaBV 63/09, *Arbeitsrecht Aktuell* 2009, Heft 9, S. 219

Dr. Sascha Lerch und Lars Weinbrenner: Anmerkung zum BAG-Urteil vom 02.04.2009, 6 AZR 263/08, „Zustimmungserfordernis des Betriebsrats zur Kündigung“, *Arbeitsrecht im Betrieb* 2010, Heft 1

Newsletter Nr. 1 / 2010



V.i.S.d.P.:

RA Lorenz Schwegler
Königsallee 60 G
40212 Düsseldorf
schwegler@schneider-schwegler.de

Kontakt:

Düsseldorf

Königsallee 60 G
D-40212 Düsseldorf
Tel.: 0211/13860-0
Fax: 0211/13860-99
office@schneider-schwegler.de

Berlin

Unter den Linden 12
D-10117 Berlin
Tel.: 030/440137-0
Fax: 030/440137-12
berlin@schneider-schwegler.de

Frankfurt

Schillerstraße 28
D-60313 Frankfurt
Tel.: 069/216599-0
Fax: 069/216599-18
frankfurt@schneider-schwegler.de

Köln

Riehler Straße 36
D-50668 Köln
Tel.: 0221/35557-0
Fax: 0221/35557-99
koeln@schneider-schwegler.de

Wissenschaftliche Berater:

Lorenz Schwegler
Dr. Frank Lorenz
Dr. Uwe Silberberger
Felix Laumen
Michael Schoden

Alexandra Ochs
Dr. Wolfgang Kroll
Anne Quante
Yvonne Goebel
Michael Schmidt-Busse

Gunter Rose
Michael Merzhäuser
Ralf Trümner
Sebastian Kolb
Dr. Sascha Lerch

Enrico Meier
Karsten Sparchholz
Lars Weinbrenner

Dr. Michael Bachner
Peter Gerhardt

Dieter Lenz
Jörg Towara
Dr. Manfred Bobke-von Camen

Prof. Dr. Wolfgang Däubler
Prof. Dr. Bernhard Nagel

Hinweis

Dieser Newsletter ist nach bestem Wissen zusammengestellt, die Verfasser setzen bei Auswahl und Kommentierung der Entscheidungen eigene Schwerpunkte, der Newsletter hat auch bei der Kommentierung der Entscheidungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit bei der Wiedergabe der Entscheidung oder der rechtlich relevanten Sachverhalte, die Lektüre des Newsletter ersetzt nicht das eigene Lesen der Entscheidung und vor allem nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall! Praxistipps und Hinweise beziehen sich auf Standardsituationen, die nicht ohne weiteres auf den Einzelfall übertragen werden können! Leitsätze und rechtliche Wertungen sind den Pressemitteilungen des jeweiligen LAG oder BAG oder der Entscheidung direkt entnommen und also solches gekennzeichnet (www.bag.de). Vielen Dank für die Beachtung dieser Hinweise.