

Newsflash Arbeitsrecht VI 2009

Aktuelle Rechtsprechung

Rettungsanker Hypothetische Sozialauswahl?

Noch vor wenigen Jahren rächten sich Fehler in der Sozialauswahl bitter: Nach der sog. „Domino-Theorie“ konnte ein einziger im Rahmen einer Massenkündigung unterlaufener Fehler bei der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) zur Unwirksamkeit zahlreicher Kündigungen führen. Nach dieser Rechtsprechung war dem Arbeitgeber die Beweisführung versperrt, dass die gegen ihre betriebsbedingten Kündigungen klagenden Arbeitnehmer bei ordnungsgemäß durchgeführter Sozialauswahl trotzdem zu kündigen gewesen wären. Diese wegen ihres Domino-Effekts heftig kritisierte Rechtsprechung wurde vom Bundesarbeitsgericht schließlich mit der Entscheidung vom 9. November 2006 (2 AZR 812/05; NZA 2007, 549) in einem Fall, in dem für die Sozialauswahl ein Punkteschema (Auswahlrichtlinie gemäß § 95 BetrVG) verwendet wurde, ausdrücklich aufgegeben. Offen blieb bislang die Frage, ob sich der Arbeitgeber dieser Argumentation auch in Fällen, in denen die Sozialauswahl ohne Verwendung eines Punkteschemas erfolgte, bedienen kann.

Das Landesarbeitsgericht Hamm hat es dem Arbeitgeber in zwei Entscheidungen (Urteil vom 21. Oktober 2008, 9 Sa 966/08; Urteil vom 21. Januar 2009, 2 Sa 1351/08) ermöglicht, sich auch in diesen Fällen auf das für die konkrete Kündigung unveränderte Ergebnis einer hypothetischen Sozialwahl zu berufen. Dabei ist es nach der Ansicht der Richter zulässig, dass der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nachträglich ein ausgewogenes Punkteschema auf die Sozialauswahl anwendet und damit die mangelnde Relevanz des Auswahlfehlers für die betriebsbedingte Kündigung nachweist. Über diese Methode aufgezeigte, nur geringe Punkteabweichungen zugunsten des Arbeitnehmers gegenüber einem vergleichbaren und geringfügig sozial weniger schutzwürdigeren Kollegen müssen dabei noch nicht unbedingt zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, da die Sozialauswahl, die ohne Verwendung eines Punkteschemas erfolgt ist, gerade nicht „perfekt“, sondern nur „ausreichend“ (§ 1 Abs. 3 KSchG) sein muss. Dem Arbeitgeber verbleibt daher ein bestimmter Ermessensspielraum. Das Landesarbeitsgericht spricht in den beiden Urteilen aber zugleich auch die Grenzen dieses Spielraums an und sieht bei einem Punkteabstand von ca. 10 % zwischen dem gekündigten Arbeitnehmer und dem vergleichbaren, sozial weniger schutzwürdigen Kollegen keine ausreichende Sozialauswahl mehr.

Fazit

Für Kündigungsschutzprozesse hat das Landesarbeitsgericht Hamm mit der nachträglichen Einführung eines Punkteschemas dem Arbeitgeber ein zusätzliches Argument an die Hand gegeben und die oftmals schwierige Rechtfertigung einer ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung etwas erleichtert. Ob die Entscheidung auch von anderen Landesarbeitsgerichten und insbesondere vom Bundesarbeitsgericht geteilt wird, bleibt allerdings offen.

Weitere Verschärfung der Anforderungen zur Verhinderung bzw. Beendigung einer betrieblichen Übung – Keine Beendigung durch ablösende Betriebsvereinbarung

Das BAG hat in jüngster Zeit mehrere Urteile gefällt, die für die Frage, wie man die Entstehung von Ansprüchen aus einer betrieblichen Übung verhindern bzw. eine einmal entstandene betriebliche Übung beenden kann, von erheblicher praktischer Relevanz sind.



Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

der vorliegende arbeitsrechtliche Newsflash gibt Ihnen einen kurzen Überblick über die aktuellen Entwicklungen im Arbeitsrecht.

Wir wünschen Ihnen eine informative Lektüre, für weitergehende Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Arbeitsrechts-Team
von White & Case LLP

Ansprechpartner

Berlin

Klaus Sturm
Tel.: +49 30 880911 0
ksturm@whitecase.com

Düsseldorf

Karl-Dietmar Cohnen
Tel.: +49 211 49195 291
kdcohen@whitecase.com

Frankfurt

Frank-Karl Heuchemer
Tel.: +49 69 29994 0
fheuchemer@whitecase.com

Hamburg

Karl-Dietmar Cohnen
Tel.: +49 40 35005 396
kdcohen@whitecase.com

Dr. Holger Meyer

Tel.: +49 40 35005 396
hmeyer@whitecase.com

München

Björn Theis
Tel.: +49 89 206043 740
btweis@whitecase.com

Die Entscheidungen betreffen die Möglichkeit, das Entstehen einer betrieblichen Übung durch Verwendung einer doppelten Schriftformklausel zu verhindern (Urteil vom 20.5.2008 – 9 AZR 382/07) bzw. eine betriebliche Übung durch eine gegenläufige betriebliche Übung (Urteil vom 18.3.2009 – 10 AZR 281/08) zu beenden. Mit Urteil vom 5. August 2009 (10 AZR 483/08) hat sich das BAG nunmehr mit der Frage befasst, ob eine betriebliche Übung durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst werden kann. Allen genannten Urteilen ist gemein, dass das BAG die Möglichkeiten, eine betriebliche Übung zu verhindern, zu ändern oder zu beenden, noch weiter einschränkt als dies bisher ohnehin schon der Fall war.

Der Fall:

Der beklagte Arbeitgeber hatte über zehn Jahre hinweg den Arbeitnehmern jeweils im Monat November ein Weihnachtsgeld in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Bruttovergütung ausgezahlt. Eine im Jahr 2006 geschlossene Betriebsvereinbarung regelte sodann das Entfallen der Weihnachtsgatifikation für das Jahr 2006. Hiergegen richtete sich der Kläger mit Erfolg.

Die rechtliche Bewertung durch das BAG:

Der Anspruch des Klägers auf Zahlung des Weihnachtsgelds folgte aus betrieblicher Übung. Durch eine betriebliche Übung wird nach der vom BAG in ständiger Rechtsprechung vertretenen Vertragstheorie ein vertraglicher Anspruch der Arbeitnehmer auf die üblich gewordenen Leistungen begründet. Die abgeschlossene Betriebsvereinbarung vermochte diesen Anspruch auch nicht aufzuheben. Hintergrund hierfür ist zunächst das Günstigkeitsprinzip (vgl. § 4 III TVG): Ein günstigerer Individualanspruch genießt stets Vorrang gegenüber einer Betriebsvereinbarung. Das BAG präzisierte in seinem Urteil zudem, dass betriebliche Übungen nicht unter dem stillschweigenden Vorbehalt einer ablösenden (kollektiven) Betriebsvereinbarung stehen. Vielmehr seien auch für durch betriebliche Übung begründete Vertragsbedingungen die Regelungen der AGB-Kontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB anwendbar. Ergebe sich aus der betreffenden Übung nicht hinreichend klar und verständlich, dass der Arbeitgeber die Sonderzahlung „betriebsvereinbarungsoffen“ leisten wolle, so könne ein durchschnittlicher, verständiger Arbeitnehmer dies nicht erkennen und es liege ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vor.

Praktische Konsequenzen der neueren BAG-Rechtsprechung zur betrieblichen Übung:

Wie kann ein Anspruch aus betrieblicher Übung heute noch abgelöst werden? Aus den genannten Urteilen ergibt sich, dass eine einmal entstandene betriebliche Übung heute (fast) nur noch durch einvernehmliche Vereinbarungen mit den betreffenden Arbeitnehmern abgelöst werden kann.

- Da die betriebliche Übung dazu führt, dass der Arbeitnehmer einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf die gewährte Leistung oder Vergünstigung erworben hat, kann dieser Anspruch vom Arbeitgeber mittels einvernehmlicher Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer beseitigt oder geändert werden.
- Darüber hinaus ist der Ausspruch einer (Änderungs-)Kündigung denkbar, wobei die hohen Anforderungen für eine derartige einseitige Gestaltung nur in absoluten Ausnahmefällen erfüllt sind.
- Eine Ablösung durch Betriebsvereinbarung wird nach dem Urteil des BAG vom 5. August 2009 praktisch nicht in Betracht kommen. Denn der Arbeitgeber wird hier im Regelfall keine entsprechenden „klaren und verständlichen Vorbehalte“ gemacht haben.
- Eine bestehende betriebliche Übung kann – unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung – auch nicht mehr durch eine gegenläufige betriebliche Übung beendet werden (Aufgabe von BAG 26.3.97 – 10 AZR 612/96 durch BAG 18.3.2009 – 10 AZR 281/08). Das Schweigen des Arbeitnehmers muss nunmehr als Ablehnung verstanden werden. Dies folgt aus dem Klauselverbot gemäß § 308 Nr. 5 BGB.

Wie lässt sich bereits das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern?

Da sich – wie gezeigt – eine einmal in der Welt befindliche betriebliche Übung kaum noch aus der Welt schaffen lässt, sollte bereits ihr Entstehen verhindert werden. Hierzu gibt es bisher insbesondere folgende zwei Möglichkeiten:

- Nach früherer Rechtsprechung konnte das Entstehen einer betrieblichen Übung bereits durch Verwendung einer doppelten Schriftformklausel im Arbeitsvertrag verhindert werden (BAG, Urteil vom 24.06.2003 – 9 AZR 302/2002). Das BAG hat jedoch mit Urteil vom 20. Mai 2008 (9 AZR 382,2007) entschieden, dass eine „klassische“ doppelte Schriftformklausel, wie sie ganz überwiegend in Arbeitsverträgen heute

Hinweis

White & Case ist eine internationale Anwaltskanzlei, die aus White & Case LLP, eine im US-Staat New York registrierte Limited Liability Partnership, White & Case LLP, eine nach englischem Recht eingetragene Limited Liability Partnership, und weiteren angeschlossenen Unternehmen besteht. Die Partner unserer deutschen Büros gehören ebenfalls der nach dem Recht des Staates New York gegründeten Limited Liability Partnership an. Demzufolge ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.

Der Newsflash Arbeitsrecht ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten und anderer interessierter Personen. Der Newsflash Arbeitsrecht kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Gerne stehen wir Ihnen für weiterführende Informationen oder konkrete Anfragen zur Verfügung.

www.whitecase.de

verwendet wird, gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist. Denn eine solche Klausel erwecke entgegen dem Grundsatz in § 305 b BGB, wonach individuelle Vertragsabreden Vorrang vor allgemeinen Geschäftsbedingungen haben, den Eindruck, eine mündliche Abrede gelte nicht (siehe hierzu bereits Newsflash Arbeitsrecht IV 2008). Aus dem BAG-Urteil vom Mai 2008 lässt sich aber wohl entnehmen, dass eine entsprechend präzisierte doppelte Schriftformklausel weiterhin geeignet sein kann, eine betriebliche Übung zu verhindern. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass in der Klausel ausdrücklich klargestellt wird, dass Änderungen des Arbeitsvertrags durch individuelle Vertragsabreden formlos wirksam sind.

- Als weiteres Instrument zur Verhinderung einer betrieblichen Übung kommt in Betracht, die entsprechende Leistung – entweder bei jeder Gewährung oder allgemein im Arbeitsvertrag – mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt zu versehen. Hierbei sind jedoch die kürzlich verschärften Anforderungen des BAG zu Freiwilligkeitsvorbehalten zu beachten (siehe hierzu Newsflash Arbeitsrecht III 2009).

Fazit

Nach der weiter verschärften Rechtsprechung des BAG ist es oftmals praktisch unmöglich, von einer einmal entstandenen betrieblichen Übung wieder loszukommen. Der Arbeitgeber ist daher gut beraten, durch eine entsprechende Gestaltung im Vorfeld sicherzustellen, dass ungewollte betriebliche Übungen erst gar nicht entstehen.

Altersdiskriminierung durch Differenzierung bei Abfindungen in Sozialplänen?

Nachdem im Sommer 2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verabschiedet worden war, stellten sich auch weiterhin viele Fragen bei der Anwendung des AGG im Arbeitsrecht. Besondere Aufmerksamkeit kam dabei der gelebten unterschiedlichen Behandlung von jüngeren bzw. älteren Beschäftigten zu. Mit seiner Entscheidung vom 26. Mai 2009 hat das Bundesarbeitsgericht nun für eine praktisch äußerst bedeutsame Ungleichbehandlung von jüngeren und älteren Arbeitnehmern ein klares Ausrufezeichen gesetzt.

Demnach ist es für die Betriebsparteien auch weiterhin möglich, in Sozialplänen Arbeitnehmern mit zunehmendem Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit steigende Abfindungen zuzuerkennen. Außerdem stellte das Gericht klar, dass bei rentennahen Jahrgängen geringere Abfindungen zulässig sind. Diese häufig geübte Praxis bei der Verhandlung von Sozialplänen kann daher auch künftig beibehalten werden.

Dass es überhaupt einer solchen Entscheidung des höchsten deutschen Arbeitsgerichts bedurfte, erschließt sich erst auf den zweiten Blick. Schließlich enthält das AGG in § 10 Satz 3 Nr. 6 eine Regelung, die solche an das Alter oder die Betriebszugehörigkeit anknüpfende Abfindungsstaffeln ausdrücklich zulässt. Der deutsche Gesetzgeber hatte Abfindungsstaffeln in Sozialplänen also unmissverständlich zugelassen. Da das AGG aber in Umsetzung der europarechtlichen Richtlinie 2000/78/EG geschaffen wurde, hatte sich das Gericht vorliegend erstmals im Rahmen einer Sozialplanbewertung mit der Vereinbarkeit des § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG mit dem Gemeinschaftsrecht auseinanderzusetzen. Das Gericht stützt seine Entscheidung dabei auf die stringente Erwägung, dass typischerweise mit steigendem Alter die durch einen Sozialplan zu kompensierenden Nachteile erheblicher ausfallen, insbesondere mit steigendem Alter die Gefahr einer längeren Arbeitslosigkeit steige. Deshalb rechtfertige ein allgemeines sozialpolitisches Interesse die Vereinbarung von mit zunehmendem Alter oder zunehmender Betriebszugehörigkeit erhöhten Abfindungen. Zudem betont das Bundesarbeitsgericht, dass älteren Arbeitnehmern, die nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses oder am Ende einer sich an das Arbeitsverhältnis anschließenden Arbeitslosigkeit eine Altersrente in Anspruch nehmen können, auch deutlich geringere Abfindungen, bis hin zum völligen Ausschluss, gewährt werden können.

Offen bleibt allerdings die Frage, ob die in der Praxis nicht selten anzutreffende Gestaltung, bei der neben dem Alter zusätzlich noch die Betriebszugehörigkeit für die Höhe der Abfindung berücksichtigt werden, durch den doppelten Altersfaktor nicht „zuviel des Guten ist“ und deshalb durch die unverhältnismäßige Bewertung des Alters jüngere Arbeitnehmer in unzulässiger Weise diskriminiert werden. Letztlich hat das Bundesarbeitsgericht mit seiner Entscheidung auch offen gelassen, ob § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG auch Sozialplanregelungen deckt, bei denen die betroffenen Arbeitnehmer nicht unmittelbar bzw. direkt nach dem Bezug von Arbeitslosengeld in die Rente wechseln können.

Fazit

Erfreulicherweise wird durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aber das Risiko, in der Praxis bei der Gestaltung von Sozialplänen in die Diskriminierungsfalle zu tappen, deutlich überschaubarer.

Gesetzgebung

Das Arbeitsrecht in der neuen Legislaturperiode – Signifikante Reformen sind (vorerst) nicht zu erwarten!

Die an der neuen Bundesregierung der mittlerweile 17. Legislaturperiode beteiligten Parteien haben am 26.10.2009 den Koalitionsvertrag unterzeichnet. Die für das Arbeitsrecht angekündigten Gesetzesvorhaben sind allerdings gegenüber den im Vorfeld der Koalitionsverhandlungen insbesondere von der FDP angekündigten Gesetzesänderungen eher ernüchternd (Lockerung des allgemeinen Kündigungsschutzes, Reduzierung der Arbeitnehmerbeteiligung in mitbestimmten Unternehmen durch eine grundsätzliche Reduzierung der Arbeitnehmeraufsichtsratsmandate auf eine drittelparitätische Besetzung des Aufsichtsrats, Zulassung von betrieblichen Bündnissen, die ohne Zustimmung der Tarifvertragsparteien von einem Tarifvertrag abweichende Regelungen erlassen können etc.):

Neben dem Bekenntnis zur Tarifautonomie und einer damit verbundenen Absage an einen einheitlichen gesetzlichen Mindestlohn, der Absage an eine Verlängerung der staatlichen Förderung der Altersteilzeit über den 31.12.2009 hinaus, der gesetzlichen Festschreibung der schon längst etablierten Rechtsprechung zum Verbot sittenwidriger Löhne und der Ankündigung der Ausweitung der sozialversicherungsrechtlichen Privilegierung der sogenannten Mini-Job- (d. h. EUR 400) bzw. Midi-Job- (d. h., EUR 400 bis EUR 800) Arbeitsverhältnisse lassen sich die wesentlichen arbeitsrechtlichen Gesetzesvorhaben wie folgt zusammenfassen:

- **Erleichterung des Abschlusses von befristeten Arbeitsverhältnissen:** Die – maximal zwei Jahre zulässige – sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses soll nunmehr nach einer einjährigen Wartezeit auch dann möglich sein, wenn der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer bereits zuvor in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat. Die bisherige Regelung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ließ eine sachgrundlose Befristung bei einer Vorbeschäftigung generell nicht zu. Nach der beabsichtigten Neuregelung ist daher z. B. die bisher unzulässige sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses mit einem Hochschulabsolventen möglich, der bei dem Arbeitgeber während seines Studiums als Werkstudent in den Semesterferien gearbeitet hatte.
- **Fortentwicklung der Haftung und Vergütung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern in Aktiengesellschaften:** Die zuletzt durch das Vorstandsvergütungsgesetz modifizierten Haftungs- und Vergütungsregelungen (vgl. unseren Newsletter IV 2009) sollen zur weiteren Vermeidung von Fehlanreizen in der Unternehmensführung fortentwickelt werden. Die Ausführungen im Koalitionsvertrag beschränken sich hier allerdings auf Programmsätze ohne konkrete Regelungsankündigungen.
- **Erweiterung der Möglichkeit der Mitarbeiterkapitalbeteiligung:** Die steuerrechtliche Förderung der Mitarbeiterbeteiligung soll erweitert und auch der Erwerb von Unternehmensanteilen durch Entgeltumwandlung steuerlich begünstigt werden. Der Koalitionsvertrag bestimmt außerdem in einem Programmsatz, dass die Mitarbeiterkapitalbeteiligung unternehmerische Mitverantwortung einschließen soll.
- **Erweiterung des Arbeitnehmerdatenschutzes:** Der zuletzt im Sommer dieses Jahres geänderte gesetzliche Arbeitnehmerdatenschutz (vgl. unseren Newsletter IV 2009) soll vor dem Hintergrund der jüngeren Fälle der datenschutzrechtlich problematischen Mitarbeiterüberwachung in mehreren deutschen großen Unternehmen erweitert werden. Angekündigt wird konkret eine weitere Modifizierung des Umfangs der vom Arbeitgeber zulässigerweise erhebt- und verarbeitbaren Arbeitnehmerdaten.
- **Einführung eines Ehrenkodex für Betriebsräte:** Auch der angestrebte Ehrenkodex für Betriebsräte basiert auf jüngeren (Fehl-)Entwicklungen in der Betriebspraxis zur arbeitgeberseitigen Finanzierung der Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an „Lustreisen“ oder sonstigen Veranstaltungen, die in keinem Zusammenhang mit der Betriebsratsstätigkeit stehen. Um solche Missstände zukünftig zu verhindern, soll die Betriebsversammlung eine Offenlegung der den Betriebsratsmitgliedern für die Ausübung des – ehrenamtlichen – Betriebsratsamts gezahlten Aufwendungen verlangen können.

Fazit

Die im Koalitionsvertrag enthaltenen Gesetzesvorhaben sind zu begrüßen. Vor allem die Erweiterung der Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsverhältnisses wird die betriebliche Personaldisposition erleichtern. Andererseits verharren viele beschäftigungspolitisch gebotene Gesetzesvorhaben weiterhin in ihrer Umsetzung. Dies betrifft neben der Umsetzung des bereits im Einigungsvertrag zur deutschen Wiedervereinigung formulierten Auftrags an den Gesetzgeber zum Erlass eines einheitlichen Arbeitsvertragsgesetzes insbesondere die wirtschaftspolitisch gebotene Eingrenzung der zuletzt ausufernden Arbeitskampsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu „Flashmob“- und sonstigen Arbeitskampsmaßnahmen, deren Vereinbarkeit mit den bei der Durchführung von Arbeitskampsmaßnahmen zu beachtenden tradierten arbeitsrechtlichen Grundsätzen bezweifelt werden muss. Es bleibt zu hoffen, dass die gesetzgeberischen Aktivitäten der Bundesregierung in der 17. Legislaturperiode im Arbeitsrecht sich nicht auf die oben genannten Einzelaspekte beschränken werden.