



### **1. Bundestag 30.03.2017: Gesetz zur Förderung Entgelttransparenz beschlossen**

Wesentlicher Inhalt des Gesetzes ist, wie in unserer Update-Veranstaltung Jan. 2017 bereits angesprochen, die Schaffung einer **Offenlegungspflicht** hinsichtlich der **Vergütungen von vergleichbaren Arbeitnehmern**. Der **Individualanspruch auf Auskunft** zielt **nicht** auf **Mitteilung des konkreten Entgelts einzelner Mitarbeiter**, sondern auf den **Durchschnittsverdienst einer Vergleichsgruppe**. Die Verpflichtung trifft Unternehmen ab 200 Beschäftigten, ab 500 Beschäftigten gibt es ein gesondertes Berichts- und Prüfungsverfahren hierfür. Der individuelle Auskunftsanspruch kann erst 6 Monate nach in Kraft treten des Gesetzes geltend gemacht werden.

### **2. BAG 23.03.2017: Kündigungsfrist Probezeit klar regeln**

Gegenständlich war eine **Probezeitkündigung** mit einer Frist von **2 Wochen**. Der **Arbeitsvertrag** sah zwar die Vereinbarung einer Probezeit von 6 Monaten vor, enthielt allerdings **nur eine Regelung zur allgemeinen Kündigungsfrist von 6 Wochen zum Monatsende**. Eine **explizite kürzere Frist** von 2 Wochen für die **Probezeit** war **nicht vereinbart**. Konsequenter und richtig entschied das BAG, insofern sei die allgemeine vertragliche Kündigungsfrist anzuwenden. Es sei nämlich **nicht zwingend** während der **Probezeit eine deutlich kürzere Kündigungsfrist von 2 Wochen** nach § 622 Abs. 3 BGB zu vereinbaren. Mangels klarer Regelungslage sah das BAG jedenfalls eine AGB-rechtliche Unklarheit, welche zu Lasten des Unternehmens ging.

### **3. BAG 15.02.2017 Befristungsvereinbarung – Schriftform**

Nach der Regelung des TzBfG muss ein befristeter Arbeitsvertrag der Schriftform genügen. Der Vertrag ist **vor Arbeitsaufnahme schriftlich abzuschließen**, um eine wirksame Befristung zu erreichen. Mit der aktuellen Entscheidung lockert das BAG die Rechtsprechung etwas. Hat der **Arbeitgeber einen durch ihn bereits unterzeichneten schriftlichen Vertrag vorgelegt, aber klar aufgezeigt**, dass der **Abschluss** des Arbeitsvertrages insgesamt **von der Einhaltung der Schriftform abhängig** sein soll, so liegt in der **bloßen Entgegennahme der Arbeitsleistung** des Arbeitnehmers **keine Annahme** eines vermeintlichen (**mündlichen**) **Vertragsangebotes** des Arbeitnehmers (Folge wäre dann ein unbefristeter Arbeitsvertrag mangels Schriftform). Der Arbeitnehmer kann auch nach Arbeitsaufnahme das schriftliche Angebot des Arbeitgebers durch Unterzeichnung der Vertragsurkunde annehmen. Bis dahin bestehe kein Arbeitsvertrag sondern nur ein sog. faktisches Arbeitsverhältnis. **Anders liege der Fall**, wenn der **Arbeitgeber** zwar auf die **Maßgeblichkeit der Schriftlichkeit hingewiesen** hat, aber **kein schriftliches Vertragsangebot** vorlege und bereits vorher im **Widerspruch hierzu** einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und die **Arbeitsleistung entgegennimmt**. In diesem Fall kommt **mit Arbeitsaufnahme ein konkludenter, unbefristeter Arbeitsvertrag** zustande.

Die Fragestellung bleibt damit trotz der mit dieser Entscheidung erreichten Besserungen fehleranfällig.

### **4. BAG 27.04.2017: Sozialauswahl bei rentenberechtigten Arbeitnehmer**

Der Mitarbeiter wurde im Zuge **betriebsbedingter Maßnahmen gekündigt**. Er griff die Kündigung an wegen **fehlerhafter Sozialauswahl** mit dem Argument, er weise das **höchste Lebensalter** auf und sei damit **wesentlich schutzwürdiger** als andere Mitarbeiter. Es sah dies angesichts seines **67. Lebensjahres im Direktvergleich** mit einer **37 Jahre alten, verheirateten**



und einem **Kind unterhaltsverpflichteter** Arbeitnehmerin als gegeben an. Das BAG betont, die **Sozialauswahl diene dazu, dass demjenigen gekündigt wird, „der am wenigsten auf das Arbeitsverhältnis angewiesen sei“**. Die Kriterien **Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten, Lebensalter und Schwerbehinderung** seien **typisierende Merkmale**, die eine besondere **Schutzbedürftigkeit indizieren**. Das **Lebensalter** verstehe der Gesetzgeber hierbei als **abstrakten Maßstab für die Vermittlungschancen am Arbeitsmarkt**. Es gehe um die **zeitnahe Erzielbarkeit** eines **dauerhaften Ersatzeinkommens**. Diese gesetzliche Grundausrichtung gebietet es, einen Arbeitnehmer, so das BAG, der **bereits Regelaltersrente beziehen kann, hinsichtlich des Lebensalters als deutlich weniger schutzbedürftig** anzusehen. Auch die hieraus resultierende unmittelbare Ungleichbehandlung wegen Alters aufgrund der Rentenberechtigung nimmt das BAG hin. Die zum Vergleich heran gezogene Arbeitnehmerin habe mit **37 Jahren eine höhere Schutzbedürftigkeit beim Lebensalter**. Das BAG lässt insofern ausdrücklich offen, ob der 67 jährige bei gleicher Betriebszugehörigkeit, wie ein Parallelarbeitsnehmer, allein wegen der Bezugsberechtigung der Regelaltersrente weniger schutzbedürftig wäre. Aus unserer Sicht ist dies zu verneinen, weil das Kriterium der Betriebszugehörigkeit an andere Aspekte wie die konkrete Erfahrung im Beruf anknüpft. Zur weiteren Klärung der Einzelheiten des Sachverhaltes verwies das BAG zurück an das LAG, nicht zuletzt zur Frage der Wichtung der übrigen Kriterien der Sozialauswahl.

#### **5. BAG 14.12.2016: vorübergehender Mehrbedarf – Befristung**

Der Kläger wurde mit **Sachgrund befristet** für einige Monate eingestellt unter **Verlängerung um 3 Monaten**. Er erhob **Entfristungsklage** mit dem **Argument** bei dem beklagten Unternehmen läge ein **dauernder Mehrbedarf an Personal** vor, **nicht** nur ein **vorrübergehender** Mehrbedarf. Er **bestritt** die **Prognose** für die Rechtfertigung der zeitlichen Befristung. Das BAG hob die **Vorinstanzen**, welche die **Befristung für unwirksam** hielten, auf. Nach **BAG** könne **vorrübergehender Mehrbedarf** durch **vorrübergehenden Anstieg der Arbeitsleistung im Bereich der Daueraufgaben** entstehen ebenso wie durch die Aufnahme **zusätzlicher Projekte**, für die die **Stammebelegschaft nicht ausreicht**. Es muss sich aber um einen **zeitweiligen Bedarf** handeln. Es kommt dem gegenüber aber **nicht darauf** an, dass dieser **zeitweilige Bedarf genau mit der Befristungsdauer einhergeht**. Wenn beispielsweise die **Prognose** besteht, dass der Arbeitgeber **nach Ablauf des befristeten Arbeitsverhältnisses** die (zeitlich beschränkten, aber über die Befristungsdauer hinausgehenden) **Mehraufgaben** mit seiner **Stammebelegschaft erledigen** kann, dann ist dies ausreichend und **steht der Befristung nicht entgegen**. Das Unternehmen muss insofern aber **darlegen, warum er damit rechnet**, die **Daueraufgaben nach Ablauf der Befristung wieder mit der Stammebelegschaft** erledigen zu können.

#### **6. BAG 15.02.2017: Beendigung Arbeitsverhältnis bei Rentenbescheid**

Das BAG bestätigte die Zulässigkeit einer Tarifbestimmung, wonach mit Eintritt einer **unbefristeten vollen Erwerbsminderung** im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung das **Arbeitsverhältnis enden soll**. Es führt aber aus, dass diese Regelung dahingehend interpretiert werden muss, dass der **Bescheid des Rentenversicherungsträgers maßgeblich** ist. Die **fehlende Bestandskraft des Bescheides** und mithin auch die **Möglichkeit der Rücknahme** eines **Rentenanspruchs** durch den Arbeitnehmer **zur Vermeidung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses** steht der **Beendigungswirkung** durch Erlass des **Rentenbescheides** jedoch **nicht entgegen**. Will der Arbeitnehmer eine Veränderung seines Antragsverhaltens vornehmen,



Leutragraben 1, 07743 Jena, Tel: 03641/2173-10  
[www.heinze-law.com](http://www.heinze-law.com)

hat er dies **jedenfalls noch vor Eintritt der auflösenden Bedingung (Rentenbewilligungsbescheid)** zu tun. Das BAG meint zudem, der Arbeitnehmer habe innerhalb der Entfristungsklagefrist nach §§ 21, 17 TzBfG (3 Wochen), den Arbeitgeber hierüber (i.d.R. die Antragsrücknahme) **auch in Kenntnis zu setzen**.

### **7. BAG 14.09.2017: Pflicht zur Folgeleistung auf unbillige Weisung?**

Das **Unternehmen versetzte** den Kläger von Düsseldorf nach Berlin für einen befristeten Zeitraum von ca. 6 Monaten. Es sagte zu **Kosten für doppelte Haushaltsführung zu erstatten**, nach Weigerung der Arbeitserbringung kündigte das Unternehmen. Die beiden Ausgangsinstanzen sahen ein Weisungsrecht als gegeben an, weil der **Arbeitsvertrag die örtliche Versetzung zuließ**. Sie gingen aber von einer **unbilligen Ermessensentscheidung** aus, dies hatte das BAG revisionsrechtlich hinzunehmen. Allerdings bestand ein Widerspruch zur **früheren Entscheidung des 5. Senats** (22.02.2012), wonach ein Arbeitnehmer zunächst eine **unbillige Weisung**, die nicht aus anderen Gründen bereits unwirksam ist, **zunächst zu befolgen** hat. Der 10. Senat fragte deshalb beim 5. Senat ab, ob er an dieser vorhergehenden Rechtsprechung festhält. Der **5. Senat hält nicht** an seiner **Rechtsprechung** aus 2012 fest. Damit bessert sich für den **Arbeitnehmer** die Situation, jedoch trägt er nach wie vor das **Risiko der falschen Einschätzung**, ob eine **unbillige oder berechnete Weisung** des Unternehmens vorliegt. Die Thematik bleibt mit Spannung zu beobachten, ist doch die Ausübung des Direktionsrechts nach § 106 GewO häufig fehleranfällig.

### **8. BAG 14.12.2016: Verkürzung befristeten Arbeitsvertrages**

Der Arbeitnehmer war zunächst **2 Jahre zeitbefristet** eingestellt. Die Parteien vereinbarten während dieser Laufzeit eine **Verkürzung des Arbeitsverhältnisses auf einen befristeten Zeitraum** von nur **einem Jahr**. Im Nachgang griff der **Arbeitnehmer diese Vereinbarung mit Entfristungsklage** an. Auf den ersten Blick **verwundert** die Überprüfung der Änderungsvereinbarung durch das BAG. Das **Gericht sieht** hierin zunächst **keinen Aufhebungsvertrag** (zu einem früheren Termin), weil ein Aufhebungsvertrag im Regelfall auf die **baldige Beendigung** jedenfalls unter Einhaltung der **vertraglichen Kündigungsfrist gerichtet** sei. **Im Fall** war die **Änderungsvereinbarung** mit deutlichem, **größerem zeitlichen Vorlauf** geschlossen. Es sah vielmehr eine, der Befristungskontrolle unterliegende, auf die **befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** gerichtete Abrede, weil die Parteien die hypothetische Kündigungsfrist um ein vielfaches überschritten. Damit sei, so das BAG die **Änderungsvereinbarung** auf die **befristete Fortsetzung** und **nicht auf die vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet**. Zwar liege **lediglich eine Verkürzung der ursprünglichen Befristungsabrede** vor, aber auch die Überschrift über dem Vertrag (Arbeitszeit auf Zeit – Änderung Vertragslaufzeit) spräche für eine **Befristungskontrolle**.

Interessant ist, dass das BAG **trotz** des deutlichen **Unterschreitens** der **sachgrundlos** möglichen **Befristung von 2 Jahren** eine **sachgrundlose Änderung nicht zulässt**. Dies wegen des bereits **vorher bestehenden** (letztlich identischen) **befristeten Arbeitsverhältnisses**, nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist lediglich eine Verlängerung einer Zeitbefristung zulässig, nicht jedoch ein ohne Sachgrund vorgenommener Neuabschluss eines verkürzten zeitbefristeten Arbeitsverhältnisses.



### **9. LAG Düsseldorf 28.02.2017: Bezugnahme Klausel – Änderungskündigung**

Im **Altvertrag vor 2002** war eine **Bezugnahme Klausel** auf einen **Tarifvertrag** enthalten. Hierin sieht das BAG für **Altverträge keine dynamische Bezugnahme** auf die Tarifentwicklung sondern nur eine sog. **Gleichstellungsabrede**. Im Zuge der streitbefangenen **Änderungskündigung** wurde die **Bezugnahme Klausel nicht explizit** angesprochen. Das LAG sieht deshalb durch die **Vorbehaltannahme der Änderungskündigung keinen Neuvertragsabschluss** (Konsequenz wäre dann dynamische Bezugnahme auf Tarifentwicklung, sprich stetig steigender Tariflohn), sondern lediglich eine, die zu ändernden Arbeitsbedingungen betreffende Vertragsänderung. Ein **rechtsgeschäftlicher Wille, auch die Bezugnahme Klausel zu ändern**, sei nicht feststellbar. Im Ergebnis verbleibt es trotz Änderungskündigung damit bei der Gleichstellungsabrede. Nicht überraschend ist die Revision zum BAG zugelassen.

### **10. LAG Berlin 18.05.2017: betriebliches Eingliederungsmanagement – Darlegungslast**

Der Mitarbeiter fehlte im Referenzzeitraum von **3 - 4 Jahren zwischen 80 – 100 Tagen im Jahr**. Das **Integrationsamt schlug** im Zuge des Zustimmungsverfahrens zur krankheitsbedingten Kündigung die **Reduktion der Arbeitszeit auf 30 Stunden vor**. Das Unternehmen bot dies entsprechend an, hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Mangels Annahme kündigte das Unternehmen, die Arbeitnehmerin focht den Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes erfolgreich an. Hiergegen wehrt sich der Arbeitgeber im Parallelprozess vor dem Verwaltungsgericht. Das LAG postuliert auf der Linie des BAG des Erfordernisses des betrieblichen Eingliederungsmanagements. Eine **krankheitsbedingte Kündigung sei nicht durch die Krankheit bedingt**, wenn **angemessenere mildere Mittel zur Vermeidung künftiger Fehlzeiten** vorliegen. Dies kann insbesondere bei der **Umgestaltung des Arbeitsbereiches** oder die Weiterbeschäftigung auf anderem leidensgerechten Arbeitsplatz möglich sein. Zudem kommt in Betracht, dem Arbeitnehmer vor Kündigung die Chance zu bieten durch **spezifische Behandlungsmaßnahmen** die Wahrscheinlichkeit **künftiger Fehlzeiten zu reduzieren**. **Fehlt** die Durchführung eines **BEM** kann unternehmensseitig nicht pauschal fehlende Einsatzfähigkeit behauptet werden, sondern es ist dezidiert vorzutragen, weshalb dies der Fall ist. **Hierzu sind alle denkbaren** und die vom Arbeitnehmer außergerichtlich bereits genannten Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, warum sie nicht in Betracht kommen. Die Norm des § 84 Abs. 2 SGB IX konkretisiere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. **Nur wenn klar ist**, dass auch ein **tatsächlich durchgeführtes BEM kein positives Ergebnis hätte bringen** können, resultieren aus der **Nichtdurchführung keine Nachteile**. Das LAG vermisste die Darstellung des Arbeitgebers zur möglichen Veränderung des Arbeitsplatzes bzw. Nichteinsatzbarkeit auf Alternativplätzen. Auch der durch **amtsärztliches Gutachten festgestellte Arbeitsansatz nur von 50 % der Wochenarbeitszeit** sei durch die Arbeitgeberin nicht als völlig undenkbar entkräftet worden. Das LAG meint im Nebensatz, dass ein **BEM** auch dann zu einer **möglichen Weiterbeschäftigung mit verringerter Arbeitszeit hätte führen können**, wenn der Arbeitnehmer **nur noch 3 Stunden täglich** oder weniger leistungsfähig sei (immerhin die Grenze zur Erwerbsunfähigkeit!). Zudem hätte der Arbeitgeber auf mögliche Therapien, Rehabilitationsmaßnahmen drängen müssen, weil auch hieraus die Möglichkeit entstanden wäre den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Auch dies sei denkbare Ergebnis des BEM. Die Entscheidung Zeit einmal mehr die Tücken der Durchführung, insbesondere aber den Nichtdurchführung eines BEM auf - sie führt dass dem Unternehmen abverlangte Maß allerdings an den Rand des zumutbaren. Zur Vorbereitung krankheitsbedingter Kündigungen ist in aller Regel die Durchführung des BEM anzuraten, wobei Details entsprechend abzustimmen wären.