

Das Arbeitsrecht wird als „Schuldverhältnis mit besonderer personenrechtlicher Bindung“ definiert. In diesem Sinne verstehen wir auch die Zusammenarbeit zwischen Rechtsanwalt und unseren Mandanten, und deshalb wollen wir Sie regelmäßig persönlich über aktuelle Urteile und Rechtsentwicklungen informieren. Als Wirtschaftskanzlei mit 15 Rechtsanwälten - darunter fünf Fachanwälten für Arbeitsrecht - beschäftigen wir uns täglich mit den verschiedensten arbeitsrechtlichen Problemstellungen und halten uns über die Fülle an Rechtsprechung und Gesetzesänderungen immer auf dem Laufenden.

In der Ausgabe Nr. 1 bieten wir Ihnen eine Bilanz über fünf Jahre AGG-Rechtsprechung und weisen auf ausgewählte Urteile und Gesetzesänderungen hin, die herausgehobene Bedeutung für die betriebliche Praxis haben werden.

## Inhalt

### 1 *SchwerpunkttHEMA AGG*

**Gelöste und ungelöste Probleme nach fünf Jahren AGG**

### 2 *Aktuelle Rechtsprechung*

- | **Die Wohltat als Bumerang – Immer wieder Ärger mit der Einstellung freiwilliger Leistungen**
- | **Europäischer Gerichtshof stärkt „Meinungsfreiheit“ im Betrieb**
- | **Sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung – Hat das BAG endlich den Gesetzgeber korrigiert?**

### 3 *Ganz frisch*

**Vereinbarung einer „durchschnittlichen Arbeitszeit“ kann unzulässig sein**

### 4 *Ausblick*

**Arbeitnehmerüberlassung: Nochmals erhebliche Änderungen**

Natürlich ist dies nur eine kleine Auswahl wichtiger Themen. Sollten Sie dazu oder auch zu ganz anderen arbeitsrechtlichen Problemstellungen Fragen haben, sprechen Sie uns gerne an. Zunächst wünschen wir Ihnen anregende Lektüre!



Dr. Thomas Baumgarten  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Dr. Gisbert Seidemann  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



**Dr. Thomas Baumgarten**  
+49 (0)30 254591-60  
th.baumgarten@advocati.de



**Dr. Gisbert Seidemann**  
+49 (0)30 254591-58  
g.seidemann@advocati.de

## 1 Schwerpunktthema AGG

### Gelöste und ungelöste Probleme nach fünf Jahren AGG

(se) Das AGG feiert seinen fünften Geburtstag. Auch wenn darauf nicht jeder anstoßen mag, es ist im betrieblichen Alltag angekommen und hat inzwischen zahlreiche Leitentscheidungen provoziert, selbst wenn derartige Streitigkeiten nur ca. 2 - 3 Prozent der anhängigen Fälle bei den Arbeitsgerichten ausmachen. Dass Ausschreibungen insbesondere geschlechts- und altersneutral vorzunehmen sind, beherzigt das Gros der Arbeitgeber. Dennoch passiert es immer noch, dass Mitarbeiter für ein „junges dynamisches Team“ gesucht und somit Entschädigungsansprüche durch die damit einhergehende Benachteiligung im Einstellungsverfahren provoziert werden, denen der Arbeitgeber sich nur dann noch entziehen kann, wenn zum Zeitpunkt des Eingangs einer Bewerbung die Stelle bereits vergeben war, ohne dass das Auswahlverfahren abgekürzt wurde (BAG vom 19.08.2010, 8 AZR 370/09). Auch lässt sich eine eingetretene Diskriminierung nicht dadurch „heilen“, den abgelehnten Bewerber aufzufordern, sich nun doch einmal vorzustellen (LAG Hamm vom 19.05.2011, 14 Ta 519/10). Bei der Formulierung von Absagen ist weniger mehr, weil dadurch Angriffspunkte vermieden werden und dem unterlegenen Bewerber bislang kein entsprechender Auskunftsanspruch zusteht (BAG vom 20.10.2010, 8 AZR 287/08 (A)). Schwerbehinderten sind indes bereits nach dem SGB IX die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung schriftlich mitzuteilen.

Die Auseinandersetzungen wegen Diskriminierung verlagern sich peu à peu in die Unternehmen, da Beförderungsentscheidungen verstärkt unter dem Blickwinkel des AGG auf den Prüfstand gestellt werden. Statistiken über eine geringe Repräsentation von bestimmten Personengruppen auf betrieblichen Hierarchiestufen können dabei als Indiz für eine Diskriminierung herangezogen werden, belegen jedoch für sich allein noch keine Benachteiligung (BAG vom 22.07.2010, 8 AZR 1012/08). Bei der Mitteilung über eine erfolglos gebliebene Beförderung ist äußerste Vorsicht geboten, da bereits eine vielleicht nur als Trost gemeinte Bemerkung hinsichtlich der Freuden einer bevorstehenden Mutterschaft eine Schadensersatzpflicht auslösen kann (LAG Berlin-Brandenburg vom 28.06.2011, 3 Sa 917/11).

Noch immer ungeklärt ist die Reichweite des Schadensersatzanspruches nach § 15 Absatz 1 AGG, nämlich ob beispielsweise einem unterlegenen Bewerber die Differenzvergütung ad infinitum ersetzt werden muss. Die Schutzwirkung des AGG greift auch für Geschäftsführer, die bei einer diskriminierenden Nichtverlängerung ihres Anstellungsvertrages einen Entschädigungsanspruch haben (OLG Köln vom 29.07.2010, 18 U 196/09).

Immer stärker im Fokus stehen nun auch Bestimmungen, die - wie in vielen Tarifverträgen üblich - den Umfang des Urlaubsanspruchs an das Lebensalter der Arbeitnehmer koppeln. Dies wird als eine unzulässige Altersdiskriminierung angesehen und führt zu einer Anpassung „nach oben“ (LAG Düsseldorf vom 18.01.2011, 8 Sa 1274/10). Die jüngeren Arbeitnehmer dürfte das sicher freuen. Bei den Arbeitgebern jedoch zu einer unliebsamen Überraschung.

## 2 Aktuelle Rechtsprechung

### Die Wohltat als Bumerang – Immer wieder Ärger mit der Einstellung freiwilliger Leistungen

(bau) Wenn ein Unternehmen freiwillige Leistungen nicht mehr zahlen kann oder will, beschäftigt das regelmäßig die Arbeitsgerichte - allein seit Anfang 2010 verzeichnen einschlägige Datenbanken über 130 Urteile zu diesem Thema. Augenscheinlich treffen eine unübersichtliche Rechtsprechung und eine wenig problembewusste Praxis unglücklich aufeinander.

**BAG vom 8. Dezember 2010, 10 AZR 671/09; LAG Hamm vom 11. November 2010, 8 Sa 643/10**

Mit geeigneten Bestimmungen im Arbeitsvertrag kann der Arbeitgeber durchaus verhindern, dass freiwillige Leistungen wie Weihnachtsgeld, übertarifliche Vergütungsbestandteile etc. durch wiederholte vorbehaltlose Zahlung zum Rechtsanspruch der Arbeitnehmer für die Zukunft mutieren. Bei

der Formulierung ist allerdings höhere Vorsicht geboten als man erwarten sollte. Immer falsch liegt man als Arbeitgeber mit einem „Widerrufsvorbehalt für freiwillige Leistungen“, wie das BAG nun wieder einmal entschieden hat (Urteil vom 8.12.2010 - 10 AZR 671/09). Eine solche Formulierung sei intransparent und deshalb in vorformulierten Arbeitsverträgen unwirksam. Das versteht der Fachmann, doch der Laie wundert sich - leider meist erst, wenn es zu spät ist.

Nicht selten begibt es sich auch, dass ein Mitarbeiter das Arbeitsverhältnis vor Fälligkeit des in betrieblicher Übung gezahlten Weihnachtsgeldes beendet oder zumindest kündigt. Darf der Arbeitgeber in diesem Fall darauf verweisen, dass er Weihnachtsgeld immer nur an Mitarbeiter zahlt, die im Auszahlungsmonat noch ungekündigt bei ihm beschäftigt sind? Das LAG Hamm verneinte diese Frage mit der Begründung, solche Einschränkungen hätte der Arbeitgeber klar und eindeutig kommunizieren müssen (Urteil vom 11.11.2010 - 8 Sa 643/10). Dies versteht nun selbst der Jurist nicht mehr, denn die Rechtsfigur der betrieblichen Übung basiert gerade darauf, dass ein tatsächliches Verhalten ohne begleitende Erklärung Anspruchserwartungen begründen kann. Deshalb kann es richtigerweise nur darauf ankommen, welche Leistungen der Arbeitgeber auch tatsächlich erbracht hatte, nicht hingegen, was sich ein Arbeitnehmer irrtümlich zusammenreimt.

Mehr denn je gilt für freiwillige Leistungen die Grundregel: Nie ohne klarstellende Vereinbarung, dass es sich um eine einmalige Leistung ohne Rechtsanspruch auf vergleichbare Leistungen für die Zukunft handelt. Diese Vereinbarung kann auch im Arbeitsvertrag getroffen werden, bei der Formulierung ist dann jedoch ganz besondere Vorsicht und gute Kenntnis der Rechtsprechung geboten.

**Auswirkungen  
für die Praxis**

## Europäischer Gerichtshof stärkt „Meinungsfreiheit“ im Betrieb

(*se/bau*) Anders als das Bundesarbeitsgericht hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die verhaltensbedingte fristlose Kündigung einer Berliner Altenpflegerin für ungerechtfertigt erachtet, die ihren Arbeitgeber bei den Strafverfolgungsbehörden wegen vermeintlichen Betrugs und schweren Pflegemängeln angezeigt hatte. Obgleich die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft den Vorwurf der Arbeitnehmerin nicht bestätigten, sah das Gericht in Straßburg in dem Verhalten keine gravierende Verletzung ihrer Loyalitätspflichten gegenüber dem Arbeitgeber, sondern sah dieses durch das Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt und sprach ihr für den erlittenen immateriellen Schaden 10.000 Euro zu.

**EGMR vom 21. Juli 2011,  
28274/08**

Das Urteil des EGMR konnte der Arbeitnehmerin ihren Arbeitsplatz nicht zurückgeben. Verurteilt wurde die Bundesrepublik Deutschland, weil das deutsche Rechtssystem keinen hinreichenden Schutz für Mitarbeiter enthalte, die Missstände auf- und anzeigen. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass mittels einer sogenannten Restitutionsklage über die Kündigung erneut verhandelt werden muss. In der betrieblichen Praxis wird es weiterhin maßgeblich bleiben, ob der Mitarbeiter zunächst betriebsintern auf Missstände hingewiesen hatte. Nur dann kann er ggf. schutzwürdig sein, wenn er sich anschließend an betriebsfremde Stellen oder Behörden wendet. Für Unternehmen bedeutet das, die Hinweise ihrer Mitarbeiter (auch) künftig sehr ernst zu nehmen.

**Auswirkungen  
für die Praxis**

## Sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung – Hat das BAG endlich den Gesetzgeber korrigiert?

(*se*) Nach § 14 Absatz 2 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Diese gesetzliche Einschränkung wendete die Rechtsprechung bislang äußerst rigide an, so dass eine sachgrundlose Befristung bereits dann scheiterte und zur häufigen Verblüffung des Arbeitgebers plötzlich ein Dauerarbeitsverhältnis entstand, nur weil ein Mitarbeiter sich in grauer Vorzeit einmal für wenige Wochen im Unternehmen als Aushilfe verdingt hatte. Von der anhaltende Kritik sowie der Untätigkeit des Gesetzgebers blieb das BAG nicht unbe-

**BAG vom 06.04.2011,  
7 AZR 13/09**

eindrückt, sondern entschied nun, dass eine „Zuvor-Beschäftigung“ im Sinne dieser Vorschrift dann nicht vorliegt, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Das ergibt eine an ihrem Sinn und Zweck orientierte, verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Regelung. Die Gefahr missbräuchlicher Befristungsketten besteht regelmäßig nicht mehr, wenn zwischen dem Ende des früheren Arbeitsverhältnisses und dem sachgrundlos befristeten neuen Arbeitsvertrag mehr als drei Jahre liegen. Dieser Zeitraum entspricht auch der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist zum Ausdruck kommt.

Auch wenn das Bundesarbeitsgericht die gesetzliche Regelung in § 14 Absatz 2 TzBfG entgegen dem eindeutigen Wortlaut auslegt, beseitigt die Entscheidung erfreulicherweise ein faktisches Einstellungshindernis. Künftig ist daher bei einer beabsichtigten sachgrundlosen Befristung seitens des Arbeitgebers nur noch zu prüfen, ob der ausgewählte Kandidat in den letzten drei Jahren nicht schon einmal im Unternehmen arbeitete. Eine derartige „Nichtbeschäftigung“ - im nun eingeschränkten Zeitraum - sollte sich der Arbeitgeber aber weiterhin schriftlich vom Mitarbeiter bestätigen lassen, um im Streitfall den Arbeitsvertrag ggf. anfechten zu können.

### 3 Ganz frisch

#### Vereinbarung einer „durchschnittlichen Arbeitszeit“ kann unzulässig sein

(*bau*) Wenn im Arbeitsvertrag vereinbart ist, der Angestellte sei verpflichtet, „im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten“, dann ist diese Regelung nach Auffassung des BAG unwirksam. Denn der Arbeitnehmer könne bei einer solchen Regelung nicht genau genug erkennen, auf welchen Zeitraum sich der Durchschnitt beziehe und folglich, mit welcher Arbeitsbelastung er in normalen Monaten rechnen müsse (so die Presseerklärung des BAG zu seinem Urteil vom 21.06.2011).

Viele Arbeitsverträge sehen „durchschnittliche Arbeitszeiten“ vor. Ob das Urteil auf die Vereinbarung durchschnittlicher Wochenarbeitszeiten entsprechend anzuwenden ist und ob künftig immer der Ausgleichszeitraum im Arbeitsvertrag angegeben werden muss, wird sich erst bei Vorliegen der schriftlichen Urteilsgründe beantworten lassen. Das Urteil birgt jedenfalls erhebliche Brisanz für die Praxis und muss im Auge behalten werden.

### 4 Ausblick

#### Arbeitnehmerüberlassung: Nochmals erhebliche Änderungen

(*bau*) Mit Wirkung zum 1. Dezember 2011 wird das AÜG erneut geändert: Zum einen entfällt die Erlaubnisfreiheit für gemeinnützige Unternehmen. Zum zweiten wird die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern jedenfalls dann erlaubnispflichtig, wenn die Arbeitnehmer eigens dafür eingestellt wurden, verliehen zu werden. Dies betrifft insbesondere die sog. Personalgesellschaften. Drittens ist die nur „gelegentliche“ Überlassung künftig allgemein erlaubnisfrei, auch außerhalb von Konzernstrukturen. Viertens erhalten die Leiharbeiter einen Anspruch auf Information über betriebliche Stellenausschreibungen und auf Teilhabe an betrieblichen Sozialeinrichtungen in gleicher Weise wie die eigenen Arbeitnehmer des Unternehmens. - Die lange Vorlaufzeit des bereits Ende April 2011 beschlossenen Gesetzes soll den Arbeitgebern Zeit geben, sich rechtzeitig auf die neuen Regeln einzustellen.

Wollen Sie künftig auch - oder nur - per Email informiert werden? Dürfen wir Sie zu weiteren Veranstaltungen und Vorträgen einladen? Hat Ihnen dieser Mandantenbrief gefallen? Lassen Sie uns eine Nachricht zukommen, gerne ebenfalls per Mail an [arbeitsrecht-aktuell@advocati.de](mailto:arbeitsrecht-aktuell@advocati.de) oder an die Unterzeichner persönlich.

#### Auswirkungen für die Praxis

**BAG vom 21. Juni 2011,  
9 AZR 236/10**

#### Auswirkungen für die Praxis

**AÜG-Novelle zum  
1. Dezember 2011**

#### Rechtsanwälte und Notare

Europa-Center  
Tauentzienstraße 11  
10789 Berlin

Telefon +49 [0]30 | 25 45 91-0  
Telefax +49 [0]30 | 25 45 91-11

[www.advocati.de](http://www.advocati.de)  
[dbm@advocati.de](mailto:dbm@advocati.de)

DBM | Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft  
Danckert | Deus | Meier  
AG Charlottenburg  
PR 678 B