

Newsletter 3. Quartal 2006

Employment

Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz	Seite 1
Entwarnung bei der Pflichtversicherung von GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern in der gesetzlichen Rentenversicherung	Seite 3
„Whistleblowing“-Verfahren – eine Notwendigkeit für deutsche Unternehmen?	Seite 4
Haftung bei Verstoß des Arbeitgebers gegen die Pflicht zur Insolvenzabsicherung eines in Altersteilzeit erworbenen Wertguthabens (BAG v. 16. August 2005 – 9 AZR 470/04, BAG v. 16. August 2005, 9 AZR 79/05)	Seite 5
Unwirksamkeit sachgrundloser Befristungen mit älteren Arbeitnehmern (BAG vom 26. April 2006 – 7 AZR 500/04)	Seite 6
Aktuelle Veranstaltungen	Seite 7
Arbeit auf Abruf (BAG vom 7. Dezember 2005 – 5 AZR 535/04)	Seite 9

In Association with  ERNST & YOUNG

Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Es ist soweit: Mit bis zu dreijähriger Verspätung hat der Bundestag am 29. Juni 2006 ein Gesetz zur Umsetzung von vier europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien verabschiedet. Herzstück dieses Gesetzes, dem der Bundesrat am 7. Juli 2006 zugestimmt hat und das am 1. August 2006 in Kraft treten soll, ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Das AGG erfasst unter anderem alle Phasen des Arbeitsverhältnisses vom Bewerbungsverfahren über die Durchführung bis zur Beendigung und legt sich als zusätzliche Ebene über das bestehende Arbeitsrecht. Es hat

so das Potenzial, das deutsche Arbeitsrecht nachhaltig zu verändern.

Abweichungen zum ADG-Entwurf

Der Vorgänger-Gesetzesentwurf für ein Antidiskriminierungsgesetz (ADG) war noch am 17. Juni 2005 vom Bundestag verabschiedet worden, unterfiel aber, nachdem der Bundesrat nicht zugestimmt hatte, wegen der Bundestagsneuwahl der Diskontinuität. Das AGG entspricht weitgehend dem ADG-Entwurf, den wir in unserem Newsletter Januar 2005 vorge-

Employment

stellt haben, enthält aber einige nennenswerte Änderungen, die das Gesetz für die Unternehmen handhabbarer machen sollen. Unverändert ist die Systematik, wonach eine Ungleichbehandlung wegen eines der Merkmale Geschlecht, Rasse/ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität unzulässig ist, wenn sie nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Der zu Unrecht ungleich behandelte – also: diskriminierte – Arbeitnehmer bzw. Bewerber kann für den entstandenen Vermögensschaden Schadensersatz und für den erlittenen „seelischen“ Schaden eine angemessene Entschädigung verlangen. Die Entschädigung ist grundsätzlich verschuldensunabhängig und in der Höhe nicht begrenzt. Sie soll auch abschreckende Wirkung entfalten.

Die Änderungen gegenüber dem ADG-Entwurf zielen in zwei Richtungen:

Kürzere Anspruchsfristen und Schulungen

Zum einen soll der organisatorische Aufwand der Unternehmen begrenzt werden. Hierzu werden die Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen auf zwei Monate und die Klagfrist wegen Entschädigungsansprüchen auf drei Monate begrenzt. Für die Dokumentation der Ablehnungsgründe eines Bewerbers bedeutet dies, dass bereits zwei Monate nach Zugang der Absage die Dokumentation vernichtet werden kann, wenn bis dahin keine Ansprüche geltend gemacht wurden. Außerdem kann nunmehr der Arbeitgeber seine gesetzliche Verpflichtung, Benachteiligungen präventiv zu verhindern, schon dadurch erfüllen, dass er alle Arbeitnehmer zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen schult. Die Bedeutung der Schulung sowohl der Führungskräfte als auch aller übrigen Mitarbeiter ist damit deutlich gestiegen.

Rechtsschutzerleichterungen

Zum anderen sind die Rechtsschutzerleichterungen für Arbeitnehmer bzw. Bewerber im Verhältnis zum ADG-Entwurf etwas zurückgenommen worden. So reicht es im Prozess nicht mehr aus, Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, „glaubhaft“ zu machen. Vielmehr muss der Anspruchsteller „Indizien beweisen“. Erst wenn dies gelingt, muss der Arbeitgeber beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt. Die europarechtliche Zulässig-

keit und praktische Bedeutung dieser Änderung sind bereits jetzt umstritten.

Auch die Reichweite der Beschränkung der ursprünglich weit gefassten Kompetenzen der Antidiskriminierungsverbände ist zweifelhaft. Ursprünglich sollten die Verbände als Prozessbevollmächtigte vor den Arbeitsgerichten auftreten und sogar im Namen der diskriminierten Arbeitnehmer bzw. Bewerber deren Rechte einklagen und Forderungen einziehen können. Nunmehr ist die Abtretbarkeit von Ansprüchen an die Verbände nicht mehr gesetzlich angeordnet. Ob sie damit auch unzulässig ist, bleibt jedoch ungeklärt. Und die Berechtigung der Verbände, als Prozessbevollmächtigte aufzutreten, wurde zwar im AGG gestrichen, eine entsprechende Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes wurde aber dennoch (versehentlich) vorgenommen.

Auch das Klagerecht der Betriebsräte und Gewerkschaften wurde nicht völlig gestrichen, sondern nur erschwert, indem nunmehr ein „grober“ Verstoß des Arbeitgebers gegen das AGG vorliegen muss.

Kündigungsschutz

Eine weitere bedeutende Änderung, die für viel Diskussion sorgen wird, betrifft das für die Praxis besonders wichtige Verhältnis von Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz. Das AGG enthält jetzt die deutliche Aussage, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Allerdings erstreckt sich der Anwendungsbereich sowohl des AGG als auch der EU-Richtlinien auch auf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Das AGG enthält zudem Regelungen zur Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl. Es stellt sich daher die Frage, ob nunmehr im Rahmen der Kündigungsschutzgesetze der Diskriminierungsschutz zu berücksichtigen ist oder ob die Herausnahme des Kündigungsschutzes aus dem AGG europarechtswidrig ist. In jedem Fall dürften zukünftig Kündigungen auch unter Diskriminierungsgesichtspunkten überprüft werden.

Folgen für die Praxis

Doch was bedeutet dies alles für die Praxis? Es wird einige Jahre dauern, bis die Rechtsprechung einen Weg durch den

„Dschungel“ der Antidiskriminierung gewiesen hat. Bis dahin ist Vorsicht angebracht. Es empfiehlt sich, die eindeutig bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen, also die Mitarbeiter zu schulen, ein betriebliches Beschwerdemanagement einzurichten und allen Hinweisen auf Diskriminierungen von Arbeitnehmern nachzugehen und gegebenenfalls Abhilfe zu schaffen. Außerdem sind die Bewerbungs- und Beförderungsverfahren diskriminierungsfrei zu gestalten. Gibt es hier Verdachtsmomente für Diskriminierungen, sind alle Gründe, die diesen Verdacht entkräften können, bis zum Verstreichen der Anspruchsfristen zu dokumentieren. Schließlich sind alle betrieblichen Regelungen auf Ungleichbehandlungen aus einem der vom AGG erfassten Merkmale zu überprüfen und zu ändern,

falls es keine Rechtfertigung gibt. Dabei stehen vor allem die häufigen Altersdifferenzierungen auf dem Prüfstand.

Wie stark am Ende das AGG das deutsche Arbeitsrecht verändern wird, hängt wesentlich von der Rechtsprechung ab. Dass das AGG folgenlos bleiben wird, ist aber nicht anzunehmen. Dafür wird nicht zuletzt der Europäische Gerichtshof sorgen. Jeder Arbeitgeber ist daher gut beraten, sich dieser neuen arbeitsrechtlichen Herausforderung zu stellen.

Dr. Volker Schneider
volker.schneider@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (40) 36132 12195

Entwarnung bei der Pflichtversicherung von GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführern in der gesetzlichen Rentenversicherung

Das Bundessozialgericht hatte in seinem Aufsehen erregenden Urteil vom 24. November 2005 – B 12 RA 1/04 R – entschieden, dass GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer, die keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen und die für die GmbH als einzige Auftraggeberin tätig sind, als „arbeitnehmerähnliche Selbstständige“ gemäß § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sind. Entgegen der bisherigen Praxis der Rentenversicherungsträger komme es nicht darauf an, ob die GmbH weitere Arbeitnehmer oder weitere Auftraggeber hat. Vielmehr sei allein maßgebend, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer selbst diese Anforderungen in seiner Person erfüllt.

Angesichts der dann eintretenden Verpflichtung der Gesellschafter-Geschäftsführer zur Abführung von Rentenversicherungsbeiträgen sorgte dieses Urteil für einige Unruhe. Es dürfte den Normalfall darstellen, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer allein für die GmbH tätig ist, er neben der GmbH keine weiteren Auftraggeber hat und auch keine eigenen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt. Das Abstellen des Bundessozialgerichts auf die Verhältnisse des Geschäftsführers anstatt auf die Verhältnisse der Gesellschaft hätte dazu geführt, dass selbst von

Geschäftsführern größerer, mittelständisch geprägter GmbHs, unabhängig von deren Geschäftsvolumen und Mitarbeiterzahl, Rentenversicherungsbeiträge hätten gezahlt werden müssen. Angesichts einer monatlichen Beitragshöhe von ca. 1.000 Euro für Bezüge, welche die Beitragsbemessungsgrenze erreichen und angesichts der im Sozialrecht geltenden vierjährigen Verjährung für rückständige Beitragsansprüche hätten sich Beitragsnachforderungen der gesetzlichen Rentenversicherung ergeben können, die im Einzelfall den Betrag von 50.000 Euro übersteigen und die zudem aus dem Privatvermögen des betroffenen Geschäftsführers hätten bezahlt werden müssen. Diese Abkehr von der Verwaltungspraxis führte bei den Betroffenen zu erheblicher Verunsicherung.

Der Gesetzgeber hat nunmehr bemerkenswert schnell reagiert und im Haushaltsbegleitgesetz 2006 eine Ergänzung des § 2 S. 1 Nr 9 SGB VI vorgenommen, die am 30. Juni 2006 in Kraft getreten ist. Demnach ist klargestellt, dass die Auftraggeber und Arbeitnehmer der Gesellschaft als Auftraggeber und Arbeitnehmer der Gesellschafter gelten. Ein beherrschender GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer, dessen GmbH mehrere Auftraggeber hat und mindestens einen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer mit mehr als 400 Euro monatlichem

Employment

Arbeitsentgelt beschäftigt, wird deshalb nicht als arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger versicherungspflichtig in der Rentenversicherung. Auch für den Zeitraum vor In-Kraft-Treten der Gesetzesergänzung soll dies so gelten, da es sich nicht um eine Neuregelung, sondern um die Klarstellung einer so schon immer praktizierten Gesetzesregelung handelt.

Allerdings bleibt es dabei, dass die Versicherungspflicht des Gesellschafter-Geschäftsführers besteht, wenn die GmbH keine Arbeitnehmer hat und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist. Unverändert gilt weiter-

hin, dass Geschäftsführer, die entweder gar nicht oder nur in einem Umfang an der GmbH beteiligt sind, der dem Geschäftsführer keinen beherrschenden Einfluss vermittelt, in allen Zweigen der Sozialversicherung Pflichtmitglieder sind und die GmbH für diese den Gesamtsozialversicherungsbeitrag abzuführen hat.

Dr. Thomas Thees
thomas.thees@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (6196) 996 27008

„Whistleblowing“-Verfahren – eine Notwendigkeit für deutsche Unternehmen?

Unternehmen werden kurz- bis mittelfristig verpflichtet sein, so genannte „Whistleblowing“-Verfahren einzuführen, um sicherzustellen, dass sie die ihnen obliegenden gesetzlichen Pflichten, insbesondere aktienrechtlicher und aufsichtsrechtlicher Natur, tatsächlich erfüllen. Dabei handelt es sich um die Einrichtung von Beschwerde- und Meldeverfahren, mit Hilfe derer Mitarbeiter (anonym) rechtswidrige Vorgänge bei internen oder externen Stellen melden können oder unter Umständen sogar müssen. Dies kann z. B. durch die Benennung eines Ansprechpartners erfolgen, aber auch auf elektronischem Wege durch eine Telefon-Hotline oder ein Intranet-Tool umgesetzt werden. Die Beschwerdestelle informiert dann die Unternehmensleitung und/oder die zuständigen Behörden, um die Angelegenheit aufzuklären und erforderlichenfalls den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Whistleblowing-Verfahren werden daher als wichtiger Bestandteil der Corporate Compliance betrachtet.

Die Verpflichtung zur Einrichtung solcher Whistleblowing-Verfahren besteht bereits jetzt aufgrund des Sarbanes-Oxley-Acts unmittelbar für Unternehmen, die an der US-Börse notiert sind sowie für deren Töchter. § 91 Abs. 2 AktG sieht zudem vor, dass der Vorstand einer AG geeignete Maßnahmen zu treffen hat, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Ein solches Überwachungssystem könnte

ein Whistleblowing-Verfahren beinhalten. Auch § 33 WertpapierhandelsG verlangt von Wertpapierdienstleistungsunternehmen ein angemessenes internes Kontrollverfahren das Gesetzesverstößen entgegenwirken kann. Schließlich haben Mitarbeiter nach dem BetrVG, nach dem bisherigen Beschäftigtenschutzgesetz sowie nach dem neuen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (siehe S. 1), das Recht sich bei der „zuständigen Stelle“ im Betrieb über Benachteiligungen zu beschweren. Unternehmen sind gut beraten, hierfür eine separate Stelle einzurichten, die wiederum gleichzeitig die Whistleblowing-Stelle sein könnte.

Bei der Umsetzung von Whistleblowing-Verfahren sind neben datenschutzrechtlichen Aspekten im Wesentlichen arbeitsrechtliche Grenzen zu beachten. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats müssen gewahrt werden. Whistleblowing-Richtlinien sollten daher in einer Betriebsvereinbarung niedergelegt werden. In die Richtlinien gehört auch die Frage, inwiefern Mitarbeiter zur „Anzeige“ verpflichtet werden. Der Schutz des Whistleblowers vor Abmahnung und Kündigung muss mangels gesetzlicher Regelungen festgelegt werden. Schließlich muss identifiziert werden, unter welchen Umständen rein querulatorischen Whistleblowern oder aber solchen Mitarbeitern, die pflichtwidrig eine „Anzeige“ unterlassen oder das interne Verfahren missachtet haben, gekündigt werden darf.

Nur wer sich rechtzeitig mit den vorbenannten Fragestellungen beschäftigt und ausreichende Regelungen schafft, wird eines Tages gegenüber den Aufsichtsbehörden wie auch der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC nachweisen können, dass er effektive Schutzsysteme vorgehalten hat. Zudem wird nur dieser in der Lage sein, sich bei Missbrauch oder unterlassenem Gebrauch der Whistleblowing-Verfahren von pflichtwidrig handelnden Mitarbeitern durch Kündigung wirksam zu trennen. Als Ansprechpartner für die Beratung und Einführung von Whistleblowing-Verfahren

stehen Ihnen unsere Arbeitsrechtler sowie Datenschutzrechtler gerne zur Verfügung.

Dr. Robert von Steinau-Steinrück
 robert.steinrueck@luther-lawfirm.com
 Telefon +49 (30) 25471 21142

Dr. Roman Frik
 roman.frik@luther-lawfirm.com
 Telefon +49 (711) 9881 12894

Haftung bei Verstoß des Arbeitgebers gegen die Pflicht zur Insolvenzabsicherung eines in Altersteilzeit erworbenen Wertguthabens

(BAG v. 16. August 2005 – 9 AZR 470/04, BAG v. 16. August 2005, 9 AZR 79/05)

Der Fall

Die Parteien streiten über die persönliche Haftung der Beklagten für ein nicht abgesichertes Wertguthaben aus einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis. Der Kläger war bei Tochtergesellschaften der BB AG (BB), nämlich der BDE GmbH (BDE) und der BDS GmbH (BDS) beschäftigt. Unter dem 5. Februar 2001 schloss der Kläger einen Altersteilzeitarbeitsvertrag im Blockmodell für die Zeit vom 1. April 2001 bis 31. Mai 2006 mit der BDE. Am 1. September 2002 wurde über das Vermögen der BB und einige ihrer Tochtergesellschaften das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Kläger ist der Auffassung, dass der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft BDE, bei der er bis Oktober 2001 tätig war, (Beklagter zu 1)) sowie das für den Personalbereich zuständige Vorstandsmitglied der BB (Beklagter zu 2)) und der Konzernbetriebsratsvorsitzende (Beklagter zu 3)) ihm jeder persönlich für den durch die unterbliebene Insolvenzabsicherung des Wertguthabens entstandenen Schaden haften. Sie seien ihrer Verpflichtung schuldhaft nicht nachgekommen, seine Ansprüche für den Fall der Insolvenz abzusichern. Die entsprechende Feststellungsklage blieb in allen Instanzen erfolglos.

Die Entscheidungen

Das BAG stellt in seinen Entscheidungen vom 16. September 2005 klar, dass die unterbliebene Absicherung eines Wertguthabens aus einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis gegen Insolvenz durch den Arbeitgeber keine unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB darstellen kann, denn ein Wertguthaben ist kein sonstiges Recht. Es besteht darüber hinaus auch keine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz, vorliegend § 266 Abs. 1 StGB sowie § 7d SGB IV. Eine Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 Abs. 1 StGB kommt nicht in Betracht, denn dem Arbeitgeber kommt keine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich der Lohnzahlung und sonstigen Leistungen im Austauschverhältnis zu. Darüber hinaus kommt eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 7d SGB IV nicht in Betracht, denn es spricht bereits gegen die Schutzgesetzzeigenschaft des § 7d SGB IV, dass die Absicherungspflicht beiden Vertragsparteien auferlegt wird.

Unser Kommentar

Nach der Einführung des § 8a ATG zum 1. Juli 2004 wird das BAG die bisherige Rechtsprechung im Hinblick auf Altersteilzeitarbeitsverhältnisse, die nach dem 1. Juli 2004 begonnen haben, nicht mehr aufrecht erhalten können. Eine persönliche Haftung von Organvertretern einer Kapitalgesellschaft wird zukünftig über § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 8a

Employment

ATG gegeben sein, da es sich bei § 8a ATG um ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB handelt. Aufgrund des Schutzgesetzcharakters des § 8a ATG würde die Nichtbeachtung der Insolvenzsicherungspflicht durch den Organvertreter mithin eine Verletzung des Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 8a ATG darstellen, mit der Folge, dass eine persönliche Haftung des Organvertreters bei

einer schuldhaften Verletzung der Insolvenzsicherungspflicht in diesen Fällen zu bejahen wäre.

Martina Buhr
martina.buhr@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 9352 18783

Unwirksamkeit sachgrundloser Befristungen mit älteren Arbeitnehmern

(BAG vom 26. April 2006 – 7 AZR 500/04)

Der Fall

Ein 1950 geborener Arbeitnehmer war aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverträge bei der Arbeitgeberin als Aushilfe beschäftigt. Der zuletzt abgeschlossene Arbeitsvertrag sah eine Befristung des Arbeitsverhältnisses vom 19. Februar 2003 bis zum 31. März 2004 vor. Einen sachlichen Grund für die Befristung gab es nicht, vielmehr wurde die Befristung allein auf § 14 Abs. 3 Satz 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) gestützt. Danach bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat.

Die Entscheidung

Das BAG gab der Befristungskontrollklage des Klägers statt. Es stützt seine Entscheidung auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2005 (C-144/04 Mangold). Der EuGH hatte dort entschieden, dass die nach § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG vorgesehene Befristungsmöglichkeit nicht angewendet werden dürfe, da hierdurch eine nach Gemeinschaftsrecht unzulässige Diskriminierung wegen des Alters erfolge. Er stützt seine Entscheidung auf ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als Ausfluss des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Der EuGH hielt es zwar für legitim, mit der Befristungsmöglichkeit die berufliche Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer fördern zu wollen. Nach seiner Ansicht läuft allerdings § 14 Abs. 3 TzBfG darauf hinaus, dass allen Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr

vollendet haben, unabhängig davon, ob und wie lange sie vor Abschluss des befristeten Vertrages arbeitslos waren, bis (mindestens) zum Erreichen des Renteneintrittalters befristete und unbegrenzt häufig verlängerbare Arbeitsverträge angeboten werden können. Damit drohe den älteren Arbeitnehmern die Gefahr, von festen Beschäftigungsverhältnissen ausgeschlossen zu werden. Diese Ungleichbehandlung sei nicht zu rechtfertigen. Das BAG schloss sich nun der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs an und urteilte, dass allein auf § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG gestützte sachgrundlose Befristungen unwirksam sind.

Arbeitgeber, die vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs solche befristeten Verträge abgeschlossen haben, können sich auch nicht auf ihr Vertrauen in die Gültigkeit der Vorschrift berufen, da die Vereinbarkeit der Norm mit dem Gemeinschaftsrecht im arbeitsrechtlichen Schrifttum bereits seit ihrem In-Kraft-Treten in Zweifel gezogen worden war.

Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG hat erhebliche Konsequenzen, da sämtliche Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern, die alleine wegen des Alters des Mitarbeiters befristet abgeschlossen wurden, unwirksam sind und ein Vertrauensschutz nicht gewährt wird. Es ist aber genau zu prüfen, ob nicht ein anderer Befristungsgrund vorliegt. Zum einen können dies sachliche Gründe nach § 14 Abs. 1 TzBfG sein (z. B. Krank-

heitsvertretung etc.). Zum anderen könnte eine sachgrundlose Befristung bis zur Dauer von zwei Jahren in Betracht kommen. Wichtig für die Praxis ist es, sowohl die bestehenden Arbeitsverträge mit älteren Mitarbeitern zu überprüfen als auch auszuschließen, dass neue befristete Arbeitsverträge mit älteren Mitarbeitern

ohne Vorliegen einer wirksamen Befristungsmöglichkeit abgeschlossen werden.

Dr. Mark Oelmüller
mark.oelmueller@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (201) 2421 24025

Arbeit auf Abruf

(BAG vom 7. Dezember 2005 – 5 AZR 535/04)

Der Fall

In einem vorformulierten Arbeitsvertrag war vereinbart, dass die wöchentliche Arbeitszeit 30 Stunden beträgt und die Arbeitnehmerin keinen Anspruch gegenüber ihrem Arbeitgeber habe, mehr als 30 Stunden beschäftigt zu werden. Gleichzeitig erklärte sich die Arbeitnehmerin damit einverstanden, auf eine Aufforderung des Arbeitgebers mehr als 30 Stunden pro Woche zu arbeiten, wobei die maximale wöchentliche Arbeitszeit auf 40 Stunden begrenzt wurde. Insgesamt waren damit 10 Stunden/Woche flexibel gestellt („Arbeit auf Abruf“).

Die Entscheidung

Das BAG prüft zur Beurteilung der Wirksamkeit der Abrede zunächst einen Verstoß gegen § 12 TzBfG. Nach dieser Norm können Arbeitgeber und Arbeitnehmer jederzeit vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall erbringen soll. § 12 TzBfG fordert jedoch in jedem Fall die Festlegung einer bestimmten festen wöchentlichen Arbeitszeit, die beispielsweise in einem bestimmten Ausgleichszeitraum im Durchschnitt erzielt werden muss. Hieraus wird vielfach abgeleitet, dass die wöchentliche Arbeitszeit stets exakt festgelegt werden müsse und es unzulässig sei, lediglich eine bestimmte Mindestdauer zu vereinbaren und die restliche Zeit flexibel zu stellen (Bandbreitenregelungen). Das BAG verwirft diese Ansicht ausdrücklich, da die starre Festlegung einer wöchentlichen Arbeitszeit dem Grundprinzip der „Arbeit auf Abruf“ diametral gegenüberstehe.

In einem zweiten Schritt unterzieht das BAG die Klausel einer Inhaltskontrolle anhand der §§ 305 ff. BGB. Dabei betont es, dass der Arbeitgeber mit einer derartigen Klausel sein Wirtschaftsrisiko auf den Arbeitnehmer verlagere, da er bei mangelnder Beschäftigungsmöglichkeit schlichtweg keine Arbeit abrufen könne. Das BAG sieht aber zugleich auch das Bedürfnis des Arbeitgebers nach flexibler Gestaltung der Arbeitszeit und gesteht dem Arbeitgeber zu, 25 % der fixen Arbeitszeit zusätzlich „abrufbar“ zu stellen. Wird demnach eine Basisarbeitszeit von 30 Stunden/Woche vereinbart, so können zusätzlich 7,5 Stunden/Woche flexibel „abgerufen“ werden.

Unser Kommentar

Das BAG trägt mit dieser Entscheidung wesentlich dazu bei, Arbeitsbedingungen flexibel gestalten zu können. Dabei erhöht sich die Flexibilität zusätzlich dadurch, dass der Arbeitgeber neben der vollen Ausschöpfung der Bandbreite im Einzelfall eventuell noch Überstunden anordnen kann. Zudem scheint sich durch das Urteil eine einheitliche Tendenz in der Rechtsprechung abzuzeichnen, was die Höhe von widerruflichen bzw. flexiblen Arbeitsbedingungen betrifft. Bereits in dem Urteil vom 12. Januar 2005 (5 AZR 364/04) hat der 5. Senat des BAG klargestellt, dass der widerrufliche Anteil an der Gesamtvergütung nur maximal 25 % betragen dürfe.

Thorsten Walther
thorsten.walther@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (911) 3958 16091

Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
21. August 2006	Diversity Management Dr. Volker Schneider	DGFP Hamburg
30. – 31. August 2006	Betriebsverfassungsrecht Axel Braun	DGFP Düsseldorf
1. September 2006	Betriebsverfassungsrecht Axel Braun	DGFP Düsseldorf
6. – 7. September 2006	Arbeitsrecht für Manager Axel Braun, Hans-Christian Ackermann	F.A.Z.-Institut Oberursel
7. September 2006	Workshop Steuer- und Arbeitsrecht (AGG, Arbeitsvertrags-Check) Dagmar Stabernack	IHK Südthüringen Suhl
12. September 2006	Abendforum Arbeitsrecht Axel Braun	DGFP Düsseldorf
12. – 13. September 2006	Vertragscheck und Führen von Mitarbeitergesprächen Sebastian Fedder, Dr. Sigrid Anschutz, Dr. Henning-Alexander Seel	v. Rundstedt & Partner/Luther Hannover
14. – 15. September 2006	Schutz besonderer Personengruppen & Wettbewerbsverbot Dr. Robert von Steinau-Steinrück	Fachseminare von Fürstenberg Köln
15. September 2006	Diversity Management Dr. Volker Schneider	DGFP Hamburg
18. September 2006	Aufhebungsverträge in der Praxis Hans-Christian Ackermann	DGFP Düsseldorf
18. September 2006	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Betriebliches Eingliederungsmanagement Thorsten Walther	IHK Weiden Weiden

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
18. September 2006	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Dr. Volker Schneider	WSF Regensburg
20. September 2006	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Betriebliches Eingliederungsmanagement Thorsten Walther	IHK Regensburg
22. September 2006	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Dr. Kathrin Pietras, Michaela Christmann	WSF Frankfurt a. M.
26. September 2006	Optimierung des Geschäftsführer- Anstellungsvertrages Martina Buhr	WSF Wiesbaden
26. September 2006	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Thorsten Walther	IHK Nürnberg
26. September 2006	Professionalisierung für das Personalmanagement Axel Braun	DGFP Berlin
27. September 2006	Aktuelles Arbeitsrecht Thorsten Walther	IHK Coburg
28. September 2006	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz Hans-Christian Ackermann	WSF Düsseldorf
28. September 2006	Aktuelles zu Mitarbeiterentsendungen in das Ausland Dr. Karsten Umnuß	Ernst & Young, Allianz Krankenversicherung, Luther München

Redaktion

Dr. Roman Frik, LL.M., Stuttgart, Telefon +49 (711) 9881 12894

Haftungsausschluss

Obleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Ansprechpartner

In Association with  ERNST & YOUNG

Berlin

Dr. Robert von Steinau-Steinrück
Telefon +49 (30) 25471 500

Hamburg

Dr. Volker Schneider
Telefon +49 (40) 36132 500

München

Dr. Karsten Umuß
Telefon +49 (89) 14331 500

Düsseldorf

Hans-Christian Ackermann
Telefon +49 (211) 9352 500

Hannover

Sebastian Fedder
Telefon +49 (511) 8508 500

Nürnberg

Thorsten Walther
Telefon +49 (911) 3958 500

Eschborn/Frankfurt a. M.

Dr. Thomas Thees
Telefon +49 (6196) 996 27160

Köln

Axel Braun
Telefon +49 (221) 2779 500

Stuttgart

Dietmar Heise
Telefon +49 (711) 9881 500

Essen

Stefanie Prehm
Telefon +49 (201) 2421 500

Leipzig/Dresden

Dagmar Stabernack
Telefon +49 (341) 2526 500

Alle Ansprechpartner erreichen Sie per E-Mail unter: vorname.nachname@luther-lawfirm.com
Allgemeine Fragen richten Sie bitte per E-Mail an: contact@luther-lawfirm.com.

Bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH arbeiten rund 220 Rechtsanwälte an 13 Standorten in Deutschland. Sie unterstützen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand in allen Fragen des Wirtschaftsrechts. Außerdem bietet Luther in Zusammenarbeit mit Ernst & Young multidisziplinäre Beratung an. Bei internationalen Mandaten greift Luther auf ein weltweites Netz enger Kooperationskanzleien zurück.