

# Arbeitsrecht

---

## Bezugnahmen auf Tarifverträge – Anpassungsbedarf bei den Vertragsklauseln

■ Seite 2

---

## Die neue Verordnung über den Arbeitsmarktzugang ausländischer Hochschulabsolventen

■ Seite 4

---

## Aktuelles zum Thema Mitarbeiterbeteiligung

■ Seite 5

---

## Kombination von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt (auch) in nach dem 31. Dezember 2002 abgeschlossenen Formulararbeitsverträgen generell wirksam?

(BAG vom 20. Juni 2006 - 10 AZR 410/06)

■ Seite 6

---

## Unwirksamkeit der nachträglichen schriftlichen Befristung des Arbeitsvertrags

(BAG vom 13. Juni 2007 – 7 AZR 700/06)

■ Seite 7

---

## Private Internetnutzung am Arbeitsplatz

(BAG vom 31. Mai 2007 – 2 AZR 200/06)

■ Seite 8

---

## Abschluss eines Geschäftsführervertrages führt zur Aufhebung des Arbeitsvertrages

(BAG, Urteil vom 19. Juli 2007 – 6 AZR 875/06)

■ Seite 9

---

## Geringere Sozialplanabfindungen für rentennahe Arbeitnehmer sind AGG-konform

(LAG Köln vom 4. Juni 2007 – 14 Sa 201/07)

■ Seite 10

---

## Aktuelle Seminare und Veranstaltungen aus dem Bereich Employment

■ Seite 11

---

# Bezugnahmen auf Tarifverträge – Anpassungsbedarf bei den Vertragsklauseln

Das Bundesarbeitsgericht hat am 14. Dezember 2005 eine Rechtsprechungsänderung angekündigt, soweit es arbeitsvertragliche Bezugnahmen auf Tarifverträge im Kleid der sogenannten „kleinen dynamischen Verweisung“ zu beurteilen hat. Diese Ankündigung hat der Vierte Senat am 18. April 2007 nunmehr umgesetzt. Die Folgen: Es gilt (fast) nur noch das geschriebene Wort. Die Praxis bei der Gestaltung von Verweisungsklauseln sollte dringend geändert werden, wenn dies noch nicht geschehen ist.

Zum Hintergrund: viele Arbeitsverträge nehmen Bezug auf Tarifverträge. Zweierlei soll damit erreicht werden. Erstens soll bei einem ohnehin tarifgebundenen Arbeitgeber sichergestellt werden, dass die einschlägigen Tarifverträge auf alle Arbeitnehmer angewendet werden. Gewerkschaftsfreie Mitarbeiter werden gewerkschaftsangehörigen und damit tarifgebundenen (wenn der Arbeitgeber seinerseits tarifgebunden ist) gleichgestellt. Die Personalbetreuung wird damit vereinfacht und vereinfacht. Der Arbeitgeber muss nicht nachhalten, welcher Mitarbeiter Gewerkschaftsmitglied ist. Zweitens braucht bei den gewerkschaftsfreien Mitarbeitern nicht alles arbeitsvertraglich geregelt werden, was ohnehin schon in den Tarifverträgen steht. Die Arbeitsverträge bleiben schlank.

In der Praxis sind überwiegend zwei Spielarten der Verweisungsklausel anzutreffen: Entweder verweist der Arbeitsvertrag auf die im Betrieb jeweils geltenden Tarifverträge in ihrer jeweiligen Form. Eine solche Verweisung würde immer den tagesaktuell im Betrieb geltenden Tarifvertrag einbeziehen, gleich welcher Branche. Einen Tarifwechsel im Betrieb beispielsweise durch Betriebsübergang, Änderung des Betriebszwecks oder Verbandswechsel würde eine solche Verweisung nachvollziehen. Solche Verweisung wird „große dynamische Verweisungsklausel“ genannt. Oder der Arbeitsvertrag verweist auf ein bestimmtes Tarifwerk (z.B. die Tarifverträge des Einzelhandels Hessen) in seiner jeweils aktuellen Fassung. Dann würden zwar alle Änderungen des Tarifwerks nachvollzogen (insbesondere Entgeltrunden), nicht jedoch ein Tarifwechsel. Dies wird „kleine dynamische Verweisungsklausel“ genannt.

Die Rechtsprechungsänderung betrifft die häufigere Verweisungsklausel, nämlich die kleine dynamische Verweisung. Bisher hat die Rechtsprechung – im Zweifel auch ohne weitere Anhaltspunkte – in die kleine dynamische Verweisungsklausel eine auflösende Bedingung hineingelesen: Immer dann, wenn die Tarifdynamik für die unmittelbar durch Gewerkschaftszugehörigkeit tarifgebundenen Mitarbeitern endete, sollte die Dynamik enden und die Klausel als statische Verweisungsklausel weitergelten. Spätere Tarifänderungen sollten also nicht mehr zu Ansprüchen der Mitarbeiter führen. Diese so genannte Gleichstellungsabrede entfaltete ihre Wirkung also vor allem, wenn der Betrieb an einen nicht verbandsangehörigen Arbeitgeber übertragen wurde, durch Zweckänderung aus der Branche wuchs oder aber wenn der bisherige Arbeitgeber aus dem Arbeitgeberverband austrat.

Bereits in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 2005 (4 AZR 536/04) hatte der zuständige Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts angekündigt, seine Rechtsprechung zu Gleichstellungsabreden im Rahmen der kleinen dynamischen Verweisung zu ändern. Im Urteil vom 18. April 2007 vollzog das Gericht nun diese Ankündigung und bestätigte sie sogleich in zwei Entscheidungen vom 29. August 2007 (die Urteilsbegründung steht noch aus).

Nunmehr soll das gelten, was im Arbeitsvertrag steht. Das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB), die Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) sowie das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (§ 306 BGB) des im Arbeitsrecht seit 2002 geltenden AGB-Rechts ergäben, dass kleine dynamische Bezugnahmeklauseln grundsätzlich nicht mehr als Gleichstellungsabreden ausgelegt werden können. Nur wenn Tatsachen vorgetragen werden können, die für beide (!) Seiten erkennbar den Inhalt der gegenseitigen Vertragserklärungen abweichend vom niedergeschriebenen Wortlaut beeinflusst haben, will das Gericht künftig von dem Wortlaut der Vertragsklausel abweichen. So das Urteil vom 18. April 2007. Damit nehmen Arbeitnehmer, die in den Genuss der kleinen dynamischen Verweisungsklausel

kommen, auch noch an den Tarifänderungen nach Betriebsänderung, Betriebszweckänderung oder Verbandsaustritt teil.

Mit den Entscheidungen vom 29. August 2007 stellt das Bundesarbeitsgericht die gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmer sogar noch etwas besser: Auch für sie soll der arbeitsvertragliche Verweis konstitutive – rechtsbegründende – Bedeutung haben. Für sie soll die Klausel also nicht nur ein deklaratorischer Hinweis auf die Tarifgeltung sein. Damit können diese Arbeitnehmer nach den Regeln des Günstigkeitsprinzips (§ 4 Abs. 3 TVG) sogar Rosinen picken. Auch das wird das Gericht ausweislich der bislang nur veröffentlichten Pressemitteilung klarstellen.

Das bedeutet nun aber nicht, dass die Interessen der Arbeitgeber nicht mehr durchsetzbar wären. Nun gilt es, besondere Sorgfalt auf die Klauselgestaltung zu legen. Alte Vertragsmuster sollten umgehend überarbeitet werden, wenn dies nicht schon in Reaktion auf die Entscheidung vom 14. Dezember 2005 geschehen ist. Wenn sich irgendeine Gelegenheit bietet, sollten auch die bestehenden Arbeitsverträge geändert werden.

Ein Patentrezept für die richtige Klausel wird es nicht mehr geben: Soll für sämtliche denkbaren, zukünftigen Entwicklungen vorgegeben werden, ob und welcher Tarifvertrag (noch) anzuwenden ist, wird der bisherige Zweizeiler zu einem Regelungsmonster: Explizit könnte beispielsweise die statische Weitergeltung des Tarifvertrages bei Verbandsaustritt angeordnet werden. Ähnliche Regelungen können für den Fall eines Betriebsübergangs und für das Herauswachsen aus dem Tarifvertrag entworfen werden. Denkbar sind auch Regelungen für den Fall, dass bei einem Betriebserwerb andere Tarifverträge Anwendung finden, die möglicherweise gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer kraft Mitgliedschaft binden, Außenseiter aber nicht erfassen. Und so weiter.

Bei einfacher strukturierten Mitarbeitergruppen wird künftig die Frage auftauchen, ob umfangreichere Klauseln noch nachvollziehbar, m.a.W. transparent im Sinne der AGB-Kontrolle sind. Statt Skylla droht Charybdis.

Soll dann nicht künftig gleich zur großen dynamischen Verweisklausel gegriffen werden? Vielleicht. Allerdings wird das Bundesarbeitsgericht bei nächster Gelegenheit den alten Grundsatz „Ein Betrieb – ein Tarif“ stürzen. Meh-

riere konkurrierende Tarifverträge können dann auf verschiedene Arbeitnehmer anzuwenden sein. Mindestens für diesen Fall sollten daher auch die großen dynamischen Verweisklauseln (um-) gerüstet werden

Hoffnung gibt es lediglich für einen Teil der Altfälle. Bezugnahmeklauseln, die vor dem 1. Januar 2002 – dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform – vereinbart wurden, sollen weiterhin nach alter Gewohnheit ausgelegt werden. Ist der Arbeitgeber tarifgebunden und liegen keine sonstigen besonderen Umstände vor, ist eine kleine dynamische Bezugnahmeklausel in diesen Fällen regelmäßig als Gleichstellungsabrede zu verstehen. Für alle Einstellungen seit dem 1. Januar 2002 hält der Tarifsenaat nur den „tröstlichen“ Hinweis bereit, dass die Klauseln mit Änderungsverträgen oder mit Änderungskündigungen angepasst werden können. Wie wenig das geht, sagen bekanntlich die Richterkollegen vom Kündigungssenat des Bundesarbeitsgerichts.

Seit Inkrafttreten der gesetzlichen AGB-Kontrolle für Arbeitsverträge liefert das Bundesarbeitsgericht immer wieder Anlass zu einem Arbeitsvertrags-Check. Die für viele Praktiker unauffällige Rechtsprechungsänderung zu den Bezugnahmeklauseln drängt jedoch im Sinne einer weit-sichtigen Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu einer prioritären Prüfung der Vertragsmuster und der Altverträge. Das Erwachen kann böse sein, wenn nach erhoffter Reduzierung der Personalkosten doch wieder unerwünschte Tarifierhöhungen zu zahlen sind. Beim Betriebserwerb oder -verkauf kann die Verweisklausel so vielleicht auch einmal zum Dealbreaker werden.

---

**Dietmar Heise**

**[dietmar.heise@luther-lawfirm.com](mailto:dietmar.heise@luther-lawfirm.com)**

**Telefon +49 (711) 9338 12894**

---

# Die neue Verordnung über den Arbeitsmarktzugang ausländischer Hochschulabsolventen

## Hintergrund

Am 16. Oktober 2007 ist die Verordnung über den Zugang ausländischer Hochschulabsolventen zum Arbeitsmarkt (Hochschulabsolventen-Zugangsverordnung) in Kraft getreten. Vor dem Hintergrund einer steigenden Nachfrage nach Fachkräften erleichtert die vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales erlassene Verordnung die Zulassung von ausländischen Absolventen deutscher Hochschulen sowie von Ingenieuren bestimmter Fachrichtungen aus den neuen EU-Mitgliedstaaten zum deutschen Arbeitsmarkt.

## Die Grundzüge der Hochschulabsolventen-Zugangsverordnung

Die Verordnung regelt Erleichterungen für zwei Personengruppen. In den Anwendungsbereich von § 1 Nr. 1 der Verordnung fallen Ausländer aus den neuen EU-Mitgliedstaaten, die eine ingenieurwissenschaftliche Universitäts- oder Fachhochschulausbildung mit Schwerpunkt auf dem Gebiet des Maschinen- und Fahrzeugbaus oder der Elektrotechnik oder eine vergleichbare Qualifikation besitzen. Die von dem ausländischen Arbeitnehmer zu besetzende Stelle muss dem Abschluss angemessen sein und nach ihrem Stellenprofil ebenfalls den Schwerpunkt in den genannten Fachgebieten haben. § 1 Nr. 2 der Verordnung erfasst Hochschulabsolventen, die ihr Studium an einer deutschen Hochschule absolviert haben. Dies erleichtert nicht nur Drittstaatenangehörigen sondern auch Staatsangehörigen der neuen EU-Staaten, die ein Studium an einer deutschen Hochschule absolviert haben, die Zulassung zum deutschen Arbeitsmarkt unabhängig vom Studienfach, wenn die Tätigkeit auf einem dem Studienabschluss angemessenen Arbeitsplatz erbracht wird.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, entfällt die Prüfung, ob bevorrechtigte Arbeitnehmer Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben.

## Ausblick

Insbesondere für Staatsangehörige der neuen EU-Mitgliedstaaten, die im Rahmen der Übergangsfristen bis-

her nur eingeschränkte Freizügigkeit genießen, bringt die Verordnung deutliche Erleichterungen beim Arbeitsmarktzugang. Für die Praxis dürfte auch die verkürzte Verfahrensdauer auf Grund des Wegfalls der Arbeitsmarktprüfung von erheblicher Bedeutung sein. Auch für Arbeitgeber, die dringend qualifizierte Mitarbeiter rekrutieren wollen, bringt die Verordnung mehr Möglichkeiten.

---

**Martina Ziffels**

[martina.ziffels@luther-lawfirm.com](mailto:martina.ziffels@luther-lawfirm.com)

Telefon +49 (40) 18067 12195

---

# Aktuelles zum Thema Mitarbeiterbeteiligung

Als Instrument zur Unternehmensbindung, zur Identifikation mit dem Arbeitgeber und zur Schaffung finanzieller Anreize sind Arbeitnehmerbeteiligungsprogramme derzeit wieder verstärkt in den Fokus der Politik geraten.

Bisher werden Arbeitnehmerbeteiligungsprogramme überwiegend von Großunternehmen angeboten. Während nur ca. 16 % der kleinen und mittleren Unternehmen ihren Mitarbeitern entsprechende Beteiligungsmodelle anbieten, beteiligen 21 der 30 DAX-Unternehmen ihre Mitarbeiter in Form von Mitarbeiteraktien am Kapital. Hierzu dienen eigens geschaffene Anteilserwerbsprogramme mit Sonderkonditionen für die eigenen Mitarbeiter sowie Aktienoptionsprogramme als Mittel zur Beteiligung am Unternehmen.

Im Jahr 2007 haben die beiden Parteien der Großen Koalition Vorschläge zur weiteren Stärkung von Mitarbeiterbeteiligungen unterbreitet. Nach dem Vorschlag der CDU/CSU soll jeder Mitarbeiter jährlich bis zu einem Betrag i.H.v. € 1.000,00 steuerbegünstigte Kapitalbeteiligung am Unternehmen erwerben können, wobei sich dieser Betrag aus einer Freibetragsregelung und einer Bruttolohnumwandlung zusammensetzt. Abgesehen von der steuerlichen Privilegierung favorisiert der Vorschlag der CDU/CSU betriebliche Bündnisse als vertragliche Grundlagen zwischen Unternehmensführung und Mitarbeiter für sog. „soziale Kapitalpartnerschaften“, so dass es im Wesentlichen bei den bisher bekannten Beteiligungsformen bleiben soll.

Der Vorschlag der SPD beinhaltet eine Förderung nach dem 5. Vermögensbildungsgesetz von jährlich 80,00 € (derzeit 72,00 €) sowie eine steuerliche Förderung nach § 19a EStG von jährlich ca. 240,00 € (derzeit 135,00 €). Zusätzlich sieht das SPD-Modell die Einrichtung eines sog. „Deutschlandfonds“ vor. Dieser steht grundsätzlich allen Unternehmen in Deutschland offen. Danach vereinbaren Mitarbeiter, Unternehmen und der Deutschlandfonds ein „Dreiecksgeschäft“. Der Mitarbeiter erwirbt einerseits Anteile am Deutschlandfonds. Der Deutschlandfonds stellt in einem nächsten Schritt die Einlagen der Mitarbeiter den entsprechenden arbeitgebenden Unternehmen als Mezzanine- oder Beteiligungskapital zur Verfügung. Hinsichtlich

der Finanzierungsform (offene Beteiligung, Genussrechte, stille Beteiligungen etc.), der Laufzeit, Rückzahlungsmodalitäten, Verzinsung usw. sollen standardisierte Finanzierungsprodukte bereitgestellt werden, um die Prozess- und Verwaltungskosten gering zu halten. Weiterhin dient dieses Modell einer höheren Insolvenzsicherheit, da durch die breite Risikostreuung nur ein geringes Risiko eines Totalverlustes besteht und darüber hinaus strukturelle Absicherungsmechanismen (z.B. in Form einer Bundesgarantie) eingeführt werden sollen.

Ob diese Vorschläge wirklich Gesetzesstatus erlangen werden, ist derzeit noch ungewiss. Klar ist, dass die geplanten Änderungen nichts an den sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen für die derzeit schon existierenden Mitarbeiterbeteiligungsmodelle ändern werden. Dies gilt insbesondere für die einschlägigen Vorschriften für Anteilserwerbsprogramme und Aktienoptionspläne. Daher bleiben die Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Mitarbeiterbeteiligungsprogramme gem. §§ 71 ff., 192 ff. und 202 ff. AktG, die eventuell notwendige Erstellung eines Wertpapierprospektes nach dem Wertpapierprospektgesetz sowie arbeitsrechtliche Vorschriften über die wirksame Einführung in das Arbeitsverhältnis und der Beteiligung des Betriebsrats weiterhin anwendbar.

Fazit: Der gut beratene Arbeitgeber sollte sich unabhängig von den geplanten Entwürfen der Großen Koalition bewusst sein, dass es verschiedenste Formen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen gibt und sorgfältig überlegen, welches der möglichen Beteiligungsmodelle das für ihn Geeignete ist.

---

**Dr. Marko Loose**  
**[marko.loose@luther-lawfirm.com](mailto:marko.loose@luther-lawfirm.com)**  
**Telefon +49 (89) 23714 24736**

---

# Kombination von Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt (auch) in nach dem 31. Dezember 2002 abgeschlossenen Formulararbeitsverträgen generell wirksam?

(BAG vom 20. Juni 2006 - 10 AZR 410/06)

## Der Fall

Der Kläger war bei der Beklagten – einer Ingenieurgesellschaft – beschäftigt. Sein im Jahre 2003 neu abgeschlossener Arbeitsvertrag enthielt u. a. folgende Klausel: „Soweit ein Weihnachtsgeld an die anderen Mitarbeiter gezahlt wird, erhält der Arbeitnehmer dieses entsprechend. Gratifikationen, zusätzliche Urlaubs- und Weihnachtsgelder oder sonstige Sondervergütungen sind – auch wenn sie wiederholt gezahlt werden – jederzeit widerrufliche freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin. Wird ein freiwilliges Weihnachtsgeld gezahlt, ist diese Sondervergütung an die Arbeitgeberin zurückzuzahlen, sofern der Arbeitnehmer nicht über den 31. März des Folgejahres hinaus bei der Firma beschäftigt ist.“

Der Kläger machte für das Jahr 2004 unter Hinweis auf in der Vergangenheit erbrachte Zahlungen das Weihnachtsgeld geltend. Das Arbeitsgericht Magdeburg sowie das LAG Halle haben die Klage jeweils abgewiesen. Auch die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg.

## Der Entscheidung

Das BAG hat durch die Abweisung der Klage klargestellt, dass die Kombination eines Widerrufs- mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt im Hinblick auf eine Gratifikation – wie in der Arbeitsvertragsklausel formuliert – geeignet ist, die Entstehung eines Anspruchs auf die Sonderzahlung auszuschließen. Der doppelte Ausschluss eines Anspruchs durch die Qualifizierung der Leistung als „widerruflich und freiwillig“ führe nicht dazu, dass der Ausschluss insgesamt ins Leere gehe. Daher könne sich der Arbeitnehmer nicht darauf berufen, dass der Arbeitgeber in den vergangenen Jahren ein Weihnachtsgeld gezahlt habe.

## Unser Kommentar

Der Arbeitgeber will sich bei zusätzlichen Sonderzahlungen wie Weihnachts- und Urlaubsgeld in der Regel nicht auf Dauer binden, sondern die Möglichkeit haben, keine Zahlungen vorzunehmen. Erreicht wird dies insbesondere durch entsprechende Vorbehalte im Arbeitsvertrag (Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt). Teilweise werden beide Vorbehalte kombiniert. Das BAG hat nun klargestellt, dass die Kombination eines Widerrufs- mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt in einem Formulararbeitsvertrag nicht zwangsläufig zur Unwirksamkeit der Klausel führt. Die Bedenken einiger Landesarbeitsgerichte, welche die Klausel „freiwillig und unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs“ als intransparent und unangemessen gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB qualifiziert haben, teilt das BAG nicht und liegt damit auf einer Linie mit dem LAG Berlin (Urteil vom 13. Mai 2005 – 13 Sa 213/05), nach welcher der zusätzliche Widerrufsvorbehalt den Freiwilligkeitsvorbehalt des Arbeitgebers lediglich unterstütze.

Trotz dieser Entscheidung ist es u. E. dringend zu empfehlen, Vorbehalte bzgl. Gratifikationen in Formulararbeitsverträgen klar und unmissverständlich zu fassen. Wir empfehlen bei der Gewährung von Sondergratifikationen die Verwendung eines Freiwilligkeitsvorbehalts, da bei einem Widerrufsvorbehalt grundsätzlich die möglichen Widerrufsgründe aufzuführen sind.

---

**Dr. Henning-Alexander Seel**  
[henning.seel@luther-lawfirm.com](mailto:henning.seel@luther-lawfirm.com)  
Telefon +49 (511) 5458 26950

---

# Unwirksamkeit der nachträglichen schriftlichen Befristung des Arbeitsvertrags

(BAG vom 13. Juni 2007 – 7 AZR 700/06)

## Der Fall

Der Kläger bewarb sich bei der Beklagten als Assistenzarzt, um die Weiterbildung zum Facharzt zu ergänzen. Im Februar des Jahres 2004 bot ihm die Beklagte eine befristete Beschäftigung als Assistenzarzt zur Weiterbildung an. Zunächst wurde dem Kläger eine Befristung mit Sachgrund bis zum 31. Dezember 2004 vorgeschlagen. Dann verständigten sich die Parteien darauf, dass die Befristung ein Jahr umfassen solle. In einer schriftlichen Information für den Betriebsrat wurde sodann festgehalten, dass das Arbeitsverhältnis vom 23. Februar 2004 bis zum 22. Februar 2005 befristet sei. Am 23. Februar 2004 nahm der Kläger seine Tätigkeit bei der Beklagten auf. Erst am 26. Februar 2004 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag, in welchem es heißt, dass der Kläger befristet, längstens bis zum 19. Februar 2005, eingestellt wird.

Der Kläger hielt die Befristung seines Vertrages für unwirksam, da sie gegen das Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG verstoße. Die Befristung sei zu Arbeitsbeginn nur mündlich vereinbart gewesen.

## Die Entscheidung

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Zwar sei eine mündliche Befristungsabrede nichtig mit der Folge, dass ein unbefristeter Vertrag geschlossen worden sei. Die spätere schriftliche Niederlegung nach Arbeitsaufnahme führe nicht dazu, dass die zunächst formnichtige Befristung rückwirkend mit Arbeitsaufnahme wirksam werde. Allenfalls könne ein zunächst entstandenes unbefristetes Arbeitsverhältnis nachträglich befristet werden, was (nur) bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig sei. An dem Willen zur Herbeiführung dieser Rechtsfolge fehle es den Parteien aber regelmäßig, wenn sie eine zuvor mündliche Vereinbarung nach Arbeitsbeginn schriftlich niederlegten.

Anders sei es aber im vorliegenden Fall: Nach dem Vortrag der Parteien habe es im Vorfeld keine mündliche Einigung

über das konkrete Ende der Befristung gegeben. Der Kläger habe nicht dargelegt, wann und durch welche Erklärungen eine Befristungsabrede zum 19. Februar 2005 zustande gekommen sei. Insoweit fehle es laut BAG damit an einer mündlichen Abrede über ein Ende der Befristung am 19. Februar 2005. Somit könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien im Arbeitsvertrag lediglich eine vorherige mündliche Abrede bestätigen wollten. Vielmehr hätten sie mit Abschluss des schriftlichen Vertrags eine echte nachträgliche Befristung vereinbaren wollen.

Da im vorliegenden Fall ein Sachgrund für eine Befristung nach dem Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung gegeben war, war die Befristung als wirksam anzusehen.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung macht deutlich, wie wichtig es ist, dass die Befristungsabrede vor der tatsächlichen Arbeitsaufnahme schriftlich abgeschlossen wird. Wird dies versäumt, sind gerade sachgrundlose Befristungen unwirksam, auch wenn nur wenige Tage nach Arbeitsaufnahme eine Vereinbarung unterzeichnet wird.

Bei Befristungen, für die ein Sachgrund gegeben ist, kann im Einzelfall in der nach Arbeitsaufnahme schriftlich getroffenen Befristungsabrede eine wirksame nachträgliche Befristung gesehen werden. Hierfür kommt es entscheidend darauf an, ob die später schriftlich fixierte Befristungsabrede von einer mündlich vor Arbeitsaufnahme getroffenen Befristungsabrede abweicht oder nicht.

---

**Dr. Roland Klein**  
[roland.klein@luther-lawfirm.com](mailto:roland.klein@luther-lawfirm.com)  
Telefon +49 (211) 5660 26876

---

# Private Internetnutzung am Arbeitsplatz

(BAG vom 31. Mai 2007 – 2 AZR 200/06)

## Der Fall

Der Kläger war seit dem 1. Januar 1999 bei der Beklagten als Bauleiter tätig. Am 4. Dezember 2004 überprüfte die Beklagte den Dienst-PC des Klägers, auf den jedoch auch andere Mitarbeiter zugreifen konnten. Eine betriebliche Regelung über die private Nutzung des Dienst-PC bestand nicht. Die Beklagte sicherte Bild- und Videodateien mit teilweise erotischem Inhalt und stellte fest, dass von diesem PC auch Erotikseiten im Internet aufgesucht worden waren. Der Kläger hatte für einige Tage, an denen die Daten aufgerufen worden waren, Überstunden abgerechnet. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2004 kündigte die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise ordentlich.

Das ArbG hat der Kündigungsschutzklage des Klägers vollumfänglich stattgegeben; auf die Berufung der Beklagten hat das LAG die Entscheidung des ArbG teilweise abgeändert und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche, aber durch die ordentliche Kündigung beendet worden ist.

## Die Entscheidung

Die Revision des Klägers gegen die Entscheidung des LAG hatte insoweit Erfolg, als der Zweite Senat des BAG die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwies. Nach Ansicht des BAG hat das LAG zu Unrecht einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund iSv § 1 Abs. 2 KSchG angenommen. Da es sich vorliegend nicht um eine exzessive Privatnutzung des Internets gehandelt habe, hätte das LAG bei seiner Entscheidung das Fehlen einer vorherigen Abmahnung zugunsten des Klägers berücksichtigen müssen. Des Weiteren sei eine mögliche Pflichtverletzung des Klägers nicht ausreichend konkretisiert und festgestellt. Zum einen sei nicht nachgewiesen, an welchen Tagen der Kläger den Dienst-PC privat genutzt hat, da auch andere Mitarbeiter den PC nutzen konnten. Außerdem sei unklar, welche Datenmenge aus dem Internet in das betriebliche Betriebssystem eingebracht wurde und ob es dadurch zu erheblichen Belastungen und Störungen der betrieblichen Datensysteme ge-

kommen ist. Auch sei nicht festgestellt, ob durch die private Internetnutzung zusätzliche Kosten entstanden sind und ob bzw. in welchem Umfang der Kläger während der Arbeitszeit seine geschuldete Arbeitsleistung nicht erbracht hat.

## Unser Kommentar

Mit dem vorliegenden Urteil bestätigt das BAG seine bisherige Rechtsprechung, dass die private Internetnutzung während der Arbeitszeit grundsätzlich als Kündigungsgrund geeignet ist und bei exzessiver Nutzung eine außerordentliche Kündigung auch ohne vorherige einschlägige Abmahnung in Betracht kommt. Zum Ausspruch einer Kündigung kann jedoch nur dann geraten werden, wenn nachweisbar ist, in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung durch die private Internetnutzung vernachlässigt hat, welche Kosten dem Arbeitgeber hierdurch entstanden sind und ob der Arbeitgeber ggf. durch das Aufrufen bestimmter Internetseiten einen Imageschaden erlitten hat. Insgesamt empfiehlt sich, die private Internetnutzung explizit zu verbieten. Ein klares Verbot, gegen das verstoßen wird, wird zulasten des Arbeitnehmers zu werten sein.

---

**Michaela Christmann**

**[michaela.christmann@luther-lawfirm.com](mailto:michaela.christmann@luther-lawfirm.com)**

**Telefon +49 (6196) 592 25088**

---



# Abschluss eines Geschäftsführervertrages führt zur Aufhebung des Arbeitsvertrages

(BAG, Urteil vom 19. Juli 2007 – 6 AZR 875/06)

## Der Fall

Der Arbeitnehmer ist seit dem 1. April 2000 als Werksleiter mit einem Jahresgehalt von DM 180.000,00 direkt der Geschäftsführung unterstellt. Am 23. Dezember 2003 schließt er einen schriftlichen Geschäftsführervertrag mit der GmbH. Der Arbeitsvertrag wird nicht ausdrücklich aufgehoben. Der Geschäftsführervertrag wird von der GmbH im Juni 2005 zum Ende des Jahres gekündigt. Rein vorsorglich kündigt die GmbH auch den Arbeitsvertrag. Der Arbeitnehmer vertritt vor Gericht die Auffassung, dass sein Arbeitsverhältnis weiter bestehe.

## Die Entscheidung

Das BAG hat den Fall genutzt, um die bislang offene Frage zu entscheiden, ob es einer Aufhebung des Arbeitsvertrages bedarf, wenn mit einem Arbeitnehmer ein Geschäftsführervertrag geschlossen wird. Im konkreten Fall kam es auf die Kündigung des Arbeitsvertrags nach Auffassung des 6. Senats des BAG nicht an. Denn durch Abschluss des Geschäftsführervertrages sei der Arbeitsvertrag wirksam aufgehoben worden, so dass kein Arbeitsverhältnis mehr bestehe. Das BAG führt aus, dass ein Geschäftsführer grundlegend anderen rechtlichen Regelungen als ein Arbeitnehmer unterliege, weil er die Gesellschaft nach außen vertrete, in formaler Sicht eine Arbeitgeberstellung einnehme und nach außen hafte (§§ 43, 64 Abs. 2 GmbHG). Ihm stehe nicht mehr der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten offen (§ 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG) und er genieße keinen Kündigungsschutz (§ 14 Abs. 1 KSchG). Nur der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH könne sich nach Auffassung des 2. Senats auf das KSchG berufen, wenn er einen Arbeitsvertrag habe. Das BAG meint weiter, dass man den Geschäftsführervertrag zwar eventuell als Formularvertrag ansehen könne. Dennoch würde durch seinen Abschluss der Arbeitsvertrag aufgehoben. Denn die Rechte und Pflichten eines Geschäftsführers müssten diesem bekannt sein. Er könne sich also nicht auf „Zweifel“ bei der Auslegung seines Geschäftsführervertrages beru-

fen (§ 305 c Abs. 2 BGB) und zwar auch nicht hinsichtlich der – konkludenten – Auflösung seines Arbeitsverhältnisses. Nach Auffassung des BAG bestehe mit Abschluss des Geschäftsführervertrags die tatsächliche Vermutung, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst werde. Die Form des § 623 BGB sei gewahrt, wenn der Geschäftsführervertrag schriftlich geschlossen wird. Das Arbeitsverhältnis bestehe nur dann parallel fort bzw. lebe nach Beendigung des Geschäftsführervertrags wieder auf, wenn „klar und eindeutig etwas anderes vertraglich vereinbart worden ist“.

## Unser Kommentar

Arbeitgeber müssen bei Abschluss eines schriftlichen (!) Geschäftsführervertrages ein bestehendes Arbeitsverhältnis nicht ausdrücklich beenden. Wenngleich dies wegen § 623 BGB dogmatisch sehr bedenklich ist, spricht für dieses Ergebnis die Praktikabilität. Dennoch ist zu empfehlen, die Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses klar und eindeutig im Geschäftsführeranstellungsvertrag festzuhalten. Für eine subsidiäre Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus spricht regelmäßig nichts, insbesondere da sich ein „gefallener“ Geschäftsführer selten wieder in den normalen Arbeitsablauf einordnen lässt. Sinnvoller ist es, über eine längere Kündigungsfrist oder eine Abfindungszahlung dem Geschäftsführer einen Ausgleich für die etwaige Beendigung des Anstellungsverhältnisses zu bieten.

---

**Dr. Felix Oelkers, LL.M. (UCT)**  
**[felix.oelkers@luther-lawfirm.com](mailto:felix.oelkers@luther-lawfirm.com)**  
**Telefon +49 (30) 52133 21142**

---

# Geringere Sozialplanabfindungen für rentennahe Arbeitnehmer sind AGG-konform

(LAG Köln vom 4. Juni 2007 – 14 Sa 201/07)

## Der Fall

Der Kläger verlangte nach betriebsbedingter Kündigung von der Beklagten eine günstigere Einstufung nach dem Rahmensozialplan. Dieser sieht für bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses rentennahe Arbeitnehmer Folgendes vor: Bei Anspruch auf ungeminderte Altersrente findet der Sozialplan keine Anwendung. Bei Anspruch auf vorgezogene Altersrente wird ein teilweiser Ausgleich der Rentenkürzung gezahlt. Arbeitnehmer, die im Anschluss an einen auf die Beendigung folgenden Bezug von Arbeitslosengeld Anspruch auf Altersrente haben, erhalten 50 % der Regelabfindung. Der Kläger bezog nach seinem Ausscheiden zum 31. Dezember 2005 zunächst Arbeitslosengeld und bezieht seit dem 1. August 2006 vorgezogene Altersrente. Ab dem 1. Dezember 2008 hat er Anspruch auf ungeminderte Altersrente. Die Beklagte bezahlte für die 35 Monate zwischen Ausscheiden und Beginn der ungeminderten Altersrente € 5.600,00 als Ausgleich der Rentenkürzung. Demgegenüber verlangte der Kläger zunächst den vollen, in der Berufungsinstanz noch den 50 %igen Regelabfindungsbetrag.

## Die Entscheidung

Auch die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Obwohl der Kläger dem Wortlaut nach unter die Sozialplanregelung zum Altersrentenbezug nach Arbeitslosigkeit fällt, ist diese nicht einschlägig, da er auch unmittelbar vorgezogene Altersrente hätte beziehen können. Der Sozialplan knüpft an die objektive Anspruchslage und nicht an individuelle Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer an. Nur diejenigen, welche bis zum vorgezogenen Altersruhegeld einen Zeitraum der Arbeitslosigkeit überbrücken müssen, haben die von der Sozialplanregelung berücksichtigten sozialen Nachteile. Das LAG verweist auf die ständige Rechtsprechung des BAG, wonach der Ausschluss von Sozialplanleistungen wegen Rentennähe keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 75 BetrVG darstellt. Dieser Ansatz wird auch durch die Regelung des § 10 S.3 Nr.6 AGG bestätigt, wonach

sogar ein vollständiger Ausschluss derjenigen Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen zulässig ist, die – ggf. nach Arbeitslosigkeit – vorzeitig Rente beziehen können. Die im Sozialplan vorgenommene Differenzierung ist objektiv und angemessen und zur Verfolgung eines legitimen Ziels gerechtfertigt i.S.d. § 10 S.1 AGG. Dies wird jedoch nicht näher erläutert, auch können der Entscheidung keine Hinweise für einen allgemeinen Maßstab entnommen werden.

## Unser Kommentar

Das LAG bestätigt, dass gerade auch die Absicherung durch Arbeitslosengeld und Rente ein sachgerechtes soziales Kriterium ist, an dem sich die Verteilung von Sozialplanvolumina orientieren kann. Das BAG (21. November 2006 –, 3 AZR 309/05) sowie das LAG Rheinland-Pfalz (26. Juni 2007 – 3 Sa 153/07) haben bereits die Schlechterstellung rentenferner Jahrgänge im Zusammenhang mit Altersteilzeitregelungen als nach der allgemeinen Vorschrift des § 10 S.1, 2 AGG zulässig bewertet. Das LAG Köln vertritt nun die Ansicht, dass das Regelbeispiel der teilweise umstrittenen Vorschrift des § 10 S. 3 Nr. 6 AGG wirksam ist, wonach rentennahe Jahrgänge von Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden können.

Je eindeutiger den Sozialplan-Regelungen entnommen werden kann, dass Abfindungszahlungen eine Vorsorge- und Überbrückungsfunktion beigemessen wird, desto eher wird eine sachliche Rechtfertigung der Schlechterstellung rentennahe Arbeitnehmer anzunehmen sein.

---

**Cristina Baier**

**[cristina.baier@luther-lawfirm.com](mailto:cristina.baier@luther-lawfirm.com)**

**Telefon +49 (711) 9338 12894**

---

## Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
Anfang Feb.	Erfa-Gruppe AGG (Michaela Christmann, Achim Braner)	Luther, Frankfurt a. M.
27.02.2008	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Dr. Roman Frik)	DGFP, Stuttgart
03.03.2008	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Dr. Volker Schneider)	DGFP, Hamburg
04.03.2008	Der Prokurist, Rechte, Pflichten, Haftungsfragen (Dr. Thomas Thees)	F.A.Z.-Institut/ Convent-Seminare, Wiesbaden
10. – 12.03.2008	Einführung in das Arbeitsrecht (Dr. Karsten Umnuß, Christian Dworschak)	DGFP, München

### Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Brückenstraße 2, 50667 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

Vi.S.d.P.: Dr. Roman Frik, LL.M., Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Mittlerer Pfad 13, 70499 Stuttgart, Telefon +49 (711) 9338 0, Telefax +49 (711) 9338 110, roman.frik@luther-lawfirm.com

Grafische Gestaltung/Art Direction: Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 (711) 23960 0, Telefax +49 (711) 23960 49, contact@vischer-bernet.de

Druck: Zarbock GmbH & Co. KG, Sontraer Straße 6, 60386 Frankfurt a. M., Telefon +49 (69) 420903 0, Telefax +49 (69) 420903 50, team@zarbock.de

### Haftungsausschluss

Ogleich 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

### Berlin

Dr. Robert von Steinau-Steinrück  
Telefon +49 (30) 52133 0

### Hamburg

Dr. Volker Schneider  
Telefon +49 (40) 18067 0

### München

Dr. Karsten Umnuß  
Telefon +49 (89) 23714 0

### Düsseldorf

Hans-Christian Ackermann  
Telefon +49 (211) 5660 0

### Hannover

Sebastian Fedder  
Telefon +49 (511) 5458 0

### Nürnberg

Thorsten Walther  
Telefon +49 (911) 9277 0

### Eschborn/Frankfurt a. M.

Dr. Thomas Thees  
Telefon +49 (6196) 592 0

### Köln

Axel Braun  
Telefon +49 (221) 9937 0

### Stuttgart/Mannheim

Dietmar Heise  
Telefon +49 (711) 9338 0

### Essen

Stefanie Prehm  
Telefon +49 (201) 9220 0

### Leipzig/Dresden

Dagmar Stabernack  
Telefon +49 (341) 5299 0

Als zentraler Ansprechpartner für allgemeine Anfragen zum Arbeitsrecht steht Ihnen Axel Braun, Telefon +49 (221) 9937 0, zur Verfügung.

Alle Ansprechpartner erreichen Sie per E-Mail unter: [vorname.nachname@luther-lawfirm.com](mailto:vorname.nachname@luther-lawfirm.com)

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt rund 250 Anwälte und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Ankara, Brüssel, Budapest, Istanbul und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG (Pinsent Masons Luther Group) an. Die Rechtsanwaltsgesellschaft verfolgt einen interdisziplinären Beratungsansatz durch enge Kooperation mit Beratern aus anderen Disziplinen.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Ankara, Brüssel, Budapest, Istanbul, Singapur