

# ARBEITSRECHT

Aktuelle Informationen aus dem Arbeitsrecht



Herausgegeben vom DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.

Postanschrift: Deutscher Industrie- und Handelskammertag | 11052 Berlin

Besucheranschrift: Breite Straße 29 | 10178 Berlin-Mitte | Telefon 030-20308-2702 | Fax 030-20308-2777

Redaktion: RA Hildegard Reppelmund | E-Mail: reppelmund.hildegard@dihk.de | Internet: www.dihk.de

## Inhaltsverzeichnis

Aktuelles I.....	1
Gendiagnostikgesetz gilt ab 1. Februar 2010.....	1
Aktuelles II.....	2
Elektronischer Entgeltnachweis - aktuelle Informationen zu ELENA.....	2
Merkblatt.....	3
Informationen zur Insolvenz von Ausbildungsbetrieben.....	3
Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung.....	5
Widerrufliche Freistellung eines Mitarbeiters und Urlaubsanspruch.....	5
Aus der Krankheit - in den Urlaub.....	6
Anspruch auf rauchfreien Arbeitsplatz.....	6
Kein Anspruch auf Überstunden bei langjähriger Übertragung von Zusatzaufgaben.....	7
Keine Klagefrist bei Kündigung durch den „falschen“ Arbeitgeber.....	7
Fristlose Kündigung wegen angekündigter Krankheit.....	7
Minijob - Arbeitgeber muss regelmäßig fragen.....	8
Schadenersatz bei privatem Surfen im Internet.....	8
Kein mehrmaliger Pflegezeitanpruch.....	9
Fristlose Kündigung eines EDV-Administrators.....	9
Fragen und Antworten.....	10
Tücken und Fallen der Schriftform bei Befristung.....	10
Tipps zum Schluss.....	11
BMAS-Informationen zum Thema "Praktikum".....	11
Literaturhinweise.....	11

## Aktuelles I

### ■ Gendiagnostikgesetz gilt ab 1. Februar 2010

Zum 1. Februar 2010 wird das Gendiagnostikgesetz in Kraft treten. Es war 2009 mit breiter Mehrheit in Bundestag und Bundesrat verabschiedet worden.

Ziel des Gendiagnostikgesetzes ist es, die mit der Untersuchung menschlicher genetischer Eigenschaften verbundenen möglichen Gefahren und genetische Diskriminierung zu verhindern und gleichzeitig die Chancen des Einsatzes genetischer Untersuchungen für den Einzelnen zu wahren.

Zu den Grundprinzipien des Gesetzes zählt das Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung. Dazu gehören sowohl das Recht, die eigenen genetischen Befunde zu kennen (Recht auf Wissen) als auch das Recht, diese nicht zu kennen (Recht auf Nichtwissen). Mit dem Gendiagnostikgesetz werden die Bereiche der medizinischen Versorgung, der Abstammung, des Arbeitslebens und der Versicherungen sowie die Anforderungen an eine gute genetische Untersuchungspraxis geregelt.

Insbesondere für Arbeitgeber ist das Gendiagnostikgesetz (vor allem §§ 19 ff. GenDG) sehr wichtig.

Im Arbeitsrecht sind genetische Untersuchungen auf Verlangen des Arbeitgebers grundsätzlich verboten. Der Arbeitgeber darf von Beschäftigten we-

der vor noch nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen. Auch die Mitteilung von Ergebnissen bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen darf er weder verlangen noch solche Ergebnisse entgegennehmen oder verwenden. Dies gilt grundsätzlich auch für arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen – auch dort sind genetische Untersuchungen oder Fragen nach vorherigen Ergebnissen tabu. Eine Ausnahme gilt nur, wenn im Rahmen der arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchung eine Genproduktanalyse notwendig ist, die zur Feststellung genetischer Störungen dient, die für schwerwiegende Erkrankungen oder schwerwiegende gesundheitliche Störungen (mit-)Jursächlich sind. Diese müssen im Zusammenhang mit einer Beschäftigung an einem bestimmten Arbeitsplatz oder mit einer bestimmten Tätigkeit entstehen können.

Insgesamt darf ein Arbeitgeber Beschäftigte zu keinem Zeitpunkt des Beschäftigungsverhältnisses – auch nicht bei der Bewerberauswahl – wegen ihrer eigenen oder der genetischen Eigenschaften einer genetisch verwandten Person benachteiligen. Dieses Benachteiligungsverbot gilt auch, wenn sich Beschäftigte weigern, genetische Untersuchungen oder Analysen bei sich vornehmen zu lassen oder Ergebnisse bereits vorgenommener Untersuchungen zu offenbaren.

Dies alles sind Dinge, die Arbeitgeber sehr ernst nehmen sollten, da aktuell die Diskussion um den Arbeitnehmerdatenschutz politisch sehr engagiert und hoch emotional geführt wird. Weitere gesetzliche Regelungen sind in dieser Legislaturperiode zu erwarten, da die Datenskandale der Vergangenheit dazu geführt haben, dass dieser Punkt in den Koalitionsvertrag aufgenommen wurde. Bereits gegen Ende der letzten Legislaturperiode war das Bundesdatenschutzgesetz im Arbeitnehmerdatenschutz verschärft worden.

Die Lesefassung des Gesetzestextes des Gendiagnostikgesetzes (GenDG) ist zu finden unter [http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&bk=Bundesanzeiger\\_BGBl&start=//%\\*%5B@attr\\_id=%27bgbl109s2529.pdf%27%5D](http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&bk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%*%5B@attr_id=%27bgbl109s2529.pdf%27%5D)

Ab dem 1. Februar 2010 wird der Gesetzestext voraussichtlich auch unter [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de) abrufbar (inkl. Druckversion) sein.

Hildegard Reppelmund, DIHK

## Aktuelles II

### ■ Elektronischer Entgeltnachweis – aktuelle Informationen zu ELENA

Seit dem 1. Januar 2010 wird schrittweise der elektronische Entgeltnachweis (ELENA) eingeführt. Aufgrund der jüngsten Diskussionen in den Medien – insbesondere über datenschutzrechtliche Aspekte – ist die Verunsicherung bei Arbeitgebern und Arbeitnehmern derzeit groß.

Seit dem 1. Januar 2010 übermitteln Arbeitgeber monatlich verschlüsselt gesetzlich festgesetzte Entgeltdatensätze ihrer Mitarbeiter an die sog. Zentrale Speicherstelle (ZSS). Ab dem 1. Januar 2012, also 2 Jahr später nach Aufbau des Datenpools, nimmt das ELENA-Verfahren seinen Regelbetrieb auf, und einige der bisher vom Arbeitgeber zu erstellenden Lohn- oder Gehaltsbescheinigungen entfallen. Der Arbeitnehmer kann dann, wenn er einen Entgeltnachweis zur Beantragung von Arbeitslosengeld, Wohngeld oder Bundeselterngeld benötigt, der zuständigen Behörde unter Einsatz seiner Signaturkarte – die zukünftig z. B. im Rahmen des elektronischen Personalausweises jedem Bürger zur Verfügung stehen wird – den Zugang zu den bei der ZSS gespeicherten Daten ermöglichen. Die Arbeitgeber werden durch dieses Verfahren von Auskunfts-, Melde- und Bescheinigungs- sowie Archivierungspflichten entlastet. Nach Schätzungen des Normenkontrollrats sparen die deutschen Arbeitgeber auf diese Weise jährlich gut 85 Millionen Euro.

In jüngster Zeit stand der von den Arbeitgebern an die ZSS zu übermittelnde Datensatz in der Diskussion, insbesondere aus datenschutzrechtlichen Gründen. Hintergrund war der Vorwurf, dass in der ZSS sensible Daten gespeichert werden, die etwa auch über die Teilnahme von Arbeitnehmern an – rechtmäßigen oder unrechtmäßigen – Streiks Aufschluss geben.

Aus diesem Grund wurden die Gemeinsamen Grundsätze für die Erstattung der Meldungen der Arbeitgeber an die Zentrale Speicherstelle im Rahmen des Verfahrens des elektronischen Entgeltnachweises nach § 28b Abs. 6 SGB IV überarbeitet. Der „Arbeitskreis ELENA“ – das Gremium, an dem u. a. auch die BDA beteiligt ist und das unter Federführung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung die Gemeinsamen (ELENA-)Grundsätze erarbeitet – hat festgelegt, dass insbesondere der Datenbaustein zu den Fehlzeiten geändert wird. So werden die Fehlzeitengründe 12 (unrechtmäßiger Streik), 14 (rechtmäßiger Streik) und 15 (Ausspernung) "herausgenommen". Diese drei speziellen Fehlzeitengründe sind stattdessen mit dem allgemeinen Fehlzeitengrund 11 (sonstige unbezahlte Fehlzeit) vom Arbeitgeber zu melden. Die konkrete Aktualisierung der Datensätze wird den Betrieben zeitnah mitgeteilt. Die Arbeiten an den Unterlagen gehen jedoch weiter. Wir werden Sie darüber zeitnah informieren.

Die Wirtschaft hat im Rahmen dieser Diskussion noch einmal darauf aufmerksam gemacht, dass eine Optimierung und eine Minimierung des Datensatzes auch im Interesse der Betriebe liegen. Auch der DIHK hat stets darauf hingewiesen, dass lediglich die Daten übermittelt werden sollen, die zwingend notwendig sind (vgl. RS Nr. 658208).

Der erhoffte Bürokratieabbau kann zudem dann nur erreicht werden, wenn möglichst viele Bescheinigungen, die die Arbeitgeber bislang in Papierform erstellen, in das ELENA-Verfahren aufgenommen werden. Dies steht nicht in Widerspruch zu einem möglichst geringen Datenumfang, sondern ist eine Frage der sinnvollen Nutzung der ohnehin erhobenen und übermittelten Daten. Die Bundesregierung muss daher zügig sämtliche Entgeltnachweise in das ELENA-Verfahren aufnehmen.

Weitere Informationen zu ELENA finden Sie unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/Buerokratieabbau/elena.did=307086.html> sowie unter [www.das-elena-verfahren.de](http://www.das-elena-verfahren.de).

Annette Karstedt-Meierrieks,  
Dr. Anne Zimmermann, DIHK

## Merkblatt

### ■ Informationen zur Insolvenz von Ausbildungsbetrieben

In den Zeiten der aktuellen Wirtschaftskrise häufen sich Fragen rund um das Thema der Insolvenz von Ausbildungsbetrieben. Das vorliegende Merkblatt bietet einen Überblick über die rechtlichen Handlungsspielräume von Unternehmen und Auszubildenden. Bitte beachten Sie, dass diese Informationen eine persönliche Beratung nicht ersetzen können. Setzen Sie sich im Fall einer drohenden Insolvenz so früh wie möglich mit Ihrer Industrie- und Handelskammer sowie der zuständigen Agentur für Arbeit in Verbindung.

**1. Auswirkungen auf die Ausbildung**  
Weder eine drohende Insolvenz noch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens haben direkte Auswirkungen auf den Ausbildungsvertrag. Die aus dem Ausbildungsverhältnis resultierenden Rechte und Pflichten bleiben weiter bestehen. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens tritt allerdings der Insolvenzverwalter an die Stelle des Ausbildungsbetriebs. Alle aus dem Ausbildungsvertrag bestehenden Ansprüche sind an ihn zu richten.

**2. Pflichten des Ausbildungsbetriebes**  
Der Ausbildungsbetrieb bzw. der Insolvenzverwalter sind dazu verpflichtet, die aus dem Ausbildungsverhältnis resultierenden Pflichten weiter zu erfüllen. Hierzu zählt insbesondere die Zahlung der vereinbarten Ausbildungsvergütung. Grundsätzlich können sich Ausbildungsbetrieb und Auszubildender auf eine Kürzung der Ausbildungsvergütung einigen. Die Ausbildungsvergütung muss jedoch weiterhin angemessen und höher als die gezahlte Vergütung des vorhergehenden Jahres sein, § 17 Abs. 1 Berufsbildungsgesetz (BBiG). Die Änderung ist in den Ausbildungsvertrag aufzunehmen und der Industrie- und Handelskammer anzuzeigen.

Der Ausbildungsbetrieb muss außerdem gem. § 14 BBiG sicherstellen, dass die Ausbildungsinhalte durch geeignete Ausbilder vermittelt werden. Verletzt der Ausbildungsbetrieb diese oder die anderen

Pflichten aus § 14 BBiG, kann er sich schadenersatzpflichtig machen (§§ 278, 823 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i. V. m. § 14 BBiG). Außerdem kann die nach Landesrecht zuständige Behörde die weitere Ausbildung untersagen und die Ausbildungseignung aberkennen (§§ 32, 33 BBiG).

### 3. Pflichten der Auszubildenden

Solange das Ausbildungsverhältnis besteht, müssen auch die Auszubildenden ihre Verpflichtungen aus dem Ausbildungsverhältnis erfüllen. Dazu gehört auch das Anbieten ihrer Arbeitskraft, unabhängig davon, ob der Betrieb ihnen eine Beschäftigungsmöglichkeit bieten kann. Der Auszubildende kann von dem Unternehmen bzw. dem Insolvenzverwalter erst dann freigestellt werden, wenn der Betrieb stillgelegt ist. Solange das Ausbildungsverhältnis besteht, muss der Auszubildende weiter die Berufsschule besuchen, wenn die Auszubildenden berufsschulpflichtig sind oder der Berufsschulbesuch im Ausbildungsvertrag vereinbart worden ist. Ist das Ausbildungsverhältnis beendet, hängt es von den länderspezifischen Regelungen ab, ob die Teilnahme am Unterricht auf Wunsch des Auszubildenden weiter möglich ist. Durch den Berufsschulbesuch allein kann die Ausbildung allerdings nicht ordnungsgemäß fortgesetzt werden.

### 4. Kündigung des Ausbildungsvertrages

Weder eine drohende Insolvenz noch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen einen wichtigen Kündigungsgrund nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG dar. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens berechtigt allein die Betriebsstilllegung zur Kündigung. Diese kann gem. § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG fristlos erfolgen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist eine Kündigung mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist bereits dann möglich, wenn keine Ausbildungsmöglichkeiten mehr bestehen.

Die Auszubildenden müssen sich drei Monate vor Ende des Ausbildungsverhältnisses bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend melden. Erfahren sie erst zu einem späteren Zeitpunkt von der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses, sollten sie die Meldung innerhalb von drei Tagen nachholen. Andernfalls kann eine Sperrung des Arbeitslosengeldes bis zu drei Monaten erfolgen.

Der Ausbildungsbetrieb und die Auszubildenden

können grundsätzlich jederzeit schriftlich die Auflösung des Ausbildungsvertrages vereinbaren. Zu beachten ist allerdings, dass dies eine bis zu dreimonatige Sperrfrist des Arbeitslosengeldes für den Auszubildenden zur Folge haben kann. Zudem sollte der Ausschluss von Schadenersatzansprüchen explizit im Auflösungsvertrag vereinbart werden, damit etwaige gegenseitige Ansprüche nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG ausgeschlossen sind.

### 5. Insolvenzgeld für Auszubildende

Kann der Ausbildungsbetrieb die Ausbildungsvergütung nicht zahlen, können die Auszubildenden einen Anspruch auf Insolvenzgeld haben (§§ 183 ff. SGB III). Voraussetzung ist das Vorliegen eines sog. Insolvenzereignisses. Als Insolvenzereignis gelten:

- die Eröffnung des Insolvenzverfahrens
- die Abweisung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse
- die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und mangels Masse auch nicht in Betracht kommt.

Insolvenzgeld wird grundsätzlich für die drei Monate, die vor dem Insolvenzereignis liegen, gezahlt. Hat der Auszubildende in Unkenntnis des Insolvenzereignisses gearbeitet, gilt der Tag der Kenntnisnahme als der Zeitpunkt, an dem die drei Monate rückwirkend ausgerichtet werden. Hat vor dem Insolvenzereignis ein Betriebsübergang nach § 613a BGB stattgefunden, endet der Insolvenzgeldzeitraum mit dem Tag vor der Betriebsübernahme. Ist das Ausbildungsverhältnis vor dem Insolvenzereignis geendet, umfasst der Insolvenzgeldzeitraum die letzten drei Monate des Ausbildungsverhältnisses.

Das Insolvenzgeld umfasst in der Regel die Höhe der Nettoausbildungsvergütung und wird dem Auszubildenden direkt ausgezahlt. Erhält der Auszubildende im Insolvenzgeldzeitraum Arbeitslosengeld, wird dies auf das Insolvenzgeld angerechnet. Gleiches gilt, wenn eine neue Ausbildung begonnen wird. Auf Antrag der Einzugsstelle (Krankenkasse) werden von der Agentur für Arbeit für den Insolvenzgeldzeitraum die rückständigen Sozialversicherungsbeiträge des Ausbildungsbetriebes gezahlt.

Der Antrag auf Insolvenzgeld ist innerhalb von zwei

Monaten nach dem Insolvenzereignis zu stellen. Die Antragsunterlagen sind bei den Agenturen für Arbeit bzw. im Internet erhältlich.

6. Fördermöglichkeiten für Ausbildungsbetriebe  
Übernimmt ein Unternehmen einen Auszubildenden, dessen Ausbildung wegen einer Insolvenz, Stilllegung oder Schließung des ausbildenden Betriebes vorzeitig beendet worden ist, kann der Ausbildungsbetrieb einen Zuschuss in Form des Ausbildungsbonus nach § 421r SGB III beantragen. Die Höhe des Zuschusses richtet sich nach tariflich vereinbarten bzw. ortsüblichen Sätzen und kann bis zu 6.000 Euro betragen. Über den Antrag entscheidet die zuständige Agentur für Arbeit. Bitte wenden Sie sich für weitere Informationen an den Arbeitgeberservice der örtlichen Arbeitsagentur. Die Hotline des Arbeitgeberservice ist unter 01801-664466 zu erreichen.

In einigen Bundesländern stehen verschiedene weitere Förderprogramme zur Verfügung. Informationen hierzu erhalten Sie bei Ihrer Industrie- und Handelskammer vor Ort.

Dieses Merkblatt sowie weitere Informationen zum Thema "Raus aus der Krise - Unterstützung für Unternehmer" finden Sie auf der DIHK-Homepage unter [http://www.dihk.de/index.html?inhalt/themen/standortpolitik/raus\\_aus\\_der\\_krise/index.html](http://www.dihk.de/index.html?inhalt/themen/standortpolitik/raus_aus_der_krise/index.html)

Dr. Esther Hartwich, DIHK

## Was Arbeitgeber wissen müssen – Rechtsprechung

### ■ **Widerrufliche Freistellung eines Mitarbeiters und Urlaubsanspruch**

BAG, Urteil vom 19.05.2009, Az: 9 AZR 433/08

Das BAG hatte über die Frage zu entscheiden, was bei einer widerruflichen Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mit noch bestehenden Urlaubsansprüchen und was mit Arbeitszeitguthaben geschieht.

Die widerrufliche Freistellung eines Mitarbeiters

ermöglicht zwar den Abbau von bestehenden Arbeitszeitguthaben, darf jedoch nicht auf bestehenden Urlaubsansprüche angerechnet werden.

In dem vom BAG entschiedenen Fall ging es um eine Kündigung mit Freistellung „bis auf Widerruf“ unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung des Resturlaubsanspruchs sowie des Guthabens auf dem Arbeitszeitkonto. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte die Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber die Abgeltung der verbliebenen sechs Urlaubstage und die Auszahlung des Arbeitszeitkontos.

Das Gericht verwies deutlich darauf, dass wesentliche rechtliche Unterschiede zwischen dem Anspruch auf Jahresurlaub und einer Arbeitsbefreiung wegen eines Zeitguthabens bestehen. So bestimmt das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) eindeutig, dass bestehende Urlaubsansprüche, die kündigungsbedingt ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden können, durch den Arbeitgeber abzugelten sind. Eine Freistellung kann hierbei das Erlöschen des Urlaubsanspruches nur dann bewirken, wenn sie unwiderruflich erfolgt. Es kommt somit immer darauf an, dass die Befreiung von der Arbeitspflicht endgültig ist und nicht unter dem Vorbehalt eines Widerrufs steht, damit der Arbeitnehmer die aus dem Urlaubsanspruch resultierende Freizeit uneingeschränkt selbstbestimmt nutzen kann. Hiervon abweichende Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind zwar zulässig, es sollte jedoch immer auf eine exakte Formulierung geachtet werden.

Demgegenüber stellt ein Arbeitszeitkonto eine Vereinbarung über die Lage der Arbeitszeit dar. Sollten keine anderen Vereinbarungen zwischen den Parteien bestehen, kann der Arbeitgeber anordnen, in welchem Zeitraum ein Arbeitszeitguthaben abzubauen ist. Das BAG betonte jedoch ausdrücklich, dass der Arbeitgeber bei einem Widerruf der Freistellung auf berechnete Interessen des Mitarbeiters Rücksicht zu nehmen hat. Es handele sich um die Ausübung von Direktionsrecht, welches dem billigen Ermessen entsprechen muss.

Praxistipp: Wird eine Freistellung auf Widerruf vereinbart, sollten auch ausdrückliche Regelungen zum restlichen Urlaubsanspruch und zu Arbeitszeit-

guthaben getroffen werden.

Hildegard Reppelmund/Carsten Otto, DIHK

## ■ Aus der Krankheit – in den Urlaub

LAG Bremen, Urteil vom 01.09.2009, Az: 2 Sa 111/08

Darf ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer den bereits genehmigten Urlaub verweigern, wenn dieser vor dem Urlaubsbeginn lange krank war und sich gewissermaßen – kaum wieder da – direkt wieder in den Urlaub verabschieden will?

Das LAG Bremen hat entschieden, dass ein Arbeitgeber keinen Anspruch auf Änderung des festgelegten Urlaubs seines Mitarbeiters hat, auch wenn dieser zuvor krankheitsbedingt fehlte. Eine Maßregelung seitens des Arbeitsgebers ist ebenfalls unzulässig.

In dem Fall wollte ein Niederlassungsleiter nach längerer Krankheit einen Urlaub antreten, den ihm der Arbeitgeber schon vor der Krankheit genehmigt hatte. Der Arbeitgeber wandte dagegen ein, dass andere Mitarbeiter während der Erkrankung ihres Vorgesetzten ihren Urlaub zurückstellen mussten. Wenn dieser jetzt auf seinen Urlaub bestehe, sei das ein Verhalten, das sich für einen leitenden Mitarbeiter nicht gehöre. Da der Mann dennoch den Urlaub antreten wollte, wurde er mit sofortiger Wirkung als Niederlassungsleiter abgelöst.

Die Richter entschieden: Zu Unrecht. Die Grenzen für die Zulässigkeit, einen bereits festgelegten Urlaub wieder zu ändern, sind durch das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) eng gefasst. So entfaltet ein genehmigter Urlaub grundsätzlich unwiderrufliche Bindungswirkung und kann regelmäßig nicht einseitig geändert werden. Eine nachträgliche Änderung bedarf einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Dies gilt auch in dem Fall, dass ein Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen eine Änderung des Urlaubs anstrebt. Andererseits kann ein Arbeitnehmer auch nicht durch Verzicht von seinem Urlaub zurücktreten, solange der Arbeitgeber dem nicht zustimmt.

Die Ablösung als Niederlassungsleiter sei ein Ver-

stoß gegen das Maßregelungsverbot, weil hierdurch der Arbeitnehmer dafür sanktioniert werde, dass er sein Recht in Anspruch genommen habe. Dies sei unzulässig.

Vom Grundsatz, dass bereits genehmigter Urlaub bindend festgelegt ist, kann ohne ausdrückliche Vereinbarung nur in ganz dringenden Ausnahmefällen abgewichen werden, z. B. bei einem Katastrophenfall oder wenn so viele Arbeitnehmer plötzlich erkranken, dass die Produktion gefährdet wäre. Dann wäre übrigens auch ein Rückruf aus einem bereits angetretenen Urlaub möglich, wobei dem Arbeitnehmer die Kosten für die vorzeitige Rückkehr zu erstatten sind.

Hildegard Reppelmund/Carsten Otto, DIHK

## ■ Anspruch auf rauchfreien Arbeitsplatz

BAG, Urteil vom 19.05.2009, Az: 9 AZR 241/09

In dem vom Bundesarbeitsgericht beurteilten Fall war ein Arbeitnehmer in einer sog. Einraumgaststätte tätig, in der trotz Rauchverbotes weiter geraucht worden ist, und hat einen rauchfreien Arbeitsplatz begehrt.

Der Arbeitgeber ist zwar grundsätzlich gemäß § 618 Abs. 1 BGB i.V.m. § 5 ArbStättV verpflichtet, dem Arbeitnehmer während der Arbeitszeit einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Hierbei kann er ein einzelnes oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot erlassen. In Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr, wie zum Beispiel Gaststätten, hat der Arbeitgeber diese Schutzmaßnahmen jedoch nur insoweit zu treffen, als die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen. Da bei Einraumgaststätten keine abtrennbaren Bereiche bestehen, in denen das Rauchen beschränkt werden kann, sind arbeitsrechtliche Schutzmaßnahmen nicht möglich.

Die von den einzelnen Bundesländern erlassenen umfangreichen Rauchverbote sehen daher in Einraumgaststätten regelmäßig ein Rauchverbot vor. Diese Regelungen zum Rauchverbot hinsichtlich der

Betreiber von Einraumgaststätten sind in der Regel nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar und damit verfassungswidrig, jedoch nicht nichtig. Sie bleiben bis zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung wegen der hohen Bedeutung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens anwendbar (Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.07.2008, Az: 1 BvR 3262/07, 402/08 und 906/08 – NJW 2008, 2409).

Aufgrund des geltenden Rauchverbotes hat der Arbeitnehmer gaststättenrechtlich einen Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz in Einraumgaststätten.

Sandra Kühl/Martin Bonelli, IHK Darmstadt

## ■ Kein Anspruch auf Überstunden bei langjähriger Übertragung von Zusatzaufgaben

BAG, Urteil vom 22.04.2009, Az: 5 AZR 133/08

Der Arbeitgeber ist berechtigt, dem Arbeitnehmer im Rahmen seines Weisungsrechts „Zusatzaufgaben“ zu erteilen und diese auch wieder zu entziehen. Hierbei handelt es sich um eine zusätzliche Aufgabenerteilung im Rahmen des geltenden Arbeitsvertrages. Die Übertragung solcher Aufgaben führt regelmäßig zu Überstunden bei dem Arbeitnehmer, die der Arbeitgeber zu vergüten hat. Da Überstunden begrifflich als vorübergehende Handlungen zu verstehen sind, führen sie auch bei langjähriger Praktizierung nicht zu einer einvernehmlichen Änderung des Arbeitsvertrages. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die dauerhafte Gewährung von Überstunden. Die Annahme einer dauerhaften Vertragsänderung mit einer erhöhten regelmäßigen Arbeitszeit setzt vielmehr eine Erklärung beider Vertragsparteien voraus. Nur dann hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die erhöhte Arbeitszeit und macht bei Entzug dieser Zusatzaufgaben eine Änderungskündigung seitens des Arbeitgebers erforderlich.

Sandra Kühl/Martin Bonelli, IHK Darmstadt

## ■ Keine Klagefrist bei Kündigung durch den „falschen“ Arbeitgeber

BAG, Urteil vom 26.03.2009, Az: 2 AZR 403/07

Um die Wirksamkeit der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses gerichtlich überprüfen zu lassen, muss der Arbeitnehmer grundsätzlich nach § 4 KSchG innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Kündigungsschutzklage erheben.

Im vorliegenden Fall hatte das Bundesarbeitsgericht über die Nichteinhaltung der dreiwöchigen Klagefrist bei einer von einem Nichtberechtigten ausgesprochenen Kündigung zu entscheiden. Die dreiwöchige Klagefrist findet danach nur bei einer dem Arbeitgeber zurechenbaren Kündigung Anwendung. Dies gilt nicht bei einer ohne Vollmacht oder von einem Nichtberechtigten erklärten Kündigung. Eine ohne Vollmacht des Arbeitgebers ausgesprochene Kündigung ist dem Arbeitgeber nur durch eine (nachträglich) erteilte Genehmigung zurechenbar. Liegt keine Genehmigung vor, ist keine Kündigung des Arbeitgebers gegeben, und damit beginnt die Klagefrist nicht zu laufen. Also konnte der Arbeitnehmer auch nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist noch Kündigungsschutzklage erheben. Wird die Genehmigung erst später erteilt, beginnt die dreiwöchige Klagefrist erst mit Zugang der Genehmigung.

Sandra Kühl/Martin Bonelli, IHK Darmstadt

## ■ Fristlose Kündigung wegen angekündigter Krankheit

BAG, Urteil vom 12.03.2009, Az: 2 AZR 251/07

Das Bundesarbeitsgericht hat ausgeführt, dass eine fristlose Kündigung des Arbeitgebers begründet ist, wenn der Arbeitnehmer androht, im Falle einer Urlaubsablehnung an dem begehrten Tag krank zu sein. Damit habe der Arbeitnehmer seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht grob verletzt.

Sandra Kühl/Martin Bonelli, IHK Darmstadt

## ■ Minijob – Arbeitgeber muss regelmäßig fragen

Arbeitgeber müssen sich bei Minijobbern immer wieder erkundigen, ob diese noch weitere Beschäftigungsverhältnisse haben. Das Bundessozialgericht hat die strengen Vorgaben der Sozialversicherungsträger nicht gelockert. Am 15.09.2009 hat das BSG nicht die erwarteten Urteile zum Beginn der Versicherungs- und Beitragspflicht von Minijobbern gefällt, sondern die Revisionen sind zurückgenommen worden.

In den Prozessen ging es um Fälle, in denen mehrere Minijobs zusammenkamen, deren Entgelte zusammengerechnet mehr als 400 EUR betragen. Konkret hatten die Arbeitnehmer zunächst nur einen Minijob, später aber weitere Stellen angenommen, für die sie ebenfalls jeweils weniger als 400 EUR erhielten. Beide Arbeitgeber führten die Beschäftigten als sozialversicherungsfrei. Sie hatten die Beschäftigten nicht wiederholt und schriftlich nach weiteren Beschäftigungen gefragt.

Dies wäre nach Meinung der Minijob-Zentrale allerdings notwendig gewesen, weshalb rückwirkend ab dem Zusammentreffen beider Minijobs eine Rentenversicherungspflicht bestanden hätte.

Die Instanzgerichte gaben den Arbeitgebern Recht. Die Minijob-Zentrale legte Revision ein, die aber letztlich wegen der Hinweise des BSG in beiden Fällen zurückgenommen wurde.

Was ergibt sich daraus für die Praxis?

Jedenfalls für die Zeit ab dem 01.01.2009 sind Arbeitgeber verpflichtet, sich regelmäßig und möglichst in nachweisbarer Form bei Minijobbern nach weiteren Beschäftigungsverhältnissen zu erkundigen. Kommt ein Arbeitgeber dieser Pflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nach, so müssen rückwirkend auf den Zeitpunkt der Überschreitung der 400-EUR-Grenze Beiträge gezahlt werden (§ 8 Abs. 2 S. 4 SGB IV).

Wie weit jedoch in der Praxis diese Erkundigungspflicht geht und unter welchen Voraussetzungen ein Verschulden vorliegt, bleibt weiterhin unklar. Auch die Frage, ob die Geringfügigkeits-Richtlinien mit dem Gesetz vereinbar sind, bleibt weiterhin

unbeantwortet. Jedoch obliegt die Feststellung der Versicherungspflicht nicht der Minijob-Zentrale, sondern stets den Krankenkassen als Einzugsstelle. Bei einer Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze durch Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungen, die beim Meldedatenabgleich durch die Minijob-Zentrale festgestellt und dem Arbeitgeber mitgeteilt wird, ist der Zeitpunkt dieser Mitteilung für den Beginn der Versicherungspflicht maßgebend.

BSG vom 15.07.2009, Az: B 12 R 1/08 R zu SG Konstanz, Az: S 8 R 842/06; LSG Baden-Württemberg, Az: L 5 R 2125/07 und BSG vom 15.07.2009, Az: B 12 R 5/08 R zu SG Nürnberg, Az: S 14 R 750/07 KN; Bayerisches LSG, Az: L 13 KN 16/08

Hildegard Reppelmund/Carsten Otto, DIHK

## ■ Schadenersatz bei privatem Surfen im Internet

ArbG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.06.2009  
Az: 1 Ca 1139/09

Privates Surfen im Internet auf Kosten der Firma kann zu einer Schadenersatzzahlung an den Arbeitgeber führen.

Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main verurteilte einen Vertriebsmitarbeiter eines Fitnessgeräteherstellers zur Zahlung von 31.000 Euro Schadenersatz an das Unternehmen, weil der Mitarbeiter ein Firmenmobiltelefon und eine UMTS-Karte während eines Kroatien-Urlaubes auf Kosten der Firma zum Surfen im Internet genutzt hatte. Dem Mitarbeiter war zwar die Privatnutzung von Mobiltelefon und UMTS-Karte grundsätzlich gestattet. Aufgrund einer im Inland bestehenden Flatrate für Internetverbindungen erhob der Arbeitgeber auch kein Nutzungsentgelt für die private Nutzung.

Die Flatrate galt allerdings nicht im Ausland. Durch die intensive Internetnutzung des Mitarbeiters während seines Kroatien-Urlaubes entstand der Firma ein Schaden in Höhe der Telefonkosten von über 31.000 Euro. Diesen Betrag stellte die Firma dem Mitarbeiter in Rechnung.

Das Gericht wies darauf hin, dass sich der Arbeitnehmer vor seinem Urlaubsantritt über die Kosten der Internetnutzung im Ausland hätte informieren müssen. Der Arbeitnehmer kann weder darauf vertrauen, dass eine Flatrate auch für Internetverbindungen in einem ausländischen Netz gilt, noch darauf, dass der Arbeitgeber solche die Flatrategebühren übersteigende Zusatzkosten für die private Internetnutzung im Ausland übernimmt.

Hildegard Reppelmund/Sabine Zschache, DIHK

## ■ Kein mehrmaliger Pflegezeitan-spruch

ArbG Stuttgart, Urteil vom 24.09.2009, Az: 12 Ca 1792/09

Anders als bei der Elternzeit kann der Pflegezeitan-spruch nur einmal und längstens bis 6 Monate geltend gemacht werden. Während die Elternzeit laut Bundeserziehungsgeldgesetz auf mehrere Zeitabschnitte verteilt werden kann, ist die Regelung im Pflegezeitgesetz anders. Hier ist ausdrücklich nur die Verlängerung der Pflegezeit pro pflegebe-dürftigem nahestehenden Angehörigen bis längstens sechs Monate vorgesehen, nicht jedoch eine Aufteilung auf mehrere Zeitabschnitte. Nach der einmaligen Beantragung ist also der Pflegezeitan-spruch ver-braucht.

Der Grund hierfür liegt darin, dass die berechnete Inanspruchnahme von Pflegezeit ein Kündigungs-verbot vom Zugang der schriftlichen Ankündigung beim Arbeitgeber bis zum Ende der Pflegezeit be-wirkt. Wäre es einem Arbeitnehmer möglich, Pflegezeiten bis zu einem Zeitraum von maximal sechs Monaten beliebig auf sein Arbeitsleben zu vertei-len, bestände dadurch die Möglichkeit, durch ge-schicktes zeitliches Verteilen von Durchführung und Ankündigung mehrerer Pflegezeiten den Kündi-gungsschutz missbräuchlich auszudehnen.

Hildegard Reppelmund, DIHK

## ■ Fristlose Kündigung eines EDV-Administrators

LAG München, Urteil vom 08.07.2009, Az: 11 Sa 54/09

Der Missbrauch der Zugriffsrechte eines EDV-Systemadministrators auf vertrauliche Korrespon-denz des Geschäftsführers kann eine fristlose Kün-digung rechtfertigen.

Der Kläger des Kündigungsschutzprozesses, ein bei der Beklagten angestellter EDV- Systemadministra-tor, hatte eine Reihe von vertraulichen E-Mails des Geschäftsführers O ausgedruckt und dem Ge-schäftsführer S vorgelegt, um darzulegen, dass der Geschäftsführer O vermutlich die Firma schädige. Der Kläger war im Vorfeld des streitgegenständli-chen Vorfalls bereits mehrfach wegen arbeitsver-traglicher Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit unbefugtem Zugriff auf Daten der Beklagten abgemahnt worden. Die Beklagte nahm den unbefugten Zugriff des Klägers auf die interne Korres-pondenz des Geschäftsführers O zum Anlass, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos zu kündi-gen. Die dagegen erhobene Kündigungsschutzklage des Klägers blieb sowohl vor dem Arbeitsgericht München als auch vor dem Landesarbeitsgericht München erfolglos.

Das Landesarbeitsgericht München stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung wirksam beendet worden ist. Der Verstoß des Klä-gers gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten wiege besonders schwer, da er die ihm übertragenen Befugnisse und die ihm zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten, auf die interne Korres-pondenz zuzugreifen, missbraucht habe. Der Arbeit-geber müsse sich regelmäßig darauf verlassen kön-nen, dass ein angestellter EDV-Systemadministrator die ihm technisch bedingten Zugriffsmöglichkeiten auf vertrauliche E-Mails nicht missbrauche. Auch die vorzunehmende Interessenabwägung habe nicht zu einer Entscheidung zugunsten des Klägers ge-führt. Vielmehr hat sich im Verlauf des Kündi-gungsschutzprozesses durch das beharrliche Leug-nen des Vorfalls und der Vertuschungsversuche des Klägers gezeigt, dass ihm seine besondere Vertrau-ensstellung nicht bewusst gewesen ist.

Das Urteil finden Sie unter

[http://www.arbg.bayern.de/imperia/md/content/stmas/lag/muenchen/entscheidungen\\_2009/kammer11/11sa54\\_09.pdf](http://www.arbg.bayern.de/imperia/md/content/stmas/lag/muenchen/entscheidungen_2009/kammer11/11sa54_09.pdf)

Hildegard Reppelmund/Sabine Zschache, DIHK

## Fragen und Antworten

### ■ Tücken und Fallen der Schriftform bei Befristung

#### Vorbemerkung

Die Befristung von Arbeitsverträgen stellt trotz weiter Verbreitung regelmäßig die Personalabteilungen vor Probleme mit hoher Relevanz. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, als dass die Befristung gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG für ihre Wirksamkeit der Schriftform bedarf und auch das BAG hohe Anforderungen an Form und Umstände der Befristung stellt. Es kommt dabei nicht darauf an, ob es sich um eine kalendermäßige oder eine zweckmäßige Befristung handelt. Gleiches gilt für eine befristete Verlängerung bereits befristeter Arbeitsverträge und für Verträge, die unter einer auflösenden Bedingung stehen.

Grundsätzlich kommt es zwar „nur“ auf die Schriftform der Befristungsabrede an und nicht auf die Schriftform des Arbeitsvertrages an sich – allerdings ist es immer sinnvoll, den gesamten Arbeitsvertrag schriftlich abzuschließen.

Frage 1: „Was passiert, wenn die Befristung nicht schriftlich bzw. fehlerhaft getroffen wird?“

Wird eine Befristung nicht schriftlich vereinbart, ist zwar die Befristung unwirksam, nicht aber der Arbeitsvertrag als solcher. Es kommt also ein wirksamer unbefristeter Arbeitsvertrag zustande. Tritt der Arbeitnehmer mit einem solchen unwirksam befristeten Arbeitsvertrag seine Tätigkeit an, so kann ein folgender Arbeitsvertrag mit ihm nicht mehr ohne Vorliegen eines Sachgrundes befristet werden. Es besteht ein sog. Anschlussverbot, auch Vorbeschäftigungsverbot genannt. Dieses bisher für das gesamte Arbeitsleben geltende Verbot wird voraussichtlich – so der Koalitionsvertrag – etwas gelockert:

es soll nur noch ein Vorbeschäftigungsverbot für das letzte halbe Jahr vor der Befristung bestehen. Dies ändert jedoch im Fall der wegen fehlender Schriftform unwirksamen Befristung am Ergebnis nichts.

Frage 2: „Was genau muss schriftlich vereinbart werden?“

Die Befristungsvereinbarung muss die Befristung als solche („bis zum ...“; „auf die Dauer von ...“) und den Befristungsgrund enthalten. Um die Form zu wahren, müssen beide Parteien diese Befristungsvereinbarung – die im Arbeitsvertrag enthalten sein kann – händisch unterzeichnen. Eine elektronische Vereinbarung ist zwar mit einer qualifizierten elektronischen Signatur möglich, birgt jedoch Risiken, die einer speziellen anwaltlichen Beratung bedürfen.

Bei der schriftlichen Niederlegung des Befristungsgrundes sollte stets auf eine präzise Formulierung geachtet werden. Wird ein Arbeitsvertrag kalendermäßig befristet, so ist die Vertragsdauer mit Anfang und Ende festzuhalten. Soll ein Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen werden, so ist das Ereignis, das den Vertrag beenden soll, detailliert darzulegen. Gleiches gilt für Verträge mit einer Zweckbefristung, wie Elternzeit- und Krankheitsvertretung oder die Befristung für ein bestimmtes Projekt.

Frage 3: „Zu welchem Zeitpunkt muss die Befristungsvereinbarung unterschrieben werden?“

Die Befristungsvereinbarung muss vor Arbeitsantritt des Arbeitnehmers von beiden Parteien unterzeichnet werden. Mündliche Abreden sind gefährlich und führen möglicherweise zur Unwirksamkeit der Befristung. Wichtig ist jedenfalls, dass spätestens am ersten Arbeitstag vor Arbeitsbeginn die Unterschrift erfolgt. Der neue Arbeitnehmer darf keinesfalls zu arbeiten anfangen, ohne vorher die Befristungsabrede unterzeichnet zu haben.

Hildegard Reppelmund, DIHK

## Tipps zum Schluss

### ■ **BMAS-Informationen zum Thema "Praktikum"**

Grundsätzlich sind Praktika etwas sehr Sinnvolles: Sie bieten jungen Menschen die Möglichkeit, in die Berufswelt hineinzuschnuppern und Erfahrungen zu sammeln, die im Klassenzimmer oder Hörsaal nicht vermittelt werden können. Sich rechtzeitig in der einen oder anderen Branche umzuschauen, hilft bei der beruflichen Orientierung. Auch für ältere Berufstätige kann ein Praktikum Sinn haben. Es kann bei der Suche nach einem neuen Aufgabenbereich helfen – zum Beispiel wenn ihnen Arbeitslosigkeit droht oder wenn sie in ihrem aktuellen Beruf keine Entwicklungsmöglichkeiten mehr sehen. Aber diese im Prinzip gute Möglichkeit darf nicht missbraucht werden: Praktika dürfen nicht an die Stelle fester Anstellungsverhältnisse treten.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat zum Thema "Praktikum" viele Informationen zusammengestellt. U. a. gibt es ein Merkblatt für Arbeitgeber sowie eine Zusammenstellung der maßgeblichen Gesetze.

[http://www.bmas.de/portal/24468/uebersichtsseite\\_generationpraktikum.html](http://www.bmas.de/portal/24468/uebersichtsseite_generationpraktikum.html)

### ■ **Literaturhinweise**

Brachmann, Carsten, und Diepold, Markus,  
Stolperfallen im Arbeitsvertrag – Regelmäßige Prüfung notwendig

Arbeit und Arbeitsrecht 9/09, S. 504 – 508

Wisskirchen, Gerlind, und Lützeler, Martin,  
"Compliance-Fahrplan" im Arbeitsrecht – Grundlagen für HR-Organisation

Arbeit und Arbeitsrecht 9/09, S. 509 – 511

Bodem, Marcus,  
Scheinselbständigkeit oder illegale Beschäftigung – Ernsthafte Konsequenzen bei falschen "Freien"

Arbeit und Arbeitsrecht 9/09, S. 538 – 541

Leydecker, Philipp, Heider, Benjamin, Fröhlich, Julia,

Die Vollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs – Ein Wegweiser (mit vielen Praxistipps)  
Betriebs-Berater 50/2009, S. 2703 – 2711