

ARBEITSRECHT NEWS

NEUES ZUR ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

von **Georg Mikes**

Frankfurt
 Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
 gmikes@jonesday.com
 ++49 69 9726 3939

Wenn es eine Branche gab, die vom Wirtschaftsaufschwung 2010/2011 besonders profitiert und der vorangegangenen Krise getrotzt hat, dann war es die Zeitarbeitsbranche. In keiner anderen entstanden so viele neue Arbeitsplätze, und die positive deutsche konjunkturelle Entwicklung war wesentlich durch sie getragen. Doch diese „Zeitarbeitsbranche“ machte auch Negativschlagzeilen, insbesondere durch den Schlecker-Skandal: Reguläre Arbeitsverhältnisse bei der Drogeriemarktkette waren beseitigt worden, nur um den betroffenen Arbeitnehmern eine Tätigkeit zu schlechteren Konditionen in einem konzernnahen Verleihunternehmen anzubieten, das sie postwendend praktisch wieder an ihren alten Arbeitsplatz schickte. Die Vergütung war dann so gering, dass die Betroffenen sich das Gehalt durch Arbeitslosengeld II – und damit auf Kosten der Allgemeinheit – aufstocken lassen mussten. Der Schlecker-Konzern büßte sein so entstandenes schlechtes Image durch massiven Umsatz- und Gewinneinbruch und bescherte politischen Handlungsdruck zur Einführung einer „Drehtürklausel“ – letztlich also dem Verbot, Leiharbeit lediglich zur Verschlechterung von Arbeitsbedingungen zu instrumentalisieren. Dies ist aber nur ein Gesichtspunkt eines ganzen Maßnahmenbündels neuerer Gesetzesregelungen zum Schutz von Leiharbeitnehmern. Für jeden Arbeitgeber, der als Entleiher Zeitarbeiter einsetzt, lohnt sich ein näherer Blick auf die neueren Entwicklungen beim Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG).

INHALT

Neues zur Arbeitnehmerüberlassung	1
Keine Änderung bzw. Anpassung der pauschalen Kilometersätze bei Dienstfahrten mit dem eigenen Kfz des Arbeitnehmers	4
Neuere Entwicklungen bei Versorgungszusagen	4
Fallstricke vermeiden— Probearbeitsverhältnis und Probezeit	6
Fataler formaler Fehler bei Kündigungsausspruch	10



■ DAS „EQUAL-PAY“-GEBOT

Schon seit einigen Jahren galt, dass dem Leiharbeiter in der Zeit seines Einsatzes beim Entleiher *keine schlechteren Arbeitsbedingungen* gewährt werden durften als vergleichbaren Arbeitnehmern der Stammelegschaft. Gewisse Ausnahmen galten nur einerseits für zuvor arbeitslose Leiharbeiter, andererseits dann, wenn auf den Leiharbeiter ein Tarifvertrag Anwendung fand, der für ihn schlechtere Arbeitsbedingungen zuließ. Neu seit 1. Mai 2011 ist jedoch, dass ein Tarifvertrag der vorgenannten Art keine Geltung entfalten würde gegenüber Leiharbeitern, die in den letzten 6 Monaten vor der Entleihung aus einem Arbeitsverhältnis beim Entleiher oder einem zugehörigen anderen Konzernunternehmen ausgeschieden sind. In der Sache handelt es sich hierbei um die Umsetzung des Gedankens zur „Drehtürklausel“, denn es

wird dadurch unattraktiv, Stammelegschaft zu entlassen, um sie über ein Leiharbeitsunternehmen wieder arbeiten zu lassen. Ungeachtet des Tarifvertrages könnte der Leiharbeiter sich nämlich auf das reine Equal-Pay-Gebot berufen.

Natürlich richtet sich das Equal-Pay-Gebot nicht vorrangig an den Entleiher, sondern den Verleiher. Denn dieser ist der eigentliche Arbeitgeber, der auch die Vergütung zahlen muss. Trotzdem hat es auch mittelbare Auswirkungen auf den Entleiher. Zum einen ist – wie bisher – zur effektiven Durchsetzung von Equal Pay ein Auskunftsanspruch des Leiharbeiters unmittelbar gegen den Entleiher nach § 13 AÜG gegeben. Gerichtet ist der Anspruch auf Mitteilung der wesentlichen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers. Mit Wirkung

ab 1. Dezember 2011 wird dem Leiharbeiter nach dem neuen § 13 b AÜG ferner ein ausdrückliches Recht auf Nutzung der Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste des Entleihers zustehen, denn auch dies ist im weiteren Sinne Vergütung. Es können dann etwa die Kantine oder die Kinderbetreuung des Entleihers zu vergleichbaren Bedingungen wie durch die Stammarbeiter genutzt werden.

Eine weitere Verpflichtung des Entleihers direkt gegenüber dem Leiharbeiter besteht ab 1. Dezember 2011 in Form der Informationspflicht über die zu besetzenden freien Arbeitsplätze (§ 13 a AÜG). Hierdurch soll der Übergang in reguläre feste Arbeitsverhältnisse gefördert werden.

■ MINDESTLOHN

Unabhängig von „Equal Pay“ wurde mit Wirkung ab 1. Mai 2011 die gesetzliche Möglichkeit geschaffen, mittels einer Rechtsverordnung des Bundesarbeitsministeriums eine Lohnuntergrenze festzulegen (neuer § 3 a AÜG). Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen haben die Möglichkeit, dem Ministerium gemeinsame Vorschläge zu machen, wobei das Entgelt einheitlich sein muss für Verleihzeiten und verleihfreie Zeiten und der Vorschlag nur unverändert in die Rechtsverordnung übernommen werden kann.

■ KONZERNPRIVILEG

Weitgehend in Übereinstimmung mit neuerer Rechtsprechung wird ab 1. Dezember 2011 das „Konzernprivileg“ eingeschränkt. Diese Maßnahme, die wiederum im Zusammenhang mit Equal Pay zu sehen ist, bedeutet vor allem, dass die bislang ohne Notwendigkeit einer Überlassungsgenehmigung betriebenen konzerninternen Personalführungsgesellschaften eben doch einer Genehmigung bedürfen und unter das AÜG fallen werden. Damit wird es künftig nicht mehr möglich sein, Arbeitnehmer in einer Konzernführungsgesellschaft zu eher geringem Lohn mit dem Zweck einzustellen, sie an andere Konzerngesellschaften zu überlassen, wo normalerweise ein höheres Lohngefüge besteht.

■ ÜBERWACHUNG DER AÜG-BESTIMMUNGEN; BUSSGELDER

Zwar bleibt die generelle Zuständigkeit in AÜG-Angelegenheiten bei der Bundesagentur für Arbeit, doch wurden Aufgaben, die mit der Überwachung von Lohnuntergrenzen zu tun haben, ausgegliedert. Sie sind nun den Zollbehörden übertragen, die bereits für die ähnlich strukturierte

Überwachung des Arbeitnehmerentendegesetzes im Baugewerbe zuständig sind. Teil der neueren gesetzlichen Bestimmungen sind auch ab 1. Dezember 2011 geltende Ausweitungen des Bußgeldrahmens bei Verstößen gegen das AÜG.

■ AUSBLICK ZUR ZU ERWARTENDEN KÜNFTIGEN RECHTSENTWICKLUNG

Die Thematik des Mindestlohns wird sicherlich künftig erhebliche Bedeutung erlangen. Das AÜG ist außerdem in wesentlichen Bereichen die Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG). Die Umsetzung hat bis zum 5. Dezember 2011 zu erfolgen. Ab dann wird es der Europäische Gerichtshof (EGH) sein, dessen Rechtsprechung darüber entscheidet, ob die nationale Umsetzung der Richtlinie entspricht. Ebenso obliegt es dann den deutschen nationalen Gerichten, alle Bestimmungen und deren Einhaltung richtlinienkonform vorzunehmen. Es ist keineswegs auszuschließen, dass wichtige Auslegungsentscheidungen z.B. über unbestimmte Rechtsbegriffe wie „wesentliche Arbeitsbedingungen“ oder „vergleichbare Arbeitnehmer“ vom EGH in Straßburg erfolgen, ähnlich wie dies bereits im Zusammenhang mit Betriebsübergängen gilt.

■ SUBSIDIÄRE HAFTUNG FÜR SOZIALVERSICHERUNGSBEITRÄGE

Als praktisch besonders bedeutungsvoll hat sich auch eine Entscheidung des BAG vom 14. Dezember 2010 (1 ABR 19/10) erwiesen. Hierin hatte das BAG festgestellt, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) nicht tariffähig ist. Folglich waren auch die mit der CGZP geschlossenen vermeintlichen Tarifverträge, die unter Nutzung des alten Rechtsstandes ein niedrigeres Vergütungsniveau für Zeitarbeiter schaffen sollten, unwirksam. Vordergründig wäre dies nur ein Thema der jeweiligen Verleiher gewesen, weil sie ihren Arbeitnehmern, den Zeitarbeitern, mehr zahlen müssen. Für die Entleiher konnte jedoch wegen einer besonderen Vorschrift im Sozialrecht eine Mithaftung (neben dem Verleiher) für diejenigen nicht abgeführten Sozialbeiträge entstehen, die bei korrekter Bemessung der Vergütung durch den Verleiher abzuführen gewesen wären. Da die Haftung sich auch mehrere Jahre in die Vergangenheit erstreckte, brachte die BAG-Entscheidung für manche Entleiher ein böses Erwachen mit sich. Und sie unterstreicht neuerlich, wie wichtig für einen Entleiher eine sorgfältige Auswahl des Verleihunternehmens ist.



KEINE ÄNDERUNG BZW. ANPASSUNG DER PAUSCHALEN KILOMETERSÄTZE BEI DIENSTFAHRTEN MIT DEM EIGENEN KFZ DES ARBEITNEHMERS

von **Dr. Christian Funke**, LL.M. OEC.

Frankfurt
Rechtsanwalt/Steuerberater
cfunke@jonesday.com
++49 69 9726 3939

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in seinem Beschluss vom 15.03.2011 – VI B 145/10 (NV) über die Änderung bzw. Anpassung der pauschalen Kilometersätze der Finanzverwaltung bei Dienstfahrten mit dem eigenen Kfz zu entscheiden. Nach dem BFH gehören zu den als erwerbsbezogenen veranlassenden und abziehbaren Werbungskosten einer Auswärtstätigkeit u.a. Fahrtkosten, es sei denn, sie wurden durch den Arbeitgeber im Rahmen des § 3 Nr. 13 bzw. 16 Einkommenssteuergesetz steuerfrei ersetzt. Bei Fahrten des Arbeitnehmers mit dem eigenen Kfz ist der Anteil der gesamten nachgewiesenen Fahrzeugkosten abziehbar, der durch die beruflichen Fahrten veranlasst ist. Soweit die tatsächlichen Gesamtkosten nicht mit Einzelnachweisen dargelegt werden, können die von der Finanzverwaltung festgesetzten pauschalen Kilometersätze angesetzt werden. Sie stellen eine typisierende Schätzung dar, die der BFH bislang in ständiger Rechtsprechung

anerkannt hat (BFH, BStBl II 2010, 805, mit weiteren Nennungen).

Ist der Arbeitnehmer der Auffassung, dass der pauschale Kilometersatz nicht (mehr) realitätsgerecht sei, muss er die tatsächlich angefallenen Kosten nachweisen. Einen solchen Nachweis konnte der Kläger nicht führen und forderte eine Änderung bzw. Anpassung der pauschalen Kilometersätze der Finanzverwaltung durch den BFH.

Das Gericht lehnte eine Änderung bzw. Anpassung ab. Typisierende Verwaltungsvorschriften unterliegen zwar generell der richterlichen Kontrolle. Sie können aber durch die Gerichte weder wie Gesetze ausgelegt noch verändert bzw. angepasst werden. Soweit das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass eine solche Verwaltungsanweisung den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und die Schätzung nicht (mehr) realitätsgerecht sei, scheidet deren Anwendung aus. Davon ging der BFH bezüglich der pauschalen Kilometersätze jedoch nicht aus.

NEUERE ENTWICKLUNGEN BEI VERSORGUNGSZUSAGEN

von **Andreas Köster-Böckenförde**

Frankfurt
Rechtsanwalt/Steuerberater
akboeckenfoerde@jonesday.com
++49 69 9726 3939

Nachdem früher Altersversorgungsregelungen bei vielen Unternehmen bestanden, sind in den letzten Jahren immer mehr Versorgungssysteme geschlossen worden. In vielen Fällen waren die auf Dauer unzureichende Rückstellungsbildung unter den deutschen Rechnungslegungsvorschriften, die sich insoweit am deutschen Steuerrecht orientierten, aber auch die dauerhaft nicht zu verkraftenden Liquiditätsabflüsse in der Auszahlungsphase, die Gründe dafür.

Um die Bilanzrelationen zu verbessern, wurden von vielen Unternehmen bestehende Versorgungszusagen durch Gestaltungen unter Einsatz sogenannter CTA (Contractual Trust Agreement) ausfinanziert und die Pensionsrückstellungen damit aus der Bilanz ausgelagert. Hieraus ergeben sich verbesserte Bilanzrelationen und ein verbessertes Rating. Durch die Reform des HGB

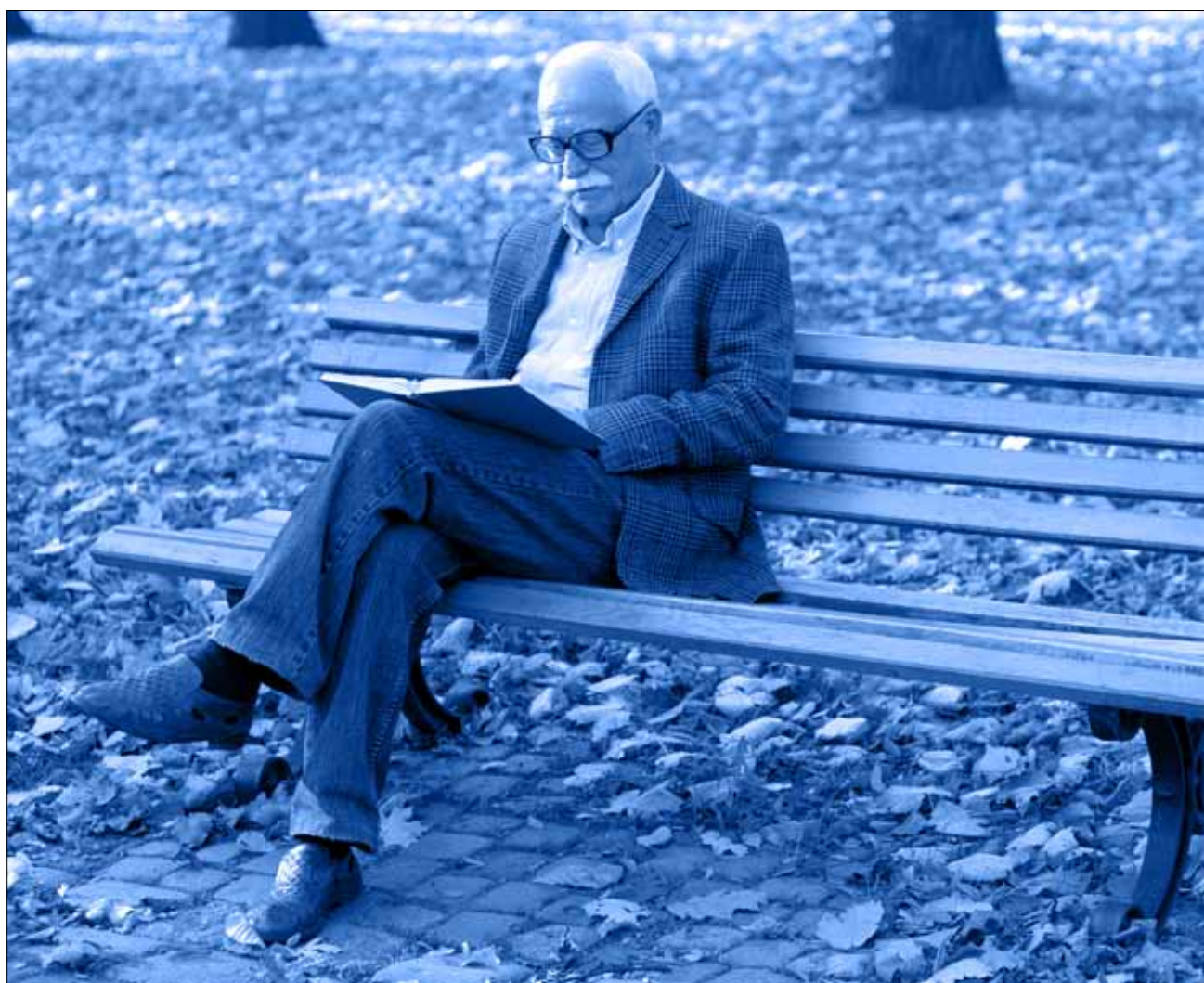
(Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) können jetzt auch Unternehmen von diesen Instrumenten Gebrauch machen, die nicht nach US-GAAP oder IFRS bilanzieren.

Gleichzeitig sind heute viele Arbeitnehmer bereit, Teile ihres Einkommens in die Zukunft zu verlagern (deferred compensation), d.h. heute auf z.B. einen Teil von Tantiemen oder Boni zu verzichten, um diese später verzinst ausgezahlt zu erhalten. Der Grund sind in vielen Fällen Besteuerungsunterschiede in der Progression zwischen heutigen und zukünftigen Einkommen. Zu berücksichtigen ist auch, dass in der Ansparphase keine Steuerbelastung, auch auf die Erträge aus der erfolgten Vermögensanlage, wirksam wird. Damit kann also aus dem Bruttoeinkommen Vermögen gebildet werden.

Unter Nutzung einer bislang wenig beachteten Variante einer Versorgungszusage, die durch das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) möglich ist, kann ein Arbeitgeber seinem

Arbeitnehmer hierbei entgegenkommen, ohne die oben angedeuteten Nachteile der ungewissen zukünftigen finanziellen Belastung einzugehen oder eine ungünstige Bilanzierung akzeptieren zu müssen.

§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG sieht als einen Weg der betrieblichen Altersversorgung die sogenannte beitragsorientierte Leistungszusage vor. Problematisch in diesem Zusammenhang ist die Zusage einer künftigen Leistung, die der Höhe nach ungewiss sein kann und damit aus Sicht des Arbeitgebers unerwünscht ist. Neuere Entwicklungen auch auf Seiten der Finanzverwaltung ermöglichen es, das Risiko wirtschaftlich dadurch auszuschließen, dass sich die Leistungszusage nach der Höhe des im Ausscheidungszeitpunkt vorhandenen Deckungskapitals bemisst und dies über eine Rückdeckung vollständig abgesichert wird (kongruente Deckung). Die Rückdeckung kann durch Versicherungen oder CTAs zur Absicherung eingesetzt werden.



Auch die kongruent gedeckte Beitragszusage mit Mindestleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG) eröffnet interessante Formen der Alterssicherung. In dieser Fallgestaltung verspricht der Arbeitgeber nur den Nominalbetrag der bis zum Ablauf geleisteten Beiträge. Durch die Zahlungen in die Rückdeckung (Versicherung oder CTA) wird das Verlustrisiko faktisch ausgeschlossen und die Versorgungszusage ausfinanziert.

Diese Variante bietet sogar den Vorteil, dass keine Anpassungspflicht nach § 16 BetrAVG besteht. Dies gilt auch, wenn die Beiträge arbeitnehmerfinanziert sind.

Die Beiträge, die zu leisten sind, werden durch Gehaltsumwandlung der Arbeitnehmer (z.B. Umwandlung von Tantiemen oder Boni) erbracht und können jährlich schwanken. In diesen Fällen kann der Arbeitnehmer jedes Jahr neu entscheiden, welcher Teilbetrag der Tantiemen oder des Boni für die Gehaltsumwandlung verwendet werden soll.

Für den Arbeitgeber sind die Beiträge kosten- und liquiditätsneutral. Gleichzeitig ist die Versorgungszusage ausfinanziert. Pensionsrückstellungen und Deckungsansprüche werden, wie schon bisher unter einer US-GAAP oder IFRS-Bilanzierung, nach den Änderungen des HGB durch BilMoG nicht mehr in einer HGB-Bilanz erfasst. Nach § 246 Abs. 2 Satz 2 HGB dürfen Altersversorgungsverpflichtungen unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. doppelseitige Treuhandlösungen) mit Aktiva verrechnet werden. Damit ist die HGB-Bilanzierung internationalen Standards angepasst worden. Die Pensionsverbindlichkeiten und die zuzuordnenden Aktiva werden verrechnet und erscheinen nicht mehr in der Bilanz. Es ergibt sich damit eine bessere Eigenkapital-/Fremdkapitalrelation.

Für jeden Arbeitnehmer werden im CTA bzw. einer Rückdeckungsversicherung individuelle Konten geführt, auf denen seine Beiträge und die Erträge daraus erfasst werden. Bei Eintritt ins Rentenalter hat der Arbeitnehmer je nach Modellvariante ein Wahlrecht zwischen Einmalzahlung oder Ratenzahlung. Weiterhin kann der Arbeitgeber je nach Modellvariante die Beiträge aus Gehaltsumwandlung durch eigene Beiträge aufstocken. Unter Umständen kann der Arbeitnehmer die Anlageklasse, in der seine Beiträge investiert werden sollen, selbst vorgeben und damit das Ertragsniveau beeinflussen.

Die Gehaltsumwandlung und Zahlung der umgewandelten Beträge an einen Treuhänder oder eine Versicherung unterliegen nicht dem Lohnsteuerabzug im Zeitpunkt der Umwandlung. Im Zeitpunkt der Auszahlung, wie bei anderen Betriebsrenten, entsteht Lohnsteuer. Während der Ansparphase entsteht keine Steuerbelastung auf die Erträge, wodurch sich das Wiederanlagevolumen erhöht. Der Mitarbeiter ist damit letztlich in der Lage, aus seinem Bruttoeinkommen Vermögen zu bilden, da die Besteuerung erst im Zeitpunkt der Auszahlung eingreift. Steuerrechtliche Restriktionen, wie sie sich aus Zahlungen an Direktversicherungen, Unterstützungskassen, Pensionsfonds oder Pensionskassen ergeben, sind in diesem Modell nicht relevant. Da es sich rechtlich um eine Direktzusage des Arbeitgebers handelt, können Beiträge in jeder Höhe geleistet werden.

Diese Deferred-Compensation-Modelle eignen sich insbesondere für Arbeitnehmer, die jährliche Einmalzahlungen erhalten und ihre aktuelle Steuerbelastung senken möchten.

FALLSTRICKE VERMEIDEN— PROBEARBEITSVERHÄLTNIS UND PROBEZEIT

von **Julia Zange**

Frankfurt
Rechtsanwältin/Fachanwältin für Arbeitsrecht, Maître en droit
jzange@jonesday.com
++49 69 9726 3939

Das Probearbeitsverhältnis bzw. die sog. Probezeit dient beiden Seiten, herauszufinden, ob eine dauerhafte Zusammenarbeit sinnvoll erscheint. Gesetzlich vorgeschrieben ist eine Probezeit nur bei Berufsausbildungsverhältnissen. Sie ist aber zweckmäßig und in der Praxis üblich. Arbeitgeber nutzen sie, um den neu eingestellten Mitarbeiter zu testen, bevor sie ihn in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernehmen bzw. er nach 6 Monaten den vollen Bestandsschutz des Kündigungsschutzgesetzes erwirbt.

1. PROBEARBEITSVERHÄLTNIS

Das Probearbeitsverhältnis ist ein wirksames Arbeitsverhältnis, in dem alle gegenseitigen Rechte und Pflichten bestehen.

Die Parteien können das Probearbeitsverhältnis

- als befristetes Probearbeitsverhältnis, oder
- als unbefristetes Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit vereinbaren.

Das *befristete Probearbeitsverhältnis* kann entweder als Sachgrundbefristung (Sachgrund der Erprobung ist ausdrücklich ein Sachgrund nach Teilzeit- und Befristungsgesetz) abgeschlossen werden; hier ist die Höchstdauer nicht begrenzt, jedoch muss die Dauer angemessen zum Zweck der Bewährung sein – je komplexer die Aufgabe ist, umso länger wird die Befristung sein dürfen. In der Praxis nutzen Unternehmen bei Erstanstellungen häufig auch die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung („Zeitbefristung“) für die Dauer von maximale 2 Jahren.

Jede Befristungsvereinbarung unterliegt dem Schriftformerfordernis. Der befristete Arbeitsvertrag muss also *vor* dem ersten Arbeitstag schriftlich abgeschlossen sein. Unterzeichnet der Arbeitnehmer den Vertrag erst im Laufe oder am Ende des ersten Arbeitstages im Betrieb, ist bereits ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen (§ 16 Satz 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz; TzBfG).

Das befristete Probearbeitsverhältnis endet automatisch durch Zeitablauf, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Dies gilt unabhängig von einer „Zweckerreichung“, also auch, wenn sich der Arbeitnehmer nach objektiven Maßstäben auf der Stelle bewährt hat. Besondere Kündigungsbeschränkungen (etwa Sonderkündigungsschutz bei Schwangerschaft und bei Schwerbehinderung nach Ablauf von sechs Monaten) sind daher nicht einschlägig. Mangels Kündigungstatbestand kann der Arbeitnehmer auch keine Kündigungsschutzklage erheben.

Nur wenn das Arbeitsverhältnis nach Fristablauf einvernehmlich bzw. mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird, gilt es als auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn das Unternehmen nicht unverzüglich widerspricht (§ 15 Abs. 5 TzBfG).

Praxistipp: Der Arbeitgeber muss also, will er die „versehentliche“ Umwandlung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vermeiden, den Ablauf der Probezeitbefristung stets im Auge behalten.



Die Parteien können in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis eine *Probezeit* lediglich vorschalten. Diese Probezeit beinhaltet dann lediglich eine besondere Kündigungsregelung: beide Seiten können das Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit einer Frist von 2 Wochen zu jedem Tag kündigen, § 622 Abs. 3 BGB. Ansonsten gilt eine Frist von 4 Wochen zum 15. bzw. zum Monatsende (§ 622 Abs. 1 BGB).

2. NICHTVERLÄNGERUNG BEFRISTETER PROBEARBEITSVERHÄLTNISSE

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeitbefristung zu verlängern.

Im Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ist jedoch Vorsicht geboten, etwa bei einer schwangeren Arbeitnehmerin. Setzt das Unternehmen das Arbeitsverhältnis nur wegen der Schwangerschaft nicht fort, könnte dies eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellen und zu Ersatzansprüchen der Arbeitnehmerin führen. Der Arbeitgeber sollte



deshalb die Nichtverlängerung eines befristeten Probe-
arbeitsverhältnisses stets mit sachlichen Gründen be-
legen können, insbesondere damit, dass der Betreffende
nicht ausreichend geeignet und befähigt ist. Die sachlichen
Gründe sind möglichst sorgfältig zu dokumentieren.

Will das Unternehmen den Vertrag nach Ablauf der
ersten Befristung (Probezeit) weiter befristet, empfiehlt
es sich, den Befristungsgrund „Erprobung“ zunächst
nicht ausdrücklich zu erwähnen, Dann nämlich wäre eine
Anschlussbefristung ohne Sachgrund nicht mehr möglich
(„Bereits-zuvor“-Arbeitsverhältnis, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG).

3. ÜBERTRAGUNG EINER HÖHERWERTIGEN POSITION „ZUR ERPROBUNG“

Der Arbeitgeber kann nicht nur das Arbeitsverhältnis ins-
gesamt zur Erprobung befristet, sondern dem Mitarbeiter
auch im laufenden Arbeitsverhältnis eine höherwertige
Position (Beförderungsstelle) zur Erprobung übertragen.
Da dies nur einzelne Arbeitsbestimmungen und nicht
das gesamte Arbeitsverhältnis betrifft, erfolgt hier keine
Befristungs-, sondern vielmehr „nur“ eine AGB-Kontrolle.

Hat sich der Arbeitnehmer auf der höherwertigen Position
nicht bewährt, darf ihm der Arbeitgeber nach Ablauf der
Befristung wieder seinen vorherigen Arbeitsplatz zuweisen.
Jedoch kann in dieser Situation nicht das Arbeitsverhältnis
insgesamt unter Berufung auf die Nichtbewährung in der
höheren Position beendet werden.

4. PROBLEM: VERLÄNGERUNG DER PROBEZEIT

In der Praxis kommt es vor, dass die vereinbarte (gesetzli-
che) Probezeit von sechs Monaten nicht ausreicht, um sich
ein abschließendes Bild über die fachliche und persönliche
Eignung des Arbeitnehmers zu verschaffen. Es besteht das
Bedürfnis, die Probezeit „zu verlängern“.

Die Verlängerung der Probezeit ist rechtlich problematisch:

- Der Arbeitnehmer erlangt nach 6-monatigem Bestand
des Arbeitsverhältnisses – sofern der Arbeitgeber mehr
als 10 Arbeitnehmer beschäftigt und damit der Anwen-
dungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet
ist – umfassenden Kündigungsschutz. Jede Kündigung,
die dann ausgesprochen wird, ist unwirksam, wenn sie

nicht sozial gerechtfertigt ist. Die „Nicht-Bewährung nach weiterer Erprobung“ ist nicht ausreichend.

- Eine nachträgliche Zeitbefristung bis zur Dauer von zwei Jahren – die keines sachlichen Grundes bedarf – ist nicht zulässig, da mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein (befristetes oder unbefristetes) Arbeitsverhältnis bestand (§ 14 Abs. 2 TzBfG).
- Eine nachträgliche Befristung mit Sachgrund – zur weiteren Erprobung (§ 14 Abs. 1 Nr. 5 TzBfG) kann nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein, etwa wo ein Arbeitnehmer innerhalb der eigentlichen Probezeit längerfristig arbeitsunfähig erkrankt war, so dass die Erprobung nicht stattfinden konnte.

Eine „Verlängerung der Probezeit“, ohne dem Arbeitnehmer zugleich den umfassenden Bestandsschutz nach dem KSchG zu verschaffen, ist nur durch folgende Konstruktion möglich: Das Arbeitsverhältnis wird noch vor Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit vorsorglich durch ordentliche Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet. Bei der Beendigung wählen die Parteien jedoch nicht die kurze zweiwöchige Kündigungsfrist, sondern eine verlängerte Auslauf-/Kündigungsfrist, während der der Mitarbeiter weiter erprobt werden soll. Zugleich sagt ihm der Arbeitgeber für den Fall, dass er sich bewährt, die Wiedereinstellung zu.

Achtung: Die Kündigungs-/Auslaufrist darf nicht so lang sein, dass eine Umgehung des Kündigungsschutzes angenommen wird. Sie muss außerdem angemessen und überschaubar bleiben, um eine Befristungskontrolle zu vermeiden. In der Praxis wird bislang jedenfalls eine Dauer von 4 Monaten als wirksam angesehen. Die damit insgesamt zur Verfügung stehende Probezeit von zehn Monaten sollte ausreichen, um den Arbeitnehmer einschätzen zu können.

5. KÜNDIGUNG IN DER PROBEZEIT

Um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu beenden, ist auch während der Probezeit eine Kündigung notwendig. Dabei berührt die Probezeitvereinbarung grundsätzlich nicht den gesetzlichen Kündigungsschutz, der nach Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit eingreift (§ 1 Abs. 1 KSchG). In diesem Fall bedarf die Kündigung einer „sozialen Rechtfertigung“ i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG. Vor Ablauf der Wartezeit steht es dem Arbeitgeber dagegen frei, ohne Grund zu kündigen. Er ist lediglich durch das Willkürverbot eingeschränkt.

Vorsicht ist geboten bei einem vertraglich vereinbarten „Verzicht auf die Probezeit“, etwa weil der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber aufgrund einer früheren Beschäftigung bekannt ist. Er kann als Vereinbarung ausgelegt werden, dass die Parteien auf die 6-monatige Wartezeit nach Kündigungsschutzgesetz verzichten und das Unternehmen auch in den ersten 6 Monaten nur bei sozialer Rechtfertigung kündigen darf.

Hinweis: Auch wenn in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses noch kein allgemeiner Kündigungsschutz besteht, greifen im Falle einer Kündigung Sonderkündigungsschutztatbestände ein für:

- Schwangere (§ 9 MuSchG),
- Arbeitnehmer in Pflegezeit (§ 5 Pflegezeitgesetz),
- Mitglieder des Wahlvorstands für eine Betriebsratswahl (§ 15 Abs. 3 KSchG) und
- Arbeitnehmer, die zu einer Betriebsversammlung einladen, um einen Wahlvorstand zu wählen (§ 15 Abs. 3 a KSchG).

Der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen – Zustimmung des Integrationsamts (§ 85 SGB IX) – findet hingegen erst Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis sechs Monate bestand, vgl. § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX („Ausnahmen“).

Für Einhaltung der 6-Monats-Frist (Wartezeit für Eingreifen Kündigungsschutz) ist ausschließlich auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, nicht auf die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Jede Seite kann das Arbeitsverhältnis also am letzten Tag der Wartezeit/ Probezeit durch Kündigung beenden. Es endet dann zwei Wochen nach Zugang der Kündigung, ohne dass eine soziale Rechtfertigung erforderlich ist.

6. BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATS

Die Einstellung eines Arbeitnehmers zur Probe unterliegt – unabhängig von der rechtlichen Gestaltung – der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG. Verlängern die Parteien ein befristetes Arbeitsverhältnis oder wandeln es in eines auf unbestimmte Zeit um, ist der Betriebsrat grundsätzlich erneut nach § 99 BetrVG zu beteiligen, da es sich formalrechtlich wiederum um eine „Einstellung“ handelt. Eine Ausnahme besteht, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat vor der Einstellung zur Probe

mitgeteilt hat, er wolle den Arbeitnehmer auf unbestimmte Zeit weiterbeschäftigen, wenn er sich bewährt.

Das Unternehmen hat die Arbeitnehmervertretung außerdem vor jeder Kündigung anzuhören und ihr die Gründe für die Kündigung mitzuteilen (§ 102 BetrVG). Dies gilt auch bei einer Kündigung während der Probezeit bzw. während der ersten 6 Monate des Arbeitsverhältnisses, obwohl das Arbeitsverhältnis hier noch nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz unterliegt. Dabei genügt es, wenn der Arbeitgeber seine subjektive Wertung mitteilt, die ihn zur Kündigung veranlasst. Die Kündigungsgründe sind auch hier zutreffend und vollständig mitzuteilen, andernfalls kann der Arbeitnehmer die formale Unwirksamkeit der Probezeitkündigung vor dem Arbeitsgericht geltend machen; eine erneute Kündigung könnte dann ggf. erst nach Ablauf von 6 Monaten ausgesprochen werden und würde dann bereits dem vollen Kündigungsschutz unterliegen.

Hinweis: Bei der Probezeitbefristung ist eine Beteiligung des Betriebsrats zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich, da der Arbeitsvertrag ohne Ausspruch einer Kündigung endet.

■ FAZIT

Aus den genannten Gründen ist aus Sicht des Arbeitgebers die Variante des befristeten Probearbeitsverhältnisses vorzugswürdig. Bei höherwertigen Positionen oder dort, wo der Bewerber aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis herausgelöst bzw. abgeworben wird, ist eine Befristung praktisch nicht vermittelbar.

FATALER FORMALER FEHLER BEI KÜNDIGUNGSANSPRUCH

von **Friederike Göbbels**

München
Rechtsanwältin/Fachanwältin für Arbeitsrecht
fgoebbels@jonesday.com
++49 89 2060 42 200

Häufig wird es leider im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung einer Kündigung durch den Arbeitgeber versäumt, die grundlegenden Formerfordernisse zu prüfen und zu beachten. Dies führt in der Regel zu einer unheilbar unwirksamen Kündigung. So zum Beispiel, wenn

die gesetzlich geforderte Schriftform durch eigenhändige Unterzeichnung nicht eingehalten wird, sondern dem zu kündigenden Arbeitnehmer nur eine Kopie, ein Scan oder ein Fax zugeleitet oder die Kündigung gar mündlich ausgesprochen wird.

Neben der Schriftform gibt es eine weitere sehr wichtige Vorschrift, die im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung zu beachten ist, nämlich § 174 BGB. Diese Norm regelt Anforderungen an den Nachweis einer Bevollmächtigung, wenn die die Kündigung aussprechende Person nicht der Kündigungsberechtigte selbst ist. Klassisches Beispiel ist Folgendes: Der Arbeitgeber besteht in der Rechtsform einer GmbH. Kündigungsberechtigt ist in diesem Fall das gesetzliche Vertretungsorgan, d.h. der oder die Geschäftsführer in der vertretungsberechtigten Anzahl. Häufig ist es aber nun so, dass aus Praktikabilitätsgründen die mit der Personalleitung betraute Person nach vorheriger interner Abstimmung die Kündigung selbst unterschreiben soll. Angenommen, der Personalleiter ist nicht Geschäftsführer und auch nicht ein im Handelsregister länger als 15 Tage eingetragener Prokurist der agierenden GmbH; dann verlangt § 174 BGB, dass der Kündigung die entsprechende Vollmachtsurkunde im Original zusammen mit der Kündigung vorlegt wird.

Wird dieser Vorlagepflicht nicht genüge getan, z.B. weil die Vollmachtsurkunde gar nicht, nur als Kopie oder erst später dem gekündigten Arbeitnehmer übergeben wird, so hat dieser das Recht gemäß § 174 BGB, die Kündigung unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (und damit in der Regel innerhalb von wenigen Tagen), zurückzuweisen. Die Rechtsfolge der Zurückweisung ist die Unwirksamkeit der Kündigung. Der Arbeitgeber muss in diesem Fall eine neue Kündigung ausfertigen und zustellen, was je nach Fallgestaltung mit einzuhaltenden Fristen kollidieren kann.

Der Gekündigte darf allerdings das Kündigungsschreiben nicht zurückweisen, wenn ihn der Arbeitgeber über die Bevollmächtigung bereits im Vorfeld zur Kündigung in Kenntnis gesetzt hatte. In einer Entscheidung des BAG vom 14. April 2011 (6 AZR 727/09) ging es um die Beurteilung, welche Anforderungen an dieses vorherige Inkennntnissetzen zu stellen sind.

Der Arbeitgeber glaubte im entschiedenen Fall hinreichend Sorge getragen zu haben, weil in dem gekündigten Arbeitsvertrag folgender Passus enthalten gewesen ist: „Eine



Kündigung des Arbeitsverhältnisses kann auch durch den Objektleiter/Niederlassungsleiter ausgesprochen werden.“ Die streitgegenständliche Kündigung wurde entsprechend dieser Regelung von dem Niederlassungsleiter tatsächlich unterzeichnet. Im Prozess berief sich der Arbeitgeber auf den Hinweis im Arbeitsvertrag als ein hinreichendes Inkennnissetzen der klagenden Arbeitnehmerin von der Kündigungsbefugnis des jeweiligen Niederlassungsleiters. Deswegen sei die Zurückweisung der Klägerin unzulässig. Das BAG ist dieser Auffassung nicht gefolgt. Der bloße Hinweis in dem Arbeitsvertrag alleine auf die Erteilung einer Innenvollmacht an die jeweiligen Stellenbesetzer einer bestimmten Position informiert den Arbeitnehmer nicht ausreichend darüber, welche Person im konkreten Fall Inhaber der Vollmacht ist. Hierfür bedarf es eines weiteren Handelns des Arbeitgebers, das dem Arbeitnehmer aufzeigt oder ihn dazu auffordert, wie er den konkreten Namen des Stelleninhabers erfahren kann, wie etwa über das Intranet oder auf Grund von Aushängen. Wichtig ist, dass dieser Hinweis nicht erst im Zusammenhang mit der Kündigung erfolgt, sondern bereits im Vorfeld während des laufenden Arbeitsverhältnisses. Da diese Anforderung im entschiedenen Fall

nicht erfüllt war, ist der Kündigungsschutzklage stattgegeben worden, weil die Kündigung mangels Vollmachtvorlage rechtmäßig von der Klägerin zurückgewiesen worden war und somit keine Wirkung entfalten konnte.

Fazit: Der Weg über eine arbeitsvertragliche Information bezüglich der Kündigungsbefugnis bestimmter Personen bzw. Stelleninhaber ist zwar grundsätzlich aus Praktikabilitätsgründen sehr sinnvoll. Bei der Formulierung und praktischen Umsetzung ist jedoch größte Vorsicht geboten.

IHRE ANSPRECHPARTNER

FRANKFURT

Hochhaus am Park
Grüneburgweg 102
60323 Frankfurt am Main
Tel.: ++49 69 9726 3939
Fax: ++49 69 9726 3993

Georg Mikes
Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 11
80538 München
Tel.: ++49 89 2060 42 200
Fax: ++49 89 2060 42 293

Friederike Göbbels
Rechtsanwältin/Fachanwältin
für Arbeitsrecht
fgoebbels@jonesday.com

JONES DAY BÜROS WELTWEIT

ATLANTA

BOSTON

BRÜSSEL

CHICAGO

CLEVELAND

COLUMBUS

DALLAS

DUBAI

FRANKFURT

HONG KONG

HOUSTON

IRVINE

LONDON

LOS ANGELES

MADRID

MAILAND

MEXIKO-STADT

MOSKAU

MÜNCHEN

NEU DELHI

NEW YORK

PARIS

PEKING

PITTSBURGH

RIAD

SAN DIEGO

SAN FRANCISCO

SÃO PAULO

SCHANGHAI

SILICON VALLEY

SINGAPUR

SYDNEY

TAIPEH

TOKIO

WASHINGTON

Die hier dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten sind nicht als fallspezifische juristische Beratung gedacht und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Jones Day haftet nicht für die Richtigkeit des Inhalts.