

# DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät  
GLAUBER STEINBERG STENGER HANNEMANN UHLMANN SIEK



## INHALT

### EDITORIAL

#### EuGH Aktuell:

- § 622 Abs. 2 S. 2 BGB europarechtswidrig wegen Altersdiskriminierung junger Arbeitnehmer

#### Aus der Rechtsprechung:

- Wirksamkeit einer Versetzung
- Sachgrund der Vertretung in einem befristeten Arbeitsvertrag
- Ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen setzt regelmäßig konkret einschlägige Abmahnung voraus

## EDITORIAL

Mit der ersten Ausgabe des ARBEITSRECHTSREPORTS im Jahre 2010 berichten wir Ihnen über eine wesentliche Änderung im Bereich der Kündigungsfristen durch ein Urteil des EuGH. Danach sind bei der Berechnung der Kündigungsfrist gemäß § 622 Abs. 2 BGB zukünftig auch die Zeiten zu berücksichtigen, die der Arbeitnehmer vor der Vollendung seines 25. Lebensjahres zurückgelegt hat.

Hinweisen möchten wir Sie zudem auf eine für die Personalarbeit besonders relevante Entscheidung des BAG zur Versetzungsbefugnis des Arbeitgebers, die entscheidend von der diesbezüglichen arbeitsvertraglichen Regelung abhängig ist.

## EUGH AKTUELL

### EUGH AKTUELL:

**§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB europarechtswidrig wegen Altersdiskriminierung junger Arbeitnehmer EuGH, Urteil vom 19.01.2010 (Az.: C-555/07)**

Der EuGH hat die Regelung in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer zur Bestimmung der Kündigungsfrist Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres nicht berücksichtigt werden sollen, für europarechtswidrig erachtet. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Arbeitnehmerin war seit ihrem 18. Lebensjahr bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Im Alter von 28 Jahren wurde sie unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat entlassen. Die Arbeitgeberin hatte die Kündigungsfrist gemäß der gesetzlichen Regelung in § 622 BGB unter Zugrundelegung einer Beschäftigungsdauer von nur drei Jahren berechnet, obwohl die Arbeitnehmerin tatsächlich schon seit zehn Jahren bei ihr beschäftigt war. Gemäß § 622 Abs. 2 S. 2 BGB waren jedoch die Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres der Arbeitnehmerin lagen, nicht zu berücksichtigen.

Im Rahmen ihrer Kündigungsschutzklage machte die Arbeitnehmerin geltend, dass diese Regelung eine europarechtlich verbotene Diskriminierung wegen des Alters sei. Die Kündigungsfrist habe aufgrund ihrer tatsächlichen Betriebszugehörigkeit von zehn Jahren vielmehr vier Monate betragen müssen. Das LAG Düsseldorf hat daraufhin dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Regelung in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB zur Kündigungsfrist mit dem europäischen Antidiskriminierungsrecht vereinbar sei.

Der EuGH kommt in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die Regelung des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB gegen die Europäische Antidiskriminierungsrichtlinie (2000/78/EG) verstoße. Die Regelung beinhalte eine Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern, die ihre Beschäftigung bei dem Arbeitgeber vor Vollendung des 25. Lebensjahres aufgenommen haben, im Vergleich zu solchen, die ihre Tätigkeit dort erst später begonnen haben. Damit würden Personen, die die gleiche Betriebszugehörigkeit haben, unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, in welchem Alter sie in den Betrieb eingetreten sind.

**§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB:** Nur die Betriebszugehörigkeit nach Vollendung des 25. Lebensjahres ist bei der Berechnung der Kündigungsfrist zu berücksichtigen.

**EuGH: § 622 Abs. 2 S. 2 BGB verstößt gegen Europäische Antidiskriminierungsrichtlinie.**



Diese Ungleichbehandlung, so der EuGH weiter, sei nicht gerechtfertigt. Zwar sei es als legitim anzusehen, wenn der Arbeitgeber sich von jüngeren Arbeitnehmern leichter trennen können soll als von älteren Arbeitnehmern, da ihnen eine größere berufliche und persönliche Mobilität zugemutet werden könne, die gegebene Altersdiskriminierung könne damit jedoch nicht gerechtfertigt werden. Damit stelle die Regelung des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB eine verbotene Diskriminierung wegen des Alters dar und sei von den nationalen Gerichten nicht anzuwenden.

§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB wegen verbotener Diskriminierung von den nationalen Gerichten nicht mehr anzuwenden.

Bei der Berechnung der einschlägigen Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 BGB ist zukünftig daher die gesamte Betriebszugehörigkeit von Bedeutung. Eine Verringerung der Kündigungsfrist bei Arbeitnehmern, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres in den Betrieb eingetreten sind, kommt hingegen nicht mehr in Betracht. Neben der Berechnung der Kündigungsfrist kommt dieser Rechtsprechungsänderung besondere Bedeutung auch im Rahmen von sozialen Auswahlentscheidungen (betriebsbedingte Kündigungen) zu.

## AUS DER RECHTSPRECHUNG:

### Wirksamkeit einer Versetzung BAG, Urteil vom 23.02.2010 (Az.: 9 AZR 3/09)

Das BAG hatte sich jüngst erneut mit den Grenzen der Versetzungsbefugnis des Arbeitgebers auseinanderzusetzen. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Grenzen der Versetzungsbefugnis des Arbeitgebers.

Die Arbeitnehmerin war bei einem Zeitungsverlag als Redakteurin beschäftigt. Zuletzt war sie in der Redaktion Reise/Stil eingesetzt. Im Arbeitsvertrag haben die Parteien unter anderem geregelt:

*„Der Verlag behält sich vor, dem Redakteur andere redaktionelle oder journalistische Aufgaben, auch an anderen Orten und bei anderen Objekten zu übertragen, wenn es dem Verlag erforderlich erscheint und für den Redakteur zumutbar ist.“*

Die Arbeitgeberin versetzte die Arbeitnehmerin in eine neu gebildete Service- und Entwicklungsredaktion. Dort sollte die Arbeitnehmerin eine Gesundheitsbeilage entwickeln. Mit ihrer Klage begehrte die Arbeitnehmerin die Feststellung, dass die Versetzung unwirksam ist, da die Entwicklung einer Gesundheitsbeilage nicht dem Berufsbild eines Redakteurs entspreche.

Das BAG stellte hierzu zunächst fest, dass ein Arbeitgeber den Inhalt der Arbeitsleistung im Rahmen seines Weisungsrechts gemäß § 106 S. 1 GewO nach billigem Ermessen näher bestimmen könne, soweit die Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Festlegung des Arbeitsinhalts nach billigem Ermessen.

Im vorliegenden Fall sei die Arbeitgeberin nach dem Arbeitsvertrag nur berechtigt, der Arbeitnehmerin eine Redakteurstätigkeit bei anderen Objekten zu übertragen. Die Versetzung der Arbeitnehmerin in die Entwicklungsredaktion sei daher unwirksam. Es gehöre nicht zum Berufsbild eines Redakteurs, nur neue Produkte zu entwickeln, ohne noch zur Veröffentlichung bestimmte Beiträge zu erarbeiten.

Soll einem Arbeitnehmer eine andere als die im Arbeitsvertrag genannte Tätigkeit zugewiesen werden, so ist dies einseitig durch den Arbeitgeber nur im Wege einer Änderungskündigung möglich. Etwas anderes gilt dann, wenn der Arbeitsvertrag eine so genannte weite Verweisungsklausel enthält, nach der der Arbeitgeber berechtigt ist, dem Arbeitnehmer eine andere, seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit zu übertragen. Bei der Verwendung solcher Klauseln ist jedoch darauf zu achten, dass diese zum einen der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff BGB unterliegen und zum anderen den Nachteil haben, dass sich im Falle betriebsbedingter Kündigung der Kreis der in eine Sozialauswahl einzubeziehender Arbeitnehmer erweitern kann. Ob die Aufnahme einer weiten Verweisungsklausel sinnvoll ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Bitte sprechen Sie uns an, wenn wir Sie insoweit ergänzend beraten oder durch geeignete Formulierungen unterstützen können.

Zuweisung einer anderen als der im Arbeitsvertrag bestimmten Tätigkeit bedarf grundsätzlich Änderungskündigung.



## Sachgrund der Vertretung in einem befristeten Arbeitsvertrag BAG, Urteil vom 25.03.2009 (Az.: 7 AZR 34/08)

Die Parteien stritten in diesem vom BAG entschiedenen Fall darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund einer Befristungsabrede geendet hat.

Die Arbeitnehmerin wurde von der Arbeitgeberin aufgrund einer Reihe befristeter Arbeitsverträge beschäftigt. In den letzten elf Verträgen über einen Zeitraum von insgesamt etwa einem Jahr war als Befristungsgrund jeweils die Vertretung einer Mitarbeiterin genannt. Diese Mitarbeiterin befand sich, was auch beim Abschluss des zuletzt geschlossenen befristeten Arbeitsvertrages fest stand, noch viele Monate über das Befristungsende hinaus in einem unbezahlten Urlaub. Mit ihrer Klage machte die Arbeitnehmerin geltend, dass der angegebene Sachgrund der Vertretung tatsächlich nicht bestand. Sie habe andere bzw. zusätzliche Tätigkeiten als die der vertretenen Mitarbeiterin ausgeführt. Zudem könne die langjährige Abwesenheit der vertretenen Mitarbeiterin die kurzzeitigen, regelmäßig nur zweimonatigen oder noch kürzeren Befristungen nicht rechtfertigen.

Seiner bisherigen Rechtsprechung bekräftigend, stellte das BAG zunächst fest, dass nur die im letzten Arbeitsvertrag der Parteien vereinbarte Befristung der Befristungskontrolle unterzogen werde. Durch den vorbehaltlosen Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsvertrages stellen die Parteien ihr Arbeitsverhältnis auf eine neue rechtliche Grundlage, die für ihre Vertragsbeziehung künftig allein maßgeblich sei.

Das BAG gelangt im vorliegenden Fall sodann zu dem Ergebnis, dass die in dem letzten Arbeitsvertrag vereinbarte Befristung wirksam sei. Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist nach § 14 Abs. 1 S. 1 TzBfG zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Der die Befristung eines Arbeitsvertrages nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG rechtfertigende Sachgrund der Vertretung werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Arbeitnehmer wiederholt zur Vertretung desselben vorübergehend an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmers befristet beschäftigt wird. Auch die Anzahl der mit der Vertretungskraft abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträge führe nicht dazu, dass an die Prüfung, ob der Sachgrund der Vertretung vorliegt, besonders strenge Anforderungen zu stellen sind. Für die Beurteilung, ob der Arbeitnehmer zur Deckung eines durch die vorübergehende Abwesenheit eines anderen Arbeitnehmers verursachten Beschäftigungsbedarfs eingestellt wird, sei es zudem unerheblich, ob der befristet eingestellte Arbeitnehmer bereits zuvor im Rahmen befristeter Arbeitsverträge bei dem Arbeitgeber beschäftigt war.

Der Sachgrund der Vertretung setze schließlich auch nicht voraus, so das BAG weiter, dass der befristet zur Vertretung eingestellte Mitarbeiter die vorübergehend ausgefallene Stammkraft unmittelbar vertritt und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt.

Der Vertreter könne vielmehr auch mit anderen Aufgaben betraut werden, da die befristete Beschäftigung zur Vertretung die Versetzungs- und Umsetzungsbefugnis des Arbeitgebers unberührt lasse. Es müsse jedoch sichergestellt sein, dass die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers wegen des Arbeitskräftebedarfs erfolgt, der durch die vorübergehende Abwesenheit des zu vertretenden Mitarbeiters entsteht. Nur wenn dieser Kausalzusammenhang fehle, sei die Befristung nicht durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigt.

## Ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen setzt regelmäßig konkret einschlägige Abmahnung voraus

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.12.2009 (Az.: 6 Sa 1239/09)

In diesem vom LAG Berlin-Brandenburg entschiedenen Fall stritten die Parteien über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung. Diese hatte die Arbeitgeberin ausgesprochen, nachdem

Kettenbefristung zur Vertretung.

Befristungskontrolle stets nur bezogen auf die zuletzt getroffene Vereinbarung.

Auch bei wiederholter Befristung zur Vertretung kein strengerer Prüfungsmaßstab.

Auch mittelbare Vertretung als Befristungsgrund anzuerkennen.

die Arbeitnehmerin nicht zum Dienst erschien und sich erst etwa zwei Stunden nach Dienstbeginn krank meldete. Die Arbeitgeberin begründete die Kündigung u.a. mit einem Verweis auf eine der Arbeitnehmerin zuvor erteilte Abmahnung, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Die Arbeitnehmerin, deren Arbeit um 7 Uhr beginnt, hatte der Arbeitgeberin erst um 8 Uhr mitgeteilt, dass sie zum Arzt müsse. Der Arzt hatte sie noch am selben Tag für eine Woche krank geschrieben. Die Arbeitnehmerin hatte die Arbeitgeberin zunächst aber nur über eine 2-tägige Arbeitsunfähigkeit informiert. Erst am Folgetag teilte sie der Arbeitgeberin mit, dass sie die ganze Woche krank geschrieben sei. Die Arbeitgeberin erteilte ihr daraufhin eine Abmahnung, weil sie bewusst falsche Angaben über die Dauer ihrer Arbeitsunfähigkeit gemacht und dadurch das Vertrauensverhältnis erheblich gestört habe.

Das LAG Berlin-Brandenburg gelangt im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin nicht wirksam gekündigt habe. Die Kündigung sei nicht durch Gründe im Verhalten der Arbeitnehmerin bedingt und deshalb nicht sozial gerechtfertigt. Es fehle insoweit an einer konkret einschlägigen Abmahnung. Die Arbeitgeberin habe die Arbeitnehmerin zuvor nur wegen der falschen Angaben über die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit und nicht zugleich wegen der (ebenfalls vorliegenden) verspäteten Krankmeldung abgemahnt. Die Arbeitnehmerin habe daher davon ausgehen dürfen, so das LAG Berlin-Brandenburg, dass die deutlich nach Dienstbeginn erfolgte Krankmeldung keine entsprechend erhebliche Pflichtverletzung darstelle und habe im Wiederholungsfall mit einer Kündigung nicht rechnen müssen.

Diese Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg entspricht der ständigen Rechtsprechung des BAG, nach der für die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung regelmäßig eine konkret einschlägige Abmahnung erforderlich ist.

Kündigung wegen Nichterscheidens am Arbeitsplatz und erst zwei Stunden späterer Krankmeldung.

Zuvor Abmahnung wegen falscher Angabe über Dauer der Arbeitsunfähigkeit.

Verhaltensbedingte Kündigung setzt regelmäßig vorherige einschlägige Abmahnung voraus.

GLAUBER STEINBERG STENGER HANNEMANN UHLMANN SIEK  
Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg  
Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11  
rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de

**Ihre Ansprechpartner im  
Arbeitsrecht sind:**

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht

**Dr. Dirk Uhlmannsiek**

Rechtsanwalt

**Dr. Andreas Wiegrefe**