

**Neues aus Berlin:  
Aktuelle Änderungen des Arbeitsrechts  
+  
Märchen aus der Welt des deutschen Arbeitsrechts**

Ein Vortrag  
von  
Rechtsanwalt u. Fachanwalt für Arbeitsrecht  
**Harald Kreitlein, Reutlingen**  
[www.kp-recht.de](http://www.kp-recht.de)



Stand: Januar 2005



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Die Befristung von Arbeitsverträgen nach der Reform (sog. Existenzgründerprivileg)</b>	<b>2</b>
I. Der Grundsatz	2
II. Die bisherigen Ausnahmen	2
1. Neueinstellung	2
2. Sog. Ältere Arbeitnehmer	2
III. Die Gesetzesänderung	3
IV. Die Folge	3
1. Wer wird privilegiert	3
2. Wie wird privilegiert?	4
3. Ausnahmen / Abweichungen	4
<b>B. Die reformbedingten „Eingriffe“ in den Kündigungsschutz</b>	<b>5</b>
I. Der Kündigungsschutz in Kleinbetrieben (sog. Kleinbetriebsklausel)	5
II. Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung	5
1. Der allgemeine Kündigungsschutz	5
2. Die Sozialauswahl (Erforderlichkeit)	5
3. Prüfungsschema	6
4. Vergleichbarkeit	6
5. Sozialauswahl im engeren Sinne	6
6. Korrekturen der Sozialauswahl	7
III. Die Namensliste im Interessenausgleich	7
IV. Der Abfindungsanspruch des § 1a KSchG	8
1. Hintergrund und gesetzgeberisches Motiv	8
2. Überblick über die Neuregelung des § 1a KSchG	8
3. Formulierungshilfe	9
4. Die Höhe des Abfindungsanspruches	9
5. Abweichungen	9
6. Probleme bei der Agentur für Arbeit?	10
7. Steuerliche Privilegierung von Sozialabfindungen	10
V. Änderungen im Kündigungsschutz für Arbeitsverhältnisse von schwerbehinderten Arbeitnehmer	11
1. Grundsatz - besonderer Kündigungsschutz	11
2. Kündigungsschutz zwischen Antragstellung und Feststellung	11
3. Praxisprobleme	11
4. Missbrauchsfälle	12
5. Reaktion des Gesetzgebers (gesetzliche Neuregelung: § 90 Abs. 2a SGB IX)	12
6. Neue praktische Probleme	13
<b>C. Die Reform des Kündigungsschutzprozesses</b>	<b>15</b>
I. Klagefrist für alle Unwirksamkeitsgründe	15
II. Klagefrist für alle Betriebe und für alle Arbeitnehmer	15
III. Ausnahme	15
1. Schriftform	15
2. Abkürzung der Kündigungsfrist	15
3. Kündigungen mit Zustimmungs- oder Erlaubnisvorbehalt	15
IV. Grundsätzliche Folge	15
<b>D. Neue und zusätzliche Informations- und Aufklärungspflichten des Arbeitgebers</b>	<b>16</b>
I. Allgemeines	16
II. Informations- und Aufklärungspflichten des Arbeitgebers	16
1. Informationspflicht gem. § 2 SGB III	16
2. Rechtsfolgen unterlassener Information	17
3. Sonstige Aufklärungspflichten des Arbeitgebers	17

III. Stellensuche und Mitwirkung des Arbeitgebers .....	17
1. Überblick .....	17
2. Anspruch auf bezahlte Freistellung zur Meldung und Stellensuche .....	18
3. Verweigerung des Arbeitgebers und Durchsetzung des Anspruchs .....	18
<b>E. Altersteilzeit und Teilrente .....</b>	<b>19</b>
I. Altersteilzeit - die sozialverträgliche Kapazitätsanpassung .....	19
1. Allgemeines .....	19
2. Funktionsweise der Altersteilzeit .....	19
3. Vorteile für beide Arbeitsvertragsparteien .....	20
II. Neuregelungen .....	20
1. Ermittlung der Arbeitszeit .....	20
2. Entgelt und Aufstockungsleistungen .....	20
3. Insolvenzversicherung .....	22
III. Teilrente - eine Alternative zur Altersteilzeit?	
1. Begriff .....	23
2. Vor- und Nachteil .....	23
3. Ausblick .....	23
<b>F. Die Flexibilisierung der Arbeitnehmerüberlassung .....</b>	<b>24</b>
I. Begriff .....	24
II. Gesetzliche Änderungen .....	24
III. Erlaubnispflicht .....	24
IV. Verbot bzw. Unzulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung - Folgen der illegalen Arbeitnehmer- Überlassung für Verleiher und Entleiher .....	26
V. „Equal Treatment“ und „Equal Pay“ - Gleichbehandlungsgrundsatz .....	26
VI. Deregulierung seit dem 1. Januar 2004 .....	27
<b>G. Die Reform des Schwerbehindertenrechts in Schlaglichtern .....</b>	<b>28</b>
1. Das beschleunigte versorgungsamtliche Feststellungsverfahren .....	28
2. Der neue Schwerbehindertenausweis .....	28
3. Begriff der „Behinderten“ und der „von Behinderung bedrohten Personen“ .....	28
4. Die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen .....	28
5. Die Änderungen des Anspruchs auf Zusatzurlaub .....	30
<b>H. Arbeitszeitgesetz: Neuregelung von Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst .....</b>	<b>32</b>
<b>I. Auszug aus der Märchenwelt des deutschen Arbeitsrechts .....</b>	<b>33</b>
1. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Krankheit ist verboten .....	33
2. Geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer und Aushilfen sind keine Arbeitnehmer .....	33
3. Der gekündigte Arbeitnehmer hat Anspruch auf eine Sozialabfindung .....	34
4. Die Abfindung wird auf das Arbeitslosengeld angerechnet .....	34
5. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Bezahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld .....	34
6. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Überstundenzuschläge .....	35
7. Das Arbeitsverhältnis endet mit dem Erreichen des 65. Lebensjahres des Arbeitnehmers .....	35
8. Der Vorjahresurlaub verfällt am 31. März des Folgejahres .....	35
9. Der Arbeitnehmer hat pro Monat Anspruch auf 1/12 seines Jahresurlaubs; scheidet er beispielsweise am 31. Oktober des Jahres aus, stehen ihm 10/12 des Urlaubs zu .....	36
10. Schwerbehinderte Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer, die das 53. oder 55. Lebensjahr Vollendet haben, sind unkündbar .....	36
<b>J. Der Referent (curriculum vitae) .....</b>	<b>38</b>



## A. Die Befristung von Arbeitsverträgen nach der Reform (sog. Existenzgründerprivileg)

### I. Der Grundsatz

Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses bedarf nach den Vorschriften des TzBfG eines **sachlichen Grundes** (z.B. Vertretung für einen anderen Arbeitnehmer, besonderer vorübergehender betrieblicher Bedarf, etc.), der gerade die Befristung dieses Arbeitsverhältnisses rechtfertigt (§14 I TzBfG).

Motiv: Der allgemeine Kündigungsschutz, der nach einer Beschäftigungsdauer von sechs Monaten eintritt, soll mit der Befristung nicht ohne Weiteres umgangen werden.

### II. Die bisherigen Ausnahmen

#### 1. Neueinstellung

Ausnahmen hierzu sah das Gesetz bereits in seiner bisherigen Fassung vor (§ 14 II TzBfG), indem es Befristungen auch ohne einen solchen sachlichen Grund zugelassen hat, wenn

- der Arbeitnehmer in der Vergangenheit **noch nie bei dem betreffenden Arbeitgeber beschäftigt** war und
- die Befristung auf **max. zwei Jahre** begrenzt war (wobei eine Befristung innerhalb dieser zwei Jahre **dreimal verlängert** werden durfte - diese Art der Befristung konnte also in vier Abschnitte unterteilt werden).

#### 2. Sog. ältere Arbeitnehmer

Auf den sachlichen Grund wird grundsätzlich<sup>1</sup> auch dann verzichtet, wenn der Arbeitnehmer zu Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat (§ 14 III Satz 1 TzBfG). Für diesen Fall kann das Arbeitsverhältnis auch über die Dauer von zwei Jahren (z.B. auf sieben Jahre bis zur Erreichung des 65. Lebensjahrs) hinaus befristet bzw. beliebig oft verlängert werden.

Für die Zeit **bis einschließlich 31. Dezember 2006** hat der Gesetzgeber die Altersgrenze von 58 auf **52 Jahre** reduziert. Bis zum 31. Dezember 2006 können damit noch befristete Arbeitsverhältnisse von beliebiger Dauer vereinbart werden, wenn der Arbeitnehmer zumindest das 52. Lebensjahr vollendet hat; eine Verlängerung dieser Befristung ist nach dem 31. Dezember 2006 nicht mehr möglich.

<sup>1</sup> Sofern nicht zwischen dem befristeten Arbeitsvertrag und einem früheren Arbeitsverhältnis mit diesem Arbeitnehmer ein „enger sachlicher Zusammenhang“ besteht (d.h. z.B. ein Zeitraum von weniger als sechs Monaten liegt).



### III. Die Gesetzesänderung

In § 14 TzBfG wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2004 ein neuer Absatz 2a mit folgendem (verkürzt dargestellten) Wortlaut eingefügt:

*„In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines neuen Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig.*

*Dies gilt nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Maßgebend für den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die nach § 138 der Abgabenordnung der Gemeinde oder dem Finanzamt mitzuteilen ist.“*

### IV. Die Folge

#### 1. Wer wird privilegiert?

##### a) Neu gegründete Unternehmen:

Neu ist das Unternehmen, wenn der Zeitpunkt der Aufnahme der Erwerbstätigkeit (die dem Finanzamt gem. § 138 AO mitzuteilen ist) nicht länger als vier Jahre zurückliegt. WICHTIG: Auf die Aufnahme der Erwerbstätigkeit kommt es an, nicht auf den Zeitpunkt der Meldung an das Finanzamt.

Erfasst werden im Übrigen auch Neugründungen, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung errichtet wurden, sofern eben der Vierjahreszeitraum noch nicht abgelaufen ist. Eine privilegierte Befristung ist daher auch noch kurz vor Ablauf der vierjährigen Gründungsphase möglich. Der bloße Vertragsabschluss genügt aber nicht, die Arbeitsaufnahme muss noch innerhalb dieses Vierjahreszeitraumes stattfinden.

##### b) Unternehmen:

Privilegiert werden neu gegründete Unternehmen. Das Gesetz knüpft mit dem Begriff des neu gegründeten Unternehmens an die Regelung in § 112a II BetrVG an. Es muss sich danach um eine Unternehmensneugründung handeln; die bloße Neu-einrichtung eines Betriebes reicht nicht aus.

Das Unternehmen muss bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses bereits errichtet sein. Nach dem Gesetzeswortlaut kann das befristete Arbeitsverhältnis frühestens zeitgleich mit der Neugründung beginnen. Die Vereinbarung kann allerdings schon vorher erfolgen.



c) Sonderfälle:

- **Konzernunternehmen:** Nicht privilegiert sind Neugründungen im Zusammenhang mit rechtlichen Umstrukturierungen von Unternehmen und Konzernen.
- **Betriebsübergang (§ 613a BGB):** Das Bundesarbeitsgericht hatte im Zusammenhang mit einer ähnlichen Vorschrift entschieden, dass auch im Falle der Übernahme eines Betriebes durch ein neu gegründetes Unternehmen eine Neugründung darstellt. Es ist davon auszugehen, dass das Bundesarbeitsgericht diese Rechtsprechung auf § 14 IIa TzBfG entsprechend anwendet und daher auch die Betriebsübernahme durch neu gegründete Unternehmen privilegiert sein wird.

2. Wie wird privilegiert?

a) Befristungsdauer:

Die Befristung ist bis zur Gesamtdauer von **vier Jahren** möglich.

b) Verlängerungsmöglichkeiten:

Die Dauer und die Anzahl der einzelnen Befristungen innerhalb des Gesamtzeitraumes von vier Jahren spielen keine Rolle. **Die Anzahl der Vertragsverlängerungen ist nicht begrenzt.** Die einzelnen Befristungen müssen aber immer lückenlos aneinander anschließen.

c) Kein Sachgrund erforderlich:

Die Befristung nach § 14 IIa TzBfG bedarf grundsätzlich keines Sachgrundes im Sinne des § 14 I TzBfG.

3. Ausnahmen / Abweichungen

- a) **Wenn der Arbeitnehmer zuvor schon bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war** (er wurde z.B. zu Beginn der Gründungsphase eingestellt, ist zwischenzeitlich ausgeschieden und soll innerhalb der vierjährigen Gründungsphase erneut eingestellt werden), dann ist ein Sachgrund erforderlich (vgl. o. I.).
- b) Unter dieses Privileg fallen nicht **zweckbefristete Verträge oder Verträge mit auflösender Bedingung.**
- c) Die Tarifvertragsparteien sind berechtigt, im **Tarifvertrag** eine abweichende Höchstdauer der Befristung festzulegen. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tarifvertraglichen Regelungen vereinbaren.



## **B. Die reformbedingten „Eingriffe“ in den Kündigungsschutz**

### **I. Der Kündigungsschutz in Kleinbetrieben (sog. Kleinbetriebsklausel)**

In Betrieben mit zehn oder weniger Arbeitnehmern gilt das Kündigungsschutzgesetz nicht für Arbeitnehmer, die ab Januar 2004 neu „eingestellt“ wurden, d.h. wenn deren vereinbarter Beginn des Arbeitsverhältnisses nach dem 31. Dezember 2003 liegt.

Daneben bleibt es beim bisherigen Schwellenwert von fünf Arbeitnehmern. Das heißt, für Arbeitnehmer, die bis zum 31. Dezember 2003 bereits in Betrieben mit zwischen sechs und zehn Arbeitnehmern beschäftigt waren, ändert sich nichts. Arbeitnehmer, die Kündigungsschutz haben, behalten ihn, so lange sie in dem betreffenden Betrieb tätig sind. Aber auch diejenigen Arbeitnehmer, deren Wartezeit von 6 Monaten erst nach dem 31. Dezember 2003 abgelaufen ist, haben in solchen Betrieben den Kündigungsschutz erworben und haben diesen auch behalten.

Bei der Ermittlung der neuen Schwelle von zehn Beschäftigten bleibt es bei der schon geltenden anteiligen Berücksichtigung Teilzeitbeschäftigter:

- regelmäßig bis zu 20 Wochenstunden = 0,50 Arbeitnehmer
- regelmäßig bis zu 30 Wochenstunden = 0,75 Arbeitnehmer
- regelmäßig darüber hinaus = 1,00 Arbeitnehmer.

### **II. Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung**

#### **1. Der allgemeine Kündigungsschutz**

Das Kündigungsschutzgesetz verbietet die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, das bereits länger als sechs Monate andauert, es sei denn, es liegen

- Gründe in der Person des Arbeitnehmers (personenbedingte Kündigung),
- Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers (verhaltensbedingte Kündigung),  
oder
- dringende betriebliche Erfordernisse (betriebsbedingte Kündigung)

vor.

#### **2. Die Sozialauswahl (Erforderlichkeit)**

Die Pflicht zur Auswahl unter mehreren in Betracht kommenden Personen nach sozialen Gesichtspunkten (= sog. Sozialauswahl) kann zwangsläufig nur bei der betriebsbedingten Kündigung bestehen.

Die Auswahl unter mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern muss unter Berücksichtigung der sozialen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer erfolgen.

### 3. Prüfungsschema

- a) **Bestimmung des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer.**
- b) **Vornahme der eigentlichen Sozialauswahl nach den vorstehenden Kriterien.**

Bei der Sozialauswahl sind seit dem 1. Januar 2004 nur noch vier Grunddaten zu berücksichtigen:

- > Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- > Lebensalter,
- > Unterhaltspflichten und
- > Schwerbehinderung des Arbeitnehmers.

Damit sind nunmehr alle weiteren Gesichtspunkte entfallen, die die Sozialauswahl nach altem Recht beeinflussen konnten, wie etwa die aus der Pflege von Familienangehörigen resultierende regionale Anbindung von Arbeitnehmern, deren soziales Engagement, usw. Die gerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl ist darüber hinaus im Falle des Bestehens einer Auswahlrichtlinie darauf beschränkt, ob die Sozialauswahl grob fehlerhaft war.

- c) **Prüfung, ob das Ergebnis der Sozialauswahl mit Rücksicht auf die Leistungsträgerschaft einzelner Arbeitnehmer oder mit Rücksicht auf die ausgewogene Personalstruktur zu korrigieren ist.**

Neu ist hier folgende Regelung: *In die soziale Auswahl sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.*

### 4. Vergleichbarkeit

Vergleichbar sind all diejenigen Arbeitnehmer, die im Hinblick auf ihre konkret im Betrieb ausgeübte Tätigkeit wegen ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse auf Dauer miteinander ausgetauscht werden könnten und zudem ausgetauscht werden dürften, wenn der betreffende Arbeitsplatz nicht wegfallen würde.

### 5. Sozialauswahl im engeren Sinne

Die Sozialauswahl ist von vornherein auf die o.g. vier Kriterien beschränkt. Diese Kriterien hat der Arbeitgeber im Rahmen seines Beurteilungsspielraumes zumindest „ausreichend“ zu berücksichtigen.

Jedem der vier aufgeführten Daten kommt grundsätzlich gleiches Gewicht zu. Bei der Gesamtabwägung wird es darauf ankommen, wer am wenigsten auf die Erhaltung des Arbeitsplatzes angewiesen ist.

Im Hinblick auf die Schwerbehinderung kommt es auf die Erkennbarkeit für den Arbeitgeber an. Es ist daher darauf abzustellen, ob im maßgeblichen Zeitpunkt des Kündigungszugangs die entsprechende Anerkennung bereits vorliegt, da andernfalls eine Einbeziehung des schwerbehinderten Menschen in die Sozialauswahl ohnehin ausscheidet.

Existiert eine bindende Auswahlrichtlinie in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung, geht das Gesetz von einer bereits bestehenden Ausgewogenheit aus. In diesem Fall darf ein Arbeitsgericht die vorgenommene Sozialauswahl nur noch auf grobe Fehler überprüfen. Die Bewertung der „ausreichend“ zu berücksichtigenden Sozialdaten ist grob fehlerhaft, wenn eine der Grunddaten überhaupt nicht berücksichtigt oder in seiner Gewichtung grob vernachlässigt ist oder die Anwendung eines Punkteschemas im Einzelfall zu einer groben Ungerechtigkeit führt, die jede Ausgewogenheit vermissen lässt.

#### 6. Korrekturen der Sozialauswahl

Es ist gerechtfertigt, bestimmte Arbeitnehmer erst überhaupt nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, wenn deren Weiterbeschäftigung im **berechtigten betrieblichen Interesse** liegt.

- a) Ein betriebliches Interesse ist dann anzunehmen, wenn es für den Betrieb nachvollziehbar vorteilhaft ist, einen oder mehrere bestimmte Arbeitnehmer auf jeden Fall unabhängig vom Ergebnis einer etwaigen Sozialauswahl weiterzubeschäftigen.
- b) Berechtigt ist dieses Interesse dann, wenn der angestrebte Vorteil ein solches Gewicht hat, dass es gerechtfertigt ist, deswegen die Grundsätze der Sozialauswahl nicht zur Anwendung kommen zu lassen.
- c) Das berechtigte betriebliche Interesse an der Weiterbeschäftigung einzelner Arbeitnehmer kann sich „insbesondere“<sup>42</sup> ergeben
  - aa) aus deren Kenntnissen, Fähigkeiten und Leistungen oder
  - bb) aus dem Interesse an der Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur.

### III. Die Namensliste im Interessenausgleich

Die gerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl wird auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat anlässlich einer mitbestimmungspflichtigen Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG (z.B. wegen Betriebsteilschließung) einen Interessenausgleich vereinbart und die zu kündigenden Arbeitnehmer in einer Namensliste benannt haben.



#### IV. Der Abfindungsanspruch des § 1a KSchG

##### 1. Hintergrund und gesetzgeberisches Motiv

Erhebt der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage, dann wird der Sache nach um den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses gestritten. Dies entspricht indes erfahrungsgemäß den eher selteneren Fällen, weil der Arbeitnehmer nach einer arbeitgeberseitigen Kündigung häufig selbst kein Interesse mehr am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses hat. Er erhebt die Kündigungsschutzklage nicht selten allein zu dem Zweck, mit dem Arbeitgeber über eine Sozialabfindung verhandeln zu können.

Der Gesetzgeber hat diese Praxis zur Kenntnis und zum Anlass für eine gesetzliche Neuregelung genommen. Diese Neuregelung in § 1a KSchG soll es den Arbeitsvertragsparteien ermöglichen, sich - ohne den „Umweg“ über ein Kündigungsschutzverfahren gehen zu müssen - gleich über die Faustformelabfindung Gedanken zu machen.

##### 2. Überblick über die Neuregelung des § 1a KSchG

Nach § 1a KSchG erwirbt der Arbeitnehmer im Fall einer betriebsbedingten Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist einen Anspruch auf Abfindung, wenn er bis zum Ablauf der 3-Wochen-Klagefrist des § 4 KSchG keine Kündigungsschutzklage erhebt. Nach § 1a Abs. 1 KSchG ist der Anspruch aber von **drei Voraussetzungen** abhängig:

- a) **Der Arbeitgeber muss die Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 KSchG ausgesprochen haben**, d.h. aus betriebsbedingten Gründen und nicht aus verhaltensbedingten oder personen-, d.h. z.B. krankheitsbedingten Gründen.
- b) **Der Arbeitgeber muss im Kündigungsschreiben (die Kündigung hat immer schriftlich zu erfolgen!) den schriftlichen Hinweis erteilt haben, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer beim Verstreichenlassen der (dreiwöchigen) Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann** (§ 1a Abs. 1 Satz 2 KSchG). Hat der Arbeitgeber das Kündigungsschreiben auf diese Weise verfasst und ist das Kündigungsschreiben einschließlich des Hinweises dem Arbeitnehmer zugegangen, dann gibt es im Übrigen kein Zurück mehr; ein Widerruf des Angebots durch den Arbeitgeber ist ausgeschlossen. Der Arbeitgeber kann den Abfindungsanspruch auch nicht durch die „Rücknahme der Kündigung“ beseitigen.
- c) **Der Arbeitnehmer darf bis zum Ablauf der dreiwöchigen Frist des § 4 Satz 1 KSchG keine Klage auf Feststellung erhoben haben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.**

---

<sup>2</sup> Die Aufzählung ist also im Gesetz nicht abschließend geregelt.



### 3. Formulierungshilfe

Der Hinweis des Arbeitgebers könnte mithin wie folgt lauten:

*Sehr geehrte(r) ... ..,*

*hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse i. S. des § 1 Abs. 2 KSchG ordentlich zum .....*

*Sofern Sie gegen die Kündigung keine Einwendungen erheben und die dreiwöchige Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG verstreichen lassen, zahlen wir Ihnen nach Ablauf der Kündigungsfrist eine Abfindung nach § 1 a KSchG. Die Höhe der Abfindung ergibt sich aus den gesetzlichen Vorgaben des § 1a Abs. 2 KSchG und § 10 Abs. 3 KSchG.*

*Nach dem Gesetz sind wir verpflichtet ... (§ 37b SGB III - Hinweis auf sofortige Meldung bei der Agentur für Arbeit nicht vergessen !!!).*

*Mit freundlichen Grüßen*

### 4. Die Höhe des Abfindungsanspruches

Liegen alle drei Voraussetzungen vor, dann beträgt die Abfindung der Höhe nach ein halbes Monatseinkommen für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses, wobei ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufzurunden ist (§ 1a Abs. 2 S. 1 und 3).

### 5. Abweichungen

**Was aber geschieht, wenn der Arbeitgeber im Rahmen des § 1a KSchG-Verfahrens eine geringere Abfindung anbietet?**

Folgende Varianten sind dabei denkbar:

#### a) Der Arbeitgeber nennt keine Abfindungshöhe:

Der Abfindungsanspruch entsteht in Höhe der (jetzt gesetzlich verankerten) „Faustformel“, wenn sich der Arbeitgeber bei seiner Kündigungserklärung auf § 1a KSchG stützt, selbst wenn er in diesem Zusammenhang keine Abfindungshöhe nennt. Die Abfindungshöhe ergibt sich in diesem Fall aus dem Gesetz.

#### b) Der Arbeitgeber nennt eine niedrigere Abfindungshöhe:

Weicht der Arbeitgeber bei seinem Angebot von der Faustformel zu Lasten des Arbeitnehmers nach unten ab, dann ist sich die arbeitsrechtliche Literatur nicht einig, ob hierdurch grundsätzlich die „Automatik“ des § 1 a KSchG mit der Folge ausgelöst wird, dass der Arbeitnehmer in diesen Fällen gleichwohl einen Anspruch auf die sog. Faustformelabfindung in Höhe von 0,5 Bruttover-

diensten pro Beschäftigungsjahr beanspruchen kann, wenn er keine Kündigungsschutzklage erhebt. Man wird sachgerecht nach *Preis* (DB 2004, 70 ff.) wie folgt unterscheiden müssen:

- aa) Enthält das Kündigungsschreiben einen Hinweis auf § 1 a KSchG, dann ergeben sich die Rechtsfolgen auch aus § 1a Abs. 2 KSchG und zwar unabhängig davon, was der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben angeboten hat. Bietet der Arbeitgeber also eine Abfindung „nach § 1a Abs. 1 KSchG“ an, nennt er dann aber eine niedrigere Abfindung, dann hat der Arbeitnehmer, der keine Kündigungsschutzklage erhebt, dennoch einen Anspruch auf die Faustformelabfindung im Sinne des § 1a KSchG.
- bb) Enthält das Kündigungsschreiben dagegen keinen Hinweis auf § 1 a KSchG, dann kann der Arbeitnehmer nicht auf ein entsprechendes Angebot vertrauen. In diesem Fall handelt es sich bei der Erklärung um nichts anderes als das Angebot zum Abschluss eines Abwicklungsvertrages. Über die Abfindungshöhe können die Parteien dann eine freie Vereinbarung treffen. Lässt der Arbeitnehmer die Klagefrist verstreichen, dann hat er einen Anspruch auf Bezahlung des angebotenen (ggf. niedrigeren) Abfindungsbetrages.
- c) Der Arbeitgeber bietet zugunsten des Arbeitnehmers eine **höhere Abfindung** an:

In diesem Fall hat der Arbeitnehmer den Anspruch auf die höhere Abfindung (und zwar in Höhe der Faustformelabfindung gem. § 1a KSchG und im Übrigen gem. der vom Arbeitgeber im Kündigungsschreiben angebotenen Individualvereinbarung).

## 6. Probleme bei der Agentur für Arbeit?

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hat sich mit diesem Thema noch nicht ausdrücklich auseinandergesetzt. Die arbeitsrechtliche Literatur meint aber, im bloßen Verstreichenlassen der Klagefrist kein aktives „Lösen“ des Arbeitsverhältnisses zu erkennen, weshalb die Agentur für Arbeit allein deshalb auch keine Sperrzeit zu verhängen berechtigt ist. Vielmehr wird gerade im Verfahren nach § 1a KSchG eine Chance zur einvernehmlichen, die Arbeitsgerichte entlastenden Vereinbarung gesehen.

## 7. Steuerliche Privilegierung von Sozialabfindungen

Voraussetzung für die Steuerfreiheit ist, dass der Auszahlung der Sozialabfindung eine vom Arbeitgeber veranlasste (oder gerichtlich ausgesprochene) Auflösung des Arbeitsverhältnisses zugrunde liegt. Dazu genügt es, wenn der Arbeitgeber die Ursachen für die Auflösung gesetzt hat; einer formalen Kündigung durch den Arbeitgeber bedarf es hierfür nicht. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann genießt der Arbeitnehmer innerhalb gewisser Freibetragsgrenzen Steuerfreiheit und kommt darüber hinaus ggf. noch in den Genuss einer Steuerermäßigung.

## V. Änderungen im Kündigungsschutz für Arbeitsverhältnisse von schwerbehinderten Arbeitnehmern

### 1. Grundsatz - besonderer Kündigungsschutz

Will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers (oder eines einem Schwerbehinderten gleichgestellten Arbeitnehmers) kündigen, benötigt er hierfür die Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX).

### 2. Kündigungsschutz zwischen Antragstellung und Feststellung

Seit jeher problematisch gestalten sich diejenigen Fälle, in denen der Arbeitnehmer die Schwerbehinderteneigenschaft zwar vor Ausspruch der Kündigung beantragt hat, das Versorgungsamt die Schwerbehinderteneigenschaft aber noch nicht positiv beschieden hat.

Aus der Sicht des tatsächlich Schwerbehinderten macht es keinen Unterschied, ob seine Schwerbehinderung behördlicherseits festgestellt ist oder nicht; er ist in beiden Fällen gleichermaßen benachteiligt. Aus diesem Grund gewährte die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dem schwerbehinderten Arbeitnehmer in der Vergangenheit grundsätzlich auch dann den o.g. besonderen Kündigungsschutz, wenn der Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung bereits einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft oder auf Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten gestellt hat und wenn die Schwerbehinderteneigenschaft / Gleichstellung erst später festgestellt wurde.

### 3. Praxisprobleme

- a) Ein Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers kündigt, der seinerseits bereits den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung gestellt hat, weiß nicht, ob seine Kündigung wirksam ist. Stellt sich später heraus, dass die Schwerbehinderteneigenschaft tatsächlich vorliegt, dann ist seine Kündigung von vornherein unwirksam. Das Verfahren zur Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft kann sich unter Umständen über Jahre hinweg erstrecken.
- b) Für diese Situation gab die Rechtsprechung bislang nur einen schwachen Trost: Gibt der Arbeitnehmer die Antragstellung betreffend seine Schwerbehinderteneigenschaft (oder die Tatsache der Antragstellung) nicht innerhalb einer angemessenen Frist (von 4 Wochen) nach Ausspruch bekannt, dann kann er sich auch nicht mehr auf den besonderen Kündigungsschutz berufen (im Übrigen auch dann nicht, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft später festgestellt wird). Schwach ist der Trost deshalb, weil er auch im Falle der rechtzeitigen Bekanntgabe der Antragstellung davon ausgehen muss, dass seine zunächst in Unkenntnis der Antragstellung ausgesprochene Kündigung unwirksam ist, bis (ggf. Jahre später) die Entscheidung über den Schwerbehinderten- oder Gleichstellungsantrag bestandskräftig ist.

- c) Aus diesem Grund stellt der Arbeitgeber beim Integrationsamt einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung auch in denjenigen Fällen, in denen die Schwerbehinderteneigenschaft / Gleichstellung noch nicht feststeht, sondern nur beantragt ist.

Das Integrationsamt weiß in diesen Fällen aber ebenfalls noch nicht, ob überhaupt eine Schwerbehinderteneigenschaft vorliegt. Aus diesem Grund kann es im Grunde eine Zustimmung / Ablehnung noch gar nicht erklären. In diesen Fällen behilft sich das Integrationsamt aber einer Zwischenlösung. Es entscheidet in diesen Fällen entweder unter dem Vorbehalt der späteren Entscheidung über die Schwerbehinderteneigenschaft oder stellt dem Arbeitgeber ein sog. Negativattest darüber aus, dass die Zustimmung zur Kündigung mangels Vorliegens einer Schwerbehinderteneigenschaft überhaupt nicht erforderlich ist.

Das Verfahren beim Integrationsamt nimmt im Falle der ordentlichen Kündigung regelmäßig bis zu vier Wochen in Anspruch.

#### 4. Missbrauchsfälle

Eben diese Probleme, die dem Arbeitgeber bereits dann bereitet werden, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft noch nicht einmal festgestellt ist, nehmen Arbeitnehmer nicht selten zum Anlass, einen Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft auch dann zu stellen, wenn der Antrag offensichtlich unbegründet bleiben wird, ja wenn sie selbst ernsthaft nicht das geringste Interesse an einer Schwerbehinderteneigenschaft haben. Sie verbessern damit ihre Chancen beim „Abfindungspoker“, weil das Arbeitsverhältnis dadurch ja ggf. zwei Monate länger dauert.

Hierzu neigen solche Arbeitnehmer, die noch vor Ausspruch der Kündigung von der Kündigungsabsicht des Arbeitgebers erfahren. Dies geschieht meist in den Fällen, in denen der Kündigung die Anhörung des Betriebsrates vorausgehen muss, wenn dieser den betreffenden Arbeitnehmer von der Kündigungsabsicht des Arbeitgebers in Kenntnis setzt.

Eine Missbrauchskontrolle sieht die Rechtsordnung nicht vor. Demnach muss der Arbeitgeber den „Schwerbehindertenschutz“ auch in denjenigen Fällen beachten, in denen der Arbeitnehmer den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft noch kurz vor Ausspruch der Kündigung (ggf. wenige Stunden vorher) nur zu dem Zweck stellt, seine Verhandlungsposition zu verbessern, ohne überhaupt ein Interesse an der Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft zu haben.

#### 5. Reaktion des Gesetzgebers (gesetzliche Neuregelung: § 90 Abs. 2a SGB IX)

Der Gesetzgeber unternahm nun den Versuch, diesen Missbrauchsmöglichkeiten entgegenzuwirken. Mit einer mit Wirkung zum 1. Mai 2004 neu eingefügten ge-

setzlichen Bestimmung sollte gewährleistet sein, dass der Arbeitgeber zur Kündigung eines schwerbehinderten AN nicht der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, wenn zum Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist, also entweder nicht offenkundig ist oder der Nachweis über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht durch einen Feststellungsbescheid erbracht ist.

Der Kündigungsschutz soll aber in denjenigen Fällen aufrechterhalten bleiben, in denen ein Verfahren auf Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch zwar anhängig ist, die zuständige Behörde aber ohne ein Verschulden des Antragstellers noch keine Feststellung treffen konnte.

Es soll nach den Vorstellungen des Gesetzgeber ausgeschlossen werden, dass ein besonderer Kündigungsschutz auch für den Zeitraum gilt, in dem ein in der Regel aussichtsloses Anerkennungsverfahren betrieben wird (BT-Drucks. 15/2357, S. 24).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes soll der besondere Kündigungsschutz nicht gelten, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung

- a) die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder
- b) das Versorgungsamt eine Feststellung *wegen fehlender Mitwirkung* des behinderten Menschen nicht treffen konnte.

## 6. Neue praktische Probleme

Die Formulierung des Gesetzes ist bereits in Kritik geraten. Das Arbeitsgericht Düsseldorf stellte in einem Urteil vom 29.10.2004 (Az.: 13 Ca 5326/04) ausdrücklich fest:

*1. § 90 II a SGB IX ist dahingehend korrigierend auszulegen, dass sich ein schwerbehinderter Arbeitnehmer nur dann nicht auf den besonderen Kündigungsschutz gem. §§ 85 ff. SGB IX berufen kann, wenn der fehlende Nachweis der Schwerbehinderung bei Zugang der Kündigung auf einer fehlenden Mitwirkung im Anerkennungsverfahren beruht. Bei der Formulierung der Vorschrift unterlief ein Redaktionsversehen. Das Wort „oder“ ist durch das Wort „und“ zu ersetzen.*

*2. Hat das Versorgungsamt noch nicht bestandskräftig über einen Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung entschieden, muss der Arbeitnehmer den Arbeitgeber binnen eines Monats nach Zugang der Kündigung über die Antragstellung informieren. Mangels entgegenstehender gesetzlicher (Neu-)Regelung ist an der entsprechenden ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. nur BAG (16.1.1985), NZA 1986, 31= AP Nr. 14 zu § 12 SchwbG) festzuhalten.*

Ginge es hiernach, dann gelten künftig folgende Regeln:

- a) Steht die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers fest und hat der Arbeitgeber hiervon durch die Vorlage des Schwerbehindertenausweises (o-



der eines anderen Feststellungsbescheides) positive Kenntnis, dann muss vor Ausspruch der Kündigung die **Zustimmung des Integrationsamtes** eingeholt werden.

- b) Steht die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers fest, hat aber der Arbeitnehmer dies dem Arbeitgeber gegenüber nicht durch Vorlage des Schwerbehindertenausweises (oder des Feststellungsbescheides) nachgewiesen, dann besteht dennoch der besondere Kündigungsschutz; die Kündigung ist unwirksam - die Zustimmung des Integrationsamtes ist erforderlich. Ausnahme: Der Arbeitnehmer hat die Schwerbehinderteneigenschaft (die nicht offensichtlich ist) nicht innerhalb von vier Wochen nach Ausspruch der Kündigung bekannt gegeben.
- c) Ist der Arbeitnehmer schwerbehindert, hat er dies aber dem Arbeitgeber gegenüber nur deshalb nicht durch Vorlage des Schwerbehindertenausweises (oder des Feststellungsbescheides) nachgewiesen, weil er zwar den Antrag bereits gestellt, das Versorgungsamt hierüber aber noch nicht entschieden hat, dann kommt es darauf an,
  - aa) ob der Arbeitnehmer den Antrag so rechtzeitig vor Zugang der Kündigung gestellt und mit vollständigen Angaben versehen hat, dass das Versorgungsamt im Sinne des § 69 Abs. 1 SGB IX ohne Gutachten innerhalb von drei Wochen (bei der Erforderlichkeit eines Gutachtens sieben Wochen) vor Zugang der Kündigung die beantragte Feststellung hätte treffen können (dies müsste der Arbeitnehmer im Streitfall darlegen und beweisen); oder
  - bb) ob der Arbeitnehmer seine Mitwirkungspflichten nicht erfüllt hat (was der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen hätte, was aber in der Praxis deshalb unmöglich sein dürfte, weil der Arbeitgeber hiervon keine Kenntnis hat und das Versorgungsamt ihm gegenüber nicht zur Auskunft verpflichtet ist).

Hat der Arbeitnehmer den Feststellungsantrag rechtzeitig gestellt und kann der Arbeitgeber den Nachweis der Verletzung der Mitwirkungspflichten nicht führen (was der Regelfall bleiben dürfte), dann kann die Kündigung erst nach Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochen werden. Der Arbeitgeber ist angesichts dieser bislang offenen Fragen stets gut beraten, nach wie vor sofort einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt zu stellen, sobald sich der Arbeitnehmer darauf beruft, einen Schwerbehinderten- oder Gleichstellungsantrag gestellt zu haben.



## **C. Die Reform des Kündigungsschutzprozesses**

### **I. Klagefrist für alle Unwirksamkeitsgründe**

Die dreiwöchige Klagefrist des § 4 KSchG gilt nunmehr für alle Gründe, auf die der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit einer schriftlichen Kündigung stützen will, also z.B.

- Sozialwidrigkeit (§ 1 KSchG)
- Fehlende Zustimmung des Integrationsamtes
- Fehlende Betriebsratsanhörung
- Kündigungsschutz der werdenden Mütter oder Elternzeitler
- Verstoß gegen das Maßregelungsverbot
- Unwirksamkeit wegen Betriebsüberganges

Es genügt aber, wenn die Klage nur aus einem der in Betracht kommenden Gründe erhoben wird und die übrigen ggf. vorliegenden Gründe bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz „nachgeschoben“ werden.

### **II. Klagefrist für alle Betriebe und für alle Arbeitnehmer**

Die Klagefrist gilt nunmehr ebenfalls für alle Betriebe, d.h. auch für sog. Kleinbetriebe. Sie gilt ferner für alle Arbeitnehmer, d.h. auch für solche, deren Arbeitsverhältnis noch nicht mindestens sechs Monate besteht.

### **III. Ausnahmen**

#### **1. Schriftform**

Die mündliche Kündigung ist und bleibt nichtig (§ 623 BGB) und muss auch nicht innerhalb von drei Wochen angegriffen werden.

#### **2. Abkürzung der Kündigungsfrist**

Die (versehentliche oder absichtliche) Verkürzung der Kündigungsfrist macht die Kündigung nicht unwirksam. Sie wirkt gleichsam automatisch auf den Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis nach Maßgabe der richtigen Kündigungsfrist endet, auch wenn der Arbeitnehmer nicht innerhalb der Dreiwochenfrist Klage erhoben hat.

#### **3. Kündigungen mit Zustimmungs- oder Erlaubnisvorbehalt**

Hat der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung (z.B. des Integrationsamtes einzuholen), dann beginnt die Klagefrist grundsätzlich frühestens mit der Bestandskraft des Zustimmungsbescheides. Die Klagefrist wird also gehemmt.

### **IV. Grundsätzliche Folge**

Versäumt der Arbeitnehmer die Klagefrist, „gilt“ die Kündigung als wirksam (§ 7 KSchG), wenn nicht einer der bereits seit jeher geltenden Ausnahmetatbestände vorliegt.

## **D. Neue und zusätzliche Informations- und Aufklärungspflichten des Arbeitgebers**

### **I. Allgemeines**

Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses treten die arbeits- und sozialrechtlichen Folgeregelungen für Arbeitnehmer wie für Arbeitgeber in den Mittelpunkt des Interesses. Der Gesetzgeber hat den Pflichtenkatalog für beide Parteien erweitert und dazu einerseits Informations-, Aufklärungs- und Freistellungspflichten für den Arbeitgeber institutionalisiert und Frühmeldepflichten bei der AA für den Arbeitnehmer eingeführt.

### **II. Informations- und Aufklärungspflichten des Arbeitgebers**

#### **1. Informationspflicht gem. § 2 SGB III**

Um eine drohende Arbeitslosigkeit zu vermeiden bzw. die Vermittlungszeiten bei der Suche nach einem neuen Arbeitsverhältnis zu verkürzen, hat der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer die Pflicht zur frühzeitigen Arbeitssuche auferlegt. Zugleich wurden dem Arbeitgeber Informationspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer (über die Notwendigkeit von Aktivitäten bei der Suche nach einer anderen Beschäftigung sowie die Verpflichtungen) und Pflicht zur Freistellung auferlegt.

§ 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III verpflichtet den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer frühzeitig

- a) über die Notwendigkeit eigener Aktivitäten bei der Suche nach einer anderen Beschäftigung sowie
- b) über die Meldepflicht nach § 37b SGB III

zu informieren.

„Frühzeitig“ bedeutet unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern. Wird eine **Kündigung** ausgesprochen oder ein **Aufhebungsvertrag** geschlossen, muss die Information deshalb im Zusammenhang mit der Kündigungserklärung oder dem Vertragsschluss vorgenommen werden, etwa indem sie in das Kündigungsschreiben oder die Vertragsurkunde aufgenommen wird (§ 623 BGB). Im Falle eines **befristeten Vertrags** genügt es, wenn die Information unmittelbar vor Beginn der dreimonatigen Meldefrist vorgenommen wird. Steht das Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses noch nicht fest, weil die Parteien noch über die Verlängerung des Vertrages verhandeln, erwächst die Informationspflicht in dem Zeitpunkt, in dem diese Verhandlungen nicht zu einem Erfolg führen. Der

Pflicht kann aber auch durch eine Mitteilung beim Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages genügt werden.

## 2. Rechtsfolgen unterlassener Information

Welche Rechtsfolgen sich aus einer Verletzung dieser nur als Soll-Verpflichtung ausgestalteten Obliegenheit des Arbeitgebers ergeben, ist umstritten. Einigkeit besteht aber darüber, dass die Wirksamkeit der Kündigung oder eines Aufhebungsvertrages nicht betroffen ist.

In der Literatur herrscht die Auffassung vor, dass sich der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber schadensersatzpflichtig macht.

## 3. Sonstige Aufklärungspflichten des Arbeitgebers

Ob den Arbeitgeber darüber hinaus besondere Aufklärungspflichten treffen, ist umstritten. Er soll nach Treu und Glauben verpflichtet sein, den Arbeitnehmer im Hinblick auf die arbeits- und sozialrechtlichen Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinzuweisen, wenn er erkennen muss, dass der Arbeitnehmer weiterer Informationen bedarf und er selbst die Auskünfte unschwer erteilen kann.

So kann der z. B. Arbeitgeber verpflichtet sein, ungefragt auf den möglichen Verlust von Versorgungsansprüchen aufmerksam zu machen.

Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitnehmer aufgrund besonderer Umstände darauf vertrauen darf, der Arbeitgeber werde die Interessen des Arbeitnehmers berücksichtigen und ihn vor unbedachten nachteiligen Folgen des vorzeitigen Ausscheidens bewahren. Dies gilt z.B. im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer Vertragsbeendigung (Sperrzeit für Arbeitslosengeld), insbesondere wenn hierbei die maßgeblichen Kündigungsfristen nicht beachtet werden (Ruhe des Anspruchs auf Arbeitslosengeld).

Eine Verletzung dieser Aufklärungspflicht führt allerdings auch hier weder zur Unwirksamkeit der Kündigung noch eines Aufhebungsvertrages, auch ein etwaiger Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG wird nicht berührt. Ebenso wie im Fall des § 2 SGB III kann die Pflichtverletzung aber ggf. einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen Verletzung einer Nebenpflicht auslösen.

# III. Stellensuche und Mitwirkung des Arbeitgebers

## 1. Überblick

Nach § 2 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB III soll der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses frühzeitig über die Notwendigkeit eigener Aktivitäten bei der Suche nach einer anderen Beschäftigung sowie über die Meldepflicht nach § 37b SGB III **informieren, ihn hierzu freistellen und ihm die Teilnahme an den erforderlichen Qualifikationsmaßnahmen ermöglichen.** Auch hier handelt es sich lediglich um eine Obliegenheit des Arbeitgebers; al-

lein hieraus kann der Arbeitnehmer keinen Anspruch herleiten, freigestellt zu werden.

## 2. Anspruch auf bezahlte Freistellung zur Meldung und Stellensuche

### a) Rechtsgrundlagen:

Gem. § 629 BGB ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer nach Kündigung eines dauernden Arbeitsverhältnisses "angemessene Zeit" zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren.

### b) Der Anspruch auf Gewährung von Freizeit zur Stellensuche setzt voraus, dass

- ein dauerndes Arbeitsverhältnis
- gekündigt oder auf sonstige Weise beendet worden ist und dass
- der Arbeitnehmer die Gewährung verlangt hat.

### c) Freizeitbegehren und Urlaubsanspruch:

Wurde dem Arbeitnehmer vor Zugang der Kündigung oder vor Abschluss des Aufhebungsvertrages Erholungsurlaub gewährt, kann er die Freistellung zur Stellensuche gleichwohl noch geltend machen. Der Antrag auf die erst jetzt erforderlich werdende Stellensuche hat Vorrang vor dem Erholungsurlaub.

### d) Häufigkeit und Dauer der Freizeitgewährung:

Die zur Stellensuche zu gewährende Freizeit muss angemessen sein. Zu gewähren ist nicht nur die unbedingt notwendige, sondern die dem Zweck entsprechende Zeit. Die Freistellung ist für sämtliche, im Zusammenhang mit der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz stehenden Aktivitäten zu gewähren. Dazu gehört u.a. auch die persönliche Meldung des Arbeitnehmers nach § 37b SGB III und auch der sonstige, auf Vermittlung in eine neue Beschäftigung gerichtete Besuch der Agentur für Arbeit. Im Regelfall dürften deshalb drei Freistellungen ohne weiteres zu gewähren sein. Bei Lage und Dauer sind die betrieblichen Belange zwar zu berücksichtigen. Allerdings muss der Arbeitgeber die gesetzliche Meldepflicht des Arbeitnehmers nach § 37b SGB III berücksichtigen und diesen zu deren Wahrnehmung unverzüglich freistellen.

### e) Vergütungspflicht - Für die Dauer der Freistellung hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Fortzahlung der Arbeitsvergütung.

## 3. Verweigerung des Arbeitgebers und Durchsetzung des Anspruchs

Bei unberechtigter Verweigerung dieser Freistellung kann der Arbeitnehmer Schadensersatz beanspruchen. Dazu gehört auch der Schaden (Minderung des Arbeitslosengeldes, § 140 SGB III), der dem Arbeitnehmer durch eine verspätete Meldung beim Arbeitsamt entsteht, weil der Arbeitgeber ihn nicht oder nicht

rechtzeitig für die persönliche Meldung freigestellt hat. Zudem kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis seinerseits kündigen. Gegebenenfalls kann er den Freistellungsanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzen.

## **E. Altersteilzeit und Teilrente**

### **I. Altersteilzeit - die sozialverträgliche Kapazitätsanpassung**

#### **1. Allgemeines**

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Altersteilzeit, die durch zahlreiche Tarifregelungen ergänzt wurden, führten zu einer **hohen** Attraktivität der Altersteilzeit als Modell der sozialverträglichen Personalveränderung.

Der vom Gesetzgeber mitunter vorgesehene Zweck, eine zwar reduzierte, aber bis ins fortgeschrittene Alter fortgeführte Tätigkeit möglich zu machen, wurde mit der Favorisierung des Blockmodells verfehlt. Im Zuge der sog. Hartz-IV-Reform wurde diesem Zweck durch die Förderung der kontinuierlichen Arbeitszeitreduzierung wieder Rechnung getragen. Darüber hinaus führt die Reform eine verbindliche Insolvenzversicherung im sog. Blockzeitmodell ein.

Die Gesetzesänderungen traten am 1. Juli 2004 in Kraft. Für diejenigen Arbeitnehmer, die bis einschließlich 30. Juni 2004 die Altersteilzeitarbeit begonnen haben, gilt eine umfangreiche Übergangsregelung.

#### **2. Funktionsweise der Altersteilzeit**

Der Arbeitnehmer, der bei Beginn der Altersteilzeit mindestens 55 Jahre alt ist und in den vergangenen fünf Jahren mindestens 1.080 Kalendertage in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden hat, vereinbart mit dem Arbeitgeber einen Altersteilzeitvertrag. Der Altersteilzeitvertrag sieht eine Reduzierung der Arbeitszeit auf 50 % der bisherigen regelmäßigen Wochenarbeitszeit vor, wobei die blockweise Erbringung der Arbeit möglich ist. An die Altersteilzeit schließt sich dann nahtlos der gesetzliche Ruhestand an.

Einen Anreiz für die Altersteilzeit schafft der Arbeitgeber dadurch, dass er zusätzlich zum Arbeitsentgelt einen Aufstockungsbeitrag in Höhe von 20 % des Teilzeit(brutto)arbeitsentgelts, jedoch mindestens so viel bezahlt, dass der Arbeitnehmer 70 % des früheren Nettoarbeitsentgelt erhält. Darüber hinaus zahlt der Arbeitgeber zusätzlich Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung; bislang waren diese Beiträge so zu entrichten, als wenn der Altersteilzeitbeschäftigte 90 % seines Vollzeitarbeitsentgelts erhielte, höchstens jedoch bis zur Beitragsbemessungsgrenze. Diese Zuschläge zur Altersteilzeit sind steuerfrei.

Für den Fall, dass der Arbeitgeber aus Anlass des Übergangs des Arbeitnehmers in die Altersteilzeit einen arbeitslos gemeldeten Arbeitnehmer oder einen Arbeitnehmer im Anschluss an die Ausbildung (in Unternehmen mit nicht mehr als 50 Arbeitnehmern wahlweise auch einen Auszubildenden) auf dem freigemachten oder in diesem Zusammenhang durch Umsetzung freigemachten Arbeitsplatz ver-

sicherungspflichtig beschäftigt, erstattet die Bundesagentur für Arbeit dem Arbeitgeber den an den älteren Arbeitnehmer gezahlten Aufstockungsbetrag einschließlich der zusätzlichen Beiträge an die gesetzliche Rentenversicherung.

### 3. Vorteile für beide Arbeitsvertragsparteien

Die Altersteilzeit ist längst eine Alternative zum herkömmlichen Aufhebungsvertrag zum Zwecke des **allmählichen Personalabbaus** geworden. Dies machen die damit verbundenen Vorteile deutlich:

- a) Die Zuschläge zur Altersteilzeit werden nach wie vor steuerfrei gewährt (§ 3 Nr. 28 EStG), wohingegen klassische Abfindungsleistungen ihr steuerrechtliches Privileg nach der Neufassung des § 3 Nr. 9 EStG weitgehend verloren haben.
- b) Die verschärften Sperrzeit- und Ruhensregelungen der §§ 143a, 144 SGB III kommen im Falle der Altersteilzeit nicht zur Anwendung.
- c) Die sozialversicherungsrechtlichen Nachteile einer frühzeitigen Beendigung vor Vollendung des 60. bzw. 63. Lebensjahres werden durch die Altersteilzeit vermieden.
- d) Die verschärfte Erstattung des Arbeitslosengeldes nach der Neuregelung des § 147a SGB III kommt nicht zum Tragen.

## II. Neuregelungen

### 1. Ermittlung der Arbeitszeit

In seiner ursprünglichen Fassung sah § 6 Abs. 2 Satz 3 AltTZG vor, dass Arbeitszeiten, die die tarifliche regelmäßige Wochenzeit überschritten, bei der Bestimmung der für die Altersteilzeit maßgebenden Arbeitszeit außer Betracht blieben. Damit war die Altersteilzeit immer an die tarifliche Arbeitszeit gekoppelt.

Die Neufassung des § 6 AltTZG hat diese Tariforientierung aufgehoben. Insbesondere die bei tarifungebundenen Arbeitgebern herrschenden längeren Arbeitszeiten sind somit nicht mehr Hindernis für förderungsfähige Altersteilzeitverträge.

Jetzt entscheidet über die Förderungswürdigkeit allein die Halbierung der bisherigen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit, unabhängig davon, welche Arbeitszeit ein ggf. einschlägiger Tarifvertrag vorsieht.

### 2. Entgelt und Aufstockungsleistungen

- a) Aufstockungsleistungen:

Bisher war das jeweilige monatliche Arbeitsentgelt für die Altersteilzeitarbeit um mindestens 20 % aufzustocken, mindestens jedoch um einen pauschal festgelegten Mindestnettobetrag von 70 %. Dieser Mindestnettobetrag wurde pauschaliert errechnet und war der sog. Mindest-Netto-Entgelt-

Verordnung zu entnehmen.

Diese Mindestsicherung ist entfallen. Es wird nur noch die 20%ige Aufstockung des Bruttoaltersteilzeitentgelts zugrunde gelegt.

Zudem wird die Höhe der Aufstockungsleistung nunmehr nicht erst ab der Wiederbesetzung des freiwerdenden Arbeitsplatzes und damit in der Freistellungsphase, sondern bereits zu Beginn des Erstattungsverfahrens in monatlichen Festbeträgen für die gesamte Förderdauer festgelegt (§ 12 Abs. 2 S. 1 AltTZG).

b) Arbeitsentgelt:

Bisher orientierte sich das Arbeitsentgelt während der Altersteilzeit am tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers. Maßgebend waren damit auch all diejenigen Entgeltbestandteile, die nicht laufend gezahlt wurden, z.B. Jahressondervergütungen, Mehrarbeitszuschläge und Urlaubsgeld.

Die Berechnung des Arbeitsentgelts erwies sich als zu kompliziert. Es wurde daher ein sog. "**Regelarbeitsentgelt**" eingeführt. Hierbei handelt es sich um das auf einen Monat entfallende, vom Arbeitgeber regelmäßig zu zahlende sozialversicherungspflichtige Arbeitsentgelt, soweit es die Beitragsbemessungsgrenze des SGB III nicht übersteigt. Das bedeutet: Einzubeziehen sind Vermögenswirksame Leistungen und Sachbezüge einschließlich des geldwerten Vorteils der Privatnutzung von Dienstwagen; nicht dagegen unregelmäßige Leistungen.

c) Zusätzliche Beiträge zur Rentenversicherung:

Auch die Aufstockung der zusätzlichen Rentenversicherungsbeiträge wird nach den neuen Grundsätzen vollzogen:

Bisher hatte der Arbeitgeber die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung auf der Basis von 90 % des bisherigen Brutto-Arbeitsentgelts zu erbringen.

Jetzt ernährt der Gesetzgeber die Last der Bundesagentur für Arbeit, indem er zunächst als Bemessungsgrundlage das niedrigere **Regelarbeitsentgelt** für die Altersteilzeit heranzieht und den Prozentsatz für die **Aufstockung der Rentenbeiträge** von 90 auf 80 Prozentpunkte **absenkt. Beispiel:**

Regelarbeitsentgelt		2.750 €
1. Schritt: 80 % von 2.750 €	=	2.200 €
2. Schritt: 4.635 € (BBG West) - 2.750 €	=	1.885 €

Der Arbeitgeber zahlt in diesem Fall zusätzliche Beiträge in Höhe von 19,5 % aus dem anhand der Begrenzungsregel ermittelten Betrag von 1.885 € = 367,58 €, und zwar alleine.

Abzuführen sind damit vom Arbeitnehmer und Arbeitgeber 19,5 % aus 2.750 € jeweils zur Hälfte (268,13 €). Darüber hinaus hat der Arbeitgeber den Aufstockungsbetrag in Höhe von 367,58 € zu entrichten.

### 3. Insolvenzsicherung

#### a) Vorstellungen des Gesetzgebers:

Ein zweiter Schwerpunkt der Neuregelungen ist die **Erweiterung der Insolvenzsicherung**, insbesondere zum Schutz der Wertguthaben im Blockmodell bei Insolvenz des Arbeitgebers.

Zu berücksichtigen ist, dass die neuen Vorschriften zur Insolvenzsicherung nur für die Altersteilzeit im Blockmodell oder die mit degressiver Arbeitsleistung Bedeutung haben.

#### b) Sicherungsmaßnahmen:

§ 8a Abs. 1 AltTZG verpflichtet den Arbeitgeber zur geeigneten Absicherung von Wertguthaben der in der Altersteilzeit beschäftigten Arbeitnehmer, wenn sich aus der Vereinbarung zur Einführung der Altersteilzeit ergibt, dass ein Wertguthaben aufgebaut wird, das den Betrag des dreifachen Regelarbeitsentgelts (vgl.o.) einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils zur Gesamtsozialversicherung überschreitet.

Das Gesetz enthält keine abschließende Festlegung, was unter einer geeigneten Insolvenzabsicherung zu verstehen ist. Es grenzt lediglich negativ ab und schließt Absicherungsformen, die sich in der Vergangenheit nicht als insolvenzfest erwiesen haben, ausdrücklich aus (z.B. Konzernbürgschaft oder bloße Rückstellungen).

In Betracht kommen aber z.B. Bankbürgschaften, die Absicherungen im Wege dinglicher Sicherheiten (z.B. Verpfändung von Wertpapieren, insbesondere Fonds) zu Gunsten der Arbeitnehmer über bestimmte Versicherungsmodelle der Versicherungswirtschaft bis zum Modell der doppelseitigen Treuhand.

Ein Treuhandmodell, bei dem das Wertguthaben in Aktien des Arbeitgebers angelegt wird, ist ausgeschlossen. Zu beachten ist für den Arbeitgeber weiterhin das Gebot einer sicheren wertbeständigen Anlage. Ansonsten droht ihm eine Nachschuss- oder Nachsicherungspflicht.

#### c) Nachweis und Durchsetzung der Insolvenzsicherung:

Die Durchführung eines Insolvenzschutzes ist nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Altersteilzeitarbeitsvertrages.

Der Arbeitgeber ist gem. § 8a Abs. 3 AltTZG aber verpflichtet, dem Arbeit-

nehmer mit der ersten Gutschrift und anschließend alle sechs Monate die zur Sicherung des Wertguthabens ergriffenen Maßnahmen nachzuweisen. Der Nachweis hat in Textform zu geschehen, d. h. der Arbeitgeber muss die entsprechenden Unterlagen dem Arbeitnehmer zur Verfügung stellen, damit dieser die Möglichkeit erhält, die Richtigkeit der Angaben zu überprüfen. Anstelle der Nachweispflicht kann mit dem Betriebsrat eine gleichwertige Art und Form des Nachweises vereinbart werden.

Verstößt der Arbeitgeber gegen die Sicherungspflicht oder gegen die Nachweispflicht, dann kann der Arbeitnehmer sein Sicherungsbedürfnis durchsetzen, indem er ihn schriftlich zur Führung des Nachweises oder zur Vornahme der entsprechenden Sicherungsmaßnahmen auffordert. Der Arbeitgeber hat dann einen Monat Zeit. Verstreicht die Frist, entsteht ein gesetzlicher (und einklagbarer) Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe des bestehenden Wertguthabens.

### III. Teilrente - eine Alternative zur Altersteilzeit?

#### 1. Begriff

Arbeitnehmer, die das 62. Lebensjahr vollendet haben, haben das Recht, ihre bis dahin erreichte rechnerischen Rentenhöhe bis zu einem Drittel, zur Hälfte oder zu zwei Dritteln in Anspruch zu nehmen. Dabei wird ein Vorruhestands-Abschlag von 3,6 % für jedes Jahr vor der Berechtigung zur Inanspruchnahme der Vollrente vorgenommen. Da mit Vollendung des 65. Lebensjahres Anspruch auf die volle Rente besteht, bleibt der hinzukommende weitere Rententeil abschlagsfrei.

#### 2. Vor- und Nachteil

Der Teilrentner kann als Teilzeitarbeitnehmer im Rahmen des zulässigen Hinzuverdienstes länger als im Blockmodell der Altersteilzeit im Betrieb bleiben und so den Bestand des Erfahrungswissens im Betrieb sichern.

Die Bundesagentur zahlt - im Unterschied zur Altersteilzeit - keine Zuschüsse. Sie nimmt vielmehr noch Beiträge durch die Teilzeitbeschäftigung ein.

Die Teilrente hat für den Arbeitnehmer den Nachteil, dass je nach Höhe der Teilrente der Hinzuverdienst begrenzt ist.

#### 3. Ausblick

Die Teilrente wird als attraktive **Alternative zur Altersteilzeit** genutzt werden. Das primär mit der Altersteilzeit verfolgte arbeitsmarktpolitische Ziel, frei werdende Stellen mit Arbeitslosen zu besetzen, hat inzwischen an Bedeutung verloren. Die Mehrheit der freiwerdenden Arbeitsplätze kommt heute der Übernahme von Ausgebildeten zugute.



## **F. Die Flexibilisierung der Arbeitnehmerüberlassung**

### **I. Begriff**

Von Arbeitnehmerüberlassung - häufig auch als Leiharbeitsverhältnis bezeichnet - wird gesprochen, wenn ein **selbständiger Unternehmer (Verleiher)** einen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer), mit dem er einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, gelegentlich **an einen anderen Unternehmer (Entleiher)** "ausleiht".

Eine Abordnung des Arbeitnehmers zum Entleiher ist möglich, wenn dies im Arbeitsvertrag vorgesehen ist. **Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht fort**, d.h. der Verleiher haftet für die Vergütung, Vergütungsfortzahlung bei Urlaub und Krankheit usw. Jedoch steht dem Entleiher das Direktionsrecht zu, d. h. der Leiharbeitnehmer unterliegt dessen Weisungen.

Das **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gilt nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung**. Die Überlassung von Arbeitnehmern ist „gewerbsmäßig“, wenn sie vom verleihenden Unternehmen nicht nur gelegentlich, sondern dauerhaft, mit dem Ziel der Gewinnerwirtschaftung betrieben wird.

**Nicht** um eine **Arbeitnehmerüberlassung** handelt es sich, wenn zwischen Unternehmer (Arbeitgeber) und dem Dritten ein **Dienst- oder Werkvertrag** abgeschlossen wird.

### **II. Gesetzliche Änderungen**

Am 1. Januar 2003 ist das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (**Hartz I**) in Kraft getreten, mit welchem die Vorschriften zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) grundlegend überarbeitet wurden. Weitere Änderungen erfuhr das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (**Hartz III**), das ebenfalls am 1.1.2004 in Kraft getreten ist.

Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ist einerseits dadurch geprägt, dass

1. Leiharbeitnehmer zukünftig mit vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleiherbetriebs **im Hinblick auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gleich zu behandeln** sind und dass
2. bisherige **Schutzregelungen** zugunsten der Arbeitnehmer und **Einschränkungen** der Arbeitnehmerüberlassung **aufgehoben** wurden.

### **III. Erlaubnispflicht**

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bedarf,

1. der **Gewerbeanmeldung** und
2. der **Erlaubnis** nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG).  
Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sieht **folgende Ausnahmen von der Erlaubnispflicht** vor (§ 1 AÜG):

- Die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten **Arbeitsgemeinschaft** ist keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn
  - ◆ der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist,
  - ◆ für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und
  - ◆ alle Mitglieder aufgrund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind.
- Für Arbeitnehmerüberlassungen zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges **zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen**, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht.
- Für Arbeitnehmerüberlassungen **zwischen Konzernunternehmen** im Sinne des § 18 Aktiengesetz, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet, sondern in einem anderen Unternehmen dieses Konzerns.
- Für **Arbeitnehmerüberlassungen in das Ausland**, wenn der Leiharbeiter an ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist.
- Nach § 1a Abs. 1 AÜG ist eine Erlaubnis ferner entbehrlich, wenn ein Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen an einen anderen Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bis zur Dauer von zwölf Monaten überlässt (sog. **Kollegenhilfe**). Eine solche Überlassung **muss der Bundesagentur für Arbeit schriftlich angezeigt werden**.

Nicht erlaubnisfähig und damit **grundsätzlich verboten** ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung **in Betrieben des Baugewerbes** für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, § 1b Satz 1 AÜG. **Ausnahmen** bestehen in zwei Fällen:

- Zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben, **wenn dies in einem für allgemeinverbindlich erklärtem Tarifvertrag**, der diese Betriebe erfasst, **geregelt ist**.
- Zwischen Betrieben des Baugewerbes, wenn der **verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird**.

#### IV. **Verbot bzw. Unzulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung - Folgen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung für Verleiher und Entleiher**

Nicht Arbeitnehmerüberlassung, sondern bereits **unzulässige Arbeitsvermittlung** wird unterstellt, wenn Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden, ohne dass der Überlassende die **üblichen Arbeitgeberpflichten** oder das **Arbeitgeberberrisiko** trägt (§1 Abs. 2 AÜG).

Die illegale gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zieht zunächst ein gewerbe-rechtliches Untersagungsverfahren nach sich. Die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung und die Beschäftigung eines ohne Erlaubnis überlassenen Leiharbeitnehmers kann im Übrigen als Ordnungswidrigkeit mit einer (hohen) Geldbuße geahndet werden.

Wer als Entleiher einen ihm überlassenen **ausländischen Leiharbeitnehmer**, der die erforderliche Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Sozialgesetzbuches nicht besitzt, zu Arbeitsbedingungen tätig werden lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Leiharbeitnehmer stehen, kann mit einer Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden (§ 15a Abs. 1 AÜG).

Zivilrechtlich hat die Arbeitnehmerüberlassung **ohne Erlaubnis** des zuständigen Landesarbeitsamtes zur Folge, dass ein **Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher** fingiert wird; d. h. der Entleiher ist zur Einhaltung der Arbeitgeberpflichten und der Lohnzahlung verpflichtet. Der Leiharbeitnehmer hat dann die gleichen Rechte wie ein Arbeitnehmer des Entleihers (§ 10 AÜG).

#### V. **"Equal Treatment" und "Equal Pay" - Gleichbehandlungsgrundsatz**

Grundlegende Neuerung der Hartz-Reform im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ist die Einführung des **Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und der Stammebelegschaft im Entleiherbetrieb**.

Für die Dauer der Arbeitnehmerüberlassung hat **der Verleiher dem Leiharbeitnehmer grundsätzlich die für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen** im Entleiherbetrieb einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.

Nach der Gesetzesbegründung sind unter Arbeitsbedingungen alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen zu verstehen, z.B.

- Dauer der Arbeitszeit,
- Urlaub,
- Nutzung sozialer Einrichtungen,
- das laufende Entgelt,
- Zuschläge,
- Entgeltfortzahlung und Sozialleistungen,
- sowie andere Lohnbestandteile (Einmalzahlungen wie z.B. Jahressonderzahlungen und zusätzliche Urlaubsvergütung).

Vergleichbar mit dem Leiharbeiter sind solche Arbeitnehmer des Entleihers, die dieselbe oder zumindest ähnliche Tätigkeit wie der Leiharbeiter ausführen.

Vereinbarungen, die gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, sind unwirksam.

**Ausnahmen vom Verschlechterungsverbot (§ 9 Nr. 2 AÜG):**

- Verleiher und Leiharbeiter dürfen einmalig für insgesamt **sechs Wochen** der Überlassung vereinbaren, dass der Leiharbeiter lediglich ein Nettoarbeitsentgelt enthält, das mindestens die **Höhe des zuletzt bezogenen Arbeitslosengeldes** erreicht. Damit soll Verleihunternehmen ein Anreiz für die Einstellung von vormals Arbeitslosen gegeben und diesen der Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt erleichtert werden.
- Ein **Tarifvertrag** kann vorsehen, dass im Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer abweichende Vereinbarungen getroffen werden, wobei im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelung individualrechtlich vereinbaren können.

**VI. Deregulierung seit dem 1. Januar 2004**

Mit Wirkung ab dem 1. Januar 2004 sind **entfallen**:

- Das **Befristungsverbot** (Verbot der wiederholten Befristung eines Leiharbeitsverhältnisses, ohne dass ein sachlicher Grund in der Person des Leiharbeiters vorliegt). Für Befristungen gelten nunmehr die Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG).
- Das **Wiedereinstellungsverbot**, wonach die wiederholte Einstellung eines Leiharbeiters nach vorangegangener Kündigung durch den Verleiher unzulässig war. Der Verleiher darf nunmehr den Leiharbeiter kündigen und ihn bei neuer Beschäftigungsmöglichkeit wieder einstellen.
- Das sog. **Synchronisationsverbot**, wonach die Befristung des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeiter für die Dauer der Überlassung an einen Entleiher unzulässig war.
- Die **Beschränkung der Überlassungsdauer auf 24 Monate**. Daher ist künftig die gewerbsmäßig erlaubte Arbeitnehmerüberlassung zeitlich unbeschränkt möglich.



## **G. Die Reform des Schwerbehindertenrechts in Schlaglichtern**

### **1. Das beschleunigte versorgungsamtliche Feststellungsverfahren**

Ist der Antragsteller erwerbstätig, dann hat die zuständige Behörde das Verfahren zu beschleunigen, d.h.: Soweit kein Gutachten erforderlich ist, beträgt die Frist für die Feststellung der Schwerbehinderung höchstens drei Wochen. Nach § 14 Abs. 5 Satz 5 SGB IX sind für einen Gutachterauftrag bis zu zwei Wochen einzuräumen. Ist das Gutachten im Amt eingetroffen, so ist innerhalb von zwei Wochen zu entscheiden. Es soll also innerhalb von sieben Wochen entschieden worden sein.

### **2. Der neue Schwerbehindertenausweis**

Mit dem Schwerbehindertenausweis können die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch, der GdB und die weiteren gesundheitlichen Merkmale für die Inanspruchnahme von Nachteilsausgleichen verbindlich nachgewiesen werden. Der Ausweis über die Eigenschaft als behinderter Mensch erleichtert dem Arbeitnehmer insbesondere im Kündigungsschutzprozess den Nachweis, ohne die im Feststellungsbescheid aufgeführten Funktionsbeeinträchtigungen offenbaren zu müssen.

### **3. Begriff der „Behinderten“ und der „von Behinderung bedrohten Personen“**

Arbeitsrechtlich spielt die Unterscheidung „schwerbehindert - behindert - von Behinderung bedroht“ keine wesentliche Rolle mehr. Seit dem 1. Mai 2004 ist mit der Neufassung durch das Gesetz vom 23. April 2004 auch der Geltungsbereich ausgeweitet: § 84 Abs. 2 SGB IX, wonach bei langandauernden Erkrankungen zur Vermeidung von Kündigungen der Betriebsrat und die Gemeinsame Servicestelle (§ 22 SGB IX) einzuschalten ist, erfasst jetzt alle Beschäftigten - gleich ob behindert oder nicht behindert -, sobald sie länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank sind.

### **4. Die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen**

§ 71 SGB IX legt den Arbeitgebern eine Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auf. Die Pflicht besteht im öffentlichen Interesse. Die Arbeitgeber sollen an der Gemeinschaftsaufgabe mitwirken, schwerbehinderte Menschen in Arbeit, Beruf und Gesellschaft einzugliedern.

#### **a) Keine Ausbildungsquote - dafür Beratungspflicht:**

Die im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Fünfprozentquote scheiterte im Bundesrat. Stattdessen ist jetzt eine neue Beratungsverpflichtung geregelt worden: Arbeitgeber, Betriebs- oder Personalrat und Schwerbehindertenvertretung haben über die Möglichkeit der Ausbildung von behinderten jungen Menschen im Betrieb zu beraten. Sanktionen sind nicht vorgesehen.

b) Dauerhafte Absenkung der Beschäftigungsquote:

Arbeitgeber haben auf mindestens 5 % der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen.

Zum Schutz von Kleinunternehmern vor Überforderung beginnt die Beschäftigungspflicht erst mit der Mindestzahl von jahresdurchschnittlich monatlich 20 Arbeitsplätzen. Ein Arbeitgeber, der die Mindestzahl nicht erreicht, ist von der Beschäftigungspflicht ausgenommen.

c) Änderungen des Arbeitsplatzbegriffes:

Zur Bestimmung der Mindestzahl der 20 Arbeitsplätze und zur Berechnung der Anzahl der vom Arbeitgeber mit schwerbehinderten Menschen zu besetzenden Pflichtarbeitsplätze wird nicht auf die Anzahl der vom Arbeitgeber regelmäßig Beschäftigten (Kopfzahl), sondern auf die Zahl der Arbeitsplätze abgestellt.

Stellen, die mit Arbeitnehmern besetzt sind, deren Arbeitsverhältnisse wegen Wehr- oder Zivildienst oder wegen Elternzeit, Rentenbezug, Blockfreistellung während der Altersteilzeit oder wegen unbezahlten Urlaubs ruhen, gelten nicht als zusätzliche Arbeitsplätze, solange ein Vertreter eingestellt ist.

d) Jahresdurchschnittliche Betrachtung:

Die bisherige monatliche Berechnungsweise wurde auf die jahresdurchschnittliche Betrachtung umgestellt. Die Pflichtplatzzahl errechnet sich jetzt nach dem Durchschnitt der im jeweiligen Jahr zu berücksichtigenden Arbeitsplätze. Die Berechnung erfolgt so, dass die für jeden Monat einzeln festgestellte Zahl der Arbeitsplätze durch die Anzahl der Monate geteilt wird, in denen der Arbeitgeber einer Betriebstätigkeit nachgegangen ist.

e) Anrechnung der beschäftigten Schwerbehinderten:

Grundsätzlich wird ein schwerbehinderter Mensch, der auf einem Arbeitsplatz beschäftigt wird, auf einen Pflichtplatz angerechnet. Nun können ebenfalls auf einen Pflichtplatz angerechnet werden:

- Schwerbehinderte Menschen, die an einer beruflichen Anpassung oder Weiterbildung in einem Betrieb oder in einer Dienststelle teilnehmen.
- In eine Werkstatt i.S.d. § 136 SGB IX aufgenommene Behinderte, die zur Förderung des Übergangs auf den allgemeinen Arbeitsmarkt im Betrieb beschäftigt werden.

Seit dem 1. Mai 2004 ist die Anrechnung auch auf die Stellen von schwerbehinderten Beschäftigten erweitert worden, deren wöchentliche Arbeitszeit infolge von Altersteilzeit auf weniger als 18 Wochenstunden herabgesetzt worden ist.

Teilzeitbeschäftigte Schwerbehinderte mit weniger als 18 Wochenstunden Beschäftigung werden von der Arbeitsagentur zur Anrechnung zugelassen, wenn die Teilzeitbeschäftigung wegen Art und Schwere der Behinderung notwendig ist.

Mindestens auf zwei Pflichtplätze angerechnet wird ein schwerbehinderter Mensch, der zur Ausbildung beschäftigt wird. Die Arbeitsagentur kann die Anrechnung eines auszubildenden schwerstbehinderten Menschen auf drei Pflichtplätze zulassen.

Mit Gesetz vom 23. April 2004 ist die Mehrfachanrechnung nach der Ausbildung in § 76 Abs.2 Satz 3 SGB IX erweitert worden. Bei Übernahme in ein Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis durch den ausbildenden oder einen anderen Arbeitgeber im Anschluss an eine abgeschlossene Ausbildung wird der schwerbehinderte Mensch im ersten Jahr der Beschäftigung auf (mindestens) zwei Pflichtarbeitsplätze angerechnet.

Die Arbeitsagentur kann die Anrechnung eines schwerbehinderten Menschen, insbesondere eines schwerstbehinderten Arbeitnehmers auf höchstens drei Pflichtplätze zulassen, wenn dessen Teilnahme am Arbeitsleben auf besondere Schwierigkeiten stößt oder er zur Ausbildung beschäftigt wird und die Vermittlung in eine berufliche Ausbildungsstelle wegen Art oder Schwere der Behinderung auf besondere Schwierigkeiten stößt.

## 5. Die Änderungen des Anspruchs auf Zusatzurlaub

Schwerbehinderte Menschen haben nach § 125 Satz 1 SGB IX Anspruch auf einen bezahlten einwöchigen Zusatzurlaub. Gleichgestellte behinderte Menschen sind von diesem Anspruch ausgeschlossen.

### a) Dauer des Zusatzurlaubs:

Der Gesetzgeber hat die Fünf-Tag-Arbeitswoche als Regelfall zugrunde gelegt. Für diesen Grundfall hat er einen Zusatzurlaub von fünf Arbeitstagen bestimmt (§ 125 Satz 1 1. Hs). Verteilt der Arbeitgeber die Arbeitszeit auf mehr oder weniger Arbeitstage die Woche, erhöht oder vermindert sich entsprechend der Zusatzurlaub. Ohne Bedeutung ist, ob der Schwerbehinderte teil- oder vollzeitlich beschäftigt wird.

### b) Teil- und Vollurlaub:

§ 125 SGB IX regelt ausdrücklich nur den sog. "vollen" Urlaubsanspruch. Der schwerbehinderte Beschäftigte erwirbt entsprechend § 5 Abs. 1 BUrlG nur einen Teilanspruch auf zusätzlichen Urlaub, wenn er:

- nach dem 30. Juni eintritt und daher nicht mehr die volle Wartezeit bis zum Ablauf des Kalenderjahres zurücklegen kann,



- wenn er zwar vor dem 30. Juni eintritt, aber vor Ablauf von sechs Monaten ausscheidet,
- wenn er zwar insgesamt schon länger als sechs Monate beschäftigt wird, aber in der ersten Hälfte des zweiten Beschäftigungsjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

Scheidet der schwerbehinderte Beschäftigte aus dem Arbeitsverhältnis nach erfüllter sechsmonatiger Wartezeit in der zweiten Hälfte eines Kalenderjahres aus, so bleibt der volle Zusatz-Urlaubsanspruch ungekürzt erhalten. Denn der schwerbehindertenrechtliche Zusatzurlaub bleibt von etwaigen tarifvertraglichen Zwölftelungsvorschriften unberührt.

c) Nicht zu verwechseln: Die Zwölftelung im Jahr der Feststellung:

Besteht die Schwerbehinderteneigenschaft nicht während des gesamten Kalenderjahres, so hat nach § 125 II SGB IX der schwerbehinderte Mensch für jeden vollen Monat der im Beschäftigungsverhältnis vorliegenden Schwerbehinderteneigenschaft nur noch den Anspruch auf ein Zwölftel des Zusatzurlaubs.

Diese Zwölftelung greift auch dann ein, wenn ein schwerbehinderter Mensch diese Eigenschaft im Verlauf des Urlaubsjahres nach § 116 SGB IX verliert.

d) Übertragung des Urlaubs bei rückwirkender Feststellung:

Wird die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch rückwirkend festgestellt, so wird nach dem Wortlaut der Gesetzesfassung für die Übertragung des Zusatzurlaubs in das nächste Kalenderjahr auf die für den Grundurlaub geltenden urlaubsrechtlichen Bestimmungen verwiesen. Hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch nicht (erfolglos) geltend gemacht, dann findet eine Übertragung des Vorjahresurlaubsanspruches nicht statt.

## H. **Arbeitszeitgesetz: Neuregelung von Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst**

Der Europäische Gerichtshof hat in einem Urteil vom 9. September 2003 (Rechtssache Jäger - C-151/02) festgestellt, dass die Regelungen der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Frage, ob der Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit anzusehen ist, neu gefasst werden müsse. Dieser Aufforderung kam der Gesetzgeber mit der Änderung des Arbeitszeitgesetzes jetzt nach.

Sowohl die Arbeitsbereitschaft als auch der Bereitschaftsdienst werden jetzt als Arbeitszeit gewertet. Bei Rufbereitschaft bleibt es dabei, dass lediglich die Zeit der Inanspruchnahme als Arbeitszeit gewertet wird.

Unverändert bleibt die Grundnorm des Gesetzes zur werktäglichen Arbeitszeit, wonach die tägliche Arbeitszeit regelmäßig acht Stunden beträgt. Arbeitszeitverlängerungen sind bis zu zehn Stunden möglich. Sie müssen allerdings innerhalb von sechs Monaten auf durchschnittlich acht Stunden ausgeglichen werden.

Ebenso unverändert blieb die Regelung zur regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Der Samstag ist im Sinne des ArbZG Werktag und damit Arbeitstag. Hieraus folgt:

- Sofern dies arbeits- oder tarifvertraglich vereinbart ist, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in der Woche für 48 Stunden (verteilt auf 6 Arbeitstage) in Anspruch nehmen.
- Nimmt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Falle einer Fünf-Tage-Woche pro Tag statt für acht Stunden für zehn Stunden in Anspruch, dann hat er die Mehrzeit von täglich 2 Stunden (pro Woche also 10 Stunden) nur insoweit durch Freizeit auszugleichen, als die wöchentliche Gesamtarbeitszeit von (6 x 8 =) 48 Stunden überschritten wird, d.h. er hat demnach nur zwei Stunden durch Freizeitgewährung auszugleichen.

Mit der Änderung des Arbeitszeitgesetzes wurde die Möglichkeit der Tarifvertrags- und Betriebsparteien gestärkt, branchen- oder betriebsspezifische Regelungen zu treffen:

- Die **Tarifvertrags- oder Betriebsparteien** können künftig für die Arbeitsbereitschaft und den Bereitschaftsdienst in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung Arbeitszeiten über zehn Stunden pro Werktag vereinbaren. Nach den Regelungen der EG-Arbeitszeitrichtlinie darf die Höchstarbeitszeit von durchschnittlich 48 Stunden pro Woche nicht überschritten werden. Die Tarifvertragsparteien können den Ausgleichszeitraum auf bis zu zwölf Monate ausweiten.
- Es wurde ferner die Möglichkeit der **Tarifvertragsparteien** geschaffen, eine Verlängerung der Arbeitszeit auch ohne Zeitausgleich über acht Stunden pro Werktag hinaus zu vereinbaren (sog. *Opting Out*). Damit wird eine Arbeitszeit von mehr als 48 Stunden wöchentlich möglich.

Das Gesetz knüpft diese Ausnahmeregelung allerdings an strenge Voraussetzungen. So muss ausdrücklich sichergestellt werden, dass bei dieser Arbeitszeitgestaltung die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird. Außerdem muss der Arbeitnehmer einer solchen Arbeitszeitverlängerung ohne Zeitausgleich schriftlich zustimmen. Der Arbeitnehmer kann sein Einverständnis mit einer Frist von sechs Monaten widerrufen. Arbeitnehmer, die nicht einwilligen oder ihre Einwilligung widerrufen, darf daraus kein Nachteil entstehen.

## ***I. Auszug aus der Märchenwelt<sup>3</sup> des deutschen Arbeitsrechts***

### **1. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Krankheit ist verboten**

**Des Pudels Kern:** Gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG wird der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht dadurch berührt, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit kündigt.

**Was ist dran:** Ein Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis wegen der Krankheit des Arbeitnehmers kündigt, der aber noch keine sechs Wochen Entgeltfortzahlung geleistet hat (vgl. § 3 Abs. 1 EFZG), ist auch über die Kündigungsfrist hinaus (längstens aber für insgesamt sechs Wochen) zur Entgeltfortzahlung verpflichtet. In der Praxis wird dies nur in den Fällen relevant, in denen das Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate ununterbrochen bestanden hat, weil danach bereits der allgemeine Kündigungsschutz eintritt, der eine Kündigung wegen einer weniger als sechs Wochen andauernden Krankheit ohnehin nicht zulässt. Der Arbeitgeber der das Arbeitsverhältnis vor Ablauf von sechs Monaten kündigt (z.B. während der Probezeit) ist also gut beraten, die Kündigung nicht, vor allem nicht mit der Krankheit des Arbeitnehmers zu begründen.

**Im Übrigen:** Wäre die Kündigung während der Krankheit verboten, dann gäbe es die sog. krankheitsbedingte Kündigung als personenbedingte Kündigung nicht, die das KSchG (z.B. im Falle lang andauernder Krankheit) ausdrücklich zulässt.

### **2. Geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer und Aushilfen sind keine Arbeitnehmer**

**Des Pudels Kern:** Eine Reihe sozialversicherungsrechtlicher und steuerrechtlicher Vorschriften (z.B. für die Krankenversicherung in § 7 SGB V) sieht für den Lohn von sog. geringfügig beschäftigten Arbeitnehmern (vgl. Definition z.B. in § 8 Abs. 1 SGB IV) keine Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern vor. Ganz nach dem Motto „Was nix kostet, ist auch nix wert“, ist nach wie vor der z.T. fatale Irrtum verbreitet, geringfügig Beschäftigte seien Arbeitnehmer zweiter Klasse, die vor Allem auch keine Arbeitnehmerschutzrechte für sich in Anspruch nehmen könnten.

**Was ist dran:** Überhaupt nichts. Arbeitnehmer können ungeachtet der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit und der Höhe der Vergütung sämtliche für Arbeitnehmer vorgesehene Arbeitnehmerschutzrechte in Anspruch nehmen, vor allem also: Allgemeiner und besonderer Kündigungsschutz, Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle und an Feiertagen, Kündigungsfristen, Arbeitsplatzschutz. Außerdem findet auch das BetrVG uneingeschränkt auf das Arbeitsverhältnis geringfügig Beschäftigter Anwendung.

**Im Übrigen:** § 4 TzBfG verbietet ausdrücklich (!) die Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer und zwar unabhängig davon, ob sie sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind oder nicht.

---

<sup>3</sup> Märchen (zu Mär, von althochdeutsch maren: verkünden, rühmen), Erzählung mit phantastisch-wunderbaren Elementen ohne raumzeitliche Festlegung, zu deren Personal Zauberer, Gnome, Geister, Zwerge, Riesen, redende Tiere, eingreifende Naturgewalten, verwunschene Menschen etc. gehören. Zumeist wird auf Figurenebene ein typisierender Kampf von Gut gegen Böse ausgetragen, wobei am tröstlichen Ende zumeist das Gute siegt. Dabei sind die Übergänge zu anderen Erzählformen wie Legende, Schwank, Sage, Fabel, Novelle usw. oftmals fließend. Märchen wurden in erster Linie mündlich tradiert; diese Volksmärchen waren an den Vortrag eines Erzählers in einem Hörerkreis gebunden - eine Tradition, die in manchen orientalischen Ländern heute noch gepflegt wird (sog. Volksdichtung). [Microsoft® Encarta® Professional 2002].



### 3. Der gekündigte Arbeitnehmer hat Anspruch auf eine Sozialabfindung

**Des Pudels Kern:** Gem. § 1a KSchG hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine Sozialabfindung, wenn

- a) der Arbeitgeber ausdrücklich aus betriebsbedingten Gründen kündigt und
- b) dem Arbeitnehmer eine Abfindung für den Fall verspricht, dass er keine Kündigungsschutzklage erhebt.

**Was ist dran:** In der Praxis überhaupt nichts. Das Märchen war schon vor dem am 1.1.04 in Kraft getretenen § 1 a KSchG weit verbreitet, weil die Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Risiko einer unwirksamen Kündigung (zumindest im Regelfall) seit jeher durch eine Abfindung „abkaufen“. Die gesetzgeberische Idee, mit dem § 1a KSchG die Arbeitsgerichte zu entlasten, scheint kräftig fehlgeschlagen zu sein; im Regelfall bietet kein Arbeitgeber von sich aus eine Sozialabfindung in Höhe von 0,5 Monatsbruttogehältern an.

**Im Übrigen:** Eine „Pflicht“ zur Abfindungszahlung ist, von jeweils besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen (z.B. §§ 9,10, 13 II KSchG und §§ 112,112a BetrVG) im Gesetz nicht geregelt.

### 4. Die Abfindung wird auf das Arbeitslosengeld angerechnet

**Des Pudels Kern:** Vor vielen vielen Jahren versuchte der Gesetzgeber, die ohnehin leeren Kassen der BAA dadurch zu schonen, dass er die z.T. horrenden Abfindungen generell auf das Arbeitslosengeld anrechnete. Das dementsprechende Gesetz wurde aufgehoben; die Volkssage blieb.

**Was ist dran:** Ein kleiner Rest sog. Anrechnungstatbestände ist im sog. SGB III verblieben. Aus dem Dickicht der selbst für Juristen meist unverständlichen Vorschriften ist eine für die Praxis relevante Fallkonstellation hervorzuheben:

- a) Wird das Arbeitsverhältnis unter *Abkürzung der eigentlich einzuhaltenden Kündigungsfrist* vorzeitig beendet und erhält der Arbeitnehmer
- b) eine *Abfindung*,

dann kommt eine Anrechnung des Arbeitslosengeldes in Betracht.

**Im Übrigen:** Der Fiskus „verdient“ ungeachtet der Aufhebung der Anrechnungstatbestände in zunehmendem Maße mit, indem er - wie jüngst geschehen - die Steuerfreibeträge für Sozialabfindungen absenkt.

### 5. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Bezahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld

**Des Pudels Kern:** Eine Vielzahl von Tarifverträgen (keineswegs alle) sieht die Bezahlung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld vor.

**Was ist dran:** Überhaupt nichts. Ein Arbeitgeber, der weder tarifgebunden ist noch im Arbeitsvertrag ein Urlaubsgeld / Weihnachtsgeld vorsieht, ist dementsprechend nicht verpflichtet.

**Im Übrigen:** Gäbe es einen solchen generellen, gar gesetzlichen Anspruch, dann würden diese Zahlungen nicht häufig als sog. „freiwillige Zahlungen“ bezeichnet werden; ein Umstand der Anlass für eine weitere Märchenstunde gäbe.

## 6. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Überstundenzuschläge

**Des Pudels Kern:** Das ArbZG sieht (nur) in § 6 Abs. 5 für die sog. Nachtarbeit (23.00 Uhr - 6.00 Uhr) einen „angemessenen Zuschlag“ (alternativ dazu Freizeitausgleich) vor. Darüber hinaus regeln viele Tarifverträge für Überstunden einen besonderen Zuschlag.

**Was ist dran:** Im Grunde überhaupt nichts. Ein Arbeitgeber, der weder tarifgebunden ist noch im Arbeitsvertrag einen Überstundenzuschlag vorsieht, ist dementsprechend - sieht man von der Nachtarbeit ab - nicht verpflichtet.

## 7. Das Arbeitsverhältnis endet mit dem Erreichen des 65. Lebensjahres des Arbeitnehmers

**Des Pudels Kern:** Im Regelfall haben ehem. sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer, die das 65. Lj. erreicht haben, Anspruch auf sog. Rente wegen Alters, die auch meist in Anspruch genommen wird.

**Was ist dran:** Überhaupt nichts und es kann sich dieses Märchen auch zu einem fatalen Irrtum entwickeln; Arbeitnehmer die das 65. Lebensjahr erreicht haben, sind - vor Allem wenn zudem die Betriebszugehörigkeit entsprechend lang ist - gegenüber jüngeren Arbeitnehmern nach den Vorschriften zur Sozialauswahl sozial schutzwürdiger, was die Möglichkeit betriebsbedingter Kündigungen erschwert. Es bleibt im Grundsatz dabei: Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf der Zeit für die es eingegangen ist, durch Kündigung oder durch den Tod des Arbeitnehmers.

**Im Übrigen:** Die Kündigung „wegen Erreichens des Rentenalters“ ist unwirksam (vgl. § 41 Satz 1 SGB VI). Auch die Vereinbarung einer Befristung des Arbeitsverhältnisses auf einen Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer Altersrente beantragen kann, ist nur in engen Grenzen möglich.

## 8. Der Vorjahresurlaub verfällt am 31. März des Folgejahres

**Des Pudels Kern:** Nicht selten plagt den Arbeitgeber das schlechte Gewissen, wenn er im Urlaubsjahr den Urlaub seiner Arbeitnehmer nicht vollständig bewilligt, also abgebaut hat (sei es, weil er einen Urlaubsantrag ablehnen musste, sei es, weil auch der Arbeitnehmer seinen Urlaub „vergessen hat“). Aus diesem Grund wird der Urlaub gerne im Folgejahr fortgeschrieben. Lediglich im Streitfall (insbesondere im Falle der Kündigung, wenn die Abgeltung des Resturlaubs ansteht) besinnt sich häufig der Arbeitnehmer seines Resturlaubsanspruchs; in diesem Fall stellen Arbeitgeber dann meist fest, dass der Urlaub ja „Ende März“ verfallen sei.

**Was ist dran:** Eigentlich gar nichts. Gem. § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz muss der Urlaub im laufenden Kalenderjahr genommen werden. Demzufolge verfällt der Urlaub mit dem 31. Dezember des Urlaubsjahres.

Nur ausnahmsweise darf der Urlaub übertragen werden, wenn nämlich

- dringende betriebliche Gründe dem beantragten Urlaub entgegenstehen, oder
- Gründe in der Person des Arbeitnehmers vorliegen, die der Inanspruchnahme des Urlaubs im laufenden Urlaubsjahr entgegenstehen (z.B. Krankheit).

Liegt einer dieser beiden Gründe vor, dann darf der Urlaub (ausnahmsweise) bis längstens 31. März des Folgejahres in Anspruch genommen werden.

**Im Übrigen:** Führt der Arbeitgeber den nicht genommenen Urlaub im Folgejahr fort, dann sieht die Rechtsprechung darin eine stillschweigende Abweichung von § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz zugunsten des Arbeitnehmers. Für diesen Fall kann der Arbeitnehmer die Fortschreibung des Urlaubs beanspruchen; der Arbeitgeber darf sich nicht auf den Verfall des Urlaubs berufen.

## 9. Der Arbeitnehmer hat pro Monat Anspruch auf 1/12 seines Jahresurlaubs; scheidet er beispielsweise am 31. Oktober des Jahres aus, stehen ihm 10/12 des Urlaubs zu

**Des Pudels Kern:** Gem. § 5 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz steht dem Arbeitnehmer, der länger als sechs Monate beschäftigt ist, grundsätzlich der gesamte Jahresurlaub zu. Wenn der Arbeitnehmer innerhalb der ersten Jahreshälfte (d.h. bis spätestens 30. Juni) aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, reduziert sich der Urlaubsanspruch für jeden vollen Monat seiner Beschäftigung auf 1/12.

**Was ist dran:** Eine Reihe von Tarifverträgen sehen eine solche Quotelung vor und lassen die Kürzung des Urlaubsanspruches im Falle der unterjährigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu. Das Gesetz geht allerdings - wie dargestellt - einen anderen Weg.

**Im Übrigen:** Das Bundesurlaubsgesetz gilt grundsätzlich nur für den gesetzlichen Mindesturlaub (24 Tage bei einer 6-Tage-Woche). Gewährt der Arbeitgeber darüber hinaus Urlaub, dann kann er sich vorbehalten, diesen zusätzlichen Urlaub je nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens des Arbeitnehmers zu quoteln. Er sollte diesen Vorbehalt dann aber ausdrücklich im Arbeitsvertrag geregelt haben.

## 10. Schwerbehinderte Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer, die das 53. oder 55. Lebensjahr vollendet haben, sind unkündbar

a) Schwerbehinderte Arbeitnehmer:

**Des Pudels Kern:** Arbeitgeber wie Arbeitnehmer nehmen an, dass Schwerbehinderte grundsätzlich unkündbar seien, weil sich die Kündigung erfahrungsgemäß schwieriger gestaltet als im Falle der Kündigung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers.

**Was ist dran:** Weniger, als man zunächst meinen mag. Schwerbehinderte Arbeitnehmer sind nicht unkündbar. Die Kündigung des Arbeitnehmers bedarf lediglich der Zustimmung des Integrationsamtes. Das Integrationsamt prüft in erster Linie, ob die Kündigung kausal auf die Behinderung des Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Ist dies nicht der Fall und kann der Arbeitnehmer auch an einem anderen freien Arbeitsplatz im Unternehmen nicht weiterbeschäftigt werden, dann wird die Zustimmung im Regelfall erteilt.

**Im Übrigen:** Die Zustimmung des Integrationsamtes sagt nichts darüber aus, ob die Kündigung wirksam, d.h. im Falle des Bestehens des allgemeinen Kündigungsschutzes auch sozial gerechtfertigt ist. Hierfür müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein, die aber nichts mit der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers zu tun haben. Neuerdings muss der Arbeitgeber aber im Falle der betriebsbedingten Kündigung bei einer Sozialauswahl die Schwerbehinderung des betroffenen Arbeitnehmers oder der vergleichbaren Arbeitnehmer besonders berücksichtigen.

b) Ältere Arbeitnehmer:

**Des Pudels Kern:** Viele Tarifverträge sehen vor, dass Arbeitnehmer die eine bestimmte Betriebszugehörigkeit absolviert und ein bestimmtes (höheres) Alter erreicht haben, nur noch aus wichtigem Grund, d.h. nicht mehr ordentlich gekündigt werden dürfen. Dies erschwert die Kündigung und gibt dem betreffenden Arbeitnehmer einen zusätzlichen Kündigungsschutz; dieser Schutz setzt allerdings voraus, dass der betreffende Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis auch tatsächlich Anwendung findet.

Darüber hinaus sieht das Gesetz in § 147a SGB III für Arbeitnehmer, die nach Vollendung des 55. Lebensjahrs entlassen werden und beim kündigenden Arbeitgeber (der regelmäßig mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt) mindestens vier Jahre beschäftigt waren, vor, dass der Arbeitgeber der Agentur für Arbeit das an den Arbeitnehmer bezahlte Arbeitslosengeld zurückerstatten muss. Dies empfinden viele Arbeitgeber von vornherein als faktisches Kündungsverbot.

**Was ist dran:** Recht wenig.

aa) Findet ein Tarifvertrag keine Anwendung, dann besteht zugunsten älterer Arbeitnehmer kraft Gesetzes kein besonderer Alterskündigungsschutz. Allein im Rahmen der Sozialauswahl kann zugunsten des Arbeitnehmers das Alter grundsätzlich eine Rolle spielen, die allerdings nur im Falle der betriebsbedingten Kündigung vorzunehmen ist (nicht z.B. im Falle der krankheitsbedingten Kündigung.).

bb) § 147a SGB III sieht eine Vielzahl von Ausnahmetatbeständen vor, die allerdings vom Arbeitgeber geltend gemacht werden müssen. Liegt ein solcher Ausnahmetatbestand vor, dann besteht keine oder zumindest eine reduzierte Erstattungspflicht.

**Im Übrigen:** Die Erstattungspflicht gem. § 147a SGB III entfällt mit Wirkung zum 1. Januar 2006; Entlassungen, die nach dem 1. Januar 2006 vorgenommen werden, führen mithin nicht mehr zur Erstattungspflicht des Arbeitgebers.

## J. Der Referent (curriculum vitae)



Rechtsanwalt Harald Kreitlein  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Eberhardstraße 1, D-72764 Reutlingen  
Email: [h.kreitlein@kp-recht.de](mailto:h.kreitlein@kp-recht.de)  
Telefon: ++49.7121.32490  
Telefax: ++49.7121.32412  
Internet: [www.kp-recht.de](http://www.kp-recht.de)

### Wissenschaftliche Ausbildung und Abschlüsse:

- Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz (1985 -1987)
- Studium der Rechtswissenschaften an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen (1987 - 1990)
- Erste Juristische Staatsprüfung in Tübingen (1991)
- Zweite Juristische Staatsprüfung in Tübingen (1994)

### Praktische Ausbildung:

- Referendarausbildung zum Rechtsassessor
  - Landgericht Hechingen
  - Staatsanwaltschaft Zollernalbkreis
  - Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
- Ausbildung zum Fachanwalt für Arbeitsrecht
  - Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau (Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht)
  - VRiBAG Dr. h.c. Günter Schaub (Tarifvertragsrecht + Arbeitskampfrecht)
  - Prof. Dr. Wolfgang Gass (Arbeitsvertragswesen)
  - RA FArb Prof. Dr. Klaus Neef (Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses)
  - RA FArb Dr. Ulrich Tschöpe (Arbeitsgerichtsverfahren)

### Berufliche Tätigkeit:

- Rechtsanwalt bei Dr. Kroll & Partner Rechtsanwälte (1994)
- Junior-Partner bei Dr. Kroll & Partner Rechtsanwälte (1996)
- Zulassung als Fachanwalt für Arbeitsrecht (1998)
- Partner bei Dr. Kroll & Partner Rechtsanwälte (2000)

### Fachliche Ausrichtung und praktische Schwerpunkte:

- Arbeitsrecht
- Wirtschafts- und Handelsrecht

### Berufsbegleitende Tätigkeiten:

- Vorträge und Seminare

### Aktive Mitgliedschaften:

- Mitglied des Deutschen Anwaltvereins
- Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht
- Mitglied des Bundesverbandes mittelständischer Wirtschaft