

# ARBEITSRECHT

NEWSLETTER

www.arbeitsrecht-schneider.de

Juni 2011

## IN DIESER AUSGABE:

Sozialplan und Altersstufen	2
Dienstwagen während der Arbeitsunfähigkeit	2
Ordnungshaft für Arbeitgeber	2
Sachgrundlose Befristung	3
Stellenbesetzung	3
Betriebsänderung	3
Schutz behinderter, aber nicht schwerbehinderter Arbeitnehmer	4
Betriebsübergang	4
Nichteinhaltung der Klagefrist	5



## Rückzahlung von Aus- oder Fortbildungskosten

Eine Klausel in einer vorformulierten Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Kosten der Aus- oder Fortbildung zu erstatten hat, wenn er vor dem Abschluss der Ausbildung auf eigenen Wunsch oder aus seinem Verschulden aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, benachteiligt den Arbeitnehmer regelmäßig nicht unangemessen iSd. § 307 Abs. 1 BGB.

Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Aus- oder Weiterbildung nicht in einem "Block", sondern in mehreren, zeitlich voneinander getrennten Abschnitten erfolgt, sofern nach der Vereinbarung die zeitliche Lage der einzelnen Aus- oder Fortbildungsabschnitte den Vorgaben der Aus- oder Fort-

bildungseinrichtung entspricht und die vertragliche Vereinbarung dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit einräumt, allein nach seinen Interessen die Teilnahme an den jeweiligen Aus- oder Fortbildungsabschnitten oder deren zeitliche Lage festzulegen.

Endet das Arbeitsverhältnis vor Abschluss der Aus- oder Weiterbildung aufgrund von Umständen, die in den alleinigen Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers fallen, sind diese widerstreitenden Interessen idR bereits dann angemessen ausgeglichen, wenn der Arbeitnehmer mit der Aus- oder Weiterbildungsmaßnahme eine angemessene Gegenleistung für die Rückzahlungsverpflichtung erhalten hätte, dh.

wenn die Aus- oder Weiterbildungsmaßnahme für ihn von geldwertem Vorteil gewesen wäre und er nur die bis zum Ausscheiden tatsächlich entstandenen Kosten zurückzahlen hat. Dies ist vorliegend der Fall.

Zwar müssen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Fortbildungs- und die Bindungsdauer in einem angemessenen Verhältnis stehen. Dieses Kriterium ist von der Rechtsprechung jedoch für Klauseln entwickelt worden, die eine Rückzahlungsverpflichtung für den Fall vorsehen, dass der Arbeitnehmer nach Abschluss der Ausbildung aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. BAG, v. 19.1.2011 - 3 AZR 621/08.

## Weisungsrecht des Arbeitgebers

Enthält ein Arbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung zum Arbeitsort, gilt der Betriebsort als vertraglich festgelegter Arbeitsort. Dies folgt schon aus § 269 Abs. 1 BGB, wonach mangels Leistungsbestimmung oder wenn sich der Ort der Leistung nicht aus der Natur des Schuldverhältnisses ergibt, der Leistungsort am Betriebssitz liegt. Gilt aber der Betriebsort als vertraglich festgeleg-

ter Arbeitsort, umfasst das allgemeine Weisungsrecht des Arbeitgebers grundsätzlich nicht die Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitsort. Die Befolgung einer Betriebsverlagerung an einen anderen Ort kann dann nicht mehr einseitig verlangt werden. Selbstverständlich kann in diesen Fällen aber vertraglich ein Versetzungsvorbehalt vereinbart werden. Ob ein

solcher Versetzungsvorbehalt vereinbart wurde und mit welcher Reichweite ist wiederum durch Vertragsauslegung zu ermitteln. Ist aber die örtliche Versetzung vertraglich ausgeschlossen, muss zur Durchsetzung des anderen Arbeitsortes die Änderungskündigung ausgesprochen werden. LArbG Baden-Württemberg, v. 10.12.2010 - 18 Sa 33/10.

## Sozialplan und Altersstufen

Arbeitgeber und Betriebsrat dürfen bei der Bemessung der Abfindungshöhe in einem Sozialplan gemäß § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG Altersstufen bilden, weil ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt typischerweise größere Schwierigkeiten haben eine Anschlussbeschäftigung zu finden als jüngere. Die konkrete Ausgestaltung der Altersstufen im Sozialplan unterliegt nach § 10 Satz 2 AGG einer Verhältnismäßigkeitsprüfung: Sie muss geeignet und erforderlich sein, das von § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG verfolgte Ziel tatsächlich zu fördern und darf die Interessen der benachteiligten Altersgruppen nicht unangemessen vernachlässigen.

Das ist mit dem Verbot der Altersdiskriminierung im Recht der Europäischen Union vereinbar. Nach einem bei der Beklagten

geltenden Sozialplan bestimmte sich die Höhe der Abfindung nach einem Faktor, der mit dem Produkt aus Betriebszugehörigkeit und Bruttomonatsverdienst zu multiplizieren war. Der Faktor betrug bis zum 29. Lebensjahr des Mitarbeiters 80 %, bis zum 39. Lebensjahr 90 % und ab dem 40. Lebensjahr 100 %. Die Beklagte zahlte der zum Zeitpunkt der Kündigung 38jährigen Klägerin eine mit dem Faktor von 90 % errechnete Abfindung in Höhe von 31.199,02 Euro. Mit ihrer Klage verlangt sie die Differenz zur ungekürzten Abfindung.

Ihre Klage blieb vor dem Ersten Senat - wie auch in den Vorinstanzen - ohne Erfolg. Die in dem Sozialplan gebildeten Altersstufen sind nicht zu beanstanden. Die Betriebsparteien durften davon ausgehen, dass die Ar-

beitsmarktchancen der über 40jährigen Mitarbeiter typischerweise schlechter sind als die der 30 bis 39jährigen. Die vereinbarten Abschläge für jüngere Arbeitnehmer sind nicht unangemessen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12. April 2011 - 1 AZR 764/09

## Privatnutzung des Dienstwagens während lang dauernder Arbeitsunfähigkeit

Räumt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Recht ein, den überlassenen Dienstwagen privat zu nutzen, stellt dies einen geldwerten Vorteil und Sachbezug dar. Der Arbeitnehmer kann nach § 275 Abs. 1 iVm. § 280 Abs. 1 Satz 1, § 283 Satz 1 BGB Nutzungsausfallentschädigung in Höhe der steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit verlangen, wenn ihm der Arbeitgeber das Fahrzeug vertragswidrig entzieht. Der Kläger ist bei der Beklagten als Bauleiter beschäftigt. Die Beklagte stellt ihm arbeitsvertraglich für seine Tätigkeit einen Pkw „auch zur privaten Nutzung“ zur Verfügung. In der Zeit vom 3. März 2008 bis einschließlich 14. Dezember 2008 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Sein Entgeltfortzahlungsanspruch endete zum 13. April 2008. Auf Verlangen der Beklagten gab er den Pkw am 13. November 2008 zurück. Die Beklagte überließ dem Kläger erst nach Wiederaufnahme der Arbeit am 18. Dezember 2008 wieder einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung. Der Kläger verlangt Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit vom 13. November bis 15. Dezember 2008. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Gebrauchsüberlassung eines Pkw zur privaten Nutzung ist zusätzliche Ge-

genleistung für die geschuldete Arbeitsleistung und damit Teil der Arbeitsvergütung. Damit ist sie regelmäßig nur so lange geschuldet, wie der Arbeitgeber überhaupt Arbeitsentgelt schuldet. Das ist für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit, für die keine Entgeltfortzahlungspflicht mehr nach § 3 Abs. 1 EFZG besteht, nicht der Fall.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 14. Dezember 2010 - 9 AZR 631/09.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 14. Dezember 2010 - 9 AZR 631/09.

## Keine Ordnungshaft für Arbeitgeber

Führt der Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung nicht ordnungsgemäß durch, kann der Betriebsrat die Unterlassung vereinbarungswidriger Maßnahmen verlangen. Auf seinen Antrag kann das Arbeitsgericht im Falle einer Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 10.000,00 Euro androhen. Die Verhängung von Ordnungshaft gegen den Arbeitgeber für den Fall, dass dieser das Ordnungsgeld nicht zahlt, ist dagegen unzulässig.

Die Arbeitgeberin hatte gegen eine bei ihr geltende Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit verstoßen. Auf Antrag des Betriebsrats haben die Vorinstanzen ihr aufgegeben, es zu unter-

lassen, Mitarbeiter ohne Zustimmung des Betriebsrats aus der Zeiterfassung herauszunehmen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde der Arbeitgeberin ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 10.000,00 Euro angedroht und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden könne, Ordnungshaft, die an den beiden Geschäftsführern zu vollziehen sei.

Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts den Beschluss des Landesarbeitsgerichts hinsichtlich der Androhung von Ordnungshaft aufgehoben. Bei der Anwendung der in § 890 ZPO geregelten Ordnungs- und Zwangs-

mittel auf betriebsverfassungsrechtliche Unterlassungspflichten des Arbeitgebers ist die spezialgesetzliche Vorschrift des § 23 Abs. 3 BetrVG zu beachten. Diese begrenzt das Ordnungsgeld auf 10.000,00 Euro und sieht keine Ordnungshaft vor.

Bundesarbeitsgericht Beschluss vom 5. Oktober 2010 - 1 ABR 71/09.

„NACH 6  
WOCHEN KEIN  
PKW MEHR“

## Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

Der Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund bis zu zwei Jahre zu befristen, steht eine frühere Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht entgegen, wenn diese mehr als drei Jahre zurückliegt. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Das gilt nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine „Zuvor-Beschäftigung“ im Sinne dieser Vorschrift liegt nicht vor, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Das ergibt die an ihrem Sinn und Zweck orientierte, verfassungskonforme Auslegung der gesetzlichen Regelung. Diese soll zum einen Arbeitgebern ermöglichen, auf schwankende Auf-

tragslagen und wechselnde Marktbedingungen durch befristete Einstellungen zu reagieren, und für Arbeitnehmer eine Brücke zur Dauerbeschäftigung schaffen. Zum anderen sollen durch das Verbot der „Zuvor-Beschäftigung“ Befristungsketten und der Missbrauch befristeter Arbeitsverträge verhindert werden. Das Verbot kann allerdings auch zu einem Einstellungshindernis werden. Seine Anwendung ist daher nur insoweit gerechtfertigt, als dies zur Verhinderung von Befristungsketten erforderlich ist. Das ist bei lange Zeit zurückliegenden früheren Beschäftigungen typischerweise nicht mehr der Fall. Hier rechtfertigt der Gesetzeszweck die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und die damit verbundene Einschränkung der Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers nicht. Die Gefahr missbräuchlicher Befristungsketten besteht regelmäßig nicht mehr,

wenn zwischen dem Ende des früheren Arbeitsverhältnisses und dem sachgrundlos befristeten neuen Arbeitsvertrag mehr als drei Jahre liegen. Dieser Zeitraum entspricht auch der gesetzgeberischen Wertung, die in der regelmäßigen zivilrechtlichen Verjährungsfrist zum Ausdruck kommt. Die Klägerin war beim beklagten Freistaat aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags vom 1. August 2006 bis 31. Juli 2008 als Lehrerin beschäftigt. Während ihres Studiums hatte sie vom 1. November 1999 bis 31. Januar 2000 insgesamt 50 Stunden als studentische Hilfskraft für den Freistaat gearbeitet. Mit ihrer Klage hat sie sich gegen die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses gewandt. Die Klage hatte vor dem Siebten Senat - ebenso wie schon in den Vorinstanzen - keinen Erfolg. Die mehr als sechs Jahre zurückliegende frühere Beschäftigung der Klägerin stand der sachgrundlosen Befristung ihres Arbeitsvertrags nicht entgegen. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 6. April 2011 - 7 AZR 716/09.

## Benachteiligung bei Stellenbesetzung

Mach ein Bewerber geltend, er sei bei der Besetzung einer ausgeschriebenen Stelle entgegen dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) benachteiligt worden, so setzt dies grundsätzlich voraus, dass seine Bewerbung um die Stelle schon im Zeitpunkt der Besetzungsentscheidung vorlag. Die Beklagte hatte im Dezember 2007 im Internet eine offene Stelle für einen Entwicklungsingenieur angezeigt. Die vorgesehene Mitteilung an die Agentur für Arbeit und das weitere Verfahren zur besonderen Förderung schwerbehinderter Menschen

als Stellenbewerber hielt die Beklagte nicht ein. Mitte Dezember 2007 besetzte sie die annoncierte Stelle, löschte jedoch die Stellenanzeige nicht. Der Kläger ist Diplom-Ingenieur (FH) und schwerbehindert. Er nahm die Stellenanzeige auf der Homepage der Beklagten am 29. Dezember wahr und bewarb sich noch am selben Tage. Nach Erhalt der Absage verlangte der Kläger eine Entschädigung nach dem AGG, weil die Beklagte ihn bei seiner Bewerbung durch die Nichteinhaltung der Förderungsvorschriften des Sozialgesetzbuches für schwerbehinderte Menschen (SGB IX) benachteiligt habe. Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat entschieden,

dass der Kläger aufgrund seiner Bewerbung auf eine als offen ausgeschriebene Stelle zwar zum „Beschäftigten“ im Sinne des AGG geworden ist. Da die Stelle aber bereits davor besetzt wurde, hat er als „Beschäftigter“ keine Benachteiligung erfahren. Der Arbeitgeber hatte auch nicht, etwa durch Angabe einer Bewerbungsfrist, versprochen, die Stelle für eine bestimmte Zeit nicht zu besetzen. BAG, Urt. v. 19.08.2010-8 AZR 370/09.

**§ 81 Abs. 1  
SGB IX  
PFLICHT-  
AUFGABE FÜR  
ARBEITGEBER**

## Betriebsänderung

Der Betriebsrat kann die Unterlassung betriebsändernder Teil-/ Maßnahmen verlangen, wenn und solange das Interessenausgleichsverfahren gemäß §§ 111, 112 BetrVG nicht ausgeschöpft ist. Das gebietet unter anderem die richtlinienkonforme Auslegung der §§ 111 ff. BetrVG unter Beachtung von Art. 4 und 8 der Richtlinie 2002/14/EG, die ein Nebeneinander verfahrenssichernder Maßnahmen und Sanktionen bei Verstößen gegen Anhörungs- und Unterrichtsrechten verlangen.

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein v. 15.12.2010—3 TaBVGa 12/10.

**Anmerkung** Der Nachteilsausgleich gemäß § 113 BetrVG gibt keinen hinreichenden Schutz des Rechtes des Betriebsrates auf Unterrichtung und Beratung. Mit den Rechten aus § 113 Abs. 3 BetrVG entsteht allein ein individualrechtlicher Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer, der jedoch nicht geeignet ist, die kollektiven Beteiligungsrechte des Betriebsrates im Rahmen der Betriebsverfassung zu sichern.

Unterlassungsansprüche sind typischerweise durch Eilbedürftigkeit geprägt und werden in der Praxis durch einstweilige Verfügung eingefordert. Insofern hat der Betriebsrat den Verfügungsanspruch (Interessenausgleich wegen einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG) und den Verfügungsgrund (Gefahr von vollendeten Tatsachen) konkret darzulegen.

## Schutz behinderter, aber nicht schwerbehinderter Menschen

Nach dem Inkrafttreten des AGG am 18. 8. 2006 kann sich auf die Schutzvorschriften für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX nur berufen, wer unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt. Das sind schwerbehinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung (GdB) von wenigstens 50 oder die diesen durch ein förmliches Verfahren gleichgestellten Menschen. Wer nicht zu diesem Personenkreis gehört, kann sich zur Abwehr einer Benachteiligung wegen Behinderung ab August 2006 auf das AGG berufen.

Zum Sachverhalt

Für die Klägerin, die u. a. eine Ausbildung zur Gesundheitskauffrau absolviert hat, ist ein GdB von 40 festgestellt worden. Ihrem Antrag auf Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen war nicht entsprochen worden. Die Klägerin bewarb sich bei der Beklagten für die Stelle einer Sekretärin des Chefarztes und wies dabei ausdrücklich auf den bei ihr vorliegenden GdB von 40 hin. Die Beklagte besetzte die Stelle mit einer anderen Bewerberin, ohne die Bestimmungen des SGB IX zum Schutz von schwerbehinderten Menschen beachtet oder die Klägerin zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen zu haben. Die Klägerin sieht sich als Behinderte benachteiligt und verlangt von der Beklagten eine Entschädigung. Zwar habe sie keinen GdB von 50 und sei auch nicht gleichgestellt worden, Letzteres sei ihr aber für den Bedarfsfall zugesichert worden. Die Beklagte habe bei der Stellenbesetzung mehrfach das SGB IX verletzt, was die Vermutung auslöse, dass bei der Ablehnung der Klägerin ihre Behinderung eine Rolle gespielt habe. Diese Vermutung habe die Beklagte nicht entkräften können.

Die Klage blieb in allen drei Instanzen ohne Erfolg. Die Beklagte musste die Klägerin nicht nach den Vorschriften des SGB IX behandeln, da die Klägerin dafür die persönlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Sie fällt nicht unter den Anwendungsbereich der Schutzvorschriften des SGB IX. Deshalb kann sich die Klägerin auch nicht auf sonstige Verletzungen der Vorschriften des SGB IX berufen. Auch dafür müsste sie schwerbehindert oder den schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sein. Allerdings stehen seit August 2006 alle behinderten Menschen unter dem Schutz des AGG. Die Klägerin hat sich jedoch ausschließlich auf die Verletzung von Vorschriften des SGB IX berufen und keine Tatsachen vorgetragen, die die Vermutung für eine Benachteiligung i. S. des AGG auslösen. Nachdem mit dem AGG die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 in deutsches Recht umgesetzt ist, kommt die zwischenzeitlich notwendige entsprechende Anwendung der Regeln des SGB IX auf nicht schwerbehinderte Menschen nicht länger in Betracht. BAG, Urt. v. 27. 1. 2011 - 8 AZR 580/09.

## Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserwerber

Ein Arbeitnehmer, der von einem Betriebserwerber die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses verlangt, weil dieser infolge des Betriebsübergangs sein neuer Arbeitgeber ist, hat die Fristen zu beachten, die er für einen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses einzuhalten hätte.

Die Klägerin hatte seit knapp zehn Jahren ein Arbeitsverhältnis bei der V GmbH in Magdeburg. Die V GmbH führte in einem der Beklagten gehörenden Druckzentrum die „Kleinpaketfertigung“ durch, in der die Klägerin als Arbeiterin beschäftigt war. Die Beklagte kündigte die Verträge mit der V GmbH zum 31. März 2007 und übernahm ab 1. April 2007 die Kleinpaketfertigung in ihrem Druckzentrum „in Eigenregie“. Ab diesem Zeitpunkt setzte die Beklagte Mitarbeiter eines Leiharbeitsunternehmens bei der Kleinpaketfertigung ein; bei der V GmbH verbliebene Mitarbeiter erhielten zum Druckzentrum keinen Zutritt mehr. Nach Freistellung kündigte die V GmbH am 31. Juli 2007 das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristgerecht. Dagegen erhob die Klägerin drei Wochen später Kündigungsschutzklage und machte gegen die Beklagte geltend, wegen eines Betriebsübergangs am 1. April 2007 sei ihr Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt auf die Beklagte übergegangen und von dieser fortzusetzen.

Das Landesarbeitsgericht hatte dem Fortsetzungsverlangen der Klägerin entsprochen. Die Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg. Da zu Recht ein Betriebsteilübergang auf die Beklagte festgestellt wurde, muss diese das auf sie übergegangene Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fortsetzen. Der entsprechende Antrag der Klägerin war weder verfristet noch verwirkt. Über einen Betriebsübergang müssen Betriebsveräußerer bzw. Betriebserwerber die betroffenen Arbeitnehmer unterrichten, § 613a Abs. 5 BGB. Erfolgt eine solche Unterrichtung wie vorliegend überhaupt nicht, so beginnt weder die Monatsfrist des § 613a BGB Abs. 6 für den Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu laufen, noch eine Frist, binnen derer der Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegen den Betriebserwerber gerichtet werden muss. Allerdings können die entsprechenden Erklärungen unter Umständen wirksam sein, wofür aber vorliegend keine Anhaltspunkte vorgetragen worden waren. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09.

## Nichteinhaltung der Kündigungsfrist und Klage nach § 4 Satz 1 KSchG - Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB

Bei einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung muss der Arbeitnehmer die Nichteinhaltung der objektiv richtigen Kündigungsfrist innerhalb der fristgebundenen Klage nach § 4 Satz 1 KSchG geltend machen, wenn sich die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nicht als eine solche mit der rechtlich gebotenen Frist auslegen lässt. Bedürfte die Kündigung der Umdeutung in eine Kündigung mit zutreffender Frist, gilt die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nach § 7 KSchG als rechtswirksam und beendet das Arbeitsverhältnis zum „falschen“ Termin, wenn die Kündigungsschutzklage nicht binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erhoben worden ist.

Der am 9. November 1972 geborene Kläger war seit dem 1. August 1995 als Mitarbeiter an einer Tankstelle beschäftigt. Im Frühjahr 2007 übernahm die Beklagte den Betrieb von einer Vorpächterin, für die der Kläger seit dem 1. Januar 1999 arbeitete. Mit Schreiben vom 22. April 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Juli 2008. Im November 2008 erhob der Kläger Klage auf Leistung der Annahmeverzugsvergütung für die Monate August und September 2008 mit der Begründung, die gesetzliche Kündigungsfrist betrage fünf Monate zum Monatsende, weil er insgesamt mehr als zwölf Jahre beschäftigt gewesen sei. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, der bestimmt, dass bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs liegen, nicht berücksichtigt werden, sei nicht anzuwenden. Die Vorschrift verstoße gegen das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Die Revision der Beklagten war erfolgreich. Die von der Beklagten gewählte Kündigungsfrist war zu kurz. Die Beklagte berücksichtigte zum einen nur die Beschäftigungszeit des Klägers bei ihrer unmittelbaren Rechtsvorgängerin ab 1. Januar 1999. Der Kläger war aber bereits seit dem 1. August 1995 bei einer weiteren Rechtsvorgängerin der Beklagten beschäftigt. Schon die Berücksichtigung der nach Vollendung des 25. Lebensjahrs des Klägers liegenden Beschäftigungszeit führte zu einer Kündigungsfrist von vier Monaten zum Monatsende (hier: 31. August 2008). Zudem darf § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht angewendet werden, weil eine derartige Regelung mit dem Recht der Europäischen Union unvereinbar ist (EuGH vom 19. Januar 2010 - C-555/07 - Küçükdeveci). Die rechtlich gebotene Kündigungsfrist betrug deshalb fünf Monate zum Monatsende (hier: 30. September 2008). Gleichwohl blieb die Klage ohne Erfolg. Der Senat konnte die ausdrücklich zum 31. Juli 2008 erklärte Kündigung der Beklagten weder nach ihrem Inhalt noch nach den sonstigen Umständen als eine Kündigung zum 30. September 2008 auslegen. Der Kläger hätte deshalb die unzutreffend angenommene Kündigungsfrist binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung gerichtlich geltend machen müssen (§ 4 Satz 1 KSchG). Da das nicht erfolgte, hat die Kündigung das Arbeitsverhältnis zum 31. Juli 2008 aufgelöst (§ 7 KSchG). Annahmeverzugsvergütung für die Monate August und September 2008 steht dem Kläger nicht zu. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 1. September 2010 - 5 AZR 700/09.

## Maßgeschneiderte Inhouse-Schulungen und Seminare

Sie wünschen weitere Informationen zu betriebsverfassungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Fragen oder denken darüber nach, Mitarbeiter diesbezüglich schulen zu lassen? Regelmäßig finden Inhouse-Schulungen und Seminare aus den Themenbereichen des Arbeits- und Betriebsverfassungsrechts statt.



Info: [kanzlei@arbeitsrecht-schneider.de](mailto:kanzlei@arbeitsrecht-schneider.de) oder telefonisch 04533/608909 mobil 0151-56079915

**Dietmar Schneider**  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht