

*Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,*

auch im Kalenderjahr 2008 freuen wir uns, Ihnen wieder neueste Informationen von unserem arbeitsrechtlichen Team ausgewählt und aufgearbeitet präsentieren zu dürfen. Im Rahmen der Fülle der mittlerweile kursierenden Informationsdienste möchten wir dieses Mal darauf hinweisen, dass sowohl sämtliche Urteilsbesprechungen und Meldungen als auch das Thema keine „Konserven“ darstellen, die nur zusammengefasst oder umgeschrieben worden sind. Alle hier abgedruckten Beiträge sind von uns verfasst. Wir hoffen gerade aus diesem Grund, Ihnen eine informative und dennoch kurzweilige Lektüre bieten zu können und wünschen nunmehr viel Spaß.

Ihr Arbeitsrechtsteam

Ü b e r b l i c k :

A. Urteilsbesprechungen:

1. **Zwischenzeugnis bindet regelmäßig Endzeugnis**
BAG vom 16.10.2007 (Az.: 9 AZR 248/07)
2. **Klageverzicht ohne Wirkung – Teil 2**
BAG vom 19.04.2007 (Az.: 2 AZR 208/06)
3. **Teures Brot – Fristlose Kündigung wegen Verdachts des Diebstahls eines 500-Gramm-Brotes (Wert: 1,30 EUR)**
LAG Nürnberg vom 16.10.2007 (Az.: 7 Sa 182/07)
4. **Betriebsbedingte Kündigung, Widerspruch nach § 613 a BGB, Sozialauswahl – Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung durch das BAG**
BAG vom 31.05.2007 (Az.: 2 AZR 276/06)
5. **Sonderzahlung und Gleichbehandlungsgrundsatz**
BAG vom 26.09.2007 (Az.: 10 AZR 569/06)

B. Thema:

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und Bewerbungsverfahren

C. Meldungen:

1. **Voraussetzungen zur Kündigung von Low Performern bei quantitativen Minderleistungen**
BAG vom 17.01.2008 (Az.: 2 AZR 536/06 – PM BAG Nr. 05/08)
2. **Vorsorgliche Urlaubsgewährung bei außerordentlicher Kündigung**
BAG vom 14.08.2007 (Az.: 9 AZR 934/06)
3. **Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung von Kündigungsfristen diskriminierend?**
LAG Düsseldorf vom 21.11.2007 (Az.: 12 Sa 1311/07)
4. **Änderung von Arbeitsbedingungen kann zur Unwirksamkeit der Befristung gem. § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG führen**
BAG vom 16.01.2008 (Az.: 7 AZR 603/06)



A. Urteilsbesprechungen:

1. Zwischenzeugnis bindet regelmäßig Endzeugnis

BAG vom 16.10.2007 (Az.: 9 AZR 248/07)

Das BAG hat sich mit dem Verhältnis Zwischenzeugnis zum Endzeugnis befasst.

Zunächst hat es darauf hingewiesen, dass seit dem 01.01.2003 der Anspruch auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses in § 109 GBO für alle Arbeitnehmer einheitlich geregelt ist. Danach hat der Arbeitnehmer bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis. Dieses muss mindestens Angaben zur Art und Dauer der Tätigkeit enthalten (sog. einfaches Zeugnis). Auf Verlangen des Arbeitnehmers haben sich die Angaben auch auf Leistung und Verhalten zu erstrecken (sog. qualifiziertes Zeugnis). Inhaltlich muss das Zeugnis den Geboten der Zeugniswahrheit und Zeugnisklarheit gerecht werden. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Zeugnisses: Es ist regelmäßig Bewerbungsunterlage bzw. Grundlage der Personalauswahl.

In diesem Rahmen ist der Arbeitgeber grundsätzlich frei in der Wahl seiner Formulierungen. Hat der Arbeitgeber jedoch bereits ein sog. Zwischenzeugnis erteilt, ist er bei Erteilung des Endzeugnisses regelmäßig an den Inhalt des Zwischenzeugnisses gebunden, was die Tätigkeitsbeschreibung, die Leistungs- und Verhaltensbeurteilung angeht.

Von den Erklärungen des Arbeitgebers zur Leistung oder zum Verhalten des Arbeitnehmers im Zeugnis darf nur abgerückt werden, wenn dem Arbeitgeber nachträglich Umstände bekannt werden, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen. Für den Zeitraum, den das Zwischenzeugnis erfasst, ist der Arbeitgeber grundsätzlich auch hinsichtlich des Inhalts des Endzeugnisses gebunden. Er kann vom Zwischenzeugnis nur abweichen, wenn die späteren Leistungen und das spätere Verhalten des Arbeitnehmers das rechtfertigen.

Praxistipp:

Bei der Formulierung von Zwischenzeugnissen ist zu beachten, dass diese bereits Bindungswirkung für ein späteres Endzeugnis haben. Gerade wenn bereits absehbar ist, dass Arbeitnehmer kurzfristig ausscheiden, ist das Zwischenzeugnis bereits mit Blick auf das Endzeugnis zu formulieren.

2. Klageverzicht ohne Wirkung – Teil 2

BAG vom 19.04.2007 (Az.: 2 AZR 208/06)

Wir hatten bereits darauf aufmerksam gemacht, dass ein formularmäßiger Verzicht des Arbeitnehmers auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage ohne Gegenleis-

tung wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam ist (BAG vom 06.09.2007 – Az.: 2 AZR 722/06).

Derselbe Senat des BAG hat einen Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage als Aufhebungsvertrag eingestuft und die Wirksamkeit an der Nichteinhaltung der Schriftform scheitern lassen.

Es ist grundsätzlich möglich, dass der Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage und damit auf bestehenden Kündigungsschutz verzichtet.

Das BAG geht davon aus, eine Erklärung, auf Kündigungsschutz zu verzichten, könne je nach Lage des Falls einen Aufhebungsvertrag, einen Vergleich, einen Klageverzicht oder ein Klagerücknahmeverprechen darstellen. Letztlich sei es eine Frage der Auslegung, welche Gestaltungsmöglichkeiten die Parteien gewählt hätten.

Im konkreten Fall hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorgeschlagen, auf die Kündigungsschutzklage zu verzichten. Im Gegenzug hatte er angeboten, dass der Kündigungstermin über den Ablauf der Kündigungsfrist hinausreicht. Der vom Arbeitgeber vorformulierte und vom Arbeitnehmer unterzeichnete Wortlaut – sowohl des Kündigungsschreibens selbst, als auch der eigentlichen Klageverzichtserklärung – entsprach diesem Angebot. Der Arbeitnehmer hat die Verzichtserklärung, die als Zusatz unter der Unterschrift des Arbeitgebers stand, schließlich kurz nach Übergabe der Kündigung unterschrieben.

Entscheidend für das BAG war, dass der Klageverzicht im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung abgegeben wurde. Das BAG sah den Klageverzicht deshalb als Aufhebungsvertrag an.

Aufhebungsverträge bedürfen nach § 623 BGB der Schriftform. Schriftform bedeutet bei einem Vertrag die Unterzeichnung beider Parteien auf derselben Urkunde. Nur wenn für den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen werden, genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet. Die Unterschrift muss dabei den Urkundentext räumlich abschließen.

Im konkreten Fall waren diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Nur der Arbeitnehmer hatte die Klageverzichtserklärung unterzeichnet, nicht aber, wie es erforderlich gewesen wäre, auch der Arbeitgeber.

Mangels Einhaltung der Schriftform war der Aufhebungsvertrag unwirksam und konnte deshalb das Arbeitsverhältnis nicht beenden.

**Praxistipp:**

Bei einem Verzicht eines Arbeitnehmers nach erfolgter Kündigung auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage ist neben anderen Voraussetzungen darauf zu achten, dass sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber die Klageverzichtserklärung unterschreiben. Mit der Unterschrift beider Parteien wird die Schriftform auch für einen Aufhebungsvertrag gewahrt.

3. Teures Brot – Fristlose Kündigung wegen Verdachts des Diebstahls eines 500-Gramm-Brottes (Wert: 1,30 EUR)

LAG Nürnberg vom 16.10.2007 (Az.: 7 Sa 182/07)

Das LAG Nürnberg hat die fristlose Kündigung eines seit über 30 Jahre beschäftigten Arbeitnehmers wegen Verdachts der Entwendung eines 500-Gramm-Brottes mit einem Wert von 1,30 EUR als rechtmäßig angesehen.

Damit befindet sich das LAG Nürnberg auf einer Linie mit dem sog. „Bienenstichfall“ des BAG, nach der selbst das einmalige unberechtigte Verzehren eines Stück Kuchens im Wert von 0,50 EUR durch eine Konditoreifachverkäuferin eine fristlose Kündigung berechtigen kann.

Seit dieser Entscheidung des BAG vom 17.05.1984 erschien es aufgrund mehrerer Entscheidungen von LAGs zweifelhaft, ob auch kleinere Verfehlungen eine fristlose außerordentliche Kündigung rechtfertigen können. Dies ist vom LAG Hamm z.B. verneint worden bei der Entwendung von 3 bis 5 Zigaretten.

Die Prüfung des wichtigen Grundes bei einer fristlosen Kündigung erfolgt in zwei systematisch zu trennenden Stufen, nämlich einmal, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne besondere Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben, zum anderen, ob bei der Berücksichtigung dieser Umstände und der Interessenabwägung die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist.

In Übereinstimmung mit dem BAG (Urteil vom 11.12.2003, Az.: 2 AZR 36/03) hat das LAG Nürnberg die erste Stufe bejaht. Der Verdacht eines Vermögensdeliktes zum Nachteil des Arbeitgebers ist unabhängig vom Wert der entwendeten bzw. unterschlagenen Güter an sich geeignet, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. Entscheidend sei, dass der Arbeitnehmer durch die Eigentumsverletzung unabhängig vom Wert des Schadens das Vertrauen des Arbeitgebers breche.

Bei der in der zweiten Prüfungsstufe vorzunehmenden Interessenabwägung hat das LAG Nürnberg es zunächst als unschädlich angesehen, dass der Arbeitgeber das Fehlverhal-

ten des Arbeitnehmers nicht zum Anlass einer Abmahnung gemacht hat, sondern sofort gekündigt hat. Die Abmahnung hätte die eingetretene und zukünftig fortwirkende Vertrauensstörung nicht beseitigen können. Entscheidend war hierbei, dass aufgrund einer Hausmitteilung der Arbeitnehmer wusste, dass der Arbeitgeber Entwendungen zum Anlass einer Kündigung nehmen wird.

Bei der eigentlichen Interessenabwägung hat das LAG Nürnberg zu Lasten des Arbeitnehmers berücksichtigt, dass ihm die produzierten Waren zur Obhut anvertraut waren, dass eine Nachahmung durch andere Arbeitnehmer befürchtet wurde, dass in der Hausmitteilung eine Kündigungsandrohung enthalten war, und dass die vom Arbeitnehmer ausgehende Schädigungsgefahr sehr hoch sei. Insoweit hat das LAG Nürnberg nicht nur auf den Wert von 1,30 EUR abgestellt, sondern auf die Befürchtung des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer seine Taten ausdehnen wird, wenn er nicht sofort entlassen wird.

Selbst das Lebensalter des Klägers von 47 Jahren, seine Unterhaltspflicht für eine Person, seine Diabeteserkrankung und seine Betriebszugehörigkeitsdauer von mehr als 30 Jahren führten schließlich dazu, dass die Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitnehmers ausging.

Letztlich war bereits der Verdacht, ein 500-Gramm-Brot entwendet zu haben, ein ausreichender Grund für die ausgesprochene fristlose außerordentliche Kündigung.

Praxistipp:

Eine Kündigungsandrohung für den Fall der Entwendung auch geringwertiger Sachen in Form einer Hausmitteilung oder sonstigen Mitteilungen an die Arbeitnehmer kann im Einzelfall die Erfolgchancen einer fristlosen Kündigung wesentlich erhöhen.

4. Betriebsbedingte Kündigung, Widerspruch nach § 613 a BGB, Sozialauswahl – Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung durch das BAG

BAG vom 31.05.2007 (Az.: 2 AZR 276/06)

Das BAG hatte sich in dieser Entscheidung mit der Frage auseinander zu setzen, ob im Falle eines Betriebsüberganges die Gründe, die den Arbeitnehmer zum Widerspruch bei Übergabe eines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber veranlassen haben, im Rahmen der Sozialauswahl bei der anschließend durch den Betriebsveräußerer notwendig werdenden betriebsbedingten Kündigung zu berücksichtigen sind.



Dabei hält das BAG seine bisherige Rechtsprechung, nach der die Gründe für den Widerspruch bei der Abwägung der sozialen Kriterien zu berücksichtigen sind, nicht mehr aufrecht. Vielmehr führt das BAG unter Hinweis auf die seit dem 01.01.2004 geltende Fassung des § 1 Abs. 3 KSchG, in der im Gesetz die vier Kriterien für die Sozialauswahl abschließend auf das Lebensalter, die Betriebszugehörigkeit, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung begrenzt worden sind, aus, dass dies auch im Falle einer betriebsbedingten Kündigung nach Widerspruch bei einem Betriebsübergang gelte.

Damit wird die Frage, ob der widersprechende Arbeitnehmer einen „aner kennenswerten Grund“ für den Widerspruch bei dem Betriebsübergang hatte, zukünftig im Arbeitsgerichtsprozess keine Rolle mehr spielen.

Praxistipp:

Die Umsetzung der Sozialauswahl bei einem Personalabbau anhand der vier abschließend in § 1 Abs. 3 KSchG festgelegten Kriterien des Lebensalters, der Betriebszugehörigkeit, der Unterhaltspflichten und der Schwerbehinderung gestaltet sich für den Arbeitgeber in der Praxis schon als schwierig genug. Vor diesem Hintergrund ist es aus Gründen der Planungssicherheit sehr zu begrüßen, dass zukünftig die Diskussion über den unbestimmten Rechtsbegriff des „aner kennenswerten Grundes“ bei einem Betriebsübergang vor dem Arbeitsgericht nicht mehr geführt werden muss.

5. Sonderzahlung und Gleichbehandlungsgrundsatz

BAG vom 26.09.2007 (Az.: 10 AZR 569/06)

Wiederholt hat das BAG entschieden, dass ein Arbeitgeber, der nach von ihm gesetzten allgemeinen Regeln zusätzliche Leistungen – z.B. Sonderzahlungen zu bestimmten Anlässen – verspricht, an den arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden ist. Nimmt er eine Gruppe von Arbeitnehmern von einer solchen Leistung aus, muss dies durch sachliche Kriterien gerechtfertigt, d.h. vom Zweck der Leistung gedeckt sein.

In einem Automobilzulieferungsbetrieb hatten etwa 400 Arbeitnehmer Ende 2001 einer Verlängerung der Arbeitszeit und einer Grundlohnsenkung mit Wirkung ab dem 01.01.2002 zugestimmt, um so einen Beitrag zur Sanierung des Unternehmens zu leisten. Etwa 50 Beschäftigte waren mit der Änderung der Arbeitsbedingungen nicht einverstanden und erhielten ihre bisherige Vergütung weiter. Anfang Februar 2003 bot der Arbeitgeber denjenigen Mitarbeitern, welche die neuen Arbeitsverträge unterschrieben hatten, eine Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag an, die ein Weihnachtsgeld für das Jahr 2003 und – unter Widerrufsvorbehalt – für die Folgejahre vorsah. Die Höhe des Weihnachtsgelds war abhängig von den krankheitsbedingten Fehlzeiten des Arbeitneh-

mers. Bereits bei mehr als 15 Krankheitstagen entfielen 70 % des Monatsbruttos, das bei 100 % Anwesenheit als Weihnachtsgeld gezahlt werden sollte. Zudem setzte das Weihnachtsgeld eine Mindestbeschäftigungsdauer von 24 Monaten für den vollen Anspruch voraus, bei einer kürzeren Tätigkeit sollte das Weihnachtsgeld anteilig gekürzt werden. Die Vereinbarung sah auch vor, dass ein Arbeitnehmer, der bis zum 31. März des Folgejahres ausscheidet, 70 % der Leistung zurückzahlen hatte. Bei einem verschuldeten Ausscheiden vor einem bestimmten Stichtag stand dem Arbeitnehmer kein Weihnachtsgeld zu.

Das BAG hält die Herausnahme der Gruppe der Arbeitnehmer, die im Jahre 2001 der Verlängerung der Arbeitszeit und der Grundlohnsenkung nicht zugestimmt hatten und deshalb wie bisher vergütet wurden, mit dem arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung nicht vereinbar. Der Arbeitgeber war deshalb verpflichtet, auch diesen Arbeitnehmern die in der Ergänzungsvereinbarung vorgesehenen Leistungen zu gewähren.

Gewährt der Arbeitgeber aufgrund einer abstrakten Regelung eine freiwillige Leistung nach einem erkennbar generalisierenden Prinzip und legt er gemäß dem mit der Leistung verfolgten Zweck die Anspruchsvoraussetzungen für die Leistung fest, darf er einzelne Arbeitnehmer von der Leistung nur ausnehmen, wenn dies sachlichen Kriterien entspricht. Arbeitnehmer werden dann nicht sachfremd benachteiligt, wenn sich nach dem Zweck der Leistung Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, diesen Arbeitnehmern die den anderen Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten. Die Zweckbestimmung einer Sonderzahlung ergibt sich vorrangig aus ihren tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, wobei die Bezeichnung nicht allein maßgeblich ist. Ist die unterschiedliche Behandlung nach dem Zweck der Leistung nicht gerechtfertigt, kann der benachteiligte Arbeitnehmer verlangen, nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer behandelt zu werden.

Gemessen an diesen Grundsätzen stellte das BAG fest, dass der vom Arbeitgeber angegebene Zweck, Einbußen derjenigen Arbeitnehmer auszugleichen, die einen Sanierungsbeitrag geleistet hatten, zwar geeignet sei, eine sachliche Differenzierung zu rechtfertigen. Allerdings ergab sich aus der konkreten Ausgestaltung der Zusage, dass es dem Arbeitgeber vorrangig um eine Anwesenheitsprämie, der Honorierung vergangener und künftiger Betriebstreue sowie der Belohnung der Loyalität ging. Auch die Arbeitnehmer, die der Vertragsänderung zur Absenkung des Lohnniveaus und der Arbeitszeitverlängerung nicht zugestimmt hatten, erfüllten diese Zwecke, wenn sie wenig krank sind, sich gesundheitsbewusst verhalten und entsprechend lang dem Unternehmen treu gedient haben und weiterhin bei der Beklagten verbleiben. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung



war deshalb nicht auszumachen. Ihnen stand danach das Weihnachtsgeld ebenfalls zu. Ob daneben auch das Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB) verletzt war, brauchte das BAG nicht zu entscheiden.

Praxistipp:

Der Arbeitgeber kann durch eine freiwillige Sonderzahlung die Einbußen derjenigen Arbeitnehmer ausgleichen, die einen Sanierungsbeitrag geleistet hatten. Der arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung ist dann nicht tangiert, wenn dieser Nachteilsausgleich der ausschließliche Zweck der Sonderzahlung ist. Zu vermeiden ist jedoch die Koppelung der Zahlung der freiwilligen Sonderleistung mit der Zustimmung zu einer gewünschten Vertragsänderung. Dann wäre nämlich das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB betroffen mit der Folge, dass auch denjenigen Arbeitnehmern, die keinen Sanierungsbeitrag geleistet haben, die freiwillige Sonderzahlung zu gewähren wäre.

B. Thema

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und Bewerbungsverfahren

Gerade im Bewerbungsverfahren sind aufgrund der Vorschriften des AGG Gefahren in Gestalt von Schadensersatzansprüchen für den Arbeitgeber zu besorgen, wenn keine entsprechenden Vorkehrungen getroffen worden sind. Daher ist zu raten, hier besondere Vorsicht walten zu lassen. Die nachfolgende Abhandlung soll aufzeigen, wie die neuen Anforderungen des AGG in einem Bewerbungsverfahren möglichst rechtssicher umgesetzt werden können und welche Maßnahmen hierfür geeignet sind.

I. Einleitung

Nach langen Diskussionen, die kontroverser nicht sein konnten, ist am 18.08.2006 das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und mit ihm das AGG in Kraft getreten. Dieses Gesetz regelt den umfassenden Schutz von Beschäftigten und verbietet Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität.

Vor allem in der Personalarbeit sind die arbeitsrechtlichen Auswirkungen des AGG facettenreich, da dem Anwendungsbereich des AGG nicht nur das bereits bestehende, sondern sämtliche Abschnitte des Arbeitsverhältnisses unterliegen. Damit ist auch das Bewerbungsverfahren von der Stellenbeschreibung bis zur Bewerberauswahl betroffen (Anbahnungsverhältnis).

Während zu erwarten ist, dass langjährig beschäftigte Arbeitnehmer auch zukünftig eher selten Schadenersatz wegen einer Diskriminierung im Sinne des AGG geltend machen, ist die Situation für einen Bewerber eine andere. Bewerber, denen eine „Absage“ erteilt wurde, haben in der Regel nichts mehr zu verlieren und könnten, wenn Anhaltspunkte für eine Benachteiligung vorliegen, in Versuchung geraten, Schadenersatz geltend zu machen. Allein wegen der Scheinbewerber, die so genannten AGG-Hopper, die sich gezielt zum Schein auf Stellenanzeigen, die Diskriminierungsmerkmale aufweisen, bewerben und die Arbeitgeber anschließend auf Entschädigung in Anspruch nehmen, ist eine sorgfältige Überprüfung des Bewerbungsverfahrens erforderlich, selbst wenn die befürchtete Klageflut zumindest bisher ausblieb.

II. Grundsätzliches

Ein Verstoß gegen § 7 AGG ist nicht allein schon deswegen gegeben, wenn ein abgelehnter Bewerber einem der geschützten Personenkreise angehört. Hinzukommen muss, dass die Auswahlentscheidung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals (z.B. Geschlecht) getroffen wurde. Der Umstand, dass Personalverantwortliche bei der Durchsicht der Bewerbungsunterlagen von einem Bewerber überzeugt sind, stellt für alle weiteren Bewerber keine unzulässige Benachteiligung dar.

Das Bewerbungsverfahren dient allein dem Zweck, für das Unternehmen den besten Arbeitnehmer zu akquirieren. Diese Zielrichtung soll und kann durch das AGG nicht geändert werden. Die Personalverantwortlichen allein entscheiden, anhand welchen Profils die Geeignetheit des zukünftigen Arbeitnehmers zu prüfen und die Auswahlentscheidung zu treffen ist.

Die eingangs genannten Merkmale dürfen aber nicht zu einer diskriminierenden Entscheidung bei der Auswahl führen. Der Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers wird durch das AGG nur insoweit begrenzt, dass die Auswahlentscheidung nicht von einem der Diskriminierungsmerkmale abhängig gemacht werden darf. Das Recht des Arbeitgebers, bei der Bewerberauswahl Kriterien wie Fremdsprachenkenntnisse, Zeugnisnoten oder sog. „Soft-Skills“ zu berücksichtigen, wird nicht eingeschränkt.

Aufgrund der komplizierten Beweislastregelung des AGG, nach der Bewerber lediglich Indizien nachweisen müssen, die eine Benachteiligung vermuten lassen und sodann der Arbeitgeber die volle Beweislast dafür trägt, dass keine verbotene Benachteiligung vorliegt, ist es notwendig, bereits den Eindruck einer diskriminierenden Entscheidung zu vermeiden und entsprechende Vorkehrungen zu treffen.



III. Die relevanten Praxisprobleme

Um die aus dem AGG resultierenden Pflichten des Arbeitgebers zu berücksichtigen, ist es erforderlich, die üblichen Tatbestände eines Bewerbungsverfahrens zu lokalisieren und im einzelnen abzuhandeln.

a. Die Stellenausschreibung (Stellenanzeige)

Es ist aufgrund der §§ 611a, 611b BGB inzwischen allgemein anerkannt, dass bislang schon eine Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung bestand, weshalb sich bereits eine gewisse Routine eingestellt haben sollte. Dies ist nicht nur erforderlich, weil das Gesetz es vorsieht, sondern vor allem auch, da eine diskriminierende Stellenanzeige eine Einladung für eine Schadensersatzklage, insbesondere für einen AGG-Hopper, darstellt. Mit Aussagen wie „junger und belastbare Vertriebsmitarbeiter gesucht“, werden abgelehnten weiblichen oder älteren Bewerbern sowie Schwerbehinderten geradezu Steilvorlagen für einen erfolgreichen Schadensersatzprozess angeboten.

Gemäß § 11 AGG dürfen Arbeitsplätze nicht unter Verstoß gegen die in § 1 AGG genannten Benachteiligungsverbote ausgeschrieben werden. Zu vermeiden ist daher schon der Anschein, dass bei der Auswahl das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals entscheidend gewesen sein könnte. Deshalb muss sich das Anforderungsprofil strikt auf fachliche und persönliche Qualifikationen beschränken mit dem Ergebnis, dass eine Stellenausschreibung ausschließlich an die Tätigkeit und nicht an persönliche Merkmale des Bewerbers anknüpft.

Praxistipp:

Es sollte eine aussagekräftige Anforderungsanalyse durchgeführt und sämtliche Entscheidungsregeln vor Eingang der Bewerbungen festgelegt werden. Nur Anforderungen, die für die vakante Stelle wirklich erforderlich sind, müssen definiert werden. Als Orientierungspunkt kann Art. 33 Abs. 2 GG dienen, wonach nur die Eignung, Leistung und Befähigung ausschlaggebend sind. Ob bei der Einschaltung eines Dritten (z.B. Agentur für Arbeit oder Personalberatung) im Falle einer Benachteiligung dieser haftet, ist bisher noch ungeklärt, soweit der Dritte mit der (Vor-)Auswahl beauftragt wurde. U.E. spricht viel dafür, die Haftung dem zuzuordnen, der letztendlich die Auswahl bestimmt und zu verantworten hat. Gleichwohl ist es aus vorsorglichen Gründen geboten, auch gegenüber dem Dritten auf die Einhaltung der Benachteiligungsverbote zu bestehen oder zumindest eine entsprechende Haftungsfreistellung zu vereinbaren.

b. Vorauswahl und Bewerbungsgespräch

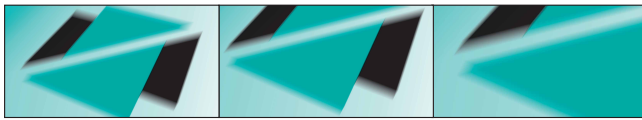
Bei der Vorauswahl ist zu beachten, dass die aufgrund der Anforderungsanalyse festgelegten Entscheidungskriterien eingehalten und nicht durch weitere, subjektiv empfundene Merkmale aufgeweicht werden. Denn dies führt denklogisch dazu, dass objektiv geeignete, die Entscheidungskriterien erfüllende Bewerber, aus dem Verfahren ausgeschlossen werden. Besteht hinsichtlich des objektiv ungeeigneten Bewerbers ein zusätzlich subjektiv empfundenes Merkmal, welches einen Bezug zu einem Diskriminierungsmerkmal aufweist, ist das Problem bereits vorgezeichnet.

Zu einem Bewerbungsgespräch sollten, soweit möglich, geeignete Bewerber aus allen „Kategorien“ eingeladen werden. Zwar können erfahrungsgemäß nicht sämtliche Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden. Primär ist jedoch die Qualifikation für die ausgeschriebene Stelle zu beachten. Sind zahlreiche Bewerber vorhanden, die objektiv die Entscheidungskriterien erfüllen, dürfen Einschränkungen bei Älteren oder Behinderten, wenn diese die Entscheidungskriterien erfüllen, nicht vorgenommen werden.

In Bewerbungsgesprächen geht es darum, herauszufinden, welcher Aspirant den persönlichen und fachlichen Anforderungen der vakanten Stelle am besten entspricht. Der Arbeitgeber möchte im Rahmen des Bewerbungsgesprächs möglichst viele Informationen über den Bewerber sammeln. Da – wie oben ausgeführt – eine benachteiligende Stellenausschreibung als ein dem Vorstellungsgespräch vorgelagertes Ereignis verboten ist, muss dies auch für die der Stellenausschreibung nachfolgenden Handlung im Vorstellungsgespräch, mithin für unzulässige Fragen gelten. So stellt die Frage nach der sexuellen Identität, deren Beantwortung keine Information über die Befähigung des Bewerbers enthalten kann, eine stets unzulässige Frage dar. Eine Frage nach einem der Diskriminierungsmerkmale kann ein Indiz für eine Benachteiligung darstellen und die im AGG verankerte Beweiserleichterung zugunsten des Bewerbers auslösen. Daher können abgelehnte Bewerber grundsätzlich Schadensersatz bei einer Diskriminierung geltend machen, die auf eine unzulässige Frage zurückzuführen ist.

Praxistipp:

Unzulässige, diskriminierende Fragen sind zu vermeiden. Aufgrund der oben angesprochenen Beweislastverteilung empfiehlt es sich dringend, Einstellungsgespräche stets zu zweit zu führen und den Verlauf durch ein Protokoll sowie alle Gründe für die Auswahlentscheidung zu dokumentieren. In diesem Zusammenhang sind, soweit diese verwendet werden, auch Personalfragebögen zu überprüfen. Möglicherweise reduzierten Fragebögen durch ihre Standardisierung den Aufwand. Sie enthalten jedoch das Risiko, dass ein nicht berücksichtigter Bewerber eine Diskriminierung moniert, soweit eine im Fragebogen enthaltene Frage einen Zusammenhang mit einem Benachteiligungsverbot des AGG aufweist.



c. Absageschreiben

Das Unternehmen ist auch nach dem AGG nicht verpflichtet, seine Auswahlentscheidung bzw. die Gründe, die dazu geführt haben, dem Bewerber gegenüber darzulegen. Vielmals wurde dies in der Vergangenheit praktiziert, damit die Bewerber den Mut nicht verlieren. Vor dem Hintergrund der Beweiserleichterung zugunsten der Bewerber sollte abgelehnten Bewerbern im Rahmen des Absageschreibens möglichst keine Anknüpfungspunkte für eine Diskriminierung gegeben werden. Es empfiehlt sich daher, Ablehnungsschreiben überhaupt nicht mehr zu begründen (Ausnahme: § 81 I 9 SGB IX).

Nach Zugang des Ablehnungsschreibens muss der Bewerber binnen zwei Monaten etwaige Ansprüche auf Schadensersatz oder Entschädigung nach dem AGG schriftlich geltend machen. Danach ist eine Geltendmachung nicht mehr möglich. Die Bewerbungsunterlagen sollten deshalb nicht, wie bisher, zeitnah zurück gereicht werden. Da die Zwei-Monats-Frist erst dann zu laufen beginnt, wenn das Ablehnungsschreiben zugegangen ist, muss nachweisbar sichergestellt werden, wann der Zugang erfolgte. Erst nach Ablauf der Frist können die Bewerbungsunterlagen zurück geschickt werden.

Praxistipp:

Absagen sind generell nicht zu begründen. Mündliche Auskünfte gegenüber abgelehnten Bewerbern sollten strikt vermieden werden. Das Zugangsdatum des Ablehnungsschreibens muss nachweisbar sein. Daher ist dem Grunde nach anzuraten, die Zustellung per Einwurf-Einschreiben oder per Boten zu bewirken, um den Tag des Zugangs beweisen zu können.

IV. Fazit

Die Beseitigung von Diskriminierung im Arbeitsverhältnis ist ein berechtigtes Interesse des Gesetzgebers. Das AGG hat das Verbot der Benachteiligung auf das Bewerbungsverfahren ausgedehnt. Ob es damit sein eigentliches Ziel erreicht, bleibt fraglich, da es u.E. mehr zur Intransparenz erzieht. Allerdings befindet sich das Gesetz noch in der Entwicklung. Die Arbeitsgerichte werden in der Zukunft für Rechtssicherheit sorgen müssen.

Gleichwohl sollten Unternehmen die empfohlenen Vorkerkehrungen treffen und schon bei der Stellenausschreibung bis zur Ablehnung des Bewerbers diverse Problemkreise beachten. In Ansehung der nicht unerheblichen Kosten (z.B. Zustellungskosten für Einschreiben) wäre zu überlegen, Bewerbungsunterlagen nur noch ohne solche Angaben, mithin ohne Bild, ohne Vornamen und ohne Altersbenennung,

anzufordern, die irgend einen Bezug zu einem Diskriminierungsmerkmal aufweisen. Dies ist z.B. in den Vereinigten Staaten von Amerika bereits lange üblich. Auch die Verwendung von vollautomatischen Online Programmen für Bewerbungen, die eine konfliktfreie Durchführung von Bewerbungsverfahren ermöglichen und gewährleisten, ist denkbar.

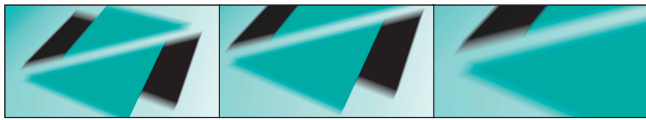
Das Wichtigste ist jedoch die umfassende Dokumentation der auf diskriminierungsfreien Gründen beruhenden Personalentscheidung. Die einer Personalentscheidung zugrunde liegenden Tatsachen müssen für einen Dritten bzw. das Arbeitsgericht nachvollziehbar dokumentiert werden. Weiterhin sollten für den Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung Bewerbungsunterlagen bis zum Ablauf der Zwei-Monats-Frist aufbewahrt werden.

C. Meldungen:

1. Voraussetzungen zur Kündigung von Low Performern bei quantitativen Minderleistungen

BAG vom 17.01.2008 (Az.: 2 AZR 536/06 – PM BAG Nr. 05/08)

Das BAG hat sich zu den Voraussetzungen einer verhaltensbedingten Kündigung, gestützt auf die Minderleistung des Arbeitnehmers, geäußert. Das Gericht stellt hierzu fest, dass ein Arbeitnehmer grundsätzlich mangels anderer Vereinbarungen seiner Vertragspflicht genügt, wenn er unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet. Überschreitet der Arbeitnehmer die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller Arbeitnehmer bei vergleichbaren Tätigkeiten, verstößt er allein deswegen noch nicht gegen seine vertraglichen Pflichten. Die Kündigung kann jedoch dann aus verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt sein, wenn über einen längeren Zeitraum eine qualitativ erheblich unterdurchschnittliche Leistung erbracht wird, bspw. eine längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote festgestellt werden kann. Die tatsächliche Fehlerzahl (im vorliegenden Fall Überschreiten der durchschnittlichen Fehlerquote um das Dreifache), Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt.

**Praxistipp:**

Mit Recht darf die verhaltensbedingte Kündigung, gestützt auf einen „Low-Performer“-Sachverhalt, also der klassischen Minderleistung, als einer der am schwersten zu handhabenden Kündigungsgründe gelten. Die Dokumentationspflichten des Arbeitgebers sind erdrückend, will er in einem späteren Kündigungsschutzprozess seiner Darlegungs- und Beweisbelastung nachkommen. Geschuldet wird grundsätzlich eine Leistung „mittlerer Art und Güte“. Ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass der Arbeitnehmer diesen Anforderungen nicht gerecht wird, muss er Zeit, Umfang, Qualität und Quantität der erteilten Aufgaben, deren Abarbeitung und die Arbeitsqualität über einen längeren Zeitraum so dokumentieren, dass die sich hieraus ergebenden Feststellungen über jeden Zweifel erhaben sind und im Prozess verwertbar vorgetragen werden können. Ansonsten droht die Kündigung „ins Leere“ zu gehen. Nicht vergessen darf auch in diesen Fällen das Erfordernis des Ausspruchs einer Abmahnung.

2. Vorsorgliche Urlaubsgewährung bei außerordentlicher Kündigung

BAG vom 14.08.2007 (Az.: 9 AZR 934/06)

Das Verhältnis zwischen Urlaubsgewährung und Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ist Gegenstand einer weiteren aktuellen Entscheidung des BAG. Der Arbeitgeber hatte den Arbeitnehmer nach Ausspruch einer ordentlichen Eigenkündigung des Arbeitnehmers zunächst freigestellt und dann – gleichzeitig mit Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung – erneut die Freistellung unter Anrechnung auf den bestehenden Urlaubsanspruch bestimmt. Das Gericht stellt hierzu fest, dass der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch auch dadurch erfüllen kann, dass er den Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch freistellt. Der Arbeitgeber kann den Urlaub auch vorsorglich für den Fall gewähren, dass eine von ihm erklärte ordentliche oder außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöst. Die vorsorgliche Urlaubsgewährung liegt – so das Gericht – im wohlverstandenen Eigeninteresse des Arbeitgebers, um die Kumulation von Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen zu verhindern. Dem steht nach der Auffassung des Gerichts auch nicht entgegen, dass bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzrechtsstreit offen ist, ob der Arbeitgeber Urlaubsentgelt oder Urlaubsabgeltung schuldet. Der Urlaubsanspruch richtet sich auf die Befreiung von der Arbeitspflicht. Der Anspruch auf Arbeitsentgelt wird dadurch nicht berührt. Ist das Arbeitsverhältnis auf Grund der Kündigung beendet, ist der Urlaub abzugelten.

Praxistipp:

Nach dieser Entscheidung kann dem Arbeitgeber nur geraten werden, auch im Falle des Ausspruchs einer außerordentlichen Kündigung eine Freistellung unter Anrechnung von bestehenden Urlaubsansprüchen auszusprechen. In jedem Fall kann sich bereits im Vorfeld des Ausspruches einer solchen Kündigung der Blick auf das Urlaubskonto lohnen, um das Kosten-/Nutzenverhältnis des Ausspruches einer außerordentlichen Kündigung auch vor diesem Hintergrund abzuwägen.

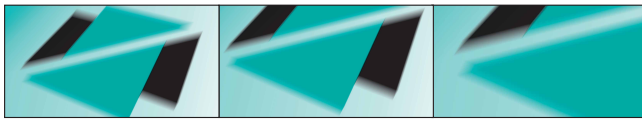
3. Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung von Kündigungsfristen diskriminierend?

LAG Düsseldorf vom 21.11.2007 (Az.: 12 Sa 1311/07)

Ein Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) bringt Bewegung in die Frage der diskriminierenden Wirkung der Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten, die vor dem 25. Lebensjahr in dem Betrieb erbracht worden sind, bei der Berechnung von Kündigungsfristen. Eine solche Regelung findet sich nicht nur im Bürgerlichen Gesetzbuch (vgl. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB), sondern auch in vielen tariflichen Regelungswerken und auch in einzelvertraglichen Vereinbarungen. In jüngster Zeit wurden vermehrt Stimmen laut, die vor dem Hintergrund des nunmehr geltenden Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) Zweifel an der Wirksamkeit entsprechender Bestimmungen haben. Die fehlende Berücksichtigung dieser Beschäftigungszeiten und die daraus folgende kürzere Kündigungsfrist könnte eine Altersdiskriminierung zu Lasten jüngerer Arbeitnehmer darstellen. Genau diese Argumentation steht hinter der Frage, die das LAG Düsseldorf dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt hat. Neben diesem zentralen Punkt soll sich nach dem Vorlagebeschluss der EuGH zu möglichen Rechtfertigungsgründen für die Vernachlässigung der Beschäftigungszeiten unter 25 Jahren (hier: Interesse des Arbeitgebers an personalwirtschaftlicher Flexibilität und höhere berufliche und persönliche Flexibilität jüngerer Arbeitnehmer) äußern.

Praxistipp:

Es ist zu hoffen, dass der EuGH in dieser zunehmend umstrittenen Frage eindeutig Stellung bezieht. Interessant ist der besondere Blickwinkel, den die vorliegende Diskriminierungsfrage aufwirft: Altersdiskriminierung kann auch bei einer Diskriminierung von Jüngeren vorliegen. Diese an sich triviale Erkenntnis lässt sich – verschärft durch das AGG und wichtige Entscheidungen des EuGH zu dieser Thematik – zu der Grundregel zuspitzen: Jede Ungleichbehandlung kann und



muss zukünftig immer auch als Diskriminierung der jeweils betroffenen Gruppe betrachtet werden, weshalb an das Vorliegen von sachlichen Gründen, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen sollen, hohe Anforderungen zu stellen sind.

4. Änderung von Arbeitsbedingungen kann zur Unwirksamkeit der Befristung gem. § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG führen

BAG vom 16.01.2008 (Az.: 7 AZR 603/06)

Das BAG hat in einer weiteren Entscheidung nochmals klargestellt, dass eine wirksame Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages nur dann möglich ist, wenn grundsätzlich nur die Vertragsdauer geändert wird, nicht aber die übrigen Arbeitsbedingungen. Im vorliegenden Fall wurde im Rahmen der mit der Klägerin geschlossenen Verlängerungsvereinbarung gleichzeitig auch eine Erhöhung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit (von 20 auf 30 Stunden) vereinbart.

Diese zusätzliche Vertragsänderung führte insgesamt zur Unwirksamkeit des befristeten Vertrages, denn eine Verlängerung i.S.d. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG setzt voraus, dass sie noch während der Laufzeit des zu verlängernden Vertrags vereinbart wird. Ansonsten handelt es sich um den Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrages, dessen Befristung wegen des bereits bisher bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ohne Sachgrund nicht zulässig ist. Dies kann nur dann anders sein, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Verlängerung einen Anspruch auf die Vertragsänderung hatte.

Praxistipp:

Das Befristungsrecht wird immer komplexer. Auch wenn die vorliegende Entscheidung die ständige Rechtsprechung des „Befristungs-Senates“ des BAG wiedergibt, ist sie doch geeignet, die Risiken der Gestaltung befristeter Verträge aufzuzeigen. Im vorliegenden Fall führte die gleichzeitige Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit, ohne zuvor bestehenden entsprechenden Anspruchs des Arbeitnehmers, in der Konsequenz zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis.

Ansprechpartner:



Joachim Zobel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Seraphim Ung Kim
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Aribert Panzer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Florian Götz
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Alexander von Saenger
Rechtsanwalt



Claudia Zobel
Dipl.-Betriebs-
wirtin (FH)



Ute Lampert
Dipl.-Kauffrau
(Univ.)



Bertram Wolf
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Arbeitsrecht



Verena Wollert
Rechtsanwältin
Dipl.-Kauffrau
Fachanwältin
für Arbeitsrecht

Sollten Sie Fragen zu dem Infobrief oder aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts haben, so stehen Ihnen die Ansprechpartner jederzeit gerne zur Verfügung. Dies ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten sowie anderer interessierter Personen. Es kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Falls Sie kein Interesse mehr an unseren kostenlosen Infobriefen haben, teilen Sie uns das bitte mit.

Haftungsausschluss:

Die in diesem Infobrief Arbeitsrecht dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten ersetzen nicht die individuelle rechtliche Beratung für den Einzelfall. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft

Rothenburger Str. 241
90439 Nürnberg
Telefon 09 11/6 00 01-0
Telefax 09 11/6 00 01-10

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Eisenbahnstr. 19-23
77855 Achern
Telefon 0 78 41/7 08-0
Telefax 0 78 41/7 08-3 01

Unser Leistungsangebot können Sie unter
<http://www.schubra.de/de/arbeitsrecht/arbeitsrecht.php> einsehen.