

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

*aus der Fülle neuer Entscheidungen und wissenschaftlicher Abhandlungen haben wir für Sie in gewohnter Weise eine Zusammenfassung vorgenommen, die Sie prägnant, interessant und ohne unnötigen Ballast über aktuelle Entwicklungen auf dem Laufenden halten soll.*

*Ihr Augenmerk wollen wir dieses Mal besonders auf die beigefügte Ankündigung der Georg-Simon-Ohm-Hochschule Nürnberg richten. In das berufsbegleitende Weiterbildungsprogramm wurde der „Restrukturierungs-Manager“ aufgenommen. Wir beteiligen uns aufgrund unserer Restrukturierungserfahrungen an der inhaltlichen Ausgestaltung und würden uns über Ihr Interesse daran selbstverständlich freuen.*

*Wir wünschen Ihnen eine angenehme und kurzweilige Lektüre.*

*Ihr Arbeitsrechtsteam*

#### Ü b e r b l i c k :

##### A. Urteilsbesprechungen:

1. **Fehlerhafte Sozialauswahl aufgrund unzutreffender Qualifizierung einer Filiale als Betrieb**  
*BAG vom 03.04.2008 (Az.: 2 AZR 879/06)*
2. **Konsultationsverfahren und Massenentlassungsanzeige**  
*BAG vom 21.05.2008 (Az.: 8 AZR 84/07)*
3. **Kein Kündigungsgrund bei Ersetzung der Stammebelegschaft durch Leiharbeitnehmer**  
*LAG Hamm vom 24.07.2007(Az.: 12 Sa 320/07)*
4. **Anstellungsvertrag und Arbeitsvertrag eines Vorstandes**  
*LAG Berlin-Brandenburg vom 23.04.2008 (Az.: 15 Sa 193/08)*

##### B. Thema:

**Krankheitsbedingte Kündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement**

##### C. Meldungen:

1. **Pflegezeitgesetz in Kraft getreten**
2. **Kabinett billigt Arbeitnehmer-Entsendegesetz und Mindestarbeitsbedingungengesetz**  
*Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Pressemitteilung vom 16.07.2008*
3. **Einführung des elektronischen Einkommensnachweises „ELENA“ von Bundesregierung beschlossen**  
*Bundesministerium für Wirtschaft, Pressemitteilung vom 25.06.2008*
4. **Und noch einmal: Befristung und Schriftform**  
*BAG, Pressemitteilung Nr. 33/08*
5. **Diskriminierung wegen Schwangerschaft bei Stellenbesetzung**  
*BAG, Pressemitteilung Nr. 35/08*



## A. Urteilsbesprechungen

# 1. Fehlerhafte Sozialauswahl aufgrund unzutreffender Qualifizierung einer Filiale als Betrieb

*BAG vom 03.04.2008 (Az.: 2 AZR 879/06)*

Die Beklagte ist ein Einzelhandelsunternehmen und betreibt deutschlandweit eine Vielzahl von Filialen zum Verkauf von Elektroartikeln. Zudem besteht bei der Beklagten eine Zentralverwaltung nebst einer zentralen Personalabteilung. Die Personalabteilung verwaltet für die Filialen nicht nur die Personalakten, sondern trifft auch Personalentscheidungen und setzt diese um.

Im Rahmen eines Personalabbaus sollte auch die Filiale der Klägerin komplett geschlossen werden. Allen Mitarbeitern aus der Filiale wurde gekündigt. Eine Sozialauswahl i.S.d. § 1 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) ist auf alle Mitarbeiter eines Betriebes i.S.d. KSchG zu erstrecken. Aufgrund der Schließung der gesamten Filiale hatte die Beklagte eine Sozialauswahl für entbehrlich gehalten. Mit dem zuständigen Betriebsrat wurde zudem ein Interessenausgleich nebst Namensliste der zu kündigenden Mitarbeiter vereinbart.

Die Klägerin wandte sich gerichtlich gegen ihre Kündigung und argumentierte, dass die Kündigung mangels Sozialauswahl unwirksam sei. Die Filiale wäre zu Unrecht als eigenständiger Betrieb qualifiziert worden.

Die Gerichte prüften, ob die Filiale einen Betrieb i.S.d. KSchG darstellte oder lediglich einen Betriebsteil. Die Abgrenzung erfolgt über den Grad der Verselbstständigung. Auch der Betriebsteil ist eine organisatorisch abgrenzbare und relativ verselbstständigte Einheit. In einem Betrieb wird jedoch von der betrieblichen Leitung die wesentliche Funktion des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten ausgeübt. Das war vorliegend aber nicht der Fall. Sämtliche Arbeitgeberfunktionen (Kündigung, Unterzeichnung von Arbeitsverträgen etc.) wurden nicht vom Filialleiter, sondern ausschließlich von der zentralen Personalabteilung ausgeführt.

Das BAG hielt daher die vorgenommene Einstufung der Filiale als eigenständigen Betrieb für falsch. Dass die Filiale einen Betrieb darstellte, der vollständig stillgelegt wurde, konnte die Beklagte vor Gericht nicht ausreichend begründen. Im Rahmen der Kündigungen zur Filialschließung hätten demnach bei der Sozialauswahl auch die Mitarbeiter anderer Filialen mitberücksichtigt werden müssen, so dass ggfs. ein anderer, weniger schutzwürdiger Mitarbeiter, anstatt der Klägerin gekündigt hätte werden müssen.

Auch der mit dem Betriebsrat abgeschlossene Interessenausgleich mit Namensliste half der Beklagten hierbei nicht. Grundsätzlich führt eine mit dem Betriebsrat vereinbarte Namensliste dazu, dass für die dort benannten Arbeitnehmer ein betriebsbedingter Kündigungsgrund vermutet wird und für die Sozialauswahl der Maßstab einer „groben Fehlerhaftigkeit“ gilt. Das BAG entschied, dass die Kündigung unwirksam ist, da – unstreitig – überhaupt keine Sozialauswahl durchgeführt wurde.

### Praxistipp:

Die Festlegung des Betriebs bestimmt den Umfang der Sozialauswahl. Fehler können zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.

Die Prüfung des Betriebsbegriffs ist im Einzelfall komplex. Die in der Praxis zur Betriebsbestimmung schlagwortartig verwendeten Kriterien, wie abgrenzbare Betriebsstätte, eigener Produktionszweck und eigene fachliche Leitung, sind nicht ausreichend. Auch die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen müssen vor Ort eigenständig ausgeübt werden.

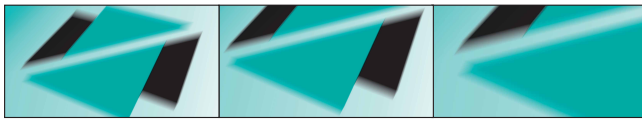
Besteht eine zentrale Personalverwaltung, muss daher besonders kritisch geprüft werden, inwieweit der Unternehmensteil personelle Entscheidungen tatsächlich vor Ort trifft.

# 2. Konsultationsverfahren und Massenentlassungsanzeige

*BAG vom 21.05.2008 (Az.: 8 AZR 84/07)*

Das BAG hat sich erneut mit der Massenentlassungsanzeige auseinandergesetzt. Im Fokus der Entscheidung stand dabei das sog. Konsultationsverfahren. Dieses ist nach § 17 KSchG durchzuführen, wenn in dem Betrieb, der von der Massenentlassung betroffen ist, ein Betriebsrat existiert.

In dem vorliegenden Fall hatte der Unternehmer den Betriebsrat und die Belegschaft im Rahmen einer Betriebsversammlung über die bevorstehenden Entlassungen informiert und dann die Anzeige bei der Agentur für Arbeit erstattet. Erst mehr als einen Monat später wurde der erforderliche Interessenausgleich/Sozialplan mit dem Betriebsrat abgeschlossen. Der Betriebsrat hatte zwar noch vor Abschluss des Interessenausgleiches der Agentur für Arbeit gegenüber den Inhalt der Anzeige gem. § 17 KSchG bestätigt und mitgeteilt, dass er sich „den angezeigten Entlassungen anschließe“, im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses hat sich ein Arbeitnehmer jedoch auch auf die Unwirksamkeit der Massenentlassungsanzeige berufen und dies damit begründet, dass das Konsultationsverfahren nicht ordnungsgemäß verlaufen sei. Dieses setze den Abschluss eines Interessenausgleiches und Sozialplanes voraus. Erst dann sei das Konsultationsverfahren beendet und eine Massenentlassungsanzeige wirksam möglich.



Das BAG ist dem Arbeitnehmer hier nicht gefolgt. Das Gericht hält fest, dass Gegenstand des Konsultationsverfahrens alleine die Information und Beratung mit dem Betriebsrat sei. Demgegenüber sei nicht erforderlich, dass eine Einigung mit dem Betriebsrat vor der Durchführung der Massenentlassung erzielt werden muss. Folglich mussten die Verhandlungen zu einem Interessenausgleich bzw. Sozialplan auch nicht abgeschlossen sein, bevor die Massenentlassungsanzeige erstattet wurde. Eine Pflicht zur Verständigung über Umfang und Folgen der Massenentlassungsanzeige ergebe sich nicht aus § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG. Auch eine europarechtskonforme Auslegung der Norm führe zu keinem anderen Ergebnis. Das Konsultationsverfahren sei durch die Information des Betriebsrates und dessen Stellungnahme eingehalten worden. Im Übrigen hatte im vorliegenden Fall der Betriebsrat nach Erstattung der Anzeige – aber noch vor Ausspruch der Kündigungen – die Angaben des Arbeitgebers bestätigt und damit selbst den Abschluss der Konsultationen bekräftigt. Mit Eingang dieser Bestätigung ist die Massenentlassungsanzeige damit wirksam geworden und die Kündigungen konnten ausgesprochen werden.

#### Praxistipp:

Die BAG-Entscheidung bietet nochmals die Gelegenheit, sich die aktuelle Rechtsprechung zur Massenentlassungsanzeige zu vergegenwärtigen. Nach der Entscheidung des EuGH und des BAG ist unter Entlassung i.S.d. § 17 Abs. 1 KSchG die Kündigungserklärung zu verstehen. D.h., die Massenentlassungsanzeige muss vor dem Ausspruch der Kündigungen bei der Agentur für Arbeit am Betriebssitz des betroffenen Unternehmens eingehen. Dabei ist unbedingt darauf zu achten, dass diejenigen Angaben in der Anzeige korrekt erfolgen, die Wirksamkeitsvoraussetzung für die Anzeige sind. Dies sind beispielhaft die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer oder der Zeitpunkt und die Anzahl der auszusprechenden Kündigungen. Nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Anzeige ist etwa die Übersendung einer Liste der betroffenen Arbeitnehmer mit Sozialdaten; diese kann zu einem späteren Zeitpunkt nachgereicht werden. Bzgl. des Konsultationsverfahrens ist wichtig, dass die Information des Betriebsrates rechtssicher dokumentiert wird, um spätere Streitfälle und Beweisprobleme zu verhindern. Es ist also zu empfehlen – v.a. dann, wenn ein Interessenausgleich bzw. Sozialplan noch nicht abgeschlossen worden ist – von dem Betriebsrat eine abschließende Stellungnahme in Schriftform zu den beabsichtigten Massenentlassungen einzuholen und diese der Massenentlassungsanzeige beizufügen. Andernfalls besteht das Risiko, dass die Anzeige erst mit Eingang einer solchen Stellungnahme oder des abgeschlossenen Interessenausgleiches wirksam wird, was angesichts der Sperrfrist des § 18 Abs. 1 KSchG (Sperrfrist der Wirksamkeit der Kündigungen von einem Monat nach Eingang der Anzeige) zu Verzögerungen der Maßnahme führen kann, weil die Kündigungen erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksam werden.

### 3. Kein Kündigungsgrund bei Ersetzung der Stammbesellschaft durch Leiharbeitnehmer

*LAG Hamm vom 24.07.2007 (Az.: 12 Sa 320/07)*

Die Zeitarbeitsbranche wächst nach wie vor. Sie bietet ein Flexibilisierungsinstrument im Arbeitsmarkt und eignet sich besonders, um Auftragsspitzen abzudecken. Attraktiv wird dies, weil Leiharbeitnehmer zumeist weniger Kosten verursachen als Stammarbeitnehmer.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern anstelle von Stammarbeitnehmern berechtigt für sich alleine aber den Arbeitgeber nicht zur Kündigung von Stammarbeitnehmern.

Es liegen insoweit keine betriebsbedingten Kündigungsgründe vor. Hierfür ist im Kern der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit erforderlich. In der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Fremdvergabe bisher angefallener Arbeiten nur dann zu einem Wegfall von Beschäftigung führt, wenn diese Arbeiten dem anderen Unternehmen zur selbstständigen Durchführung übertragen werden. Durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern werden aber keine Arbeiten an ein anderes Unternehmen zur selbstständigen Erledigung übertragen. Der Arbeitgeber hat beim Einsatz von Leiharbeitnehmern ebenso wie bei festangestellten Arbeitnehmern das Direktionsrecht zur Bewältigung des Arbeitsanfalls. Wenngleich mit dem Leiharbeitnehmer kein Arbeitsvertrag besteht, so kann doch der Arbeitgeber aufgrund des Direktionsrechtes den Leiharbeitnehmer wie einen festangestellten Arbeitnehmer einsetzen. In diesem Fall ist die Beschäftigungsmöglichkeit nicht weggefallen. Es handelt sich nur um einen Austausch von Arbeitnehmern: Die Arbeitskraft des Stammarbeitnehmers soll durch die (günstigere) Kraft eines Leiharbeitnehmers ersetzt werden. Dies stellt eine verbotene Austausch Kündigung dar.

Das LAG Hamm bezieht sich in seiner Entscheidung vom 24.07.2007 auf die Rechtsprechung des BAG zur Austausch Kündigung. Das BAG selbst hat jedoch die konkrete Frage, ob der Einsatz von Leiharbeitnehmern anstelle von Stammarbeitnehmern gegen das Verbot einer Austausch Kündigung verstößt, noch nicht entschieden.

#### Praxistipp:

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern anstelle von Stammarbeitnehmern berechtigt den Arbeitgeber nicht zur Kündigung. Der hierfür erforderliche Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten kann hiermit alleine nicht begründet werden. Es muss ein weitergehendes unternehmerisches Konzept verfolgt werden, wie z.B. den Leiter einer Betriebsstätte oder Abteilung fest anzustellen, um im Übrigen mit Leiharbeitnehmern den dort auftretenden Schwankungen im Arbeitskräftebedarf gerecht zu werden. Solche Schwankungen werden aber nicht immer verifizierbar sein.



## 4. Anstellungsvertrag und Arbeitsvertrag eines Vorstandes

LAG Berlin-Brandenburg vom 23.04.2008  
(Az.: 15 Sa 193/08)

Eine seltene arbeits- und gesellschaftsrechtliche Konstellation hatte das LAG Berlin-Brandenburg zu entscheiden.

Der Kläger – ehemals Vorstandsmitglied der beklagten Aktiengesellschaft – hatte mit dieser in dem maßgeblichen Vorstands-Anstellungsvertrag vereinbart, dass für den Fall der Beendigung der Organstellung das Anstellungsverhältnis unverändert als unbefristetes Arbeitsverhältnis weitergeführt wird. Die Gesellschaft hatte zudem für fünf Jahre auf das Recht zur ordentlichen Kündigung dieses Vertrages verzichtet. Später widerrief der Aufsichtsrat der Beklagten die Bestellung des Klägers zum Vorstand und beendete den Anstellungsvertrag mit sofortiger Wirkung. Der Kläger wollte nun vor dem Arbeitsgericht festgestellt wissen, dass ein Arbeitsverhältnis mit der beklagten AG fortbesteht.

Das LAG hat die klageabweisende Entscheidung der ersten Instanz bestätigt und damit dem Ansinnen des Klägers eine Absage erteilt. Das Gericht stützt seine Entscheidung in erster Linie auf § 84 Abs. 1 AktG und setzt sich hier ausführlich mit der Problemstellung auseinander, zu der es bisher – soweit ersichtlich – keinerlei Rechtsprechung gab. Nach dieser Norm kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft und der zugrundeliegende Anstellungsvertrag auf maximal fünf Jahre befristet werden. Die zusätzliche Vereinbarung in einem Vorstandsvertrag, dass das Anstellungsverhältnis im Fall der Beendigung der Organstellung unverändert als Arbeitsverhältnis weitergeführt wird, sei nach Auffassung des Gerichtes eine unzulässige Umgehung von § 84 Abs. 1 AktG und die entsprechende Vereinbarung daher unwirksam.

### Praxistipp:

Die Entscheidung betrifft sicherlich einen Sonderfall, der in der täglichen Praxis nicht häufig anzutreffen sein wird, bietet aber die Gelegenheit, nochmals die Rechtsprechung des BAG zu „ruhenden Arbeitsverhältnissen“ von Geschäftsführern in Erinnerung zu rufen.

Bestand bereits im Zeitpunkt der Bestellung zum Geschäftsführer ein Arbeitsverhältnis, so hatte das BAG bisher angenommen, dass im Zweifel das bisherige Arbeitsverhältnis durch den Abschluss des Anstellungsvertrags nur suspendiert wird und das Dienstverhältnis des Geschäftsführers neben das ruhende Arbeitsverhältnis tritt. Wird der Dienstvertrag beendet, sollte das Arbeitsverhältnis damit wieder aufleben. Zwischenzeitlich hat das BAG diese Rechtsprechung – insbesondere vor dem Hintergrund des auf Arbeitsverhältnisse anwendbaren Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – aufgegeben. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, ist im

Zweifel davon auszugehen, dass das bisherige Arbeitsverhältnis mit dem Abschluss des Anstellungsvertrags endet und nach dessen Beendigung nicht wieder auflebt. Die Vereinbarung eines ruhenden Arbeitsverhältnisses erfordert deshalb eine ausdrückliche Regelung, die idealerweise zur Klarstellung Inhalt des Anstellungsvertrages wird.

### B. Thema

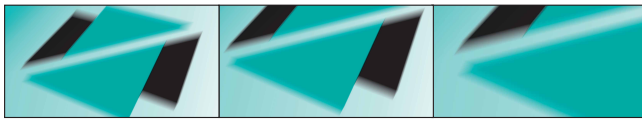
## Krankheitsbedingte Kündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement

Die Diskussion um die Wirksamkeit krankheitsbedingter Kündigungen hat durch einige Gesetzesänderungen und einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts neue Nahrung erhalten.

Nach altem Recht hatte der Arbeitgeber – außer auf freiwilliger Basis – auch nach jahrelanger Dauererkrankung des Arbeitnehmers keinerlei Möglichkeit zu erfahren, an welcher Krankheit dieser leidet und innerhalb welchen Zeitraums dieser voraussichtlich an seinen alten Arbeitsplatz zurückkehren wird. Insoweit hat der arbeitsrechtliche Berater gegenüber dem Mandanten den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung oft mit dem Begriff des „russischen Roulettes“ in Verbindung gebracht. Denn neben den beiden Tatbestandsmerkmalen der erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen und der vorzunehmenden Interessenabwägung musste der Arbeitgeber auf der ersten Stufe auch die negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes des erkrankten Arbeitnehmers nachweisen.

Dabei können die erheblichen Beeinträchtigungen durch Störungen im Arbeitsablauf, Produktionsausfall, Verlust von Kundenaufträgen oder nicht beschaffbarem Ersatzpersonal oder durch wirtschaftliche Belastungen in Form von außerordentlichen Lohnfortzahlungskosten hervorgerufen werden. Bei der Interessenabwägung ist zu prüfen, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen. Hier sind – neben anderen Umständen – die sozialen Daten des Arbeitnehmers, die betrieblichen Ursachen der Erkrankung, das Vorhandensein von Personalreserven und der konkrete Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen.

Die rechtliche Bewertung dieser beiden Tatbestandsvoraussetzungen im Vorfeld ist für den Arbeitgeber bzw. dessen rechtlichen Berater schon mit erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten verbunden, aber immerhin noch möglich, weil es sich allesamt um Kriterien handelt, von denen sich der Arbeitgeber im Vorfeld zumindest theoretisch Kenntnis verschaffen kann.



Keine Kenntnis verschaffen konnte sich hingegen nach altem Recht der Arbeitgeber über die bei einer krankheitsbedingten Kündigung auf der ersten Stufe nachzuweisenden negativen Prognose hinsichtlich des Gesundheitszustands des Arbeitnehmers. Denn nach altem Recht konnte der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber nicht gezwungen werden, vor Ausspruch der Kündigung irgendwelche Informationen über seinen Gesundheitszustand preiszugeben. Dies hatte zur Folge, dass das Tatbestandsmerkmal der negativen Prognose als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine ordentliche personenbedingte Kündigung nicht im Einflussbereich des Arbeitgebers lag.

Dieses für den Arbeitgeber unvermeidbare Risiko in Hinblick auf den Nachweis der negativen Prognose des Gesundheitszustandes hat sich mit der Einführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (im Folgenden kurz bEM genannt) in § 84 Abs. 2 SGB IX geändert. Danach ist ein Arbeitgeber, wenn ein Beschäftigter innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war, seit dem 1. Mai 2004 verpflichtet zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneut der Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Wichtig ist, dass das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 12.07.2007 klargestellt hat, dass die Durchführung dieses neu eingeführten Präventionsverfahrens keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer personenbedingten Kündigung ist. Allerdings stellt das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung auch klar, dass sich der Arbeitgeber bei einem nicht durchgeführten bEM nicht mehr pauschal darauf berufen könne, dass er keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer kenne oder es keinen freien Arbeitsplatz gäbe. Vielmehr bedürfe es dann eines diesbezüglich umfassend konkreten Sachvortrages.

Dies bedeutet für den Arbeitgeber für die Zukunft Folgendes:

Mit der Einführung des § 84 Abs. 2 SGB IX hat der Arbeitgeber erstmals die Möglichkeit, einen länger als sechs Wochen erkrankten Arbeitnehmer in den Betrieb einzustellen und ihn im Rahmen des bEM nach seiner Erkrankung und deren voraussichtlichen Dauer zu befragen. Dies eröffnet dem Arbeitgeber erstmals die Möglichkeit, offiziell in Kontakt zu dem erkrankten Mitarbeiter zu treten und sich auf diesem Wege Informationen über die negative Prognose des Gesundheitszustandes als erste Stufe der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung einzuholen. Damit dürfte der „private Krankenbesuch“ mit Blumenstrauß und/oder Pralinenschachtel des Chefs bei dem dauererkrankten Mitarbeiter in einer Vielzahl der Fälle überflüssig geworden sein.

Für den Fall, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der krankheitsbedingten Kündigung ein bEM allerdings versäumt hat, hat die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12.07.2007 zur Konsequenz, dass der Arbeitgeber nunmehr im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses nicht nur darlegen und beweisen muss, warum ein Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisherigen Arbeitsplatz nicht möglich ist. Vielmehr muss der Arbeitgeber auch vortragen, warum es ausgeschlossen sein soll, den bisherigen Arbeitsplatz leidensgerecht anzupassen oder der Arbeitnehmer nicht auf einen alternativen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden kann. Dieser Nachweis dürfte für den Arbeitgeber in der überwiegenden Anzahl der Fälle nicht zu führen sein. Dies dürfte vom Bundesarbeitsgericht im Übrigen auch beabsichtigt sein, um die Arbeitgeber zur Durchführung des bEM zu zwingen.

Vor dem Hintergrund dieser deutlichen Erschwerung der Darlegungs- und Beweislast bei einem nicht durchgeführten bEM und der zusätzlichen Option, bei Durchführung eines ordnungsgemäßen bEM von dem erkrankten Arbeitnehmer nähere Einzelheiten über dessen Gesundheitszustand und die Dauer der Erkrankung zu erhalten, lautet unsere zukünftige klare Empfehlung, im Fall der krankheitsbedingten Kündigung keineswegs mehr auf die Durchführung des bEM zu verzichten.

Für den Fall, dass der erkrankte Arbeitnehmer den Termin für das bEM ungenutzt verstreichen lässt bzw. keinerlei Auskünfte über seine Krankheit und seine zukünftig noch verbleibende Einsatzmöglichkeit im Unternehmen erteilt, bleibt es zwar für den Arbeitgeber bei dem alten Risiko in Hinblick auf den Nachweis der negativen Gesundheitsprognose; seine Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess erhöht sich in diesem Fall dann aber nicht.

Problematisch werden in der Zukunft weiter diejenigen Fälle werden, in denen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber mitteilt, dass dieser aufgrund seiner Erkrankung zu keinem bEM im Unternehmen persönlich erscheinen kann. In diesem Zusammenhang ist bereits zum jetzigen Zeitpunkt abzu sehen, dass die Arbeitsgerichte zukünftig über die Frage entscheiden werden müssen, ob auch in diesen Fällen vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung sanktionslos auf die Durchführung des bEM verzichtet werden kann und ob der Arbeitnehmer anlässlich der Einladung zu einem bEM dem Arbeitgeber mitteilen muss, welche krankheitsbedingten Faktoren diesen am persönlichen Erscheinen im Unternehmen hindern, um dem Arbeitgeber dadurch die Möglichkeit zu geben, entsprechende Abhilfe zu verschaffen.



## C. Meldungen

### 1. Pflegezeitgesetz in Kraft getreten

Am 01.07.2008 ist das Gesetz über die Pflegezeit in Kraft getreten. Ziel des Gesetzes ist es, Beschäftigten die Möglichkeit zu eröffnen, pflegebedürftige nahe Angehörige in häuslicher Umgebung pflegen zu können. Hierbei wird zwischen der „kurzzeitigen Arbeitsverhinderung“ und der „Pflegezeit“ unterschieden.

Die „kurzzeitige Arbeitsverhinderung“ umfasst das Recht der Beschäftigten, bis zu 10 Arbeitstage von der Arbeit fern zu bleiben, wenn dies erforderlich ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in eine akut aufgetretene Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder die Pflege in dieser Zeit selbst sicher zu stellen. Die Beschäftigten haben dem Arbeitgeber ihre Verhinderung an der Arbeitsleistung und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Der Arbeitgeber kann zum Nachweis der Pflegesituation eine entsprechende ärztliche Bescheinigung verlangen. Eine Pflicht zur Entgeltfortzahlung für diese Zeit besteht nicht.

Zur eigenständigen Pflege eines nahen Angehörigen können Beschäftigte im Rahmen der „Pflegezeit“ sich vollständig oder auch teilweise bis zu sechs Monaten freistellen lassen. Dieser Anspruch besteht nicht in Kleinbetrieben mit 15 oder weniger Beschäftigten. Der Beschäftigte hat die beabsichtigte Pflegezeit spätestens 10 Arbeitstage vor ihrem Beginn dem Arbeitgeber schriftlich anzukündigen und – wie z. B. bei der Elternzeit auch – zu erklären, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang die Freistellung von der Arbeitsleistung in Anspruch genommen soll. Auch hierbei findet keine Entgeltfortzahlung für Freistellungszeiträume statt. Lediglich im Rahmen der beantragten Teilzeitbeschäftigung erfolgt eine entsprechende Vergütung.

In beiden Fällen, der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung sowie der Pflegezeit, besteht ab der Mitteilung gegenüber dem Arbeitgeber ein Sonderkündigungsschutz für das Beschäftigungsverhältnis. Lediglich in besonderen Fällen kann eine Kündigung von der zuständigen Behörde für zulässig erklärt werden.

Der Arbeitgeber kann für den pflegenden Beschäftigten in seiner Abwesenheit eine Vertretung befristet einstellen. Die Pflegezeit gilt hierbei als sachlicher Grund. Bei vorzeitiger Beendigung der Pflegezeit kann der Vertretung unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Von den Regelungen des Pflegezeitgesetzes kann nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden, wie z.B. durch eine Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder durch Betriebsvereinbarung.

### 2. Kabinett billigt Arbeitnehmer-Entsendegesetz und Mindestarbeitsbedingungengesetz

*Bundesministerium für Arbeit und Soziales,  
Pressemitteilung vom 16.07.2008*

Gemäß der Koalitionsvereinbarung, weitere Branchenmindestlöhne zu ermöglichen, hat das Bundeskabinett am 16.07.2008 die Gesetzesentwürfe zur Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingungengesetz beschlossen.

Das Arbeitnehmerentsendegesetz bietet den Rechtsrahmen, um tarifvertragliche Mindestlöhne für alle Arbeitnehmer einer Branche verbindlich festzulegen. Voraussetzung soll jedoch sein, dass in der Branche eine Tarifbindung von mindestens 50 Prozent vorliegt. Die wesentlichen Änderungen des Gesetzes umfassen die Zuständigkeit eines Tarifausschusses für neu aufzunehmende Branchen, Abwägungskriterien bei konkurrierenden Tarifverträgen sowie die Klarstellung, dass die Mindestlohntarifverträge ausnahmslos für alle in- und ausländischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich sind.

Das Mindestarbeitsbedingungengesetz gilt dagegen für Wirtschaftszweige, in denen die tarifgebundenen Arbeitgeber eines Wirtschaftszweigs bundesweit weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich aller Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Auch hier wurde grundsätzlich das Prozedere für die Neuaufnahme von Wirtschaftszweigen durch Hauptausschuss und Fachausschuss festgelegt. Werden hierbei Mindestarbeitsentgelte festgesetzt, gelten diese zwingend und unabdingbar für alle in- und ausländischen Arbeitnehmer dieses Wirtschaftszweiges.

Die Gesetzesentwürfe sind insoweit als Grundlage für die Ausdehnung von Mindestlöhnen auf weitere Branchen zu werten.



### 3. Einführung des elektronischen Einkommensnachweises „ELENA“ von Bundesregierung beschlossen

*Bundesministerium für Wirtschaft, Pressemitteilung vom 25.06.2008*

Das Bundeskabinett hat mit Beschluss vom 25.06.2008 den Gesetzesentwurf über das Verfahren des elektronischen Entgeltnachweises auf den Weg gebracht. Für bestimmte Sozialleistungen sollen Arbeitgeber künftig keine Einkommensnachweise in Papierform mehr ausstellen müssen. Im Rahmen dieser „virtuellen Lohnsteuerkarte“ sollen Daten, wie etwa Arbeitslosen-, Wohn- oder Elterngeld elektronisch erfasst und abgerufen werden können.

Dies soll bei Arbeitgebern zu erheblichen Kosteneinsparungen führen. Bei der Umsetzung wird jedoch mit Verzögerungen gerechnet, insbesondere aufgrund Bedenken im Datenschutz und der konkreten Ausgestaltung des Systems.

### 4. Und noch einmal: Befristung und Schriftform

*BAG, Pressemitteilung Nr. 33/08*

Es wird doch nicht alles so heiß gegessen wie es gekocht wird. In mehreren Entscheidungen hatte das BAG eine aus Sicht der Praxis nur schwer nachvollziehbare Auffassung vertreten: Auch wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer mündlich eine Befristung vereinbart hatten, war das Schriftformerfordernis nur eingehalten, wenn der Arbeitsvertrag von beiden noch vor Arbeitsantritt unterschrieben war.

Einer Pressemitteilung vom 16.04.2008 ist zu entnehmen, dass das BAG von seiner bisherigen Rechtsprechung etwas abrückt.

Entschieden wurde eine durchaus übliche Fallgestaltung. Nach mündlicher Einigung über die Befristung des Arbeitsvertrages übersendet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen von ihm unterzeichneten schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Bitte, ein gegengezeichnetes Exemplar zurückzusenden. Der Arbeitnehmer nimmt seine Arbeit auf. Auf Nachfrage übergibt er erst nach Arbeitsantritt den von ihm unterzeichneten Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber.

Das BAG hat das Schriftformerfordernis für die Befristung als gewahrt angesehen. Dies gerade auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer den Vertrag erst nach dem Arbeitsantritt unterzeichnet haben sollte. Durch die Arbeitsaufnahme sei noch kein Arbeitsverhältnis begründet worden, da der Arbeitgeber sein Arbeitsvertragsangebot von der Rückgabe des unterzeichneten Arbeitsvertrages abhängig gemacht hatte.

### 5. Diskriminierung wegen Schwangerschaft bei Stellenbesetzung

*BAG, Pressemitteilung Nr. 35/08*

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.08.2006, landläufig auch als „Anti-Diskriminierungsgesetz“ bezeichnet, hat das BAG erreicht.

Das AGG verbietet u.a. Benachteiligungen aus Gründen des Geschlechts. Wenn eine Partei „Indizien beweist“, die eine Benachteiligung vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Das BAG stellt an den „Indizienbeweis“ keine strengen Anforderungen.

Im konkreten Fall hatte sich eine schwangere Arbeitnehmerin um eine Stelle beworben. Dem Arbeitgeber war die Schwangerschaft bekannt. Die Arbeitnehmerin hatte weiter behauptet, sie sei Vertreterin des Arbeitnehmers gewesen, dessen Stelle neu besetzt wurde und dieser habe ihr auch seine Nachfolge in Aussicht gestellt. Außerdem sei die Arbeitnehmerin bei der Mitteilung ihrer Nichtberücksichtigung damit getröstet worden, dass sie sich auf ihr Kind freuen solle.

Dies ließ das BAG ausreichen, um eine Benachteiligung i.S.d. AGG vermuten zu lassen. Die Sache wurde an das Landesarbeitsgericht zurück verwiesen. Nun liegt es am Arbeitgeber zu beweisen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutze von Benachteiligung vorgelegen hat.

**Ansprechpartner:****Schultze & Braun GmbH  
Rechtsanwalts-gesellschaft**

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



**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.)*

**Schultze & Braun GmbH  
Rechtsanwalts-gesellschaft  
Wirtschaftsprüfungs-  
gesellschaft**

Eisenbahnstr. 19-23  
77855 Achern  
Telefon 078 41/7 08-0  
Telefax 078 41/7 08-3 01



**Bertram  
Wolf**  
*Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Arbeitsrecht*



**Verena  
Wollert**  
*Rechtsanwältin  
Dipl.-Kauffrau  
Fachanwältin  
für Arbeitsrecht*



**Dr. Andreas  
Beck**  
*Rechtsanwalt  
Fachanwalt 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.

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