

# sfm-arbeitsrecht

## aktuell

2005 - Nr. 3

### BAG:

**Information des Betriebsrats bei Einstellung – Bindung an Zeugnistext – Betriebszugehörigkeit – In-sich-Beurlaubung als Befristungsgrund – vertragliche Ausschlussfrist – Betriebsübergang und Kündigung – außerord. betriebsbedingte Kündigung – Schriftform – Tarifanwendung durch Vertrag zu Gunsten Dritter**

### Weitere Themen

- ▶ dies & das
- ▶ Praxistipp
- ▶ TVöD und Tarifanlehner

## Probezeit forever

**Aufgabe des Kündigungsschutzes in 90 % aller Betriebe – in allen Übrigen zwei oder gar vier Jahre Probezeit**

„Nein, so a Schmarrn, des will doch sicher niemand. Kündigungen ohne jeden Grund auch nach Jahren treuer Dienste? Nein, des geht doch eh ned...“

Doch, bald wird's so weit sein. In der öffentlichen Diskussion fast untergegangen, wird weiter an einem Mindestmaß an Schutz vor Kündigungen gesägt. Immerwährendes Argument: Wenn's mit dem Kündigen einfacher geht, wird mehr eingestellt. Den Nachweis sind die Vertreter dieser These bisher schuldig geblieben, wohl auch weil alle wissenschaftlichen Untersuchungen dies eben gerade nicht bestätigen. Es verbleibt bei der ideologischen Grundthese „was der Wirtschaft gefällt, muss gut sein“.

Die Tatsache, dass Arbeitsplätze nicht aus dem luftleeren Raum heraus entstehen, sondern weil Arbeit zu erledigen ist, wird völlig ignoriert.

Union und FDP überbieten sich nun mit Vorschlägen, wie der Kündigungsschutz abgebaut wird. Wohlgemerkt: es geht hier darum, ob überhaupt ein Grund zur Kündigung gegeben sein muss oder nicht. Klassisch kennt man dies in der Probezeit. Hier kann ein Ar-

### Mehr Arbeitsplätze durch weniger Schutz?

beitgeber in den ersten 6 Monaten ohne jeden Grund das Arbeitsverhältnis wieder kündigen. Schon weniger bekannt ist, dass dies auch bei langjährig Beschäftigten gilt, die in Unternehmen arbeiten, die nicht mehr als 5 Vollzeitbeschäftigte (Teilzeiter zählen anteilig) beschäftigen. Millionen sind also bereits heute ohne Schutz vor willkürlichen Kündigungen.

Union und FDP wollen jetzt die Probezeit für Alle verlängern auf 2 bzw. 4 Jahre. Das heißt also 2 oder gar 4 Jahre ducken und bu-



ckeln in der Hoffnung, den Chef nicht mal versehentlich schief anzusehen.

Darüber hinaus wollen sie den Kreis der Dauerschutzlosen vergrößern. Die Union will Betriebe bis 20 Vollzeitmitarbeiter (z. B. auch 10 Vollzeitmitarbeiter und 20 Halbtagskräfte) dauerhaft zur rechtsschutzlosen Zone machen, die FDP bis 50 (das könnten dann auch 5 Vollzeitler und 45 Halbtagskräfte sein). Der Rückschritt in die Zeit des Manchester-Kapitalismus geht also weit über den

**Der Betriebsrat ist über den Inhalt von Vorstellungsgesprächen zu unterrichten**

Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung zu unterrichten. Er hat ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Stellenbewerber zu geben. Die Auskünfte haben sich auf die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen für den zu besetzenden Arbeitsplatz zu erstrecken. Wenn für die Auswahlentscheidung Vorstellungsgespräche mit verschiedenen Bewerbern

# BAG-Splitter

## 2. Quartal 2005

vom Arbeitgeber ein qualifiziertes Zeugnis verlangen. Entspricht das erteilte Zeugnis nach Form und Inhalt nicht den tatsächlichen und rechtlichen Anforderungen, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Berichtigung des Zeugnisses. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer ein "neues" Zeugnis auszustellen. Bei der Erstellung dieses Zeugnisses ist der Arbeitgeber an den bisherigen, vom Arbeitnehmer nicht beanstandeten Zeugnistext gebunden. Eine Ausnahme greift nur für den Fall ein, dass dem Arbeitgeber nachträglich Umstände bekannt werden, die die Leistung oder das Verhalten des Arbeitnehmers in einem anderen Licht erscheinen lassen.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. Juni 2005 - 9 AZR 352/04, zit. nach Pressemitteilung des BAG 39/05*

**Berücksichtigung von durch Prozessvergleich zugesagten Betriebszugehörigkeitszeiten bei der Sozialauswahl kann zulässig sein**

Bei der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen kommt keinem der vier sozialen Auswahlkriterien, nämlich der Dauer der Betriebszugehörigkeit, dem Lebensalter, den Unterhaltspflichten und der Schwerbehinderung, ein überwiegendes Gewicht zu. Da der Arbeitgeber nur zu einer "ausreichenden" Sozialauswahl gesetzlich verpflichtet ist, steht ihm bei der Gewichtung der Auswahlkriterien ein Wertungsspielraum zu.

Wird Vorbeschäftigungszeit bei dem anderen Arbeitgeber vom neuen Arbeitgeber anerkannt und werden dadurch andere Arbeitnehmer dadurch relativ gesehen weniger sozial schutzwürdig, so ist dies zulässig, wenn für diese Anrechnung ein sachlicher Grund gegeben und sie nicht willkürlich ist.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04, zit. nach Pressemitteilung des BAG 36/05*

# Nachlesen...

**„Regierungsprogramm“ der CDU/CSU vom 11.07.2005, Seite 12:**

*„...Für Neueinstellungen wird das Kündigungsschutzgesetz in Betrieben bis zu 20 Beschäftigten ausgesetzt. In anderen Betrieben wird er für Neueinstellungen erst nach zwei Jahren wirksam...“*

**Deutschlandprogramm 2005 der FDP, Seite 13:**

*„Das Kündigungsschutzgesetz soll daher erst ab einer Betriebsgröße von mehr als 50 Mitarbeitern gelten und erst vier Jahre nach Beginn des Arbeitsverhältnisses einsetzen.“*

**Mehr dazu unter [www.dgb.de](http://www.dgb.de)**

<http://www.dgb.de/themen/btw2005/hintergrund/>  
<http://www.bundestagswahl.mit.grips.dgb.de>

*mifl*

Kreis der kleinen Handwerker hinaus, die 2-3 Gesellen haben und damit auch heute schon keinerlei Begründung für eine Kündigung brauchen.

Wollen wir das? Wollen Sie das? CDU/CSU und FDP jedenfalls wollen das laut ihren Programmen, wenn auch die Öffentlichkeit die Konsequenzen der Forderungen größtenteils ignoriert.

*Michael Fleischmann*

maßgeblich waren, gehört zu einer vollständigen Auskunft eine Mitteilung über den Gesprächsinhalt.  
*Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 28. Juni 2005 - 1 ABR 26/04 – zit. nach Pressemitteilung des BAG Nr. 41/05 (damit LAG München vom 11. November 2003 - 6 TaBV 16/03 aufgehoben)*

**Arbeitgeber an Zeugnistext gebunden**

Jeder Arbeitnehmer kann bei der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses

# Praxistipp

## Beschlussfassung Teil 2 – Einleitung eines Gerichtsverfahrens:

- Die Beschlussfassung muss genau beinhalten, wieso der Betriebs- oder Personalrat welches Verfahren einleiten möchte und wer gegebenenfalls damit beauftragt wird.
- Beispiel: Beschluss zur Einleitung gerichtliches Verfahren auf Unterlassung:
  - a. Der Betriebsrat stellt fest, dass der Arbeitgeber mehrfach Auswertungen der Arbeitszeitdaten zur Verhaltenskontrolle vorgenommen hat, ohne den BR gemäß dem in unserer Betriebsvereinbarung Arbeitszeitkontrolle niedergelegten Verfahren zu beteiligen.
  - b. Der Betriebsrat beschließt daher, ein Verfahren beim Arbeitsgericht einzuleiten mit dem Ziel, dem Arbeitgeber unter Androhung eines Ordnungsgeldes untersagen zu lassen, dies zu wiederholen.
  - c. Mit Einleitung und Führung des Verfahrens werden die Rechtsanwälte .... beauftragt.

### Die In-sich-Beurlaubung eines Beamten nach § 4 Abs. 3 Postpersonalrechtsgesetz kann sachlicher Befristungsgrund i. S. d. § 14 Abs. 1 TzBfG sein

Nach § 4 Abs. 3 Postpersonalrechtsgesetz (PostPersRG) darf ein Beamter zur Wahrnehmung einer Tätigkeit im Arbeitsverhältnis bei einer Nachfolgegesellschaft der Bundespost befristet beurlaubt werden. Die nachfolgende Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über die Befristung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der Beurlaubung ist durch einen sachlichen Grund iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25. Mai 2005 - 7 AZR 402/04, zit. nach Pressemitteilung des BAG 33/05*

### Unwirksamkeit einer einzelvertraglich vereinbarten Ausschlussfrist, wenn AGB

Zweistufige Ausschlussfristen (das sind solche, die nach einer formlosen oder schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs zusätzlich die gerichtliche Geltendmachung innerhalb bestimmter Fristen erfordern) können einzelvertraglich auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Das BAG hält aber in Anlehnung an § 61b ArbGG für die zweite

Stufe eine Mindestfrist von drei Monaten für geboten.

Dasselbe gilt, falls die vom Arbeitgeber vorformulierte Ausschlussfrist nur zur einmaligen Verwendung bestimmt war, sofern der Arbeitnehmer aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen konnte; denn es liegt ein Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB vor.

Die zu kurz bemessene Klagefrist ist in diesen Fällen unwirksam mit der Folge, dass eine Klage zum Erhalt des Anspruchs überhaupt nicht erhoben werden musste (keine erhaltensreduzierende Auslegung).

Dagegen kommt eine Überprüfung der Dauer der Ausschlussfrist an dem Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) dann nicht in Betracht, wenn es sich um eine im Einzelnen zwischen den Parteien ausgehandelte Klausel handeln sollte.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04, zit. nach Pressemitteilung des BAG 31/05*

### Keine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB

Wird der Arbeitnehmer über einen Betriebsübergang nicht ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet, läuft die einmonatige Widerspruchsfrist

gem. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht. Die Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB begründet auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kein Kündigungsverbot. Der Kläger hatte nach Widerspruch und anschließender Kündigung durch den Altarbeitgeber die Ansicht vertreten, die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil die Beklagte ihn nicht ausreichend i. S. v. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang und seine Folgen informiert und sich damit pflichtwidrig verhalten habe. *Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24. Mai 2005 - 8 AZR 398/04, zit. nach Pressemitteilung des BAG 29/05*

### „dramatisch verschlechterte“ Haushaltslage kein Grund zur außerordentlichen Kündigung eines ansonsten ordentlich nicht kündbaren Arbeitsverhältnisses

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. April 2005 - 2 AZR 125/04, zit. nach Pressemitteilung des BAG 23/05*

### Schriftform der Kündigung

Für die Einhaltung der Schriftform der Kündigung (§ 623 BGB) ist es erforderlich, dass der Kündigende die Kündigung unterzeichnet. Wird die Kündigung durch einen Vertreter unterschrieben, muss dies in der Kündigung durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Sind in dem Kündigungsschreiben einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) alle Gesellschafter sowohl im Briefkopf als auch maschinenschriftlich in der Unterschriftenzeile aufgeführt, so reicht es zur Wahrung der Schriftform nicht aus, wenn lediglich ein Teil der GbR-Gesellschafter ohne weiteren Vertretungszusatz das Kündigungsschreiben handschriftlich unterzeichnet.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. April 2005 - 2 AZR 162/04 - damit LAG München vom 28. Oktober 2003 - 6 Sa 47/03 aufgehoben, zit. nach Pressemitteilung des BAG 22/05*

### Dynamische Tarifierung kraft Vertrages zu Gunsten Dritter bei Betriebsübergang zulässig

Es ist zulässig, in einem Vertrag (hier Klinikkaufvertrag) zugunsten Dritter (der Arbeitnehmer) zu vereinbaren,

dass die im übernommenen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer unter die dynamische Anwendbarkeit auch der Vergütungstarifverträge für den öffentlichen Dienst fallen. Diese Regelung sei trotz der Möglichkeit der tarifvertraglichen Verschlechterung von Arbeitsbedingungen in der Zukunft kein unzulässiger Vertrag zu Lasten der Arbeitnehmer, so das BAG.

Dies gelte im vorliegenden Fall schon deshalb, weil den betreffenden Arbeitnehmern das Wahlrecht eingeräumt worden ist, anstelle der Tarifverträge für den öffentlichen Dienst eine bestimmte andere Vergütungsordnung zu wählen.

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20. April 2005 – 4 AZR 292/04 – zit. nach Pressemitteilung des BAG Nr. 20/05*

*mifl – September 2005*

## dies & das

### Lohn- und Gehalts-Check bei LohnSpiegel.de

In der vorliegenden Startversion kann man zu 18 Berufsbildern einen Gehaltscheck vornehmen. Ergänzt wird dies durch einen Brutto-Netto-Rechner, links zu Tarifgehältern etc., zu finden unter [www.lohnspiegel.de/index.php?pid=47](http://www.lohnspiegel.de/index.php?pid=47)

### Kirchhof's Steuerideen ungerecht und unfinanzierbar

Inhalt und Auswirkungen Kirchhof's Steuerideen beschreibt die Ausgabe 13/2005 von Wirtschaft aktuell der IG Metall, zu finden unter [www.igmetall.de/download](http://www.igmetall.de/download)

*mifl*

# Die Anwendung des TVöD bei so genannten Tarifanlehnern

Die große Tarifreform im öffentlichen Dienst hinterlässt ihre Spuren nicht nur in eben diesem, sondern hat Auswirkungen weit darüber hinaus. Der Bundesangestelltentarifvertrag wie auch zum Beispiel der Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter wurde in vielen Betrieben und Unternehmen außerhalb des öffentlichen Dienstes teils in vollem Umfang, teils in Teilen zur Anwendung gebracht. Gelegentlich geschah dies kraft betrieblicher Übung, meist jedoch ausdrücklich durch eine so genannte vertragliche Bezugnahme Klausel. Hier wurde der BAT oder aber BMT-G II oder MTArb. in seiner jeweiligen Fassung zum Vertragsbestandteil erklärt. Nun mehr soll der TVöD diese Tarifverträge per 01.10.2005 ablösen. In den Bereichen, in denen echte Tarifbindung besteht (Bund und Mitglieder der VKA; die

Länder haben sich ausgeklint) treten hier keine Probleme auf.

In Unternehmen, welche die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (in der Fassung Bund oder Kommunen) bisher lediglich kraft vertraglicher Bezugnahme zur Anwendung gebracht haben, taucht nun die These auf, dass der TVöD hier kein ablösender bzw. ersetzender Tarifvertrag sei. Diese, offensichtlich auch vom kommunalen Arbeitgeberverband Bayern unterstützte These lässt nun Arbeitgeber Hoffnung schöpfen, sich der Mühsal der Tarifierstellung zu entledigen bzw. den jeweils letzten Stand des BAT bzw. BMT-G II / MTArb nurmehr in eingefrorener Fassung zur Anwendung zu bringen.

Dies ist falsch. Aber wie kommen Arbeitgeber auf eine solche These? Ausgangspunkt dieser These sind offensichtlich der Tarif-

vertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) und der Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Bund). Der jeweilige § 2 erklärt hier die Ablösung der alten Tarifverträge durch den TVöD für die jeweils tarifgebundenen Arbeitgeber. Dies ist auch ganz normal, da Tarifvertragsparteien lediglich Abmachungen für sich bzw. ihre Mitglieder treffen können.

Tarifanlehnung war jedoch stets eine vertragliche Vereinbarung von eben gerade nicht Tarifgebundenen. Das was tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer anwenden auch anzuwenden, ist die Vereinbarung, die außerhalb des Tarifgefüges entsteht und nur



Bezug auf die Inhalte der Tarifverträge nimmt.

Anknüpfungspunkt der Prüfung kann also nicht die Meinung der Tarifvertragsparteien sein, sondern der Inhalt der Bezugnahme durch betriebliche Übung oder aber durch die vertragli-

Vertragsparteien damit vereinbaren wollten. In aller Regel wird man hier zu dem Schluss kommen, dass es den Vertragsparteien - auch wenn sie die Bezeichnung BAT oder BMT-G II oder MTArb benutzt haben - nicht darauf ankam, dass es eben gerade der Ta-

rifvertrag mit einer bestimmten Bezeichnung ist, der inhaltlich zur An-

diese Arbeitnehmer unterliegen keiner echten Tarifbindung sondern lediglich einer vertraglichen Einbeziehung des jeweiligen Tarifvertrages. Hier ist jedoch völlig unstrittig, dass der TVöD die hier in den Vertragsklauseln benannten Tarifverträge ablöst. Für die Annahme, dass die gleichen Vertragsklauseln außerhalb des öffentlichen Dienstes einen anderen Erklärungsinhalt haben, gibt es in aller Regel keinerlei Anlass. Es bleibt dabei, dass der TVöD auch außerhalb von Bund und Mitgliedern der VKA den BAT, BMT-G II und MTArb ersetzt.

*Michael Fleischmann*

### ***sfm-intern***

Und wieder hat der Storch zugeschlagen.... Am 23. September verabschiedet sich unsere Kollegin Rechtsanwältin Tanja Berger (vorübergehend) in die Baby-Pause. Alles Gute hier noch mal von den Zurückgelassenen.

Seit Anfang September haben wir wieder eine zweite Auszubildende. Cornelia Saiko hat bei uns Ihre Lehre zur Rechtsanwaltsfachangestellten begonnen.

## **Die Bezugnahme Klausel ist auszulegen**

chen Klauseln. Hier kommt also Vertragsauslegung zum Zuge.

Wurden in der Vergangenheit sämtliche Tarifinhalte des öffentlichen Dienstes in einem Unternehmen kraft betrieblicher Übung zur Anwendung gebracht, so wird die Auslegung dahingehen, dass das, was für den öffentlichen Dienst jeweils gilt, nämlich auch der neue TVöD, hier zur Anwendung gelangt.

Bei vertraglichen Bezugnahme Klauseln ist ebenfalls eine Auslegung vorzunehmen. Ausgehend vom Wortlaut der jeweiligen vertraglichen Klausel ist jedoch auch auf den Erklärungsinhalt abzustellen, nämlich das was die

wendung kommen soll, sondern dass hier der jeweils im öffentliche Dienst anzuwendende Tarifvertrag gilt. Somit führt die Vertragsauslegung in 99 % der Fälle dazu, dass Inhalt der Arbeitsverträge auch ist, dass eine Umbenennung des Tarifvertrags oder eine formelle Ablösung durch einen anderen Tarifvertrag nicht zum Untergang der Tarifanlehnung führen sollte.

Dass die Gegenmeinung eher taktisch motiviert ist, sieht man auch daran, dass vertragliche Bezugnahme Klauseln auch im öffentlichen Dienst benutzt werden, um nämlich den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer dem Tarifgebundenen gleich zu stellen. Auch

### **Impressum:**

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von  
seebacher.fleischmann.müller - Kanzlei für Arbeitsrecht, Sendlinger Str. 46, 80331 München  
Tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - Fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - Mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

#### Redaktion:

RAe Krikor R. Seebacher, Michael Fleischmann (verantwortlich i. S. d. P.), Andreas Müller, Hülya Ördek, Barbara Renkl, Stefanie Duffner, Angelika Daumoser, Tanja Berger, Svante Bernstein

Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet

