

# Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



Newsletter 3/2012

## Aktuelle Informationen zum Arbeitsrecht

TSP

### I. GESETZLICHE NEUERUNGEN

Entwurf eines Mindestlohngesetzes	S. 3
Gesetzesentwurf des Bundesrats zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe in Führungsgremien	S. 3

### II. AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN

BAG zu Urlaubsabgeltungsansprüchen – Aufgabe der Surrogationstheorie	S. 4
BGH zur Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds	S. 5
BAG zur Abgeltung von Überstunden mit der vertraglichen Vergütung	S. 6
BAG zum Verfall von Urlaubsansprüchen	S. 8
BGH zur Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf GmbH-Geschäftsführer	S. 9
BAG zur Zulässigkeit von Kettenbefristungen	S. 10

# Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



BAG zur Verneinung eines Arbeitsverhältnisses bei Ausübung eines Ehrenamtes	S. 11
LAG Berlin-Brandenburg zur Kündigung ohne vorherige Abmahnung bei Falschangaben bei der Zeiterfassung	S. 12
LAG Düsseldorf zur Rechtmäßigkeit der Kürzung von Sozialplanabfindungen für rentennahe Jahrgänge	S. 13
BAG zur möglichen Diskriminierung von Arbeitnehmern bei widersprüchlicher Begründung arbeitsrechtlicher Maßnahmen	S. 15

TSP

## I. Gesetzliche Neuerungen

### Entwurf eines Mindestlohngesetzes

Der Bundesrat hat in der Sitzung vom 21.09.2012 beschlossen, dem Bundestag den Entwurf eines Gesetzes zur Festsetzung eines Mindestlohnes zuzuleiten (BR-Drucks. 542/12 - 11.09.2012). Bislang waren entsprechende Versuche jeweils gescheitert. Wegen der Widerstände in der Bundesregierung ist gleichwohl fraglich, ob der Bundestag dem zustimmt. Zweck der Gesetzesinitiative ist eine Existenzsicherung für Beschäftigte in Vollzeitätigkeit. Durch eine Kommission soll ein bestimmter Stundenbruttolohn als Mindestlohn ermittelt werden. Sodann muss der Kommissionsvorschlag durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und soziale Sicherheit festgesetzt werden. Ausnahmen vom Mindestlohn soll es weder durch Arbeitsvertrag noch durch Tarifvertrag geben. Auch sind Verwirkung und Verzicht ausgeschlossen. Die Verjährungsfrist soll gegenüber der üblichen dreijährigen Frist auf 10 Jahre verlängert werden.

Ralf Fuhrmann

Nach dem Entwurf müssen in Aufsichtsräten von börsennotierten und mitbestimmten Unternehmen beide Geschlechter mit einer bestimmten Quote vertreten sein. Zunächst soll die Quote bis zum 01.01.2018 bei 20 % und fünf Jahre später dann bei 40 % liegen. Bei mitbestimmten Unternehmen müssen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter die Vorgaben getrennt erfüllen. Erwähnenswert ist unter anderen Ausnahmen eine Härtefallregelung für Unternehmen, die sich "ernsthaft, aber im Ergebnis erfolglos bemüht" haben, die Regelung einzuführen. Bei Nichterfüllung der Vorgaben sollen Sanktionen über die Nichtberücksichtigung von Aufsichtsratsvergütungen bei der Körperschaftssteuer greifen.

Es bleibt abzuwarten, ob der Bundestag dem Gesetzesentwurf so zustimmt.

Ralf Fuhrmann

### Gesetzesentwurf des Bundesrats zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe in Führungsgremien

Der Bundesrat hat am 21.09.2012 den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung gleichberechtigter Teilhabe von Frauen und Männern in Führungsgremien beschlossen und dem Bundestag zugeleitet (BR-Drucks. 330/12 - 29.05.2012). In der Vergangenheit waren ähnliche Gesetzesentwürfe gescheitert.

## II. Aktuelle Entscheidungen

### Die Entscheidung des BAG vom 19.06.2012 – 9 AZR 652/10

**Urlaubsabgeltungsansprüche müssen nicht mehr innerhalb des Urlaubsjahres oder eines Übertragungszeitraums geltend gemacht werden. Das BAG hat die bisherige Surrogatstheorie vollständig aufgegeben. Ausschlussfristen erhalten damit weitere Bedeutung.**

#### Sachverhalt

Der Kläger war bei seinem Arbeitgeber bis Ende Juli 2008 als Arbeitnehmer beschäftigt. Beim Ablauf des Arbeitsverhältnisses standen ihm noch 16 Tage Urlaub zu. Erst Anfang Januar 2009 verlangte der Kläger von seinem Arbeitgeber die Abgeltung dieser Urlaubstage. Der Arbeitgeber ist diesem Begehren nicht nachgekommen.

#### Entscheidung

Anders als beide Vorinstanzen hat das BAG dem Kläger Recht gegeben und ihm einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung zugesprochen. Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG muss der Erholungsurlaub im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Auf das folgende Kalenderjahr kann der Urlaub nur übertragen werden, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG). In diesem Fall muss der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG). Diese Be-

fristungsvorgaben waren nach der bisherigen Auffassung des BAG auch für den Urlaubsabgeltungsanspruch relevant. Aus diesem Grund haben die Vorinstanzen die Geltendmachung des Urlaubsabgeltungsanspruchs erst im Januar 2009 für zu spät gehalten und die Klage abgewiesen.

Das BAG hat allerdings entgegen seiner früheren Rechtsprechung entschieden, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch als reiner Geldanspruch nicht (mehr) den Fristen des Bundesurlaubsgesetzes unterliegt. Dies gelte nicht nur – wie schon vor Kurzem entschieden – für Urlaubsabgeltungsansprüche langzeiterkrankter Arbeitnehmer, sondern für jegliche Urlaubsabgeltungsansprüche. Die über Jahrzehnte geltende Surrogatstheorie – der zufolge der Urlaubsabgeltungsanspruch als Ersatz (Surrogat) für den nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mehr realisierbaren Urlaubsanspruch denselben Fristen wie der Urlaubsanspruch selbst unterliegt – wurde damit vollständig aufgegeben.

#### Praxishinweis

Das BAG schafft mit dieser Entscheidung Klarheit und räumt dem Urlaubsabgeltungsanspruch keine Sonderstellung mehr ein, die sich von sonstigen Ansprüchen von Arbeitnehmern unterscheidet. Dies ist aus Arbeitgebersicht zu begrüßen, obgleich sich Mitarbeiter künftig nicht mehr per se beeilen müssen, Urlaubsabgeltungsansprüche noch im laufenden (Urlaubs-)Jahr der Vertragsbeendigung geltend zu machen. Für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen sind vertragliche oder tarifliche Ausschlussfristen anwendbar. Diesen unterliegen nach der Aufgabe der

Surrogatstheorie nun auch Urlaubsabgeltungsansprüche mit der Folge, dass mit Ablauf der Ausschlussfristen bis dahin nicht geltend gemachte Urlaubsabgeltungsansprüche entfallen. Arbeitgebern ist zu empfehlen, die aktuell verwendeten Vertragsmuster darauf zu prüfen, ob wirksame Ausschlussfristen enthalten sind. Andernfalls können gegebenenfalls noch Jahre nach dem Ausscheiden von Mitarbeitern Urlaubsabgeltungsansprüche drohen.

Dr. Andreas Chmel

### Die Entscheidung des BGH vom 17.07.2012 – II ZR 55/11

**Die Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds für (höchstens) fünf Jahre nach einverständlicher Amtsniederlegung früher als ein Jahr vor Ablauf der ursprünglichen Bestelldauer ist grundsätzlich zulässig und stellt auch dann, wenn für diese Vorgehensweise keine besonderen Gründe gegeben sind, keine unzulässige Umgehung des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG dar.**

#### Sachverhalt

Der Kläger ist neu gewähltes Mitglied des Aufsichtsrates der beklagten Aktiengesellschaft. Der Aufsichtsrat hatte in seiner vorherigen Besetzung beschlossen, zwei Vorstandsmitglieder unter "einverständlicher Aufhebung" ihrer noch zweieinhalb Jahre laufenden Bestellung für jeweils fünf Jahre erneut zu Vorstandsmitgliedern zu bestellen. Der Kläger begehrt die Feststellung der Nichtigkeit der Aufsichtsratsbeschlüsse über die Wiederbestellung der beiden Vorstandsmitglieder.

#### Entscheidung

Gemäß § 84 Abs. 1 S. 3 AktG dürfen Vorstandsmitglieder auf höchstens fünf Jahre bestellt werden. Über eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit darf der Aufsichtsrat frühestens ein Jahr vor Ablauf der laufenden Amtszeit entscheiden. Im Beschlusszeitpunkt bindet sich der Aufsichtsrat daher für max. 6 Jahre (max. ein Jahr der restlichen Amtszeit + max. 5 Jahre der neuen Amtszeit). Unter dem Aspekt der Gesetzesumgehung war im juristischen Schrifttum heftig umstritten, ob man mittels folgendem Prozedere unter Außerachtlassung der vorgenannten Jahresfrist eine längere Bindung herbeiführen kann: Aufsichtsrat und Vorstand beschließen einvernehmlich die Aufhebung der Bestellung und vereinbaren gleichzeitig die erneute Bestellung für einen Zeitraum von max. 5 Jahren. Die Restdauer der bisherigen Amtszeit soll dabei unberücksichtigt bleiben (Beispiel: Aufhebung nach 3 Jahren + Neubestellung für 5 Jahre). Diese Gestaltungsmöglichkeit greift auch Nr. 5.1.2 des DCGK (Deutscher Corporate Governance Kodex) auf, wonach eine Wiederbestellung vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der ursprünglichen Amtszeit bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung „nur bei Vorliegen besonderer Umstände“ erfolgen soll.

Abweichend von dem in der Vorinstanz mit dieser Sache befassten OLG Zweibrücken hat der BGH entschieden, dass nach § 84 Abs. 1 AktG eine Wiederbestellung des Vorstandsmitglieds für (höchstens) fünf Jahre nach einverständlicher Amtsniederlegung auch ohne besondere Gründe zulässig ist. Weder die Gesetzgebungsgeschichte noch der Sinn und Zweck der Vorschrift verbiete diese Möglichkeit.

### Praxishinweis

Erfreulich ist, dass der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung die sowohl für Vorstände als auch Aufsichtsräte notwendige Rechtssicherheit geschaffen hat. Denn die Folgen der Nichtigkeit einer Vorstandsbestellung, die gemäß § 84 Abs. 1 S. 5 AktG auch auf den Dienstvertrag durchschlägt und nur zu einem höchst problematischen und leicht kündbaren faktischen Vertragsverhältnis führt, sind unerfreulich.

Fällt eine Gesellschaft allerdings unter den Deutschen Corporate Governance Kodex, soll die Wiederbestellung eines Vorstandes unter gleichzeitiger Aufhebung seiner vorherigen Bestellung nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen (Nr. 5.1.2 des DCGK). Die vom BGH in der vorgestellten Entscheidung unter dem Aspekt des § 84 Abs. 1 S. 3 AktG attestierte rechtliche Zulässigkeit dieser Vorgehensweise auch ohne Vorliegen weiterer Voraussetzungen vermag daran nichts zu ändern. Besondere Umstände können beispielsweise gegeben sein, wenn die Gesellschaft ein Vorstandsmitglied angesichts von Abwerbungsversuchen Dritter verstärkt binden möchte. Vorstand und Aufsichtsrat vornehmlich börsennotierter Unternehmen sind gemäß § 161 AktG jährlich zur Abgabe einer Erklärung verpflichtet, dass den Empfehlungen des DCGK entsprochen wurde/wird oder welchen Empfehlungen aus welchen Gründen nicht entsprochen wurde/wird. Gegebenenfalls ist diese so genannte Entsprechenserklärung bei beabsichtigten Abweichungen unterjährig zu korrigieren. Verstöße gegen die Regelungen des DCGK sowie gegen die Pflichten von § 161 AktG berühren zwar grundsätzlich nicht die Wirksamkeit der getroffenen Entscheidungen. Sie können aber Fragen nach einer Haftung von Vorstand und Aufsichtsrats-

mitgliedern sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber Dritten aufwerfen.

Dr. Christina Mitsch

### Die Entscheidung des BAG vom 16.05.2012 - 5 AZR 331/11

**Eine arbeitsvertragliche Bestimmung, wonach 20 Überstunden pro Monat bei einer 40-Stunden-Woche mit der vertraglichen Vergütung abgegolten sind, ist – jedenfalls bei Fehlen einer Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers – nicht zu beanstanden.**

#### Sachverhalt

Der Kläger war bei der Beklagten mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existierte nicht. Der Kläger hatte aber mit der Beklagten mündlich vereinbart, dass Überstunden bis zu 20 Stunden im Monat mit der vertraglichen Vergütung abgegolten sind. Eine Überstundenvergütung war mit einem Zuschlag von 25 % erst ab der 21. Überstunde vorgesehen. Der Kläger leistete regelmäßig Überstunden, vor allem, weil er auch in der Mittagszeit im Büro anwesend war, um Kundenanrufe entgegenzunehmen. Mit seiner Klage verlangte er Bezahlung auch für die in der Vergangenheit geleisteten ersten 20 Überstunden im Monat. Eine Vereinbarung über eine Befugnis des Arbeitgebers, Überstunden anzuordnen, existierte zwischen den Parteien nicht.

### Entscheidung

Die Klage hatte in allen drei Instanzen keinen Erfolg. Das BAG hat die Pauschalierungsabrede zur Abgeltung von Überstunden durch die vertragsgemäße Vergütung als wirksamen Bestandteil des mündlichen Arbeitsvertrags angesehen. Auch wenn die Abrede mündlich getroffen wurde, hindert dies aus Sicht des BAG keine Überprüfung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das BAG hat die Klausel dann jedoch nicht als überraschend angesehen und überdies für ausreichend transparent gehalten. Nach der Feststellung des BAG sind solche Klauseln im Arbeitsleben weit verbreitet und damit nicht überraschend. Auch die weitere Prüfung, ob die Klausel im Arbeitsvertrag zur pauschalen Abgeltung von Überstunden klar und verständlich ist, hat die hier streitige Klausel bestanden. Nach Meinung des BAG muss sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergeben, welche Arbeitsleistung in welchem zeitlichen Umfang von der Klausel erfasst werden soll. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsabschluss erkennen können, was ggf. auf ihn zukommt und welche Leistungen er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss. Das BAG hält die hier verwendete Klausel insoweit für eindeutig. Der Mitarbeiter muss wissen, dass er für die vereinbarte Vergütung ggf. bis zu 20 Überstunden monatlich ohne zusätzliche Vergütung leisten muss. Einer weitergehenden Inhaltskontrolle nach den AGB-rechtlichen Regelungen unterzieht das BAG die pauschale Abgeltungsklausel nicht, da mit der Klausel eine Hauptleistungsabrede vorliegt, die nur die Gegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung, also die Vergütung, betrifft.

### Praxishinweise

Die Entscheidung des BAG ist von erfreulicher Klarheit. In Rechtsprechung und Literatur war bislang kontrovers diskutiert worden, welchen Umfang eine pauschale Abgeltung von Überstunden haben kann. Mit der jetzt getroffenen Entscheidung des BAG ist zumindest geklärt, dass 20 Überstunden im Monat bei einer 40-Stunden-Woche nicht zu beanstanden sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob eine solche pauschale Abgeltungsklausel wie im vorliegenden Fall mündlich zwischen den Parteien vereinbart wurde oder aber schriftlich vom Arbeitgeber im Arbeitsvertrag vorformuliert wird.

Im hier streitigen Fall hatte der Arbeitnehmer die Überstunden geleistet, ohne dass der Arbeitgeber sich die Anordnung von Überstunden unbeschränkt oder in beschränktem Umfang (im hier nur mündlich geschlossenen) Arbeitsvertrag vorbehalten hatte. An dieser Stelle schüttet das BAG "Wasser in den Wein". Das BAG hat ausdrücklich offen gelassen, ob es eine entsprechende Klausel auch für wirksam halten würde, wenn die Klausel über die Pauschalvergütung von Überstunden mit einer Abrede über die Befugnis des Arbeitgebers zur Anordnung von Überstunden kombiniert wird. In der Literatur und der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird eine solche Kombination als eine kontrollfähige Preisnebenabrede angesehen. Auf der rechtssicheren Seite ist daher ein Arbeitgeber nur, wenn er auf eine entsprechende Anordnungsbefugnis im vorformulierten Arbeitsvertrag gänzlich verzichtet. Der Arbeitgeber ist dann aber darauf angewiesen, dass der Mitarbeiter freiwillig einer Aufforderung zur Überstundenleistung nachkommt. Es wäre zu wünschen, dass das BAG alsbald auch zu der noch offen gebliebenen Frage Stellung nimmt. Dabei wird von Bedeutung sein, ob neben einer im

Vertrag vorgesehenen Begrenzung der Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers auf eine bestimmte Wochenstundenzahl auch weitere Voraussetzungen für die Anordnung von Überstunden im Arbeitsvertrag explizit aufgelistet werden müssen.

Ralf Fuhrmann

### Die Entscheidung des BAG vom 07.08.2012 – 9 AZR 353/10

**Jeder Arbeitnehmer hat nach § 1 BUrlG in jedem Kalenderjahr auch dann Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, wenn er im gesamten Urlaubsjahr arbeitsunfähig krank war. Dies gilt – sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist – selbst in einem ruhenden Arbeitsverhältnis. Kann der Urlaub wegen Arbeitsunfähigkeit nicht genommen werden, verfallen die Urlaubsansprüche jedoch 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres.**

#### Sachverhalt

Die schwerbehinderte Klägerin war in einer Rehabilitationsklinik der Beklagten vom 01.07.2001 bis zum 31.03.2009 als Arbeitnehmerin beschäftigt. Im Jahr 2004 erkrankte die Klägerin und bezog eine Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus. Ihre Tätigkeit bei der Beklagten nahm die Klägerin während des Bezugs der Erwerbsunfähigkeitsrente und somit über mehrere Jahre hinweg bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht wieder auf. Der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare TVöD (Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst) sah während des Bezugs einer Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit das Ruhen des Arbeitsverhältnisses vor. Ferner sollte sich die

Dauer des Erholungsurlaubs nach dem TVöD für jeden Kalendermonat des Ruhens um ein Zwölftel vermindern. Die Klägerin verlangte die Abgeltung des gesamten gesetzlichen Mindest- sowie tarifvertraglichen Mehrurlaubs aus den Jahren 2005-2009.

#### Entscheidung

Das BAG gab der Klage – anders als die Vorinstanzen – nur in Höhe der Abgeltung des gesetzlichen Erholungsurlaubs aus den Jahren 2008 und 2009 statt. Nach Ansicht des BAG entsteht zwar auch in einem ruhenden Arbeitsverhältnis Erholungsurlaub. Ferner unterliege zumindest der gesetzliche Mindesturlaub nach den zwingenden Vorschriften des BUrlG nicht der Disposition der Tarifvertragsparteien. Die im TVöD enthaltene Kürzungsregelung finde daher auf den gesetzlichen Erholungsurlaub keine Anwendung. Der Abgeltung des gesetzlichen Erholungsurlaubs aus den Jahren 2005 bis 2007 stehe jedoch eine unionskonforme Auslegung des § 7 Abs. 3 BUrlG entgegen. Bei langjährig arbeitsunfähigen Arbeitnehmern sei § 7 Abs. 3 BUrlG dahingehend auszulegen, dass der Urlaubsanspruch 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt.

#### Praxishinweise

Das BAG greift in seinem Urteil die Schulte-Entscheidung des EuGH vom 22.11.2011 auf. Der EuGH hatte darin seine Rechtsprechung bezüglich des zeitlich unbegrenzten Ansammelns von Urlaubsansprüchen längerfristig arbeitsunfähiger Arbeitnehmer richtungweisend eingeschränkt und den Verfall von Erholungsurlaub 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres nicht beanstandet. (Vgl. dazu ausführlich Oertel/Chmel, DB 2012, 460). Das Urteil des BAG ist sehr zu begrüßen, wengleich es



doch überrascht. Noch in einer Entscheidung vom 13.12.2011 hat das BAG in einem obiter dictum Zweifel geäußert, ob der Rechtsprechung des EuGH bereits mit ausreichender Klarheit zu entnehmen ist, von welcher exakten Dauer der Übertragungszeitraum nach der europäischen Richtlinie mindestens sein muss. Die Grenze der richterlichen Rechtsanwendung und -fortbildung könnte in unzulässiger Weise überschritten sein. Es sei fraglich, ob die Festlegung der konkreten Länge des Übertragungszeitraums den Gerichten für Arbeitssachen zukommt oder ob es nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers ist, den entsprechenden Übertragungszeitraum festzulegen. Die bislang offene Rechtsfrage, ob auch ohne eine einschlägige tarifliche Regelung Urlaubsansprüche Langzeiterkrankter kraft Gesetzes automatisch verfallen, ist nun höchstrichterlich geklärt. Der Verfall tritt 15 Monate nach Ablauf des jeweiligen Urlaubsjahres ein. Dem unbegrenzten Ansammeln von Urlaubsansprüchen Langzeiterkrankter wurde damit erfreulicherweise ein Riegel vorgeschoben.

Carolin Oertel

### **Die Entscheidung des BGH vom 23.04.2012 – II ZR 163/10**

#### **Die Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf den Geschäftsführer einer GmbH**

##### **Sachverhalt**

Der 62-jährige Kläger war als Geschäftsführer bei der Beklagten, einer städtischen GmbH, tätig. Sein Geschäftsführeranstellungsvertrag war befristet. Nach Ablauf der Befristung, bewarb sich der Kläger

erneut für den Posten – allerdings erfolglos. Stattdessen wurde ein 41-jähriger Mitbewerber zum neuen Geschäftsführer bestellt. Der Aufsichtsratsvorsitzende der Beklagten erklärte gegenüber der örtlichen Presse, eine Verlängerung des Vertrages mit dem Kläger hätte sich nicht über die üblichen fünf Jahre erstrecken können. Für die Spitzenmanager städtischer Unternehmen gelte eine Altersgrenze von 65 Jahren. Der Kläger hätte als solcher die GmbH dann bereits vorzeitig verlassen müssen. Der Kläger verlangte daraufhin Schadensersatz wegen unzulässiger Altersdiskriminierung.

##### **Entscheidung**

Der BGH bestätigte den vom Kläger gerügten Verstoß gegen das AGG. Nach § 6 Abs. 3 AGG gilt das Verbot der Benachteiligung von Beschäftigten auch für Geschäftsführer und andere Organe, soweit der Zugang zur Erwerbstätigkeit oder der berufliche Aufstieg betroffen ist. Vom Benachteiligungsverbot umfasst sind nach dem BGH sowohl das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers als auch die Bestellung des Geschäftsführers. Ferner findet nach Ansicht des BGH der die Beweislast regelnde § 22 AGG entsprechende Anwendung. Danach genügt es, dass der Betroffene Indizien anführt, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Der Beklagten obliegt sodann die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot vorliegt. Mit der Berichterstattung in der Presse habe der Kläger ausreichende Indizien für eine altersbedingte Benachteiligung vorgebracht. Die Presseberichterstattung dürfe vom Gericht berücksichtigt werden, da es sich um wiedergegebene Äußerungen "aus dem Aufsichtsrat" gehandelt habe und die Beklagte dem Bericht nicht widersprochen habe. Aus der Presseberichterstattung ergibt sich für den BGH, dass das Alter des Klägers

bei der Entscheidung eine Rolle gespielt hat. Das diskriminierende Motiv muss für die Entscheidung gegen die erneute Bestellung des Klägers als Geschäftsführer dabei nicht allein ausschlaggebend gewesen sein. Es genügt, wenn es im Rahmen eines "Motivbündels" die Entscheidung beeinflusst hat. Der Wunsch der Stadt als Gesellschafterin nach einer langfristigen Bindung des Geschäftsführers reiche zur Rechtfertigung dieser Diskriminierung ebenso wenig aus wie die von der Stadt gewünschte Altersgrenze von 65 Jahren für städtische Führungsmitarbeiter.

### Praxishinweis

Erstmals wendet der BGH das AGG auch auf Geschäftsführer an. Unternehmen sollten in Zukunft daher verstärkt auf die Einhaltung des AGG auch bei der Anstellung und Bestellung von Organmitgliedern achten. Für (potentielle) Organmitglieder ist die Entscheidung positiv: Die Rechte von Geschäftsführern & Co. werden vom BGH gestärkt. Vor allem die Anwendbarkeit der Beweiserleichterungen des § 22 AGG dürfte Geschäftsführern und anderen Organen die Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund Diskriminierungen erleichtern. Hinzu kommt, dass nach neuerer Rechtsprechung des EuGH der abgelehnte Bewerber zwar grundsätzlich keinen Auskunftsanspruch über die Ablehnungsgründe hat. Die Verweigerung jeden Zugangs zu Informationen hierzu kann nach Ansicht des EuGH jedoch u. U. das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen – also zu gerade jener Beweislastumkehr nach §§ 22 AGG führen, die auch im vorliegenden Fall dem Kläger zugute kam.

Jasmin Bornmann

## Die Entscheidung des BAG vom 18.07.2012 – 7 AZR 443/09

**Kettenbefristungen sind zwar in der Regel möglich, können aber im Einzelfall rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig sein.**

### Sachverhalt

Die Klägerin war bei ihrem Arbeitgeber aufgrund von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen knapp elf Jahre in einem Bereich beschäftigt. Sie hat dabei fast durchgehend andere Mitarbeiter vertreten, während diese in Elternzeit waren oder Sonderurlaub hatten. Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Unwirksamkeit der Befristung des letzten Vertrages geltend gemacht. Zwar hätten für die einzelnen Befristungen jeweils Sachgründe vorgelegen. Infolge der Vielzahl von Befristungen während eines langen Zeitraums hätte der Arbeitgeber die Situation aber ausgenutzt und sich rechtsmissbräuchlich verhalten.

### Entscheidung

Während die Vorinstanz die Klage schlicht mit der Begründung abgewiesen hat, dass jedenfalls die letzte Befristung durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigt war (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG), hat das BAG den Fall zunächst dem EuGH vorgelegt. Dieser hat klargestellt, dass ein Arbeitgeber zwar wiederholt oder dauerhaft auf befristete Vertretungen zurückgreifen darf. Solche Konstellationen dürften aber nicht zu einem Missbrauch führen, der sich aus den Umständen des konkreten Falles ergeben könnte. Hierfür wären auch die Zahl und Dauer der aufeinander folgenden, befristeten Arbeitsverträge entscheidend.

Dem hat sich das BAG angeschlossen. Eine an sich wirksame Kettenbefristung könne im Einzelfall rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam sein, wenn sich dies aus den Umständen des Einzelfalles und insbesondere aus der Gesamtdauer und der Anzahl der einzelnen befristeten Verträge ergibt. In der konkreten Situation mit 13 Befristungen über 11 Jahre spreche vieles dafür, dass sich der Arbeitgeber rechtsmissbräuchlich verhalten hat. Dennoch wurde der Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen, da der Arbeitgeber nochmals Gelegenheit erhalten sollte, sich gegen den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu verteidigen.

### Praxishinweis

Die Entscheidung gibt der Praxis Steine statt Brot. Klare Leitlinien fehlen. Der auf Sicherheit bedachte Arbeitgeber sollte daher künftig bei langfristigen Kettenbefristungen Vorsicht walten lassen, um nicht wider Willen einen eigentlich nur befristet eingestellten Arbeitnehmer dauerhaft an Bord zu haben. Dies wäre die Folge einer rechtsmissbräuchlichen Kettenbefristung. Allzu viele aufeinander folgende befristete Arbeitsverhältnisse über einen langen Zeitraum sollten daher vermieden werden. Großzügiger werden die Arbeitsgerichte aus unserer Sicht sein, wenn Kettenbefristungen auf unterschiedlichen Sachgründen und nicht nur auf einem immer wiederkehrenden Vertretungsbedarf beruhen, wobei die weiteren in § 14 Abs. 1 TzBfG genannten Sachgründe häufig nicht einfach zu begründen sind. Einen Anhaltspunkt, wo die Grenze zum Rechtsmissbrauch noch nicht überschritten ist, gibt das BAG in einer anderen Entscheidung vom selben Tag (7 AZR 783/10). Hier war die Klägerin knapp acht Jahre aufgrund von vier jeweils

befristeten Arbeitsverträgen bei einem Arbeitgeber tätig. Das BAG hielt die letzte Befristung zur Vertretung eines in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmers nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG für gerechtfertigt. Vier Befristungen in knapp acht Jahren würden für einen Rechtsmissbrauch nicht genügen. Zumindest dieser Rahmen sollte von Arbeitgebern daher problemlos ausgeschöpft werden dürfen.

Dr. Andreas Chmel

### Die Entscheidung des BAG vom 29.08.2012 – 10 AZR 499/11

**Durch die Ausübung ehrenamtlicher Tätigkeit wird kein Arbeitsverhältnis begründet.**

#### Sachverhalt

Der Beklagte ist Träger einer örtlichen Telefonseelsorge und beschäftigt in seinen Diensträumen einen hauptamtlichen und etwas über 50 ehrenamtliche Mitarbeiter im Seelsorgedienst. Auf der Grundlage von schriftlichen "Beauftragungen" war die Klägerin nach Maßgabe der von dem Beklagten erstellten Dienstpläne über mehrere Jahre hinweg im Umfang von 10 Stunden/Monat als ehrenamtliche Telefonseelsorgerin tätig. Neben einem Unkostensatz von 30,00 € monatlich erhielt sie keine Vergütung. Nachdem die Klägerin mündlich von ihrem Dienst entbunden wurde, erhob sie Kündigungsschutzklage.

#### Entscheidung

Die Kündigungsschutzklage blieb - ebenso wie in den Vorinstanzen - auch vor dem Bundesarbeitsge-

richt erfolglos, da es sich bei der „Beauftragung“ der Klägerin als Telefonseelsorgerin nicht um ein Arbeitsverhältnis handele. Die Vereinbarung eines unentgeltlichen Einsatzes sei bis zur Grenze des – im konkreten Fall nicht vorliegenden – Missbrauchs zulässig, da eine Vergütung beim Ehrenamt nicht zu erwarten sei. Dieses diene nicht der Sicherung oder Besserung der wirtschaftlichen Existenz, sondern sei vielmehr Ausdruck einer inneren Haltung gegenüber den Belangen des Gemeinwohls und den Sorgen und Nöten anderer Menschen.

### Praxishinweis

Die Entscheidung vermittelt all den Institutionen Rechtssicherheit, die ohne unentgeltliche ehrenamtliche Mitarbeiter nicht oder nur unzureichend existieren könnten. Hierzu zählen vornehmlich die karitativen Hilfsorganisationen, Kirchen, Natur- und Umweltschutz sowie der Breitensport. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass unabhängig vom Vorliegen der ansonsten für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses entwickelten Grundsätze ein solches bei einem Ehrenamt generell ausscheidet. Ehrenamtliche genießen damit weder Kündigungsschutz noch haben sie Anspruch auf Vergütung, auch wenn man bei der konkreten Ausgestaltungen ihrer Aufgaben auf deren Einsatz zählt. Die Grenze liegt beim Rechtsmissbrauch, für dessen Vorliegen der Mitarbeiter darlegungs- und beweispflichtig ist.

Dr. Christina Mitsch

## Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 13.06.2012 – 15 Sa 407/12

**Nicht jede Falschangabe in der elektronischen Zeiterfassung rechtfertigt eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich zur Ableistung von mehreren Überstunden im Monat ohne weitere Vergütungszahlung verpflichtet ist und dieses Kontingent nicht ausgeschöpft wird.**

### Sachverhalt

Der Kläger war bei der Beklagten als Fertigungsleiter beschäftigt. An vier Tagen verließ er das Betriebsgelände während der Arbeitszeit für jeweils ca. 15 Minuten, ohne sich in der elektronischen Zeiterfassung auszuloggen. Die Beklagte sprach daraufhin die außerordentliche, hilfsweise die ordentliche Kündigung aus. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage

### Entscheidung

Das Arbeitsgericht Berlin gab der Klage statt. Die Berufung der Beklagten vor dem LAG Berlin-Brandenburg hatte keinen Erfolg. Das LAG berechnete, dass der Kläger – wenn er an vier Tagen für jeweils ca. 15 Minuten fehlte – insgesamt nur ca. 60 Minuten gefehlt hatte, ohne eine Arbeitsleistung zu erbringen. Der maximale Schaden würde also einen Stundenlohn (in diesem Fall EUR 9,81 brutto) betragen. Zu bedenken sei aber, dass der Kläger monatlich bis zu 10 Überstunden ohne weitere Vergütung leisten müsse. Im fraglichen Monat hatte der Kläger insgesamt 6 Stunden und 17 Minuten Überzeit geleistet. Das LAG argumentierte, dass der Beklagten tatsäch-

lich gar kein materieller Schaden entstanden sei. Die Pflichtverletzung sei daher nicht sehr schwerwiegend. Aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wäre eine vorherige Abmahnung erforderlich gewesen. Die ordentliche Kündigung und damit erst recht die außerordentliche Kündigung seien folglich nicht gerechtfertigt.

### Praxishinweis

Bereits in einem Urteil vom 30.03.2012 (besprochen im TSP-Newsletter 2/2012) hatte das LAG Berlin-Brandenburg eine Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung aufgrund Arbeitszeitbetruges gefordert. Während in der damaligen Entscheidung jedoch die Abwägung hauptsächlich aufgrund der langjährigen Beschäftigung der Arbeitnehmerin bei der Beklagten zugunsten der klagenden Arbeitnehmerin ausfiel, stellt das LAG nun im Rahmen der Abwägung auf den der Arbeitnehmerin entstandenen Schaden und damit auf die Schwere der Pflichtverletzung ab. Folgt man dem LAG bedarf es damit selbst im Falle eines Arbeitszeitbetruges vor dem Ausspruch einer Kündigung einer eingehenden Abwägung, ob diese für ihre Rechtswirksamkeit nach den Vorgaben der Rechtsprechung nicht eine vorherige Abmahnung voraussetzt.

Jasmin Bornmann

### Die Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 06.07.2012 - 10 Sa 866/11

**Die Betriebsparteien dürfen Sozialplanabfindungen für so genannte rentennahe Jahrgänge kürzen, solange die Kürzungsregelung verhältnismäßig ist. Ein Kürzungsmodell, nach dem die Höhe der Abfindung um 1/48 pro Monat gekürzt**

**wird, wenn ein Mitarbeiter zum Zeitpunkt seines Ausscheidens innerhalb von 48 Monaten Anspruch auf eine gesetzliche Altersrente hat, ist nicht zu beanstanden.**

### Sachverhalt

Der am 06.04.1949 geborene Kläger war bei der Beklagten seit dem 10.01.1986 als Konstrukteur zu einem Monatsbruttogehalt von zuletzt €5.815,00 beschäftigt. Im Jahr 2010 wurde bei der Beklagten ein Sozialplan beschlossen, der vorsah, dass bei Arbeitnehmern, die zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses innerhalb von 48 Monaten Anspruch auf eine gesetzliche Altersrente haben, der individuelle Punktwert gemäß der Berechnungsformel der Sozialplanabfindung um 1/48 pro Monat gekürzt wird. Der Kläger wurde zum 31.07.2011 entlassen. Die Beklagte errechnete für den Kläger eine Sozialplanabfindung in Höhe von € 28.797,00 brutto. Nach den Berechnungen der Beklagten hatte der Kläger eine Kürzung der Sozialplanabfindung um 12/48, entsprechend € 9.599,00 brutto, hinzunehmen. Mit seiner Klage machte der Kläger die Zahlung des Differenzbetrages mit dem Argument geltend, die Kürzung der Sozialplanabfindung stelle eine Altersdiskriminierung dar, die vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) nicht gerechtfertigt sei. Auch habe der Europäische Gerichtshof (EuGH) einen vergleichbaren Fall schon abweichend zugunsten eines Arbeitnehmers entschieden.

### Entscheidung

Das LAG Düsseldorf hat die Klage ebenso wie das erstinstanzliche Gericht abgewiesen. Beide Instanzen haben keinen Verstoß der Kürzungsregelung des So-

zialplans für rentennahe Arbeitnehmer gegen höherrangiges Recht erkennen können. Das LAG bezieht sich zunächst auf die ständige Rechtsprechung des BAG, wonach die Betriebsparteien, die einen Sozialplan aufstellen, auch vor dem Hintergrund des AGG eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung vorsehen können. Dabei ist es zulässig, die wesentlich vom Alter abhängigen Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar zu berücksichtigen oder auch Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans auszuschließen, weil diese ggf. nach Bezug von Arbeitslosengeld I rentenberechtigt sind. Der den Betriebsparteien (Arbeitgeber und Betriebsrat) eingeräumte Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum unterfällt indessen einer weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 10 Satz 2 AGG. Die Sozialplangestaltung muss demnach geeignet sein, das mit der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung des § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG verfolgte Ziel zu fördern und darf auch die Interessen der benachteiligten (Alters-) Gruppe nicht unverhältnismäßig vernachlässigen. Diesem Prüfungsmaßstab wird die von den Betriebsparteien im vorliegenden Fall getroffene Regelung nach Ansicht des LAG gerecht. Die von den Betriebsparteien in Bezug genommene gesetzliche Altersrente ist aus Sicht des LAG als Regelaltersrente zu interpretieren. Dieser Anknüpfungspunkt ist ausschlaggebend dafür, dass das LAG die Regelung als angemessen und erforderlich ansieht. Mit dem Erreichen des Regel-Rentenalters seien die Arbeitnehmer nicht mehr schutzwürdig. Die Betriebsparteien dürften daher im Rahmen einer zulässigen pauschalen Beurteilung davon ausgehen, dass ein Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt finanziell abgesichert ist. Weiter ist das LAG der Auffassung, dass die getroffene Regelung auch verhältnismäßig ist. Im Unterschied zu einer Stichtagsregelung, die etwa alle betroffenen Ar-

beitnehmer, die vor einem bestimmten Datum geboren sind, von den Sozialplanleistungen ausschließt, sei das hier vorliegende Modell verhältnismäßig. Schließlich verneint das LAG auch einen Verstoß gegen die zuletzt ergangene Rechtsprechung des EuGH. Die in der Rechtssache Andersen ergangene Entscheidung vom 12.10.2010 betreffe einen nicht vergleichbaren Fall. Dort ging es um eine Vorschrift nach dänischem Recht, die bei einer Kündigung nach einer Betriebszugehörigkeit von 12, 15 oder 18 Jahren einen gesetzlichen Anspruch auf eine Abfindung von 1, 2 bzw. 3 Monatsgehältern vorsieht, die jedoch ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, eine von seinem Arbeitgeber finanzierte Rente zu beziehen. Anders als bei einem solchen gesetzlichen Anspruch gibt es im Rahmen der Verteilung eines Sozialplans nur ein begrenztes Verteilungsvolumen. In diesem Rahmen dürfen die Betriebsparteien die zur Verfügung stehenden Mittel im Hinblick auf den Ausgleich der Nachteile der verschiedenen Arbeitnehmer optimieren und Verteilungsgerechtigkeit schaffen. Wenn ein möglicher Rentenbezug nicht nachteilig für ältere Arbeitnehmer berücksichtigt würde, hätte dies wiederum einen nachteiligen Effekt für jüngere Arbeitnehmer.

### Praxishinweis

Kürzungsregelungen für rentennahe Jahrgänge sind bei vielen Sozialplanverhandlungen ein aktuelles Thema. Arbeitgeber, die solche Kürzungsregelungen mit dem Betriebsrat vereinbaren, riskieren die Unwirksamkeit einer solchen Kürzungsregelung mit dem Effekt, dass unter Umständen das Gesamtvolumen der zu zahlenden Abfindungen über das kalkulierte Maß hinaus steigt. Die Entscheidung des LAG bringt Klarheit hinsichtlich einer weit verbreiteten Praxis, die scheinbar durch eine jüngst ergangene

EuGH-Entscheidung "ins Zwielicht" geraten war. Das LAG hat die Revision zum BAG zugelassen. Die Praxis wird daher noch absehbare Zeit mit dem beschriebenen Risiko umgehen müssen. Zum einen ist den Betriebsparteien auf jeden Fall zu raten, einen bestimmten Gesamtabfindungshöchstbetrag im Sozialplan festzulegen. Zum anderen müssen Arbeitgeber das Risiko abwägen, ob sie trotz der jetzt vorliegenden Entscheidung des LAG Düsseldorf lieber jedes Risiko scheuend auf Kürzungsregelungen für rentennahe Jahrgänge verzichten oder im Sinne größerer Verteilungsgerechtigkeit rechtliche Restrisiken eingehen. Es bleibt zu wünschen, dass das BAG und ggf. der EuGH hier bald Klarheit schaffen.

Ralf Fuhrmann

## Die Entscheidung des BAG vom 21.06.2012 – 8 AZR 364/11

**Begründet ein Arbeitgeber eine arbeitsrechtliche Maßnahme gegenüber einem seiner Arbeitnehmer, muss diese Begründung zutreffen. Tut sie es nachweislich nicht oder steht die Begründung im Widerspruch zum Verhalten des Arbeitgebers, kann dies nach Ansicht des BAG ein Indiz für eine Diskriminierung darstellen.**

### Sachverhalt

Die türkischstämmige Klägerin war zunächst befristet für den Zeitraum vom 1.02.2008 bis zum 31.12.2008 bei einem Träger der gesetzlichen Unfallversicherung als Sachbearbeiterin eingestellt. Im November wurde mit der Klägerin durch Änderungsvertrag die Verlängerung ihrer befristeten Beschäftigung bis zum 31.01.2010 vereinbart. Der Verlängerung

vorausgegangen war ein Personalgespräch, in dem es u. a. auch um Arbeitsfehler der Klägerin ging. Im September 2009 teilte die Beklagte der Klägerin so dann mit, dass sie nicht in ein Dauerarbeitsverhältnis übernommen werde und ihr Arbeitsverhältnis mithin mit Ablauf des 31.01.2010 ende. Der Klägerin wurde unter dem Beendigungsdatum ein Zeugnis mit einer sehr guten Leistungsbeurteilung ausgestellt.

Die Klägerin machte vornehmlich angesichts des geringen Anteils von Beschäftigten nichtdeutscher Herkunft gerade in der Bezirksverwaltung, in der sie eingesetzt war, eine Diskriminierung wegen ethnischer Herkunft geltend. Die Beklagte wies diesen Vorwurf zurück, gab aber ungeachtet einer Aufforderung der Klägerin hierzu zunächst keine anderweitige Begründung für die Verweigerung der Übernahme in ein Dauerarbeitsverhältnis an. Erst gegen die von der Klägerin eingereichte Klage auf Entschädigung wegen ethnischer Diskriminierung verteidigte sich die Beklagte mit der Argumentation, eine Entfristung wäre wegen der unzureichenden Arbeitsleistung der Klägerin nicht in Betracht gekommen.

Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte die Beklagte in zweiter Instanz zunächst zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von €2.500 verurteilt. Das LAG ging hierbei davon aus, dass der Klägerin ein Auskunftsanspruch im Hinblick auf die Gründe, die zur Entscheidung ihrer Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis geführt haben, zustehe. Es vertrat die Ansicht, dass die von der Arbeitnehmerin geforderte aber nicht erteilte Auskunft über die Gründe einer ungünstigeren Behandlung jedenfalls zusammen mit anderen Tatsachen das Vorliegen einer von der Arbeitnehmerin behaupteten Diskriminierung vermuten lasse. Mit Urteil vom 19.04.2012 (C-415/10) hat der EuGH zwischenzeit-

lich entschieden, dass sich der vom LAG angenommene Auskunftsanspruch aus den dem AGG zugrunde liegenden europäischen Richtlinien nicht herleiten lässt. Der EuGH führt jedoch weiter aus, dass ungeachtet dessen nicht ausgeschlossen sei, dass die Verweigerung eines jeden Zugangs zu Informationen einen Gesichtspunkt darstellen kann, der das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lasse.

### Entscheidung

Das BAG hat der bislang lediglich vorliegenden Pressemitteilung zu Folge entschieden, dass eine Verurteilung der Beklagten nicht auf die vom LAG gegebene Begründung gestützt werden kann. Ob sich das BAG damit in Widerspruch zu den Ausführungen des EuGH setzt, nach denen die Verweigerung eines Zugangs zu Informationen für sich genommen ein Indiz für eine Diskriminierung darstellen kann, wird sich erst anhand der bislang noch nicht vorliegenden ausführlichen Begründung der ergangenen Entscheidung beurteilen lassen. Das BAG hat die Entscheidung des LAG jedenfalls folgerichtig aufgehoben, den Rechtsstreit aber an das LAG mit der Maßgabe zurückverwiesen, dass aufgeklärt werden müsse, ob die von der Beklagten erteilten Auskünfte über die Gründe der Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses Indizwirkung für eine Diskriminierung der Klägerin haben, weil diese Auskünfte möglicherweise falsch waren oder im Widerspruch zu dem sonstigen Verhalten der Beklagten standen. Das LAG wird hierbei u. a. zu prüfen haben, ob das erteilte Zeugnis falsch war oder aber die Begründung, eine Entfristung sei wegen Leistungsmängeln der Klägerin nicht möglich gewesen.

### Praxishinweis

Bei der Abgabe einer Begründung für eine arbeitsrechtliche Maßnahme gegenüber einem Arbeitnehmer ist äußerste Vorsicht geboten. Allzu schnell kann diese dem Vorwurf der AGG-Widrigkeit ausgesetzt sein. Vorliegend wurde die verweigerte Entfristung auf Leistungsmängel der türkischstämmigen Klägerin gestützt. Dies ergibt zunächst Sinn, da Leistungsmängel der Klägerin bereits in einem Mitarbeitergespräch im Jahr 2008 thematisiert wurden. Zeitgleich aber wurde der Klägerin möglicherweise aus reiner Gefälligkeit ein Zeugnis mit einer sehr guten Leistungsbeurteilung ausgestellt, was aus objektiver Sicht in Widerspruch zur Begründung der Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit Leistungsmängeln steht. Diese Widersprüchlichkeit für sich genommen kann nach Auffassung des BAG bereits ein Indiz für eine Diskriminierung begründen.

Carolin Oertel



# Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

## Ihre Ansprechpartner zum Thema Arbeitsrecht

### STUTT GART

Ralf Fuhrmann	ralf.fuhrmann@tsp-law.com
Dr. Andreas Chmel	andreas.chmel@tsp-law.com
Carolin Oertel	carolin.oertel@tsp-law.com
Jasmin Bornmann	jasmin.bornmann@tsp-law.com

### BERLIN

Dr. Christina Mitsch	christina.mitsch@tsp-law.com
----------------------	------------------------------

### STUTT GART

Urbanstraße 7  
D - 70182 Stuttgart  
T +49 (0) 711. 16 67 - 0  
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290  
stuttgart@tsp-law.com

### BERLIN

Kurfürstendamm 31  
D - 10719 Berlin  
T +49 (0) 30. 8 87 17 - 00  
Fx +49 (0) 30. 8 85 00 - 75  
berlin@tsp-law.com

### DRESDEN

Käthe-Kollwitz-Ufer 83  
D - 01309 Dresden  
T +49 (0) 351. 4 99 14 - 14  
Fx +49 (0) 351. 4 99 14 - 99  
dresden@tsp-law.com

### FRANKFURT

Eschersheimer Landstr. 10  
D - 60322 Frankfurt a. M.  
T +49 (0)69. 95 91 35 - 0  
Fx +49 (0)69. 95 91 35 - 30  
frankfurt@tsp-law.com

### BRÜSSEL

Allée du Cloître, 7  
B - 1000 Brüssel  
T +32 (0)2. 6 47 79 80  
Fx +32 (0) 2. 6 49 37 79

### SINGAPUR

65 Chulia Street  
#48 - 02 OCBC Centre  
Singapur 049513  
T +65 65 35 31 12  
Fx +65 65 34 31 00

TSP

# Thümmel, Schütze & Partner

## RECHTSANWÄLTE

### Impressum

---

#### HERAUSGEBER

Thümmel, Schütze & Partner  
Gesellschaft bürgerlichen Rechts  
Urbanstr. 7  
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 0  
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290  
stuttgart@tsp-law.com  
www.tsp-law.com

#### V. I. S. D. P.

Ralf Fuhrmann  
Thümmel, Schütze & Partner  
Urbanstr. 7  
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 191  
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290  
ralf.fuhrmann@tsp-law.com  
www.tsp-law.com

#### COPYRIGHT:

Alle Inhalte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Jedwede Nutzung bedarf der vorherigen Zustimmung. Anfragen beantworten wir gerne.

---

#### HAFTUNGS AUSSCHLUSS

Trotz sorgfältiger Recherche und Texterstellung übernehmen wir keinerlei Haftung für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben in diesem Newsletter. Die Textbeiträge stellen weder anwaltlichen noch sonstigen Rechtsrat dar. Für eine auf einen Einzelfall bezogene rechtliche Beratung stehen unsere vorstehend genannten Anwälte und Anwältinnen an den einzelnen Standorten unserer Kanzlei gerne zur Verfügung.

TSP