

# Die 10 häufigsten Irrtümer des Arbeitgebers

| Dr. Uwe Schlegel, Dr. Stefan Müller-Thele

Das Arbeitsrecht ist arbeitnehmerfreundlich. Im Mittelpunkt steht der Schutz des Arbeitnehmers vor der vermuteten wirtschaftlichen Übermacht des Arbeitgebers. In der täglichen Praxis ist es immer wieder überraschend, wie sehr Arbeitgeber den Schutzzweck des Arbeitsrechts verinnerlicht haben. Die Konsequenz daraus ist vielfach die Erklärung einer Art bedingungsloser Kapitulation. Arbeitgeber befinden sich im sicheren Glauben darüber, die eigene Position stelle sich als chancenlos dar. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, dass zwar einerseits nicht an den Grundfesten des arbeitnehmerfreundlichen Arbeitsrechts gerüttelt werden kann, andererseits aber die (Rechts-)Position des Arbeitgebers in vielen Fällen weitaus besser ist als es der Arbeitgeber gemeinhin annimmt.

**D**ie von Arbeitgebern beklagte Unterlegenheit ist in vielen Fällen Folge nicht erkannter Möglichkeiten, die das Arbeitsrecht dem Arbeitgeber belässt, ohne das zu illegalen Mitteln gegriffen werden muss. Entscheidend ist: Vorsorge ist besser als Nachsorge.

## | Irrtum 1: Das Einstellungsgespräch

Es gilt zu beachten, dass schon im Zusammenhang mit der Einstellung arbeitsrechtlich schwerwiegende Weichenstellungen vorgenommen werden. Das betrifft weniger die Auswahlentscheidung als solche, wie viel mehr

die Ermittlung etwaiger rechtlicher Risiken, die die Einstellung des einen oder anderen Arbeitnehmers für den Arbeitgeber mit sich bringen kann. So dürfte es für nahezu jeden Arbeitgeber interessant sein zu erfahren, ob der Bewerber Schwerbehinderter ist, da dies umfangreiche und für den Arbeitgeber nachteilige Konsequenzen nach sich zieht (so z. B. beim Kündigungsschutz des Schwerbehinderten). Dabei stellt sich das Problem, dass die vollständige Ermittlung aller im Einzelfall praktisch relevanten Gesichtspunkte sehr zeitintensiv ist, im Einzelfall die Persönlichkeitsrechte des Bewerbers berührt und von daher an rechtliche Schranken stößt. Wir empfehlen gleichwohl für Labore jeder(!) Größenordnung die Verwendung von Personalfragebögen, die durch den Arbeitnehmer bzw. Bewerber(in) ausgefüllt werden sollten, die aber in jedem Fall vor dem Hintergrund des 2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) dringend einer Überprüfung bedürfen.

Vorsicht gilt bei allen Fragen, die unmittelbar oder auch nur mittelbar einen Hinweis auf eine nach dem AGG untersagte Benachteiligung enthalten (daher grundsätzlich keine Fragen nach Schwangerschaft, Kinderwunsch, Behinderung/Schwerbehinderung [so weit kein Bezug zur Arbeit vorhanden ist!], Staatsangehörigkeit, Herkunft usw.).

## | Irrtum 2: Schriftform des Arbeitsvertrages

Es existiert bereits seit 1995 ein Gesetz (sog. Nachweisgesetz), das den Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die wesentlichen Vertragsbedingungen eines Arbeitsverhältnisses schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Der schriftlich abzufassende Arbeitsvertrag hat unter anderem Angaben zu enthalten über die Gehaltshöhe, den Arbeitsort, die Art der Arbeit, die Arbeitszeit, die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs sowie über die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Zu beachten ist, dass das Schriftformgebot prinzipiell für jede Art von Arbeitsverhältnis gilt. Auch sog. Minijobs unterfallen demnach dem Nachweisgesetz. Eine Ausnahme sieht das Gesetz lediglich für Aushilfstätigkeiten von max. einem Monat vor.

## | Irrtum 3: Das befristete Arbeitsverhältnis

Dem befristeten Arbeitsverhältnis kommt im modernen Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung zu. So es zu einer wirksamen Vereinbarung eines befristeten Arbeitsverhältnisses gekommen ist, verschafft die Befristung dem Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis ohne Ausspruch einer Kündigung zu beenden, d.h. auslaufen zu lassen. Auch eine im Einzelfall vorhandene Schwerbehinderung oder die Schwangerschaft können dann nicht verhindern, dass das Arbeits-

### [kontakt]



Rechtsanwälte

**Dr. Uwe Schlegel (ll.)**

**Dr. Stefan Müller-Thele (re.)**

Eisenbeis Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Rösrather Str. 568

51107 Köln

Tel.: 02 21/88 04 06-0

E-Mail: eisenbeis-koeln@etl.de

www.eisenbeis-rechtsanwaelte.de

verhältnisse sein Ende findet. Insoweit ist es unverständlich, warum auf Arbeitgeberseite nicht häufiger zum Instrument der Befristung gegriffen wird. Möglicherweise liegt dies daran, dass die Befristungsregeln ausgesprochen vielschichtig und damit unübersichtlich (geworden) sind. Maßgebliche gesetzliche Grundlage für Befristungen ist das sog. Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG). Dieses enthält eine Auflistung bestehender Möglichkeiten der derzeit (zulässigen) Befristung eines Arbeitsverhältnisses.

Solange ein gesetzlich anerkannter Sachgrund gegeben ist, kann ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich beliebig lange und beliebig häufig befristet vereinbart werden. Allerdings ist strikt darauf zu achten, dass den gesetzlichen Anforderungen an den Sachgrund genüge getan wird. § 14 Abs. 2 TzBfG gestattet darüber hinaus die sachgrundlose Befristung. Auf der Grundlage dieser Bestimmung ist eine sachgrundlose

der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 57. Lebensjahr vollendet hat. Insoweit erkennt aber der Europäische Gerichtshof einen Verstoß gegen EU-Recht. Der Gesetzgeber erarbeitet derzeit eine Reform des Gesetzes.

#### **Irrtum 4: Der „Standard-Arbeitsvertrag“**

Erstaunlich ist, mit welcher Nachlässigkeit in vielen Fällen Arbeitsverträge formuliert werden. Dies betrifft auch Arbeitgeber im sog. Kleinbetrieb, obwohl hier das Arbeitsrecht durch den Arbeitgeber zu Recht grundsätzlich als weniger einschneidend bemerkt wird. Ungeachtet aller arbeitsrechtlichen Fallen ziehen Arbeitgeber den Anzug „von der Stange“ der Maßenfertigung vor. Nachfolgend einige wenige Gesichtspunkte, denen im Rahmen von Arbeitsverträgen in Laboren generell größere Beachtung geschenkt werden sollte.

dienen. Überdies sind Zulagenregelungen – je nach vertraglicher Regelung – im Einzelfall geeignet, einen Teil der wirtschaftlichen Risiken des Unternehmers auf die Arbeitnehmerschaft zu verlagern. Allerdings sind Zulagenregelungen von einer Vielzahl arbeitsrechtlicher Besonderheiten geprägt, die nur durch eine Beratung im Einzelfall einwandfrei herausgearbeitet werden können.

→ Gleichlauf von Kündigungsfristen: Das Gesetz sieht vor, dass sich die Kündigungsfrist bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber grundsätzlich daran zu orientieren hat, wie lange das Beschäftigungsverhältnis andauert hat. Zu beachten ist, dass die in Abhängigkeit zur Beschäftigungsdauer verlängerten Kündigungsfristen nur für eine arbeitgeberseitige Kündigung gelten. Es sollte daher durch eine entsprechende arbeitsvertragliche Gestaltung darauf geachtet werden, dass die verlängerten Kün-

## „Entscheidend ist: Vorsorge ist besser als Nachsorge.“

Befristung für eine Dauer von maximal zwei Jahren möglich. Innerhalb dieses Zeitraums von zwei Jahren kann es zu einer höchstens dreimaligen Verlängerung der Befristung kommen. Zu beachten ist, dass eine sachgrundlose Befristung dann nicht möglich ist, wenn mit demselben Arbeitgeber (irgendwann) zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. § 14 Abs. 2 a TzBfG sieht vor, dass in den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig ist. Bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. In § 14 Abs. 3 TzBfG sieht das Gesetz derzeit vor, dass die Befristung eines Arbeitsvertrages auch dann keines Sachgrundes bedarf, wenn

→ Arbeitszeitregelungen: Es dürfte in der Regel so sein, dass der Arbeitgeber ein Interesse daran hat, dass die Ausgestaltung der Arbeitszeiten des Arbeitnehmers möglichst flexibel erfolgt. Im Rahmen dieser Darstellung kann auf Detailfragen nicht eingegangen werden. Festzuhalten ist aber auf jeden Fall, dass es zahlreiche Arbeitgeber gibt, die ohne Grund durch arbeitsvertragliche Absprachen die an sich vorhandenen Möglichkeiten flexibler Gestaltung der Arbeitszeit einschränken oder gar vollständig ausschließen.

→ Prämien- und Zulagenregelungen: Es versteht sich im Wesentlichen unter außerrechtlichen Gesichtspunkten, dass finanzielle Leistungsanreize generell geeignet sind, bei Arbeitnehmern zu höheren Arbeitsleistungen bzw. qualitativ besseren Arbeitsergebnissen zu führen. Dem können Prämien, Gratifikationen usw.

digungsfristen auch für den Fall einer Kündigung durch den Arbeitnehmer gelten. Im Einzelfall mag zwar zweifelhaft sein, inwieweit es sinnvoll ist, einen Arbeitnehmer, der das Unternehmen verlassen will und daher kündigt, noch länger zu binden, es kann aber für den Arbeitgeber einen erheblichen taktischen Vorteil bedeuten, wenn der Arbeitnehmer eine neue Stelle erst dann antreten kann, wenn eine längere Frist abgelaufen ist.

→ Ausschlussklausel: Die Vereinbarung von Ausschlussfristen im Arbeitsvertrag dient dem arbeitgeberseitig motivierten Ziel zu verhindern, dass über die gesamte Laufzeit der Verjährungsfrist hin Ungewissheit darüber besteht, ob er etwaig noch Ansprüchen des Arbeitnehmers ausgesetzt ist. Die Verjährungsfrist für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis beträgt grundsätzlich drei Jahre, beginnend mit dem Schluss des Jahres, in dem der



Anspruch entstanden ist und nur soweit der Gläubiger (Arbeitnehmer) über die Umstände seines Anspruchs gegenüber dem Schuldner (Arbeitgeber) weiß, zumindest aber grob fahrlässig ohne Kenntnis hierüber ist. Diese Regelung der Verjährung muss wegen der Länge der Frist aus Arbeitgebersicht grundsätzlich als bedenklich eingeschätzt werden. Es besteht aus diesem Grund ein in der Praxis unabweisbares Bedürfnis nach einer Verkürzung der Frist durch sog. Ausschlussklauseln, die aber einer sorgfältigen Formulierung bedürfen, damit sie auch Wirksamkeit erlangen.

#### | Irrtum 5: Die Probezeit

Die Probezeit wird sehr häufig mit der sog. Wartezeit nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) verwechselt. Tatsächlich hat das eine mit dem anderen nichts zu tun. Wartezeit nach dem KSchG bedeutet, dass der Arbeitnehmer den Regeln des Kündigungsschutzgesetzes frühestens dann unterliegt, wenn sechs Monate verstrichen sind. Die Probezeit – die in der Regel sechs Monate beträgt – gegebenenfalls aber auch länger oder kürzer vereinbart werden kann, hat hingegen keinerlei Einfluss auf die Möglichkeit der Kündigung. Die Probezeit an sich hat – abgesehen von der verkürzten Kündigungsfrist – keine größere arbeitsrechtli-

che Bedeutung. Eine solche kann die Probezeit aber im Zusammenhang mit einem befristeten Probearbeitsverhältnis erhalten. Die Erprobung des Arbeitnehmers stellt nämlich einen Sachgrund im Zusammenhang mit einem befristeten Arbeitsverhältnis dar (siehe: Irrtum 3). Mithin spielt die Probezeit insoweit eine große Rolle.

Zu beachten ist allein, dass eine Probezeit im Arbeitsvertrag ohne gesonderten Hinweis nicht als befristetes Probearbeitsverhältnis zu verstehen ist. Vielmehr bedarf es insoweit einer eindeutigen vertraglichen Regelung.

Ausdrücklich ist vor Probezeitverlängerungen zu warnen. Wie dargestellt gilt, dass das Kündigungsschutzgesetz grundsätzlich dann Anwendung findet, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der arbeitgeberseitigen Kündigung beim Arbeitnehmer länger als sechs Monate angedauert hat. Daran ändert auch eine etwaig zulässige Verlängerung der Probezeit nichts.

#### | Irrtum 6: Die Abmahnung (über Sinn und Unsinn einer Abmahnung)

Unserer Einschätzung nach wird in vielen Fällen einer arbeitgeberseitig ausgesprochenen Abmahnung schon nicht deutlich, was der Zweck der Abmahnung sein soll. Grundsätzlich kommen zwei Dinge in Betracht: Die Abmahnung als „Erziehungsinstrument“ und die Abmahnung als kündigungsvorbereitender Umstand. Hier wollen wir uns ausschließlich mit der Abmahnung befassen, die als Vorbereitung für eine später folgende Kündigung gedacht ist: Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es in einer Vielzahl von Fällen gar nicht nötig ist, eine Abmahnung auszusprechen. So ist beispielsweise anerkannt, dass eine Abmahnung dort nicht auszusprechen ist, wo die Abmahnung kein geeignetes Mittel darstellt, weil eine Änderung im Verhalten des Arbeitnehmers ohnehin objektiv nicht möglich oder nicht zu erwarten ist. Auch ist eine Abmahnung überall dort entbehrlich, wo wegen der Schwere der Vertragsverletzung (vor allem bei Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers) das Verhältnis der Parteien des Arbeitsvertrages keine Wende mehr zum Besseren erfahren kann.

Im Übrigen stellt sich häufig die Frage, warum überhaupt abgemahnt wird. Es ist zwar unbestritten so, dass eine Abmah-

nung einer verhaltensbedingten Kündigung grundsätzlich vorangehen muss. Angesichts einer hohen Quote der Regelung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten durch Vergleich, verbunden mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, erscheint die praktische Notwendigkeit einer Abmahnung zumindest fraglich. Die Abmahnung ist nur der Beginn einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung. In vielen Fällen setzt sich das Arbeitsverhältnis nach Ausspruch einer Abmahnung noch über viele Monate hinweg fort. Die Gelder, die der Arbeitgeber in dieser Zeit an den Arbeitnehmer auskehrt, wären wahrscheinlich sinnvoller in eine Abfindungsregelung investiert. Kaufmännisch betrachtet stellt sich sodann häufig die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Abmahnung als die günstigere Regelung heraus.

#### | Irrtum 7: Kleinbetrieb und Kündigungsgrund

Bei Irrtum Nummer 7 handelt es sich wahrscheinlich um denjenigen mit den weitestreichenden Folgen. Hier geht es um die Frage, inwieweit der Arbeitgeber seine dem Arbeitnehmer gegenüber ausgesprochene Kündigung zu begründen hat. Dabei ist zunächst zu beachten, dass Arbeitgeber im Kleinbetrieb privilegiert sind. Im Kleinbetrieb erfolgt keine Überprüfung der Kündigung auf ihre soziale Rechtfertigung hin. Ein Arbeitsverhältnis außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes kann daher grundsätzlich jederzeit unter Einhaltung der für das jeweilige Beschäftigungsverhältnis maßgeblichen Kündigungsfrist beendet werden. Kernfrage ist daher, ob das Kündigungsschutzgesetz im Einzelfall Anwendung findet oder nicht. In diesem Zusammenhang sind zwei maßgebliche Kriterien zu beachten. Das Kündigungsschutzgesetz findet Anwendung, wenn erstens, das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der arbeitgeberseitigen Kündigung länger als sechs Monate bestanden hat und zweitens, kein Kleinbetrieb vorliegt. Letzteres ist aufgrund der Novelle des Kündigungsschutzgesetzes aus den Jahren 2003 bzw. 2004 außerordentlich kompliziert geworden.

→ Kleinbetrieb – ja oder nein? Die Frage, ob ein Kleinbetrieb vorliegt oder nicht, lässt sich nur in zwei Fällen recht einfach klären. Sind in dem betreffenden Betrieb

regelmäßig nicht mehr als fünf Arbeitnehmerbeschäftigt, gilt das Kündigungsschutzgesetz nicht; sind regelmäßig mehr als zehn beschäftigt, ist das Kündigungsschutzgesetz einschlägig. Schwierig stellt sich die Situation in solchen Betrieben dar, in denen mehr als fünf, aber nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. In diesen Betrieben ist zwischen sog. „Alt-Arbeitnehmern“ und sog. „Neu-Arbeitnehmern“ zu unterscheiden. Alt-Arbeitnehmer sind solche, die zum 31.12.2003 bereits beschäftigt waren und immer noch beschäftigt sind, Neu-Arbeitnehmer sind jene, die erst nach dem 31.12.2003 eingestellt wurden. Neu-Arbeitnehmer unterfallen in Betrieben mit mehr als fünf, aber nicht mehr als zehn Arbeitnehmern nicht dem Kündigungsschutzgesetz, weil für diesen Kreis von Beschäftigten 2003 bzw. 2004 die Grenze auf mehr als zehn Arbeitnehmer angehoben wurde. Bei den Alt-Arbeitnehmern stellt sich dies anders dar. Hier ist das Kündigungsschutzgesetz (unverändert) anwendbar, soweit es mehr als fünf Alt-Arbeitnehmer gibt. Aus diesem Grunde ist für jeden Betrieb zu fragen, seit wann welcher Arbeitnehmer – ggf. mit wie vielen Arbeitnehmern gemeinsam – tätig ist. Im Einzelfall kann der Umstand entscheiden, Alt-Arbeitnehmer oder Neu-Arbeitnehmer zu sein.

→ Wer ist Arbeitnehmer?

- der zu kündigende Arbeitnehmer
- etwaig angestellter (Ehe-)Partner
- erkrankte Arbeitnehmer
- angestellte Reinigungskraft
- Arbeitnehmer in Elternzeit
- 400-Euro-Kräfte
- Teilzeitbeschäftigte, wobei zu beachten ist, dass derartige Kräfte bei einer Wochenarbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 Stunden und bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von regelmäßig nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 gezählt werden.

### ! Irrtum 8: Die Abfindung

Der Arbeitgeber schuldet keinerlei Abfindungszahlung, wenn er eine Kündigung ausgesprochen hat und diese den rechtlichen Anforderungen – insbesondere denen des Kündigungsschutzgesetzes – entspricht. Es stellt einen weitverbreiteten Irrtum dar, dass der Arbeitgeber in allen Fällen einer durch ihn ausgesprochenen Kündigung eine

Abfindungszahlung in Abhängigkeit zur Beschäftigungsdauer zu leisten hat. Dies ist nicht der Fall.

### ! Irrtum 9: Das Arbeitszeugnis

Eine verhängnisvolle Fehleinschätzung des Arbeitgebers ist es, mithilfe der Erteilung eines Zeugnisses das zurückliegende Arbeitsverhältnis noch einmal „aufarbeiten“ zu können. Wir müssen aus schmerzlicher Erfahrung darauf verweisen, dass das Zeugnis nicht der richtige Ort für die Ausübung von Rache gegenüber dem Arbeitnehmer ist. Es gibt wenige Ausnahmen, in denen – auch unter Beachtung der vorgeschriebenen Zeugnissprache – dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben ist, dem Arbeitnehmer durch Zeugniserteilung nachhaltig zu schaden. Dies betrifft insbesondere solche Fälle, in denen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses darauf beruht, dass der Arbeitnehmer eine Straftat zum Nachteil des Arbeitgebers begangen hat. In einem solchen Fall darf das Zeugnis nicht so verfasst werden, dass es ein etwaig nachfolgender Arbeitgeber missverstehen kann, will sich nicht der das Zeugnis erteilende Arbeitgeber gegenüber anderen Arbeitgebern schadenersatzpflichtig machen. Im Übrigen ist aber zu beachten, dass Zeugnisberichtigungsprozesse nahezu immer ein einheitliches Ende finden: Der Arbeitsrichter formuliert – auf Kosten der Parteien – ein Zeugnis, das der Arbeitgeber aus Gründen der Zeit- und Kostenersparnis besser gleich selbst verfasst hätte.

Der Arbeitgeber schafft grundsätzlich dadurch ein weitgehend „unangreifbares“ Zeugnis, das er eine Bewertung formuliert, die im System der Schulnoten einem „befriedigend“ entspricht. Die Unangreifbarkeit eines solchen Zeugnisses resultiert sodann daraus, dass nach Auffassung der Rechtsprechung der Arbeitnehmer für ein überdurchschnittliches Zeugnis beweislaster ist. Andererseits trifft den Arbeitgeber die Beweislast für ein unterdurchschnittliches Zeugnis.

### ! Irrtum 10: Informationspflichten

Immer wieder stellt sich die Frage, inwieweit ein Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitnehmer über bestimmte, im Zusammenhang mit dem Arbeitsver-



hältnis bestehende und relevante rechtliche Fragen aufzuklären.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber durch seine berufliche Erfahrung gegenüber dem Arbeitnehmer einen Informationsvorsprung besitzt. Inwieweit Informationspflichten dann aber im Einzelfall bestehen, ist im Wesentlichen durch den Grundsatz von Treu und Glauben beeinflusst. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass es keine Pflicht des Arbeitgebers gibt, den Arbeitnehmer im Kündigungsschreiben auf die unverzügliche Arbeitslosmeldung bei der Bundesagentur für Arbeit aufmerksam zu machen. Bei dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages können sich – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – Aufklärungspflichten nach Treu und Glauben ergeben. Dabei soll es nach Einschätzung der Rechtsprechung u. a. darauf ankommen, von wem die Initiative zum Abschluss des Aufhebungsvertrages ausgegangen ist. Ausnahmsweise kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, den Arbeitnehmer ungefragt auf ihm drohende Versorgungsschäden aufmerksam zu machen. Weiß der Arbeitgeber, dass dem Arbeitnehmer wegen des Aufhebungsvertrages sozialrechtliche Nachteile drohen, oder vermutet er ihren Eintritt, hat er hierauf hinzuweisen. |