

# Newsletter-Arbeitsrecht IV/2017

Sehr geehrte Mandantinnen und Mandanten,  
liebe Leserinnen und Leser,

ich freue mich, Ihnen heute die vierte Ausgabe des *Newsletter Arbeitsrecht* für das Jahr 2017 überreichen zu dürfen.

In dieser Ausgabe finden Sie zum Jahresende interessante neue Tendenzen in der Rechtsprechung.

Aber bitte beachten Sie: *Newsletter Arbeitsrecht* ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Es soll nur Tendenzen aufzeigen und Sie sensibilisieren. Für die gewohnte Qualität in der Rechtsberatung durch meine Kanzlei ist der persönliche Kontakt der Weg der Wahl und kann durch nichts ersetzt werden.

Ich wünsche Ihnen auch bei dieser Ausgabe eine interessante Lektüre und stehe für Gespräche, Beratung und Anregungen gerne zu Verfügung.

Ihr



David Pitzer  
Rechtsanwalt

In dieser Ausgabe:

- **Rechtsprechung**
  1. Kündigungsfrist von drei Jahren unwirksam
  2. Zum Begriff der sexuellen Belästigung
  3. Zum Wiedereinstellungsanspruch im Kleinbetrieb nach Betriebsübergang
  4. Zur vorweggenommenen Abmahnung
  5. Zu den Urlaubsrechten von Scheinselbständigen
- **Kurz notiert**
  6. Gesetzesänderungen in 2018

David Pitzer  
Rechtsanwalt

Kanzleianschrift:  
Hubertusstrasse 2  
35630 Ehringshausen

Telefon: 06449 7192860  
Telefax: 06449 7192866

E-Mail: [info@d-h-p.de](mailto:info@d-h-p.de)  
Internet: <http://www.d-h-p.de>

## Rechtsprechung

### **1. Kündigungsfrist von drei Jahren unwirksam (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.10.2017, 6 AZR 158/16)**

Die Richter des Bundesarbeitsgerichtes haben in einer neueren Entscheidung klargestellt, dass auch dann eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Sinn von § 307 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) liegen kann, wenn die gesetzliche Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erheblich verlängert wird und eine identische Verlängerung auch für den Arbeitgeber stattfindet.

Konkret hatten die Parteien im Rahmen einer nicht unerheblichen Gehaltserhöhung schriftlich eine beiderseitige Kündigungsfrist von 3 Jahren zum Monatsende vereinbart. Nachdem der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende aufgekündigt hatte, klagte die Arbeitgeberin und begehrte die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis über die vom Arbeitnehmer angegebene Zeitspanne von einem Monat fortbestand.

Die nunmehr eingelegte Revision der Arbeitgeberin gegen die vorinstanzliche Entscheidung hatte jedoch auch keinen Erfolg.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichtes

stellten klar, dass die Verlängerung der Kündigungsfrist den beklagten Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

So sei sie deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) unwirksam.

Die Richter stellten klar, dass bei einer vom Arbeitgeber vorformulierten Kündigungsfrist in den sogenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zwar die Bedingungen der § 622 Abs. 6 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) und § 15 Abs. 4 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) einhalte, aber mit einer wesentlich längeren Zeitspanne als die gesetzliche Regelfrist des § 622 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) arbeite, nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls und unter Beachtung von Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG) zu prüfen sei, ob die verlängerte Frist eine unangemessene Beschränkung der beruflichen Bewegungsfreiheit darstelle.

Die Richter schlossen sich der Argumentation der Vorinstanz an und stellten klar, dass im zu entscheidenden Fall eine unausgewogene Gestaltung trotz der beiderseitigen Verlängerung der Kündigungsfrist bestehe.

So sei auch der Nachteil auf Seiten des Arbeitnehmers nicht durch die der Vertragsänderung vorausgegangene Gehaltserhöhung abgegolten.

### **2. Zum Begriff der sexuellen Belästigung (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 29.06.2017, 2 AZR 302/16)**

Die absichtliche Berührung primärer oder sekundärer Geschlechtsmerkmale eines Anderen ist sexuell bestimmt i.S.d. § 3 Abs. 4 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und stellt einen Eingriff in die körperliche Intimsphäre dar, bei der es nicht auf eine sexuelle Motivation der Berührung ankommt, stellten die Richter des Bundesarbeitsgerichts fest.

Weil ein Arbeitnehmer einem Kollegen schmerzhaft in die Hoden gegriffen und sich anschließend sexuell abfällig geäußert hatte, kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nach vorheriger Anhörung des Betriebsrates fristlos.

Die Richter stellten in Ihrer Entscheidung klar, dass das festgestellte Verhalten des Klägers in zweifacher Hinsicht den Tatbestand einer sexuellen Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 4 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) erfülle und es sich dabei gemäß § 7 Abs. 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) um eine Verletzung vertraglicher Pflichten handele, die „an sich“ als wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) geeignet sind, eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen.

So läge eine sexuelle Belästigung im Sinne des § 3 Abs. 4 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vor,

# Seite drei

wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch sexuell bestimmte körperliche Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird.

Und dies sei in dem auf die primären Geschlechtsmerkmale und somit die körperliche Intimsphäre des Mitarbeiters gerichteten körperlichen Übergriff zu sehen, durch den die sexuelle Selbstbestimmung des Betroffenen negiert und damit seine Würde erheblich verletzt worden sei, so die Richter.

In der anschließenden sexuell abfällige Äußerung sei eine die ursprüngliche Demütigung noch verstärkende Handlung zu sehen, da die vorherige körperliche Belästigung sprachlich manifestiert und der Betroffene dadurch erneut zum Objekt der vermeintlichen Dominanz des Täters gemacht wurde, so die Richter in ihrer Begründung.

Fehle bei der Tatbegehung die eigene sexuelle Motivation, lasse es in einer solchen Fallgestaltung für sich genommen nicht den Schluss zu, dem Täter fehle das Bewusstsein, eine sexuelle Belästigung zu begehen.

Ein erkennbar unerwünschter körperlicher Eingriff in den Intimbereich eines anderen stellt unabhängig davon, ob er mit eigener sexueller Motivation erfolgt, eine sexuelle Belästigung im Sinne des § 3 Abs. 4 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dar.

Denn diese sexuelle Belästigung am Ar-

beitsplatz ist vielmehr häufig Ausdruck von Hierarchien und Machtausübung und weniger von sexuell bestimmter Lust.

Da das Verhalten bewirkte oder bezweckte, die Würde des Opfers zu verletzen, sei entweder das Ergebnis oder die Absicht des Handelns relevant.

Gegenteilige Absichten oder Vorstellungen würden, ebenso wie ein Vorsatz, für das Ergebnis keine Rolle spielen, so die Richter.

### **3. Zum Wiedereinstellungsanspruch im Kleinbetrieb nach Betriebsübergang (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.10.2017, 8 AZR 845/15)**

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen, die Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen, entschieden die Richter des Bundesarbeitsgerichtes.

Im Kleinbetrieb sei ein solcher Anspruch auch nach einem Betriebsübergang meist ausgeschlossen.

Weil ein Arbeitnehmer keinen Kündigungsschutz aufgrund der Kleinbetriebsregel des § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) beanspruchen konnte, wendete er sich nicht gegen eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung.

Nachdem der Arbeitnehmer nun feststellen musste, dass der Arbeitgeber den Betrieb weiterführte und kurze

Zeit später an einen Dritten veräußerte, machte er den Wiedereinstellungsanspruch geltend und führte an, dass der Kündigungsgrund, der die Kündigung gemäß § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) sozial gerechtfertigt habe, noch während des Laufs der Kündigungsfrist weggefallen sei.

Die Richter des Bundesarbeitsgerichtes stellten nunmehr klar, dass ein Wiedereinstellungsanspruch grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen kann, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen.

Ob sich im Einzelfall und ausnahmsweise in Kleinbetrieben aus § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ein Wiedereinstellungsanspruch ergeben könne, musste das Gericht für den konkreten Fall jedoch nicht prüfen, teilten die Richter mit.

Denn der Arbeitnehmer hätte einen solchen Anspruch nur gegenüber dem ehemaligen Arbeitgeber, der den Betrieb nach Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers zunächst weitergeführt hatte, erfolgreich geltend machen können.

Da die gegen den ehemaligen Arbeitgeber gerichtete Klage aber rechtskräftig abgewiesen worden war, und der Arbeitnehmer ausschließlich die Wiedereinstellung von dem neuen Inhaber begehrte, hatten die Richter über diese Frage nicht zu befinden.

# Seite vier

## **4. Zur vorweggenommenen Abmahnung (Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.06.2017, 5 Sa 5/17)**

„Eine vorweggenommene Abmahnung kann nur dann eine konkrete Abmahnung nach vorheriger Tatbegehung entbehrllich machen, wenn der Arbeitgeber diese bereits in Ansehung einer möglicherweise bevorstehenden Pflichtverletzung ausspricht, so dass die dann tatsächlich zeitnah folgende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers aus Sicht eines besonnenen Arbeitgebers als beharrliche Arbeitsverweigerung angesehen werden kann“, so der Leitsatz der Richter des Landesarbeitsgerichts.

Der Arbeitnehmer, ein Dienststellenleiter, unterzeichnete im Rahmen seiner Tätigkeit für die Arbeitgeberin eine Verpflichtungserklärung zur Nutzung von Dienstfahrzeugen, in der sinngemäß geregelt war, dass Privatfahrten mit den Dienstfahrzeugen generell untersagt sind, im Falle der Rufbereitschaft des Fahrers jedoch dann gestattet sind, wenn sie unmittelbar mit der Rufbereitschaft einhergehen.

Weiterhin enthielt die Verpflichtungserklärung für den Fall einer Zuwiderhandlung (Verstoß) die konkrete Ankündigung arbeitsrechtlicher Konsequenzen.

Nachdem der Arbeitnehmer abermals gegen die Verpflichtungen aus der von ihm unterzeichneten Verpflichtungserklärung verstoßen hatte, kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos, später auch fristgerecht.

Zu unrecht, entschieden die Richter des Landesarbeitsgerichtes in ihrer hier zitierten Entscheidung und setzten sich hierbei mit der Möglichkeit einer vorweggenommenen Abmahnung auseinander.

So genüge eine vorweggenommene Abmahnung, gleich, ob durch Aushang, Rundschreiben oder bereits als Bestandteil des Arbeitsvertrages, mit der der Arbeitgeber zum Ausdruck bringe, das er ein bestimmtes, näher bezeichnetes Verhalten nicht dulde, generell nicht den Anforderungen an eine wirksame Abmahnung, die den Arbeitnehmer nach einem konkreten Leistungsmangel an die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen erinnern soll, sog. Hinweisfunktion, und ihn vor den Konsequenzen eines weiteren Fehlverhaltens warnt, sog. Warnfunktion.

So sei die von der vorweggenommenen Abmahnung ausgehende Warn- und Hinweisfunktion nicht vergleichbar mit derjenigen, die von einer konkreten förmlichen Abmahnung ausgehe, so die Richter, denn die vorweggenommene Abmahnung enthalte lediglich den generalisierten Hinweis des Arbeitgebers, dass Pflichtverletzungen zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen in einer gewissen Bandbreite führen können.

Es müsse bedacht werden, dass mit der zunehmenden Dauer und beanstandungslosen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses die Warnfunktion einer Abmahnung an Gewicht verliere und nach längerer, beanstandungsloser Fortführung eine erneute Abmahnung notwendig sei, bevor eine Kündigung

wegen einer erneuten, gleichartigen Pflichtverletzung gerechtfertigt sei.

Die vorweggenommene Abmahnung könne eine Abmahnung nach Tatbegehung nur dann ausnahmsweise ersetzen, wenn sich die Pflichtverletzung unter Berücksichtigung des vorweggenommenen Fingerzeigs als beharrliche Arbeitsverweigerung darstelle, so die Richter.

Eine vorweggenommene Abmahnung könne unter Berücksichtigung der Wertungen des § 323 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in Verbindung mit § 314 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nur dann eine konkrete Abmahnung nach Tatbegehung ersetzen, wenn der Arbeitgeber diese vorweggenommene Abmahnung in Ansehung einer wahrscheinlich bevorstehenden Pflichtverletzung ausspreche, und gerade in der dann tatsächlich zeitnah folgenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers aus Sicht eines besonnenen Arbeitgebers eine beharrliche Arbeitsverweigerung gesehen werden müsse, so die Richter.

## **5. Zu den Urlaubsrechten von Scheinselbständigen (Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 29.11.2017, C-214/16)**

Der Urlaub eines Arbeitnehmers verfällt am Ende des Kalenderjahres, in Ausnahmefällen am 31.03. des Folgejahres, so die Regel in Deutschland nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG).

Die Richter des Europäischen Gerichtshofs haben nun entschieden, dass dies

# Seite fünf

in bestimmten Fällen nicht für Scheinselbständige gilt.

Die Richter entschieden, dass der Urlaubsanspruch bestehen bleibt, wenn Scheinselbständige den Urlaub aus Gründen nicht wahrnehmen oder wahrnehmen können, die sie nicht willentlich beeinflussen konnten.

Weil ein britische Kläger 13 Jahre lang als Scheinselbständiger beschäftigt wurde, ohne bezahlten Urlaub zu erhalten, verklagte er nach Eintritt in den Ruhestand das Unternehmen, bei dem er tätig war, auf die Auszahlung der 13 Jahre lang nicht genommenen Urlaubstage.

Das zuständige britische Arbeitsgericht stellte zwar rückwirkend die Arbeitnehmereigenschaft fest, rief für die Frage der Zahlung von Urlaubsabgeltung jedoch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) an.

Die Richter des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) votierten, dass der Anspruch auf die Urlaubsabgeltung nicht verfallen sei.

Der Arbeitgeber habe den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, dass dieser seinen gesetzlichen Anspruch auf bezahlten Urlaub ausüben könne.

Da es für den Arbeitnehmer zudem unsicher sei, ob er wirklich bezahlten Urlaub erhalte, müsse er bis zu seiner Statusfeststellung, also der Feststellung seiner Arbeitnehmereigenschaft, den Urlaub nicht antreten.

Diese Unsicherheit auf Seiten des Arbeitnehmers sei nicht mit den Grundsätzen des Urlaubs, der Erholung und Entspannung vereinbar und verstoße daher gegen Unionsrecht, so die Richter.

Auch habe der Arbeitgeber alleine die finanziellen Folgen zu tragen, da sich alle Urlaubansprüche des Arbeitnehmers ansammelten und sich zum Ende des Arbeitsverhältnisses in einen Abgeltungsanspruch auf Zahlung umwandeln.

Bezüglich einer eventuellen Verjährung der Ansprüche wird die erste Umsetzung dieses Urteils vor deutschen Gerichten abzuwarten sein.

## Kurz notiert

### 6. Gesetzesänderungen in 2018

Auch zu diesem Jahreswechsel kommen wieder eine Reihe von Gesetzesänderungen und Neuregelungen zum tragen, die vielfach auch im Bereich des Arbeitsrechtes Relevanz haben werden.

Die Zusatzbeträge zur Krankenversicherung sinken, die Beitragsbemessungsgrenzen der Sozialversicherung steigen und der Hartz IV- Satz erhöht sich.

Wir stehen vor der Reform des Schwerbehindertenrechts, der Reform des Mutterschutzes und die Erwerbsminderungsrente erhöht sich.

Männer und Frauen müssen bei glei-

cher Arbeit den gleichen Lohn erhalten, so regelt es das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG), und gibt ab dem Jahreswechsel einen individuellen Auskunftsanspruch, zu erfahren, wie viel die Kollegen in vergleichbarer Position verdienen.

Der Mindestlohn gilt nunmehr für alle Branchen und liegt zur Zeit bei 8,84€ brutto. Und das neue Betriebsrentenstärkungsgesetz (BRSg) gibt neue Chancen.

All diese Gesetzesänderungen können für Sie persönlich von erheblicher Relevanz sein.

Sprechen Sie mich gerne an.

Ihnen und Ihren Familien meinen herzlichen Dank für die gute Zusammenarbeit im vergangenen Jahr und meine besten Wünsche für einen erfolgreichen Start in das neue Jahr 2018.

#### HAFTUNGSAUSSCHLUSS:

Dieser Newsletter Arbeitsrecht ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall, er dient als allgemeine Information über aktuelle Rechtsentwicklungen. Eine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Ausführungen im Einzelfall übernehme ich mit der Herausgabe des Newsletter Arbeitsrecht nicht.

Verantwortlich für den Inhalt: David Pitzer, Ehringshausen.

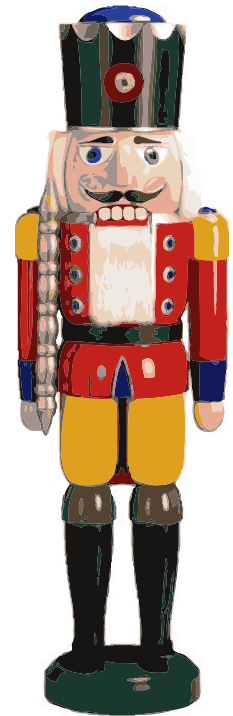
Wenn Sie diese Informationen nicht länger erhalten möchten, senden Sie bitte eine Email an [info@d-h-p.de](mailto:info@d-h-p.de).

Copyright © 2017 David Pitzer. All rights reserved.

# Seite sechs



Frohe Weihnachten und einen guten Start ins neue Jahr | I'D Miilad Said ous Sana Saida | Edo brì'cho o rish d'shato brich'to | Feliz Navidad | Boas Festas e Feliz Ano Novo | Seng Dan Fai Lok, Sang Nian Fai Lok | Gun Tso Sun Tan'Gung Haw Sun | Merry Christmas & Happy New Year | Gajan Kristnaskon | Zalig Kerstfeest en Gelukkig nieuw jaar | Joyeux Noël et Bonne Année | Mo'adim Lesimkha. Shana Tova | Buon Natale e Felice Anno Nuovo | En frehlicher Grischtidaag unen hallich Nei Yaahr | Bella Festas da zNadal ed in Ventiravel Onn Nov | Feliz Navidad y Próspero Año Nuevo | God Jul och Gott Nytt År and S Rozhdestvom Kristovym | Suksan Wan Christmas lae Sawadee Pee Mai | Noeliniz Ve Yeni Yiliniz Kutlu Olsun | Gute Vaynakhtn un a Gut Nay Yor



Ich wünsche Ihnen und Ihren Familien eine ruhige und besinnliche Weihnachtszeit, schöne Festtage, einen tollen Jahreswechsel und einen guten Start in das Jahr 2018, verbunden mit dem Dank für die gute Zusammenarbeit im vergangenen Jahr.

Hubertus  
David Pitzer  
Rechtsanwalt

Hubertusstrasse 2  
D-35630 Ehringshausen- Katzenfurt  
Tel: +49 (0) 6449 / 719 286 0  
Fax: +49 (0) 6449 / 719 286 6  
E-Mail: [info@d-h-p.de](mailto:info@d-h-p.de)  
Web: <http://www.d-h-p.de>

**David Pitzer**  
**Rechtsanwalt**

Kanzleianschrift:  
Hubertusstrasse 2  
35630 Ehringshausen

Telefon: 06449 7192860  
Telefax: 06449 7192866

E-Mail: [info@d-h-p.de](mailto:info@d-h-p.de)  
Internet: <http://www.d-h-p.de>