

# Noch mal: Urlaub und Abgeltung über den Übertragungszeitraum hinaus



Bekanntlich hat der Europäische Gerichtshof kürzlich die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Urlaubsabgeltung gekippt. Dessen Reaktion erfolgte prompt: Mit Urteil vom 24. März 2009 gab es seine bisherige Judikatur zu § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG auf. Wir berichteten insoweit in unseren Newslettern. Offen bleibt hingegen, wie es sich mit solchen Urlaubsansprüchen verhält, die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehen.

## Inhalt

### Seite 1

- Noch mal: Urlaub und Abgeltung über den Übertragungszeitraum hinaus

### Seite 2

- Wichtige Rechtsprechungsänd. des BAG: „Negative“ betriebliche Übung kann Anspruch in der Regel nicht beseitigen
- Befristung von Arbeitsverhältnissen und Kündigung

### Seite 3

- Außerordentliche Kündigung bei Falschetikettierung von Fleischwaren
- Vorzeitige Beendigung und Übertragung von Elternzeit

### Seite 4

- Einvernehmliche Änderungen im Bereich verweigerter Zustimmung

Die Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH betrifft ausschließlich den gemeinschaftsrechtlichen Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Dieser entspricht dem gesetzlichen Mindesturlaub nach § 3 Abs. 1 BUrlG. Hierüber herrscht Einvernehmen. Nicht abschließend geklärt ist dagegen die Frage, ob das BAG die Grundsätze der EuGH-Entscheidung auch auf solche Urlaubsansprüche ausdehnt, die – vertraglich oder tariflich – den gesetzlichen Mindesturlaub überschreiten. Betrachtet man die Entscheidungsgründe des BAG näher, scheint hier ein differenzierender Ansatz geboten zu sein: Es spricht viel dafür, dass die vom BAG vorgenommene, richtlinienkonforme Auslegung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG grundsätzlich auch vertragliche oder tarifliche Ansprüche auf Zusatzurlaub erfasst, sofern die Parteien im Arbeits- oder Tarifvertrag nicht klar zu verstehen gegeben haben, etwaigen Mehrurlaub vom gesetzlichen Mindesturlaub abzukoppeln (vgl. auch LAG Düsseldorf, Urteil vom 2. Februar 2009 – 12 Sa 486/06). Das BAG ist zwar der Meinung, dass Vertragsparteien solche Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsansprüche, die über den Mindesturlaub von vier Wochen hinausgehen, frei regeln können. Allerdings verlangt es für eine solche „ausnahmsweise anzunehmende Abweichung“ deutliche Anhaltspunkte. Dieses Ergebnis entspricht auch der Rechtsprechung des BAG, wonach die Regelungen des BUrlG im Zweifel auch auf vertragliche

bzw. tarifliche Ansprüche auf Zusatzurlaub angewendet werden, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde (BAG, Urteil vom 18. Oktober 1990 – 8 AZR 490/89).

Es ist für die Zukunft empfehlenswert, in Arbeitsverträgen zu regeln, ob ein vertraglicher Zusatzurlaub – im Unterschied zum gesetzlichen Mindesturlaub, § 13 BUrlG – ersatzlos entfällt (Formulierung: „Der Arbeitnehmer erhält neben seinem gesetzlichen Mindesturlaub einen zusätzlichen Anspruch von X Urlaubstagen jährlich. Dieser Mehrurlaub mindert sich um 1/12 für jeden Monat, in dem der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Entgelt bzw. Entgeltfortzahlung besitzt. Ist es dem Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit nicht möglich, diesen Mehrurlaub bis zum 31. März des Folgejahres in Anspruch zu nehmen, fällt der Anspruch auf Mehrurlaub ersatzlos weg.“).

Hieran anknüpfend stellt sich die Frage, in welcher Reihenfolge der Arbeitgeber Mindest- und Zusatzurlaub gewährt. Problematisch wird es, wenn der Arbeitgeber – wie im Regelfall – keine ausdrückliche Leistungsbestimmung trifft und die Parteien eine Ausschlussklausel vereinbart haben. Nimmt man an, dass der vertragliche Mehrurlaub dem gesetzlichen Mindesturlaub folgt, würde der Anspruch auf Urlaubsgewährung in natura oder Abgeltung hinsichtlich des Zusatzurlaubs in der Mehrzahl der Fälle ausscheiden. Der Arbeitnehmer wird oftmals nur dazu gekommen sein, (zumindest teilwei-

se) den gesetzlichen Urlaub zu nehmen. Im umgekehrten Fall stünden die Chancen der Arbeitnehmer weitaus besser, Urlaub oder dessen Abgeltung einzufordern. Fehlt es an einer Bestimmung durch den Arbeitgeber, kommt die gesetzliche Reihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB in Betracht, sofern dieses nicht offensichtlich unvereinbar mit den Interessen der Beteiligten ist: Da vertraglicher und gesetzlicher Urlaubsanspruch grundsätzlich zum gleichen Zeitpunkt fällig werden, wird diejenige Schuld getilgt, die dem Gläubiger – also dem Arbeitnehmer – geringere Sicherheit bietet.

Bei der hier maßgebenden wirtschaftlichen Betrachtung spricht einiges dafür, die geringere Sicherheit für den Arbeitnehmer in dem drohenden Ausschluss seiner vertraglichen Urlaubsansprüche zu sehen. Hiernach würde der Zusatzurlaub im Zweifel zuerst getilgt. Das letzte Wort ist hier sicherlich noch nicht gesprochen: Insbesondere wäre fraglich, ob mit einer derartigen Tilgungsbestimmung nicht offenkundig der Zweck der Ausschlussklausel verfehlt wird. Vorsorglich sollte eine Leistungsbestimmung im Arbeitsvertrag aufgenommen werden (Formulierung: „Mit der Urlaubsgewährung erfüllt der Arbeitgeber zunächst den gesetzlichen Mindesturlaub des Arbeitnehmers in voller Höhe. Erst hiernach wird der vertragliche Mehrurlaub gewährt.“).

■ Sebastian Dücker  
Rechtsanwalt

# Wichtige Rechtsprechungsänderung des BAG: „Negative“ betriebliche Übung kann Anspruch in der Regel nicht beseitigen

Der durch betriebliche Übung entstandene Anspruch auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes wird durch den wiederholten Hinweis des Arbeitgebers, in Zukunft werde die Zahlung nur noch freiwillig erbracht, nicht beseitigt. Mit seinem Urteil vom 18.03.2009 (Az. 10 AZR 281/08) hebt das Bundesarbeitsgericht damit seine bisherige Rechtsprechung zu dieser Rechtsfrage ausdrücklich auf.

Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses im Jahre 1971 hatte der Beklagte jedes Jahr ohne vorherige Verpflichtung Weih-

nachtsgeld an den Kläger und seine Kollegen gezahlt. Durch diese wiederholte vorbehaltlose Zahlung begründete er nach der Rechtsprechung des BAG eine sogenannte „betriebliche Übung“, die ihn dann zur Zahlung verpflichtete. Ab dem Jahr 2002 wurde die Auszahlung mit dem schriftlichen Hinweis verbunden, zukünftig werde das Weihnachtsgeld nur noch freiwillig und ohne Rechtsanspruch gezahlt. Gerichtlich eingefordert hatte der Kläger das Weihnachtsgeld für das Jahr 2006.

Entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung hat das BAG

nun entschieden, der einmal durch betriebliche Übung entstandene Anspruch könne nicht durch den wiederholten Hinweis auf die zukünftige Freiwilligkeit der Zahlung („negative betriebliche Übung“) beseitigt werden. Seit Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung am 01.01.2002 könne die Änderung eines Arbeitsvertrages nur dann herbeigeführt werden, wenn beide Vertragspartner sowohl die rechtliche Ausgangssituation wie auch die angestrebte Änderung klar erkennen könnten. An dieser klaren Erkennbarkeit fehlt es laut BAG dann, wenn der Ar-

beitgeber sein Angebot auf Änderung des Vertrages („zukünftig nur noch freiwillig“) nicht mit dem ausdrücklichen Hinweis verbindet, die Arbeitnehmer hätten durch die betriebliche Übung einen vertraglichen Anspruch auf das Weihnachtsgeld erworben. Da der Beklagte seinen Hinweis auf die zukünftige Freiwilligkeit der Zahlung gemessen an diesen Kriterien nicht deutlich genug formuliert hatte, wurde er verurteilt, dass Weihnachtsgeld an den Kläger zu zahlen.

■ **Christian Kaiser**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Befristung von Arbeitsverhältnissen und Kündigung

Um Arbeitsverhältnisse möglichst flexibel handhaben zu können, vereinbaren Arbeitgeber oft, dass Arbeitsverträge für eine bestimmte Dauer befristet abgeschlossen werden und gleichzeitig innerhalb dieser Zeitspanne gekündigt werden können. Eine solche Vertragsgestaltung hält die Rechtsprechung grundsätzlich für zulässig. Problematisch wird es, wenn das Arbeitsverhältnis zur weiteren Absicherung des Arbeitgebers noch zusätzlich für die Dauer der „Probezeit“ des § 1 Abs. 1 KSchG befristet werden soll.

Das Bundesarbeitsgericht hat

im Jahr 2008 die Kombination von Probezeitbefristung und darüber hinausgehender Zeitbefristung für unzulässig erklärt, wenn die längere Zeitbefristung im Vertrag durch Fettdruck gegenüber der Probezeitbefristung hervorgehoben ist und die Vertragsklausel einseitig vom Arbeitgeber vorgegeben wurde.

In vermeintlicher Anwendung dieser Entscheidung hat das LAG Rheinland-Pfalz in einem Urteil vom 19.02.2009 (Az. 10 Sa 705/08) festgestellt, dass die besagte Kombination dann zulässig sei, wenn beide Befristungstatbestände gleichberechtigt ohne

### Praxistipp

Auch in einem befristeten Arbeitsvertrag kann sich der Arbeitgeber das Recht zur Kündigung vorbehalten. Da in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses keine hohen Hürden für den Ausspruch einer Kündigung bestehen, sollte

der Arbeitgeber darauf verzichten, für die Dauer der Probezeit noch eine weitere Befristung in den Vertrag einzubauen. Diese bringt nicht mehr Rechtssicherheit, sondern gefährdet die Befristung des Vertrages insgesamt.

drucktechnische Hervorhebung formuliert worden sind. Die gestaffelte Befristung sei auch für den juristischen Laien klar und verständlich formuliert. Zumindest sei aber eine Kündigung während der Probezeit unproblematisch.

Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Rechtsprechung durchsetzen kann. Bei genauerer Lektüre des BAG-Urteils aus dem Jahr 2008 erscheint dies jedoch mehr als fraglich.

■ **Christian Kaiser**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

# Außerordentliche Kündigung bei Falschetikettierung von Fleischwaren

Nach einem Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 19.01.2009 (5 Sa 1323/08) macht sich ein im Supermarkt beschäftigter Metzger strafbar, wenn er Fleischwaren kurz vor Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums neu verpackt und mit einem späteren Datum versieht. Dieses Verhalten kann selbst bei einem schwerbehinderten und langjährig beschäftigten Mitarbeiter eine fristlose Kündigung rechtfertigen.

Der Kläger, schwerbehindert und seit 27 Jahren bei der be-

klagten Supermarktkette als Metzgermeister beschäftigt, war bereits in der Vergangenheit mehrfach wegen hygienischer Mängel abgemahnt worden. Als im Mai 2007 auffiel, dass er wiederholt Fleischwaren, deren Mindesthaltbarkeitsdatum am Folgetag abließ, umverpackt und mit einem um drei Tage verlängerten Datum versehen hatte, erhielt er die fristlose Kündigung. Im Kündigungsverfahren stellte er sich auf den Standpunkt, dass die Ware noch haltbar und im guten Zustand gewesen wäre.

Das LAG Köln stellte klar, dass die Umverpackung und vorsätzliche Falschetikettierung einen strafbaren Verstoß gegen das Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetz (LFGB) und damit einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellt. Eine vorherige Abmahnung sei wegen der Schwere des Vorfalls entbehrlich gewesen. Die Interessenabwägung half dem Kläger trotz seiner Schwerbehinderung und langjährigen Betriebszugehörigkeit nicht aus seiner misslichen Situation. Er hatte offenbar ein-

geräumt, dass er nahezu wöchentlich Umetikettierungen vorgenommen hatte. Das LAG folgerte daraus, dass ihm jegliches Verantwortungsgefühl für die Gesundheit seiner Kunden fehlt. Es verwies zudem richtigerweise darauf, dass die Pflichtverletzungen des Klägers die Gefahr eines massiven Rufschadens zu Lasten der beklagten Supermarktkette in sich bergen.

■ Antje Burmester  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

# Vorzeitige Beendigung und Übertragung von Elternzeit

Die vorzeitige Beendigung von Elternzeit wegen der Geburt eines weiteren Kindes ist möglich. Nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21.04.2009 (9 AZR 391/08) kann ein dann verbleibender Anteil von bis zu zwölf Monaten auf die Zeit nach Vollendung des dritten bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes übertragen werden.

Die seit 1999 bei der Beklagten beschäftigte Klägerin nahm für ihre am 04.07.2004 geborene Tochter Elternzeit vom 03.09.2004 bis zum 03.07.2007 in Anspruch. Am 23.07.2006 wurde ihr Sohn geboren. Mit an die Beklagte gerichtetem Schreiben vom 16.08.2006 machte sie für dieses Kind Elternzeit für die Zeitspanne vom 19.09.2006 bis 22.07.2009 geltend. Die Elternzeit für ihre Tochter sollte deshalb vorzeitig beendet und die dadurch verbleibende Elternzeit an die Elternzeit für den Sohn „drangehängt“ werden. Die Beklagte lehnte diesen Wunsch mit Schreiben

vom 21.09.2006 ab und veranlasste die Klägerin zu einer auf Zustimmung gerichteten Klage. Dieser Klage gab das BAG statt und folgte damit den Vorinstanzen.

Der beklagte Arbeitgeber hätte die vorzeitige Beendigung der Elternzeit für die erstgeborene Tochter gemäß § 16 Abs. 3 Satz 2 BEEG nur aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen können und hätte dafür die gesetzliche Frist von vier Wochen einhalten müssen. Derartige Gründe konnte sie offensichtlich auch nicht im Prozess darlegen. Sie ist gleichfalls verpflichtet, der gewünschten Übertragung der Elternzeit zuzustimmen. Das BAG weist ausdrücklich darauf hin, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung über die Zustimmung an billiges Ermessen gemäß § 315 BGB gebunden ist. Die Beklagte konnte auch keine Nachteile, welche ihr durch die Übertragung der Elternzeit auf einen späteren Zeitraum entstehen würden, geltend machen. Die Klägerin konnte sich also mit

## Arbeitsrechtliche Praktiker SEMINARE GmbH

in Kooperation mit den Rechtsanwälten der Ulrich Weber & Partner GbR

### Inhouse-Seminare 2009

- Abmahnung und verhaltensbedingte Kündigung ("Low-Performer")
- Die rechtssichere Gestaltung von Arbeitsverträgen
- Personalkosten senken ohne Kündigung
- Krankheit als Kündigungsgrund
- Alles um den Aufhebungs-/Abwicklungsvertrag - Neues zur Sperrzeit
- Alles von A wie Arbeitsvertrag bis Z wie Zeugnis.

Anmeldung & weitere Infos:

[www.aps-seminare.de](http://www.aps-seminare.de)

ihrem Wunsch in vollem Umfang durchsetzen.

■ Antje Burmester  
Fachanwältin für Arbeitsrecht



# Einvernehmliche Änderungen im Bereich verweigerter Zustimmung



**Möchte der Betriebsrat einer personellen Einzelmaßnahme des Arbeitgebers die Zustimmung verweigern, zwingt ihn das Betriebsverfassungsgesetz zur Einhaltung gewisser Formalien. Wird die Verweigerungshaltung weder schriftlich begründet, noch innerhalb einer Woche dem Arbeitgeber übermittelt, gilt gem. § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt. Fraglich ist, inwieweit die Betriebsparteien hiervon abweichende Regelungen treffen können.** Mittlerweile geklärt ist die Frage, ob die schriftliche Mitteilung die Schriftform nach § 126 BGB meint. Mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass der durch § 126 BGB bezweckte Übereilungsschutz bei § 99 Abs. 3 BetrVG keine Rolle spielt. Der mit dieser Norm zugleich verfolgte Beweisweck über die Identität des Ausstellers und die Vollständigkeit der Urkunde werden daher auch durch eine bildliche Wiedergabe der Originalurkunde mittels Telefax erfüllt (LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 1. August 2008 – 5 TaBV 8/07). Hingegen genügt eine E-Mail ohne qualifizierte elektronische Si-

gnatur nicht. Klarheit herrscht ebenfalls bei der Verlängerung der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG. Die Betriebsparteien sind berechtigt, die Frist einvernehmlich zu verlängern, sofern dass Fristende anhand der getroffenen Abreden eindeutig bestimmbar ist (BAG, Beschluss vom 3. Mai 2006 – 1 ABR 2/05). Für den Fall der betrieblichen Umsetzung eines neuen Tarifwerks wurde von der Rechtsprechung eine Fristverlängerung von bis zu 7 ½ Monaten akzeptiert (LAG Bremen, Beschluss vom 10. Juli 2008 – 3 TaBV 3/08).

Wie sieht es aber mit weiteren Änderungen im Bereich des § 99 Abs. 3 BetrVG aus? Können die Betriebsparteien etwa auf den Begründungszwang nach Satz 1 der Vorschrift verzichten, oder die Zustimmungsfiktion in Satz 2 durch eine sog. Zustimmungsverweigerungsfiktion ersetzen? Im konkreten Fall wurde folgendes vereinbart: „Kommt eine Einigung zwischen den Betriebsparteien nicht zustande, so gilt die Zustimmung zur Eingruppierung als verweigert“. Diverse Landesarbeitsgerichte haben sich in letzter Zeit mit dieser Konstellation beschäftigt (LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. Mai 2008 – 2 TaBV 5/07; LAG Bremen, aaO.). Die Gerichte sprachen den Betriebsparteien eine

entsprechende Kompetenz zur Umgestaltung von § 99 BetrVG ab. Verwiesen wurde u. a. darauf, dass eine dem § 102 Abs. 6 BetrVG vergleichbare Vorschrift in § 99 BetrVG nicht enthalten sei. Darüber hinaus wurde ein Erst-Recht-Schluss bemüht: Wenn schon das Nachschieben von Verweigerungsgründen nach der Rechtsprechung des BAG unzulässig sei, dann doch erst recht das erstmalige Vorbringen von Gründen im Zustimmungseretzungsverfahren. Darüber hinaus hätten sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer ein Interesse an einer zügigen Klärung. Es müsse vor allem klar sein, aus welchen Gründen eine Einigung nicht zustande kam.

Dieser Begründungsansatz der Richter ist fraglich: Zunächst ist der Hinweis auf die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer an einem beschleunigten Verfahren verfehlt. Es leuchtet wenig ein, wenn man einerseits die Verlängerung der Wochenfrist auf mehrere Monate akzeptiert, auf der anderen Seite mit Hinweis auf einen zeitnahen Abschluss eine weitere Umgestaltung ablehnt. Wenn über mehrere Monate ergebnislos verhandelt wird, verblüfft zudem der Hinweis auf das Arbeitgeberinteresse an den Gründen. Es wäre übertriebener Formalismus, diese nochmals zu wiederholen. Tatsachen, die bei-

den Betriebspartnern bekannt sind, müssen nicht mehr in die Zustimmungsverweigerung einfließen (BAG, Urteil vom 26. Januar 1988 – 1 AZR 531/86). Schließlich werden bekannte Verweigerungsgründe auch nicht erstmalig in das Beschlussverfahren eingeführt.

## Beratungstipp

**Derzeit kann Betriebsparteien - vor allem bei umfangreichen Einzelmaßnahmen - von einer Umgestaltung des § 99 Abs. 3 BetrVG nur abgeraten werden. Einen Lichtblick bietet insoweit das Hessische LAG (Beschluss vom 18. November 2008 – 4 TaBV 298/07). Das Gericht sah in der erwähnten Abrede der Betriebsparteien einen antizipierten Widerspruch des Betriebsrats, der unter der aufschiebenden Bedingung des Nichtzustandekommens einer Einigung stand. Ein Begründungsdefizit sah es nicht. Den Beteiligten waren die Gründe für das Scheitern der umfangreichen Verhandlungen bekannt. Rechtsbeschwerde ist eingelegt. Es bleibt die Hoffnung klärender Worte aus Erfurt!**

■ Sebastian Düker  
Rechtsanwalt

Seite 4

## Impressum

Gürzenichstraße 16 • 50667 Köln  
Tel. 02 21-94 36 87-0 • Fax -94 36 87-27  
buero-koeln@ra-weber-partner.de

Arndtstraße 39 • 60325 Frankfurt/M.  
Tel. 0 69-97 40 36-0 • Fax -97 40 36-66  
buero-frankfurt@ra-weber-partner.de

Urheberrechte: Der Newsletter und alle darin veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Das alleinige Nutzungsrecht liegt bei der Ulrich Weber & Partner GbR.



## ULRICH WEBER & PARTNER GbR

RECHTSANWÄLTE – FACHANWÄLTE FÜR ARBEITSRECHT

KÖLN • FRANKFURT/MAIN • BERLIN • STUTTGART

Weitere Informationen über die Sozietät Ulrich Weber & Partner GbR erhalten Sie unter [www.ra-weber-partner.de](http://www.ra-weber-partner.de)

Die rechtlichen Ausführungen in diesem Newsletter beinhalten keinen Rechtsrat im Einzelfall. Sie sollen lediglich Anhaltspunkte bieten. Die erteilten Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtslage, die Rechtsprechung und die Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise und in verkürzter Form wieder. Sie können eine den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht werdende, individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden.

Charlottenstr. 79/80 • 10117 Berlin  
Tel. 0 30-20 62 98-0 • Fax -20 62 98-10  
buero-berlin@ra-weber-partner.de

Wilhelmsplatz 11 • 70182 Stuttgart  
Tel. 07 11-49 07 08-0 • Fax -49 07 08-10  
buero-stuttgart@ra-weber-partner.de

Verbreitungsform: Zusendung per E-mail oder als kostenloser Internetdownload als PDF-Datei unter [www.ra-weber-partner.de](http://www.ra-weber-partner.de)

Design & Layout: I-Motion Communication  
56218 Mülheim-Kärlich, Tel. 02 61-921 584-0