

# Alle Jahre wieder – der Ärger mit den Sonderzahlungen



In vielen Unternehmen ist es üblich, allen oder doch zumindest ausgewählten Mitarbeitern zum Jahresende eine Sonderzahlung zu gewähren. Teilweise wird diese ohne besondere weitere Voraussetzungen gezahlt, teilweise wird an die Erreichung persönlicher Ziele des Mitarbeiters oder wirtschaftlicher Ziele des Unternehmens angeknüpft. Regelmäßig führt diese Sonderzahlung in der ein oder anderen Form zu Konflikten. Nämlich dann, wenn

der Arbeitnehmer einige Zeit krank gewesen oder das Arbeitsverhältnis zum Auszahlungstermin bereits von einer Vertragspartei gekündigt worden ist.

Die Rechtsprechung des BAG zu diesen Sonderzahlungen ist bereits sehr ausgefeilt und seit dem 24. Oktober 2007 um eine Nuance reicher.

Kurz gefasst stellt sich die bisherige Rechtslage wie folgt dar: Wird die Zahlung ohne weitere Voraussetzung gewährt, knüpft sie in der Regel nur an die erbrachte Arbeitsleistung an („reiner Entgeltcharakter“). Daher ist eine Kürzung auch ohne ausdrückliche Regelung grundsätzlich zulässig, wenn das Arbeitsverhältnis auf Veranlassung des Arbeitnehmers unterjährig beendet wird oder es im Berechnungszeitraum Zeiten gegeben hat, in denen z.B. wegen Krankheit keine Arbeitsleistung erbracht wurde. Knüpft die Zahlung hingegen nur an den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Stichtag an, steht die Förderung der „Betriebstreue“ im Vordergrund und eine Kürzung wegen Fehlzeiten ist nur bei ausdrücklicher Vereinbarung zulässig. Schließlich gibt es die Zahlungen mit „Mischcharakter“, die sowohl an die erbrachte Arbeitsleistung als auch an den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Stichtag anknüpfen. Auch hier besteht ein Anspruch auf die ungekürzte Auszahlung,

wenn es im Berechnungszeitraum Fehlzeiten gegeben hat, das Arbeitsverhältnis am Stichtag aber noch besteht und kein ausdrückliches Kürzungsrecht des Arbeitgebers vereinbart worden ist.

Das BAG hat darüber hinaus kürzlich entschieden, dass eine „Stichtagsregelung“ dann unwirksam sein kann, wenn es sich bei der zugrunde liegenden Regelung im Arbeitsvertrag um eine vom Arbeitgeber vorformulierte Klausel handelt, die unabhängig von der Bonushöhe einen Stichtag im nächsten Kalenderjahr zur Voraussetzung für die Auszahlung macht. Der Entscheidung vom 24. Oktober 2007 (Az. 10 AZR 825/06) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Arbeitnehmer war Berater bei einem Finanzdienstleister. Sein Arbeitsvertrag sagte ihm die Teilnahme am Bonussystem des Arbeitgebers zu. Allerdings sollte die Auszahlung dieses Bonus in jedem Fall freiwillig und ohne Begründung eines Rechtsanspruchs erfolgen. Außerdem bestand ein Anspruch auf Auszahlung nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis am 1. April des Folgejahres noch ungekündigt war. Der Arbeitnehmer kündigte das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2004 und begehrte für die Monate Januar bis September 2004 den anteiligen Bonus. Anders als die Vorinstanzen hat das BAG dem Kläger Recht gegeben und ihm einen Bonusanspruch dem Grunde nach zuerkannt.

Begründet hat das BAG seine Entscheidung mit zwei grundsätzlichen Erwägungen. Zum einen liege eine widersprüchliche Regelung vor, wenn der Arbeitsvertrag einerseits die Teilnahme an einem konkreten Bonussystem zusage, andererseits aber von einer „freiwilligen“ Zahlung spreche, auf die kein Rechtsanspruch bestehe. Ist diese Klausel des Arbeitsvertrags einseitig vom Arbeitgeber vorgegeben worden, unterliegt sie dem „Transparenzgebot“ des § 307 Abs. 1 BGB. Weil die Regelung eben nicht im Sinne dieser Norm „klar und verständlich“ sei, sei sie unwirksam. Es bleibt damit bei der Teilnahme am Bonussystem, die „Freiwilligkeit“ des Arbeitgebers fällt weg. Zum anderen sei die Stichtagsregelung unwirksam, weil sie den Arbeitnehmer unabhängig von der Höhe seines Bonusanspruchs bis zu einem bestimmten zukünftigen Stichtag binde. Bereits in früheren Entscheidungen hatte das BAG klargestellt, dass die Dauer der zukünftigen Bindung immer von der Höhe der Auszahlung abhängt. Je höher der Auszahlungsbetrag, umso länger die zulässige Bindung des Arbeitnehmers. Eine vom Arbeitgeber vorgegebene Klausel, die keine solche Differenzierung enthält, verstöße gegen das „Benachteiligungsverbot“ des § 307 Abs. 2 BGB und sei auch deswegen unwirksam.

■ Christian Kaiser  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Inhalt

### Seite 1

- Alle Jahre wieder – der Ärger mit den Sonderzahlungen

### Seite 2

- Betriebsübergang: Übereinstimmende Vertragsänderungen
- Unkündbarkeit muss bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden

### Seite 3

- Zustimmung des Integrationsamtes wird nicht verbraucht!
- Betriebsbedingte Kündigung – Sozialauswahl

### Seite 4

- Europarechtswidrigkeit deutscher Kündigungsfristen?

# Betriebsübergang: Übereinstimmende Vertragsänderungen innerhalb des ersten Jahres sind wirksam

Mit Urteil vom 07.11.2007 (5 AZR 1007/06) hat das BAG klargestellt, dass § 613a BGB einen Betriebsübernehmer nicht daran hindert, nach einem Betriebsübergang einzelvertraglich die vereinbarte Vergütung eines Arbeitnehmers abzusenkten.

Die Klägerin war Verkäuferin. Sie war bei einer nicht tarifgebundenen Handelsgesellschaft beschäftigt, wo sie ein monatliches Grundgehalt von EUR 1.099,28 brutto sowie eine Zulage von EUR 270,98 brutto bezog. Durch Betriebsübergang ging das Arbeitsverhältnis zum 01.06.2004 auf die

Beklagte über. Am 27.07.2004 vereinbarten die Parteien, das Entgelt unter Wegfall der Funktionszulage auf EUR 1.041,40 brutto abzusenkten. Die Klägerin erhielt im Gegenzug eine Einmalzahlung von EUR 3.900,00 brutto. Mit ihrer Klage machte die Klägerin die Unwirksamkeit dieser Änderungsvereinbarung geltend und verlangte die Fortzahlung der ursprünglichen Vergütung.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Klage in letzter Instanz abgewiesen. Zwar trete der Betriebserwerber nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in alle Rechte und Pflichten der überge-

henden Arbeitsverhältnisse ein und müsse daher grundsätzlich auch die bisherige Vergütung weitergewähren. § 613 a BGB hindere die Arbeitsvertragsparteien jedoch nicht, nach Betriebsübergang eine Absenkung des bisherigen Gehalts einvernehmlich

zu vereinbaren. Eine solche Änderung bedarf nach Auffassung des BAG auch keiner sachlichen Rechtfertigung.

■ Carolin Mirwald  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

## Beratungstipp

Mit dieser Entscheidung hat das BAG mit dem weit verbreitenden Irrglauben aufgeräumt, einvernehmliche Vertragsänderungen seien im ersten Jahr nach einem Betriebsübergang generell nicht möglich.

§ 613a BGB verbietet nur Abänderung von Arbeitsbedingungen zu Ungunsten des Arbeitnehmers, wenn diese zuvor durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geregelt waren.

# Unkündbarkeit muss bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden

Will ein Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage geltend machen, dass er tarifvertraglich ordentlich unkündbar ist, muss er bis spätestens zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz auf die Unkündbarkeit hinweisen. Der bloße Verweis auf die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages genügt nicht. Dies hat das BAG mit Urteil vom 08.11.2007 (2 AZR 314/06) entschieden.

Der Kläger war bei der Beklagten, einem Berufsbildungswerk, als Ausbilder beschäftigt. Für das Arbeitsverhältnis galt der BAT. Die Beklagte

schloss mit der zuständigen Gewerkschaft einen Firmentarifvertrag, nach dem der Ausschluss der ordentlichen Kündigung gemäß § 53 Abs. 3 BAT dann keine Anwendung finden sollte, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer Betriebsänderung betriebsbedingt entlassen werden soll.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers. Mit seiner Kündigungsschutzklage machte der Kläger geltend, dass die Kündigung sozialwidrig sei und mangels Massenentlassungsanzeige gegen § 17 KSchG verstoße. Erst in der Revisionsinstanz berief sich der Kläger darauf,

dass er nach § 53 Abs. 3 BAT unkündbar sei, die Tarifvertragsparteien seien nicht befugt gewesen, seinen bereits erreichten Kündigungsschutz nachträglich zu verschlechtern.

Das BAG wies die Klage ab. Es ließ die Frage offen, ob die Tarifvertragsparteien den Sonderkündigungsschutz des BAT rückwirkend verschlechtern durften. Hierauf kam es nicht an, denn der Kläger hatte sich zu spät auf diesen tarifvertraglichen Kündigungsausschluss berufen.

Das BAG stützt seine Entscheidung auf § 6 KSchG, wo-

nach Arbeitnehmer, die rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhoben haben, zwar weitere Gründe für die Unwirksamkeit der Kündigung nachschieben können, dies aber bis spätestens zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz tun müssen. Es genügt nach Auffassung des BAG nicht, wenn der Arbeitnehmer in erster Instanz auf die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages hinweist, der einen Kündigungsausschluss enthält. Er muss vielmehr den tarifvertraglichen Ausschluss der Kündigung ausdrücklich geltend machen.

■ Carolin Mirwald  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

# Zustimmung des Integrationsamtes wird nicht verbraucht!

Nach § 85 SGB IX hat der Arbeitgeber vor Kündigung eines schwerbehinderten Menschen die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Ist diese Zustimmung erteilt worden, gilt sie einen Monat lang. Der Arbeitgeber kann in diesem Zeitraum mehrere Kündigungen aussprechen, sofern diese auf einem unveränderten Kündigungsgrund beruhen. Er muss nicht für jede Kündigung erneut die Zustimmung des Integrationsamtes einholen. Dies entschied das BAG in einem Urteil vom 08.11.2007 (2 AZR 425/06).

Die mit einem Grad der Behinderung von 50% schwerbehinderte Klägerin sollte nach mehr als einem Jahr durchgehender Arbeitsunfähigkeit eine krankheitsbedingte Kündigung erhalten. Die Arbeitgeberin holte am 06.10.2004 die Zustimmung des Integrationsamtes ein und kündigte das Arbeitsverhältnis der Klägerin am 02.11.2004 zum 31.12.2004. Nach Zurückweisung der Kündigung durch den Anwalt der Klägerin wegen fehlender Vollmacht kündigte die Beklagte am 04.11.2004 vorsorglich erneut. Die Klägerin erhob Kündigungsschutz-

klage und machte geltend, die zweite Kündigung sei mangels Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam. Die Zustimmung sei durch die erste Kündigung verbraucht worden.

Die Klägerin unterlag in allen drei Instanzen. Nach Auffassung des BAG findet durch Ausspruch einer Kündigung kein Verbrauch der Zustimmung des Integrationsamtes statt. Vielmehr ist die Zustimmung einen Monat lang gültig. In diesem Zeitraum kann der Arbeitgeber mehrfach kündigen, sofern der Kündigungssachverhalt der gleiche

bleibt. Dies gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, formelle Fehler in der Kündigung zu heilen.

## Hinweis

Anders als die Zustimmung des Integrationsamtes verbraucht sich die Anhörung des Betriebsrates. Dieser ist vor jeder Kündigung nach § 102 BetrVG anzuhören, auch wenn die Kündigung auf den gleichen Rechtsgrund gestützt wird.

■ Carolin Mirwald  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

# Betriebsbedingte Kündigung – Sozialauswahl

Bei einer betriebsbedingten Kündigung bezieht sich die vorzunehmende Sozialauswahl auf alle vergleichbaren Arbeitnehmer eines Betriebes. Das LAG Köln hat in einem Urteil vom 28.09.2007 (11 Sa 726/07) klargestellt, dass es für die Frage der Vergleichbarkeit darauf ankommt, ob der von der Kündigung bedrohte Arbeitnehmer die Tätigkeiten eines anderen Arbeitnehmers verrichten kann, dessen Arbeitsplatz nicht wegfällt.

Im zu entscheidenden Fall war der Kläger als Codierer beschäftigt. Inhalt seiner Tä-

tigkeit war die Analyse von arabischen Tageszeitungen und Fernsehnachrichten. Die Codierausbildung des Klägers war in deutscher und französischer Sprache erfolgt.

Der Arbeitgeber beschloss, den Kläger betriebsbedingt zu kündigen, nachdem er den Hauptkunden für arabische Medienanalysen verloren hatte. Es sollten fortan nur noch vier statt acht arabische Fernsehnachrichten ausgewertet werden.

Gegen die Kündigung erhob der Kläger Kündigungsschutzklage und rügte die Sozialauswahl. Seiner Auffassung nach

könne er auch zur Analyse deutsch- oder französischsprachiger Medien eingesetzt werden. Die Beklagte wandte ein, die Mitarbeiter der deutschen und französischen Abteilungen könnten nicht in der arabischen Abteilung eingesetzt werden, daher sei der Kläger mit diesen Mitarbeitern nicht vergleichbar.

Der Kläger hatte in beiden Instanzen Erfolg. Die durchgeführte Sozialauswahl war fehlerhaft. Nach Auffassung des LAG kommt es für die Vergleichbarkeit nicht darauf an, ob einzelne Mitarbeiter die Tätigkeiten des von der Kündigung bedrohten Arbeit-

nehmers vornehmen können, sondern allein darauf, ob der zu kündigende Arbeitnehmer in der Lage ist, die Tätigkeiten von Mitarbeitern zu übernehmen, deren Arbeitsplatz nicht wegfallen soll. Der Arbeitgeber durfte daher nicht die Sozialauswahl auf die Mitarbeiter der arabischen Codierabteilung beschränken, sondern hätte auch die Mitarbeiter der deutschen und französischen Abteilung einbeziehen müssen.

■ Carolin Mirwald  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

# Europarechtswidrigkeit deutscher Kündigungsfristen?



**Verstoßen deutsche Fristen für die Kündigung von Arbeitnehmern gegen das Verbot**

**der Altersdiskriminierung? Die für deutsche Arbeitsverhältnisse geltenden Kündigungsfristen sind in § 622 BGB geregelt, gestaffelt nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses, unter Berücksichtigung des Lebensalters des Arbeitnehmers. Das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf hat dem EuGH nun die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Staffelung der Kündigungsfristen nach der Dauer der Beschäftigung unter Nichtberücksichtigung der vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegenden Beschäftigungszeiten gemäß § 622 Abs. 2 BGB mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Nach Auffassung des LAG führt diese Regelung möglicherweise zu einer unzulässigen Altersdiskriminierung junger Menschen.**

Der Sachverhalt war wie folgt: Die im Kündigungszeitpunkt 29-jährige Klägerin war seit Juni 1996 beim Beklagten beschäftigt. Im Dezember 2006 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen einer Betriebsstilllegung zum 31.01.2007. Mit ihrer gegen die

Kündigung gerichteten Klage machte die Klägerin geltend, dass ihr erst zum 30.04.2007 hätte gekündigt werden dürfen. Denn für Arbeitnehmer mit zehnjähriger Beschäftigungsdauer gelte gemäß § 622 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 BGB grundsätzlich eine viermonatige Kündigungsfrist. Nach § 622 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 BGB seien zwar Zeiten, die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs lägen, bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer nicht zu berücksichtigen. Diese Einschränkung des deutschen Kündigungsrechts verstoße aber gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung.

Das LAG Düsseldorf setzte das Verfahren aus und legte den Fall dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg zur Entscheidung vor. Die Vorlagefragen, die nun durch den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg zu klären sein werden, lauten:

- Verstößt eine Regelung wie § 622 Abs. 2 BGB, wonach sich die vom Arbeitgeber einzuhaltenden Kündigungsfristen mit zunehmender Beschäftigungsdauer stufenweise verlängern, hierbei jedoch vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers unberücksichtigt bleiben, gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung (na-

mentlich gegen Primärrecht der EG oder die Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000)?

- Kann eine solche Regelung damit gerechtfertigt werden, dass Arbeitgeber ein berechtigtes betriebliches Interesse an personalwirtschaftlicher Flexibilität haben und jüngeren Arbeitnehmer im Hinblick auf ihr Alter und/oder geringere soziale, familiäre und private Verpflichtungen eine höhere berufliche und persönliche Flexibilität und Mobilität zugemutet werden kann?

- Falls eine Regelung wie § 622 Abs. 2 BGB gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstößt und dieser Verstoß auch nicht gerechtfertigt ist: Müssen die Gerichte in einem Rechtsstreit unter Privaten die gemeinschaftsrechtswidrige Vorschrift unangewendet lassen oder tritt die Unanwendbarkeitsfolge erst nach Vorliegen einer Entscheidung des EuGH über die inkriminierte oder eine im wesentlichen ähnliche Regelung ein?

Der weitere rechtliche Hintergrund ist dabei wie folgt: Andere Gerichte teilen bereits die Bedenken des LAG Düsseldorf, ziehen hieraus aber andere Schlüsse. So hat etwa das LAG Berlin-Brandenburg aktuell (7 Sa 561/07) entschieden, dass § 622 Abs. 2 S. 2 BGB eine ungerechtfertigte Diskri-

minierung wegen des Alters darstelle. Die Vorschrift verstoße gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, wie sie auch in der Richtlinie 2000/78/EG des Rats vom 27.11.2000 niedergelegt seien. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB sei deshalb von den Arbeitsgerichten nicht anzuwenden, ohne dass hierfür eine entsprechende Entscheidung des EuGH abgewartet werden müsse. Derartig offensiv gingen die Düsseldorfer Richter nicht an diese Rechtsfrage heran, sondern legten die Thematik den Luxemburger Richtern zur Entscheidung vor, deren abschließende Sichtweise nun abzuwarten sein wird.

## Beratungstipp

**Bis zur Entscheidung des EuGH kann es für Arbeitgeber sinnvoll sein, die Kündigungsfrist nach der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit ohne Abzug der vor dem 25. Lebensjahr liegenden Beschäftigungszeiten zu berechnen oder sich zumindest darauf einzustellen, dass ein Gericht im Kündigungsschutzprozess entscheidet, dass das Arbeitsverhältnis zu einem späteren Zeitpunkt beendet wird, als nach § 622 BGB in der gegenwärtigen Fassung berechnet.**

■ Dr. Martin Pröpper  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

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