

# PA - PRAXISWISSEN ARBEITSRECHT

## Arbeitsrechtlicher Leitfaden zur Erweiterung und Vertiefung des arbeitsrechtlichen Praxiswissens

Liebe Leserinnen und Leser, herzlich willkommen.

Das erste diskutierte Urteil des BAG betrifft die Wirksamkeit von Sachgrundbefristungen. Die zweite Entscheidung zeigt, dass auch gesetzlicher Zusatzurlaub der Unverfallbarkeit unterliegen könnte. Das Thema Abmahnung wird im Rechtstipp mit dem vorletzten Teil 3 fortgesetzt.

Ihr Stefan von Zdurowski

### ARBEITSVERTRAGSRECHT

#### Mehrfach nicht zusammenhängende befristete Arbeitsverträge wegen Vertretung sind zulässig

BAG, Urteil vom 25.03.2009 (7 AZR 34/08) = NJW 43/2009, 3181 ff. vom 15.10.2009

Der Arbeitgeber hatte mit immer demselben Arbeitnehmer mehrfach befristete Arbeitsverträge geschlossen, wobei der Mitarbeiter stets zur Vertretung desselben, vorübergehend an der Arbeitsleistung gehinderten Arbeitnehmers befristet beschäftigt wurde. Eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) wäre unter diesen Umständen bereits nach dem ersten befristeten Arbeitsvertrag, der nicht verlängert bzw. entfristet wurde, nicht mehr möglich gewesen. Der Sachgrund der Vertretung ist in § 14 Abs. 1 Nr. 3

TzBfG hingegen ausdrücklich aufgeführt.

Nach der Rechtsprechung des BAG (Bundesarbeitsgericht) sind an die Prüfung besonders strenge Anforderungen zu stellen, ob ein mehrfach verlängerter und lang andauernder Vertrag mit einer Sachgrundbefristung nicht irgendwann dazu führt, dass der Arbeitgeber verpflichtet wäre, dem Arbeitnehmer statt einer erneuten Befristung einen unbefristeten Vertrag zu geben, da sich dessen Prognose zu Beginn der Befristung offenbar nie zu erfüllen scheint.

Hinsichtlich des Sachgrundes der Vertretung hat das BAG nun klargestellt, dass diese strengen Anforderungen nicht gelten, wenn die Befristung nicht stets verlängert wird, sondern nach Unterbrechungen, in denen der vertretene Mitarbeiter wieder selbst gearbeitet hat, neue befristete Arbeitsverträge geschlossen werden. Es sei unerheblich, ob der Arbeitnehmer, der zur Deckung vorübergehenden Bedarfs (Befristungsgrund des § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG) eingestellt wird, früher schon befristet bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war.

**Hinweis:** Bei den beiden Befristungsgründen zur Vertretung und des vorübergehenden betrieblichen Bedarfs (§ 14 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 TzBfG) kann bei mehrfachen nicht zusammenhängenden befristeten Arbeitsverträgen daher eine Entfristungsklage keinen Erfolg haben, die sich nur auf die Häufigkeit der früheren befristeten Arbeitsverträge und deren Gesamtdauer stützt. Dies ist auch folgerichtig, weil sich hier die Prognose des Arbeitgebers, auf die es allein für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Befristung ankommt, in der Vergangenheit offenbar stets als richtig herausgestellt hat. Anders ist die Rechtslage allerdings zu beurteilen, wenn eine Befristung z. B. zur Vertretung über lange Zeit mehrfach verlängert wird, weil der vertretene Arbeitnehmer noch nicht wieder arbeitsfähig ist. In diesen Fällen bleibt es bei den strengen Prüfungsmaßstäben des BAG.

#### Verfall von Mehrurlaub nach dem 31. März des Folgejahres bzw. nach Ablauf einer tarifvertraglichen Urlaubsfristenregelung

ArbG Berlin, Urteil vom 22.04.2009 (56 Ca 21280/08) = NZA 19/2009, 1102 vom 13.10.2009 = NJW-RR 2009, 411

Das Arbeitsgericht Berlin hat die Rechtsprechung des EuGH und des BAG aus dem Jahr 2009 bestätigt, wonach der krankheitsbedingt nicht genommene gesetzliche Mindesturlaub nicht mehr verfallen darf. Da der Fall aus dem Jahr 2008 stammt, hat es damit auch bestätigt, dass die Rechtsprechung rückwirkend auch für

Altfälle angewendet wird. Dies könnte für Arbeitgeber noch Risiken, für Arbeitnehmer hingegen noch Chancen bedeuten. Das ArbG hat darüber hinaus auch klargestellt, dass der Verfall von Mehrurlaub über den gesetzlichen Mindesturlaub hinaus sowohl individualarbeitsvertraglich, als auch durch tarifvertragliche Regelungen erfolgen kann.

Eine tarifvertragliche Urlaubsfristenregelung ist demnach im Zweifel dahingehend auszulegen, dass der gesetzliche Mindesturlaub nicht betroffen ist. Eine solche Auslegungsvermutung hat das ArbG für arbeitsvertragliche Regelungen indes nicht aufgestellt. Zusatzurlaub für Schwerbehinderte verfällt zum 31. März des Folgejahres.

**Hinweis:** Interessant und neu an der Entscheidung ist, dass das Arbeitsgericht Berlin anders als zuvor das LAG Düsseldorf mit Urteil vom 02.02.2009 (= NZA-RR 2009, 242) entschieden hat, dass zu den unverfallbaren Urlaubs(abgeltungs)ansprüchen *nicht* der Sonderurlaub für Schwerbehinderte von fünf Tagen nach § 125 SGB XI gehört, obwohl dies ebenfalls eine gesetzliche Mindestvorgabe darstellt. Wie die andere Entscheidung aus höherer Instanz zeigt, ist hier das letzte Kapitel aber noch nicht gesprochen.

### RECHTSTIPP

#### Die wirksame Abmahnung – Teil 3: Beweislast

In der letzten Ausgabe ging es um etwaige Fristen für den Ausspruch und den Angriff einer Abmahnung.

Die Beweislast für den Inhalt der Abmahnung trägt voll und ganz der Arbeitgeber. Greift der Arbeitnehmer die Abmahnung gerichtlich an, muss er zunächst nicht konkret begründen, warum seiner Ansicht nach die Vorwürfe nicht zutreffen. Der Arbeitgeber muss erst darlegen und beweisen, dass der Arbeitnehmer das in der Abmahnung vorgeworfene Verhalten an

den Tag gelegt hat. Erst wenn ihm dies gelingt, zum Beispiel durch Unterlagen oder Zeugen, ist der Arbeitnehmer gehalten, den Beweis des Arbeitgebers durch eigene Beweismittel zu erschüttern.

Vor diesem Hintergrund ist es auch regelmäßig nicht geboten, dass der Arbeitnehmer eine Gegendarstellung verfasst und zu der Personalakte nehmen lässt. Denn damit spielt er möglicherweise dem Arbeitgeber Beweismittel in die Hände und der

Arbeitgeber kann später wegen Teilen der Vorwürfe als Beweis auf die Gegendarstellung des Arbeitnehmers verweisen. Eine Gegendarstellung sollte ein Arbeitnehmer gleichwohl verfassen, aber nur für sich selbst, um sich gegebenenfalls auch noch z. B. ein Jahr später bei einem etwaigen Rechtsstreit an den Vorfall durch diese Gedächtnisstütze erinnern zu können.

Das Thema wird in PA 07/09 mit dem vierten und letzten Teil fortgesetzt.

**Hinweis:** Da der Arbeitgeber die volle Beweislast trägt, muss jeder einzelne in einer Abmahnung erhobene Vorwurf bewiesen werden. Gelingt dies auch nur für einen einzigen Vorwurf oder Teil eines Vorwurfes nicht, muss die gesamte Abmahnung aus der Personalakte entfernt werden. Daher sollte ein Arbeitgeber bei mehreren Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers für jeden Vorwurf eine eigene Abmahnung verfassen.

#### IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:  
Rechtsanwalt Stefan von Zdurowski  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Konstanzer Strasse 10  
10707 Berlin-Wilmersdorf  
[www.praxiswissen-arbeitsrecht.de](http://www.praxiswissen-arbeitsrecht.de)  
[info@praxiswissen-arbeitsrecht.de](mailto:info@praxiswissen-arbeitsrecht.de)