

# PA - PRAXISWISSEN ARBEITSRECHT

## Leitfaden zur Erweiterung und Vertiefung des arbeitsrechtlichen Praxiswissens

Liebe Leserinnen und Leser, hier die fünfte Ausgabe der PA in 2010.

auch das Bundesarbeitsgericht kann unsere Verfassung verletzen. Wenn dies aber nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts der Fall ist, weil das BAG nicht den Europäischen Gerichtshof wegen der Vorabentscheidung einer Rechtsfrage angerufen hat, zeigt dies, wie "europäisch" unsere Judikative schon ist – oder sein sollte. Praktisch relevanter ist die Frage, welche Verstöße zeitlich betrachtet zur Begründung einer Kündigung herangezogen werden können. Im Rechtstipp wird kurz die Wirkung einer Betriebsvereinbarung erläutert.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Ihr Stefan von Zdonowski

### ENTSCHEIDUNGEN

#### Das BAG hat die Verfassung verletzt, indem es ohne den EuGH entschied

BVerfG, Beschluss vom 25.02.2010 (1 BvR 230/09) = NZA 08/2010 vom 26.04.2010, Seite 439 ff.

Das Bundesverfassungsgericht sagt in seinem Beschluss: "... *Das BAG hat des Recht des Beschwerdeführers auf den gesetzlichen Richter (Art 101 I 2 GG) verletzt, indem es von einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gem. 234 III EG abgesehen hat.* ..." Hintergrund war, dass das Bundesarbeitsgericht in einem Fall, der den Zeitpunkt der wirksamen Massenentlassungsanzeige gegenüber der Agentur für Arbeit betraf, selbst eine Entscheidung getroffen, ohne die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Der Kläger war Arbeitnehmer, der sich in einer Kündigungsschutzklage gegen eine Entlassung

wehrte, hat gegen das Urteil des BAG Verfassungsbeschwerde eingelegt. Tatsächlich existierte zu den vom BAG entschiedenen Rechtsfragen – auf die es hier im Einzelnen nicht ankommen soll, wobei – noch keine einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, obwohl mit der Massenentlassungsrichtlinie der EG Gemeinschaftsrecht betroffen war. Die Entscheidung des BVerfG zeigt zum einen, dass auch unsere obersten Bundesgerichte weder unfehlbar noch über die Verfassung erhaben sind, und zum anderen wird hierdurch erneut die Bedeutung des EuGH für die nationale Rechtsprechung herausgestrichen. Die Anwendbarkeit nationalen Rechts ist

schon mehrfach zum Roulette geworden, nachdem es bereits gesetzliche Vorschriften gab und gibt, die zwar immerhin vom deutschen Parlament beschlossen wurden, welche aber nach der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr angewendet werden dürfen. Auch die Bewertung der Erfolgsaussichten eines Falles für Rechtsanwälte wird hierdurch immer schwieriger und unsicherer, weil zum einen Entscheidungen des EuGH – oder wie man hier sieht: noch nicht vorhandene Entscheidungen des EuGH – in die Prüfung miteinbezogen werden müssen und zum anderen kaum vorhersehbar ist, wie der EuGH die eine oder andere Frage entscheiden wird.

#### Nach Ausspruch einer Abmahnung bekannt gewordene Pflichtverletzungen sind kündigungsrelevant

BAG, Urteil vom 26.11.2009 (2 AZR 751/08) = NJW 19/2010 vom 06.05.2010, Seite 1398 ff.

Beide Vorinstanzen haben der Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers stattgegeben. Dieser war am 28. Dezember 2005 abgemahnt worden. Nachdem der Arbeitgeber am 29. Dezember 2005 Kenntnis von weiteren, gleichartigen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen erlangte, die zeitlich vor der bereits ausgesprochenen Abmahnung lagen, hat er das Arbeitsverhältnis gekündigt. Zuletzt das LAG meinte, dass der Arbeitgeber sich zur Begründung der Kündigung nicht auf vor dem 28. Dezember 2005 begangene Pflichtverletzungen berufen könne, weil hiermit erst die Warnfunktion für die Zukunft begründet worden sei.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG, die es trotz heftiger Kritik ausdrücklich auch weiterhin aufrecht erhält, verzichtet der Arbeitgeber mit dem Ausspruch einer Abmahnung auf der Recht zur Kündigung und gibt zu erkennen, dass er das Arbeitsverhältnis noch nicht als so gestört ansieht, als dass er es nicht mehr fortsetzen könne (die Kritik weist übrigens – und meines Erachtens zu recht – darauf hin, dass der Arbeitgeber regelmäßig nur deswegen noch nicht kündigt, sondern abmahnt, weil er nicht weiß, ob er mit einer Kündigung bereits durchkäme). Dennoch hat das BAG die Sache an das LAG zurückverwiesen, weil es auf dem Standpunkt steht, dass dieser Kündigungsverzicht nicht für Pflichtverletzungen gilt, die zwar erst nach der

erteilten Abmahnung bekannt wurden, aber bereits vorher begangen worden sind, so dass diese Gründe zur Begründung einer Kündigung herangezogen werden können, wobei der Arbeitgeber auch auf die schon abgemahnten Gründe unterstützend zurückgreifen kann. Die Sache muss nun vom LAG erneut verhandelt und entschieden werden, wobei das BAG schon deutlich gemacht hat, dass die Kündigung im zeitlich unmittelbaren Zusammenhang zu der Abmahnung allerdings dafür sprechen kann, dass in Wirklichkeit wegen der bereits abgemahnten Pflichtverletzung gekündigt wurde, so dass der Arbeitgeber im Einzelnen darlegen müsse, welche Gründe seinen Kündigungsentschluss bestimmt haben.

### RECHTSTIPP

#### Betriebsvereinbarung statt Arbeitsordnung

Das BAG hatte – wenig überraschend – entschieden, dass eine Klausel in einem Arbeitsvertrag wegen unangemessener Benachteiligung und Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam ist, die wegen wesentlicher Vertragsbedingungen (hier: Arbeitszeit, Urlaub, Weihnachtsgeld u.a.m) dynamisch auf ein Regelwerk des Arbeitgebers Bezug nimmt, welches dieser jederzeit einseitig abändern kann (BAG, 11.02.2009, 10 AZR 222/08 = NZA 2009, 428). Solche Jeweiligkeitsklauseln schaffen durch das damit geschaffene voraussetzungslose Eingriffsrecht einen unangemessenen "Mega-Widerrufsvorbehalt", wie es in

einem Aufsatz hierzu in NZA 07/2010 vom 12. April 2010 heißt. Wenn man Eingriffsrechte schaffen will, kann dies in Betrieben, die über einen Betriebsrat verfügen, über eine Betriebsvereinbarung sinnvoll funktionieren. Eine Bezugnahme im Arbeitsvertrag auf die Gültigkeit jeweiliger Betriebsvereinbarungen bedarf es dabei nicht, weil diese im Betrieb ohnehin unmittelbar und zwingend für alle Arbeitnehmer (also anders als ein Tarifvertrag nur für tarifgebundene Arbeitnehmer, so dass dort dynamische Klauseln für Nichtgewerkschaftsmitglieder sinnvoll sind) wirken. Achten muss man aber darauf, dass Regelungen im Arbeitsvertrag, die für

einen Arbeitnehmer günstiger sind als die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, nach dem Günstigkeitsprinzip vorgehen. Öffnungsklauseln für Betriebsvereinbarungen sind zwar wirksam, unterliegen aber im Einzelfall einer Rechtskontrolle durch die Arbeitsgerichte nach § 75 BetrVG.

#### IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:  
Rechtsanwalt Stefan von Zdonowski  
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)