



**N**JUS-LETTER  
Neues aus Praxis und  
Rechtsprechung  
für unsere Mandanten

04/2008

**Der NJUS-Letter - Unser Service für Sie**

Wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe unseres NJUS-Letters vorstellen zu dürfen mit aktuellen Entwicklungen aus Rechtsprechung und Praxis.

Für Anregungen und selbstverständlich für Kritik stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung. Wenden Sie sich hiermit an Herrn Rechtsanwalt Matthias Müller (mueller@klassen-mueller.de) oder an Frau Rechtsanwältin Elisabeth Obermeyer (obermeyer@klassen-mueller.de).

**ARBEITSRECHT**

■ **Kündigung gegenüber leistungsschwachen Mitarbeitern**

BAG, Urteil vom 17. Januar 2008 - 2 AZR 536/06

Die verhaltensbedingte Kündigung gegenüber einem leistungsschwachen Arbeitnehmer kann nach § 1 Abs. 2 KSchG gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten dadurch vorwerfbar verletzt, dass er fehlerhaft arbeitet. Ein Arbeitnehmer genügt grundsätzlich seiner Vertragspflicht, wenn er unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet. Er verstößt gegen seine Arbeitspflicht nicht allein dadurch, dass er die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller Arbeitnehmer überschreitet. Allerdings kann die **längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquote** je nach tatsächlicher Fehlerzahl, Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft.

*Die Kündigung eines leistungsschwachen Arbeitnehmers muss daher entsprechend intensiv vorbereitet werden. Nur wer als Arbeitgeber die entsprechenden Vergleichsdaten kennt (z. B. geringere*

*Stück- oder Fallzahlen, weniger Umsatz/Gewinn/Kundenzufriedenheit), kann den meist nur subjektiv vorhandenen Eindruck, ein Mitarbeiter erfülle seine Vertragspflichten nicht ausreichend, qualifiziert und objektiv untermauern.*

■ **Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 TzBfG**

BAG, Urteil vom 16. Januar 2008 - 7 AZR 603/06

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die höchstens dreimalige Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren zulässig. Eine Verlängerung iSd. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG setzt voraus, dass sie noch während der Laufzeit des zu verlängernden Vertrags vereinbart und dadurch grundsätzlich nur die Vertragsdauer geändert wird, nicht aber die übrigen Arbeitsbedingungen. Andernfalls handelt es sich um den Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, dessen Befristung wegen des bereits bisher bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ohne Sachgrund nicht zulässig ist. Die Änderung des Vertragsinhalts anlässlich einer Verlängerung iSd. § 14 Abs. 2 TzBfG ist u.a. zulässig, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Verlängerung einen Anspruch auf die Vertragsänderung hatte. Dies hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 14 Abs. 2 TzBfG entschieden.

*Bei der Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses innerhalb des Zeitraumes von 2 Jahren ist insbesondere darauf zu achten, dass die bisherigen Vertragsbedingungen (Wochenarbeitszeit, Lohn, anderer Tätigkeitsbereich etc.) im Wesentlichen unverändert bleiben. Ansonsten liegt ein unwirksam befristetes Arbeitsverhältnis vor, das nach § 16 Satz 1 TzBfG als unbefristetes Arbeitsverhältnis gilt und durch den Arbeitgeber erst nach Ablauf der vereinbarten Befristungszeit ordentlich gekündigt werden kann.*

## ■ Anspruch auf Elternteilzeit

BAG, Urteil vom 5. Juni 2007 - 9 AZR 82/07

Nach § 15 Abs. 6 BEEG/BERzGG haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber während der Elternzeit **Anspruch auf eine zweimalige Verringerung ihrer vertraglich vereinbarten Arbeitszeit**. Dieser Anspruch auf sog. Elternteilzeit kann erstmals geltend gemacht werden, wenn die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer verbindlich festgelegt hat, für welche Zeiträume Elternzeit „verlangt“ wird. Der Arbeitgeber kann die Vereinbarung von Elternteilzeit nur aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen. Diese liegen u.a. vor, wenn der Arbeitsplatz nicht teilbar ist, der Arbeitnehmer mit der verringerten Arbeitszeit nicht eingeplant werden kann oder keine Beschäftigungsmöglichkeit besteht. Diese Umstände hat der Arbeitgeber darzulegen. Der Vortrag, der Arbeitsplatz sei nachbesetzt worden, genügt hierfür allein nicht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer angekündigten Elternzeit den Personalbestand durch eine unbefristete Neueinstellung dauerhaft erhöht.

## ■ Kein Übergang des Kündigungsschutzes bei einem Betriebsübergang

BAG, Urteil vom 15. Februar 2007 - 8 AZR 397/06

Nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt der Betriebserberwerber in die Rechte und Pflichten aus dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisses ein. Der im Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer erwachsene Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz geht nicht mit dem Arbeitsverhältnis auf den Betriebserberwerber über, wenn in dessen Betrieb die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG nicht vorliegen. Das Erreichen des Schwellenwerts des § 23 Abs. 1 KSchG und der dadurch entstehende Kündigungsschutz ist kein Recht des übergelenden Arbeitsverhältnisses.

## ■ Formulararbeitsverträge – Veränderungen durch die Schuldrechtsreform im Überblick

BAG - 5 AZR 52/05

### Überstundenvergütung - Wirksamkeit einer einzelvertraglich vereinbarten Ausschlussfrist

Die Abgeltungsvereinbarung, wonach mit dem Gehalt die gesamte Tätigkeit eines Mitarbeiters abgegolten ist, betrifft nach ihrem Sinn und Zweck nur die gesetzlich zulässigen Überstunden. Eine darüber hinausgehende Arbeit bleibt in dieser Vereinbarung unberücksichtigt. Hierfür kann eine anteilige Vergütung verlangen werden.

*Durch eine solche Vereinbarung sind also nur die gesetzlichen Höchstgrenzen mit umfasst, vgl. § 3 ArbZG – 48 Stunden. Eine Abgeltungsklausel ist*

*daher nur noch wirksam, wenn sie für den Arbeitnehmer erkennen lässt, wie viel er für sein Arbeitsentgelt zu leisten verpflichtet ist – es muss also eine Höchstgrenze der mit dem Grundgehalt abgegoltenen Überstunden bestimmt werden, die nicht mehr als 10 bis 20 % der geschuldeten Arbeitszeit betragen soll. Diese Daumenregel gilt allerdings nur dann, wenn die reguläre Arbeitszeit und Überstunden addiert die Höchstarbeitszeiten nach dem ArbZG nicht übertreffen.*

Ausschlussfrist von 2 Monaten zu kurz

Die einzelvertragliche Ausschlussfrist von zwei Monaten benachteiligt den Kläger unangemessen. Sie ist mit wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts nicht vereinbar und schränkt wesentliche Rechte, die sich aus der Natur des Arbeitsverhältnisses ergeben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Nach Auffassung des Senats ist eine Frist von weniger als drei Monaten für die erstmalige Geltendmachung auch unter Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten unangemessen kurz. Sie ist unwirksam mit der Folge ihres ersatzlosen Wegfalls bei Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen.

*Derartige Klauseln könnten daher etwa wie folgt zu formulieren sein: „Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen mit Ablauf dem von 3 Monaten ab Fälligkeit, sofern sie nicht innerhalb dieser Frist schriftlich geltend gemacht worden sind“.*

LAG Schleswig-Holstein - 1 Sa 59/06

### Vereinbarung einer Vertragsstrafe von einem vollen Monatsgehalt in Probezeit unwirksam

Eine Klausel, wonach der Arbeitnehmer bei Nichtantritt der Arbeit eine Vertragsstrafe in Höhe eines vollen Monatsgehalts zahlen muss, ist gemäß § 307 Abs.1 S.1 BGB unwirksam, wenn er sich rechtmäßig mit einer kürzeren Kündigungsfrist vom Vertrag lösen könnte. Diese Voraussetzung ist in der Probezeit erfüllt, da die gesetzliche Kündigungsfrist in diesem Fall nur zwei Wochen beträgt. **Die Vertragsstrafe darf dann höchstes ein halbes Monatsgehalt betragen.**

### ■ Wettbewerbsverbot für Arbeitnehmer: Wirksamkeit einer Vertragsstrafe

BAG, Urteil vom 14.08.2007, AZ: 8 AZR 973/06

Grundsätzlich folgt aus der Treupflicht des Arbeitnehmers, dass er während des Arbeitsverhältnisses nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig sein darf. Auch kann der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer ein Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbaren.

Um dieses Wettbewerbsverbot wirksam durchsetzen zu können, sehen viele Arbeitsverträge eine

Klausel vor, durch die der Arbeitnehmer verpflichtet wird, bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot eine Vertragsstrafe zu zahlen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte sich nunmehr mit der Frage der Wirksamkeit einer gängigen Formulierung einer Vertragsstrafenabrede zu befassen. Diese lautete sinngemäß wie folgt: „Der Arbeitgeber kann unbeschadet seiner sonstigen Rechte für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot eine Vertragsstrafe von zwei durchschnittlichen Brutto-Monatseinkommen verlangen. Im Falle einer dauerhaften Verletzung des Wettbewerbsverbots gilt jeder angebrochene Monat als eine erneute Verletzungshandlung.“

Das BAG erklärte diese Formulierung für unwirksam. Der Arbeitnehmer werde unangemessen benachteiligt, da die Strafe ihrer Höhe nach nicht klar und bestimmt sei. So sei nicht erkennbar, wann eine sog. „dauerhafte Verletzung“ vorliege und wann nur ein einmaliger Verstoß gegeben sei. Insbesondere werde nicht deutlich, wie der für Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot typische Fall zu behandeln sei, dass der Arbeitnehmer für ein Konkurrenzunternehmen tätig werde, indem er für dieses Tätigkeiten verrichte oder Kunden vermittele. Es bleibe offen, ob dann für jeden einzelnen Verstoß die Vertragsstrafe verwirkt werde, oder ob es sich um eine „dauerhafte Verletzung“ handle. Im Ergebnis entfalle daher das Vertragsstrafenversprechen ersatzlos.

*Falls Musterarbeitsverträge ein Wettbewerbsverbot nebst Vertragsstrafenregelung enthalten, sollten diese überprüft werden, ob sie der neuen Entscheidung des BGH Stand halten. Bei bereits geschlossenen Verträgen sollte gegebenenfalls versucht werden, mit dem Arbeitnehmer eine neue und wirksame Vereinbarung zu treffen*

## GEWERBEMIETRECHT

### ■ Starre Fristenregelung auch in Gewerbemietverträgen unzulässig

OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.05.2006 – I-10 U 174/05

In Gewerbemietverträgen sind starre Fristenregelungen zur Vornahme von **Schönheitsreparaturen** ebenfalls unzulässig. Mieter von Gewerberäumen sind ebenso schutzbedürftig wie Wohnraummieter. Starre Fristenregelungen benachteiligen auch diese unangemessen und sind nach Ansicht des OLG Düsseldorf unwirksam.

### ■ Keine Verpflichtung des Mieters in einem Einkaufszentrum einer Werbegemeinschaft beizutreten

BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 - XII ZR 39/04

Die formularmäßige Verpflichtung des Mieters in einem Einkaufszentrum, einer Werbegemeinschaft in Form einer GbR beizutreten, verstößt wegen des damit verbundenen Haftungsrisikos des Mieters gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

In einem Formularmietvertrag muss die Höhe der Beiträge, die der Mieter in einem Einkaufszentrum an eine Werbegemeinschaft zu leisten hat, wegen der nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Transparenz bestimmbar sein; mindestens muss eine Höchstgrenze festgesetzt sein, damit der Mieter die auf ihn zu kommenden Kosten kalkulieren kann.

*Nicht immer ist der formularmäßige Beitritt rechtswirksam.*

*Der BGH hat mit diesem Urteil Klarheit geschaffen. Danach können Mitglieder von Werbegemeinschaften, bei denen nicht klar ist, ob sie ein nicht rechtsfähiger Verein oder eine GbR darstellen, aus dieser Gemeinschaft austreten, wenn sie sich zuvor um eine klarstellende Satzungsänderung bemüht haben, die ihre Haftung beschränkt. Im vorliegenden Fall war dies unnötig, da die im Mietvertrag enthaltene Klausel schon deshalb in vollem Umfang unwirksam war, weil sie gegen das Transparenzgebot verstieß.*

*Grundsätzlich bedarf die Übernahme zusätzlicher Kosten neben der Miete durch den Mieter stets einer ausdrücklichen und inhaltlich bestimmten Vereinbarung. Denn nur dann kann der Mieter einschätzen, welche weiteren Kosten auf ihn zukommen können. Wird die Höhe der Beiträge für eine Werbegemeinschaft lediglich dadurch bestimmt, dass sie nach dem Verhältnis der gemieteten Flächen abgerechnet werden, genügt dies dem Transparenzgebot nicht. Die Beitragshöhe für die Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft muss z.B. durch einen bestimmten Prozentsatz der Miete bestimmbar sein. Zumindest aber ist die Höchstgrenze im Mietvertrag festzuschreiben.*

## INTERNETRECHT / MARKENRECHT

### ■ BGH: Verwendung fremder Marken im HTML-Code als Metatag oder Weiß-auf-Weiß-Schrift unzulässig

BGH, Urteil vom 8. Februar 2007 - I ZR 77/04

Verwendet ein Händler zu Werbezwecken eine fremde Marke als Metatag im HTML-Code oder in "Weiß-auf-Weiß-Schrift", kann er sich nur dann auf die Erschöpfung der Rechte aus der Marke berufen, wenn sich die Werbung auf konkrete Originalprodukte dieser Marke bezieht (im Anschluss an BGHZ 168, 28).

Der BGH hat mit diesem Urteil erneut bestätigt, dass die Verwendung fremder Marken oder Kennzeichen im nicht sichtbaren Bereich des HTML-Codes (z.B. in den Metatags oder "Weiß-auf-Weiß-Schrift") eine Kennzeichenrechtsverletzung ist. Entscheidend ist - so der BGH -, dass das als

Suchwort verwendete Zeichen dazu benutzt wird, das Ergebnis des Auswahlverfahrens zu beeinflussen und den Nutzer auf diese Weise zu einer entsprechenden Internetseite zu führen, wo er dann auf das dort werbende Unternehmen und dessen Angebot hingewiesen wird. Eine Ausnahme besteht nach dem markenrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz dann, wenn sich die Internetseite auf Originalprodukte der geschützten Marke bezieht und entsprechende Produkte angeboten werden. Angesichts dieser Begründung spricht vieles dafür, dass der BGH auch die Verwendung fremder Marken oder Kennzeichen für AdWords oder ähnlicher Werbemodelle für unzulässig halten wird. Dies ist auch interessengerecht, da eine AdWords-Werbung ohne Ausnutzung der fremden Marke bzw. des fremden Unternehmenskennzeichens nicht möglich wäre.

## AKTUELLE PRESSE

### ■ Affäre LIDL – Grenzen der Mitarbeiterüberwachung

Die Meldungen über die Methoden des Discounters LIDL zur Mitarbeiterüberwachung wecken erneut Fragen über die Zulässigkeit derartiger Überwachungsmethoden am Arbeitsplatz.

Die so genannte **offene**, für jeden Arbeitnehmer sichtbare und wesentliche Videoüberwachung ist dann **zulässig, wenn das Kontrollinteresse des Arbeitgebers das Interesse des einzelnen Arbeitnehmers am Schutz des grundrechtlich normierten Persönlichkeitsrechts überwiegt**. Gegen Arbeitgeberinteressen gerichtete Straftaten wie z.B. Diebstahl, Unterschlagung und Sachbeschädigung können so einen Fall darstellen, allerdings nur bei konkretem Tatverdacht gegen eine bestimmte Person oder Personengruppe. Auch darf eine Abhilfe auf anderem Wege (z.B. durch Torkontrollen bei Diebstahlsverdacht) nicht erreichbar sein. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Unternehmen ist zu beachten. Eine **offene Überwachung, um die Arbeitsintensität und das Verhalten am Arbeitsplatz zu kontrollieren, ist unzulässig**. Gleiches gilt für die heimliche Videoüberwachung ohne konkrete Verdachtsmomente.

Zur Regelung dieser auch datenschutzrechtlich relevanten Sachverhalte werden in größeren Unternehmen häufig Betriebsvereinbarungen geschlossen. Eine Lösung des Problems "Rechtfertigung des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht" über eine Betriebsvereinbarung ist gleichwohl fraglich: Das Betriebsverfassungsgesetz sieht zwar in § 87 Abs. 1 Ziffer 6 die Möglichkeit der Einrichtung von Anlagen zur Überwachung des Verhaltens und der Leistung der Arbeitnehmer vor, aber auch hier müssen die Einschränkungen durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht beachtet werden. Werden Arbeitnehmer in der täglichen Arbeitszeit einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt, müssen sie jederzeit damit rechnen, gefilmt zu werden, so stellt

dies nach Ansicht des BAG (Az. 1 ABR 34/03) einen erheblichen Eingriff dar. Derartige Betriebsvereinbarungen sind daher unwirksam.

*Arbeitgebern ist daher zu empfehlen, bei konkreten Verdachtsmomenten für eine strafbare Handlung eines Arbeitnehmers zunächst alle sonstigen Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen, bevor eine Videoüberwachung eingesetzt wird. Auf Leistungsschwächen und vermutete arbeitsvertragliche Verstöße kann zulässigerweise nur mit Mitarbeitergesprächen, Beurteilungen und gegebenenfalls mit Abmahnungen und Kündigung reagiert werden. Unzulässig erworbene Videoaufzeichnungen dürfen als Beweismittel in einem Kündigungsprozess nicht verwertet werden.*

## IMPRESSUM

Angaben gemäß § 5 TMG:

Anbieter:

Partnerschaftsgesellschaft Dr. Klassen • Müller  
Pienzenauerstr. 10, 81679 München  
Postfach 860540, 81632 München  
Tel. 089-982563, Fax. 089-9827640  
kanzlei@klassen-mueller.de  
USt.-Idnr: DE182776315

Partner der Partnerschaftsgesellschaft Dr. Klassen • Müller:  
Dr. Kurt Klassen  
Matthias Müller

Haftungshinweis:

Die Angaben auf diesem NJUS-Letter erfolgen nur zu allgemeinen Informationszwecken und stellen keine rechtliche Beratung der Partnerschaftsgesellschaft Dr. Klassen • Müller dar.

Wir haben diese sorgfältig geprüft, übernehmen jedoch keinerlei Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der angebotenen Informationen.

Die Vervielfältigung oder Verbreitung von auf diesem NJUS-Letter enthaltenen Angaben bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der vorstehend im Impressum genannten verantwortlichen Personen.