

Tanja von Langen

Arbeitsrecht für ErzieherInnen in 100 Stichworten

KITAPRAXIS

2. Auflage



KOMMUNAL- UND SCHUL-VERLAG

Arbeitsrecht für ErzieherInnen in 100 Stichworten

von

Tanja von Langen

Rechtsanwältin

2. Auflage



KOMMUNAL- UND SCHUL-VERLAG · WIESBADEN

**Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2012 Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG ·
Wiesbaden

2. Auflage 2020

Alle Rechte vorbehalten · Printed in Germany

Satz: metiTec Satzsystem, me-ti GmbH · Berlin

ISBN 978-3-8293-1529-6

eISBN 978-3-8293-1634-7

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Abkürzungsverzeichnis

- 1. Abfindung nach § 1a KSchG**
- 2. Abmahnung**
- 3. AGB**
- 4. Arbeitslosengeld I**
- 5. ArbeitslosengeldII**
- 6. Altersteilzeit**
- 7. Änderung von Arbeitsbedingungen, einseitige**
- 8. Anerkennung von Berufsnachweisen
ausländischer AN**
- 9. Arbeitsgerichtsverfahren**
- 10. Arbeitsschutzgesetz**
- 11. Arbeitsstättenverordnung**
- 12. Arbeitsunfähigkeit**
- 13. Arbeitsverhältnis im kirchlichen Dienst**
- 14. Arbeitsvertrag, Rechte und Pflichten**
- 15. Befristung mit und ohne Sachgrund**
- 16. Berufshaftpflicht**
- 17. Beschäftigtendatenschutz**
- 18. Beschäftigungsverbot**
- 19. Betriebsrat**
- 20. Betriebsvereinbarungen**
- 21. Betriebsverfassungsrecht**
- 22. Beurteilungen, dienstliche**
- 23. Bewerbungsunterlagen**
- 24. Bildschirmarbeitsverordnung**
- 25. Bolkestein-Richtlinie**
- 26. Datenschutz**
- 27. Dienstschlüssel**
- 28. Dienstverhinderung durch höhere Gewalt**

- 29. Direktionsrecht**
- 30. Diskriminierungsverbot**
- 31. EG-Arbeitsrecht**
- 32. Eingliederungsmanagement, betriebliches**
- 33. Elterngeld**
- 34. Elternteilzeit**
- 35. Elternzeit**
- 36. Entgeltfortzahlung**
- 37. Entlassung wegen verletzter Aufsichtspflicht**
- 38. Erhöhung der Arbeitszeit**
- 39. Erste-Hilfe-Leistung, Haftung bei**
- 40. Formvorschriften, gesetzliche**
- 41. Fortbildungskosten, Rückzahlung von**
- 42. Fortbildungskosten, steuerliche**
Geltendmachung von
- 43. Freizeit- und Sportveranstaltungen, betriebliche**
- 44. Führungszeugnis, erweitertes**
- 45. Gefährdungsbeurteilung**
- 46. Gesamtzusage**
- 47. Gewerkschaft**
- 48. Gleichbehandlungsgrundsatz, allgemeiner**
- 49. Grundrechte im Arbeitsrecht**
- 50. Haftung des Arbeitgebers**
- 51. Haftungsprivileg**
- 52. Infektionsrisiko**
- 53. Internetnutzung, private**
- 54. Jugendarbeitsschutzgesetz**
- 55. Kopftuch**
- 56. Kündigung**
- 57. Kündigungsschutz**
- 58. Lärm**
- 59. Lastenhandhabungsverordnung**
- 60. Lebenspartnerschaft, eingetragene**
- 61. Meldepflicht**

- 62. Minijob**
- 63. Mitarbeiterüberwachung**
- 64. Mitarbeitervertretung**
- 65. Mobbing**
- 66. Mutterschutz**
- 67. Nebenjob**
- 68. Pandemie**
- 69. Personalakte, Einsicht in die**
- 70. Personalrat**
- 71. Pflegezeit**
- 72. Praktikum**
- 73. Rückzahlungsverpflichtung**
- 74. Schlussbestimmungen**
- 75. Schweigepflicht**
- 76. Schwellenwerte**
- 77. Schwerbehinderung**
- 78. Sonderkündigungsschutz**
- 79. Sonderzuwendungen**
- 80. Sonn- und Feiertagsarbeit**
- 81. Sozialauswahl**
- 82. Sozialplan**
- 83. Sperrzeit**
- 84. Stellenanzeige**
- 85. Streikrecht**
- 86. Tarifvertrag**
- 87. Teilzeit**
- 88. Trägerwechsel**
- 89. Überstunden**
- 90. Übung, betriebliche**
- 91. Unfallschaden am Privatfahrzeug**
- 92. Unfallversicherungsschutz**
- 93. Unterweisung**
- 94. Urheberrechte der AN**
- 95. Urlaub**

- 96. Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse**
 - 97. Vorstellungsgespräch**
 - 98. Whistleblowing**
 - 99. Wiedereinstieg in den Beruf**
 - 100. Zeugnis**
- Literaturhinweis**
- Stichwortverzeichnis**

Vorwort

Nach einer Studie der Bertelsmann-Stiftung fehlen in Deutschland mehr als 100 000 Erzieher/-innen. Die bereits vorhandenen 400 000 sind mehr denn je betroffen von arbeitsrechtlichen „Dauerbrennern“ wie Teilzeit und Befristung, Betriebsübergang, Erhöhung von Arbeitsstunden, Änderung von Arbeitsbedingungen, Direktionsrecht des Arbeitgebers etc. Themen wie Mutterschutz, Beschäftigungsverbot, Elterngeld usw. haben darüber hinaus ohnehin besondere Bedeutung im Arbeitsleben von Erzieherinnen. In aller Regel obliegt ihnen auch die Pflege von Familienangehörigen und Kindern, oft leisten sie Sonn- und Feiertagsarbeit.

Es ist daher für Erzieherinnen und pädagogische Fachkräfte unabdingbar, die Materie Arbeitsrecht, die so nachhaltigen Einfluss auf ihr Leben nimmt, zu kennen, mit ihr umzugehen und auch hier auf dem Laufenden zu bleiben. In der nun vorliegenden komplett überarbeiteten Fassung dieses Ratgebers wurden daher die zahllosen Fragen von Erzieherinnen, die ich immer wieder in Aus- und Fortbildung von ihnen höre, gebündelt und leicht fasslich in 100 Stichworten zusammengestellt. Auch steuerliche und versicherungsrechtliche Aspekte sind berücksichtigt. Demgegenüber wurden Fragen der Darlegungs- und Beweislast sowie prozesstaktische Überlegungen, die nur für Juristen interessant sein dürften, weitgehend ausgeklammert.

Die Tipps und Ratschläge in diesem Buch dienen lediglich als erste Hinweise. Sie können und sollen eine individuelle Beratung durch eine Anwältin nicht ersetzen.

Der besseren Lesbarkeit wegen werden durchgängig weibliche Bezeichnungen, z. B. „Erzieherin“, verwendet. Selbstverständlich sind aber auch immer die männlichen Vertreter des Berufsstandes gemeint.

München, im März 2020

Tanja von Langen

Abkürzungsverzeichnis

ABD	Arbeitsrecht der Bayerischen (Erz-)Diözesen
AG	Arbeitgeber
ALG	Arbeitslosengeld
AN	Arbeitnehmerin
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStVO	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ASB	Arbeiter Samariter Bund
ASD	Allgemeiner Sozialer Dienst
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Az	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAuA	Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin
BB	Betriebsberater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BDSG-neu	Bundesdatenschutzgesetz neue Fassung
BEEG	Bundeselterngeld und -elternzeitgesetz
BEM	Betriebliches Eingliederungsmanagement
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BildscharbV	Bildschirmarbeitsverordnung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bspw.	Beispielsweise
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMBF	Bundesministerium für Bildung und Forschung
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichtes
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksachen
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
DB	Der Betrieb

d. h.	das heißt
DRK	Deutsches Rotes Kreuz
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKD	Evangelische Kirche Deutschlands
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc.	et cetera
EU-DSGVO	Europäische Datenschutz-Grundverordnung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FG	Finanzgericht
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GUV	Gesetzliche Unfallversicherung
GUV-V	Vorschriften der Gesetzlichen Unfallversicherung
i. d. F.	in der Form
i. d. R.	in der Regel
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JUH	Johanniter Unfallhilfe
JVKostO	Justizverwaltungskostenordnung
KDFB	Katholischer Deutscher Frauenbund
KODA	Kommission zur Ordnung des Dienst-Arbeitsvertragsrechts
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LasthandhabV	Lastenhandhabungsverordnung
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
MA	Mitarbeiterin
MAV	Mitarbeitervertretung
MAVO	Mitarbeitervertretungsordnung
MHD	Malteser Hilfsdienst
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MuSchArb	Europäische Verordnung zum Schutz der Mütter am Arbeitsplatz
MuSchRiV	Mutterschutzrichtlinienverordnung
MVG-EKD	Mitarbeitervertretungsgesetz
NLP	Neuro-Linguistisches Programmieren
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PflegeZG	Gesetz über die Pflegezeit
PKH	Prozesskostenhilfe
RR	Rechtssprechungsreport
SGB II	Zweites Buch Sozialgesetzbuch
SGB III	Drittes Buch Sozialgesetzbuch
SGB VII	Siebtes Buch Sozialgesetzbuch
SGB IX	Neuntes Buch Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
TMG	Telemediengesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TvöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
UrhG	Urhebergesetz
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VKA	Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände
VO	Verordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel

1. Abfindung nach § 1a KSchG

Fallbeispiel:

Gabriele N. ist als Kindergartenhelferin in der Einrichtung „St. Theresia“ beschäftigt. Ihr Arbeitsvertrag enthält eine Vereinbarung, nach der „die kirchlichen Arbeitsvertragsrichtlinien, Dienst- und Vergütungsordnungen (in Kraft gesetzte Beschlüsse der Bistums-KODA) des Bistums Fulda“ in ihrer jeweils geltenden Fassung Bestandteil des Vertrages werden. Der Träger kündigt das Arbeitsverhältnis zum 30. 6. 2008 mit dem Hinweis auf betriebsbedingte Gründe, weil er die Trägerschaft für den Kindergarten endgültig aufgibt und die Einrichtung schließt. Gabriele N. erhebt hierauf Kündigungsschutzklage. Im erstinstanzlichen Verfahren erweitert sie ihren Klageantrag auf hilfsweise Verurteilung des Trägers zur Zahlung einer Abfindung. Sie beruft sich auf § 9 der „Ordnung über den Rationalisierungsschutz im Bistum Fulda“ (RaSchO), der Regelungen über Abfindungen enthält. Der Träger beantragt die Abweisung der Klage, da er der Auffassung ist, dass § 9 Abs. 8 RaSchO entgegensteht. Darin heißt es: *„Erhebt der/die Mitarbeiter/in Kündigungsschutzklage, so ist ein Anspruch auf Abfindung ausgeschlossen.“*

(Fall nach BAG, Urt. vom 3. 5. 2006 – 4 AZR 189/05 –)

Habe ich einen Anspruch auf eine Abfindung?

Einen gesetzlichen Anspruch auf eine Abfindung gibt es allein in der Form des § 1a KSchG. Mit der seit 1. 1. 2004 geltenden Norm hatte der Gesetzgeber zum Ziel, ein

zusätzliches einfaches und kostengünstiges Instrument zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen zur Verfügung zu stellen. Unnötige Kündigungsschutzklagen sollen so verhindert werden. Im Gegensatz zum Aufhebungsvertrag bzw. anderen Entlassungsschädigungen löst diese Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis einvernehmlich und außergerichtlich zu beenden, keine rarr Sperrzeit aus.

Nach dieser Norm hat die AN einen Anspruch auf eine Abfindung, wenn

- der AG wegen dringender betrieblicher Erfordernisse kündigt,
- in der Kündigungserklärung auf die Abfindung hinweist und
- die AN die Drei-Wochen-Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage verstreichen lässt.

Wesentlicher Nachteil für den AG hierbei ist die Unsicherheit während der Drei-Wochen-Frist, ob die AN nicht doch Kündigungsschutzklage erheben wird. Das BAG hat in diesem Zusammenhang jedenfalls folgende Verzichtserklärung der AN als rechtlich wirksam gebilligt: „Ich erhebe gegen die Kündigung keine Einwendungen und werde mein Recht, das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, nicht wahrnehmen oder eine mit diesem Ziel erhobene Klage nicht durchführen“ (BAG, NZA 1986 S. 258).

Der Anspruch entsteht aber nicht – wie man meinen könnte – erst mit Ablauf der Klagefrist, sondern mit Ablauf der Kündigungsfrist der zugrunde liegenden betriebsbedingten Kündigung (BAG, Urt. vom 10. 5. 2007 – 2 AZR 45/06 –).

Der Anspruch setzt den Hinweis des AG in der Kündigungserklärung voraus, dass die Kündigung auf

dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist. Tatsächlich vorliegen müssen diese betrieblichen Gründe jedoch nicht, denn dies könnte zweifelsfrei ohnehin nur das Arbeitsgericht feststellen, was durch diese Norm ja gerade entlastet werden soll. Die Kündigung muss also lediglich als betriebsbedingt bezeichnet werden.

Das Gesetz schreibt weiterhin vor, dass der AG die AN darauf hinweisen muss, dass die AN bei Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann. Streng darauf achten muss der AG also, die AN spätestens mit der Kündigung auf den Bestand einer entsprechenden Regelung oder auf die Möglichkeit hinzuweisen, eine Abfindung zu erhalten, wenn sie auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet. Im Fallbeispiel hat die Klägerin vom Gericht eine Abfindung zugesprochen bekommen, obwohl sie Kündigungsschutzklage eingereicht hatte. Das BAG war nämlich der Ansicht, dass Voraussetzung eines Wahlrechtes zwischen Abfindungsanspruch und Einleitung einer Kündigungsschutzklage die Kenntnis der beiden Alternativen ist. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass sich dies bereits aus dem Sinn der Abfindungsregelung ergäbe, die ja darin besteht, das Verhalten der AN zu steuern, indem der AG einen Anreiz schafft, keine Kündigungsschutzklage zu erheben. Im entschiedenen Fall hat der AG aber an keiner Stelle die AN auf ihren Abfindungsanspruch hingewiesen, so dass ihr Schritt zur Klageerhebung nicht auf ihrer bewussten Entscheidung für diese Alternative und gegen eine Abfindung beruhte. Sie hatte daher trotz Klageerhebung einen Abfindungsanspruch (BAG, Urt. vom 3. 5. 2006 - 4 AZR 189/05 -).

Auch ist der AG verpflichtet, die AN über die sozialrechtlichen Folgen vollständig und verständlich zu informieren. Unterlässt er dies, kann die Beendigungsvereinbarung unwirksam oder anfechtbar oder der AG zum Schadensersatz verpflichtet sein (BAG, Urt. vom 10. 2. 2004 - 9 AZR 401/02 -).

In welcher Höhe kann ich nach § 1a KSchG eine Abfindung verlangen?

Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Bruttomonatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Bei der Ermittlung der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufzurunden. Über diese Höhe, die gesetzlich vorgeschrieben ist, hinaus können die Vertragsparteien auch eine höhere Abfindung vertraglich vereinbaren. Ob eine solche erhöhte Abfindung zur Auslösung einer rarr Sperrzeit führt, ist allerdings noch nicht entschieden.

Kann ich nicht erst einmal den Verlauf meiner Kündigungsschutzklage abwarten, ggf. diese noch zurücknehmen und eine Abfindung fordern?

Leider nicht. Die Rechtsprechung legt hier einen strengen Maßstab an: Zweck des § 1a KSchG ist es danach, gerichtliche Auseinandersetzungen der Arbeitsvertragsparteien zu vermeiden. Deswegen ist der AN eine Abfindung zu versagen, wenn sie eine gerichtliche Auseinandersetzung eingeleitet hat. Dies gilt beispielsweise sogar für eine verfristete Klage, also eine

Klage, die erst nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist eingereicht wird. Deren Rücknahme kann nicht das Gegenteil bewirken, denn die AN soll gerade nicht zunächst den Verlauf des Kündigungsschutzprozesses abwarten und die Klage dann bei sich abzeichnender Erfolglosigkeit zurücknehmen dürfen, um doch noch in den Genuss der Abfindung zu kommen (BAG, Urt. vom 13. 12. 2007 - 2 AZR 971/06 - und vom 20. 8. 2009 - 2 AZR 267/08 -).

Muss ich meine Abfindung versteuern?

Bis zum 31. 12. 2005 waren Abfindungen teilweise steuerbefreit. Dies ist mit Wirkung ab 1. 1. 2006 entfallen. Sie sind also mit dem jeweiligen persönlichen Steuersatz zzgl. 5,5% Solidaritätszuschlag zu versteuern. Der bei kirchensteuerpflichtigen Personen anfallende Kirchensteuerbetrag von 8-9% kann im Einzelfall und auf Antrag teilerlassen werden. Hierzu genügt ein formloser schriftlicher Antrag beim zuständigen Kirchensteueramt.

Tipp: Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG löst der Anspruch nach § 1a KSchG auch keine Sperrzeiten für den Bezug von Arbeitslosengeld aus. Das bedeutet: Die gekündigte und abgefundene Arbeitnehmerin hat vom ersten Tag der Arbeitslosigkeit an Anspruch auf Arbeitslosengeld. Doch Vorsicht: Keine gesicherte Rechtslage zur Sperrzeit ist derzeit gegeben, wenn - was rechtlich möglich ist - per Aufhebungsvertrag ein höherer Abfindungsbetrag als der Regelsatz des § 1a KSchG vereinbart wird. In diesen Fällen ist die Hinzuziehung einer Anwältin dringend anzuraten, um Nachteile für Sie zu vermeiden.

Verwandte Suchbegriffe:

- **Kündigung**
- **Kündigungsschutz**
- **Sperrzeit**

2. Abmahnung

Fallbeispiel:

Simone L. ist Zweitkraft in der Kindertageseinrichtung „Wolkenreiter“ in P. Die in kommunaler Trägerschaft stehende viergruppige Einrichtung mit angeschlossener Krippe und Hort hat 18 Mitarbeiterinnen. Heute übergibt Leiterin Kerstin A. ihr ein mit „Abmahnung“ betitelttes Schreiben, das Gesa O., Gruppenleiterin und Vorgesetzte von Simone L., aufgesetzt und unterschrieben hat. Darin wird sie abgemahnt, weil sie wiederholt, die genauen Daten werden aufgelistet, während der Arbeitszeit private Telefonate auf ihrem Handy empfangen und geführt hat. Außerdem sei sie, die Daten werden ebenfalls akribisch aufgeführt, wiederholt zu spät zur Arbeit erschienen. Es folgt der Satz: „Derartige arbeitsvertragliche Verstöße haben in Zukunft zu unterbleiben, worauf wir ausdrücklich hinweisen.“ Das Schreiben trägt die Unterschriften von Gesa O. und Kerstin A.

Warum wird überhaupt abgemahnt?

Nach ständiger Rechtsprechung (BAG, NZA 2002 S. 968ff.) hat eine Abmahnung zwei Funktionen. Zum einen hat sie den Sinn, der AN ihren Vertragsverstoß vor Augen zu führen - dies ist die sog. Beanstandungsfunktion. Gleichzeitig soll ihr die Abmahnung aufzeigen, dass sie im Wiederholungsfall mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen, insbesondere mit einer → Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen muss - dies ist die sog. Warnfunktion einer Abmahnung.

Unterfällt der Betrieb dem → Kündigungsschutzgesetz, ist die Abmahnung notwendige Voraussetzung einer verhaltensbedingten → Kündigung. Damit soll dem Einwand der AN vorgebeugt werden, sie habe die Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens nicht erkennen bzw. nicht damit rechnen können, dass der AG ihr Verhalten als dermaßen schwerwiegend ansehe. Denn das Kündigungsschutzrecht unterliegt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (BVerfG, NZA 1999 S. 77). Aus ihm folgt, dass vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung grundsätzlich eine einschlägige Abmahnung als milderes Mittel ausgesprochen werden muss. Der AG muss der AN mit einer Abmahnung die Gelegenheit geben, ihr Verhalten zu ändern. Dies gilt naturgemäß vor allem bei Vertragsverletzungen im Leistungsbereich, also

- Schlechtleistung,
- beharrlicher Verweigerung der Arbeitspflicht,
- häufige Unpünktlichkeit,
- sonstigem Fehlverhalten, dessen Fehlerhaftigkeit die AN nicht erkannt hat oder dessen Hinnahme durch den AG möglich erscheinen könnte.

Darf mich meine Leiterin denn überhaupt abmahnen, muss das nicht immer der Träger tun?

Abmahnungsberechtigt ist nicht nur, wer kündigungsberechtigt ist, sondern alle Mitarbeiterinnen, die nach ihrer Aufgabenstellung befugt sind, Anweisungen hinsichtlich Ort, Zeit sowie Art und Weise der zu verrichtenden Tätigkeit zu erteilen (BAG, BB 1980 S. 1269). Eine stellvertretende Leiterin oder eine Gruppenleiterin

kann also eine Erzieherin abmahnen. Die Delegation des Abmahnrechts vom Träger auf Leiterin bzw. von Leiterin auf Gruppenleiterin braucht auch nicht schriftlich erfolgen.

Aber vorher mit mir reden muss man doch wenigstens, oder?

Man könnte meinen, dass vor Erlass einer Abmahnung die betroffene AN das Recht hätte, angehört zu werden. Dies ist jedoch nach herrschender Meinung in der Rechtsliteratur nicht so. Nur wenn eine besondere Regelung dies vorsieht, ist die AN vorher anzuhören. Ein Beispiel für eine solche Regelung, die ein Anhörungsrecht der AN vorsah, ist der ehemalige § 13 Abs. 2 BAT gewesen. Danach musste die Angestellte über Beschwerden und Behauptungen tatsächlicher Art, die für sie ungünstig sind oder ihr nachteilig werden können, vor Aufnahme in die Personalakten gehört werden. Das BAT galt bis 2005 und wurde durch den TvöD ersetzt. Der TvöD sieht ein solches Anhörungsrecht nun nicht mehr vor.

Meine Leiterin hat mir neulich eine mündliche Abmahnung erteilt. Ist das überhaupt rechtens?

Auch die Einhaltung einer bestimmten Form, also beispielsweise Schriftform, ist ebenfalls nur dann Wirksamkeitsvoraussetzung einer Abmahnung, wenn diese ausdrücklich, beispielsweise im Arbeitsvertrag, vorgeschrieben ist. Eine Abmahnung kann also durchaus auch mündlich erfolgen, allerdings werden dann Beweisprobleme auftreten und in aller Regel wird auch dem Bestimmtheitserfordernis nicht Genüge getan sein.

Die Abmahnung muss das gerügte Fehlverhalten so genau und konkret wie möglich beschreiben. Pauschale Behauptungen wie „schlechte Arbeitsleistung“, „nicht hinnehmbares Verhalten“ oder „Unzuverlässigkeit“ genügen nicht (LAG Hamm, NZA 1997 S. 1056.)

Deshalb werden Abmahnungen in der Regel immer schriftlich formuliert. Aus der Abmahnung muss hervorgehen:

- die Schilderung des Fehlverhaltens,
- Datum des Fehlverhaltens,
- Uhrzeit des Fehlverhaltens,
- klare Formulierung der Konsequenz: Kündigung bei Wiederholung.

Im Fallbeispiel fehlt es gerade an Letzterem: Mit keinem Wort wird die → Kündigung bei nochmaligem Zuspätkommen oder Privattelefonaten angedroht. Die Abmahnung ist daher wegen fehlender Bestimmtheit unwirksam. Eine auf sie gestützte → Kündigung wäre unwirksam.

Muss unser Betriebsrat vorher nicht angehört werden?

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Beteiligung des Betriebsrates an einer Abmahnung nicht einmal dann erforderlich, wenn sie eine Kündigung vorbereitet (BAG, DB 1990 S. 483ff.).

Was ist, wenn mein Fehlverhalten schon längere Zeit zurückliegt. „Verjährt“ es dann nicht?

Eine Ausschlussfrist für die Abmahnung gibt es nicht. Der AG darf also auch lange nach dem Fehlverhalten noch eine Abmahnung aussprechen. Ebenso verliert eine einmal ausgesprochene Abmahnung ihre Wirkung nicht mit Zeitablauf. Ob eine Abmahnung auch nach langer Zeit noch zur Kündigung berechtigt, hängt aber immer von den Umständen des Einzelfalles ab und wird im Streitfalle vom Gericht entschieden (BAG, Urt. vom 9. 8. 1984 - 2 AZR 400/83 -, NJW 1985 S. 823; BAG, Urt. vom 18. 11. 1986 - 7 AZR 674/84 -, NZA 1987 S. 418). Wie lange eine Abmahnung wirkt, hängt immer von der Schwere der Vertragsverletzung ab. Es kann also sein, dass bei schweren Vertragsverletzungen im Wiederholungsfall der AG auch nach längerer Zeit eine Kündigung ohne erneute Abmahnung aussprechen kann. Selbst bei einem Zeitablauf von dreieinhalb Jahren muss bei schweren Verletzungen die Abmahnung ihre Wirkung noch nicht verloren haben (BAG, Urt. vom 10. 10. 2002 - 2 AZR 418/01 -).

Ich konnte doch aber gar nichts dafür, dass ich ein paar Mal zu spät gekommen bin. Zählt das denn gar nicht?

Für die Wirksamkeit einer Abmahnung ist es - im Gegensatz zur Wirksamkeit einer verhaltensbedingten → Kündigung - nicht erforderlich, dass das abgemahnte Verhalten schuldhaft gewesen ist. Der AG ist also nicht verpflichtet, vor Erteilung einer Abmahnung etwa erst zu prüfen, ob eine Entschuldigungserklärung - etwa das defekte Auto oder die Stellwerkschwierigkeiten bei der Bahn - der Mitarbeiterin wahr ist und hier umfangreiche Nachforschungen zu betreiben.

Kann ich mich gegen eine Abmahnung wehren?

Wird die Abmahnung in die → Personalakte aufgenommen, was die Regel sein dürfte, steht der AN das Recht zu, eine Gegendarstellung abzugeben, die ebenfalls in die Akte aufzunehmen ist. Außerdem hat die AN das Recht, die Entfernung einer Abmahnung aus ihrer → Personalakte zu verlangen, wenn diese nachweisbar unwirksam ist. Dieser Anspruch folgt nach dem BAG aus den §§ 12, 862, 1004 BGB i. V. m. § 242 BGB nach dem Prinzip der Fürsorgepflicht des AG. Nach bisheriger Rechtsprechung war der Anspruch auf Entfernung regelmäßig ausgeschlossen, wenn das Arbeitsverhältnis beendet war. Nachdem zu dieser Frage eine Änderung der Rechtsprechung eingetreten ist, steht zu erwarten, dass das BAG auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nun die Entfernung einer unwirksamen Abmahnung aus der → Personalakte als zulässig erachtet. Ist die Abmahnung nur teilweise berechtigt und einzelne Vorwürfe unrichtig, muss die gesamte Abmahnung aus der Akte entfernt werden. Dem AG steht aber das Recht zu, eine neue Abmahnung unter Weglassung der unrichtigen Vorwürfe auszusprechen. Und schließlich kann die AN sogar die Entfernung einer vollkommen zu Recht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen, wenn das gerügte Verhalten für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht bedeutungslos geworden ist (BAG, Urt. vom 19.7.2012 - 2 AZR 782/11 -).

Unsere Leiterin mahnt uns ständig ab. Müssen wir das wirklich ernst nehmen?

Bei verhaltensbedingten Kündigungen stehen Arbeitgeber häufig vor dem Problem, entweder zu früh zu kündigen (d.

h. ohne vorausgegangene wirksame Abmahnung) oder ihr Abmahnungsrecht durch zu viele Abmahnungen zu verwirken. Denn wenn sich ausgesprochene Abmahnungen nur als leere Drohungen erweisen, weil der AG ständig nur mit einer Kündigung droht, ohne jemals arbeitsrechtliche Konsequenzen folgen zu lassen, wird die Warnfunktion einer Abmahnung erheblich beeinträchtigt. Das BAG hat hierzu jedoch festgestellt, dass angesichts der im Arbeitsleben weit verbreiteten Praxis, bei leichteren Vertragsverstößen einer Kündigung mehrere – häufig drei – Abmahnungen vorausgehen zu lassen, in der Regel die dritte Abmahnung jedenfalls keineswegs schon entwertet ist (BAG, Urt. vom 16. 9. 2004 – 2 AZR 406/03 –, NZA 2004 S. 8). Ob dies auch für weitere Abmahnungen gilt, ist höchststrichterlich noch nicht entschieden.

Tipp: In vielen Rechtsratgebern im frühpädagogischen Bereich wird behauptet, eine Abmahnung sei nur binnen zweier Wochen nach dem Fehlverhalten der AN zulässig und zur Begründung § 626 Abs. 2 BGB angeführt. Hiervon sollten Sie sich nicht verwirren lassen: § 626 BGB gilt ausschließlich für außerordentliche (fristlose) Kündigungen, die ja gerade ohne Abmahnung wirksam sind. Zur Wirksamkeit einer Abmahnung sagt diese Norm nichts aus.

Verwandte Suchbegriffe:

- **Kündigung**
- **Personalakte, Einsicht in die**
- **Tarifvertrag**

3. AGB

Fallbeispiel:

Lydia M., Leiterin der Einrichtung „Farbklecks“ ist aufgebracht: Obwohl ihr Träger ihr in den vergangenen zwei Jahren Weihnachtsgeld gezahlt hatte, ist eine Zahlung in diesem Jahr ausgeblieben. Auf ihre Nachfrage, wo denn ihr Geld bleibe, antwortet der Träger lapidar: Die Zahlung in den vergangenen Jahren war freiwillig und widerruflich, sie könne dies in ihrem Arbeitsvertrag nachlesen.

Was sind überhaupt AGB?

AGB (= Allgemeine Geschäftsbedingungen) sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (= Verwender) der anderen bei Abschluss eines Vertrages stellt, d. h. einseitig auferlegt (§ 305 Abs. 1 BGB). Verstößt eine solche Vertragsbedingung gegen das Gesetz, ist die einzelne Klausel unwirksam und entfällt, nicht aber der gesamte Vertrag (§ 306 Abs. 1 BGB), es sei denn, hierdurch entstünde eine unzumutbare Härte für eine der Parteien (§ 306 Abs. 3 BGB). Nach BAG, NZA 2005 S. 465 muss die durch Wegfall entstehende Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden.

Eine Inhaltskontrolle von AGB ist seit dem 1. 1. 2002 grundsätzlich auch für Arbeitsverträge zulässig und seit dem 1. 1. 2003 auch für solche Arbeitsverträge erlaubt, die vor dem 1. 1. 2002 geschlossen wurden. BAG (Urt. vom 27. 10. 2005 – 8 AZR 3/05 –) und BGH (NJW 1998 S. 2280) haben jedoch ausdrücklich festgestellt, dass die

gerichtliche Inhaltskontrolle von AGB nicht zu einem Schutz des Verwenders führen soll! Soweit also eine nach den §§ 305ff. BGB unwirksame Klausel die AN begünstigt, kann sich der AG als Verwender nicht auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen. Andererseits kann sich jedoch die AN gegenüber dem AG jederzeit auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen.

Im Wesentlichen kennt das Arbeitsrecht drei Typen von AGB-Klauseln:

3.1 Widerrufs klauseln

In Arbeitsverträgen finden sich häufig Klauseln, nach denen Leistungen einseitig durch den AG widerrufen werden dürfen. Häufig findet man auch Klauseln, die wie im Fallbeispiel Freiwilligkeitsvorbehalte mit einer Widerrufsmöglichkeit kombinieren. Da heißt es dann z. B.: „Die Leistung erfolgt auch bei wiederholter Gewährung freiwillig, begründet keinen Rechtsanspruch für die Zukunft und kann jederzeit widerrufen werden.“

Widerrufsklauseln dürfen für die AN jedoch nicht unzumutbar sein. Das BAG hat Kriterien aufgestellt, an denen Widerrufsvorbehalte zu messen sind (BAG, NZA 2005 S. 465). Demnach sind solche Vorbehalte zulässig, wenn die widerruflichen Leistungen weniger als 25%, maximal 30% des Gesamtverdienstes ausmachen und der Tariflohn nicht unterschritten wird. Lydia M. im Fallbeispiel wird diese Grenze wohl nicht erreicht haben, der Widerruf ist in ihrem Fall also zulässig.

Der Widerruf muss nicht an eine bestimmte Frist gebunden sein; eine Klausel ist also nicht deshalb schon unwirksam, weil sie keine Frist bestimmt und sie damit etwa zu

unbestimmt wäre. Allerdings muss die Klausel Voraussetzung und Umfang des Widerrufsrechts bestimmen. Ansonsten verstößt sie gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist für die AN unzumutbar (§ 308 Nr. 4 BGB). Voraussetzung und Umfang sind dann definiert, wenn die Leistung nach Art und Höhe klar bestimmt und der Grund des Widerrufs (z. B. wirtschaftliche Gründe) sowie der Grad der Störung konkretisiert ist (BAG, Urt. vom 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04 –).

3.2 Überstundenabgeltung

Viele Arbeitsverträge enthalten Klauseln, nach denen Überstunden pauschal durch das Gehalt abgegolten sind. Eine solche Klausel ist deshalb problematisch, weil der AG durch Anweisung von → Überstunden den durchschnittlichen Stundenlohn absenken kann, weil er ja für mehr Arbeitsleistung dasselbe Gehalt zahlt. Eine solche sog. „unqualifizierte Abgeltungsklausel“ ist nach überwiegender Literaturauffassung unwirksam. Etwas anderes kann für qualifizierte Klauseln gelten, die festlegen, wie viel Mehrarbeit durch das Grundgehalt abgegolten werden soll. Mangels BAG-Rechtsprechung können hier jedoch noch keine gesicherten Aussagen gemacht werden.

3.3 Doppelte Schriftformklausel

Doppelte Schriftformklauseln regeln, dass der Arbeitsvertrag und sämtliche Änderungen schriftlich geschlossen werden müssen; der Verzicht auf die Schriftform bedarf ebenfalls der Schriftform. Eine solche

Klausel ist wegen des im Arbeitsrecht bestehenden Vorranges von Individualabreden problematisch: Wenn nämlich sich die Parteien einig sind, dass sie das Schriftformerfordernis durch mündliche Vereinbarung aufheben und den Vertrag mündlich ändern wollen, ist diese individuelle Abrede gem. § 305b BGB möglich (s. dazu auch → „Schlussbestimmungen“).

Das BAG hat jedoch eine doppelte Schriftformklausel für wirksam erachtet, wenn es um Ansprüche aus → betrieblicher Übung geht (BAG, NZA 2003 S. 1145). Bei der betrieblichen Übung soll es sich danach zwar um einen vertraglichen Anspruch handeln, jedoch nicht um einen individuellen, sondern um einen kollektiven. Daher ist § 305b BGB nicht anwendbar. Vielmehr sei die betriebliche Übung als eine mündliche Nebenabsprache wegen § 125 BGB nichtig, wenn sie nicht dem Formerfordernis der doppelten Schriftformklausel genüge. Mit Urt. vom 20. 5. 2008 - 9 AZR - hat das BAG seine Rechtsprechung diesbezüglich konkretisiert und anerkannt, dass sich die → betriebliche Übung stets gegen die doppelte Schriftformklausel durchsetzt, wenn letztere geeignet ist, nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie bei dem anderen Vertragsteil den Eindruck hervorrufen, die mündliche Abrede sei entgegen § 305b BGB unwirksam. Solche Klauseln sind geeignet, den Vertragspartner von der Wahrnehmung der ihm zustehenden Rechte abzuhalten (BAG, Urt. vom 20. 5. 2008 - 9 AZR 382/07 -). Das bedeutet im Klartext: Ein AG, der sich auf § 305b BGB beruft, um einer Individualabrede nicht Folge leisten zu müssen, muss sich immer an einer zwischenzeitlich erfolgten → betrieblichen Übung festhalten lassen.

Das ist ja sehr verwirrend. Geht es nicht ein bisschen konkreter?

Anrechnung von Tariflohnerhöhungen: Die Vereinbarung einer „freiwilligen, jederzeit widerruflichen und anrechenbaren“ Zulage hält einer Inhaltskontrolle nach §§ 307ff. BGB stand und berechtigt den AG zur Anrechnung etwaiger Tariflohnerhöhungen ohne Zustimmung der AN (BAG, Urt. vom 1. 3. 2006 - 5 AZR 363/05 -).

Ausschlussfrist: Eine formularmäßige Ausschlussfrist, die für die erstmalige Geltendmachung arbeitsvertraglicher Ansprüche eine Frist von weniger als drei Monaten vorsieht, ist unangemessen kurz (BAG, Urt. vom 28. 9. 2005 - 5 AZR 52/05 -).

Freiwilligkeitsvorbehalt: Ein Freiwilligkeitsvorbehalt bei → Sonderzuwendungen ist auch dann zulässig, wenn mit der Zahlung ausschließlich im Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich vergütet werden soll (BAG, Urt. vom 30. 7. 2008 - 10 AZR 606/07 -).

Eine monatlich zu zahlende Leistungszulage dagegen kann in einem vorformulierten Arbeitsvertrag nicht unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt werden (BAG, Urt. vom 25. 4. 2007 - 5 AZR 627/06 -).

Jeweiligkeitsvorbehalt: Der in einem Arbeitsvertrag enthaltene Verweis auf eine Arbeitsordnung in der „jeweils gültigen Fassung“ ist jedenfalls dann unwirksam, wenn dadurch nahezu sämtliche Arbeitsbedingungen einseitig durch den AG abänderbar sind, ohne dass hierfür konkrete Gründe in der Vereinbarung genannt werden (BAG, Urt. vom 11. 2. 2009 - 10 AZR 222/08-).