

Arbeitsrecht in Deutschland und Ontario, Kanada – Überblick und Vergleich

von

Eric P. Polten, Lawyer and Notary Public, Toronto, Ontario

und

Rechtsreferendar Moritz Langemann, München, 2013

Polten & Associates

Lawyers and Notaries

Adelaide Place, DBRS Tower

181 University Avenue, Suite 2200

Toronto, Ontario

Canada M5H 3M7

Telefon: +1 416 601-6811

Fax: +1 416 947-0909

E - Mail: epolten@poltenassociates.com

Web-Site: <http://www.poltenassociates.com>

Stand: September 2013

Haftungsausschluss

Der Beitrag ist vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung und unter Bezugnahme der derzeitigen wissenschaftlichen Literatur gefertigt worden. Gleichwohl kann für die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit **keine Haftung** übernommen werden. Er ersetzt insbesondere keine individuelle und professionelle Rechtsberatung, da er allenfalls einen Überblick gibt und nur als solcher gedacht ist. Sofern im Aufsatz Bezug auf provinzielle Regelungen genommen wird, bezieht sich dies gewöhnlich auf die Regelungen der Provinz Ontario. Die Regelungen in anderen Provinzen können davon abweichen.

Wir empfehlen daher dringend, zur Lösung Ihres individuellen Anliegens professionelle Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	5
II. Kündigungsschutz in Ontario und Deutschland.....	5
1. Kündigungsschutz in Deutschland.....	5
a) Arbeitgeberkündigung.....	6
b) Arbeitnehmerkündigung.....	12
2. Kündigungsschutz in Ontario	12
a. Kündigung eines Arbeitsverhältnisses	12
b. Verteidigung gegen eine Kündigung.....	16
III. Befristung von Arbeitsverträgen	17
1. Befristung von Arbeitsverträgen in Deutschland.....	18
a) Schriftformerfordernis.....	18
b) Befristung mit sachlichem Grund	18
c) Einschränkungen bei Befristungen ohne sachlichen Grund	19
d) Folgen und gerichtliche Geltendmachung einer unwirksamen Befristung.....	19
2. Befristung von Arbeitsverträgen in Ontario.....	20
IV. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.....	20
1. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach deutschem Arbeitsrecht.....	21
a) Anspruchsvoraussetzungen.....	21
b) Besonderheiten bei mehrfachen Erkrankungen	22
c) Anspruchsinhalt.....	23
2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach kanadischem Arbeitsrecht.....	23
V. Urlaubsanspruch.....	23
1. Anspruch auf Erholungsurlaub in Deutschland	23
a) Dauer des Erholungsurlaubs	23
b) Übertragung des Urlaubsanspruchs auf das nächste Kalenderjahr	24
c) Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld und Urlaubsabgeltung.....	25
2. Anspruch auf Erholungsurlaub in Ontario	26
VI. Überstunden und Mehrarbeit	26
1. Überstunden und Mehrarbeit in Deutschland.....	26

a) Grenzen der werktäglichen Arbeitszeit	27
b) Besonderheiten bei formularvertraglichen Überstundenabgeltungsklauseln	27
2. Überstunden und Mehrarbeit in Ontario	28
VII. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote	29
1. Rechtslage in Deutschland	29
a) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	29
b) Diskriminierungsverbote	29
2. Rechtslage in Ontario	30
VIII. Mindestlohn	31
1. Gesetzlicher Mindestlohn in Deutschland	31
2. Gesetzlicher Mindestlohn in Ontario	32
Literatur	33

I. Einleitung

Im Zuge der ständig zunehmenden Globalisierung passieren nicht nur große Mengen an Waren und Dienstleistungen nationale Grenzen. Immer häufiger werden auch Personen im Ausland beschäftigt. Die möglichen Vorteile liegen auf der Hand: Arbeitgeber können zum Beispiel von dem Know-how und der Arbeitskraft ausländischer Mitarbeiter profitieren, für Arbeitnehmer kann der Einsatz im Ausland wirtschaftliche Vorteile und wichtige Erfahrungen mit sich bringen. International agierende Konzerne setzen ihr qualifiziertes Personal häufig nicht nur in ihren jeweiligen Heimatstaaten ein, sondern jeweils da, wo sie am meisten gebraucht werden. Aufgrund der Unterschiede in den jeweiligen Rechtsordnungen kann der Einsatz ausländischer Mitarbeiter zu abweichenden Erwartungen und, im schlimmsten Fall, zu Rechtsstreitigkeiten führen. Dieser Aufsatz soll dabei helfen, das Verständnis für die Forderungen und Erwartungen der jeweils anderen Partei zu erhöhen sowie Wissenslücken zu schließen und Fehlvorstellungen zu beseitigen.

Die folgenden Ausführungen behandeln das Individualarbeitsrecht. Darunter versteht man das Recht, das die Beziehung des einzelnen Arbeitnehmers zu seinem jeweiligen Arbeitgeber regelt. Das komplementäre Gegenstück ist das Kollektivarbeitsrecht, das die Bestimmungen zu den Koalitionen und Vertretungsorganen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber umfasst. Trotz der Vielzahl der möglichen Themen konzentriert sich dieser Aufsatz auf die Bereiche Kündigungsschutz, Befristung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, Überstunden bzw. Mehrarbeit und Mindestlohn. Außerdem wird kurz auf das Streikrecht eingegangen.

Sowohl in Deutschland als auch in Ontario ist die Beantwortung von Rechtsfragen stark vom Einzelfall abhängig. Dieser Aufsatz kann daher eine qualifizierte Rechtsberatung nicht ersetzen; vielmehr soll er lediglich ein Grundverständnis der arbeitsrechtlichen Bestimmungen beider Rechtssysteme vermitteln.

II. Kündigungsschutz in Ontario und Deutschland

Arbeitsverhältnisse werden auf Dauer geschlossen, d.h. Arbeitnehmer und Arbeitgeber einigen sich, dass der Arbeitnehmer in Zukunft seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, wofür ihm der Arbeitgeber eine Vergütung verspricht. Aus den verschiedensten Gründen kann es im Interesse einer Partei sein, das Arbeitsverhältnis vorzeitig zu beenden. Eine Möglichkeit, sich einseitig vom Arbeitsvertrag zu lösen, ist die Kündigung. Um Missbrauch zu verhindern, gibt es in Ontario und in Deutschland Kündigungsschutzvorschriften.

1. Kündigungsschutz in Deutschland

Eine Kündigung ist eine auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gerichtete Willenserklärung. Unabhängig davon, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis einseitig

beenden will, ist das Schriftformerfordernis des § 623 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) zu beachten. Dem Empfänger muss die Kündigung in schriftlicher Form zugehen, d.h. die Erklärung muss durch den Erklärenden eigenhändig unterschrieben werden und auch so, also mit der Originalunterschrift, dem Empfänger zugehen, ihm also übergeben oder in seinen Briefkasten eingeworfen werden. Eine Kündigung per E-Mail ist somit unwirksam; ebenso eine per Telefax übermittelte Kündigung, da der Empfänger lediglich eine Kopie der unterschriebenen Erklärung erhält.

Wichtigster Unterschied zur Rechtslage in Ontario ist, dass in Deutschland die Unwirksamkeit einer Kündigung gerichtlich festgestellt werden kann, mit der Folge, dass die rechtsunwirksame Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Der Arbeitsvertrag besteht vielmehr fort und stellt weiterhin eine Rechtsgrundlage für gegenseitige Rechte und Pflichten dar.

a) Arbeitgeberkündigung

Es bestehen einige Unterschiede hinsichtlich der Wirksamkeit einer Kündigung, je nachdem, ob sie vom Arbeitnehmer oder vom Arbeitgeber ausgesprochen wird. Das deutsche Recht schützt vornehmlich den Arbeitnehmer wegen dessen struktureller Unterlegenheit gegenüber dem Arbeitgeber. Es ist daher nicht verwunderlich, dass in der Praxis die überwiegende Mehrheit der Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Kündigungen eine Arbeitgeberkündigung zum Gegenstand hat.

(i) Kündigungsschutzprozess

In Deutschland gibt es für arbeitsrechtliche Streitigkeiten einen eigenen Rechtsweg. Die Gerichte für Arbeitssachen sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b *Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG) für Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über das Bestehen oder Nichtbestehen von Arbeitsverhältnissen. Entscheidungen in der ersten Instanz ergehen durch das örtlich zuständige Arbeitsgericht. Gegen Urteile des Arbeitsgerichts in Kündigungsschutzprozessen besteht von Gesetzes wegen stets die Möglichkeit, beim übergeordneten Landesarbeitsgericht Berufung einzulegen, vgl. § 64 Abs. 2 lit. c ArbGG. Eine Revision zum Bundesarbeitsgericht, das seinen Sitz in Erfurt hat, kann nur eingelegt werden, wenn das Landesarbeitsgericht oder das Bundesarbeitsgericht die Revision zulassen.

Mit dem Zugang einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung beginnt für den Arbeitnehmer eine dreiwöchige Frist, innerhalb der er Klage erheben sollte, wenn er sich gegen die Kündigung zur Wehr setzen möchte, vgl. § 4 Satz 1 *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG). Versäumt der Arbeitnehmer die Frist, ist ihm der Gang zu den Gerichten für Arbeitssachen nicht per se versperrt; die Frist ist also keine prozessuale Klagefrist, sondern ein materielle Präklusionsfrist, vgl. § 7 KSchG. Das bedeutet, dass sich der Arbeitnehmer nach Ablauf der Frist nicht mehr darauf berufen kann, dass die Kündigung rechtsunwirksam ist. Der Grund für diese recht kurze Frist und die drastische Folge der materiellen Präklusion im Falle der Fristversäumung ist das Interesse sowohl des betroffenen Arbeitnehmers als auch das des

Arbeitgebers an der schnellen Klärung der rechtlichen Situation. Das Arbeitsverhältnis begründet für beide Parteien ein Bündel von Rechten und Pflichten, so dass möglichst schnell Klarheit herrschen soll, ob die Kündigung wirksam ist oder nicht.

(ii) Sonderkündigungsschutz

Das deutsche Recht sieht für bestimmte Situationen einen besonderen Kündigungsschutz vor, von denen einige erwähnt werden sollen.

Besteht im Betrieb des Arbeitgebers ein Betriebsrat, muss der Arbeitgeber diesen vor Aussprache der Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG) anhören. Dies bedeutet nicht, dass der Betriebsrat die Kündigung verhindern kann. Widerspricht der Betriebsrat der Kündigung frist- und formgerecht, und erhebt der betroffene Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage nach dem KSchG, muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen, § 102 Abs. 5 BetrVG. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Während der Schwangerschaft sowie bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung ist eine gegenüber einer Arbeitnehmerin erklärte Kündigung unwirksam, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war oder innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird, § 9 Abs. 1 *Mutterschutzgesetz* (MuSchG). Allerdings ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, einer Bewerberin Fragen zu einer bestehenden oder beabsichtigten Schwangerschaft zu stellen; tut er es trotzdem, darf die Bewerberin eine wahrheitswidrige Antwort geben, ohne dass sich dies für negativ auswirkt. Ebenso wenig darf einer Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft gekündigt werden. Ein solches Verhalten des Arbeitgebers würde eine Diskriminierung von Frauen darstellen.

Auch Schwerbehinderte stehen unter besonderem Schutz des Gesetzes. Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen bedarf der Zustimmung des Integrationsamts, §§ 85, 91 *Neuntes Buch Sozialgesetzbuch* (SGB IX). Damit der Arbeitgeber diese Zustimmung vor Ausspruch der Kündigung einholen kann, muss er von der Schwerbehinderung Kenntnis haben. Ähnlich wie die Frage nach der Schwangerschaft ist auch die Frage nach der Schwerbehinderung vor Abschluss des Arbeitsvertrags sowie in den ersten sechs Monaten des bestehenden Arbeitsvertrags unzulässig. Besteht das Arbeitsverhältnis hingegen länger als sechs Monate, muss der Arbeitnehmer die Frage des Arbeitgebers nach einer bestehenden Schwerbehinderung wahrheitsgemäß beantworten. Tut er dies nicht, verhält er sich nach neuerer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts widersprüchlich, wenn er sich im folgenden Kündigungsschutzprozess auf den Sonderkündigungsschutz zugunsten schwerbehinderter Menschen beruft – mit anderen Worten wirkt sich in diesem Fall die wahrheitswidrige Auskunft zu Lasten des Arbeitnehmers aus. Hatte der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung und spricht die

Kündigung daher ohne die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts aus, gilt die Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG, d.h. der schwerbehinderte Arbeitnehmer muss innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung erheben. Zusätzlich muss er innerhalb dieser Frist dem Arbeitgeber mitteilen, dass eine Schwerbehinderung festgestellt wurde, weil er sonst seinen Sonderkündigungsschutz verliert.

Grundsätzlich ist auch eine Kündigung während der Elternzeit unzulässig, § 18 Abs. 1 *Bundeselternzeit- und Elternzeitgesetz* (BEEG). Der Schutz beginnt bereits mit dem Verlangen der Gewährung von Elternzeit, frühestens jedoch acht Wochen vor deren Beginn.

(iii) Außerordentliche Arbeitgeberkündigung

Im deutschen Arbeitsrecht unterscheidet man zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung. Die außerordentliche Kündigung wird umgangssprachlich häufig als „fristlose“ Kündigung bezeichnet. Während es zutrifft, dass eine fristlose Kündigung stets eine außerordentliche ist, muss eine außerordentliche Kündigung nicht zwangsläufig fristlos sein. In speziellen Einzelfällen kann es vorkommen, dass eine außerordentliche Kündigung mit einer Auslauffrist erklärt werden muss. Daher wird im Folgenden ausschließlich der Begriff der „außerordentlichen Kündigung“ verwendet. Es wird darauf hingewiesen, dass eine außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis in aller Regel sofort beendet. Bereits aus den Begriffen folgt, dass eine außerordentliche Kündigung nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen wirksam ist. Der Regelfall soll die ordentliche Kündigung und damit die Einhaltung der Kündigungsfrist bleiben.

Nach § 626 Abs. 1 BGB muss für eine außerordentliche Kündigung ein wichtiger Grund gegeben sein. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes wird generell in zwei Schritten geprüft: Zunächst stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Sachverhalt gegeben ist, der grundsätzlich als Kündigungsgrund geeignet ist. Dies wäre zum Beispiel bei einem Diebstahl oder Betrug zu Lasten des Arbeitgebers, bei sexueller Belästigung anderer Mitarbeiter oder Weitergabe von Betriebsgeheimnissen der Fall. Auch der bloße Verdacht eines schwerwiegenden Fehlverhaltens kann das Vertrauensverhältnis der Parteien so nachhaltig zerstören, dass eine sofortige einseitige Beendigung des Arbeitsvertrags gerechtfertigt sein kann. Eine abschließende Liste der Sachverhalte, die einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen können, gibt es nicht, da die Voraussetzungen einer ständigen Präzisierung durch die Rechtsprechung unterliegen. Einem Arbeitgeber ist daher zu empfehlen, zusätzlich zur außerordentlichen Kündigung stets auch hilfsweise eine ordentliche Kündigung zu erklären.

Liegt ein Sachverhalt vor, der grundsätzlich als Kündigungsgrund geeignet wäre, ist in einem zweiten Schritt sodann eine umfassende Abwägung der im jeweiligen Einzelfall beteiligten Interessen vorzunehmen. Grundsätzlich gilt, dass eine (außerordentliche) Kündigung *ultima ratio* sein muss, d.h. eine Kündigung darf nur dann ausgesprochen werden, wenn andere Maßnahmen

nicht mehr in Frage kommen. Eine wichtige, weil oft vorrangige Sanktion ist die Abmahnung. Entgegen einer weit verbreiteten Fehlvorstellung ist aber nicht etwa bei jedem Fehlverhalten eines Arbeitnehmers immer erst eine Abmahnung auszusprechen. Wenn ein Arbeitnehmer etwa seinen Arbeitgeber bestiehlt, kann eine (außerordentliche) Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung wirksam sein.

Auch die außerordentliche Kündigung ist schriftlich zu erklären. Der Kündigungsgrund muss in dem Kündigungsschreiben nicht enthalten sein; allerdings hat ihn der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Auch darf der Arbeitgeber mit der Erklärung der Kündigung nicht zu lange warten. Ab Kenntniserlangung von den Tatsachen, auf die er die Kündigung stützen möchte, hat er lediglich zwei Wochen Zeit, innerhalb derer er die Erklärung abgeben muss, § 626 Abs. 2 BGB.

Aus Sicht des Arbeitnehmers, dem außerordentlich gekündigt wird, ist unbedingt die dreiwöchige Klageerhebungsfrist gemäß §§ 4, 7 KSchG zu beachten, welche gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG auch für außerordentliche Kündigungen gilt.

(iv) Ordentliche Arbeitgeberkündigung

Ordentliche und außerordentliche Arbeitgeberkündigung unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Wirkung vor allem dadurch, dass bei der ordentlichen Kündigung gemäß § 622 BGB eine Kündigungsfrist einzuhalten ist. Die Kündigungsfrist verlängert sich nach § 622 Abs. 2 S. 1 BGB mit zunehmender Dauer der Beschäftigung. Die Vorschrift des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer die Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt werden, verstößt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Bundesarbeitsgerichts gegen den unionsrechtlichen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung und ist deswegen nicht anzuwenden. Da die ordentliche Kündigung ein Weniger im Vergleich zur außerordentlichen darstellt, besteht die Möglichkeit, eine unverhältnismäßige außerordentliche Kündigung in eine ordentliche umzudeuten, vgl. § 140 BGB.

Nach den Vorschriften des BGB bedarf eine ordentliche Arbeitgeberkündigung keines Kündigungsgrunds. Bei Einhaltung der Fristen des § 622 BGB könnte einem Arbeitnehmer also auch grundlos gekündigt werden. Etwas anderes gilt aber, wenn die Vorschriften des KSchG zur Anwendung kommen. Die bereits angesprochenen Vorschriften der §§ 4, 7, 13 KSchG sind stets anwendbar, aber für die übrigen Vorschriften muss die Anwendbarkeit gesondert festgestellt werden. Nach § 23 Abs. 1 S. 2,3 KSchG muss im Betrieb des Arbeitgebers eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt sein. Arbeitnehmer, die nach dem 31. Dezember 2003 eingestellt wurden (sog. „Neu-Arbeitnehmer“), können sich nur auf die Vorschriften des KSchG berufen, wenn im Betrieb des Arbeitgebers regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden; Auszubildende werden nicht mitgezählt, Teilzeitkräfte gemäß § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG nur anteilig berücksichtigt. Arbeitnehmer, die vor dem 1. Januar 2004 eingestellt wurden (sog.

„Alt-Arbeitnehmer“), können sich auf das KSchG berufen, wenn im Betrieb des Arbeitgebers regelmäßig mehr als fünf Alt-Arbeitnehmer beschäftigt werden; dies gilt aber ausschließlich für Alt-Arbeitnehmer. Die Überschreitung der „Zehn-Personen-Grenze“ hilft also sowohl Alt- als auch Neu-Arbeitnehmern, während die Überschreitung der „Fünf-Personen-Grenze“ nur Alt-Arbeitnehmern zu dem Schutz der Vorschriften des KSchG verhilft.

Beispiel: In einem Betrieb arbeiten regelmäßig zehn Personen in Vollzeit, von denen fünf vor dem 1. Januar 2004 und die übrigen fünf nach dem 31. Dezember 2003 eingestellt wurden. Keiner der Arbeitnehmer kann sich auf die Vorschriften des KSchG berufen. Die Neu-Arbeitnehmer haben keinen Kündigungsschutz nach dem KSchG, da dafür mehr als zehn Personen regelmäßig beschäftigt sein müssten. Auch für die Alt-Arbeitnehmer ist das KSchG nicht anwendbar, da dafür mehr als fünf Alt-Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt sein müssten.

Auch in Kleinstbetrieben, die die Grenzen des § 23 Abs. 1 S. 2,3 KSchG unterschreiten, wird im Einzelfall ein Mindestmaß an Kündigungsschutz gewährleistet, der jedoch hinter dem des KSchG zurückbleibt.

Werden die Grenzen zur Betriebsgröße überschritten und wenn das Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers länger als sechs Monate bestand, ist eine Kündigung unwirksam, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt ist, § 1 Abs. 1 KSchG. Eine soziale Rechtfertigung setzt das Vorliegen eines Kündigungsgrunds voraus. Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG kann eine ordentliche Kündigung aus verhaltens-, personen- und betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt sein.

Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt voraus, dass ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers einen grundsätzlich als Kündigungsgrund geeigneten Sachverhalt darstellt und die umfassende Interessensabwägung im Einzelfall zu Lasten des Arbeitnehmers ausfällt. Die zahlreichen Beispiele aus der Rechtsprechung, wie Trunkenheit am Arbeitsplatz, unerlaubte private Internetnutzung oder Mobbing, sind stets unter dem Aspekt der Einzelfallabhängigkeit zu betrachten.

Der häufigste Anlass einer personenbedingten Kündigung ist eine andauernde Erkrankung des Arbeitnehmers, obwohl die Erkrankung als solche keinen Kündigungsgrund darstellt. Eine Krankheit kann erst dann einen Kündigungsgrund darstellen, wenn sie sich störend auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. Dies ist der Fall, wenn eine Zukunftsprognose bezüglich der weiteren Erfüllung der Arbeitspflicht durch den Arbeitnehmer negativ ausfällt, eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen vorliegt und eine umfassende Interessensabwägung im Einzelfall gegen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses spricht.

Eine betriebsbedingte Kündigung setzt schließlich voraus, dass ein dringendes betriebliches Erfordernis vorliegt. Hierfür ist eine entsprechende unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers erforderlich, durch die ein bislang bestehender Arbeitsplatz wegfällt, z.B. der

Beschluss, einen Teil des Betriebs stillzulegen oder zu veräußern. Die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers ist als Teil dessen Berufsfreiheit grundrechtlich vor staatlichen Eingriffen geschützt. Es findet lediglich eine Überprüfung statt, ob die Entscheidung offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Da das betriebliche Erfordernis dringend sein muss, findet zudem eine Verhältnismäßigkeitsprüfung statt. Bevor ein Arbeitsverhältnis aus betrieblichen Gründen endgültig beendet werden kann, muss vorrangig die Möglichkeit einer Umsetzung der betroffenen Arbeitnehmer im Unternehmen bzw. der Ausspruch von Änderungskündigungen erwogen werden. Liegt ein dringendes betriebliches Erfordernis vor, muss eine ordnungsgemäße Sozialauswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG durchgeführt werden. Als Kriterien sind dabei insbesondere die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

(v) Sonderfall: Änderungskündigung

Erwähnt werden sollte in diesem Zusammenhang auch noch die Änderungskündigung, die sich von den oben behandelten, reinen Beendigungskündigungen dadurch unterscheidet, dass der Arbeitgeber die Kündigung mit einem Angebot an den Arbeitnehmer verbindet, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen fortzusetzen. Die Änderungskündigung ist nur dann zulässig, wenn die Änderung des Arbeitsverhältnisses so gravierend ist, dass der Arbeitgeber die Änderung nicht einseitig herbeiführen kann.

Wird eine Änderungskündigung ausgesprochen, hat der Arbeitnehmer vier verschiedene Reaktionsmöglichkeiten: Erstens kann er das Angebot zur Änderung der Arbeitsbedingungen ablehnen und sich gegen die Kündigung nicht zur Wehr setzen mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis endet. Zweitens kann er das Änderungsangebot ablehnen und innerhalb der dreiwöchigen Frist beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erheben, trägt dann allerdings das Risiko, dass er den Prozess verliert und damit seinen Arbeitsplatz endgültig verliert, falls die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Drittens kann er das Änderungsangebot annehmen und zu geänderten Bedingungen weiterarbeiten. Viertens besteht nach § 2 KSchG die Möglichkeit, das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt anzunehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist. Die vierte Variante wird einem Arbeitnehmer in den meisten Fällen zu empfehlen sein, wenn er grundsätzlich bereit ist, weiter für seinen bisherigen Arbeitgeber zu arbeiten. Der Vorbehalt muss innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Änderungskündigung gegenüber dem Arbeitgeber erklärt werden; außerdem ist innerhalb dieser drei Wochen Klage auf Feststellung zum örtlich zuständigen Arbeitsgericht zu erheben, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist. Auf diese Weise bewahrt sich der Arbeitnehmer einerseits die Chance, zu den bisherigen Bedingungen weiterbeschäftigt zu werden, während er andererseits jedenfalls einen Arbeitsplatz mit anderen Arbeitsbedingungen behält.

b) Arbeitnehmerkündigung

Natürlich kann auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis außerordentlich oder ordentlich kündigen. Es gelten grundsätzlich die obigen Ausführungen entsprechend. Allerdings sind Arbeitgeber aus Sicht des Gesetzgebers weniger schutzbedürftig als Arbeitnehmer, so dass sich etwa die Kündigungsfrist bei einer Arbeitnehmerkündigung nicht bei zunehmender Beschäftigungsdauer verlängert; auch ist das KSchG nicht auf Arbeitnehmerkündigungen anwendbar. Arbeitnehmer können das Arbeitsverhältnis somit unter Einhaltung der Kündigungsfrist beenden, ohne dass hierfür ein bestimmter Grund vorliegen müsste. Nur im Fall einer außerordentlichen Kündigung muss ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegen. Ein solcher wäre für eine Arbeitnehmerkündigung wohl gegeben, wenn der Arbeitgeber zum Beispiel für einen erheblichen Zeitraum oder in erheblicher Höhe den Lohn schuldig bleibt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein besseres Jobangebot allerdings kein solcher wichtiger Grund, so dass ein Arbeitnehmer, der das lukrative Angebot annehmen möchte, das Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung beenden und dabei die vierwöchige Kündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB einhalten müsste.

2. Kündigungsschutz in Ontario

Die Gesetze und Common Law Regeln Ontarios bestimmen auf welche Weise ein Arbeitsverhältnis beendet werden kann und wie sich der Arbeitnehmer gegen eine Kündigung wehren kann.

a. Kündigung eines Arbeitsverhältnisses

Prinzipiell gibt es drei Wege durch die ein Arbeitsverhältnis beendet werden kann. Erstens, der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis durch reguläre Kündigung oder anstattdessen durch eine Abfindungszahlung beenden. Zweitens, der Arbeitgeber kann ausnahmsweise eine fristlose Kündigung erklären, und drittens, der Arbeitnehmer selbst kann kündigen. Die ordentliche Arbeitnehmerkündigung ist nicht mit der sog. konstruktiven Arbeitgeberkündigung zu verwechseln.

(i) Ordentliche Kündigung oder Abfindungszahlung

Ordentliche Kündigung oder Kündigung durch Abfindungszahlung bedeuten, dass dem Arbeitnehmer ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt wird. Wurde ein unbefristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen, so ist der Arbeitgeber, beim Fehlen eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung, dazu verpflichtet dem Arbeitnehmer eine angemessene Kündigungsfrist zu geben oder stattdessen eine Abfindungszahlung zu gewähren.

Die Parteien haben eine Möglichkeit die Länge der Kündigungsfrist vertraglich zu bestimmen und dasselbe gilt für die Art der Zustellung der Kündigung. Das Gesetz stellt keine Anforderung an die Form, z.B. Schriftform. Um den Beginn der Kündigungsfrist effektiv festzulegen, muss die Kündigung spezifisch und präzise sein und deutlich kommuniziert werden. Es ist zudem empfehlenswert eine schriftliche Anzeige zu verwenden, damit die Wirksamkeit und das Datum

der Kündigung nicht in Frage gestellt werden können.

Art. 57 des *Ontario Standards Act*, 2000 setzt Mindestzeiten der Kündigungsfristen entsprechend der Länge einzelner Arbeitsverhältnisse fest. Die kürzeste Kündigungsfrist beträgt eine Woche und betrifft Arbeitsverhältnisse zwischen drei Monaten und einem Jahr. Demgegenüber beträgt die höchste Mindestzeit acht Wochen für Arbeitnehmer mit mindestens acht Jahren in demselben Arbeitsverhältnis.

Diese minimalen Kündigungsfristen können jedoch weitgehend verlängert werden. In Ontarios Common Law Rechtssystem haben die Richter mehr Macht als die Richter im Zivilrechtssystem. Aus diesem Grund ist es schwierig die genaue Länge der berechtigten Kündigungsfrist vorherzusagen, da diese von dem individuellen Fall des jeweiligen Arbeitnehmers abhängt. Es gibt jedoch Faktoren, die die Richter insbesondere berücksichtigen, wie z.B. das Alter des Arbeitnehmers, seine Position, die Länge des Arbeitsverhältnisses, die Höhe des Entgeltes sowie die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs bei der Suche nach einer neuen Anstellung. Ein Arbeitnehmer, der mit der Kündigungsfrist nicht zufrieden ist, kann eine Klage wegen unrechtmäßiger Kündigung erheben.

Es ist zu beachten, dass es viele Ausnahmen gibt, in denen die Gewährung einer Kündigungsfrist und die Zahlung eines Abfindungsbetrags gesetzlich nicht vorgeschrieben sind. Bauarbeiter haben nach dem *Employment Standards Act*, 2000 zum Beispiel keinen Anspruch auf Gewährung einer Kündigungsfrist oder einer Abfindungszahlung (siehe Art.2 Abs.1 9 der Regelung O Reg 288/01 „*Termination and Severance of Employment*“). Das gleiche gilt, gemäß Art. 2 Abs. 1. 5 der Regelung O Reg 288/01, für einen Arbeitnehmer, dessen Anstellung beendet wird, nachdem er eine zumutbare alternative Arbeit mit dem gleichen Arbeitgeber abgelehnt hat.

Wünscht sich der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer sofort zu beenden, ohne Grund zur fristlosen Kündigung zu haben, so kann der Arbeitgeber anstatt der regulären Kündigungsfrist dem Arbeitnehmer einen Abfindungsbetrag auszahlen. Da der Arbeitgeber zur Einhaltung der Kündigungsfrist verpflichtet ist, entspricht der Abfindungsbetrag dem Lohn, den er oder sie bei Einhaltung der Kündigungsfrist verdient hätte. Diese Abfindungszahlung anstatt der Kündigung wird als pauschalierter Schadensersatz angesehen, weil das Unterlassen der Kündigungsanzeige genau genommen eine Vertragsverletzung darstellt.

Gemäß Art. 64 des *Ontario Employment Standards Act* (2000) und Art. 9 der Regelung O Reg. 288/01 („*Termination and Severance of Employment*“) kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis gekündigt wurde, überdies zur Entlassungsabfindungszahlung („*Severance*“), d.h. zur Zahlung eines einmaligen Betrags, berechtigt sein.

(ii) Außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung oder die Kündigung aus wichtigem Grund stellt eine Ausnahme von der allgemeinen Regel dar, die den Arbeitgeber dazu verpflichtet die Kündigungsfrist einzuhalten oder stattdessen eine Abfindung zu zahlen. Jedes Verhalten im Widerspruch zu den Bedingungen der Arbeitsverhältnisses, gleichgültig ob ausdrücklich im Arbeitsvertrag oder implizit vereinbart, stellt einen wichtigen Grund dar. Ein solches Fehlverhalten des Arbeitnehmers, das eine Verletzung einer seiner fundamentalen Pflichten darstellt, berechtigt den Arbeitgeber zur außerordentlichen fristlosen Kündigung.

Im Allgemeinen kann man sagen, dass bestimmte Verhaltensweisen, wie z.B. Unehrlichkeit (die auch Diebstahl, Betrug und Lügen im gewissen Sinne erfasst), Frechheit und Ungehorsamkeit, Verspätungen oder Abwesenheit ohne Erlaubnis, Inkompetenz oder sexuelle Belästigung, den Arbeitgeber dazu berechtigen das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen. Allerdings ist die Lage nicht ganz so einfach. Die Liste der potentiellen wichtigen Kündigungsgründe ist lang und alles andere als abschließend. Es gibt wenige Kündigungsgründe, die automatisch zur Kündigung berechtigen. Jeder Fall erfordert eine kontextabhängige Betrachtungsweise und eine sorgfältige Bewertung des Kündigungsgrundes. Dementsprechend ist nicht nur das infrage gestellte Fehlverhalten, sondern auch die ganze Geschichte des Arbeitsverhältnisses in Betracht zu ziehen. Darunter versteht man solche Umstände, wie die Länge des Arbeitsverhältnisses, die Position des Arbeitnehmers, seine Pflichten und etwaiges früheres Fehlverhalten und nicht zu vergessen auch der Grund des aktuellen Fehlverhaltens. Basierend auf dem Prinzip der Proportionalität, haben die Gerichte eine Methode entwickelt, die ein großes Spektrum von Faktoren heranziehen, welche gegen das Vorliegen eines Kündigungsgrundes sprechen.

Sollte ein Arbeitnehmer, dem fristlos gekündigt wurde, eine Klage gegen die unrechtmäßige Kündigung erheben und behauptet der Arbeitgeber ein Kündigungsgrund sei gegeben, so liegt die Beweislast für das Vorliegen eines solchen Kündigungsgrundes bei dem Arbeitgeber. Da es sich bei Klagen gegen unrechtmäßige Kündigungen um zivilrechtliche Klagen handelt, muss der Arbeitgeber durch eine Abwägung von Wahrscheinlichkeiten das vermeintliche Fehlverhalten nachweisen. . Weist das Fehlverhalten Merkmale strafrechtlicher Natur aus wie z.B. Diebstahl oder Betrug, so verlangt die Rechtsprechung ein höheres Beweisniveau, welches sich dem Grad „ohne berechtigten Zweifel“ nähert.

Der Arbeitgeber hat keine allgemeine Pflicht den Arbeitnehmer über den Grund der fristlosen Kündigung zu informieren. Allerdings hat der Oberste Gerichtshof Kanadas den Arbeitgeber durch seine Entscheidungen dazu verpflichtet, im Laufe der Entlassung gegenüber dem Arbeitnehmer „aufrichtig, vernünftig, ehrlich und offen“ zu sein. Besonders wenn dem Arbeitnehmer wegen Fehlverhaltens gekündigt wird, ist es empfehlenswert, aufgrund der oben angeführten Pflicht, den Arbeitnehmer über das angebliche Fehlverhalten zu informieren und ihm diesbezüglich die Gelegenheit zu geben sich dazu zu äußern.

(iii) Arbeitnehmerkündigung

Wünscht sich der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis zu beenden, so kann er das Arbeitsverhältnis kündigen. Dabei ist zu beachten, dass die freiwillige Inanspruchnahme des Kündigungsrechts das Erlöschen des Rechts auf Erhebung einer Klage wegen unrechtmäßiger Kündigung und das Erlöschen von Zahlungsansprüchen, wie Abfindungszahlung („pay in lieu of notice“) und die Entlassungsabfindungszahlung („severance pay“), bewirkt. Die Kündigung ist bindend, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers einen eindeutigen auf Kündigung gerichteten Willen aufweist und den Arbeitgeber aus Perspektive einer vernünftigen Person glauben lässt, dass der Arbeitnehmer seinen Willen vollziehen will. Allerdings ist die Kündigung nicht wirksam bis sie vom Arbeitgeber akzeptiert wird. Der Arbeitnehmer hat dementsprechend die Möglichkeit seine Kündigung zurückzuziehen, bis sie vom Arbeitgeber akzeptiert wird. Dies heißt, dass derjenige Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis beenden will, die Annahme der Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer so schnell wie möglich erklären muss.

Die Theorie des Common Law besagt, dass es sich bei einer Anzeigepflicht um eine gegenseitige Pflicht handelt. Deswegen ist auch der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber gegenüber verpflichtet eine vernünftige Kündigungsfrist einzuhalten. Dies bedeutet aber nicht, dass die Kündigungsfrist im Falle einer Entlassung seitens des Arbeitgebers die gleiche ist, wie bei Kündigung des Arbeitnehmers, da sich diese hinsichtlich ihrer Zwecke deutlich unterscheiden. Während die Kündigungsfrist dem Arbeitnehmer dabei helfen soll sich mit der bevorstehenden Arbeitslosigkeit auseinanderzusetzen, so soll die Kündigungsfrist im Falle der Arbeitnehmerkündigung dem Arbeitgeber Zeit verschaffen, um sich auf die künftige Abwesenheit des Arbeitnehmers, z.B. durch Anstellung oder Einarbeitung einer Ersatzperson, vorzubereiten.

(iv) Konstruktive Kündigung („constructive dismissal“)

Die sog. konstruktive Kündigung tritt ein, wenn der Arbeitgeber eine wesentliche Bedingung des Arbeitsverhältnisses ohne ausdrückliche oder implizierte Einwilligung des Arbeitnehmers ändert und dieser sich entscheidet das Verhältnis zu kündigen und eine Klage auf Schadensersatz zu erheben. Es ist empfehlenswert eine solche Entscheidung vorsichtig zu treffen. Der Arbeitnehmer sollte auf jeden Fall professionelle Rechtsberatung in Anspruch nehmen, bevor er das Risiko eingeht arbeitslos ohne einen vielversprechenden Fall zu haben.

Die Lehre der konstruktiven Kündigung wurde von den Gerichten anerkannt, nachdem Arbeitgeber versucht hatten ihre Verantwortung für unrechtmäßige Kündigung durch Herbeiführung von unerträglichen Arbeitsbedingungen und durch Erzwingung von Arbeitnehmerkündigungen zu umgehen. Das Recht der konstruktiven Kündigung hat sich in den letzten Jahrzehnten erheblich geändert. In den 1980er Jahren setzten sich die Gerichte den

Änderungen am Arbeitsplatz und den entsprechenden Auswirkungen auf die Arbeitnehmer entgegen. Während der wirtschaftlichen Verschlechterungen der 1990er Jahre, öffneten sich die Richter zunehmend den Änderungen auf dem Arbeitsplatz. Die Folge dieser Entwicklung war, dass die Theorie der konstruktiven Kündigung immer weniger Anwendung in der Rechtsprechung der Gerichte fand. Man kann dementsprechend beobachten, dass die Gerichte bei Beurteilung der konstruktiven Kündigung üblicherweise die aktuelle wirtschaftliche Lage einbeziehen; sieht die allgemeine Wirtschaftslage gut aus, so sind die Gerichte gegenüber den Änderungen auf dem Arbeitsplatz weniger verständnisvoll. Wenn sich die Wirtschaft im Abschwung befindet, dann erlauben die Gerichte den Arbeitgebern eher Änderungen mit negativen Folgen für die Arbeitnehmer vorzunehmen, wenn dies der Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit dient.

In einem jüngeren Fall des Obersten Gerichtshofes von Ontario hat einer unter Verlusten leidender Arbeitgeber den Lohn eines Arbeitnehmers drastisch gesenkt. Der Anwalt des Arbeitnehmers teilte dem Arbeitgeber schriftlich mit, dass es sich nach Auffassung seines Mandanten um eine konstruktive Kündigung handelt und dass sein Mandant die Änderung nicht akzeptieren werde. Aber anstatt den Arbeitsplatz zu verlassen, arbeitete der Arbeitnehmer weiter für den Arbeitgeber und verklagte ihn zugleich auf Grundlage der konstruktiven Kündigung. Der Arbeitgeber behauptete jedoch, dass die Fortsetzung der Arbeit seitens des Arbeitnehmers eine konkludente Einwilligung in die Kürzung des Lohns darstellte. Der Oberste Gerichtshof von Ontario hat entschieden, dass der Arbeitnehmer die Änderung der Bedingungen des Arbeitsverhältnisses abgelehnt hat und die Fortsetzung der Arbeit bei dem Arbeitgeber nicht als Zustimmung mit Kürzung des Lohns verstanden werden kann. Es sei vielmehr von dem Arbeitgeber abhängig dem Arbeitnehmer entweder zu sagen, dass er den Arbeitsplatz verlassen soll oder ihm unter Einhaltung der früheren Bedingungen und einer regulären Kündigungsfrist zu kündigen. Da der Arbeitgeber nichts davon getan hatte und zugleich davon wusste, dass der Arbeitnehmer die Auffassung vertritt konstruktiv gekündigt worden zu sein, blieb dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen weiter zu arbeiten.

b. Verteidigung gegen eine Kündigung

Bei einer Arbeitgeberkündigung kann sich der Arbeitnehmer dazu entscheiden die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus einem oder anderen Grund nicht zu akzeptieren. Es ist zugleich auch üblich, dass der Arbeitnehmer eine Klage gegen unrechtmäßige Kündigung erhebt. Ein Arbeitnehmer, dessen Fall der Gerichtsbarkeit von Provinz Ontario untersteht, wird gewöhnlich auf Schadensersatz klagen. Gemäß des *Employment Standards Act* (2000) ist es nicht möglich eine Wiedereinstellung als im Rahmen einer Klage gegen unrechtmäßige Kündigung zu verlangen. Der Arbeitnehmer kann jedoch unter besonderen unten angeführten Bedingungen, das Arbeitsministerium in Ontario um Erlass eines Bescheids ersuchen, der eine Wiedereinstellung anordnet.

i. Klage gegen unrechtmäßige Kündigung

Wie oben erwähnt, werden Klagen wegen unrechtmäßiger Kündigung meistens zwecks finanzieller Abfindung erhoben. Allerdings muss man sich der Tatsache bewusst sein, dass nicht jedem Arbeitnehmer, dem gekündigt wurde, nach dem Gesetz der Provinz Ontario Schadensersatz zusteht. Um erfolgreich auf Schadensersatz zu klagen muss die Kündigung unrechtmäßig gewesen sein, d.h. die Kündigung muss im Widerspruch zu dem Gesetz erfolgen. Eine Kündigung ohne wichtigen Grund ist keine unrechtmäßige Kündigung, solange die Kündigungsfrist eingehalten oder die Abfindungszahlung gewährt wurde. Dementsprechend ist eine außerordentliche Kündigung als unrechtmäßig anzusehen, wenn der Arbeitgeber das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht beweisen kann oder wenn das Fehlverhalten des Arbeitnehmers nicht empfindlich genug war, um das Arbeitsverhältnis ohne die Einhaltung einer Kündigungsfrist oder Abfindungszahlungen zu beenden. Klarstellend kann man sagen, dass die Klage wegen unrechtmäßiger Kündigung den Arbeitnehmer für den Verlust seiner Arbeitsstelle entschädigen und versorgen soll bis er eine neue Anstellung findet. Der Arbeitnehmer unterliegt jedoch einer Schadenminderungspflicht. Nur weil der Arbeitgeber bei Gewährung einer angemessenen Kündigungsfrist versagt hat, heißt es nicht, dass dem Arbeitnehmer ein Recht auf Zahlung des genauen noch zu verdienenden Betrags zusteht. Die Idee hinter der Kündigungsfrist ist es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen nach einer neuen Anstellung zu suchen. Sollte der Arbeitgeber beweisen können, dass sich, der die Klage wegen unrechtmäßiger Kündigung erhebende, Arbeitnehmer nicht angemessen bemüht hat eine neue Arbeitsstelle zu finden und dass tatsächlich angemessene Arbeitsstelle gefunden hätte werden können, kann das Gericht das Einkommen, dass der Arbeitnehmer anderswo hätte erwirtschaften können, von der Zahlung wegen unrechtmäßiger Kündigung abziehen.

ii. Wiedereinstellung

Ontarios *Employment Standards Act* (2000) bietet einige wenige Möglichkeiten, in denen der Arbeitnehmer Antrag auf Wiedereinstellung bei dem vorherigen Arbeitgeber bei dem Arbeitsministerium zu stellen (siehe Art. 104 des *Employment Standards Act*, 2000). Ein solcher die Wiedereinstellung anordnender Bescheid setzt voraus, dass ein Beamter feststellen kann, dass dem Arbeitgeber wegen Ausübung seiner Rechte nach dem *Employment Standards Act*, gekündigt wurde. Das erfasst solche Rechte wie z.B. das Recht den Arbeitgeber darauf hinzuweisen den *Employment Standard Act* und dessen Regelungen zu befolgen; das Recht sich über seine sich aus diesem Gesetz ergebenden Rechte zu erkundigen; oder das Recht im Einklang mit den Bestimmungen des Gesetzes Urlaub zu nehmen.

III. Befristung von Arbeitsverträgen

Arbeitsverträge können auf unbestimmte Zeit geschlossen oder nur für eine bestimmte Zeit eingegangen werden. Im letzteren Fall spricht man von der Befristung von Arbeitsverhältnissen. Ein befristetes Arbeitsverhältnis erhöht die Flexibilität beider Parteien eines Arbeitsvertrags und

ist deshalb insbesondere in Zeiten angespannter Beschäftigungssituationen ein probates Mittel. Gleichzeitig birgt es auch die Gefahr eines Missbrauchs, denn der Arbeitgeber könnte durch die Aneinanderreihung mehrerer kurzer Arbeitsverträge das Risiko umgehen, einem Arbeitnehmer kündigen zu müssen.

1. Befristung von Arbeitsverträgen in Deutschland

Nach dem gesetzgeberischen Grundkonzept in Deutschland soll das auf unbestimmte Dauer eingegangene Arbeitsverhältnis der Regelfall sein, nicht zuletzt um den verhältnismäßig strikten gesetzlichen Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitnehmers nicht auszuhöhlen. Der Abschluss von befristeten Arbeitsverhältnissen soll die Ausnahme bleiben und wird daher von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht.

Die Grenzen der Befristung von Arbeitsverhältnissen sind in Deutschland in einem eigenen Gesetz, dem *Teilzeit- und Befristungsgesetz* (TzBfG), geregelt. Das TzBfG erfasst kalendermäßige Befristungen (Beispiel: „Das Arbeitsverhältnis endet am 31.12.2013.“), Zweckbefristungen (Beispiel: „Das Arbeitsverhältnis ist zweckbefristet auf die Dauer der Arbeiten an dem Bauprojekt des Arbeitgebers in ...“) sowie auflösende Bedingungen.

a) Schriftformerfordernis

Soll ein Arbeitsvertrag befristet werden, ist es – aus Sicht des Arbeitgebers – von besonderer Wichtigkeit, das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG einzuhalten. Obwohl in der Praxis die überwiegende Mehrzahl der Arbeitsverträge ohnehin schriftlich geschlossen wird, schreibt das Gesetz diese Form für den wirksamen Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags nicht vor. Lediglich aus den Vorgaben des *Nachweisgesetzes* (NachwG) ergibt sich, dass die wesentlichen Vertragsbestimmungen schriftlich niederzulegen sind. Wie aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 NachwG allerdings ersichtlich wird, ist es ausreichend, wenn der Vertragsinhalt nachträglich schriftlich niedergelegt wird. Die Parteien eines Arbeitsverhältnisses können den Arbeitsvertrag also grundsätzlich mündlich abschließen, solange innerhalb eines Monats nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niedergelegt werden, vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG. Das TzBfG weicht von diesem Grundsatz lediglich hinsichtlich der Befristungsabrede ab. Diese muss zwingend schriftlich vereinbart werden, ansonsten ist sie unwirksam. Beachtet werden muss dies insbesondere auch in folgender Situation: Will der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer für die Dauer eines zwischen ihnen anhängigen Kündigungsschutzprozesses weiterbeschäftigen und hält das Gericht die Kündigung für wirksam, ist die Weiterbeschäftigung nur wirksam auf die Dauer des Gerichtsverfahrens beschränkt, wenn die Vereinbarung schriftlich getroffen wurde.

b) Befristung mit sachlichem Grund

Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Das Gesetz enthält in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG eine nicht abschließende Liste von sachlichen Gründen, etwa die Befristung zur Erprobung oder zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, der etwa für längere Zeit erkrankt oder beurlaubt ist, ins Ausland entsandt wurde oder sich in Elternzeit befindet.

Insbesondere in großen Betrieben kann der sachliche Grund der Vertretung eines anderen Arbeitnehmers zu „Kettenbefristungen“ führen, da bei einer steigenden Anzahl von Mitarbeitern auch die Wahrscheinlichkeit steigt, dass immer ein Arbeitnehmer für eine gewisse Zeit ausfällt. Der Gesetzgeber wollte „Kettenbefristungen“ eigentlich vermeiden. In letzter Zeit haben einige solcher Fälle die Gerichte beschäftigt. Der EuGH entschied in der Rs. C-586/10, *Küçük/Land Nordrhein-Westfalen*, dass die nationale Rechtslage in Deutschland mit dem Unionsrecht vereinbar sei, die nationalen Gerichte allerdings bei der Prüfung, ob ein sachlicher Grund für die Befristung gegeben sei, alle Umstände des Falles einschließlich der Anzahl und der Gesamtdauer der in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse berücksichtigen müssen. Das Bundesarbeitsgericht entschied daraufhin, dass in einem Einzelfall, in dem eine Arbeitnehmerin in mehr als elf Jahren 13 (!) befristete Arbeitsverträge mit demselben Arbeitgeber geschlossen hat, das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs indiziert sei. Hingegen würden die Einzelfallumstände bei vier Befristungen in sieben Jahren und neun Monaten noch nicht auf einen Rechtsmissbrauch hindeuten. Die Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex befindet sich noch in der Entwicklung, Richtlinien oder Faustregeln haben sich – soweit ersichtlich – noch nicht herausgebildet.

c) Einschränkungen bei Befristungen ohne sachlichen Grund

Auch wenn kein sachlicher Grund gegeben ist, kann ein Arbeitsvertrag befristet werden. Allerdings unterliegt er dann den strengeren Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG. Danach ist eine kalendermäßige Befristung nur bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Wurde ursprünglich eine kürzere Dauer vereinbart, kann während der noch laufenden Befristung eine Verlängerung vereinbart werden, allerdings höchstens drei Mal und nicht über eine Gesamtdauer von zwei Jahren hinaus.

Eine weitere Einschränkung enthält § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, wonach eine sachgrundlose Befristung unzulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die Reichweite dieser Einschränkung wurde kürzlich präzisiert. Entgegen seiner früheren Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht im Jahr 2011 entschieden, dass das Wort „zuvor“ in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht im Sinne von „jemals zuvor“ zu verstehen sei. Ein zeitlich unbeschränktes Verbot einer Vorbeschäftigung würde die Gefahr in sich bergen, als arbeitsrechtliches Einstellungshindernis die durch Art. 12 Abs. 1 *Grundgesetz* (GG) geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig zu begrenzen. Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG sei daher verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass lediglich eine Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber innerhalb der letzten drei Jahre einer sachgrundlosen Befristung entgegenstehe.

d) Folgen und gerichtliche Geltendmachung einer unwirksamen Befristung

Ist die Befristung unwirksam, etwa weil die Schriftform nicht gewahrt wurde oder ein sachlicher Grund nicht vorliegt und die Befristung die zulässige Höchstdauer von zwei Jahren überschreitet, gilt das Arbeitsverhältnis gemäß § 16 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Will sich der Arbeitgeber in einem solchen Fall dennoch von dem Arbeitnehmer trennen, müsste er an sich eine Kündigung aussprechen.

Dies gilt jedoch nur dann, wenn sich der Arbeitnehmer seinerseits auf die Unwirksamkeit der Befristung beruft. Dafür ist erforderlich, dass er eine entsprechende Klage beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht erhebt. Unterlässt der Arbeitnehmer die Erhebung der sogenannten „Entfristungsklage“ nach § 17 TzBfG innerhalb der Frist von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags, kommt es – ähnlich wie bei Versäumung der Frist nach §§ 4, 7 KSchG – zu einer materiellen Präklusion, d.h. der Arbeitnehmer wird mit der Behauptung, die Befristung sei unwirksam, nicht mehr gehört, da diese dann als wirksam vereinbart gilt. Allerdings ist der Wortlaut des § 17 TzBfG missverständlich: Der Arbeitnehmer muss nicht bis zum Ende des befristeten Arbeitsvertrags warten, um dann innerhalb von drei Wochen Entfristungsklage zu erheben. Vielmehr kann er auch schon vor dem Ende des befristeten Arbeitsvertrags Klage erheben. Ob dies stets zu empfehlen ist, da ein Rechtsstreit mit dem Arbeitgeber die Zusammenarbeit nachhaltig belasten kann, ist eine Frage des konkreten Einzelfalls, die nicht pauschal beantwortet werden kann.

2. Befristung von Arbeitsverträgen in Ontario

Im Vergleich zur Gesetzeslage in Deutschland, ist es in Ontario viel einfacher einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen. Im Allgemeinen wird ein Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und in solchen Fällen lautet einer der elementaren Grundsätze, dass der Arbeitsvertrag nur unter Einhaltung einer angemessenen Frist gekündigt werden kann. Diese Regel ist aber auf befristete Arbeitsverträge nicht anwendbar. Am Ende der vereinbarten Arbeitsperiode wird dem Arbeitnehmer nicht gekündigt, sondern das Arbeitsverhältnis wird einfach im Einklang mit den Bedingungen des Arbeitsvertrags beendet. Die Gerichte erkennen nur dann einen Arbeitsvertrag an, welcher dem Arbeitnehmer das Recht auf eine angemessene Kündigungsfrist nimmt, wenn die Sprache des Arbeitsvertrags unmissverständlich und explizit ist. Unklarheiten in der Sprache des Arbeitsvertrags gehen zulasten des Arbeitgebers, da davon ausgegangen wird, dass dieser den Vertrag entworfen hat..

Seit Anfang des 20. Jahrhunderts ist es gängige kanadische Praxis, dass ein Arbeitnehmer mit einem auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag nach Ablauf dieses Jahres und bei Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses als Arbeitnehmer mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag anzusehen ist. Dementsprechend steht ihm auch das Recht auf eine angemessene Kündigungsfrist zu.

Beinhaltet ein befristeter Arbeitsvertrag keine Regelung über etwaige Kündigungsmöglichkeiten während der Vertragslaufzeit wie z.B. eine Kündigung aus wichtigem Grund, dann kann der Arbeitgeber bei einer vorzeitigen Kündigung dazu gezwungen werden alle Löhne und weitere für den Rest der Vertragsdauer anfallenden Ansprüche des Arbeitnehmers zu befriedigen. Dementsprechend wird Arbeitgebern vor Verwendung von befristeten Arbeitsverträgen empfohlen, professionelle Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen.

IV. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Eine für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen wichtige Frage ist, welche Konsequenzen sich daraus ergeben, wenn ein Arbeitnehmer in einem Maße erkrankt, dass er vorübergehend

arbeitsunfähig ist.

1. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach deutschem Arbeitsrecht

Im deutschen Vertragsrecht gilt allgemein der Grundsatz, dass jemand, der die ihm versprochene Leistung nicht erhält, weil die Leistungserbringung seinem Vertragspartner unmöglich ist, seine Gegenleistung ebenfalls nicht zu erbringen hat. Übertragen auf das Arbeitsrecht kann man diesen Grundsatz mit den Worten „ohne Arbeit kein Lohn“ zusammenfassen. Dieser Grundsatz findet seine gesetzliche Grundlage in den §§ 326 Abs. 1 S. 1, 614 S. 1 BGB. Allerdings existieren speziell im Arbeitsrecht einige Ausnahmen zu diesem Grundsatz. Eine davon regelt § 3 *Entgeltfortzahlungsgesetz* (EFZG), wonach ein Arbeitnehmer, der infolge Krankheit arbeitsunfähig ist, ohne dass ihn daran ein Verschulden trifft, für die Dauer von bis zu sechs Wochen vom Arbeitgeber die Fortzahlung des vereinbarten Arbeitsentgelts verlangen kann.

a) Anspruchsvoraussetzungen

Um einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu erhalten, muss ein Arbeitnehmer mindestens vier Wochen ohne Unterbrechung bei dem Arbeitgeber gearbeitet haben, den er in Anspruch nehmen will. Der Gesetzgeber hat diese Wartezeit in das Gesetz aufgenommen, weil ein Entgeltfortzahlungsanspruch eines Arbeitnehmers, der niemals für den Arbeitgeber gearbeitet hat, als unvereinbar mit dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung angesehen wurde.

Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung setzt eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit voraus. Zu beachten ist, dass nicht jede Krankheit zu einer Arbeitsunfähigkeit führt. Von einer Krankheit spricht man bei einem regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand. So ist etwa eine normal verlaufende Schwangerschaft keine Krankheit im Sinne des Gesetzes, weil man den Zustand während einer Schwangerschaft nicht als regelwidrig einstufen kann. Alkoholismus ist hingegen als Krankheit von der Rechtsprechung anerkannt worden. Von dem Begriff der Krankheit ist der Begriff der Arbeitsunfähigkeit zu unterscheiden. Arbeitsunfähig zu sein bedeutet, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Leistung objektiv nicht erbringen kann oder objektiv nicht erbringen sollte, weil dadurch die Heilung – nach ärztlicher Prognose – verhindert oder verzögert werden würde. Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist nur dann gegeben, wenn die alleinige Ursache der Arbeitsunfähigkeit die Erkrankung des Arbeitnehmers ist. Man spricht in diesem Fall von dem Erfordernis der Monokausalität. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung wäre also nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer auch noch aus einem anderen Grund an der Leistungserbringung gehindert wäre.

Beispiel: Kann an einem der Tage, an denen der Arbeitnehmer krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist, im Betrieb des Arbeitgebers wegen eines Stromausfalls gar nicht gearbeitet werden, so dass der Arbeitgeber alle Arbeitnehmer wieder nach Hause schickt, beruht die Nichterbringung der vertraglich geschuldeten Arbeit nicht allein auf der Erkrankung, denn der Arbeitnehmer hätte an diesem Tag ohnehin nicht arbeiten müssen, selbst wenn er gesund gewesen wäre.

Der Arbeitnehmer ist gesetzlich verpflichtet, seinem Arbeitgeber eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit unverzüglich mitzuteilen. Spätestens wenn er länger als drei Kalendertage arbeitsunfähig erkrankt ist, muss er dem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung vorlegen, die das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer bestätigt. Allerdings kann der Arbeitgeber die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch schon früher verlangen, es steht also in seinem Ermessen. Wie erst vor kurzem vom Bundesarbeitsgericht bestätigt, ist der Arbeitgeber in diesem Ermessen nicht in irgendeiner Weise gebunden.

Schließlich darf den Arbeitnehmer an seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kein Verschulden treffen. Es gilt eine andere Definition des Verschuldens als im allgemeinen Schuldrecht, wonach jemand schuldhaft handelt, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflichten verletzt. Im Zusammenhang mit dem Entgeltfortzahlungsanspruch schließt ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers den Anspruch nur dann aus, wenn das Verhalten des betreffenden Arbeitnehmers einen groben Verstoß gegen das eigene Interesse eines verständigen Menschen handelt.

Beispiel: Beruht die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers auf Verletzungen, die er sich bei einem Verkehrsunfall zugezogen hat, den er aufgrund seiner Alkoholisierung selber verursacht hat, liegt ein Verschulden des Arbeitnehmers vor, das seinen Anspruch ausschließt. Es ist jedem Erwachsenen bekannt, dass die Teilnahme am Straßenverkehr unter Alkoholeinfluss eine gesteigerte Unfallgefahr mit sich bringt, da Alkoholkonsum die Fähigkeit, richtig zu reagieren, stark herabsetzt.

b) Besonderheiten bei mehrfachen Erkrankungen

Wird ein Arbeitnehmer wiederholt krank, hängt es vom jeweiligen Einzelfall ab, ob er jeweils einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung erhält. Es lassen sich drei Fallkonstellationen unterscheiden.

Ist der Grund der Arbeitsunfähigkeit eine andere Krankheit, entsteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch. Von einer anderen Krankheit ist auszugehen, wenn sie eine andere Ursache hat als die vorhergehende Krankheit und wenn sie auch nicht auf demselben Grundleiden beruht.

Komplizierter wird es, wenn die erneute Arbeitsunfähigkeit auf demselben Grundleiden beruht, denn grundsätzlich steht einem Arbeitnehmer die Entgeltfortzahlung für eine Krankheit auch nur einmal zu. Von diesem Grundsatz sieht das Gesetz in § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG zwei Ausnahmen vor. Der Arbeitnehmer erhält trotz der Identität der Krankheiten einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von bis zu sechs Wochen, wenn er zuvor mindestens sechs Monate nicht infolge dieser Krankheit arbeitsunfähig war (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EFZG) oder wenn seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit aufgrund derselben Krankheit mindestens zwölf Monate vergangen sind (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EFZG).

c) Anspruchsinhalt

Nach § 4 Abs. 1 EFZG ist dem Arbeitnehmer für die Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit die Vergütung zu zahlen, die er erhalten hätte, wenn er regulär gearbeitet hätte. Allerdings nimmt § 4 Abs. 1a EFZG Überstunden aus, selbst wenn der betreffende Arbeitnehmer regelmäßig Überstunden leistet.

Die Ermittlung der Anspruchshöhe hängt stark von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Um den Anspruch korrekt zu beziffern, empfiehlt es sich daher, den Rechtsrat eines Anwalts einzuholen.

2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach kanadischem Arbeitsrecht

Gemäß des *Ontario Employment Standards Act* (2000) sind manche Arbeitnehmer jedes Jahr zu 10 Tagen eines unbezahlten Notfallurlaubs berechtigt („personal emergency leave“) und dieser erfasst Erkrankungen, Verletzungen, Notfälle und weitere dringende Angelegenheiten. Dabei ist es wichtig, dass dieses Recht nur denjenigen Arbeitnehmern zusteht, die für einen Arbeitgeber mit mindestens 50 Angestellten arbeiten. Andere Arbeitnehmer müssen sich auf folgende Rechtsschutzmittel verlassen. Erstens, wird dem Arbeitnehmer wegen einer Erkrankung konstruktiv oder anders gekündigt, so kann er oder sie gegen den Arbeitgeber eine Klage wegen unrechtmäßiger Kündigung erheben. Zweitens, der Arbeitsvertrag selbst kann eine Klausel enthalten, welche den Arbeitnehmer entweder zu bezahlten oder unbezahlten Krankenurlaub berechtigen.

V. Urlaubsanspruch

Es existieren verschiedene Arbeitnehmerrechte zum Schutz vor Überinanspruchnahme, zu denen auch der Anspruch auf die Gewährung von Urlaub zählt. Die Arbeitnehmer sollen in die Lage versetzt werden, während einer bestimmten Zeit der Arbeitsstelle fernzubleiben, um sich zu erholen und idealerweise ihre volle Arbeitskraft und Produktivität wiederherzustellen.

1. Anspruch auf Erholungsurlaub in Deutschland

In Deutschland besteht ein gesetzlicher Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub, der im *Bundesurlaubsgesetz* (BUrlG) geregelt ist. Wird einem Arbeitnehmer also vom Arbeitgeber Erholungsurlaub gewährt, muss der Arbeitnehmer während des jeweiligen Zeitraums nicht arbeiten, behält aber zugleich seinen Anspruch auf Vergütung. Der im BUrlG geregelte Urlaubsanspruch stellt einen Mindeststandard dar, d.h. es kann vertraglich nicht zu Lasten des Arbeitnehmers davon abgewichen werden. Selbstverständlich steht es dem Arbeitgeber aber frei, dem Arbeitnehmer mehr Erholungsurlaub zu gewähren, als gesetzlich vorgeschrieben ist.

a) Dauer des Erholungsurlaubs

Nach § 3 Abs. 1 BUrlG hat ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf Erholungsurlaub von 24 Werktagen jährlich. Allerdings muss diese Vorschrift in Zusammenhang mit § 3 Abs. 2 BUrlG

gelesen werden, nach der Werktage alle Tage sind, die weder Sonn- noch Feiertage sind. Das Gesetz geht also von einer Sechs-Tage-Woche aus. Es wäre somit ungerecht, einem Arbeitnehmer, der an sechs Tagen in der Woche arbeitet, ebenso viele Urlaubstage zuzusprechen, wie einem anderen Arbeitnehmer, der an fünf oder weniger Tagen pro Woche arbeitet. Wenn einem an sechs Tagen pro Woche arbeitenden Arbeitnehmer 24 Urlaubstage, d.h. insgesamt vier Urlaubswochen zustehen, stehen einem in einer Fünf-Tage-Woche arbeitenden Arbeitnehmer entsprechend nur 20 Urlaubstage zu, da diese 20 Urlaubstage einer Gesamturlaubsdauer von vier Wochen entsprechen. Mit anderen Worten kann die Dauer des Jahresurlaubs ermittelt werden, indem man die Anzahl der vertraglich vereinbarten Arbeitstage pro Woche mit vier multipliziert.

b) Übertragung des Urlaubsanspruchs auf das nächste Kalenderjahr

Der gesetzliche Urlaubsanspruch ist auf das jeweilige Kalenderjahr beschränkt. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1 BUrlG, wonach jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub hat. Nach § 7 Abs. 1, 2 BUrlG steht die Urlaubsgewährung nicht im Ermessen des Arbeitgebers. Vielmehr ist der Urlaub grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren; die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers sind zu berücksichtigen. Obwohl es sich in der Praxis manchmal anders darstellt, gilt es zu beachten, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Urlaubsgewährung hat. Der Arbeitgeber schuldet die Gewährung des Erholungsurlaubs und kann den zeitlichen Wünschen des einzelnen Arbeitnehmers nur dann widersprechen, wenn dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.

Beispiel: Sind in einem Betrieb zwei in etwa gleich qualifizierte Arbeitnehmer beschäftigt, die eine Schlüsselstellung innehaben und sich deswegen gegenseitig vertreten müssen, muss der Urlaubswunsch des kinderlosen Arbeitnehmers während der Schulferien gegenüber dem Urlaubswunsch seines Kollegen für denselben Zeitraum zurückstehen, wenn der andere Arbeitnehmer Kinder im schulpflichtigen Alter hat.

Es kann somit aus verschiedenen Gründen vorkommen, dass der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers am Ende des Kalenderjahrs noch nicht vollständig gewährt wurde. Grundsätzlich erlischt dann der Urlaubsanspruch am Ende des Kalenderjahres, da die gesetzliche Konzeption vorsieht, dass einem Arbeitnehmer jedes Jahr eine gewisse Pause zugestanden werden soll, damit er sich erholen kann und im Idealfall danach wieder voll einsatzfähig ist. Eine Ansammlung der Urlaubsansprüche über Jahre hinweg ist mit dieser Zielsetzung des Gesetzgebers nicht vereinbar und würde auch die Interessen des Arbeitgebers nicht hinreichend berücksichtigen.

Nur in Ausnahmefällen ist daher eine Übertragung des (Rest-)Urlaubsanspruchs auf das nächste Kalenderjahr möglich, und selbst dann ist eine Übertragung grundsätzlich eingeschränkt. Nach § 7 Abs. 3 BUrlG kann der (Rest-)Urlaubsanspruch nur auf das folgende Kalenderjahr übertragen werden, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende

Gründe dies rechtfertigen.

Beispiel: Ein an fünf Tagen in der Woche arbeitender Arbeitnehmer hatte von seinen 20 Urlaubstagen bereits 10 Tage im Mai 2012 gewährt bekommen. Die übrigen 10 Tage wollte er für einen Skiurlaub im Dezember 2012 nutzen, was er seinem Arbeitgeber rechtzeitig vorher mitteilte. Ende November 2012 erkrankten mehrere Arbeitnehmer langfristig, so dass der Arbeitgeber jeden der verbleibenden Arbeitnehmer benötigte, um den Betrieb aufrechtzuerhalten zu können. Erst Mitte Januar 2013 entspannte sich die Situation wieder. In diesem Fall würde der Resturlaubsanspruch des Arbeitnehmers auf das Jahr 2013 übertragen werden.

Wichtig ist bei der Übertragung des (Rest-)Urlaubsanspruchs aus dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen, dass der aus dem Vorjahr stammende Urlaubsanspruch grundsätzlich bis zum 31. März genommen werden muss. Danach verfällt er grundsätzlich endgültig.

Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die auf der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rs. C-350/06, *Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherung Bund*, aufbaut, besteht eine Ausnahme, wenn ein Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch während des Übertragungszeitraums nicht „ausüben“ kann, insbesondere dann, wenn er infolge Krankheit arbeitsunfähig ist.

Beispiel: Ist ein Arbeitnehmer, der im Jahr 2012 noch keinen seiner insgesamt 20 Urlaubstage gewährt bekommen hatte, so schwer erkrankt, dass er erst im Juli 2013 an seinen Arbeitsplatz zurückkehren konnte, besteht nach neuerer Rechtsprechung neben dem Urlaubsanspruch für das Jahr 2013 auch noch der aus dem Jahr 2012 stammende Jahresurlaub, so dass dem Arbeitnehmer im Jahr 2013 insgesamt 40 Urlaubstage zu gewähren sind.

Diese Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung hatte weitreichende Auswirkungen und beschäftigt seitdem immer wieder die Arbeitsgerichte. Es empfiehlt sich daher sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber, die weitere Entwicklung im Blick zu behalten und in Zweifelsfällen qualifizierten Rechtsrat einzuholen.

c) Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld und Urlaubsabgeltung

Während der Zeit des Erholungsurlaubs behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch. Das BUrlG spricht insoweit von Urlaubsentgelt, vgl. § 11 BUrlG. Die Höhe des Urlaubsentgelts richtet sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes.

Begrifflich und rechtlich etwas anderes ist das Urlaubsgeld. Teilweise wird Arbeitnehmer einzel- oder tarifvertraglich eine als „Urlaubsgeld“ bezeichnete Sonderzahlung versprochen. Auch

Betriebsvereinbarungen können einen Anspruch auf Urlaubsgeld begründen. Der Anspruch auf die Auszahlung des Urlaubsgelds hat mit dem Bestehen eines Anspruchs auf Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub nichts zu tun.

Sowohl Urlaubsentgelt als auch Urlaubsgeld sind wiederum von der Urlaubsabgeltung zu unterscheiden. Darunter versteht man den finanziellen Ausgleich nicht gewährten Erholungsurlaubs. Während des laufenden Arbeitsverhältnisses greifen vorrangig die oben dargestellten Übertragungs- bzw. Verfallsregeln. Das Gesetz sieht in § 7 Abs. 4 BUrlG nur für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, dass der Urlaub abzugelten ist, der infolge der Beendigung ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts handelt es sich bei dem Abgeltungsanspruch um einen reinen Geldanspruch. Die Umwandlung des Urlaubsgewährungsanspruchs in einen Geldanspruch erfolgt automatisch, ohne dass es dafür irgendeiner Handlung des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers bedarf.

2. Anspruch auf Erholungsurlaub in Ontario

Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis sich nach dem Recht der Provinz Ontario richtet, hat jedes Arbeitsjahr Anspruch auf mindestens zwei Wochen Urlaub (siehe Art.33 des *Ontario Employment Standards Act*, 2000). Das Jahr nachdem sich der Anspruch auf Urlaub richtet beginnt am ersten Arbeitstag. Nach Art. 35 des *Ontario Employment Standards Act* (2000) muss der Urlaub spätestens 10 Monate nach dem Ende des Arbeitsjahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, genommen werden. Während des Urlaubes bekommen die Arbeitnehmer mindestens 4% ihres aktuellen Lohns. Obwohl es nur selten vorkommt, sind Arbeitgeber dazu berechtigt die Zeit des Urlaubs ihrer Angestellten selbst zu bestimmen.

VI. Überstunden und Mehrarbeit

In den meisten Arbeitsverträgen wird der Umfang der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung durch die Bestimmung der geschuldeten Arbeitszeit umschrieben, etwa durch die Angabe einer Anzahl von Stunden pro Woche. Immer wieder kommt es dennoch vor, dass die tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung über das vertraglich vereinbarte Maß hinausgeht. In diesem Zusammenhang stellen sich vor allem zwei Fragen, nämlich nach dem Ausgleich von Überstunden und nach der Grenze des zulässigen Arbeitsumfangs.

1. Überstunden und Mehrarbeit in Deutschland

Im deutschen Recht gibt es gesetzliche Regeln zu zulässiger Höchstdauer und Verteilung der täglichen Arbeitszeit, zu Ruhepausen und -tagen. Die Vergütung von Überstunden hingegen wird vom Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Der Gesetzgeber hat diese Frage der einzel- bzw. tarifvertraglichen Regelung überlassen. Auch in einer Betriebsvereinbarung kann die Vergütung von Überstunden geregelt werden. Anstelle einer Vergütung der Überstunden kann auch ein Freizeitausgleich vereinbart werden, d.h. als Ausgleich für die zusätzlich geleistete Arbeit muss

der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitstag weniger oder gar nicht arbeiten und erhält trotzdem seinen Lohn.

a) Grenzen der werktäglichen Arbeitszeit

Zum Schutz der Arbeitnehmer schreibt das *Arbeitszeitgesetz* (ArbZG) verschiedene Grenzen vor. Für bestimmte Branchen und Berufe gibt es Sonderregelungen im ArbZG oder in Tarifverträgen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die allgemeinen Vorgaben des ArbZG.

Nach der Definition des ArbZG umfasst der Begriff der „Arbeitszeit“ den Zeitraum zwischen dem Beginn und Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Ist ein Arbeitnehmer bei mehreren verschiedenen Arbeitgebern beschäftigt, sind die Arbeitszeiten zusammenzurechnen.

Grundsätzlich darf die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers acht Stunden pro Werktag nicht übersteigen. Eine Verlängerung auf bis zu zehn Stunden ist nur zulässig, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Werktage sind alle Wochentage mit Ausnahme von Sonn- oder Feiertagen. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen ist grundsätzlich unzulässig.

Beträgt die Arbeitszeit mehr als sechs und bis zu neun Stunden, muss den Arbeitnehmern eine Pause von mindestens 30 Minuten gewährt werden; beträgt die Arbeitszeit insgesamt mehr als neun Stunden, muss die Arbeit zwischendurch durch eine Pause von mindestens 45 Minuten unterbrochen werden. Die Lage der Pausen muss im Voraus feststehen. Es ist möglich, die Ruhepausen in Zeitabschnitte von mindestens 15 Minuten aufzuteilen. Länger als sechs Stunden hintereinander dürfen Arbeitnehmer nicht ohne Ruhepause beschäftigt werden. Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit müssen Arbeitnehmer eine ununterbrochene Ruhepause von mindestens elf Stunden haben.

b) Besonderheiten bei formularvertraglichen Überstundenabgeltungsklauseln

Eine Besonderheit kann sich ergeben, wenn im Arbeitsvertrag eine Abgeltungsklausel enthalten ist (Beispiel: „Der Mitarbeiter erhält für seine Tätigkeit ein monatliches Bruttogehalt in Höhe von 2.500,00 Euro. Mit der vorstehenden Vergütung sind erforderliche Überstunden des Arbeitnehmers mit abgegolten.“) und es sich bei dem Arbeitsvertrag um einen Formularvertrag handelt, der einer AGB-Kontrolle unterliegt.

(i) Exkurs: AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen

Viele Arbeitsverträge in Deutschland unterliegen der besonderen Kontrolle im Sinne der §§ 305 ff. BGB, weil sie *allgemeine Geschäftsbedingungen* (AGB) darstellen. AGB liegen dann vor, wenn Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurden und von einer Partei, typischerweise dem Arbeitgeber, der anderen Partei, regelmäßig dem Arbeitnehmer, bei Abschluss des Vertrags gestellt werden. Wenn ein Arbeitgeber also den Arbeitsvertrag nicht Klausel für Klausel mit dem Arbeitnehmer aushandelt, sondern ihm einen vorformulierten

Vertrag zur Unterschrift vorlegt, ist es wahrscheinlich, dass es sich um einen Formularvertrag, d.h. um AGB handelt. Da der Gesetzgeber erkannt hat, dass der Verwender von AGB in der Regel eine stärkere Position einnimmt und daher in der Lage ist, mithilfe der AGB eine für ihn günstige Situation zu schaffen, unterliegen AGB einer besonderen gerichtlichen Kontrolle. AGB dürfen den Vertragspartner des Verwenders nicht unangemessen benachteiligen; eine Klausel, die den Vertragspartner unangemessen benachteiligt, ist unwirksam. Ein wesentlicher Punkt der AGB-Kontrolle ist das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung liegt unter anderem dann vor, wenn die formularvertragliche Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(ii) Intransparenz von Überstundenabgeltungsklauseln

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind Abgeltungsklauseln in Formularverträgen nicht klar und verständlich, da der Arbeitnehmer aus dem Vertragstext nicht erkennen kann, welche Arbeitsleistung er erbringen muss, um die vereinbarte Vergütung zu bekommen. Er weiß also nicht, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“. Im Ergebnis gibt eine solche Abgeltungsklausel dem Arbeitgeber die Möglichkeit, mittelbar den Stundenlohn des Arbeitnehmers zu verringern, indem er Überstunden anordnet.

Die unwirksame pauschale Abgeltungsklausel hinterlässt eine Lücke im Vertrag. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ist diese Lücke durch eine entsprechende Anwendung der gesetzlichen Vermutung des § 612 Abs. 1 BGB zu schließen. Danach sind die geleisteten Überstunden zu vergüten, wenn eine in bestimmter Höhe gewährte Arbeitsvergütung nicht den vollen Gegenwert für die erbrachten Dienstleistungen darstellt und die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

2. Überstunden und Mehrarbeit in Ontario

Im Allgemeinen sind die Arbeitgeber in Ontario nicht dazu befugt von einem Arbeitnehmer mehr als 8 Arbeitsstunden pro Tag und mehr als 48 Arbeitsstunden pro Woche zu verlangen oder dies zu genehmigen (Art. 17 Abs.1 *Ontario Employment Standards Act*, 2000). Der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer können sich jedoch schriftlich auf bis zu 60 Arbeitsstunden pro Woche unter den folgenden Bedingungen einigen: Erstens, der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer einen vom Direktor für Arbeitsstandards bereitgestellten „Informationsblatt über Arbeitsstunden und Überstunden“¹ zur Verfügung stellen. Zweitens, die Mehrstunden müssen auf Antrag des Arbeitgebers von dem Direktor für Arbeitsstandards bewilligt werden. In ganz Kanada besteht das Recht auf Zahlung von Überstundenvergütung. Wie in vielen anderen Rechtssystemen, erhöht sich der Lohn des jeweiligen Arbeitnehmers gemäß Art. 22 Abs.1 des *Ontario Employment Standards Act* (2000) bei Überstunden um mindestens das Eineinhalbfache. In Ontario haben die Arbeitnehmer grundsätzlich das Recht auf Überstundenvergütung für jede Arbeitsstunde über die 44. Arbeitsstunde der Woche hinaus.

¹ http://www.labour.gov.on.ca/english/es/pdf/info_hours.pdf

VII. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbote

Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot sind Ausprägung dessen, was man gemeinhin unter „Gerechtigkeit“ versteht. Da die Vorstellungen von Gerechtigkeit je nach Person und Kultur abweichen können, kann die Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Diskriminierungsverbote in der Praxis zu Schwierigkeiten führen.

1. Rechtslage in Deutschland

Obwohl sich die Ziele des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Diskriminierungsverbote ähneln, unterscheiden sich beide Rechtsinstitute dennoch in gewisser Weise voneinander.

a) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der den Arbeitgeber bindet und besagt, dass Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend seiner Eigenschaften unterschiedlich zu behandeln ist, wurde nur für bestimmte Fälle kodifiziert, so etwa in § 4 TzBfG für Teilzeitbeschäftigte und befristet Beschäftigte. Es ist aber anerkannt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht darüber hinaus allgemein Anwendung findet. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann je nach Situation Anspruchsgrundlage sein oder den Arbeitgeber beschränken, seine Rechte auszuüben.

Voraussetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist zunächst, dass das Verhalten des Arbeitgebers einen kollektiven Bezug hat, d.h. es muss die Bildung von Gruppen erkennbar sein. Dies ist etwa immer dann der Fall, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten, erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, oder wenn er bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.

Des Weiteren muss eine Ungleichbehandlung vorliegen, die nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Bestimmte Differenzierungsmerkmale wie z.B. Geschlecht, Alter, Rasse etc., sind als sachlicher Grund, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte, generell ungeeignet.

Beispiel: Beschäftigt der Arbeitgeber in seinem Betrieb vier Buchhalterinnen, von denen eine alleinerziehende Mutter ist, darf er sie nicht aus diesem Grund von der freiwilligen Zahlung eines Weihnachtsgelds ausnehmen, das er an die anderen drei Buchhalterinnen auszahlt, nur weil er aus persönlichen Gründen ihren Lebenswandel ablehnt.

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sind vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Grundsätzlich kann die benachteiligte Gruppe verlangen, genauso behandelt zu werden wie die begünstigten Arbeitgeber.

b) Diskriminierungsverbote

Seit Juni 2006 gilt in Deutschland das *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* (AGG). Nach § 1 AGG ist Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters

oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

Besondere Auswirkungen hat das Benachteiligungsverbot bei Stellenausschreibungen und Bewerbungsverfahren. Deutet der Text einer Stellenausschreibung darauf hin, dass etwa jüngere Bewerber, männliche Bewerber oder nichtbehinderte Bewerber bevorzugt werden, und wird die Stelle dann auch tatsächlich mit einem solchen, vermeintlich bevorzugten Bewerber besetzt, wird eine Benachteiligung gesetzlich vermutet. Ein Arbeitnehmer, der das unerlaubte Differenzierungsmerkmal in seiner Person verwirklicht, könnte dann unter bestimmten Voraussetzungen wegen seiner Nichtberücksichtigung Schadensersatz verlangen, der aber gemäß von § 15 Abs. 2 AGG höchstens drei Bruttomonatsgehälter betragen kann, wenn der Bewerber auch ohne die benachteiligende Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Vor Gericht würde der Arbeitgeber die Beweislast dafür tragen, dass er den Bewerber nicht benachteiligt hat.

Beispiel: Lautet eine Stellenausschreibung „Wir suchen einen *jungen* Mitarbeiter zur Verstärkung unseres Teams“ und wird die Bewerbung eines 50-Jährigen abgelehnt und stattdessen ein 20-Jähriger eingestellt, spricht die gesetzliche Vermutung dafür, dass der Arbeitgeber die Bewerbung des älteren Bewerbers wegen dessen Alters abgelehnt hat. Würde der abgelehnte ältere Bewerber Schadensersatz verlangen, müsste der Arbeitgeber im Prozess darlegen und beweisen, dass er trotz der Formulierung seiner Ausschreibung und der Tatsache, dass er auch einen jungen Bewerber eingestellt hat, das Alter des Bewerbers bei der Auswahl keine Rolle spielte. Es dürfte ihm schwer fallen, diesen Beweis zu führen.

Selbstverständlich gilt die gesetzliche Vermutung nur, wenn sich der abgelehnte Bewerber mit dem eingestellten Bewerber in einer vergleichbaren Situation befand, also insbesondere für die zu besetzende Stelle objektiv geeignet war.

2. Rechtslage in Ontario

Das Diskriminierungsverbot wird von der Provinz Ontario gesetzlich geregelt, während der Gleichbehandlungsgrundsatz nur beschränkt gesetzlich geregelt wird.

a. Gleichbehandlungsgrundsatz in Ontario

Man kann sagen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Provinz Ontario auf dem Gedanken des „gleichen Entgelts für dieselbe oder ähnliche Arbeit bzw. für eine Arbeit mit gleichem Nutzen“ basiert.

Nach Art.41 Abs.1 des Employment Standards Act (2000) wird dem Arbeitgeber verboten den Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts einen niedrigeren Lohnsatz zu zahlen als einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts, wenn es sich hierbei um grundsätzlich dieselbe Arbeit

für denselben Arbeitgeber handelt, die Leistung grundsätzlich dieselben Fähigkeiten, denselben Aufwand und dieselbe Verantwortung beansprucht, und die Arbeit unter denselben Bedingungen geleistet wird. Vom Grundsatz des gleichen Entgeltes für dieselbe oder ähnliche Arbeit gibt es allerdings eine Reihe von Ausnahmen. Wird der Lohn von Arbeitsjahren, einem Leistungsprinzip, von Qualität und Quantität der Produktion oder von einem anderen Faktor abhängig gemacht, so ist der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht anwendbar (Art.42 Abs.2 *Ontario Employment Standards Act*, 2000).

Die Bestimmungen des *Ontario Employment Standards Act* (2000) werden durch das Gesetz über die Lohngerechtigkeit („*Pay Equity Act*“) ergänzt. Das Modell der Lohngerechtigkeit basiert auf der Idee die Arbeitnehmer nicht nur für dieselbe oder im Wesentlichen dieselbe Arbeit gleichermaßen zu belohnen, sondern auch für eine Arbeit desselben Nutzens.

b. Gleichbehandlungsprinzip in Ontario

In Ontario ist das Gleichbehandlungsprinzip Teil der Gesetzesregelung zu den Menschenrechten, welche ursprünglich so gestaltet waren, dass sie generelle Anwendung finden sollten, um Einzelne gegen verschiedenste Arten von Diskriminierungen und Menschenrechtsverletzungen zu schützen. . Zudem befasst sich das Ontario Menschenrechtsgesetz („*Human Rights Code*“) auch speziell mit der Diskriminierung im Arbeitsverhältnis. Gemäß Art.5 Abs.1 dieses Gesetzes hat jede Person das Recht auf Gleichbehandlung am Arbeitsplatz ohne Diskriminierung aus Gründen der Rasse, der Abstammung, des Herkunftsortes, der Hautfarbe, der ethnischen Herkunft, der Staatsangehörigkeit, der Religion, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität oder - äüßerungdes Alters, der Vorbestrafung, des Familienstandes oder einer Behinderung. Die vorgenannten Diskriminierungsverbote beinhalten sowohl die direkte, als auch die indirekte Diskriminierung.

VIII. Mindestlohn

Ob ein gesetzlicher Mindestlohn notwendig ist, um die Einkommenssituation im Niedriglohnsektor zu verbessern, oder aber zum Abbau von Arbeitsplätzen führen wird, ist eine sozial- und arbeitsmarktpolitische Frage, mit der sich dieser Aufsatz nicht auseinandersetzen kann, weil es hier um die Darstellung der unterschiedlichen Rechtslagen in Deutschland und Ontario geht und nicht um die Beantwortung politisch kontrovers diskutierter Fragestellungen. Deswegen bleibt diese Fragestellung offen.

1. Gesetzlicher Mindestlohn in Deutschland

In der Bundesrepublik Deutschland gibt es derzeit keinen allgemeinen, für alle Arbeitsverhältnisse geltenden gesetzlichen Mindestlohn. Auch die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns ist im Moment nicht Gegenstand eines Gesetzesvorhabens. Vielmehr wird die Festlegung von Lohnuntergrenzen den Tarifparteien überlassen, d.h. den Gewerkschaften und

Arbeitgeberverbänden, die entsprechende Regelungen in Tarifverträge aufnehmen können. Problematisch an dieser Praxis ist, dass solche Regelungen nur branchenspezifisch gelten und zudem grundsätzlich nur bei beiderseitiger Tarifbindung, d.h. wenn der Arbeitgeber Mitglied im entsprechenden Arbeitgeberverband und der Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglied ist. Es besteht zwar die Möglichkeit, Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären, so dass sie auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber binden.² Die Lohnuntergrenzen weichen aber zum Teil erheblich voneinander ab; häufig sind die tariflichen Mindestlöhne in Ostdeutschland geringer als die in Westdeutschland.

Unabhängig von den tarifvertraglichen Lohngrenzen folgt ein gewisser Schutz aus dem Verbot sittenwidriger Löhne, das sich aus § 138 Abs. 1 BGB ergibt. Wann eine Lohnvereinbarung sittenwidrig ist, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab, denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Sittenwidrigkeit nicht allein nach der vereinbarten Entgelthöhe zu beurteilen. Vielmehr sind auch Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen. Beträgt die Vergütung hingegen lediglich zwei Drittel oder weniger des üblicherweise gezahlten Tariflohns der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion, besteht ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das auf einen Lohnwucher hindeutet.

2. Gesetzlicher Mindestlohn in Ontario

Alle Provinzen in Kanada haben Gesetze erlassen, deren Ziel die Regulierung von Mindestlohnzahlungen an bestimmte Arbeitnehmer ist. In Ontario beträgt der Mindestlohn seit 31. März 2010 \$10,25 pro Stunde. Art.5 Abs.1.3 der Vorschrift O Reg285/01 (Ontario Exemptions, „Special Rules and Establishment of Minimum Wage“) legt besondere Mindestlohnsätze fest. Diese sind beispielsweise anwendbar bei Schülern unter 18 Jahren, die weniger als 28 Stunden pro Woche, während des Schuljahres arbeiten oder bei Arbeitnehmern, die regelmäßig Alkohol direkt an Kunden verkaufen.

Die gesetzliche Mindestlohnregelung ist ohne Rücksicht auf die Art der Lohnberechnung anwendbar. Der Arbeitgeber ist dementsprechend dafür verantwortlich, dass der Lohnsatz den Vorschriften entspricht, auch wenn dieser nicht auf Stundenbasis berechnet wird.

² Ein Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge gibt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales jährlich heraus; das Verzeichnis ist abrufbar unter <http://www.bmas.de>, dort unter „Themen“, „Arbeitsrecht“, „Tarifverträge“.

Literatur

Deutschland

- Abbo Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Aufl. München 2013
- Günter Schaub u.a., Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. München 2011
- Dieterich/ Hanau/Schaub u. a., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. München 2013

Ontario, Canada

- Geoffrey England *et al.*, Employment Law in Canada, Vol. 1 and 2, 4th Edition, Markham, ON 2005 – looseleaf
- Echlin/Thomlinson, For Better Or For Worse: A Practical Guide to Canadian Employment Law, 3rd Edition, Aurora, ON 2011