

Blick ins Arbeitsrecht
Teil 2 / 2009

I.

Politiker denken derzeit nicht an die Änderung arbeitsrechtlicher Gesetze, sondern nur an Wahlkampf, zumal Gesetzesänderungen im Arbeitsrecht regelmäßig sehr viel sozialen Zündstoff aufweisen.

Neue arbeitsrechtliche Vorschriften oder entsprechende Planungen können daher derzeit nicht vermeldet werden.

Neu und in meinen Augen ein „Systembruch“ ist allerdings die Absicht der Bundesregierung, die Höhe von Vorstandsvergütungen gesetzlich zu limitieren. Ich berichte hierüber aufgrund der Aktualität und der Nähe zwischen dem Dienstvertragsrecht der Vorstände und dem Arbeitsrecht.

Ich konzentriere mich daher im vorliegenden „Blick ins Arbeitsrecht“ auf die Rechtsprechung, die auch in der Tat wieder viel Interessantes und Praxisrelevantes zu bieten hat.

II. Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütungen

Am 17. März 2009 haben die Fraktionen der großen Koalition einen Gesetzentwurf zur Regelung von Vorstandsvergütungen verabschiedet. Im Einzelnen sind Änderungen des Aktiengesetzes sowie des Handelsgesetzbuches vorgesehen. Der Entwurf hat die freundlich klingende Bezeichnung „Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)“.

Wir wissen, dass die Frage der Angemessenheit sicherlich in allen Bereichen des Lebens sehr schwierig zu beantworten ist. Dies gilt insbesondere bei der Frage, welche Vergütung für einen Vorstand als angemessen bezeichnet werden kann.

Im Einzelnen sind folgende Regelungsfacetten vorgesehen:

- Der Aufsichtsrat soll bei der Festsetzung der Gesamteinkommen für jedes Vorstandsmitglied darauf achten, dass keine zu hohe Fixvergütung gezahlt wird. Vielmehr sollen Anreize zu einer positiven Unternehmensentwicklung geschaffen werden, das heißt es soll eine ergebnisbezogene Vergütung vorgesehen werden. Dies ist letztlich noch nichts Neues.
- Aktienoptionen sollen nicht mehr, wie bisher, bereits nach zwei Jahren, sondern erst nach frühestens vier Jahren eingelöst werden können.
- Der Aufsichtsrat soll die Möglichkeit erhalten, Vorstandsvergütungen auch nach einer Festsetzung wieder herab zu setzen. Damit der Aufsichtsrat dieser Aufgabe auch nachkommt, werden erweiterte Haftungsregelungen für Aufsichtsratsmitglieder geschaffen. Die Aufsichtsratsmitglieder sollen für „unangemessene Vergütungsfestsetzung“ persönlich haften.
- Die bereits bisher teilweise geltende Offenlegungsverpflichtung für die Vergütungs- und Versorgungsleistungen von Vorstandsmitgliedern wird erweitert und konkretisiert.
- Der Aufsichtsrat muss die abschließende Entscheidung über die zu gewährenden Vorstandsvergütungen selbst treffen. Die bisher übliche Praxis, hiermit einen Ausschuss zu beauftragen, wird sich daher nicht mehr fortsetzen lassen. Ausschüsse können die Entscheidung des vollständigen Aufsichtsratsgremiums allenfalls vorbereiten, aber nicht mehr ersetzen.
- Ehemalige Mitglieder des Vorstandes dürfen für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren nach ihrem Ausscheiden als Vorstandsmitglied nicht Mitglied eines Prüfungsausschusses oder eines ähnlichen Ausschusses werden. Damit soll eine Distanz zwischen der Vorstandstätigkeit einerseits und Positionen geschaffen werden, die über die Vorstandvergütung zumindest mitentscheiden.

Ob mit diesem Gesetz wirklich erreicht wird, dass völlig unangemessene Vergütungen nicht mehr gezahlt werden, erscheint fraglich. Vielmehr wird es voraussichtlich immer unangenehmere Diskussionen zwischen Aufsichtsrat und Vorstand über die Höhe der Vergütung geben, da Aufsichtsratsmitglieder bei der Festsetzung angemessener Vergütungen ein persönliches Haftungsrisiko fürchten werden.

Die Grenze zwischen angemessen und unangemessen ist gleichermaßen schmal und schwer zu finden. Sie ist weder gesetzlich definiert noch lässt sie sich anhand der Üblichkeit ermitteln. Verantwortung, Arbeitszeit, Risiko, verschiedene Stressfaktoren etc. sind zu be-

rücksichtigen und führen dazu, dass es praktisch nicht möglich sein wird, zu ermitteln, wo die Grenze zwischen angemessenen und unangemessenen Vorstandsvergütungen liegt.

III. Entscheidungen

1. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl und AGG

BAG, Urteil vom 06. November 2008, 2 AZR 523/07

Die im Kündigungsschutzgesetz vorgeschriebene Sozialauswahl mit dem Kriterium „Alter“ stellt zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung dar, ist jedoch nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gerechtfertigt.

Das Bundesarbeitsgericht hatte erstmals im vergangenen November Gelegenheit, zu dem erheblichen Gegensatz zwischen den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien sowie dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz einerseits und § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) andererseits zu entscheiden. Während die Antidiskriminierungsrichtlinien jede Diskriminierung aufgrund des Alters verbieten, schreibt § 1 KSchG bei betriebsbedingten Kündigungen und der dort durchzuführenden Sozialauswahl eine entsprechende unterschiedliche Behandlung aufgrund des Alters ausdrücklich vor: In der Praxis führt dies dazu, dass jüngere Arbeitnehmer eher von einer Kündigung betroffen sind als ältere Arbeitnehmer. Sind alle übrigen Sozialkriterien wie Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten oder Schwerbehinderung identisch, kann allein das Alter den Ausschlag dafür geben, welcher von zwei Arbeitnehmern gekündigt wird.

In der Literatur haben sich hier erhebliche Bedenken dahingehend ergeben, dass § 1 KSchG gegen die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien verstoße und eine Sozialauswahl, die auch auf das Alter abstelle, das Risiko der Unwirksamkeit in sich trage.

Zumindest das BAG hat sich jetzt für eine Wirksamkeit des Kündigungsschutzgesetzes und für die Zulässigkeit der dort ausdrücklich vorgeschriebenen unterschiedlichen Behandlungen aufgrund des Alters entschieden.

Das BAG sieht zwar eine an das Merkmal „Alter“ anknüpfende unterschiedliche Behandlung als gegeben, geht jedoch gleichzeitig davon aus, dass diese unterschiedliche Behandlung nach § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt sei.

Nach dieser Vorschrift ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ungeachtet des § 8 AGG (unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen) auch dann zulässig, wenn diese unterschiedliche Behandlung objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Dies sei vorliegend gegeben.

Das BAG hat damit zumindest in Teilbereichen die umstrittene Frage geklärt, ob bei Kündigungen das AGG überhaupt Anwendung finden könne. Dagegen spricht auf den ersten Blick die Vorschrift des § 2 Abs. 4 AGG, wo es wörtlich heißt: „Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz“.

Das BAG nun entschieden, dass neben den allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften auch das AGG bei Kündigungen eingreife. Die zitierte Formulierung aus dem AGG bedeute vielmehr, dass diskriminierungsrechtliche Fragen im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses nicht im Rahmen anderer Verfahren zu prüfen seien.

Die Entscheidung enthält einige für die Praxis sehr wichtige Informationen: Ein Arbeitgeber hatte im Rahmen einer Massenentlassung mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit einer sogenannten Namensliste abgeschlossen. Ein Arbeitnehmer, der auf dieser Liste stand und daher die Kündigung erhielt, hielt diese für unwirksam, da zum einen ein Abstellen auf das Kriterium Alter nach dem Kündigungsschutzgesetz und zum anderen die vom Arbeitgeber gebildeten Altersgruppen ein Verstoß gegen das AGG darstellen würden.

Das BAG hat die Kündigung für wirksam gehalten.

Damit ist aber noch keine Entscheidung über die Frage getroffen, inwieweit das Alter beim Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen für die Sozialauswahl berücksichtigt werden kann. Die Entscheidung des höchsten deutschen Arbeitsgerichts bezog sich nämlich auf einen sehr speziellen Fall. Für die Praxis bedeutet dies, dass Arbeitgeber im Rahmen der Sozialauswahl sehr genau darauf achten müssen, das Merkmal „Alter“ nur in möglichst geringem Umfang zu bewerten und zu gewichten.

Die Entscheidung enthält folgende wesentliche Aussagen:

- Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG einen Interessenausgleich mit einer sogenannten Namensliste zu schließen. Dort sind dann die von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer im Einvernehmen mit dem Betriebsrat namentlich erfasst. Das Gesetz sieht vor, dass Kündigungen, die aufgrund einer sol-

chen Namensliste erfolgen, nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden dürfen. Das Gericht musste also nicht prüfen, ob bei der Sozialauswahl noch auf das Kriterium „Alter“ abgestellt werden kann. Die Prüfung war vielmehr darauf beschränkt, ob ein Abstellen auf dieses Kriterium „grob fehlerhaft“ ist. Dies, aber auch nur dies hat das BAG verneint.

Umgekehrt folgt hieraus nicht, dass das Kriterium „Alter“ unbesehen zur Grundlage einer Kündigungsentscheidung gemacht werden darf. Dies ergibt sich auch aus den weiteren Ausführungen: Der Arbeitgeber hatte nämlich nicht nur die Namensliste auf seiner Seite, er hatte auch sogenannte Altersgruppen gebildet. Insoweit wird das Merkmal „Alter“ nicht auf alle Mitarbeiter erstreckt. Vielmehr wurden folgende Altersgruppen gebildet:

- Bis Vollendung des 25. Lebensjahres
- 25. bis 35. Lebensjahr
- 35. bis 45. Lebensjahr
- 45. bis 55. Lebensjahr
- über 55 Jahre

Damit sollte erreicht werden, dass eine Sozialauswahl nur jeweils innerhalb einer solchen Altersgruppe erfolgt, was zur Folge hat, dass alle Altersgruppen im Unternehmen prozentual möglichst gleichmäßig von einer größeren Kündigungsmaßnahme betroffen werden.

Ohne Altersgruppen hat die Sozialauswahl mit dem Merkmal „Alter“ regelmäßig zur Folge, dass praktisch nur jüngere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gekündigt werden, während ältere überproportional geschützt sind.

Hinzu kommt, dass auch das weitere Merkmal „Betriebszugehörigkeit“ zumindest mittelbar auf das Alter abstellt, was das Gewicht dieses Merkmals noch erhöht. Bei Altersgruppen werden aber die Kündigungen gleichmäßig auf alle Altersgruppen verteilt, so dass die Altersstruktur im Unternehmen erhalten bleibt und Altersunterschiede sich nur in einem relativ engen Rahmen von circa zehn Jahren bewegen, was letztlich auch dazu führt, dass die Altersunterschiede innerhalb der Gruppe nicht sehr groß werden können.

Das BAG hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Berücksichtigung des Merkmals „Alter“ im vorliegenden Fall insoweit zulässig war, als

- die Kündigung nur auf eine eventuelle grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen war

- Altersgruppen gebildet wurden, die nicht nur eine Überalterung der Belegschaft vermeiden, sondern bei Massenkündigungen die überwiegende Bewertung des Merkmals Lebensalter als Sozialkriterium relativiert.

Praxistipp:

Aus meiner Sicht ist das Merkmal „Alter“, insbesondere im Zusammenwirken mit dem weiteren Merkmal „Betriebszugehörigkeit“, ein relativ klarer Verstoß gegen die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU. Das BAG hat aber einen Weg gefunden, die insoweit vom Wortlaut her europarechtswidrigen Vorschriften des AGG „europarechtskonform“ auszulegen. Für den Arbeitgeber bedeutet dies bei Durchführung von betriebsbedingten Kündigungen Folgendes:

- Insbesondere bei interessenausgleichspflichtigen Maßnahmen sollte unter allen Umständen versucht werden, eine Namensliste mit dem Betriebsrat zu vereinbaren. Dies hat nicht nur erhebliche Vorteile für die Prozessaussichten des Arbeitgebers insgesamt, es ermöglicht auch das relativ risikofreie Abstellen auf das Merkmal „Alter“.
- Der Arbeitgeber muss unbedingt Altersgruppen bilden, um das Merkmal „Alter“ in seiner Bedeutung für die Kündigungsentscheidung stark abzuschwächen. Je größer die Altersgruppen gebildet werden, desto stärker wirkt das Merkmal „Alter“ und desto riskanter ist eine entsprechende betriebsbedingte Kündigung. Altersgruppen von zehn Jahren sind aus Sicht des BAG angemessen und sinnvoll. Dies sollte berücksichtigt werden.
- Darüber hinaus ist der Arbeitgeber auch relativ (!) frei, wie die vier Kriterien der Sozialauswahl (Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung) im Verhältnis zueinander gewichtet werden. Wichtig ist nur, dass nicht ein Kriterium so stark wird, dass alle anderen Kriterien daneben kaum noch eine Rolle spielen oder dass umgekehrt nicht ein Kriterium so wenig Bedeutung erhält, dass es hierauf letztlich nicht ankommt.
- Innerhalb dieses recht weiten Rahmens besteht aber die Möglichkeit, das Merkmal Alter durch eine entsprechende Vergabe von „Sozialpunkten“ in der Wichtigkeit zurückzunehmen. So kann beispielsweise an eine starke Heraushebung von Unterhaltspflichten durch Sozialpunkte für Kinder und unterhaltsberechtigte Ehepartner gedacht werden. Denkbar ist auch, für Jahre der Betriebszugehörigkeit doppelt so viele Punkte zu vergeben wie für ein Lebensalter oder das Lebensalter erst ab dem vollendeten 15. Lebensjahr zu berücksichtigen.

Der Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen bleibt für den Arbeitgeber weiterhin risikant; eine sehr gute arbeitsrechtliche Beratung ist nicht nur mit Blick auf das Sozialauswahlkriterium „Alter“ erforderlich, um unliebsame Überraschungen zu vermeiden. Dies gilt insbesondere in Zeiten der Krise, in denen aufgrund der schlechten Beschäftigungslage allgemein heftiger um die Arbeitsplätze gestritten wird als in guten Zeiten.

2. Altersdiskriminierung bei der Vergütung

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. September 2008, 20 Sa 22/07

Bei Vergütungsregelungen darf nicht allein aufgrund eines höheren Lebensalters eine höhere Vergütung gezahlt werden.

Das Land Berlin hatte einen Mitarbeiter aufgrund des (heute nicht mehr gültigen) Bundesangestelltentarifvertrages (BAT) beschäftigt. Der BAT sah verschiedene Lebensaltersstufen in einer entsprechend gestaffelten Grundvergütung vor. Wer älter war, erhielt allein aufgrund des Alters eine höhere Vergütung.

Das LAG hat entschieden, die an Lebensaltersstufen orientierte Staffelung der Grundvergütung stelle eine unmittelbare Benachteiligung des Arbeitnehmers aufgrund des Alters dar und sei damit unwirksam.

Nicht betroffen von dieser Entscheidung wären Vergütungssysteme, die auf Jahre der Berufserfahrung abstellen.

Fraglich ist aber, welcher Vergütungsanspruch einem insoweit benachteiligten (jüngeren) Mitarbeiter bei Unwirksamkeit der Altersstufenregelung nun zusteht.

Das Gericht hat entschieden, der Mitarbeiter könne die Vergütung nach der höchsten Lebensaltersstufe verlangen. Dies würde generell auf eine Anpassung „nach oben“ hinauslaufen. Hier ist daher große Vorsicht geboten.

3. Sonderkündigungsschutz für Abfallbeauftragte

BAG, Urteil vom 26. März 2009, 2 AZR 633/07

Die Pflicht des Arbeitgebers, immer mehr Sonderbeauftragte aus dem Kreis der Arbeitnehmerschaft zu bestellen, führt auch zu einem größeren Kreis von Arbeitnehmern, die sich auf einen Sonderkündigungsschutz berufen können. Im vorliegenden Fall hatte ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer zum „Betriebsbeauftragten für Abfall“ bestellt. Eine später ausgesprochene ordentliche betriebsbedingte Kündigung durch den Arbeitgeber war daher nach Auf-

fassung des BAG unzulässig. Das Arbeitsverhältnis eines Betriebsbeauftragten für Abfall kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Dies ergibt sich auch aus § 55 Abs. 3 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz.

Wichtig ist die Frage, ob eine wirksame Bestellung zum Abfallbeauftragten vorliegt. Diese Bestellung bedarf der Schriftform und muss regelmäßig gesondert dokumentiert werden. Sie kann aber auch bereits im Arbeitsvertrag erfolgen.

Besteht ein solcher Sonderkündigungsschutz, ist weder eine ordentliche Beendigungskündigung noch eine ordentliche Änderungskündigung zulässig.

4. Urlaubsabgeltung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit: Kein Verfall des Urlaubsanspruches

BAG, Urteil vom 24. März 2009, 9 AZR 983/07 und Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 20. Januar 2009 (Az.: C-350/06, C-520/06)

Ist ein Arbeitnehmer dauerhaft arbeitsunfähig erkrankt, verliert er weder zum Jahreswechsel noch zum Ende des sogenannten Übertragungszeitraums (31.03. eines Jahres) seinen Anspruch auf Urlaubsgewährung oder Urlaubsabgeltung.

Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 20. Januar 2009 haben zumindest in Deutschland ungläubiges Erstaunen ausgelöst, meines Erachtens zu Recht. Inzwischen hat – sehr kurzfristig – das Bundesarbeitsgericht in der genannten Entscheidung die Vorgaben der europäischen Richter bereits umgesetzt, und zwar mit erheblichen Nachteilen für die deutschen Arbeitgeber.

Zum Sachverhalt:

Nach dem deutschen Bundesurlaubsgesetz muss ein Erholungsurlaub innerhalb des jeweiligen Kalenderjahres genommen werden. Ist dies aus dringenden betrieblichen oder persönlichen Gründen (zum Beispiel Arbeitsunfähigkeit) nicht möglich, kann der Urlaub noch bis zum 31. März des Folgejahres genommen werden. An diesem Tag verfällt jedoch bis dahin nicht genommener Alturlaub aus dem Vorjahr. Dies galt nach bisherigem deutschem Urlaubsrecht auch dann, wenn der Arbeitnehmer beispielsweise dauerhaft arbeitsunfähig war.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer ist in den Jahren 2006, 2007 und 2008 sowie bis einschließlich 30.04.2009 dauerhaft arbeitsunfähig erkrankt. Aufgrund einer wirksamen Kündigung scheidet

er zum 30.04.2009 aus dem Arbeitsverhältnis aus. Der Jahresurlaub beträgt 30 Arbeitstage in der Fünf-Tage-Woche.

Bisherige Rechtslage:

Der Arbeitgeber musste allenfalls den Urlaub aus 2009, das heißt für vier Monate ein Drittel des Jahresurlaubes 2009, abgelden, da der Arbeitnehmer bis zum Ausscheiden arbeitsunfähig war. Die Urlaubsansprüche für die Jahre 2006, 2007 und 2008 waren jedoch bereits verfallen und konnten nicht mehr geltend gemacht werden. Da kein Urlaubsanspruch für diese Jahre mehr bestand, hatte der Arbeitnehmer auch keinen Anspruch auf Urlaubsabgeltung, das heißt finanzielle Entschädigung für den nicht genommenen Urlaub.

Neue Rechtslage:

Der EuGH hat festgeschrieben, dass Urlaubs- beziehungsweise Urlaubsabgeltungsansprüche, die wegen einer Arbeitsunfähigkeit im Jahr ihres Entstehens oder auch während des gesetzlichen Übertragungszeitraumes (bis 31.03. des Folgejahres) nicht genommen werden können, gerade nicht mehr verfallen. Dies gilt zumindest für die gesetzlichen Urlaubsansprüche, wohl aber nicht für die vom Arbeitgeber zusätzlich gewährten Urlaubsansprüche. Letztere können wohl weiterhin verfallen. Dies sollte aber unbedingt im Arbeitsvertrag ausdrücklich geregelt werden!

In unserem Beispielfall hatte der Arbeitnehmer einen kalenderjährlichen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen. Der gesetzliche Urlaubsanspruch in der Fünf-Tage-Woche beträgt 20 Arbeitstage. Die zehn Tage freiwillig gewährter Erholungsurlaub können, zumindest wenn dies vertraglich vereinbart ist, verfallen. Nicht so der gesetzliche Jahresurlaub. Der Arbeitnehmer konnte somit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeweils den vollen gesetzlichen Jahresurlaub für die Jahre 2006, 2007 und 2008, mithin $3 \times 20 = 60$ Arbeitstage verlangen. Hinzu kommt der Urlaubsanspruch für die ersten vier Monate des Jahres 2009 mit weiteren vollen zehn Arbeitstagen. Insgesamt ergab sich somit am 30.04., dem letzten Arbeitstag, ein Urlaubsanspruch von 70 Arbeitstagen. Da dieser Urlaub nicht mehr durch Gewährung von Freizeit genommen werden kann (Ende des Arbeitsverhältnisses) muss er vom Arbeitgeber abgegolten, das heißt finanziell entschädigt werden. 70 Arbeitstage Urlaub entsprechen circa dem Gehalt von dreieinhalb Monaten.

Praxistipp und Anmerkung:

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist meines Erachtens falsch, was den Arbeitgebern aber angesichts der aktuellen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zumindest in nächster Zeit nichts nutzen wird. Die unteren Instanzgerichte werden sich nach der aus ihrer Sicht eindeutigen Rechtslage aufgrund der Entscheidung von EuGH und BAG richten.

Das Urteil des BAG ist auch aus einem ganz anderen Grund nicht verständlich: Es widerspricht eindeutig der deutschen Rechtslage, das heißt dem Bundesurlaubsgesetz. Das Urteil ist somit „contra legem“ ergangen.

Zwar geht das europäische Recht dem deutschen Gesetz nach herrschender Auffassung vor, hier hätte aber zunächst eine Gesetzesänderung erfolgen müssen. Solange das deutsche Gesetz nicht geändert ist, gilt nach zutreffender Auffassung im Rechtsverkehr zwischen Privaten (privater Arbeitgeber und privater Arbeitnehmer) allein das deutsche Recht, unabhängig davon, was der Europäische Gerichtshof allgemein entscheidet. Die Umsetzung muss durch den deutschen Gesetzgeber erfolgen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn beispielsweise Arbeitgeber die öffentliche Hand ist.

Hierüber hat sich aber das BAG hinweggesetzt und hat die Entscheidung des EuGH unmittelbar angewendet.

Deutsche Arbeitgeber sehen sich somit „von heute auf morgen“ einer um 180 Grad gedrehten Rechtsprechung und Rechtslage gegenüber. Bestraft werden insbesondere diejenigen Arbeitgeber, die mit Langzeitkranken bislang sehr rücksichtsvoll umgegangen sind und möglicherweise mit Rücksicht auf deren Gesundheitszustand das Arbeitsverhältnis nicht rechtzeitig gekündigt haben.

Im Vorteil sind diejenigen Arbeitnehmer, die bei Langzeiterkrankungen konsequent vorgegangen sind und diese Arbeitsverhältnisse (krankheitsbedingt) gekündigt haben.

Umgekehrt ist Arbeitgebern daher ab sofort zu raten, die Personalakten nach „Langzeitkranken“ zu durchforsten und konsequent Kündigungen auszusprechen. Je länger das Arbeitsverhältnis noch formal – nur auf dem Papier – besteht, desto länger können Urlaubsansprüche beziehungsweise Urlaubsabgeltungsansprüche entstehen.

Kehren Arbeitnehmer nach lang andauernder Krankheit in den Betrieb zurück, können sie den während der Krankheitsdauer aufgelaufenen, aber aufgrund der Arbeitsunfähigkeit nicht genommenen Urlaub zumindest im Umfang des gesetzlichen Erholungsurlaubs, noch nehmen. Scheidet der Mitarbeiter dagegen aus, hat er Anspruch auf Abfindung dieses Urlaubsanspruches (Urlaubsabgeltung).

In den Blickpunkt treten nun Fragen nach der Verjährung oder nach dem Verfall eines Urlaubs(abgeltungs)anspruches:

Ein Urlaubsanspruch verjährt regelmäßig nach drei Jahren, wobei die Verjährungsfrist am Schluss des Kalenderjahres beginnt, in dem der Urlaub entstanden ist.

Beispiel:

Jahresurlaub 2005: Beginn der Verjährungsfrist: 31.12.2005, Ende der Verjährungsfrist: 31.12.2008. Ein Urlaubs(abgeltungs)anspruch aus dem Jahr 2005 könnte somit im Jahr 2009 nicht mehr geltend gemacht werden.

Daneben gibt es auch tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Ausschlussfristen. Diese dürften möglicherweise hinsichtlich des gesetzlichen Urlaubs nicht eingreifen, da § 13 Bundesurlaubsgesetz vorschreibt, dass die gesetzlichen Urlaubsansprüche unabdingbar sind. Allerdings könnten freiwillige weitergehende Urlaubsansprüche unter die Ausschlussfristen fallen.

Problematisch sind die Entscheidungen von EuGH und BAG auch bilanzrechtlich: Urlaubs(abgeltungs)ansprüche müssen nunmehr, zumindest soweit sie nicht verjährt sind, als Verbindlichkeiten gegenüber den Arbeitnehmern in die Bilanz aufgenommen werden.

Letztlich wird sich diese Änderung der Rechtsprechung allerdings auch zum Nachteil der Arbeitnehmer auswirken, insbesondere solcher Arbeitnehmer, die aufgrund einer Langzeiterkrankung ohnehin nicht zu den glücklichsten zählen dürften: Wo Arbeitgeber bislang den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses trotz langjähriger Erkrankung aufgrund fehlender finanzieller Belastung noch aus sozialen Überlegungen hinnehmen konnten, werden die Arbeitgeber nunmehr gehalten sein, Arbeitsverhältnisse mit Langzeiterkrankten schnellstmöglich zu beenden. Problematisch ist insoweit aber, dass das BAG gleichzeitig in den letzten Jahren die Anforderungen an eine krankheitsbedingte Kündigung verschärft hat. Hier sind im Übrigen unterschiedliche Senate des BAG zuständig. Auch der für die krankheitsbedingte Kündigung zuständige Senat wird aber nicht umhin können zu berücksichtigen, dass mit der Verpflichtung auch zur langjährigen Urlaubsabgeltung weitere Belastungen für den Arbeitge-

ber entstehen, die bei der Interessenabwägung pro oder contra krankheitsbedingte Kündigung zugunsten des Arbeitgebers zu werten sind.

Hinweis an die Steuerberater: Das BAG gewährt den Arbeitgebern zumindest für die Zeit seit 2006 keinen Schutz vor einer Rückwirkung. Dies bedeutet, dass auch bei der Abschlusserstellung 2008 schon geprüft werden muss, welche (übertragenen) Urlaubs- (abgeltungs)ansprüche von Langzeitkranken für die Vergangenheit bestehen. Diese müssten in der Bilanz zurückgestellt werden.

5. Zeitablauf bei Massenentlassungen

BAG, Urteil vom 06. November 2008, 2 AZR 935/07

Nach der Anzeige von Massenentlassung ist der Arbeitgeber auch während der sogenannten Entlassungssperre von einem bzw. zwei Monaten berechtigt, Kündigungen auszusprechen. Diese dürfen nur nicht innerhalb der Entlassungssperre wirksam werden.

Ebenfalls durch eine – allerdings schon länger zurückliegende – Entscheidung des EuGH hatten sich in der Vergangenheit wesentliche Änderungen bei sogenannten Massenentlassungen (§§ 17,18 KSchG) ergeben. Nunmehr ist es erforderlich, dass der Arbeitgeber eine sogenannte Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit einreicht, **bevor** er Kündigungen aussprechen darf. Kündigungen, die vor Eingang der Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit ausgesprochen wurden, sind unwirksam.

Die §§ 17, 18 KSchG sehen eine sogenannte Entlassungssperre vor. Diese beträgt regelmäßig einen Monat, in besonderen Fällen nach einer möglichen Entscheidung der Agentur für Arbeit auch zwei Monate. Streitig war, ob der Arbeitgeber innerhalb dieser Fristen Kündigungen aussprechen darf. Dies ist der Fall. Die Entlassungssperre bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber keine Kündigungen aussprechen darf. Er darf vielmehr unmittelbar nach Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit Kündigungsschreiben ausstellen und an die Mitarbeiter zustellen. Die Entlassungssperre bedeutet lediglich, dass innerhalb dieser Frist von einem bzw. zwei Monaten die Kündigungen nicht wirksam werden. Es handelt sich um nichts anderes als um eine „Mindestkündigungsfrist“, die somit im Wesentlichen nur bei Mitarbeitern eingreift, die erst wenige Jahre beschäftigt sind.

Praxistipp:

Es ist wichtig und sinnvoll, Massenentlassungsanzeigen bei der Agentur für Arbeit ausführlich zu begründen. Besteht ein Betriebsrat, sollte sowohl die Information des Betriebsrats über die beabsichtigte Massenentlassung als auch seine Stellungnahme beigefügt werden. Gibt es einen Interessenausgleich und Sozialplan, sollte dieser ebenfalls beigefügt werden. Fehlt es an einer entsprechend ausführlichen und insbesondere nachvollziehbaren Begründung für die Massenentlassung, kann die Agentur für Arbeit insbesondere die Entlassungssperre von einem auf zwei Monate verlängern.

Für die mit den Mitarbeitern zu führenden Beendigungsgespräche und für den Abschluss eventueller Aufhebungs- oder Abwicklungsverträge ist es sinnvoll, durch gesonderten Antrag bei der Agentur für Arbeit eine Erklärung herbeizuführen, wonach die Agentur für Arbeit auf die Verhängung von Sperrfristen verzichtet. Liegt eine solche Erklärung vor, können – unter Einhaltung der Kündigungsfristen – auch Aufhebungsverträge mit einzelnen Mitarbeitern abgeschlossen werden, was die Durchführung einer Massenentlassung in der Regel wesentlich vereinfacht.

6. Zulässigkeit von Gewerkschaftswerbung per E-Mail im Betrieb.

BAG, Urteil vom 20. Januar 2009 1 AZR 515/08

Eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft darf sich an Arbeitnehmer auch über deren betriebliche E-Mailadressen mit Werbung und Informationen wenden. Dies gilt selbst dann, wenn dem Arbeitnehmer die private Nutzung von E-Mail und Internet verboten ist.

Der vorliegende Fall zeigt, dass oft sogar in Verfahren, die in dritter Instanz dem Bundesarbeitsgericht vorliegen, auf Arbeitgeberseite nicht ausreichend bzw. nicht „das Richtige“ vorgetragen wird:

Eine für den Abschluss von Tarifverträgen zuständige Gewerkschaft hatte an Arbeitnehmer eines Betriebes E-Mails geschickt, die Informationen und Mitgliederwerbung enthielten. Den Mitarbeitern war es durch den Arbeitgeber (zulässigerweise und wirksam) verboten worden, den E-Mailverkehr und die betrieblichen E-Mailadressen zu privaten Zwecken zu verwenden.

Trotzdem hat das BAG entschieden, dass eine entsprechende Mitgliederwerbung (während der Arbeitszeit!) zulässig sei. Das Gericht hat dies mit der sogenannten Koalitionsfreiheit und der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften begründet. Soweit einerseits Grundrechte der

Gewerkschaften aus Artikel 9 Abs. 3 Satz 1 GG und andererseits Grundrechte des Arbeitgebers (zum Beispiel Artikel 14 Abs. 1 GG - geschütztes Eigentumsrecht - oder Artikel 2 Abs. 1 GG - Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb -) konkurrieren, ist eine Abwägung der jeweiligen Interessen vorzunehmen.

Im vorliegenden Fall soll es durch die E-Mails nicht zu „nennenswerten“ Betriebsablaufsstörungen oder „spürbaren, der Gewerkschaft zuzurechnenden wirtschaftlichen Belastungen“ gekommen sein. Daher ging die Interessenabwägung zugunsten der Gewerkschaft aus.

Erstaunlich ist, dass der Arbeitgeber in diesem Verfahren durch drei Instanzen hindurch wohl keine Störungen des Betriebsablaufs oder messbare wirtschaftliche Nachteile durch die gewerkschaftlichen E-Mails vorgetragen hatte. Insoweit fehlte natürlich für das BAG auch jeder Ansatz einer Interessenabwägung: Wo kein Interesse geltend gemacht wird, gibt es auch nichts zugunsten des Arbeitgebers abzuwägen.

Der Arbeitgeber hätte vorliegend ausführlich vortragen und unter Beweis stellen müssen, dass die Übersendung von E-Mails an die betriebliche E-Mailadresse den Betriebsablauf und die Vermögensverhältnisse des Unternehmens belastet.

Angesichts von Flatrates und geringen Papierpreisen dürften hier am wenigsten wirtschaftliche Belastungen festzustellen sein. Entscheidend ist aber letztlich die Arbeitszeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die die E-Mail lesen, gegebenenfalls ausdrucken und möglicherweise sogar noch mit Kolleginnen und Kollegen hierüber diskutieren.

Es fällt auf, dass das Bundesarbeitsgericht bei entsprechenden Versäumnissen der Arbeitszeit eher großzügig, bei einem versuchten Arbeitszeitbetrug (nicht gestempelte Pause o.ä.) dagegen außerordentlich pingelig ist: In letzterem Fall reichen bereits kleinere Fälle von „Arbeitszeitbetrug“ sogar für eine außerordentliche fristlose Kündigung der Arbeitnehmer aus.

Das A und O einer arbeitgeberseitigen Prozessführung ist aber hier der vollständige und nachvollziehbare Vortrag durch den beauftragten Anwalt oder Verband.

Praxistipp:

Im vorliegenden Fall hätte der Arbeitgeber auch überprüfen müssen bzw. können, wie die Gewerkschaft in den Besitz der internen individuellen betrieblichen E-Mailadressen gekom-

men ist. Hier könnte ein Verrat von Betriebsgeheimnissen bzw. ein Verstoß gegen die den Arbeitgeber betreffende Verschwiegenheitsverpflichtung vorliegen.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de