

Blick ins Arbeitsrecht

von Rechtsanwalt Michael Eckert, Heidelberg

„Auch heute gibt es wieder spannende neue Entwicklungen im Arbeitsrecht:

Die EU-Whistle-Blowing-Richtlinie gibt die Richtung für eine entsprechende nationale Regelung in Deutschland vor, bei der aber darauf zu achten sein wird, dass sich nicht Arbeitnehmer, die kurz vor einer Kündigung stehen, hinter diesen Schutzregelungen „verstecken“.

Um Geschäftsgeheimnisse geht es bei einem neuen Gesetz, das deren Schutz sicherstellen soll. Allerdings werden hier zusätzliche Anforderungen gestellt, die in der Praxis einen nachhaltigen Schutz gerade für kleinere und mittlere Betriebe eher fraglich erscheinen lassen.

Das LAG Berlin hat offensichtlich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorbeschäftigung bei sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen noch nicht richtig studiert, wonach Gerichte das Gesetz nur auslegen, aber nicht neues Recht schaffen dürfen: § 17 Abs. 2 KSchG sieht vor, dass der Betriebsrat bei Massenentlassungen zu involvieren ist. Das LAG Berlin meint dem Arbeitgeber aber vorschreiben zu können, dass auch die Schwerbehindertenvertretung entsprechend involviert werden müsse, obgleich dies dem Gesetzeswortlaut widerspricht.

Die weiteren Entscheidungen befassen sich mit sehr praxisrelevanten Sachverhalten. Zum Abschluss können Sie sich dann noch Gedanken machen, wie ein Zeugnis für Sex-Dienstleistungen formuliert werden könnte... Viel Spaß!“

I. Neue Gesetze

1. EU-Whistle-Blowing-Richtlinie verabschiedet

Auf EU-Ebene gibt es nach einer Entscheidung des Ministerrats vom 07. Oktober 2019 nun eine Richtlinie zum Thema „Whistle-Blowing“ (Pressemitteilung des Rats der EU vom 07. Oktober 2019. Nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU tritt die Richtlinie am zwanzigsten Tag in Kraft. Deutschland hat wie die übrigen Mitgliedstaaten dann für die Umsetzung in nationales deutsches Recht Sorge zu tragen, wofür maximal zwei Jahre zur Verfügung stehen. Bekanntlich wirken EU-Richtlinien nicht direkt verbindlich in den einzelnen Mitgliedsstaaten. Es bedarf einer Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber. Anders ist dies bei EU-Verordnungen.

Die Kenntnis der Richtlinie ist aber wichtig, um für die Zukunft Weichen im Unternehmen zu stellen. Daher hier die wichtigsten Aspekte:

- In erster Linie betroffen sind Meldungen von Verstößen gegen EU-Recht. Konkret geht es um Unionsrecht bezüglich Finanzdienstleistungen, Umweltschutz, Lebensmittel, Verbraucherschutz, Datenschutz und Produktsicherheit. Die Mitgliedsstaaten können in ihren nationalen Regelungen den Schutzbereich erweitern. Deutschland tendiert in der Regel dazu, von dieser Möglichkeit ausgiebig Gebrauch zu machen.
- Vom Schutz der Whistle-Blowing-Richtlinie erfasst werden Menschen, die im privaten oder im öffentlichen Bereich beruflich Informationen über Verstöße gegen die vorgenannten Regelungen geben. In erster Linie sind dies Arbeitnehmer, ehemalige Arbeitnehmer, Auszubildende, erfolglose oder erfolgreiche Bewerber. Der Richtlinienschutz beschränkt sich aber nicht auf die direkten Hinweisgeber, sondern auch auf solche Personen, die mit diesen in Verbindung stehen und aufgrund der Mitteilungen berufliche Nachteile erleiden könnten. Gedacht ist hier wohl an Kollegen von Hinweisgebern, Verwandte o. ä.
- Unternehmen mit 50 und mehr Beschäftigten sollen verpflichtet werden, interne „Meldekanäle“ und Verfahren zu implementieren, die es Hinweisgebern ermöglichen, Meldungen an der richtigen Stelle im Unternehmen zu platzieren. Auch für die dann folgenden Maßnahmen sollen Verfahren generell geschaffen werden.

- Hinweisgeber sollen dazu veranlasst werden, Verstöße gegen die oben genannten Regelungen insbesondere über interne Kanäle und Verfahren zu melden. Die EU-Staaten sollen durch nationale Regelungen darauf hinwirken, dass die Nutzung solcher interner Kanäle bevorzugt wird, insbesondere bevor Nachrichten an externe Stellen gehen, wie beispielsweise Behörden. Allerdings soll auch eine Meldung an externe Stellen möglich sein, insbesondere wenn intern keine geeigneten Maßnahmen ergriffen werden.
- Die Richtlinie enthält auch Regelungen zum direkten Schutz der Hinweisgeber. Hier ist immer wieder streitig, ob diese aufgrund ihrer Tätigkeit benachteiligt werden. Insoweit sieht die Richtlinie eine Beweislastumkehr bei gerichtlichen oder behördlichen Verfahren vor. Erforderlich ist für den Hinweisgeber zunächst nur, eine Benachteiligung aufgrund seiner Mitteilung bzw. Offenlegung glaubhaft zu machen. Dann obliegt es dem Arbeitgeber, der den Hinweisgeber angeblich benachteiligt hat, nachzuweisen, dass entweder keine Benachteiligung vorliegt oder die Benachteiligung/Maßnahme auf Gründen beruht, für die es eine Rechtfertigung gibt und die Maßnahmen nicht auf den Hinweis zurückzuführen ist.

In der Praxis weist eine solche heute schon übliche Handhabung erhebliche Probleme auf: Es kommt immer wieder vor, dass von Beschäftigten, die eine arbeitgeberseitige Kündigung o. ä. befürchten, Hinweise gegeben werden, um auf diese Weise in den Schutz als „Whistle-Blower“ zu kommen oder einen solchen zumindest für sich zu reklamieren.

Vertreter der deutschen Wirtschaft haben bereits gerügt, dass die Richtlinie weit über das hinausgehe, was für einen Schutz von Hinweisgebern notwendig ist. Hier wird bereits jetzt davor gewarnt, die Inhalte der Richtlinie auf nationaler Ebene noch auszuweiten.

Befürchtet wird darüber hinaus auch eine weitere Bürokratisierung im Bereich der Personalverwaltung, wenn Meldekanäle oder andere Verfahren implementiert werden müssen.

2. Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18. April 2019 in Kraft getreten (26. April 2019)

Auch das neue Geschäftsgeheimnisgesetz geht auf eine EU-Richtlinie (2016/943) zurück. Hier lief die von der EU vorgegebene Umsetzungsfrist für Deutschland eigentlich schon im Juni 2018 ab. Das neue Gesetz trat jetzt mit einiger Verspätung in Kraft (BGBl. IS.466).

Bisher fand sich ein gesetzlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Wesentlichen in den §§ 17 bis 19 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb).

Im Vordergrund der neuen Regelung steht sinnvollerweise zunächst eine (neue) Definition des Geschäftsgeheimnisses. Der Begriff war bisher im Wesentlichen durch Richterrecht definiert worden.

Gesetzlich sieht nun § 2 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG folgende Definition vor: Ein Geschäftsgeheimnis ist eine Information, die den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist.

Darüber hinaus muss ein Geschäftsgeheimnis auch einen wirtschaftlichen Wert besitzen und es muss vom Arbeitgeber durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt werden. Schließlich muss ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen.

Neu sind in diesem Zusammenhang die „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“. Nur wenn es solche Geheimhaltungsmaßnahmen bisher gab, darf sich der Inhaber auf ein Geschäftsgeheimnis berufen und hieraus Ansprüche ableiten.

In der Praxis wird zu klären sein, was unter „angemessenen“ Geheimhaltungsmaßnahmen zu verstehen ist. Reicht hier der Tresor und der Zugang nur für einen beschränkten Personenkreis aus? Hier wird es bis zur Entwicklung einer gefestigten Rechtsprechung zunächst Rechtsunsicherheit geben. Unternehmen ist zu empfehlen, eher umfangreichere als zu schwache Schutzmaßnahmen zu treffen. Wie weit diese gehen, kann nur im Einzelfall beurteilt werden.

Liegt ein Geschäftsgeheimnis vor, bietet das Gesetz einen Schutz durch das Verbot der Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen. Hiervon gibt es aber Ausnahmen.

Besonders „spannend“ ist die Ausnahme, die im Zusammenhang mit der vorgenannten EU-Richtlinie steht, nämlich die Preisgabe eines Geschäftsgeheimnisses „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens“ durch einen sogenannten Whistle-Blower. Auch hier ist Rechtsunsicherheit absehbar. Hier müssen ein Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers, Loyalitätspflichten gegenüber dem Arbeitgeber, arbeitsvertragliche Treuepflicht etc. einerseits mit einem Fehlverhalten und einem Interesse an dessen Offenlegung andererseits abgewogen werden. Die weitere Frage stellt sich, ob nicht auf ein Fehlverhalten abgestellt werden kann, ohne

das Geschäftsgeheimnisse preisgegeben werden. Im Vordergrund steht hier die Überlegung, ob nicht interne Maßnahmen im Unternehmen ausreichen, um Missstände zu beseitigen.

Neu ist weiterhin, dass Arbeitnehmern die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen gegenüber dem Betriebsrat grundsätzlich gestattet ist, wenn dies zur Erfüllung von dessen Aufgaben notwendig ist. Dies dürfte aber nur in seltenen Fällen zu bejahen sein.

In der Auslegung ebenso schwierig ist die neue Regelung, dass die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen erlaubt ist, wenn sich dies aus dem Recht zur freien Meinungsäußerung, der Informationsfreiheit oder der Pressefreiheit ergibt.

Bereits bisher zulässig war es, ein Geschäftsgeheimnis durch das sogenannte Reverse Engineering offenzulegen. Davon spricht man, wenn beispielsweise ein auf den Markt gekommenes Produkt untersucht und analysiert und dadurch herausgefunden wird, wie es hergestellt, zusammengesetzt o. ä. ist.

Welche arbeitsrechtlichen Auswirkungen dürfte das Gesetz haben?

- Zunächst wird es notwendig sein, Geschäftsgeheimnisse von vorneherein besser zu schützen und Maßnahmen zu ergreifen, die auch nach außen dargelegt und nachgewiesen werden können. Dies können beispielsweise technische Schutzmaßnahmen sein, etwa Alarmanlagen, Kameras etc. Auch organisatorisch muss Vorsorge getroffen werden, dass nicht jeder Arbeitnehmer Kenntnis von den zu schützenden Geschäftsgeheimnissen hat. Vielmehr muss der Kreis der Berechtigten insoweit eingeschränkt werden.
- Im arbeitsvertraglichen Bereich sollte der Schutz von Geschäftsgeheimnissen ausdrücklich geregelt werden, entweder hervorgehoben im Arbeitsvertrag oder in Zusatzvereinbarungen. Dies war bisher nur in Ausnahmefällen sinnvoll. In der Regel hat vielmehr die arbeitsvertragliche Treuepflicht ausgereicht, um insoweit Geschäftsgeheimnisse ausreichend zu schützen. Dies sollte aber in Zukunft explizit geregelt werden.
- Unabhängig vom konkreten Schutz von Geschäftsgeheimnissen sollte das Thema der Verschwiegenheitsverpflichtung im Arbeitsverhältnis besonders herausgestellt und hierauf drucktechnisch etc. hervorgehoben hingewiesen werden. Umgekehrt dürfen aber solche Vereinbarungen nicht dazu führen, dass Arbeitnehmer alles, was sie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses kennenlernen, geheim halten müssen. Hier ist abzuwägen zwischen Geschäftsge-

heimnissen einerseits und der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer andererseits, die natürlich berufliche Erfahrungen aus dem einen Arbeitsverhältnis in das nächste mitnehmen können.

- Vertragliche und nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind ebenfalls zu überprüfen, ob dadurch unter Berücksichtigung der entsprechenden Kosten gerade beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot ein sinnvoller Schutz von Geschäftsgeheimnissen zumindest für eine gewisse Zeit erreicht werden kann.
- Zu prüfen sind auch sogenannte Kundenschutzklauseln, wobei es hier allerdings eher um Fragen des Wettbewerbs und nicht zu sehr um einen Geheimnisschutz geht.
- Aus meiner Sicht ist leider auch bei diesem Gesetz versäumt worden, klare Definitionen vorzugeben und Rechtssicherheit herzustellen. Vielmehr greift das neue Gesetz in einen eigentlich von der Rechtsprechung weitgehend stabil geregelten Bereich ein und führt durch neue Definitionen wieder zu verstärkter Rechtsunsicherheit.

Darüber hinaus werden den Unternehmen wiederum zusätzliche Pflichten wie „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ auferlegt, die bisher nicht notwendig waren, um sich auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen berufen zu können. Es wird für Unternehmer nicht einfacher werden ...

II. Gerichtliche Entscheidungen

1. Neue Entwicklung bei der Massenentlassung?

LAG Berlin, Urteil vom 11. Juli 2019, 21 Sa 2100/18, BeckRS 2019.

Bei einer sogenannten Massenentlassung besteht nach § 17 KSchG für den Arbeitgeber die Pflicht, der Agentur für Arbeit eine solche Maßnahme anzuzeigen. Dabei kommt es nicht auf das Ausscheiden der Beschäftigten an, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem die Kündigung ausgesprochen wird. Wird die Kündigung ausgesprochen, ohne dass die Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur eingegangen ist, ist die Kündigung unwirksam. Zuvor muss der Arbeitgeber auch den Betriebsrat involviert haben.

Soweit die bisherige Rechtslage.

Die aktuelle Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin schlägt insoweit aber nun ein neues Kapitel auf, und zwar gleich in zweifacher Weise:

(1)

Zum einen hat das LAG entschieden, dass vor der Anzeige der Massenentlassung bei der Arbeitsagentur der Arbeitgeber keinerlei Maßnahmen durchführen oder auch nur Entscheidungen treffen darf, die die Massenentlassung unmittelbar bedingen. Im vorliegenden Fall ging es um die ehemalige Fluggesellschaft Air Berlin. Am 01. November 2017 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet und ein Insolvenzverwalter bestellt. Mit der Personalvertretung Cockpit wurde am 17. November 2017 ein Interessenausgleich vereinbart und sämtliche Cockpitbeschäftigte unwiderruflich freigestellt. Nach einer entsprechenden Massenentlassungsanzeige an die Agentur für Arbeit wurden dann Kündigungen am 27. und 28. November 2017 ausgesprochen. Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan mit dem Kabinenpersonal scheiterten. Bei einem Interessenausgleich ist es auch nur erforderlich, dass dieser versucht wird. Air Berlin hat dann die Massenentlassungsanzeige auch für das Kabinenpersonal erstattet und im Anschluss der Klägerin des vorliegenden Verfahrens gekündigt.

Nach Auffassung des LAG war die Kündigung unwirksam, weil Air Berlin die Entscheidung, den Flugbetrieb stillzulegen und das fliegende Personal zu kündigen, bereits getroffen und teilweise umgesetzt hat, bevor das Konsultationsverfahren mit der Personalvertretung abgeschlossen war. Es sei mit den Mitwirkungsrechten des Betriebsrats nicht vereinbar, wenn Vorfeldentscheidungen getroffen würden, die letztlich zu Entlassungen führen müssten.

Dieser Teil der Entscheidung ist schon deshalb kritikwürdig, da der Arbeitgeber nach gescheiterten Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan ja irgendwann einmal die Entscheidung treffen muss, der zufolge Arbeitsplätze entfallen, da nur dies letztlich ja auch Kündigungen rechtfertigt.

(2)

Noch schwerer zu verstehen ist allerdings der zweite Teil der Entscheidung. Hier wird dem Arbeitgeber vorgeworfen, er habe zwar den Betriebsrat im Vorfeld der Massenentlassungsanzeige und des Kündigungsausspruches über die geplante Massenentlassung informiert, wie dies § 17 Abs. 2 KSchG auch ausdrücklich vorschreibt. Der Arbeitgeber habe es jedoch versäumt, auch die Schwerbehindertenvertretung in entsprechender Weise zu informieren und zu involvieren. Von der Schwerbehindertenvertretung ist aber in § 17 KSchG überhaupt nicht die Rede. Dort wird explizit nur der „Betriebsrat“ genannt. Das Landesarbeitsgericht Berlin hat sich aber auf die Massenentlassungsrichtlinie der EU bezogen. Dort sei ganz allgemein von Arbeitnehmervertretung die Rede. Damit sei jede Arbeitnehmervertretung gemeint. Auch die Schwerbehindertenvertretung sei eine Arbeitnehmervertretung und habe daher informiert werden müssen.

Dieser Teil der Entscheidung verstößt eindeutig gegen den Wortlaut des deutschen Gesetzes. Der Arbeitgeber hat im vorliegenden Fall nach deutschem Recht alles richtig gemacht und ihm wird nun vorgeworfen, dass er sich nach deutschen Gesetzen gerichtet hat. Dies kann meines Erachtens nicht richtig sein.

Das LAG verstößt insoweit meines Erachtens auch gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung: Gerichte dürfen und müssen zwar Gesetze auslegen. Sie dürfen sich aber nicht über den klaren Wortlaut der Gesetze hinwegsetzen und etwas ganz anderes fordern als das, was im Gesetz steht.

Das Urteil des LAG ist verständlicherweise nicht rechtskräftig geworden. Hier muss die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts abgewartet werden, wenn nicht gar wegen der europarechtlichen Implikationen der EuGH anzurufen sein wird.

Praxistipp:

Solange, bis Klarheit darüber besteht, ob die Entscheidung und die die Entscheidung tragenden Gründe rechtskräftig werden, ist das Urteil aber vorsichtshalber in der Praxis zu beachten.

Dies bedeutet konkret, dass letztlich bis zur Beteiligung des letzten Gremiums auf Arbeitnehmerseite die arbeitgeberseitige Entscheidung völlig offen bleiben muss. Der Arbeitgeber darf keine einseitigen Maßnahmen treffen, wenn noch nicht alle Arbeitnehmervvertretungen einbezogen worden sind. Gerade bei komplexen Restrukturierungen wird dies aber die Beteiligten vor wohl kaum lösbare Aufgaben stellen. Trotzdem ist dieser Aspekt zu beachten.

Dies gilt auch für die Forderung, dass neben dem Betriebsrat die Schwerbehindertenvertretung zu konsultieren ist. Dies widerspricht zwar diametral deutschem Recht. Trotzdem sollte eine entsprechende Einbeziehung auch der Schwerbehindertenvertretung rein vorsichtshalber erfolgen.

Die vorliegende Entscheidung ist bedauerlicherweise wieder ein Beispiel dafür, dass selbst Arbeitgeber, die sich strikt an das Gesetz halten, trotzdem die Unwirksamkeit einer Maßnahme (hier: Kündigung) befürchten müssen. Dies schafft keine Rechtssicherheit für die Praxis und fördert insbesondere auch nicht die Bereitschaft, die deutschen gesetzlichen Regelungen einzuhalten.

2. Wann geht eine Kündigung zu?

BAG, Urteil vom 22. August 2019, 2 AZR 111/19

Wer anwaltlich Arbeitgeber im Zusammenhang mit anstehenden Kündigungen berät, kann sich nicht darauf beschränken, die materiellrechtlichen Fragen nach der Wirksamkeit der Kündigung, der richtigen Betriebsratsanhörung etc. zu beantworten. Vielmehr ist es notwendig, sich auch in die Niederungen, beispielsweise von Vertretungsregelungen, zu begeben und sich schließlich auch um den rechtzeitigen Zugang einer Kündigung konkret zu kümmern. Auch die besten Kündigungsgründe, beispielsweise bei einer außerordentlichen Kündigung, helfen nichts, wenn die Kündigung nicht oder nicht rechtzeitig zugestellt worden ist.

Hier hat das Bundesarbeitsgericht nun eine für die Praxis wichtige Entscheidung getroffen.

Worum ging es?

Der Arbeitgeber wollte eine außerordentliche fristlose Kündigung aussprechen. Das Kündigungsschreiben wurde durch einen Mitarbeiter des Unternehmens als Boten überbracht, der den Umschlag am 27. Januar 2017 um 13:25 Uhr in den Briefkasten des zu kündigenden Arbeitnehmers einwarf. Dieser erhob Kündigungsschutzklage, die am 20. Februar 2017 bei Gericht einging. Bekanntlich be-

trägt die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage drei Wochen, das heißt einundzwanzig Tage. Wer nachrechnet wird feststellen, dass dies möglicherweise zu spät gewesen sein könnte.

Sofern dem zu Kündigenden das Kündigungsschreiben am Freitag, 27. Januar 2017 tatsächlich zugegangen ist, so wäre der Beginn der 3-Wochenfrist auf den 28. Januar 2017 gefallen. Diese Frist wäre dann am Freitag, 17. Februar 2017 abgelaufen. In der Folge wäre die erst am Montag, 20. Februar 2017 bei Gericht eingereichte Kündigungsschutzklage zu spät erhoben worden und damit abweisungsreif gewesen. Gründe für eine Zulassung einer verspäteten Klageeinreichung waren nicht gegeben.

Der Arbeitnehmer hat aber nunmehr argumentiert, die Kündigung sei nicht am 27. Januar 2017 zugegangen, sondern am Folgetag. Dies begründete er damit, er prüfe jeweils vormittags nach dem üblicherweise erfolgenden Besuch des Briefträgers, ob Post eingegangen sei. Im weiteren Verlauf des Tages und insbesondere um 13:25 Uhr erfolge keine weitere Überprüfung des Briefkastens. Dann rechne er erst am nächsten Tag wieder mit dem Zugang von Post. Würde man dieser Argumentation folgen, würde die 3-Wochenfrist erst am Folgetag, nämlich dann am Sonntag, 29. Januar 2017 beginnen. Die 3-Wochenfrist hätte dann rechnerisch am 18. Februar 2017 geendet. Dies war jedoch ein Samstag, so dass das Fristende sich gesetzlich (§ 193 BGB, § 222 Abs. 2 ZPO) auf den nächsten Werktag verschiebt, mithin auf Montag, 20. Februar 2017. Dann wäre die Klage noch rechtzeitig eingereicht worden.

Für die Frage des Zugangs war also wichtig, wann der Briefkasten geleert wird. Hier kommt es nicht auf die Gewohnheiten des betroffenen Arbeitnehmers an, sondern auf die Frage, wann ein Durchschnittsbürger den Briefkasten leert. Sowohl das Bundesarbeitsgericht als auch der Bundesgerichtshof haben hier bisher eine „bundeseinheitliche“ Betrachtungsweise abgelehnt. Vielmehr komme es darauf an, wann am jeweiligen Ort für gewöhnlich die Postzustellung beendet ist. Es komme also auf die örtlichen Gegebenheiten bei der Zustellung an. Leider führt eine solche eher örtliche Betrachtung zu erheblichen Unsicherheiten.

Eine Überprüfung in den Tatsacheninstanzen hat ergeben, dass am Wohnsitz des gekündigten Arbeitnehmers die Postzustellung in der Regel gegen 11:00 Uhr vormittags beendet ist. Dies würde dazu führen, dass das Kündigungsschreiben, das erst um 13:25 Uhr eingeworfen worden war, nicht an diesem, sondern erst am Folgetag zugegangen wäre.

Damit ist aber die Verwirrung noch nicht beendet. Das im vorliegenden Fall ursprünglich zuständig gewesene Landesarbeitsgericht hatte eine ganz andere Auffassung. Dort meint man, dass es auf das

Ende der regelmäßigen Zustellung am Vormittag überhaupt nicht ankomme. Der durchschnittliche deutsche Arbeitnehmer sei nämlich weder um 11:00 Uhr noch um 13:00 Uhr zu Hause, um den Briefkasten zu kontrollieren. Vielmehr müsse als Normalbild das eines in Vollzeit arbeitenden Bürgers zur Grundlage gemacht werden, der erst dann dazu komme, den Briefkasten zu kontrollieren, wenn er von der Arbeit nach Hause komme. Unter Berücksichtigung üblicher Vollzeitarbeitszeiten und Wegezeiten sei davon auszugehen, dass eine Kontrolle des Briefkastens erst nach 17:00 Uhr erfolge, so dass Sendungen, die dort bis etwa 17:00 Uhr eingeworfen werden, gewöhnlich noch als am gleichen Tag zugegangen zu betrachten sind.

Dieser Betrachtungsweise hat nunmehr das Bundesarbeitsgericht aber widersprochen. Schon fast philosophisch wird darüber nachgedacht, ob der in Vollzeit arbeitende Arbeitnehmer tatsächlich das Leitbild sein könne. Vielmehr würde weit mehr als die Hälfte der deutschen Bevölkerung überhaupt nicht arbeiten oder auch nur Teilzeit. Auch Schichtarbeiter würden bei der Betrachtungsweise des LAG nicht berücksichtigt.

Im vorliegenden Fall kam noch erschwerend hinzu, dass der betroffene Arbeitnehmer nicht in Deutschland, sondern im französischen Grenzgebiet wohnte und er freigestellt war, so dass auch diese Aspekte noch berücksichtigt werden mussten.

Da das Bundesarbeitsgericht aber in dieser Sachfrage nicht wie eine Tatsacheninstanz entscheiden konnte, hat es den Rechtsstreit an das LAG zurückverwiesen. Dort wird man nun prüfen müssen, wann der Durchschnittsbürger im französischen Grenzgebiet zu Deutschland üblicherweise seinen Briefkasten leert. Offen ist dabei, ob auf den arbeitenden oder nicht arbeitenden Bürger abzustellen ist. Die neue Entscheidung des LAG wird sicherlich lesenswert sein.

Praxistipp:

Für die Praxis ergibt sich aus dieser in der Tat etwas verwirrenden Entscheidung aber gleichwohl eine sehr deutliche Botschaft, um die Zustellung arbeitgeberseitiger Schreiben bei Arbeitnehmern sicherzustellen:

Grundsätzlich sollte man Zustellungen so rechtzeitig bewirken, dass sie am Vortrag des Fristablaufs beim Arbeitnehmer eingehen. Dann ist es gleichgültig, wann der Arbeitnehmer individuell seinen Briefkasten leert, ob er an diesem Tag arbeitet oder vielleicht eine Zustellung am Samstag oder einem arbeitsfreien Tag erfolgt, ob die überwiegende Bevölkerung in der Gegend arbeitet oder nicht arbeitet und wann die Zustellung durch den Briefträger normalerweise vormittags endet.

Gelingt dies nicht, muss unbedingt versucht werden, ein Schreiben nicht nur in den Briefkasten einzuwerfen, sondern dem Arbeitnehmer persönlich zuzustellen. Hierzu kann man an der Tür klingeln und das Schreiben übergeben, was natürlich voraussetzt, dass der Arbeitnehmer zu Hause ist und auch öffnet. Dann kann beispielsweise auch eine Zustellung fünf Minuten vor Mitternacht erfolgen, selbst wenn man den Mitarbeiter nur im Schlafanzug antrifft.

Nicht vergessen werden sollte bei der Zustellung, dass der Bote das fristgebundene Schreiben auch selbst sieht und einkuvertiert, so dass er später als Zeuge bestätigen kann, was er zugestellt hat. Kann er dabei nur sagen, dass er einen weißen Umschlag unbekanntem Inhalts übergeben hat, kann die Zustellung wiederum scheitern, wenn der Arbeitnehmer behauptet, der Umschlag habe etwas ganz anderes als das Kündigungsschreiben enthalten. Diese Fälle gibt es in der Praxis gar nicht so selten und es soll auch schon vorgekommen sein, dass Briefkästen abmontiert oder Namensschilder am Briefkasten im Mehrfamilienhaus ausgetauscht wurden, um eine rechtzeitige Zustellung zu vereiteln.

Auch bei noch so guten Kündigungsgründen lauern im Bereich der Zustellung erhebliche Gefahren!

3. Arbeitnehmerüberlassung: Abweichung vom Grundsatz „Equal Pay“ nur bei vollständiger Geltung des Tarifvertrages

BAG, Urteil vom 16. Oktober 2019, 4 AZR 66/18

Leiharbeitgeber, die Arbeitnehmer an Dritte überlassen, sind grundsätzlich verpflichtet, diesen die gleichen Vergütungen zukommen zu lassen, die auch Stammarbeitnehmer beim Entleiher erhalten („Equal Pay“). Von dieser Verpflichtung kann nur dann abgewichen werden, wenn für den Zeitraum der Entleiher das einschlägige Tarifvertragswerk für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung vollständig zur Anwendung gebracht wird.

Im vorliegenden Fall wurde ein als Kraftfahrer tätiger Arbeitnehmer verliehen. Er erhielt ein geringeres Entgelt als die Stammarbeitnehmer im Entleihbetrieb.

Der Arbeitsvertrag enthielt eine sogenannte „dynamische Bezugnahme Klausel“ auf die häufig vereinbarten tariflichen Regelungen, die die DGB-Tarifgemeinschaft einerseits mit dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) andererseits geschlossen hatte.

Der Arbeitgeber hat es aber bei dem Arbeitsvertrag nicht mit einer solchen Verweisung bewenden lassen. Er hat im Arbeitsvertrag daneben noch weitere Regelungen getroffen, die teilweise zum Nachteil des Arbeitnehmers von der tarifvertraglichen Regelung abwichen. Hier sieht das BAG eine Einschränkung der geltenden Tarifregelungen durch den Arbeitsvertrag. Dies führe wieder dazu, dass der Tarifvertrag nicht vollständig anwendbar sei, was wiederum dazu führe, dass der Grundsatz „Equal Pay“ gelte.

Eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung mit den Stammarbeitnehmern ist nur dann zulässig, wenn der Tarifvertrag vollständig Anwendung findet und nicht hinsichtlich einzelner Klauseln Ausnahmen vereinbart werden.

4. Wann verjähren Ansprüche auf Urlaubsabgeltung?

BAG, Urteil vom 19. März 2019, 9 AZR 881/19

Nachdem ein Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag gekündigt hatte, machte er Urlaubsabgeltung in fünfstelliger Höhe für angeblich nicht genommenen Urlaub aus den letzten fünf Jahren geltend.

In der Tat wiesen die dem Arbeitnehmer jeweils monatlich erteilten Entgeltabrechnungen diesen Anspruch aus, und zwar unter der Bezeichnung „U.ges.VJ“.

Der Arbeitgeber hatte gegenüber diesem Anspruch die Einrede der Verjährung erhoben. Darauf angesprochen, dass die vom Arbeitgeber erstellten Entgeltabrechnungen exakt den geltend gemachten Resturlaubsanspruch ausgewiesen hätten, berief sich der Arbeitgeber darauf, die Angaben in der Entgeltabrechnung seien keine Willenserklärung, sondern nur eine Wissenserklärung. Der Unterschied liegt darin, dass bei einer Wissenserklärung keine verbindliche Zusage über den Inhalt abgegeben wird, sondern quasi ein Vorbehalt gemacht wird, „soweit wir wissen“. Dies schließt Änderungen oder Irrtümer nicht aus.

Das Bundesarbeitsgericht hat zunächst bestätigt, dass mit einer Entgeltabrechnung keine Willenserklärung hinsichtlich der dort genannten Resturlaubstage abgegeben wird. Hier handelt es sich lediglich um eine Wissenserklärung. Der Arbeitgeber hat also die Möglichkeit zu erklären, dass es sich etwa um einen Irrtum handle und er den ausgewiesenen Urlaub gar nicht mehr gewähren müsse.

Trotzdem konnte der Arbeitgeber sich nicht auf die Einrede der Verjährung berufen. Die Entgeltabrechnung habe nämlich jeweils die Verjährung unterbrochen. Hier handle es sich um ein Anerkennt-

nis im Sinne des § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Aus diesem Grund beginnt die Verjährungsfrist nach Ansicht des BAG für die in der jeweiligen Monatsabrechnung ausgewiesenen Urlaubstage jeweils neu. Im Ergebnis führt dies dazu, dass eine Verjährung praktisch nie eintritt. Dies konterkariert aber letztlich Sinn und Zweck von Verjährungsvorschriften.

Praxistipp:

Der Arbeitgeber sollte nicht auf den Eintritt der Verjährung vertrauen, sondern vielmehr im Arbeitsvertrag eine wirksame Verfallsklausel vorsehen, um vor unliebsamen Überraschungen aus der Vergangenheit geschützt zu werden.

5. Beendigung eines – ruhenden – Arbeitsvertrages durch Beendigung einer Geschäftsführertätigkeit

BAG, Urteil vom 12. Juni 2019, 7 AZR 428/17

Der Sachverhalt des vorliegenden Falles betrifft eine Konstellation, die in der Praxis häufig vorkommt: Zwischen einem Unternehmen und einem Arbeitnehmer bestand seit 1993 ein Arbeitsvertrag, der sich sehr erfreulich entwickelte. Im Jahr 2005 wurde der Arbeitnehmer und spätere Kläger dann zunächst bis zum Jahr 2010 zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft bestellt. Insoweit hatten die Parteien des Arbeitsvertrages vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis mit Aufnahme der Geschäftsführertätigkeit für die Tochtergesellschaft zunächst ruhen sollte. Weiter war vorgesehen: Wenn der zum Geschäftsführer ernannte ehemalige Arbeitnehmer über das Jahr 2010 hinaus erneut zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellt werde und sich das Dienstverhältnis dort entsprechend verlängere, sollte das ruhende Arbeitsverhältnis nur noch zur Fortführung der damals bestehenden betrieblichen Altersversorgung weitergeführt werden. Es sollte allerdings, und dies war die Besonderheit, mit Beendigung des Dienstverhältnisses als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft nicht wieder aufleben, sondern zum gleichen Zeitpunkt enden wie der Dienstvertrag als Geschäftsführer.

Der Geschäftsführer wurde über die erste Amtszeit hinaus wiederum als Geschäftsführer bestellt. Später wurde er dann als Geschäftsführer abberufen und der Dienstvertrag endete zum 31. März 2017. Aus Sicht des ehemaligen Arbeitgebers endete zum gleichen Zeitpunkt auch der ruhende Arbeitsvertrag, während der ehemalige Geschäftsführer und ehemalige Arbeitnehmer der Auffassung war, dass das Arbeitsverhältnis nach Beendigung der Geschäftsführertätigkeit wieder auflebe. Die ursprünglich getroffene vertragliche Regelung sei unwirksam.

Dem ist das Bundesarbeitsgericht nicht gefolgt. Es hat in der Befristung des ruhenden Arbeitsverhältnisses bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses als Geschäftsführer eine zulässige Regelung gesehen. Hier handele es sich um einen Sachgrund für eine Befristung auch von Arbeitsverträgen im Sinne der §§ 21, 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG. Ein rechtlich anerkanntes Interesse an der Beendigung des noch für die Altersversorgung weitergeführten, im Übrigen aber ruhenden Arbeitsvertrages parallel zum Ende des Geschäftsführervertrages sei wirksam.

Es sei ausreichend, dem zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellten ehemaligen Arbeitnehmer ein fünfjähriges Rückkehrrecht einzuräumen. Danach sei der Arbeitgeber frei, ob er diese Rückkehrmöglichkeit zeitlich ausdehnen möchte. Allerdings meint das BAG, dass das Arbeitsverhältnis nach Beendigung des Geschäftsführer-Dienstverhältnisses „sinnentleert“ sei, so dass eine Weiterführung nicht gefordert werden könne.

Eine solche beschränkte Möglichkeit des Wiederauflebens sei auch keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des AGB-Rechtes. Vielmehr sei der vorgesehene Rückkehrzeitraum von fünf Jahren angemessen. Weiter könne ein Arbeitgeber sinnvoller Weise nicht planen und auch den Arbeitsplatz daher nicht freihalten. Im Interesse einer funktionierenden Personalplanung kann der Arbeitgeber daher ein Rückkehrrecht nach Ablauf von fünf Jahren ausschließen.

Hintergrund für diese Entscheidung ist letztlich auch, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis zu beenden, wenn der Arbeitnehmer in einer anderen Gesellschaft eine Stelle als Geschäftsführer antritt. Ebenso kann eine vorübergehende Weiterführung als ruhendes Arbeitsverhältnis für eine bestimmte Frist oder bis zur Beendigung des Geschäftsführer-Dienstvertrages wirksam vereinbart werden.

6. Kein Urlaubsanspruch während der Freistellungsphase in der Altersteilzeit bei Vereinbarung eines Blockmodells

BAG, Urteil vom 24. September 2019, 9 AZR 481/18

Wie in der Praxis häufig, hatten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer darauf geeinigt, das Arbeitsleben eines Mitarbeiters mit einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis zu beenden. Dabei kam das ebenfalls übliche Blockmodell zum Einsatz: Zunächst hat der Arbeitnehmer für 14 Monate in Vollzeit weitergearbeitet und wurde dann für 14 weitere Monate im Rahmen der sogenannten Freistellungsphase vollständig von der Arbeitsleistung freigestellt. Für die gesamte Dauer von Arbeitsphase und Freistellungs-

phase wurde eine Vergütung auf Basis von 50 % der bisherigen Vergütung zuzüglich eines Aufstockungsbetrages vereinbart.

Während der Arbeitsphase erhielt der Kläger seinen regulären Erholungsurlaub. Nach Ende der Freistellungsphase machte er überraschend einen Anspruch auf insgesamt 52 Arbeitstage Urlaub geltend, da er die Auffassung vertrat, auch während der Freistellungsphase habe er Urlaubsansprüche erworben. Dies, obgleich er während der Freistellungsphase, wie der Name schon sagt, natürlich nicht gearbeitet hatte.

Der Arbeitnehmer hatte allerdings in allen drei Instanzen keinen Erfolg.

Das BAG hat sich hier recht eng am Wortlaut des Bundesurlaubsgesetzes orientiert. Bei einer gleichmäßigen Verteilung auf 6 Arbeitstage je Woche ergibt sich ein gesetzlicher Mindesturlaubsanspruch von 24 Werktagen im Kalenderjahr. Wenn die Arbeitszeit auf weniger als 6 Arbeitstage verteilt wird, muss die Anzahl der Urlaubstage entsprechend gequotelt werden. Dies führt dazu, dass beispielsweise in der üblichen 5-Tage-Woche nur ein gesetzlicher Mindesturlaubsanspruch von 20 Werktagen besteht. Ist der Arbeitnehmer nur an einem Tag in der Woche tätig, hat er einen gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch von vier Tagen.

Dies zu Ende gedacht ergibt sich ein Urlaubsanspruch von Null, wenn der Arbeitnehmer an null Werktagen je Woche (während der Freistellungsphase) arbeitet.

Auch aus dem vom Arbeitnehmer herangezogenen Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich keine andere Beurteilung: Arbeitnehmer, die tatsächlich arbeiten sind gerade nicht vergleichbar mit Arbeitnehmern, die überhaupt nicht arbeiten.

Die vorgenannten Überlegungen gelten nach Auffassung des BAG auch für einen Urlaub, der vom Arbeitgeber über den gesetzlichen Urlaubsanspruch hinaus gewährt wird, soweit für die Altersteilzeit keine abweichende Regelung getroffen worden ist.

7. Zeugnis für Sex-Dienstleistungen

LAG Hamm, Urteil vom 06. Juni 2019, 17 Sa 46/19

Es ist manchmal erstaunlich, mit welch kuriosen Fällen sich (Arbeits-) Gerichte befassen müssen: Ein Unternehmer aus Bochum hatte vor längerer Zeit von einer jüngeren Frau erfahren, die einen älteren

Mann als sogenannten Sugar-Daddy suche. Letztlich handelte es sich dabei um Prostitution im weiteren Sinne auf laufender Basis.

Die beiden trafen sich, fanden sich sympathisch und kamen zu folgender Vereinbarung: Die Frau sollte den Unternehmer zwei Mal wöchentlich zu Hause besuchen, um dort einvernehmlichen Sex zu haben. Als „Sonderleistung“ sollte sie den Unternehmer auch ab und zu zu gemeinsamen Abendessen mit Bekannten, zwei bis drei Mal jährlich in einen Kurzurlaub und zu Veranstaltungen begleiten. Warum berichte ich hierüber im „Blick ins Arbeitsrecht“? Die beiden schlossen einen Arbeitsvertrag, der die Frau als teilzeitbeschäftigte Hauswirtschafterin auswies. Zu deren Arbeitsaufgaben gehörten berufstypische Arbeiten wie putzen, das Waschen und Bügeln der Wäsche, die Erledigung von Einkäufen, kochen und sonstige haushaltsübliche Tätigkeiten. Die monatliche Bruttovergütung belief sich auf € 460,00. Ein Urlaubsanspruch wurde mit 25 Tagen jährlich festgelegt.

Nach eigenen Angaben hat der Unternehmer zusätzlich zu dieser Vergütung angeblich € 20.000,00 an die Frau gezahlt, unter anderem für Kurzreisen nach Polen, für einen Mietzuschuss sowie gewisse Barzahlungen. Ferner habe er der Frau einen BMW X1 überlassen und in vierstelliger Höhe Bußgelder bezahlt, die für das Fahrzeug eingingen.

Der Mann war allerdings mit den vereinbarten sexuellen Leistungen nicht zufrieden. Insbesondere sei es nicht, wie vereinbart, zwei Mal wöchentlich zu den verabredeten Besuchen gekommen. Letztlich habe die Frau ihm dann nach etwa einem halben Jahr mitgeteilt, dass sie eine weitere sexuelle Beziehung ablehne. Unverzüglich hat der Arbeitgeber dann den Vertrag über die Hauswirtschaftstätigkeiten fristgemäß gekündigt und die Frau freigestellt. Für die Freistellungszeit wollte er mangels Leistungen nichts bezahlen.

Die (ehemalige) Mitarbeiterin „für spezielle Aufgaben“ hat dann jedoch beim Arbeitsgericht in Bochum die Zahlung der vereinbarten Vergütung aus dem geschlossenen Arbeitsvertrag sowie eine Urlaubsabgeltung erstritten. Darüber hinaus wurde der Unternehmer auch zur Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses verurteilt. Hiergegen hat der Unternehmer Berufung eingelegt, die zur teilweisen Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils führte. Das LAG hat erkannt, dass der Arbeitsvertrag ein bloßes Scheingeschäft darstelle. Hierauf könnten keine Ansprüche begründet werden. Daher werde auch während der „Kündigungsfrist“ keine Vergütung geschuldet, da auch keine „Leistung“ erbracht worden sei, ohne dass der „Arbeitgeber“ sich in Annahmeverzug befunden habe. Er sei schließlich zur Entgegennahme der vereinbarten Leistungen bereit gewesen.

Die vereinbarten tatsächlichen Leistungen seien auch nicht sittenwidrig gewesen, weshalb die zugrundeliegende Übereinkunft auch nicht von vorneherein nichtig gewesen sei.

Hinzu komme, dass die Frau auch hinsichtlich der im Arbeitsvertrag vereinbarten hauswirtschaftlichen Leistungen nicht leistungsbereit gewesen sei. Daher könne sie für den Lauf der Kündigungsfrist auch keine Vergütung verlangen.

Allerdings werde die Urlaubsabgeltung geschuldet: Auch Prostitution könne im Rahmen eines Arbeitsvertrages ausgeübt werden, was dann wiederum einen Urlaubsanspruch auslöse.

Auch in einem weiteren, dann allerdings skurrilen Punkt, behielt die „Arbeitnehmerin“ recht: Der Unternehmer ist zur Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses verpflichtet. Der Anspruch ergebe sich regulär aus §§ 109, 6 Abs. 2 der Gewerbeordnung.

Als Kommentator fragt man sich dann allerdings, welche „Leistungen“ in dem Zeugnis bescheinigt werden sollen: Die tatsächlich nicht erbrachten hauswirtschaftlichen Leistungen oder die sexuellen Dienstleistungen?

Interessant könnte es dann werden, wenn die Arbeitnehmerin nach Erhalt eines Zeugnisses einen Zeugnisberichtigungsanspruch geltend macht und behauptet, ihre Leistungen seien besser gewesen als vom Arbeitgeber im Zeugnis bescheinigt werde.

Wendet man die bisherige Rechtsprechung zum Zeugnisrecht auf den vorliegenden Fall an, gilt Folgendes: Hat der Arbeitgeber schlechtere als durchschnittliche Leistungen bescheinigt, muss er darlegen und beweisen, dass die Leistungen nicht durchschnittlicher Art und Güte waren. Hierzu muss er dann konkret vortragen und gegebenenfalls Beweis antreten. Dies dürfte genauso schwer fallen wie der umgekehrte Fall: Verlangt die Arbeitnehmerin eine bessere als durchschnittliche (= befriedigende) Benotung, muss sie nachweisen, dass ihre Leistungen überdurchschnittlich oder für ein „sehr gut“ sogar weit überdurchschnittlich waren und hierfür Beweis antreten.

Obgleich Zeugnisstreitigkeiten in der Regel für alle Beteiligten – einschließlich der Anwälte – äußerst unersprißlich sind, würden Erörterung und Beweisaufnahme eines solchen Verfahrens allerdings die beteiligten Anwälte sicherlich für den geringen Gegenstandswert (ein Monatsgehalt) entschädigen.