

**Blick ins Arbeitsrecht**  
**Teil 4 / 2011**

**I.**  
**Überblick**

Schwerpunkt des heutigen „Blicks“ ist das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Die Arbeitnehmerüberlassung ist nicht nur politisch immer wieder im Blickpunkt des Tagesgeschehens. Durch eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, das einer christlichen Gewerkschaftsvereinigung aus der Arbeitnehmerüberlassungsbranche die Tariffähigkeit aberkannt hat, sowie durch eine Gesetzesnovellierung hat es hier viele auch für die Praxis besonders wichtige Änderungen gegeben. Diese erfordern dringend eine Reaktion der Unternehmen, denn die derzeitige Rechtslage bedroht viele Firmen aus der Arbeitnehmerüberlassungsbranche in ihrer Existenz. Betroffen sind aber auch Unternehmen, die Arbeitnehmer entliehen haben.

Über diese wichtigen aktuellen Entwicklungen im Bereich des AÜG berichtet heute mein Kollege Thomas Haas (II.). Darüber hinaus finden Sie wie immer Kurzerläuterungen zu aktuellen Entscheidungen sowie dazugehöriger Praxistipps.

**II.**  
**Änderungen bei der Arbeitnehmerüberlassung**

**1. Fehlende Tariffähigkeit der CGZP – eine weitreichende Entscheidung**

**BAG, Beschluss vom 14. Dezember 2010, 1 ABR 19/10**

Am 14. Dezember hat das BAG eine Entscheidung mit tiefgreifenden Konsequenzen für den gesamten Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung getroffen: Das höchste deutsche Arbeitsgericht hat – wenn auch mit zum Teil abweichender Begründung gegenüber den Vorinstanzen – entschieden, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) nicht „tariffähig“ ist. Ihr fehle also die rechtliche Fähigkeit, durch Vereinbarungen mit dem sozialen Gegenspieler Arbeitsbedingungen tarifvertraglich mit der Wirkung zu regeln, dass sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten.

Begründet hat das BAG seine Entscheidung damit, dass die CZGP zum einen keine tariffähige Arbeitnehmerorganisation sei, da sie nach ihrer Satzung keine Arbeitnehmer organisiere. Nach der maßgeblichen Satzung der CGZP nämlich konnten nur die im Christlichen Gewerkschaftsbund (CGB) zusammengeschlossenen Arbeitnehmerkoalitionen, also nicht einzelne Arbeitnehmer, ihren Beitritt zur CGZP erklären.

Die CGZP sei außerdem auch, so das Gericht, keine tariffähige Spitzenorganisation, da die Mitglieder der CGZP ihre Tariffähigkeit der CGZP in einigen Bereichen nicht vollständig vermittelt hätten (die CGZP hatte nur eine beschränkte Tarifzuständigkeit für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung) und in anderen Bereichen wiederum der Organisationsbereich der CGZP sogar über denjenigen ihrer Mitglieder hinausgehe (der Organisationsbereich der Mitgliedsgewerkschaften erfasste zum Teil nicht sämtliche Arbeitsverhältnisse im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung).

Überwiegend wird daher nun die Unwirksamkeit sämtlicher seitens der CGZP abgeschlossener Tarifverträge angenommen, wenngleich eine Überprüfung im Einzelfall auch (und gerade!) durch den Beschluss des BAG nicht entbehrlich geworden ist. Die Folgen einer Tarifunwirksamkeit jedenfalls sind gravierend: Leiharbeiter können dann nämlich Bezahlung entsprechend der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb verlangen, die in der Regel sehr deutlich über dem schon grenzwertig geringen Lohnniveau nach CGZP-Tarifverträgen liegt. Dies ergibt sich aus dem sogenannten Anspruch der Leiharbeiter auf equal treatment und equal pay, der gesetzlich verbrieft ist. Verleiher sehen sich also enormer Nachforderungen seitens der Leiharbeiter ausgesetzt, die zeitlich nur durch vertraglich wirksam vereinbarte Ausschlussfristen oder ansonsten durch die Grenzen der Verjährung oder Verwirkung eingeschränkt werden.

Um das Lohnniveau vergleichbarer Arbeitnehmer herausfinden zu können, gibt das Gesetz den Leihararbeitern sogar ausdrücklich einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Entleiher an die Hand, der nötigenfalls auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Außerdem können (und werden) die Sozialversicherungsträger bis zu vier Jahre rückwirkend Beiträge nachfordern. Insoweit kann es auch für die Entleiher „ungemütlich“ werden: diese trifft nämlich nach dem Gesetz eine Subsidiärhaftung für den Fall, dass beim Verleiher (zB wegen Insolvenz) „nichts zu holen“ ist oder der Verleiher die Beiträge nicht ordnungsgemäß abführt. Besonders brisant: Die Verpflichtung, weitergehende Sozialversicherungsbeiträge aus der anzunehmenden höheren Vergütung (entsprechend der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer) abzuführen, besteht unabhängig davon, ob der Leiharbeiter die ihm zustehende höhere Vergütung auch tatsächlich geltend macht. Es reicht aus, dass ein entsprechender Anspruch des Leihararbeiters bestünde.

Die Hauptrisiken, die sich aus der Entscheidung des BAG ergeben, sind also zusammengefasst die folgenden:

Risiken für Verleiher	Risiken für Entleiher
<ul style="list-style-type: none"><li>▪ equal treatment / equal pay-Ansprüche der Leiharbeitnehmer: Nachforderungen bis zur Grenze der Verjährung oder Verwirkung</li><li>▪ Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Subsidiärhaftung für Sozialversicherungsbeiträge</li></ul>

Mit folgenden Praxistipps könnten die Folgen der CGZP-Entscheidung des BAG zumindest abgedeckt werden:

- Es sollte genau überprüft werden, ob der Arbeitsvertrag eines Leiharbeitnehmers (nur) auf den CGZP-Vertrag Bezug nimmt oder ob eine (möglicherweise tariffähige!) Mitgliedsgewerkschaft unmittelbar Tarifvertragspartei ist.
- In den Arbeitsverträgen der Leiharbeitnehmer sollten separate Ausschlussfristen vereinbart werden, und zwar außerhalb der Ausschlussfristen des in Bezug genommenen Tarifvertrags.
- Bei Zahlungsschwierigkeiten aufgrund von Nachforderungen der Sozialversicherungsträger kann ggf. eine Stundung erwirkt werden.

## 2. Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

Bereits zum 29. April dieses Jahres sind einige Änderungen im AÜG in Kraft getreten, weitere Änderungen folgen zum 01. Dezember 2011 aufgrund des „Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“. Die wichtigsten Neuerungen sollen hier kurz zusammengefasst werden:

- Die Differenzierung zwischen „gewerblicher“ und „nicht gewerblicher“ Arbeitnehmerüberlassung entfällt. Künftig fällt jede Art von Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich unter das AÜG, soweit das Gesetz keine Ausnahmen vorsieht (zB konzerninterne Überlassung, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt worden ist). Es muss sich indes, wie das Gesetz ausdrücklich klarstellt, auch künftig um eine Überlassung handeln, die Arbeitgeber „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ vornehmen, damit das AÜG zur Anwendung gelangt. Dies umfasst aber einen sehr weiten Bereich: „Wirtschaftliche Tätigkeit“ ist alles, was in irgendeiner Form mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen zu tun hat.
- Die Arbeitnehmerüberlassung muss vorübergehend erfolgen. Eine „starre“ Höchstfrist ist damit nicht geregelt. Die Grenze zwischen „vorübergehender“ Überlassung und dauerhafter Tä-

tigkeit eines Arbeitnehmers muss daher im Einzelfall geklärt werden. Insoweit bleibt die Rechtsprechung zur Neuregelung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes abzuwarten. Vor dem Hintergrund der Neuregelung empfiehlt es sich aber jedenfalls, in den konkreten Überlassungsverträgen eine Begründung aufzunehmen, warum der konkrete Einsatzbedarf nur vorübergehender Natur ist. Soweit sich eindeutig ein dauerhafter Bedarf an Arbeitskräften ergibt, sollte demzufolge auch nicht das Modell der Leiharbeit, sondern eine alternative Lösungsmöglichkeit in Betracht gezogen werden.

- Das Gesetz wird ergänzt um einen neuen § 3a, der Regelungen zu einer sog. „Lohnuntergrenze“ beinhaltet. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die zumindest auch für ihre jeweiligen in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind und bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung miteinander vereinbart haben, können dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemeinsam vorschlagen, diese Mindeststundenentgelte als Lohnuntergrenze in einer Rechtsverordnung verbindlich festzusetzen. Bei Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung hat der Verordnungsgeber dann insbesondere zu prüfen, ob eine solche Verordnung geeignet ist, die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu gewährleisten. § 3a des AÜG erlaubt also die Einführung von Mindestlöhnen in der Leiharbeitsbranche.
- Der künftige § 13a des AÜG sieht vor, dass der Entleiher den Leiharbeitnehmer über freie Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, informieren muss. Eine solche Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen des Entleihers erfolgen, zB an einem „schwarzen Brett“. Der Leiharbeitnehmer hat so die Chance, sich auf freie Arbeitsplätze in einem Unternehmen, das er bereits kennt und das möglicherweise Arbeitskräfte entsprechend seiner Qualifikation sucht, zu bewerben.
- Im neuen § 13b AÜG wird klargestellt, dass Leiharbeitnehmer denselben Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und –diensten des Entleihers (zB Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung, Beförderungsmittel) haben müssen wie die dort angestellten Arbeitnehmer, soweit eine unterschiedliche Behandlung nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.

Insbesondere die Auswirkungen des neuen § 3a AÜG in der Praxis bleiben abzuwarten. Wir werden weiter berichten.

### III. Rechtsprechung

#### 1. Abmeldepflicht von Betriebsratsmitgliedern

##### BAG, Beschluss vom 29. Juni 2011, 7 ABR 135/09

Betriebsratsmitglieder sind vom Arbeitgeber für die Betriebsratstätigkeit von der Erbringung ihrer Arbeitsleistung freizustellen. Der Umfang dieser Freistellung ist nicht gesetzlich normiert und hängt von den Aufgaben im Einzelfall ab.

Allerdings muss der Arbeitgeber informiert sein, wann der Arbeitnehmer arbeitet und wann er der Betriebsratstätigkeit nachgeht. Betriebsratsmitglieder sind daher verpflichtet, sich beim zuständigen Vorgesetzten abzumelden, wenn sie den Arbeitsplatz verlassen, um die Betriebsratstätigkeit aufzunehmen. Bei Rückkehr von der Betriebsratstätigkeit müssen sie sich entsprechend wieder zurückmelden.

Auf diese Weise hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, eilbedürftige Angelegenheiten auf andere Mitarbeiter zu verteilen, Vertreter einzusetzen o.ä.

In der Praxis gibt es immer wieder Fälle, in denen der Umfang der Betriebsratstätigkeit Probleme verursacht. Hier ist es für den Arbeitgeber besonders wichtig, dokumentieren zu können, wie viel Zeit Betriebsratsmitglieder für ihr Betriebsratsamt in Anspruch genommen haben, weshalb die An- und Abmeldepflicht besonders wichtig ist und nachgehalten werden sollte.

Im vorliegenden Fall gab es eine Besonderheit: Die Betriebsratsmitglieder eines Marktforschungsunternehmens haben die Betriebsratstätigkeit nicht in einem Betriebsratsbüro, sondern teilweise auch an ihrem eigenen Arbeitsplatz erbracht. Der Betriebsrat hat daher die Auffassung vertreten, dass von einem Verlassen des Arbeitsplatzes nicht gesprochen werden könne, weshalb eine Abmeldung und Rückmeldung bei Beginn bzw. Ende der Betriebsratstätigkeit nicht möglich bzw. nicht notwendig sei. Der Arbeitgeber wollte dagegen durchsetzen, dass die Betriebsratsmitglieder sich auch dann, wenn sie ihren eigenen Schreibtisch für die Betriebsratsarbeit nicht verlassen, jeweils bei Beginn der Betriebsratstätigkeit und deren Ende so ab- und anmelden, als würden sie auch den Arbeitsplatz räumlich verlassen.

Das BAG hat dem Arbeitgeber Recht gegeben. Für die Frage der An- und Abmeldepflicht ist es unbeachtlich, wo das Betriebsratsmitglied der Betriebsratstätigkeit nachgeht. Gleichgültig, ob die Betriebsratstätigkeit am eigenen Arbeitsplatz oder anderswo ausgeübt wird, ist der Arbeitnehmer zur Meldung verpflichtet. Der Meldung liegt nicht der Wunsch des Arbeitgebers zugrunde, zu wissen, wo sich der

Arbeitnehmer räumlich aufhält, vielmehr geht es darum, dass er während der Betriebsratstätigkeit keine Arbeitsleistung erbringen kann.

Das BAG hat aber darauf hingewiesen, dass die Frage der Meldepflicht jeweils von den Umständen des Einzelfalles abhängt und sich generelle Aussagen kaum machen lassen. Insbesondere ist abzustellen auf die Art der Arbeitsaufgabe des Betriebsratsmitglieds und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunterbrechung. Es seien daher auch Fälle denkbar, in denen Betriebsratsmitglieder – vielleicht nur kurzfristig – eine Betriebsratsaufgabe erledigen, ohne dass eine Ab- und Anmeldung sinnvoll ist. Zu denken ist hier etwa an das Führen eines Telefongespräches o.ä.

In diesen Fällen ist das Betriebsratsmitglied aber verpflichtet, dem Arbeitgeber zumindest dann, wenn dies gefordert wird, nachträglich die Gesamtdauer der in einem bestimmten Zeitraum geleisteten Betriebsratstätigkeit mitzuteilen.

Praxistipp:

Der Arbeitgeber sollte die Betriebsratsmitglieder darüber informieren, bei wem die Ab- und Anmeldung zu erfolgen hat. Sind dies die jeweiligen Vorgesetzten, muss sichergestellt werden, dass diese Vorgesetzten zum Beispiel monatlich zusammengefasste Meldungen an die Personalabteilung geben, damit dort eine Übersicht über den zeitlichen Umfang der Betriebsratstätigkeit erstellt werden kann.

Ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass einzelne Betriebsratsmitglieder mehr Zeit für Betriebsratstätigkeiten aufwenden, als erforderlich ist, können sie nicht in jedem Einzelfall einen Nachweis der jeweiligen Betriebsratstätigkeit fordern. Insoweit sind nämlich die Betriebsratsmitglieder generell nicht zur Auskunft verpflichtet, welche Betriebsratstätigkeit sie ausüben.

Nimmt die Betriebsratstätigkeit aber einen zeitlichen Umfang an, der in Anbetracht der jeweils anstehenden konkreten Aufgaben außergewöhnlich ist, kann das betreffende Betriebsratsmitglied verpflichtet sein, für einen bestimmten Zeitraum mitzuteilen und gegebenenfalls zu beweisen, welche Betriebsratstätigkeiten ausgeführt wurden.

Die Frage, wie viel Zeit auf Betriebsratstätigkeiten verwendet werden darf, kann aber ebenfalls nicht generell beantwortet werden. Dies hängt immer vom Einzelfall ab. So ist es beispielsweise denkbar, dass einzelne Betriebsratsmitglieder besondere Aufgaben im Rahmen des Betriebsrats übernommen haben, die zeitlich umfangreicher sind als die Betriebsratstätigkeiten anderer Mitglieder dieses Organs.

Gibt es freigestellte Betriebsratsmitglieder, muss allerdings sichergestellt sein, dass diese ihre Freistellung auch verwenden, um die überwiegende Arbeit im Betriebsrat zu erledigen.

## **2. Zustellung einer Kündigung an den Ehegatten des Arbeitnehmers**

### **BAG, Urteil vom 09. Juni 2011, 6 AZR 687/09**

Spricht der Arbeitgeber gegenüber einem Arbeitnehmer die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus und erhebt der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage, stehen bei weitem nicht immer die Kündigungsgründe im Vordergrund: Sehr oft sind es auch Formalien, gegen die ein Arbeitgeber möglicherweise verstoßen hat und die selbst bei Vorliegen der „besten“ Kündigungsgründe die Kündigung selbst scheitern lassen. In der Praxis geht es dabei zum einen oft um Mängel bei der Betriebsratsanhörung, zum anderen aber auch um Fragen im Zusammenhang mit der Zustellung einer Kündigung.

Insbesondere wenn bestimmte Kündigungsfristen einzuhalten sind, kommt es nicht nur darauf an, dass der Arbeitgeber den Zugang der Kündigung überhaupt nachweisen kann. Oft geht es auch um eine taggenaue Zustellung der Kündigung, beispielsweise dann, wenn bei einer außerordentlichen Kündigung die 2-Wochen-Frist des § 626 BGB eingehalten werden muss oder dann, wenn die rechtzeitige Zustellung der Kündigung für die Einhaltung einer Probezeitkündigung oder für die Kündigungsfrist insgesamt maßgeblich ist.

In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber die Kündigung gegenüber einer Mitarbeiterin dieser nicht persönlich übergeben oder an die Wohnadresse zugestellt. Vielmehr wurde die Kündigung an den im gleichen Betrieb arbeitenden Ehemann ausgehändigt, und zwar am 31. Januar 2008. Ihm wurde aufgegeben, die Kündigung noch am gleichen Tag seiner Frau, mit der er auch zusammen lebte, zu übergeben. Die Kündigung sollte damit am 29. Februar 2008 wirksam werden. Der Ehemann erklärte aber, er habe die Kündigung zunächst liegen lassen und sie seiner Ehefrau erst am 01. Februar 2008 mitgebracht, so dass diese vor Gericht argumentierte, die Kündigung – mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende – sei erst zum 31. März 2008 wirksam geworden.

Vorliegend ging es nur um einen Monat Kündigungsfrist bzw. Weiterzahlung der Vergütung. In anderen Fällen kann die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung oder einer Probezeitkündigung aber scheitern, wenn die Kündigung auch nur eine Minute zu spät zugestellt wird.

Die Arbeitnehmerin in dem hier entschiedenen Fall hat argumentiert, sie hätte erst am 01. Februar von der Kündigung Kenntnis erhalten und sie sei nicht dafür verantwortlich, dass ihr Ehemann ihr die Kündigung zu spät ausgehändigt habe. Dieser sei insbesondere dann, wenn er sich an seinem Arbeitsplatz befinde, nicht sogenannter Empfangsbote für seine Ehefrau.

Nach unterschiedlichen Entscheidungen der Vorinstanzen hat das Bundesarbeitsgericht aber dem Arbeitgeber Recht gegeben:

Leben Eheleute in einer gemeinsamen Wohnung (sind also nicht getrennt – aus welchen Gründen auch immer), sind sie nach der allgemeinen Verkehrsanschauung füreinander als Empfangsbote anzusehen. Ein Ehegatte kann für den anderen Post in Empfang nehmen mit der gleichen Wirkung, als sei sie dem Adressaten persönlich zugewandt. Dies gelte nicht nur dann, wenn der Briefträger oder ein Bote einen Brief in der Wohnung beim Ehegatten abgibt. Auch dann, wenn der Brief dem Empfangsboten „Ehegatten“ am Arbeitsplatz, d.h. außerhalb der Wohnung, übergeben wird, ist dies als Zustellung anzusehen.

Eine wichtige Einschränkung ergibt sich aber hinsichtlich des Zeitpunktes des Zugangs. Der Brief gilt erst dann als zugewandt, wenn mit der Weitergabe des Briefes an den wirklichen Adressaten zu rechnen ist. Wird, wie im entschiedenen Fall, eine Kündigung also am Arbeitsplatz an den Ehegatten übergeben, ist damit zu rechnen, dass dieser noch am gleichen Abend die ehedem gemeinsame Wohnung aufsucht und die kündigende Arbeitnehmerin noch am gleichen Abend von der Kündigung Kenntnis erhält. Anders würde es daher beispielsweise aussehen, wenn der Empfangsbote „Ehegatte“ die Kündigung auf einer Dienstreise erhält. Hier wäre als Zugangszeitpunkt dann der Tag anzunehmen, an dem der Arbeitnehmer von der Reise zurückkehrt.

Das BAG hat – im Gegensatz zu früheren Entscheidungen – ausdrücklich offen gelassen, ob von einem Zugang auch dann ausgegangen werden könnte, wenn der als Empfangsbote in Anspruch genommene Ehegatte sich weigert, für seinen Ehepartner ein Schriftstück entgegen zu nehmen. Insofern wäre es denkbar, dass es in Zukunft Änderungen an der bisherigen Rechtsprechung gebe, wonach von einem Zugang nur dann ausgegangen werden könne, wenn der Empfangsbote – ohne vom wahren Empfänger hierzu bestimmt worden zu sein, die Entgegennahme ablehne.

#### Praxistipp:

Bei der Zustellung gerade einer Kündigung kann es eine Vielzahl von Problemen und Hindernissen geben.

Grundsätzlich ist zu beachten, dass der betroffene Arbeitnehmer beim normalen Lauf der Dinge Gelegenheit haben muss, von der Kündigung Kenntnis zu nehmen. Daher geht eine Kündigung, die erst nachmittags oder jedenfalls nach Durchgang der normalen Tagespost in den Briefkasten eingeworfen wird, erst am nächsten Tag zu, da, so die BAG-Richter, man nur einmal täglich, nach Durchgang des Briefträgers, den Briefkasten leert und nicht gezwungen ist, etwa kurz vor Mitternacht noch einmal nachzuschauen, ob zusätzliche Post eingegangen ist.



Es empfiehlt sich daher immer, möglichst nicht am letzten Tag einer Frist zuzustellen. Ist dies unvermeidbar, sollte in jedem Fall versucht werden, die Kündigung persönlich zuzustellen, und sei es auch, dass nachts, kurz vor Mitternacht, der Arbeitnehmer oder sein Ehegatte „herausgeklingelt“ werden muss. Notfalls reicht es dann über die Sprechanlage mitzuteilen, dass ein Kündigungsschreiben in den Briefkasten eingeworfen wurde, selbst wenn dieses vor Mitternacht nicht mehr vom Empfänger herausgeholt und gelesen wird: Die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand.

Die Zustellung sollte auf jeden Fall durch mindestens einen unbeteiligten Zeugen, der nicht zur Geschäftsführung gehört und nicht Inhaber des Unternehmens ist, bestätigt werden können. Wichtig ist dabei, dass der Zeuge auch den Zugang der Kündigung bestätigen kann und nicht etwa nur angeben kann, er wisse, dass ein weißer Umschlag unbekanntem Inhalts eingeworfen wurde. Die Kündigung sollte also vor den Augen des Zeugen eingetütet und dann unmittelbar, ohne dass eine Austauschmöglichkeit besteht, in den Briefkasten des betreffenden Arbeitnehmers eingeworfen oder persönlich möglichst offen übergeben werden.

Nicht ganz logische Abweichungen vom Grundsatz der Kenntnisnahmemöglichkeit gibt es dann, wenn der Arbeitnehmer sich in Urlaub befindet. Hier kann eine Zustellung an dessen Wohnadresse auch während des Urlaubs mit Zustellungswirkung am Einwurfstag erfolgen.

Entgegen weit verbreiteter Gerüchte ist auch während einer Krankheit/Arbeitsunfähigkeit eine Kündigung zulässig.

### **3. Auslegung von Arbeitsverträgen**

#### **BAG, Urteil vom 20. April 2011, 5 AZR 191/10**

Der 5. Senat des BAG hat in einer recht überraschenden Entscheidung wichtige Hinweise für die Auslegung von Arbeitsverträgen gegeben. Konkret ging es um Verträge, die vor der sogenannten Schuldrechtsreform 2002 abgeschlossen wurden, für die also damals noch nicht das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB) galt.

Die neue Rechtslage seit dieser Zeit führt dazu, dass arbeitsvertragliche Klauseln am AGB-Recht zu messen sind. Dies ist für Arbeitgeber in der Regel sehr nachteilig. Besonders wichtig ist hier, dass Klauseln in Arbeitsverträgen, die unwirksam sind, nicht auf den gegebenenfalls noch zulässigen Inhalt reduziert werden können, also mit diesem Inhalt wirksam bleiben können. Vielmehr sind die Klauseln, die auch nur am Rande oder auch nur bei einer von mehreren möglichen Auslegungsvarianten unwirksam sind, dann vollständig unwirksam und „aus dem Vertrag zu streichen“.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie Verträge auszulegen sind, die vor der sogenannten Schuldrechtsreform abgeschlossen worden sind.

Bei Verträgen, die in Kenntnis des AGB-Rechts abgeschlossen worden sind, konnte der Arbeitgeber sich auf diese Rechtsmaterie einstellen. Dies war nicht möglich, wenn es sich um sogenannte Altverträge handelt, die vor 2002 abgeschlossen worden sind. Würden diese Verträge ohne Einschränkung dem neuen AGB-Recht unterworfen, würde dies den Arbeitgeber unangemessen benachteiligen, da früher, nach altem Recht, unwirksame Verträge durch Auslegung möglicherweise noch in Teilbereichen wirksam bleiben konnten.

Der 9. Senat des BAG hatte bisher entschieden, dass für Altverträge eine ergänzende Vertragsauslegung nur dann möglich sei, wenn der Arbeitgeber in einer Übergangsfrist von einem Jahr versucht hatte, die unwirksamen Klauseln einvernehmlich mit dem Mitarbeiter zu ändern. Diese Auslegung war von vorneherein lebensfremd, zumal niemand alle vorhandenen Arbeitsverträge daraufhin überprüfen konnte, ob und welche Klauseln gegen das neue Recht verstießen.

Hier hat sich der 5. Senat des BAG nun zu einer wesentlich praxisgerechteren Lösung durchgerungen:

Grundsätzlich seien zwar sogenannte Altverträge nach dem gleichen Maßstab zu messen wie neue Verträge. Dies führt dazu, dass eine ganze Reihe von ursprünglich wirksamen Vertragsklauseln nach dem neuen AGB-Recht unwirksam sind. Allerdings öffnet das BAG hier einen Ausweg: Diese Altverträge aus der Zeit, als das AGB-Recht noch nicht galt, können durch Auslegung möglicherweise in Teilen „gerettet“ werden. Der Vertrag sei ergänzend auszulegen, um die durch den Wegfall einer unwirksamen Klausel entstandene Regelungslücke zu schließen. Es komme nicht darauf an, ob der Arbeitgeber während der Übergangsfrist bis 31. Dezember 2002 eine Anpassung der Klausel an den strengerem Rechtszustand nach ABG-Recht versucht habe.

Die ergänzende Vertragsauslegung richte sich danach, was die Parteien bei Kenntnis der neuen gesetzlichen Anforderung vorgesehen hätten.

Im konkret entschiedenen Fall ging es um eine im Jahr 1990 einem Arbeitnehmer erteilte Zusage über eine Zulage. Der Vertrag sah vor, dass die Zusage widerruflich erfolge. Im Jahr 2007 widerrief dann der Arbeitgeber die Zulage unter Hinweis auf wirtschaftliche Gründe. Hier stellte sich die Frage, ob der Widerrufsvorbehalt zulässig und wirksam war. Dagegen spricht nach neuem Recht, dass die Klausel keinerlei Regelung enthält, in welchen Fällen ein Widerruf erfolgen kann. Nach neuem Recht ist eine solche Klausel ohne Klarstellung möglicher Widerrufsgründe, von vorneherein unwirksam.

Damit wäre für den Arbeitgeber jede Widerrufsmöglichkeit entfallen.

Da es sich aber um eine Altklausel handelt, führt die vom BAG zugelassene Auslegung dazu, dass geprüft wird, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn sie vom kommenden AGB-Recht und diesem Klauselverbot gewusst hätten. Insoweit sei anzunehmen, dass ein Widerruf zumindest dann für zulässig erklärt worden wäre, wenn das Unternehmen wirtschaftliche Probleme hat. Daher muss das Gericht prüfen, ob es tatsächlich wirtschaftliche Gründe gibt, die einen Widerruf der Zulage angemessen erscheinen lassen. Dies konnte das BAG nicht entscheiden und hat den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten:

**1.**

Unabhängig davon, wann ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde, unterfällt er dem neuen Recht einschließlich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dies kann dazu führen, dass Klauseln, die gegen das AGB-Recht verstoßen, unwirksam sind.

**2.**

Bei der Frage, ob der Inhalt der Klauseln zumindest teilweise noch wirksam sein kann, ist zu unterscheiden:

a) Neue Verträge, die seit dem 01. Januar 2003 abgeschlossen worden sind, können nicht ergänzend ausgelegt werden. Ist eine Klausel hier unwirksam, entfällt sie. Sie kann nicht teilweise noch erhalten werden, auch wenn ein Teil dieser Klausel möglicherweise wirksam hätte vereinbart werden können.

b) Handelt es sich um einen Altvertrag, der in der Zeit bis 31. Dezember 2002 abgeschlossen worden ist, ist eine ergänzende Vertragsauslegung möglich. Der Vertrag kann dann mit seinem – nach AGB-Recht! – wirksamen Teilinhalt noch durch Vertragsauslegung aufrecht erhalten werden.

Hier zeigt sich wiederum, dass das AGB-Recht ganz massive Auswirkungen auf die Gestaltung von Arbeitsverträgen hat, so dass Arbeitgebern nur dringend empfohlen werden kann, ihre Arbeitsvertragsmuster regelmäßig fachanwaltlich überprüfen zu lassen. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass dort vereinbarte Klauseln unwirksam sind. Teilweise werden bei den Unternehmen heute immer noch Arbeitsverträge bzw. Vertragsklauseln verwendet, die „uralt“ und schon lange nicht mehr wirksam sind.

#### **4. Kündigung und Interessenausgleich im Kleinbetrieb mit bis zu 20 Arbeitnehmern durch alleinigen Personalabbau**

**BAG, Urteil vom 09. November 2010, 1 AZR 708/09 (Parallelentscheidung 1 AZR 345/09)**

Nach § 111 BetrVG muss ein Arbeitnehmer dann, wenn er eine Betriebsänderung durchführt, einen Interessenausgleich versuchen. In der Regel ist dies mit dem Abschluss eines Sozialplans verbunden.

Diese Regelung gilt allerdings nur für Unternehmen mit mindestens 20 Arbeitnehmern. Ein Interessenausgleich muss dann versucht werden, wenn ein erheblicher Teil der Belegschaft von einem Personalabbau betroffen ist.

Bei Betrieben mit 20 und mehr Arbeitnehmern legt § 17 Abs. 1 KSchG in Abhängigkeit von der Beschäftigtenzahl die Zahl von anstehenden Kündigungen fest, ab der von einem „erheblichen Teil der Belegschaft“ gesprochen wird.

Schwierig war bislang die Frage, welche Zahlengrenzen in Betrieben unter 20 Arbeitnehmern gelten. Hier hat das BAG nun Folgendes festgelegt: Handelt es sich um einen Kleinbetrieb mit bis zu 20 Arbeitnehmern und steht eine Betriebsänderung durch einen Personalabbau an, müssen mindestens sechs Arbeitnehmer betroffen sein, damit der Arbeitgeber verpflichtet ist, einen Interessenausgleich zu versuchen.

Ergibt sich eine Betriebsänderung aus anderen Aspekten zu § 111 BetrVG und nicht durch alleinigen Personalabbau, kann auch eine kleinere Zahl betroffener Arbeitnehmer zur Pflicht führen, einen Interessenausgleich zu versuchen.

#### **5. Informationen über Kündigungsbefugnisse im Arbeitsvertrag**

**BAG, Urteil vom 15. April 2011, 6 AZR 727/09**

Auch dieser vom BAG entschiedene Fall ist ein Lehrbeispiel für die hier immer wiederholten Hinweise: Die Kündigungsgründe können noch so gut sein, die Kündigung kann trotzdem an einer ganzen Reihe von Formalien scheitern. So war es auch in dem entschiedenen Fall:

Im Arbeitsvertrag einer Arbeitnehmerin hatte der Arbeitgeber ausdrücklich geregelt, dass „eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch durch den Objektleiter / Niederlassungsleiter ausgesprochen werden“ kann.

Die Arbeitnehmerin erhielt dann später eine Kündigung, die unterzeichnet war mit „i.V. D.C., Niederlassungsleiter“.

Unstreitig ist, dass Herr D.C. der zuständige Niederlassungsleiter war. Trotzdem hat die Arbeitnehmerin die Kündigung mangels einer beigefügten Originalvollmacht, d.h. mangels Vollmachtsnachweises, zurückgewiesen. Dies ist im Sinne von § 174 Satz 1 BGB unverzüglich geschehen.

Das BAG hat nun festgestellt, dass die Kündigung unwirksam war, da es an einem Vollmachtsnachweis gefehlt hat.

Diese auf den ersten Blick überraschende Entscheidung ist letztlich richtig begründet und im Ergebnis zutreffend:

Zwar hat der Arbeitgeber im Ansatz das Richtige getan, nämlich bereits im Arbeitsvertrag festgelegt, wer denn später eventuell auf Arbeitgeberseite eine Kündigung aussprechen dürfe.

Wird eine Kündigung durch einen eingetragenen Geschäftsführer, einen Vorstand (Verein oder Aktiengesellschaft) oder durch einen Prokuristen im Rahmen der jeweiligen Vollmacht ausgesprochen, ist eine solche Kündigung formal zunächst wirksam, ohne dass eine besondere Vollmacht der Kündigung beigefügt werden müsste. Hintergrund ist, dass es sich insoweit um „Vollmachten“ handelt, die aus öffentlichen Registern (siehe: Handelsregister) zu ersehen sind.

Zu achten ist dann nur noch darauf, ob es sich um Einzelgeschäftsführungsbefugnisse bzw. Einzelprokura oder Gesamtvertretungsmacht / Gesamtprokura handelt, ob es also ausreicht, wenn eine Person unterschreibt oder ob zwei Personen zeichnen müssen.

Ergibt sich aber eine Vollmacht nicht aus dem Handel- oder Vereinsregister, so muss einer Kündigung eine Originalvollmacht beigefügt werden. Dies gilt beispielsweise auch dann, wenn Arbeitgeber eine natürliche Person ist und der Inhaber die Kündigung nicht selbst ausspricht.

Vorliegend hat zwar der Arbeitsvertrag einen Hinweis enthalten, dass unter anderem der Niederlassungsleiter die Kündigung aussprechen dürfe. Woran es aber gefehlt hat, war ein Hinweis des Arbeitgebers, wer denn Niederlassungsleiter ist bzw. dass die die Kündigung unterschreibende Person der zuständige Niederlassungsleiter war. Alternativ hätte zumindest ein Hinweis gegeben werden müssen, wo Arbeitnehmer sich darüber erkundigen können, wer die zum Ausspruch der Kündigung berechtigte Funktion jeweils inne hat. Insoweit sei es ausreichend aber auch notwendig, wenn vor Zugang der Kündigung der Arbeitnehmer die Möglichkeit hatte, die Person des Kündigenden der kündigungsberechtigten Funktion zuzuordnen. Es ist nicht notwendig, die Personen jeweils mit Namen zu bezeichnen. Der Weg, den der Arbeitgeber zur Feststellung der kündigungsberechtigten Person aufzeigen muss, muss zumutbar und für den Arbeitnehmer gangbar sein.

Im vorliegenden Fall hätte es beispielsweise ausgereicht, wenn der Arbeitsvertrag zusätzlich noch folgende Klausel enthalten hätte:

*„Wer kündigungsberechtigter Objektleiter / Niederlassungsleiter ist, können Sie aus dem Ausgang am schwarzen Brett / dem Intranet unter dem Stichwort ..... / o. ä. entnehmen“.*

Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, die Organisationsstruktur entweder aus den ihm übergebenen Unterlagen oder aus leicht zugänglichen Informationsquellen zu erfahren, um herauszufinden, wer die zur Kündigung berechtigte Funktion aktuell bekleidet.

## **6. Altersdiskriminierung: Die Pilotenentscheidung**

### **Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. September 2011, Rechtssache C447/09**

Der Europäische Gerichtshof hat erneut eine Lanze gegen Altersdiskriminierung gebrochen: Drei Piloten der Lufthansa hatten dagegen geklagt, dass sie mit Vollendung des 60. Lebensjahres „zwangspensioniert“ werden sollten. Begründet hat die Lufthansa als Arbeitgeber dies damit, dass interne Regeln einen Einsatz von Piloten in Verkehrsmaschinen nur bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres vorsehen würden, um eine Gefährdung von Passagieren aber auch sonstigen Menschen dadurch zu vermeiden, dass ältere Piloten dem Stress im Cockpit möglicherweise nicht mehr in dem Maße gewachsen sind, wie dies bei jüngeren Kollegen oder Kolleginnen der Fall sei. Verwiesen wurde darauf, dass Menschen ab dem 60. Lebensjahr in ihren Fähigkeiten langsam abbauen würden.

Der Europäische Gerichtshof hat diese unfreiwilligen Zurruesetzungen von Piloten, die noch gerne über das 60. Lebensjahr hinaus weiter arbeiten würden, für unzulässig erklärt. Zwar sei der Grundgedanke, Leib und Leben sowohl der betroffenen Arbeitnehmer als auch von Passagieren und ggf. der Bevölkerung auf dem Boden zu schützen, ein sehr hohes Gut, das beachtet werden müsste und das ggf. auch altersbezogene Einschränkungen in der Berufsausübung rechtfertigen könnte.

Allerdings sei diese Grenze mit Vollendung des 60. Lebensjahres noch nicht erreicht. Der EuGH verweist insoweit auf internationale Regelungen für Flugzeugführer aus dem Jahr 2003, die vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Wohnungswesen im Bundesanzeiger der Bundesrepublik Deutschland Nr. 80 a vom 29.03.2003 bekannt gemacht worden sind, also auch in Deutschland gelten.

Danach dürfen Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres bis zur Vollendung des 64. Lebensjahres noch auf Flugzeugen zur gewerbsmäßigen Beförderung eingesetzt werden, wenn sie Mitglied einer Flugzeugbesatzung sind, die aus mehreren Piloten besteht und die anderen Piloten das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Da Verkehrsmaschinen regelmäßig mit zwei Piloten fliegen, muss der Arbeitgeber letztlich nur dafür Sorge tragen, dass zumindest einer dieser beiden Piloten das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Entsprechende organisatorische Maßnahmen seien dem Arbeitgeber, so der EuGH, zumutbar.

Mit Vollendung des 65. Lebensjahres endet jedoch auch nach internationalen Regelungen die Möglichkeit, als Pilot von Flugzeugen zu gewerbsmäßigen Beförderungen von Personen eingesetzt zu werden.

## **7. Urlaubsabgeltungsansprüche bei Beendigung des Arbeitsvertrages**

### **BAG, Urteil vom 09.08.2011, 9 AZR 352/10 (sowie gleichgelagerte Verfahren 9 AZR 365/10 und 9 AZR 475/10)**

Eine Arbeitnehmerin war seit Oktober 2006 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt und schied zum 31. März 2008 aus dem Arbeitsverhältnis aus. Seither bezieht sie unbefristete Rente wegen Erwerbsminderung.

Im Februar 2009 verlangte die Arbeitnehmerin vom ehemaligen Arbeitgeber, den ihr aus den Jahren 2007 und 2008 noch zustehenden Urlaub in Höhe von ca. € 1.600,00 abzugelten.

Das BAG hat die Klage im Ergebnis abgewiesen.

Anwendbar war vorliegend der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder, nachdem Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis unter anderem dann verfallen, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit von den Beschäftigten schriftlich geltend gemacht werden.

Zwischen dem Ausscheiden der Arbeitnehmerin im März 2008 und der Geltendmachung im Februar 2009 war fast ein Jahr vergangen. Das BAG hat daher entschieden, dass der Anspruch nach dem einschlägigen Tarifvertrag verfallen war.

Wesentlich ist die Feststellung des BAG, dass der während des Arbeitsverhältnisses bestehende Urlaubsanspruch sich zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung in einen Abgeltungsanspruch, also in einen Geldanspruch verwandelt. Dieser Anspruch unterliegt der tarifvertraglichen Ausschluss-/Verfallsfrist, so dass die Klägerin innerhalb von sechs Monaten nach ihrem Ausscheiden, also bis spätestens 30.09.2008 die Ansprüche hätte schriftlich geltend machen müssen.

## **8. Befristete Übertragung von Urlaubsansprüchen**

**BAG, Urteil vom 09.08.2011, 9 AZR 425/10**

Auch im vorliegenden Urteil hat sich das BAG mit der Frage befasst, was mit Urlaubsansprüchen geschieht, die der Arbeitnehmer krankheitsbedingt nicht wahrnehmen kann.

Im vorliegenden Fall war ein Arbeitnehmer von Anfang Januar 2005 bis zum 06.06.2008 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt und nahm danach seine Arbeit wieder auf. Im weiteren Verlauf des Jahres 2008 beantragte er beim Arbeitgeber 30 Tage Urlaub und erhielt diesen auch. Er begehrt nunmehr die gerichtliche Feststellung, dass der Arbeitgeber ihm noch aus den Jahren 2005 bis 2007 resultierenden Resturlaub in einem Umfang von 90 Arbeitstagen gewähren muss. Dies hätte der Arbeitgeber abgelehnt, da es weder dringende betriebliche noch in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe gab, den Urlaub für die Jahre 2005 bis 2007 noch im Jahr 2009 zu gewähren.

Das BAG hat festgehalten, dass der vom Arbeitnehmer erhobene Urlaubsanspruch spätestens am 31. Dezember 2008 untergegangen sei. Mangels anderweitiger tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen verfällt der Urlaubsanspruch am Ende des Kalenderjahres, sofern nicht eine der in § 7 Abs. 3 genannten Gründe vorliegt. Dies gilt auch für übertragene Urlaubsansprüche aus der Zeit einer Arbeitsunfähigkeit. Dieser sogenannte Alturlaub addiert sich zum Urlaub des laufenden Jahres. Für diesen Gesamturlaub gelten die für den aktuellen Urlaub maßgeblichen Regeln. Der Arbeitnehmer hätte den Resturlaub aus der Zeit der Arbeitsunfähigkeit somit in der Zeit zwischen Beendigung der Arbeitsunfähigkeit und dem 31.12. des Jahres 2008 nehmen können und müssen.

Das BAG hat in diesem Fall offen gelassen, ob und ggf. in welchem Umfang Arbeitnehmer Urlaubsansprüche über mehrere Jahre ansammeln können. Im Fall der Arbeitsunfähigkeit ist dies nach einer Entscheidung des EuGH grundsätzlich möglich, wobei aber offen ist, wie viel Urlaub aus wie vielen Jahren Arbeitnehmer ansammeln können. Es macht überhaupt keinen Sinn, wenn Arbeitnehmer beispielsweise nach vier Jahren Arbeitsunfähigkeit unmittelbar im Anschluss an die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zunächst einmal knapp vier Monate Urlaub nehmen.

Aus diesem Grund hat eine der EuGH-Anwältinnen auch bereits ihre Meinung geäußert: Danach soll die Übertragung von Urlaubsansprüchen aus Gründen einer Arbeitsunfähigkeit für nicht länger als 1 ½ Jahre möglich sein. Dies ist aber eine eher noch inoffizielle Tendenzmeldung und keine verlässliche Information über eine Änderung des geltenden Rechts.



## **9. Vertragsbeendigung: Rückgabe des Dienstwagens?**

### **ArbG Stuttgart, Urteil vom 18. Mai 2010, Az. 16 Ga 50/10**

Es kommt relativ häufig vor, dass Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigen und der Arbeitnehmer hiergegen Kündigungsschutzklage einlegt. Damit ist zunächst offen, ob das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung beendet worden ist oder über den Kündigungszeitpunkt hinaus fortgesetzt wird.

Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Dienstwagen überlassen, wird dieser bei Wirksamwerden der Kündigung aus Sicht des Arbeitgebers sofort zur Rückgabe fällig. Hier war in der Vergangenheit recht unsicher, ob der Arbeitnehmer, der die Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht angefochten hat, das Fahrzeug tatsächlich zurückgeben muss. Oft hat er sich auf den Standpunkt gestellt, die Kündigung sei, wie sich aus seiner Klage ergebe, unwirksam, weshalb er auch nach wie vor den vertraglichen Anspruch habe, dass ihm das Fahrzeug zur Nutzung überlassen wird.

Vor dieser Sicht ist allerdings zu warnen. So hat das Arbeitsgericht Stuttgart in einer erst kürzlich bekannt gewordenen Entscheidung nochmals klargestellt, dass der Arbeitnehmer im Zweifelsfall immer verpflichtet ist, ihm überlassene Gegenstände des Arbeitgebers an diesen herauszugeben. Hierzu zähle auch der betriebliche Pkw, selbst wenn dieser auch zur privaten Nutzung überlassen worden sei.

Weigert der Arbeitnehmer sich, einem Herausgabeverlangen Folge zu leisten, könnte dies unter Umständen die Veranlassung für eine (neue) fristlose Kündigung geben. Besser ist es, das Fahrzeug herauszugeben. Sollte sich dann später ergeben, dass die Kündigung unwirksam war, kann der Arbeitnehmer darauf bestehen, dass ihm das Fahrzeug unverzüglich wieder ausgehändigt wird. Daneben hat der Arbeitnehmer für die Zeit des Fahrzeugentzugs einen Anspruch auf Schadensersatz. In der Regel wird hier der Betrag geltend gemacht, der dem Arbeitnehmer während der Gebrauchsüberlassung als geldwerter Vorteil der Versteuerung unterworfen wurde.

Ihre Rechtsanwälte

Michael Eckert und Thomas Haas

[www.edk.de](http://www.edk.de) | [eckert@edk.de](mailto:eckert@edk.de) | [haas@edk.de](mailto:haas@edk.de)