

details **AKTUELL**
AUS DEN FACHBEREICHEN VON LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

- 2 EDITORIAL
- 3 NEUES RECHT DER MASSENTLASTUNGSANZEIGE NACH
ENTSCHEIDUNG DES EUGH
- 6 FORMELLE FEHLER BEIM AUSSPRUCH DER KÜNDIGUNG
- 10 ENTSCHEIDUNGEN ZUM INDIVIDUALARBEITSRECHT
- 12 ENTSCHEIDUNGEN ZUM KOLLEKTIVEN ARBEITSRECHT
- 14 NEUES VOM GESETZGEBER

EDITORIAL

Das Arbeitsrecht hält immer wieder zahlreiche Überraschungen bereit. Neben den Aktivitäten des Gesetzgebers wird der Einfluss des Europarechts immer wichtiger. So hat der EuGH – einigermmaßen unerwartet – mit seiner Entscheidung im Fall "Junk" die bisherige Rechtslage zur Massenentlassungsanzeige, die durch eine langjährige Rechtsprechung von BAG und Verwaltungspraxis der Bundesagentur abgesichert zu sein schien, umgestürzt. Das Urteil des EuGH wird die Praxis in Deutschland noch intensiv beschäftigen. Die Entscheidung und ihre Konsequenzen möchten wir Ihnen, verbunden mit praktischen Ratschlägen, in diesem Heft vorstellen.

Während die Junk-Entscheidung des EuGH ein rechtliches Faktum ist, lässt sich das Schicksal der jüngsten Aktivitäten des Gesetzgebers noch nicht abschätzen. Zum 17.06.2005 hat der Bundestag eine Reihe von arbeitsrechtlichen Gesetzen verabschiedet. Dies sind zum einen das Antidiskriminierungsgesetz in einer nun doch noch einmal überarbeiteten Fassung, zum anderen das "Fünfte Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze". Der Bundesrat hat gegen beide Gesetze Einspruch erhoben und den Vermittlungsausschuss angerufen. Dass angesichts der möglichen Neuwahlen im Herbst diesen Jahres der Bundestag den Einspruch des Bundesrates noch rechtzeitig zurückweisen kann, ist nicht zu erwarten.

Die Änderungen des Antidiskriminierungsgesetzes möchten wir Ihnen aus diesem Grunde erst dann vorstellen, wenn wir auch sicher sein können, dass diese Gesetze werden. Auf wichtige Regelungen im "Fünften Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze" muss sich die Praxis vorsorglich aber schon jetzt einstellen. Von größter Bedeutung ist, dass die Erstattungspflicht des Arbeitgebers gem. § 147a SGB III für an den Arbeitnehmer gezahltes Arbeitslosengeld durch die geplante Verlängerung der Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes I entgegen der bisherigen Regelung nun doch über den 31.01.2006 hinaus gelten wird.

Auch nach einer Neuwahl des Bundestages wird sich die Bundesregierung mit dem dringenden arbeits- und sozialrechtlichen Reformbedarf beschäftigen müssen. Über die ersten arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen nach der Wahl werden wir Sie mit unserem Heft, das für dem Spätherbst diesen Jahres geplant ist, informieren.

AUTOREN DIESER AUSGABE

DR. DETLEF GRIMM
detlef.grimm@loschelder.net

DR. MARTIN BROCK
martin.brock@loschelder.net

DR. NORBERT WINDELN, LL.M.
norbert.windeln@loschelder.net

NEUES RECHT DER MASSENENTLASSUNGSANZEIGE NACH ENTSCHEIDUNG DES EUGH

Große Bedeutung hatten die Regelungen zur Massenentlassungsanzeige in den §§ 17 ff. KSchG bislang nicht. Die Anzeige war eine Formalität, die im Zuge größerer Personalabbaumaßnahmen und im Regelfall erst nach Ausspruch der Kündigung administrativ sauber abgearbeitet werden musste. Die §§ 17 ff. KSchG, die die europarechtliche Richtlinie 98/59/EG umsetzen, verfolgen – nach bisheriger Auffassung – einen arbeitsmarktpolitischen Zweck: Die Arbeitsagenturen sollen rechtzeitig über kommende Belastungen für den Arbeitsmarkt informiert werden.

Hierzu muss der Arbeitgeber bei Überschreiten bestimmter von der Betriebsgröße abhängiger Zahlengrenzen der Bundesagentur die Entlassungen schriftlich anzeigen. Da zwischenzeitlich durch die Pflicht der Arbeitnehmer, sich gem. § 37b SGB III frühzeitig arbeitsuchend zu melden, die Arbeitsagenturen oftmals vor Eingang der Massenentlassungsanzeige bereits informiert waren, hatte diese ihren ursprünglichen Zweck weitgehend eingebüßt und war zur rein europarechtlich erzwungenen Formalität geworden.

Diesem Schattendasein der Massenentlassungsanzeige hat die Entscheidung des EuGH vom 27.01.2005 im Falle "Junk" ein Ende gesetzt (EuGH vom 27.01.2005 - C-188/03 "Junk"). Der EuGH entschied auf Vorlage des Arbeitsgerichts Berlin, dass die "Entlassung", an die die Anzeigepflicht anknüpft, nicht, wie dies die bislang (fast) einhellige Ansicht in Deutschland war, der Zeitpunkt des tatsächlichen Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis ist, sondern der Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung: Bei einer Kündigung am 27.06.2005 zum 31.08.2005 wäre nach der Rechtsprechung des BAG der Zeitpunkt der Entlassung der 31.08.2005 gewesen. Der EuGH hat nunmehr für das Europarecht verbindlich festgelegt, dass Zeitpunkt der Entlassung der Tag der Kündigung, also der 27.06.2005 ist. Nach Auffassung des BAG hätte die Anzeige auch nach Ausspruch der Kündigung erfolgen können. Aus der Ansicht des EuGH folgt, dass die Anzeige vor Ausspruch der Kündigung erfolgen muss.

Durch die Entscheidung des EuGH steht nun fest, dass jedenfalls die bislang in Deutschland befolgte Praxis europarechtswidrig ist. Für die Rechtslage in Deutschland ist allerdings nicht die europäische Richtlinie, auf die sich das Urteil des EuGH bezieht, sondern deren Umsetzung in das deutsche Recht durch die §§ 17 ff. KSchG maßgeblich.

Die Folgen aus dem Urteil des EuGH sind hoch umstritten, insbesondere, ob die §§ 17 ff. KSchG sich im Lichte der Entscheidung des EuGH "richtlinienkonform" auslegen lassen, oder ob der Gesetzgeber das europarechtswidrige Gesetz ändern muss. Nur durch eine "richtlinienkonforme" Auslegung kann die Entscheidung des EuGH unmittelbare Konsequenzen haben.

Zumindest in der Vergangenheit hat das BAG stets verneint, dass die Regelungen des § 17 KSchG dahingehend ausgelegt werden könnten, dass "Entlassung" nicht das tatsächliche Ausscheiden, sondern der Ausspruch der Kündigung ist (insb. BAG vom 18.09.2003 – 2 AZR 79/02). Hierbei hat es sich wesentlich auf den Wortlaut gestützt und darauf verwiesen, dass das KSchG in der Terminologie zwischen Kündigung und Entlassung differenziert. Es hat im weiteren darauf hingewiesen, dass eine Auslegung der §§ 17 ff. KSchG im vom EuGH für richtig gehaltenen Sinne zu systematisch unsinnigen Ergebnissen führt. Hier wird abzuwarten sein, ob das BAG auch nach der Entscheidung des EuGH an dieser Linie festhält. Erste Gerichtsentscheidungen nach dem Urteil des EuGH setzen jedenfalls die Linie des BAG konsequent fort (so z.B. ArbG Krefeld 14.04.2005 – 1 Ca 3731/04 – DB 2005 S. 892).

Für im Sinne des EuGH auslegungsfähig hält das KSchG jedoch die Bundesagentur für Arbeit. Diese Entscheidung der Bundesagentur, die durch Pressemitteilungen und interne Weisungen festgelegt wurde, schafft Tatsachen. Es ist für die Arbeitgeber empfehlenswert, der möglicherweise gesetzeswidrigen Rechtsansicht der Bundesagentur für Arbeit zu folgen. Die Praxis muss sich bereits jetzt auf eine Umsetzung der Vorgaben des EuGH einstellen. Die weitreichenden Konsequenzen möchten wir im folgenden näher darstellen:

1. Wann muss die Anzeige bei der Agentur für Arbeit eingehen?

Für den Zeitpunkt der Anzeige folgt aus dem Urteil des EuGH und den Handlungsvorgaben der Bundesagentur für Arbeit, dass diese nunmehr vor Ausspruch der Kündigungen bei der jeweiligen lokalen Arbeitsagentur eingehen muss. Der Arbeitgeber hat in der oftmals hektischen Vorbereitung von Massenentlassungen eine weitere formale Hürde zu nehmen, zumal die Einreichung der Anzeige auch mehr administrative Sorgfalt als bisher erfordern wird. Es ist wichtig, den genauen Zeitpunkt des Eingangs der Anzeige bei der Arbeitsagentur feststellen zu können; von einem Postversand der Anzeige kann deshalb nur abgesehen werden. Stattdessen sollte die Anzeige persönlich bei der Agentur für Arbeit abgegeben werden, um insbesondere auch das Datum des Eingangsstempels überprüfen zu können. Die Kündigungen können dann am Folgetag ausgesprochen werden. Wenn die Kündigungen auch auf den Folgetag datiert sind, werden Diskussionen darüber vermieden, ob die Kündigungen tatsächlich erst nach Eingang der Anzeige ausgesprochen wurden.

Angesichts der derzeit bestehenden Differenzen über die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung empfiehlt

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

August 2005

es sich, zudem vorsorgliche Massenentlassungsanzeigen auf Grundlage der bisherigen Regelung einzureichen. Da gem. § 18 Abs. 4 KSchG die Entlassungen innerhalb von 90 Tagen nach Eingang der Anzeige bei der Arbeitsagentur durchgeführt werden müssen, erfasst eine vor Ausspruch der Kündigungen (nach der Rechtsansicht der Bundesagentur) erstellte Massenentlassungsanzeige nach Ablauf von zwei Monaten wirksam werden. Entlassungen (verstanden mit dem BAG als das tatsächliche Ausscheiden) nicht mehr. Inwieweit die Gerichte zugunsten der Arbeitgeber Vertrauensschutzgesichtspunkte gelten lassen werden, ist noch unsicher.

2. Wann werden die Schwellenwerte erreicht?

§ 17 KSchG gibt vor, dass eine Anzeigepflicht ab folgenden Schwellenwerten besteht:

- für Betriebe mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmer: Entlassung von mehr als 5 Arbeitnehmern innerhalb von 30 Tagen.
- für Betriebe mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmer: Entlassung von mehr als 25 Beschäftigte oder 10 % der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen.
- für Betriebe mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern: Entlassung von mindestens 30 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Tagen.

Erfasst werden Kündigungen des Arbeitgebers (gleich aus welchem Grund), Änderungskündigungen und vom Arbeitgeber veranlasste Eigenkündigungen und Aufhebungsverträge. Nicht zur Anzeigepflicht führen der Auslauf befristeter Arbeitsverhältnisse und Anfechtungen.

Da es nunmehr nicht mehr auf die sich durch unterschiedliche Kündigungsfristen auf verschiedene Termine außerhalb des maßgeblichen 30-Tage-Zeitraums verteilenden tatsächlichen Beendigungen sondern auf den Ausspruch der Kündigungen – der en bloc erfolgt – ankommt, werden weitaus häufiger als in der Vergangenheit Massenentlassungsanzeigen erforderlich werden.

Bei Zweifeln, ob eine Anzeigepflicht besteht, empfiehlt es sich, eine vorsorgliche Anzeige an die Arbeitsagentur zu erstatten. Diese stellt, wenn keine Anzeigepflicht bestand, ein so genanntes "Negativattest" aus. Nicht zuletzt dieses Negativattest ermöglicht es, Diskussionen vor Gericht über die Notwendigkeit einer Massenentlassungsanzeige wirksam zu beenden.

3. Wann werden die Kündigungen wirksam?

Die komplizierten Regelungen der §§ 17 ff. KSchG führen zu einer Vielzahl divergierender Ansichten und zu der Frage, welche Folge die Entscheidung des EuGH hat. Rechtlich haltbar (jedenfalls den Rechtsstandpunkt der Bundesagentur vorausgesetzt) und insbesondere auch mit der Rechtsprechung des EuGH in Übereinstimmung ist die Rechtsansicht der Bundesagentur für Arbeit: Wirksam werden die Kündigungen erst nach Ablauf der Sperrfrist von 30 Tagen, die nach Eingang der Anzeige beginnt. Diese Sperrfrist kann von der Arbeitsagentur verlängert oder – auf Antrag – verkürzt werden. Nach Auffassung der Bundesagentur muss für den Ausspruch der Kündigungen die Sperrfrist nicht abgewartet werden. Kündigungsfrist und Sperrfrist können parallel laufen. Für den Arbeitnehmer tritt im Regelfall keine Verlängerung der Kündigungsfrist ein.

Bei einer Anzeige am 30.01 muss daher nicht erst die 30-tägige Sperrfrist abgewartet werden, bevor die Kündigungen ausgesprochen werden, mit der Folge, dass die Kündigungen selbst erst im März ausgesprochen werden könnten (dann könnte bei einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende eine Lösung des Arbeitsverhältnisses erst Ende April erfolgen). Vielmehr laufen Sperrfrist und Kündigungsfrist parallel. Nach einer Massenentlassungsanzeige am 30.01. können die Kündigungen am 31.01. ausgesprochen werden, mit der Folge, dass Kündigungen mit einmonatiger Frist am 28.02. wirksam werden. Eine Verlängerung der Kündigungsfrist kann durch die neue Rechtslage allerdings für Mitarbeiter mit kürzerer Kündigungsfrist eintreten; das wird insbesondere Mitarbeiter in der Probezeit betreffen.

4. Bis wann müssen die Kündigungen ausgesprochen werden?

§ 18 Abs. 3 KSchG gibt dem Arbeitgeber für den Ausspruch der Kündigungen eine Rahmenfrist von 90 Tagen. Über die Bedeutung dieser Rahmenfrist im Lichte der Vorgaben des EuGH wird derzeit lebhaft gestritten. Richtigerweise muss man die Regelung so verstehen, dass, wenn der Arbeitgeber die angekündigten Kündigungen nicht innerhalb von 90 Tagen ausspricht, eine erneute Massenentlassungsanzeige notwendig wird.

5. Welche Rechte hat der Betriebsrat?

Aus der Urteilsbegründung des EuGH wird deutlich, dass dieser insbesondere daran interessiert war, die Beteiligungsrechte, die die Richtlinie für die gewählten Vertreter der Arbeitnehmer vorsieht, zu schützen. Auch § 17 Abs. 2 KSchG regelt ein detailliertes Verfahren für die Anhörung und Beratung mit dem Be-

etriebsrat. Dieses Verfahren ist jedoch in der Praxis im Regelfall ohne Bedeutung. Da nach der Rechtsprechung des BAG so gut wie jede anzeigepflichtige Entlassung auch eine Betriebsänderung gem. §§ 111,112 BetrVG sein wird, sind diese Beteiligungsrechte, die dem Betriebsrat weitaus größeren Einfluss einräumen als das Verfahren gem. § 17 KSchG, in der Praxis von gewichtiger Bedeutung. Das Verfahren gem. § 17 KSchG wird in der Praxis zumeist im Rahmen der Verhandlungen über einen Interessensausgleich miterledigt. Auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats hat die Entscheidung des EuGH daher keinen Einfluss.

6. Was sind die Folgen unterlassener Anzeigen?

Bislang war nach der Rechtsprechung des BAG die Folge unterlassener Anzeigen nicht die Unwirksamkeit der Kündigung sondern die Unwirksamkeit der Entlassung: Die (wirksame) Kündigung konnte vom Arbeitgeber nicht umgesetzt werden, der Arbeitgeber blieb so lange zur Weiterbeschäftigung verpflichtet, bis eine wirksame Anzeige vorlag. Dies konnte insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber irrigerweise davon ausgegangen war, dass eine Massenentlassungsanzeige gar nicht erforderlich sei, im wirtschaftlichen Ergebnis der Unwirksamkeit der Kündigung sehr nahe kommen.

Nach der Änderung der Rechtsprechung wird man sich (wenn man eine richtlinienkonforme Auslegung nicht für möglich hält, jedenfalls nach einer Gesetzesänderung) darauf einstellen müssen, dass Folge einer unterlassenen Anzeige die Unwirksamkeit der Kündigung selbst ist. Die aus der fehlenden Anzeige folgende Unwirksamkeit der Kündigung kann nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Arbeitnehmer gem. § 4 KSchG Kündigungsschutzklage erhoben und sich gem. § 6 KSchG bis spätestens zum Schluss der mündlichen Verhandlung auf das Fehlen einer Massenentlassungsanzeige berufen hat.

7. Welche Folgen haben fehlerhafte oder unvollständige Anzeigen?

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen fehlerhafte oder unvollständige Anzeigen, die gegebenenfalls nachgebessert werden müssen, wirksam sind, hat sich in der Vergangenheit nicht gestellt, da in der Regel hinreichend Zeit vorhanden war, um innerhalb der vom KSchG gesetzten Fristen die Massenentlassungsanzeige nachzubessern. Nachbesserungen werden künftig, da die Kündigungen meist unmittelbar nach Eingang der Anzeige bei der Arbeitsagentur ausgesprochen werden, nicht möglich sein. Hier werden die Arbeitsagenturen und Gerichte Maßstäbe entwickeln müssen, bis zu welchem Grad von Unvollständigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit sie eine Massenentlassungsanzeige noch als wirksam akzeptieren. Vorrangig empfiehlt es sich allerdings, die Formulare der Bundesagentur für

die Anzeige der Entlassungen mit großer Sorgfalt auszufüllen, damit erst gar kein Korrekturbedarf entstehen kann.

8. Sind vor dem 27.01.2005 ohne entsprechende Anzeige ausgesprochene Kündigungen unwirksam?

Wenn man die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Gesetzes bejaht, stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit der vor dem Urteil des EuGH (also vor dem 27.01.2005) ausgesprochenen anzeigepflichtigen Entlassungen. Bei allen anzeigepflichtigen Entlassungen in der Vergangenheit ergingen aufgrund der Vorgaben von BAG und Bundesagentur keine Massenentlassungsanzeigen vor Ausspruch der Kündigungen. Bei strikt durchgeführter richtlinienkonformer Auslegung muss man zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Vielzahl von anzeigepflichtigen Kündigungen in der Vergangenheit unwirksam sind (so tatsächlich Appel, DB 2005 S. 1002; eine ähnliche Rechtsansicht liegt wohl auch dem Vorlagebeschluss des ArbG Berlin 30.04.2003 – 36 Ca 19726/02 – ZIP 2003 S. 1265 zugrunde).

Dass diese absurde Konsequenz nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand. Zugunsten der Arbeitgeber ist zu berücksichtigen, dass sie, indem sie die Massenentlassungsanzeige erst nach Ausspruch der Kündigung vornahmen, den Vorgaben von BAG und Bundesagentur für Arbeit gefolgt sind. Die ersten zu diesem Themenkomplex vorliegenden Urteile jedenfalls befassen sich ausführlich mit dem Thema Vertrauensschutz für den Arbeitgeber, den sie im Ergebnis bejahen (LAG Köln 25.02.2005 – 11 Sa 767/04; ArbG Krefeld 14.04.2005 – 1 Ca 3731/04 – DB 2005 S. 892).

Das letzte Wort in dieser Sache wird das BAG haben, das mit Augenmaß wohl die arbeitsrechtliche Katastrophe von unzähligen unwirksamen Kündigungen (die Richtlinie stammt aus dem Jahr 1998) verhindern wird. Zu beachten ist hier auch, dass eine Vielzahl von Fällen – unabhängig von Vertrauensschutzgesichtspunkten – durch rechtskräftige Urteile oder Vergleiche endgültig geregelt sind. In den Restfällen wird oftmals die Klagefrist gem. § 4 KSchG verstrichen sein. Relevant ist die Frage nach Vertrauensschutz vor allem bei Altkündigungen, die derzeit gerichtlich geprüft werden.

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

August 2005

FORMELLE FEHLER BEIM AUSSPRUCH DER KÜNDIGUNG

Kündigungen von Arbeitnehmern können aus zahlreichen Gründen unwirksam sein. Von besonderer Bedeutung ist hier die Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung aufgrund des KSchG. Oft übersehen werden jedoch die Wirksamkeitsrisiken aus formellen Gründen, die sich aus dem allgemeinen Zivilrecht ergeben. Gerade diese Fehler lassen sich jedoch leicht vermeiden.

1. Formulierung des Kündigungsschreibens

Der Text des Kündigungsschreibens sollte so knapp und formal wie möglich gehalten werden. Alles, was über den notwendigen Mindestinhalt eines Kündigungsschreibens hinausgeht, birgt im Zweifel nur unnötige Risiken.

Für die Formulierung von Kündigungen gilt der Bestimmtheitsgrundsatz. Der Kündigungsempfänger muss aus dem Kündigungsschreiben zweifelsfrei erkennen können, dass sein Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Termin enden soll. Diese Beendigung muss unmittelbar aus der Kündigung hervorgehen und als deren sichere Folge dargestellt werden. Die Kündigung darf insbesondere nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Möglich ist es aber, wenn Zweifel an der Wirksamkeit einer vorangegangenen Kündigung oder Befristung bestehen, das Arbeitsverhältnis "vorsorglich" nochmals zu kündigen.

Einer Begründung bedarf die Kündigung im Regelfall nicht. Eine gesetzliche Begründungspflicht besteht nur bei der Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses gem. § 15 Abs. 3 BBiG und bei der Kündigung während des Mutterschutzes gem. § 9 Abs. 3 S. 2 MuSchG. Weitere Begründungspflichten können sich aus Tarifverträgen ergeben, wobei ein Verstoß hiergegen in vielen Fällen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt (etwa bei § 57 S. 2 BAT). Für die außerordentliche Kündigung regelt § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf Verlangen die Kündigungsgründe mitteilen muss; aber auch hier führt ein Verstoß nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Taktisch ist es oftmals falsch, die Kündigung zu begründen, da ein solcher Hinweis nur unnötig den Argumentationsspielraum bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung einengt. Nur, wenn zuvor eine Betriebsratsanhörung erfolgen musste, ist dieser Gesichtspunkt weniger relevant. Der Arbeitgeber hat gem. § 102 Abs. 1 BetrVG den Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Widerspricht der Betriebsrat der Kündigung, so muss der Arbeitgeber gem. § 102 Abs. 4 BetrVG dem Arbeitnehmer mit dem Kündigungsschreiben die Stellungnahme des Betriebsrates zu-leiten. Unterlässt der Arbeitgeber dies, ist die Kündigung jedoch nicht deswegen unwirksam.

Aufgenommen werden sollte in das Kündigungsschreiben aber ein weiterer "Textbaustein". Gem. § 2 Abs. 2 Ziff. 3 SGB III

ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer darauf hinzuweisen, dass er sich gem. § 37 b SGB III arbeitsuchend zu melden hat. Ein Fehlen dieses Hinweises hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung. Aus seinem Fehlen lässt sich auch kein Schadensersatzanspruch ableiten (LAG Düsseldorf v. 29.9.2004 - 12 Sa 1323/04). Dennoch sollte der Hinweis, schon um eine sorgfältige Vorbereitung der Kündigung zu dokumentieren, in das Kündigungsschreiben aufgenommen werden.

Als Muster für eine ordentliche Kündigung kann daher der folgende Vorschlag verwandt werden:

"Sehr geehrter Herr Schmitz,

hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis fristgemäß zum

Der Betriebsrat ist vor Ausspruch der Kündigung angehört worden und hat dieser [nicht] nach § 102 BetrVG widersprochen. [Eine Kopie des Widerspruchsschreibens ist als Kopie beigelegt]

Zur Aufrechterhaltung ungekürzter Ansprüche auf Arbeitslosengeld sind Sie nach § 37b SGB III dazu verpflichtet, sich unverzüglich nach Erhalt der Kündigung persönlich beim Arbeitsamt arbeitsuchend zu melden. Weiterhin sind Sie verpflichtet, aktiv nach einer Beschäftigung zu suchen.

*Mit freundlichen Grüßen
[Unterschrift]"*

Dieser Textvorschlag für eine ordentliche Kündigung deckt den Normalfall ab. Besondere Formen der Kündigung, wie die außerordentliche Kündigung (mit sozialer Auslauffrist) oder die Änderungskündigung, müssen individuell für den Einzelfall formuliert werden.

2. Kündigung durch den richtigen Arbeitgeber

Der Hinweis auf das Erfordernis der Kündigung durch den richtigen Arbeitgeber ist nicht so banal, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag. In der Praxis können hier erhebliche Probleme bestehen. So kommt es in Unternehmensgruppen oder Konzernverbänden häufig vor, dass der formal falsche Arbeitgeber kündigt. Zweifelhaft kann die Identität des Arbeitgebers bei einem Betriebs- oder Betriebsteilübergang gem. § 613a BGB sein. Es ist dann nicht der ursprüngliche Arbeitgeber, mit dem der Arbeitsvertrag geschlossen wurde, kündigungs-

berechtigt, sondern der neue Arbeitgeber, auf den das Arbeitsverhältnis kraft Gesetz übergegangen ist. Ist strittig, ob überhaupt ein Betriebsübergang stattgefunden hat, kann es daher ratsam sein, dass sowohl der neue als auch der alte Arbeitgeber eine Kündigung aussprechen. Eine vom falschen Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis nicht.

3. Kündigungsberechtigung

Den Arbeitsvertrag kündigen kann nur der Arbeitgeber selbst. Auch diese einfache Aussage kann in der praktischen Umsetzung zu Schwierigkeiten führen. Einfach ist der in der Praxis ab einer gewissen Unternehmensgröße seltene Fall des Einzelunternehmers, der selbst kündigungsberechtigt ist. Auch bei Handelsgesellschaften (OHG, KG) ist die Rechtslage einfach: Gem. §§ 125 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB sind alle Gesellschafter einer OHG und alle Komplementäre einer KG einzelvertretungsberechtigt und damit zum Ausspruch einer Kündigung berechtigt. Schwieriger ist die Rechtslage bei einer GbR: Hier müssen grundsätzlich alle Gesellschafter unterschreiben, andernfalls kann die Kündigung, wenn auch keine ordnungsgemäße Vertretung vorliegt, unwirksam sein (BAG 21.04.2005 – 2 AZR 162/04). Bei juristischen Personen (GmbH oder AG) besteht, wenn nicht in der Satzung etwas anderes vereinbart ist, Gesamtvertretungsmacht aller Geschäftsführer bzw. Vorstände (§§ 35 Abs. 2 GmbHG, 78 Abs. 2 S. 1 AktG), so dass die Kündigung gemeinschaftlich durch alle Geschäftsführer bzw. Vorstände erfolgen muss.

4. Bevollmächtigung

Häufig werden Kündigungen jedoch nicht vom kündigungsberechtigten selbst ausgesprochen, sondern durch Bevollmächtigte. Wenn diese nicht eine Vollmachtsurkunde vorlegen und der Arbeitnehmer nicht auf andere Weise von der Bevollmächtigung Kenntnis hat, kann der Arbeitnehmer die Kündigung gem. § 174 S. 2 BGB unverzüglich zurückweisen. Als unverzüglich wird man in der Regel eine Frist von maximal einer Woche ansehen. Eine wirksam zurückgewiesene Kündigung ist unwirksam.

Eine Vollmachtsurkunde muss, wenn erforderlich, zusammen mit der Kündigung im Original vorgelegt werden; Kopien oder Faxkopien reichen nicht aus.

Entbehrlich ist eine Vorlage der Vollmacht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Hierfür lässt es das BAG ausreichen, dass der Vertreter in eine Stellung berufen wird, die üblicherweise mit einer entsprechenden Vollmacht ausgestattet ist, etwa als Leiter der Personalabteilung. Dies gilt jedoch nur für Personalleiter selbst, nicht aber für die weiteren Mitarbeiter der Personalabteilung.

Auch Prokuristen oder Generalbevollmächtigte brauchen keine Urkunde vorzulegen. Bei einem Prokuristen sollte aber z.B. darauf geachtet werden, dass dieser nur im Rahmen seiner tatsächlich bestehenden Vollmacht handelt, also bei Gesamtvertretungsmacht nicht alleine, sondern – je nach den Verhältnissen im Einzelfall – zusammen mit einem anderen Prokuristen oder einem Geschäftsführer.

Die Unterschrift durch den Vertreter sollte durch einen entsprechenden Zusatz offenlegen, dass eine Vertretung vorliegt. Gezeichnet werden sollte daher "i.V." bzw. bei Prokuristen, "ppa.". Zuletzt hat das BAG in einem Fall, in dem nur ein Teil der Gesellschafter einer GbR ein Kündigungsschreiben unterzeichnet hatte (s.o.), abgelehnt zu prüfen, ob ggf. die unterzeichnenden Gesellschafter ihren Kollegen mitvertreten hatten, da diese nicht mit einem solchen Zusatz gezeichnet hatten (BAG vom 21.04.2005 – 2 AZR 162/04).

5. Schriftform der Kündigung

Die Kündigungserklärung bedarf gem. § 623 BGB der Schriftform; ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis macht die Kündigung nichtig. Erforderlich ist eine eigenhändig unterschriebene Urkunde. Eine Kündigungserklärung in elektronischer Form, also insbesondere per Email, ist vom Gesetzgeber in § 623 BGB ausdrücklich untersagt worden. Eine wirksame Kündigung ist nicht durch Übersendung eines Fax möglich, da die Unterschrift auf dem Fax nicht eigenhändig, sondern fernkopiert ist.

6. Zustellung des Kündigungsschreibens

Das Kündigungsschreiben ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitgebers, die zu ihrer Wirksamkeit des Zugangs beim Empfänger (§ 130 Abs. 1 BGB) bedarf. Beweispflichtig für den Zugang der Kündigung und – falls es hierüber Streit gibt (etwa wegen der Wahrung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB) – den Zeitpunkt des Zugangs ist der Arbeitgeber.

a) Zugang durch persönliche Übergabe

Bei einem Ausspruch der Kündigung durch Übergabe des Kündigungsschreibens muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben im Original übergeben. Der Zugang ist erfolgt, wenn der Arbeitnehmer das Schreiben in der Hand hält. Dagegen ist es nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben wirklich liest. Wenn er vom Arbeitgeber das Kündigungsschreiben in einem verschlossenen Umschlag erhalten hat und diesen ungeöffnet an den Arbeitgeber zurückgibt, ist die Kündigung dennoch zugegangen (BAG vom 4.11.2004 – 2 AZR 17/04; BAG vom 21.04.2005 – 2 AZR 162/04).

Um den Zugang unter Beweis stellen zu können, sollte der Arbeitnehmer gebeten werden, den Zugang auf einer Kopie des Schreibens zu bestätigen. Für den Fall, dass er hierzu nicht bereit ist, empfiehlt es sich, für die Übergabe einen Zeugen benennen zu können. Dieser sollte ein Protokoll anfertigen; ein Muster ist auf der rechten Seite dieses Artikels abgedruckt.

Für den nicht seltenen Fall, dass der mit einer Kündigung rechnende Arbeitnehmer sich kategorisch weigert, das Kündigungsschreiben in Empfang zu nehmen, kann sich der Arbeitgeber im Prozess ggf. auf eine Zugangsvereitelung berufen. Sicherer ist es, das Kündigungsschreiben zusätzlich an die Hausadresse des Arbeitnehmers zuzustellen. Die Weigerung des Arbeitnehmers, das Schreiben in Empfang zu nehmen, kann allerdings ein weiterer Kündigungsgrund sein. Nach einer mündlichen Abmahnung (unter Zeugen) vor Ort sollte eine vorsorgliche verhaltensbedingte Kündigung (ggf. erst nach Anhörung des Betriebsrats) ausgesprochen werden.

b) Zugang durch Zustellung in Hausbriefkasten

Der Ausspruch der Kündigung durch Zustellung in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers ist zwar etwas aufwendiger als die persönliche Übergabe, aber auch geeignet, den Zugang sicher zu beweisen. Hier muss sehr sauber gearbeitet werden, damit nicht nur die Zustellung eines Briefes bewiesen werden kann, sondern auch, dass es sich dabei um das Kündigungsschreiben gehandelt hat und nicht, wie der Arbeitnehmer behauptet, um ein weißes Blatt Papier. Auch muss darauf geachtet werden, ggf. den fristgerechten Zugang – der wegen § 626 Abs. 2 BGB oder zur Wahrung von Kündigungsfristen wichtig sein kann – beweisen zu können.

Grundsätzlich ungeeignet ist eine Übersendung des Kündigungsschreibens per Post. Bei einem einfachen Brief gibt es keinerlei Zugangsnachweis. Auch bei Zustellung per Einwurfeinschreiben gibt es keinen Beweis, da die Post bei einem Einwurfeinschreiben lediglich einen Computerausdruck mit der Uhrzeit und dem Ort des Einwurfes ausstellt. Eine als Beweismittel verwertbare Urkunde ist dieser Ausdruck nicht.

Ebenfalls im Regelfall nicht empfehlenswert ist der Versand der Kündigung als Übergabeeinschreiben mit Rückschein. Der ordnungsgemäß ausgefüllte Rückschein kann zwar ein gerichtsverwertbares Beweismittel sein, die recht häufigen Mängel bei der Ausfüllung des Rückscheins durch die Post (fehlende Daten, fehlende oder unleserliche Unterschriften) kann der Arbeitgeber jedoch nicht kontrollieren. Auch ist nicht gewährleistet, dass überhaupt ein Zugang erfolgt. Wenn der Postbote den Empfänger nicht zu Hause antrifft, hinterlässt er im Briefkasten einen Benachrichtigungsschein, der zur Abholung auf dem Postamt auffordert. Allein dieser Benachrichtigungsschein bewirkt noch

keinen Zugang; ein Zugang erfolgt erst mit der tatsächlichen Abholung bei der Post. Wenn diese bis zum Ende der Aufbewahrungsfrist unterbleibt, kommt es nicht zu einem Zugang.

Wir empfehlen deshalb die Zustellung per Boten. Der Bote kann im Streitfall als Zeuge für den Zugang benannt werden. Als Bote geeignet sind zuverlässige und loyale Mitarbeiter oder seriöse Kurierdienste. Der Bote sollte grundsätzlich über die Bedeutung seines Auftrages aufgeklärt werden und es sollte ihm gezeigt werden, dass es sich bei dem Schriftstück um eine Kündigungserklärung handelt. Über die Zustellung sollte der Bote ein Protokoll anfertigen (siehe Muster auf der rechten Seite).

Am einfachsten und sichersten ist es, das Kündigungsschreiben einfach in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers zu stecken. Nach der Rechtsprechung geht in diesem Fall das Schreiben dann zu, wenn nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Das ist spätestens (bei einem in der Nacht eingeworfenen Schreiben) am nächsten Tag, bei einem Einwurf am Morgen kann es auch zu einem Zugang noch am gleichen Tag kommen. Das gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer tatsächlich den Briefkasten leert. Auch bei einer Kündigung während der Urlaubsabwesenheit des Arbeitnehmers (die dem Arbeitgeber bekannt ist) kommt es spätestens am Folgetag zum Zugang (BAG 16.03.1988 – 7 AZR 587/87 – AP Nr. 16 zu § 130 BGB). Etwas anderes soll ggf. bei Krankenhaus- oder Kuraufenthalt gelten.

Das in Kopie als Anlage beigefügte Kündigungsschreiben der

Firma _____ vom _____
Name der Firma *Datum*

an _____
Name

wohnhaft in _____
PLZ *Ort* *Straße* *Hausnummer*

ist mir _____ heute, am _____ von _____
Name des Boten *Datum* *Name des Mitarbeiters*

ausgehändigt worden.

Das Kündigungsschreiben war im Original unterschrieben. Dem Kündigungsschreiben beigefügt war eine im Original unterschriebene Vollmachtsurkunde; eine Kopie dieser Urkunde ist ebenfalls in der Anlage beigefügt.

Ich habe dieses Schreiben / diese Schreiben in einen Umschlag gesteckt, diesen verschlossen und wie folgt beschriftet

Ich habe _____ hat diesen Umschlag am Wohnsitz des Empfängers
Herr / Frau _____ am Firmensitz
Name

Herrn / Frau _____ persönlich überreicht
Name des Arbeitnehmers

in den Briefkasten mit der Aufschrift _____ gesteckt
Aufschrift

Bei dem Briefkasten handelte es sich um einen Briefschlitz in der Tür
 einzelnen Hausbriefkasten
 Hausbriefkasten

die umliegenden Briefkästen tragen (von oben im Uhrzeigersinn) die folgenden Aufschriften

Mir sind folgende Besonderheiten aufgefallen:

Zeitpunkt der Zustellung

am _____ um _____ Uhr _____
Datum *Uhrzeit* *Ort* *Datum*

Unterschrift des Boten

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

August 2005

ENTSCHEIDUNGEN ZUM INDIVIDUALARBEITSRECHT

1. Auch einzelvertraglich vereinbarte Ausschlussfristen können nach BAG wirksam sein

Durch die Inhaltskontrolle nach den Regeln für Allgemeine Geschäftsbedingungen für Arbeitsverträge als Folge der Schuldrechtsreform war die Wirksamkeit der weit verbreiteten einzelvertraglichen Ausschlussfristen zweifelhaft geworden. In seiner ersten Entscheidung zum Thema hat das BAG nun viele offene Fragen geklärt (BAG vom 25.05.2005 – 5 AZR 572/04). Streitig war zwischen den Parteien die Wirksamkeit einer zweistufigen Ausschlussfrist, die auf der ersten Stufe (schriftliche Geltendmachung) eine Frist von 6 Wochen seit Fälligkeit vorsah und auf der zweiten Stufe eine Klagefrist von 4 Wochen.

Das BAG entschied, dass zweistufige Ausschlussfristen einzelvertraglich auch in Formularverträgen vereinbart werden können. Verschiedentlich geäußerten Zweifeln, ob zweistufige Ausschlussfristen überhaupt noch wirksam vereinbart werden könnten, hat sich das BAG damit nicht angeschlossen. Allerdings legt das Gericht an die inhaltliche Ausgestaltung strengere Maßstäbe an als zuvor. Eine vierwöchige Klagefrist auf der zweiten Stufe hielt es für zu kurz. Die Klagefrist müsse mindestens drei Monate betragen. Das zeige die Wertentscheidung des Gesetzgebers in § 61 b Abs. 1 ArbGG für Klagen wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung.

Wir halten das Urteil für grundsätzlich zutreffend. Mit dem vom BAG gefundenen Ergebnissen kann die Praxis gut leben; die Orientierung an § 61 b ArbGG war naheliegend. Noch nicht endgültig entschieden hat das BAG, welche Frist für die schriftliche Geltendmachung auf der ersten Stufe vorgegeben werden kann. Wir sind jedoch optimistisch, dass die von uns in Vertragsentwürfen verwandte Sechsmonatsfrist vom BAG akzeptiert werden wird. Der Gesetzgeber sieht jedenfalls im Recht der geschlechtsspezifischen Diskriminierung in § 611a Abs. 4 S. 3 BGB für die schriftliche Geltendmachung eine Sechs-Monats-Frist vor.

2. Entwertung der Warnfunktion durch zu häufige Abmahnung

Erhebliche Unsicherheit hatte die Entscheidung des BAG vom 15.11.2001 (BAG 15.11.2001 – 2 AZR 609/00) hervorgerufen, in der das BAG eine Entwertung der Warnfunktion durch zu häufige Abmahnungen und demzufolge eine Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung für möglich hielt. Hier hat sich das BAG in der neueren Entscheidung vom 16.09.2004 (BAG 16.09.2004 – 2 AZR 406/03) um eine Präzisierung bemüht: Auch wiederholte Abmahnungen von gleichartigem Verhalten behalten ihre Warnfunktion und können eine Kündigung vorbereiten. Das BAG weist darauf hin, dass sonst gerade der sorgsam abwägende Arbeitgeber benachteiligt würde. Das BAG

weist zudem darauf hin, dass bei bestimmten Fehlverhalten eine einzelne Abmahnung unter Umständen gerade nicht ausreichen könne.

Der Begründung des BAG lassen sich wichtige Hinweise für die Formulierung von Abmahnungen entnehmen. Der Arbeitgeber hatte die Abmahnungen aufeinander bezogen und in der letzten Abmahnung den Arbeitnehmer "nochmals" aufgefordert, sich vertragsgerecht zu verhalten. Das BAG sah hierin eine "gewisse Steigerung der Intensität", die die Warnfunktion erhalte; es wird deutlich, dass das aber anders sein kann, wenn Abmahnungen "nur so" und "gewissermaßen mechanisch" ausgesprochen werden.

3. Vermeidung eines Betriebsübergangs durch Vertragsschluss mit einer Beschäftigungsgesellschaft

Das LAG Bremen hat entschieden, dass ein dreiseitiger Vertrag, der die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses und dessen Übergang auf eine Beschäftigungsgesellschaft zum Gegenstand hat, jedenfalls dann als Verstoß gegen § 613a BGB nichtig ist, wenn der Zweck des Übergangs lediglich darin besteht, die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses zu unterbrechen (LAG Bremen 26.08.2004, Az.: 1 Sa 81/04 und 3 Sa 80/04).

Ein Hotelbetreiber in wirtschaftlichen Schwierigkeiten teilte seinen Arbeitnehmern mit, dass die Insolvenz bevorstehe und diese zum Verlust der Arbeitsplätze führen werde. Dies könne jedoch mit dem Abschluss eines dreiseitigen Vertrages verhindert werden. Dazu werde das Arbeitsverhältnis aufgehoben und es würden neue, befristete und schlechter bezahlte Beschäftigungsverhältnisse mit einer Betreibergesellschaft geschlossen. Sofern die Betreibergesellschaft für die gewechselten Mitarbeiter Kurzarbeitergeld "Null" erhalten würde, würde mittelfristig eine hinter der Betreibergesellschaft stehende Drittgesellschaft das Hotel mit den Beschäftigten fortführen. Der dreiseitige Vertrag wurde mit den Beschäftigten geschlossen. Die Betreibergesellschaft übernahm die Beschäftigten zu verschlechterten Konditionen in ein befristetes Arbeitsverhältnis. Nachdem dieses nicht verlängert worden war, erstrebte der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit des dreiseitigen Vertrages und das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsvertrages mit dem neuen Betreiber.

Das Landesarbeitsgericht Bremen gab der Klage statt. Der dreiseitige Vertrag stelle eine Umgehung des § 613a BGB dar und sei deswegen nichtig. Zwar habe das BAG (Urteil vom 10.12.1998 – 8 AZR 324/97) in einem ähnlichen Fall das Vorgehen des Arbeitgebers gebilligt, dabei sei es jedoch nicht lediglich um die Umgehung des Schutzes des § 613 a BGB gegangen. In der Entscheidung des BAG wurde von der zwischengeschalteten Gesellschaft ein anderer Geschäftszweck, nämlich die Qualifizierung der Mitarbeiter, verfolgt.

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

August 2005

Seit der o.g. Entscheidung des BAG, dem sog. Dörries-Scharmman-Urteil, galt die Zwischenschaltung einer sog. Transfer- und Qualifizierungsgesellschaft, die von der Arbeitsagentur gefördert wird, als gutes Mittel, um die Rechtsfolgen des § 613a BGB zu umgehen und eine Sozialauswahl zu vermeiden. Der Übergang von Mitarbeitern in eine Transfergesellschaft, der oftmals in einem Sozialplan vereinbart wird, beendet im dreiseitigen Vertrag das Arbeitsverhältnis mit dem alten Arbeitgeber. Die Mitarbeiter bleiben befristet in der Transfergesellschaft, die sie qualifiziert und versucht zu vermitteln. Einem möglichen Betriebserberwerber steht, ohne dass die Regeln des § 613a BGB oder der Sozialauswahl greifen, in der Transfergesellschaft ein bereits gut eingearbeiteter Personalpool zur Verfügung, aus dem er sich die für die Fortsetzung benötigte Anzahl von Mitarbeitern aussuchen kann.

Dass dieses vom BAG aus beschäftigungspolitischen Zielen gebilligte Modell zum Missbrauch einlädt, liegt auf der Hand. Ob sich das BAG – die Revision ist zugelassen – der Wertung des LAG Bremen, dass im geschilderten Fall bereits ein Missbrauch vorliege, anschließen wird, bleibt abzuwarten. Klare Vorgaben des BAG in der zu erwartenden Entscheidung können jedenfalls helfen, die Transfergesellschaft als beschäftigungspolitisches (Sozialplan-)Modell zu erhalten.

4. Gleichbehandlungsgebot des AÜG ist verfassungsgemäß

Durch die Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes wurde Ende 2002 das Gebot der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern aufgenommen. Der Verleiher muss danach dem Arbeitnehmer für die Zeit seiner Tätigkeit im Betrieb des Entleihers im wesentlichen gleiche Arbeitsbedingungen (einschließlich des Arbeitsentgelts) wie der Stammbesellschaft gewähren. Von diesem Gleichbehandlungsgebot kann aufgrund eines beim Verleiher anwendbaren Tarifvertrags abgewichen werden. Das führt dazu, dass in der Leiharbeitsbranche fast alle Verleiher tarifgebunden sind.

Die Arbeitgeberverbände im Bereich der Zeitarbeit und Verleihunternehmen legten gegen das Gleichbehandlungsgebot Verfassungsbeschwerden ein und rügten, dass sie durch die gesetzliche Neuregelung in ihren Rechten aus der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt sind. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03) hat die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen und damit den Argumenten der Beschwerdeführer eine deutliche Absage erteilt.

Teilweise verneint das BVerfG bereits eine Verletzung der Grundrechte; so vermag es keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz zu erkennen. Aber auch soweit das BVerfG einen Eingriff in die Grundrechte der Beschwerdeführer bejaht oder für möglich hält, führt das nicht zur Verfassungswidrigkeit der Regelung. Die Regelungen des AÜG seien durch ein legitimes Ziel, die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit, gedeckt und auch verhältnismäßig, zumal der Gesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum habe.

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

August 2005

ENTSCHEIDUNGEN ZUM KOLLEKTIVEN ARBEITSRECHT

1. Verfassungswidrigkeit der Geschlechterquote bei der Betriebsratswahl

§ 15 Abs. 2 BetrVG, der im Zuge der Betriebsverfassungsrechtsreform 2001 in das Gesetz eingefügt wurde, bestimmt, dass das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem Verhältnis an der Gesamtbelegschaft im Betriebsrat vertreten sein muss. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Norm ist hoch umstritten. Entgegen zwei Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Köln, die § 15 Abs. 2 BetrVG bzw. den die Regelung umsetzenden § 15 Abs. 5 Nr. 2 WO für verfassungswidrig halten, hat das BAG entschieden, dass § 15 Abs. 2 BetrVG und § 15 Abs. 5 Nr. 2 WO nicht verfassungswidrig seien. Da die Frage derzeit auch dem BVerfG zur Entscheidung vorliegt, ist die Entscheidung des BAG allerdings noch nicht das letzte Wort in dieser Sache, wobei zu hoffen steht, dass das BVerfG Klarheit spätestens vor den nächsten Betriebsratswahlen 2006 schafft.

Mit Beschluss vom 13.10.2003 (LAG Köln vom 13.10.2003 – 2 Ca BV 1/03) hatte zunächst die zweite Kammer des LAG Köln das BVerfG angerufen, da es § 15 Abs. 2 BetrVG und § 15 Abs. 5 Nr. 2 WO für verfassungswidrig hält. Das LAG Köln hält die Grundsätze für eine demokratische Wahl nach Art. 38 GG, die auch bei Betriebsratswahlen anzuwenden seien, für verletzt, da insbesondere die Wahlrechtsgleichheit beeinträchtigt werde. Bereits die Vorgabe einer Mindestgeschlechterquote in § 15 Abs. 2 BetrVG sei verfassungswidrig. Da das LAG Köln das aus seiner Sicht verfassungswidrige Gesetz nicht selbst verwerfen durfte, musste es die Frage dem BVerfG vorlegen.

Wenig später hatte die dritte Kammer des LAG Köln (LAG Köln vom 31.03.2004 – 3 TaBV 12/03) keine Bedenken gegen § 15 Abs. 2 BetrVG. Die 3. Kammer hielt jedoch die Umsetzung in § 15 Abs. 5 Nr. 2 WO für verfassungswidrig. Da die WO kein formelles Gesetzesrecht ist, konnte das LAG Köln die Norm selbst als verfassungswidrig verwerfen ohne das BVerfG anzurufen. Diese Entscheidung des LAG Köln ist nunmehr vom BAG, das keinen Verfassungsverstoß sah, aufgehoben worden (BAG vom 16.03.2005 – 7 ABR 40/04).

Die schriftlichen Urteilsgründe der Entscheidung des BAG liegen noch nicht vor. Man wird auf die Begründung gespannt sein dürfen. Insbesondere die Regelung § 15 Abs. 5 Nr. 2 WO, der so genannte Listensprung, ist höchst bedenklich, da sie die sich aus der Stimmverteilung ergebende Sitzverteilung abändert. Wenn eine bestimmte Vorschlagliste keine Person des Minderheitengeschlechts mehr aufweist, um die Geschlechterquote zu erfüllen, geht stattdessen der Sitz auf eine andere Liste, die noch über Mitglieder des Minderheitengeschlechts verfügt, über. Dieser Listensprung verzerrt das demokratische Wahlergebnis und verstößt so gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit.

Zudem motiviert § 15 Abs. 5 Nr. 2 WO zu einer taktischen Platzierung des Minderheitengeschlechts auf der Vorschlagliste. Hier hat gerade die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Köln sehr anschaulich gezeigt, dass es taktisch für eine Liste vorteilhaft ist, möglichst wenig Mitglieder des Minderheitengeschlechts auf den vorderen Listenplätzen zu platzieren, sondern diese eher auf die unteren Listenplätze zu konzentrieren um ggf. einen Listensprung herbeizuführen. Diese taktisch motivierte Verteilung der Listenplätze verkehrt die Geschlechterquote geradezu in ihr Gegenteil.

2. Gleichbehandlung in Sozialplänen

Die weiten Spielräume, die die Betriebsparteien bei der Gestaltung von Sozialplänen haben, hat das BAG in seinem Urteil vom 22.03.2005 (BAG vom 22.03.2005 – 1 AZR 3/04) bestätigt.

Die Klägerin verlangte von ihrem Arbeitgeber eine Sozialplanabfindung. Im Sozialplan war festgehalten, dass Mitarbeiter, die auf Vermittlung des Arbeitgebers einen gleichwertigen Arbeitsplatz erhalten, keine Ansprüche aus dem Sozialplan haben, soweit ihr Arbeitsverhältnis nicht innerhalb von 18 Monaten durch betriebsbedingte Kündigung des neuen Arbeitgebers endet. Die Klägerin, die einen gleichbezahlten neuen Arbeitsplatz erhalten hatte, verlangte dennoch die Sozialplanabfindung mit dem Argument, der vermittelte Arbeitsplatz sei nicht gleichwertig, weil die Zeit der Betriebszugehörigkeit bei der Beklagten nicht anerkannt worden sei. Zudem verstoße der Sozialplan gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Das BAG verwies darauf, dass der Sozialplan kein gleichwertiges Arbeitsverhältnis, das gegebenenfalls den Einschluss der Dauer der Betriebszugehörigkeit umfasse, sondern lediglich einen gleichwertigen Arbeitsplatz verlange. Ein solcher liege, insbesondere auch wegen der Entgeltgleichheit, vor. Die Regelung verstoße auch nicht gegen § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Da der Sozialplan die wirtschaftlichen Nachteile des Arbeitnehmers ausgleichen oder abmildern solle, könnten die Betriebsparteien die Arbeitnehmer, die alsbald einen neuen Arbeitsplatz erhalten, von der Sozialplanabfindung ausnehmen.

3. Erleichterte Tarifablösung beim Betriebsübergang nach ver.di-Gründung

Die Fragen der Ablösung von Tarifverträgen beim Betriebsübergang gem. § 613a BGB sind eines der schwierigsten und umstrittensten Gebiete des Arbeitsrechts. Das BAG (BAG vom 11.05.2005 – 4 AZR 315/04) hat nun in einer grundlegenden Entscheidung die Ablösung der gem. § 613a Abs. 1 BGB weitergeltenden Tarifverträge durch einen anderen Tarifvertrag bei beiderseiti-

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

August 2005

ger Tarifgebundenheit erleichtert.

Für den Kläger, der in einem Unternehmen der Druckindustrie beschäftigt war, galt durch die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft IG Medien der Drucktarifvertrag. Nach einem Teilbetriebsübergang auf ein Speditionsunternehmen hatte das BAG in einem ersten Urteil entschieden, dass der Arbeitnehmer an die Tarifverträge für Speditionsunternehmen, die mit der Gewerkschaft ÖTV abgeschlossen waren, nicht gebunden war, da keine kongruente Tarifgebundenheit vorlag.

Im neuen Verfahren entschied das BAG über die Rechtslage nach der Gründung der Gewerkschaft ver.di Mitte 2001 durch Verschmelzung u.a. der IG Medien und der Gewerkschaft ÖTV. Nunmehr liegen nach Ansicht des BAG die Voraussetzungen für eine beiderseitige kongruente Tarifbindung vor. Während vorher beim Kläger als Mitglied der IG Medien keine kongruente Tarifbindung zum Speditionstarifvertrag, der mit der Gewerkschaft ÖTV abgeschlossen worden war, vorlag, ist dies nunmehr aufgrund der einheitlichen Beteiligung von ver.di der Fall. Wegen der fast vollständigen Tarifzuständigkeit von ver.di für den Dienstleistungsbereich kann die neue Entscheidung den Tarifwechsel bei Betriebsübergang wesentlich erleichtern.

Auffällig ist allerdings der Hinweis des BAG, über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen für die Druckindustrie kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung sei nicht zu entscheiden gewesen, da diese Frage nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens geworden sei. Hier könnte sich eine dogmatische Neuorientierung des BAG andeuten. Bisher hatte das BAG Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge stark orientiert an den tarifvertraglichen Vorschriften ausgelegt und so divergierende Ergebnisse zwischen Tarifvertrags- und allgemeinem Vertragsrecht vermieden. Hier deutet sich möglicherweise eine Neuorientierung dahingehend an, dass man zumindest leichter als bisher für das Vertragsrecht vom Tarifvertragsrecht abweichende Ergebnisse zulassen möchte. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des vierten Senats, die auch durch einen Richterwechsel beeinflusst sein kann, bleibt spannend.

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

August 2005

NEUES VOM GESETZGEBER

Fünftes Gesetz zur Änderung des Dritten Buches SGB und anderer Gesetze

1. Verlängerung der Erstattungspflicht für Arbeitslosengeld gem. § 147a SGB III

Am 17.06.2005 hat der Bundestag in zweiter und dritter Lesung das "Fünfte Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze" verabschiedet. Ob das Gesetz Inkrafttreten wird, ist derzeit noch ungewiss (vgl. Editorial).

Die wichtigste mögliche Konsequenz des Gesetzes ist die Verlängerung der Geltungsdauer des § 147a SGB III über den 31.01.2006 hinaus bis zum 31.01.2008 als Folge der Verlängerung der Übergangsfrist für die Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes I. Wir hatten in unserem Januarheft auf die Bedeutung dieser Regelungen hingewiesen: Arbeitnehmer, die nach dem 31.12.2005 aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, erhalten Arbeitslosengeld I nur noch für eine stark gekürzte Bezugsdauer von maximal 18 Monaten. Im Gegenzug entfällt die unter bestimmten Umständen bestehende Erstattungspflicht des Arbeitgebers für an ältere Arbeitslosengeldbezieher gezahltes Arbeitslosengeld.

Nunmehr soll die Übergangsfrist, innerhalb derer noch die längere Bezugsdauer für Arbeitslosengeld von bis zu 32 Monaten gilt, auf den 31.01.2008 verlängert werden. Fast überfallartig wurde diese Änderung vom Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit in seinem Bericht vom 15.06.2005 vorgeschlagen und zwei Tage später vom Bundestag beschlossen. Alle Arbeitnehmer, deren Kündigungen bis zum 31.12.2007 wirksam werden, könnten noch nach der alten Regelung für bis zu 32 Monate Arbeitslosengeld I beziehen.

Ob dem Gesetzgeber die hieraus folgende Konsequenz der Verlängerung auch des § 147a SGB III überhaupt bewusst war, ist zweifelhaft. Im Ausschussbericht wird sie jedenfalls nicht erwähnt. Sie folgt jedoch aus dem Gesetzesautomatismus, wonach gem. § 434 Abs. 4 SGB III der § 147 a SGB III nicht anzuwenden ist auf die Ansprüche auf Arbeitslosengeld mit verkürzter Bezugsdauer nach der Neuregelung.

Die überhastete Neuregelung erweckt ein weiteres Mal den Eindruck, dass der Gesetzgebung im Bereich Arbeits- und Sozialrecht jede Verlässlichkeit und Berechenbarkeit abhanden gekommen ist. Ärgerlicherweise kommt sie auch zu spät, nachdem die letzten Monate eine Kündigungswelle gerade bei älteren Mitarbeitern gesehen hatten. Viele Arbeitgeber hatten sich – durchaus einvernehmlich – von älteren Mitarbeitern zum 31.12.2005 getrennt, um diesen noch die verlängerte Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes und einen nahtlosen Übergang in die Rente zu ermöglichen (vgl. auch unsere Empfehlung in detailsARBEITSRECHT vom Januar 2005). Andererseits hatten

auch Arbeitgeber, um der Erstattungspflicht zu entgehen, mit älteren Arbeitnehmern bewusst auf den Wegfall des § 147a SGB III abgestimmte Aufhebungsverträge geschlossen. Ob für solche Verträge Vertrauensschutz besteht, wird die Sozialgerichte, wenn das Gesetz in Kraft treten sollte, noch beschäftigen.

2. weitere Regelungen des Gesetzes

a) Änderungen im Befristungsrecht

Die Möglichkeit der Altersbefristung gem. § 14 Abs. 3 TzBfG für Arbeitnehmer ab Vollendung des 52. Lebensjahres wurde um ein Jahr bis zum 31.12.2007 verlängert. Wegen der anhaltenden Diskussion darüber, ob die Möglichkeit der Altersbefristung europarechtswidrig ist, möchten wir weiterhin vor dem Gebrauch dieser Befristungsmöglichkeit warnen. Auch wenn wir die Kritik für inhaltlich falsch halten, ist sie doch faktisch sehr ernst zu nehmen, da insbesondere der Vorsitzende des für das Befristungsrecht zuständigen siebten Senats des BAG Dörner einer ihrer Wortführer ist.

Sinnvoll ist eine Korrektur des Gesetzgebers im Recht der Zeitbefristung. Bislang war, ohne zeitliche Beschränkung, mit jedem Arbeitnehmer – lebenslang – nur eine sachgrundlose Zeitbefristung möglich. Weitere Befristungen konnten nur wirksam sein, wenn hierfür ein sachlicher Grund bestand. Diese deutlich zu rigide geratene Regelung sollte Kettenarbeitsverhältnisse vermeiden, führte jedoch im Ergebnis dazu, Arbeitnehmer dauerhaft für ein befristetes Arbeitsverhältnis bei bestimmten Firmen zu sperren. Nunmehr ermöglicht der Gesetzgeber den wiederholten Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses auch dann, wenn zwischen dem Beginn der Befristung und dem Ende des vorhergehenden Arbeitsverhältnisses ein Zeitraum von mindestens 2 Jahren liegt. Dieser immer noch recht lange Zeitraum von 2 Jahren war politisch umstritten, ist jedoch als zumindest teilweise Rücknahme des allzu rigide geratenen Gesetzes zu begrüßen.

b) frühzeitige Arbeitssuchendmeldung

Ebenfalls überarbeitet hat der Gesetzgeber die Pflicht zur frühzeitigen Arbeitssuchendmeldung. Künftig ist die Arbeitssuchendmeldung des Arbeitnehmers nicht mehr unmittelbar nach Bekanntwerden des Beendigungstermins erforderlich, sondern spätestens 3 Monate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nur wenn zwischen der Kenntnis des Beendigungszeitpunktes und der Beendigung der Arbeit weniger als 3 Monate liegen, muss sich der Arbeitnehmer unverzüglich (die Frist wird gesetzlich präzisiert auf 3 Tage nach Kenntnis des Beendigungsgrundes) melden. Die Folgen einer verspäteten Arbeitssuchendmeldung hat der Gesetzgeber an das Sanktionssystem des SGB III

LOSCHELDER **ARBEITSRECHT**

August 2005

angepasst: künftig wird bei verspäteter Arbeitssuchendmeldung eine Sperrzeit von einer Woche verhängt.

3. Verlängerung der aktiven Beschäftigungsförderung

Schließlich hat der Gesetzgeber eine Reihe von bislang befristeten Instrumenten der aktiven Arbeitsmarktförderung verlängert und teilweise umgestaltet. Es sind dies: Die Förderung der beruflichen Weiterbildung älterer von Arbeitslosigkeit bedrohter Arbeitnehmer (§ 417 SGB III), der Vermittlungsgutschein (§ 421 g SGB III), die Beauftragen von Trägern mit Eingliederungsmaßnahmen (§ 421 i SGB III), die Entgeltsicherung für ältere Arbeitnehmer (§ 421 j SGB III), die Tragung der Beiträge zur Arbeitsförderung bei Beschäftigung älterer Arbeitnehmer (§ 421 k SGB III), sowie der Existenzgründerzuschuss (§ 421 l SGB III).

4. Empfehlung

Wichtigstes Element des geplanten Gesetzes ist die Verlängerung der Bezugsdauer von Arbeitslosengeld I und das damit verbundene Aufleben des § 147 a SGB III. Für die Praxis empfiehlt es sich, bis zur endgültigen Klärung, ob das Gesetz geltendes Recht werden wird, sich auf die Rechtslage vorsorglich einzustellen. Hierbei ist bedauerlich, dass offenkundig Planbarkeit und Verlässlichkeit im Bereich des Arbeitsrechts kein Kriterium gesetzgeberischen Handelns mehr sind.

Die Publikation *Details Aktuell* aus dem Fachbereich Arbeitsrecht ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder Rechtsanwälte und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat und keine Rechtsbewertung zu einem speziellen Sachverhalt.

Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu rechtlichen Fragen der Personalarbeit, zu gesetzgeberischen Entwicklungen und zu Veränderungen aufgrund aktueller Entscheidungen.

Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Rechtsfragen einen Arbeitsrechtler unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen rechtlichen Fragen unter Berücksichtigung Ihres konkreten Sachverhaltes gerne beantworten.

Diese Veröffentlichung kann auf unserer Internet-Homepage unter www.loschelder.net aufgerufen werden. Dort finden Sie weitere interessante Veröffentlichungen unserer Sozietät.

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Hohenstaufenring 30 – 32
50674 Köln

Telefon 0049 (0)221 650 65-0
Telefax 0049 (0)221 650 65-110

www.loschelder.net