

Entscheidungen kommentiert

Zugang der Kündigung – Postleerungszeitpunkt

§ 130 Abs. 1 BGB

1. Der Einwurf einer Kündigung in einen Briefkasten bewirkt den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist.

Dies ist der Fall, sobald am jeweiligen Ort für gewöhnlich die Postzustellung beendet war.

2. Die Annahme einer generell üblichen Postzustellungszeit bis 17:00 Uhr ist unberechtigt, wenn entsprechende tatsächliche Feststellungen nicht durch das Gericht erfolgt sind.

3. Die Darlegungs-/Beweislast für den ihm günstigen Umstand einer späteren Zustellungszeit trägt der Arbeitgeber.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 22.8.2019 – 2 AZR 111/19

PROBLEMPUNKT

Die Parteien streiten um die außerordentliche fristlose Kündigung eines langjährigen Mitarbeiters eines baden-württembergischen Betriebs, der seinen Wohnsitz im grenznahen französischen Département Bas-Rhin hatte. Das Kündigungsschreiben überbrachte ein Bote der Firma, der den Umschlag am Freitag, 27.1.2017, um 13:25 Uhr einwarf. Die Postzustellung in B ist bis gegen 11:00 Uhr vormittags beendet. Die Kündigungsschutzklage ging erst am Montag, 20.2.2017, beim Arbeitsgericht ein.

Die Beklagte meint, die Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG sei nicht gewahrt. Die Kündigung vom 27.1.2017 sei noch am selben Tag zugegangen. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das LAG Baden-Württemberg vertrat die Auffassung, mit dem Zugang von Schriftstücken, die in den Hausbriefkasten eines Arbeitnehmers eingeworfen würden, müsse heute bis 17:00 Uhr gerechnet werden. Berufstätige leerten ihren Briefkasten auch erst dann.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG hob das Berufungsurteil auf und verwies zur Aufklärung und Entscheidung zurück. Eine Kündigung unter Abwesenden geht i. S. v. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, sobald sie in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen wie ein Briefkasten. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist nach den „gewöhnlichen Verhältnissen“ und den „Gepflogenheiten des Verkehrs“ zu beurteilen. So bewirkt der Einwurf in einen Briefkasten den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr eine generalisierende Betrachtung geboten. Wenn für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist es unerheblich, ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände einige Zeit gehindert war. Ihn trifft die Obliegenheit, die nötigen Vorkehrungen für eine tatsächliche Kenntnisnahme zu treffen. Unterlässt er dies, wird der Zugang durch solche – allein in seiner Person liegenden – Gründe nicht ausgeschlossen (vgl. BAG, Urte. v. 25.4.2018 – 2 AZR 493/17, AuA 2/19, S. 120).

Seiner Aufgabe festzustellen, wann nach der Verkehrsanschauung mit der Entnahme des am 27.1.2017 um 13:25 Uhr in den Hausbriefkasten eingeworfenen Briefs zu rechnen war, ist das LAG Baden-Württemberg nicht nachgekommen. Die Frage nach einer Verkehrsanschauung kann regional unterschiedlich zu beurteilen sein und die Antwort kann sich im Laufe der Jahre auch ändern (BGH, Urte. v. 20.11.2008 – IX ZR 180/07, NJW 2009, S. 1078). Zu den tatsächlichen Grundlagen einer gewandelten Verkehrsanschauung muss die Vorinstanz Feststellungen treffen (BAG, Urte. v. 22.3.2012 – 2 AZR 224/11, NZA 2012, S. 1320).

Das BAG beanstandete, dass die überwiegende Zahl der Deutschen gar keiner Vollzeittätigkeit nachgeht. Nicht einmal die Hälfte der Bevölkerung ist überhaupt erwerbstätig, davon 6,8 Millionen als geringfügig Beschäftigte oder in Teilzeit (< 20 Std./Woche). Wie das LAG Baden-Würt-

temberg trotz dieser ihm bekannten Werte sowie flexibler Arbeitszeit und Homeoffice dazu komme, ausgerechnet den Vollzeit Arbeitnehmer als Minderheit der Bevölkerung zur Bestimmung der allgemeinen Verkehrsauffassung heranzuziehen, habe es nicht vernünftig begründet. Es sei schon nicht klar, warum überhaupt nur auf die arbeitende Bevölkerung abgestellt werden soll. Auch lebten viele Berufstätige gar nicht alleine, sondern mit anderen Personen zusammen, die durchaus auch tagsüber den Briefkasten leeren könnten. Zudem wurde nur auf Gegebenheiten abgestellt, die auch lediglich für Deutschland relevant sind. Da aber die Gepflogenheiten am Zustellungsort relevant sind, muss hier auch die Verkehrsauffassung hinsichtlich der Postzustellung in Frankreich im Elsass berücksichtigt werden.

Die angesetzte Leerungszeit um 17:00 Uhr ist nach dem BAG willkürlich und nicht ausreichend, um die Feststellung zu tragen, dass die Klagefrist abgelaufen gewesen ist. Nun wird die Vorinstanz klären müssen, wann der Durchschnittsbürger im französisch-deutschen Grenzgebiet regelmäßig seinen Briefkasten zu leeren pflegt.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung betrifft ein Standardproblem und das BAG macht es der Praxis leider nicht einfacher: Der beklagte Arbeitgeber hat die Darlegungs-/Beweislast, dass in dem französischen Dorf im Elsass noch bis 13:25 Uhr üblicherweise die Briefkastenleerung zu erwarten ist. Der Ansicht, es sei überholt, dass eine Hausbriefkastenleerung nur vormittags erwartet werden könne, da die Deutsche Post AG sowie andere Anbieter von Postdienstleistungen oder Kuriere auch am Nachmittag zustellten (so Palandt/Ellenberger, 78. Aufl., § 130 BGB Rdnr. 6), erteilt das BAG eine Absage. Etwaig seltene späte Zustellungen durch private Anbieter prägen i. d. R. nicht die Verkehrsanschauung über die regelmäßige Leerung des Hausbriefkastens.

PRAXISTIPP

Es ist zu empfehlen, Kündigungen vormittags bis spätestens 11:00 Uhr zuzustellen, da sich der Arbeitgeber dann einigermaßen sicher und ohne aufwendige Recherche in dem typischen Zustellkorridor befindet. Die Frage ist sehr wichtig für die Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) sowie die Ausschlussfrist (§ 626 Abs. 2 BGB).

Volker Stück,
RA, Bonn

Kündigung sofort nach Eingang der Massenentlassungsanzeige zulässig

§ 17 KSchG; § 102 BetrVG; § 130 BGB

Die nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige kann auch dann wirksam erstattet werden, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt ihres Eingangs bei der Agentur für Arbeit bereits zur Kündigung entschlossen ist. Kündigungen im Massenentlassungsverfahren sind daher wirksam, wenn die Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingeht, bevor dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben zugangen ist.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 13.6.2019 – 6 AZR 459/18

PROBLEMPUNKT

Über das Vermögen der Arbeitgeberin des Klägers wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser wollte den Geschäftsbetrieb einstellen. Für die damit einhergehende Massenentlassung hat er am 26.6.2017 bei der Agentur für Arbeit eine Massenentlassungsanzeige unter Beifügung des Interessenausgleichs getätigt. Mit gleichem Datum kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers ebenso wie die Arbeitsverhältnisse der anderen 44 zu diesem Zeitpunkt noch beschäftigten Arbeitnehmer ordentlich betriebsbedingt zum 30.9.2017. Das Kündigungsschreiben ging dem Kläger am 27.6.2017 zu. Er hält die Kündigung für unwirksam, da der Arbeitgeber seiner Anzeigepflicht bei der Agentur für Arbeit zeitlich vor einer Entscheidung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses nachzukommen habe. Die Unterschrift unter ein Kündigungsschreiben dürfe erst erfolgen, nachdem die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen sei.

Das LAG Baden-Württemberg hat der Klage stattgegeben, da die Anzeige die Agentur für Arbeit erreichen müsse, bevor der Arbeitgeber die Kündigungsentscheidung treffe. Da die Kündigungsentscheidung mit der Unterschrift unter die Kündigung gefällt werde, komme es auf deren Zeitpunkt an und nicht auf den Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat das Berufungsurteil aufgehoben und zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen. Der klägerseitigen Argumentation hinsichtlich der Unterschrift unter die Kündigung als maßgeblichem Zeitpunkt ist der Senat nicht gefolgt. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Massenentlassungsanzeige. Das Anzeigeverfahren dient beschäftigungspolitischen Zwecken. Die Agentur für Arbeit soll rechtzeitig über eine bevorstehende Massenentlassung unterrichtet werden, um sich auf die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern vorbereiten und ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können. Das setzt voraus, dass bereits feststeht, wie viele und welche Mitarbeiter konkret entlassen werden sollen. Hierin liegt ein Wertungsunterschied zum nach § 17 Abs. 2 KSchG gleichfalls durchzuführenden Konsultationsverfahren mit einem vorhandenen Betriebsrat. Dieser hat nämlich die Aufgabe, im Rahmen des Konsultationsverfahrens, Kündigungen bestmöglich zu verhindern. Die Agentur für Arbeit hat indes auf den Willensentschluss des Arbeitgebers keinen Einfluss zu nehmen. Die Kündigung darf dann erfolgen, wenn die Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingegangen ist. Entscheidend für das Wirksamwerden der Kündigung ist jedoch der Zugang beim Arbeitnehmer gemäß § 130 Abs. 1 BGB, so dass auch auf dieses zeitliche Momentum abzustellen ist. Aus den europarechtlichen Vorgaben zur Massenentlassungsanzeige ergibt sich nichts anderes, so dass der Senat von einer Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV absehen konnte.

Da das LAG Baden-Württemberg den Sachverhalt bzgl. der Massenentlassungsanzeige nach seiner Auffassung folgerichtig noch nicht vollständig hinsichtlich der inhaltlichen Vorgaben des § 17 Abs. 3 KSchG aufgeklärt hat und Gleiches für die erforderliche Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gilt, hat das BAG nicht abschließend entscheiden können. Die Sache wurde daher zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen.

KONSEQUENZEN

Das korrekte Abfassen einer Massenentlassungsanzeige sowie die Durchführung der vorgelagerten Konsultation des Betriebsrats ist mit zahlreichen Fallstricken verbunden. Die vorliegende Entscheidung schafft ein weiteres Stück Rechtssicherheit. Das BAG hat erfreulich klar entschieden, dass die Kündigung zwar zeitlich nach der Massenentlassungsanzeige zu erfolgen hat. Entscheidend ist jedoch der Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer. Dies ist folgerichtig, weil es sowohl dem Sinn und Zweck des Anzeigeverfahrens als auch den allgemeinen Regelungen zu empfangsbedürftigen Willenserklärungen entspricht. Von

diesen schafft § 17 Abs. 3 KSchG gerade keine Ausnahme. Die Massenentlassungsanzeige soll der zuständigen Agentur für Arbeit entsprechende Vorbereitungsmaßnahmen ermöglichen. Der Gesetzgeber hat dabei ganz bewusst darauf verzichtet, besondere Fristen zu formulieren. Der Rechtsprechung bleibt es daher auch versagt, solche im Wege der Gesetzesauslegung zu konstruieren.

Entscheidend ist einzig die zeitliche Abfolge. Unterschreibt der Arbeitgeber eine Kündigung zeitgleich mit einer Massenentlassungsanzeige, zeigt das nur seine umfassende Vorbereitung. Die Unterschrift unter die Kündigung manifestiert zwar seinen Kündigungswillen. Dieser ist aber auch bereits Gegenstand der Massenentlassungsanzeige. Andernfalls wäre eine solche nicht abzufassen gewesen. Entscheidendes Momentum für die Beurteilung der zeitlichen Abfolge ist aber nicht der Kündigungsentschluss und damit die Unterschrift unter die Kündigung, sondern das Wirksamwerden dieses Entschlusses. Das ist nach § 130 Abs. 1 BGB der Zugang der Kündigung nach den allgemeinen Regeln zu empfangsbedürftigen Willenserklärungen.

Die Rechtspraxis wird das gegenständliche Urteil unmittelbar umsetzen können. Es schafft Klarheit und Sicherheit für alle beteiligten Akteure. Nur der Gesetzgeber selbst könnte einen weitergehenden zeitlichen Versatz zwischen Massenentlassungsanzeige und Kündigung festlegen.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber bzw. an ihre Stelle tretende Insolvenzverwalter müssen darauf achten, den Zugang der Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit rechtssicher zu dokumentieren. Erst anschließend dürfen die Kündigungen den Arbeitnehmern zugehen.

Da dies nur eine von zahlreichen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Anzeigeverfahren ist und auch das Konsultationsverfahren mit einem vorhandenen Betriebsrat zahlreiche inhaltliche Voraussetzungen aufweist, ist damit die Massenentlassungsanzeige noch immer alles andere als einfach.

*Prof. Dr. Tim Jesgarzewski,
RA und FA für Arbeitsrecht, FOM Hochschule
Bremen, Direktor KompetenzCentrum
für Wirtschaftsrecht, Hamburg*

Ausschlussfristenklausel

§§ 305 ff., 203 Satz 1 BGB

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs gegenüber dem Ablauf einer Ausschlussfrist steht dem Verfall des Anspruchs nur so lange entgegen, wie der Arbeitnehmer aufgrund des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Arbeitgebers von der Einhaltung der Ausschlussfrist abgehalten wird.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 17.4.2019 – 5 AZR 331/18

PROBLEMPUNKT

Der Kläger macht Prämienansprüche aus den Jahren 2014 und 2015 geltend. Gemäß seinem am 20.2.2012 abgeschlossen Arbeitsvertrag erhält er eine leistungsabhängige Prämie, die ab dem Jahr 2014 bis zum 31.3. des jeweiligen Folgejahres zahlbar ist. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit diesem in Verbindung stehen, sind nach dem Arbeitsvertrag innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Vertragspartei geltend zu machen. Ab dem Jahr 2014 hatte der Kläger keine Prämien mehr erhalten. Im November 2015 hatte er dem Geschäftsführer der Beklagten eine Liste mit strittigen Themen übergeben, zu denen ausdrücklich auch die Zahlung von Tantiemen für die Jahre 2014 und 2015 gehörten. Der Geschäftsführer der Beklagten hatte zunächst darauf hingewiesen, erst die endgültigen Umsatzzahlen abwarten zu wollen. In weiteren Gesprächen Ende Mai 2016 erklärte die Beklagte dann, dass sie die Prämien der Jahre 2014 und 2015 nicht freiwillig zahlen werde. Am 17.2.2017 hatte der Kläger die Prämienansprüche gerichtlich geltend gemacht.

ENTSCHEIDUNG

Die Prämienansprüche des Klägers waren verfallen. Die arbeitsvertragliche Ausschlussfristenklausel war als AGB wirksam vereinbart. Insbesondere mussten Mindestentgeltansprüche nicht aus dem Anwendungsbereich der Klausel herausgenommen werden, da der Vertrag zwischen den Parteien im Februar 2012 und damit vor Inkrafttreten des MiLoG am 16.8.2014 abgeschlossen worden war. Die Prämienansprüche des Klägers wurden vertragsgemäß jeweils bis zum 31. März des jeweiligen Folgejahres fällig. Dies gilt auch dann, wenn man in der Regelung eine Prämienzahlung nach dem Ermessen des Arbeitgebers gem. § 315 BGB sieht. Auch für diesen Fall hätte der Kläger seinen Anspruch auf arbeitgeberseitige Ausübung des Bestimmungsrechts

innerhalb der vertraglichen Ausschlussfristenregelung geltend machen müssen. Der Kläger hatte die Prämienansprüche aus den Jahren 2014 und 2015 jedoch erstmals mit der Klageschrift am 17.2.2017 schriftlich geltend gemacht. Für eine Geltendmachung im Sinne der Ausschlussfrist hatte nämlich weder die Auflistung der strittigen Gesprächsthemen vom November 2015 ausgereicht. Und auch der Hinweis des Geschäftsführers der Beklagten darauf, erst die endgültigen Umsatzzahlen abwarten zu wollen, verwehrte der Beklagten nicht, sich auf den Ablauf der Ausschlussfrist berufen zu können. Denn spätestens in den Gesprächen Ende November 2015 und Ende Mai 2016 hatte die Beklagte jedenfalls deutlich gemacht, dass sie die Prämien der Jahre 2014 und 2015 nicht freiwillig zahlen würde. Spätestens zu diesem Zeitpunkt musste der Kläger erkennen, dass die Beklagte seiner Forderung nicht nachkommen würde. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs gegenüber dem Ablauf der Ausschlussfrist fiel spätestens zu diesem Zeitpunkt weg. Der Kläger war daraufhin gehalten, seinen Anspruch innerhalb einer kurzen, nach den Umständen des Falls sowie Treu und Glauben zu bestimmenden Frist in der nach dem Arbeitsvertrag gebotenen Form geltend zu machen. Diese Frist war bei klageweiser Geltendmachung der Ansprüche im Februar 2017 überschritten. Selbst wenn in den Gesprächen zwischen den Parteien schwebende Vergleichsverhandlungen gelegen hätten, kommt auch eine Hemmung des Laufs der Ausschlussfrist nach § 203 Satz 1 BGB nicht in Betracht. Diese Hemmungsregelung ist allenfalls auf der zweiten Stufe einer vertraglichen Ausschlussfrist, bei dem Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung, analog anzuwenden. Eine Hemmung bereits bei der schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs gegenüber dem Vertragspartner kommt aber nicht in Betracht.

KONSEQUENZEN

Der 5. Senat schließt sich mit seiner vorliegenden Entscheidung der Rechtsprechung des 9. Senats des BAG zur Wirksamkeit von Ausschlussfristen in AGB an (vgl. Ur. v. 18.9.2018 – 9 AZR 162/18, AuA 5/19, S. 313). Danach sind Ausschlussklauseln unwirksam, wenn sie den Anspruch auf Mindestlohn nicht ausdrücklich aus ihrem Geltungsbereich herausnehmen. Etwas anderes gilt jedoch für sog. Altverträge, die vor Inkrafttreten des MiLoG am 16.8.2014 vertraglich vereinbart wurden. Derartige Verfallklauseln in Altverträgen sind nur insoweit teilunwirksam, als sie den gesetzlichen Mindestlohnanspruch betreffen. Im Übrigen bleibt die Klausel aber wirksam. Darüber hinaus lässt es Ausschlussklauseln in ihrer Gesamtwirksamkeit unberührt, wenn wie vorliegend tarifliche Ansprüche und Ansprüche aus Betriebsvereinbarungen nicht ausdrücklich ausgenommen werden (so bereits Ur. v. 18.9.2018, a. a. O.).

Der Lauf der Ausschlussfrist beginnt mit der Fälligkeit des Anspruchs. Der Gläubiger muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er Inhaber einer bestimmten Forderung ist und auf deren Erfüllung besteht. Der Anspruch und seine Höhe müssen hinreichend deutlich bezeichnet werden. Zwar kann dem Schuldner des Anspruchs die Berufung auf die Ausschlussfrist nach § 242 BGB verwehrt sein, wenn er den Gläubiger von der Geltendmachung des Anspruchs bzw. der Einhaltung der Ausschlussfrist abhält. Wie die vorliegende Entscheidung zeigt, sind die Anforderungen dafür aber hoch. Der Hinweis der Beklagten, zunächst endgültige Umsatzzahlen abwarten zu wollen, reicht dafür nicht aus. Darüber hinaus kann der Einwand des Rechtsmissbrauchs dem Ablauf einer Ausschlussfrist nur solange entgegengehalten werden, wie es gerade das rechtsmissbräuchliche Verhalten ist, welches den Arbeitnehmer von der Geltendmachung des Anspruchs abhält. Sobald klar wird, dass der Arbeitgeber seiner Forderung nicht nachkommen wird, muss der Gläubiger seinen Anspruch innerhalb einer kurzen, nach Treu und Glauben zu bestimmenden Frist geltend machen. Verlangt eine Ausschlussklausel die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs, ist die Ausschlussfrist analog § 203 Satz 1 BGB gehemmt, solange die Parteien vorgerichtliche Vergleichsverhandlungen führen; der Zeitraum, während dessen die Vergleichsverhandlungen andauern, wird entsprechend § 209 BGB in die Ausschlussfrist nicht eingerechnet (BAG, Ur. v. 20.6.2018 – 5 AZR 262/17, AuA 2/19, S. 118). Mit der vorliegenden Entscheidung stellt das BAG aber klar, dass diese Analogie nur für die zweite Stufe einer Ausschlussfristenklausel gilt, nicht aber bereits für die schriftliche Geltendmachung des Anspruchs.

PRAXISTIPP

Das BAG stärkt mit der vorliegenden Entscheidung die Wirksamkeit von Ausschlussfristen in AGB. Um die Frist zu wahren, muss der Gläubiger die Forderungen konkret und hinreichend deutlich gegenüber der anderen Seite geltend machen. Der Einwand, der Schuldner könne sich nicht auf die Ausschlussklausel berufen, da er den Gläubiger von der Geltendmachung des Anspruchs abgehalten habe, ist regelmäßig schwierig zu führen.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International
Packaging Solutions, Brühl, sowie
RA und FA für Arbeitsrecht, Bonn*

Mindestehedauer für Hinterbliebenenversorgung

§§ 305, 307 BGB

Eine in AGB enthaltene Versorgungsregelung, nach der die Hinterbliebenenversorgung entfällt, wenn im Zeitpunkt des Todes des Versorgungsberechtigten die Ehe nicht mindestens zehn Jahre bestanden hat, benachteiligt den unmittelbar Versorgungsberechtigten unangemessen.

(Leitsatz des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 19.2.2019 – 3 AZR 150/18

PROBLEMPUNKT

Gegenstand des Verfahrens ist ein Anspruch der Witwe des Arbeitnehmers auf Hinterbliebenenversorgung gegen den beklagten Arbeitgeber. Es war u. a. individualvertraglich eine umfangreiche Altersversorgungszusage vereinbart. Gegenstand dieser Versorgungszusage ist auch ein Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung für den Ehepartner. Die Witwe macht als Klägerin ihren Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung gegen den Arbeitgeber geltend, der sich dagegen auf einen vereinbarten Anspruchswegfall beruft. Nach der gegenständlichen Versorgungszusage entfällt die Witwenversorgung, wenn die Ehe im Zeitpunkt des Todes des versorgungsberechtigten Mitarbeiters nicht mindestens zehn Jahre bestanden hat. Die Voraussetzungen des Wegfalls sind hier erfüllt. Die Ehe war im Jahr 2011 geschlossen worden. Der Arbeitnehmer ist in 2015 verstorben. Die Klägerin hält den Ausschluss der Witwenversorgung jedoch für unwirksam, da ein Verstoß gegen das AGB-Recht vorliege und die Ehedauerklausel daher unwirksam sei. Das Hessische LAG hatte die Klage abgewiesen, da es von einem wirksam vereinbarten Ausschluss der Versorgungszusage ausging.

ENTSCHEIDUNG

Die Revision der Klägerin hatte Erfolg. Das Berufungsurteil wurde aufgehoben. Es liegt ein Verstoß gegen § 307 Abs. Satz 1 BGB vor, weshalb die Ehedauerklausel ersatzlos zu streichen ist. Die Mindestehedauerklausel von zehn Jahren stellt eine unangemessene Benachteiligung des Versorgungsberechtigten dar. Das folgt aus dem Kerngehalt einer auch eine Hinterbliebenenversorgung umfassenden Versorgungszusage. Die Zusage beinhaltet eine Vertragstypik, welche die Absicherung des Ehepartners zum Gegenstand hat. Wird in diesen Kerngehalt der Hinterbliebenenversorgung seitens des Arbeitgebers

durch die Formulierung weiterführender Bedingungen oder durch Versorgungsausschlüsse eingegriffen, müssen diese der einzelfallbezogenen Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unterzogen werden. Hier liegt eine ganz erhebliche Abweichung von der die Hinterbliebenenversorgung kennzeichnenden Vertragstypik vor. Die geforderte Zeitspanne von zehn Jahren für die Mindestdauer der Ehe ist zu lang. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass für die Festlegung von zehn Jahren kein inhaltlicher Anhaltspunkt zum Arbeitsverhältnis besteht. Orientiert sich eine Ausschlussklausel an willkürlich gegriffenen Zeitspannen ohne inneren Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis und zum verfolgten Zweck, so ist eine unangemessene Benachteiligung des Versorgungsberechtigten gegeben, weil der Zweck der Hinterbliebenenversorgung durch eine solche Mindestehedauer gefährdet ist.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung reiht sich in die jüngste Rechtsprechung zu Versorgungszusagen nahtlos ein. Der zuständige 3. Senat hatte sich in der jüngeren Vergangenheit mehrfach mit einschränkenden Klauseln für Hinterbliebene in Versorgungszusagen zu befassen. Das vorliegende Ergebnis folgt aus der in § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehenen Einzelfallabwägung. Zwar liegt ein legitimes Interesse des Arbeitgebers vor, seine Versorgungszusage so zu begrenzen, dass er die möglichen wirtschaftlichen Folgen noch beherrschen kann. Auch muss er das Risiko einer missbräuchlichen Inanspruchnahme begrenzen können. Andererseits ist der Wesensgehalt einer Hinterbliebenenversorgung zu wahren. Ihr Kern ist es, dass zuvorderst der Ehepartner des verstorbenen Arbeitnehmers auch tatsächlich versorgt wird. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen darf nicht dazu führen, dass die Schwelle der unangemessenen Benachteiligung überschritten wird. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Hinterbliebenenversorgung bei weniger als zehn Jahren Ehe wegfällt. Das überzeugt, weil darin eine sehr hohe Hürde für die Versorgung liegen würde. Dieses Urteil muss ins Verhältnis zur bisherigen Rechtsprechung in Bezug auf Abstandsklauseln betreffend das Lebensalter der Ehepartner gesetzt werden: Ende 2018 hatte der 3. Senat bereits entschieden, dass eine Altersabstandsklausel grundsätzlich wirksam vereinbart werden kann, solange dadurch der Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligt wird. Eine mit der Altersabstandsklausel gleichfalls verbundene Altersdiskriminierung kann gerechtfertigt sein. In der konkreten Entscheidung lag ein langsames Abschmelzen der Versorgungshöhe ab dem elften Jahr des Altersabstands vor, worin keine unangemessene Benachteiligung liegt (BAG, Ur. v. 11.12.2018 – 3 AZR 400/17, AuA 6/19, S. 375).

Bereits zuvor hatte derselbe Senat darauf erkannt, dass eine Altersabstandsklausel von 15 Jahren jedoch eine unangemessene Benachteiligung darstellt (Urt. v. 28.2.2018 – 3 AZR 43/17, AuA 7/18, S. 438). Diese Rechtsprechungsentwicklung ist insgesamt genauso überzeugend wie das vorliegende Urteil. Es ist legitim, dass ein Arbeitgeber den Kreis der Berechtigten begrenzen möchte, um die für ihn resultierenden finanziellen Folgen überschauen zu können. So muss es die Sache des Arbeitgebers bleiben, seine Versorgungszusage auch inhaltlich auszugestalten. Das gilt insbesondere für die Frage einer Hinterbliebenenversorgung, da diese naturgemäß den Berechtigtenkreis über den Arbeitnehmer hinaus erweitert. Dieses Ziel kann sowohl über eine Altersabstandsklausel als auch durch eine Ehedauerklausel erreicht werden. Da hierfür jedoch stets eine Jahreszahl gegriffen werden muss, kann der Vorwurf der Willkürlichkeit nicht als solcher überzeugen. Streitentscheidend kann nur eine Interessenabwägung sein. Im Falle eines hohen Altersabstands zwischen den Eheleuten ist das persönliche Risiko Alter noch überdurchschnittlich weit entfernt, so dass der hinterbliebene Ehegatte eine vergleichsweise lange Zeit zur anderweitigen Vorsorge hat. Eine Altersabstandsklausel kann daher gerechtfertigt sein. Ähnlich liegen die Dinge bei einer sehr kurzen Ehedauer. Hier erwächst aus der Kürze der Ehe keine Notwendigkeit der Versorgung, weil dem Risiko der Altersversorgung in den nichtehelichen Zeiträumen begegnet werden kann.

Dem 3. Senat ist deshalb dahingehend beizupflichten, dass bei einem über 15-jährigen Altersabstand die Versorgungszusage für den Hinterbliebenen ausgeschlossen werden kann. Mehr als zehn Jahre reichen indes nicht. Insoweit ist es aber möglich, die Höhe der Versorgungsleistung ratierlich abschmelzen zu lassen.

PRAXISTIPP

Noch nicht entschieden ist die Frage, inwieweit die vorgenannten höchstgerichtlichen Vorgaben zu Abstands- und Ehedauerklauseln miteinander in Kombinationsform vereinbart werden können. Dies dürfte grundsätzlich möglich sein, da auch eine Gesamtschau der unterschiedlichen Parameter noch nicht die Schwelle einer unangemessenen Benachteiligung überschreiten sollte. Zu beachten ist stets, dass die Hinterbliebenenversorgung noch als solche erkennbar bestehen bleiben muss, um nicht in ihren Wesensgehalt einzugreifen.

*Prof. Dr. Tim Jesgarzewski,
RA und FA für Arbeitsrecht, FOM Hochschule
Bremen, Direktor KompetenzCentrum für
Wirtschaftsrecht, Hamburg*

Stufenzuordnung und Wiedereinstellung

§ 16 Abs. 2 Satz 2 TVöD-B;
§ 4 Abs. 2 Satz 3 TzBfG

Bei der Stufenzuordnung nach Begründung eines Arbeitsverhältnisses, auf das der TVÖD (VKA) anzuwenden ist, sind Zeiten einschlägiger Berufserfahrung aus vorherigen befristeten Arbeitsverhältnissen mit demselben Arbeitgeber jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn es jeweils zu keiner längeren als einer sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist.

§ 16 Abs. 2 Satz 2 TVöD-B ist teilnichtig, soweit er eine eingeschränkte Abrechnung derart erworbener einschlägiger Berufserfahrung ausschließt.

BAG, Urteil vom 6.9.2018 –
6 AZR 836/16

PROBLEMPUNKT

Die Klägerin ist seit dem 4.8.2008 als Erzieherin in einer Kindertagesstätte bei der Beklagten tätig. Sie war bereits seit dem 5.8.1996 in mehreren, jeweils befristeten Arbeitsverhältnissen in gleicher Tätigkeit bei der Beklagten beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft Vereinbarung die Durchgeschriebene Fassung des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst für den Dienstleistungsbereich Pflege- und Betreuungseinrichtungen im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TVöD-B) in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Nach dem TVöD-B wird einschlägige Berufserfahrung aus vorherigen Arbeitsverhältnissen nur eingeschränkt berücksichtigt. Später wurde die Klägerin in die ab 1.11.2009 geltenden neuen S-Entgeltgruppen und -stufen des TVöD für die Beschäftigten im Sozial- und Erziehungsdienst übergeleitet. Die Klägerin beehrte eine uneingeschränkte Berücksichtigung ihrer befristeten Vorbeschäftigungen bei der Beklagten im Hinblick auf ihre Stufenzuordnung.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG gab der Klage statt. Maßgeblich für die Stufenzuordnung war die bei Begründung des Arbeitsverhältnisses im August 2008 geltende Regelung des § 16 Abs. 2 TVöD-B. Die in den befristeten Arbeitsverhältnissen der Klägerin mit der Beklagten seit dem 5.8.1996 erworbene einschlägige Berufserfahrung von über elf Jahren war bei der Stufenzuordnung zu berücksichtigen.

Zwar sieht § 16 Abs. 2 Satz 2 TVöD-B eine nur beschränkte Anerkennung der Berufserfahrung vor. Die Vorschrift ist jedoch insoweit teilnichtig, da die nur beschränkte Berücksichtigung einschlägiger Berufserfahrung aus vorangegangenen befristeten Arbeitsverhältnissen diskriminierend ist und gegen § 4 Abs. 2 Satz 3 TzBfG verstößt. Zeiten einschlägiger Berufserfahrung aus vorherigen befristeten Arbeitsverhältnissen mit demselben Arbeitgeber sind im Geltungsbereich des TVöD-B bei einer wie hier vorliegenden sog. horizontalen Wiedereingliederung jedenfalls dann uneingeschränkt zu berücksichtigen, wenn es zu keiner längeren als einer sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist. Bei Entgeltansprüchen, die von zurückliegenden Beschäftigungszeiten abhängen, sind nach § 4 Abs. 2 Satz 3 TzBfG für befristet Beschäftigte dieselben Zeiten wie für unbefristet Beschäftigte zu berücksichtigen. Zuvor beim Arbeitgeber befristet und unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer, die identische oder ähnliche Aufgaben versehen, sind grundsätzlich vergleichbar. Für die nur beschränkte Berücksichtigung der erworbenen Berufserfahrung bei befristet Beschäftigten gibt es keinen sachlichen Grund. Bei der Klägerin waren die einschlägigen Berufserfahrungen daher nach § 16 Abs. 3 Satz 1 TVöD-B voll zu berücksichtigen. Voraussetzung ist, dass es zu keiner längeren als einer sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist (analog Protokollerklärung Nr. 3 zu § 16 Abs. 2 TV-L). Nach dem Regelungskonzept der Tarifvertragsparteien ist bei einer bis zu sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung nämlich davon auszugehen, dass noch kein Verlust von Erfahrungswissen eintritt. Sofern bei der nach diesen Grundsätzen vorzunehmenden Stufenzuordnung noch zu berücksichtigende Stufenlaufzeiten verbleiben, sind diese im Rahmen des weiteren Stufenaufstiegs zu berücksichtigen.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung entspricht der ständigen Rechtsprechung des 6. Senats. Das Arbeitsentgelt bei Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes für den Dienstleistungsbereich Pflege- und Betreuungseinrichtungen richtet sich wie üblich im öffentlichen Dienst gem. § 15 Abs. 1 Satz 2 TVöD-B nach der Eingruppierung. Innerhalb einer Entgeltgruppe können dann bis zu sechs Stufen durchlaufen werden (§ 16 TVöD-B). Die Ermittlung der zutreffenden Stufe, auch Stufenzuordnung genannt, ist abhängig von der bereits zurückgelegten Beschäftigungszeit. Dabei geht es darum, die gewonnene Berufserfahrung zu honorieren. § 16 Abs. 2 TVöD-B sieht insofern bei Neu- oder Wiedereinstellungen allerdings eine nur beschränkte Berücksichtigung einschlägiger Berufserfahrung vor. Darin liegt eine nicht sach-

lich gerechtfertigte Schlechterstellung befristet beschäftigter Arbeitnehmer. Denn die in befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen erworbene Berufserfahrung ist gleichwertig. Dies liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BAG. Die Regelung des § 16 Abs. 2 Satz 2 TVöD-B entspricht den in § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L sowie § 16 Abs. 2 Satz 2 TVöD-V geregelten Bestimmungen. Im Hinblick auf diese parallelen Regelungen hatte das BAG bereits entschieden, dass die beschränkte Berücksichtigung der Berufserfahrung aus vorangegangenen befristeten Arbeitsverhältnissen desselben Arbeitgebers im Rahmen der Stufenzuordnung unwirksam ist. Ebenso wie im vorliegenden Fall hatte das BAG darin eine ungerechtfertigte Schlechterbehandlung befristet beschäftigter Mitarbeiter gesehen (für § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L: BAG, Ur. v. 21.2.2013 – 6 AZR 524/11; für TVöD-V: BAG, Ur. v. 27.4.2017 – 6 AZR 459/16).

Voraussetzung ist dafür nach ständiger Rechtsprechung, dass es sich um eine sog. horizontale Wiedereingliederung des Arbeitnehmers handelt und es zu keiner längeren als einer sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist. Die Rechtsprechung nennt das horizontale Wiedereinstellungen, wenn die Tätigkeit aus den vorhergehenden Arbeitsverhältnissen entsprechend der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 16 Abs. 2 TV-L im Wesentlichen unverändert fortgesetzt wird oder zumindest gleichartig, also eingruppierungsrechtlich gleich, bewertet war. Wurden die vorangegangenen Tätigkeiten demgegenüber auf geringerer oder höherwertigen Stellen ausgeübt (sog. vertikale Wiedereinstellung), liegt darin für die Rechtsprechung des BAG ein sachlicher Grund, solche Vorbeschäftigungen auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen nicht auf die Stufenzuordnung anzurechnen (Ur. v. 24.10.2013 – 6 AZR 964/11; analog zur Herabgruppierung: Ur. v. 17.12.2015 – 6 AZR 432/14). Darüber hinaus kann eine Vollbeschäftigung nur dann Berücksichtigung finden, wenn es analog Protokollerklärung Nr. 3 zu § 16 Abs. 2 TV-L zu keiner längeren als einer sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist. Die Rechtsprechung sieht in der Protokollerklärung des TV-L eine allgemeingültige Erwägung, bis zu welcher Dauer rechtlicher Unterbrechungen Tarifvertragsparteien davon ausgehen, dass noch kein Verlust von Erfahrungswissen eintritt.

! PRAXISTIPP

Einschlägige Berufserfahrungen aus vorherigen befristeten Arbeitsverhältnissen mit demselben Arbeitgeber sind im öffentlichen Dienst grundsätzlich zu berücksichtigen. Nur beschränkte Anrechnungen, wie sie die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes häufig vorsehen, stellen eine unzulässige Schlechterstellung befristet beschäftigter Arbeitnehmer dar. Dies gilt nach der aktuellen Rechtsprechung allerdings nur für sog. horizontale Wiedereinstellungen und nur dann, wenn es jeweils zu keiner längeren als einer sechsmonatigen rechtlichen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International
Packaging Solutions, Brühl, sowie
RA und FA für Arbeitsrecht, Bonn*

Unerlaubtes Sammeln von Pfandflaschen

§ 626 BGB; § 106 GewO; § 87 BetrVG

Das Sammeln von Pfandflaschen während der Arbeitszeit kann nach erfolglosen, eindringlichen Abmahnungen eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Das Verbot, während der Arbeitszeit im Betrieb des Arbeitgebers Pfandflaschen zu sammeln, und das Gebot, Pfandgut zu entsorgen, sind kein mitbestimmungspflichtiges betriebliches Ordnungsverhalten i. S. d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

(Leitsätze des Bearbeiters)

**BAG, Urteil vom 23.8.2018 –
2 AZR 235/18**

○ PROBLEMPUNKT

Der Arbeitgeber war auf dem Gelände des Flughafens F für Reinigungsarbeiten zuständig. Die Klägerin war bei ihm seit 1989 beschäftigt, zuletzt als Reinigungskraft. Ihre Muttersprache ist Griechisch. Auf dem Gelände des Flughafens besteht das klare Verbot, während und nach der Arbeit Pfandflaschen zu sammeln. Das Verbot war in einem Informationsblatt bekannt gemacht und zwar in deutscher und auch griechischer Sprache. Ende 2011 hatte der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin wegen des verbotenen Sammelns von Pfandgut gekündigt. Im Rahmen eines anschließenden Gerichtsverfahrens wurde ein Ver-

gleich geschlossen. Die Reinigungskraft wurde nochmals über das Verbot informiert und durfte dann weiterarbeiten. Die Klägerin sammelte Ende Januar 2014, Mitte April 2015, Ende Oktober 2015 und Mitte Mai 2016 erneut Pfandgut auf dem Flughafengelände, jedenfalls in den letzten beiden Fällen während ihrer Arbeitszeit. Deswegen wurde sie viermal abgemahnt. Am 5.6.2016 wurden bei der Klägerin bei der Ausgangskontrolle erneut 73 Pfandflaschen gefunden, die sie gesammelt habe, weil sie Geld brauche.

Der Arbeitgeber kündigte daher nach Anhörung des Betriebsrats das Arbeitsverhältnis am 17.6.2017 außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.1.2017. Die Reinigungskraft meint, der Arbeitgeber habe keine zulässige Regelung über das Sammeln von Pfandgut getroffen. Die Verbotsregelung sei mangels Betriebsratszustimmung unwirksam. Die Abmahnungen seien zu Unrecht und nur in deutscher Sprache erteilt worden. Ihre Kündigungsschutzklage hatte vor ArbG und LAG keinen Erfolg.

△ ENTSCHEIDUNG

Nach dem BAG ist die fristlose Kündigung (§ 626 BGB) wegen beharrlicher Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten wirksam. Ein Arbeitnehmer weigert sich beharrlich, seinen vertraglichen Haupt- oder Nebenleistungspflichten nachzukommen, wenn er sie bewusst und nachhaltig nicht erfüllen will (BAG, Urte. v. 28.6.2018 – 2 AZR 436/17, AuA 10/19, S. 619). Handelt der Arbeitnehmer bewusst im Widerspruch zu klaren Anweisungen des Arbeitgebers, so kann dies – wie hier – auch eine außerordentliche Kündigung nach sich ziehen. Die Weisungen des Arbeitgebers müssen allerdings im Rahmen seines allgemeinen Direktionsrechts (§ 106 GewO) erfolgt sein, damit sie rechtmäßig sind. Pflichtwidrigen Weisungen braucht ein Beschäftigter nicht zu folgen. Die Anweisung an Mitarbeiter auf dem Flughafengelände, das Sammeln von Pfandflaschen zu unterlassen und diese in sog. Müllschiffchen zu entsorgen, ist zulässig – jedenfalls soweit es die Arbeitszeit betrifft. Eine solche Weisung konkretisiert im weitesten Sinne das Arbeitsverhalten der Reinigungskräfte, denen der Arbeitgeber keine weitere Erwerbsquelle durch das Sammeln von Pfandflaschen eröffnen muss. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine „schwerwiegende“ Störung des Leistungsbereichs handelt. Im Rahmen der vereinbarten Arbeitszeit hat der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und dadurch bedingte Einschränkungen seiner privaten Lebensführung hinzunehmen (vgl. BAG, Urte. v. 13.8.2010 – 1 AZR 173/09, Rdnr. 9, AuA 8/11, S. 489). Eine solche Anweisung ist auch vorliegend nach dem BAG nicht mitbestimmungspflichtig (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), da sie nicht die Ordnung im Betrieb betrifft, son-

dern allein das Arbeitsverhalten der Reinigungskraft konkretisiert. Die Beklagte hatte den Arbeitnehmern untersagt, „vor, während und nach der Arbeitszeit sowie in Pausen“ auf dem Betriebsgelände Pfandgegenstände zu sammeln. Diese Anordnung ist ohne Weiteres teilbar. Sie behält einen für das Verhalten der Belegschaft während der Arbeitszeit auch dann sinnvollen Inhalt, wenn sie darüber hinaus keinen Bestand hätte.

Indem die Reinigungskraft die Anweisung immer wieder missachtete, handelte sie pflichtwidrig. Sie hat damit ihre vertraglichen Nebenpflichten wiederholt und beharrlich verletzt. Dem Arbeitgeber ist vorliegend wegen der Häufigkeit der Pflichtverstöße eine Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auch nicht mehr zumutbar. Ein milderer Mittel wie eine weitere Abmahnung hätte keinen Erfolg. Das BAG erkannte auch keine fehlende Kenntnis vom Inhalt der vier Abmahnungen oder einen unverschuldeten Rechtsirrtum der Klägerin. Der Umstand, dass die Gegenstände einen geringen Wert hatten, der Arbeitgeber keinen klassischen Schaden erlitt und kein strafrechtliches Vermögensdelikt vorliegt, ist für die Beurteilung nicht von Bedeutung, da der Verstoß gegen die vertragliche Pflicht und der damit einhergehende Vertrauensbruch entscheidend sind (BAG, Urte. v. 22.9.2016 – 2 AZR 848/15, AuA 6/18, S. 379). Die Kündigung vom 17.6.2017 ging auch innerhalb von zwei Wochen (§ 626 Abs. 2 BGB) nach Bekanntwerden des letzten Verstoßes am 5.6.2016 zu.

» KONSEQUENZEN

Das BAG stellt klar, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat, dass seine Arbeitnehmer während der Arbeitszeit keine privaten Dinge verrichten. Das betrifft z. B. das Sammeln von Pfandflaschen, die private Internetnutzung (BAG, Urte. v. 31.5.2007 – 2 AZR 200/06, AuA 12/07, S. 755), Privatarbeiten (BAG, Urte. v. 18.12.1980 – 2 AZR 1006/78) oder Rauchen (LAG Nürnberg, Urte. v. 5.8.2015 – 2 Sa 132/15). Sie erbringen insoweit nicht die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung, was der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei und wirksam untersagen kann.

Ein ausländischer Mitarbeiter muss nach dem BAG umgehend deutlich machen, dass ihm die Sprachkenntnisse zum Verständnis der Abmahnung fehlen, oder unverzüglich selbst für eine Übersetzung sorgen. Wer diese ohne erkennbaren Widerspruch entgegennimmt und zu keinem Zeitpunkt einen weiteren Aufschluss über ihre Inhalte fordert, kann sich nicht später auf Unkenntnis vom Inhalt berufen.

PRAXISTIPP

Zur Vermeidung des Verlusts der Warnfunktion von Abmahnungen, sollte die letzte besonders eindringlich gestaltet werden (BAG, Urt. v. 15.11.2001 – 2 AZR 609/00, AuA 8/02, S. 378).

Vorliegend endete bspw. die letzte Abmahnung mit den fettgedruckten und unterstrichenen Worten, es handele sich um die allerletzte Chance der Klägerin, ihr Verhalten zu überdenken und zu ändern.

Volker Stück,
RA, Bonn

Kündigung des der GF-Tätigkeit zugrunde liegenden Arbeitsvertrags

§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG

Der abberufene Geschäftsführer kann sich (vorerst) weiterhin auf den allgemeinen Kündigungsschutz berufen, solange er im Zeitpunkt der Kündigung seines Arbeitsvertrags nicht mehr Mitglied des Organs der juristischen Person ist.

(Leitsatz der Bearbeiter)

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21.11.2018 – 17 Sa 916/18

PROBLEMPUNKT

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage, ob ein Geschäftsführer, der auf Grundlage eines Arbeitsvertrags zum Organ einer juristischen Person berufen wurde, dem allgemeinen Kündigungsschutz unterfällt, wenn er zunächst als Geschäftsführer abberufen und sein Arbeitsvertrag erst danach gekündigt wurde. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gelten die Vorschriften des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist.

Unter Hinweis auf den Wortlaut dieser Bestimmung deutete das BAG in seinem Urteil vom 21.9.2017 (2 AZR 865/16) an, dass es nicht ausgeschlossen erscheine, dass sich die Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG uneingeschränkt auf das der Organstellung zugrunde liegende Anstellungsverhältnis beziehe. In diesem Fall käme es nicht darauf an, ob die Kündigung des Anstellungsvertrags vor oder nach dem Widerruf der Organbestellung durch die Gesellschaft oder der Niederlegung des Amtes durch den Geschäftsführer

erfolgt. In keinem der Fälle könnte sich der Geschäftsführer auf den allgemeinen Kündigungsschutz berufen. Wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit beließ es das BAG aber bei diesen Andeutungen und sah von einer Entscheidung über diese Frage ab.

Mit seinem Urteil ist das LAG Berlin-Brandenburg diesen Erwägungen des BAG ausdrücklich entgegengetreten. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision zum BAG blieb inhaltlich unbeschieden (2 AZR 52/19). Die Parteien haben das Verfahren vergleichsweise beendet. Dem BAG blieb es damit vorerst verwehrt, eine Entscheidung über den zeitlichen Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes zu treffen.

ENTSCHEIDUNG

Das LAG Berlin-Brandenburg entschied, dass es für den Ausschluss des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG allein darauf ankommt, ob die Organstellung im Zeitpunkt des Kündigungszugangs bestand oder nicht. Der Ausschluss des allgemeinen Kündigungsschutzes gilt nur solange, wie der zum Geschäftsführer bestellte Arbeitnehmer noch Mitglied des Organs der juristischen Person ist. Im streitentscheidenden Fall war im Zeitpunkt des Kündigungszugangs bereits die Organbestellung durch die Gesellschaft widerrufen worden. Der abberufene Geschäftsführer konnte sich daher auf seinen allgemeinen Kündigungsschutz berufen. Zur Begründung führt das LAG Berlin-Brandenburg aus, dass es die Gesellschaft in der Hand hat, anlässlich der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einen schriftlichen Geschäftsführerdienstvertrag abzuschließen und ein bestehendes Arbeitsverhältnis aufzuheben. Sollte die Gesellschaft darauf verzichtet haben, steht es ihr frei, den der Organstellung zugrunde liegenden Arbeitsvertrag vor oder zugleich mit der Abberufung als Geschäftsführer zu kündigen. Sieht die Gesellschaft auch hiervon ab, so ist es nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg nur sachgerecht, dass sie die rechtlichen Folgen ihres Handelns trägt und das Arbeitsverhältnis mit dem abberufenen Geschäftsführer letztlich nur unter Beachtung des allgemeinen Kündigungsschutzes beenden kann.

Nach Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg kann von dieser Wertung nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn der zum Geschäftsführer bestellte Arbeitnehmer vor Zugang der Kündigung sein Amt als Geschäftsführer allein deshalb niederlegt, um in den Genuss des Kündigungsschutzes zu gelangen. Der insofern treuwidrig handelnde Arbeitnehmer kann sich dann nicht auf seinen allgemeinen Kündigungsschutz berufen.

KONSEQUENZEN

Das LAG Berlin-Brandenburg facht die durch die Andeutungen des BAG ausgelöste Diskussion zu der für die Praxis bedeutsamen Reichweite des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG weiter an. Dabei ist keineswegs ausgemacht, ob der Ausschluss des allgemeinen Kündigungsschutzes künftig eine Ausweitung seines zeitlichen Anwendungsbereichs erfährt oder nicht. Vorerst bleibt es bei einer vagen Andeutung des BAG und einer an Klarheit nicht zu überbietenden Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg.

PRAXISTIPP

Die kautelarjuristisch beratende Praxis schließt bei der Beförderung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einen neuen Geschäftsführerdienstvertrag ab und hebt den bestehenden Arbeitsvertrag auf. Zudem erklärt die Gesellschaft die Kündigung des Anstellungsvertrags vor oder zugleich mit der Abberufung als Geschäftsführer. Damit wird nicht nur die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes verhindert, sondern regelmäßig auch jede Diskussion um diesen Schutz im Keim erstickt.

In der Praxis kommt es jedoch auch vor, dass die Gesellschaft zunächst die Organbestellung widerruft und zeitgleich den Geschäftsführer freistellt, und daran anschließend in Verhandlungen mit dem abberufenen Geschäftsführer über die einvernehmliche Beendigung seines Anstellungsvertrags tritt. In diesem Fall ist dringend anzuraten, dass sich die Gesellschaft vor dem Widerruf der Bestellung Gewissheit über die Rechtsnatur des Anstellungsvertrags verschafft.

Scheitern die Verhandlungen über die Beendigung des Vertrags und genießt der abberufene Geschäftsführer allgemeinen Kündigungsschutz, kann er jedoch seine Weiterbeschäftigung als Geschäftsführer nicht klageweise durchsetzen. Die Bestellungsautonomie der Gesellschafterversammlung steht insofern dem Weiterbeschäftigungsanspruch des Geschäftsführers entgegen.

Dr. Kerstin Neighbour,
RAin, Partnerin bei Hogan Lovells International LLP, Frankfurt am Main;
Justus Frank, Maître en droit, LL.M.,
RA, Hogan Lovells International LLP,
Düsseldorf