Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

# NEWSLETTER ARBEITSRECHT JULI 2011

EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-214/10 – KHS AG / Winfried Schulte

Anspruch auf Urlaub, der wegen Krankheit nicht genommen wurde, darf zeitlich beschränkt werden.

BAG, Urteil vom 19.07.2011 - 3 AZR 434/09

Berechnung der Betriebsrentenanwartschaft bei Insolvenz des Arbeitgebers ist nicht altersdiskriminierend

BAG, Urteil vom 07.07.2011 - 6 AZR 248/10

Empfangsbefugnis des stellv. Betriebsratsvorsitzenden - Verhinderungsfall

BAG, Urteil vom 07.07.2011 - 2 AZR 396/10

Falsche Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung

BAG, Urteil vom 06.07.2011 - 4 AZR 424/09

Nachbindung an einen Tarifvertrag nach Verbandsaustritt

BAG, Beschluss vom 29.06.2011 - 7 ABR 135/09

Abmeldepflicht von Betriebsratsmitgliedern

BAG vom 20.04.2011 - 5 AZR 191/10

Widerruf einer in AGB geregelten Zulage

BAG, Urteil vom 09.02.2011 - 7 AZR 221/10

Auflösende Bedingung für Arbeitsverhältnis – Beginn der Klagefrist – schwerbehinderter Arbeitnehmer



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

> EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-214/10 – KHS AG / Winfried Schulte Anspruch auf Urlaub, der wegen Krankheit nicht genommen wurde, darf zeitlich beschränkt werden.

#### **EINLEITUNG:**

Nach der früheren Rechtsauffassung des BAG verfiel der Urlaubsanspruch nach § 7 Abs. 3 BUrlG endgültig, wenn der Arbeitnehmer ihn bis zum Ende des Übertragungszeitraums am 31.03. des Folgejahres aus persönlichen Gründen, insbesondere auch wegen Krankheit, nicht realisieren konnte (BAG vom 10.05.2005 – 9 AZR 253/04).

Nach der Schutz-Hoff-Entscheidung des EuGH vom 20.01.2009 hat das BAG seine bisherige Rechtsauffassung geändert und festgestellt, dass der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub sowie der gesetzliche Schwerbehindertenurlaub weder zum Ende des Kalenderjahres noch zum Ende des Übertragungszeitraums verfällt, wenn der Arbeitnehmer ihn aufgrund einer Erkrankung nicht in Anspruch nehmen kann.

Infolge der Schultz-Hoff-Entscheidung verlangten deshalb viele langjährig erkrankte, ausgesteuerte und/oder erwerbsunfähige Arbeitnehmer den Jahresurlaub seit Beginn ihrer Arbeitsunfähigkeit für die zurückliegenden Jahre.

Die Einrede der Verjährung oder die Berufung auf Ausschlussfristen half nicht weiter, da der Urlaubsanspruch nach herrschender Meinung erst mit Rückkehr des Arbeitnehmers an seinen Arbeitsplatz bzw. der Urlaubsabgeltungsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfüllbar und damit auch fällig wird.

Es entwickelte sich eine lebhafte arbeitsrechtliche Diskussion,



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

ob und gegebenenfalls für wie lange eine Urlaubsforderung für in der Vergangenheit liegende Zeiträume begrenzt werden kann. In der Rechtsache Schulte, die derzeit vor dem EuGH anhängig ist, zeichnet sich jetzt eine Entscheidung des EuGH im Sinne einer zeitlichen Begrenzung ab, nachdem das LAG Hamm ein dort anhängiges Verfahren ausgesetzt und dem EuGH vorgelegt hatte.

#### SACHVERHALT:

Herr Schulte war seit April 1964 bei der Firma KHS bzw. deren Rechtsvorgängerin als Schlosser beschäftigt. Aufgrund des auf seinen Arbeitsvertrag anwendbaren Tarifvertrages betrug sein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub jährlich 30 Arbeitstage. Am 23. Januar 2002 erlitt Herr Schulte einen Infarkt. Anschließend unterzog er sich einer Rehabilitationsmaßnahme, aus der er arbeitsunfähig entlassen wurde. Ab dem 1. Oktober 2003 bezog Herr Schulte jeweils befristet eine Rente wegen voller Erwerbsminderung sowie eine Invalidenrente, da er seit dem Jahre 2002 schwerbehindert ist. KHS und Herr Schulte vereinbarten am 25. August 2008 schließlich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 31. August 2008.

Herr Schulte klagte beim Arbeitsgericht Dortmund K auf Abgeltung des Urlaubs für die Jahre 2006 bis 2008 in Höhe von jeweils 35 Arbeitstagen, insgesamt 9.162,30 Euro. Das Arbeitsgericht hat ihm die Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs von 20 Arbeitstagen sowie des Schwerbehindertenanspruchs von fünf Arbeitstagen für die Jahre 2006 bis 2008, also 6.544,50 Euro, zugesprochen und im Übrigen die Klage abgewiesen. Gegen diese Verurteilung hat KHS Berufung beim LAG Hamm, eingelegt. Es stellte fest, dass der Urlaubsanspruch von Herrn Schulte für das Jahr 2006 auf der Grundlage des anwendbaren Tarifvertrags am 3. März 2008 erloschen sei. Da Herr Schulte über den Übertragungszeitraum hinaus und bis



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

> zum Ende seines Arbeitsverhältnisses aus gesundheitlichen Gründen nicht nur voll erwerbsgemindert, sondern auch arbeitsunfähig gewesen sei, habe er somit, wie vom Gerichtshof in der Rs. Schultz-Hoff u.a. entschieden, bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht geltend machen können.

> Daher möchte das LAG Hamm vom EuGH wissen, ob das Unionsrecht, wie vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung ausgelegt, eine Ansammlung der Ansprüche des Arbeitsnehmers auf Urlaubsabgeltung für mehrere Jahre gebietet, und zwar auch dann, wenn dieser - bedingt durch eine längerfristige Arbeitsunfähigkeit – nicht in der Lage war, sein Recht auf bezahlten Jahresurlaub wahrzunehmen, und ob es den Mitgliedstaaten gestattet sei, eine zeitliche Begrenzung von 18 Monaten für diese Ansprüche vorzusehen.

### SCHLUSSANTRAG:

Nach Ansicht von Generalanwältin Trstenjak steht das Unionsrecht einer Beschränkung des Anspruchs auf Jahresurlaub bzw. Urlaubsabgeltung nicht entgegen, sofern diese mit dem Erholungszweck vereinbar sei. Die Festlegung einer Beschränkungsfrist obliege den Mitgliedstaaten, wobei eine Frist von 18 Monaten, nach deren Ablauf Urlaubs- bzw. Vergütungsansprüche erlöschen, genüge.

Die Richtlinie über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung räume jedem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Jahresurlaub ein. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebe sich, dass dieser Anspruch auf Jahresurlaub sogar in Fällen langfristiger Krankheit unantastbar sei. Nach Ansicht der Generalanwältin gölte dies auch für den Anspruch auf Abgeltung des nicht genommenen Jahresurlaubs, der nicht mit dem Hinweis auf seine



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

fehlende Erfüllbarkeit aufgrund eines langen Krankheitszustandes verwehrt werden dürfe. Dieser Anspruch, in den sich der Urlaubsanspruch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses umwandele, diene schließlich dem Zweck, den Arbeitnehmer finanziell in eine Lage zu versetzen, die es ihm erlaube, seinen Jahresurlaub nachzuholen, und zwar unter vergleichbaren Bedingungen, als wenn er weiter tätig gewesen wäre und ein Urlaubsentgelt beziehen würde.

Eine zeitlich unbegrenzte Ansammlung von Urlaubs- bzw. Vergütungsansprüchen sei nach Ansicht von Generalanwältin Trstenjak allerdings unionsrechtlich nicht geboten, um den mit der Richtlinie im Wesentlichen angestrebten Erholungszweck zu erreichen. Das Ziel des Jahresurlaubs, sich von Anstrengungen und dem Stress des Arbeitsjahrs zu erholen und aus der Entspannung und der Freizeit während des Urlaubs neue Kraft für den Rest des Arbeitsjahrs zu schöpfen, werde nicht damit erreicht, dass dieser Urlaub erst Jahre später genommen wird. Eine Ansammlung von Urlaubsansprüchen über mehrere Jahre im Sinne einer Verdoppelung oder sogar Verdreifachung der Mindesturlaubszeit führe auch nicht zu einer Steigerung der Erholungswirkung. Hinzu komme, dass Nachteile, die sich für den Arbeitgeber sowohl aus einer langen Abwesenheit des Arbeitnehmers sowie aus einer finanziellen Belastung durch angesammelte Urlaubs- bzw. Abgeltungsansprüche ergeben, potenziell geeignet sind, dem Arbeitgeber unter Umständen einen Anreiz dazu zu geben, sich möglichst früh von langfristig arbeitsunfähigen Arbeitnehmern zu trennen, um diesen Nachteilen vorzubeugen.

Hinsichtlich des Vergütungsanspruches hebt die Generalanwältin hervor, dass eine unbegrenzte Kumulierung beim Arbeitnehmer die irrige Erwartung wecken könnte, dass ihm statt eines Ersatzes für ein Urlaubsentgelt eine Abfindung anlässlich der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zusteht.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

In Bezug auf die zeitliche Beschränkung der Möglichkeit der Geltendmachung von bereits erworbenen Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsansprüchen lehnt Generalanwältin Trstenjak zunächst einen vollständigen Verfall der Ansprüche ab. Gerade in Fällen lang andauernder Krankheit des Arbeitnehmers könnte dieser den automatischen, vollständigen Verfall von Urlaubsansprüchen durch Zeitablauf nicht verhindern.

Hinsichtlich der vom vorlegenden Gericht benannten Frist von 18 Monaten, nach deren Ablauf Urlaubs- bzw. Vergütungsansprüche erlöschen, weist die Generalanwältin darauf hin, dass eine solche Frist dem Schutzzweck der Richtlinie über bestimme Aspekte der Arbeitszeitgestaltung gerecht werde, da der Arbeitnehmer damit bis zu zweieinhalb Jahren Zeit hätte, seinen Mindesturlaub für ein bestimmtes Urlaubsjahr zu nehmen.

Gleichzeitig hätte der Arbeitgeber die Sicherheit, dass es nicht zu einer uferlosen Ansammlung von Urlaubsansprüchen und damit verbundenen Schwierigkeiten bei der Arbeitsorganisation, oder zu erheblichen finanziellen Belastungen, die mit den über längere Zeiträume hinweg angesammelten Abgeltungsansprüchen einhergehen, komme.

Generalanwältin Trstenjak kommt daher zu dem Ergebnis, dass eine Begrenzung des Übertragungszeitraums auf achtzehn Monate, nach deren Ablauf Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers verfallen, lang genug und damit letztlich geeignet erscheinen, dem Arbeitnehmer die tatsächliche Ausübung des Anspruchs auf Jahresurlaub zu gestatten.

Die Generalanwältin betont jedoch, dass der Zeitraum von 18 Monaten einen Richtwert darstelle, an dem sich die Mitgliedstaaten bei der innerstaatlichen Umsetzung möglichst orientieren sollen. In Ermangelung einer unionsweiten Regelung stehe es den Mitgliedstaaten schließlich frei, unter Beachtung der Grenzen der Richtlinie auch andere Regelungen zu erlassen. Eine Übertragungsmöglichkeit von lediglich sechs Monaten er-



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

achtet die Generalanwältin dagegen als nicht ausreichend.

### FAZIT:

Nach diesem Schlussantrag ist die Erwartung begründet, dass der Urlaubsanspruch bei langjähriger Arbeitsunfähigkeit durch deutsche Gerichte zeitlich begrenzt werden darf. Das Schultz-Hoff-Urteil wird damit in seinen Auswirkungen abgemildert. Arbeitgeber sollten sich derzeit nicht auf Urlaubsabgeltungsforderungen einlassen, die einen Zeitraum von 18 Monate übersteigen. Das wegweisende Urteil des EuGH wird in wenigen Monaten vorliegen.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

> BAG, Urteil vom 19.07.2011 - 3 AZR 434/09 Berechnung der Betriebsrentenanwartschaft bei Insolvenz des Arbeitgebers ist nicht altersdiskriminierend

### **EINLEITUNG:**

Nach § 7 Abs. 2 des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) wird die Höhe der Betriebsrentenanwartschaft, für die der Pensionssicherungsverein bei Insolvenz des Arbeitgebers einzustehen hat, nach § 2 Abs. 1 BetrAVG ermittelt. Insolvenzgeschützt ist danach der Anspruch, der dem Verhältnis der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit bis zum Eintritt des Sicherungsfalls zur möglichen Betriebszugehörigkeit bis zur üblichen, "festen" Altersgrenze entspricht (zeitratierliche Berechnung).

Das kann dazu führen, dass Arbeitnehmer, die in jüngerem Alter ein Arbeitsverhältnis begonnen haben, bei gleicher Betriebszugehörigkeit eine geringere geschützte Versorgungsanwartschaft haben als solche, die es mit höherem Alter begonnen haben. Dieser Effekt kann z.B. eintreten, wenn die Versorgungsordnung eine dienstzeitabhängige Berechnung der Betriebsrente mit einer Höchstbegrenzung vorsieht.

#### SACHVERHALT:

Der 1952 geborene Arbeitnehmer war von 1982 bis 2007 bei seinem Arbeitgeber beschäftigt und hatte eine Versorgungszusage. Am 1.9.2005 wurde über das Vermögen des Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Pensionssicherungsverein (PSV) erteilte dem Arbeitnehmer 2007 einen Anwartschaftsausweis, wonach er für eine zu sichernde unverfallbare Rentenanwartschaft mit einem Anteil von 65,3206 Prozent eintritts-



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

pflichtig sei. Hieraus ergebe sich eine zu sichernde Leistung in Höhe von 229.54 Euro monatlich.

Der Arbeitnehmer machte geltend, dass er mit Vollendung des 65. Lebensjahres Anspruch auf eine um 60 Euro höhere monatliche Betriebsrente habe. Er ist der Auffassung, dass die Berechnung der zu sichernden Leistung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG i.V.m. der Versorgungsordnung eine nach europarechtlichen Vorschriften unzulässige Altersdiskriminierung darstelle, weil sich die Dauer ihrer möglichen Betriebszugehörigkeit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres für die jüngeren Arbeitnehmer bei der Berechnung des Zweitwertfaktors im Vergleich zu älteren Arbeitnehmern nachteilig auswirke.

### **ENTSCHEIDUNG:**

Der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat entschieden, dass diese Berechnung nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, wie es jetzt in Art. 2 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt ist, verstößt.

Nach § 7 Abs. 2 BetrAVG richte sich die Höhe der Betriebsrentenanwartschaft, für die der PSV bei Insolvenz des Arbeitgebers einzustehen habe, nach § 2 Abs. 1 BetrAVG. Es komme damit die gleiche Regelung zur Anwendung, die gölte, wenn festzustellen sei, wie hoch die unverfallbare Anwartschaft eines vor Eintritt des Versorgungsfalls aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmers sei. Insolvenzgeschützt sei danach der Anspruch, der dem Verhältnis der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit bis zum Eintritt des Sicherungsfalls zur möglichen Betriebszugehörigkeit bis zur üblichen "festen" Altersgrenze entspreche (zeitratierliche Berechnung).

Diese Berechnung verstoße nicht gegen das unionsrechtliche



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

Verbot der Altersdiskriminierung aus Art. 21 Abs. 1 der EU-Grundrechts-Charta. Sie könne zwar dazu führen, dass Arbeitnehmer, die in jüngerem Alter ein Arbeitsverhältnis begonnen hätten, bei gleicher Betriebszugehörigkeit eine geringere geschützte Versorgungsanwartschaft haben als solche, die es mit höherem Alter begonnen haben. Nach der Rechtsprechung des EuGH scheide eine unzulässige Ungleichbehandlung aber aus, wenn diese durch ein rechtmäßiges Ziel von Allgemeininteresse gerechtfertigt sei und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich seien.

Die Mitgliedstaaten hätten insoweit einen weiten Ermessensspielraum, solange das Verbot der Altersdiskriminierung nicht ausgehöhlt werde.

Der Gesetzgeber sei nach diesen Grundsätzen berechtigt, darauf abzustellen, dass betriebliche Altersversorgung als Gegenleistung für die gesamte mögliche Betriebszugehörigkeit zwischen dem Beginn des Arbeitsverhältnisses und der festen Altersgrenze angesehen werde. Dem entspreche die zeitratierliche Berechnung der Anwartschaft bei vorzeitigem Ausscheiden. Eine Aushöhlung des Verbots der Altersdiskriminierung sei damit nicht verbunden, da die jeweiligen Versorgungsordnungen ihrerseits dem Verbot der Altersdiskriminierung unterlägen.

### FAZIT:

In diesem Fall liegt eine eindeutige mittelbare Diskriminierung des Arbeitnehmers wegen des Alters vor, weil § 2 BetrAVG an die Betriebszugehörigkeit bei der Berechnung der sicherungsfähigen Anwartschaft anknüpft. Solche Schlechterstellungen können durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt sein. Dabei wird ein großzügiger Maßstab angelegt. Die Regelungen sind unbedenklich, solange ein sachlicher Grund für die altersbezogene Schlechterstellung besteht.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Urteil vom 07.07.2011 – 6 AZR 248/10 Empfangsbefugnis des stellv. Betriebsratsvorsitzenden - Verhinderungsfall

#### **EINLEITUNG:**

Gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Zur Entgegennahme von Mitteilungen über die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers ist nach § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG der Vorsitzende des Betriebsrats oder im Falle seiner Verhinderung sein Stellvertreter berechtigt. Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Vielzahl von Entlassungen (Massenentlassung), hat er diese nach Maßgabe des § 17 KSchG der Agentur für Arbeit anzuzeigen und der Anzeige eine Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen. Im Insolvenzfall ersetzt gemäß § 125 Abs. 2 InsO ein zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Betriebsrat zustande gekommener Interessenausgleich die Stellungnahme des Betriebsrats, wenn in dem Interessenausgleich die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet sind.

### SACHVERHALT:

Eine Verkäuferin war in einem von 47 Modefachgeschäften eines Bekleidungsunternehmens in Leipzig tätig. Das Unternehmen wollte 24 Filialen schließen. Der Vorsitzende des Gesamtbetriebsrats lud daher in Abstimmung mit der Unternehmensleitung die Betriebsratsvorsitzenden der Filialen und ihre Stellvertreter zu einer Betriebsräteversammlung am 17.11.2008 in der Zentrale ein. Auf der Tagesordnung standen u. a. Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen sowie die Übergabe der Anhörungen zu den geplanten Kündigungen. Bei der



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

> Betriebsräteversammlung einigten sich Gesamtbetriebsrat und Unternehmen auf einen Interessenausgleich. Dieser sah vor, die Filiale in Leipzig zu schließen. Er führte außerdem namentlich die Angestellten auf, die entlassen werden sollten. Da der Betriebsratsvorsitzende der Filiale Leipzig nicht anwesend war, übergab die Unternehmensleitung das Anhörungsschreiben zur Kündigung der Verkäuferin seiner Stellvertreterin. Drei Tage später zeigte sie die Massenentlassung an und fügte den Interessenausgleich bei. Nach Eingang des Bescheids der Agentur für Arbeit kündigte sie am 26.11.2008 ordentlich.

> Die Verkäuferin hielt die Kündigung für unwirksam: Das Anhörungsschreiben hättedem Betriebsratsvorsitzenden übergeben müssen.

Die Kündigungsschutzklage war in allen Instanzen erfolglos.

### **ENTSCHEIDUNG:**

Da der Betriebsratsvorsitzenden der Filiale Leipzig an der Versammlung nicht teilnahm, durfte nach dieser Entscheidung des BAG seine Stellvertreterin gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG das Anhörungsschreiben in Empfang nehmen. Das Gericht hat es also nicht als erforderlich angesehen, dass die Anhörung in die Filiale z. Hd. des Betriebsratsvorsitzenden übermittelt wird. Damit ging sie am 17.11.2008 zu, so dass das Unternehmen die Wochenfrist, innerhalb derer der Betriebsrat Bedenken gemäß § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG äußern kann, eingehalten hat.

### FAZIT:

Aus der Presseerklärung des BAG lässt sich nicht entnehmen, ob und gegebenenfalls wie lange der Betriebsratsvorsitzende auch in der Filiale verhindert war. Man wird aber damit argumentieren können, dass der Stellvertreter in diesem Fall schon durch seine Entsendung zum Empfang ermächtigt wurde.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Urteil vom 07.07.2011 – 2 AZR 396/10 Falsche Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung

### EINFÜHRUNG:

Eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Täuschung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer durch Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen beim Arbeitgeber einen Irrtum erregt und ihn zum Abschluss des Arbeitsvertrages veranlasst. Nicht jede falsche Angabe des Arbeitnehmers bei den Einstellungsverhandlungen stellt eine arglistige Täuschung dar. Wird der Arbeitnehmer nach dem Vorliegen einer bestimmten Tatsache gefragt, so ist er zur wahrheitsgemäßen Beantwortung verpflichtet, wenn die Frage zulässig ist. Ein Fragerecht wird dem Arbeitgeber nur insoweit zugestanden, als er ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis hat. Ohne eine entsprechende Frage des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer von sich aus nur auf solche Tatsachen hinweisen, deren Mitteilung der Arbeitgeber nach Treu und Glauben erwarten darf (BAG 16. 12. 04 - 2 AZR 148/04). Eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers ist an die Voraussetzung gebunden, dass die verschwiegenen Umstände dem Arbeitnehmer die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht unmöglich machen oder sonst für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind (BAG 16. 12. 04 – 2 AZR 148/04).

Die ohne Bezug auf die konkrete Tätigkeit gestellte Frage nach einer Behinderung, insbesondere einer Schwerbehinderung ist nach Einführung des Diskriminierungsverbotes in §§ 1, 7 AGG (bisher für schwerbehinderte Menschen § 81 Abs 2 SGB IX aF, der nach BAG 3.4.2007 bei europarechtskonformer Auslegung



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

auch auf behinderte Menschen anzuwenden war) nicht mehr zulässig. Ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers besteht daher nur insoweit, als sich die Behinderung konkret auf die geschuldete Tätigkeit auswirkt. Das Anfechtungsrecht entfällt aber auch, wenn die Schwerbehinderung für den Arbeitgeber offensichtlich war, da die Einstellung in diesem Fall nicht auf der Täuschung beruht (BAG 18.10.2000).

Eine Behinderung, die die Fähigkeit zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit erheblich beeinträchtigt, gilt als verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB (BAG v. 28.3.1974 – 2 AZR 92/93), sodass der Vertrag in diesen Fällen wegen Irrtums angefochten werden kann.

#### SACHVERHALT:

Eine Außendienstmitarbeiterin bei einem größeren Softwareunternehmen hatte bei der Einstellung die Frage, ob sie schwerbehindert sei, wahrheitswidrig verneint. Das Softwareunternehmen focht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Zusätzlich kündigte es. Im Prozess räumte es aber ein, die Mitarbeiterin auch eingestellt zu haben, wenn sie die Wahrheit gesagt hätte.

### **ENTSCHEIDUNG:**

Beantwortet der Mitarbeiter bei der Einstellung eine zulässige Frage unwahr, sei der Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, sofern die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags ursächlich war. Wirke die Täuschung im Arbeitsverhältnis weiterhin nach, könne auch eine Kündigung gerechtfertigt sein

Damit sei die Lüge nicht ursächlich für den Abschluss des Arbeitsvertrags gewesen. Das Unternehmen könne zudem nicht



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

geltend machen, die Arbeitnehmerin habe es über ihre Ehrlichkeit getäuscht, denn ihre Antwort auf die Frage nach einer Schwerbehinderung sei nicht ursächlich dafür gewesen, dass es dachte, sie sei ehrlich.

### FAZIT:

Auf die vom Senat noch unter seinem früheren Vorsitzenden Rost beantwortete Frage, ob und gegebenfalls unter welchen Voraussetzungen seit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX im Juli 2001 und des AGG im August 2006 der Arbeitgeber vor der Einstellung nach einer Schwerbehinderung fragen darf, kam es nicht an.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

### BAG, Urteil vom 06.07.2011 – 4 AZR 424/09 Nachbindung an einen Tarifvertrag nach Verbandsaustritt

### **EINLEITUNG:**

Der Austritt aus dem am Tarifabschluss unmittelbar oder mittelbar beteiligten Verband beendet die durch Mitgliedschaft vermittelte Tarifgebundenheit des betreffenden Arbeitgebers oder Arbeitnehmers. Er verhindert für diese die Gebundenheit an die Tarifverträge, die der Verband nach Wirksamwerden des Austritts abschließt. Verbände können grundsätzlich nur für ihre Mitglieder Tarifverträge abschließen.

Nach § 3 Abs. 3 TVG bleibt die Tarifgebundenheit jedoch trotz Verbandsaustritts kraft gesetzlicher Anordnung bis zur Beendigung des Tarifvertrages, der noch zu Zeiten der Mitgliedschaft abgeschlossen worden war, bestehen. Bis zu diesem Zeitpunkt behalten also die betreffenden Tarifverträge ihre unmittelbare und zwingende Wirkung.

Dem Austritt aus dem Arbeitgeberverband mit der aus § 3 Abs. 3 TVG folgenden einschränkenden Wirkung steht der Wechsel des Arbeitgebers in den sog. OT-Status, in eine "Mitgliedschaft ohne Tarifbindung", gleich. Mit satzungsgemäßem Wirksamwerden des Statuswechsels innerhalb des Arbeitgeberverbandes wird der betreffende Arbeitgeber tarifrechtlich wie ein zum gleichen Zeitpunkt aus dem Verband ausgetretener Arbeitgeber behandelt.

Fraglich in der jüngsten Entscheidung des BAG zu diesem Thema war, ob eine vertragliche Vereinbarung, die während der Nachbindung geschlossen wurde, die tarifliche Regelung verdrängen kann.

### SACHVERHALT:



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

Die Arbeitgeberin war Mitglied im Metall-Arbeitgeberverband. Die anwendbaren Metall-Tarifsysteme sahen eine Wochenarbeitszeit von 35 Stunden vor. Im Sommer 2005 schloss sie mit ihren Mitarbeitern, Arbeitsverträge mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden ab Januar 2006. Eine Betriebsvereinbarung von Ende 2005 bestimmte, dass die Arbeitszeitkonten auf der Basis einer 40-Stunden-Woche zu führen sind. Zum Jahresende 2005 trat der Arbeitgeber aus dem Metall-Arbeitgeberverband aus. Im Juli 2006 trat ein Arbeitnehmer in die IG Metall ein. Im Herbst 2007 verlangte er, dass die Arbeitgeberin ihm seine seit dem Gewerkschaftsbeitritt über die 35-Stunden-Woche hinaus geleisteten Arbeitsstunden auf dem Zeitkonto gutschreibt. Einige Zeit später einigte sich die Arbeitgeberin mit der IG Metall auf einen Haustarifvertrag mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden.

### **ENTSCHEIDUNG:**

Die normative Wirkung von Tarifverträgen verdränge, solange sie andauere – also auch in der Zeit der Nachwirkung gemäß § 3 Abs. 3 TVG –, vorherige abweichende arbeitsvertragliche Vereinbarungen. Das BAG stellte fest, dass ab dem Beitritt des Arbeitnehmers zur Gewerkschaft beide Seiten tarifgebunden i. S. v. § 4 Abs. 1 TVG waren. Die Arbeitgeberin sei trotz ihres Austritts aus dem Arbeitgeberverband noch im Wege der Nachbindung gemäß § 3 Abs. 3 TVG unmittelbar und zwingend an den Tarifvertrag gebunden gewesen, bis dieser mit Abschluss des Haustarifvertrags endete. Das Gesetz unterscheide nicht zwischen verschiedenen Bindungsarten. Daher habe für den Kläger von seinem Gewerkschaftseintritt bis zum Abschluss des Haustarifvertrags eine wöchentliche Arbeitszeit von 35 Stunden gegolten. Daran habe auch die Vereinbarung einer 40-Stunden-Woche im Arbeitsvertrag nichts geändert. Sie werde durch



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

die normative Wirkung der Tarifverträge verdrängt. Der Kläger könne allerdings nur verlangen, dass ihm die Arbeitgeberin seine über eine 35-Stunden-Woche hinaus geleisteten Stunden vergütet. Eine Gutschrift auf dem Arbeitszeitkonto sei dagegen nicht möglich, da die Buchungen laut Betriebsvereinbarung auf Grundlage einer Regelarbeitszeit von 40 Wochenstunden vorzunehmen sind.

### FAZIT:

Selbst wenn der Arbeitgeber nach seinem Austritt aus einem Arbeitgeberverband nur noch über das Prinzip der Nachbindung an die Tarifverträge gebunden ist, kann ein Arbeitnehmer über einen Eintritt in die tarifschließende Gewerkschaft die Einbeziehung der tariflichen Regeln in sein Arbeitsverhältnis erreichen. Die Tarifbindung reicht bis zum Neuabschluss des einbezogenen Tarifvertrages. Nachteilige individualvertragliche Regelungen, die vor dem Eintritt in die Gewerkschaft verabredet wurden, werden durch die normative Wirkung des Tarifvertrages verdrängt.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

# BAG, Beschluss vom 29.06.2011 - 7 ABR 135/09 Abmeldepflicht von Betriebsratsmitgliedern

#### **EINLEITUNG:**

Gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebes zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Das ist nach der Rechtsprechung des BAG immer dann zu bejahen, wenn das Betriebsratsmitglied bei gewissenhafter Überlegung und bei ruhiger, vernünftiger Würdigung der Umstände die Arbeitsversäumnis für notwendig halten darf, um den gestellten Aufgaben gerecht zu werden. Die Befreiung von der Arbeitspflicht ist nicht von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig.

Entscheidet sich ein Betriebsratsmitglied zur Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben während der Arbeitszeit, so hat es sich nach ganz herrschender Meinung beim Verlassen des Arbeitsplatzes zur Ausübung von Betriebsratstätigkeit abzumelden, dem Arbeitgeber den Ort der beabsichtigten Betriebsratstätigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer anzugeben und nach Beendigung der Betriebsratstätigkeit wieder zurückzumelden. Bei dieser Meldepflicht handelt es sich um eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht. Entgegen früherer Rechtsprechung des BAG bedarf es bei der Abmeldung keiner Angabe von Gründen. Es genügt der allgemeine Hinweis auf die Erledigung von Betriebsratsaufgaben.

Im vorliegenden Fall ging es um die Abmeldepflicht, wenn ein Betriebsratsmitglied seine Arbeitsleistung zur Ausübung von Betriebsratstätigkeit am Arbeitsplatz unterbricht aber den Arbeitsplatz nicht verlässt.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

### **SACHVERHALT:**

Der neunköpfige Betriebsrat eines Unternehmens für automobile Marktforschung mit ca. 220 Arbeitnehmern wollte gerichtlich festgestellt wissen, dass seine Mitglieder nicht verpflichtet sind, sich bei Ausführung von Betriebsratstätigkeit, die sie am Arbeitsplatz erbringen, zuvor beim Arbeitgeber abzumelden.

### **ENTSCHEIDUNG:**

Das BAG bestätigt seine bisherige Rechtsprechung im Grundsatz. Ein Betriebsratsmitglied, das an seinem Arbeitsplatz während seiner Arbeitszeit Betriebsratsaufgaben erledigt, sei grundsätzlich verpflichtet, sich beim Arbeitgeber abzumelden und die voraussichtliche Dauer der Betriebsratstätigkeit mitzuteilen.

Zweck der Meldepflicht sei es, dem Arbeitgeber die Überbrückung des Arbeitsausfalls zu ermöglichen oder die Arbeit entsprechend anders zu organisieren. Daher bestehe keine vorherige Meldepflicht nur in Fällen, in denen eine vorübergehende Umorganisation der Arbeitseinteilung nicht ernsthaft in Betracht komme. Maßgeblich seien die Umstände des Einzelfalls. Dazu gehörten insbesondere die Art der Arbeitsaufgabe des Betriebsratsmitglieds und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunterbrechung. In Fällen, in denen sich das Betriebsratsmitglied nicht vorher abmelde, sei es verpflichtet, dem Arbeitgeber auf dessen Verlangen nachträglich die Gesamtdauer der in einem bestimmten Zeitraum geleisteten Betriebsratstätigkeit mitzuteilen.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

### **FAZIT:**

Die Entscheidung stellt immerhin klar, dass dem Arbeitgeber grundsätzlich vorher mitzuteilen ist, wann ein Arbeitnehmer arbeitet und wann er Betriebsratsaufgaben wahrnimmt. Aber selbst das soll nicht ausnahmslos gelten, sondern nur, wenn es durch betriebliche Zwecke gerechtfertigt werden kann.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

# BAG vom 20.04.2011 - 5 AZR 191/10 Widerruf einer in AGB geregelten Zulage

### **EINLEITUNG:**

Bei einem Widerrufsvorbehalt sagt der Arbeitgeber eine Leistung zunächst unbefristet zu, will sich aber durch Ausübung des Widerrufsrechts vorbehalten, die Weitergewährung der Leistung zu beenden. Derartige Widerrufsvorbehalte müssen auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Dabei ist zwischen ausgehandelten und vom Arbeitgeber gestellten Abreden zu unterscheiden. Erstere können nur nach § 138 BGB auf ihre Sittenwidrigkeit kontrolliert werden. Bei Vorbehaltsklauseln, die der Arbeitgeber in den Arbeitsverträgen vorgibt, ist zu prüfen, ob sie gegen § 308 Nr. 4 BGB verstoßen (BAG, Urteil vom 11. 10. 2006) bzw. zu einer "unangemessenen Benachteiligung" im Sinne von § 307 BGB führen.

Eine "unangemessene Benachteiligung" durch einen Widerrufsvorbehalt liegt vor, wenn der Kernbestand des Arbeitsverhältnisses betroffen ist. Das ist der Fall, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrags einer einseitigen Änderung – ohne Einflussmöglichkeit des Arbeitnehmers – unterliegen sollen, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört würde (BAG, Urteil vom 7. 10. 1982). Der Kernbestand des Arbeitsverhältnisses, zu dem insbesondere die Vergütungspflicht des Arbeitgebers und die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers gehören, darf nicht angetastet werden (BAG, Urteil vom 31. 1. 1985). Eine jederzeitige grundlose Widerrufsmöglichkeit greift in die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers ein und stellt damit eine unangemessene Benachteiligung dar (BAG, Urteil vom 19. 12. 2006 AP BGB).



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

Seit dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am1. Januar 2002 müssen daher die Widerrufsgründe in der Vertragsklausel angegeben werden. Fehlt diese Angabe, ist die Klausel nach §§ 308 Nr. 4, 307 BGB unwirksam.

Fraglich ist, ob die hierdurch entstandene Vertragslücke in sogenannten Altverträgen, die vor dem 1. Januar 2002 vereinbart wurden, im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden darf und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen. Kann man die Klauseln nicht "retten" kann die Leistungszusage nur einvernehmlich oder im Wege der (untauglichen) Änderungskündigung beseitigt werden.

### SACHVERHALT:

Ein Tierarzt ist seit 1990 bei einem Verein angestellt. Er erhält eine Vergütung, die der Beamtenbesoldungsgruppe A14 entspricht. In dem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag war ihm eine Zulage zum Ausgleich der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung versprochen, die ausdrücklich unter einen Widerrufsvorbehalt gestellt war. Mit Schreiben vom 19. September 2007 widerrief der Verein die Zulage zum 31. Dezember 2007. Der Tierarzt hält den Widerruf für unwirksam und verlangte weiterhin die Zulage.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Auf die Revision des Beklagten ist die Sache an das Landesarbeitsgericht zur weiteren Sachaufklärung über die behaupteten wirtschaftlichen Gründe zurückverwiesen worden.

### **ENTSCHEIDUNG:**

Die arbeitsvertragliche Regelung des Widerrufs in § 3 III ist



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

> nach der Rechtsprechung des BAG gem. § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.

> Der im Arbeitsvertrag der Parteien geregelte Widerrufsvorbehalt sei eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S. der §§ 305 ff. BGB. Zwischen den Parteien stehe außer Streit, dass der Arbeitsvertragstext beim Bekl. standardmäßig Verwendung fand. Der Widerrufsvorbehalt, der das Recht des Bekl. begründete, die versprochene Leistung einseitig zu ändern, stelle eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung i.S. von § 307 Absatz 3 Satz 1 BGB dar, weil ein Vertrag grundsätzlich bindend sei. Nach § 308 Nr. 4 BGB sei die Vereinbarung des Widerrufsrechts zumutbar, wenn der Widerruf nicht grundlos erfolgen solle, sondern wegen der unsicheren Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig sei. Ein Widerrufsvorbehalt müsse seit Inkrafttreten der §§ 305 ff BGB den formellen Anforderungen von § 308 Nr. 4 BGB gerecht werden. Als Widerrufsgrund müsse zumindest die Richtung angegeben werden, aus der der Widerruf möglich sein solle, z.B. wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers. Dabei sei zu beachten, dass der Verwender vorgebe, was ihn zum Widerruf berechtigen solle.

> Diesen Anforderungen entspreche § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags nicht, denn darin werde kein Widerrufsgrund angegeben. Der Widerrufsvorbehalt sei deshalb seit dem 1. 1. 2003 (vgl. Art. 229 § 5 EGBGB) gem. §§ 308 Nr. 4, 306 BGB unwirksam.

> Eine aus formellen Gründen unwirksame und vor dem 1. 1. 2002 vereinbarte Klausel entfalle aber nicht ersatzlos.

> Da der Verwender bei Abschluss des Arbeitsvertrags die §§ 305 ff. BGB nicht habe berücksichtigen können und die Klausel nur unwirksam sei, weil sie in formeller Hinsicht den neuen Anforderungen nicht genüge, bedürfe es zur Schließung der entstande-



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

nen Lücke der ergänzenden Vertragsauslegung. Andernfalls liefe die Anwendung der Anforderungen an die Vertragsformulierung auf einen vor dem 1. 1. 2002 abgeschlossenen Sachverhalt auf eine echte Rückwirkung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hinaus. Es sei deshalb zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Widerrufsklausel bekannt gewesen wäre.

Einer ergänzenden Vertragsauslegung stünde nicht entgegen, dass der Arbeitgeber während der gem. Art.229 § 5 EGBGB für vor dem BAG 1. 1. 2002 begründete Dauerschuldverhältnisse eingeräumten Übergangsfrist von einem Jahr keine Vertragsanpassung vorgenommen und dem Arbeitnehmer kein Vertragsänderungsangebot unterbreitet habe. Eine Verhandlungsobliegenheit, deren Nichtbeachtung Rechtsfolgen nach sich ziehen soll, lasse sich Art. 229 § 5 EGBGB ebenso wenig entnehmen wie eine Verpflichtung des Arbeitgebers gerade im Jahre 2002 redlicherweise annehmen zu müssen.

Eine Möglichkeit der einseitigen Durchsetzung gesetzeskonformer Verträge nach Inkrafttreten der §§ 305 ff. BGB gebe es nicht. Änderungskündigungen hätten dem Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht standhalten können. Ohne konkreten Anlass unterbreitete Angebote des Arbeitgebers zum Zwecke der Anpassung der Altverträge an die neue Rechtslage hätten zur Verunsicherung ganzer Belegschaften geführt und diese um den ungefährdeten Bestand ihrer Arbeitsverhältnisse fürchten lassen. Zudem wäre die Formulierung gesetzeskonformer Verträge im Jahre 2002 auf erhebliche Schwierigkeiten gestoßen, weil die Entwicklung der Rechtsprechung noch nicht abzusehen gewesen sei. Dem stehe die Gesetzesbegründung zu Art. 229 § 5 EGBGB nicht entgegen, denn diese erläutere nur die Möglichkeit einer Anpassung der Verträge während der Übergangsfrist,



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

schließe eine ergänzende Vertragsauslegung nach deren Ablauf jedoch nicht aus. Dementsprechend nehme der BGH bei vor dem 1. 1. 2002 vereinbarten und nach dem 1. 1. 2003 gem. § 308 Nr. 4 BGB unwirksamen Widerrufsklauseln eine ergänzende Vertragsauslegung vor, ohne die Übergangsfrist auch nur zu erwähnen. Im Übrigen wäre es widersprüchlich, eine ergänzende Vertragsauslegung bei Neuverträgen zuzulassen.

Ausgehend von den zutreffenden Ausführungen des ArbG liege es im Streitfall zumindest nahe, dass die Parteien bei Kenntnis der neuen gesetzlichen Anforderungen die Widerrufsmöglichkeit für den Fall wirtschaftlicher Verluste des Beklagten vorgesehen hätten. Eine solche Bestimmung wäre für den Kl. zumutbar gewesen und hätte ihn nicht benachteiligt. Bei Kenntnis der neuen gesetzlichen Anforderungen hätten redliche Parteien die Widerrufsmöglichkeit für den Fall wirtschaftlicher Verluste vereinbart, zumal der Bekl. schon anlässlich des Widerrufs der Dynamisierung der Zulage im Jahr 1992 auf die Möglichkeit eines weiteren Widerrufs aus wirtschaftlichen Gründen hingewiesen hatte. Danach sei der Vortrag des Bekl. erheblich. Doch habe das BerGer. von der Feststellung der notwendigen Tatsachen abgesehen. Dies sei nachzuholen.

Neben der Inhaltskontrolle stehe weiterhin die Ausübungskontrolle im Einzelfall gem. § 315 BGB. Die Erklärung des Widerrufs stelle eine Bestimmung der Leistung durch den Arbeitgeber nach § 315 BGB dar. Der Widerruf müsse im Einzelfall billigem Ermessen entsprechen. Daran habe die generelle Regelung der §§ 305 ff. BGB nichts geändert.

### **FAZIT:**

Die Klausel erwies sich als unwirksam, weil sie in formeller Hinsicht den strengeren, seit dem 1. Januar 2003 geltenden Anforderung, eine Begründung für den Widerruf zu benennen, nicht



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

genügt. Zur Verhinderung einer unzulässigen Rückwirkung des durch die Schuldrechtsmodernisierung geänderten BGB und zur Schließung der entstandenen Vertragslücke ist nach dieser Entscheidung des 5. Senats eine ergänzende Vertragsauslegung möglich, durch die eine Begründung auch nach dem Widerruf noch in die Klausel hineingelesen werden darf.

Der 9. und vor allem auch der 10. Senat des BAG sehen das nach ihrer bisherigen Rechtsprechung anders. Sie halten eine ergänzende Vertragsauslegung zumindest dann für ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber eine Möglichkeit zur Anpassung der Klausel unterlassen hat. Das sei z.B. der Fall, wenn der Vertrag im Übrigen geändert wurde. Der 5. Senat sieht auch die Anforderungen an eine Konkretisierung der Widerrufsgründe vergleichsweise nicht so streng, wenn er lediglich verlangt, Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen müssten derart konkretisiert werden, dass "der Arbeitnehmer erkennen kann, was gegebenenfalls auf ihn zukommt". Dazu lasse sich zumindest die "Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll" (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers). Nur wenn das nicht ausreiche, müsse der Grad der Störung (wirtschaftliche Notlage des Unternehmens, negatives wirtschaftliches Ergebnis der Betriebsabteilung, nicht ausreichender Gewinn, Rückgang bzw. Nichterreichen der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklungen, unterdurchschnittliche Leistungen des Arbeitnehmers, schwerwiegende Pflichtverletzungen) konkretisiert werden.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

> BAG, Urteil vom 09.02.2011 - 7 AZR 221/10 Auflösende Bedingung für Arbeitsverhältnis – Beginn der Klagefrist – schwerbehinderter Arbeitnehmer

### **EINLEITUNG:**

Für die Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer benötigt der Arbeitgeber nach § 85 SGB IX die vorherige Zustimmung des Integrationsamts. Dasselbe gilt nach § 92 SGB IX auch, wenn das Arbeitsverhältnis im Falle einer teilweisen Erwerbsminderung, der Erwerbsminderung auf Zeit, der Berufsunfähigkeit oder der Erwerbsunfähigkeit auf Zeit ohne Kündigung, also namentlich aufgrund einer auflösenden Bedingung im Arbeits- oder Tarifvertrag beendet werden soll. Diese Vorschrift wird oft übersehen. Jedoch muss der Arbeitnehmer, der die Unwirksamkeit der Abrede über die auflösende Bedingung geltend machen will, innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der Bedingung Klage beim Arbeitsgericht erheben. Das ergibt sich aus § 21 i.V. mit § 17 Satz 1 TzBfG. Das Arbeitsverhältnis endet aber ebenso wie bei einer Zweckbefristung frühestens zwei Wochen, nachdem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die bevorstehende Beendigung wegen der Zweckerreichung informiert hat (§ 15 Abs. 2 TzBfG).

In dem jetzt veröffentlichten Urteil hatte der Siebte Senat des BAG über die Frage zu entscheiden, ob die Klagefrist auch dann anläuft, wenn der Arbeitgeber trotz Kenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers die Zustimmung des Integrationsamts nicht beantragt hatte. § 17 TzBfG verweist nur auf die §§ 5 bis 7 KSchG, nicht auf § 4 Satz 4 KSchG, demzufolge die Klagfrist erst zu laufen beginnt, wenn dem Arbeitnehmer die Entscheidung der Behörde (Integrationsamt) bekannt gemacht wurde.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

### **SACHVERHALT:**

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer ist seit August 1972 bei der Deutschen Bahn AG beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet ein Tarifvertrag Anwendung, nach dem das Arbeitsverhältnis bei Gewährung einer unbefristeten Rente wegen teilweiser oder voller Erwerbsminderung mit der Zustellung des Rentenbescheides endet.

Mit Bescheid vom 10. November 2006 wurde dem Arbeitnehmer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung, beginnend mit dem 1. November 2005, bewilligt. Er griff den Bescheid zunächst mit dem Ziel an, Rente wegen voller Erwerbsminderung zu erhalten. Seine Klage vor dem Sozialgericht nahm er dann allerdings am 6. Februar 2008 zurück.

Die Bahn teilte dem Arbeitnehmer am 22. März 2008 mit, dass er mit Wirkung zum 20. Februar 2008 in den Ruhestand versetzt werde. Die Schwerbehinderung war der Bahn jedenfalls seit Februar 2007 bekannt.

Mit seiner am 7. April 2008 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Arbeitnehmer zunächst die Verringerung seiner Arbeitszeit auf 6 Stunden täglich begehrt. Mit Schriftsatz vom 17. April 2008 hat er dann den Antrag auf Feststellung gestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien mit dem 20. Februar 2008 nicht beendet wurde, sondern darüber hinaus unter unveränderten Bedingungen fortbesteht.

Der Arbeitnehmer hat die Auffassung vertreten, sein Arbeitsverhältnis habe nicht durch Eintritt einer auflösenden Bedingung (Zweckbefristung) geendet. Selbst wenn man von einer ordnungsgemäßen Unterrichtung der Bahn über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses i.S.v. § 15 Abs. 2 TzBfG ausgehe, sei die am 7. April 2008 eingereichte Klage fristgerecht. Das Integrationsamt habe der Beendigung des Arbeitsverhältnisses



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

entgegen § 92 Satz 1 SGB IX nicht im Vorhinein zugestimmt. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. durch Teilurteil stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Aufhebung des Teilurteils zweiter Instanz und in diesem Umfang die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### **ENTSCHEIDUNG:**

Die Klagefrist für die Bedingungskontrollklage nach §§ 21, 17 Satz 1 TzBfG beginnt nach Auffassung des BAG nicht, wenn der Arbeitgeber weiß, dass der Arbeitnehmer schwerbehindert ist, und das Integrationsamt der erstrebten Beendigung durch auflösende Bedingung (Zweckbefristung) nicht zugestimmt hat. Das folge aus einer Analogie zu § 4 Satz 4 KSchG.

Die dreiwöchige Klagefrist der §§ 21, 17 Satz 1 TzBfG habe nicht zu laufen begonnen, weil der Arbeitgeber um die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers wusste und dennoch keine Zustimmung des Integrationsamts vor der erstrebten Beendigung durch auflösende Bedingung einholte. §§ 21, 17 Satz 2 TzBfG regelten die Frage des Beginns der Klagefrist für die Bedingungskontrollklage eines Arbeitnehmers, dessen Schwerbehinderung der Arbeitgeber kennt, unbeabsichtigt nicht. Die Interessenlage sei in den Fällen der Kündigung und der auflösenden Bedingung vergleichbar. Zum Schutz schwerbehinderter Menschen sei eine analoge Anwendung von § 4 Satz 4 KSchG geboten. Dieser Schutzzweck drücke sich in §§ 92, 85 SGB IX aus.

§ 21 TzBfG bestimme, dass u.a. § 17 TzBfG entsprechend gölte, wenn der Arbeitsvertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen wird. Wolle der Arbeitnehmer geltend machen, dass die auflösende Bedingung, unter der sein Arbeitsvertrag stehe, rechtsunwirksam sei, müsse er nach § 17 Satz 1 TzBfG



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des bedingten Arbeitsvertrags Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Bedingung nicht beendet ist. Nach §§ 21, 17 Satz 2 TzBfG gölten §§ 5 bis 7 KSchG entsprechend. § 92 Satz 1 SGB IX sehe vor, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen auch dann der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts bedürfe, wenn sie u.a. im Fall des Eintritts einer teilweisen Erwerbsminderung ohne Kündigung erfolgt. Die Vorschriften des Kapitels 4 des SGB IX über die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung gölten nach § 92 Satz 2 SGB IX entsprechend.

Nach dem in Kapitel 4 des SGB IX enthaltenen § 85 SGB IX bedürfe die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. § 4 Satz 4 KSchG bestimme, dass die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts erst ab Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer laufe, soweit die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf.

Die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG beginne im Fall von Kündigungen nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts wegen der Ausnahmeregelung des § 4 Satz 4 KSchG erst, wenn dem Arbeitnehmer eine Zustimmung des Integrationsamts zu der beabsichtigten Kündigung mitgeteilt wurde. Erst ab Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde, nicht bereits ab Zugang der Kündigung, müsse der Arbeitnehmer innerhalb der gesetzlichen Klagefrist reagieren. Sonst sei sein Recht nur durch die Grundsätze der Verwirkung begrenzt. Zentrales Argument sei die nach dem Gesetzeszweck gebotene unterschiedliche Behandlung der Kenntnis und der Unkenntnis des Arbeitgebers von den Umständen, die den Sonderkündigungsschutz begründeten. Der Gesetzgeber habe von der ge-



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

> nerellen Regelung der Klagefrist in § 4 Satz 1 KSchG, die der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit diene, in § 4 Satz 4 KSchG die Fälle ausgenommen, in denen der Schutz des Arbeitnehmers durch ein besonderes Verfahren vor einer Behörde verstärkt werde. § 4 Satz 4 KSchG wolle ein Informationsdefizit des Arbeitnehmers im Hinblick auf die erforderliche behördliche Zustimmung ausgleichen. Kenne der Arbeitgeber die Umstände, die den Sonderkündigungsschutz auslösen, dagegen nicht, könne kein Informationsdefizit des betroffenen Arbeitnehmers ausgeglichen werden.

> Für die Bedingungskontrollklage eines schwerbehinderten Menschen gölte hinsichtlich der Klagefrist der §§ 21, 17 Satz 1 TzBfG nichts anderes. § 4 Satz 4 KSchG sei analog anzuwenden. §§ 21, 17 Satz 2 TzBfG seien unbeabsichtigt lückenhaft. Im Bedingungskontrollrecht bestehe eine vergleichbare Interessenlage wie im Fall des Sonderkündigungsschutzes schwerbehinderter Arbeitnehmer.

> Die analoge Anwendung des für das Kündigungsschutzrecht vorgesehenen § 4 Satz 4 KSchG auf die auflösende Bedingung bei Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung sei aufgrund der vergleichbaren Interessenlage geboten. Das Schutzbedürfnis schwerbehinderter Arbeitnehmer sei in den Fällen der Kündigung und der auflösenden Bedingung des Arbeitsvertrags vergleichbar.

> Der nötige Interessenausgleich sei - wie im Fall des Sonderkündigungsschutzes - herzustellen zwischen dem von §§ 21, 17 Satz 1 TzBfG geschützten Interesse an Rechtsklarheit sowie Rechtssicherheit und dem in §§ 92, 85 SGB IX, § 4 Satz 4 KSchG ausgedrückten besonderen Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses. Dieser besondere Schutz werde durch die vorherige behördliche Zustimmung gewährleistet.

> Der besondere Beendigungsschutz trete im Fall der auflösenden



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

Bedingung aber zurück, wenn der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis mit einem Schwerbehinderten beenden möchte, die Schwerbehinderung bei Zugang der Beendigungsmitteilung iSv. § 15 Abs. 2 TzBfG nicht kennt. Wisse der Arbeitgeber dagegen um die Schwerbehinderung, setze sich der besondere Beendigungsschutz durch. Die Klagefrist der §§ 21, 17 Satz 1 TzBfG beginne in Analogie zu § 4 Satz 4 KSchG erst mit Bekanntgabe der zustimmenden Behördenentscheidung.

Die Anwendung des § 4 Satz 4 KSchG auf Fälle vorheriger behördlicher Zustimmungserfordernisse schränke die Anwendung des Bereichs der Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG nicht in einem Umfang ein, der eine Verwirklichung des Gesetzeszwecks nicht erlaube. Zwischen bekannten und unbekannten Umständen eines behördlichen Beendigungsschutzes sei zu unterscheiden. Kenne der Arbeitgeber die Schwerbehinderung, beginne die Dreiwochenfrist erst mit Bekanntgabe der Zustimmung des Integrationsamts beim Arbeitnehmer. Kenne der Arbeitgeber den besonderen Beendigungsschutz der Schwerbehinderung dagegen nicht, werde die Klagefrist der §§ 21, 17 Satz 1 TzBfG in Lauf gesetzt (vgl. für das Kündigungsschutzrecht BAG 13. Februar 2008 – 2 AZR 864/06).

### FAZIT:

Die Entscheidung mahnt Arbeitgeber nachdrücklich bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Erwerbsunfähigkeit aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung oder eines Tarifvertrages, die notwendige vorherige Zustimmung des Integrationsamtes nicht zu vergessen. In Fällen der teilweisen oder sogar vollen Erwerbsfähigkeit, wird es selten möglich sein, sich auf die Unkenntnis einer Schwerbehinderung zu berufen.



Stabelstraße 10 D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93 Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de kontakt@thomsen-ra.de

Sie brauchen detailliertere Informationen? Sie hätten gerne ein persönliches Gespräch zu Themen dieser Ausgabe? Sie haben Fragen zu unserer Veranstaltung?

Wir freuen uns, wenn Sie mit uns Kontakt aufnehmen. info@thomsen-ra.de

### Impressum:

Der THOMSEN RECHTSANWÄLTE Newsletter ist ein kostenloser Service. Die Verfasser übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit der übermittelten Informationen. Bitte beachten Sie, dass diese Informationen eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen können.

Herausgeber: THOMSEN RECHTSANWÄLTE Stabelstr. 10 76133 Karlsruhe Ansprechpartner (ViSdP): Rechtsanwalt Klaus Thomas Thomsen

