

A NEWSLETTER FROM
MANNHEIMER SWARTLING

JULY 2010

Newsletter Arbeitsrecht Deutschland



KONTAKTPERSONEN:

Rechtsanwälte

Dr. Christian Bloth,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Frankfurt (Editor)

Bettina Kreimer, Frankfurt

Thereze Falkjær Jensen, Berlin

Ulf Christoph Lohrum, LL.M, Berlin

Dr. Kerstin Kamp-Wigforss,
LL.M, Stockholm

E-MAIL

MannheimerSwartling
Arbeitsrechts-News@msa.se

MANNHEIMER SWARTLING FRANKFURT AM MAIN

Bockenheimer Landstraße 51-53
60325 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 97 40 12 0
Fax: +49 69 97 40 12 10

BERLIN

Mauerstraße 83/84
10117 Berlin
Tel: +49 30 22 66 99 0
Fax: +49 30 22 66 99 10

www.mannheimerswartling.de

**DIESER NEWSLETTER
ERFOLGT ZU INFORMATIONEN-
ZWECKEN UND NICHT ZUR
RECHTSBERATUNG. UNTER
ANGABE DER QUELLE DÜRFEN
DIE BEITRÄGE VERBREITET
UND ZITIERT WERDEN.**

Editorial

SEHR GEEHRTE DAMEN UND HERREN,

an der Spitze unseres Newsletters Nr. 3/2010 stehen zwei Artikel, die das Tarifvertragsrecht bzw. das Betriebsverfassungsrecht betreffen. Wie erwartet hat nunmehr der 10. Senat des BAG sich der seitens des 4. Senats in Aussicht gestellten Änderung der Rechtsprechung zur Tarifeinheit im Betrieb angeschlossen. Die aus verschiedener Sicht, auch volkswirtschaftlich, als sinnvoll eingeschätzte „Tarifeinheit des Betriebs“ droht somit ins Wanken zu geraten, was bereits verschiedene Akteure auch auf der politischen Bühne auf den Plan gerufen hat. Das BAG hat weiterhin, hier der 7. Senat, eine betriebsverfassungsrechtlich interessante Frage beantwortet, nämlich ob dem Arbeitgeber, obwohl gesetzlich nicht geregelt, ein Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsrat zusteht, wenn dieser sich nicht im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts betätigt. Das BAG sieht hier die Lage anders als so manches Instanzgericht, was ebenfalls eine Veränderung der Rechtspraxis führen wird. Dass mit Wettbewerbsverboten, gleichgültig ob während oder nach der Vertragslaufzeit, mit Bedacht umgegangen werden muss, zeigen zwei Urteile des BAG aus März/April 2010. Diese machen noch einmal deutlich, wie genau der Arbeitgeber von Fall zu Fall den Einsatz dieses Instrumentariums prüfen muss, eines Instrumentariums, das in der Arbeitsvertragspraxis nicht schablonenmäßig angewendet werden darf. Ein Urteil des BAG beschäftigt sich mit der Frage, ob und wieweit Geschäftsführerdienstverträge auch auf Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes verweisen können und ob daraus der Geschäftsführer Rechte herleiten kann. Diese Entscheidung ist insbesondere für Geschäftsführer von äußerster Wichtigkeit, die auf Basis dieses Urteils ihre Position erheblich verbessern können. Ein immer wieder aufkommendes Thema ist der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung, mit dem



**MANNHEIMER
SWARTLING**



ein Arbeitnehmer einer befürchteten fristlosen Kündigung seitens des Arbeitgebers zuvorkommen will. Hat er hier die Möglichkeit, diese abgeschlossene Vereinbarung anzufechten? In Zeiten betrieblicher Restrukturierung finden auch antidiskriminierungsrechtliche Aspekte verstärkte Beachtung. So z.B. hatte sich das BAG mit der Frage auseinander zu setzen, ob ein jüngerer Arbeitnehmer dadurch unrechtmäßig benachteiligt ist, dass ihm – anders als einer Gruppe älterer Arbeitnehmer (ab 55) – kein Angebot auf Aufhebung eines Arbeitsvertrages gemacht wurde.

Wir wünschen eine anregende Lektüre und stehen für Rückfragen gern zur Verfügung.

DR. CHRISTIAN BLOTH

Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit

Das BAG hat seine über fünfzigjährige Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität aufgegeben. Nach einer Anfrage des Vierten Senats hat nun auch der Zehnte Senat des BAG verlauten lassen, dass an dem Grundsatz nicht mehr festgehalten wird, soweit für den einzelnen Arbeitnehmer jeweils nur ein Tarifvertrag gilt (Az.: 10 AS 2/10 und 10 AS 3/10 sowie 4 AZR 537/08 (A) und 4 AZR 549/08 (A)). Diesem Umstand war zu verdanken, dass in Deutschland – anders als in anderen Ländern – in erheblichem Umfang das Wirtschaftsleben durch Streiks von Einzel- / Spezialgewerkschaften „lahm gelegt“ wurde, auch wenn es gerade im Bereich großer Verkehrsunternehmen wie der

Deutschen Bahn oder der Lufthansa Tarifverträge für verschiedene Berufsgruppen gibt.

Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit kann innerhalb eines Betriebes jeweils nur ein Tarifvertrag Anwendung finden („Ein Betrieb – ein Tarifvertrag“). Bestehen mehrere Tarifverträge, so verdrängt der speziellere Tarifvertrag den allgemeineren (sog. Grundsatz der Tarifspezialität).

Mehrere Tarifverträge können zum einen in Bezug auf ein einzelnes Arbeitsverhältnis bestehen. Hier wird von Tarifkonkurrenz gesprochen. In diesem Fall bedarf es einer Entscheidung, welcher der geltenden Tarifverträge nun auf das Arbeitsverhältnis angewendet wird. Es kommt der Grundsatz der Spezialität zum Tragen, wonach dasjenige Tarifwerk Anwendung findet, das der Eigenart und den besonderen Bedürfnissen des Betriebes und der zur Erreichung dieses Zieles verlangten und geleisteten Arbeit am ehesten entspricht (sog. Sachnähe). Insoweit bestehen zunächst keine Einwände.

Anders stellt sich die Situation gegebenenfalls dar, wenn für die einzelnen Arbeitnehmer aufgrund ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit ein bestimmter Tarifvertrag gilt, jedoch der Arbeitgeber insgesamt zunächst durch mehrere Tarifverträge gebunden ist (sog. Tarifpluralität), weil er als Mitglied in einem Arbeitgeberverband – oder aufgrund Firmentarifvertrags – Partei mehrerer Tarifverträge ist, die an sich für die Berufsgruppe des Arbeitnehmers Geltung beanspruchen. Auch in dieser Konstellation galt nach der Rechtsprechung der vom BAG entwickelte Grundsatz der Tarifeinheit, so dass insgesamt im ganzen Betrieb nur der speziellere Tarifvertrag angewendet wurde, also der Arbeitnehmer, der einer anderen Gewerkschaft angehörte, einen anderen Tarifvertrag für sich gelten lassen musste.

Letzteres wurde mitunter heftig kritisiert. So hatte die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit in der eben beschriebenen Konstellation zur Folge, dass diejenigen Arbeitnehmer, die nicht der einen Gewerkschaft angehören, die den speziellsten Tarifvertrag abgeschlossen hat („Andersorganisierte“), zu „nichtorganisierten“ Arbeitnehmern zurückgestuft wurden. Denn ihr eigener Tarifvertrag wurde von dem anderen, spezielleren verdrängt und der speziellere fand keine Anwendung, da sie als „Andersorganisierte“ keine Mitglieder der abschließenden Gewerkschaft sind. Dies stellt nun auch nach der geänderten Auffassung des BAG einen Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährleistete Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG dar.

Ferner werden die tarifschließenden Koalitionen unmittelbar durch dessen Abschluss gebunden. Gesetzlich ist eine Verdrängung eines Tarifvertrages nicht geregelt. Bezüglich der Konstellation, dass für den einzelnen Arbeitnehmer nur ein Tarifvertrag gilt, ist nunmehr auch das BAG der Auffassung, dass es keinen übergeordneten Rechtssatz gibt, dass in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen dürfen. Für eine richterliche Rechtsfortbildung fehlt es nach dieser Auffassung an einer planwidrigen Regelungslücke.

Andererseits wurden, gerade auch in neueren Publikationen, die Vorteile des Grundsatzes der Tarifeinheit hervorgehoben. Hierfür sprechen in erster Linie Praktikabilitäts- und teleologische Erwägungen. So wird die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und die Rechtsklarheit zu Gunsten einer Beibehaltung des Grundsatzes angeführt. Mehrere nebeneinander anwendbare Tarifwerke würden demzufolge zu einer Zersplitterung der Gewerkschaften führen, die Konkurrenz hinsichtlich einer Vielzahl an Spartenorganisationen stärken, den tarifrechtlichen Prozess und die tarifrechtlichen Regelungen behindern und dabei die Belegschaft spalten. Dadurch würde im betrieblichen Arbeitskampf die Parität gestört und insgesamt sei mit erheblich mehr Streiks zu rechnen. Zuletzt spreche auch die Stetigkeit der Rechtsprechung gegen eine derartige Änderung des jahrzehntlang praktizierten Rechtsinstituts.

Die dargestellte Rechtsprechungsänderung führt für Arbeitgeber nicht nur zu einer Erhöhung des Verwaltungsaufwandes, sondern auch zu Rechtsunsicherheit. Insbesondere ist Folgendes zu beachten. Der Arbeitgeber muss sich nach der Einstellung über die Gewerkschaftsangehörigkeit seiner Arbeitnehmer informieren, wenn und soweit er Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften in seinem Unternehmen anwendet. Bei der individualvertraglichen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses muss eine Bezugnahme auf Tarifwerke besonders geprüft werden. Aus der Arbeitskämpfparität ergibt sich, dass auch „Andersorganisierte“ streiken und ausgesperrt werden können. Dies entspricht dem Grundsatz der arbeitskampfrechtlichen Einheit der Belegschaft, der rechtlich unabhängig von dem Grundsatz der Tarifeinheit ist. Ferner kann der Arbeitgeber konkurrierende Gewerkschaften dazu auffordern, sich auf einen identischen Endzeitpunkt bei Tarifverträgen zu einigen.

Es darf jedoch gehofft werden, dass – wie von Seiten der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) gefordert – der Gesetzgeber nun doch noch tätig wird.

**DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE;
JOHANNES HIPPER**

Politische Betätigung des Betriebsrates: Unterlassungsanspruch?

„Nein zum Krieg“ – unter diesem Titel stellte ein Betriebsrat in einem zu einem amerikanischen Konzern gehörigen Unternehmen einen Aufruf in das Intranet und appellierte an das Management, diesen Appell über die Konzernspitze an die US-Regierung weiterzuleiten. Der Arbeitgeber forderte den Betriebsrat auf, von solchen Aktionen politischer Art Abstand zu nehmen.

Nach § 74 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 BetrVG haben Arbeitgeber und Betriebsrat jede „parteilpolitische“ Betätigung im Betrieb zu unterlassen. Dieses Neutralitätsgebot dient nach den Gesetzesmaterialien der Gewährleistung des Betriebsfriedens und der ungestörten Zusammenarbeit im Betrieb. Im 2. Halbsatz des § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG wird die Behandlung von Angelegenheiten tarifpolitischer, sozialpolitischer, umweltpolitischer und wirtschaftlicher Arbeit, die den Betrieb oder seine Arbeitnehmer unmittelbar betreffen von dem Verbot ausgenommen.

In seiner Entscheidung vom 17. März 2010 (Az. 7 ABR 95/08) hat das BAG in zweierlei Hinsicht Stellung bezogen: Zum Einen hat es seine bisherige Rechtsprechung zur Auslegung, was unter parteipolitischer Betätigung zu verstehen ist, eingeschränkt. Zum Anderen hat es die prozessualen Möglichkeiten, welche die Gegenseite bei einem Verstoß gegen das Neutralitätsgebot hat, neu festgelegt, indem es einem Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers die Anerkennung versagte und den Arbeitgeber auf den Feststellungsanspruch verwies.

Das BAG hat nun klargestellt, dass nicht jede allgemeinpolitische Äußerung von dem Neutralitätsgebot erfasst wird. Seit jeher ist umstritten, ob unter parteipolitische Betätigung jegliche politische Betätigung fällt oder ob eine lediglich allgemeinpolitische Betätigung zulässig ist. Zuvor vertrat das BAG lange Zeit die Auffassung, dass der Begriff Parteipolitik weit auszulegen sei und grundsätzlich das Verbot auch das Eintreten für oder gegen eine bestimmte politische Richtung erfasse (insbes. BAG Az. 6 ABR 67/84 und Az. 1 ABR 54/76). Denn alle politischen Fragen, gleichgültig, ob es sich um solche der Außen- oder Innenpolitik, der äußeren oder inneren Sicherheit, der Kultur, der Arbeit oder der Freizeitgestaltung handelt, fielen in den Bereich der parteipolitischen Stellungnahmen. Darüber hinaus wäre eine Trennung zwischen zulässiger allgemeinpolitischer Betätigung und verbotener parteipolitischer Betätigung, bei Berücksichtigung des Verbotszweckes einerseits und bei der fließenden Grenzen allgemeiner Parteipolitik andererseits, nicht möglich.

Inwieweit jedoch die bisherige Rechtsprechung durch das Urteil nun tatsächlich eingeschränkt wird und wie eine diesbezügliche Abgrenzung zu erfolgen hat, bleibt abzuwarten. Denn das BAG hat die Unterlassungsansprüche aus eher prozessualen Gründen ohne Erfolg gelassen. Es hat nämlich in seiner Entscheidung unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils des LAG Schleswig-Holstein (Az. 2 TaBV 25/08) festgestellt, dass ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot durch den Betriebsrat keinen

Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers begründet, da ein solcher Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers nicht gesetzlich geregelt sei. Der Interpretation, dass der Unterlassungspflicht, die aus dem Neutralitätsgebot folgt, ein Unterlassungsanspruch der Gegenseite entspricht, wurde dadurch eine klare Absage erteilt. Vielmehr wird § 23 Abs. 1 BetrVG als abschließende Regelung bzgl. der Rechte des Arbeitgebers bei (groben) Verstößen des Betriebsrates gegen seine gesetzliche Pflichten gesehen. Danach kann der Arbeitgeber lediglich die Auflösung des Betriebsrates beantragen. Darüber hinaus wäre ein Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsrat nicht vollstreckbar, da dieser vermögenslos ist. Hiermit stellt sich das BAG gegen beachtliche Stimmen in der Literatur, aber auch frühere unterinstanzliche Rechtsprechung, die einen solchen Unterlassungsanspruch anerkannte.

Indessen kann, so das BAG, mit einer Feststellungsklage gerichtlich geklärt werden, ob ein bestimmtes Verhalten einen Verstoß gegen das beschriebene Neutralitätsgebot darstellt. Die gerichtliche Feststellung ist in einem eventuellen späteren Verfahren über die Auflösung des Betriebsrates von entscheidender Bedeutung. Zur Zulässigkeit der Feststellungsklage müssen die allgemeinen prozessualen Voraussetzungen einer Feststellungsklage vorliegen. Das BAG hat in der vorliegenden Entscheidung insbesondere darauf hingewiesen, dass der Feststellungskläger zum Zeitpunkt der Feststellungsklage noch ein berechtigtes Interesse an der Klärung der Streitfrage hat. Dies wurde in dem vom BAG zu entscheidenden Fall teilweise verneint, da die streitgegenständliche Äußerung bezüglich des Irak-Krieges im Jahr 2003 abgegeben wurde und keine Umstände ersichtlich waren, dass zu dem seit Jahren beendeten Irak-Krieg erneute Äußerungen des Betriebsrates zu besorgen waren. Damit kam es letztendlich auf der Einordnung eines „Nein zum Irak-Krieg“ als allgemeinpolitische oder parteipolitische Äußerung nicht mehr an. Das vorinstanzliche LAG Schleswig-Holstein jedoch hatte grundsätzlich das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs bejaht, aber die Äußerungen eines Betriebsrates in einem amerikanischen Konzern nicht als „partei“politisch gewertet.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Urteil nochmals die Aufmerksamkeit darauf gelenkt hat, dass nicht jede politische Äußerung unbedingt als „parteilich“ zu klassifizieren ist. Diese gewonnene Freiheit betrifft sowohl den Arbeitgeber als auch den Betriebsrat. Eine genaue Grenzziehung zwischen verbotener parteipolitischer Aussage und zulässigem allgemeinpolitischem Statement bleibt weiterhin recht schwer und letztlich der Einschätzung des Gerichtes vorbehalten. Zugleich wird die Durchsetzung des Neutralitätsgebotes, aber auch anderer Verstöße des Betriebsrates gegen rechtliche Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit, dadurch erheblich beeinträchtigt, dass das BAG keinen Unterlassungsanspruch anerkennt. Die verbleibende Möglichkeit, die Auflösung des Betriebsrates zu beantragen, kann nur bei groben Verstößen des Betriebsrates gegen gesetzlichen Verpflichtungen erfolgen. Ob allerdings jeder Verstoß gegen das Neutralitätsgebot zugleich einen solchen groben Verstoß im Sinne von § 23 Abs. 1 BetrVG darstellt ist indessen nicht geklärt. Es verweist auf den Feststellungsanspruch, dem aber dann die Kraft genommen wird, wenn es sich um Rechtsverstöße handelt, deren Wiederholung nicht zu befürchten ist.

DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE;
JOHANNES HIPPER

Zur Wirksamkeit von Konkurrenzverboten während und nach dem Arbeitsverhältnis

Konkurrenz belebt zwar das Geschäft, ist jedoch von den wenigsten Arbeitgebern bezüglich der Tätigkeit ihrer Mitarbeiter gewünscht.

Nicht nur für Beamte, sondern auch für Angestellte gilt in diesem Zusammenhang die arbeitsrechtliche Treuepflicht. Danach dürfen Arbeitnehmer grundsätzlich keinerlei Konkurrenzaktivität zum Nachteil ihres Arbeitgebers ausüben. Zahlreiche Arbeits- und Tarifverträge enthalten zudem Regelungen zum Konkurrenzverbot. Hierbei sind die Vereinbarung von Beschränkungen für die Zeit während und nach dem Arbeitsverhältnis möglich.

In zwei neuen Entscheidungen befasste sich das Bundesarbeitsgericht mit Fragen der Wirksamkeit solcher Konkurrenzverbote.

In einem Urteil vom 24. März 2010, hatte sich das Gericht mit der Wirksamkeit eines Konkurrenzverbots während des Arbeitsverhältnisses zu beschäftigen. Eine bei der Deutschen Post angestellte Briefzustellerin begehrte die Feststellung, dass die von ihr ausgeübte Nebentätigkeit nicht einem tarifvertraglich geregelten Konkurrenzverbot entgegenstehe (Az. 10 AZR 66/09).

Die Klägerin trug bereits jahrelang neben ihrer Teilzeittätigkeit von 15 Stunden pro Woche für die Deutsche Post an sechs Stunden in der Woche Zeitungen für ein Konkurrenzunternehmen der Deutschen Post aus. Als diese von der Nebentätigkeit der Postbotin Kenntnis erhielt, untersagte sie der Angestellten die Ausübung der Nebentätigkeit unter Berufung auf das tarifvertraglich geregelte Konkurrenzverbot.

Das Bundesarbeitsgericht stellte in seinem zu dem Fall ergangenen Urteil klar, dass zur Festlegung der Reichweite eines Wettbewerbsverbots stets die durch das Grundgesetz geschützte Berufsfreiheit der Arbeitnehmer zu berücksichtigen ist. Aus diesem Grund müssen alle Umstände des Einzelfalls in die Entscheidung über die Wirksamkeit einbezogen werden.

Das Gericht entschied, dass in dem Fall der Postbotin keine tatsächliche Beeinträchtigung der Hauptarbeitgeberin in der Nebentätigkeit zu erblicken gewesen sei. Die Richter warfen hierbei die einfache Art der Tätigkeit und die Tatsache, dass die Arbeitnehmerin lediglich in Teilzeit bei der Deutschen Post beschäftigt und auf eine Aufstockung ihrer Einnahmen angewiesen war, in die Waagschale. Sie waren der Ansicht, dass gerade bei einfacheren Tätigkeiten ein Konkurrenzverstoß nur in Ausnahmefällen bestehe. Hierfür ebenfalls nicht ausreichend sei die bloße Tatsache, dass die Arbeitnehmerin für ein Konkurrenzunternehmen tätig werde. Vielmehr komme es auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit an. Die Postbotin stellte in den Morgenstunden nämlich ausschließlich Zeitungen zu, während ihre Hauptarbeitgeberin, die Deutsche Post, dieses Marktsegment kaum besetzt hatte und daher auch kein direktes Konkurrenzunternehmen darstelle.

Die Entscheidung zeigt deutlich, dass auch Konkurrenzverbote während des Arbeitsverhältnisses nur im Einklang mit den Grundrechten Wirksamkeit entfalten können. Sie bietet Arbeitgebern einen umfassenden Katalog, der für die hierauf gerichtete Bewertung maßgeblichen Kriterien. Die hohen Anforderungen, die das Bundesarbeitsgericht hinsichtlich der Wirksamkeit aufgestellt hat, dürften jedoch rechtlichen Beistand zur Durchsetzung eines Konkurrenzverbots unerlässlich machen.

Neben Konkurrenzverboten für den Zeitraum während des Arbeitsverhältnisses, ist ebenfalls die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes für die Zeit nach dem Arbeitsverhältnis möglich. Gesetzlich vorgeschrieben ist für solche Fälle die Zahlung einer sogenannten Karenzzahlung von mindestens der Hälfte des zuvor gezahlten Gehalts an den vormaligen Arbeitnehmer.

In dem zweiten aktuellen Urteil zu Konkurrenzverboten vom 21. April 2010 zog das Bundesarbeitsgericht klare Grenzen für die Reichweite von Konkurrenzverboten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Ein Marketingleiter verklagte seinen ehemaligen Arbeitgeber, einen Hersteller von Fenstern und Türen, der seine Produkte ausschließlich an den Fachhandel verkaufte, auf Leistung der Karenzzahlung. (Az. 10 AZR 288/09). Nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses

nahm der Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit bei einem Fachhandel für Fenster und Türen auf, der Endverbraucher belieferte. Nach vertraglicher Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber galten bereits Unternehmen, die sich mit dem Vertrieb von Fenstern und Türen befassten, als Konkurrenzunternehmen. Der Arbeitgeber ging daher von einem Verstoß gegen das Konkurrenzverbot aus, der ihn von der Pflicht zur Karenzzahlung befreien würde.

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Arbeitnehmer Recht und verurteilte den ehemaligen Arbeitgeber zur Karenzzahlung. Zur Begründung führte das Gericht an, dass das Verbot für den Arbeitnehmer, Fenster und Türen direkt an Endverbraucher zu vertreiben, nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers diene und daher unverbindlich sei. Der Arbeitnehmer habe demnach nicht gegen wirksame Regelungen verstoßen und damit weiterhin Anspruch auf die Karenzzahlung.

Aus der Entscheidung wird ersichtlich, wie wichtig die präzise Formulierung eines Konkurrenzverbotes in Arbeitsverträgen ist, da danach Konkurrenzverbote nur dann als wirksam angesehen werden, wenn damit tatsächlich berechnete Interessen des Arbeitgebers geschützt werden.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE





GmbH-Geschäftsführer können auch Kündigungsschutz genießen!

GmbH-Geschäftsführer sind keine Arbeitnehmer im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes und genießen daher grundsätzlich keinen Kündigungsschutz. Der BGH hat jedoch am 17. Mai 2010 (AZ: II ZR 70/09) in einem Grundsatzurteil entschieden, dass die Parteien eines Geschäftsführerdienstvertrages vereinbaren können, dass dem Geschäftsführer ein gewisser Kündigungsschutz zuteil wird.

Ein ehemaliger Geschäftsführer der Austria Leasing GmbH hatte auf den Fortbestand seines Anstellungsverhältnisses geklagt. Zuvor war er als Geschäftsführer abberufen, sein Dienstvertrag gekündigt und seine Pensionszusage widerrufen worden. In seinem Dienstvertrag war folgende Klausel enthalten:

„Für die v gelten im Übrigen zugunsten des Geschäftsführers die Bestimmungen des deutschen Kündigungsschutzrechtes für Angestellte. Das Recht zur fristlosen Kündigung des Vertrages aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften bleibt unberührt.“

Bislang war fraglich, ob GmbH-Geschäftsführer durch eine solche Vereinbarung im Geschäftsführerdienstvertrag Kündigungsschutz erreichen können.

Das OLG Frankfurt am Main hatte den eingeklagten Anspruch mit Verweis auf die Prinzipien des GmbH-Rechts verneint und die Klage abgewiesen.

Der BGH hob das Urteil des OLG Frankfurt am Main auf und stellte dabei fest, dass die Parteien eines Geschäftsführerdienstvertrags wirksam vereinbaren können, dass der Geschäftsführer einen gewissen Kündigungsschutz genießt, obwohl ein GmbH-Geschäftsführer als Organ der GmbH grundsätzlich kein Arbeitnehmer im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes ist. Werde eine solche Vereinbarung zugunsten des Geschäftsführers einvernehmlich getroffen, könne sich die Gesellschaft nach Ansicht des BGH nicht mehr darauf berufen, dass das Gesetz für GmbH-Geschäftsführer grundsätzlich keinen Kündigungsschutz vorsieht. Es gilt insoweit also Vertragsfreiheit.

Vor einem sogenannten Auflösungsantrag (§ 9 KSchG) ist der Geschäftsführer jedoch ebenso wenig geschützt wie jeder Arbeitnehmer. Dies führt dazu, dass die Gesellschaft statt der Kündigung einen Auflösungsantrag stellen kann, sofern der Dienstvertrag keine Versetzungsklausel, die eine mögliche Versetzung des Geschäftsführers in einen anderen Geschäftsbereich regelt, enthält.

THEREZE FALKJÆR JENSEN, TFJ@MSA.SE

Anfechtung Aufhebungsvereinbarung

WIRKSAMER AUFHEBUNGSVERTRAG TROTZ DROHUNG MIT KÜNDIGUNG?

Viele Arbeitgeber versuchen einen Kündigungsschutzprozess zu vermeiden, indem sie mit dem betroffenen Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung einen Aufhebungsvertrag abschließen. Dies gilt insbesondere, wenn eine fristlose Kündigung im Raum steht, da in diesem Fall der Druck auf den Arbeitnehmer besonders groß ist.

Gerade diese Drucksituation ist es aber, die auch die Gefahr birgt, dass ein Aufhebungsvertrag, der unter der Ankündigung andernfalls eine fristlose Kündigung zu erhalten vom Arbeitnehmer unterzeichnet wird, von diesem nach Vertragsabschluss mit dem Argument als unwirksam angefochten wird, er sei durch widerrechtliche Drohung zum Vertragsabschluss „gezwungen“ worden.

Denn § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB sieht vor, dass jemand, der widerrechtlich durch Drohung, d.h. durch in Aussicht stellen eines zukünftigen empfindlichen Übels, zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, die Erklärung mit der Folge anfechten kann, dass diese nichtig ist.

Die Androhung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis durch eine außerordentliche Kündigung beenden zu wollen, falls der Arbeitnehmer nicht selbst kündigt oder einen Aufhebungsvertrag abschließt, stellt nach ständiger Rechtsprechung u.U. die Ankündigung eines solchen zukünftigen empfindlichen Übels dar, dessen Verwirklichung in der Macht des ankündigenden Arbeitgebers liegt.

Die Drohung mit einer Kündigung wird dabei als widerrechtlich erachtet, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine solche Kündigung nicht ernsthaft in Erwägung ziehen durfte, wobei allerdings nicht erforderlich ist, dass die Kündigung, wenn sie ausgesprochen worden wäre, sich in einem Kündigungsschutzprozess als rechtsbeständig erwiesen hätte.

Die Drohung mit einer (fristlosen) Kündigung ist damit nicht in jedem Fall widerrechtlich. Nur wenn unter Abwägung der Umstände des Einzelfalls der Arbeitgeber davon ausgehen muss, die angedrohte Kündigung werde im Fall ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten, darf er die außerordentliche Kündigung nicht in Aussicht stellen, um damit den Arbeitnehmer zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages zu veranlassen.

Das Vorliegen der Widerrechtlichkeit muss der Arbeitnehmer darlegen und beweisen. Er hat damit auch die Tatsachen vorzutragen und ggf. nachzuweisen, die die angedrohte Kündigung als widerrechtlich erscheinen lassen, wobei hierfür eine abgestufte Darlegungslast besteht.

Gerade an diesem Erfordernis scheiterte unlängst eine Arbeitnehmerin beim Hessischen LAG (Urteil vom 29. März 2010, Az.: 17 Sa 1303/09).

Die Kassiererin einer Drogeriekette stand im Verdacht, acht Euro Bargeld für zwei Schachteln Zigaretten nicht ordnungsgemäß verbucht, sondern an sich genommen zu haben. In einem Gespräch mit dem Bezirksleiter erklärte dieser, dass Vertrauensverhältnis sei durch

das Verhalten der Arbeitnehmerin zerstört und dass Arbeitsverhältnis müsse sofort beendet werden. Es sei daher besser, wenn sie die vorbereitete Aufhebungsvereinbarung unterzeichne. Die Arbeitnehmerin räumte zwar die ihr vorgeworfene Unterschlagung nicht ein, unterzeichnete jedoch die Aufhebungsvereinbarung.

Nach der Unterzeichnung berief sie sich dann darauf, dass das Arbeitsverhältnis nicht beendet worden sei, da sie durch das Verhalten des Arbeitgebers widerrechtlich bedroht und zur Unterzeichnung der Vereinbarung veranlasst worden war.

Das LAG bestätigte, dass die Androhung einer außerordentlichen Kündigung – auch wenn sie nicht ausdrücklich sondern durch schlüssiges Verhalten erfolge – eine widerrechtliche Bedrohung begründen könne. Allerdings gelang es der Arbeitnehmerin im vorliegenden Fall nicht zu beweisen, dass ein verständiger Arbeitgeber im konkreten Fall eine fristlose Kündigung nicht ernsthaft erwogen hätte. Dies wäre insbesondere der Fall gewesen, wenn die Arbeitnehmerin hätte beweisen können, dass gewichtige Gründe dafür sprachen, dass ihre Arbeitskollegen und nicht sie die acht Euro an sich genommen hatte.

Das Gericht wies daher die Klage ab. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Zwar hatte die Arbeitnehmerin im geschilderten Fall keinen Erfolg. Dennoch sollten die Risiken, die der Versuch, den Arbeitnehmer durch in Aussicht stellen einer Kündigung zur einvernehmlichen Beendigung des Anstellungsverhältnisses zu bewegen mit sich bringt, nicht unterschätzt werden.

So kann zwar unter Umständen vermieden werden, dass es zu einem Kündigungsschutzprozess kommt. Allerdings beträgt die Frist zur Anfechtung einer Aufhebungsvereinbarung unter Berufung auf § 123 BGB – im Gegensatz zum Kündigungsschutzverfahren, bei dem eine Dreiwochenfrist läuft – ein Jahr, sodass bis zu diesem Zeitpunkt unter Umständen Rechtsunsicherheit bezüglich der Wirksamkeit der Beendigung und damit für den Arbeitgeber auch das Lohnfortzahlungsrisiko besteht.

Dies berücksichtigt, kann es – abhängig von den zu Grunde liegenden Kündigungsgründen und den Umständen des Einzelfalls – ggf. sinnvoller sein, die Kündigung zunächst tatsächlich auszusprechen und erst danach im Rahmen einer Abwicklungsvereinbarung eine außergerichtliche Einigung zu versuchen.

BETTINA KREIMER, BEK@SA.SE

Altersdiskriminierung beim Angebot von Aufhebungsverträgen

Die Frage nach einer möglichen Altersdiskriminierung beschäftigt die Arbeitsgerichte in regelmäßiger Häufigkeit. Erst am 19. Januar 2010 erklärte der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Rahmen eines sog. Vorabentscheidungsverfahrens (Rechtssache C-555/07), dass die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach bei der

Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt werden, für europarechtswidrig und damit unwirksam.

Ging es bei dieser Entscheidung um den Fall, dass jüngere Arbeitnehmer benachteiligt werden, so hatte das BAG in seinem Urteil vom 25. Februar 2010 (Az. 6 AZR 911/08) wieder über die Frage einer möglichen Diskriminierung von älteren Arbeitnehmern zu entscheiden.

Dem lag ein Sachverhalt zu Grunde, wonach ein Arbeitgeber einen geplanten größeren Personalabbau durch das Anerbieten einer besonderen Abfindung zu beschleunigen versuchte, den sogenannten „Turbo“. Danach wurde allen Mitarbeitern der Jahrgänge 1952 und jünger eine Abfindung in Aussicht gestellt, die nicht nur an der jeweiligen Beschäftigungsdauer anknüpfte, sondern zusätzlich eine sog. „Turbo-Prämie“ i.H. von EUR 54.000 brutto umfasste. Um in deren Genuss zu kommen, hätte ein betroffener Arbeitnehmer bis zum 30. Juni 2007 freiwillig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden müssen, indem er dem Arbeitgeber den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung anbietet.

Das gesamte Abfindungsmodell stand dabei unter einem doppelten Freiwilligkeitsvorbehalt: Zum Einen war kein Arbeitnehmer gezwungen, speziell zu diesen Bedingungen aus dem Arbeitsverhältnis auszuschneiden, zum Anderen behielt sich der Arbeitgeber vor, das Angebot eines Arbeitnehmers auf ein Ausscheiden ablehnen zu können.

Den Arbeitnehmern älterer Jahrgänge, also vor 1952, denen auch der Kläger angehörte, konnte bereits aus vertraglichen Gründen keine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werden. Deshalb wurden sie aus dem zuvor genannten Angebot ausgenommen. Ihnen stand lediglich ein gleitender Übergang in die Altersrente nach der bei der Beklagten geltenden Altersteilzeitregelung zur Verfügung.

Zusammenfassend hatte dies für ältere Arbeitnehmer den Vorteil, dass sie sich nicht um den Verlust ihres Arbeitsplatzes sorgen mussten. Im Gegenzug wurde ihnen dafür nicht angeboten, bei einer freiwilligen Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses, eine durchaus attraktive Abfindung zu erhalten.

Liegt hierin eine ungerechtfertigte Diskriminierung älterer Mitarbeiter i.S. des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)? Wenn ja, könnte dem Kläger aus § 7 Abs. 1 AGG ein Anspruch auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages zustehen, wie er inhaltlich den jüngeren Arbeitnehmern angeboten wurde.

Das BAG verneinte dies jedoch mit guten Gründen.

Zunächst einmal hat es den Anwendungsbereich des AGG als eröffnet angesehen, da das aufgezeigte Abfindungsmodell älteren Mitarbeitern nicht angeboten wurde. Hierdurch waren gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG auf das Alter bezogene Entlassungsbedingungen zumindest betroffen. Eine unmittelbare Benachteiligung i.S. des

§ 3 Abs. 1 AGG lag hingegen nicht vor, da der Kläger nach Ansicht des BAG keine „weniger günstige Behandlung“ als seine jüngeren Kollegen erfahren habe.

Das BAG zieht dabei die Erwägungsgründe zu der Richtlinie 2000/78/EG heran, auf deren Grundlage das AGG in deutsches Recht umgesetzt wurde. Hiernach war es ausdrückliches Ziel der Richtlinie, gerade ältere Arbeitnehmer zu schützen und zu integrieren. Dies war erforderlich, da speziell ältere Menschen bei Arbeitsplatzverlusten, Neueinstellungen oder der Möglichkeit an Weiterbildungsmaßnahmen teilzunehmen, regelmäßig benachteiligt wurden.

Vorliegend waren die älteren Mitarbeiter aufgrund des geltenden Tarifvertrages von dem geplanten Personalabbau jedoch ausdrücklich ausgenommen. Die Gefahr eines Arbeitsplatzverlustes und den damit verbundenen Nachteilen hat für sie zu keinem Zeitpunkt bestanden. Folglich war auch kein gesonderter Schutz oder Integration älterer Arbeitnehmer erforderlich.

Die jüngeren Mitarbeiter hingegen mussten sich im Falle einer Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses um neue Erwerbschancen bemühen, während ihre älteren Kollegen bis zum Eintritt in den Ruhestand ihrer gewohnten Arbeit nachgehen konnten. Als Ausgleich für den Verlust ihres Arbeitsplatzes, wurde eine besondere Abfindung einschließlich eines Turbos gewährt. Darin sah das BAG aber keinen eindeutigen Nachteil zu Lasten älterer Arbeitnehmer. Eine objektive Benachteiligung i.S. des § 3 Abs. 1 AGG lag somit nicht vor.

Auch dem zweiten Begründungsversuch des Klägers, um in den Genuss der attraktiven Abfindung zu kommen, erteilte das BAG eine Absage. Dabei berief sich der Kläger auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der es dem Arbeitgeber gebietet, bestimmte Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung – wie z.B. der Gewährung einer Vergünstigung – gleich zu behandeln.

Dieser Grundsatz kommt allerdings nicht zur Anwendung, wenn Leistungen oder Vergünstigungen individuell vereinbart werden. Letzteres traf auf Grund des doppelten Freiwilligkeitsvorbehalts zu, der es dem Arbeitgeber ermöglichte, in jedem Einzelfall darüber zu entscheiden, ob er das Angebot von Arbeitnehmern auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages annahm oder nicht.

Im Ergebnis hat somit das BAG zu erkennen gegeben, dass der ideenreichen Suche nach Diskriminierungsverstößen nicht grenzenlos Folge geleistet wird. Entscheidend kommt es auf die Zielrichtung des Gesetzes an, d.h. vorliegend auf den Schutz und die Integration von älteren Arbeitnehmern, nicht jedoch auf die gleichmäßige „Bereicherung“ aller Mitarbeiter eines Unternehmens. Differenzierung ist möglich!

ULF LOHRUM, UCL@MSA.SE

Mannheimer Swartling is the leading Nordic commercial law firm. Our clients range from many of Sweden's and the world's leading companies to medium-sized businesses and organizations. Common to all our clients is that the law plays an integral role in their commercial success. This drives us to continuously maintain our position at the forefront of our industry and attuned to the needs of our clients.

We are a full-service firm with approximately 400 lawyers who are specialized in different practice areas of commercial law. Our teams are also organized by industry groups to ensure that we are fully knowledgeable about industry-specific needs and challenges.

By combining the highest quality legal skills with industry knowledge, we offer our clients commercial legal advice with added value.

Mannheimer Swartling has offices in Stockholm, Göteborg, Malmö, Helsingborg, Frankfurt, Berlin, Moscow, St. Petersburg, Shanghai, Hong Kong, Brussels and New York.



**MANNHEIMER
SWARTLING**