

# NEWSLETTER ARBEITSRECHT

## 1/2007

### Inhaltsverzeichnis

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: Bericht über die ersten Fälle aus der Praxis .....	1
Eine Kündigung mit dem Unterschriftenzusatz „i. A.“ ist formunwirksam .....	2
Vorsicht bei Aufhebungsverträgen per Fax Weiteres zum Schriftformerfordernis .....	2
Erhebliche Verkehrsverstöße Kündigung eines Berufskraftfahrers .....	2
Fristlose Kündigung wegen Ausländerfeindlichkeit .....	3
Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen .....	3
Betriebsbedingte Kündigungen Aufgabe der so genannten „Domino“-Theorie des BAG .....	4
Anfechtung eines Arbeitsvertrages wegen eines gefälschten Zeugnisses .....	5
Betriebsübergang: Kein automatischer Übergang des Kündigungsschutzes auf den neuen Arbeitgeber .....	5
Zugangsvereitelung Vorsicht bei Kündigungen in letzter Minute .....	6

**Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz:  
Bericht über die ersten Fälle aus der Praxis**

Es war zu erwarten: kaum ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft, haben die Arbeitsgerichte schon die ersten „Diskriminierungsfälle“ zu bearbeiten.

Der spektakulärste Antidiskriminierungsfall betrifft momentan die Deutsche Lufthansa. Drei Piloten haben ihren Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht Frankfurt a. M. verklagt, um die für sie geltende Altersbeschränkung außer Kraft zu setzen. Denn der für die Piloten geltende Haustarifvertrag der Lufthansa sieht eine Altersbeschränkung von 60 Jahren vor. Demgegenüber möchten die Piloten durchsetzen, bis zu einem Alter von 65 Jahren ihren Dienst im Cockpit verrichten zu können. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung, welche Berufspiloten bis zu einem Alter von 65 Jahren zulässt, sowie den Vereinbarungen bei anderen Fluggesellschaften.

Die Lufthansa hält dagegen eine Weiterbeschäftigung aus gesundheitlichen Gründen nicht für sinnvoll und verweist sowohl auf den entsprechenden Haustarifvertrag als auch auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), welches in der Vergangenheit die Zulässigkeit der Altersbeschränkung im Tarifvertrag der Lufthansa bereits mehrfach bestätigt hat.

Das Arbeitsgericht Frankfurt a. M. hat nun in einem Urteil vom 14.03.2007 der Lufthansa Recht gegeben und die Klage der Piloten auch unter Berücksichtigung der neuen Regelungen zum AGG abgewiesen. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts müssen die Sicherheitsinteressen im Luftverkehr über den Interessen der Piloten nach einer Weiterbeschäftigung stehen. Die Regelungen zur Altersbeschränkung dienen dem Schutz von Leib und Leben der Besatzung, der Passagiere und der Menschen in den überflogenen Gebieten. Die Regelungen seien mithin durch ein legitimes Ziel im Sinne des § 10 S. 1 AGG gerechtfertigt und daher angemessen und erforderlich (Arbeitsgericht Frankfurt a. M., Urteil vom 14.03.2007, Az.: 6 Ca 7405/06, allerdings noch nicht rechtskräftig).

Im Einklang mit diesem Urteil steht auch eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg vom 13.09.2006. Auch dieses Gericht hatte sich in seinem Beschluss vom 13.09.2006 mit einer Altersbeschränkung zu befassen: die Altersgrenze von 68 Jahren für flugmedizinische Sachverständige in § 24 Abs. 6 S. 1 LuftVZo stand zur Überprüfung an. Die Richter sahen eine Benachteiligung wegen des Merkmals „Alter“ an sich als verwirklicht an. Diese Benachteiligung sei aber durch ein legitimes Ziel im Sinne des § 10 S. 1 AGG gerechtfertigt. Denn nach Ansicht der Richter gehe nach allgemeiner Erfahrung von älteren, nicht mehr voll leistungsfähigen flugmedizinischen Sachverständigen eine Gefährdung aus. Diese Gefährdung könne in zulässiger Weise durch eine generalisierende und typisierende Regelung mit einer Altersgrenze von

68 Jahren vermieden werden (OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.09.2006, Az.: 12 ME 275/06).

Einen Fall der geschlechtsspezifischen Diskriminierung hatte dagegen das Landesarbeitsgericht Berlin am 19.10.2006 zu entscheiden. Geklagt hat eine leitende Mitarbeiterin gegen ein Unternehmen der Musikbranche. Diese hatte sich zuvor um eine Direktorenstelle beworben, obwohl sie zum Zeitpunkt der Bewerbung schwanger war. Ihr Arbeitgeber lehnte die Bewerbung ab und zog einen männlichen Mitbewerber vor. Bei der Bekanntgabe der Entscheidung hat der Arbeitgeber sogar auf die familiäre Situation der Klägerin Bezug genommen. Die Klägerin sah hierin eine geschlechterspezifische Benachteiligung und verlangte von ihrem Arbeitgeber Schadensersatz.

Die Richter des Landesarbeitsgerichts Berlin wiesen die Klage mit der Begründung ab, dass allein mit dem Umstand, dass der Arbeitgeber sich nicht für die schwangere Klägerin, sondern für einen männlichen Mitarbeiter entschieden habe, keine geschlechterspezifische Diskriminierung indiziert sei. Es sei in dem zu entscheidenden Fall nicht zwingend ersichtlich gewesen, dass das Geschlecht für die ungünstige Beförderungsentscheidung ursächlich gewesen sei. Auch war nach Ansicht der Richter die vom Arbeitgeber abgegebene Erklärung ihrem Gesamtzusammenhang nach nicht auf die für die Klägerin ungünstige Besetzungsentscheidung bezogen (LAG Berlin, Urteil vom 19.10.2006, Az.: 2 SA 1776/06).

Wegweisend für die künftige Anwendung des AGG wird jedoch vor allem eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 30.03.2006 werden, welche ebenfalls eine geschlechtsspezifische Diskriminierung zum Gegenstand hatte. In dem konkreten Sachverhalt hatte sich ein männlicher Bewerber auf eine Stelle für eine Chefsekretärin/Assistentin beworben. Diese Stelle war also nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben. Aus der Bewerbung ging jedoch hervor, dass der Bewerber tatsächlich kein Interesse an der ausgeschriebenen Stelle hatte, da zum einen völlig überzogene Gehaltsvorstellungen genannt wurden und zu den wesentlichen Einstellungsvoraussetzungen keine Angaben erfolgten. Nachdem der Bewerber abgelehnt wurde, klagte er vor dem Arbeitsgericht Berlin auf Schadensersatz in Höhe von 3 Monatsverdiensten.

Auch wenn die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin nicht konkret zum AGG getroffen wurde, sondern zu dessen „Vorgängerregelung“ in § 611a BGB, wird dieses Urteil auch Ausfluss auf die Anwendung des AGG haben. Denn die Richter entschieden, dass ein Entschädigungsanspruch voraussetze, dass der Bewerber sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht komme. Ergibt sich jedoch aus mehreren Indizien, dass eine ernsthafte Bewerbung nicht gewollt ist, steht dem Bewerber auch keine Entschädigung wegen einer geschlecht-

terbezogenen Diskriminierung zu (LAG Berlin, Urteil vom 30.03.2006, Az.: 10 SA 2395/05).

Damit hat die Rechtsprechung bereits erste Tendenzen vorgegeben, wonach evidente Missbrauchsfälle künftig sehr viel weniger Aussicht auf Erfolg haben werden, als zunächst befürchtet. Die weitere Entwicklung hierzu bleibt aber abzuwarten.

### **Eine Kündigung mit dem Unterschriftenzusatz „i. A.“ ist formunwirksam**

Gemäß § 623 BGB kann die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder durch Auflösungsvertrag nur schriftlich erfolgen. Wird diese Formvorschrift nicht beachtet, ist die Erklärung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nichtig, verbunden mit der weiteren unliebsamen Folge, dass dieses trotz Beendigungserklärung weiter fortbesteht.

Die auf den ersten Blick sehr einfache Formvorschrift des § 623 BGB birgt für die Praxis jedoch zahlreiche Stolpersteine, wie ein aktuelles Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg einmal mehr verdeutlicht. In dem dort zu entscheidenden Fall hatte ein Koch von seinem Arbeitgeber am 20.02.2006 eine fristlose Kündigung erhalten. Die Kündigung war lediglich von einem Assistenten unterhalb des auf dem Schreiben maschinenschriftlich aufgeführten Geschäftsführers unterschrieben. Der eigentlichen Unterschrift stellte der Assistent noch den Zusatz „i. A.“ voran. Gegen diese Kündigung erhob der Koch vor dem Arbeitsgericht eine Kündigungsschutzklage und bekam Recht.

Denn nach Ansicht der Richter genügte diese Kündigung nicht dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB, weil nach außen hin nicht erkennbar war, dass diese von einem vertretungsberechtigten Geschäftsführer oder einem seiner Stellvertreter unterschrieben worden ist. Auch wenn der Assistent möglicherweise im Innenverhältnis zum Ausspruch der Kündigung sogar bevollmächtigt war, ist er durch das Kürzel „i. A.“ (im Auftrag) nach außen hin lediglich als Bote aufgetreten. Unterzeichnet jemand lediglich „im Auftrag“, distanziert er sich von dem Inhalt der Erklärung und will gerade keine eigene Verantwortung übernehmen. Stellvertreter unterzeichnen dagegen regelmäßig mit dem Kürzel „i. V.“ (in Vertretung).

Da Boten als Werkzeuge lediglich eine fremde Willenserklärung im fremden Namen übermitteln und damit gerade keine eigenen Willenserklärungen abgeben, können sie auch nicht Aussteller eines Kündigungsschreibens sein. Solche Kündigungserklärungen sind von vornherein formnichtig (ArbG Hamburg, Urteil vom 08.12.2006, Az.: 27 Ca 21/06).

### **Vorsicht bei Aufhebungsverträgen per Fax – Weiteres zum Schriftformerfordernis**

Zum Verhängnis wurde die zuvor beschriebene Schriftformklausel in § 623 BGB auch einem anderen Arbeitgeber, der mit einem seiner Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag schließen wollte und später feststellen musste, dass der Aufhebungsvertrag formnichtig war. Dies hatte zur Konsequenz, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Mitarbeiter nicht entsprechend der Vereinbarung beendet war.

In dem vom Landesarbeitsgericht Düsseldorf zu entscheidenden Fall bot ein Arbeitgeber einem seiner Mitarbeiter einen Aufhebungsvertrag zur Beendigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses an. Hierzu übersandte der Arbeitgeber an den Arbeitnehmer die Vertragsentwürfe in dreifacher Ausfertigung und bat den Arbeitnehmer, den Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen und in dreifacher Ausfertigung zurückzusenden. Darauf hin unterschrieb der Arbeitnehmer zwar das Vertragsoriginal des Aufhebungsvertrages und faxte dieses an den Arbeitgeber. Die Rücksendung des unterzeichneten Originals unterblieb jedoch. Später machte der Arbeitnehmer unter Berufung auf das Schriftformerfordernis die Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrages geltend und klagte vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Aufhebungsvertrag nicht aufgelöst worden ist, sondern weiterhin fortbesteht.

Die Richter des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf gaben dem Arbeitnehmer Recht. Ist – wie in § 623 BGB – im Gesetz die Schriftform vorgeschrieben, so muss die Urkunde nach § 126 Abs. 1 BGB vom Aussteller eigenhändig unterzeichnet sein, wobei nach § 126 Abs. 2 BGB die Unterzeichnung der Parteien grundsätzlich auf derselben Urkunde zu erfolgen hat. Da aber Telefaxe lediglich Kopien darstellen und damit keine Originalunterschrift enthalten können, entsprechen darauf enthaltene Erklärungen nicht dem Schriftformerfordernis, sondern führen zur Formnichtigkeit (LAG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2005, 16 Sa 1030/05).

Arbeitgebern kann daher nur angeraten werden, hierauf unbedingt zu achten. Für den Fall, dass ein Mitarbeiter einen von ihm unterzeichneten Aufhebungsvertrag lediglich per Telefax zurück schickt, sollte dieser sofort aufgefordert werden, auch das Original postalisch zu übersenden oder persönlich zu überreichen.

### **Erhebliche Verkehrsverstöße – Kündigung eines Berufskraftfahrers**

Wie viele Verkehrsverstöße darf sich ein angestellter LKW-Fahrer erlauben, bevor er von seinem Arbeitgeber gekündigt werden kann? Über eine solche Rechtsfrage hatte das Landesarbeitsgericht Köln in einem Urteil vom 04.09.2006 zu befinden.

In dem zu beurteilenden Fall war der Arbeitnehmer als Tankwagenfahrer bei einer Gefahrgutspedition beschäftigt. Entsprechend einer schriftlichen Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien war der LKW-Fahrer unter anderem verpflichtet, die geltenden Straßenverkehrsregeln zu beachten und vor jedem Fahrtantritt den Zustand des LKW auf seine Verkehrstauglichkeit zu überprüfen. Gleichwohl fiel dieser Berufskraftfahrer gleich mehrfach wegen erheblicher Verkehrsverstöße bei seinem Arbeitgeber auf. Infolge eines Rotlichtverstößes mit einem Firmenfahrzeug wurde der Arbeitnehmer erstmals abgemahnt. Eine zweite Abmahnung folgte, weil der LKW-Fahrer mit den falschen Fahrzeugpapieren unterwegs war. Eine dritte Abmahnung wurde ausgesprochen, weil er in einer Tempo 30 Zone die dort zulässige Höchstgeschwindigkeit um 28 km/h überschritten hat und hierfür ein einmonatiges Fahrverbot erhielt. Schließlich wurde der Berufskraftfahrer noch im gleichen Jahr mit extrem abgefahrenen Reifen von den Ordnungsbehörden angehalten, welche den LKW, immerhin ein Gefahrguttransporter, erheblich verkehrsunsicher machten. Letzteres nahm der Arbeitgeber zum Anlass, das Arbeitsverhältnis zu kündigen.

In dem daraufhin geführten Kündigungsschutzprozess vor dem LAG Köln wurde die Rechtmäßigkeit dieser Kündigung bestätigt. Die Richter waren der Ansicht, dass der Arbeitnehmer in sehr erheblicher Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verstoßen habe. Die Verletzung der Pflicht zur Überprüfung des verkehrssicheren Zustands der Reifen kann nach Auffassung der Richter je nach den Umständen sowohl eine ordentliche Kündigung als auch eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Dem stand auch die vierjährige Betriebszugehörigkeit und das Alter des 47-jährigen Arbeitnehmers nicht entgegen (LAG Köln, Urteil vom 04.09.2006, Az.: 14 Sa 635/06).

### **Fristlose Kündigung wegen Ausländerfeindlichkeit**

Es ist ein altbekanntes Phänomen: immer wieder kommt es zwischen Mitarbeitern eines Unternehmens zu Streitigkeiten und Beleidigungen. Schon vor dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) war anerkannt, dass der Arbeitgeber alle erforderlichen, ihm zumutbaren Maßnahmen zum Schutz benachteiligter Arbeitnehmer ergreifen muss. Dies folgte bislang aus der allgemeinen Fürsorgepflicht gegenüber den diskriminierten Betriebsangehörigen. Seit dem 18.09.2006 ist vorstehendes nun in § 12 AGG gesetzlich geregelt.

Auf der anderen Seite muss der Arbeitgeber dabei abwägen, wie er Mitarbeiter, die ihre Kollegen ständig beleidigen und diskriminieren, arbeitsrechtlich behandeln kann. Denn es ist zu prüfen, ob zunächst gegenüber einem solchen Mitarbeiter eine Abmahnung erforderlich ist oder ob sogleich ordentlich oder fristlos gekündigt werden kann. Alternativ

könnte es auch sein, dass ein sehr viel milderer Mittel, wie z. B. die Versetzung in eine andere Abteilung, zu ergreifen ist. Ein Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 05.09.2006 hat in dieser Frage nun ein wenig mehr Aufschluss gegeben.

In dem zu entscheidenden Fall hatte ein 47-jähriger Mitarbeiter der Berliner Wasserbetriebe jahrelang einen deutschen Kollegen aufgrund seiner polnischen Abstammung nahezu täglich mit erheblichen diskriminierenden, beleidigenden und volksverhetzenden Äußerungen wie „Polenschwein“, „blöder Pole“ und „Pollacke“ herabgewürdigt. Außerdem weigerte sich dieser Mitarbeiter, mit dem polnisch stämmigen Kollegen zusammenzuarbeiten. Die Personalabteilung der Berliner Wasserbetriebe erfuhr von diesen Diskriminierungen erst, als sich der Betroffene an den Personalrat wandte und um Abhilfe bat. Daraufhin wurde der 47-jährige Mitarbeiter ohne vorherige Abmahnung fristlos gekündigt, wogegen sich dieser wiederum mit einer Kündigungsschutzklage zur Wehr setzen wollte.

Dies allerdings vergeblich. Denn nach Ansicht der Richter des Arbeitsgerichts Berlin stellten die andauernden Diskriminierungstatbestände eine erhebliche Pflichtverletzung dar. Es sei dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, der offen und permanent fremdenfeindliche Ansichten von sich gibt. Die Richter befanden diese Pflichtverletzungen auch als so schwerwiegend, dass der Arbeitgeber diesen Mitarbeiter nicht einmal bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beschäftigen musste, sondern fristlos und ohne vorherige Abmahnung kündigen konnte (ArbG Berlin, Urteil vom 05.09.2006, Az.: 96 Ca 23147/05).

Gerade im Hinblick auf das nun geltende AGG sollten Arbeitgeber vermehrt den Umgang ihrer Mitarbeiter untereinander beobachten, um solche Benachteiligungen und Diskriminierungen aufzuspüren und abzustellen. Ansonsten könnten sie von dem diskriminierten Arbeitnehmer auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

### **Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen**

Die meisten Unternehmen kennen die hohen Anforderungen, wenn sie sich von einem schwerbehinderten Mitarbeiter trennen möchten. Denn nach § 85 SGB IX bedarf die arbeitsrechtliche Kündigung eines Schwerbehinderten der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Anderenfalls ist eine solche Kündigung ohne wenn und aber nichtig.

In der Vergangenheit ist mit dieser Schutzvorschrift zugunsten schwerbehinderter Menschen bereits viel Missbrauch betrieben worden. Um ihre Verhandlungsposition im so genannten Abfindungspoker zu erhöhen, haben Arbeitnehmer oftmals noch in einer „Nacht und Nebel-Aktion“ einen Antrag auf Feststellung einer Schwerbehinderung bei dem zuständigen Versorgungsamt eingeworfen, wenn sie noch vor Erhalt der Kündigung von den entsprechenden



Absichten ihres Arbeitgebers erfahren haben. Der Zweck einer solchen Verfahrensweise lag allein darin, für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens die Regelungen des Sonderkündigungsschutzes in Anspruch zu nehmen. Dies, obwohl den jeweiligen Mitarbeitern in der Regel von vornherein bewusst war, dass das von ihnen eingeleitete Anerkennungsverfahren aussichtslos war.

Um einer solchen rechtsmissbräuchlichen Erschwerung von Kündigungen zu begegnen, führte der Gesetzgeber im Jahre 2004 mit § 90 Abs. 2a SGB IX eine neue Regelung ein, wonach das Zustimmungserfordernis nur für Kündigungen gegenüber solchen Mitarbeitern gilt, die bereits als Schwerbehinderte anerkannt sind oder den Antrag auf Anerkennung mindestens 3 Wochen vor dem Zugang der Kündigung gestellt haben. Bislang stand jedenfalls fest, dass diese neue Regelung zu Lasten von Mitarbeitern ging, die einen Antrag auf Feststellung einer Schwerbehinderung gestellt haben, d. h. soweit es um die Feststellung einer GdB (Grad der Behinderung) von mindestens 50 ging. Fraglich war bislang aber, ob § 90 Abs. 2a SGB IX auch zu Lasten von gleichgestellten behinderten Menschen gilt. Hierunter versteht man Personen, die eine GdB von mindestens 30, aber weniger als 50 aufweisen.

Das Bundesarbeitsgericht hat nun einen in der juristischen Literatur bestehenden Streit beendet und sich in einem Urteil vom 01.03.2007 dafür ausgesprochen, dass § 90 Abs. 2a SGB IX auch für Arbeitnehmer gilt, die einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind. In dem zu entscheidenden Fall kündigte der Arbeitgeber am 06.12.2004 einem seit 1995 bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer, ohne dass er zuvor die Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt hatte. Dies unterblieb vor allem deswegen, weil der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Aussprache der Kündigung gar nicht wissen konnte, dass der Arbeitnehmer bereits am 03.12.2004 einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen bei der zuständigen Behörde gestellt hatte. Die Behörde gab dem Antrag auf Gleichstellung des Arbeitnehmers im April 2005 rückwirkend zum 03.12.2004 statt. In dem zwischen den Arbeitsvertragsparteien zwischenzeitlich geführten Kündigungsschutzprozess wandte der Arbeitnehmer erwartungsgemäß ein, die Kündigung sei unwirksam, weil er im Zeitpunkt der Kündigung am 06.12.2004 bereits rückwirkend als Behinderten gleichgestellter Mensch anerkannt war und für ihn somit der Sonderkündigungsschutz des § 85 SGB IX gilt.

Diese Ansicht teilten die Richter des BAG jedoch nicht und wiesen die Klage in letzter Instanz ab. Auch wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt war, stand ihm kein Sonderkündigungsschutz zu. Denn der Arbeitnehmer hat den Gleichstellungsantrag nur drei Tage vor dem Ausspruch der Kündigung bei der zuständigen Behörde eingereicht und nicht mindestens 3 Wochen vorher (BAG, Urteil vom 01.03.2007, Az.: 2 AZR 217/06).

### **Betriebsbedingte Kündigungen – Aufgabe der so genannten „Domino“-Theorie des BAG**

Fast jedes Unternehmen hat in seiner Vergangenheit schon einmal Erfahrungen mit den zahlreichen Fallstricken einer betriebsbedingten Kündigung gemacht.

Bekanntermaßen erfordert die Kündigung eines Arbeitnehmers aus betrieblichen Gründen die Durchführung einer Sozialauswahl. Denn nach § 1 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) hat der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte zu berücksichtigen, nämlich die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, Unterhaltungspflichten und etwaige Schwerbehinderungen. Zur Objektivierung und besseren Durchschaubarkeit der Auswahlentscheidung ist es in der Praxis üblich, die jeweiligen Mitarbeiter anhand der vorgenannten Kriterien mittels eines Punktesystems zu bewerten und hieraus eine Rangfolge zu erstellen. Dabei wird für jeden schützenswerten sozialen Gesichtspunkt eine bestimmte Anzahl an Punkten verteilt. Der Mitarbeiter mit den wenigsten Punkten ist gleichzeitig der sozial stärkste Mitarbeiter. Da eine Kündigung seines Arbeitsverhältnisses letztlich zu den geringsten sozialen Nachteilen führt, ist nach dem Punktesystem diesem Mitarbeiter gegenüber die betriebsbedingte Kündigung auszusprechen.

Grundsätzlich wird die Anwendung eines solchen Punktesystems zur Ermittlung des zu kündigenden Arbeitnehmers von Seiten der Rechtsprechung toleriert. Allerdings war mit dem System bislang folgendes Risiko verbunden: unterlief dem Arbeitgeber bei der Ermittlung der Punktezahlen ein Fehler, mit der Folge, dass auch nur einem Arbeitnehmer, der bei richtiger Ermittlung der Punktezahl zur Kündigung angestanden hätte, nicht gekündigt wird, so wurden nach der bisherigen Rechtsprechung die Kündigungen aller gekündigten Arbeitnehmer als unwirksam angesehen. Dieser Grundsatz galt selbst dann, wenn bei fehlerfreier Erstellung der Rangliste nur ein Arbeitnehmer von der Kündigungsliste zu nehmen gewesen wäre, sog. „Domino“-Theorie.

Mit seiner Entscheidung vom 09.11.2006 hat das Bundesarbeitsgericht nun diese viel gescholtene Rechtsprechung zur fehlerhaften Sozialauswahl aufgegeben. In dem zu entscheidenden Fall musste ein Arbeitgeber wegen einer rückläufigen Auftragslage 55 von insgesamt 500 Mitarbeitern kündigen. Der Arbeitgeber erstellte anhand des zuvor beschriebenen Punktesystems eine Rangfolge zur Ermittlung der sozial stärksten Mitarbeiter. Gegenüber den 55 Mitarbeitern mit der niedrigsten Punktezahl sprach der Arbeitgeber die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus. Hiergegen erhoben 6 Mitarbeiter eine Kündigungsschutzklage und machten geltend, der Arbeitgeber habe das Punktesystem fehlerhaft erstellt. Einem bestimmten Mitarbeiter seien 5 Punkte zuviel zugesprochen worden. Hätte man diesem Arbeitnehmer die 5 Punkte abgezogen, wäre dieser auf die Liste der 55 zu kündi-

genden Arbeitnehmer gerutscht. Gemäß bisheriger Rechtsprechung müssten daher die Kündigungen aller 55 Mitarbeiter als unwirksam angesehen werden.

Hiergegen wandte der Arbeitgeber ein, dass dieser Fehler ohne Belang sei, weil keiner der 6 klagenden Mitarbeiter hiervon profitieren könnte. Dieser Fehler könne sich nur positiv für denjenigen Mitarbeiter auswirken, der bei zutreffender Berechnung ungekündigt geblieben wäre, also der Mitarbeiter, der auf Platz 55 der Punkteliste gesetzt war. Dies war aber bei keinem der 6 Kläger der Fall.

Das Bundesarbeitsgericht gab nun dem Arbeitgeber Recht und befand die Kündigungen für wirksam, weil der Fehler in der Punkteberechnung für die Auswahl der gekündigten 6 Mitarbeiter nicht ursächlich gewesen sei. Im Ergebnis sei die Sozialauswahl ausreichend gewesen (BAG, Urteil vom 09.11.2006, Az.: 2 AZR 812/05). Da Arbeitgeber nun nicht mehr riskieren, dass ein einziger Fehler in dem Punktesystem zur Unwirksamkeit aller ausgesprochenen Kündigungen führt, ist die Änderung der Rechtsprechung des BAG sehr zu begrüßen. Allerdings muss der Arbeitgeber nach wie vor in einem Kündigungsschutzprozess darlegen und beweisen, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch bei fehlerfreier Erstellung des Punktesystems in die Gruppe der zu kündigenden Mitarbeiter gehört.

### **Anfechtung eines Arbeitsvertrages wegen eines gefälschten Zeugnisses**

Immer wieder versuchen schlecht qualifizierte Arbeitnehmer sich einen Arbeitsplatz zu erschleichen, indem sie beim potenziellen Arbeitgeber im Rahmen des Bewerbungsverfahrens gefälschte Zeugnisse vorlegen. Dass ein unter solchen Umständen abgeschlossenes Arbeitsverhältnis von Seiten des Arbeitgebers wegen einer arglistigen Täuschung grundsätzlich angefochten werden kann, ist in der Rechtsprechung schon seit langem anerkannt. Fraglich war bislang aber, ob der Ausübung eines solchen Anfechtungsrechts der Grundsatz von Treu und Glauben entgegenstehen kann, wenn seit der Einstellung eines solchen Arbeitnehmers bereits mehrere Jahre vergangen sind und der Arbeitnehmer währenddessen beanstandungsfreie Arbeit geleistet hat.

In einem vom Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg zu entscheidenden Fall hatte sich ein Mitarbeiter im Jahre 1997 mit einem gefälschten Ausbildungszeugnis auf einen Arbeitsplatz als gewerblicher Mitarbeiter beworben. Das Ergebnis der schriftlichen Prüfung hatte dieser zuvor von „ausreichend (54 Punkte)“ auf „befriedigend (65 Punkte)“ und das Ergebnis der praktischen Prüfung von „befriedigend (70 Punkte)“ auf „gut (89 Punkte)“ hoch korrigiert. Erst nachdem der Mitarbeiter bereits 8 ½ Jahre für seinen Arbeitgeber völlig beanstandungsfrei gearbeitet hat, kam die Fälschung des Ausbildungszeugnisses im Herbst 2005 zufällig ans Licht. Der Arbeitgeber erklärte daraufhin die An-

fechtung des Arbeitsvertrages, wogegen sich der Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht wehrte.

Dies allerdings erfolglos. Denn nach Ansicht der Richter des LAG Baden-Württemberg habe die Bewerbung mit einem gefälschten Zeugnis eine vorsätzliche arglistige Täuschung dargestellt, welche für den Abschluss des Arbeitsvertrages zumindest mitursächlich gewesen sei. Auch sei der Arbeitgeber trotz der Bestandsdauer von 8 ½ Jahren nicht nach Treu und Glauben an der Ausübung des Anfechtungsrechtes gehindert, da seine rechtliche Situation auch im Jahre 2005 noch beeinträchtigt war. Nach Auffassung der Richter haben Arbeitgeber ein schützenswertes Interesse daran, dass die im Rahmen von Bewerbungen vorgelegten Zeugnisse die Qualifikation des Bewerbers wahrheitsgemäß wiedergeben und nicht gefälscht sind. Nur so werde ein fairer Vergleich unter den Bewerbern ermöglicht.

Darüber hinaus stellten die Richter des LAG Baden-Württemberg auf die negative Außenwirkung der hierdurch eingetretenen Situation ab. Es sei nicht auszuschließen, dass Außenstehende hiervon Kenntnis bekommen. Kunden und Lieferanten könnten erfahren, dass ihr Vertragspartner Mitarbeiter beschäftigt, die sich ihre Einstellung durch Vorlage von gefälschten Zeugnissen erschlichen haben. Auch könnten weitere potenzielle Bewerber ermutigt werden, sich ebenfalls mit gefälschten Zeugnissen bei diesem Arbeitgeber zu bewerben. Der Arbeitgeber müsse daher auch nach mehreren Jahren noch die Möglichkeit haben, eine solche negative Außenwirkung zu beenden (LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.10.2006, Az.: 5 Sa 25/06).

### **Betriebsübergang: Kein automatischer Übergang des Kündigungsschutzes auf den neuen Arbeitgeber**

Wird ein Unternehmen oder ein Betriebsteil veräußert, tritt der Erwerber gemäß § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB in die Stellung des bisherigen Arbeitgebers ein. D. h. der Erwerber übernimmt alle Rechte und Pflichten aus den zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen. Ungeklärt war bislang aber, ob der im Ursprungsbetrieb für einen Mitarbeiter bereits erwachsene Kündigungsschutz auch dann mit dem Arbeitsverhältnis auf den neuen Betriebserwerber übergeht, wenn in dem neuen Betrieb die Schutzvoraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG nicht erfüllt sind, d. h. konkret wenn in dem neuen Betrieb nicht mehr als 10 Mitarbeiter beschäftigt sind.

Der nun vom Bundesarbeitsgericht zu beurteilende Fall betraf eine Arbeitnehmerin, die seit 1993 bereits bei verschiedenen Rechtsvorgängern des Arbeitgebers beschäftigt war. In diesen „Vorgänger“-Betrieben genoss die Arbeitnehmerin einen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz. Zum 01.07.2003 ging ihr Arbeitsverhältnis auf den jetzigen Arbeitgeber im Wege einer Betriebsveräußerung über.

Dieser beschäftigte zum Zeitpunkt der Kündigung nur noch vier Arbeitnehmer mit 25 Wochenstunden, einen Arbeitnehmer mit 10 Wochenstunden und eine Auszubildende, so dass der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 KSchG beim Betriebserwerber unterschritten war. Obwohl demnach an sich bei diesem kein Kündigungsschutz mehr bestand, stellte sich die Arbeitnehmerin vor dem Arbeitsgericht auf den Rechtsstandpunkt, dass der einmal bei den Rechtsvorgängern des Arbeitgebers entstandene Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsveräußerung ebenfalls mit übergegangen ist.

Dieser Sichtweise erteilten die Richter vom Bundesarbeitsgericht eine Absage. Demnach geht ein beim Betriebsveräußerer entstandener Kündigungsschutz nach dem KSchG nicht auf den Betriebserwerber über, wenn in dessen Betrieb die Voraussetzungen des § 23 KSchG nicht erfüllt sind. Die Beschäftigtenzahl eines Betriebes stellt kein nach § 613 a BGB übergangsfähiges Recht dar. Auch sei nach Ansicht der Richter § 323 Abs. 1 UmwG in solchen Fällen nicht analog anzuwenden (BAG, Urteil vom 15.02.2007, Az.: 8 AZR 397/06).

Wichtig ist aber zu erkennen, dass sich die vorstehende Rechtsprechung allein auf Veräußerungen von Betrieben bezieht. Wird dagegen ein Betrieb nach Maßgabe des Umwandlungsgesetzes lediglich umgewandelt (d. h. es liegt nach § 1 Abs. 1 UmwG eine Verschmelzung, eine Spaltung oder ein Rechtsformwechsel vor), darf sich die kündigungrechtliche Stellung eines Arbeitnehmers für Dauer von 2 Jahren nicht verschlechtern. In solchen Fällen gilt § 323 Abs. 1 UmwG unmittelbar.

### **Zugangsvereitelung – Vorsicht bei Kündigungen in letzter Minute**

Der Zugang einer Kündigung beim Arbeitnehmer ist eine elementare Wirksamkeitsvoraussetzung für die einseitige Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber. Daher ist es auch nicht verwunderlich, dass Arbeitnehmer bei entsprechender vorheriger Kenntnis in der Vergangenheit schon häufig versucht haben, den Zugang eines Kündigungsschreibens zu vereiteln. Ihr Ziel bestand darin, sich vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – zumindest zu einem bestimmten Beendigungszeitpunkt – zu schützen.

Da ein solches Verhalten grundsätzlich gegen Treu und Glauben verstößt, war in der Rechtsprechung bislang anerkannt, dass der Arbeitnehmer den Zugang einer Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt gegen sich gelten lassen muss, wenn er in Erwartung einer drohenden Kündigung deren Zugang mutwillig vereitelt. In solchen Fällen hatten Arbeitnehmer bislang oft das Nachsehen.

Das Landesarbeitsgericht Köln schränkte den vorstehenden Grundsatz nun aber in den Fällen ein, in denen dem Arbeitgeber im Rahmen der Zustellung selbst ein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden kann. In dem zu beurteilenden Fall wollte ein Ar-

beitgeber seinem Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen zum 30.04.2005 kündigen. Der Arbeitgeber beabsichtigte dabei, dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben am 31.03.2005 eine halbe Stunde vor dem Ende der regulären Arbeitszeit persönlich zu übergeben. Zu dieser Übergabe kam es aber nicht, weil der betreffende Mitarbeiter zu diesem Zeitpunkt die Arbeitsstätte bereits verlassen hatte. Denn der Arbeitnehmer hat zuvor am morgen von einem Kollegen erfahren, dass sein Arbeitgeber ihm noch am selben Tage kündigen wollte. Da die Übergabe scheiterte, versandte der Arbeitgeber das Schreiben stattdessen per Post, so dass es dem Arbeitnehmer erst am 01.04.2005 zugegangen ist. Vor Gericht stritten die Parteien des Arbeitsverhältnisses nun darüber, ob die Kündigung zum 30.04.2005 Bestand hatte (so die Ansicht des Arbeitgebers) oder ob das Arbeitsverhältnis erst zum 31.05.2005 sein Ende gefunden hat (so die Ansicht des Arbeitnehmers).

Dem Vorhalt des Arbeitgebers, wonach die Schuld an der Fristversäumnis in dem „Flucht“-Verhalten des Mitarbeiters zu suchen sei, folgten die Richter nicht. Eine Zugangsvereitelung des Mitarbeiters nahmen sie nicht an, da sie keine Verpflichtung des Arbeitnehmers sahen, bis zur letzten Minute am Arbeitsplatz auf die Übergabe des Kündigungsschreibens zu warten. Nach Ansicht der Richter sei es vielmehr Aufgabe des Arbeitgebers, dafür Sorge zu tragen, dass eine Kündigung rechtzeitig zugeht. Der Arbeitgeber trage letztlich das Risiko, wenn er erst im allerletzten Moment eine Kündigung aussprechen wolle.

Hinzu kam in dem zu entscheidenden Fall, dass der Arbeitgeber am 31.03.2005 keine weiteren Möglichkeiten genutzt hat, um einen Zugang der Kündigung noch am gleichen Tage sicherzustellen. Die Richter hielten dem Arbeitgeber vor, dass er keinen anderen Mitarbeiter oder alternativ ein Taxiunternehmen mit der Übergabe des Kündigungsschreibens in der Wohnung des Arbeitnehmers beauftragt hat. Auch habe der Geschäftsführer des Arbeitgebers den Mitarbeiter nicht selbst in dessen Wohnung aufgesucht und die Kündigung dort übergeben. Hierin seien weitere Sorgfaltsverstöße des Arbeitgebers zu erblicken, wodurch sich die Fristversäumnis auf eine leichtfertige Art realisiert habe. Demzufolge gab das Landesarbeitsgericht Köln dem Arbeitnehmer Recht, so dass im konkreten Fall die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erst zum 31.05.2005 erfolgen konnte (LAG Köln, Urteil vom 10.04.2006, Az.: 14 Sa 61/06).

Hieraus sollte die Erkenntnis gezogen werden, dass der Zugang einer beabsichtigten Kündigung immer sorgfältig geplant und durchgeführt werden muss. Insbesondere bei langjährigen Mitarbeitern bzw. bei entsprechenden arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Regelungen bestehen oftmals sehr lange Kündigungsfristen von 6 Monaten zum Quartalsende.

Etwaige Fehler bei der Zustellung einer Kündigung können den Beendigungszeitpunkt dann weit hinaus schieben und damit zu gravierenden wirtschaftlichen Schäden führen.

#### **Haftungsausschluss**

Dieser Newsletter fasst die wichtigsten gesetzgeberischen und gerichtlichen Entwicklungen des Arbeitsrechts aus dem ersten Quartal des Jahres 2007 zusammen. Obwohl die darin enthaltenen Informationen sorgfältig recherchiert sind, wird für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Informationen keine Haftung übernommen. Die Entwicklungen des Arbeitsrechts werden zudem nur auszugsweise und in gekürzter Form dargestellt. Der Newsletter beinhaltet daher keinen Rechtsrat und kann eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Weitere Informationen zur Rechtsanwaltskanzlei Dr. Christian Salzbrunn erhalten Sie im Internet über die Homepage <http://www.ra-salzbrunn.de>.

Rechtsanwaltskanzlei  
Dr. Christian Salzbrunn  
Alt-Pempelfort 3  
40211 Düsseldorf  
Tel.: 0211 / 1752089-0  
Fax: 0211 / 1752089-9  
[info@ra-salzbrunn.de](mailto:info@ra-salzbrunn.de)