



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Februar 2018 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil unseres Newsletters stellen wir Ihnen einen - im Dezember 2017 veröffentlichten - Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 07.04.2017 vor. Das Gericht musste entscheiden, ob die Schwerbehindertenvertretung einen generellen Anspruch auf Beteiligung vor Ausspruch einer Abmahnung hat.

Der zweite Teil befasst sich mit einer aktuellen Entscheidung des EuGH zum Verfall eines Urlaubsanspruchs, den der Arbeitnehmer nicht geltend machen konnte.

Die Tipps beschäftigen sich im Februar 2018 mit der Fiktion der Rechtswirksamkeit einer Kündigung wenn diese durch den Gekündigten nicht mit einer Klage vor dem Arbeitsgericht angegriffen wird.

Inhalt

1. **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Abmahnungen**

(LAG Baden-Württemberg vom 07.04.2017 – 7 TaBV 1/17)

2. **Unbegrenzte Übertragung des Urlaubsanspruchs**

(EuGH vom 29.11.2017 – C-214/16)

3. **Tipps: Klagefrist und Fiktion der Rechtswirksamkeit einer Kündigung**

Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Abmahnungen (LAG Baden-Württemberg vom 07.04.2017 – 7 TaBV 1/17)

Nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen.

Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung getroffenen Entscheidung ist auszusetzen und die Beteiligung innerhalb von sieben Tagen nachzuholen. Erst dann ist endgültig zu entscheiden (§ 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg musste in einem im Dezember 2017 veröffentlichten Beschluss vom 07.04.2017 entscheiden, ob die Schwerbehindertenvertretung einen generellen Anspruch auf Beteiligung vor Ausspruch einer Abmahnung hat.

Hinweis:

Mit dem „Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG)“ vom 29.12.2016 traten zum 01.01.2018 wesentliche Änderungen in Kraft.

Durch die Reform der Eingliederungshilfe, die als Teil II in das Sozialgesetzbuch IX aufgenommen wurde („Besondere Leistungen zur selbstbestimmten Lebensführung von Menschen mit Behinderungen“) wurde das bisherige Schwerbehindertenrecht verschoben und findet sich zukünftig in den §§ 151 ff. SGB IX. Die bisher in § 95 geregelten Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung sind zukünftig in § 178 SGB IX enthalten.

Ein Teil der inhaltlichen Änderungen gilt bereits seit dem Kalenderjahr 2017.

Unterrichtungs- und Anhörungsverpflichtung nach § 178 SGB IX

Nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (§ 95 a.F.) hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung (SBV) in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören. Nach ständiger Rechtsprechung

des Bundesarbeitsgerichts stellt eine **Abmahnung** gegenüber einem schwerbehinderten Menschen eine solche „Angelegenheit“ im Sinne von § 178 SGB IX dar.

Sinn der Unterrichts- und Anhörungspflicht aus § 178 Abs. 2 SGB IX ist es zu vermeiden, dass eine Entscheidung des Arbeitgebers die Belange einzelner schwerbehinderter Menschen oder das gemeinsame Gruppeninteresse beeinträchtigt. Die Schwerbehindertenvertretung soll als Sondervertretung, die für die Eingliederung schwerbehinderter Menschen zuständig ist, an der Willensbildung des Arbeitgebers mitwirken. Sie soll Gelegenheit haben, den Arbeitgeber aus ihrer fachlichen Sicht auf mögliche, ggf. nicht bedachte Auswirkungen seiner Entscheidung hinzuweisen (BAG vom 17.08.2010 – 9 ABR 83/09).

Einschränkung des Schutzzweckes

Dieser Schutzzweck des § 178 Abs. 2 SGB IX erstreckt sich nicht nur auf einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers, sondern auf alle Angelegenheiten, die sich spezifisch auf schwerbehinderte Menschen auswirken.

Allerdings besteht nach Ansicht des BAG die Unterrichts- und Anhörungspflicht dann nicht, wenn die Angelegenheit die Belange schwerbehinderter Menschen **in keiner anderen Weise berührt**, als nicht schwerbehinderte Beschäftigte (BAG v. 17.08.2010 – 9 ABR 83/09). Die gleiche Mitbetroffenheit „berührt“ weder den einzelnen schwerbehinderten Menschen noch die schwerbehinderten Menschen als Gruppe.

Daher steht der Schwerbehindertenvertretung nach Ansicht des LAG Baden-Württemberg vor dem Ausspruch einer Abmahnung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen nicht generell ein Unterrichts- und Anhörungsanspruch zu. Es könne zwar sein, dass ein Unterrichts- und Anhörungsrecht der SBV bestehe, aber nur dann, wenn eine Abmahnung ausgesprochen werden soll, die den schwerbehinderten Menschen spezifisch in seiner Eigenschaft als Behinderter betrifft. Hat die Abmahnung aber keinerlei Bezug zu der Schwerbehinderung des betroffenen Mitarbeiters, betrifft sie diesen in gleicher Weise wie einen nicht behinderten Arbeitnehmer auch. Da Zielsetzung des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB

IX allein der Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile sein soll, ist in diesen Fällen eine vorherige Anhörung der SBV nicht notwendig.

Kein Beteiligungsrecht nach § 167 Abs. 1 SGB IX

Nach § 167 Abs. 1 SGB IX (§ 84 SGB IX a. F.) hat der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung des Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung (und das Integrationsamt) einzuschalten.

Bei Ausspruch einer behinderungsneutralen Abmahnung sah das LAG Baden-Württemberg ein Beteiligungsrecht der Schwerbehindertenvertretung auch nach § 167 Abs. 1 SGB IX nicht gegeben.

Der Ausspruch einer Abmahnung gefährde das Arbeitsverhältnis nicht, sondern rüge lediglich das Fehlverhalten, welches zum Ausspruch der Abmahnung führt. Im Gegenteil: Die Abmahnung gefährde das Arbeitsverhältnis nicht, sondern solle den Arbeitnehmer zu

vertragsgerechtem Verhalten anhalten und damit im Ergebnis gerade dazu beitragen, dass es zu keiner Gefährdung des Arbeitsverhältnisses komme.

Zusammenfassung

- Der Arbeitgeber hat die SBV in allen Angelegenheiten, die einen Schwerbehinderten in seiner Eigenschaft als behinderter Mensch betreffen, vor einer Entscheidung zu unterrichten und anzuhören.
- Daraus folgt **keine generelle Anhörungsverpflichtung vor Ausspruch einer Abmahnung** gegenüber schwerbehinderten Menschen. Die Anhörungspflicht besteht nur dann, wenn die Abmahnung im Zusammenhang mit der Behinderung steht.
- Bisher nicht entschieden ist die Frage, ob (analog § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) die unterlassene (im Einzelfall zwingend notwendige) Anhörung eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Abmahnung darstellen könnte.

Unbegrenzte Übertragung des Urlaubsanspruchs (EuGH vom 29.11.2017 – C-214/16)

Mehrfach hatte sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) in jüngerer Vergangenheit mit der Frage zu beschäftigen, ob im Arbeitsverhältnis erworbene Urlaubsansprüche nach bestimmten Zeiten, z.B. zum Ende eines Kalenderjahres verfallen oder in bestimmten Konstellationen auf die Folgejahre übertragen werden.

In der „Schultz-Hoff-Entscheidung“ des EuGH vom 20.01.2009 (C-350/06) legte der Gerichtshof z.B. fest, dass der Urlaubsanspruch eines über das Jahresende bzw. den Übertragungszeitraum (31.03. des Folgejahres) hinaus erkrankten Arbeitnehmers nicht sofort, aber nach nationalen Gepflogenheiten zumindest 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfallen dürfe.

In seiner aktuellen Entscheidung beschäftigt sich der EuGH mit dem Verfall eines Urlaubsanspruchs, den der Arbeitnehmer nicht geltend machen konnte.

Beispiel:

Herr King war in den Jahren 1999 bis 2012 für einen Fensterhersteller aufgrund eines „Selbständigen-Vertrages“ auf Provisionsbasis tätig. Für „urlaubsbedingte“ Abwesenheitszeiten erhielt er keine Bezahlung. Bei der Beendigung seines Vertragsverhältnisses verlangte Herr King für die gesamte Beschäftigungszeit die Abgeltung seines Erholungsurlaubs.

Das mit der Sache befasste Arbeitsgericht stellte zunächst fest, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis in Wirklichkeit um ein Arbeitsverhältnis („Scheinselbständigkeit“) handelte. Danach wäre dem Arbeitnehmer ein jährlicher bezahlter Erholungsurlaub zugestanden, den der Arbeitgeber über 14 Jahre hinweg nicht erfüllte.

EuGH vom 29.11.2017 – C-214/16

Der EuGH betont in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG ein **besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts** der Union wäre. Danach müsse der Anspruch auf einen bezahlten Mindesturlaub von vier Woche gewährleistet sein. Die Mitgliedsstaaten dürften die Entstehung die-

ses, sich unmittelbar aus der Richtlinie ergebenden Mindestanspruchs nicht von irgendeiner Voraussetzung abhängig machen.

Die Richtlinie 2003/88/EG behandle den Anspruch auf Jahresurlaub und den Anspruch auf Zahlung des Urlaubsentgelts als **zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs**. Durch das Erfordernis der Zahlung des Urlaubsentgelts solle der Arbeitnehmer während des Jahresurlaubs in eine Lage versetzt werden, die in Bezug auf das Entgelt mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist. Der Arbeitnehmer müsse deshalb während des Jahresurlaubs das Entgelt erhalten, auf das er gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG Anspruch hat.

Diesen Vorgaben würden nationale Regelungen widersprechen, nach denen der Arbeitnehmer zunächst seinen Urlaub nehmen müsse, bevor er feststellen könne, ob er für diesen Urlaub Anspruch auf Bezahlung habe.

Fortsetzung der Schultz-Hoff-Rechtsprechung

In seiner aktuellen Entscheidung vom 29.11.2017 setzt der EuGH seine Rechtsprechung aus der Schutz-Hoff-Entscheidung fort. Die Richtlinie 2003/88/EG erlaube nicht vorzusehen, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach Ablauf des Urlaubsjahres oder eines im nationalen Recht festgelegten Übertragungszeitraums erlischt, wenn der Arbeitnehmer an der Ausübung seines Urlaubsanspruches gehindert ist.

Zwar hätte der EuGH für arbeitsunfähige Arbeitnehmer eine Einschränkung vorgesehen, wonach arbeitsunfähige Arbeitnehmer nicht berechtigt wären, unbegrenzt alle während des Zeitraums der Arbeitsunfähigkeit erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln. Dies stelle aber nur eine Ausnahme von den in Art. 7 RL 2003/88/EG aufgestellten Grundsätzen dar.

Anders als bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit sei aber (wie im Beispielfall) der Schutz der Interessen des Arbeitgebers nicht notwendig, wenn sich dieser weigere, bezahlten Jahresurlaub zu gewähren. In diesem Falle würde das Erlöschen von Urlaubsansprüchen im Ergebnis zu einer unrechtmäßigen Bereicherung des Arbeitgebers führen und damit dessen Verhalten bestätigen. Dies laufe dem eigentlichen Zweck der

Richtlinie, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen, zuwider.

Nach der Entscheidung des EuGH vom 29.11.2017 konnte im Beispielsfall Herr King für jedes Jahr des Vertragsverhältnisses den Mindestanspruch auf bezahlten Erholungsurlaub von vier Wochen pro Jahr zur Abgeltung verlangen, da der Arbeitgeber diesen Anspruch widerrechtlich nicht (als bezahlte Freistellung) erfüllte.

Durch die Entscheidung des EuGH vom 29.11.2017 wird das Risiko bei Feststellung einer

Scheinselbständigkeit, d.h. der Umqualifizierung einer Selbständigkeit in ein Arbeitsverhältnis noch erhöht.

Nunmehr drohen nicht nur erhebliche Nachzahlungen bei den Sozialversicherungsbeiträgen. Vielmehr muss der Auftraggeber des Scheinselbständigen damit rechnen, dass dieser dem Auftragnehmer pro Jahr des Auftragsverhältnisses eine Abgeltung für nicht genommenen (bzw. nicht bezahlten) Erholungsurlaubs von zumindest ca. einer Monatsvergütung abgeltend muss.

Tipps: Klagefrist und Fiktion der Rechtswirksamkeit einer Kündigung

Aufgrund einer aktuellen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Einhaltung der Frist zur Einreichung einer Kündigungsschutzklage bei Eigenkündigung des Arbeitnehmers beschäftigen sich die Tipps im Arbeitsrecht für Februar 2018 mit der Fiktion der Rechtswirksamkeit einer Kündigung wenn diese durch den Gekündigten nicht mit einer Klage vor dem Arbeitsgericht angegriffen wird.

Die Rechtsgrundlagen hierfür finden sich in den §§ 4 ff. Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

Grundlagen

Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung rechtsunwirksam ist, so muss er nach § 4 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist.

War ein Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert, die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben, so kann das Gericht auf seinen Antrag hin, die Klage auch nachträglich zulassen (§ 5 Abs. 1 KSchG). Dies gilt etwa dann, wenn ein Arbeitnehmer während eines stationären Krankenhausaufenthaltes keine Vorkehrungen treffen konnte, dass er von der Zustellung einer Kündigung informiert wird.

Wird die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht, so gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam (§ 7 KSchG).

Reichweite der Ausschlussfrist

Die sogenannte **Ausschlussfrist** in § 4 Abs. 1 KSchG von drei Wochen gilt nicht nur, wenn der Arbeitnehmer die soziale Rechtfertigung der Kündigung rügt, also geltend macht, für die Kündigung lägen trotz Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes keine personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründe vor. Viel-

mehr muss der Arbeitnehmer auch dann innerhalb der Drei-Wochen-Frist Klage zum zuständigen Arbeitsgericht erheben, wenn er geltend machen will, die Kündigung sei aus sonstigen Gründen, z.B. wegen eines Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 BetrVG, § 168 SGB IX (§ 85 SGB IX a.F.), § 18 BEEG oder § 9 Abs. 1 MuSchG unwirksam.

Daher wäre auch die Kündigung gegenüber einer schwerbehinderten und schwangeren Betriebsrätin im Ergebnis rechtswirksam, wenn diese nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage erhebt, obwohl deren Kündigung jeweils die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes, des Betriebsrats und der Gewerbeaufsicht (Bayern) bedurft hätte und im Übrigen nur als außerordentliche Kündigung möglich wäre.

Auch weitere Unwirksamkeitsgründe, wie z.B. rechtsgeschäftliche Mängel der Kündigung, oder ein Verstoß gegen § 15 Abs. 3 TzBfG, gegen § 17 KSchG oder § 4 f) Abs. 3 BDSG müssen innerhalb der Ausschlussfrist gerügt werden.

Eine Ausnahme gilt nur bei einem Verstoß gegen das Schriftformerfordernis der Kündigung in § 623 BGB, da nach Ansicht der Rechtsprechung in diesem Fall keine schriftliche Kündigung vorliegt, die die Frist des § 4 Satz 1 KSchG auslösen könnte.

Klagefrist von drei Wochen

Die Kündigungsschutzklage muss nach § 4 Abs. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht eingereicht werden. Eine Kündigung ist dann zugegangen, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt und unter gewöhnlichen Umständen damit zu rechnen ist, dass der Empfänger vom Inhalt der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann. Daher beginnt die Drei-Wochen-Frist regelmäßig mit der persönlichen Übergabe des Kündigungsschreibens oder dem Einwurf der Kündigung in den Briefkasten des Gekündigten.

Maßgeblich für die Rechtzeitigkeit der Kündigungsschutzklage ist der Eingang beim zuständigen Arbeitsgericht, sofern die Klage (wie in der Praxis üblich) demnächst zugestellt wird (§ 167 ZPO).

Die Frist berechnet sich nach §§ 186 ff. BGB, d.h. die Drei-Wochen-Frist beginnt am Tag nach dem Zugang der Kündigung und endet (sofern der Zugang nicht an einem gesetzlichen Feiertag, Sonntag oder Sonnabend erfolgt) drei Wochen später.

Geht die Kündigung dem Arbeitnehmer also z.B. an einem Dienstag zu, beginnt die Frist am nächsten Tag (Mittwoch) und endet am Dienstag, drei Wochen später um 24.00 Uhr.

Zur Fristwahrung genügt, wenn die Klage vorab per Telefax dem Arbeitsgericht übermittelt wird, sofern das Original unverzüglich nachgesendet wird.

Drei-Wochen-Frist und Kündigung des Arbeitnehmers

In seiner Entscheidung vom 21.09.2017 (2 AZR 57/17) musste das BAG die Frage klären, ob **ein Arbeitnehmer**, der die Rechtsunwirksamkeit einer von **ihm selbst erklärten Kündigung** geltend machen will, ebenfalls die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG einhalten muss.

Im Streitfall hatte eine Arbeitnehmerin ihr Arbeitsverhältnis selbst schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber gekündigt. Drei Monate später machte sie die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber geltend, da sie zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung aufgrund einer psychischen Erkrankung vorübergehend geschäftsunfähig war. Die Erkrankung war

zwischen den Parteien unstreitig, allerdings berief sich der Arbeitgeber auf die Nichteinhaltung der Klagefrist von drei Wochen nach § 4 Satz 1 KSchG.

Das BAG war in diesem Fall der Ansicht, die zwingende Klagefrist von drei Wochen nach § 4 Satz 1 KSchG und die Fiktionswirkung des § 7 KSchG finden auf die Eigenkündigung eines Arbeitnehmers keine Anwendung. Will ein Arbeitnehmer die Rechtsunwirksamkeit einer von ihm selbst erklärten Kündigung geltend machen, ist er nicht an die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG gebunden.

Zwar schließe der Gesetzeswortlaut des § 4 Satz 1 KSchG nicht ausdrücklich aus, dass der Arbeitnehmer die Klagefrist auch dann einhalten muss, wenn er die Rechtsunwirksamkeit einer von ihm selbst erklärten Kündigung geltend machen wolle. Der Gesetzeswortlaut nennt hier lediglich neutral „eine Kündigung“. Allerdings würden Gesetzesystematik sowie Sinn und Zweck der Regelung gegen eine Geltung der Klagefrist für Eigenkündigungen von Arbeitnehmern sprechen.

Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH
Nordostpark 16
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99
www.arbeitsrecht-beck.de
info@arbeitsrecht-beck.de