



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für November 2019 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.

Der erste Teil beschäftigt sich ein weiteres Mal mit der sachgrundlosen Befristung und Vorbeschäftigung.

Der zweite Teil handelt von der Einsicht in Bruttoentgeltlisten.

Die Tipps im November befassen sich mit der Schriftform bei Kündigungen.

Inhalt

1. **Sachgrundlose Befristung und Vorbeschäftigung**

(BAG vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17, BAG vom 17.04.2019 – 7 AZR 323/17, BAG vom 20.03.2019 – 7 AZR 409/16)

2. **Einsicht in Bruttoentgeltlisten**

(BAG vom 07.05.2019 – 1 ABR 53/17)

3. **Tipps: Schriftform bei Kündigungen**

Sachgrundlose Befristung und Vorbeschäftigung
(BAG vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17, BAG vom 17.04.2019 – 7 AZR 323/17,
BAG vom 20.03.2019 – 7 AZR 409/16)

Nach der Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgericht schon seit 1960 und der gesetzlichen Grundentscheidung im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) bedürfen Befristungen zu ihrer Wirksamkeit eines sachlichen Grundes.

Ausnahmsweise ist nach § 14 Abs. 2 TzBfG eine Befristung auch ohne Sachgrund, also die rein kalendermäßige Befristung eines Arbeitsverhältnisses, bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages möglich. Die sachgrundlose Befristung ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG aber ausgeschlossen, wenn mit dem selben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat (sog. **schädliche Vorbeschäftigung**).

Das BAG hatte die Schädlichkeit einer Vorbeschäftigung eingeschränkt. Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesverfassungsgericht im Juni 2018 als verfassungswidrig angesehen. Trotzdem lässt das Bundesverfassungsgericht einzelne Ausnahmen zu. Zur zeitlichen Komponente sind nunmehr drei Entscheidungen des BAG ergangen.

Zeitliche Rückwirkung der schädlichen Vorbeschäftigung

Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist die Befristung des Arbeitsverhältnisses ohne Vorliegen eines Sachgrundes nicht zulässig, wenn mit dem selben Arbeitgeber „bereits zuvor“ ein anderweitiges Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine zeitliche Grenze für die schädliche Vorbeschäftigung sieht der Gesetzgeber nicht vor.

Allein nach dem Wortlaut dürfte auch z.B. ein Arbeitnehmer nicht mehr ohne Sachgrund befristet eingestellt werden, wenn er als Schüler vor 25 Jahren einmal einen Ferienjob für eine Woche beim selben Arbeitgeber gemacht hätte.

In seinem Urteil vom 06.04.2011 (Az: 7 AZR 716/09) hatte das Bundesarbeitsgericht allerdings entschieden, dass nur solche Vorbeschäftigungen für die sachgrundlose Befristung schädlich wären, die nicht mehr als drei Jahre zurückliegen würden. Dem Gesetzeszweck, Reihenbefristungen zur Umgehung des Kündigungsschutzes zu verhindern, wäre damit genüge getan.

BVerfG vom 06.06.2018 - 1 BvR 1375/14

Die einschränkende Rechtsprechung des BAG stieß in der Literatur und Rechtsprechung auf Kritik, da es für die durch das BAG vorgenommene Einschränkung keine Anhaltspunkte im Gesetz gäbe. So hatten z.B. das LAG Baden-Württemberg und das LAG Hessen entgegen der Auffassung des BAG sachgrundlose Befristungen für unwirksam erklärt, obwohl eine Vorbeschäftigung bereits (deutlich) länger als drei Jahre zurück lag.

Aufgrund mehrerer Verfassungsbeschwerden musste sich das Bundesverfassungsgericht mit dieser Frage auseinandersetzen.

Nach Ansicht des BVerfG kann das Vorbeschäftigungsverbot in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG - entgegen der Auffassung des BAG - nicht dahingehend ausgelegt werden, dass eine weitere sachgrundlose Befristung zwischen denselben Vertragsparteien zulässig ist, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehr als drei Jahren liegt.

Das BVerfG sah die Auslegung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG durch das BAG als mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen als nicht vereinbar an.

Grundsätzliche Schädlichkeit einer Vorbeschäftigung - Ausnahmen

Damit ist zukünftig (wieder) **grundsätzlich jede Vorbeschäftigung für die sachgrundlose Befristung schädlich**, unabhängig davon, wie lange diese zurückliegt. Nur wenn das aus § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG folgende Verbot der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrages unzumutbar ist, kann eine **einschränkende Auslegung geboten** sein.

Nach Ansicht des BVerfG könne dies erfüllt sein, **wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt**, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist, z.B. bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit, bei Werkstudierenden und studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung oder bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht. Die Fachgerichte können und müssen nach Ansicht des BVerfG in derartigen Fällen durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken.

Mit der zeitlichen Komponente, wann also eine Vorbeschäftigung „sehr lange zurückliegt“ und damit nicht mehr schädlich wäre, hat sich das BAG in drei Entscheidungen auseinandergesetzt.

Vorbeschäftigung liegt "sehr lange" zurück

BAG vom 20.03.2019 – 7 AZR 409/16

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts ist der Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG noch nicht verfassungskonform einzuschränken, wenn eine Vorbeschäftigung **8 Jahre und 9 Monate** zurückliegt.

Dies sei kein „sehr langer“ Zeitraum, im Sinne der Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht.

BAG vom 17.04.2019 – 7 AZR 323/17

Auch die sachgrundlose Befristung eines „Maschinenbedieners“ mit Vertragsbeginn im

April 2014 sah das BAG als unwirksam an, weil der Mitarbeiter als „Produktionshelfer“ bereits bis Mai 1999 beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt war. Auch ca. 15 Jahre wären kein „sehr langer“ Zeitraum.

BAG vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17

In diesem Urteil kommt das BAG erstmals zu dem Ergebnis, dass aufgrund des zeitlichen Abstands das in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bestimmte Verbot der sachgrundlosen Befristung nach einer Vorbeschäftigung in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift nicht zur Anwendung komme.

Eine "Telefonserviceberaterin" war im Oktober 2014 sachgrundlos befristet angestellt worden, obwohl sie beim gleichen Arbeitgeber bis Ende November 1992 als Hilfsarbeiterin tätig war. Läge eine Vorbeschäftigung 22 Jahre zurück, komme das Vorbeschäftigungsverbot in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG regelmäßig (Ausnahmen sind damit möglich!) nicht mehr zur Anwendung.

Eine genaue Grenze, ab der regelmäßig eine Vorbeschäftigung nicht mehr schädlich sein soll, hat das BAG bisher nicht definiert. In seinen Entscheidungen geht das BAG allerdings davon aus, dass ein Erwerbsleben im Normalfall 40 Jahre andauern und maximal eine zweimalige Befristung beim gleichen Arbeitgeber dem Regelfall entsprechen würde.

Die Grenze sollte sich also etwa bei 20 Jahre einpendeln.

Einsicht in Bruttoentgeltlisten (BAG vom 07.05.2019 – 1 ABR 53/17)

In Betrieben, in denen ein Betriebsrat gewählt wurde, hat der Arbeitgeber diverse Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu wahren. Zum Beispiel ist bei personellen Einzelmaßnahmen, wie z.B. einer Einstellung oder einer Versetzung, zunächst die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG einzuholen. Vor Ausspruch einer Kündigung ist der Betriebsrat nach § 102 BetrVG anzuhören.

Dem Betriebsrat kommen auch allgemeine Aufgaben zu. Er hat z.B. darüber zu wachen, dass die zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) und hat die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern im Betrieb durchzusetzen (§ 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG).

Nach § 80 Abs. 2 BetrVG ist der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten. Der Betriebsrat hat zudem ein eigenes Informationsrecht gegenüber dem Arbeitgeber.

Eine spezielle Ausprägung sieht § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG vor: Danach sind dem Betriebsrat auf Verlangen **Einblick in die Listen über die Bruttolöhne und Gehälter** zu gewähren. Durch Inkrafttreten der DSGVO war fraglich, ob dieses Einsichtsrecht uneingeschränkt fortbesteht.

Einblick in Bruttolohnlisten (§ 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG)

Nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG hat der Betriebsrat Anspruch darauf, die Aufzeichnungen über die Bruttoentgelte, also die den Arbeitnehmern zustehenden effektiven Arbeitsentgelte einzusehen. Kein Anspruch besteht auf Unterrichtung über die familiären Verhältnisse, wie etwa Steuerklasse, Anzahl von Kinderfreibeträgen, etc., so dass das Nettoentgelt nicht Gegenstand des Einsichtsrechts ist.

Das Einsichtsrecht erstreckt sich auf die effektiven Bruttobezüge einschließlich über tariflicher Zulagen. Das Einsichtsrecht umfasst damit alle Lohn- und Gehaltsbestandteile tariflicher wie außertariflicher Art, unabhängig davon, ob es sich um einmalige oder wiederkehrende Leistungen des Arbeitgebers handelt und unabhängig davon, ob sie kollektivrechtlich

oder einzelvertraglich vereinbart sind (BAG vom 14.11.2014 – 1 ABR 54/12).

Das Einsichtsrecht steht nicht dem gesamten Betriebsrat zu, sondern dem Betriebsausschuss bzw. einem nach § 28 BetrVG gebildeten Ausschuss. In Kleinbetrieben (in denen die Bildung der Ausschüsse nicht vorgesehen ist) nimmt das Einsichtsrecht der Betriebsratsvorsitzende oder ein anderes beauftragtes Mitglied wahr.

Einschränkung durch DS-GVO

Zum 28.05.2018 trat die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) in Kraft. Die Einsicht in Bruttolohnlisten durch den Betriebsrat stellt ohne Frage eine „Verarbeitung“ (Kenntnisnahme) „personenbezogener Daten“ (Bruttoentgelte) dar, so dass die Vorgaben der Datenverarbeitung nach der DS-GVO zu beachten sind.

Im Hinblick auf die in Art. 5 Abs. 1 DS-GVO genannten Grundsätze der Datenverarbeitung, insbesondere die Datenminimierungspflicht und die Grundsätze zur Integrität und Vertraulichkeit personenbezogener Daten, war fraglich, ob das in § 80 Abs. 1 Satz 2 BetrVG normierte Einsichtsrecht des Betriebsrats auch zukünftig vom Arbeitgeber uneingeschränkt gewährt werden muss (bzw. darf) oder ob hier Einschränkungen – z.B. auf anonymisierte Listen – erfolgen müssen.

BAG vom 07.05.2019 – 1 ABR 53/17

In seinem Beschluss vom 07.05.2019 stellt das Bundesarbeitsgericht klar, dass sich an dem uneingeschränkten Einsichtsrecht in die Bruttolohnlisten nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG durch Inkrafttreten der DS-GVO nichts geändert hat. Der Betriebsrat hat auch nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung das Recht, in nicht anonymisierte Listen über die Bruttoentgelte (über den Betriebsausschuss oder den Vorsitzenden bzw. einem bestellten Vertreter) Einsicht zu nehmen.

Datenschutzrechtliche Vorgaben stünden dem Auskunftersuchen des Betriebsausschusses auch nach Inkrafttreten der DS-GVO nicht entgegen. Zwar stelle die Gewährung der Einsichtnahme eine Verarbeitung personenbezogener

zogener Daten im Sinne des Art. 2 DS-GVO und des BDSG dar. Diese sei jedoch nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig. Die Datenverarbeitung im Sinne dieser Vorschrift sei immer schon dann erforderlich, wenn sie aus der Erfüllung eines kollektivrechtlichen Anspruchs folge. Einer einzelfallbezogenen Abwägung bedürfe es nicht.

Insoweit bestünden auch keine unionsrechtlichen Bedenken. Der deutsche Gesetzgeber habe mit dem Erlass von § 26 BDSG in

zulässiger Weise von der Öffnungsklausel in Art. 88 DS-GVO Gebrauch gemacht, so dass § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG eine wirksame und ausreichende Rechtsgrundlage für das Einsichtsrecht biete.

Schließlich war das BAG der Meinung, dass ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH aufgrund der „offensichtlichen Zulässigkeit“ nicht erforderlich wäre.

Tipps: Schriftform bei Kündigungen

Nach § 623 BGB bedarf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag seit 01.05.2000 zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen.

Die Einführung der Schriftform für Kündigungen bezweckte eine Entlastung der Gerichte. Es sollte Eindeutigkeit darüber geschaffen werden, ob durch eine Willenserklärung das Arbeitsverhältnis beendet werden sollte. Zuvor musste z.B. durch Befragung von Zeugen geklärt werden, ob im Rahmen einer Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die eine oder die andere Partei möglicherweise gekündigt hat oder gar ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen wurde. Zudem soll durch die Schriftform eine Warnfunktion erreicht werden. Die kündigende Partei soll durch die Formvorschrift über ihre Willenserklärung nachdenken müssen.

Aus Anlass einer aktuellen Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 20.06.2019 zur „Unleserlichkeit“ einer Unterschrift, betrachten die Tipps zum Arbeitsrecht im November die Schriftform etwas genauer.

Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB

Ist durch Gesetz – wie vorliegend nach § 623 BGB – schriftliche Form vorgeschrieben, so muss nach § 126 BGB die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Alternativ lässt § 126 BGB die Unterzeichnung mittels „notariell beglaubigten Handzeichens“ zu, was in der Praxis aber der große Ausnahmefall sein wird.

Die Kündigung muss also durch eine **unterzeichnete Originalurkunde** ausgesprochen werden.

In der Praxis dürfte sich zwischenzeitlich herumgesprochen haben, dass damit mündliche Kündigungen genauso unwirksam sind, wie etwa Kündigungen per Telefax (auch nicht vorab per Telefax zur Fristwahrung), mittels Telegramm, per E-Mail (auch mit zertifizierter Signatur) oder auch per SMS oder anderen Messenger-Diensten (z.B. WhatsApp, Privatnachricht bei Facebook oder Instagram).

Unterzeichnung durch den "Aussteller"

Die Urkunde (vorliegend also die Kündigung) muss **vom Aussteller** eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden. Damit genügt die **Unterschrift eines Boten** nicht zur Gewährleistung der Schriftform.

In vielen Unternehmen werden Hierarchiestufen der Mitarbeiter bei deren Unterschrift durch den Zusatz „i.V.“ bzw. „i.A.“ gekennzeichnet. „i.V.“ bedeutet dabei „in Vertretung“, „i.A.“ „im Auftrag“.

Ein Vertreter kann (natürlich) eine Kündigung unterzeichnen. Für gesetzliche Vertreter (z.B. Geschäftsführer der GmbH) ist dies selbstverständlich. Bevollmächtigte müssen ggf. eine Originalvollmacht vorlegen, damit die Kündigung nicht zurückgewiesen werden kann.

Wird die Kündigung dagegen „im Auftrag“ unterzeichnet, kann dies gegen die Schriftform nach § 126 BGB verstoßen. Aussteller der Kündigung ist derjenige, der die Willenserklärung abgeben möchte. Beauftragt nun diese Person einen anderen damit, eine Kündigung für ihn zu unterzeichnen, also dies im Auftrag des eigentlich Erklärenden zu tun, wäre die Kündigung nicht mehr *durch den Aussteller selbst*, also nicht durch denjenigen der die Kündigung ausspricht unterzeichnet.

Kündigungen sollten daher nicht mit dem Zusatz „i.A.“ unterzeichnet werden.

Namensunterschrift

Die Unterschrift ist durch Nennung des ausgeschriebenen Namens zu leisten, wobei nicht der volle Name mit Vor- und Nachnamen genannt werden muss.

Es genügen Teile hiervon. Ausreichend wäre auch die Nennung von Namensteilen, wenn diese zwischen den Parteien üblich sind und der Aussteller hierdurch eindeutig identifiziert werden kann (z.B. „Franzl“ statt „Franz-Josef Huber“).

Funktionsbezeichnung und Paraphe

Die Unterzeichnung mit einer reinen **Funktionsbezeichnung** erfüllt dagegen nicht das Erfordernis der Namensunterschrift. Eine Kündigung, die die Unterschrift „*der Vorstandsvorsitzende*“ oder „*der Geschäftsführer*“ oder vielleicht auch „*ihr Vorgesetzter*“ trägt, wäre wegen Verstoß gegen das Schriftformerfordernis nichtig.

Dies gilt auch für die Unterschrift durch den Beschäftigten selbst! Die Eigenkündigung des Auszubildenden mit der Unterschrift „*Euer Azubi*“ würde damit ebenfalls gegen das Schriftformerfordernis verstoßen.

Dem Schriftformerfordernis genügt nicht die Unterzeichnung mit einer sog. **Paraphe**, also einem Handzeichen (z.B. „*T. M.*“ statt „*Thomas Müller*“). Durch ein Handzeichen kann zwar die Schriftform im Sinne von § 126 BGB gewahrt werden. Dies bedarf aber der notariellen Beglaubigung. Eine nur mit einer Paraphe unterzeichnete Kündigung kann damit ebenfalls nichtig sein.

Lesbarkeit der Unterschrift

Die Unterschrift durch Nennung des ausgeschriebenen Namens muss nicht zwingend lesbar sein.

Es ist ausreichend, wenn der Aussteller identifiziert werden kann, d.h. wenn der kennzeichnende Schriftzug individuelle und entsprechend charakteristische Merkmale aufweist, welche die Nachahmung erschweren.

Wie das LAG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung vom 20.06.2019 (10 Sa 81/19) bestätigt, steht dem Kündigungsempfänger auch kein Zurückweisungsrecht der Kündigung zu, auch wenn er die Unterschrift nicht lesen kann und damit nicht genau weiß, wer die Kündigung ausgestellt hat.

Strengere Form

Die Parteien eines zivilrechtlichen Vertrages können grundsätzlich Formvorschriften für gegenseitige Willenserklärungen vereinbaren und damit auch strengere Formen als die Schriftform festlegen.

Nach § 309 Nr. 13 BGB darf allerdings in Arbeitsverträgen, die Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen (betrifft seit 2002 nahezu jeden Arbeitsvertrag), keine strengere Form als die Schriftform vereinbart werden.

Enthält der Arbeitsvertrag dennoch die Vorgabe, dass Kündigung z.B. „*mittels eingeschriebenen Briefes*“ erfolgen müssten, wird dies üblicherweise dahingehend auszulegen sein, dass die Regelung lediglich beweissichernde Bedeutung hat (§§ 133, 157 BGB).

Die schriftliche Kündigung kann in diesem Fall dennoch auf andere Weise zugestellt werden, wie etwa durch persönliche Übergabe oder durch Einwurf der Kündigung in den Briefkasten des Empfängers durch einen Boten

Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbB
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