

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 3 / 2011

**Liebe Leserinnen  
und Leser,**

Computerexperten empfehlen eine regelmäßige „Defragmentierung“ der Festplatte



von Computern. Computer sind nämlich wie Menschen. Sie legen ihre Sachen (Daten) ständig an wechselnden Orten ab. Das macht den Computer auf Dauer aber langsam – weil er eben ständig die Einzelteile suchen muss. Mancher Zeitgenosse kennt dieses Phänomen vielleicht auch von sich selbst oder von seinem Ehegatten. Die empfohlene Defragmentierung beseitigt nun diese Atomisierung und fügt alle Teile wieder zusammen. Dadurch arbeitet der Computer wieder effizient.

In der Personalabteilung verhält es sich nicht anders. Auch dort bearbeiten viele Sachbearbeiter mög-

licherweise ein und dieselbe Angelegenheit in verschiedenen Ordnern und auf mehreren Schreibtischen. Dadurch kann eine erhebliche Ver-

langsamung der Personalarbeit entstehen. Scheuen Sie sich daher nicht vor einer „Defragmentierung“ Ihrer Personalabteilung. Sorgen Sie für eine klare Organisation der Personalarbeit und intensive Kommunikation Ihrer Personalverantwortlichen.

*Ihr*

*Dr. Peter Bitzer*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

### **Einstellungsgespräch: Frage nach einer Schwerbehinderung**

Darf der Arbeitgeber bei der Einstellung die Frage nach einer Schwerbehinderung stellen? Darf der schwerbehinderte Bewerber lügen und die Frage verneinen? Und wenn er denn gelogen hat: Darf der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nun anfechten oder kündigen?

Fragen über Fragen und das **Bundesarbeitsgericht** hat auch in seinem neuesten Urteil nur ein Teil davon beantwortet (BAG, Urteil vom 07.07.2011, Aktenzeichen: 2 AZR 396/10; Pressemitteilung Nr. 58/11).

**Das war passiert:** Eine Außen dienstmitarbeiterin hatte bei der Einstellung die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung wahrheitswidrig verneint. Als

#### **Impressum:**

**Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393 ,  
50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2,  
homepage: bitzer-anwalt.de**

die Arbeitgeberin später davon erfuhr, erklärte sie die Anfechtung und Kündigung des Arbeitsvertrages. Zu Unrecht, entschied das BAG. Hier die **wichtigsten Thesen**:

- **These 1:** Zulässige Fragen des Arbeitgebers bei der Einstellung darf der Bewerber nicht wahrheitswidrig beantworten.
- **These 2:** Die wahrheitswidrige Beantwortung einer zulässigen Frage kann den Arbeitgeber dazu berechtigen, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten oder das Arbeitsverhältnis zu kündigen.
- **These 3:** Ob sich der Arbeitgeber vor der Einstellung nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung erkundigen darf, bleibt weiterhin offen.

Das Urteil weist eine interessante Besonderheit auf. Denn die Arbeitgeberin hatte ausdrücklich klargestellt, dass sie die Arbeitnehmerin auch dann eingestellt hätte, wenn diese die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitsgemäß bejaht hätte. Diese Prozessstrategie der Arbeitgeberin war nicht unintelligent. Sie sollte ihr vermutlich den Vorwurf diskriminierenden Verhaltens ersparen. Denn wie hätte das BAG wohl entschieden, wenn die Arbeitgeberin klargestellt

hätte, dass sie eine schwerbehinderte Bewerberin nicht eingestellt hätte?

Das BAG drehte den Spieß nun aber um. Da die Arbeitgeberin ja selbst erklärt habe, sie habe die Bewerberin ohnehin eingestellt, ob schwerbehindert oder nicht, sei die Täuschung der Bewerberin für den Abschluss des Arbeitsvertrages gar nicht ursächlich geworden.

**Das sagt der Anwalt:** Theoretisch denkbar wäre nach der Pressemitteilung des BAG daher, dass eine Anfechtung oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses möglich gewesen wäre, wenn die Arbeitgeberin erklärt hätte, den Bewerber bei Vorliegen einer Schwerbehinderung **nicht** genommen zu haben. Ernsthaft vermag ich daran allerdings nicht zu glauben. Schade, dass das BAG die einfache Möglichkeit einer Klarstellung versäumte.

Abgesehen davon hat das BAG eine weitere Chance vertan, die heillos umstrittene Frage zu klären, ob ein Arbeitgeber vor der Einstellung überhaupt nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung fragen darf. Aus **Arbeitgebersicht** sollte von einer derartigen Frage daher auch weiterhin grundsätzlich Abstand genommen werden.

## Kündigung unwirksam - wegen fehlender Vollmachtvorlage

Manchem Personalverantwortlichen mag es bereits aus den Ohren quillen: Aber der verzweifelte Appell von Arbeitsrechtlern - etwa auf Schulungen, in Veröffentlichungen oder im laufenden Beratungsmandat - zur Beachtung des § 174 BGB bei Ausspruch einer Kündigung hat unverändert seine volle Berechtigung.

Eine Kündigung, die ein Kündigungsberechtigter einem Arbeitnehmer gegenüber ausspricht, ist unwirksam, wenn der Kündigungsberechtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der Arbeitnehmer die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Permanent - und ich meine wirklich permanent - erlebe ich in meiner Anwaltspraxis die Missachtung dieser Regelung durch Personalverantwortliche. Dies führt meistens zur Unwirksamkeit der Kündigung. Ur dann, wenn der Nachweis gelingt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Bevollmächtigung des Kündigungsberechtigten zuvor in Kenntnis gesetzt hatte, lässt sich dies vermeiden. Und das ist selten genug der Fall.

**Zur Klarstellung:** Es geht an dieser Stelle nicht darum, ob der Unterzeichner der Kündigung tatsächlich Kündigungsbefugnis **hat**. Das ist meistens der Fall. Auch wenn er aber (intern) Kündigungsbefugnis hat, muss dies für den Arbeitnehmer auch **erkennbar** sein. Und daran fehlt es häufig. Das allein macht die Kündigung dann unwirksam.

Genügt vielleicht eine Klarstellung im **Arbeitsvertrag**, dass der **jeweilige Inhaber** einer bestimmten Funktion (zum Beispiel der jeweilige Niederlassungsleiter) kündigen darf? **Nein** - auch das genügt nicht. Das Bundesarbeitsgericht hat in einem aktuellen Urteil klargestellt, dass vielmehr ein **zusätzliches** Handeln des Arbeitgebers erforderlich ist, wonach es dem Arbeitnehmer möglich ist, die Person des jeweiligen Stelleninhabers **zuzuordnen** (Urteil vom 14.4.2011, 6 AZR 727/09).

**Das sagt der Anwalt:** Arbeitgeber sollten unbedingt dafür Sorge tragen, dass etwa im Arbeitsvertrag darauf hingewiesen wird, dass der Inhaber einer bestimmten Funktion Kündigungsbefugnis hat. Zusätzlich muss der Arbeitnehmer aber auch **aufgefordert** werden, sich über die Organisationsstruktur aus den ihm übergebenen **Unterlagen** oder dem ihm zugänglichen **Intranet** zu in-

formieren. Natürlich muss sich aus diesen Quellen dann aber auch wirklich aktuell ergeben, wer die mit der Vertretungsmacht verbundene Funktion jeweils konkret bekleidet.

**Arbeitnehmer** sollten nach dem Zugang einer Kündigung unverzüglich die Formalitäten der Kündigung prüfen. Immer wieder kommt es vor, dass schon eine Zurückweisung der Kündigung wegen Nichtvorlage der Vollmachtsurkunde zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Diese Zurückweisung muss allerdings **unverzüglich** erfolgen. Arbeitnehmer sollten also sofort fachkundigen Rechtsrat einholen.

### Altersdiskriminierung bei befristetem Arbeitsverhältnis

**AGG und Befristung:** Das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** macht auch vor befristeten Arbeitsverhältnissen nicht Halt. Das bekam nun eine Universität des Landes Nordrhein-Westfalen zu spüren, die bei der Befristung des Arbeitsverhältnisses wissenschaftlicher Angestellter eine **Obergrenze** hinsichtlich des **Lebensalters** zugrunde legte. Konkret war nach einem Beschluss des Rektorats die Einstellung von wissenschaftlichem Personal auf befristet zu besetzen-

den Nachwuchsstellen nur zulässig, wenn das Beschäftigungsverhältnis vor dem vollendeten **40. Lebensjahr** endete - ausnahmsweise spätestens ein halbes Jahr danach.

**Das war passiert:** In dem entschiedenen Fall war das Arbeitsverhältnis des klagenden Angestellten aufgrund dieser Regelung (nur) bis zum 30.06.2008 befristet worden. Ohne den Rektoratsbeschluss wäre der Arbeitsvertrag dagegen unstrittig mindestens bis zum 31.05.2009 verlängert worden. Die Universität begründete die Altersbegrenzung unter anderem mit dem Ziel, dass Erstberufungsalter von Professoren herabzusetzen. Im Ergebnis obsiegte der Angestellte in allen drei Instanzen mit seiner Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Befristungsabrede.

**Merksätze:** Aus dem Urteil des BAG lassen sich folgende Merksätze aufstellen:

- Das AGG gilt auch für die **Befristung von Arbeitsverträgen**.
- Eine an das Lebensalter des Arbeitnehmers anknüpfende Befristungsdauer kann den betroffenen Arbeitnehmer **unmittelbar benachteiligen**.

- Eine Benachteiligung wegen des Alters ist nur dann (gemäß § 10 AGG) **gerechtfertigt**, wenn sich die betreffende Regelung auf ein legitimes Ziel stützt und sie einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält.

Im entschiedenen Fall unterstellte das BAG zu Gunsten der beklagten Universität sogar, dass diese mit der Altersbegrenzung legitime Ziele verfolgte. Das stand also gar nicht zur Diskussion. Nach Ansicht des BAG war die zeitliche Obergrenze zur Erreichung dieser Ziele aber weder erforderlich noch verhältnismäßig.

**Konsequenz:** Das Arbeitsverhältnis bestand nun nicht etwa mit einer etwas längeren Dauer als befristetes Arbeitsverhältnis fort. Der Verstoß gegen das AGG führte vielmehr zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede, so dass nun ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorlag.

#### 4. Arbeitgebertage zum Brennpunkt Betriebsrat in Hamburg

Am 13. und 14. September 2011 fand das diesjährige **Expertenforum der BWRmedia-Akademie** im Rahmen der „4. Arbeitgebertage zum Brennpunkt Betriebsrat“ in Hamburg statt. Auf der gut besuchten Veranstaltung diskutierten Geschäftsführer, Personalleiter und sonstige Personalverantwortliche mit Arbeitsrechtlern über den Inhalt und die Grenzen der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Die Teilnahme mehrerer Betriebsratsmitglieder an dem Expertenforum führte interessanterweise nicht zu einer Polarisierung, sondern zu einem besonders intensiven Meinungsaustausch.

Auf der von Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer moderierten Veranstaltung stellten sieben hochkarätige Referenten aktuelle Entwicklungen des Betriebsverfassungsrechts vor, insbesondere zur Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch einer Kündigung, zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen, zur Verhandlungstaktik mit dem Betriebsrat, zur Senkung von Betriebsratskosten und zur Frage, wie sich Arbeitgeber von Betriebsratsmitglie-

dern durch Kündigungen trennen können. Den Abschluss bildete ein Vortrag zum Beschäftigtendatenschutz. Auch in diesem Jahr diskutierten die Teilnehmer die Themen jeweils mit den Referenten lebhaft im Rahmen von Round-Tables. Das Expertenforum zeigte erneut, wie wichtig die ständige Fortbildung der Personalverantwortlichen im Bereich des Arbeitsrechts ist, um nicht den Anschluss an den Betriebsrat zu verlieren.