

Die Begründung von arbeitsrechtlichen Kündigungen – Das Kollektivabkommen Nr. 109 vom 12.2.2014

Vortrag für die AVED - Arbeitgeberverband in der Deutschsprachigen Gemeinschaft Belgiens / Mittelstandsvereinigungen – 30.10.2014 – 13.11.2014

Guido ZIANS, Rechtsanwalt

Einleitung

- Entscheide des Verfassungsgerichtshofes (Schiedsgerichtshof) vom 8.7.1993 und vom 7.7.2011 : Feststellung : Diskriminierung zwischen Arbeitern und Angestellten bezüglich der Kündigungsfrist und des Karenztages
- Übergangsfrist bis zum 8.7.2013 aus Rechtssicherheitsgründen
- Schwierige Verhandlungen zwischen Sozialpartnern
- Abstimmungen vom 12.12.2013 im Parlament und 19.12.2013 im Senat, Gesetz vom 26.12.2013, Veröffentlichung am 31.12.2013; in Kraft ab dem 1.1.2014 mit Übergangsbestimmungen
- KEIN Einheitsstatut in den anderen unterschiedlichen Regelungen (Urlaubsregelung, paritätische Kommissionen, Sozialwahlen, ...)
- vorherige Rechtslage : Artikel 63 des Gesetzes über Arbeitsverträge und Rechtsmissbrauch bei Angestellten

- Begründungsverpflichtung : Bei der „politischen“ Einigung vom 5.7.2013, die dann letztlich zum neuen Kündigungsrecht führte, wurde vorgesehen, dass ein Kollektivabkommen im Nationalen Arbeitsrat die Begründungspflicht von Entlassungen regeln sollte und dass diese Regelung zum 1.1.2014 in Kraft treten sollte. In diesem Fall würde die bisherige Regelung von Artikel 63 des Gesetzes über Arbeitsverträge bezüglich der missbräuchlichen Kündigung von Arbeitern außer Kraft gesetzt werden.

Nach schwierigen Verhandlungen wurde das Kollektivabkommen vom 10.2.2014 unterzeichnet und ist seit dem 1.4.2014 in Kraft.

1. Allgemeiner rechtlicher Rahmen vor der Reform - Rechtsmissbrauch

1.1. Prinzipien

Ein allgemeines rechtliches Prinzip ist das Verbot des Rechtsmissbrauchs.

Ein Recht wird missbraucht, wenn

- eine Vertragspartei dies mit der einzigen Absicht ausübt, der anderen Vertragspartei zu schaden
- wenn dieses Recht vollkommen unvernünftig ausübt geübt wird,
- wenn der anderen Vertragspartei ein großer Nachteil verursacht wird und der eigene Vorteil nicht in einem vernünftigen Verhältnis dazu steht,
- wenn ein Recht nicht gemäß der dazu vorgesehenen Bestimmung ausgeübt wird.

Dieses Prinzip ist im allgemeinen Vertragsrecht und somit ebenfalls beim Arbeitsrecht zu beachten.

1.2. Umsetzung dieser Prinzipien im „alten“ Arbeitsrecht

1.2.1. Regelung für Arbeiter

Die Regelung für Arbeiter ergab sich aus Artikel 63 des Gesetzes vom 3.7.1978 :

„Unter willkürlicher Entlassung ist für die Anwendung des vorliegenden Artikels die Entlassung eines unbefristet angestellten Arbeiters zu verstehen, wenn die Gründe dieser Entlassung weder mit der

Eignung oder dem Verhalten des Arbeiters im Zusammenhang stehen noch auf den Erfordernissen der Arbeitsweise des Unternehmens, der Einrichtung oder des Dienstes beruhen.

Im Streitfall obliegt es dem Arbeitgeber, die für die Entlassung angeführten Gründe zu beweisen. Unbeschadet des Artikels 39 § 1 ist der Arbeitgeber, der einen unbefristet angestellten Arbeiter willkürlich entlässt, dazu verpflichtet, diesem Arbeiter eine Entschädigung zu zahlen, die der Entlohnung von sechs Monaten entspricht, es sei denn, eine andere Entschädigung ist durch ein vom König für allgemein verbindlich erklärtes kollektives Arbeitsabkommen vorgesehen.

Die in Absatz 3 erwähnte Entschädigung wird unabhängig davon geschuldet, ob der Arbeiter mit oder ohne Kündigungsfrist entlassen worden ist; diese Entschädigung kann nicht mit den Entschädigungen kumuliert werden, die in Artikel 39 § 2 und § 3 des vorliegenden Gesetzes, [in den Artikeln 16 bis 18 des Gesetzes vom 19. März 1991 zur Einführung einer besonderen Kündigungsregelung für die Vertreter des Personals in den Betriebsräten und Ausschüssen für Arbeitssicherheit, Betriebshygiene

und Verschönerung der Arbeitsplätze und für die Kandidaten für diese Ämter] [oder in Artikel 118 § 3 des Sanierungsgesetzes vom 22. Januar 1985 zur Festlegung sozialer Bestimmungen] vorgesehen sind. »

Zusammenfassend war die Rechtslage somit die folgende :

- Der Arbeitgeber musste im Rahmen eines Prozesses die Kündigungsgründe beweisen. Die Beweislast und das Beweisrisiko lagen beim Arbeitgeber.
- Die Beweislast betraf nicht nur die Fakten sondern auch die Tatsache, dass diese Tatsachen legitim zur Vertragskündigung angeführt werden konnten. Es ergibt sich aus der Kassationsrechtsprechung vom 22.9.2010 und 22.11.2010, dass in diesem Zusammenhang das prinzipielle Verbot des Rechtsmissbrauchs zu beachten war.
- Falls der Arbeitgeber der Beweisverpflichtung nicht nachkommen konnte, war eine Pauschalentschädigung von 6 Monatslöhnen geschuldet.

1.2.2. Angestellte

Für Angestellte galten lediglich die allgemeinen Prinzipien des Rechtsmissbrauchs.

Dies hatte erhebliche Folgen auf Ebene der Beweislast und des Schadenersatzes.

Zum einen hatte der Angestellte den Beweis dafür zu erbringen, dass die Kündigung rechtswidrig war.

Zum anderen musste der Umfang des sich daraus ergebenden Schadens belegt werden. In der Rechtsprechung wurde davon ausgegangen, dass der mit einer Kündigung einhergehende Schaden in der Regel mit der ausbezahlten pauschalen Kündigungsentschädigung gedeckt wird. Wenn ein weiter gehender Schaden geltend gemacht wird, so hat der entlassene Arbeitnehmer die Beweislast zu tragen. (s. auch Kass., 26.9.2005, J.T.T., 2005, S.494).

1.3. Verfassungskonformität der alten Regelung

Im „alten“ Arbeitsrecht wurde eine unterschiedliche Regelung für Arbeiter und Angestellte praktiziert. Der Verfassungsgerichtshof hat am 21.6.2001 entschieden, dass die unterschiedliche Regelung nicht verfassungswidrig war, da es damals eine objektive Rechtfertigung dafür gab.

Vor diesem Hintergrund ist es offensichtlich, dass die Reform des Kündigungsrechts, die zu einer Gleichstellung zwischen Arbeitern und Angestellten führt, die unterschiedliche Regelung bei Begründung und Entschädigung von missbräuchlichen Kündigungen in der bisherigen Form nicht mehr beibehalten werden konnte.

1.4. Internationale Verpflichtungen

Die Verpflichtung zur Begründung von arbeitsrechtlichen Kündigungen ergaben sich bereits aus internationalen Verpflichtungen Belgiens (s. Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961 und die Konvention Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation, obschon diese beiden Rechtsgrundlagen nicht direkt im Belgischen Recht bezüglich der Begründungspflicht in Kraft sind, ergibt sich dies jedoch indirekt aus einem Verweis der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12.2000 (Art. 30)). Letztlich muss noch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte verwiesen werden (Entscheid vom 10.7.2012), woraus sich ergibt, dass bei fehlender Begründung der Kündigung die Rechtsituation des Arbeitnehmers nicht im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention stehen würde.

2. Kommentar zur Gesetzgebungstechnik

Der Gesetzgeber hat es den Sozialpartnern auferlegt, eine Regelung für die Begründungen von Kündigungen zu vereinbaren. Eine derartige Befugnisübertragung ist im Prinzip nur an die Regierung möglich. Dies war schon vor der Verabschiedung des neuen Kündigungsrechts vom Staatsrat

in Frage gestellt worden. Es ist somit nicht auszuschließen, dass die neue Regelung eventuell für verfassungswidrig erklärt werden könnte.

Aus dem Kollektivabkommen ergibt sich lediglich eine Begründungspflicht, jedoch keine vorherige Anhörungspflicht des betroffenen Arbeitnehmers, wie dies in Artikel 7 der Konvention Nr. 158 der Internationalen Arbeitsorganisation ergibt.

3. Anwendungsbereich des Kollektivabkommens Nr. 109

3.1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Das Kollektivabkommen Nr. 109 ist anwendbar auf Kündigungen, die ab dem 1.4.2014 ausgesprochen oder mitgeteilt werden.

Wenn es vom 1.1. bis zum 31.3.2014 zu einer Kündigung mit Kündigungsfrist gekommen ist, die später in eine Auszahlung einer Kündigungsschädigung umgewandelt werden sollte, gilt keine Begründungspflicht für die spätere Umwandlung der Kündigung. In der Tat kommt es nicht zu einer erneuten Kündigung, sondern es wird lediglich die Folge der erteilten Kündigung anders gestaltet.

Das neue Kündigungsrecht vom 26.12.2013 ist jedoch schon zum 1.1.2014 in Kraft getreten, sodass sich die Frage der Verfassungswidrigkeit der „Übergangsperiode“ vom 1.1. bis zum 31.3.2014 stellt. Für Arbeiter galt bis dahin noch Artikel 63 des Arbeitsgesetzes. Angestellte könnten somit aufwerfen, dass die Gesetzeslücke bis zum 1.4.2014 verfassungswidrig wäre. Es bleibt abzuwarten, ob der Verfassungsgerichtshof mit einer derartigen Frage befasst wird. Die Tragweite dieser Frage ist jedoch begrenzt, da diese unglückliche Situation nicht lange bestanden hat.

3.2. Privatsektor

Das Kollektivabkommen betrifft nur die Arbeitgeber, die dem Anwendungsbereich des Gesetzes vom 5.12.1968 über die kollektiven Arbeitsabkommen und die paritätischen Kommissionen unterworfen sind.

Von Anwendungsbereich sind somit ausgeschlossen (s. Art. 2 § 3 des Gesetzes vom 5.12.1968) :

„1. [die Personen, die vom Staat, von den Gemeinschaften, den Regionen, den Gemeinschaftskommissionen, den Provinzen, den Gemeinden, den ihnen unterstehenden öffentlichen Einrichtungen und den Einrichtungen öffentlichen Interesses mit Ausnahme [der Föderalen Beteiligungs- und Investitionsgesellschaft], [der Autorität Finanzielle Dienste und Märkte], des Beteiligungsfonds, des Nationalen Delkrederedienstes, der Belgischen Nationalbank, der CREDIBE AG [...], der Nationallotterie AG], [der "Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek" [...], der gemäß den Wohnungsgesetzbüchern der Regionen zugelassenen Gesellschaften für sozialen Wohnungsbau] [und der öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaften "Brussels South Charleroi Airport-Security" und "Liège-Airport-Security" beschäftigt werden.]

Der König kann jedoch durch einen mit Gründen versehenen und im Ministerrat beratenen Erlass die Anwendung des vorliegenden Gesetzes ganz oder teilweise auf diese Personen oder bestimmte Kategorien von ihnen ausdehnen.

[Die in Absatz 2 erwähnten Befugnisse des Königs erlöschen am Tag, an dem die durch das Gesetz vom 19. Dezember 1974 zur Regelung der Beziehungen zwischen den öffentlichen Behörden und den Gewerkschaften der Bediensteten, die von diesen Behörden abhängen, eingeführte Regelung auf die betreffenden vom Staat, von den Provinzen, den Gemeinden, den öffentlichen Einrichtungen und den Einrichtungen öffentlichen Interesses beschäftigten Personen für anwendbar erklärt wird,]

2. [die Personen, die in Anwendung der Rechtsvorschriften über die Beschäftigung oder die Berufsausbildung der Arbeitssuchenden in Zentren für Berufsausbildung beschäftigt sind,]

[3. die vom Staat bezuschussten Personalmitglieder, die von den subventionierten freien Lehranstalten beschäftigt werden,]

[4. die im Rahmen eines LBA-Arbeitsvertrags angestellten Arbeitnehmer.]“

Im Öffentlichen Sektor wird jedoch auch Personal unter Arbeitsvertrag beschäftigt. Für dieses Personal gilt das Kollektivabkommen Nr. 109 nicht.

Im neuen Kündigungsrecht wurde in einer Übergangsbestimmung (Art. 38) vorgesehen, dass die Regelung von Art. 63 des Arbeitsgesetzes solange beibehalten wird wie es nicht zu einer vergleichbaren Regelung wie im Privatsektor über das Kollektivabkommen Nr. 109 gekommen ist.

Damit wird die Frage der Verfassungskonformität der jetzigen Regelung für den öffentlichen Sektor aufgeworfen.

Ebenso stellt sich nach wie vor die Frage, ob ein Öffentlicher Arbeitgeber nicht schon sowieso eine Begründungspflicht von Kündigungen hat. Es würde sich dabei um die Anwendung des Gesetzes vom 29.7.1991 zur formellen Begründungspflicht handeln. Hierzu gibt es widersprüchliche Kommentare und Urteile.

3.3. Ausschlüsse, die sich aus dem Kollektivabkommen Nr. 109 ergeben

- Kündigung während den sechs ersten Beschäftigungsmonaten : in diesem Zusammenhang ist an einige Bestimmungen des alten Kündigungsrechts zu erinnern, die eine auf 7 Tage verkürzte Kündigungsfrist für Arbeiter in den ersten 6 Beschäftigungsmonaten und die Möglichkeit einer Probeklausel von 6 oder 12 Monaten vorsahen. In diesen Fällen konnte der Arbeitgeber unter dem alten Kündigungsrecht nach freiem Ermessen über eine Kündigung entscheiden.

- Interimvertrag

- Studentenvertrag

- Arbeitslosigkeit mit Betriebsausgleich
- Kündigung, die einem Arbeitnehmer erteilt wird, der ab dem nächsten Ersten eines Monats das Pensionsalter erreicht
- Kündigung bei definitiver Tätigkeitseinstellung des Arbeitgebers
- Kündigung bei Betriebsschließung im Sinne des Gesetzes vom 20.12.2002
- Kündigung bei einer Kollektiventlassung
- Kündigung von Arbeitnehmern, die ein Sonderstatut auf Grund eines Gesetzes oder Kollektivabkommen (Personalvertreter, ...) haben. Wenn jedoch nur ein Kündigungsschutz vorliegt und keine besondere Entlassungsprozedur vorgesehen ist, gelten die Bestimmungen des Kollektivabkommens Nr. 109 (z.B. Schwangerschaftsschutz, Elternurlaub, ...).
- Kündigung aus schwerwiegendem Grund : dieser Ausschluss rechtfertigt sich, da bereits eine Begründungspflicht in Artikel 35 des Arbeitsgesetzes vorgesehen ist. Wenn die Kündigung nicht im Kündigungsschreiben oder in den folgenden drei Tagen begründet wird, ist der Arbeitgeber sowieso verpflichtet, eine Kündigungsentschädigung zu zahlen. Darüber hinaus könnte ein Arbeitsgericht den Arbeitgeber zur Zahlung für missbräuchliche Kündigung verurteilen. Selbst wenn das Arbeitsgericht den schwerwiegenden Kündigungsgrund nicht anerkennen sollte, entsteht kein automatischer Anspruch auf eine zusätzliche Entschädigung. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall den entsprechenden Beweis zu erbringen.
- Befristeter Arbeitsvertrag : ein derartiger Vertrag endet in der Regel ohne Kündigung. Wenn er vor Ablauf der vereinbarten Dauer beendet werden sollte, ist der Arbeitgeber jedoch verpflichtet, dies zu begründen. Die Entschädigung für eine unvernünftige Entlassung (s. Art. 8 des Kollektivabkommens N. 109) gehört jedoch nicht zum Anwendungsbereich des Kollektivabkommens, da diese Entschädigung nur bei Kündigung von unbefristeten Verträgen vorgesehen wird. In diesem Fall könnte der betroffene Arbeitnehmer jedoch gegebenenfalls eine Entschädigung auf Grund von Rechtsmissbrauch einklagen.

- Verträge mit vorläufiger und strukturell verkürzte Kündigungsfrist

Das neue Kündigungsrecht hat bis zum 31.12.2017 eine Sonderregelung vorgesehen für die Arbeitsverhältnisse, die auf Ebene der paritätischen Kommissionen (Stichdatum 31.12.2013) über Kündigungsfristen erhalten haben, die unterhalb der Regelungen des Kollektivabkommens Nr. 75 liegen. Für diese Arbeitsverhältnisse gilt das Kollektivabkommen ab dem 1.1.2016.

Darüber hinaus ist eine zeitlich unbefristete Regelung von verkürzten Kündigungsfristen für Arbeiter in gewissen Sektoren mit mobilen und zeitweiligen Baustellen vorgesehen worden.

Für diese Sonderkategorien gilt die Regelung des „alten“ Kündigungsrechts (Art. 35 des Gesetzes über Arbeitsvertrages : Beweislast beim Arbeitgeber und Zahlung einer Pauschalen von 6 Monatsgehältern).

4. Mitteilung der Kündigungsgründe

4.1. Zielsetzung

Das Kündigungsrecht liegt immer weniger im reinen Ermessensspielraum des Arbeitgebers. Es handelt sich um ein Recht, das sachgerecht ausgeübt werden muss. Eine Kündigung ist rechtmäßig wenn es dafür objektive Gründe gibt, die in der Person des Arbeitnehmers oder die betrieblicher Art sein können.

Der Gesetzgeber und die Sozialpartner möchten mit der neuen Regelung erreichen, dass hierzu eine Kommunikation erfolgt. Die Mitteilung der Kündigungsgründe kann dazu führen, dass eine Kündigung besser verstanden und akzeptiert wird. Auf Grund dieser Mitteilung kann der Arbeitnehmer einfacher entscheiden, ob er die Kündigungsgründe gerichtlich anfechten möchte. Wenn ein Arbeitgeber weiß, dass er seine Entscheidung nachträglich sachlich rechtfertigen muss, führt dies gegebenenfalls dazu, dass die eine oder andere „emotional“ begründete

Kündigung unterlassen wird. Für ein Gericht ist es ebenso einfacher die Rechtmäßigkeit einer Kündigung zu bewerten, wenn von Anfang an eine entsprechende Begründung erteilt werden muss.

Grundsätzlich besteht nach wie vor nur eine Begründungspflicht auf Anfrage des Arbeitnehmers. In der Tat kann der Arbeitnehmer es unter Umständen vorziehen, dass die Kündigungsgründe nicht dargelegt werden, da dies eventuell störend sein könnte bei einer Arbeitsplatzsuche oder hinsichtlich seines Antrags auf Arbeitslosengeldes.

4.2. Mitteilung auf Anfrage des Arbeitnehmers

Der entlassene Arbeitnehmer hat das Recht, die Kündigungsgründe per Einschreiben bei seinem Arbeitgeber anzufragen.

Er verfügt dazu über eine Frist von 2 Monaten nach Vertragsbeendigung. Wenn eine Kündigungsfrist erteilt worden ist, beläuft sich die Frist zur Anfrage auf 6 Monate, wobei sie gegebenenfalls vorher endet und zwar 2 Monate nach Vertragsbeendigung. Wenn die Kündigungsfrist 6 Monate überschreitet, muss der Arbeitnehmer seine Anfrage somit noch während der Beschäftigungsdauer an den Arbeitgeber richten.

Wenn die Kündigung per Einschreiben verschickt wird, nimmt die Frist ihren Lauf ab dem dritten Arbeitstag nach der Postaufgabe. Bei einer Kündigung per Gerichtsvollzieherurkunde gilt die Zustellung ab dem Datum des entsprechenden Aktes.

Es handelt sich dabei um fixe Fristen, die nicht bei Krankheit o.ä. ausgesetzt werden.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet innerhalb von 2 Monaten nach Erhalt der Anfrage per Einschreiben die Kündigungsgründe zu benennen.

Theoretisch kann der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nachkommen, indem er dem Arbeitnehmer ein entsprechend ausgefülltes C-4 Formular innerhalb der gesetzlichen Frist per Einschreiben zuschickt. Diese Vorgehensweise ist derzeit aus Rechtssicherheitsgründen abzuraten. Das

Formular ist in der Tat für das Landesamt für Arbeitsbeschaffung bestimmt, selbst wenn der Arbeitgeber es dem Arbeitnehmer übergeben muss.

4.3. Spontane Mitteilung der Kündigungsgründe durch den Arbeitgeber

Der Arbeitgeber, der die Kündigungsgründe aus eigenem Antrieb mitgeteilt hat, muss nicht auf eine dennoch gestellte Anfrage des Arbeitnehmers antworten. Dies setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber vorher konkrete Kündigungsgründe genannt hat.

Der Arbeitgeber kann die Kündigungsgründe im Kündigungsschreiben oder in einem getrennten Schreiben geltend machen.

Der Arbeitgeber muss dabei nicht notwendigerweise die Form eines Einschreibebriefs wählen. Aus Beweisgründen ist dies jedoch anzuraten.

4.4. Inhaltliche Anforderungen an die Begründung

Damit eine Begründung als solche akzeptiert werden kann, muss es zu konkreten Darlegungen kommen, die sich auf den Einzelfall beziehen, indem sich auf konkrete Fakte bezogen wird. Auf jeden Fall sollten keine allgemeinen und abstrakten Formulierungen verwendet („nicht geeignet“; „wirtschaftliche Schwierigkeiten“, „Kommunikationsprobleme mit Kollegen/Direktion“).

Die erteilte Begründung muss sich konkret auf die Fähigkeit und/oder das Verhalten des Arbeitnehmer oder die Funktionsweise der Firma beziehen und es dem Arbeitnehmer und dem Richter erlauben, konkret nachzuvollziehen, wieso es zur Kündigung kommen musste.

4.5. Möglichkeit später weitere Kündigungsgründe anzuführen ?

Diese Frage ist derzeit nicht klar zu beantworten.

Unter dem alten Kündigungsrecht konnte der Arbeitgeber jedenfalls nachträglich (z.B. einem eventuellen Gerichtsverfahren) Gründen anführen, die er ursprünglich nicht (z.B. auch nicht im C-4 Formular) angeführt hatte.

Es ist nicht sicher, ob dieser Regelung unter dem neuen Recht auch gilt, da die Begründungspflicht damit zumindest zum Teil ausgehöhlt wird und an Interesse verliert.

In diesem Punkt wird man die Rechtsprechung abwarten müssen. Da zusätzliche Begründungen nicht vom Kollektivabkommen ausgeschlossen werden, könnte man annehmen, dass zusätzliche faktische Darlegungen zulässig sind. Vorläufig ist jedoch mit großer Vorsicht zu handeln und in dem Begründungsschreiben zumindest den gesamten Sachverhalt ansatzweise darstellen.

4.6. Folgen einer unterlassenen Rechtfertigung

Falls der Arbeitgeber nicht form- oder fristgerecht antwortet, muss er eine „Zivilstrafe“ von 2 Wochen Gehalt an den Arbeitnehmer zahlen.

Diese Strafe ist auch dann zu zahlen, wenn die Kündigung beim Arbeitsgericht letztlich nicht als offensichtlich unvernünftig eingestuft werden sollte.

Sollte eine Entschädigung wegen einer offensichtlich unvernünftigen Entlassung zu zahlen sein, so ist die Zivilstrafe zusätzlich zu zahlen.

Die Zivilstrafe mindert nicht den Anspruch auf Arbeitslosengeld.

Die Sozialpartner und auch das Landesamt für Sozialsicherheit gehen davon aus, dass diese Zivilstrafe nicht als Lohn anzusehen ist, sodass keine Sozialabgaben darauf erhoben werden.

Darüber hinaus stellt die unterlassende Beantwortung ein Verstoß gegen ein Kollektivabkommen und gegen Art. 189 des Sozialstrafgesetzbuches dar. Es würde ein Sanktion der Stufe 1 anfallen (s. Artikel 101 des Sozialstrafgesetzbuches : Geldstrafen von 60 bis 600 €).

5. Die offensichtlich unvernünftige Entlassung

5.1. Prinzipien

Eine Kündigung, die nicht auf die Fähigkeit und das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Notwendigkeit des Betriebes zurückzuführen ist und die nicht von einem vernünftigen und normalen Arbeitgeber ausgesprochen worden wäre, ist offensichtlich unvernünftig und gibt Anlass zu einer Entschädigungszahlung.

Aus der Begründung des Kollektivabkommens ergibt sich, dass der Arbeitgeber eine gewisse Ermessensfreiheit eingeräumt bekommt und dass nur bei offensichtlich unvernünftigen Entscheidungen das Arbeitsgericht eine Entschädigung zusprechen kann. Es ist somit nicht Sache des Gerichts Opportunitätsfragen zu beantworten, sondern es handelt sich nur um eine marginale Kontrolle. Das Gericht hat jedoch die Möglichkeit die Korrektheit der angeführten Fakten zu prüfen und ob diese Fakten der wirkliche Kündigungsgrund sind.

5.2. Fähigkeit des Arbeitnehmers

- gelegentliche und begrenzte Krankheitsperioden : in diesem Fall ist der Arbeitsvertrag ausgesetzt und diese Situation berechtigt keine Kündigung
- längere Krankheitsperiode oder wiederholte Krankheitsperioden : dies könnte die fehlende Fähigkeit des Arbeitnehmers für die vertragliche Arbeit darstellen und einen Einfluss auf die Funktionsweise des Betriebes haben. Das die Krankheitsperioden tatsächlich zu einer Desorganisation führen, ist jedoch konkret darzulegen (s. Kassationshof, 3.2.2014, R.G. Nr. S.12.0077.F). In der Rechtsprechung wird diese Anforderung sehr unterschiedlich und manchmal sehr streng geprüft. Letztlich ist noch hervorzuheben, dass diese Argumentation mit Bedacht zu führen ist, dass es auf Grund eines Gesetzes vom 10.5.2007 nicht zulässig ist, eine Diskriminierung wegen der aktuellen oder zukünftigen Gesundheitslage

vorzunehmen. Der Arbeitgeber muss konkret darlegen, dass die Entlassung eines kranken Arbeitnehmers das Unternehmen schädigt und dass ein zeitweiliges Ersetzen des kranken Arbeitnehmers im konkreten Fall nicht vertretbar erscheint.

- Beruflichen Fähigkeiten : in erster Linie ist es Sache des Arbeitgebers dies einzuschätzen. Das Arbeitsgericht hat die Fakten zu prüfen und ob darin der wirkliche Entlassungsgrund liegt. Letztlich hat der Richter nur eine marginale Kontrolle auszuüben.

5.3. Verhalten des Arbeitnehmers

Nach dem Entscheid des Kassationshofes vom 22.11.2010 müssen die Gerichte prüfen, ob die Entlassung nicht auf einem unvernünftigen Grund beruht. Somit kann nicht – wie es unter der vorherigen Rechtsprechung der Fall war – gleich welches Verhalten eines Arbeitnehmers als Rechtfertigung einer Kündigung geltend gemacht werden. Diese Rechtsprechung wird vermutlich auch im Rahmen des Kollektivabkommens Nr. 109 zum Tragen kommen, wenn es darum geht eine offensichtlich unvernünftige Kündigung festzustellen.

5.4. Notwendigkeit des Betriebes

Dabei werden die sozialen und wirtschaftlichen Aspekte im Unternehmensleben berücksichtigt. Auch hier haben die Gerichte nur eine marginale Kontrollfunktion auszuüben.

5.5. Richtschnur : der normale und vernünftige Arbeitgeber

Der Richter muss die Frage beantworten, ob ein normaler und vernünftiger Arbeitgeber unter den gegebenen Umständen gekündigt hätte.

6. Beweislast

Die Beweislast wird wie folgt aufgeteilt :

- Falls der Arbeitgeber spontan oder auf Anfrage die Kündigungsgründe mitgeteilt hat, liegt die Beweislast bei demjenigen, der bei Gericht die jeweiligen Fakten anführt. Dies bedeutet konkret, dass der Arbeitgeber die von ihm angeführten Rechtfertigungen zu belegen hat und darzulegen hat, dies zur Kündigung führen durfte. Der Arbeitnehmer müsste beweisen, dass die angeführten Gründe offensichtlich unvernünftig sind und welche anderen Gründe letztlich zur Kündigung geführt haben könnten.
- Falls der Arbeitgeber keine Begründung erteilt hat, muss er auf jeden Fall **zusätzlich** belegen, dass keine offensichtlich unvernünftige Kündigung vorliegt. Der Arbeitnehmer hätte in diesem Fall nichts zu beweisen.
- Falls der Arbeitnehmer die Kündigungsgründe nicht angefragt hat, obliegt es ihm zu beweisen, dass keine Fakten vorlagen, ihn zu entlassen und dass eine offensichtlich unvernünftige Kündigung ausgesprochen wurde. Der Arbeitgeber hätte in diesem Fall nichts zu beweisen.

Es stellt sich die Frage, ob in der ersten Hypothese der Zweifel an den Kündigungsgründen zu Gunsten des Arbeitgebers ausgelegt werden könnte. Auch in diesem Punkt wird auf die Auslegung der Gerichte gewartet werden müssen. Derzeit kann davon ausgegangen werden, dass in diesem Fall der Kläger – der Arbeitnehmer – die Beweislast trägt, da dies den allgemeinen Beweisregeln entspricht und das Kollektivabkommen nicht davon abweichen wollte. Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass ein Gericht über einen gewissen Ermessensspielraum verfügt und den Beklagten dazu verpflichten kann, auch Beweiselemente vorzulegen, die nicht im Besitz des Klägers sind.

7. Entschädigung

Bei einer offensichtlich unvernünftigen Entlassung riskiert der Arbeitgeber eine Entschädigungszahlung von 3 bis 17 Wochenlöhnen. Die Höhe der Entschädigung hängt von der Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers ab. Bei dieser Festlegung verfügt ein Gericht über einen großen Ermessensspielraum. Es kann nur bedauert werden, dass das Kollektivabkommen keine objektiven Kriterien bestimmt hat, um die Höhe der Entschädigung festzulegen (z.B. geteilter Fehler, Dienstalter, wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers, ...).

Ob die Entschädigung Sozialabgaben unterworfen sein wird, ist noch nicht vollkommen deutlich. Das Landesamt für Sozialsicherheit will die Entschädigung nur dann von Sozialabgaben befreien, wenn es dazu eine gerichtliche Entscheidung oder einen gerichtlich bestätigten Vergleich gibt. Diese zusätzliche Anforderung des LSS scheint keine Rechtsgrundlage zu haben, da eine Bedingung gestellt wird, die keine erkennbare Grundlage hat. Letztlich wird hier ein diskriminierender Unterschied gemacht. Die Entschädigung ändert nicht die Rechtsnatur, nur weil sie gerichtlich festgestellt oder gar nur gerichtlich beurkundet (d.h. ohne Einfluss des Gerichts !) wird.

Die Entschädigung – wie auch die eventuelle Zivilstrafe von 2 Wochen Lohn – sind als Kündigungsentschädigung zu versteuern.

Es ist bemerkenswert, dass der bei dieser Beurteilung das Gericht eigentlich nicht die Schadenshöhe zu berücksichtigen hat. Da es sich in der Regel um eine Art Schmerzensgeld handelt, ist dies in der Regel auch schwierig festzulegen. Vermutlich wird es schon so sein, dass ein Gericht „großzügiger“ sein wird, wenn zusätzlich ein Schaden dargelegt werden kann.

Bei dieser Beurteilung hat das Gericht lediglich die Kündigungsgründe und NICHT die Umstände der Kündigung zu beurteilen. Manchmal kommt es vor, dass eine Kündigung – zu Recht oder zu Unrecht – wegen Verfehlungen des Arbeitnehmers ausgesprochen wird und dieser Entlassung eine

unnötige Publizität verliehen wird. Diese Publizität könnte in den Augen eines Gerichts missbräuchlich sein, selbst wenn der Kündigungsgrund zu Recht angeführt wird.

Wenn der Arbeitnehmer diesen zusätzlichen Schaden geltend machen will, stellt sich die Frage, ob er dies mit der pauschalen Entschädigung des Kollektivabkommens Nr. 109 kumulieren kann. Diese Frage bleibt von der Rechtsprechung zu beantworten.

Falls der Arbeitnehmer sich lediglich auf die allgemeinen Prinzipien des Rechtsmissbrauchs beruft, da die Entschädigungsbedingungen des Kollektivabkommens Nr. 109 nicht vorliegen, hat der Arbeitnehmer die Beweislast zu den Fakten, des Schadens und des Kausalzusammenhangs. Es muss daran erinnert werden, dass der Kassationshof davon ausgeht, dass der Schaden, der sich aus dem Arbeitsplatzverlust ergibt, pauschal mit der Kündigungsentschädigung abgegolten wird (s. Kassationshof, 20.9.2005).

Es muss daran erinnert werden, dass die „alte“ Bestimmung von Artikel 63 des Gesetzes über Arbeitsverträge weiterhin für eine gewisse Kategorie von Arbeitern gilt (s. supra Punkt 3.3., Kommentar zu den Verträgen mit vorläufiger und strukturell verkürzter Kündigungsfrist). Diese Regelung ist sowohl bezüglich der Beweislast wie auch hinsichtlich der Entschädigung (6 Monate Lohn) günstiger. Ob dieser „Ausgleich“ ausreicht, um den Behandlungsunterschied in Sachen Kündigungsfristen auszugleichen, wird vermutlich innerhalb der nächsten zwei Jahre vom Verfassungsgerichtshof gesagt werden.

8. Bewertung der Reform

Aus Arbeitgebersicht ist hierzu folgendes zu sagen :

- die Entschädigungshöhe wurde erheblich reduziert (von 6 Monaten auf 3 bis 17 Wochen);
- der Anwendungsbereich wird jedoch erheblich ausgedehnt, da Angestellte diese Entschädigung nunmehr beanspruchen können;

- auf Grund der Begründungspflicht und der Art der zulässigen Begründungen ist davon auszugehen, dass die rechtliche Einschätzung eines Falles vereinfacht wird;
- wegen der Begründungspflicht wird es vielleicht weniger „emotional“ begründeten Kündigungen kommen, da der Arbeitgeber sich seiner Begründungspflicht bewusst wird;
- der Landesamt für Arbeitsbeschaffung könnte versuchen, immer in den Besitz des Begründungsschreibens zu gelangen. Das Landesamt hat jedoch keine Handhabe, um den Brief über den Arbeitgeber zu erlangen, da die Gesetzgebung hierzu keine Regelung oder Sanktion enthält.
- es ist anzunehmen, dass in den Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zukünftig mehr im Laufe des Beschäftigungsverhältnisses geschrieben wird, da dies bei der Beendigung des Arbeitsvertrages aus Beweisgründen wichtig werden könnte.