

# Newsletter Arbeitsrecht

Nr. 1 ( 07 / 2010 )

mit Beiträgen zu:

Langzeiterkrankte Arbeitnehmer

Abmahnung

Verdachtskündigung

Sonderkündigungsschutz

Gesetzesänderungen

Aktuelle Rechtsprechung

## BRP aktuell

Am 22. Juli 2010 fand in unseren Kanzleiräumen die Veranstaltung „Arbeitsrecht aktuell“ statt. In fünf Kurzvorträgen haben wir die aktuellen arbeitsrechtlichen Entwicklungen in folgenden Bereichen dargestellt:

- Datenschutz im Arbeitsrecht
- E-Mail und Internetnutzung
- AGB-Recht und Vertragsgestaltung
- Betriebliches Eingliederungsmanagement
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Die Veranstaltungsreihe wird fortgesetzt. Falls Sie zum letzten Termin keine Einladung erhalten haben sollten, erbitten wir eine kurze Nachricht an [event@brp.de](mailto:event@brp.de)



BRP Renaud & Partner  
Rechtsanwälte Notare  
Patentanwälte

## Newsletter Arbeitsrecht – neuer Service für die Mandanten von BRP

Wir informieren unsere Mandanten bereits seit vielen Jahren in unserem vierteljährlich erscheinenden „Newsletter“ über die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung. Unser Anliegen ist es hierbei, möglichst alle Rechtsgebiete abzudecken, die für unsere Mandanten relevant sind. Das breite Spektrum der behandelten Entscheidungen bringt es aber auch mit sich, dass für eine vertiefte Behandlung einzelner Themen nicht genügend Raum bleibt. Ab sofort werden wir daher in einem speziellen „Newsletter Arbeitsrecht“ arbeitsrechtliche Schwerpunktthemen aufgreifen, die unsere Mandanten in der täglichen Praxis immer wieder beschäftigen. Außerdem werden wir speziell auf Gesetzesänderungen im Arbeitsrecht eingehen. Daneben soll auch ausreichend Raum zur Erläuterung wichtiger aktueller Arbeitsgerichtsentscheidungen bleiben. Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und stehen Ihnen gerne für eine weiterführende, individuelle Beratung zur Verfügung.

### Arbeitsrechtliche Schwerpunktthemen

#### 1. Langzeiterkrankte Arbeitnehmer – „Aussitzen“ funktioniert nicht mehr

Es entsprach bislang der gängigen Praxis in vielen Unternehmen, das Problem langzeiterkrankter Arbeitnehmer einfach „auszusitzen“, d. h. nach deren Herausfallen aus der Entgeltfortzahlung keine weiteren Maßnahmen zu ergreifen. Dies führte häufig dazu, dass Arbeitsverhältnisse langzeiterkrankter Arbeitnehmer über Jahre hinweg bestehen blieben, obwohl keine Aussicht auf Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit bestand. Dieses Vorgehen empfiehlt sich aufgrund der seit Anfang 2009 geltenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) nicht mehr, weil es zum Auflaufen hoher Urlaubsabgeltungsansprüche führen kann. Weiter ist bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern die gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) zu beachten.

#### a) Urlaub bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit

Der EuGH hat in seiner sog. „Schultz-Hoff-Entscheidung“ vom 20.01.2009 geurteilt, dass Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG einzelstaatlichen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen Arbeitnehmer, die wegen Krankheit den Jahresurlaub nicht in Anspruch nehmen können, ihren Urlaubsabgeltungsanspruch verlieren.

Mit Urteil vom 24.03.2009 ist das Bundesarbeitsgericht (BAG) dieser Rechtsprechung gefolgt. Das BAG ging bis zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass der in § 7 Abs. 4 BUrlG geregelte Urlaubsabgeltungsanspruch erlischt, wenn der Urlaubsanspruch aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters bis zum Ende des Übertragungszeitraums gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG (31.03. des Folgejahres) nicht erfüllt werden kann.

Nach der neuen Rechtsprechung des BAG bleibt der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs bestehen, wenn der

Mitarbeiter bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt ist. Das BAG hat weiter entschieden, dass dies nicht zwangsläufig für den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden übergesetzlichen Urlaubsanspruch gelten müsse. Hierfür könne der Arbeitgeber abweichende vertragliche Vereinbarungen treffen. Solche Vereinbarungen sind jedoch in den bislang verwendeten Arbeitsvertragsmustern regelmäßig nicht enthalten.

Ungeklärt blieb in der Entscheidung vom 24.03.2009, wie mit dem Zusatzurlaub der Schwerbehinderten umzugehen ist. Zu dieser Frage hat das BAG nun mit Urteil vom 23.03.2010 Stellung genommen. Danach erlischt auch der Anspruch auf Abgeltung des Zusatzurlaubs nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt ist.

Konsequenz der neuen Rechtsprechung ist, dass Urlaub, den der Mitarbeiter wegen lang andauernder Erkrankung nicht nehmen kann – im Extremfall über viele Jahre hinweg – angesammelt wird. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer nach Rückkehr aus der Arbeitsunfähigkeit den angesammelten Urlaub nebst dem Urlaub des laufenden Jahres in Anspruch nehmen kann. Scheidet der Mitarbeiter – beispielsweise wegen Erreichens der Regelaltersgrenze, wegen Eigenkündigung oder krankheitsbedingter Kündigung des Arbeitgebers – aus, so hat er Anspruch auf Urlaubsabgeltung. Die Ansprüche auf nachträgliche Urlaubsgewährung und Urlaubsabgeltung können sich auf eine ganz erhebliche wirtschaftliche Belastung summieren.

Um Urlaubs(abgeltungs)ansprüche bei Langzeiterkrankungen auf das gesetzlich zulässige Mindestmaß zu reduzieren, empfehlen wir,

die Möglichkeiten der Arbeitsvertragsgestaltung zu nutzen. Gerne erarbeiten wir für Sie eine entsprechende Änderung der Urlaubsregelung Ihres Arbeitsvertragsmusters.

Weiter ist im Fall von Langzeiterkrankungen zu empfehlen, früher als bisher Maßnahmen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses einzuleiten, um das Auflaufen von Urlaubsansprüchen über Jahre hinweg zu vermeiden. Wenn eine einvernehmliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses scheitert, bedeutet dies den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung. Dieser Schritt sollte jedoch sorgfältig vorbereitet werden, um das Risiko des Unterliegens in einem etwaigen Kündigungsschutzverfahren zu reduzieren. Zu den hierfür erforderlichen Maßnahmen gehört in der Regel auch die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements.

#### **b) Betriebliches Eingliederungsmanagement**

In der Praxis weitgehend unbeachtet blieb bislang das Instrument des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM). § 84 Abs. 2 des Sozialgesetzbuches IX (SGB IX) schreibt die Durchführung eines BEM verbindlich vor, wenn ein Arbeitnehmer länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Es ist hierbei unerheblich, ob es sich um eine einmalige Arbeitsunfähigkeit, die länger als sechs Wochen andauert, handelt oder die sechswöchige Dauer durch eine wiederholte Arbeitsunfähigkeit innerhalb eines Jahres erreicht wird. Die Regelung gilt – obwohl sie in den Vorschriften über Schwerbehinderte „versteckt“ ist – für alle Arbeitnehmer, also auch für Nichtbehinderte.

Das BEM wird immer häufiger zum streitentscheidenden Faktor in arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzungen über krankheitsbedingte Kündigungen. Die pflichtwidrige Nichtdurchführung oder unwirksame Durchführung des BEM kann für Arbeitgeber unangenehme Überraschungen mit sich bringen:

Das Unterlassen des BEM führt zwar nicht automatisch zur Unwirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung, hat jedoch gravierende Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Darüber hinaus droht die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, die auf der Argumentation aufbauen, durch die unterbliebene oder nicht rechtzeitige Durchführung eines BEM sei die Dauer der Ausfallzeiten verlängert worden, weshalb der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Differenzbetrag zwischen Krankengeld und vertragsgemäßem Arbeitslohn zu erstatten habe.

Weiter überraschte ein Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) Berlin-Brandenburg vom 04.01.2010, das in seinem Leitsatz festhält, dass bei langzeiterkrankten Arbeitnehmern auch vor einer betriebsbedingten Kündigung ein BEM durchzuführen sei, um etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten beurteilen zu können.

Dem Arbeitgeber, der ein BEM unterlassen hat, ist zwar nach der Grundsatzentscheidung des BAG vom 12.07.2007 im Kündigungsschutzprozess der Einwand gestattet, dass auch ein BEM nicht zu einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit geführt hätte. Es bedarf dann aber eines umfassenden konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers, der beweisen muss, dass der Arbeitnehmer trotz BEM weder auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch auf einem ande-

ren Arbeitsplatz hätte eingesetzt werden können. Dieser Beweis gelingt in den seltensten Fällen.

Zwischenzeitlich hat das BAG in weiteren Entscheidungen seine Rechtsprechung fortgeführt und die Anforderungen an die Durchführung eines BEM konkretisiert. In einem Urteil vom 10.12.2009 führt das BAG aus, das Gesetz vertraue darauf, dass die Einbeziehung von Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Betriebsrat und externen Stellen sowie die abstrakte Beschreibung des Zieles ausreichen, um die Vorstellungen der Betroffenen sowie internen und externen Sachverstand in ein faires und sachorientiertes Gespräch einzubringen, dessen näherer Verlauf und dessen Ergebnis sich nach den Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalls zu richten haben. Das BEM verlange vom Arbeitgeber nicht, bestimmte Vorschläge zu unterbreiten. Vielmehr habe es jeder BEM-Beteiligte – auch der Arbeitnehmer – selbst in der Hand, alle ihm sinnvoll erscheinenden Gesichtspunkte und Lösungsmöglichkeiten in das Gespräch einzubringen.

Unverzichtbare Voraussetzung für die Durchführung eines BEM ist die Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber ist lediglich zu einem Angebot verpflichtet. Er muss den Arbeitnehmer über die Ziele des BEM und insbesondere über Art und Umfang der hierzu verwendeten Daten informieren. Das BAG hat in einem weiteren Urteil vom 10.12.2009 entschieden, dass, wenn im Rahmen eines BEM vorgeschlagene Maßnahmen nicht umgesetzt werden können, weil der Arbeitnehmer seine Zustimmung verweigert, dies im Kündigungsschutzprozess nicht zulasten des Arbeitgebers gehen kann, wenn dieser den Arbeitnehmer zuvor unter Fristsetzung zur Durchführung der Maßnahme aufgefordert hat. Deut-

lich wird aus dieser Entscheidung auch, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer darauf hinweisen muss, dass dieser im Weigerungsfall mit einer Kündigung zu rechnen hat. Unseres Erachtens ist es sinnvoll, bereits bei Unterbreitung des Angebots zur Durchführung eines BEM schriftlich darauf hinzuweisen, dass im Weigerungsfall eine (krankheitsbedingte) Kündigung drohen kann.

## 2. Abmahnung – Fehler bei der Formulierung vermeiden

Es ist zwingende Voraussetzung einer verhaltensbedingten Kündigung, dass der Arbeitnehmer wegen eines gleichartigen Pflichtverstoßes zuvor schon einmal abgemahnt wurde. Häufig scheidet der Erfolg im Kündigungsschutzverfahren jedoch daran, dass die Formulierung der Abmahnung fehlerhaft ist, so dass sie von der Rechtsprechung als unwirksam behandelt wird.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einer Entscheidung vom 27.11.2008 z. B. darauf hingewiesen, dass der Arbeitnehmer nicht zur Erzielung bestimmter Arbeitserfolge verpflichtet ist. Die Aufforderung in einer Abmahnung könne deshalb nur dahin gehen, die persönliche Leistungsfähigkeit auszuschöpfen, nicht dahin, durchschnittliche Produktionsergebnisse zu erzielen. Eine Abmahnung, die eine solche Verpflichtung in Bezug nehme, sei rechtswidrig und aus der Personalakte zu entfernen, weil sie auf Basis einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers zustande gekommen sei.

Entscheidend für die Wirksamkeit einer Abmahnung ist es, dass diese ihre „Warnfunktion“ erfüllt. Dem Arbeitnehmer muss im Abmahnungstext unmissverständlich

vor Augen geführt werden, dass im Wiederholungsfall eine Kündigung droht. Diese Warnfunktion kann allerdings dadurch beeinträchtigt werden, dass der Arbeitgeber laufend ähnliche Pflichtverstöße unter Androhung einer Kündigung abmahnt, diesen Warnungen jedoch nie eine Kündigung folgen lässt. Das BAG hat in einem Urteil vom 16.09.2004 drei Abmahnungen aus ähnlichen Gründen, bevor es zum Ausspruch einer Kündigung kam, gerade noch akzeptiert. Vor einem „inflationären“ Gebrauch des Abmahnungsrechts ist daher abzuraten. Abmahnungen sollten sich auf schwerwiegende Verstöße beschränken und bereits im ersten oder zweiten Wiederholungsfall zu einer Kündigung führen.

Allerdings kommt das BAG den Arbeitgebern in jüngeren Entscheidungen zur Wirksamkeit von Abmahnungen auch entgegen. In einer Entscheidung vom 19.02.2009 hat das BAG geurteilt, eine Abmahnung, die wegen einer Mehrzahl von Vorwürfen ausgesprochen werde und aus der Personalakte entfernt werden müsse, weil ein Teil der Vorwürfe unzutreffend sei, behalte hinsichtlich der zutreffenden Vorwürfe als mündliche Abmahnung ihre Geltung. Möglich sei es auch, eine auf den wirksamen Teil beschränkte Fassung schriftlich neu zu formulieren und diese zur Personalakte zu nehmen.

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist immer erst dann möglich, wenn sich ein Pflichtverstoß wiederholt, der mit einem bereits abgemahnten Vorfall gleichartig bzw. vergleichbar ist. Bereits abgemahnte Vorfälle können als Kündigungsgrund nicht herangezogen werden, sondern sind durch die Abmahnung „verbraucht“. Dies hat das BAG in einem Urteil vom 26.11.2009 nochmals bekräftigt.

Hinsichtlich der erforderlichen Gleichartigkeit von abgemahntem Vorfall und Kündigungsanlass lässt es die neuere Rechtsprechung des BAG, vgl. Urteil vom 13.12.2007, jedoch ausreichen, dass die Pflichtverstöße aus demselben Bereich stammen und in einem inneren Zusammenhang stehen. Das BAG hat es in der Entscheidung gebilligt, dass ein Außendienstmitarbeiter, der wegen verspäteter Vorlage von Protokollen über Kundengespräche abgemahnt worden war, verhaltensbedingt gekündigt wurde, weil er Jahresdurchsprachen mit Firmenkunden nicht persönlich durchgeführt hatte.

Angesichts der umfangreichen Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Abmahnungen empfehlen wir, bereits bei der Formulierung von Abmahnungen fachanwaltliche Unterstützung in Anspruch zu nehmen. Erfolgt die anwaltliche Beratung erst im Vorfeld einer Kündigung, lassen sich Versäumnisse bei vorangegangenen Abmahnungen häufig nicht mehr korrigieren.

### 3. Verdachtskündigung – Anhörung des Arbeitnehmers ist Pflicht

Bei einer schweren Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten – z. B. durch Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers – gelingt es nicht immer, dem Arbeitnehmer die Begehung der Tat mit Sicherheit nachzuweisen. Nicht selten verteidigen sich Arbeitnehmer z. B. bei Diebstählen damit, das Diebesgut sei ihnen von Kollegen „untergeschoben“ worden oder es wird bei einem Missbrauch des betrieblichen EDV-Systems mit angeblichen „Hackerangriffen“ oder „Spam-Mails“ argumentiert.

In diesen Fällen kommt die Rechtsprechung dem Arbeitgeber dadurch entgegen, dass sie bereits den

Verdacht eines schweren pflichtwidrigen Verhaltens als Grund für eine außerordentliche fristlose bzw. eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ausreichen lässt (sog. „Verdachtskündigung“). Der Verdacht muss jedoch durch objektive Tatsachen belegt sein und der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Anstrengungen unternommen haben, um den Sachverhalt aufzuklären.

Zu den von der Rechtsprechung verlangten Aufklärungsbemühungen des Arbeitgebers gehört es auch, dass dieser den Arbeitnehmer zu den Vorwürfen anhört und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss. Eine ohne vorherige Anhörung ausgesprochene Verdachtskündigung ist unwirksam. Lange Zeit hat die Rechtsprechung allerdings nur geringe formelle und inhaltliche Anforderungen an die Anhörung gestellt. Dies hat sich im Zuge einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 13.03.2008 geändert. In dieser hat das BAG geurteilt, dass die Anhörung im Rahmen einer Verdachtskündigung zwar nicht den Anforderungen an eine Betriebsratsanhörung genügen müsse, dem Arbeitnehmer jedoch die Vorwürfe inhaltlich, zeitlich und räumlich so genau geschildert werden müssten, dass dieser in die Lage versetzt wird, den gegen ihn gerichteten Verdacht zu entkräften. Die Zuziehung eines Rechtsanwalts zum Anhörungsgespräch müsse „zugestanden“ werden. Weigere sich der Arbeitnehmer jedoch kategorisch, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen, sei eine Anhörung überflüssig und könne unterbleiben.

In Folge der Rechtsprechung des BAG haben sich auch die Instanzgerichte näher mit den formellen und inhaltlichen Anforderungen an die Anhörung beschäftigt. Ein Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG)

Berlin-Brandenburg vom 06.11.2009 interpretiert die Rechtsprechung des BAG in dem Sinne, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts hinweisen und entweder die Gelegenheit zu einem weiteren Termin in Anwesenheit des Anwalts geben oder eine angemessene Frist für eine anwaltliche Stellungnahme einräumen muss. Mit der Einräumung angemessener Stellungsfristen beschäftigten sich auch Urteile der Landesarbeitsgerichte Baden-Württemberg und München. Beide haben für den Fall schriftlicher Anhörungen (die Arbeitnehmer waren in den zu entscheidenden Fällen jeweils in Untersuchungshaft genommen worden) Fristen von 3 bzw. 6 Tagen als „knapp“ aber im konkreten Fall noch ausreichend angesehen. Weiter ist auf ein Urteil des LAG Düsseldorf vom 25.06.2009 hinzuweisen, nach dem es zur Unwirksamkeit einer Verdachtskündigung führt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter dem Vorwand, ein „Fachgespräch“ führen zu wollen, zu einer geplanten Verdachtskündigung anhört.

Angesichts der gestiegenen formellen Anforderungen an die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung ist es beim Verdacht schwerer Pflichtverletzungen von Arbeitnehmern zu empfehlen, unverzüglich nach dem Bekanntwerden der Verfehlungen mit fachanwaltlicher Unterstützung die Anhörung des Arbeitnehmers vorzubereiten. Schnelles Handeln ist insbesondere deshalb geboten, weil auch für eine außerordentliche fristlose Verdachtskündigung die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB gilt, d. h. die Kündigung innerhalb von zwei Wochen erklärt werden muss, nachdem der Arbeitgeber vom Pflichtverstoß Kenntnis erhalten hat. Der Lauf der Frist ist

allerdings während der Einräumung einer Stellungnahmefrist im Anhörungsverfahren gehemmt.

#### 4. Sonderkündigungsschutz – viele weitgehend unbekannte gesetzliche Bestimmungen

Vor Ausspruch einer Kündigung ist immer zu prüfen, ob der betreffende Arbeitnehmer Sonderkündigungsschutz genießt. Hierunter versteht man gesetzliche oder tarifliche Regelungen, nach denen eine Kündigung nur mit behördlicher Zustimmung oder nur aus wichtigem Grund zulässig ist.

Während z. B. der Sonderkündigungsschutz Schwerbehinderter den meisten Arbeitgebern bekannt ist, wird in „exotischeren“ Fällen wie z. B. dem des Immissionsschutz- und Störfallbeauftragten häufig der Sonderkündigungsschutz nicht beachtet, was zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.

Es ist nicht leicht, den Überblick über die – in vielen verschiedenen Gesetzen verstreut geregelten – Sonderkündigungsschutzbestimmungen zu behalten. Wir gehen daher nachfolgend auf die wichtigsten Regelungen ein.

Eine vorherige behördliche Erlaubnis zum Ausspruch einer Kündigung ist in folgenden Fällen erforderlich:

- Mutterschutz (§ 9 MuSchG)
- Elternzeit (§ 18 BEEG)
- Pflegezeit (§ 5 PflegeZG)
- Schwerbehinderung (§§ 85 ff. SGB IX)

In folgenden Fällen ist eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen, d. h. das Arbeitsverhältnis kann nur außerordentlich aus wichtigem Grund gekündigt werden:

- Arbeitnehmervertreter, insbesondere Mitglieder des Betriebs- oder Personalrats, und Wahlbewerber für die Betriebs- bzw. Personalvertretungen (§ 15 KSchG)
- Auszubildende nach der Probezeit (§ 22 BBiG)
- Datenschutzbeauftragter (§ 4f BDSG)
- Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen (§ 96 SGB IX)
- Immissionsschutz- und Störfallbeauftragter (§§ 58, 58d BImSchG)
- Wehr- und Zivildienstleistende (§ 2 ArbZSchG)
- Arbeitnehmer, die tariflichen Alterskündigungsschutz genießen („tariflich Unkündbare“)

Die Anforderungen, die zu erfüllen sind, um die behördliche Zustimmung zur Kündigung zu erhalten bzw. eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtssicher zu gestalten, unterscheiden sich zwischen den einzelnen Sonderkündigungsschutzbestimmungen erheblich. Bei der Kündigung Auszubildender ist beispielsweise zu beachten, dass die Kündigung gemäß § 22 Abs. 3 BBiG nur dann wirksam ist, wenn im Kündigungsschreiben die Kündigungsgründe angegeben werden. Für die Einholung der amtlichen Zustimmung in den Fällen von Mutterschutz, Elternzeit, Pflegezeit und Schwerbehinderung sind unterschiedliche Behörden zuständig, wobei die Zuständigkeitsregeln je nach Bundesland stark differieren. Eine fachanwaltliche Beratung ist daher in jedem Einzelfall zu empfehlen, in dem ein Sonderkündigungsschutz eingreift.

## Gesetzliche Änderungen

### Gesetzentwurf über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Finanzinstituten und Versicherungsunternehmen

Das Bundeskabinett hat in seiner Sitzung vom 09.02.2010 den Entwurf eines Gesetzes über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Finanzinstituten und Versicherungsunternehmen beschlossen. Das Gesetz enthält Änderungen des Kreditwesengesetzes und des Versicherungsaufsichtsgesetzes und soll spätestens im Oktober 2010 in Kraft treten.

Um Fehlentwicklungen zukünftig entgegenzuwirken, hatten sich die G20-Staaten auf Standards für verantwortungsvolle und transparente Vergütungssysteme verständigt. Mit den Standards sollen die Vergütungssysteme stärker auf die nachhaltige Entwicklung der Unternehmen ausgerichtet und eingegangene Risiken angemessen berücksichtigt werden. Sie sehen u. a. vor, dass

- ein erheblicher Teil der variablen Vergütung erst nach mindestens drei Jahren ausgezahlt werden darf, wenn sich bis dahin die Nachhaltigkeit des Unternehmenserfolges bestätigt hat;
- mindestens 50 % der variablen Vergütung in Form von Aktien oder ähnlichen Instrumenten ausbezahlt werden müssen;
- garantierte Bonuszahlungen nur im Ausnahmefall zulässig sind (bei der Einstellung neuer Mitarbeiter für maximal ein Jahr).

Das Gesetz schreibt vor, dass Vergütungssysteme von Banken und Versicherern angemessen, transparent und auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung ausgerichtet sein müssen. Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt, im Wege von Rechtsverordnungen die näheren Einzelheiten zu den Anforderungen zu regeln insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung, Überwachung, Weiterentwicklung und Offenlegung der Vergütungssysteme. Mit dem Gesetzentwurf werden auch die Eingriffsrechte der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gestärkt. Die BaFin wird befugt, im Falle der Unterschreitung oder der drohenden Unterschreitung bestimmter aufsichtsrechtlicher Anforderungen die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile zu untersagen oder auf einen bestimmten Anteil des Jahresergebnisses zu beschränken. Das Gesetz gilt – anders als frühere gesetzgeberische Maßnahmen – nicht nur für Organmitglieder der Unternehmen, sondern auch für Arbeitnehmer.

## Aktuelle Rechtsprechung

### 1. Fall Emmely – Kündigung wegen Bagatelldelikten

In seinem viel beachteten Urteil vom 10.06.2010 hat sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) zu Kündigungen wegen Bagatelldelikten geäußert. Es hatte den Fall einer fristlosen Kündigung einer seit 30 Jahren im Betrieb der Beklagten beschäftigten Kassiererin zu entscheiden, die ihr nicht gehörende Pfandbons im Wert von insgesamt 1,30 € zum eigenen Vorteil eingelöst hatte.

Das BAG entschied, die Kündigung sei unwirksam. Eine Abmahnung als milderer Mittel gegenüber einer Kündigung wäre angemessen und ausreichend gewesen. Zwar sei der Vertragsverstoß schwerwiegend und berühre den Kernbereich der Arbeitsaufgaben einer Kassiererin. Auch habe der Vertragsverstoß trotz des geringen Werts des Pfandbons das Vertrauensverhältnis der Parteien objektiv erheblich belastet. Dieses Vertrauen habe aber nicht vollständig durch den streitgegenständlichen Kündigungssachverhalt zerstört werden können. Es habe sich durch den langen Bestand des Arbeitsverhältnisses ein erhebliches „Vertrauenkapital“ gebildet.

Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen sind nach der ständigen Rechtsprechung des BAG Gründe, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen können. Es ist allerdings unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragspartner zu beurteilen, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt oder nur eine Abmahnung geboten ist. Bei der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls spricht das BAG erstmals vom Begriff des „Vertrauenkapitals“, das in die anzustellende Interessenabwägung einfließen müsse. Insgesamt müsse sich die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses als angemessene Reaktion auf die eingetretene Vertragsstörung erweisen.

Nach diesem Urteil besteht nun für die Praxis im Fall von Kündigungen wegen Bagatelldelikten erhebliche Rechtsunsicherheit. Wann wurde soviel Vertrauenkapital gebildet, dass bei Diebstahl geringwertiger Sachen eine Abmahnung ausreichend und damit eine Kündigung nicht gerechtfertigt ist? Diese Frage wird die Instanzrechtsprechung beschäftigen.

### 2. Beendigung einer betrieblichen Übung

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat die im März 2009 geänderte Rechtsprechung zur sog. „gegenläufigen betrieblichen Übung“ in einer Entscheidung vom 16.02.2010 bestätigt. Nach bisheriger Rechtsprechung konnte eine betriebliche Übung durch eine geänderte betriebliche Übung beendet werden. Bei Gratifikationszahlungen wurde dies dann angenommen, wenn der Arbeitgeber erklärt hatte, dass die Zahlung der Gratifikation, die bisher vorbehaltlos gewährt wurde, eine freiwillige Leistung sei, auf die künftig kein Rechtsanspruch mehr bestehe und die Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren nicht widersprochen haben.

Nach neuer Auffassung des BAG kann eine betriebliche Übung nicht mehr nur durch dreimaliges Schweigen des Arbeitnehmers auf eine Erklärung des Arbeitgebers hin beendet werden. Es sei vielmehr eine Änderungskündigung oder eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer erforderlich. Die bisherige Rechtsprechung konnte nach Inkrafttreten des Schuldrechtsreformgesetzes nicht mehr aufrechterhalten werden, weil dieses bestimmt, dass fingierte Erklärungen in Formularverträgen unwirksam sind. Damit kann Schweigen nicht mehr als Willenserklärung gedeutet werden.

### 3. Politische Betätigung des Betriebsrats

Mit Urteil vom 17.03.2010 hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) über die Äußerungen eines Betriebsrats zum Irak-Krieg zu entscheiden. Der Betriebsrat hatte im Jahr 2003 anlässlich des Irak-Kriegs einen mit

„Nein zum Krieg“ überschriebenes Schriftstück im Betrieb ausgehängt. Im Jahr 2007 hatte er die Mitarbeiter des Betriebs zur Beteiligung an einem parteipolitisch umstrittenen Volksentscheid in Hamburg aufgerufen.

Das Betriebsverfassungsgesetz verbietet Betriebsräten und Arbeitgebern jede parteipolitische Betätigung im Betrieb. Grund dieses Verbots ist die mit einer solchen Betätigung verbundene abstrakte Gefährdung des Betriebsfriedens.

Das BAG hat nun entschieden, dass aus einem Verstoß des Betriebsrats gegen das parteipolitische Neutralitätsgebot kein Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers resultiert. Gegen den Unterlassungsanspruch soll sprechen, dass dieser gesetzlich nicht vorgesehen ist. Bislang sah sich das BAG indes nicht daran gehindert, Unterlassungsansprüche des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber zu bejahen, selbst wenn diese gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt sind, so z. B. einen Unterlassungsanspruch gegen betriebsvereinbarungswidrige Maßnahmen oder § 87 BetrVG. Das BAG hielt fest, der Arbeitgeber könne bei einer Verletzung des Neutralitätsgebotes einen Antrag auf Auflösung des Betriebsrats gemäß § 23 BetrVG stellen, der aber einen groben Verstoß des Betriebsrats gegen seine gesetzlichen Pflichten voraussetzt. Dies bedeutet, dass im Ergebnis nicht jeder Verstoß gegen das Neutralitätsgebot vom Arbeitgeber unterbunden werden kann.

Bei weniger gravierenden Verstößen bleibt dem Arbeitgeber nur die Möglichkeit, die Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens im Wege eines Feststellungsantrags gerichtlich klären zu lassen. Dies schränkt die Abwehrmöglichkeiten des Arbeitgebers stark ein. Im vorliegenden

Fall verneinte das BAG ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Feststellung. Der Irak-Krieg sei lange vorbei. Der Antrag des Arbeitgebers, mit dem festgestellt werden sollte, dass der Betriebsrat nicht berechtigt sei, Mitarbeiter zur Teilnahme an Wahlen oder Abstimmungen aufzufordern, sei unbegründet, weil eine Aufforderung zur Wahlbeteiligung keine parteipolitische Betätigung darstelle.

Die Entscheidung schwächt die Rechte des Arbeitgebers. Bislang war überwiegend anerkannt, dass bei einem Verstoß gegen das Verbot politischer Betätigung ein Unterlassungsanspruch besteht. Die Begründung BAG liegt im Volltext noch nicht vor und wird mit Spannung erwartet.

#### 4. Tarifeinheit

Jahrzehntelang galt der Grundsatz „ein Betrieb, ein Tarifvertrag“. Künftig dürfen in Unternehmen mehrere Tarifverträge nebeneinander gelten. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat das Prinzip der Tarifeinheit gekippt.

Der 4. Senat des BAG hatte eine Divergenzanfrage an den 10. Senat gestellt, weil er eine von der bisherigen Rechtsprechung abweichende Rechtsauffassung hinsichtlich des Grundsatzes der Tarifeinheit vertrat. Dieser hat sich der 10. Senat nun mit Beschluss vom 23.06.2010 angeschlossen. Es gebe keinen übergeordneten Grundsatz, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen können.

Die Kehrtwende des BAG erleichtert es den Spartengewerkschaften in Konkurrenz zu den

DGB-Gewerkschaften zu treten. Die Spaltung der Belegschaft und eine Vervielfachung kollektiver Konflikte werden befürchtet. Auf die Streiks bei der Bahn und im Flugverkehr wird verwiesen. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber auf diese Bedenken reagieren und den Grundsatz der Tarifeinheit gesetzlich regeln wird.

#### 5. Karenzentschädigung bei „überschießendem“ Wettbewerbsverbot

Mit Urteil vom 21.04.2010 hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) über nachfolgenden Fall zu entscheiden: Die Beklagte, ein Unternehmen, das Türen und Fenster ausschließlich an den Fachhandel verkauft, beschäftigte über mehrere Jahre einen Produktmanager. Kläger und Beklagte hatten ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart. Dieses beinhaltete, dass der Kläger während der Dauer von zwei Jahren ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht für Unternehmen in Deutschland tätig werden durfte, die mit der Beklagten in Konkurrenz stehen. Als Konkurrenz galt dabei jedes Unternehmen, das Fenster und Türen herstellt und vertreibt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurde der Kläger als selbstständiger Handelsvertreter für ein Unternehmen tätig, das Fenster und Türen an Endverbraucher verkauft. Er klagte vor Gericht auf Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung und machte geltend, dass das Wettbewerbsverbot nur im Hinblick auf Wettbewerber, die den gleichen Kundenkreis bedienen wie die Beklagte wirksam gewesen sei. An diesen Teil des Wettbewerbsverbots habe er sich gehalten.

Das BAG gab dem Kläger Recht. Da sie nur den Fachhandel bediene, bestehe seitens der Beklagten kein berechtigtes Interesse daran, dem

ehemaligen Mitarbeiter den Verkauf von Fenstern und Türen an Endverbraucher zu untersagen. Folglich sei das vereinbarte Wettbewerbsverbot im Hinblick auf Endverbraucherkunden unwirksam gewesen. Da sich der Kläger aber an den wirksamen Teil des Wettbewerbsverbots gehalten und seinem ehemaligen Arbeitgeber keine Konkurrenz im Fachhandel gemacht habe, bestehe ein Anspruch auf Karenzentschädigung, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sei.

## 6. Auskunftsanspruch eines abgelehnten Stellenbewerbers

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat im Beschluss vom 20.05.2010 dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob ein abgelehnter Stellenbewerber einen Anspruch habe, Auskunft darüber zu erhalten, ob ein anderer Bewerber eingestellt worden und wenn ja, nach welchen Kriterien die Auswahl vorgenommen worden sei.

Hintergrund des Vorlagebeschlusses ist, dass sich die in Russland geborene Klägerin im Jahr 2006 auf die von der Beklagten ausbeschriebene Stelle eines Software-Entwicklers erfolglos beworben hatte. Die Beklagte teilte ihr nicht mit, ob sie einen anderen Bewerber eingestellt hatte und ggf. welche Kriterien für diese Entscheidung maßgeblich waren. Die Klägerin behauptet, sie habe die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllt und sei lediglich wegen ihres Geschlechts, wegen ihres Alters und ihrer Herkunft nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und damit unter Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) diskriminiert worden. Sie verlangte von der Beklagten eine angemessene Entschädigung.

Das BAG sah sich an einer abschließenden Sachentscheidung gehindert, weil eine solche von einer dem EuGH obliegenden Auslegung des Gemeinschaftsrechts abhängt. Einen Anspruch der Klägerin auf Auskunft gegen die Beklagte, ob diese einen anderen Bewerber eingestellt habe und aufgrund welcher Kriterien die Einstellung erfolgt sei, bestehe nach nationalem Recht nicht.

Sollte der EuGH entgegen der bisherigen Auslegung der einschlägigen Richtlinien entscheiden, dass ein Auskunftsanspruch gegeben ist, würde dies die Praxis des Bewerbungsverfahrens deutlich komplexer und im Ergebnis kostenintensiver gestalten. Ohne eine umfassende Dokumentation der Auswahlkriterien und Archivierung der Bewerberunterlagen wäre der Arbeitgeber stets der Gefahr von Schadensersatzansprüchen ausgesetzt.

## Ihre Ansprechpartner bei BRP

### Stuttgart:

Dr. Jörg Fecker  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
joerg.fecker@brp.de

Dr. Thomas Glöckle, LL.M.  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
thomas.gloeckle@brp.de

Dr. Volker Nill  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
volker.nill@brp.de

Dr. Betina Fecker  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
betina.fecker@brp.de

### Frankfurt:

Susanne Boller  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
susanne.boller@brp.de

### Impressum

BRP Renaud & Partner

Königstraße 28  
70173 Stuttgart  
Tel. 0711/16445-0  
Fax 0711/16445-100

Niedenau 13-19  
60325 Frankfurt  
Tel. 069/133734-0  
Fax 069/133734-34

verantwortlicher Redakteur  
Dr. Volker Nill  
Königstraße 28  
70173 Stuttgart

info@brp.de  
www.brp.de

Briem-Druck  
Inhaber: Gerhard Briem  
Hintere Gasse 70  
70794 Filderstadt

Stand: 14. Juli 2010