

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



Newsletter 2/2012

Aktuelle Informationen zum Arbeitsrecht

TSP

I. GESETZLICHE NEUERUNGEN

- Neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem
Transplantationsgesetz S. 2
- Die neue „Blue Card EU“ erleichtert die Zuwanderung
für Hochqualifizierte aus Drittstaaten S. 2

II. AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN

- BAG zur Verwertung verdeckter Videoaufnahmen S. 3
- Aktuelle Entscheidungen zu in Facebook eingestellten
Beleidigungen des Arbeitgebers S. 4
- BAG zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festlegung
der Nutzungsbedingungen für Parkflächen S. 6
- BAG zum Widerruf der privaten Dienstwagennutzung S. 7
- LAG Berlin-Brandenburg zum „Arbeitszeitbetrug“ langjährig
Beschäftigter sowie zu den Voraussetzungen einer Einladung
zur Anhörung bei Verdachtskündigung S. 10
- BAG zu Schadenersatzansprüchen bei Streikaufruf von Gewerk-
schaften gegenüber OT-Mitgliedern im Arbeitgeberverband S. 12

I. Gesetzliche Neuerungen

Neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem Transplantationsgesetz

Der Bundestag hat die Neufassung des Transplantationsgesetzes mit Regelungen für die Organspende durch Lebende verabschiedet. Am 15.06.2012 hat der Bundesrat dem Gesetzentwurf zugestimmt. Das Gesetz tritt kurzfristig nach Verkündung in Kraft. Arbeitsrechtlich bedeutsam ist der neue § 3a EFZG. Er sieht einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Entgeltfortzahlung bis zu einer Dauer von sechs Wochen vor, wenn ein Arbeitnehmer in Folge der Spende von Organen oder Gewebe arbeitsunfähig wird. Das BAG hatte einen solchen Anspruch bislang verneint (BAG vom 6.8.1986 - 5 AZR 607/85). Der Arbeitgeber kann die Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge beantragen.

Ralf Fuhrmann

Die neue „Blue Card EU“ erleichtert die Zuwanderung für Hochqualifizierte aus Drittstaaten

Am 01.08.2012 treten die gesetzlichen Regelungen zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie der EU in Kraft, mit denen der neue Aufenthaltstitel „Blaue Karte EU“ für Hochschulabsolventen in einem Arbeitsverhältnis mit einem Bruttojahresgehalt von mind. 44.000 EUR (in Mangelberufen wie IT, Ingenieure, Ärzte 39.944 EUR) eingeführt wird. Die Beschäftigung von Spezialisten aus Drittstaaten wird deutlich erleichtert. Zudem erhalten diese bereits nach nur drei Jahren (bei guten Deutschkenntnissen sogar nach 2 Jahren) eine unbefristete Niederlassungserlaubnis, wenn sie in einem Arbeitsverhältnis stehen.

Dr. Christina Mitsch

II. Aktuelle Entscheidungen

Die Entscheidung des BAG vom 21.06.2012 – 2 AZR 153/11

Die prozessuale Verwertung verdeckter Videoaufnahmen, die den Beweis für einen getätigten Diebstahl einer Mitarbeiterin beinhalten, ist nicht ohne weiteres möglich.

Sachverhalt

Im Dezember 2008 installierte die Beklagte, ein bundesweit tätiges Einzelhandelsunternehmen, mit Zustimmung des Betriebsrates für drei Wochen verdeckte Videokameras in ihren Verkaufsräumen. Anlass hierfür waren festgestellte Inventurdifferenzen, die den Verdacht von Mitarbeiterdiebstählen indizierten. Tatsächlich war sodann auf dem Filmmaterial auch zu erkennen, dass die Klägerin, die bei der Beklagten als Verkäuferin bereits seit achtzehn Jahren angestellt war, bei zwei Gelegenheiten jeweils eine Zigarettenpackung entwendet hat. Ungeachtet dessen bestritt die Klägerin die Entnahme von Zigarettenpackungen. Sie wurde außerordentlich, hilfsweise ordentlich gekündigt und erhob Kündigungsschutzklage.

Entscheidung

Das LAG Köln erkannte in der Berufungsinstanz in dem vorsätzlichen pflichtwidrigen Verhalten der Klägerin einen außerordentlichen Kündigungsgrund an sich, hielt die außerordentliche Kündigung bei Beachtung aller Umstände des vorliegen-

den Falles und nach Abwägung der widerstreitenden Interessen jedoch gleichwohl nicht für gerechtfertigt. Das LAG stellte hierbei vornehmlich auf die langjährige beanstandungsfreie Betriebszugehörigkeit sowie auf den geringen entstandenen Schaden für die Beklagte ab. Die hilfsweise ordentliche Kündigung hingegen hat das LAG bestätigt, obwohl die Mitarbeiterin zuvor nicht abgemahnt worden war. Von einem Beweisverwertungsverbot wegen unzulässiger verdeckter Videoüberwachung ist das LAG Köln nicht ausgegangen.

In der Revision vor dem BAG wurde der Streitgegenstand auf die ordentliche Kündigung beschränkt. Das BAG fand die Würdigung des LAG nicht zu beanstanden, die ordentliche Kündigung sei nach dem zugrunde gelegten Sachverhalt sozial gerechtfertigt. Der Senat hat die Sache dennoch zur weiteren Aufklärung an das LAG zurückverwiesen. Es steht noch nicht fest, ob die Voraussetzungen für eine prozessuale Verwertung der verdeckten Videoaufzeichnungen gegeben sind. Führt eine verdeckte Videoüberwachung zur Überführung einer Mitarbeiterin, kann das auf diese Weise gewonnene Beweismaterial nicht ohne weiteres verwertet werden. Die Videoaufzeichnungen können nur dann als Beweis herangezogen werden, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers bestand, es keine Möglichkeit zur Aufklärung durch weniger einschneidende Maßnahmen gab und die Videoüberwachung insgesamt nicht unverhältnismäßig war. Unter diesen strengen Voraussetzungen – so das BAG – steht auch § 6b Abs. 2 BDSG, der bestimmt, dass bei Videoaufzeichnungen in öffentlich zugänglichen Räumen

der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle erkennbar zu machen sind, verdeckten Videoüberwachungen an öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen nicht entgegen.

Praxishinweis

Erfreulicherweise halten sowohl das LAG als auch das BAG für den Fall des Diebstahls von zwei Zigarettenpackungen trotz langjähriger Betriebszugehörigkeit und geringem Wert zumindest eine ordentliche Kündigung übereinstimmend für gerechtfertigt. Einer vorherigen Abmahnung bedarf es mithin nicht. Die außerordentliche Kündigung hingegen wurde vom LAG für unwirksam gehalten. Das BAG hatte über diese nicht zu entscheiden. Im Rahmen der Interessenabwägung kam der langjährigen Betriebszugehörigkeit ein hoher Stellenwert zu. Die Interessenabwägung könnte ein Arbeitgeber unseres Erachtens durch die Einführung eines generalpräventiven Systems zur Aufdeckung von Straftaten (z.B. Torkontrollen) zu seinen Gunsten beeinflussen. Offen geblieben ist bislang, ob verdeckte Videoaufnahmen im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens als Beweis zur Überführung herangezogen werden können. Möglicherweise ist der geforderte Verdacht einer strafbaren Handlung im vorliegenden Fall nicht konkret genug.

Carolin Oertel

Die Entscheidungen des ArbG Bochum vom 29.3.2012 - 3 Ca 1283/11, des ArbG Dessau-Roßlau vom 21.3.2012 - 1 Ca 148/11 und des BayVGH vom 29.2.2012 - 12 C 12/264

In Facebook eingestellte Beleidigungen des Arbeitgebers können einen außerordentlichen Kündigungsgrund an sich darstellen. Letztlich entscheidend für die Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung ist aber die Interessenabwägung.

Zum Sachverhalt

In den Fällen des ArbG Bochum und des ArbG Dessau-Roßlau fanden sich jeweils beleidigende Äußerungen über den jeweiligen Arbeitgeber auf den privaten Facebook-Profilen der jeweiligen Arbeitnehmer. Im Fall des BayVGH hatte eine Arbeitnehmerin sich auf ihrem privaten Facebook-Profil negativ über einen Kunden ihres Arbeitgebers geäußert, bei dem sie eingesetzt war. In allen drei Fällen wurde in der Folge ohne vorherige Abmahnung eine fristlose Kündigung ausgesprochen.

Betroffen war im Fall des ArbG Bochum ein Auszubildender. Im Fall des ArbG Dessau-Roßlau handelte es sich um eine Arbeitnehmerin, die seit 25 Jahren bei ihrem Arbeitgeber beschäftigt war und die eigentlichen Beleidigungen befanden sich auf dem Facebook-Profil ihres Ehemanns. Die Verlinkung auf ihre Seite durch das Klicken eines "Ge-

fällt-Mir"-Buttons konnte ihr nicht einwandfrei nachgewiesen werden. Außerdem war die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt bereits vereinbart. Im Fall des BayVGH ging es schließlich um eine schwangere Mitarbeiterin. Ihre negative Äußerung betraf eine private Rechtsbeziehung, die sie zu dem Kunden (einem Telefondiensteanbieter) des Arbeitgebers hatte.

Die Entscheidungen

Die Entscheidungen des ArbG Bochum und des ArbG Dessau-Roßlau betrafen Kündigungsschutzklagen. In beiden Fällen wurde der Klage stattgegeben. Sowohl das ArbG Bochum als auch das ArbG Dessau-Roßlau entschieden, dass zunächst hätte abgemahnt werden müssen. Dabei stellte das ArbG Bochum darauf ab, dass es sich um einen Auszubildenden handele, dessen geistige, charakterliche und körperliche Entwicklung der Ausbilder zu fördern habe. Wegen dieser Förderungspflicht dürfe der Auszubildende nicht jedes Fehlverhalten als außerordentlichen Kündigungsgrund nehmen. Die Abmahnung wäre als milderer Mittel zumutbar gewesen. Im Fall des ArbG Dessau-Roßlau wurde vornehmlich auf den bereits bestehenden Aufhebungsvertrag abgestellt. Auch hatte die Klägerin in diesem Fall die sofortige Löschung der fraglichen Inhalte veranlasst und eine künftige Unterlassung ausdrücklich versichert, so dass das Gericht keine Gefahr für weitere Pflichtverletzungen sah. Das ArbG Dessau-Roßlau wies aber daraufhin, dass die Klägerin nicht darauf vertrauen durfte, dass ein über Facebook verbreitetes Statement "vertraulich" sei. Dies gelte, gleich ob ein "Posting" im "öffentlichen" oder "privaten" Bereich erfolge.

Der vom BayVGH entschiedene Fall betraf die Gewährung von Prozesskostenhilfe für eine Klage gegen das Gewerbeaufsichtsamt, das die außerordentliche Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses nach § 9 MuSchG für zulässig erklärt hatte. Das VG Ansbach hatte den Prozesskostenhilfeantrag in erster Instanz abgelehnt. Der VGH München und auch der BayVGH sahen jedoch hinreichende Erfolgsaussichten. Dabei stellt der BayVGH insbesondere darauf ab, dass bei der Kündigung einer schwangeren Frau besonders strenge Maßstäbe anzuwenden seien und dass es sich im speziellen Fall um eine Äußerung hinsichtlich der Abwicklung eines privaten Vertragsverhältnisses der Klägerin gehandelt habe. Außerdem hält der BayVGH es für entscheidend, ob die negative Äußerung im "privaten" oder "öffentlichen" Bereich erfolgte. Der Klägerin wurde daher Prozesskostenhilfe gewährt.

Praxishinweis

Beleidigungen zum Nachteil des Arbeitgebers können einen außerordentlichen Kündigungsgrund an sich bilden. Für Beleidigungen "per Facebook" gilt zunächst nichts anderes. In den Mittelpunkt gerückt ist jedoch die ebenfalls vorzunehmende Interessenabwägung. Die Sachverhalte der beschriebenen Entscheidungen weisen stets Besonderheiten auf, die in die Interessenabwägung mit eingeflossen sind. Einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung liegt zu dieser speziellen Thematik, soweit ersichtlich, noch nicht vor. Daher sind bestimmte Fragen auch noch ungeklärt, z.B. ob ein "Posting" im "öffentlichen" oder "privaten" Bereich unterschiedlich zu behandeln ist.

Die Praxis hat sich darauf einzustellen, dass negative facebook-„Postings“ keine kündigungsrechtliche Selbstläufer sind.

Jasmin Bornmann

Die Entscheidung des BAG vom 07.02.2012 - 1 ABR 63/10

Der Betriebsrat hat bei der Festlegung der Nutzungsbedingungen für Parkflächen, die der Arbeitgeber allen Arbeitnehmern für das Abstellen der Privat-PKW zur Verfügung stellt, mitzubestimmen.

Sachverhalt

Der Arbeitgeber betreibt einen Flughafen mit ca. 1.840 Mitarbeitern. Sie erhalten kostenfreie Parkplätze für ihre Privat-KfZ. Nahe zum Arbeitsort gelegene Parkplätze im "Sicherheitsbereich" hat der Arbeitgeber ohne Beteiligung des Betriebsrats der Geschäftsführung, leitenden und schwerbehinderten Mitarbeitern zugeteilt. Der Betriebsrat reklamiert ein Mitbestimmungsrecht und die Feststellung der Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Festlegung für die Verteilung der Parkplätze.

Entscheidung

Das BAG erkennt ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Fragen der Ordnung des Betriebs) an. Betroffen sei nicht das mitbestimmungsfreie "Arbeitsverhalten", sondern das "Ordnungsverhalten" der Mitarbeiter. Nach den Feststellungen des BAG erbringen die Arbeitnehmer bis zum Abstellen ihrer Privat-PKW keine Arbeitsleistung. Allein der Umstand, dass der Arbeitgeber nicht zur Überlassung von Parkraum verpflichtet ist und die Parkplätze über die vertraglich geschuldete Vergütung hinaus unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden, entbindet den Arbeitgeber nicht von der Notwendigkeit der Beteiligung des Betriebsrats. Da der Arbeitgeber die Parkplätze allen beschäftigten Mitarbeitern anbietet, hat der Betriebsrat laut BAG auch hinsichtlich der Nutzung der im Sicherheitsbereich gelegenen Parkmöglichkeiten mitzubestimmen.

Praxishinweis

Fragen der unentgeltlichen Zurverfügungstellung von Parkplätzen sind interessanterweise immer wieder Gegenstand von arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen. Grundsätzlich gibt es dabei für den Arbeitgeber einen gewissen Spielraum, eine abstrakte Festlegung des nutzungsberechtigten Personenkreises auch ohne Beteiligung des Betriebsrats vorzunehmen. So hat etwa das LAG Düsseldorf bereits vor geraumer Zeit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Zuteilung von Parkplätzen an leitende Angestellte verneint (LAG Düsseldorf vom 20.06.1978 - 5 TaBV 90/77). Im vorliegenden Fall hatte es der Arbeitgeber versäumt, von den Möglichkeiten einer solchen mitbestimmungsfreien Bestimmung des nutzungsbe-

berechtigten Personenkreises Gebrauch zu machen. Durch die generelle Zurverfügungstellung der Parkplätze an alle Mitarbeiter war der Bereich der Mitbestimmung des Betriebsrats eröffnet. Ohne Beteiligung des Betriebsrats konnte nach Ansicht des BAG in diesem Rahmen keine Zuteilung bestimmter Parkplätze an bestimmte Mitarbeitergruppen mehr erfolgen. Arbeitgeber, die - unter Beachtung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes - betriebliche Einrichtungen nur bestimmten Mitarbeitergruppen zur Verfügung stellen wollen und dies ggf. ohne Mitbestimmung des Betriebsrats tun wollen, sind gut beraten, sich über die Voraussetzungen einer solchen mitbestimmungsfreien Entscheidung, die grundsätzlich möglich ist, im Vorfeld zu informieren.

Ralf Fuhrmann

Die Entscheidung des BAG vom 21.03.2012 – 5 AZR 651/10

Selbst die Vereinbarung einer wirksamen arbeitsvertraglichen Klausel zum Widerruf der privaten Dienstwagenutzung vermag nicht jegliches Rückgabeverlangen des Arbeitgebers zu rechtfertigen. Vielmehr muss der Arbeitgeber prüfen, ob sein Herausgabeverlangen zum aktuellen Zeitpunkt unter Abwägung seiner der Rückforderung zugrunde liegenden Interessen gegenüber dem In-

teresse des Arbeitnehmers an der privaten Weiternutzung billigem Ermessen entspricht.

Sachverhalt

Der beklagte Arbeitgeber hatte der klagenden Arbeitnehmerin einen auch zur Privatnutzung überlassenen Dienstwagen zur Verfügung gestellt, dessen geldwerter Vorteil hieraus bei der monatlichen Entgeltabrechnung berücksichtigt wurde. Als die Klägerin ihr Arbeitsverhältnis kündigte, stellte sie der Arbeitgeber während eines laufenden Kalendermonats von der Arbeit frei und erklärte den Widerruf der Überlassung des Dienstwagens auf Grund folgender Klausel im Dienstwagenüberlassungsvertrag: *"Der Arbeitgeber behält sich vor, die Überlassung des Dienstwagens zu widerrufen, wenn und solange der PKW für dienstliche Zwecke seitens des Arbeitnehmers nicht benötigt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt wird. Im Falle der Ausübung des Widerrufs durch den Arbeitgeber ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, eine Nutzungsentschädigung oder Schadensersatz zu verlangen."*

Aufgrund des Rückgabeverlangens des Arbeitgebers gab die Arbeitnehmerin, die über kein eigenes Privatfahrzeug verfügte, den Wagen heraus. Da die Herausgabe während eines laufenden Kalendermonats erfolgte, wurde der geldwerte Vorteil zu

ihren Lasten auch noch im angebrochenen Herausgabemonat voll versteuert, obwohl sie den Wagen an 22 Tagen des Monats nicht mehr nutzen konnte. Die Arbeitnehmerin machte im Klagewege eine Nutzungsausfallentschädigung bis zum rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses geltend.

Entscheidung

Das BAG gab der Zahlungsklage statt. Die vertragliche Widerrufsklausel konnte die Entstehung eines Anspruchs auf Nutzungsausfallentschädigung nicht verhindern. Beachtenswert ist dabei, dass das BAG die Klausel an sich für wirksam und sachgerecht erachtete und nur deren Ausübung im konkreten Einzelfall monierte.

Die Widerrufsklausel war transparent und damit formell wirksam (§ 308 Nr. 4 BGB), da in ihr die Richtung (z.B. wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers) angegeben wurde, aufgrund derer der Widerruf möglich sein soll. Auch die materielle Wirksamkeit wurde bejaht. Die Arbeitnehmerin musste aufgrund der - wirksamen - Freistellung bis zum Kündigungstermin keine Arbeitsleistung und damit auch keine Dienstfahrten mehr erbringen, so dass die Verknüpfung von dienstlicher und privater Nutzung in der Widerrufsklausel sachgerecht war. Der Festlegung einer Ankündigungs- bzw. Auslaufrist bereits im Klauseltext bedurfte es nach dem BAG nicht, da eine solche erst bei der Ausübung des Widerrufs zu be-

achten sei. Schlussendlich musste der Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens auch nicht mittels Änderungskündigung durchgesetzt werden, da das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis nicht grundlegend (25% und mehr des regelmäßigen Verdienstes) berührt wurde und damit eine Widerrufsklausel genügen konnte.

Allerdings entsprach die Ausübung des Widerrufs nach Auffassung des BAG nicht den Grundsätzen billigen Ermessens. Der Arbeitgeber stützte sein Herausgabeverlangen schlicht darauf, dass er einen Dienstwagen „generell nur seinen Außendienstmitarbeitern vorrangig zum Besuch bei Kundenunternehmen zur Verfügung stelle“. Diesem sehr allgemeinen Interesse setzte das BAG als erheblich gewertete Interessen der Arbeitnehmerin entgegen: Der Firmenwagen war deren einziger Pkw. Zudem war sie verpflichtet, die gesamte Steuerlast des angebrochenen Widerrufsmonats zu tragen, obwohl sie den Pkw an 22 Tagen nicht mehr nutzen konnte. Damit führte der Entzug des Pkw nicht nur zu einem Nutzungsausfall, sondern darüber hinaus zu einer spürbaren Minderung des Nettoeinkommens. Das abstrakte Interesse des Arbeitgebers am sofortigen Entzug des Pkw musste nach dem BAG hinter dem konkreten Interesse der Arbeitnehmerin, den von ihr versteuerten Vorteil auch real nutzen zu können, zurücktreten.

Praxishinweis

Positiv für die betriebliche Praxis ist, dass das BAG mit dem Urteil Arbeitgebern handfeste Hinweise zur Formulierung einer wirksamen Widerrufsklausel zur Privatnutzung eines Firmen-PKW erteilt. Die im Sachverhalt vorgestellte Klausel ist grundsätzlich wirksam. Allerdings dürfte sie in ihrer Knappheit insbesondere der recht pauschal gehaltenen Darstellung der Widerrufsgründe das absolute Mindestmaß dessen darstellen, was geregelt werden sollte. In Anbetracht der sich ständig im Fluss befindlichen Rechtsprechung sei dringend angeraten, mögliche Widerrufsgründe umfassender und präziser darzustellen.

Selbst rechtswirksame Klauseln sind jedoch kein Allheilmittel für jeden Einzelfall. Vermag der Arbeitgeber keinen konkreten Bedarf an der dienstlichen Nutzung des Firmenwagens vorzubringen und kann der Arbeitnehmer Gründe benennen, die - wie hier - sein Interesse am Besitz des Pkw längstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist begründen, riskiert der Arbeitgeber bei Durchsetzung des Widerrufs Zahlungsansprüche in Form von Nutzungsausfallentschädigungen.

Will der Arbeitgeber seine Rechtsposition verbessern, sollte er den Widerruf so platzieren, dass der Arbeitnehmer den entzogenen geldwerten Vorteilen nicht noch versteuern muss (also zum Monatsende), so dass ein Interessenabwägungskriterium zu Gunsten des Arbeitnehmers wegfällt. Zudem

sollte der Arbeitgeber bei der Ausübung des Widerrufs eine Ankündigungs-/Auslauffrist einhalten, auch wenn deren Fehlen im Vertrag entgegen der Auffassung des vorinstanzlichen LAG nicht die Unwirksamkeit der Widerrufsklausel begründet. Das BAG hat sich mangels Entscheidungserheblichkeit im konkreten Fall zu deren Länge nicht geäußert. Eine erste Richtung mag jedoch der vorinstanzlichen Entscheidung des LAG entnommen werden, das eine Ankündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende für angemessen erachtete.

Dr. Christina Mitsch

Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 30.03.2012 – 10 Sa 2272/11

Der „Arbeitszeitbetrug“ einer langjährig Beschäftigten rechtfertigt nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg auf Anheb weder den Ausspruch einer außerordentlichen noch einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung. Vielmehr bedürfe es zunächst des Ausspruchs einer Abmahnung. Ferner müsse der Mitarbeiter vor Ausspruch einer Verdachtskündigung angehört werden. Hierfür müsse ihm im Vorfeld eine Einladung zur Anhörung zugehen, die den Gegenstand des Gesprächs beinhaltet und den Mitarbeiter in die Lage versetzt, eine Vertrauensperson hinzuzuziehen.

Sachverhalt

Die Klägerin ist schwerbehindert mit einem GdB von 80. Zum Zeitpunkt der Kündigung war sie 46 Jahre alt und bereits seit 19 Jahren bei der Beklagten, einer Wohnungsgenossenschaft, als Sachbearbeiterin angestellt. Wie andere Mitarbeiter auch, erfasste die Klägerin ihre Arbeitszeiten mit Hilfe von Excel-Tabellen, in die sie selbständig ihre geleisteten Arbeitszeiten eintrug. Die Tabellen waren nicht gesondert geschützt. Somit hatten grundsätzlich auch andere Mitarbeiter die Möglichkeit, Eintragungen der Klägerin zu verändern.

Im Juni 2011 stellte die Beklagte fest, dass mehrere Zeiteintragungen der Klägerin nicht mit ihrer tatsächlichen Anwesenheit am Arbeitsplatz übereinstimmten. Ohne ihr zuvor den Inhalt des Gesprächs mitzuteilen, wurde die Klägerin am 14. Juni

2011 zu diesem Sachverhalt angehört. Dabei wurden ihr die einzelnen Tage und Zeiten vorgehalten.

In der Folge wurde der Klägerin fristlos, hilfsweise ordentlich gekündigt. Hiergegen reichte sie Kündigungsschutzklage ein. Insgesamt hatte die Beklagte für einen Zeitraum von ca. zwei Wochen Anhaltspunkte für Falscheintragungen der Klägerin. Nach Ansicht des ArbG Berlin konnte jedoch nur für zwei Tagen ausgeschlossen werden, dass die Klägerin an anderen Orten als an ihrem Schreibtisch ihrer Tätigkeit nachgegangen war.

Entscheidung

Sowohl das ArbG Berlin als auch das LAG Berlin-Brandenburg gaben der Kündigungsschutzklage statt. Zur Frage der außerordentlichen Kündigung merkte das LAG an, dass die vorsätzliche falsche Arbeitszeitdokumentation an sich einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen kann. Dennoch sei stets im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu prüfen, ob nicht ein milderer Mittel – eine Abmahnung – in Betracht komme. Dabei ist es nach Ansicht des LAG gleich, ob die Klägerin nur an zwei oder an mehreren Tagen die Arbeitszeit unrichtig erfasst hatte. Aufgrund der für die Klägerin sprechenden Besonderheiten hätte auf jeden Fall eine Abmahnung anstelle der ausgesprochenen Kündigung erfolgen müssen. Das LAG stellte hier insbesondere auf die 19jährige Beschäftigungszeit der Klägerin ab. Das von der Klägerin in dieser Zeit "erworbene Maß an Vertrauen in die Korrektheit ihrer Aufgabenerfüllung und in die Achtung der Vermögensinteressen der Beklagten" sei „höher zu bewerten als der

Wunsch der Beklagten, nur eine solche Arbeitnehmerin weiterzubeschäftigen, die in jeder Hinsicht und ausnahmslos ohne Fehl und Tadel ist.“ Die vom LAG bestätigte Vorinstanz hatte außerdem noch die Schwerbehinderung sowie das Lebensalter der Klägerin mit in die Abwägung einbezogen. Auch das – jedenfalls theoretisch – manipulierbare Zeiterfassungssystem der Beklagten war zu Gunsten der Klägerin berücksichtigt worden.

Auch für eine Verdachtskündigung fehlen nach Ansicht des LAG die Voraussetzungen. Hier weist das LAG auf die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers hin. Im Zuge der Aufklärung des bestehenden Verdachts müsse der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin anhören und dieser dabei die Gelegenheit geben, den Sachverhalt aufzuklären und den Verdacht ggf. zu entkräften. Hierfür sei es notwendig, dass die Arbeitnehmerin sich auf die Anhörung vorbereiten könne. Dies gelte jedenfalls, wenn es sich um eine größere Anzahl von Vorwürfen handle. Vorliegend wurden der Klägerin über einen Zeitraum von ca. zwei Wochen täglich Arbeitszeitfehleintragungen vorgeworfen. Hier geht das LAG davon aus, dass die Klägerin die Möglichkeit hätte haben müssen, sich inhaltlich vorzubereiten und die einzelnen Tage ggf. zu recherchieren. Auch mit der Art der Anhörung war das LAG nicht einverstanden: Da die Arbeitnehmerin überhaupt nicht wusste, worüber das Gespräch gehen sollte, konnte sie sich auch mental nicht darauf vorbereiten. Hinzukommend sah sie sich in dem Gespräch mit vier Vorgesetzten konfrontiert, während sie selbst nicht die Gelegenheit bekam, eine Vertrauensperson wie etwa ein Betriebsratsmitglied oder rechtsanwaltlichen Beistand hinzuzuziehen. Die notwendige Anhörung sei daher unzureichend gewesen.

Praxishinweis

Selbst bei einem Arbeitszeitbetrug muss vor Ausspruch einer außerordentlichen oder einer ordentlichen Kündigung ggf. abgemahnt werden. In Konsequenz zum „Emmely“ Urteil des BAG lautet der Grundsatz: Bei langjähriger Beschäftigung dürfen „kleinere“ Verfehlungen nicht sofort zur Kündigung führen – eine vorherige Abmahnung ist notwendig.

Bereits die Einladung eines Arbeitnehmers zu einer Anhörung vor einer Verdachtskündigung will mit Bedacht formuliert werden. Um sich zu dem vorgeworfenen Kündigungssachverhalt konstruktiv äußern zu können, muss dem Arbeitnehmer der beabsichtigte Inhalt des Gesprächs im Vorfeld bekannt gegeben werden. Ferner muss ihm ausreichend Gelegenheit gegeben werden, sich Rechtsrat einzuholen oder eine Vertrauensperson hinzuzuziehen.

Jasmin Bornmann

Die Entscheidung des BAG vom 19.06.2012 - 1 AZR 775/10

Ein Streikaufruf der Gewerkschaft bei einem Arbeitgeber, der lediglich sog. OT-Mitglied im Arbeitgeberverband ist, kann Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers gegen die Gewerkschaft auslösen.

Sachverhalt

Der Arbeitgeber ist während laufender Tarifverhandlungen innerhalb des Arbeitgeberverbandes von einer Mitgliedschaft mit Tarifbindung in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (sog. OT-Mitgliedschaft) gewechselt. Hierüber wurde die Gewerkschaft ver.di informiert. Dennoch hat ver.di kurze Zeit später die Beschäftigten des Arbeitgebers zu einem Warnstreik aufgerufen, um eine Lohnerhöhung im Flächentarifvertrag durchzusetzen. Die Mitarbeiter sind dem Streikaufruf gefolgt. Der Arbeitgeber hielt die Streikmaßnahme für unzulässig und hat wegen streikbedingter Schäden von ver.di Schadensersatz i.H.v. ca. €35.000 verlangt.

Entscheidung

Anders als die Vorinstanzen hat das BAG dem Arbeitgeber Recht gegeben. Der Arbeitgeber – so das BAG – habe dem Arbeitgeberverband zum Zeitpunkt des Warnstreiks nicht mehr als tarifgebundenes Mitglied angehört. Der Wechsel in die OT-Mitgliedschaft sei für ver.di infolge der entsprechenden Unterrichtung hinreichend transparent und somit tarifrechtlich wirksam gewesen. Daher schulde ver.di dem Arbeitgeber Schadensersatz.

Lediglich im Hinblick auf die konkrete Schadenshöhe wurde der Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen. Die Schadenshöhe hatte das in zweiter Instanz zuständige LAG Berlin-Brandenburg zuvor nicht näher beleuchten müssen, da es die Klage des Arbeitgebers bereits aus anderen Gründen abgewiesen hatte. Ver.di hätte zumindest nicht schuldhaft gehandelt. Dieser Auffassung hat das BAG eine Absage erteilt.

Praxishinweis

Die Entscheidung des BAG ist zu begrüßen. Entscheidend für den Erfolg der Klage des Arbeitgebers war allerdings, dass ver.di über den Wechsel in die OT-Mitgliedschaft rechtzeitig informiert worden ist. Erst nach einem solchen Hinweis können die Gewerkschaften reagieren und ihre Arbeitskampfmaßnahmen korrekt organisieren. Tun sie dies nicht, riskieren sie, sich schadenersatzpflichtig zu machen.

Eine Unterrichtung der Gewerkschaft über einen Wechsel des Arbeitgebers von einer Mitgliedschaft mit Tarifbindung in eine OT-Mitgliedschaft ist im Übrigen – jedenfalls bei einem Wechsel nach dem Beginn von Tarifverhandlungen – auch zwingend notwendig, wenn der Arbeitgeber sicher stellen möchte, am künftigen Tarifgeschehen nicht mehr teilzunehmen. Dies hat das BAG bereits mehrfach entschieden (etwa im Urteil vom 26.08.2009 – 4 AZR 285/08).

Dr. Andreas Chmel

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Ihre Ansprechpartner im Arbeitsrecht

STUTTGART

Ralf Fuhrmann	ralf.fuhrmann@tsp-law.com
Dr. Andreas Chmel	andreas.chmel@tsp-law.com
Carolin Oertel	carolin.oertel@tsp-law.com
Jasmin Bornmann	jasmin.bornmann@tsp-law.com

BERLIN

Dr. Christina Mitsch	christina.mitsch@tsp-law.com
----------------------	------------------------------

STUTTGART

Urbanstraße 7
D - 70182 Stuttgart
T +49 (0) 711. 16 67 - 0
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290
stuttgart@tsp-law.com

BERLIN

Kurfürstendamm 31
D - 10719 Berlin
T +49 (0) 30. 8 87 17 - 00
Fx +49 (0) 30. 8 85 00 - 75
berlin@tsp-law.com

DRESDEN

Käthe-Kollwitz-Ufer 83
D - 01309 Dresden
T +49 (0) 351. 4 99 14 - 14
Fx +49 (0) 351. 4 99 14 - 99
dresden@tsp-law.com

FRANKFURT

Eschersheimer Landstr. 10
D - 60322 Frankfurt a. M.
T +49 (0)69. 95 91 35 - 0
Fx +49 (0)69. 95 91 35 - 30
frankfurt@tsp-law.com

BRÜSSEL

Allée du Cloître, 7
B - 1000 Brüssel
T +32 (0)2. 6 47 79 80
M +32 (0) 4. 84 78 84 06
Fx +32 (0) 2. 6 49 37 79

SINGAPUR

65 Chulia Street
#48 - 02 OCBC Centre
Singapur 049513
T +65 65 35 31 12
Fx +65 65 34 31 00

TSP

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Impressum

HERAUSGEBER

Thümmel, Schütze & Partner
Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Urbanstr. 7
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 0
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290
stuttgart@tsp-law.com
www.tsp-law.com

V. I. S. D. P.

Ralf Fuhrmann
Thümmel, Schütze & Partner
Urbanstr. 7
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 191
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290
ralf.fuhrmann@tsp-law.com
www.tsp-law.com

COPYRIGHT:

Alle Inhalte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Jedwede Nutzung bedarf der vorherigen Zustimmung. Anfragen beantworten wir gerne.

HAFTUNGS AUSSCHLUSS

Trotz sorgfältiger Recherche und Texterstellung übernehmen wir keinerlei Haftung für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben in diesem Newsletter. Die Textbeiträge stellen weder anwaltlichen noch sonstigen Rechtsrat dar. Für eine auf einen Einzelfall bezogene rechtliche Beratung stehen unsere vorstehend genannten Anwälte und Anwältinnen an den einzelnen Standorten unserer Kanzlei gerne zur Verfügung.

TSP