

DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät
GLAUBER STEINBERG STENGER HANNEMANN UHLMANN SIEK



INHALT

BAG Aktuell:

- Fall Emmely – Geänderte Anforderungen an eine fristlose Kündigung

Aus der Rechtsprechung:

- Bedeutung des betrieblichen Eingliederungsmanagements bei krankheitsbedingter Kündigung
- Untersagung einer Nebentätigkeit
- Befristung wegen nur vorübergehendem Bedarf an der Arbeitsleistung
- Widerruf der Überlassung eines Dienstfahrzeugs aus „wirtschaftlichen Gründen“ ist unwirksam

EDITORIAL

Wir freuen uns, Ihnen den ARBEITSRECHTSREPORT, der inzwischen im achten Jahr erscheint, in einem neuen, frischen Layout präsentieren zu können. Selbstverständlich bietet Ihnen DER ARBEITSRECHTSREPORT weiterhin die aktuellen Informationen zum Arbeitsrecht, die gerade für die Personal- und Unternehmensleitung von großer Bedeutung sind. Wir hoffen deshalb, dass DER ARBEITSRECHTSREPORT auch zukünftig Ihr Interesse finden wird.

Mit dieser Ausgabe des ARBEITSRECHTSREPORTS möchten wir Sie insbesondere über wichtige Entwicklungen der Rechtsprechung zur Kündigung und Befristung von Arbeitsverhältnissen sowie zu den Anforderungen an einen Widerrufsvorbehalt im Falle einer Dienstwagenüberlassung informieren.

BAG AKTUELL

BAG AKTUELL:

Fall Emmely – Geänderte Anforderungen an eine fristlose Kündigung
BAG, Urteil vom 10.06.2010 (Az.: 2 AZR 541/09)

Das BAG hatte sich in einem in der breiten Öffentlichkeit mit großem Interesse verfolgten Verfahren mit der Frage zu befassen, ob die Einlösung von zwei Leergutbons (Wert € 0,48 und € 0,82), die ihr nicht gehörten, durch eine Kassiererin eines Einzelhandelsgeschäfts die fristlose Kündigung eines langjährigen Arbeitsverhältnisses rechtfertigte.

Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung des BAG konnte davon ausgegangen werden, dass ein Diebstahl, eine Unterschlagung oder ein Betrug im Rahmen des Arbeitsverhältnisses den Arbeitgeber regelmäßig zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung berechtigte, da hierin eine unwiederbringliche Zerstörung des notwendigen Vertrauensverhältnisses der Arbeitsvertragsparteien liege. Von dieser klaren Linie ist das BAG nun teilweise – und mit erheblichen Konsequenzen für die arbeitsrechtliche Praxis – abgewichen.

Hervorgehoben hat das BAG mit seiner Entscheidung, dass bei der Beurteilung des Vorliegens eines „wichtigen Grundes“ für den Ausspruch einer fristlosen Kündigung alle Umstände des Einzelfalls unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile beurteilt werden müssten. Insgesamt müsse sich die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses als angemessene Reaktion auf die eingetretene Vertragsstörung erweisen.

Das BAG ließ im vorliegenden Fall keinen Zweifel daran, dass die unberechtigte Einlösung der beiden Pfandbons einen schwerwiegenden Vertragsverstoß im Verhältnis zur Arbeitgeberin darstellt. Dieser Vertragsverstoß habe den Kernbereich der Arbeitsaufgaben einer Kassiererin berührt und damit trotz des geringen Werts der Pfandbons das Vertrauensverhältnis der Parteien objektiv erheblich belastet. Andererseits müsse jedoch berücksichtigt werden, dass die Beschäftigung der Kassiererin über drei

Fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses.



Jahrzehnte hinweg ohne rechtlich relevante Störungen verlaufen sei und sich diese daher ein hohes Maß an Vertrauen erwarb. Dieses Vertrauen habe durch den in vieler Hinsicht atypischen und einmaligen Kündigungssachverhalt nicht vollständig zerstört werden können. Darüber hinaus sei die vergleichsweise geringfügige wirtschaftliche Schädigung der Arbeitgeberin zu berücksichtigen, so dass eine Abmahnung als milderes Mittel gegenüber einer Kündigung ausreichend gewesen wäre, um einen künftig wieder störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu bewirken.

Vertrauensverhältnis im langjährigen Arbeitsverhältnis – Keine Zerstörung durch einmalige Verfehlung.

Als Konsequenz dieser Entscheidung wird man von einer erheblich gewachsenen Bedeutung der Abmahnung im Falle von das Vertrauensverhältnis der Arbeitsvertragsparteien unmittelbar berührenden Pflichtverletzungen, wie Diebstählen, Unterschlagungen etc. ausgehen müssen. Die bislang im Falle derartiger Vertragspflichtverletzungen regelmäßig zu bejahende Kündigungsberechtigung hat mit dieser Entscheidung des BAG ihre Eindeutigkeit verloren. Zukünftig wird daher der Interessenabwägung zwischen beiden Parteien eine noch größere Bedeutung zukommen. Ist das Interesse an einer sofortigen Vertragsbeendigung des Arbeitgebers nicht als überwiegend zu beurteilen, so wird sich seine Reaktionsmöglichkeit in einer Abmahnung als milderes Mittel gegenüber einem Kündigungsausspruch erschöpfen.

Vorrang der Abmahnung als milderes Mittel.

AUS DER RECHTSPRECHUNG:

Bedeutung des betrieblichen Eingliederungsmanagements bei krankheitsbedingter Kündigung BAG, Urteil vom 10.12.2009 (Az.: 2 AZR 400/08)

Mit dieser Entscheidung hatte sich das BAG erneut mit der Bedeutung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX im Zusammenhang mit krankheitsbedingten Kündigungen auseinanderzusetzen. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Arbeitnehmerin wies seit dem Jahre 2003 über einen Zeitraum von vier Jahren erhebliche Arbeitsunfähigkeitszeiten (zwischen 33 und 96 Arbeitstage pro Jahr) auf. In einem Gespräch im Jahre 2004 empfahl die Betriebsärztin eine Reduzierung der Arbeitszeit oder eine Versetzung der Arbeitnehmerin. Beide Alternativen lehnte die Arbeitnehmerin ab. Im Jahre 2006 empfahl die erneut eingeschaltete Betriebsärztin die Einleitung einer stationären Rehabilitationsmaßnahme. Auch dies lehnte die Arbeitnehmerin ab, da sie in diesem Falle ihre Kinder nicht mehr betreuen könne. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis.

Seine bisherige Rechtssprechung bekräftigend, entschied das BAG, dass die gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung eines BEM Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess wegen krankheitsbedingter Kündigung habe. Hat der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung kein BEM durchgeführt, habe er darzulegen, weshalb denkbare oder vom Arbeitnehmer aufgezeigte Alternativen zu den bestehenden Beschäftigungsbedingungen mit der Aussicht auf eine Reduzierung der Ausfallzeiten nicht in Betracht kommen. Das gleiche gelte, wenn das BEM nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen genügt.

U.U. ungünstigere Prozessaussichten im Falle einer Kündigung ohne vorheriges BEM.

Ein BEM genüge den gesetzlichen Mindestanforderungen, wenn es die zu beteiligenden Stellen, Ämter und Personen einbezieht, keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten ausschließt und die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden.

Hat ein ordnungsgemäß durchgeführtes BEM zu einem negativen Ergebnis geführt, genüge der Arbeitgeber seiner Darlegungslast, wenn er auf diesen Umstand hinweist und vorträgt, es bestünden keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten. Es sei dann Sache des Arbeitnehmers im Einzelnen darzutun, dass es entgegen dem Ergebnis des BEM weitere Alternativen gebe, die entweder dort trotz ihrer Erwähnung nicht behandelt worden seien oder sich erst nach dessen Abschluss ergeben hätten. Hat ein BEM hingegen zu einem positiven Ergebnis geführt, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die empfohlene Maßnahme als milderes Mittel im Verhältnis zu einer Kündigung umzusetzen. Kündigt er das Arbeitsverhältnis, ohne dies zumindest versucht zu haben, muss er darlegen, warum die Maßnahme entweder undurchführbar war oder selbst bei einer Umsetzung nicht zu einer Reduzierung der Ausfallzeiten geführt hätte. In seiner Entscheidung führt das BAG weiter aus, dass die Durchführung eines BEM der Einwilli-



gung des Arbeitnehmers bedürfe, also bei einer Weigerung seitens des Arbeitnehmers ein BEM nicht durchgeführt werden müsse. Im vorliegenden Fall, so das BAG, könne die spontane Ablehnung der Arbeitnehmerin gegenüber der Betriebsärztin mit dem Hinweis, sie müsse ihre Kinder betreuen, jedoch nicht als Weigerung zur Durchführung eines BEM verstanden werden. Vielmehr hätte der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin – einer Abmahnung ähnlich – zur Teilnahme an der Rehabilitationsmaßnahme mit dem Hinweis auffordern müssen, dass im Weigerungsfall die Kündigung erfolgen könne.

Notwendiger Hinweis auf Konsequenzen eines verweigeren BEM.

Als Konsequenz dieser Entscheidung empfehlen wir, vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung zu prüfen, ob ein BEM im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess durchgeführt werden soll. Dies wird in der Regel unerlässlich sein. Bei Bedarf werden wir Sie insoweit gerne unterstützen. Die Aufforderung zur Durchführung eines BEM sollte sodann unter Fristsetzung und mit dem Hinweis einer möglichen Kündigung erfolgen.

Untersagung einer Nebentätigkeit BAG, Urteil vom 24.03.2010 (Az.: 10 AZR 66/09)

Mit dieser Entscheidung bekräftigt das BAG seine Grundsätze zur lediglich ausnahmsweise bestehenden Genehmigungspflicht einer Nebentätigkeit, deutet allerdings einen teilweisen Rechtsprechungswechsel an.

Nach der Rechtsprechung des BAG bedarf die Ausübung einer Nebentätigkeit grundsätzlich keiner Genehmigung des Arbeitgebers, denn im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer nur zur „Leistung der versprochenen Dienste“ verpflichtet, muss also seine Arbeitskraft nicht ausschließlich seinem Arbeitgeber zur Verfügung stellen. Einer Genehmigung bedarf es jedoch in dem Falle, dass die Nebentätigkeit das Hauptarbeitsverhältnis beeinträchtigt oder in Konkurrenz zur hauptvertraglich geschuldeten Tätigkeit steht und damit Wettbewerbsinteressen des Arbeitgebers beeinträchtigt.

Nebentätigkeit nur in bestimmten Fällen genehmigungsbedürftig.

Bezüglich der letztgenannten Ausnahme äußert das BAG jedoch Bedenken, ob an dieser Rechtsprechung auch dann festgehalten werden kann, sofern es sich lediglich um einfache Tätigkeiten handelt, die allenfalls zu einer untergeordneten wirtschaftlichen Unterstützung des Konkurrenzunternehmens führen können und im Übrigen schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers nicht berührt. Bei der Bestimmung der Reichweite des Wettbewerbsverbots müsse die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers Berücksichtigung finden. Daher sei im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob nach Art der Haupt- und Nebentätigkeit und der beteiligten Unternehmen überhaupt eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers vorliegt.

Untergeordnete Unterstützung eines Konkurrenzunternehmens.

Um hinsichtlich etwaiger Nebentätigkeiten des Arbeitnehmers Rechtssicherheit zu schaffen, empfehlen wir, ein grundsätzliches Nebentätigkeitsverbot in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, das unter einen Genehmigungsvorbehalt gestellt ist. Auch in diesem Falle ist allerdings zu beachten, dass eine Nebentätigkeit nur dann verweigert werden darf, wenn durch sie ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers beeinträchtigt wird.

Befristung wegen nur vorübergehendem Bedarf an der Arbeitsleistung BAG, Urteil vom 17.03.2010 (Az.: 7 AZR 640/08)

Das BAG hatte sich mit dieser Entscheidung mit den Anforderungen zu befassen, die an die Befristung eines Arbeitsvertrages wegen eines nur vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG zu stellen sind.

Die Arbeitgeberin hatte sich als Befristungsgrund auf abzubauenen Arbeitsrückstände bezogen, die mit den planmäßig Beschäftigten nicht zu bewältigen seien. Aus diesem Grunde stellte sie wiederholt befristet Arbeitnehmer ein.

Befristung zum Zwecke des Abbaus von Arbeitsrückständen.

Das BAG führt hierzu aus, dass allein der prognostizierte Abbau von Rückständen nicht die Annahme eines nur vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung rechtfertigen könne. Hiervon hätte vielmehr nur ausgegangen werden dürfen, wenn bei Abschluss der Befristungsvereinbarung zu erwarten gewesen wäre, dass nach dem Vertragsende künftig das regelmäßig anfallende Arbeitspensum mit dem



üblicherweise vorhandenen Stammpersonal würde bewältigt werden können. Sei dies nicht der Fall, so das BAG weiter, entstünden nach dem Ausscheiden der zum Abbau von Rückständen befristet beschäftigten Arbeitnehmer jeweils neue Bearbeitungsrückstände, zu deren Abbau erneut zusätzliche Arbeitskräfte benötigt würden. Damit bestehe ein Dauerbedarf an der Beschäftigung zusätzlicher Arbeitnehmer, der die Befristung von Arbeitskräften nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG nicht rechtfertige.

Keine zulässige Befristung, wenn fortwährend zusätzlicher Arbeitskräftebedarf.

Soll eine Befristung auf einen zusätzlichen Arbeitskräftebedarf im Bereich der Daueraufgaben gestützt werden, so hat der Arbeitgeber hiernach darzulegen, aufgrund welcher Umstände bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages davon auszugehen war, dass nach Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit das zu erwartende Arbeitspensum mit dem vorhandenen Stammpersonal erledigt werden kann. Dabei ist es unschädlich, wenn der prognostizierte vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung tatsächlich über das Vertragsende hinaus andauert. Aus der Prognose muss sich aber der nur zweitweise betriebliche Bedarf der Arbeitsleistung ergeben.

Widerruf der Überlassung eines Dienstfahrzeugs aus „wirtschaftlichen Gründen“ ist unwirksam BAG, Urteil vom 13.04.2010 (Az.: 9 AZR 113/09)

Das BAG hatte in seiner bisherigen Rechtsprechung lediglich geklärt, dass ein Widerrufsvorbehalt in vorformulierten Arbeitsverträgen – die damit einer AGB-Kontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB unterliegen – unwirksam ist, wenn der Widerruf aus beliebigen Gründen erfolgen kann. Die Voraussetzungen und der Umfang der vorbehaltenen Widerrufsmöglichkeiten seien daher in der vertraglichen Regelung möglichst konkret zu bezeichnen. Jedenfalls müsse die „Richtung“ der Gründe angegeben werden, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers).

Notwendige Konkretisierung des Widerrufgrundes.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin ein Dienstfahrzeug zur Verfügung gestellt, dass diese auch privat nutzen durfte. In der Dienstfahrzeugüberlassungsvereinbarung ist festgelegt, dass die Gebrauchsüberlassung „aus wirtschaftlichen Gründen widerrufen werden kann“. Die Parteien gingen von einer jährlichen Fahrleistung von etwa 50.000 km aus. Tatsächlich fuhr die Arbeitnehmerin nur rund 30.000 km im Jahr. Daraufhin widerrief der Arbeitgeber die Gebrauchsüberlassung mit der Begründung, dass die vergleichsweise geringe Nutzung des Dienstfahrzeugs unwirtschaftlich sei.

Mit seiner Entscheidung gelangt das BAG zu dem Ergebnis, dass die streitgegenständliche Widerrufsklausel, nach der die Überlassung des Dienstfahrzeugs „aus wirtschaftlichen Gründen“ widerrufen werden kann, unwirksam ist. Die Klausel benachteilige die Arbeitnehmerin unangemessen, da diese nicht erkennen könne, wann der Arbeitgeber wirtschaftliche Gründe für den Widerruf als gegeben ansehe. Der Schutz der Arbeitnehmerin gebiete es, dass diese wisse, was auf sie zukommt, damit sie sich darauf einstellen kann. Anderenfalls könne der Arbeitgeber nach Belieben in das Arbeitsverhältnis eingreifen und dessen Bedingungen ändern.

Widerruf aus „wirtschaftlichen Gründen“ ist unzureichend.

Als Konsequenz dieser Entscheidung empfehlen wir, beim Abschluss neuer Dienstfahrzeugüberlassungsvereinbarungen darauf zu achten, dass im Vertragstext deutlich wird, in welchen Fällen der Arbeitnehmer mit dem Widerruf der privaten Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens rechnen muss. Dies bedeutet, dass alle Widerrufsgründe in der entsprechenden Klausel aufgeführt und so konkret wie möglich bestimmt werden sollten. Bitte sprechen Sie uns an, wenn wir Sie insoweit unterstützen können.

GLAUBER STEINBERG STENGER HANNEMANN UHLMANN SIEK
Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg
Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11
rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de

Ihre Ansprechpartner im Arbeitsrecht sind:

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Dr. Dirk Uhlmannsiek
Rechtsanwalt
Dr. Andreas Wiegrefe