

DER ARBEITSRECHTSREPORT

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



INHALT

BAG Aktuell:

- § 622 Abs. 2 BGB nicht länger anwendbar

Aus der Rechtsprechung:

- Unzulässige Konkurrenztaetigkeit im gekuendigten Arbeitsverhaeltnis
- Kuendigung wegen Raucherpause ohne Ausstempeln
- Unzulässige Kuendigung wegen Stromdiebstahls im Wert von 1,8 Cent
- Kein Auskunftsanspruch eines abgelehnten Stellenbewerbers
- Anspruch von Betriebsratsmitgliedern auf Internet und E-Mail
- Anspruch des Betriebsrats auf Ueberlassung eines Farbdruckers

EDITORIAL

Mit der dritten Ausgabe des ARBEITSRECHTSREPORTS 2010 moechten wir fuer Sie ueber aktuelle Entscheidungen der Rechtsprechung insbesondere im Kuendigungsschutzrecht informieren, das zunehmend von der Abwegung der Interessen der Arbeitsvertragsparteien beeinflusst wird – seit der „Emmely“-Entscheidung des BAG hat sich eine deutliche Verschiebung der Maessstaebе zu gunsten der Arbeitnehmerseite ergeben.

Hinweisen moechten wir auch auf zwei Entscheidungen zu dem Anspruch des Betriebsrats auf technische Ausstattung.

BAG AKTUELL:

§ 622 Abs. 2 BGB nicht laenger anwendbar
BAG, Urteil vom 01.09.2010 (Az.: 5 AZR 700/09)

Mit Urteil vom 01.09.2010 hat sich das BAG nun ausdru cklich der bereits berichteten Rechtsprechung des EuGH in der Sache „Ku cuku deveci“ (DER ARBEITSRECHTSREPORT Ausgabe 1/2010) angeschlossen und ebenfalls darauf erkannt, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht mehr angewendet werden du rfe, da diese Vorschrift wegen ihrer altersdiskriminierenden Wirkung mit dem Recht der Europa eischen Union unvereinbar ist.

§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmte bislang, dass bei der Berechnung der Beschaeftigungsdauer Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres nicht zur Bestimmung der Kuendigungsfrist beruecksichtigt werden koennen. Bereits der EuGH hatte in dieser Vorschrift einen Verstoess gegen die europaeische Antidiskriminierungsrichtlinie erkannt.

Von besonderer prozessualer Bedeutung ist die nunmehr ergangene Entscheidung des BAG auch deshalb, da hiermit klargestellt wird, dass die Nichteinhaltung der richtigen Kuendigungsfrist innerhalb der 3-Wochenfrist nach § 4 S. 1 KSchG geltend gemacht werden muss, wenn sich die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kuendigung nicht als eine solche mit der rechtlich gebotenen Frist auslegen laesst. Bedarf die Kuendigung daher der Umdeutung in eine Kuendigung mit zutreffender Frist, gilt die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kuendigung als rechtswirksam und beendet das Arbeitsverhaeltnis zum „falschen“ Termin, wenn die Kuendigungsschutzklage nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kuendigung erhoben worden ist.

§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB unwirksam wegen Altersdiskriminierung.

3-Wochenfrist fuer Kuendigungsschutzklage ist auch fuer Klage wegen Kuendigungsfrist einzuhalten.

AUS DER RECHTSPRECHUNG:**Unzulässige Konkurrenzfähigkeit im gekündigten Arbeitsverhältnis
BAG, Urteil vom 28.01.2010 (Az.: 2 AZR 1008/08)**

Das BAG hatte sich im vorliegenden Fall erneut mit der Frage zu befassen, ob und in welchem Maße auch bereits gekündigte Arbeitnehmer noch an das sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebende Wettbewerbsverbot gebunden sind. Das BAG sah sich insoweit offenbar zu einer Klarstellung seiner Rechtsprechung veranlasst, nachdem zuletzt mehrfach abweichende instanzgerichtliche Entscheidungen ergangen waren.

Der erwähnten Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die klagende Arbeitnehmerin war Mitarbeiterin in einem ambulanten Pflegedienst. Nachdem die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, kündigten bereits am Folgetag sieben von der Arbeitnehmerin betreute Patienten ihren mit der Beklagten bestehenden Betreuungsvertrag fristlos. Die entsprechenden Kündigungsschreiben waren von der Arbeitnehmerin zur Post aufgegeben worden. Am selben Tage erhielt die Arbeitnehmerin von einem Konkurrenzunternehmen ihrer Arbeitgeberin eine Einstellungszusage, in der von einer „Übernahme“ namentlich genannter Patienten der Arbeitnehmerin die Rede war. Nach zwischenzeitlicher einvernehmlicher Rücknahme der Kündigung kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis erneut, nachdem eine von der Klägerin betreute Patientin zu dem konkurrierenden Pflegedienst gewechselt war. Diese Kündigung erfolgte außerordentlich fristlos sowie hilfsweise ordentlich fristgerecht.

Das BAG gibt folgende Klarstellung seiner Rechtsprechung: Dem Arbeitnehmer ist während des Bestehens seines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich jede Konkurrenzfähigkeit zum Nachteil des Arbeitgebers untersagt. Ebenso ist es ihm nicht gestattet, einen Wettbewerber des Arbeitgebers zu unterstützen. Abzugrenzen von einer derartigen konkurrierenden Tätigkeit ist die – zulässige – Vorbereitung einer eigenen konkurrierenden Tätigkeit oder des Wechsels zu einem Konkurrenzunternehmen. Nicht als eine derartige zulässige Vorbereitung ist die Aufnahme einer werbenden Tätigkeit anzusehen.

Konkurrierende Tätigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis ist verboten.

An das vorstehend beschriebene vertragliche Wettbewerbsverbot ist der Arbeitnehmer grundsätzlich auch während des Kündigungsschutzprozesses gebunden, also so lange er den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses geltend macht. Über die Grenzen dieser Bindung hatte das BAG im vorliegenden Fall nicht abschließend zu entscheiden, machte jedoch deutlich, dass im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigende Umstände, wie die beanstandungsfreie Dauer des Arbeitsverhältnisses, das Gewicht und die nachteiligen Auswirkungen einer Vertragsverletzung, eine mögliche Wiederholungsfahrgefahr und der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers zu berücksichtigen seien, weshalb gegenüber der gekündigten Pflegedienstmitarbeiterin zwar die außerordentliche fristlose Kündigung unwirksam, jedoch die zugleich hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt sei.

Konkurrenzverbot gilt fort, so lange der gekündigte Arbeitnehmer Kündigungsschutzprozess führt.

Das BAG hielt die Arbeitgeberin zum Ausspruch der ordentlichen Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung berechtigt, da der Arbeitnehmerin die Rechtswidrigkeit ihres Handelns ohne weiteres erkennbar gewesen sei, weshalb sie auch mit einer erstmaligen Hinnahme ihres Verhaltens durch die Arbeitgeberin nicht habe rechnen können.

U.U. nur ordentliche Kündigung gerechtfertigt.

**Kündigung wegen Raucherpause ohne Ausstempeln
LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 06.05.2010 (Az.: 10 Sa 712/09)**

In einem Unternehmen der Verpackungsindustrie, in der der Kläger als Maschinenführer beschäftigt war, hatte die Arbeitgeberin in einer schriftlichen Betriebsanweisung ein Rauchverbot verhängt. Nach dieser Regelung galten Raucherpausen nicht als Arbeitszeit, weshalb sich die Arbeitnehmer für solche zu einer Pause ausstempeln mussten. Der Kläger hatte den Empfang dieser Betriebsanweisung schriftlich bestätigt.

Verstoß gegen Verpflichtung, sich für Raucherpausen auszustempeln.

Bereits wenige Tage später legte der Arbeitnehmer erneut Raucherpausen ein, ohne sich auszustempeln, weshalb die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit ihm fristlos kündigte.



Das LAG Rheinland-Pfalz hat die ausgesprochene Kündigung für zulässig angesehen, da das verhängte „Rauchverbot“ eine eindeutige Arbeitszeitregelung und auch keine unverhältnismäßige Belastung der Raucher sei. Durch das nicht erfolgte Ausstempeln habe der Arbeitnehmer den Arbeitgeber veranlasst, ihm Entgelt zu zahlen, ohne dass die geschuldete Arbeitsleistung erbracht wurde. Zu Gunsten des Arbeitnehmers weise der Fall auch keine Besonderheiten auf, die eine außerordentliche Kündigung als ungerechtfertigt erscheinen lassen würden.

Kündigung wegen Arbeitszeitbetrug gerechtfertigt.

Der vorliegenden Entscheidung ist hinsichtlich des herausgestellten Grundsatzes der Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung im Falle eines Arbeitszeitbetrugs sicher zuzustimmen, allerdings ist im Hinblick auf die gerade in jüngster Zeit deutlich in den Vordergrund getretene Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass in derartigen Fällen ein durchaus erhebliches Prozessrisiko auf der Arbeitgeberseite liegt.

Unzulässige Kündigung wegen Stromdiebstahls im Wert von 1,8 Cent LAG Hamm, Urteil vom 25.08.2010 (Az.: 16 Sa 260/10)

Der als Netzwerkadministrator beschäftigte Kläger war mit seinem Elektroroller in den Betrieb seines Arbeitgebers gekommen und hatte diesen zur Aufladung des Akkus an das dortige Stromnetz angeschlossen. Bis er von seinem Vorgesetzten dazu aufgefordert wurde, dies zu unterlassen, hatte er Strom im Wert von 1,8 Cent entnommen. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich.

Im Anschluss an die bereits besprochene „Emmely“-Entscheidung des BAG (DER ARBEITSRECHTSREPORT 2/2010) kommt auch das LAG Hamm im vorliegenden Fall zu der Entscheidung, dass zwar ein Vermögensdelikt zum Nachteil des Arbeitgebers grundsätzlich eine Kündigung rechtfertigen könne, jedoch die stets vorzunehmende Interessenabwägung zu Gunsten des Arbeitnehmers ausfalle. Dies folge zum einen bereits aus dem geringen Schaden von lediglich 1,8 Cent und zum anderen aus der langjährigen Beschäftigungszeit des Arbeitnehmers. Außerdem ließ das LAG Hamm das Argument gelten, dass im Betrieb sanktionslos auch Handys aufgeladen und elektronische Bilderrahmen betrieben wurden.

Nur geringfügige Schädigung des Arbeitgebers rechtfertigt keine Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Kein Auskunftsanspruch eines abgelehnten Stellenbewerbers BAG, Beschluss vom 20.05.2010 (Az.: 8 AZR 287/08)

Das BAG hatte sich im vorliegenden Fall mit der Frage zu befassen, ob ein abgelehnter Stellenbewerber, der nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) eine Entschädigung in Geld wegen Diskriminierung verlangt, ausreichende Indizien für eine Diskriminierung aber nicht darlegen kann, einen Anspruch auf Auskunft gegen den Arbeitgeber hat, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat und gegebenenfalls aufgrund welcher Kriterien.

§ 15 Abs. 2 S. 1 AGG gewährt dem Stellenbewerber einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld, wenn der Arbeitgeber bei der Stellenausschreibung und Bewerberauswahl ohne Rechtfertigungsgrund gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG verstößt. Die Benachteiligung muss dabei wegen eines in § 1 AGG (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität) genannten Grundes erfolgt sein. Einer dieser Gründe muss die Entscheidung des Arbeitgebers beeinflusst haben, den entsprechenden Bewerber nicht einzustellen. Hierfür muss der Bewerber nach § 22 AGG zumindest Indizien darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Taugliche Indizien können dabei eine nicht neutrale Stellenausschreibung, Äußerungen des Arbeitgebers oder eine vorangegangene Benachteiligung anderer Bewerber sein. Beispielsweise in dem auch in der Presse vielfach erwähnten „Ossi-Fall“ war ein solches Indiz der handschriftliche Vermerk „Ossi“ des Arbeitgebers auf dem Bewerbungsbogen des Stellenbewerbers.

Abgelehnter Bewerber muss Indizien für Diskriminierung darlegen und beweisen.



Im vorliegenden Fall gelangte das BAG zu dem Ergebnis, dass die abgelehnte Stellenbewerberin zwar auf eine mögliche Diskriminierung wegen eines in § 1 AGG benannten Grundes (Geschlecht, Alter und ihre Herkunft) hingewiesen, dabei aber keine ausreichenden Indizien dargelegt habe, welche eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG benannten Grundes vermuten lassen. Das BAG gelangte weiter zu dem Ergebnis, dass es einen Anspruch der Stellenbewerberin auf Auskunft gegen die Arbeitgeberin, ob diese einen anderen Bewerber eingestellt habe und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien dies erfolgt sei, zumindest nach deutschem Recht nicht gebe. Ob dies den einschlägigen Antidiskriminierungsrichtlinien des Gemeinschaftsrechts entspricht, habe nun der EuGH zu entscheiden, dem diese Frage vorgelegt wurde.

Kein Auskunftsanspruch bzgl. Kriterien, die zur Einstellung eines anderen Bewerbers geführt haben.

Anspruch von Betriebsratsmitgliedern auf Internet und E-Mail BAG, Beschluss vom 14.07.2010 (Az.: 7 ABR 80/08)

Das BAG hat mit dieser Entscheidung klargestellt, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner Verpflichtung nach § 40 Abs. 2 BetrVG, dem Betriebsrat für dessen laufende Geschäftsführung im erforderlichen Umfang Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen, auch dem einzelnen Betriebsratsmitglied Zugang zum Internet und die Möglichkeit zum Empfang und zur Versendung von E-Mails geben müsse. Hierbei spielte auch eine Rolle, dass die Betriebsratsmitglieder ohnehin alle an PC-Arbeitsplätzen beschäftigt waren, so dass dem Begehren des Betriebsrats auch keine berechtigten Kosteninteressen des Arbeitgebers entgegenstanden. Insoweit bedurfte es vielmehr lediglich der Freischaltung des Internets und der Einrichtung einer E-Mail-Adresse.

Dem Betriebsrat ist Zugang zum Internet zu gewähren.

Anspruch des Betriebsrats auf Überlassung eines Farbdruckers BAG, Beschluss vom 18.06.2010 (Az.: 10 TaBV 11/10)

In diesem Fall hatte der Betriebsrat beantragt, ihm einen eigenen Farbdrucker zur Verfügung zu stellen, obwohl er bereits ein Kombidruckgerät (s/w) in einem benachbarten Großraumbüro nutzen konnte, das auch über die Möglichkeit eines „vertraulich druckens“ verfügte, bei der der Ausdruck erst gestartet wird, wenn am Gerät eine PIN-Nummer eingegeben wird.

Betriebsrat kann Farbdrucker beanspruchen, wenn auch der Arbeitgeber einen solchen benutzt.

Das LAG Hamm sah jedoch zu Gunsten des Betriebsrats als maßgeblich an, dass der Arbeitgeber selbst Bekanntmachungen in Farbdruck aushängte und zudem dem Betriebsrat farbliche Diagramme sowie Aufzeichnungen mit farblichen Hervorhebungen schickte. Daher müsse auch der Betriebsrat Dokumente in Farbe ausdrucken können, um derartige Unterlagen den einzelnen Betriebsratsmitgliedern oder der Belegschaft in übersichtlicher Form zugänglich machen zu 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