

# DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



## INHALT

### EDITORIAL

#### BAG Aktuell:

- Arbeitszeitbetrug als Kündigungsgrund

#### Aus der Rechtsprechung:

- Vererblichkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen
- Urlaubsabgeltungsansprüche und Ausschlussfristen
- Kündigung wegen verspäteter Krankmeldung
- Falsche Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung
- Anspruch des Betriebsrats auf Überlassung von Software mit höherem Sicherheitsniveau
- Mobiltelefon für Betriebsrat?

## EDITORIAL

Die dritte Ausgabe des ARBEITSRECHTSREPORTS im Jahre 2011 soll Ihnen einen Überblick über wichtige instanz- und höchstrichterliche Entscheidungen der Arbeitsgerichte geben.

Hinweisen möchten wir Sie insbesondere auf aktuelle Entscheidungen des BAG zu Urlaubsabgeltungsansprüchen sowie eine Entscheidung des Hessischen LAG zu der Frage, ob Arbeitnehmer bei wiederholt unterbliebener Krankmeldung gekündigt werden dürfen.

Wir hoffen, dass der ARBEITSRECHTSREPORT wiederum Ihr Interesse findet.

### BAG AKTUELL:

**Arbeitszeitbetrug als Kündigungsgrund**  
BAG, Urteil vom 09.06.2011 (Az.: 2 AZR 381/10)

Das BAG hatte sich erneut mit der für die Praxis besonders relevanten Frage zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine unrichtige Arbeitszeiterfassung die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigt.

Die Klägerin war bereits seit 17 Jahren bei einer Krankenkasse beschäftigt, als auffiel, dass sie ihre Arbeitszeit unkorrekt erfasst hatte. Nach einer für das Arbeitsverhältnis geltenden tariflichen Regelung begann und endete die Arbeitszeit „an der Arbeitsstelle“. Zudem waren alle Arbeitnehmer in einer Dienstvereinbarung darauf hingewiesen worden, dass jedes bewusste Unterlassen der Zeiterfassung oder jede sonstige Manipulation eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstelle, die arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Die Klägerin erfasste ihre Arbeitszeit dergestalt, dass sie in das elektronische Zeiterfassungssystem am Arbeitsplatz als Beginn ihrer Arbeitszeit den Zeitpunkt eintrug, zu dem sie mit ihrem Fahrzeug die dienstliche Parkplatzeinfahrt durchfahren hatte. Sie argumentierte in diesem Zusammenhang, dass sie aufgrund der Knappheit der Parkplätze zudem häufig viel Zeit mit der Suche nach einem Parkplatz verbracht habe.

Das BAG bekräftigte mit dieser Entscheidung seine konsequente Linie zum Arbeitszeitbetrug und führte aus, dass es sich bei den von der tariflichen Regelung und der Dienstvereinbarung abweichenden Eintragungen der Klägerin um einen Arbeitszeitbetrug gehandelt habe, der einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellte. Denn Arbeitgeber müssten auf eine korrekte Eintragung der Arbeitszeit durch ihre am Gleitzeitmodell teilnehmenden Arbeitnehmer vertrauen können. Ein vorsätzlich falsches Erfassen der Arbeitszeit stelle daher in der Regel einen schweren Vertrauensmissbrauch dar.

**Berechtigt Arbeitszeitbetrug den Arbeitgeber zur Kündigung?**

**Vorsätzlich falsches Erfassen der Arbeitszeit stellt schweren Vertrauensmissbrauch dar.**



Aufgrund des vorsätzlichen und systematischen Fehlverhaltens durch die Klägerin war nach Auffassung des BAG auch eine Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung nicht erforderlich.

Um in vergleichbaren Fällen mit guten Erfolgsaussichten mit dem „scharfen Schwert“ der außerordentlichen Kündigung reagieren zu können, ist es unbedingt erforderlich, im Vorhinein eindeutige und nachweisbare Vorgaben für die Arbeitszeiterfassung zu machen, also insbesondere auch zu definieren, welche Zeitpunkte als Beginn oder Ende der Arbeits- oder Pausenzeit anzusehen sind.

Abmahnung vor Kündigungsausspruch ausnahmsweise nicht erforderlich.

#### AUS DER RECHTSPRECHUNG:

##### Vererblichkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen BAG, Urteil vom 20.09.2011 (Az.: 9 AZR 416/10)

Das BAG hatte sich in diesem Verfahren mit der Frage zu befassen, ob Urlaubsansprüche im Falle des Todes eines Arbeitnehmers auf seine Erben übergehen.

Die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers verlangten die Abgeltung des in den Jahren 2008 und 2009 nicht gewährten Urlaubs. Dieser war seit dem Jahre 2008 bis zu seinem Tod im Jahre 2009 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt, so dass ihm Urlaub nicht gewährt werden konnte. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete durch Tod des Arbeitnehmers.

Nachdem die Vorinstanz den Erben des verstorbenen Arbeitnehmers noch einen Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs zusprach, gelangte das BAG mit seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass Erben keinen Urlaubsabgeltungsanspruch haben. Zwar geht nach § 1922 Abs. 1 BGB mit dem Tod einer Person deren Vermögen als Ganzes auf die Erben über und ist der Urlaub gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten, wenn er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden kann. Mit dem Tod eines Arbeitnehmers erlösche aber der Urlaubsanspruch. Er wandle sich dann nicht nach § 7 Abs. 4 BUrlG in einen Abgeltungsanspruch um, der vererbt werden könne.

Urlaubsabgeltungsanspruch erlischt mit dem Tod des Arbeitnehmers.

##### Urlaubsabgeltungsansprüche und Ausschlussfristen BAG, Urteil vom 09.08.2011 (Az.: 9 AZR 352/10)

Mit dieser Entscheidung hat das BAG eine weitere Klarstellung zur Frage der Abgeltung von Urlaubsansprüchen herbeigeführt. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Arbeitnehmerin war bei der Arbeitgeberin bis zum 31.03.2008 beschäftigt, jedoch bereits seit dem 19.10.2006 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Seit der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses bezog die Arbeitnehmerin durchgängig Rente wegen Erwerbsminderung. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand ein Tarifvertrag Anwendung, nach dem Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis unter anderem verfallen, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Mit Schreiben vom 25.02.2009 verlangte die Arbeitnehmerin die Abgeltung des ihr aus den Jahren 2007 und 2008 noch zustehenden Urlaubs.

Das BAG gelangte mit seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die Arbeitnehmerin die Abgeltung ihrer Urlaubsansprüche aus den Jahren 2007 und 2008 nicht (mehr) verlangen konnte. Ihre Urlaubsansprüche seien wegen der Versäumung der Ausschlussfrist verfallen. Der Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs entstehe auch bei über das Arbeitsverhältnis hinaus andauernder Arbeitsunfähigkeit gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und werde sofort fällig. Er sei nicht Surrogat des Urlaubsanspruchs, sondern reine Geldforderung und unterliege damit wie andere Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis einzel- und tarifvertraglichen Ausschlussfristen. Das gelte auch für die Abgeltung des unabdingbaren gesetzlichen Mindesturlaubs.

Urlaubsabgeltungsanspruch ist Geldforderung und unterliegt daher einzel- und tarifvertraglichen Ausschlussfristen.

### Kündigung wegen verspäteter Krankmeldung LAG Hessen, Urteil vom 18.01.2011 (Az.: 12 Sa 522/10)

Das Hessische LAG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die mehrfach nicht erfolgte Anzeige einer Arbeitsunfähigkeit den Arbeitgeber berechtigt, das Arbeitsverhältnis fristgerecht zu kündigen.

Der Kläger war vor der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses mehrere Jahre als Vorarbeiter in einem Unternehmen beschäftigt, das sich mit der Innenreinigung von Flugzeugen befasste. Trotz mehrfacher Abmahnung wegen nicht erfolgter Anzeige der Arbeitsunfähigkeit unterließ es der Kläger weiterhin, sich im Falle seiner Arbeitsunfähigkeit unmittelbar bei seinem Arbeitgeber zu melden. Die Übersendung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erfolgte dagegen.

Gemäß § 5 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Aufgrund der hohen Zahl seiner Pflichtverstöße und angesichts der erhaltenen Abmahnungen kam das LAG Hessen im Rahmen seiner Abwägung zu dem Ergebnis, dass das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Fortsetzungsinteresse des Arbeitnehmers überwog. Hierfür bezog sich das LAG Hessen auch auf die Eigenart der Dienstleistung, nämlich dass der Kläger zu festen Zeiten eingeteilt und daher der Arbeitgeber darauf angewiesen war, im Verhinderungsfall kurzfristig neu disponieren zu können. Hierfür war eine unverzügliche Anzeige der Arbeitsunfähigkeit erforderlich. Darüber hinaus bezog sich das LAG Hessen auf die (negative) Vorbildwirkung des Klägers als Vorarbeiter.

Die vorliegende Entscheidung des Hessischen LAG zeigt, dass eine fristgerechte Kündigung wegen verspäteter Krankmeldung nicht aussichtslos ist. Gleichwohl wird es im konkreten Fall guter Argumente bedürfen, um ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses belegen zu können. Zudem wird es stets eine Reihe einschlägiger Abmahnungen vor dem Kündigungsausspruch bedürfen.

Wiederholt unterlassene Krankmeldung kann nach Abmahnungen ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

### Falsche Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung BAG, Urteil vom 07.07.2011 (Az.: 2 Sa 396/10)

In diesem vom BAG entschiedenen Fall stritten die Parteien über die Wirksamkeit einer von der Arbeitgeberin erklärten Anfechtung und Kündigung des Arbeitsvertrages. Die Arbeitgeberin hatte die Anfechtung und Kündigung des Arbeitsvertrages erklärt, nachdem sie feststellte, dass die Arbeitnehmerin bei ihrer Einstellung die Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung unzutreffend verneint hatte.

Das BAG stellte zunächst heraus, dass die falsche Beantwortung einer dem Arbeitnehmer bei der Einstellung zulässigerweise gestellten Frage den Arbeitgeber dazu berechtigen könne, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Dies setze voraus, dass die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrages ursächlich war. Wirkt sich die Täuschung im Arbeitsverhältnis weiterhin aus, könne zudem eine Kündigung gerechtfertigt sein.

Auf dieser Grundlage gelangte das BAG vorliegend zu dem Ergebnis, dass sowohl die Anfechtung als auch die Kündigung des Arbeitsvertrages unwirksam erfolgt seien. Denn die Täuschung über das Bestehen einer Schwerbehinderung sei nicht ursächlich für den Abschluss des Arbeitsvertrages gewesen, da die Arbeitgeberin ausdrücklich erklärt hatte, sie hätte die Arbeitnehmerin auch dann eingestellt, wenn diese die Frage wahrheitsgemäß beantwortet hätte.

Die Anfechtung und Kündigung seien auch nicht deshalb wirksam, weil die Arbeitnehmerin – wie die Arbeitgeberin behauptet – sie zugleich über ihre Ehrlichkeit getäuscht habe. Die Annahme der Arbeitgeberin, die Arbeitnehmerin sei ehrlich, beruhe nämlich nicht auf deren falscher Antwort. Die umstrittene Frage, ob sich der Arbeitgeber im Einstellungsgespräch nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung erkundigen darf, konnte hiernach abermals offen bleiben. Insoweit bleibt die wünschenswerte Klarstellung des BAG also weiterhin abzuwarten.

Falsche Beantwortung zulässiger Fragen bei der Einstellung kann zur Anfechtung des Arbeitsvertrages berechtigen.

Ob die unrichtige Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung zur Anfechtung berechtigt, bleibt offen.

Mangels ausreichender Hinweise ließ das BAG ebenfalls offen, ob § 15 AGG, der eine Entschädigungs- und Schadensersatzpflicht im Falle einer Benachteiligung regelt, auf unzulässig diskriminierende Kündigungen anwendbar ist.

## Anspruch des Betriebsrats auf Überlassung von Software mit höherem Sicherheitsniveau LAG Köln, Beschluss vom 09.07.2010 (Az.: 4 TaBV 25/10)

Ein Betriebsrat hatte beantragt, ihm eine etwa € 7.500,00 teure Software, die im Gegensatz zur bislang im Betrieb der Arbeitgeberin eingesetzten Software Daten automatisch verschlüsselt, zur Verfügung zu stellen. Diesen Anspruch begründete der Betriebsrat damit, dass die im Betrieb der Arbeitgeberin eingesetzte Software keine ausreichende Sicherheit biete, da diese Daten zwar manuell verschlüsseln könne und eine Passwortsicherung beinhalte, es dem Systemadministrator aber gleichwohl möglich sei, auf die Daten zuzugreifen.

Das LAG Köln gelangte zu dem Ergebnis, dass der Betriebsrat keinen Anspruch auf die begehrte Software habe. Die bislang im Betrieb genutzte Software sei aufgrund der manuellen Verschlüsselungsmöglichkeit sowie der Passwortsicherung geeignet, die Daten ausreichend zu sichern. Dass der Systemadministrator rechtswidrig auf die Daten des Betriebsrates zugreifen könne, rechtfertige keine andere Beurteilung. Eine Passwortsicherung und der dafür geltende strafrechtliche und arbeitsrechtliche Schutz reichten gegenüber dem Administrator und sonstigen Mitarbeitern des Arbeitgebers aus.

Kein Anspruch des Betriebsrats auf besonders gesicherte Software. Passwortsicherung ist ausreichend.

## Mobiltelefon für Betriebsrat? LAG Hamm, Beschluss vom 20.05.2011 (Az.: 10 TaBV 81/10)

Das LAG Hamm hatte sich jüngst mit der Forderung des Betriebsrats einer bundesweit tätigen Drogeriemarktkette nach Überlassung eines Mobiltelefons mit Prepaid-Karte zu befassen. Zwar standen der Betriebsratsvorsitzenden und ihrer Stellvertreterin in ihrer jeweiligen Filiale freigeschaltete „Betriebsratstelefone“ zur Verfügung, jedoch waren beide aufgrund ihrer Tätigkeit häufig über diese Telefone nicht erreichbar. In der Praxis führte dies nach der Behauptung des Betriebsrats dazu, dass Mitarbeiter auf den privaten Mobiltelefonen der Betriebsvorsitzenden und ihrer Stellvertreterin anriefen.

Das LAG Hamm entschied hierzu, dass ein Anspruch des Betriebsrats gemäß § 40 Abs. 2 BetrVG auf Überlassung von Mobiltelefonen nicht bestehe. Das Gericht argumentierte damit, dass die Erreichbarkeit des Betriebsrats, etwa durch eine lautere Einstellung des Klingelzeichens, durch eine Weiterleitung des Anrufs oder durch die Zuschaltung eines Anrufbeantworters, gewährleistet werden könne. Hierneben sehe das BetrVG eine telefonische „Rund-um-die-Uhr“-Erreichbarkeit nicht vor. Das LAG Hamm hat gegen seine Entscheidung die Rechtsbeschwerde zum BAG zugelassen.

Kein Anspruch des Betriebsrats auf Überlassung eines Mobiltelefons.

Wenngleich sicherlich eine durchgehende Erreichbarkeit des Betriebsrats weder erforderlich noch nach dem BetrVG vorgeschrieben ist, bleibt die Entscheidung offensichtlich hinter der technischen Entwicklung und dem heute üblichen Standard der Kommunikation zurück. Tatsächlich dürfte die Überlassung eines Mobiltelefons mit Prepaid-Karte häufig sogar die kostengünstigere und technisch einfachere Möglichkeit sein, die Kommunikation zwischen Mitarbeitern und Betriebsrat sowie vielfach auch zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu verbessern. Es bleibt daher abzuwarten, ob das BAG in dieser Frage einen fortschrittlicheren Standpunkt einnehmen wird. Wir werden Sie hierüber zu gegebener Zeit informieren.

Entscheidung des BAG bleibt abzuwarten.

## GLAUBER & PARTNER

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:

Rechtsanwälte und  
Fachanwälte für Arbeitsrecht

**Dr. Dirk Uhlmannsiek**  
**Dr. Andreas Wiegrefe**