THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

NEWSLETTER ARBEITSRECHT
MAI 2011

BAG, Urteil vom 26.05.2011 – 8 AZR 37/2010 –
Verlagerung eines Betriebsteils ins Ausland – Anwendbarkeit deutschen Rechts

BAG, Urteil vom 18.05.2011 – 4 AZR 457/2009 –
Blitzaustritt aus dem Arbeitgeberverband führt zur Nichtanwendbarkeit nachfolgend vom Verband abgeschlossener Tarifverträge

BAG, Urteil vom 17.05.2011 – 9 AZR 189/2010 –
Urlaub während der Kündigungsfrist bei Freistellung

BAG, Urteil vom 17.05.2011 – 9 AZR 197/2010 –
Urlaubsanspruch entsteht auch bei Elternzeit

BAG, Urteil vom 24.03.2011 – 2 AZR 170/2010 –
Betriebliches Eingliederungsmanagement

BAG, Urteil vom 26.01.2011 – 5 AZR 819/2009 –
Berechnung von Minusstunden

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 06.05.2011 – 6 Sa 2558/10 –
Abmahnung als Voraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung ist unter Umständen entbehrlich

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Urteil vom 26.05.2011 – 8 AZR 37/2010 – Verlagerung eines Betriebsteils ins Ausland – Anwendbarkeit deutschen Rechts

EINLEITUNG:

Die Internationalisierung der Arbeitswelt nimmt weiter zu. Viele Unternehmen unterhalten innerhalb und außerhalb Europas Unternehmensstandorte. Werden Arbeitsplätze, Betriebsteile oder ganze Betriebe ins Ausland verlagert, stellt sich die Frage, welchem Recht die nunmehr nicht mehr in der Bundesrepublik Deutschland belegenen Arbeitsplätze unterliegen.

SACHVERHALT:

Ein Unternehmen in Südbaden spaltete einen Betriebsteil ab und verlagerte diesen mit seinen wesentlichen materiellen und immateriellen Produktionsmitteln an einen 60 km entfernten Standort in der Schweiz. Allen Arbeitnehmern kündigte der Arbeitgeber mit der Begründung, der in Deutschland gelegene Betriebsteil sei stillgelegt worden. Mehreren Arbeitnehmern, darunter einem Betriebsingenieur, bot der Arbeitgeber aber an, einen neuen Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen in der Schweiz zu schließen. Das lehnte der Vertriebsingenieur ab und klagte gegen die Kündigung. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg und das BAG gaben der Klage statt.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Das BAG hatte zunächst zu beurteilen, ob der Fall nach deutschem oder nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist. Denn sei für das Arbeitsverhältnis deutsches Recht maßgeblich,

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

so sei die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliege, nach § 613 a BGB zu beantworten. Daran ändere sich auch nichts, wenn der Betriebsteil ins Ausland, z.B. in die Schweiz, verlagert werde.

Die Verlagerung eines Betriebsteiles mit seinen wesentlichen materiellen und immateriellen Produktionsmitteln stelle von einem Standort an einen anderen auch dann keine Betriebsstilllegung, sondern einen Teilbetriebsübergang dar, wenn sich der neue Standort im Ausland befinde. Die Kündigung sei daher gem. § 613 a BGB unwirksam.

FAZIT:

Die interessante Frage, welche Ansprüche der Arbeitnehmer gegen seinen nach Betriebsübergang neuen Arbeitgeber in der Schweiz stellen kann und ob zur Beurteilung dieser Ansprüche deutsches oder Schweizer Recht zur Anwendung kommt, musste das BAG nicht entscheiden.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Urteil vom 18.05.2011 – 4 AZR 457/2009 – Blitzaustritt aus dem Arbeitgeberverband führt zur Nichtanwendbarkeit nachfolgend vom Verband abgeschlossener Tarifverträge

EINLEITUNG:

Tarifliche Entgeltansprüche der Arbeitnehmer hängen nach § 3 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) von der Tarifbindung ab. Entgelttarifverträge haben regelmäßig verhältnismäßig kurze Laufzeiten von ein bis zwei Jahren, sodass der Arbeitgeber die Anwendbarkeit des Tarifentgelts auf die bei ihm bestehenden Arbeitsverhältnisse vermeiden kann, wenn er die Tarifbindung beseitigt.

Kündigt der Arbeitgeber seine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, muss er die in der Verbandssatzung vorgesehene Kündigungsfrist einhalten. In Krisenzeiten scheint das vielen Arbeitgebern zu lange. Die Arbeitgeberverbände entlassen ihre Mitglieder deshalb einvernehmlich aus der Verbandsmitgliedschaft, wenn sie gleichzeitig einem Arbeitgeberverband beitreten (und Beiträge bezahlen), der zwar demselben Dachverband angehört, aber zu dessen satzungsmäßiger Aufgabe nicht der Abschluss von Tarifverträgen gehört. Das BAG hatte jetzt zu entscheiden, ob ein derartiger vereinbarter Blitzaustritt tatsächlich die Tarifbindung entfallen lässt oder ob Wartefristen gelten.

SACHVERHALT:

Der Arbeitgeber, Mitglied in einem tarifschließenden Arbeitgeberverband, beantragte Anfang März 2007, mit Wirkung zum 30.04.2007 aus dem Verband austreten zu dürfen. Die Satzung des Arbeitgeberverbandes regelt nur den Austritt durch Kündi-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

gung. Die Beendigung der Mitgliedschaft durch Vereinbarung ist in der Satzung nicht angesprochen.

Der Arbeitgeberverband stimmte dem Austritt des Arbeitgebers unter der Bedingung zu, dass er ab Mai 2007 Mitglied bei einem Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung wird. Im Mai schloss der Arbeitgeberverband mit der IG Metall ein Entgeltabkommen, welches der mit Wirkung zum 30.04.2007 ausgeschiedene Arbeitgeber in seinem Betrieb nicht mehr anwandte. Ein IG Metall-Mitglied klagte auf die Vergütungsdifferenzen.

Die Entgeltklage war in allen Instanzen erfolglos.

ENTSCHEIDUNG:

Der mit dem tarifschließenden Arbeitgeberverband vereinbarte Austritt sei wirksam gewesen. Damit sei der Arbeitgeber an das später vereinbarte Entgeltabkommen nicht mehr gebunden. Wenn die Satzung des Verbandes einen einvernehmlichen Austritt ausschließen wolle, müssten dafür besondere Anhaltspunkte in ihr enthalten sein. Regele sie nur, wie die Mitgliedschaft ohne übereinstimmende Willenserklärung enden kann, lasse dies nicht darauf schließen, dass eine vertragliche Aufhebung unmöglich sei.

Weitergehende tarifrechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Austritts seien nicht zu prüfen gewesen. Insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt des sog. „Blitzaustritts“.

FAZIT:

Die Entscheidung stellt klar, dass der mit dem tarifschließenden Arbeitgeberverband verabredete Wechsel vom tarifschließen-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

den Arbeitgeberverband in einen nicht tarifschließenden, der in der Regel im selben Haus seine Geschäftsstelle unterhält, nicht allein deshalb unwirksam ist, weil der einvernehmliche Austritt in der Satzung nicht angesprochen wird.

Der 4. Senat des BAG hatte dem „Blitzaustritt“ verbunden mit dem Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft in seiner Entscheidung vom 20.02.2008 (4 AZR 64/07, NZA 2008, 946) und vom 04.06.2008 (4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366) einen Riegel vorgeschoben. Ein vereinsrechtlich wirksamer Wechsel von der Vollmitgliedschaft in eine OT-Mitgliedschaft während laufender Tarifverhandlungen könne die Geschäftsgrundlage der Tarifverhandlungen und den Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit stören. Es bedürfe deshalb für die tarifrechtliche Wirksamkeit eines solchen Wechsels während des Laufs von Tarifverhandlungen dessen Offenlegung gegenüber der an der Verhandlung beteiligten Gewerkschaft. Die Offenlegung des Tarifwechsels müsse zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Gewerkschaft auf eine solche Veränderung noch im Rahmen der laufenden Tarifauseinandersetzung reagieren könne.

In dem jetzt vom BAG entschiedenen Fall hatte sich das IG Metall-Mitglied im Verlauf des Verfahrens nicht darauf berufen, dass der Wechsel in die OT-Mitgliedschaft noch während der laufenden Tarifverhandlungen über das Entgeltabkommen erfolgt sei. Damit war dieser Punkt in diesem Verfahren nicht zu prüfen.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Urteil vom 17.05.2011 – 9 AZR 189/2010 – Urlaub während der Kündigungsfrist bei Freistellung

EINLEITUNG:

In Kündigungsschreiben, Aufhebungsverträgen, aber auch arbeitsgerichtlichen Vergleichen finden sich sehr häufig Freistellungsregelungen, deren Auswirkung auf den Jahresurlaub des Arbeitnehmers nicht unproblematisch ist.

Wird der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers in der Freistellungserklärung nicht erwähnt, kann eine Anrechnung auf den Jahresurlaub schon im Ansatzpunkt nicht stattfinden. Gebräuchlich ist die Formulierung: „… stellen wir Sie unter Anrechnung auf Ihre Resturlaubsansprüche von Ihrer Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge frei“. Die einseitige Anrechnung des Urlaubsanspruchs auf die Freistellung ist grundsätzlich zulässig. Die Freistellung muss allerdings unwiderruflich erfolgen, weil der Arbeitnehmer anderenfalls nicht über seinen Urlaubsanspruch zeitlich frei disponieren kann. Die widerrufliche Freistellung lässt deshalb den Urlaubsanspruch auch dann unberührt, wenn eine Anrechnung angeordnet wurde. Der Wegfall des Sozialversicherungsschutzes bei unwiderruflicher Freistellung ist nach Aufgabe der irritierenden Rechtsprechung des Bundessozialgerichts inzwischen nicht mehr zu befürchten. Die widerrufliche Freistellung macht also in der Regel nur Sinn, wenn sich der Arbeitgeber tatsächlich vorbehalten muss, den Arbeitnehmer nochmals zur Arbeitsleistung heranzuziehen. Wie die jüngste Entscheidung des BAG zeigt, sollte der Arbeitgeber neben der Anordnung einer Anrechnung auf den Urlaubsanspruch bei unwiderruflicher Freistellung aber auch klarstellen, auf welchen Zeitraum sich die Freistellung bezieht und welche Urlaubsansprüche für wel-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

che Zeiträume mit der Freistellung erledigt werden.

SACHVERHALT:

Ein Bankangestellter mit 30 Tagen Urlaub im Jahr wurde Mitte November 2006 auf Ende März 2007 gekündigt. Die Bank stellte ihn „ab sofort unter Anrechnung Ihrer Urlaubstage von der Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge“ frei. Im Kündigungsschutzprozess erwies sich die Kündigung als unwirksam. Der Angestellte ließ sich danach zwar die Anrechnung seines Resturlaubs aus dem Jahre 2006 und seines Teilurlaubs bis 31.03.2007 auf die Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist anrechnen, klagte aber den für das Urlaubsjahr 2007 noch verbleibenden Urlaub von 22,5 Tagen aus dem Annahmeverzugszeitraum beim Arbeitsgericht ein.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Mit der Revision war der Kläger beim BAG erfolgreich.

ENTSCHEIDUNG:

Der Arbeitnehmer müsse der Freistellungserklärung des Arbeitnehmers nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG hinreichend deutlich entnehmen können, in welchem Umfang der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch erfüllen wolle. Zweifel gingen zu Lasten des Arbeitgebers, da nur er als Erklärender in der Lage sei, den Umfang der Freistellung eindeutig festzulegen.

Der Bankangestellte habe der Freistellungserklärung der Bank nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen können, ob sie den vollen Urlaubsanspruch für das Jahr 2007 oder lediglich den Teilurlaubsanspruch für Januar bis März erfüllen wollte.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

FAZIT:

Kündigt der Arbeitgeber und stellt er den Arbeitnehmer gleichzeitig von der Arbeitsleistung frei, wird die Freistellung in der Regel bis zum Ablauf der Kündigungsfrist angeordnet. In diesem Fällen ist von vornherein klar, dass für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist keine Freistellung mehr erfolgt ist. Der Urlaubsanspruch für das Kalenderjahr 2007 von insgesamt 30 Tagen hätte aber auch durch die Freistellung des Arbeitgebers im Zeitraum vom 01.01. bis 31.03.2007 erfolgen können. Das hätte der Arbeitgeber nach Auffassung des BAG aber ausdrücklich klarstellen müssen.

Will der Arbeitgeber für den Fall des Unterliegens im Kündigungsschutzprozess Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist während des Annahmeverzugszeitraums noch entstehende Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers durch Freistellung erledigen, muss er das in seiner Freistellungserklärung klarstellen.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Urteil vom 17.05.2011 – 9 AZR 197/2010 – Urlaubsanspruch entsteht auch bei Elternzeit

EINLEITUNG:

Arbeitnehmer, die während des laufenden Urlaubsjahres Elternzeit in Anspruch nehmen, werden in den betreffenden Jahren nicht voll, sondern nur jahresanteilig beschäftigt. Die Berechnung des Urlaubsanspruchs in einem solchen Fall hat die Arbeitsgerichte bis zum BAG beschäftigt.

SACHVERHALT:

Ein schwerbehinderter Sachbearbeiter mit 30 Urlaubstagen im Jahr und 5 Tagen Schwerbehindertenzusatzurlaub nahm von Mitte August bis Mitte Oktober 2008 Elternzeit. Der Arbeitgeber war der Ansicht, während der Elternzeit entstehe kein Urlaubsanspruch und kürzte dementsprechend den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers um 2/12 für die zwei Monate der Elternzeit. Der Arbeitgeber berief sich dagegen auf § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG und machte geltend, dass ihm der volle Urlaubsanspruch zustünde, den der Arbeitgeber nur um 1/12 kürzen dürfe, weil er sich nur einen vollen Kalendermonat in Elternzeit befunden habe.

Der Arbeitnehmer behielt in allen Instanzen Recht.

ENTSCHEIDUNG:

Der Anspruch auf Erholungsurlaub nach § 4 BUrlG entstehe in vollem Umfang zu Beginn des Jahres und erfasse auch die Monate einer künftigen Elternzeit. Gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

dürfe der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch zwar kürzen, aber nur für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um 1/12. Für den Schwerbehindertenurlaub gölte dasselbe.

FAZIT:

Die Entscheidung beruht auf dem Gesetzeswortlaut und konnte deshalb nicht anders ausfallen. Väter, die kurzzeitig Elternzeit in Anspruch nehmen, damit zwei weitere Monate Elterngeld bezogen werden kann (§ 4 Abs. 2 Satz 3 BEEG), kommen auf diese Weise in den Genuss eines geringfügig überproportionalen Urlaubsanspruchs.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Urteil vom 24.03.2011 – 2 AZR 170/2010 – Betriebliches Eingliederungsmanagement

EINLEITUNG:

Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist nach § 84 Abs. 2 SGB IX für alle Arbeitnehmer und nicht nur für behinderte Menschen durchzuführen, sofern innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen eine Erkrankung zu verzeichnen ist (BAG, Urteil vom 12.07.2007, Az. 2 AZR 716706). Die Verpflichtung zur Durchführung des BEM stellt eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar, dem die Kündigung als ultima ratio unterliegt, um weniger einschneidende Maßnahmen, wie z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen in einem geregelten Verfahren zu ermitteln.

Die Entscheidung des BAG beschreibt die Bedeutung des betrieblichen Eingliederungsmanagements für die Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung.

SACHVERHALT:

Ein Lagerlogistikarbeiter wurde von seinem Arbeitgeber am 30.05.2008 nach einer Betriebszugehörigkeit von 34 Jahren gekündigt. Zur Rechtfertigung berief sich der Arbeitgeber auf häufige Kurzerkrankungen, die im Jahre 2005 insgesamt 46, im Jahr 2006 24, im Jahr 2007 70 und im Jahr 2008 bis Ende Mai 47 Arbeitstage betragen haben. Der Lagerarbeiter ist der Auffassung, die Fehlzeiten in der Vergangenheit rechtfertigten eine negative Gesundheitsprognose nicht. Im Übrigen habe es der Arbeitgeber versäumt, ein betriebliches Eingliederungsma-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

nagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchzuführen.

Die Vorinstanz hatte auf die Berufung des Lagerarbeiters die Klage abgewiesen, nachdem das Arbeitsgericht ihr stattgegeben hatte. In der Revision vor dem BAG war der Arbeitnehmer erfolgreich.

ENTSCHEIDUNG:

Für das Erfordernis ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchzuführen, genüge es, dass die krankheitsbedingten Fehlzeiten insgesamt, ggf. in mehreren Abschnitten mehr als sechs Wochen betragen haben.

Die Verpflichtung zur Durchführung eines BEM stelle eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Das BEM sei zwar selbst kein milderes Mittel gegenüber einer Kündigung. Mit seiner Hilfe könnten aber solche milderen Mittel, z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes für die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, ebenfalls durch Umsetzungen freizumachenden, Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden.

Sei ein BEM entgegen § 84 Abs. 2 SGB IX unterblieben, dürfe der Arbeitgeber sich nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer und es gebe keine leidensgerechten Arbeitsplätze, die dieser trotz seiner Erkrankung ausfüllen könne. Er habe vielmehr von sich aus denkbare und vom Arbeitnehmer (außergerichtlich) bereits genannte Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen als auch die Beschäftigung auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz ausscheiden. Erst nach einem solchen Vortrag sei Sache des Arbeitnehmers, sich hieraus substantiiert einzulassen und darzulegen, wie er sich selbst eine leidensgerechte Beschäftigung vorstelle.

Das gleiche gelte, wenn der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 84 Abs. 2 SGB IX ein Verfahren durchgeführt habe, das nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen an ein BEM genüge.

Habe der Arbeitgeber ein BEM deshalb nicht durchgeführt, weil der Arbeitnehmer nicht eingewilligt habe, komme es darauf an, ob der Arbeitgeber den Betroffenen zuvor auf die Ziele des BEM‘s sowie auf Art und Umfang der Hilfe erhobenen und verwendeten Daten hingewiesen hatte. Die Belehrung nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX gehöre zu einem regelkonformen Ersuchen des Arbeitgebers um Zustimmung des Arbeitnehmers zur Durchführung eines BEM. Sie solle dem Arbeitnehmer die Entscheidung ermöglichen, ob er ihm zustimme oder nicht. Die Initiativlast für die Durchführung eines BEM trage der Arbeitgeber.

Stimme der Arbeitnehmer trotz ordnungsgemäßer Aufklärung nicht zu, sei das Unterlassen eines BEM „kündigungsneutral“. Zwingende Voraussetzung für die Durchführung eines BEM’s sei das Einverständnis des Betroffenen. Ohne die ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen dürfe keine Stelle unterrichtet oder eingeschaltet werden.

Möglich sei es, dass auch ein BEM kein positives Ergebnis hätte erbringen können. Wenn dies der Fall sei, könne dem Arbeitgeber aus dem Unterlassen eines BEM kein Nachteil entstehen.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein BEM deshalb entbehrlich gewesen sei, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Arbeitnehmers unter keinen Umständen ein positives Ergebnis hätte bringen können, trage der Arbeitgeber. Dazu müsse er umfassend und konkret vortragen, warum weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassungen für Änderung möglich gewesen wäre und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können, warum also ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, erneute Krankheitszeiten des Arbeitnehmers vorzubeugen und ihm den Arbeitsplatz zu erhalten.

FAZIT:

Die Entscheidung gibt die bisherige Rechtsprechung des BAG zu den Voraussetzungen und Anforderungen eines BEM sowie die Rechtsfolgen eines unterbliebenen BEM, sei es, weil der Arbeitgeber es unterlassen oder der Arbeitnehmer seine Zustimmung verweigert hat, sehr prägnant wieder. Eine zwingende Voraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung ist das BEM jedenfalls nicht. Es kann für den Arbeitgeber gute Gründe geben ein BEM vor Ausspruch der Kündigung nicht durchzuführen. Vor allem das Zeitmoment wird dabei Bedeutung haben.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Urteil vom 26.01.2011 – 5 AZR 819/2009 – Berechnung von Minusstunden

EINLEITUNG:

Im Rahmen flexibler Arbeitszeitkonten können bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Minusstunden auftreten, die grundsätzlich vom Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszugleichen sind. Die Belastung eines Arbeitszeitkontos mit Minusstunden setzt voraus, dass der Arbeitgeber diese Stunden im Rahmen einer verstetigten Vergütung entlohnt hat und der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist, weil er die in Minusstunden ausgedrückte Arbeitszeit vorschussweise vergütet erhalten hat (BAG, Urt. v. 26. 1. 2011 – 5 AZR 819/09).

SACHVERHALT:

Ein Installateur war bis Ende August 2008 bei seinem Arbeitgeber beschäftigt. Nach dem Tarifvertrag, auf dem im Arbeitsvertrag verwiesen wird, soll die gleichmäßige oder ungleichmäßige Verteilung der Arbeitszeit auf Monate, Wochen und Wochentage durch Betriebsvereinbarung geregelt werden. In Betrieben ohne Betriebsrat ist die Verteilung durch eine Entscheidung des Arbeitgebers zu treffen. Wird die Arbeitszeit ungleichmäßig verteilt, ist ein Arbeitszeitkonto zu führen. Ein Betriebsrat bestand im Betrieb des Arbeitgebers nicht. Der Arbeitgeber setzte die Arbeitnehmer nach Bedarf ein und führte ein Arbeitszeitkonto. Eine abstrakte Regelung zur Verteilung der Arbeitszeit hatte er aber nicht getroffen.

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Installateur wies dessen Arbeitszeitkonto ein Minus von 217,88 Stunden

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

auf. Diese aufgelaufenen Minusstunden verrechnete der Arbeitgeber mit der Vergütung für den letzten Abrechnungsmonat August 2008. Der Installateur wehrte sich gegen die Verrechnung und verlangte die einbehaltene Vergütung des Monats August. Der Installateur war in allen drei Instanzen erfolgreich.

ENTSCHEIDUNG:

Das BAG erkannte die im Arbeitszeitkonto geführten Minusstunden nicht an. Deshalb habe kein verrechnungsfähiger Anspruch bestanden. Einem Arbeitszeitkonto könnten nur Minusstunden gutgeschrieben werden, wenn der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet sei, weil er einen entsprechenden Vergütungsvorschuss erhalten habe. Der Arbeitnehmer sei z.B. nicht zur Nachleistung verpflichtet, wenn Arbeitsstunden nicht geleistet werden und sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befunden habe.

Im vorliegenden Fall habe der Arbeitgeber keine wirksame Verteilung der Arbeitszeit vorgenommen. Nach dem Tarifvertrag setze eine wirksame Vorgabe für die abzuleistende Arbeitszeit zumindest Textform voraus. Der Arbeitgeber habe keine verbindliche Arbeitszeitverteilung vorgenommen, sondern die Arbeit lediglich flexibel abgerufen. Damit sei er in Annahmeverzug geraten, wenn er an diesem Tag weniger als die regelmäßige Arbeitszeit abgerufen habe. Der Arbeitnehmer habe deshalb mit der vollen Bezahlung für diesen Tag hinsichtlich der überschießenden Vergütung keinen Vorschuss erhalten, sondern der Arbeitgeber habe lediglich den Annahmeverzugsanspruch des Arbeitnehmers bedient. Der Arbeitnehmer sei nicht verpflichtet gewesen, die Stunden nachzuarbeiten.

Der Zahlungsanspruch des Arbeitnehmers sei auch nicht da-

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

durch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer nach den tariflichen Ausschlussfristen keine Korrektur des Arbeitszeitkontos mehr verlangen könne. Der Einwand gegen den vom Arbeitgeber erhobenen Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Vergütung unterliege keinen Ausschlussfristen, die zum Verfall von Ansprüchen führten.

FAZIT:

Die sehr formal begründete Entscheidung begegnet Bedenken, nachdem offenbar über Jahre im Betrieb des Arbeitgebers eine flexible Arbeitszeit ohne Einwände der Arbeitnehmer akzeptiert und die zur Anrechnung auf die Jahresarbeitszeit anerkannten Stunden in einem Arbeitszeitkonto auch schriftlich erfasst wurden. Der Arbeitnehmer hatte durch das Arbeitszeitkonto durch den Arbeitgeber eine Übersicht der von ihm geleisteten Stunden und im Fall von Minusstunden die Tatsache schriftlich vor Augen, dass er mit der erbrachten Arbeitszeit im Rückstand war. Die Vorstellung, trotz der funktionierenden und von den Arbeitnehmern offenbar auch akzeptierten betrieblichen Praxis habe keine wirksame Arbeitszeitregelung bestanden, sodass der Arbeitgeber täglich in Annahmeverzug geraten sei, wenn er weniger als die regelmäßige tägliche Arbeitszeit habe arbeiten lassen, ist ausgesprochen betriebsfremd. Besteht im Betrieb kein Betriebsrat, mit dem die Arbeitszeit durch Betriebsvereinbarung geregelt werden könnte, wird ein Arbeitgeber wenig Veranlassung haben, die Arbeitszeitregelung abstrakt schriftlich zu entwerfen und zu veröffentlichen. Möglicherweise hätte es dem Arbeitgeber geholfen, wenn er jeweils im Voraus zumindest Dienstpläne erstellt und ausgehängt hätte.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 06.05.2011 – 6 Sa 2558/10 – Abmahnung als Voraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung ist unter Umständen entbehrlich

EINLEITUNG:

Schuldhafte Pflichtverletzungen können eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Vorher wird allerdings regelmäßig eine Abmahnung erforderlich sein, weil die Kündigung als „ultima ratio“ nicht möglich ist, wenn ein milderes Mittel zu Gebote steht.

Bei schwerwiegenden Pflichtverstößen, bei denen die Pflichtwidrigkeit des Arbeitnehmers ohne Weiteres erkennbar ist und er mit einer Billigung seines Verhaltens seitens des Arbeitgebers nicht rechnen konnte, wird eine Abmahnung im Vorfeld der Kündigung nicht als erforderlich angesehen. Eine Abmahnung als Vorstufe zu einer außerordentlichen Kündigung ist ebenfalls grundsätzlich entbehrlich. Zerstört die Pflichtverletzung die Vertrauensgrundlage zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, kann es nicht darauf ankommen, ob zuvor eine Abmahnung erfolgt ist oder nicht. Die Vertrauensstörung kann durch eine Abmahnung nicht beseitigt werden. Eine Abmahnung ist ebenso nicht erforderlich, wenn der Arbeitnehmer nicht willens oder nicht in der Lage ist, sich vertragstreu zu verhalten. In diesen Fällen würde die Abmahnung eine sinnlose Förmelei darstellen, da eine Änderung des Verhaltens nicht zu erwarten ist. Aus dem gleichen Grund ist eine Abmahnung auch bei personenbedingten Kündigungen nicht erforderlich.

Diese Grundsätze hat der 2. Senat des BAG in seiner „Emmely-

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

Entscheidung“ in wesentlichen Punkten in Frage gestellt und betont, dass in jedem Fall eine Prognose darüber anzustellen sei, ob eine Wiederholung des pflichtwidrigen Verhaltens zu erwarten sei. Auch bei schweren Pflichtverstößen komme es entscheidend auf die abschließende Abwägung der beiderseitigen Interessen an. Das LAG Berlin-Brandenburg hat sich in dem nachfolgend geschilderten Fall mit den Anforderungen des 2. Senats an eine außerordentliche Kündigung auch ohne berücksichtigungsfähige Abmahnung auseinandergesetzt.

SACHVERHALT:

Gegenstand des Verfahrens war die Kündigungsschutzklage eines Busfahrers, der für die Betriebsratswahl am 19.05.2010 kandidiert hatte. Mit zwei Schreiben vom 28.05.2010 hatte der Arbeitgeber den Busfahrer abgemahnt, weil er seinen Bus verlassen hatte, um sich mit Kaffee und Essen zu versorgen. Nach weiteren Vorfällen am 26. und 30.05. sowie 04.06.2010 kündigte der Arbeitgeber am 21.06.2010 fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 30.09.2010.

Nach dem Vortrag des Arbeitgebers hatte der Fahrer am 26.05.2010 seinen Bus unbeaufsichtigt an einer Haltestelle abgestellt, um sich sodann mit der U-Bahn zum Betriebshof zu begeben. Am 30.05. hatte er die Fahrgäste über Lautsprecheranlage von einer Fahrscheinkontrolle unterrichtet. Am 04.06., hatte er die Polizei gerufen, um einen Mitarbeiter des Arbeitgebers aus dem Bus entfernen zulassen, den er zuvor zum Verlassen des Busses aufgefordert hatte. Dabei bezeichnete er die Arbeitsbedingungen

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

bei seinem Arbeitgeber als „menschenunwürdig“.

Das LAG wies die Kündigungsschutzklage ab. Seiner Auffassung nach lag in dem Verhalten des Busfahrers am 04.06.2010 ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung.

ENTSCHEIDUNG:

Das Unterbrechen der Fahrt und die Anforderung der Polizei stelle sich nicht nur als Arbeitsverweigerung dar, sondern ginge darüber hinaus, indem der Busfahrer in Gegenwart von Fahrgästen den Ruf des Arbeitgebers geschädigt habe. Durch die unwidersprochene Darstellung des Arbeitgebers, er habe den erschienenen Polizisten gegenüber von „menschenunwürdigen“ Arbeitsbedingungen gesprochen, habe er die negative Außenwahrnehmung durch die völlig unbegründete Anforderung der Polizei noch zusätzlich gesteigert.

Der Arbeitgeber habe sich nicht darauf verweisen lassen müssen, den Busfahrer wegen seines Fehlverhaltens vom 04.06.2010 lediglich abzumahnen. Zwar sei bei einer Pflichtverletzung, die auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers beruhe, grundsätzlich davon auszugehen, dass das künftige Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden könne. Deshalb diene die regelmäßig erforderliche Abmahnung zugleich der Objektivierung einer negativen Prognose. Die Abmahnung entspreche auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie sei in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst danach nicht zu erwarten stehe oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handele, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausge-

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

schlossen sei (BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 -, NZA 2010, 1227).

Die Unterbrechung der Fahrt eines mit Fahrgästen besetzten Linienbusses, um die Polizei aus einem nichtigen Anlass anzufordern, stelle eine derart schwere Pflichtverletzung dar, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen gewesen sei.

Nachdem der Mitarbeiter des Arbeitgebers, den der Busfahrer zum Verlassen des Busses aufgefordert hatte, bereits an der vorigen Haltestelle ausgestiegen war, könne das Anfordern der Polizei einzig und allein dem Zweck gedient haben, dass sich der Busfahrer dadurch Genugtuung verschaffen wollte, ohne Rücksicht auf die Interessen der Fahrgäste und den Ruf des Arbeitgebers die angeblich „menschenunwürdigen“ Arbeitsbedingungen öffentlich anzuprangern.

Bei der gebotenen Interessenabwägung überwögen die Belange des Busfahrers nicht.

Im Rahmen der Interessenabwägung zur Bestimmung der Frage, ob dem Arbeitgeber die Einhaltung der Kündigungsfrist zumutbar sei, sei u.a. Gewicht und Auswirkungen einer Pflichtverletzung, eine mögliche Wiederholungsgefahr, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf zu berücksichtigen (BAG, Urteil vom 10.11.2005 – 2 AZR 623/04 – AP BGB § 626 Nr. 196 zu BI1b bb 2(2 der Gründe).

Es sei dem Arbeitgeber nicht zuzumuten gewesen, den Busfahrer noch länger als drei Monate bis zum Ablauf einer Kün-

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

digungsfrist weiterzubeschäftigen. Der Busfahrer habe seine Arbeitspflicht und seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers gem. § 241 Abs. 2 BGB vorsätzlich schwer verletzt, indem er den Arbeitgeber öffentlich vorgeführt habe. Angesichts der auch in seiner Bezeichnung der Arbeitsbedingungen als „menschenunwürdig“ zum Ausdruck gelangten Einstellung des Busfahrers bestünde die Gefahr, dass dieser bei nächster Gelegenheit erneut rücksichtslos seine auch nur vermeintlich berechtigten Interessen öffentlichkeitswirksam verfolgen würde. Dies sei mit Rücksicht darauf besonders bedeutsam, dass der Busfahrer seiner Tätigkeit im Wesentlichen unbeaufsichtigt nachzugehen hatte.

Das Arbeitsverhältnis habe mit 9 ½ Jahren noch nicht derart lange bestanden, dass dem Arbeitgeber zum Ausgleich für bislang gezeigte korrekte Pflichterfüllung ein längeres Zuwarten hätte angesonnen werden können. Auch sei das Arbeitsverhältnis schon bislang nicht störungsfrei verlaufen. Zwar könne der Inhalt der beiden dem Kläger zuvor erteilten Abmahnungen für die Frage, ob in der Pflichtverletzung für den 04.07.2010 sogar ein Wiederholungsfall gesehen werden könne, nicht berücksichtigt werden, weil deren Inhalt im Anhörungsschreiben an den Betriebsrat nicht einmal abstrakt wiedergegeben worden war und der Arbeitgeber auch nicht vorgetragen habe, dem Betriebsrat die Abmahnung zuvor schon schriftlich zur Kenntnis gegeben zu haben. Gleichwohl könne im Rahmen der Interessenabwägung Berücksichtigung finden, dass das Arbeitsverhältnis nicht störungsfrei verlaufen sei, weil die Tatsache vorangegangener Abmahnungen auch im Anhörungsschreiben an den Betriebsrat erwähnt worden sei.

Der Arbeitgeber habe sein Kündigungsrecht auch nicht dadurch

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

verbraucht, dass er den Busfahrer am 04.06.2010 abgemahnt habe. Diese ebenfalls im Anhörungsschreiben als solche erwähnte aber nicht inhaltlich mitgeteilt Abmahnung soll sich gerade nicht auf die drei danach geschilderten Vorfälle bezogen haben. Durch eine Abmahnung verbraucht im Sinne eines untechnischen Verzichts könnten Kündigungsgründe aber nur sein, wenn sie in der Abmahnung auch als Pflichtverletzung gerügt worden seien.

FAZIT:

Die Entscheidung ist bemerkenswert, weil sie die Rechtswirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung trotz einer fehlenden vorangegangenen einschlägigen Abmahnung bestätigt und eine negative Zukunftsprognose allein aus dem Verhalten des Klägers, das den Kündigungsgrund bildet, und der Schwere des Pflichtenverstoßes herleitet.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

Sie brauchen detailliertere Informationen?
Sie hätten gerne ein persönliches Gespräch zu Themen dieser Ausgabe?
Sie haben Fragen zu unserer Veranstaltung?

Wir freuen uns, wenn Sie mit uns Kontakt aufnehmen.
info@thomsen-ra.de

Impressum:
Der THOMSEN RECHTSANWÄLTE Newsletter ist ein kostenloser Service. Die Verfasser übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit der übermittelten Informationen. Bitte beachten Sie, dass diese Informationen eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen können.

Herausgeber:
THOMSEN RECHTSANWÄLTE
Stabelstr. 10
76133 Karlsruhe
Ansprechpartner (ViSdP):
Rechtsanwalt Klaus Thomas Thomsen