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
DEZEMBER 2011

BAG, Urteil vom 14.12.2011 – 4 AZR 79/10 –
Dynamische Verweisungsklausel als Gleichstellungsabrede

BAG, Urteil vom 15.11.2011 – 9 AZR 387/10 –
Kein Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages nach Gleichbehandlungsgrundsatz bei Überschreitung der Überlastquote

BAG, Urteil vom 07.07. 2011 – 2 AZR 396/10 –
Entschädigungsanspruch bei falscher Beantwortung der Frage nach Schwerbehinderung

LAG Düsseldorf, Urteil vom 08.12.2011 – 11 Sa 852/10 –
Ansprüche aus Equal Pay können trotz Tarifunfähigkeit der CGZP verfallen

LAG Hessen, Urteil vom 29.08.2011 – 7 Sa 248/11 –
Außerordentliche Kündigung bei Freistellung

LAG Hessen, Urteil vom 25.07.2011 – 17 Sa 153/11 –
Vertragswidrige Privatnutzung eines Diensthandys kann fristlose Kündigung rechtfertigen

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 14.12.2011 – 4 AZR 79/10 – Dynamische Verweisungsklausel als Gleichstellungsabrede

EINLEITUNG:

Der 4. Senat des BAG hat bekanntlich in einer grundlegenden Entscheidung (Urteil vom 14.12.2005 – 4 ARZ 536/04) seine Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung von Klauseln im Arbeitsvertrag, durch die ein Tarifvertrag in Bezug genommen werden soll, geändert. Wurde in einem Arbeitsvertrag auf die einschlägigen Tarifverträge in der jeweiligen Fassung verwiesen, so hatte der 4. Senat dies in ständiger Rechtsprechung im Zweifel als bloße Gleichstellungsabrede verstanden. Ist der Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses durch seine Verbandsmitgliedschaft oder als Tarifvertragspartei eines Haustarifvertrages an einen Tarifvertrag gebunden, nahm das BAG früher an, der Arbeitgeber wolle durch den Verweis auf die einschlägigen Tarifverträge lediglich erreichen, dass die nicht durch ihre Mitgliedschaft in der Gewerkschaft an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitnehmer mit den organisierten Arbeitnehmern gleichgestellt werden. Die Arbeitgeber bezwecken mit dieser Klausel die Schaffung einheitlicher Arbeitsbedingungen unabhängig von der Gewerkschaftszugehörigkeit eines Mitarbeiters. Das hatte zur Folge, dass der in Bezug genommene Tarifvertrag bedeutungslos wurde, wenn nur der Arbeitgeber nicht mehr an den Tarifvertrag gebunden war, z.B. weil er zwischenzeitlich aus dem Verband ausgetreten war oder den Betrieb verkauft hatte.

Nach einem Wechsel im Vorsitz des 4. Senats hält das BAG diese am Zweck der Regelung orientierte Auslegung für nicht haltbar und nimmt die Klausel wörtlich. Das bedeutet bei einer dynamischen Verweisungsklausel, dass der Arbeitgeber über

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

die Arbeitsverträge mit den nicht organisierten Arbeitnehmern auch dann an den Tarifvertrag in der jeweiligen Fassung gebunden bleibt, wenn er selbst aus dem Verband ausgetreten ist. Für Altverträge, die vor dem 01.01.2002 abgeschlossen wurden, gewährt das BAG allerdings Vertrauensschutz. Bei diesen Verträgen sollte es bei der früheren Auslegung verbleiben, sodass die Klausel in Altverträgen also keine über die Gleichstellung hinausgehende Wirkung entfaltet. Die jüngste Entscheidung des Senats zu einer sogenannten dynamischen Verweisungsklausel bestätigt den Vertrauensschutz für Altverträge.

SACHVERHALT:

Die Parteien hatten im Jahr 1992 einen formularmäßigen Arbeitsvertrag unterzeichnet, in dem die Vergütung nach einer bestimmten Tarifgruppe des damals geltenden Tarifvertrages für den Einzelhandel Brandenburg vereinbart worden war. Im Übrigen sollte sich das Arbeitsverhältnis „nach den jeweils geltenden Tarifverträgen der in Frage kommenden Sparten“ richten. Der Arbeitgeber trat 1997 aus dem Arbeitgeberverband aus. Im März 2008 verlangte eine Arbeitnehmerin Vergütung entsprechend dem aktuellen Tarifvertag des Einzelhandels Brandenburg. Der Arbeitgeber lehnte das mit der Begründung ab, die Verweisungsklausel sei als Gleichstellungsabrede zu verstehen.

ENTSCHEIDUNG:

Die Verweisungsklausel im Arbeitsvertrag sei als Gleichstellungsabrede auszulegen. In ihrer Gesamtheit nehme sie hinreichend klar auf dem zu jener Zeit geltenden Tarifvertrag für den Einzelhandel Brandenburg Bezug. Zwar habe der 4. Senat seine Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede inzwischen geändert (vgl. BAG 18.04.2007 – 4 AZR 652/05 –). Für Verweisungsklauseln,

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

die vor dem 01.01.2002 vereinbart worden seien, bestehe aber Vertrauensschutz, sodass es auch im vorliegenden Fall bei der früheren Auslegungsregel verbleibe.

FAZIT:

Das BAG bestätigt den schon anlässlich der Ankündigung der Rechtsprechungsänderung in Aussicht gestellten Vertrauensschutz. Das ist keineswegs selbstverständlich, weil seit der angekündigten Rechtsprechungsänderung inzwischen mehr als 6 Jahre vergangen sind und das BAG sich auch auf den Standpunkt stellen könnte, in dieser Zeit habe hinreichend Gelegenheit bestanden, die Arbeitsverträge zu ändern. Es bleibt abzuwarten, ob sich aus der Begründung etwas zu der Frage entnehmen lässt, wann das BAG das Ende des Vertrauensschutzes als erreicht ansieht. Bisher liegt die Entscheidung erst als Presseerklärung vor.

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 15.11.2011 – 9 AZR 387/10 – Kein Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages nach Gleichbehandlungsgrundsatz bei Überschreitung der Überlastquote

EINLEITUNG:

Je nach Lebensplanung sind Altersteilzeitarbeitsverhältnisse bei vielen Arbeitnehmern erwünscht. Voraussetzung ist der Abschluss eines Altersteilzeitvertrages. Weigert sich der Arbeitnehmer bei einem bestimmten Arbeitnehmer, ein Altersteilzeitverhältnis einzugehen, obwohl er in anderen Fällen Altersteilzeitverträge abschließt, stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer einen einklagbaren Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Abschluss des Altersteilzeitvertrages hat.

SACHVERHALT:

Beim Arbeitgeber besteht ein Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeit (TV ATZ). § 2 des TV ATZ regelt in einer Kannbestimmung, dass mit Arbeitnehmern, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, eine Betriebszugehörigkeit von mind. fünf Jahren aufweisen und in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Altersteilzeit mind. 1.080 Kalendertage versicherungspflichtig beschäftigt waren, ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes vereinbaren können.

Der Arbeitgeber vereinbarte mit verschiedenen Arbeitnehmern in den Jahren 2002 bis 2008 auf der Grundlage des Tarifvertrages Altersteilzeitarbeitsverhältnisse, sodass schließlich nahezu 21 % der betriebsangehörigen Beschäftigten in einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis standen. Nachdem die finanziellen Rückstellungen für die Absicherung künftiger Altersteilzeitan-

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

sprüche der Mitarbeiter aufgezehrt waren, informierte der Arbeitgeber die Belegschaft, dass zur Zeit Altersteilzeitanträge abgelehnt werden müssten, weil die Überlastquote nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 Altersteilzeitgesetz überschritten sei. Danach lehnte das Unternehmen den Altersteilzeitantrag eines Kfz-Meisters und einer Reinigungskraft ab. Anträge anderer Arbeitnehmer wurden später allerdings wieder bewilligt.

Die beiden Arbeitnehmer machten geltend, sie erfüllten die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 2 TV ATZ, sodass sie Anspruch auf ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis hätten. Der Arbeitgeber habe das Recht, sich auf das Überschreiten der Überlastquote zu berufen, verwirkt, weil er über viele Jahre entsprechende Anträge bewilligt habe. Sie hätten aufgrund dieser Praxis in der Vergangenheit auf den Abschluss eines Altersteilzeitvertrages vertraut. Im Übrigen bestünde der Anspruch auch aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung.

ENTSCHEIDUNG:

Die Klage der beiden Arbeitnehmer zuletzt vor dem BAG hatte keinen Erfolg. Der Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages folge nicht aus dem TV ATZ. Ein tariflicher Anspruch scheitere daran, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem die Arbeitnehmerin den Abschluss des Altersteilzeitvertrages verlangt hätte, in den Entsorgungsbetrieben des Arbeitgebers die in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Altersteilzeitgesetz eine bestimmte Überlastquote überschritten gewesen sei. Bei Überschreitung der Überlastquote habe der Arbeitnehmer keinen Anspruch nach § 2 Abs. 1 TV ATZ auf eine Entscheidung seines Arbeitgebers nach billigem Ermessen, ob er mit dem Arbeitnehmer einen Altersteilzeitarbeitsvertrag abschließen wolle. Die tarifliche Anspruchsgrundlage, die die Änderung des Arbeitsverhältnisses in ein Alters-

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

teilzeitarbeitsverhältnis vorsehe, beruhe auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes, welches das öffentlich-rechtliche System der Refinanzierung durch Erstattungsleistungen der öffentlichen Hand nach § 3 und 4 Altersteilzeitgesetz in die privatrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen mit einbeziehe. Durch den Verweis in § 2 Abs. 1 TV ATZ auf das Altersteilzeitgesetz werde der Anspruch auf eine Entscheidung nach billigem Ermessen unter den tariflichen Vorbehalt gestellt, dass die Überlastquote von 5 % im Betrieb nicht überschritten sei. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern über die gesetzliche Quote hinaus sei ein negatives Tatbestandsmerkmal, das bereits die Entstehung des Anspruchs hindere.

Der Arbeitgeber habe das Recht, sich auf die Überlastquote nicht verwirkt, indem er im Zeitraum von 2002 bis 2008 trotz Überschreitung der Quote weiterhin mit Mitarbeitern Altersteilzeitarbeitsverträge geschlossen habe. Nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 TV ATZ i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 3 Alternative 1 Altersteilzeitgesetz bleibe der Arbeitgeber unabhängig davon, ob er die Quote bereits erfüllt habe, in seiner Entscheidung frei.

Der Anspruch folge auch nicht aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser gebietet es dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befänden, bei Anwendung seiner selbstgegebenen Regelungen gleich zu behandeln. Der Gleichbehandlungsgrundsatz werde inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt. Bei freiwilligen Leistungen müsse der Arbeitgeber die Leistungsvoraussetzungen so abgrenzen, dass Arbeitnehmer nicht aus sachfremden oder willkürlichen Gründen ausgeschlossen würden. Verstoße der Arbeitgeber bei der Gewährung freiwilliger Leistungen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, habe der benachteiligende

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 Anspruch auf die vorenthaltene Leistung.

Der Arbeitgeber habe Arbeitnehmer, die einen Antrag auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags vor dem 8. Februar 2008 einreichten, anders als Arbeitnehmer behandelt, die das Angebot zu einem späteren Zeitpunkt einreichten.
Diese Gruppenbildung sei jedoch nicht willkürlich. Ihr lägen sachliche Erwägungen zugrunde, die die unterschiedliche Behandlung rechtfertigten.

Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz sei es vereinbar, wenn der Arbeitgeber einen Stichtag benenne, ab dem er eine freiwillige Leistung einstellt. Stichtagsregelungen seien als „Typisierung in der Zeit" ungeachtet der damit verbundenen Härten zur Abgrenzung des begünstigten Personenkreises zulässig. Denn der Anspruch auf Gleichbehandlung sei nicht nur räumlich, sondern auch zeitlich begrenzt. Dies gelte jedenfalls dann, wenn sich die Wahl des Zeitpunkts am zu regelnden Sachverhalt orientiere und die Interessenlage der Betroffenen angemessen erfasse. Bei der Festlegung des Stichtags bestehe ein weiter Ermessensspielraum. Die zeitliche Differenzierung sei zulässig, wenn sie auf die infrage stehende Leistung und ihre Besonderheiten abgestimmt sei. Entscheidend seien die hinter der Stichtagsregelung stehenden Gründe. Auch Kostenbelastungen könnten eine Stichtagsregelung rechtfertigen. Diese Grundsätze gölten insbesondere in den Fällen, in denen ein Arbeitgeber im Hinblick auf das Überschreiten der Überlastquote einen Stichtag festlege, ab dem er den Abschluss von Altersteilzeitarbeitsverträgen ablehnt.

FAZIT:

In seiner Entscheidung vom 14. Oktober 2008 (BAG - 9 AZR

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

511/07 - Rn. 24, aaO) hatte das BAG noch angenommen, das Überschreiten der Überlastquote sei lediglich ein Aspekt, den der Arbeitgeber im Rahmen des von ihm auszuübenden Ermessen berücksichtigen könne. Mit dieser Auffassung bricht der Senat. Interessant sind zudem die Ausführungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz. Einfache Stichtagsregelungen sind danach geeignet, ein sachliches Differenzierungsmerkmal für eine unterschiedliche Behandlung zu schaffen.

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 07.07. 2011 – 2 AZR 396/10 – Entschädigungsanspruch bei falscher Beantwortung der Frage nach Schwerbehinderung

EINLEITUNG:

Das BAG ist bisher in ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass die Frage nach einer Schwerbehinderung des Bewerbers uneingeschränkt zulässig ist, auch wenn die Behinderung, auf der die Anerkennung beruht, tätigkeitsneutral ist. Eine entsprechende Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bestehe allerdings nur, wenn die Behinderung die Ausübung der Tätigkeit unmöglich mache. Sei die Schwerbehinderung für den Arbeitgeber aber offensichtlich und könne deshalb bei ihm ein Irrtum nicht entstehen, berechtige die Falschbeantwortung der Frage ausnahmsweise nicht zur Anfechtung des Arbeitsvertrages. Die besonderen Verpflichtungen des Arbeitgebers, die während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses an eine Schwerbehinderung geknüpft seien, begründeten ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, den Stellenbewerber bei den Einstellungsverhandlungen nach der Schwerbehinderteneigenschaft zu fragen. An dieser Rechtsprechung hat das BAG auch nach Einfügung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf, ausdrücklich festgehalten und darauf abgestellt, es fehle eine § 611 a BGB a.F. vergleichbare einzelgesetzliche Regelung zur Durchsetzung des grundrechtlichen Benachteiligungsverbots.

Mit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX (jetzt § 1 AGG) ist dieser Argumentation der Boden entzogen. Der Gesetzgeber wollte das in Art. 3 Abs. 3 S. 2 AGG und Art. 5 der Gleichbehandlungs-RL 2000/78/EG statuierte Diskriminierungsverbot

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

für schwerbehinderte Menschen umsetzen. Benachteiligungen wegen einer Behinderung sind in Bezug auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit nach §§ 3, 2 Abs. 1 AGG unzulässig. Die Gefahr einer Benachteiligung besteht aber, wenn der Arbeitgeber nach einer wahrheitsgemäßen Auskunft wegen der mit der Beschäftigung eines schwerbehinderten Menschen verbundenen gesetzlichen Auflagen von einer Einstellung Abstand nimmt. Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft in der Einstellungssituation ist deshalb nach inzwischen h.M. ohne konkreten Bezug zu dem in Aussicht genommenen Arbeitsplatz unzulässig.

Zulässig bleibt demgegenüber die Frage, ob im Hinblick auf die konkret zu besetzende Stelle, körperliche Beeinträchtigungen bestehen, die der Verwendung auf dieser Stelle entgegenstehen könnten. Dies ergibt sich aus § 8 Abs. 1 AGG (vorher § 81 Abs. 2 Nr. 1 S. 4 SGBIX). Danach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung zulässig, wenn es um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung geht. Insoweit besteht auch eine Pflicht des Bewerbers zur ungefragten Offenbarung dieser konkreten Beeinträchtigungen.

Die falsche Beantwortung einer dem Arbeitnehmer bei der Einstellung zulässigerweise gestellten Frage kann den Arbeitgeber dazu berechtigen, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Das setzt voraus, dass die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags ursächlich war. Wirkt sich die Täuschung im Arbeitsverhältnis weiterhin aus, kann zudem eine Kündigung gerechtfertigt sein. Das BAG hatte jetzt einen Fall zu entscheiden, bei dem eine Angestellte die Schwerbehinderung im Einstellungsfragebogen wahrheitswidrig verneint hatte. Anfechtung, außerordentliche Kündigung und ein Entschädigungsanspruch der Angestellten wegen eines Verstoßes gegen das AGG werden in dieser Entscheidung sehr informativ

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

ausführlich geprüft.

SACHVERHALT:

Der Arbeitgeber ist ein Softwareunternehmen mit mehr als 1 200 Arbeitnehmern und beschäftigte in seiner Niederlassung in B eine Angestellte im Vertriebsaußendienst, die seit Juli 1998 als Schwerbehinderte mit einem Grad der Behinderung von 50 anerkannt war. Vor Unterzeichnung des Arbeitsvertrags hatte der Arbeitgeber der Angestellten einen Personalfragebogen vorgelegt. Die darin enthaltene Frage, ob sie anerkannte Schwerbehinderte oder Gleichgestellte sei, hatte die Angestellte verneint. Am 7. 10. 2008 teilte sie mit, dass sie als Schwerbehinderte anerkannt sei. Der Arbeitgeber hatte ihr zuvor unter Hinweis auf betriebsbedingte Gründe nahegelegt, gegen eine Abfindung aus dem Arbeitsverhältnis auszuscheiden. Noch am Abend des 7. 10. 2008 stellte der Arbeitgeber die Angestellte von der Arbeit frei und forderte sie auf, ihre persönlichen Sachen aus ihrem Büro zu entfernen sowie die Firmenkreditkarte und den Computer abzugeben. Zudem sperrte er ihre Zugangsberechtigungen zu den betrieblichen Kommunikationsmitteln, der EDV, den Kundendatenbanken und dem Firmenkonto.

Mit Schreiben vom 8. 10. 2008 erklärte der Arbeitgeber die Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung durch die Falschangabe im Personalfragebogen und kündigte das Arbeitsverhältnis außerdem nach Zustimmung des Integrationsamts mit Schreiben vom 22. 10. 2008 fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Termin.

Die Angestellte ist der Auffassung, die Frage nach dem Bestehen einer anerkannten Schwerbehinderung habe sie wegen der darin liegenden Diskriminierung falsch beantworten dürfen. Ein

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

Anfechtungsgrund wegen arglistiger Täuschung liege nicht vor. Die auf die falsche Antwort gestützte Kündigung sei gleichermaßen diskriminierend und deshalb unwirksam.

Sie verlangte wegen Diskriminierung eine Entschädigung nach § 15 Absatz II AGG in einer Größenordnung von 96.000,- €. Die Anfechtungserklärung vom 8. 10. 2008 und die Kündigungserklärung vom 22. 10. 2008 beruhten auf ihrer falschen Antwort im Personalfragebogen. Die Diskriminierung ergebe sich außerdem aus der Art und Weise, in der sie am 7. 10. 2008 ihren Arbeitsplatz habe verlassen müssen, sowie aus dem Prozessverhalten des Arbeitgebers, weil er ihr eine Behinderung aus psychischen Gründen zu unterstellen suche.

Der Arbeitgeber hat sich im Prozess dahingehend eingelassen, er habe die Frage in erster Linie gestellt, weil man die Anzahl schwerbehinderter Menschen im Betrieb habe erhöhen wollen. Mit einer wahrheitsgemäßen Antwort wären die Einstellungschancen der Angestellten noch größer gewesen. Sie wäre genauso eingestellt worden. Die Angestellte habe eine zulässige Frage bewusst unwahr beantwortet. Dies rechtfertige die Anfechtung und auch die außerordentliche Kündigung.

ENTSCHEIDUNG:

Eine arglistige Täuschung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Der Arbeitgeber sei nicht durch die falsche Antwort der Angestellten zum Abschluss des Arbeitsvertrags bestimmt worden.

Die falsche Beantwortung einer dem Arbeitnehmer bei der Einstellung zulässigerweise gestellten Frage könne den Arbeitgeber dazu berechtigen, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täu-

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

schung anzufechten. Das setzte voraus, dass die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags ursächlich gewesen sei.

Im Streitfall bedürfe es keiner Entscheidung darüber, ob sich der Arbeitgeber weiterhin nach einer Anerkennung als Schwerbehinderter auch dann erkundigen dürfe, wenn die Behinderung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ohne Bedeutung sei. Das sei seit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX zum 1. 7. 2001 und des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zum 18. 8. 2006, insbesondere im Hinblick auf Art. 1, 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates, umstritten. Selbst wenn die Frage zulässig gewesen wäre und sie wahrheitsgemäß hätte beantwortet werden müssen, wäre der durch die Täuschung erregte Irrtum für den Abschluss des Arbeitsvertrags nicht ursächlich gewesen. Der Arbeitgeber habe ausdrücklich erklärt, er hätte die Einstellung auch dann vorgenommen, wenn die Angestellte die Frage wahrheitsgemäß beantwortet hätte.

Das Arbeitsverhältnis sei nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 22. 10. 2008 beendet worden. Gemäß § 626 Abs. 2 BGB könne das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorlägen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden könne. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung werde durch eine Möglichkeit zur Anfechtung ebenso wenig ausgeschlossen wie umgekehrt. Beide Gestaltungsrechte bestünden nebeneinander. Die Anfechtung setzte zwar einen Grund voraus, der schon bei Abschluss des Arbeitsvertrags vorgelegen habe, während die Kündigung dazu diene, ein durch nachträgliche Umstände belastetes oder sinnlos gewordenes

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

Arbeitsverhältnis zu beenden. Denkbar sei aber, dass ein Anfechtungsgrund im zu Stande gekommenen Arbeitsverhältnis so stark nachwirkte, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar sei.

Es könne auch in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob die Angestellte verpflichtet gewesen sei, die Frage nach einer Anerkennung als Schwerbehinderte wahrheitsgemäß zu beantworten. Selbst wenn dies zu bejahen wäre, läge ein wichtiger Grund i.S. von § 626 Abs. 2 BGB nicht vor. Die Täuschung habe nicht in einer Weise nachgewirkt, dass dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar gewesen wäre. Die Angestellte sei mehr als eineinhalb Jahre im Arbeitsverhältnis tätig gewesen, ohne dass es Beanstandungen gegeben habe.

Die Angestellte hat keinen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 AGG i.V. mit § 81 Absatz 2 Satz 2 SGB IX.

Die Angestellte sei nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt worden. Es bedürfe deshalb keiner Klärung, ob § 15 Abs. 2 AGG nach § 2 Abs. 4 AGG auf Benachteiligungen durch Kündigungen überhaupt anwendbar ist.

Nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX in der ab 18. 8. 2006 geltenden Fassung dürften Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX gölten hierzu die Regelungen des ebenfalls am 18. 8. 2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begründe nach § 15 Abs. 2 Satz 1

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

i.V. mit § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Geld auch wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden sei. § 15 Abs. 2 AGG regele zwar nicht ausdrücklich, dass der Entschädigungsanspruch einen Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 AGG voraussetzte. Dies ergebe sich aber aus dem Zusammenhang mit § 15 Abs. 1 AGG. Der Verstoß müsse nicht schuldhaft begangen worden sein.

Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 AGG liege vor, wenn Beschäftigte wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt würden. Der Kausalzusammenhang sei gegeben, wenn die Benachteiligung an einen oder mehrere der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpfe oder dadurch motiviert sei. Ausreichend sei, dass ein in § 1 AGG genannter Grund jedenfalls mitursächlich sei. Für den Begriff der Benachteiligung gelte § 3 AGG.

Die Beweislastregel des § 22 AGG für eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale wirke sich auf die Verteilung der Darlegungslast aus. Der Beschäftigte genüge seiner Darlegungslast, wenn er Indizien vortrage, die seine Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals vermuten ließen. Dies sei der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen ließen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt sei. Es sei ausreichend, Indizien vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zuließen, die aber die Annahme rechtfertigten, dass sie gegeben sei. Dabei sei kein zu strenger Maßstab an die Vermutungswirkung der Hilfstatsachen anzulegen. Würden vom Arbeitnehmer Tatsachen vorgetragen, die je für sich genommen nicht zur Begründung der Kausalität ausreichten, sei eine Gesamtbetrachtung

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

vorzunehmen. Zu prüfen sei, ob die Hilfstatsachen, würden sie im Zusammenhang gesehen, geeignet seien, die Vermutungswirkung zu begründen.

Danach habe der Arbeitgeber die Angestellte nicht i.S. von § 7 Abs. 1 AGG bzw. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX benachteiligt. Es fehle an hinreichenden Indiztatsachen i.S. von § 22 AGG für die Annahme, die Angestellte sei wegen ihrer Behinderung benachteiligt worden.

Allerdings habe ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Anzeige ihrer Schwerbehinderung und den Umständen, auf die sie ihren Entschädigungsanspruch stützte, bestanden. Ob schon ein solcher zeitlicher Zusammenhang geeignet sein könne, die Vermutungswirkung des § 22 AGG auszulösen, bedürfe keiner Entscheidung. Er reiche dafür jedenfalls im Streitfall nicht aus. Durch den Hinweis der Angestellten auf ihre seit Juli 1998 bestehende Anerkennung als Schwerbehinderte hätte der Arbeitgeber nicht nur erstmalig Kenntnis von diesem Umstand erlangt. Vielmehr sei damit zugleich offenbar geworden, dass die Angestellte vor der Einstellung eine falsche Auskunft gegeben hatte. Der Arbeitgeber habe durchgängig vorgetragen, ausschließlich darauf und auf eine durch die falsche Auskunft bewirkte Zerstörung des Vertrauensverhältnisses und nicht auf die Schwerbehinderung als solche reagiert zu haben. Dem entspreche die Formulierung im Schreiben vom 8. 10. 2008, die Anfechtung erfolge wegen der Lüge im Personalfragebogen. Auch aus dem weiteren Vortrag des Arbeitgebers ergäben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass Anfechtung oder Kündigung wegen der Behinderung ausgesprochen worden wären.

Eine Benachteiligung ergebe sich auch nicht aus den Maßnah-

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

men, welche der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Freistellung am 7. 10. 2008 angeordnet habe. Diese seien auf das beschränkt gewesen, was mit der sofortigen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei dem Arbeitgeber auch in anderen Fällen einherginge.

Die Angestellte habe sich nicht darauf berufen, bereits die Frage nach einer Schwerbehinderung als solche habe eine unzulässige Benachteiligung dargestellt. Es könne daher dahinstehen, ob insoweit die Fristen gem. § 15 Abs. 6 AGG, § 61 b Abs. 1 ArbGG gewahrt wären. Die Frage sei auch als Indiztatsache für eine spätere Benachteiligung durch die Freistellung und die diese begleitenden Maßnahmen oder durch die Anfechtung und Kündigung nicht geeignet. Aus ihr lasse sich auf eine Benachteiligungsabsicht des Arbeitgebers nicht mit hinreichender Sicherheit schließen. Der Arbeitgeber könne die Frage – so wie er geltend mache – auch aus dem Grund gestellt haben, bevorzugt Schwerbehinderte einstellen zu wollen. Auch aus den Gesamtumständen folgten keine hinreichenden Indizien für eine Benachteiligung. Die zeitliche Nähe von Freistellung, Anfechtung und Kündigung zur Anzeige der Schwerbehinderung genüge selbst unter Berücksichtigung der vor der Einstellung gestellten Frage nicht, um die Vermutungswirkung des § 22 AGG auszulösen. Der Arbeitgeber habe sich – plausibel – darauf berufen, er habe allein den Umstand, dass die Angestellte unehrlich gewesen sei, zum Anlass für die fraglichen Maßnahmen genommen. Das werde nicht dadurch widerlegt, dass er sie vor der Einstellung nach einer Anerkennung als Schwerbehinderte gefragt habe.

FAZIT:

Auf die seit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX zum 1. 7.

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

2001 und des AGG zum 18. 8. 2006 umstrittene Frage, ob sich der Arbeitgeber vor der Einstellung nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung erkundigen darf und ob ein Bewerber eine solche Frage wahrheitsgemäß beantworten muss, kam es wiederum nicht an. Der Senat hat auch nicht entschieden, ob § 15 AGG bei unzulässig diskriminierenden Kündigungen überhaupt anwendbar ist.

Eindeutig ist indessen, dass sich der Arbeitgeber keinesfalls im Einklang mit der früheren Rechtsprechung darauf berufen darf, er wolle mit der Schwerbehindertenfrage wissen, ob für ihn im Arbeitsverhältnis Belastungen durch den Schwerbehinderten (z.B. Zusatzurlaub) zukommen. Die Einlassung, er habe ausschließlich gefragt, um seiner Förderverpflichtung nachkommen zu können, hat ihm zwar die Möglichkeit zur Anfechtung genommen, ihn aber vor einer hohen Entschädigungszahlung bewahrt.

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 Düsseldorf, Urteil vom 08.12.2011 – 11 Sa 852/10 – Ansprüche aus Equal Pay können trotz Tarifunfähigkeit der CGZP verfallen

EINLEITUNG:

Mit Beschluss vom 14.12.2010 hatte das BAG entschieden, dass die CGZP keine wirksamen Tarifverträge abschließen kann. Diese Entscheidung hatte weitreichende Folgen für die Leiharbeitsbranche.

Leiharbeitnehmer haben gegen den Verleiher für die Zeit der Überlassung Anspruch auf die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts. Abweichende Vereinbarungen sind grundsätzlich unwirksam. Vom Grundsatz „Equal Pay“ / „Equal Treatment“ kann zum Nachteil des Leiharbeitnehmers nur durch Tarifvertrag abgewichen werden. Dies kann durch beiderseitige Tarifbindung oder – so die Praxis – durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag für die Zeitarbeit im Arbeitsvertrag geschehen. Erforderlich für die Vermeidung von Ansprüchen nach dem Grundsatz „Equal Pay“ / „Equal Treatment“ ist ein wirksamer Tarifvertrag. Das setzt voraus, dass die tarifschließende Arbeitnehmerkoalition tariffähig ist. Bei den christlichen Gewerkschaften war dies stets sehr umstritten. Jedenfalls die Spitzenorganisation der christlichen Gewerkschaften (CGZP) ist nach der Entscheidung des BAG nicht tariffähig. Die CGZP sei weder eine Gewerkschaft noch eine Spitzenorganisation i.S.d. Tarifvertragsgesetzes (TVG). Eine Gewerkschaft sei sie schon deshalb nicht, weil ihr keine Arbeitnehmer beitreten könnten, sondern nur die ihr angeschlossenen Gewerkschaften. Die Voraussetzungen einer Spitzenorganisation gem. § 2 Abs. 3 TVG

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

erfülle sie nicht, weil die Mitgliedsgesellschaften ihr nicht ihre Tariffähigkeit vollständig vermittelt hätten. Die Zuständigkeit der CGZP beschränke sich auf Tarifverträge in der Leiharbeit. Die Zuständigkeit der Mitgliedsgewerkschaften erstrecke sich aber u.a. auf die Metall- und Elektroindustrie sowie auf kaufmännische und verwandte Berufe. Der Organisationsbereich der CGZP als Spitzenorganisation decke sich nicht mit dem ihrer Mitgliedsgewerkschaften. Die Organisationsbereiche der Mitgliedsgewerkschaften erfassten weder für sich allein noch bei einer Gesamtschau sämtliche Arbeitsverhältnisse im Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung. Die Frage, ob die einzelnen Mitgliedsgewerkschaften ihrerseits tariffähig sind, brauchte das BAG in dieser grundlegenden Entscheidung nicht beantworten.

Das LAG Düsseldorf hatte jetzt einen Fall zu entscheiden, in dem arbeitsvertraglich nicht nur auf den Tarifvertrag der Spitzenorganisation CGZP verwiesen wurde, sondern wohl aufgrund einer Vorahnung des Arbeitgeber über den Ausgang des Verfahrens vor dem BAG über die Tariffähigkeit der CGZP zusätzlich auf den Manteltarifvertrag zwischen dem Arbeitgeberverband mittelständischer Personaldienstleister (AMP) und der Einzelgewerkschaft CGB verwiesen wurde.

SACHVERHALT:

Der Arbeitsvertrag eines Ablesers im Kundendienst eines großen Energieunternehmens nahm auf die tariflichen Regelungen mit der CGZP Bezug. Darüber hinaus schlossen die Arbeitsvertragsparteien im April 2010 eine Zusatzvereinbarung, wonach auf das Arbeitsverhältnis der Manteltarifvertrag der CGB Anwendung finden sollte. Der Ableser verlangte durch Klage beim Arbeitsgericht für den Zeitraum 2007 bis 2011 eine Differenz-

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

vergütung nach dem Grundsatz „Equal Pay“ / „Equal Treatment“ in Höhe von 43.620,87 € und berief sich zur Begründung auf die Unwirksamkeit des CGZP-Tarifvertrages.

ENTSCHEIDUNG:

Das LAG Düsseldorf hat die Ansprüche als verfallen angesehen. Der durch in Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Manteltarifvertrag der Einzelgewerkschaft CGB enthalte eine Ausschlussfrist. Die Ansprüche des Ablesers bis Ende 2009 seien wegen der Ausschlussfrist des Manteltarifvertrages verfallen. Ab 2010 bestünde ein wirksamer Zeitarbeitstarifvertrag mit der CGB. Deshalb bestünden keine Ansprüche auf Differenzvergütung. Die Revision zum BAG wurde zugelassen.

FAZIT:

Das LAG Düsseldorf ist nach dieser Entscheidung der Auffassung, dass die im Spitzenverband der CGZP zusammengeschlossenen Einzelgewerkschaften selbst tariffähig sind, denn sonst hätte auch der Manteltarifvertrag der CGB keine Wirksamkeit entfalten können. Es bleibt abzuwarten, wie das BAG die Tariffähigkeit der CGB beurteilt. Die Entscheidung des LAG Düsseldorf ist nicht rechtskräftig.

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 Hessen, Urteil vom 29.08.2011 – 7 Sa 248/11 – Außerordentliche Kündigung bei Freistellung

EINLEITUNG:

Mit der Freistellung oder Suspendierung von der Arbeitspflicht kommt es nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern nur zum Ruhen einzelner oder aller Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Ob einzelne oder alle Arbeitspflichten ruhen sollen, ist eine Frage der Auslegung. Das BAG nimmt an, dass bei einer unwiderruflichen Freistellung unter dem Vorbehalt der Anrechnung etwaigen anderweitigen Verdienstes der Arbeitnehmer gem. § 157 BGB sogar davon ausgehen könne, dass er in der Verwertung seiner Arbeitsleistung frei und nicht mehr an ein vertragliches Wettbewerbsverbot gebunden sei. Er müsse sich also bei dieser Formulierung nicht einmal mehr an das während des Vertrags bestehende Wettbewerbsverbot halten. Gleichwohl sind während der Freistellung Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers denkbar (Geheimnisverrat, üble Nachrede, Abwerbung von Mitarbeitern, etc.). Bei einer unwiderruflichen Freistellung während der Kündigungsfrist steht fest, dass der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung mehr zu erbringen hat. Da auch die verhaltensbedingte Kündigung nach ständiger Rechtsprechung des BAG zukunftsbezogen ist und deshalb die Frage nach der Wiederholungsgefahr zu stellen ist, ist die Beurteilung einer Pflichtverletzung in der Freistellungsphase problematisch.

SACHVERHALT:

Arbeitnehmer und Arbeitgeber hatten sich in einer Trennungsvereinbarung darauf geeinigt, dass der Arbeitnehmer in der Zeit

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

vom 01.07.2010 bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses am 31.12.2010 unter Fortzahlung seiner Bezüge von seiner Arbeitsleistung freigestellt sein sollte. Der Arbeitnehmer war als Firmenkundenbetreuer bei einer Bank beschäftigt. In der Freistellungsphase wurde der Bank bekannt, dass der Firmenkundenbetreuer 94 E-Mails an seine private Anschrift versandt hatte. Die E-Mails enthielten Daten, die dem Bankgeheimnis unterliegen, wie z.B. Kundenbankdaten, Risikoanalysen, Kreditverträge, etc. Nach Kenntnis der Bank von diesem Verhalten kündigte sie dem Kundenbetreuer fristlos. Der Kundenbetreuer machte geltend, er habe die Informationen benötigt, um während seiner Freistellungsphase in Übung zu bleiben.

ENTSCHEIDUNG:

Das Arbeitsgericht hatte der Kündigungsschutzklage des Kundenbetreuers stattgegeben. Das LAG Hessen entschied, dass die außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist. Der Kläger habe eine schwerwiegende Vertragsverletzung begangen. Dies rechtfertige auch die fristlose Kündigung in einem tatsächlich nicht mehr vollzogenen Arbeitsverhältnis. Der Kundenbetreuer habe das Vertrauen der Bank durch die Datenmitnahme nachhaltig und schwerwiegend verletzt. Auf eine fehlende Wiederholungsgefahr wegen der Freistellung käme es deshalb nicht an. Das Festhalten am Arbeitsvertrag sei der Bank nicht zumutbar. Das Verhalten komme einer strafbaren Handlung gleich, die das Vertrauen erschüttere. Die Einlassung des Kundenbetreuers, er habe die Daten zu Übungszwecken benötigt, hielt das LAG für eine Schutzbehauptung.

FAZIT:

Das BAG hat in seiner Emmely-Entscheidung betont, dass die

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

außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zukunftsbezogen sei und daher eine Wiederholungsgefahr voraussetze. Der Arbeitnehmer hatte im entschiedenen Fall nach seiner Freistellung keine Möglichkeit mehr, weitere Pflichtverletzungen durch die Mitnahme von Daten zu begehen, weil er keinen Zugang mehr zu diesen Daten hatte. Gleichwohl hat das LAG einen schwerwiegenden Vertrauensverlust angenommen, der auch ohne Rücksicht auf die fehlende Wiederholungsgefahr die außerordentliche Kündigung rechtfertige. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Man darf gespannt sein, wie der für Kündigungsschutzsachen zuständige 2. Senat in dieser Sache entscheiden wird.

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 Hessen, Urteil vom 25.07.2011 – 17 Sa 153/11 – Vertragswidrige Privatnutzung eines Diensthandys kann fristlose Kündigung rechtfertigen

EINLEITUNG:

Nutzt der Arbeitnehmer einen betrieblichen Telefonapparat (Festanschluss oder Handy) entgegen einem ausdrücklichen Verbot des Arbeitgebers für private Telefonate, kann eine verhaltensbedingte Kündigung nach einschlägiger Abmahnung gerechtfertigt sein. Das LAG Hessen hat jetzt sogar eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung für gerechtfertigt gehalten. Es handelte sich allerdings auch vom Umfang her um einen recht krassen Missbrauch.

SACHVERHALT:

Ein im Bereich „Transport“ tätiger Hubwagenfahrer erhielt von seiner Arbeitgeberin ein Mobiltelefon zur dienstlichen Nutzung. Das Handy diente zur Kommunikation mit der Einsatzzentrale und weiteren betrieblichen Ansprechpartnern.

Bei mehreren Kontrollen der Abrechnungen durch die Arbeitgeberin fiel auf, dass der Hubwagenfahrer das Mobiltelefon privat nutzte, ohne die dafür vorgesehene private PIN zu nutzen, die das Gespräch als privat kennzeichnet. So führte der Arbeitnehmer u.a. während seines Urlaubs mehrere Gespräche auf Kosten der Arbeitgeberin.

Nach Feststellung der Verstöße stellte die Arbeitgeberin den Hubwagenfahrer vom Dienst frei und kündigte das Arbeitsverhältnis nach Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes

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

und Anhörung des Betriebsrates fristlos. Der Hubwagenfahrer ließ sich dahingehend ein, er habe die Arbeitgeberin nicht absichtlich mit den Telefonkosten belasten wollen. Vielmehr sei es seinerseits irrtümlich zu Versäumnissen bei der Benutzung der Privateinwahl gekommen.

ENTSCHEIDUNG:

Das LAG Hessen hat anders als das Gericht erster Instanz die Kündigungsschutzklage des Hubwagenfahrers abgewiesen.

Die unerlaubte Privatnutzung eines vom Arbeitgebers zur Verfügung gestellten Diensthandys sei an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur Kündigung i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Der Kläger habe Kosten in Höhe von mind. 570,00 € durch Privatgespräche verursacht. Die Einlassung, er habe es irrtümlich versäumt, die Privatnutzung anzugeben, entkräfte nicht den Verdacht eines vorsätzlichen Pflichtverstoßes.

Das zeige sich auch daran, dass es sich nicht um einen Einzelfall gehandelt habe. So habe der Hubwagenfahrer im August 2008 45 Auslandstelefonate und im Juli 2009 286 Telefonate geführt. Im August 2009 rief er 28 x im Ausland an und führte im Februar 2010 113 Privatgespräche. Die mehrmalige Nutzung des Diensthandys zeige, dass nicht mehrere Versehen vorlagen, sondern vielmehr eine einheitliche Methode. Der Arbeitnehmer habe anhand der Telefonrechnungen erkennen können, dass die Gespräche gerade nicht privat in Rechnung gestellt worden seien. Dies habe er nicht zum Anlass genommen, den Arbeitgeber für die angebliche versehentliche Nutzung des Diensthandys zu unterrichten, um für einen Ausgleich der privat verursachten Kosten Sorge zu tragen. Dieses Vorgehen ist nach Auffassung des LAG Hessen ein Beleg dafür, dass der Hubwagenfahrer vor-

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

sätzlich handelte.

Auch eine Abmahnung sei entbehrlich. Der Hubwagenfahrer habe nicht davon ausgehen können, die Arbeitgeberin würde die Privatnutzung dulden. Die unterbliebene oder verzögerte Kontrolle durch die Arbeitgeberin führe für sich allein nicht zu einem Abmahnungserfordernis.

Im Rahmen der abschließenden Interessenabwägung habe zwar zugunsten des Klägers das langjährige, im Wesentlichen beanstandungsfreie Bestehen des Arbeitsverhältnisses gesprochen. Dies könne aber die Schwere der Vertragsverletzung nicht aufwiegen.

Das LAG Hessen hat die Revision nicht zugelassen.

FAZIT:

Die Entscheidung verdient nach Emmely besondere Beachtung. Das LAG Hessen ist nach den veröffentlichten Entscheidungsgründen nicht vertiefend auf die Frage eingegangen, ob angesichts der unbeanstandeten Dauer des Arbeitsverhältnisses weitere Vertragsverstöße durch die ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Diensthandys für Privatgespräche nicht durch eine Abmahnung hätten vermieden werden können. Die Entscheidung darf wohl nicht verallgemeinert werden. Nach Emmely bleiben Kündigungen auch wegen schwerer Vertragsverstöße durch Unterschlagung oder Diebstahl schwer beurteilbar.

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