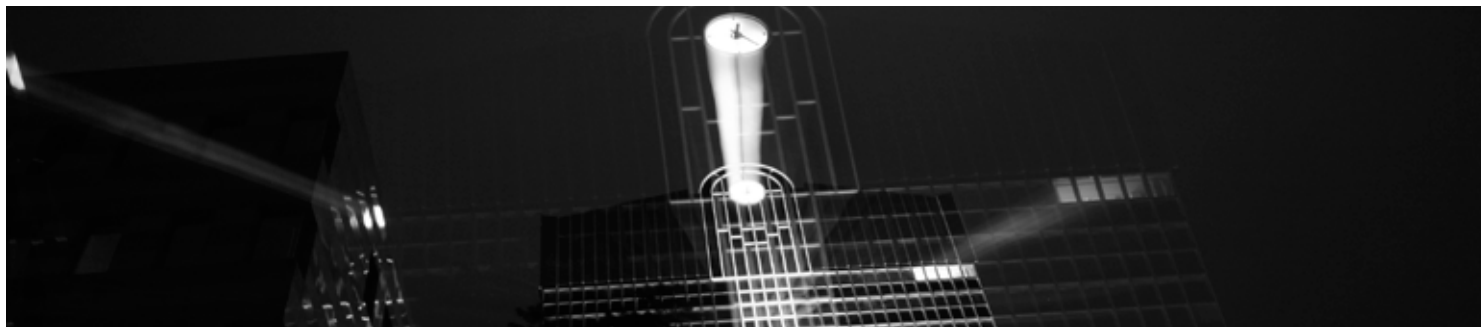


A NEWSLETTER FROM  
MANNHEIMER SWARTLING

FEBRUARY 2010

# Newsletter Arbeitsrecht Deutschland



## KONTAKTPERSONEN:

Rechtsanwälte

Dr. Christian Bloth,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Frankfurt (Editor)

Bettina Kreimer, Frankfurt

Thereze Falkjær Jensen, Berlin

Ulf Christoph Lohrum, LL.M., Berlin

Dr. Kerstin Kamp-Wigforss,  
Stockholm

## E-MAIL

MannheimerSwartling  
Arbeitsrecht-News@msa.se

## MANNHEIMER SWARTLING

### FRANKFURT AM MAIN

Bockenheimer Landstraße 51-53  
60325 Frankfurt am Main  
Tel: +49 69 97 40 12 0  
Fax: +49 69 97 40 12 10

### BERLIN

Mauerstraße 83/84  
10117 Berlin  
Tel: +49 30 22 66 99 0  
Fax: +49 30 22 66 99 10

[www.mannheimerswartling.de](http://www.mannheimerswartling.de)

**DIESER NEWSLETTER  
ERFOLGT ZU INFORMATIONEN-  
ZWECKEN UND NICHT ZUR  
RECHTSBERATUNG. UNTER  
ANGABE DER QUELLE DÜRFEN  
DIE BEITRÄGE VERBREITET  
UND ZITIERT WERDEN.**

## Editorial

### SEHR GEEHRTE DAMEN UND HERREN,

Sie halten unseren ersten arbeitsrechtlichen Newsletter des Jahres 2010 in Händen. Eines ist sicher: An interessanten Themen im Arbeitsrecht wird es auch dieses Jahr nicht mangeln. Ein paar ausgewählte Themen wollen wir auch in dieser Ausgabe ansprechen.

So berichten wir über eine vor Kurzem ergangene Entscheidung des EuGH, mit der die Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr bei der Berechnung von Kündigungsfristen als altersdiskriminierend verworfen wurde.

Hinsichtlich des Fragerechts des Arbeitgebers besteht noch immer Unsicherheit in Bezug darauf, welche Fragen im Anstellungsgespräch erlaubt sind. Dass die falsche Frage „teure“ Folgen haben kann, zeigt ein Urteil des BAG vom 17. Dezember 2009. Es bestätigt sich einmal mehr die alte Maxime: „Reden ist Silber, Schweigen ist Gold“.

Die „Klarenberg“ Entscheidung des EuGH zur Frage des Betriebsübergangs hat die Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex wiederum vor neue Fragen gestellt. Die sich hieraus ergebenden Grundsätze scheinen sich jedoch in einem aktuellen Urteil des BAG vom 17. Dezember 2009 nicht unbedingt widerzuspiegeln. Interessant hier: Restaurant ist nicht gleich Restaurant.

Drei weitere besprochene Urteile beschäftigen sich mit dem Kündigungsrecht. Dass auch im Falle einer als anstößig empfundenen sexuellen Belästigung nicht unbedingt eine Kündigung das angemessene Mittel ist, zeigt ein Urteil des LAG Niedersachsen. Die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung, bei der immer wieder Fehler bei der richtigen Anhörung des Arbeitnehmers gemacht werden, illustriert eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg. Die Vorspiegelung von Arbeitsunfähigkeit vermag eine fristlose Kündigung selbst dann zu begründen, wenn keine Lohnfortzahlung mehr geleistet wird, so entschieden in einem unlängst veröffentlichtem Urteil des LAG Frankfurt am Main.



**MANNHEIMER  
SWARTLING**



Schließlich möchten wir Sie auch über eine zu erwartende Änderung der Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit hinweisen, die die Tariflandschaft verändern dürfte und erhebliche Auswirkungen auf das Personalwesen tarifgebundener Unternehmen erwarten lässt.

Wir hoffen, dass diese Themenauswahl Ihr Interesse findet und wünschen viel Vergnügen bei der Lektüre.

DR. CHRISTIAN BLOTH

## EuGH: Berechnung der Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB verstößt gegen EU-Recht

Mit Urteil vom 19. Januar 2010 (Az. C-555/07) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Vorschrift des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, nach der vor Vollendung des 25. Lebensjahres geleistete Beschäftigungszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfrist unberücksichtigt bleiben, für unvereinbar mit europäischem Antidiskriminierungsrecht erklärt. Demnach verstößt die Regelung gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, wie es in der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78 konkretisiert wurde.

Geklagt hatte die 28-jährige Seda Küçükdevici. Sie war bereits seit ihrem 18. Lebensjahr bei dem Essener Unternehmen Swedex beschäftigt. Beim Ausspruch der Kündigung hatte der Arbeitgeber

– unter Berücksichtigung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB – eine Kündigungsfrist von einem Monat angewandt. Er ging dabei von einer Beschäftigungsdauer von drei Jahren aus und ließ die vor dem 25. Lebensjahr geleisteten Dienstjahre (insgesamt sieben) außer Betracht.

Frau Küçükdevici klagte gegen die Kündigung und berief sich darauf, dass entsprechend ihres Dienstalters von zehn Jahren eine viermonatige Kündigungsfrist anzuwenden sei. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB diskriminiere jüngere Arbeitnehmer gegenüber älteren Mitarbeitern mit derselben Betriebszugehörigkeit und verstoße damit gegen geltendes EU-Recht.

Das für die Berufung zuständige LAG Düsseldorf legte dem EuGH die Frage der Vereinbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB mit europäischem Recht zur Vorabentscheidung vor. Geklärt werden sollte darüber hinaus die Frage, ob nationale Gerichte die ggf. europarechtswidrige Regelung – auch ohne vorherige Vorlage beim EuGH – unangewendet lassen dürfen. Einige Landesarbeitsgerichte hatten dies unter Berufung auf die EuGH-Rechtsprechung im Falle „Mangold“ bereits getan.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Ungleichbehandlung wegen des Alters vorsehe. Durch die Nichtberücksichtigung der Beschäftigungszeiten bei Berechnung der nach Dienstjahren gestaffelten Kündigungsfrist würden in jungen Jahren in den Betrieb eingetretene Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmergruppen benachteiligt.

Eine Ungleichbehandlung wegen des Alters könne nach Artikel 6 der Richtlinie zwar unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, so etwa, wenn sie durch ein legitimes Ziel aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gerechtfertigt wäre und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels

angemessen und erforderlich sei. Diese Voraussetzung sei im Falle der Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB jedoch nicht erfüllt.

Zwar stelle dervorgebrachte Zweck der Vorschrift – den Arbeitgebern im Hinblick auf jüngere Arbeitnehmer, denen im Falle des Verlusts des Arbeitsplatzes eine größere Mobilität als älteren Arbeitnehmern zuzumuten sei, eine größere personalwirtschaftliche Flexibilität zu ermöglichen – grundsätzlich ein legitimes Ziel im Sinne des Artikel 6 der Richtlinie dar.

Allerdings sei die Regelung zur Erreichung dieses Ziels weder angemessen noch geeignet, da diese – unabhängig davon, wie alt der vor Vollendung des 25. Lebensjahres in den Betrieb eingetretene Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich ist – Anwendung fände. Damit würden auch ältere Arbeitnehmer beim Ausscheiden negativ von der Regelung betroffen, ohne dass dies von dem Ziel der Flexibilität gedeckt wäre. Mit anderen Worten: Auch die Beschäftigungszeiten eines Mitarbeiters im Alter von 42 Jahren, der vor dem 25. Lebensjahr in das Unternehmen eingetreten ist, würden bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt, sofern sie vor dem 25. Lebensjahr liegen, auch wenn dem 42-jährigen vielleicht nicht die gleiche Flexibilität wie einem jüngeren zugemutet werden könne. Entsprechend verstoße die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen das europäische Verbot der Altersdiskriminierung.

Zur weiteren Vorlagefrage führte der EuGH aus, dass die EU-Richtlinien zwar nicht direkt zwischen Privatpersonen anwendbar seien. Das Verbot der Altersdiskriminierung sei jedoch ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts und als solcher von den nationalen Gerichten zu beachten. Diese hätten die Wirksamkeit des Unionsrechts in ihrer Rechtsprechung zu berücksichtigen. Erforderlichenfalls müsse jede dem Verbot der Diskriminierung entgegenstehende Regelung unangewendet bleiben – auch ohne das vorher das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH durchzuführen wäre. Dies gelte selbst dann, wenn an der Anwendbarkeit der in Frage stehenden Regelung nach nationalem Recht kein Zweifel bestehe.

Welche Auswirkungen die deutliche Kompetenzerweiterung für die Arbeitsgerichte, aber auch die damit einhergehende Verpflichtung, sich intensiv mit dem europäischen (Antidiskriminierungs)- Recht auseinanderzusetzen, auf die Rechtsprechung der deutschen (Arbeits-) Gerichtsbarkeit haben wird, bleibt abzuwarten. Der EuGH hat jedoch einmal mehr deutlich gemacht, dass das europäische Recht den nationalen Vorschriften als „Primärrecht“ grundsätzlich vorgeht.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE

## Welcher Tarifvertrag soll denn nun gelten?

Diese Frage ist insbesondere für sehr große Unternehmen oder auch solche Arbeitgeber interessant, die infolge einer Verschmelzung oder eines Unternehmenserwerbs plötzlich Tarifvertragsparteien von gleich mehreren Tarifverträgen werden.

Sollte hierbei der Fall eintreten, dass zwei bestehende „verschiedene“ Tarifverträge sowohl den Arbeitgeber wie auch den Arbeitnehmer binden – sog. Tarifkonkurrenz –, kommt es zu dem „Grundsatz der Tarifspezialität“. Danach verdrängt der für das Arbeitsverhältnis sachnähere Tarifvertrag vollumfänglich das allgemeinere Vertragswerk. Welcher der beiden Verträge tatsächlich spezieller ist, hängt dabei von der räumlichen, fachlichen und persönlichen Nähe zu dem konkreten Betrieb ab.

Alternativ dazu besteht die Möglichkeit, dass nur der Arbeitgeber hinsichtlich zweier Tarifverträge gebunden ist, der Arbeitnehmer hingegen nur hinsichtlich einer der beiden Verträge, sog. Tarifpluralität. Dies kann insbesondere dann geschehen, wenn unterschiedliche Gewerkschaften in demselben Betrieb Tarifverträge erstreiken.

Bisher hat das BAG für die letztgenannte Fallgestaltung den „Grundsatz der Tarifeinheit“ angewendet, wonach in einem Betrieb grundsätzlich nur ein einziger Tarifvertrag gelten kann. In dem hier beschriebenen Fall der Tarifpluralität käme es damit wiederum zu einer Verdrängung der allgemeineren durch die speziellere Vereinbarung. Das BAG begründete dies bislang mit den praktischen, sonst kaum lösbaren Schwierigkeiten, denen sich der Arbeitgeber ausgesetzt sehen würde, wenn innerhalb eines Betriebes gleich mehrere Tarifverträge zur Anwendung kämen (so das BAG insbesondere mit Urteil vom 5. September 1990, Az. 4 AZR 59/90).

Das BAG sieht sich jedoch in seiner Rechtsprechung zu diesem Thema schon seit vielen Jahren heftig kritisiert. Grund dafür ist, dass ein tarifgebundener Arbeitnehmer praktisch schutzlos gestellt werden würde, wenn der Tarifvertrag, an den er gebunden ist, durch ein spezielleres Tarifwerk verdrängt wird, der speziellere Vertrag selbst mangels beiderseitiger Tarifbindung aber keine Anwendung findet. Eine Rechtsfolge, die im Widerspruch zu den gesetzlichen Anordnungen aus §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG stehen würde.

Darüber hinaus sahen sich auch kleinere Gewerkschaften, wie zum Beispiel die Lokführergewerkschaft GDL oder die Flugbegleitergewerkschaft UFO, durch den Grundsatz der Tarifeinheit in ihrer in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit verletzt. Die von ihnen erkämpften Tarifverträge wurden nämlich oftmals durch diejenigen der großen Gewerkschaften verdrängt.

Eben dieser Sachverhalt liegt nun auch dem 4. Senat des BAG zur Entscheidung vor – Az. 4 AZR 549/08 (A) – nachdem sich die Ärztegwerkschaft Marburger Bund gegen eine Verdrängung durch die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft Verdi zur Wehr gesetzt hat. Im Gegensatz zur früheren Entscheidung hat der Vierte Senat nun jedoch einen Wechsel in seiner Rechtsprechung angedeutet, in dessen Folge es wohl zum Ende des Grundsatzes der Tarifeinheit und zur Anwendung von verschiedenen Tarifverträgen innerhalb eines Betriebes kommen wird.

Für große Unternehmen droht mit dem Wechsel der Regelung eine Zersplitterung der Belegschaft und der Beginn einer nur schwer zu überschauenden Regelungsvielfalt innerhalb der einzelnen Vertragsverhältnisse. Ein nun mehreren Tarifverträgen unterworfenen Unternehmen könnte durch ständig auslaufende Tarifverträge fortwährend Arbeitskämpfen ausgesetzt werden. Ferner ist zu befürchten, dass Gewerkschaften aufgrund des

wachsenden Konkurrenzkampfes versuchen werden, sich durch überzogene Gehaltsforderungen gegenseitig zu übertrumpfen. Eine Konsequenz, die so vom BAG nicht gewollt sein kann.

Es bleibt damit zu hoffen, dass das BAG den Grundsatz der Tarifeinheit durch neue Regeln ersetzen wird, die derartige Gefahren begrenzen und schon im Vorhinein zu begegnen versuchen. Die Hoffnung stirbt bekanntlich zuletzt.

ULF C. LOHRUM, UCL@MSA.SE

## Fragerecht bei Einstellungs-Diskriminierungsverbot auch bei vermuteter Behinderung

---

Dass jeder Arbeitgeber bestrebt ist, in einem Vorstellungsgespräch so viel wie möglich über den etwaigen zukünftigen Mitarbeiter zu erfahren ist natürlich. Jedoch dürfen längst nicht alle Fragen von Interesse auch gestellt werden. Die Grenze des Fragerechts findet sich grundsätzlich im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Bewerbers.

Obacht in Bezug auf Fragen, die den Gesundheitszustand des Kandidaten betreffen, ist nach neuester Rechtsprechung nun auch im Hinblick auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geboten. Nach Auffassung der Erfurter Richter (BAG, Urteil vom 17. Dezember 2009, Az. 8 AZR 670/08) können Fragen nach einer bestehenden Krankheit als Benachteiligung im Sinne des AGG gewertet werden, wenn sie als Nachfrage nach einer vermuteten Behinderung interpretiert werden können. Denn nach § 7 Abs. 1 Halbsatz 2 AGG ist die Benachteiligung eines Beschäftigten auch dann untersagt, wenn der Benachteiligende – hier der Arbeitgeber – eine Benachteiligung nur annimmt.

Ein im Bereich der Forschung und Entwicklung im Medizinbereich tätiger Arzt hatte über die Agentur für Arbeit eine Stelle für einen Biologen oder Tierarzt mit akademischen Titel zur Mitarbeit an wissenschaftlichen Studien und in der klinischen Forschung ausgeschrieben.

Auf diese Stelle hatte sich auch der Kläger, ein promovierter Diplom-Biologe, beworben. Es wurden drei Vorstellungsgespräche geführt. Im zweiten Gespräch wurde der Kläger gefragt, ob er sich in psychiatrischer oder psychotherapeutischer Behandlung befände. Als er dies verneinte, wurde er aufgefordert, dies schriftlich zu bestätigen. Auf die Frage des Klägers, warum er dies gefragt werde, äußerte die Beklagte, dass sein steifer Gang auf die rheumatische Krankheit „Morbus Bechterev“ schließen lasse. Dies führe bei Patienten häufig zu Depressionen. Die Bewerbung des Klägers blieb letztlich ohne Erfolg.

Der Kläger war der Auffassung, dass er unter Verletzung des Benachteiligungsverbots nach § 7 Abs. 1 AGG nicht eingestellt worden sei und klagte auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.

Nachdem das stattgebende Urteil der ersten Instanz durch das Landesarbeitsgericht (LAG) aufgehoben worden war, hatte die Revision vor dem BAG Erfolg.

Das LAG hatte einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verneint, da der Beklagte nur nach dem Vorliegen einer Krankheit habe fragen und nicht das Vorliegen einer Behinderung habe ausschließen wollen was, – soweit die Einsatzfähigkeit des Bewerbers auf dem vorgesehenen Arbeitsplatz betroffen ist – grundsätzlich zulässig sein kann.

Der 8. Senat des BAG sah jedoch in der Nachfrage eine Frage in Bezug auf eine vermutete Behinderung und damit einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG als möglich an. Entsprechend wurde die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

Diese Entscheidung sollte daran erinnern, Fragen zu persönlichen Eigenschaften der Bewerber nur insoweit zu stellen, als sie in einem sachlich nachweislichen Zusammenhang zur angebotenen Tätigkeit stehen. Und im Zweifel gilt die alte Maxime:

„Reden ist Silber, Schweigen ist Gold.“

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE

## Kein Betriebsübergang bei verändertem Unternehmenskonzept des Erwerbers

---

Fragen des Betriebsübergangs spielen immer wieder eine bedeutende Rolle in der Rechtsprechung, vor allen Dingen wohl deshalb, weil die Wertung der verschiedenen Kriterien, wann ein Betriebsübergang vorliegt, immer unsicher zu sein scheint. Eine solche Frage stellt sich dann, wenn es zum Wechsel eines Auftragnehmers kommt, der einen scheinbar ähnlichen Auftrag für einen Auftraggeber erfüllt wie der vorige Auftragnehmer.

So war es auch im vom BAG am 17. Dezember 2009 entschiedenen Fall (Az. 8 AZR 1019/08). Die Beklagte des Verfahrens betrieb auf Basis eines Auftragsverhältnisses für die Regionalniederlassungen eines Automobilherstellers drei Betriebsrestaurants. Die Klägerin war dort vor ihrer Elternzeit als Küchenhilfe beschäftigt. Während die ehemalige Auftragnehmerin in den Restaurants jeweils einen Koch und ein bis zwei Küchenhelfer einsetzte, um dort Speisen frisch zuzubereiten, verfolgte die neue Auftragnehmerin ein anderes Konzept: Speisen wurden vor Ort nicht mehr frisch zubereitet, sondern zentral vorgefertigte Speisen wurden in den Kantinenküchen nur noch aufgewärmt und ausgegeben. Der Einsatz von Köchen war demnach nicht mehr erforderlich, sondern lediglich der Einsatz von Küchenhilfspersonal. Naturgemäß fand dieser Vorgang in den selben Räumen wie vorher statt.

Die Klägerin, die nach ihrer Elternzeit ihre Weiterbeschäftigung wünschte, nahm – nachdem die neue Auftragnehmerin die Weiterbeschäftigung ablehnte – die vorige Auftragnehmerin in Anspruch und behauptete, ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden, sie sei weiter bei der vorigen Auftragnehmerin beschäftigt. In soweit weicht dieser Fall von der wohl eher üblichen Konstellation ab, wobei in der Regel Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung bei dem neuen Auftragnehmer geltend machen.

In sämtlichen drei Instanzen war die Klage der Arbeitnehmerin erfolgreich. Die Beklagte, die vorige Auftragnehmerin, konnte mit ihrem Einwand, es habe ein Betriebsübergang auf die neue Auftragnehmerin vorgelegen, nicht durchdringen. Das LAG wies – wie auch dann das BAG – darauf hin, dass die Annahme eines Übergangs eines Betriebes oder Betriebsteils die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraussetze.

Die Prüfung der Frage der Identität des Betriebes vor und nach dem Übergang steht im Fokus, wenn es darum geht festzustellen, ob ein Arbeitsverhältnis übergegangen ist oder nicht. Eine Gesamtwürdigung sämtlicher Teilaspekte eines solchen Vorgangs entscheidet darüber, ob eine betriebliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität übergegangen ist oder nicht. Dabei kommt es auf die Art des betreffenden Unternehmensbetriebes an, den Wert übergehender immaterieller Aktiva, auch die Frage, ob wesentliche Arbeitnehmer beim Betriebserwerber tätig sind, ob Kunden übernommen wurden und auf die Ähnlichkeit der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten.

Der Umstand, dass sowohl seitens der vorigen Auftragnehmerin wie auch seitens der nachfolgenden Auftragnehmerin Kantineneessen zubereitet wurde – eben in unterschiedlichen Verfahren – reichte nicht aus, um einen Betriebsübergang anzunehmen. Auch der Hinweis der Beklagten, der Kundenstamm habe sich nicht geändert, wie auch nicht die Räumlichkeiten, in denen das Essen ausgegeben werde, vermochte die Gerichte nicht davon zu überzeugen, dass ein Betriebsübergang vorliegt.

Entscheidend für die Annahme, dass ein Betriebsübergang nicht stattfand, war, dass der Charakter des Betriebes sich bei dem Erwerber anders darstellte als bei dem vorigen Auftragnehmer. Der zentrale Teil des Betriebes der Beklagten, nämlich der Betrieb der Küchen in Form von Zubereitung frischer Speisen, habe bei der Nachfolgerin nicht vorgelegen. Das Arbeitsvolumen habe sich dadurch, dass das vorgefertigte Essen nur erwärmt wurde, erheblich reduziert, Köche seien nicht mehr eingesetzt worden. Lediglich Hilfskräfte konnten und mussten eingesetzt werden. Quantität und Qualität der Tätigkeiten vor und nach Wechsel des Auftragnehmer seien wesentlich unterschiedlich. Qualifizierte Tätigkeiten wie Einlagerung und Behandlung frischer Lebensmittel, Einhaltung von Hygienestandards, Zubereitung der Speisen selbst und deren Vorhaltung seien vollständig entfallen. Die Strukturveränderung habe dazu geführt, dass von einer betrieblichen Identität vor und nach dem Übergang des Auftrags nicht mehr gesprochen werden könne.

Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass in dem Fall einer Auftragsnachfolge nicht nur zu berücksichtigen ist, ob bei der





Übernehmerin neue Zielsetzungen verfolgt werden, sondern insbesondere auch, wie diese Zielsetzungen verfolgt werden. Ändern sich die Methoden wesentlich, so spricht die bloße Versorgung mit Essen durch die Auftraggeber nicht unbedingt für Kontinuität, wenn die Zubereitung des Essens grundsätzlich in anderen Strukturen erfolgt.

DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE

## Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Abmahnung vor Kündigung

---

Auch wenn einem Mitarbeiter sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zur Last gelegt wird, muss der sowohl im Kündigungsrecht, als auch in Artikel 12 Abs. 3 AGG verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Beachtung finden. Vor dem Ausspruch einer ordentlichen, ggf. auch außerordentlichen Kündigung, muss demnach – jedenfalls regelmäßig (von Extremfällen abgesehen) – als „milderes Mittel“ zunächst eine Abmahnung ausgesprochen werden.

Dies hat das LAG Niedersachsen unlängst noch einmal in seinem Urteil vom 23. November 2009, (Az. 1 Sa 832/09) deutlich gemacht.

Im zu Grunde liegenden Fall, war der betroffene Mitarbeiter durch wiederholte anzügliche Bemerkungen gegenüber einer Kollegin aufgefallen. Dass die ihm nachgewiesenen Verhaltensweisen eine sexuelle Belästigung und damit eine zu unterbindende Benachteiligung im Sinne des AGG darstellten, war unstrittig.

Der Arbeitgeber hatte dem Mitarbeiter daraufhin die verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen. Gegen diese Kündigung hat sich der Mitarbeiter in zweiter Instanz mit Erfolg gewehrt.

Das Gericht befand, dass immer dann, wenn dem Arbeitgeber mehrere Maßnahmen zur Verfügung stehen, die möglich und geeignet sind, die Benachteiligung infolge sexueller Belästigung abzustellen, er die Maßnahme zu wählen hatte, die den Arbeitnehmer am wenigsten belastete. Zwar stelle eine sexuelle Belästigung immer eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten dar und könne damit grundsätzlich auch eine Kündigung ohne Abmahnung nach sich ziehen. Voraussetzung hierfür sei aber eine massive sexuelle Belästigung oder z.B. ein aus der Vorgesetztenstellung heraus erzwungenes sexuelles Entgegenkommen einer untergebenen Person. Hier habe sich der Mitarbeiter jedoch auf eine Vielzahl wörtlicher sexueller Anzüglichkeiten beschränkt. Der Arbeitgeber sei deshalb gehalten gewesen, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um die sexuelle Belästigung zu unterbinden.

Konkret wäre neben der Abmahnung auch eine Versetzung in Betracht gekommen. Hinzu kam, dass im Unternehmen eine Dienstvereinbarung vorlag, welche für diesen Fall ausdrücklich gestufte Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers vorsah.

Entsprechend wurde die Kündigung für unwirksam erklärt und der Arbeitgeber musste für über ein Jahr Lohn nachzahlen.

Die Entscheidung der Richter verdeutlicht, dass – selbst wenn das beanstandete Verhalten noch so abstoßend wirken mag – eine genaue Einzelfallprüfung vorzunehmen ist, um eine angemessene arbeitsrechtliche Konsequenz dieser Pflichtverletzung zu ermitteln und umsetzen zu können.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE

# Fristlose Kündigung wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit

---

Verstößt ein Arbeitnehmer aufgrund eines bestimmten Verhaltens in derart erheblicher Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten, dass es dem Arbeitgeber wegen des damit verbundenen Vertrauensbruchs nicht mehr zugemutet werden kann, ihn auch nur noch für kurze Zeit weiter zu beschäftigen, rechtfertigt dies eine fristlose Kündigung des Arbeitnehmers. Nach einem Urteil des LAG Frankfurt vom 1. April 2009 (Az. 6 Sa 1593/08), erst im Dezember 2009 veröffentlicht, ist diese Grenze jedenfalls dann erreicht, wenn ein Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit nur vortäuscht.

In dem konkreten Fall war der Arbeitnehmer bereits seit vielen Wochen erkrankt, so dass der Sechs-Wochen-Zeitraum des § 3 Abs. 1 Satz 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes verstrichen und der Arbeitgeber nicht mehr zur Zahlung des Gehalts verpflichtet war. Da der Arbeitgeber dennoch an der tatsächlichen Erkrankung des Klägers zweifelte, beauftragte er einen Detektiv damit, im Hinblick auf die tatsächliche Arbeitsunfähigkeit des Klägers nachzuforschen. Daraufhin fragte der Detektiv den Arbeitnehmer im Rahmen eines fingierten Telefonats, ob er daran interessiert sei, ihm gegen entsprechende Entlohnung bei Bauarbeiten an seinem Haus zu helfen. Die konkrete Tätigkeit sah dabei u.a. das Einreißen von Wänden vor. Der Arbeitnehmer nahm das Angebot an und wies sogar ausdrücklich darauf hin, dass er aufgrund einer Krankschreibung über ausreichend freie Zeit verfüge.

Nachdem der Arbeitgeber davon Kenntnis erlangte, veranlasste er zunächst die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats und kündigte sodann das Arbeitsverhältnis fristlos. Hilfsweise erklärte er zudem die ordentlich Kündigung, da sich der Arbeitnehmer auch wegen genesungswidrigen Verhaltens verdächtig gemacht hatte und sich ferner damit einverstanden erklärte, während der Arbeitsunfähigkeit schwarz zu arbeiten.

Das LAG wies die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers ab und hob damit die erstinstanzliche Entscheidung des Arbeitsgerichts auf. Letzteres hielt die Kündigung ursprünglich für unwirksam, da der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Vortäuschens der Arbeitsunfähigkeit bereits keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung mehr hatte und damit dem Arbeitgeber kein Schaden entstanden sei. Das Arbeitsgericht hatte dabei jedoch übersehen, dass es – wie auch bereits in der viel zitierten Emily-Entscheidung – nicht um die Höhe eines finanziellen Schadens für den Arbeitgeber geht. Ein solcher ist nämlich immer dann außer Betracht zu lassen, wenn allein das Verhalten des Arbeitnehmers bereits das Vertrauen in dessen Redlichkeit nachhaltig zerstört hat.

In dem Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit ist nach Ansicht des LAG ein derart unredliches Verhalten zu sehen, dass das Arbeitsverhältnis sogar ohne vorherige Abmahnung nach § 626 BGB außerordentlich gekündigt werden kann. Entscheidender Grund für die fristlose Kündigung war daher nicht der Verstoß gegen eine Hauptleistungspflicht, sondern die Zerstörung des Vertrauens des Arbeitgebers in die Redlichkeit des Arbeitnehmers.

Die fristlose Kündigung wurde selbst unter Berücksichtigung einer 20-jährigen Betriebszugehörigkeit und dem Verlust des Anspruchs auf eine Sozialplanleistung als angemessen erachtet.

Auch im Hinblick auf die stets durchzuführende individuelle Interessenabwägung war zu Lasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, dass von dem Arbeitgeber durch das Ignorieren eines solchen Vorfalles eine falsche Signalwirkung an alle anderen Arbeitnehmer in dem Unternehmen ausgegangen wäre.

Damit unterstreicht das LAG einmal mehr, dass es aus der Sicht eines Arbeitnehmers ausweglos ist, sich auf einen auch noch so geringen Schaden zu berufen, wenn er zugleich das Vertrauen seines Arbeitgebers in die eigene Zuverlässigkeit unwiederbringbar zerstört hat.

ULF C. LOHRUM, UCL@MSA.SE

## Kündigung auf Verdacht?

---

Eine sog. Verdachtskündigung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG zulässig, wenn (1.) sich starke Verdachtsmomente einer erheblichen Vertragsverletzung des Arbeitnehmers auf objektive Tatsachen gründen, (2.) die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und (3.) der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Mit Urteil vom 6. November 2009 (Az. 6 Sa 1121/09) hat das LAG Berlin-Brandenburg die Voraussetzungen dieser Anhörungspflicht näher präzisiert und das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Berlin hierzu bestätigt. Die Revision ist nicht zugelassen.

Das LAG Berlin-Brandenburg erklärte in seiner Entscheidung zwei sog. Verdachtskündigungen für unwirksam, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorher nicht ausreichend angehört hatte. Beide streitgegenständliche Kündigungen betrafen einen Filialleiter, der unter dem Verdacht stand, sich widerrechtlich Fundgeld in Höhe von fünf Euro angeeignet zu haben.

Nachdem der Verdacht aufgekommen war, hatte der Arbeitgeber – vertreten durch den Bezirksverkaufsleiter – ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer geführt. Am nächsten Tag fand in der Zentrale des Arbeitgebers ein weiteres Gespräch statt, in dem der Arbeitnehmer u.a. angeboten hatte, sich zu den zur Sprache gebrachten Verdachtsmomenten über seinen Anwalt zu äußern. Hierauf ging der Arbeitgeber jedoch nicht ein, sondern kündigte das Arbeitsverhältnis vier Tage später fristlos und etwa einem Monat später ordentlich.

Das LAG befand, dass das erste Gespräch mit dem Bezirksverkaufsleiter nicht als Anhörung des Arbeitnehmers zu werten sei. Zur Begründung führte es aus, der Bezirksverkaufsleiter habe zum einen das Gespräch abgebrochen, als sich für ihn der Verdacht einer widerrechtlichen Aneignung verstärkte und den Kläger zu einem Gespräch in die Zentrale am nächsten Tag gebeten. Damit habe er dem Arbeitnehmer deutlich gemacht, dass dieses erste Gespräch noch keine Grundlage für eine abschließende Beurteilung der



Vorgänge geliefert hatte. Zudem genüge es nach Auffassung des LAG für die Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung einer sog. Verdachtskündigung nicht, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu den ihm bekannt gewordenen Verdachtsmomenten befrage. Er müsse dabei vielmehr deutlich machen, dass er deshalb einen entsprechenden Verdacht gegen den Arbeitnehmer hegt und darauf möglicherweise eine Kündigung zu stützen beabsichtigt, um dem Arbeitnehmer die Bedeutung der von ihm erwarteten Stellungnahme deutlich zu machen. Dies geschah jedoch nicht im Gespräch mit dem Bezirksverkaufsleiter, sondern erst im Folgegespräch in der Zentrale.

Aber auch dieses Gespräch entsprach nach Auffassung des LAG nicht den Anforderungen einer Anhörung, weil der Arbeitgeber es versäumte, kurzfristig einen neuen Anhörungstermin anzusetzen, um dem Kläger Gelegenheit zu geben, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen oder ihm eine Frist für die angebotene Stellungnahme durch einen Rechtsanwalt zu setzen. Dies hätte dann auch die zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB gehemmt.

Das LAG erachtete es im übrigen als unerheblich, dass sich der Kläger bis zum Ausspruch der ordentlichen Kündigung nicht mehr über einen Anwalt geäußert hatte, auch weil eine solche Kündigung nach der bereits ausgesprochene außerordentliche Kündigung nicht angekündigt worden war. Ebenso unerheblich war der Umstand, dass die spätere Einlassung des Arbeitnehmers im Rechtsstreit aus Sicht des Arbeitgebers zu keiner Entlastung geführt hat, weil das Ergebnis einer Anhörung keinen Einfluss auf die Erforderlichkeit einer solchen ist. Das LAG teilte aber auch die Einschätzung des Arbeitgebers nicht, sondern befand, dass kein dringender Verdacht einer widerrechtlichen Aneignung gegeben sei.

Das Urteil macht deutlich, dass die Möglichkeit des Arbeitnehmers zur Stellungnahme auch das Recht umfasst, sich hierzu rechtlich beraten zu lassen. Der Arbeitgeber muss dieses respektieren und gegebenenfalls mit der Ausspruch der Kündigung warten, bis die Stellungnahme vorliegt und der Sachverhalt aufgeklärt ist.

Er braucht jedoch nicht unangemessen lange zu warten. Wichtig ist es auch, vor einer Reaktion in einem solchen Falle nicht überstürzt zu reagieren, sondern die einzelnen Schritte – sinnvollerweise in Abstimmung mit einem Anwalt – genau vorzubereiten. Auch sollte ein Anhörungsschreiben, das die wesentlichen Punkte des Vorwurfs darlegt, dem Arbeitnehmer vor dem Gespräch zur Vorbereitung übergeben werden. Das Gespräch sollte protokolliert werden. Nur so lassen sich Verläufe und Inhalte im Verfahren klar darlegen.

Interessant zu wissen in Bezug auf die sog. Verdachtskündigung ist schließlich, dass eine solche nachträglich unwirksam werden kann, wenn der Verdacht im Laufe des gegebenenfalls folgenden Kündigungsschutzprozesses ausgeräumt wird. Spiegelbildlich kann der Arbeitgeber im Prozess auch zusätzliche belastende Momente zur Begründung der Verdachtskündigung vorbringen, obwohl er zuvor den Sachverhalt unzureichend ermittelt hat. Dies ist eine Ausnahme vom Grundsatz, dass für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung auf die Umstände im Zeitpunkt ihres Zugangs ankommt.

**THEREZE FALKJÆR JENSEN, [TFJ@MSA.SE](mailto:TFJ@MSA.SE)**

---

Mannheimer Swartling is the leading Nordic commercial law firm. Our clients range from many of Sweden's and the world's leading companies to medium-sized businesses and organizations. Common to all our clients is that the law plays an integral role in their commercial success. This drives us to continuously maintain our position at the forefront of our industry and attuned to the needs of our clients.

We are a full-service firm with approximately 400 lawyers who are specialized in different practice areas of commercial law. Our teams are also organized by industry groups to ensure that we are fully knowledgeable about industry-specific needs and challenges.

By combining the highest quality legal skills with industry knowledge, we offer our clients commercial legal advice with added value.

Mannheimer Swartling has offices in Stockholm, Göteborg, Malmö, Helsingborg, Frankfurt, Berlin, Moscow, St. Petersburg, Shanghai, Hong Kong, Brussels and New York.