

# Newsletter Arbeitsrecht Deutschland



**MANNHEIMER SWARTLING  
NEWSLETTER ARBEITSRECHT  
DEUTSCHLAND**

**KONTAKTPERSONEN**

Rechtsanwälte  
Dr. Christian Bloth,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Frankfurt (Editor)  
Roland Weiß, Frankfurt  
Bettina Kreimer, Frankfurt  
Thereze Falkjær Jensen, Berlin  
Ulf Christoph Lohrum, LL.M., Berlin  
Florian Geissler, Stockholm

E-Mail: MannheimerSwartling  
Arbeitsrechts-News@msa.se

**MANNHEIMER SWARTLING  
FRANKFURT AM MAIN**  
Bockenheimer Landstraße 51-53  
D-60325 Frankfurt am Main  
Tel: +49 69 97 40 12 0  
Fax: +49 69 97 40 12 10

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

**STOCKHOLM**  
Norrländsgatan 21  
Box 1711, 111 87 Stockholm  
Tel: +46 8 595 065 00  
Fax: +46 8 595 065 01  
www.mannheimerswartling.de

Dieser Newsletter erfolgt zu Informationszwecken und nicht zur Rechtsberatung. Unter Angabe der Quelle dürfen die Beiträge verbreitet und zitiert werden.

## Editorial

Die Juli-Ausgabe, wenn Sie so wollen die Sommer- und Ferienausgabe unseres Newsletters, ist etwas umfangreicher geraten. Selbstverständlich nicht ohne Grund. Geschildert haben wir die Regelung zur Begrenzung der Vergütung der Vorstände von Aktiengesellschaften. Hier hat der Bundestag Veränderungen beschlossen, insbesondere auch im Hinblick auf Angemessenheitsbeurteilungen, aber auch Herabsetzung von Vergütungen, die vielleicht nicht nur im Bereich der Vergütungsregelung für Vorstände, sondern ggf. auch für Geschäftsführer größerer GmbHs Beachtung finden. Regelungen mit kollektiver Geltung haben häufig eine besondere wirtschaftliche Bedeutung. Dies gilt zum Einen für Sozialpläne, zum Anderen aber auch für betriebliche Übungen, die vielfach umfassende Leistungen gewähren. Bei der Dokumentation von Sozialplänen wird oftmals die Abfindung für rentennahe Arbeitnehmer erheblich niedriger als für andere Arbeitnehmer festgesetzt. Ist dies altersdiskriminierend? Betriebliche Übungen geben vielfach Anlass zur Diskussion, insbesondere bei der Auszahlung von Gratifikationen. Wie werden diese gerade in Phasen wirtschaftlicher Schwäche beendet? Hier hat das BAG seine Rechtsprechung zur „gegenläufigen betrieblichen Übung“ geändert, die eine Beendigung einer betrieblichen Übung schwierig macht. Ein weiterer Beitrag, auch relevant in Krisenzeiten, beschäftigt sich mit der Frage, ob und wie weit Arbeitnehmer eines später in die Insolvenz gehenden Unternehmens befürchten müssen, Arbeitslohn an den Insolvenzverwalter zurückzuzahlen. Eine Frage medialer Aufmerksamkeit war die Entscheidung zur Kündigung wegen

der „Entwendung von Pfandbons“ durch eine langjährig beschäftigte Kassiererin. Andere aktuelle Entscheidungen betrafen die Entwendung von Brotaufstrich oder das Erschleichen von Kantinenessen. Jeweils ging es um geringfügige Beträge und die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung. Wir haben dies zusammengefasst und versucht, eine Leitlinie aufzuzeigen. Auch „sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz“ kann Grund für eine fristlose Kündigung sein. Ein Urteil des LAG Schleswig-Holstein – auf Basis der Regelungen des AGG – macht deutlich, wie schwer es für Arbeitgeber ist, die angemessene Maßnahme zu ergreifen. Beiträge zur Frage des Anspruchs auf Urlaubsgeld bei fortdauernder Krankschreibung – im Anschluss an ein vielbeachtetes Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 2. Februar 2009 – sowie Ansprüche auf einen rauchfreien Arbeitsplatz runden diesen Newsletter ab.

Wir hoffen, Sie finden diesen Newsletter trotz seines Umfangs interessant und hoffen, dass Sie Gelegenheit haben, für Sie interessante Beiträge in möglichst entspannter Atmosphäre zu lesen. Wir wünschen Ihnen einen schönen Sommer!

DR. CHRISTIAN BLOTH

# Begrenzung von Managergehältern

---

Die Zeiten überzogener Bonus-Zahlungen an deutsche Top-Manager sind vorbei. Zukünftig soll die Bemessung der Vergütungen von Vorständen von Aktiengesellschaften stärker reglementiert werden. Trotz massiver Kritik aus der Wirtschaft nahm der Bundestag am 18. Juni 2009 einen entsprechenden Entwurf eines Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) von CDU/CSU und SPD an.

## **VERGÜTUNGSHÖHE – ANGEMESSENHEITSBEURTEILUNG**

In § 87 Abs. 1 AktG, der seit 1937 bereits eine Angemessenheitsschranke bezüglich der Vorstandsvergütungen enthält, wird als neues Kriterium neben den Aufgaben des Vorstandsmitgliedes dessen „Leistung“ eingefügt. Dies sieht schon heute der Deutsche Corporate Governance Kodex als Empfehlung vor. Durch die Bezugnahme auf die „übliche Vergütung“ ist bei der Festsetzung der Gesamtbezüge auf das Vergleichsumfeld abzustellen. Damit ist sowohl die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit gemeint als auch Lohn- und Gehaltsgefüge im Unternehmen. Zusätzlich wird dem Aufsichtsrat vorgegeben, mit den eingesetzten Vergütungsinstrumenten, insbesondere mit den performanceabhängigen, variablen Elementen „langfristige Verhaltensanreize“ zu setzen. Dies bedeutet beispielsweise, dass Gratifikationen und Boni nicht so angelegt sein sollen, dass die Erfüllung ihrer Parameter nur zum Stichtag von den Begünstigten etwa durch Aufblähung des Auftragsvolumens angestrebt wird und nachfolgender Verschlechterungen der Parametern für die Vergütung ohne Erfolg bleiben.

## **VERGÜTUNGSHERABSETZUNG**

Im Falle einer negativen Veränderung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens hat ein Aufsichtsrat die Pflicht, Vergütungen des Vorstandes herabzusetzen, falls die weitere Zahlung in der festgesetzten Höhe „unbillig“ wäre. Die Neuformulierung des § 87 Abs. 2 AktG stellt nicht mehr auf die „Verhältnisse der Gesellschaft“ sondern auf eine Verschlechterung der „Lage der Gesellschaft“, wie in § 87 Abs. 1 AktG ab. Zum anderen sieht der Gesetzesentwurf für § 87 Abs. 2 AktG eine Streichung der Begriffe „wesentliche“

(Verschlechterung) und „schwere“ (Unbilligkeit) vor. Dadurch soll sowohl auf unscharfe Begriffe verzichtet wie der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 2 AktG erweitert werden. Eine Verschlechterung der Lage ist demnach in Zukunft beispielsweise schon gegeben, wenn die Gesellschaft Entlassungen oder Lohnkürzungen vornehmen muss und keine Gewinne mehr ausschütten kann. Bei Insolvenz oder einer unmittelbaren Krise ist eine Verschlechterung daher grundsätzlich zu bejahen. Unbilligkeit ist anzunehmen, wenn der Vorstand pflichtwidrig gehandelt hat, aber auch dann, wenn ihm kein pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen ist, die Verschlechterung der Lage der Gesellschaft jedoch in die Zeit seiner Vorstandsverantwortung fällt und ihm zuzurechnen ist. Zudem wird die Pflicht des Aufsichtsrates, bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eine Herabsetzung der Bezüge vorzunehmen, klargestellt.

## **BESCHLUSSGREMIUM**

Nach geltendem Recht braucht die Vergütung der Vorstandsmitglieder nicht im Aufsichtsratsplenium beschlossen zu werden. Zur Verbesserung der Transparenz der Vergütungsfestsetzung soll mit der Änderung des § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG die Festsetzung der Vorstandsgehälter nicht auf einen Ausschuss an Stelle des Aufsichtsrates überwiesen werden können, sondern dem Aufsichtsratsplenium vorbehalten sein. Darüber hinaus setzt die Neuregelung fest, dass Mitglied des Prüfungsausschusses nicht sein kann, wer in den letzten drei Jahren Vorstandsmitglied der Gesellschaft war.

## **HAFTUNG DES AUFSICHTSRATS**

Durch eine Änderung des § 116 AktG wird eine Verschärfung der Haftung des Aufsichtsrates bei Pflichtverletzungen bewirkt. Nach bisheriger Rechtslage haftet jedes Aufsichtsratsmitglied ohnehin höhenmäßig unbegrenzt nach §§ 116, 93 AktG für einen schuldhaften Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten. Künftig soll § 116 AktG um folgende Sätze ergänzt werden. „Sie [Aufsichtsratsmitglieder] sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn sie eine unangemessene Vergütung festsetzen. In diesem Fall ist der Mehrbetrag zu einer angemessenen Vergütung als Mindestschadensersatz zu erstatten“. Die Neuformulierung betont somit die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats bei der Vergütungsfestsetzung und formuliert zudem eine Schadenspauschalierung des Mindestersatzes. Zu ersetzen ist demnach mindestens die Differenz zwischen einer angemessenen Vergütung und der tatsächlich festgesetzten Vergütung.



## AKTIENOPTIONEN

Auch mit einer Änderung des § 193 Abs. 2 AktG soll das Ziel verfolgt werden, langfristige Anreize zu setzen. Aktienoptionen können nach der Neufassung nicht wie bisher nach zwei Jahren, sondern erst nach vier Jahren ausgeübt werden.

## JAHRESABSCHLUSS

Der Entwurf sieht weiterhin im Handelsgesetzbuch Neuerungen bei den Regelungen zum Jahresabschluss der Kapitalgesellschaften vor. § 285 Nr. 9a HGB fordert bisher die Angabe von Leistungen, die dem Vorstandsmitglied für den Fall der Beendigung seiner Tätigkeit zugesagt wurden, im Jahresabschluss. Über das geltende Recht hinausgehend sollen künftig grundsätzlich auch detaillierte Angaben zu Leistungen sowohl für den Fall einer vorzeitigen wie einer regulären Beendigung der Vorstandstätigkeit zu machen sein. Darüber hinaus sind sowohl Änderungen, die diesbezüglich während des Geschäftsjahres vereinbart worden sind, offen zu legen, als auch die einem während eines Geschäftsjahres ausgeschiedenen Vorstandsmitglied zugesagten und gewährten Leistungen individuell und detailliert anzugeben.

DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE / JULIA KUGLER

# Sozialpläne: Diskriminierung rentennaher Arbeitnehmer durch niedrige Abfindungen ?

Nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes stellen sich verschiedene Fragen im Hinblick auf die Ausgestaltung von Interessenausgleich und Sozialplänen: Inwieweit sind altersbezogene Differenzierungen noch möglich, wenn doch wegen seines Alters niemand benachteiligt werden soll? Dürfen z. B. für ältere – rentennahe – Arbeitnehmer geringere Abfindungen vereinbart werden als für jüngere?

Das BAG hat sich bereits im Urteil vom 6. November 2008, vgl. unseren Newsletter vom Dezember 2008, mit Differenzierungen nach Alter bei Entlassungen betroffener Arbeitnehmer im Interessenausgleich beschäftigt. Schon in diesem Urteil hielt es Differenzierungen für zulässig, wenn durch Altersgruppenbildung – zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur in Unternehmen – auch ältere Arbeitnehmer anstelle von jüngeren Arbeitnehmern entlassen wurden. Eine andere in der Praxis der Verhandlung von Sozialplänen wesentliche Frage ist, ob ältere Arbeitnehmer, die vor dem Renteneintritt stehen, gerade deswegen zum Teil erheblich verringerte Abfindungen erhalten können. Bei Verhandlungen von Sozialplänen ist es üblich, dass für diese Arbeitnehmer häufig andere Regelungen gefunden werden als solche, die sich im Wesentlichen nach einer Formel – zusammengesetzt aus Lebensalter, Länge der Betriebszugehörigkeit und Bruttomonatseinkommen – richten.

Häufig wird versucht, Einkommensverluste bis zur Rente zum Beispiel durch Ergänzungszahlungen zum Arbeitslosengeld oder aber auch künftige Rentenverluste auszugleichen. Diese Beträge sind in der Regel erheblich niedriger als die, die betroffenen Arbeitnehmer unter Zugrundelegung der üblichen Formel bezogen auf Lebensalter und Betriebszugehörigkeit erhalten hätten. In Zeiten,

in denen es aufgrund des wirtschaftlichen Rückgangs vermehrt zum Abschluss von Sozialplänen kommen wird, ist die Frage von höchster Relevanz, ob ältere Arbeitnehmer in diesen Verhandlungen schlechter als jüngere Kollegen gestellt werden dürfen. Zum Einen ist dies für die Rechtsicherheit des mit dem Betriebsrat ausgehandelten Sozialplans, zum Anderen aber auch im Hinblick auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens von entscheidender Bedeutung, da gerade eine Gruppe rentennaher Jahrgänge unter Zugrundelegung der üblichen Abfindungsformeln einen ganz erheblichen Teilbetrag der ausgehandelten Abfindung insgesamt für sich beanspruchen würde und damit auch das Gesamtvolumen eines Sozialplans erheblich in die Höhe treiben würde.

Zu dieser Frage der Altersdifferenzierung hat nunmehr das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 26. Mai 2009, Az 1 AZR 198/08 Stellung genommen. Der klagende Arbeitnehmer, 1946 geboren, war insgesamt 43 Jahre bei dem beklagten Unternehmen beschäftigt, bevor er im Rahmen eines Interessenausgleichs und Sozialplans entlassen wurde. Dieser Sozialplan differenzierte bzgl. der Abfindung wie folgt. Bis zu 59-jährige Mitarbeiter erhielten eine Abfindung in Höhe eines Bruttomonatseinkommens multipliziert mit dem Faktor 1,36 pro vollendetes Beschäftigungsjahr. Arbeitnehmer, älter als 59 Jahre, erhielten für jeden bis zum 63. Lebensjahr noch fehlenden Monat einen Betrag in Höhe von EUR 1.700 zzgl. einer pauschalen Zahlung von EUR 20.000. Der Kläger war 60 Jahre alt und erhielt auf dieser Basis eine Sozialabfindung in Höhe von EUR 60.800. Wäre er noch 59 gewesen, so hätte er eine Abfindung in Höhe von EUR 120.000 beanspruchen können. Diese Differenz machte er in Klagewege geltend. Unter Anderem machte er geltend, der Sozialplan benachteilige ungerechtfertigt die neun (von insgesamt 133 betroffenen Arbeitnehmern) älteren Arbeitnehmer. Der Beklagte machte u.a. geltend, falls die Regelung im Hinblick auf rentennahe Jahrgänge rechtswidrig wäre, würde allein Zusatzzahlungen für die neun älteren Arbeitnehmer EUR 561.000 ausmachen.

Sowiedie Vorinstanz, das LAG Berlin-Brandenburg, wies das Gericht die Klage ab. Das LAG wies darauf hin, dass schon es deswegen schwierig sein, von einer Ungleichbehandlung zu sprechen, weil die Personengruppe unter 59 Jahren nicht mit der Personengruppe über 59 Jahre vergleichbar sei. Sämtliche Arbeitnehmer seien im Hinblick auf die von ihnen zu tragenden Belastungen im Hinblick auf Alter, Betriebszugehörigkeit, Familienverhältnisse, berufliche Tätigkeit, Chancen am Arbeitsmarkt, nicht im eigentlichen Sinne „vergleichbar“. Unabhängig davon erklärt das Gericht eine möglich unterschiedliche Behandlung als gerechtfertigt im Rahmen des § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG, der Differenzierung von Leistungen und Sozialplänen erlaubt, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben. Es wird davon ausgegangen, dass rentennahe Jahrgänge durch den Verlust des Arbeitsplatzes regelmäßig geringere Nachteile erleiden als jüngere Arbeitnehmer. Diese seien materiell besser abgesichert als solche, die noch, zum Beispiel im Alter von 50, eine neue Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt suchen müssen.

Eine Bemessung der Ausgleichsleistung für ältere Arbeitnehmer nach den mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarteten tatsächlichen Nachteilen bis zum Renteneintritt und einer Regelung für jüngere Arbeitnehmer nach Maßgabe eines pauschalen Ausgleichs in Form von Abfindungszahlungen – orientiert an der Dauer der bisherigen Betriebszugehörigkeit – steht somit in Übereinstimmung zu den

Bestimmungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und, wie das Gericht auch ausführt, in Übereinstimmung zu höherrangigem europäischem Recht. Mit diesem Urteil wird in der betrieblichen Praxis Sicherheit für die Bemessung von Sozialplänen, gerade im Bezug auf ältere Arbeitnehmer, gegeben.

DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE

## Aufhebung betrieblicher Übung durch „gegenläufige betriebliche Übung“ nur schwer durchsetzbar (Änderung der Rechtsprechung)

---

Für ein jährlich an die gesamte Belegschaft gezahltes Weihnachtsgeld – wie allgemein bei jährlich gezahlten Gratifikationen – besteht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) die Regel, dass eine dreimalige vorbehaltlose – also ohne Hinweis auf Freiwilligkeit – Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt (sogenannte betriebliche Übung). Für den an eine betriebliche Übung gebundenen Arbeitgeber stellt sich insbesondere in Zeiten geringer Profitabilität die Frage, wie er sich von derartigen Verbindlichkeiten für die Zukunft lösen kann. Hierzu hatte das BAG in älterer Rechtsprechung das Institut der „gegenläufigen betrieblichen Übung“ anerkannt. Hierdurch war es dem Arbeitgeber unter gewissen Voraussetzungen möglich, durch ein Hinzufügen des Hinweises darauf, dass die Zahlung freiwillig sei und keinen Rechtsanspruch begründe, für die Zukunft, nach dreimaliger vorbehaltloser Hinnahme der Mitarbeiter dieser Einschränkung, die betriebliche Übung zu beenden. Das Schweigen der Mitarbeiter führte also letztendlich zur Beendigung einer betrieblichen Übung.

Diese Möglichkeit hat das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 18. März 2009 (10 AZR 281/08) in ausdrücklicher Änderung der bisherigen Rechtsprechung erheblich eingeschränkt. Ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber aus der Baubranche hatte, nachdem er seinen Arbeitnehmern über einen Zeitraum von mehreren Jahrzehnten vorbehaltlos Weihnachtsgeld gewährt hatte, auf den Gehaltsabrechnungen der Jahre 2002 bis 2005 bei allen Mitarbeitern jeweils handschriftlich vermerkt: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“ Im Jahr 2006 gewährte der Arbeitgeber kein Weihnachtsgeld. Im Jahr 2006 zahlte der Arbeitgeber kein Weihnachtsgeld mehr aus.

Die Klage eines Arbeitnehmers auf Gewährung von Weihnachtsgeld auch im Jahr 2006 hatte in allen Instanzen Erfolg. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem gleichlautenden Hinweis auf allen Gehaltsabrechnungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handelte und dass die gesetzlichen Regelungen zu AGB seit dem 1. Januar 2002 bekanntlich auch auf Arbeitsverträge anwendbar sind, beruft sich das BAG in seiner Urteilsbegründung vor allem auf § 308 Nr. 5 BGB. Hiernach ist der privatrechtliche Grundsatz, dass Schweigen in der Regel keine Willenserklärung ist, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) nur in engen

Grenzen änderbar. Die Vorgehensweise des Arbeitgebers, der in den handschriftlichen Vermerken auf den Gehaltsabrechnungen nicht einmal auf die von ihm gewünschte Rechtsfolge (Beendigung der betrieblichen Übung) hinwies, sei daher keinesfalls ausreichend gewesen dafür, die betriebliche Übung durch eine gegenläufige betriebliche Übung zu beenden.

Das BAG prüfte auch, ob die widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer nach einem Änderungsangebot – sofern der handschriftliche Vermerk überhaupt als solches verstanden werden konnte, woran das BAG Zweifel äußerte – als schlüssige Annahme einer Vertragsänderung ausgelegt werden könne. Dies sei allerdings, so das BAG, im vorliegenden Fall ausgeschlossen. Denn die angestrebte Änderung habe sich nicht unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis ausgewirkt, solange ihre Folgen (keine Zahlung von Weihnachtsgeld) nicht hervorgetreten seien. Der Arbeitnehmer habe in den Jahren 2002 bis 2005 nicht erkennen können, dass seine widerspruchslose Weiterarbeit als Einverständnis mit einer Vertragsänderung verstanden werden könnte.

Dies bedeutet also, das in Zukunft zur Aufhebung einer betrieblichen Übung mehr gehört als das „Schweigen“ auf „Freiwilligkeitshinweis“. Der Arbeitgeber muss vielmehr ein ausdrücklich geäußertes Einverständnis des Arbeitnehmers zu einer solchen Beendigung einholen.

ROLAND WEISS, RWE@MSA.SE

## Unternehmen in der Krise – Rückzahlung von Arbeitslohn?

---

Arbeitnehmer, die Arbeitslohn erhalten haben, während ihr Unternehmen in die Krise gerät, sahen sich nach Eintritt des Insolvenzfalls bislang oftmals einer Rückforderung des Insolvenzverwalters ausgesetzt.

Der BGH ist diesem Versuch des Insolvenzverwalters Geld zur Masse zu ziehen jedoch mit Urteil vom 19. Februar 2009 (Az.: IX ZR 62/08) entgegen getreten. Lohnzahlungen auf fällige Ansprüche können in Zukunft grundsätzlich nicht durch den Insolvenzverwalter angefochten und zurückgefordert werden.

Im zu Grunde liegenden Fall ging es um einen Mitarbeiter, dessen Arbeitgeber im Herbst 2003 mit Löhnen und Gehältern in Zahlungsrückstand geraten war. Der Mitarbeiter war als Elektroinstallateur auf verschiedenen Baustellen tätig. Spätestens ab Mai 2004 war das Unternehmen dann zahlungsunfähig. Der Mitarbeiter erhielt erst Mitte Mai 2004 das rückständige Gehalt für die Monate Februar und März und Ende Juli 2004 die restlichen Löhne für die Monate März und April. Anfang August stellte der Arbeitgeber dann Insolvenzantrag. Nachdem das Insolvenzverfahren Mitte Oktober 2004 eröffnet worden war, forcht der Insolvenzverwalter die jeweiligen Zahlungen an.

Er berief sich dabei auf die insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften, wonach so genannte „kongruente Zahlungen“, also solche Zahlungen, die auf bestehende fällige Ansprüche

geleistet werden, zur Insolvenzmasse zurückgefordert werden können, wenn der Empfänger der Leistung – hier der Arbeitnehmer – die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit kannte, als er die Leistung erhielt. Diese Kenntnis habe der Mitarbeiter allein schon deswegen gehabt, weil er wusste, dass sein Arbeitgeber mit der Zahlung von Löhnen und Gehältern in Rückstand geraten war.

Dies sahen die Karlsruher Richter anders. Allein die Kenntnis von rückständigen Gehältern lasse noch keine Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinne zu. Zwar sei diese Tatsache regelmäßig als Indiz zu werten, das eine Insolvenz als wahrscheinlich erscheinen lasse. Dieser Grundsatz gelte jedoch nur für institutionelle Gläubiger und solche mit „Insiderkenntnissen“.

Ein nicht im Finanz- oder kaufmännischem Bereich eingesetzter Arbeitnehmer, der regelmäßig keinen Einblick in die Finanzbuchhaltung und somit die finanzielle Situation des Unternehmens habe, könne in aller Regel nur begrenzt Rückschlüsse auf etwaige Zahlungsschwierigkeiten ziehen. Das Gesetz verlange aber gerade Kenntnis von konkreten Umständen, die ein eindeutiges Urteil über die Liquiditätsslage des Unternehmens ermöglichen. Nachforschen müsse ein Arbeitnehmer grundsätzlich nicht.

Die erforderliche Kenntnis sah das Gericht im vorliegenden Fall nicht als gegeben an und wies die Klage des Insolvenzverwalters ab. Dies insbesondere auch, weil die Auftragslage unbestritten gut war und die Arbeit auf den Baustellen weiterging. Auch positive Presseberichte und Informationsveranstaltungen des Arbeitgebers

ließen nicht unmittelbar auf eine Insolvenzsituation schließen, so dass der Arbeitnehmer seinen Lohn behalten durfte.

Für Arbeitnehmer – zumindest soweit sie nicht unmittelbar im Finanzwesen des Unternehmens angestellt sind – bedeutet dies, dass sie in Krisenzeiten regelmäßig für ihr Unternehmen weiterarbeiten können, ohne befürchten zu müssen, sich in der Insolvenz Rückforderungen ausgesetzt zu sehen. Dies dürfte die Motivation weiter tätig zu werden steigern und den Arbeitgeber – auch wenn er in Lohnrückstand gerät – vor einer Niederlegung der Arbeit in seinem Betrieb schützen.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE

## (Fristlose) Kündigung wegen Diebstahls geringwertiger Sachen

### STRENGE PRINZIPIEN - ENTWENDUNG VON PFANDBONS

Mit einer in den Medien teilweise als zu hart bewerteten Entscheidung folgte das LAG Berlin-Brandenburg (Urteil vom 24. Februar 2009, Az. 7 Sa 2017/08) einer schon seit Längerem verfolgten Linie der Rechtsprechung, dass auch bei Geringwertigkeit einer durch einen Arbeitnehmer entwendeten Sache die Berechtigung einer fristlosen Kündigung nicht in Frage stellt. Das Gericht erklärte die Kündigung



einer Kassiererin für zulässig, die 30 Jahre im Betrieb beschäftigt war und zwei Pfandbons im Wert von EUR 1,30 entwendet hatte.

Grundsätzlich kann jeder Diebstahl eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses begründen. Seit dem sog. „Bienenstichfall“, der bereits im Jahr 1984 entschieden wurde, hat das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 17. Mai 1984, Az. 2 AZR 3/83) ausdrücklich klar gestellt, dass auch der Umstand, dass die gestohlene Sache geringwertig war, hieran nichts ändert. In diesem Fall wurde der in der Cafeteria eines Kaufhauses beschäftigten Buffetkraft wegen des Verzehrs eines Stücks Bienenstichkuchen ohne Bezahlung fristlos gekündigt. Allein das Vorliegen eines Diebstahls reicht allerdings noch nicht aus, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Ein Diebstahl stellt lediglich einen „wichtigen Grund“ im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar. Neben dem objektiven Vorliegen eines wichtigen Grundes muss auch eine Interessenabwägung zwischen den Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern erfolgen, die unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls dazu führt, dass die Interessen des Arbeitgebers an der (sofortigen) Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Interessen des Arbeitnehmers an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses überwiegen.

Im eingangs zitierten „Pfandbons“-Urteil des LAG Berlin-Brandenburg war Gegenstand der Interessenabwägung, dass sich ein Arbeitgeber gerade bei einer Kassiererin auf deren Zuverlässigkeit unbedingt verlassen können muss und dies unbedingte Ehrlichkeit der Kassiererin voraussetzt. Weder der geringe Wert der Sache ändert hieran etwas noch die lange Betriebszugehörigkeit, die grundsätzlich zu Gunsten der Arbeitnehmerin berücksichtigt wurde. Der Umgang mit Pfandbons – auch eigene Bons der Mitarbeiter – war in einer Dienstanweisung geregelt und somit der Arbeitnehmerin bekannt. Auf den bei der Beklagten eingetretenen Vertrauensverlust wirkte sich erschwerend aus, dass die Klägerin im Rahmen der Aufklärung nicht nur das Einlösen der beiden Pfandbons beharrlich geleugnet, sondern auch Dritte als mögliche Quelle für die Leertgutbons benannt hatte. Weiterhin wies das Gericht darauf hin, dass gerade im Einzelhandel auch der generalpräventive Charakter der Maßnahme in Zusammenhang mit dem Schutz des Vermögens beachtet werden müsse. Damit stand fest, dass der Arbeitgeber in nachvollziehbarer Weise das Vertrauen in seine Kassenkraft verloren hat. Den Interessen des Arbeitgebers wurde somit im konkreten Fall der Vorrang gegeben und die Kündigung für zulässig erachtet.

## **DAS ERSCHLICHENE KANTINENESSEN**

Anders entschieden wurde dagegen mit Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit des Arbeitnehmers ein anders gelagerter Fall vor dem LAG Hessen (Urteil vom 17. September 2008, Az. 8 Sa 548/08). Hier ging es um das „Erschleichen“ einer Vergünstigung, die dem Arbeitnehmer an sich nicht zustand. Das Gericht urteilte, dass ein Arbeitgeber nicht berechtigt ist, einem Arbeitnehmer nur deshalb zu kündigen, weil dieser die Zutrittskarte eines erkrankten Arbeitskollegen benutzt hat, um ein vom Arbeitgeber bezuschusstes Kantinenmittagessen zu bekommen. Sei zuvor keine Abmahnung ausgesprochen worden, komme weder eine außerordentliche noch eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht. Der Sachverhalt war wie folgt: Die Mitarbeiter hatten die Möglichkeit, sich monatlich zur Teilnahme am Essen anzumelden. Der Arbeitgeber entrichtete dafür einen von ihm bezuschussten Preis an den Betreiber der Kantine. Der Zuschuss war gegenüber dem Arbeitnehmer nicht offengelegt.

Eine Mitarbeiterin, die seit 1999 im Betrieb beschäftigt war, hatte bis Januar 2003 am der Mittagsverpflegung teilgenommen und sich danach nicht wieder angemeldet. Ihr Lebensgefährte war angemeldet und entrichtete die Pauschalzahlung. Als dieser wegen einer Krankheit nicht arbeiten konnte, benutzte seine Lebensgefährtin an sieben Arbeitstagen seine freigeschaltete Zutrittskarte und nahm so an der betrieblichen Mittagsverpflegung teil. Nachdem der Arbeitgeber hiervon Kenntnis erlangt hatte, kündigte er das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgemäß. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage war sowohl in erster als auch in zweiter Instanz erfolgreich.

Im Hinblick auf das der Mitarbeiterin vorzuwerfende Fehlverhalten war zunächst eine erfolglose Abmahnung erforderlich. Es war entschuldbar, dass sie geglaubt hatte, unter Nutzung der Zutrittskarte ihres Lebensgefährten die Mittagsverpflegung anstelle desselben in Anspruch nehmen zu dürfen. Sie musste auch nicht annehmen, dass dadurch irgendjemanden ein Schaden entstehen würde. Aus den bekannt gegebenen Bedingungen zur Teilnahme an der betrieblichen Mittagsverpflegung, auf die sich der Arbeitgeber berufen hat, war nicht zu ersehen, dass Abwesenheitszeiten und Nichtinanspruchnahme der Mittagsverpflegung in die Essenspreise einkalkuliert sind und die Nutzung der Freischaltung eines angemeldeten Kollegen verboten ist. Die Mitarbeiterin hatte auch keine strafbare Handlung begangen. Dies zeigt deutlich, dass eine wichtige Voraussetzung für die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung auch die klare und deutliche Ausführung von Handlungsanweisungen ist, wie es im Pfandbon Fall war.

## **BROTAUFSTRICH**

Der „Pfandbons“-Fall unterscheidet sich auch von dem Fall, in dem zwei Bäckern gekündigt wurden, weil sie einen Brotaufstrich im Wert von EUR 0,50 entwendet hatten. Während die Kündigung des einen Bäckers bereits aus formalen Gründen unwirksam war (er war Mitglied des Betriebsrates, dessen erforderliche Zustimmung zur Kündigung fehlte), sah das Arbeitsgericht Dortmund (Urteil vom 10. März 2009, Az. 7 Ca 4977/08) die Kündigung des zweiten Bäckers ebenfalls als unwirksam an. Hauptgrund war, dass dieser den Verzehr des Brötchens gegenüber dem Arbeitgeber sofort zugegeben hatte, so dass unter Berücksichtigung seiner langen Betriebszugehörigkeit die Interessenabwägung zu Gunsten des Arbeitnehmers ausfiel. Weiterhin betont es aber auch, dass grundsätzlich auch das Entwenden einer Sache mit geringem Wert eine fristlose Kündigung begründen kann. Hier wurde betont, dass damit der Arbeitnehmer seine „ehrliche Grundhaltung“ gezeigt hatte, also damit auch eine „vertrauensvolle Zusammenarbeit“ als gut möglich erscheinen muss.

## **SCHLUSSFOLGERUNG**

Für die Frage, ob eine fristlose Kündigung wegen Diebstahls einer geringwertigen Sache vor dem Arbeitsgericht Bestand hat, kommt es damit wesentlich auf die Umstände des Einzelfalls und die vorzunehmende Interessenabwägung an. Insbesondere können ähnliche Sachverhalte aufgrund der vorzunehmenden Interessenabwägung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Wichtig sind in diesem Zusammenhang die Funktion des Arbeitnehmers, die genauen Anweisungen als Information des Arbeitgebers über das vom Arbeitgeber erwartete Verhalten, aber auch Punkte wie Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Verhalten des Arbeitnehmers bei der Untersuchung des Vorfalles.

**DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE / JULIA KUGLER**



## Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz rechtfertigt nicht automatisch eine fristlose Kündigung

---

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein entschied im Rahmen einer Kündigungsschutzklage (Urteil vom 4. März 2009 – AZ.: 3 Sa 410/08), dass eine sexuelle Belästigung von Kolleginnen am Arbeitsplatz nicht in jedem Fall eine sofortige fristlose Kündigung des Belästigenden rechtfertigt. Es seien die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zu beachten. § 12 Abs. 3 AGG bestimme, falls Beschäftigte des Arbeitgebers gegen ein Benachteiligungsverbot (etwa durch sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz) verstoßen, der Arbeitgeber verpflichtet ist, die geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen. Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung stehen hierbei in einem Stufenverhältnis.

Geklagt hatte ein Krankenpfleger gegen die fristlose Kündigung seines seit 19 Jahren bestehenden Arbeitsverhältnisses. Der Kläger arbeitete in einem überwiegend weiblich geprägten Umfeld. Er war für seinen „sexualisierten Sprachgebrauch“ hinreichend bekannt. Er hatte einer Mitarbeiterin während der Probezeit eine pornographische Darstellung eines nackten weiblichen Unterkörpers mit gespreizten Beinen in Nahaufnahme als Handybild gezeigt. Über einen längeren Zeitraum hinweg ließ er sich verbal zu Sexualpraktiken in ihrer Anwesenheit aus. Etwa vier Monate danach rief er eine in einer Beziehung lebende, gleichgeschlechtlich orientierte Mitarbeiterin während des Nachtdienstes stark alkoholisiert an. Er bot ihr an, sie könne „BMW fahren“, wenn sie seine Freundin würde und bot ihr auf niedrigem verbalem Niveau Geschlechtsverkehr an (eine Äußerung, die wir hier nicht wiedergeben wollen).

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein sah (wieder Betriebsrat im Rahmen der Anhörung), im Unterschied zur Vorinstanz, keine ausreichenden Gründe für eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung. Die hilfsweise erklärte, fristgemäße Kündigung (Frist sechs Monate) sah es als gerechtfertigt und wirksam an. Eine sexuelle Belästigung ist nach § 3 Abs. 4 AGG jedes unerwünschte, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Eine sexuelle Belästigung habe jeweils unzweifelhaft vorgelegen, zumal die Unerwünschtheit jeweils klar aus den Umständen nach außen deutlich wurde. Sie verhinderten eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist aber nicht. Das Gericht hielt dem Kläger seine langjährige Betriebszugehörigkeit ohne Beanstandungen zugute. Außerdem sei er kein Vorgesetzter gewesen. Die Belästigungen während der Probezeit seien nicht zu dem Zweck erfolgt, die Mitarbeiterin „gefügig zu machen.“

In einem Urteil von 2006 (Urteil vom 27. September 2006 – AZ. 3 Sa 163/06) zum alten Beschäftigtenschutzgesetz erachtete das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein die fristlose Kündigung eines Vorgesetzten im öffentlichen Dienst für gerechtfertigt. Dieser hatte ihm untergebene Kolleginnen mit pornographischen Fotos belästigt, sich diesen mehrfach unerwünscht körperlich genähert und über mehrjährige Zeiträume hinweg eine Mitarbeiterin durch unnötige körperliche Berührungen belästigt.

Der Vergleich beider Urteile zeigt, dass dem Arbeitgeber eine schwierige, abgestufte, und abwägende Betrachtung aller relevanten Umstände aufgebürdet wird, um im Einzelfall ein geeignetes, hierbei aber mildestes, verhältnismäßiges Mittel zu wählen. Dies sorgt für ein gehöriges, kaum noch zumutbares Fehlerpotential, da nicht vorhersehbar ist, unter welchen Umständen die eindeutige nachhaltige sexuelle Belästigung mit sogar besonderer „Dreistigkeit“ eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Erhöhte Vorsicht ist jedenfalls bei der Aussprache gegenüber Mitarbeitern mit langer Betriebszugehörigkeit geboten.

ANDREAS KARL, [krl@msa.se](mailto:krl@msa.se)

# Zum Anspruch auf Urlaubsgeld bei fortdauernder Krankschreibung

Das Thema „bezahlter Jahresurlaub trotz ganzjähriger Krankschreibung“ ist bereits im Februar diesen Jahres Gegenstand unseres Newsletters gewesen. Damals haben wir auf die Entscheidung des EuGH hingewiesen – Newsletter vom 2. Februar 2009, EuGH, Az G-350, 520-06 - wonach der gesetzliche Anspruch auf Jahresurlaub trotz einer ganzjährigen und fortdauernden Krankheit des Arbeitnehmers entsteht und nach dessen Genesung diesem auf Wunsch gewährt werden muss. Dabei wurde kenntlich gemacht, dass dies nicht nur für den Urlaubsanspruch gilt, sondern ebenso für den arbeitsvertraglich oder tarifvertraglich geschuldeten Anspruch auf Urlaubsgeld. Auch dieser entsteht unabhängig von einer ganzjährigen Krankschreibung des Arbeitnehmers, also unabhängig von der Frage – im Gegensatz zu der bisherigen Rechtsprechung – ob der Arbeitnehmer den Urlaub im entsprechenden Zeitraum überhaupt nehmen konnte und nicht durch Krankheit daran gehindert war.

In seiner Entscheidung vom 19. Mai 2009 (9 AZR 477/07) wurde das BAG nun mit der Frage befasst, ob ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf Urlaubsgeld auch dann geltend machen kann, wenn er das gesamte Urlaubsjahr und noch darüber hinaus auf unbestimmte Zeit arbeitsunfähig erkrankt ist. Der Entscheidung des EuGH konnte dazu zwar bereits entnommen werden, dass der Anspruch grundsätzlich entsteht, offen geblieben ist jedoch, wann er zur Auszahlung fällig wird.

Das BAG hat in der vorliegenden Entscheidung dem Begehren des Arbeitnehmers auf Zahlung von Urlaubsgeld für den Zeitraum von dessen Krankschreibung nicht Folge geleistet. Das Gericht ist zwar ebenso der Ansicht, dass der Anspruch auf Urlaubsgeld fortbesteht, jedoch würde dieser Anspruch erst dann zur Auszahlung fällig werden, wenn der Arbeitnehmer auch tatsächlich von seinem Urlaub Gebrauch macht. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der Arbeits- oder Tarifvertrag die Gewährung von Urlaubsgeld unmittelbar an die Urlaubsvergütung bindet. Mag diese Entscheidung auf den ersten Blick als eine Begünstigung des Arbeitgebers erscheinen, darf dabei nicht übersehen werden, dass der Anspruch auf Urlaubsvergütung und Urlaubsgeld nicht verloren geht. Vielmehr ist er nur bis zu dem Zeitpunkt der Rückkehr des Arbeitnehmers an seinen Arbeitsplatz aufgeschoben. Selbst wenn das Arbeitsverhältnis bis dahin beendet werden sollte, würde an dessen Stelle ein Urlaubsabgeltungsanspruch in gleicher Höhe treten.

ULF LOHRUM, UCL@MSA.SE

Mannheimer Swartling is the leading commercial law firm in Nordic region with international practice and assignments all over the world. By combining the highest legal competence with industry knowhow, we offer our clients professional legal advice with added value. For several consecutive years, we have been chosen as the favourite law firm of both clients and students. In 2007 the firm had a turnover in the order of €120 million and has today approximately 670 employees. For more information, see [www.mannheimerswartling.de](http://www.mannheimerswartling.de)

# Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz

Ein Arbeitnehmer kann nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichtes (Urteil vom 19. Mai 2009 – AZ.: 9 AZR 241/08) nach den § 618 Abs. 1 BGB, § 5 der Arbeitsstättenverordnung einen Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz gegenüber dem Arbeitgeber haben, auch wenn Publikumsverkehr besteht und das Publikum raucht. Geklagt hatte ein langjährig beschäftigter Croupier gegen seinen Arbeitgeber, eine Berliner Spielbank. In Berlin ist in Gaststätten das Rauchen untersagt. Bis zu einem Umzug der Spielbank aus dem Europa Center zum Potsdamer Platz arbeitete er in einem Nichtraucherbereich. Nach dem Umzug gab es diese Nichtraucherische nicht mehr. Im Spielsaal gab es einen nicht abgetrennten Barbereich, der nicht durch den Arbeitgeber selbst betrieben wurde. Rauchen war überall erlaubt. Eine Klimaanlage sorgte für zwar für ständigen Luftwechsel. Der Tabakrauch führte dennoch nachweislich zur gesundheitlichen Beeinträchtigung des Klägers.

Die Vorinstanzen (LAG Berlin, Urteil vom 11. März 2008, AZ.: 11 Sa 1910/06) wiesen die Klage mit der Begründung ab, dass der Arbeitgeber in bestimmten Einrichtungen dem Publikum das Rauchen schlichtweg nicht verbieten könne. Für Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr sei darauf abzustellen, ob die „Natur des Betriebes“ und die „Art der Beschäftigung“ ein Verbot zulassen, wie sowohl § 618 BGB als auch § 5 der Arbeitsstättenverordnung klarstellen. Der Dienstverpflichtete müsse ein Rauchverbot nur erlassen, soweit die „Natur der Dienstleistung“ es gestatte.

Das Bundesarbeitsgericht unterwarf dagegen die Spielbank aufgrund des Barbetriebes dem Berliner Nichtraucherschutzgesetz für Gaststätten. Trotz Verfassungswidrigkeit sei dieses für eine Übergangszeit weiter anwendbar und gelte auch für Spielbanken.

Das Urteil ist aufgrund der Anwendung des Nichtraucherschutzgesetzes sicher nicht pauschal auf alle Publikumsbetriebe auszudehnen. Allerdings obliegt einem Arbeitgeber der Schutz der Nichtraucher im Rahmen des Möglichen, ggf. muss ein Rauchverbot für bestimmte Räume erlassen werden. Publikumsbereiche sind nicht generell vom Nichtraucherschutz ausgenommen, d.h. die „Natur der Dienstleistung“ eines Publikumsbetriebes umfasst nicht zwingend das Rauchen. Es dürfte sich um einen allgemeinen gesellschaftlichen Trend handeln, dem das Bundesarbeitsgericht hier folgt.

ANDREAS KARL, KRL@MSA.SE



**MANNHEIMER  
SWARTLING**