

A NEWSLETTER FROM  
MANNHEIMER SWARTLING

JULY 2011

# Newsletter

# Arbeitsrecht Deutschland



#### KONTAKTPERSONEN:

Rechtsanwälte  
Dr. Christian Bloth, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht,  
Frankfurt (Editor)  
Bettina Kreimer, Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, Frankfurt  
Alper Ardali, Frankfurt  
Ulf Christoph Lohrum, LL.M, Berlin  
Dr. Kerstin Kamp-Wigforss, LL.M.,  
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

Norrlandsgatan 21  
Box 1711, 111 87 Stockholm  
Tel: +46 8 595 065 00  
Fax: +46 8 595 065 01

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

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

## Editorial

#### SEHR GEEHRTE DAMEN UND HERREN,

kurz vor der Sommerpause können wir Ihnen unseren arbeitsrechtlichen Newsletter übersenden. Wir berichten über eine interessante Grundsatzentscheidung des BAG zu Fragen der Rechte der Gewerkschaften, sofern in einem Betrieb tarifwidrige Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden, zum Beispiel, wie hier, zu Fragen der Arbeitszeit und Entlohnung. Eine Veränderung der Rechtspraxis bei Widerrufsklauseln von Leistungszulagen, hier für sogenannte Alt-Verträge vor 2002, mag ein Urteil des BAG von 20. April 2011 ankündigen. Diese Entscheidung ist gerade aus Arbeitgeberpersicht zu begrüßen. Ein weiteres Urteil des BAG zur Frage der Freistellung und Anrechnung von Urlaubsansprüchen, besonders häufig in Fällen der Kündigung, sollte die Arbeitgeber darauf hinweisen, ihre diesbezüglichen Formulierungen zu überdenken. Dass ein Ausschluss betriebsbedingter Beendigungskündigung, so zum Beispiel auf Basis einer Betriebsvereinbarung, eine erhebliche Bindungswirkung auch in wirtschaftlichen Krisen entfalten kann, zeigt ein Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg. Immer wieder von Interesse sind Fragen der fristlosen Kündigung, gerade nach der Emily Entscheidung. Ein Urteil des BAG vom 16. Dezember 2010 nimmt zudem Stellung zu Fragen eines eventuellen Beweisverwertungsverbots bei Videoaufzeichnungen.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und stehen Ihnen sehr gerne für Ihre Rückfragen, auch zu anderen aus allen arbeitsrechtlichen Themen, zur Verfügung.

Mit den besten Wünschen für einen schönen Sommer

**DR. CHRISTIAN BLOTH**



**MANNHEIMER  
SWARTLING**

# Gewerkschaftsrechte bei tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen

---

Eine Grundsatzentscheidung zu Rechten einer Gewerkschaft im Hinblick auf tarifvertragswidrige Betriebsvereinbarungen hat das Bundesarbeitsgericht durch Presseerklärung vom 17. Mai 2011, Az. 1 AZR 473/09 bekanntgegeben. Hierbei ging es um die Frage, ob die IG Metall als tarifvertragsschließende Partei gegenüber einem Unternehmen, das vormalig tarifgebunden war, nicht nur die Unterlassung tarifwidriger Betriebsvereinbarungen verlangen konnte, sondern zugunsten der Arbeitnehmer, im Rahmen eines Störungsbeseitigungsanspruchs, auch nicht gezahlten Lohn geltend machen konnte. Das BetrVG kennt einen „Tarifvorrang“ vor Betriebsvereinbarungen, wenn es zum Beispiel in § 87 Abs. 1 BetrVG heißt, dass, soweit eine tarifliche Regelung nicht besteht, in bestimmten katalogmäßig erfassten Angelegenheiten ein Mitbestimmungsrecht besteht. Zentral heißt es in § 77 Abs. 3 BetrVG, dass Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können, sofern nicht ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt (so-genannte „Öffnungsklauseln“). In dem entschiedenen Fall hatte ein Unternehmen mit seinen beiden Betriebsräten Vereinbarungen abgeschlossen, die offensichtlich darauf gerichtet waren, die grundsätzliche 35 Stunden Woche, wie sie sich im tarifvertraglich geregelten Sektor der Metallindustrie findet, „die Schärfe zu nehmen“. In der Regel lassen diese Tarifverträge nur für eine bestimmte Prozentzahl der Beschäftigten eines Betriebs die Vereinbarung einer 40 Stunden Woche zu. In der einen Betriebsvereinbarung hieß es hingegen, dass alle Beschäftigten zusätzlich zu den 35 Stunden pro Woche 5 weitere Stunden zu arbeiten hätten, also insgesamt 40 Stunden. Zudem sollte ein Zeitkonto geführt werden, wonach das monatliche Zeitkonto nicht 40 Minusstunden unterschreiten, bzw. 150 Plusstunden nicht überschreiten darf. Ausdrücklich waren darüber hinausgehende Zeitguthaben nicht zu vergüten. Die zusätzlichen 5 Stunden sollten auf Basis eines leistungs- bzw. erfolgsabhängigen Bonus vergütet werden, die an die Erreichung spezifischer Parameter gebunden war und gesondert geregelt war.

Die klagende IG Metall verlangte hier nicht die Unterlassung des Abschlusses tarifwidriger Vereinbarungen, bzw. deren Nichtanwendung, sondern verlangte die Beseitigung der durch den Abschluss dieser Vereinbarung entstandenen Beeinträchtigung. Die Störung, die sich in einer Verletzung dieser Tarifautonomie, Art. 9 Abs. 3 GG, manifestiere, solle dadurch beseitigt werden, dass das Unternehmen den davon betroffenen Arbeitnehmern anbiete, die über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit durch Vergütung oder Freizeit abzugelten, ebenfalls auch die verfallenen, nicht vergüteten Stunden wegen Überschreitens des Arbeitszeitkontos. In keiner Instanz hatten diese Klagen Erfolg.

Das BAG, so die kurze Begründung in der Pressemitteilung, bestätigte das Urteil des LAG Hamburgs, wonach der Anspruch der Gewerkschaft in einem solchen Fall auf den Schutz der in Art. 9 Abs. 3 verankerten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaft liegt, nämlich tarifwidrige Betriebsvereinbarungen nicht abzuschließen

bzw. nicht anzuwenden. Schadensersatz für die Arbeitnehmer, wobei auch offen steht, ob nur für die tarifgebundenen oder auch die „Außenseiter“, kann die Gewerkschaft mangels eigenen Schadens nicht verlangen. Dabei führte das LAG Hamburg aus, wobei es diese Frage nicht zu entscheiden hatte, dass „gute Gründe“ dafür sprachen, dass die Betriebsvereinbarungen, die eine Regelarbeitszeit von über 35 Stunden für sämtliche Beschäftigten des Betriebs vorsehen und den Verfall bestimmter Arbeitsstunden, so rechtswidrig waren. Dabei stützte sich das LAG, eine Begründung des BAG liegt noch nicht vor, darauf, dass schon rechtsdogmatisch § 1004 BGB, der allgemeine Unterlassungsanspruch, nur einen Anspruch auf Beseitigung einer bestehenden bzw. Unterlassung einer künftigen Störung ergebe, nicht jedoch auf die Beseitigung der Folgen einer Störung. Es lässt zwar erkennen, dass es „rechtspolitisch“ gute Argumente dafür gebe, den Gewerkschaften zusätzlich zum Unterlassungsanspruch bei solchen Regelungen auch das Recht einzuräumen, die Beseitigung der Folgen solcher Regelungen für die betroffenen Mitarbeiter, jedenfalls für die organisierten Mitarbeiter, zu verlangen, dies aber nur durch den Gesetzgeber verankert werden könne. Somit sind die Arbeitnehmer gehalten, sofern sie Nachteile aufgrund des Abschlusses tarifwidriger Regelungen des Betriebsrats erlitten haben, diese individuell gegenüber dem Arbeitgeber einzuklagen. Es lässt sich dabei nicht die Augen davor verschließen, dass – da sicherlich nicht jeder Arbeitnehmer evt. Ansprüche geltend machen wird – die Arbeitgeberseite darauf hoffen kann, dass sich evt. Ansprüche volumenmäßig in Grenzen halten.

DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE

## Zum Widerruf von Leistungszulagen

---

Die Gesamtvergütung eines Arbeitnehmers kann sich aus verschiedenen Gehaltsbestandteilen zusammensetzen. Neben dem monatlichen Fixgehalt werden daher oftmals ergänzende Leistungszulagen vereinbart, die dem Arbeitnehmer zusätzlich zu dem Grundgehalt gewährt werden, ohne dass hierfür besondere Voraussetzungen erfüllt werden müssten. Es handelt sich also nicht um Prämien oder Boni deren Auszahlung von dem Erreichen konkreter Kennzahlen abhängig ist, sondern um einen festen Bestandteil der Gesamtvergütung.

Nicht selten sind solche Vergütungsmodelle an die Hoffnung des Arbeitgebers geknüpft, die Auszahlung der Leistungszulage in wirtschaftlich schwierigen Zeiten ohne die Zustimmung des Mitarbeiters wieder einstellen zu können. Dies ist jedoch nur möglich, wenn der Arbeitsvertrag einen wirksamen Widerrufsvorbehalt aufweist. Das Gesetz stellt hieran hohe Anforderungen denen viele formularmäßig verwendete Arbeitsverträge nicht gerecht werden, da der vereinbarte Widerrufsvorbehalt einer Inhaltskontrolle nach §§ 308 Nr. 4, 307 BGB nicht standhält.

Zum Einen muss insoweit darauf geachtet werden, dass maximal 25 Prozent des Gesamtverdienstes in zu widerrufender Weise vereinbart wird. Zum Anderen muss aus dem Text der Widerrufsklausel klar zu entnehmen sein, unter welchen konkreten Voraussetzungen und in welchem Umfang eine Änderung der Leistungszulage



vorbehalten wird. Vertragsgestaltungen, die einen Widerruf nach „freiem Ermessen“ oder „jederzeit und ohne Angaben von Gründen“ vorsehen, halten einer gesetzlichen Inhaltskontrolle nicht stand und sind unwirksam. Die Möglichkeit eine Leistungszulage zu widerrufen, muss daher an konkrete wirtschaftliche Gründe oder alternativ an die Leistung oder das Verhalten des Arbeitnehmers gebunden sein.

Der 5. Senat des BAG hatte in diesem Zusammenhang am 20.04.2011 (Az. 5 AZR 191/10) – wie auch schon früher – über eine besondere Fallgestaltung zu entscheiden, die dem Umstand geschuldet war, dass die strengeren Anforderungen an die Widerrufsvorbehalte erst seit dem 1. Januar 2002 gelten, jedoch nunmehr auch auf alle älteren Arbeitsverträge anzuwenden sind. Die besondere Frage lautet hier, ob nach damaligem Recht wirksame Vereinbarungen nach neuem, d.h. nach der Schuldrechtsreform, geltendem Recht einfach unwirksam sind oder ob sie ggf. „halten“, wenn sie nach den nunmehr geltenden Grundsätzen angewendet werden. Hier hat das BAG, jedoch andere Senate, bisher die Linie vertreten, eine solche Klausel sei unwirksam und nicht in ihrem wirksamen Kern aufrecht zu erhalten.

Der Arbeitsvertrag des betroffenen Arbeitnehmers, der auf einer für alle Arbeitnehmer verwendeten Formularvorlage beruhte, datierte auf den 25. September 1990 und besagte im Hinblick auf zwei vereinbarte Leistungszulagen lediglich: „Die Nebenabreden unter (1) und (2) sind widerruflich“.

Am 10. September 2007 nahm der Arbeitgeber – und spätere Beklagte – auf diese Klausel Bezug und widersprach der Zulage unter Verweis auf eine wirtschaftliche Notlage im Unternehmen. Hiermit erklärte sich der Kläger nicht einverstanden und erhob Klage. Das ArbG hatte diese zunächst abgewiesen, das LAG ihr dagegen stattgegeben.

Die entscheidende Fallfrage war, ob der Widerrufsvorbehalt aufgrund der fehlenden Benennung von Widerrufsgründen unwirksam war bzw. ob für vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossene Formulararbeitsverträge insoweit Besonderheiten gelten.

Die erste Fallfrage war einfach zu beantworten, die streitgegenständliche Klausel war aufgrund des Fehlens von Widerrufsgründen unwirksam. Der Kläger konnte anhand der Formulierung nicht erkennen, unter welchen Umständen er auf einen Teil seiner Vergütung verzichten muss, eine Einschränkung aufgrund von wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens war nicht enthalten. Damit war die Widerrufsklausel in dieser Form für einen Arbeitnehmer unzumutbar und hätte gemäß § 306 Abs. 2 BGB ersatzlos entfallen müssen.

An dieser Stelle berücksichtigte das BAG allerdings den Umstand, dass die strengeren Begründungsvoraussetzung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 25. September 1990 noch nicht existierten und daher auch nicht in den Vertragstext aufgenommen werden konnten. Aus diesem Grund sei in derartigen Altfällen zur Schließung der so entstandenen Vertragslücke eine ergänzende Vertragsauslegung durchzuführen, um nicht den Arbeitgeber wegen der späteren Gesetzesänderung einseitig zu benachteiligen. Schließlich hatte dieser auch nicht die Möglichkeit, den Vertragstext nach dem 1. Januar 2002 eigenmächtig anzupassen, weil für eine solche Vertragsänderung stets die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich gewesen wäre.

Folglich war der Arbeitsvertrag dahingehend auszulegen, dass der Arbeitgeber in einer wirtschaftlichen Notlage zur Existenzsicherung des Unternehmens die Leistungszulage zu widerrufen berechtigt war. Ob eine solche



wirtschaftliche Notlage tatsächlich vorlag, vermochte das BAG aufgrund des vorliegenden Sachverhalts nicht zu entscheiden und wies im Ergebnis daher zur weiteren Sachaufklärung an das LAG zurück.

Eine aus Arbeitgebersicht erfreuliche Entscheidung, bei der jedoch ausdrücklich hervorgehoben werden muss, dass sie nur für Altverträge Wirkung entfaltet. Da hier jedoch auch abweichende Rechtsprechung anderer Senate vorliegt, bleibt abzuwarten, ob sich hier eine Veränderung bei der Interpretation von solchen „Alt Klauseln“ durchsetzt. Bei allen Arbeitsverträgen, die nach dem 1. Januar 2002 abgeschlossen wurden, muss der Widerrufsvorbehalt konkrete Gründe aufführen, anderenfalls ist er *unwiderruflich* unwirksam.

ULF C. LOHRUM, UCL@MSA.SE

## Kündigungsverzicht – Arbeitgeber bleibt gebunden

---

Nicht selten wird im Rahmen von Sozialplanverhandlungen oder im Gegenzug zu einer vereinbarten vorübergehenden Absenkung bzw. Streichung von Gehaltsbestandteilen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretung ein vorübergehender Verzicht auf den Ausspruch betriebsbedingter Kündigung vereinbart. Dass sich der Arbeitgeber, selbst unter Berufung auf eine schwierige wirtschaftliche Lage, nicht ohne weiteres von einem einmal vereinbarten Verzicht

lösen kann, hat das Arbeitsgericht Duisburg in einer Entscheidung vom 18. April 2011 (Az.: 3 Ca 436/2011 u.a.) entschieden.

Im zugrunde liegenden Fall hatte ein Unternehmen als Gegenleistung für einen Verzicht auf Weihnachtsgeld in einer Dienstvereinbarung festgelegt, dass ordentliche betriebsbedingte Kündigungen bis zum 31. Dezember 2011 ausgeschlossen sein sollten. Trotz dieses Verzichts kündigte das Unternehmen bereits im Januar 2011 mehr als 100 Arbeitnehmern außerordentlich mit sozialer Auslauffrist, nachdem, wie mit der Mitarbeitervertretung vereinbart, freiwillige Aufhebungsvereinbarungen nicht zum gewünschten Ziel führten.

Die Kündigungen wurden damit begründet, dass sich das Unternehmen nach einer unerwartet eingetretenen kollektivrechtlichen Entgelterhöhung erheblichen Mehrkosten gegenüber sah, die das Unternehmen in seiner Existenz gefährdeten. Es drohte die Insolvenz. Die Bank war nur bereit, die Kreditlinie zu erhöhen, wenn entsprechende Arbeitsverhältnisse beendet würden.

Insgesamt wandten sich ca. 20 Beschäftigte gerichtlich gegen die ausgesprochenen Kündigungen. In den ersten drei Verfahren hat das Arbeitsgericht Duisburg der Klage stattgegeben und die Kündigungen für unwirksam erklärt. Die Richter waren der Auffassung, dass dem Unternehmen aufgrund des Kündigungsverzichts kein Recht zur Aussprache einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zustünde. Das Gericht stellte fest, dass die Betriebseinstellung und die Betriebseinschränkung auch dann, wenn sie auf einer unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers beruhen, regelmäßig keinen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellten.

Gerade im Fall der betriebsbedingten Kündigung sei ein besonders strenger Maßstab an das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Absatz 1 BGB anzulegen.

Dringende betriebliche Gründe rechtfertigten grundsätzlich nur eine ordentliche Kündigung. Verzichte ein Arbeitgeber als Gegenleistung für Einkommensverluste darauf, für eine gewisse Zeit betriebsbedingte Kündigungen zu erklären, so sei dem Arbeitgeber in der Regel zumutbar mit dem Ausspruch einer Kündigung bis zum Ablauf des entsprechend vereinbarten Verzichtszeitraums zu warten.

Die Arbeitgeberin könne sich im vorliegenden Fall nicht darauf berufen, dass die außerordentliche Kündigung zu Vermeidung einer Insolvenz erforderlich war. Weder die Gefahr der Insolvenz noch die Eröffnungsinsolvenzverfahren rechtfertigten die außerordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers. Vorzuziehen sei in jedem Fall der Versuch, durch eine außerordentliche Änderungskündigung das Entgelt eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers zu reduzieren, wenn die Änderung der Arbeitsbedingung das Ziel hat, der konkreten Gefahr einer betrieblichen Insolvenz zu begegnen. Dies habe das Unternehmen im vorliegenden Fall zur Vermeidung der Insolvenz jedoch gerade nicht getan.

Etwas anderes ergibt sich nach Auffassung des Gerichts auch nicht daraus, dass die kreditgewährende Bank möglicherweise Druck auf das Unternehmen ausgeübt hatte. Die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis außerordentlich beendet werden könne, dürfe nicht von der Entscheidung einer Bank darüber abhängen, welche Sanierungsbemühungen sie für erforderlich hielte.

Ob gegen dieses Urteil Berufung eingelegt wird, bleibt abzuwarten. Festzuhalten ist jedoch, dass ein einmal vereinbarter Kündigungsverzicht – wenn überhaupt – nur unter sehr strengen Voraussetzungen „aus der Welt zu schaffen“ sein wird. Selbst im Falle einer drohenden Insolvenz sind zunächst sämtliche mögliche mildere Mittel auszuschöpfen, bevor eine entgegen des Verzichts ausgesprochene Kündigung Bestand haben kann.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE

## Urlaubsabgeltung und Freistellung

---

Bei einer Kündigung eines Arbeitnehmers kommt es bisweilen gleichzeitig auch zu einer sofortigen Freistellung bis zum rechtlichen Ablauf des Arbeitsverhältnisses. Dies erfolgt deshalb, um Urlaubsansprüche eines Arbeitnehmers abzugelten und folglich keine Urlaubsabgeltung leisten zu müssen. Eine neue Entscheidung des BAG mahnt nun jedoch zur Vorsicht bei der Formulierung von Freistellungserklärungen.

Mit Urteil vom 17. Mai 2011 – 9 AZR 189/10 – hatte das BAG folgenden Fall zu entscheiden.

Ein Arbeitnehmer hatte einen jährlichen Urlaubsanspruch von 30 Urlaubstagen. Mit Schreiben vom 13. November 2006 kündigte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer zum 31. März 2007 – und damit in der ersten Jahreshälfte, wonach der Arbeitnehmer grundsätz-

lich nur Anspruch auf Teilurlaub hat gem. § 5 BurlG (7,5 Tage) – und stellte den Arbeitnehmer gleichzeitig „ab sofort unter Anrechnung Ihrer Urlaubstage von Ihrer Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge frei“. In dem anschließenden Kündigungsschutzprozess entschied das Arbeitsgericht, dass die Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis weiter fortbesteht. Daraufhin machte der Arbeitnehmer in dem von dem BAG zu entscheidenden Prozess Resturlaub aus dem Jahr 2007 geltend. Für 2007 seien ihm allenfalls 7,5 Tage als Teilurlaub gem. Bundesurlaubsgesetz – wegen der Kündigung in der ersten Hälfte des Kalenderjahres – gewährt worden.

Das BAG urteilte, dass eine Freistellung eines Arbeitnehmers zum Zwecke der Gewährung von Erholungsurlaub durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitgebers erfolge. Dabei müsse ein Arbeitgeber jedoch den Umfang der Urlaubsansprüche, die er dem Arbeitnehmer gegenüber erfüllen will, hinreichend deutlich erkennen lassen. Zweifel gehen dabei zu Lasten des Arbeitgebers, da er den Umfang als Erklärender in der Hand habe. Im entschiedenen Fall habe der Arbeitnehmer anhand der Formulierung nämlich nicht erkennen können, ob der Urlaub nur bis zum 31. März 2007 oder für das ganze Jahr 2007 abgegolten werden sollte. Aufgrund der unwirksamen Kündigung war es nämlich so, dass der Arbeitnehmer nunmehr vollen Urlaubsanspruch auf 30 Arbeitstage hatte und die Formulierung in der Freistellungserklärung laut BAG nicht habe erkennen lassen, ob der gesamte Urlaub für 2007 oder nur der Teilurlaub 2007 abgegolten sei.

Anlässlich dieser Entscheidung sollte die Formulierung einer entsprechenden Freistellungserklärung unter Anrechnung des Urlaubsanspruchs sorgsam gewählt werden und möglichst genau den abzugeltenden Urlaubsanspruch benennen, also auch gerade dann, wenn eine Kündigung zu einem Zeitpunkt vor dem Halbjahreswechsel erfolgt.

ALPER ARDALI, ALP@MSA.SE

## Fristlose Kündigung bei Straftaten

---

Die fristlose Kündigung ist und bleibt ein „Dauerbrenner“ im Arbeitsrecht. Auch wenn in solchen Situationen mitunter die Gemüter äußerst erhitzt sind und Entscheidungen gerade aufgrund der gesetzlichen Regelung – zwei Wochen Frist ab Kenntnis der maßgebenden Tatsachen – für außerordentliche Kündigungen schnell gefällt werden müssen, empfiehlt es sich für eine angemessene und rechtlich fundierte Entscheidung etwas Abstand zu gewinnen. Dabei sollte das Augenmerk besonders auf den Sachverhalt der Kündigung gerichtet werden und ob dieser hinreichend mit zulässigen Beweismitteln untermauert werden kann.

Zwei jüngere Entscheidungen beschäftigen sich mit ebendem Themenkreis und geben wertvolle Hinweise für die Praxis.

### 1. VERBRAUCH DES SACHVERHALTS DURCH ABMAHNUNG

Das LAG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 28. April 2011, Az. 25 Sa 2684/10, hatte über einen besonders heiklen Fall zu entscheiden. Eine Arbeitnehmerin war als Justizangestellte im Amtsgericht Perleburg

beschäftigt und bearbeitete unter anderem die strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Eines dieser Ermittlungsverfahren betraf den Sohn einer befreundeten Mutter der Arbeitnehmerin, welche ebenfalls beim Amtsgericht Perleberg tätig war.

Den Inhalt eines gegen den Sohn dieser Kollegin ergangenen Durchsuchungsbeschlusses teilte die Arbeitnehmerin ihrer Kollegin im Jahre 2007 mit. Daraufhin mahnte das beklagte Land die Arbeitnehmerin im Jahr 2008 ab. Im nachfolgenden Strafverfahren wegen dieses Verhaltens wurde die Arbeitnehmerin wegen Verstoßes gegen § 353b StGB (Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht) zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt. Dieses Urteil war bis zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht rechtskräftig. Die Verurteilung nahm das Land Berlin-Brandenburg dann zum Anlass, eine fristlose Kündigung auszusprechen und kündigte hilfsweise fristgemäß.

Das LAG Berlin-Brandenburg entschied in diesem Fall, dass die Kündigung unwirksam ist, da das Land durch die Abmahnung auf sein Kündigungsrecht verzichtet habe. Die anschließende Verurteilung stelle insofern kündigungsrechtlich keinen neuen Sachverhalt dar.

Die Entscheidung ist nicht überraschend, da das Gericht einen bekannten Grundsatz anwendet. Nach einer wirksam ausgesprochenen Abmahnung ist eine Kündigung nämlich nur im Wiederholungsfall des abgemahnten Verhaltens möglich. Man spricht von einem „Verbrauch“ des kündigungsrelevanten Sachverhalts. Dieser kann Grundlage für eine Kündigung oder eine Abmahnung sein, nicht beides. Anders ist dies, wenn nicht gleichartiges Verhalten vorliegt. Hier ist ggf. wieder vorher abzumahnern, je nach Schwere der Pflichtverletzung. Wiegt die neuerliche Pflichtverletzung schwer genug – Einzelfallfrage –, so kann auch eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung in Betracht kommen. Dass die Durchführung einer Kündigung nicht einfach ist, zeigt sich daran, dass selbst die Justiz an den hohen Voraussetzungen scheitern kann.

## 2. PROBLEME DER BEWEISFÜHRUNG DER GRÜNDE FÜR EINE FRISTLOSE KÜNDIGUNG

Das BAG, Urteil vom 16. Dezember 2010, Az. 2 AZR 485/08, hatte über die außerordentliche Kündigung einer Arbeitnehmerin zu entscheiden, die sich unter Verwendung von Gutscheinen, welche eigentlich für Kunden gedacht waren, bei einem Personaleinkauf persönlich bereicherte und hierbei verdeckt gefilmt wurde.

Zu den Grenzen und Auswirkungen von verdeckten Videoaufzeichnungen stellt das BAG mit diesem Urteil einige wesentliche Grundsätze auf.

Die Arbeitnehmerin war bei einer bundesweit tätigen Drogeriemarktkette angestellt. Sie war seit 1994 als Verkäuferin/Kassiererin mit zwei weiteren Arbeitnehmerinnen tätig. Einen Betriebsrat gab es für die betroffene Verkaufsstelle nicht. Zudem hing in der Filiale seit Jahren ein Plakat in der Größe DIN A3, welches auf die Kontrolle durch Detektive, Kameraanlagen und den Einsatz von Sicherheitsdiensten hinwies. Tatsächlich wurde lediglich sporadisch eine Kontrolle durch Detektive durchgeführt. Allerdings ließ der beklagte Arbeitgeber im Zeitraum vom 17. bis 23. März 2007 eine Kamera an der Decke im Kassensbereich installieren. Hierüber wurden die Mitarbeiterinnen nicht unterrichtet. Bei der anschließenden Auswertung fiel auf, dass die klagende Arbeitnehmerin Waren

im Wert von ca. EUR 60 in ihrer Freizeit eingekauft hatte, davon jedoch Waren im Wert von EUR 36 mit sieben sog. „produktbezogenen Gutscheinen“ verrechnet hat, wobei diese Gutscheine nicht die von der Arbeitnehmerin erworbenen Produkte betrafen. In einem Personalgespräch räumte die Arbeitnehmerin nach Vorlage des entsprechenden Kassensstreifens die Tat ein. Daraufhin wurde die Arbeitnehmerin fristlos gekündigt.

Die Arbeitnehmerin wehrte sich gegen die Kündigung im wesentlichen mit dem Argument, dass die Videoaufzeichnung rechtswidrig durchgeführt worden sei und die Beweise daher wegen Verstoßes – insbesondere – gegen § 6b BDSG nicht verwertet werden dürften. Ferner argumentierte sie, dass dem beklagten Arbeitgeber kein Schaden entstanden sei.

Das BAG entschied, dass die Kündigung wirksam ist.

Neben Ausführungen zur Kündigungsberechtigung macht das BAG Ausführungen zu dem Vorliegen eines wichtigen Grundes gem. § 626 BGB. Hierzu führt das BAG aus,

*„Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers, kommen typischerweise als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht.“*

Damit bejaht das BAG im vorliegenden Fall das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

Weiter konnte auch die Tatsache, dass der Einkauf nicht während der Arbeitszeit, sondern in der Freizeit getätigt wurde, an der Berechtigung der Kündigung nichts ändern, denn hier hatte das außerdienstliche Verhalten negative Auswirkungen auf den Betrieb und einen Bezug zum Arbeitsverhältnis.

Schließlich führt das BAG zu der Frage der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung aus,

*„dass der Umstand, dass eine Partei die Kenntnis der von ihr behaupteten Tatsachen auf rechtswidrige Weise erlangt hat, nicht notwendig zu einem Verbot von deren prozessualer Verwertung führt. Falls die betreffenden Tatsachen von der Gegenseite nicht bestritten werden, also unstreitig geworden sind, besteht ein solches Verbot nur, wenn der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzten Norm einer gerichtlichen Verwertung der Information zwecks Vermeidung eines Eingriffs in höherrangige Rechtspositionen dieser Partei zwingend entgegensteht.“*

Weiter führt das BAG aus,

*„Der Vortrag einer Partei kann nicht ohne gesetzliche Grundlagen (wie z.B. Präklusionsvorschriften) unbeachtet und „unverwertet“ bleiben.“*

Damit könne der beigebrachte Tatsachenstoff nur *unschlüssig oder unbewiesen* sein, nicht jedoch *unverwertbar*.

In Bezug auf unzulässig erlangte Informationen stellt das BAG dann fest, dass die Verwertung im Einzelfall dann unverwertbar ist,

*„wenn mit ihrer gerichtlichen Verwertung ein erneuter Eingriff in rechtlich geschützte, hochrangige Positionen der anderen Prozesspartei oder die*

*Perpetuierung eines solchen Eingriffs verbunden wäre, und dies auch durch schutzwürdige Interessen der Gegenseite nicht gerechtfertigt werden könnte.“*

Hier kommt das BAG dennoch zu einer Zulässigkeit der Verwertbarkeit der unstreitigen Tatsache, da hier solche unstreitige Tatsachen vorliegen, die dem Arbeitgeber nicht nur durch die Videoaufzeichnung, sondern ohne Rechtsverstoß auch aus einer anderen Informationsquelle bekannt geworden sind.

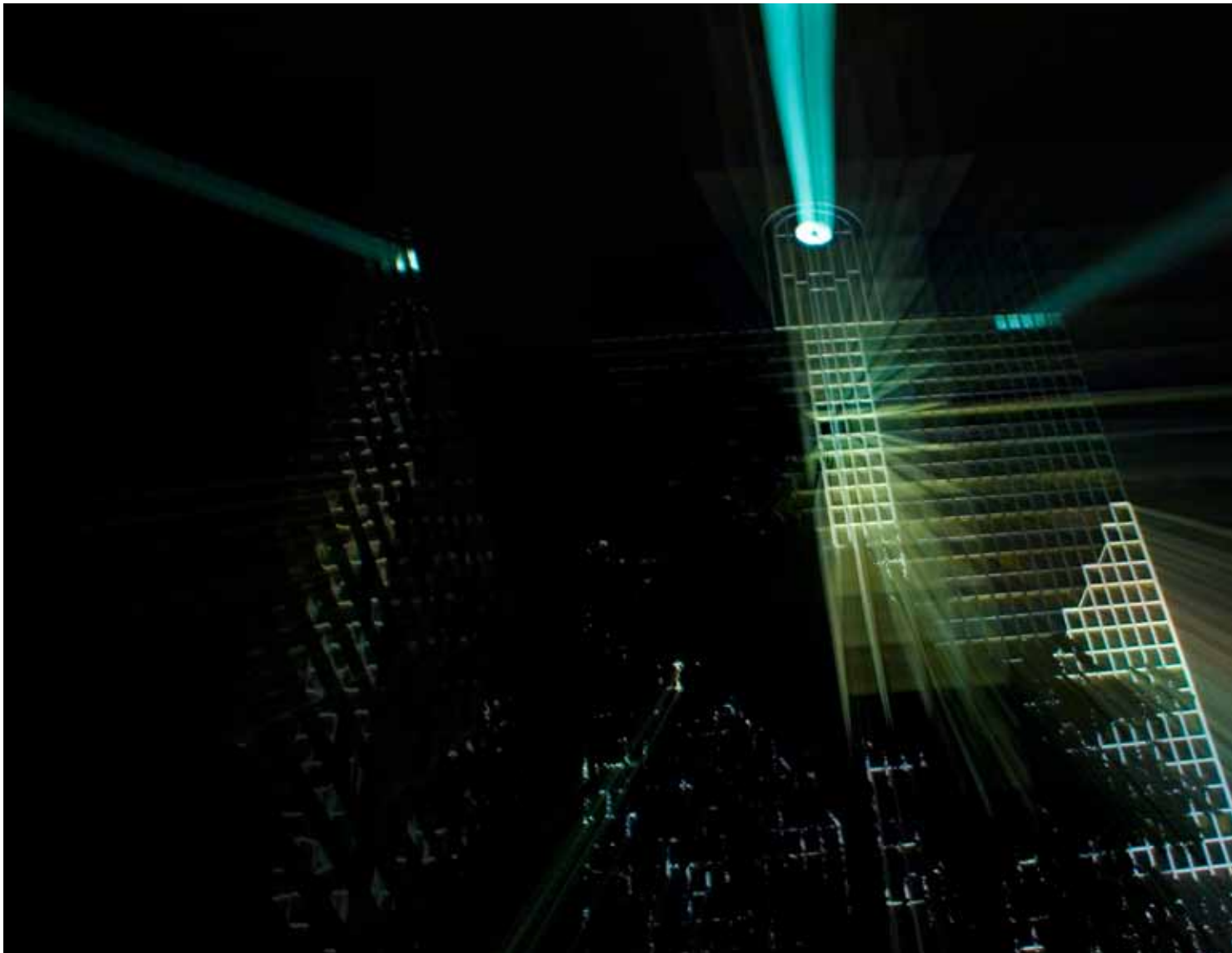
Hier stützte sich der Arbeitgeber vornehmlich auf den Kassensstreifen sowie das Personalgespräch und damit auf eine andere Informationsquelle, die dem Arbeitgeber unabhängig von der Videoaufzeichnung zugänglich war. Daran ändert auch nichts, dass es erst die Videoaufzeichnung war, die den Arbeitgeber auf die zusätzliche Informationsquelle „gestoßen“ hat. Auf die Videoaufzeichnung selbst musste sich der Arbeitgeber gar nicht beziehen.

Damit sieht das BAG hier keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht mit solchem Gewicht als gegeben an, als das unter Berücksichtigung des rechtlichen Gehörs eine Außerachtlassung der letztlich aus einer anderen Quelle gewonnenen Information gerechtfertigt wäre.

Das BAG stellt mit diesem Urteil zwar einige wichtige Grundsätze auf, lässt jedoch die wichtige Frage offen, ob durch rechtswidrige Quellen gewonnene Erkenntnisse in dem Fall, in dem alle anderen Beweismittel allein durch diese rechtswidrige gewonnen werden konnten, verwertbar sind.

Das sollte jedoch Arbeitgeber nicht zur uneingeschränkten Videoüberwachung veranlassen, da unabhängig von der Verwertbarkeit von Beweisen der Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus datenschutzrechtlicher Sicht zu Schadensersatzansprüchen führen kann, wie bspw. das LAG Hessen mit Urteil vom 25. Oktober 2010 – 7 Sa 1586/09 zeigt. Dort wurde einem Arbeitnehmer Schadensersatz aufgrund einer permanenten Videoüberwachung seines Arbeitsplatzes in Höhe von EUR 7.000 zugesprochen.

**ALPER ARDALI, ALP@MSA.SE**



# Arbeitsrecht bei Mannheimer Swartling – praxisgerecht – individuell – lösungsorientiert

---

## UNSERE HERANGEHENSWEISE:

Der Bereich „Arbeitsrecht“ wird in Deutschland von einer Gruppe von insgesamt fünf Rechtsanwälten in Frankfurt und Berlin betreut. Unser internationaler Hintergrund, aber gerade auch die regelmäßige und langjährige Betreuung unserer Mandanten, hilft uns, die jeweiligen betrieblichen Fragestellungen zu erkennen und praxisorientierte Lösungen zu ermitteln.

Basierend auf der sehr nahen und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit unseren Mandanten verfügen wir über ein tiefes Verständnis für deren geschäftliche Herausforderungen und betriebliche Fragestellungen.

Unser internationaler Hintergrund ermöglicht es uns, die Besonderheiten des deutschen Arbeitsrechts auch Mandanten im Ausland nahezubringen und die Kommunikation zwischen ausländischen Konzernen und ihren deutschen Gruppenunternehmen zu erleichtern.

## UNSER SERVICE FÜR SIE:

Regelmäßige arbeitsrechtliche Updates durch unseren Newsletter (deutsch), Focus (englisch) und Mandantenseminare.

Unseren Newsletter sowie den Focus können Sie unter [Mannheimer-SwartlingArbeitsrechts-News@msa.se](mailto:Mannheimer-SwartlingArbeitsrechts-News@msa.se) bestellen und abbestellen.

Alle Ausgaben sind auf unserer Homepage unter <http://mannheimerswartling.de/en/Offices/Germany/Newsletters-Germany/> hinterlegt.

Auf Wunsch bieten wir auch maßgeschneiderte Workshops und Schulungen bei Ihnen im Unternehmen zu Themen zur Verfügung, die Sie besonders interessieren!

## BERATUNGSSPEKTRUM:

- Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen
- Arbeitsgerichtliche Prozesse
- Maßgeschneiderte Geschäftsführerdienstverträge
- Gestaltung von Bonusplänen
- Tägliche Beratung in allen arbeitsrechtlichen Fragestellungen im Betrieb
- Betriebliches Mitbestimmungsrecht
- Arbeitsrechtliche Begleitung von Umstrukturierungen und Transaktionen
- Gestaltung und Verhandlung betrieblicher Interessenausgleiche und Sozialpläne
- Arbeitsrechtliche „Due Diligence“ und Umsetzung von hierbei gewonnenen Schlussfolgerungen im Unternehmen
- Restrukturierungen und Umwandlungen in Bezug auf Konsequenzen für Arbeitnehmer und betriebliche Vertretung
- Compliance
- Anti-Diskriminierung

---

## MANNHEIMER SWARTLING FRANKFURT

Bockenheimer Landstraße 51–53  
60325 Frankfurt/Main  
Tel.: +49 69 97 40 12 0  
Fax.: +49 69 97 40 12 10

## MANNHEIMER SWARTLING BERLIN

Mauerstr. 83–84  
10117 Berlin  
Tel.: +49 30 22 66 99 0  
Fax.: +49 30 22 66 99 10

---



**DR. CHRISTIAN BLOTH**  
Rechtsanwalt, Partner  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Frankfurt a. M.  
cbl@msa.se

**CLAUDIA EICHLER**  
Assistentin  
Frankfurt am Main  
cei@msa.se



**BETTINA KREIMER**  
Rechtsanwältin, Senior Associate  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Frankfurt a. M.  
bek@msa.se



**ALPER ARDALI**  
Rechtsanwalt, Associate  
Frankfurt a. M.  
alp@msa.se



**ULF LOHRUM, LL.M.**  
Rechtsanwalt, Associate  
Berlin  
ucl@msa.se



**DR. KERSTIN KAMP-WIGFORSS, LL.M.**  
Rechtsanwältin, Senior Associate  
Stockholm  
kka@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.