



ZIRNGIBL  

---

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

# Arbeitgeberforum 2010

06. Mai 2010



ZIRNGIBL  
LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

# Update Arbeitsrecht 2010

Eine Auswahl aktueller  
arbeitsrechtlicher Themen

Dr. Barbara Putzhammer

Dr. Jan Küpperfahrenheit



## Agenda

- Teilzeit/Elternteilzeit
- Kündigung wegen Bagatelldelikten
- Arbeitgeberreaktion auf erhöhte Krankheitszeiten
- Unwirksamkeit arbeitsvertraglicher Schriftformklauseln
- Anrechnung von Urlaub/Zeitguthaben bei Freistellung
- Negative betriebliche Übung
- Urlaubsabgeltung bei Arbeitsunfähigkeit
- Kein Betriebsübergang bei Änderung des Betriebszwecks
- Unwirksamkeit von § 622 Abs. 2 S. 2 BGB
- Das gefährliche Lebens eines Personalleiters



ZIRNGIBL  

---

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

# Teilzeit / Elternteilzeit



(Eltern-)Teilzeitanspruch und „entgegenstehende (dringende) betriebliche Gründe“ (BAG vom 15.12.2009 9 AZR 72/09, veröff. in 2010)

„Drei-Stufen Modell“

Voraussetzungen für die Ablehnung eines Antrages auf Teilzeit

1. Stufe:

Arbeitszeitregelung  
liegt ein betriebliches  
Organisationskonzept  
zugrunde

2. Stufe:

Arbeitszeitregelung  
steht dem  
Arbeitszeitverlangen  
entgegen

3. Stufe:

Gewicht der  
entgegenstehenden  
betrieblichen  
Gründe



- „Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe“ → Werden das betriebliche Organisationskonzept oder die zugrunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung durch das Teilzeitverlangen wesentlich beeinträchtigt? Strenge Maßstäbe!
- Bejaht z.B. bei pädagogischem Konzept, möglichst wenige Erzieher pro Kind zu haben; Stewardess, bei der Teilzeit nicht mit dem betrieblichen Einsatzplan („Umlaufkette“) vereinbar war.
- Alternative: Während der Elternzeit besteht kein Beschäftigungsbedarf für den Mitarbeiter (z.B. weil befristete Vertretungskraft eingestellt wurde) → Arbeitgeber kann Teilzeitverlangen ablehnen, ohne die oben genannten strengen Voraussetzungen erfüllen zu müssen! Gestaltungsspielraum!



Fazit: Besteht während der Elternzeit kein Beschäftigungsbedarf für den Mitarbeiter, kann ein Elternzeitverlangen abgelehnt werden, ohne dass die strengen Voraussetzungen der „entgegenstehenden dringenden betriebliche Gründe“ vorliegen müssen!  
Gestaltungsspielraum für den Arbeitgeber!



ZIRNGIBL  

---

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

# Kündigung wegen Bagatelldelikten



## Überblick: Wirksamkeitsvoraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung

- Vorliegen eines wichtigen Grundes
  - Kann in einem Bagatelldelikt liegen
- Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses
  - Interessensabwägung im Einzelfall





## Der Fall „Emmely“

ArbG Berlin, Urteil v. 21.08.2008 – 2 Ca 3632/08

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08

### **Sachverhalt:**

- Gegen eine seit 1977 als Kassiererin beschäftigte, 50-jährige Arbeitnehmerin bestand der dringende Verdacht, unberechtigt zwei nicht als Mitarbeiterbons abgezeichnete Leergutbons mit den Werten von 48 Cent und 82 Cent zu ihren Gunsten und zu Lasten ihres Arbeitgebers eingelöst zu haben.
- Arbeitnehmerin leugnete beharrlich und versuchte mehrfach, den Verdacht auf andere Mitarbeiter abzuwälzen und brachte diese damit in die Gefahr einer Kündigung.



## Entscheidung:

„Bei einer als Kassiererin beschäftigten Arbeitnehmerin ist der maßgebliche Kündigungsgrund nicht im Wert der Sache zu sehen, sondern in dem irreparablen Vertrauensverlust.“



## Fazit:

- Verdacht einer Straftat als „wichtiger Grund“ i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet
- Keine Unschuldsvermutung im Kündigungsrecht
- Auf den Wert der unterschlagenen/gestohlenen Sache kommt es grds. nicht an
- Problem: evtl. Ansehensverlust des Arbeitgebers zu befürchten bei negativer Berichterstattung in den Medien

## Beachte:

LAG hat Tatsachen berücksichtigt, die nach der Kündigung liegen, Revision anhängig!



ZIRNGIBL  
LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN



Kündigung wegen Bagatelldelikten



## Der „Maultaschen-Fall“

Arbeitsgericht Radolfzell v. 16.10.2009 – 4 Ca 248/09

### **Sachverhalt:**

58-jährige Altenpflegerin, seit 17 Jahren beim Arbeitgeber beschäftigt, hatte trotz ausdrücklichem Verbot sechs Maultaschen mitgenommen, die ursprünglich für Bewohner des Seniorenheims bestimmt waren, aber ohnehin sonst im Müll gelandet wären.



## Entscheidung:

- ArbG Radolfzell: Kündigung wirksam
- Vor dem LAG Baden-Württemberg Vergleich geschlossen, welcher Abfindungssumme in Höhe von 42.500 Euro vorsieht



## Fazit:

- Wert der Sache nicht allein ausschlaggebend
- Vertrauensverhältnis zerstört
- Andeutungen des LAG Baden-Württemberg lassen darauf schließen, dass Kündigung in der zweiten Instanz als unverhältnismäßig bewertet worden wäre, so dass Urteil nur teilweise aussagekräftig ist



ZIRNGIBL  
LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN



Kündigung wegen Bagatelldelikten



## „Das Kinderbett im Müll“

ArbG Mannheim v. 30.07.2009 – 15 Ca 278/08

LAG Baden Württemberg v. 12.02.2010 – 13 Sa 59/09

### **Sachverhalt:**

Arbeitnehmer, seit 9 Jahren bei dem Arbeitgeber, einem Entsorgungsunternehmen beschäftigt, entnahm aus dem Inhalt eines Altpapiercontainers, der zum Verarbeiten am Zuführband zur Altpapierpresse geladen worden war, ein Kinderbett zur Eigennutzung.



## Entscheidung:

„Bei Prüfung einer verhaltensbedingten Kündigung ist abschließend zu untersuchen, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand überwiegt.

Die Wegnahme eines Kinderreisebettes, welches unmittelbar vor der Abfallentsorgung steht, stellt nach Auffassung der Kammer keinen Umstand dar, der die Kündigung als billigenwert und angemessen erscheinen lässt.“



## Wichtig:

- Wert der Sache nicht allein ausschlaggebend, es kommt auf Zerstörung des Vertrauensverhältnisses an
- Interessensabwägung zu Gunsten des Arbeitnehmers, wenn „betriebliche Übung“ dahingehend, dass noch gebrauchsfähige, jedoch zur Entsorgung vorgesehene Gegenstände mitgenommen werden dürfen



Fazit: Auch Bagatelldelikte können,  
müssen aber nicht, eine  
Kündigung rechtfertigen!



# Arbeitgeberreaktion auf erhöhte Krankheitszeiten



## Sachverhalt

- Arbeitgeber betreibt Krankenhaus
- Krankheitsbedingte Fehlzeiten der Mitarbeiterin (in Arbeitstagen):  
2003 (37), 2004 (53), 2005 (96), 2006 (bis 26.5.: 33)
- Entgeltfortzahlungskosten: EUR 21.400,00
- Mehrere Gespräche mit Mitarbeiterin unter Beteiligung von Betriebsarzt und Betriebsrat
- Betriebsarzt empfiehlt Reha, Mitarbeiterin lehnt diese jedoch ab
- Was tun?



## Entscheidung des BAG v. 10.12.2009 2 AZR 400/08 (veröff. in 2010)

- Arbeitsgericht/Landesarbeitsgericht (LAG): Krankheitsbedingte Arbeitgeberkündigung ist wirksam!
- Bundesarbeitsgericht: Aufhebung des Urteils des LAG!
- 1. Stufe: Negative Gesundheitsprognose (+) wg. bisheriger Fehlzeiten
- 2. Stufe: Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen (+), weil Entgeltfortzahlungskosten > 6 Wochen/Jahr
- Aber: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz → Betriebliches Eingliederungsmanagement („BEM“, § 84 Abs. 2 SGB IX)



- Durchführung eines BEM erforderlich, wenn Mitarbeiter innerhalb eines Jahres > 6 Wochen arbeitsunfähig ist! Arbeitgeber klärt mit Mitarbeiter/Betriebsrat/Betriebsarzt/Servicestellen, wie Arbeitsunfähigkeiten verhindert und Arbeitsplatz erhalten werden können.
- Ordnungsgemäßes BEM zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung, aber Arbeitgeber hat ohne BEM erhöhte Darlegungs- und Beweislast im Prozess!
- Hier: Kein ordnungsgemäßes BEM!
- Arbeitgeber hätte Mitarbeiterin zur Reha auffordern und sie dabei deutlich darauf hinweisen müssen, dass sie bei einer Weigerung mit einer Kündigung rechnen muss.



Fazit: Vor Ausspruch einer krankheitsbeding-  
ten Kündigung sollte in jedem Fall ein ord-  
nungsgemäßes BEM gem. § 84 Abs. 2 SGB IX  
durchgeführt werden.



ZIRNGIBL  

---

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

# Unwirksamkeit arbeitsvertraglicher Schriftformklauseln



# Anforderungen an Schriftformklauseln

BAG 9 AZR 382/07

## Sachverhalt:

Der Kläger war für die Beklagte als Büroleiter in China mit dortigem Wohnsitz beschäftigt. Die Beklagte erstattete ihm und den anderen dort tätigen Mitarbeitern die Kosten für die Miete. Ab August 2005 verweigerte sie gegenüber dem mittlerweile gekündigten Kläger die Fortsetzung dieser Übung unter Berufung auf folgende, in § 13 Ziff. 1 des Anstellungsvertrags der Parteien vom 02.05.2002 enthaltene Schriftformklausel:

„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind, auch wenn sie bereits mündlich getroffen wurden, nur wirksam, wenn sie schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet worden sind. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis.“



## Entscheidung:

- Die Schriftformklausel ist zu weit gefasst und daher gemäß § 307 I 1 BGB unwirksam.
- Sie erweckt beim Arbeitnehmer entgegen der Schutzvorschrift des §305b BGB den Eindruck, auch eine mündliche individuelle Vertragsabrede sei wegen Nichteinhaltung der Schriftform gemäß § 125 S. 2 BGB unwirksam.
- Es besteht daher ein Erstattungsanspruch aus betrieblicher Übung.



## **Fazit:**

Die meisten Schriftformklauseln in bestehenden Arbeitsverträgen sind unwirksam!

## **Formulierungsvorschlag:**

„Jede Änderung oder Ergänzung dieses Vertrages, die nicht durch eine individuelle Vereinbarung der Vertragsparteien erfolgt, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Änderung dieses Schriftformerfordernisses und den Verzicht hierauf. Dies bedeutet insbesondere, dass keine Ansprüche aufgrund einer betrieblichen Übung entstehen können.“



# Anrechnung von Urlaub/Zeitguthaben bei Freistellung



## Sachverhalt (BAG 9 AZR 433/08, veröff. Ende 2009)

- Arbeitgeber kündigte Arbeitsverhältnis am 31.08.2006 zum 31.10.2006. Im Kündigungsschreiben heißt es: „Ab sofort stellen wir Sie bis auf Widerruf unter Fortzahlung der Bezüge und Anrechnung Ihres Resturlaubs und des Guthabens Ihres Arbeitszeitkontos von der Arbeit frei.“
- Mitarbeiter hatte noch 6 Urlaubstage, das Arbeitszeitkonto wies ein Guthaben von 122,55 Stunden auf.
- Nach dem Ende der Freistellung verlangte der Arbeitnehmer Abgeltung der 6 Urlaubstage und der 122,55 Stunden aus seinem Arbeitszeitkonto.
- Zu Recht?



## BAG 9 AZR 433/08 (veröff. Ende 2009)

- Der Urlaubsanspruch ist durch die Freistellung nicht erloschen und muss noch abgegolten werden. Grund: Zur Erfüllung des Urlaubsanspruch bedarf es zwingend einer unwiderruflichen Freistellung. Nur dann ist es dem Mitarbeiter möglich, die ihm aufgrund des Urlaubsanspruchs zustehenden Freizeit uneingeschränkt selbst zu nutzen (Urlaubszweck).
- Das Guthaben des Arbeitszeitkontos ist durch die Freistellung erloschen. Grund: Freistellung zwecks Abbau des bestehenden Zeitguthabens ist Weisung zur Lage der Arbeitszeit (§ 106 S. 1 GewO). Weisungen können auch widerruflich erteilt werden.



Fazit: Eine Urlaubsanrechnung ist nur bei einer unwiderruflichen Freistellung möglich!  
Das Guthaben eines Arbeitszeitkontos kann auch mit einer widerruflichen Freistellung zum Erlöschen gebracht werden!



ZIRNGIBL  

---

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

# Negative betriebliche Übung



# Überblick: Entstehen einer betrieblichen Übung

## ■ Umstandsfaktor

→ Vorbehaltlose Gewährung einer Leistung (Angebot),  
das stillschweigend angenommen wird.

## ■ Zeitfaktor

→ Regelmäßige Wiederholung

## ■ Kein Freiwilligkeitsvorbehalt

# Erlöschen einer betrieblichen Übung

- Keine Beseitigung durch negative betriebliche Übung  
→ BAG, Urteil v. 18.03.2009 – Az. 10 AZR 281/08
  
- Keine Beseitigung durch Schweigen  
→ BAG, Urteil v. 25.11.2009 – Az. 10 AZR 779/08



## Empfehlungen / sonstige Möglichkeiten

- Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt
- Änderungskündigung
- Ablösende Betriebsvereinbarung?
  - Kollektives Günstigkeitsprinzip



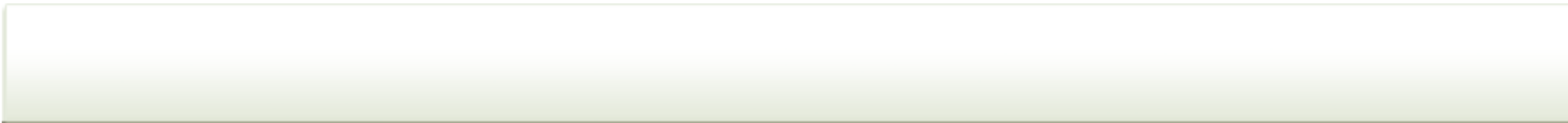
ZIRNGIBL  

---

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

# Urlaubsabgeltung bei Arbeitsunfähigkeit



EuGH Az. C-350/06 u. C-520/06 (veröff. in 2009)

Art. 7 Abs. 1 der RL 2003/88/EG steht dem Verlust des Urlaubsanspruchs wegen Arbeitsunfähigkeit entgegen



BAG 9 AZR 983/07 (veröff. 2. Hälfte 2009)

Bestätigung der Rechtsprechung des EuGH

- **Folge:** Urlaub erlischt nicht, wenn der Arbeitnehmer ihn wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum 31.12./Ende des Übertragungszeitraums (31.03.) nicht nehmen konnte. Insbesondere zum Ende des Arbeitsverhältnisses können daher Urlaubsansprüche von mehreren Jahren auflaufen und abzugelten sein. Mehrkosten für Arbeitgeber im Vergleich zur bisherigen Rechtslage!



Empfehlung: Bei Vereinbarungen über das Ausscheiden (Aufhebungs-/Abwicklungsvereinbarung, gerichtlicher Vergleich) muss nun umso mehr darauf geachtet werden, dass ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung mit erledigt wird. In Arbeitsverträgen kann geregelt werden, dass der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende Urlaub ersatzlos verfällt, wenn er wegen Krankheit nicht genommen werden kann.



# Kein Betriebsübergang bei Änderung des Betriebszwecks



# Kein Betriebsübergang bei Änderung des Betriebszwecks (BAG v. 17.12.2009 8 AZR 1019/08, veröff. in 2010)

## Sachverhalt:

- Die Beklagte bewirtschaftete bis 31.12.2006 drei Betriebsrestaurants eines Automobilherstellers. Sie setzte in jeder Kantine 1 Koch und bis zu 2 Küchenhilfen ein. Eine dieser Küchenhilfen war die Klägerin, die sich zum Jahreswechsel 2006/2007 in Elternzeit befand.
- Ab dem 01.01.2007 übernahm die H GmbH die Bewirtschaftung der drei Betriebsrestaurants, die dort von ihr zentral vorgefertigte Speisen nur noch aufwärmen und ausgeben lässt. Köche sind in den Kantinen nicht mehr tätig, die H GmbH beschäftigt ausschließlich Hilfskräfte.
- Nachdem die H GmbH eine Weiterbeschäftigung der Klägerin nach Ende ihrer Elternzeit abgelehnt hatte, nimmt die Klägerin nunmehr die Beklagte als Arbeitgeberin in Anspruch. Mangels eines Betriebsübergangs sei ihr Arbeitsverhältnis nicht auf die H GmbH übergegangen, sondern nach dem 31.12.2006 bei der Beklagten verblieben.



## Entscheidung:

„Ein Betriebsübergang ist trotz weitgehend übernommener sächlicher Betriebsmittel nicht anzunehmen, wenn der Betriebserwerber aufgrund eines veränderten Betriebskonzepts diese nur noch teilweise benötigt und nutzt.“



## Fazit:

- Voraussetzung BÜ (wie bisher): Erhebliche Änderungen in der Organisation und der Personalstruktur des Betriebes, Gesamtschau muss ergeben, dass keine Fortführung des früheren Betriebes anzunehmen ist.
- Selbst bei Übernahme der materiellen Betriebsmittel und Räumlichkeiten, teilweiser Fortführung organisatorischer Elemente, Übernahme der Kundschaft und fehlender Unterbrechung des betrieblichen Geschehens liegt im Einzelfall kein Betriebsübergang vor, wenn der frühere Betriebszweck (z.B. im Rahmen einer Fremdvergabe) wegfällt und hiermit eine Konzeptänderung verbunden ist.

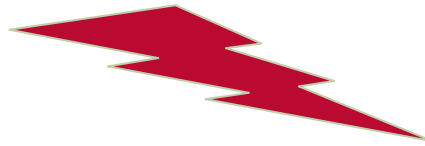


# Unwirksamkeit von § 622 Abs. 2 S. 2 BGB

# Europarechtswidrigkeit des § 622 II 2 BGB

EuGH, Urteil v. 19.01.2010 – Az. C-555/07

Diskriminierungsverbot,  
konkretisiert durch  
Richtlinie 200/78/EG



§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB

Europarechtswidrig!

**Folge:** Auch Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr müssen bei Berechnung der Kündigungsfrist berücksichtigt werden!

Unwirksamkeit von § 622 Abs. 2 S. 2 BGB



ZIRNGIBL  

---

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

# Das gefährliche Leben eines Personalleiters



## Sachverhalt (LAG Köln v. 25.11.2009 9 Sa 826/09)

- Mitarbeiter, Jahrgang 1945, Eintritt 1990, schwerbehindert
- Streit um Überstundenvergütung
- Äußerungen gegenüber Personalleiter: „Stell Dich mir wie ein Mann! Was seid Ihr für Schweine! Ich mach Euch alle kaputt! Keiner hält mich auf! Einer von uns verlässt den Hof heute tot!“ Daraufhin schlug der Mitarbeiter mit der Faust mind. drei mal ca. 10 cm neben den Kopf des Personalleiters.
- Was tun?



- LAG Köln: Außerordentliche fristlose Kündigung ist wirksam.  
Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar, trotz des Lebensalters und der langen Betriebszugehörigkeit!



Fazit: Bedrohen Sie nie einen Personalleiter, auch nicht, wenn Sie Jahrgang 1945, seit fast 20 Jahren im Betrieb und schwerbehindert sind!



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Barbara Putzhammer  
Rechtsanwältin  
b.putzhammer@zl-legal.de  
Tel.: 089-290 50 201

Dr. Jan Küpperfahrenheit  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
j.kuepperfahrenheit@zl-legal.de  
Tel.: 089-290 50 244

## Team Arbeitsrecht

Dr. Johann B. Kurreck  
Dr. Jan Küpperfahrenheit  
Sven Herweg  
Dr. Barbara Putzhammer  
Dr. Robert K. Strecker  
Tanja Peraic, M.C.L.  
Florian Ziegler