

Blick ins Arbeitsrecht
Teil 5 / 2011

I.

Familienpflegezeitgesetz (FPfZG) verabschiedet

Nachdem der Bundestag das Familienpflegezeitgesetz am 20. Oktober 2011 verabschiedet hatte, hat der Bundesrat in seiner Sitzung am 25. November 2011 darauf verzichtet, den Vermittlungsausschuss anzurufen, obgleich der federführende Ausschuss für Familien und Senioren sowie der Ausschuss für Arbeit und Sozialpolitik dem Bundesrat dies empfohlen hatten, da das Gesetz zu kurz greife.

Das Gesetz ist nicht zustimmungspflichtig und tritt daher am 01. Januar 2012 in Kraft.

Worum geht es in dem neuen Gesetz?

Der Staat will berufstätigen Menschen, die pflegebedürftige Angehörige haben und diese zu Hause pflegen wollen, die Möglichkeit geben, diese Pflege mit einer Berufstätigkeit zu vereinbaren. Dazu soll für einen Zeitraum von höchstens zwei Jahre die Arbeitszeit reduziert werden können. Gleichzeitig wird das Arbeitsentgelt aufgestockt.

Voraussetzung ist ein Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Familienpflegezeit. Wichtig ist, dass der Arbeitgeber zum Abschluss eines solchen Vertrages nicht verpflichtet ist, umgekehrt hat der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf die Vereinbarung einer Familienpflegezeit.

Die Regelungen im Einzelnen:

Hintergrund des „Gesetzes zur Vereinbarkeit von Pflege und Beruf“ (so der offizielle Titel) ist zum einen die zunehmende Zahl von pflegebedürftigen Menschen und zum anderen die Bereitschaft von Angehörigen, zumindest einen Teil der Pflege „zu Hause“ zu übernehmen. Diese häusliche Pflege ist aber für Berufstätige oft nur mit einer Verringerung der Arbeitszeit zu realisieren.

Das Gesetz sieht daher folgenden Weg vor:

Besonders wichtig – im Gesetzestext aber leider ausdrücklich kaum zu finden – ist die Tatsache, dass Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf die Einräumung einer Familienpflegezeit haben. Insoweit herrscht Vertragsfreiheit: Beide Parteien müssen sich einig werden und einen Vertrag abschließen, der die Einzelheiten regelt.

Voraussetzung für die Pflegezeit ist, dass der Arbeitnehmer einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen möchte. Die Höchstdauer der Pflegezeit beträgt 24 Monate. Dabei bleibt das Arbeitsverhältnis mit einer verringerten Arbeitszeit bestehen, über deren Umfang im Vertrag Einigung erzielt werden muss. Die noch verbleibende verringerte Arbeitszeit muss wöchentlich mindestens 15 Stunden betragen. Bei unterschiedlicher Verteilung der Arbeitszeit darf der Durchschnitt nicht unter 15 Stunden liegen.

Da aber niemand, der zuvor Vollzeit gearbeitet hat, plötzlich mit dem Verdienst aus 15 Wochenstunden sein Leben finanzieren kann, sieht das Gesetz eine Aufstockung des Verdienstes vor. Diese Aufstockung ist zunächst vom Arbeitgeber zu erbringen.

Die Höhe des Aufstockungsbetrages entspricht der Hälfte der Einkommensdifferenz zwischen der verringerten Arbeitszeit und der zuvor geleisteten Arbeitszeit.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer hat im Rahmen einer 40 Stundenwoche € 4.000,00 monatlich verdient. Entscheidet er sich für eine Halbtags­tätigkeit, muss er nur noch 20 Wochenstunden arbeiten. Er erhält jedoch 75% seines vorher erzielten Verdienstes mithin monatlich € 3.000,00. Die Aufstockung errechnet sich mit 25% des Verdienstes, im vorliegenden Beispielfall also € 1.000,00.

Diese Differenz erhält der Arbeitnehmer aber vom Arbeitgeber nicht „geschenkt“: Ähnlich wie beispielsweise bei einer Altersteilzeit oder bei flexiblen Alterszeitmodell soll hier in der Regel ein zeitlicher Ausgleich erfolgen. Dazu soll der Arbeitnehmer im Anschluss an die Pflegephase, in der sogenannten Nachpflegephase, wiederum mit der ursprünglichen Arbeitszeit weiterarbeiten. Er erhält jedoch weiterhin nur das verringerte Einkommen, das er auch während der Pflegezeit bezogen hat, und zwar solange, bis sein „Pflegezeitkonto“ wieder ausgeglichen ist.

Beispiel: In unserem obigen Beispielfall gehen wir davon aus, dass Familienpflegezeit für zwei Jahre in Anspruch genommen wurde. Hier hat der Arbeitnehmer wöchentlich seine Vergütung in Höhe von € 1.000,00 bzw. für 10 Stunden erhalten, ohne dafür zu arbeiten. Diese Zeit muss er nun nacharbeiten, das heißt er muss für weitere zwei Jahre im Anschluss an die Familienpflegezeit wiederum Voll-

zeit mit 40 Wochenstunden arbeiten, erhält aber in dieser Zeit weiterhin 75% seiner Vollzeitvergütung, das heißt € 3.000,00.

Nach Ablauf von insgesamt vier Jahren seit Beginn der Familienpflegezeit müsste dann sein Konto wieder ausgeglichen sein mit der Folge, dass er dann bei weiterer Vollzeittätigkeit auch wieder sein volles Einkommen bezieht.

Diese Regelung führt dazu, dass der Arbeitgeber zunächst die Vergütungsdifferenz vorfinanzieren soll. Er hat allerdings die Möglichkeit einer zinslosen Refinanzierung dieser Entgeltaufstockung durch einen Bundesdarlehen. Dieses wird auf Antrag durch das Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben bereitgestellt und monatlich – parallel zur Gehaltsauszahlung an den Arbeitnehmer – ausgezahlt.

Darlehensnehmer ist hier der Arbeitgeber, der grundsätzlich auch zur Rückzahlung des zinslosen Darlehens verpflichtet ist.

Zur Absicherung des Arbeitgebers gegen einen möglichen Ausfall des Arbeitnehmers während der Familienpflegezeit oder in der Nachpflegephase, bevor also das Zeitkonto wieder ausgeglichen ist, besteht die Verpflichtung zum Abschluss einer sogenannten Familienpflegezeitversicherung. Diese Versicherung trägt dann das Ausfallrisiko.

Arbeitsrechtlich Fragen

Arbeitsrechtlich ist zunächst entscheidend, dass der Arbeitgeber zur Einräumung einer Familienpflegezeit nicht verpflichtet werden kann.

Das dem Arbeitgeber vertraglich eingeräumte Recht, das Arbeitsentgelt in der Nachpflegephase zum Ausgleich seiner Vorleistung teilweise wieder einzubehalten, wird nicht dadurch berührt, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit in der Nachpflegephase verringert, zum Beispiel aufgrund des Teilzeit- und Befristungsgesetzes. Arbeitnehmer können so die Ausgleichsphase nicht unterlaufen.

Bei Kurzarbeit vermindert sich der Anspruch auf Einbehaltung von Arbeitsentgelt um den Anteil, um den die Arbeitszeit durch die Kurzarbeit vermindert ist. Allerdings verlängert sich gleichzeitig die Nachpflegephase entsprechend, sodass der Ausgleich der arbeitgeberseitigen Vorleistung sichergestellt ist.

Besonders wichtig ist, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während der Inanspruchnahme von Familienpflegezeit und in der Nachpflegephase nicht kündigen darf. In besonderen Fällen kann aus-

nahmsweise eine Kündigung für zulässig erklärt werden. Insoweit gilt also ein Kündigungsschutz, wie er auch bei Schwangeren oder Schwerbehinderten vergleichbar eingreift. Der Antrag auf Zulassung muss bei der obersten Landesbehörde für den Arbeitsschutz oder einer von ihr bestimmten Stelle gestellt werden.

Kann wegen vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder wegen einer Freistellung von der Arbeitsleistung ein Ausgleich des Wertguthabens nicht mehr erfolgen, kann der Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer einen finanziellen Ausgleich verlangen. Denkbar ist auch, das Wertguthaben auf einen anderen Arbeitgeber zu übertragen. Grundsätzlich soll der Arbeitgeber diesen finanziellen Ausgleich durch Aufrechnung mit Vergütungs- oder Abfindungsansprüchen vornehmen, hilfsweise sollen Raten gezahlt werden.

Der Ausgleichsanspruch, der besteht, wenn der Arbeitnehmer vorzeitig ausscheidet, erlischt, soweit keine Aufrechnung mit Forderungen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis möglich ist und der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit Zustimmung der zuständigen Stelle aus Gründen kündigt, die nicht in dem Verhalten des Arbeitnehmers begründet liegen. Mit anderen Worten: Bei einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen betriebsbedingten oder personenbedingten Kündigung kann, sofern ein Ausgleich durch Verrechnung mit Forderung des Arbeitnehmers nicht (vollständig) möglich ist, der Arbeitgeber eventuell mit einem Teil seiner Rückforderung ausfallen.

Soweit erste Informationen zu dem neuen Gesetz, das zum Jahreswechsel in Kraft tritt. Über weitere Einzelheiten werde ich Sie in Zukunft unterrichtet halten.

Arbeitgeber werden sich sicherlich ihrer gesamtgesellschaftlichen Verantwortung und auch der Tatsache bewusst sein, dass jeder Mensch im Fall einer Pflegebedürftigkeit sich natürlich, soweit möglich, eine Pflege in seinem vertrauten häuslichen Rahmen wünscht. Andererseits muss aber auch gesehen werden, dass während der Pflegezeit und in der Nachpflegephase ein recht weitgehender Kündigungsschutz besteht. Dies kann einen Zeitraum von insgesamt über vier Jahren ergeben. Ferner wird zu prüfen sein, ob eine verringerte Arbeitszeit betrieblich einzurichten ist, was häufig auch mit der Frage nach einer zeitlich befristeten, ausreichend qualifizierten Vertretung zusammenhängen wird. Trotz zinslosen Darlehen und Versicherung bleibt für den Arbeitgeber bei einer eventuell notwendigen Kündigung in der Nachpflegephase ein wirtschaftliches Risiko.

II. Entscheidungen

1. Neues zum Urlaub bei Langzeitkranken

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 22. November 2011, Rechtssache C-241/10 (KHS)

Eine Entscheidung des EuGH vom 20. Januar 2009 (C-350/06, C-520/06) hatte vor zwei Jahren die Gemüter erregt: Danach sollten langzeitarbeitsarbeitslose Arbeitnehmer auch über mehrere Jahre hinweg ihren Urlaubsanspruch bzw. den Urlaubsabgeltungsanspruch auch für solche Jahre erhalten in denen sie durchgängig arbeitsunfähig waren. Die beispielsweise im Deutschen Bundesurlaubsgesetz vorgesehene Beschränkung der Übertragbarkeit des Urlaubs (drei Monate bis zum 31. März des Folgejahres) wurde in der Folge als europarechtswidrig angesehen. Zwar findet sich diese Vorschrift noch im Gesetz, sie wird aber nicht mehr angewendet. Hier ist der Gesetzgeber bereits seit geraumer Zeit aufgerufen, das Gesetz anzupassen, ohne dass eine Reform jedoch absehbar wäre.

Diese ursprüngliche Entscheidung des EuGH hatte sehr viel Kritik ausgelöst und ist in ihren einzelnen Rechtsfolgen auch noch nicht abschließend geklärt. Beispielhaft wurde ein Arbeitnehmer angeführt, der vier Jahre arbeitsunfähig erkrankt war und bei Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zunächst (vier mal sechs Wochen =) sechs Monate Urlaub nimmt. Zurecht ist hier kritisiert worden, dass dies mit dem Gedanken, Urlaub diene der Erholung von der tatsächlich geleisteten Arbeit, nicht in Übereinstimmung zu bringen ist.

Darüber hinaus hat sich diese Entscheidung auch sehr schnell zum Nachteil erkrankter Arbeitnehmer ausgewirkt: Während früher Arbeitgeber Langzeitkranke oft von einer Kündigung verschont haben, um sie nicht noch weiter zu belasten, war es auf einmal betriebswirtschaftlich notwendig, Langzeiterkrankte zu kündigen, um nicht (bilanzwirksam!) Gefahr zu laufen, nach Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit über mehrere Monate hinweg Urlaub gewähren oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Urlaubsabgeltung zahlen zu müssen.

Durchgesetzt hat sich zwischenzeitlich die Erkenntnis, dass die ursprüngliche Entscheidung des EuGH nur für den gesetzlichen Urlaub und gegebenenfalls zusätzlich zu gewährenden Urlaub für Schwerbehinderte gilt, falls im Arbeitsvertrag ausreichend deutlich zwischen dem gesetzlichen Urlaub und dem zusätzlich gewährten Urlaub unterschieden wird.

Mit der neuen Entscheidung von 22. November reagiert der EuGH auf die in der Praxis geäußerte Kritik. Eine Abkehr vom „unendlichen Übertragungszeitraum“ war bereits vorab durch Äußerungen einer Generalanwältin beim EuGH absehbar.

Nach dem jüngsten Urteil steht zwar fest, dass die Regelung des Deutschen Bundesurlaubsgesetzes mit einer Übertragungszeit von nur drei Monaten nach wie vor unwirksam ist. Dem Arbeitnehmer müsse für eine längere Zeit Gelegenheit gegeben werden, den zunächst wegen Krankheit entfallenden Urlaub nachzuholen. Allerdings müsse der Übertragungszeitraum nicht länger als 15 Monate sein. Dies war nämlich die Frist, die ein in dem entschiedenen Fall zu beachtende Tarifvertrag vorgesehen hatte. Die Frist läuft mit Ende des Urlaubsanspruchs. Damit würde ein Urlaubsanspruch beispielsweise für das Jahr 2010, der krankheitsbedingt im Lauf dieses Jahres nicht genommen werden konnte, mit Ablauf des 31. März 2012 (15 Monate nach dem 31. Dezember 2010) verfallen.

Eine längere Übertragung hält der EuGH – insoweit der Generalanwaltschaft folgend – für nicht notwendig. Bei der Abwägung war einerseits zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer ausreichend Gelegenheit erhält, seinen Jahresurlaub trotz einer Krankheit zu nehmen. Andererseits musste aber auch der Arbeitgeber vor der Gefahr der Ansammlung von zu langen Abwesenheitszeiträumen geschützt werden und es muss ihm auch noch ermöglicht werden, seine Arbeitsorganisation auf Krankheit und Urlaub einzustellen. Bei einer Frist von 15 Monaten, gerechnet ab Ende des Urlaubszeitraums, sei dies gewährleistet.

Anmerkung: Die Entscheidung erging in einem Fall, in dem der Tarifvertrag eine 15-monatige Frist vorsah. Die Urteilsgründe lassen jedoch erkennen, dass das Gericht diese Frist als ausreichend ansieht. Ob auch eine kürzere Frist akzeptiert würde, hat das Gericht nicht ausdrücklich entscheiden müssen. Es erscheint wenig wahrscheinlich, ist aber nicht ausgeschlossen, dass möglicherweise auch eine etwas kürzere Frist, minimal jedoch 12 Monate, als ausreichend angesehen werden könnte.

Gerichte und Arbeitgeber können aber aufgrund der nun getroffenen klarstellenden Entscheidung davon ausgehen, dass 15 Monate jedenfalls die Obergrenze sind.

Besonders wichtig ist nun, dass der Bundesgesetzgeber reagiert und das Bundesurlaubsgesetz entsprechend anpasst. Es kann nicht sein, dass ein gesetzestreuer Arbeitgeber oder Arbeitnehmer beim Blick in ein deutsches Gesetz eine falsche Information erhält, da dieses Gesetz schon seit Jahren festgestelltermaßen europarechtswidrig ist und nicht mehr angewandt werden kann. Eine ähnliche Situation ergibt sich beispielsweise bei den Kündigungsfristen, wo in § 622 BGB nach wie vor zu lesen ist, dass verlängerte Betriebszugehörigkeitszeiten die Kündigungsfrist nur dann verlängern, wenn der Arbeitnehmer das 25. Lebensjahr vollendet hat.

Die Entscheidung kann auch Auswirkungen auf die Bilanz des Jahres 2011 haben, da Urlaubsrückstellungen noch nach Maßgabe dieses Urteils berücksichtigt werden müssen.

2. Kündigung von Schwangeren nur wirksam mit Angabe des Kündigungsgrundes **Arbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 21. November 2011, 8 Ca 2123/09**

Die „großen“ rechtlichen Probleme bei der Beurteilung der Wirksamkeit von Arbeitgeberkündigungen sind in der Praxis eher die Ausnahme. Sehr oft scheitern vielmehr Kündigungen daran, dass Formalien und vermeintliche „Nebensächlichkeiten“ nicht beachtet werden. Letzteres gilt besonders häufig für den Nachweis der Zustellung einer Kündigung oder für die wirksame Unterschriftsleistung.

Seltener dagegen sind Formverstöße bei der Kündigung von Schwangeren schon deshalb, da diese grundsätzlich vor Arbeitgeberkündigung geschützt sind, es sei denn, die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde oder eine von ihr bestimmte Stelle hätte einer Kündigung ausnahmsweise auch während der Schwangerschaft zugestimmt.

Auf einen solchen Verstoß gegen wichtige, aber oft vergessene Formvorschriften hat nun das Arbeitsgericht Nürnberg in einer aktuellen Entscheidung hingewiesen: Nach § 9 Abs. 3 Satz 2 MuschG muss die Kündigung den zulässigen Kündigungsgrund angeben. Insoweit ist es aber nicht ausreichend, wenn der Arbeitgeber, wie in dem hier entschiedenen Fall, im Kündigungsschreiben eine „betriebsbedingte ordentliche Kündigung“ ausspricht. Der Begriff „betriebsbedingt“ bezeichnet allein die Kategorie, aus der ein Kündigungsgrund möglicherweise stammen mag, nicht aber den Kündigungsgrund selbst. Hier hätte, worauf das Gericht hinweist, zumindest schlagwortartig der Grund für die Kündigung angegeben werden müssen.

Der Arbeitgeber konnte auch nicht damit gehört werden, der Arbeitnehmerin seien die Kündigungsgründe doch längst bekannt. Sie seien ihr bereits im Rahmen des Verwaltungsverfahrens, mit dem der Arbeitgeber die Zustimmung zur Kündigung während der Schwangerschaft beantragt hatte, mitgeteilt worden, denn sie sei dort genau zu diesen Kündigungsgründen auch explizit angehört worden. Entscheidend ist aber nicht eine sonstige Kenntnis, sondern die formelle Angabe des Kündigungsgrundes im Kündigungsschreiben selbst.

Wegen der an gleicher Stelle vorgeschriebenen und auch allgemein für jede Kündigung geltenden Schriftform sollte auch nicht auf Anlagen zum Kündigungsschreiben verwiesen werden, aus denen sich der Kündigungsgrund ergeben mag. Rechtssicher ist nur die Nennung des Kündigungsgrundes im Kündigungsschreiben selbst.

Wie konkret der Kündigungsgrund genannt sein muss, ist nicht entschieden worden. Hier empfiehlt es sich allerdings, im Zweifelsfall eher einige Sätze zu viel als zu wenig zu schreiben.

3. E-Mail- und Internetnutzung als Kündigungsgrund

Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 14. September 2011, 18 LP 15/10

Immer wieder stellt sich in der Praxis die Frage, ob und wenn ja in welchen Fällen eine private Nutzung von E-Mail und Internet am Arbeitsplatz eine arbeitgeberseitige Kündigung rechtfertigen kann.

Grundsätzlich gilt: Zunächst muss der Arbeitgeber klare Vorgaben machen, also die Internetnutzung so regeln, dass klar ist, was erlaubt und was verboten ist. Sodann muss er bei festgestellten Verstößen grundsätzlich diese abmahnen. Erst in einem dritten Schritt kann dann gegebenenfalls eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen werden.

Diesem Grundsatz ist auch das Oberverwaltungsgericht in Niedersachsen mit der aktuellen Entscheidung gefolgt. Zugrunde lag der Fall eines Hausmeisters, der zur Hälfte für seine Personalratstätigkeit freigestellt worden war. In seiner Hausmeisterloge befand sich ein Computer, auf dem er in erheblichem Maße privat gesurft hatte. Dies war dann der Grund für eine vom Arbeitgeber ausgesprochene fristlose außerordentliche Kündigung. In einem Zeitraum von sieben Wochen hatte der Arbeitnehmer an 12 Tagen im Durchschnitt eine Stunde täglich privat gesurft, was kein Grund war für eine sofort ausgesprochene außerordentliche Kündigung.

Praxistipp: Urteile von Arbeitsgerichten oder - bei Mitarbeitern des öffentlichen Dienstes (wie im entschiedenen Fall) - von Verwaltungsgerichten zum Internetsurfen stellen oft Einzelfallentscheidungen dar.

Bei Beachtung der oben genannten drei Regeln ist zumindest eine ordentliche Kündigung begründbar.

Nur ausnahmsweise ist auch eine außerordentliche fristlose Kündigung ohne Abmahnung denkbar. Dann muss der Arbeitgeber aber den Sachverhalt zweifelsfrei beweisen können und es muss sich um einen besonderen Fall einer exzessiven privaten Nutzung des Internets während der Arbeitszeit handeln. Hier einige Hinweise, auf die der Arbeitgeber immer achten sollte:

Klare arbeitgeberseitige Weisung: Der Arbeitgeber darf nicht eine mehr oder weniger ausgeprägte private Internetnutzung über lange Zeit dulden und dann (plötzlich) Kündigungen aussprechen. Zulässig ist generell eine einseitige Arbeitgeberweisung, die die private Nutzung entweder ganz verbietet oder beispielsweise auf die Pausenzeiten beschränkt. Die Anweisung sollte schriftlich erfolgen und jeder Mitarbeiter sollte in einer Liste oder auf einer Kopie durch Unterschrift zeigen, dass er Kenntnis hiervon genommen hat.

Die Erlaubnis, in den Pausen zu surfen, ist aber nur dann sinnvoll, wenn die Pausen zeitlich feststehen und nicht vom Arbeitnehmer individuell genommen werden können, da andernfalls eine wirksame Kontrolle praktisch nicht möglich ist.

Zugleich mit dem Verbot der privaten Internetnutzung (oder einer teilweisen Erlaubnis), am besten jedoch bereits im Arbeitsvertrag sollte der Arbeitgeber sich von seinen Mitarbeitern eine gesonderte schriftliche Erklärung unterzeichnen lassen, wonach diese sich mit einer Kontrolle ihrer E-Mails und ihres Internetsurfverhaltens einverstanden erklären. Andernfalls kann eine spätere Überwachung problematisch werden.

In jedem Fall verbieten sollte der Arbeitgeber vorsichtshalber ausdrücklich auch die Nutzung strafrechtlich relevanter Seiten, pornografischer Seiten etc. Ein solches Verbot hat aber nur Appellcharakter: Wer – auch ohne dass es ausdrücklich verboten ist – von seinem Arbeitsplatz aus beispielsweise kinderpornografische oder gewaltverherrlichende Seiten aufruft, muss ohnehin mit einer fristlosen außerordentlichen Kündigung rechnen, insbesondere, wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass dies während der Arbeitszeit geschehen ist. In diesen Fällen haben auch die Arbeitsrichter ein anderes Spaßverständnis als die gekündigten Mitarbeiter.

Bei Verstößen sollte der Arbeitgeber nicht zu lange ein Auge zudrücken: Zum einen erweckt dies den Eindruck, ein bestimmtes Verhalten werde geduldet, zum anderen fehlt es dann bei späteren Verstößen an den notwendigen Voraussetzungen für den Ausspruch einer Kündigung.

Soll eine Kündigung aus dem genannten Grund ausgesprochen werden, muss der Arbeitgeber beweisen, dass der betroffene Arbeitnehmer selbst am PC saß (und nicht vielleicht ein Kollege, der auch Zugang dazu hatte), der Verstoß während der Arbeitszeit geschah, welchen zeitlichen Umfang die private Internetnutzung hatte (ein kurzer Blick auf wetter.de ist in der Regel kein wesentlicher Verstoß) und gegebenenfalls welchen Inhalt die aufgerufenen Seiten hatten.

Neben einer Abmahnung und einer Kündigung kann der Arbeitgeber aber auch die Entgeltzahlung für die Zeiten des privaten Internetsurfens verweigern und das Gehalt kürzen: Wer privat im Internet surft, hat für diese Zeit keinen Anspruch auf Bezahlung.

4. Trinkgeldverteilung in der Gastronomie

Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil 09. Dezember 2010, 10 Sa 483/10

In gastronomischen Betrieben ist das Trinkgeld ein sehr wichtiges Thema. Teilweise wird es bereits in die Löhne und Gehälter vom Arbeitgeber mit „eingepreist“. Teilweise kann die Höhe des Trinkgelds auch zu Fragen der Besteuerung Anlass geben.

Die Tatsache, dass dem Arbeitgeber das Trinkgeld nicht zusteht, ist bereits seit längerem entschieden. Allerdings gibt es in der Praxis viele Fälle, in denen der Arbeitgeber anordnet, dass das Trinkgeld gepoolt wird. In unterschiedlicher Ausformung soll nur eine Gemeinschaftskasse für alle Servicekräfte errichtet werden, die das Geld dann entweder gleichmäßig verteilen oder unter Berücksichtigung einer Priorität, wonach der Oberkellner einen besonders hohen Anteil hieraus erhält. Streitig ist bei der Verteilung des Trinkgelds oft auch, ob und gegebenenfalls zu welchem Anteil die Küchenkräfte vom Trinkgeld profitieren sollen, die zwar nicht in Kontakt mit dem Gast kommen, dafür aber erheblichen Anteil an dessen Zufriedenheit oder Unzufriedenheit haben.

Das LAG Rheinland-Pfalz hat nunmehr entschieden, dass der Arbeitgeber überhaupt keine Gemeinschaftskasse für das Trinkgeld bilden darf, wenn nicht alle hieran Beteiligten auch damit einverstanden sind. In dem entschiedenen konkreten Fall hatte der Wirt eine solche Gemeinschaftskasse angeordnet. Ein Kellner hielt sich jedoch nicht daran. In der Folge verbot der Arbeitgeber ihm, bei den Gästen selbst zu kassieren und übernahm dies dann. Das vereinnahmte Trinkgeld zahlte er in die Gemeinschaftskasse ein, von der das gesamte Personal profitieren sollte.

Der betroffene Kellner klagte auf Abführung des Trinkgelds an ihn selbst und bekam damit beim LAG Recht. Der Arbeitgeber wurde sogar verpflichtet, das vereinnahmte und in die Gemeinschaftskasse eingezahlte Trinkgeld insoweit an den Kläger (aus Eigengeld) auszuzahlen, als dieser nicht seinen Anteil aus der Gemeinschaftskasse erhalten hatte.

Anmerkung: Die Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz ist zumindest nicht verallgemeinerungsfähig. Das Gericht war davon ausgegangen, dass die Gäste ein Trinkgeld allein dem für sie zuständigen – oder dem kassierenden? – Kellner zukommen lassen wollten. Dies ist aber in der Praxis keineswegs selbstverständlich. Viele Gäste gehen davon aus, dass ihr Trinkgeld in der Tat allen Beschäftigten zugute kommt, und zwar nicht nur demjenigen Mitarbeiter, der die Rechnung kassiert. Die Frage, ob ein Gast sich wohlfühlt und aus diesem positiven Gefühl heraus ein Trinkgeld gibt, entscheidet sich nur in den seltensten Fällen allein an demjenigen Mitarbeiter, der kassiert. Es ist vielmehr die Summe aus Empfang, guter Betreuung durch alle Mitarbeiter, die am Tisch bedienen und auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Küche. Es erscheint daher angemessen, wenn dieser häufige Wunsch

des Gastes alle für ihn zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu bedenken, mit Hilfe des Chefs auch in die Tat umgesetzt wird.

Um aber solche unliebsame Gerichtsverfahren zu vermeiden, sollte der Arbeitgeber eine ausdrückliche Vereinbarung mit jedem Mitarbeiter entwerfen, in der das sogenannte TIP-Pooling ausdrücklich erklärt und verbindlich für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird. Darin verpflichtet sich der Arbeitnehmer, Trinkgeld, das er von Gästen erhält, in die Gemeinschaftskasse einzuzahlen. Diese Vereinbarung sollte vor Unterzeichnung des Arbeitsvertrages unterschrieben werden. Dann kann der Arbeitnehmer auch nicht behaupten, er habe sich auf den Anteil seines Einkommens eingestellt.

5. Betriebsteilübergang im Sinne des § 613a BGB nur bei bestehenden Betriebsteilen BAG, Urteil vom 13. Oktober 2011, 8 AZR 455/10

Die Urteile zum Betriebsübergang bzw. Teilbetriebsübergang gemäß § 613a BGB haben sich bereits seit geraumer Zeit zu einem ständigen „Ping-Pong-Spiel“ zwischen Bundesarbeitsgericht und Europäischem Gerichtshof entwickelt. Dies hat letztlich dazu geführt, dass immer mehr Anwendungsfälle dieser Vorschrift zu beachten sind. Mit einer neuen Entscheidung vom 13. Oktober 2011 hat das BAG nunmehr versucht, eine in der Vergangenheit nach einer Entscheidung des EuGH (Rechtssache Klarenberg; Urteil vom 12. Februar 2009, C-466/07) entstandene Unsicherheit wieder zu beseitigen. Danach ist es nach wie vor so, dass § 613a BGB nur dann Anwendung findet, dass Arbeitsverhältnisse also nur dann automatisch auf einen Erwerber übergehen, wenn die übernommene Einheit bereits beim Vertriebsveräußerer die rechtliche Qualität eines Betriebsteils hatte. Fehlt es hingegen an einer solchen organisatorisch abgrenzbaren wirtschaftlichen Einheit bereits vor der Übertragung, kommt § 613a BGB nicht zur Anwendung.

Anmerkung:

Die Akten dieses Falles haben bereits einen Weg nach Luxemburg und zurück hinter sich: Das zweitinstanzlich angerufene Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte das Verfahren dem EuGH vorgelegt, um klären zu lassen, ob Voraussetzung für einen Betriebsübergang sei, dass die übergegangene Einheit beim Erwerber als organisatorisch selbstständiger Betriebsteil fortbestehe. Hier ging es also um die Frage, ob eine bereits übergegangene Einheit als Betriebsteil weiterhin bestehe. Der EuGH hat dies verneint und erklärt, es liege auch dann ein Anwendungsbereich des § 613a BGB (bzw. der zugrundeliegenden Richtlinie 2001/23/EG) vor, wenn der Erwerber sich entscheide, die organisatorische Selbstständigkeit aufzulösen und die Einheit in bestehende Strukturen einzugliedern. Wesentlich sei allein, dass die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren erhalten

bleibe und sie es dem Erwerber erlaube, diese Produktionsfaktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen wie zuvor der Veräußerer.

Festzuhalten ist somit zusammenfassend:

Vor dem Übergang muss eine organisatorisch abgrenzbare wirtschaftliche Einheit (Betriebsteil) vorgelegen haben, der nach dem Übergang beim Erwerber allerdings aufgelöst und in eigene Strukturen eingegliedert werden kann, solange nur die funktionale Tätigkeit der übernommenen Einheit erhalten bleibt.

6. Streichung von Boni

BAG, Urteil vom 12. Oktober 2011, 10 AZR 256/10, 10 AZR 649/10

Das BAG hat sich in den vorliegenden Fällen sowie einer Reihe von Parallelverfahren mit Bonuszusagen von Banken aus dem Sommer 2008 beschäftigt. Hierbei war den Mitarbeitern jeweils ein Bonusrahmen oder ein konkreter Bonus zugesagt worden. Nachdem im Herbst 2008 die Bankenkrise ausgebrochen war, haben sich die Banken entschieden – nicht zuletzt auch aufgrund des öffentlichen Drucks und der immensen Bilanzverluste – diese Bonusansprüche erheblich zu kürzen, und zwar ungeachtet zuvor erteilter Zusagen.

In einem Fall eines außertariflichen Mitarbeiters wurde der Bonus von € 172.000,00 um 90 % auf € 17.000,00 gekürzt.

In einem zweiten Fall einer Tarifmitarbeiterin wurde aufgrund einer Betriebsvereinbarung eine Bonuszahlung in der Größenordnung von ein bis zwei Monatsgehältern zugesagt.

Im ersten Fall war der Mitarbeiter nicht tarifgebunden und die Bonuszusage erfolgte nicht aufgrund einer Betriebsvereinbarung. In diesem Fall hatte das Bundesarbeitsgericht – übrigens ebenso wie die Vorinstanzen – den vom Arbeitnehmer geltend gemachten restlichen Bonusanspruch in Höhe von ca. € 155.000,00 abgewiesen. Der Arbeitgeber habe die Grundsätze billigen Ermessens beachtet, als er die Bonuszusage überwiegend zurückgenommen habe. Zwar sei die ursprüngliche Zusage über einen Bonusrahmen zu beachten und zu berücksichtigen. Aufgrund der wirtschaftlich erheblichen Verluste sei es trotz der Leistung des Klägers noch angemessen, den Bonus deutlich zu reduzieren.

Dies bedeutet aber nicht, dass ursprünglich erteilte und auch noch leistungsbezogene Bonuszusagen nach Erbringung der Leistung seitens des Arbeitgebers einseitig gekürzt werden können. Denkbar ist dies nur in seltenen Ausnahmefällen, wie sie angesichts der Bankenkrise 2008/2009 ausnahmsweise

bejaht wurden. Fälle, in denen eine gesamte Branche in ihrer Existenz bedroht ist, der Staat mit Bürgschaften in enormem Umfang einspringen muss und sogar die Verstaatlichung von Banken diskutiert wird, wird es in der freien Wirtschaft äußerst (!) selten geben.

Anders hat der 10. Senat des BAG den Fall der tariflichen Mitarbeiterin gesehen. Diese konnte sich bei ihrer Klage auf Zahlung eines Bonus nach der ursprünglichen Zusage auf eine Betriebsvereinbarung berufen. Daher hätte der Arbeitgeber den Bonus nicht einseitig erheblich kürzen dürfen, sondern hätte mit dem Betriebsrat eine neue Regelung finden müssen. Da der Arbeitgeber aber mit dem Betriebsrat keine neue „ablösende oder ändernde“ Betriebsvereinbarung geschlossen hatte, stand der Arbeitnehmerin der volle Bonus zu.

7. Arbeitgeber ist in der Regel kein Diensteanbieter für Telekommunikationsleistungen LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. Februar 2011, 4 Sa 2132/10

In der Vergangenheit war immer wieder diskutiert worden, ob der Arbeitgeber möglicherweise zu einem Diensteanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes werde, wenn er seinen Beschäftigten gestattet, einen dienstlichen E-Mailaccount auch für private Mails zu nutzen. Dies war unter anderem deshalb wichtig, um feststellen zu können, ob der Arbeitgeber dem Fernmeldegeheimnis des § 88 Telekommunikationsgesetzes (TKG) unterliegt. Der Arbeitgeber wäre dann gehindert gewesen, beispielsweise die Eingangs- und Ausgangs-E-Mailaccounts seiner Mitarbeiter zu lesen oder zu überprüfen, soweit sich dort theoretisch private Mails hätten finden können.

Das LAG Berlin-Brandenburg hat nunmehr entschieden, dass der Arbeitgeber kein Telekommunikationsanbieter ist, auch dann nicht, wenn er die private Nutzung dienstlicher E-Mailaccounts zulässt. Der Arbeitgeber unterliegt somit nicht den Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses. Im konkret entschiedenen Fall durfte der Arbeitgeber das elektronische Postfach eines Mitarbeiters öffnen und die dort gespeicherten Mails sichern. Ein generelles Verbot einer solchen Überprüfung ergebe sich mangels Anbietereigenschaft im Sinne des TKG nicht. Vielmehr muss der Arbeitgeber jeweils im Einzelfall eine Abwägung vornehmen zwischen dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers bzw. der Gewährleistung der Vertraulichkeit einerseits und seinem Aufklärungs- und Informationsinteresse andererseits.

Entscheidend war für das Gericht, dass die Übermittlung der Nachricht, also der eigentliche Telekommunikationsvorgang, bereits abgeschlossen war. Der Arbeitgeber hatte keinen Nachrichten abgefangen oder während des Sendevorganges mitgelesen. Er hat lediglich in einem E-Mailpostfach abgelegte Nachrichten überprüft. Der Telekommunikationsvorgang, der generell geschützt ist, ist aber mit der Eingangsnachricht beim Arbeitnehmer beendet.

Diese Entscheidung erleichtert Arbeitgebern in Zukunft das Aufdecken von Straftaten einschließlich des immer häufiger werdenden Arbeitszeitbetruges.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de