

Blick ins Arbeitsrecht **2015.III**

I.

Neuregelung bei der Elternzeit

Neben neuen Regelungen zum Elterngeld sind auch die Vorschriften zur Elternzeit mit dem Gesetz zur Einführung des Elterngeld Plus mit Partnerbonus und einer flexibleren Elternzeit mit Wirkung zum 01. Januar 2015 angepasst worden. Soweit die Elternzeit betroffen ist, gelten die neuen Vorschriften für Kinder, die ab dem 01. Juli 2015 geboren oder mit dem Ziel der Adoption in eine Familie aufgenommen worden sind.

Grundsätzlich bleibt es zunächst bei einer maximalen Elternzeit von drei Jahren für jeden Elternteil je Kind.

Neu ist, dass nicht, wie bisher, 12 Monate, sondern bis zu 24 Monate dieser Elternzeit nach Ablauf des 3. Lebensjahres des Kindes bis zu dessen 8. Lebensjahr in Anspruch genommen werden können.

Grundsätzlich müssen Eltern aber nach wie vor dann, wenn sie innerhalb der ersten zwei Jahre nach der Geburt Elternzeit nehmen wollen, sich insoweit gegenüber dem Arbeitgeber festlegen. Dieser soll unter Berücksichtigung der Elternzeitwünsche planen können.

Wird ein Teil der Elternzeit nach Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes genommen, verlängert sich die insoweit auf Arbeitnehmerseite einzuhaltende Ankündigungsfrist von 7 auf 13 Wochen.

Die Elternzeit kann auf drei Zeitabschnitte aufgeteilt werden. Der Arbeitgeber kann einer dritten Inanspruchnahme der Elternzeit widersprechen, soweit diese zwischen dem vollendeten 3. und dem vollendeten 8. Lebensjahr des Kindes liegen sollte. Ein Widerspruch ist allerdings nur dann wirksam, wenn der Arbeitgeber sich auf dringende betriebliche Gründe berufen kann. Insoweit hat sich die Position für die Arbeitgeber erheblich verschlechtert. Bisher

war insoweit die Zustimmung des Arbeitgebers Voraussetzung, ohne dass dringende betriebliche Gründe erforderlich waren.

Werden die gesamten drei Jahre Elternzeit innerhalb der ersten drei Lebensjahre des Kindes genommen, bleibt es dabei, dass der Arbeitgeber diesem Ansinnen nicht widersprechen kann.

Auch zukünftig können Eltern sich entscheiden, während der Elternzeit einer Teilzeittätigkeit zwischen 15 und 30 Wochenstunden beim bisherigen Arbeitgeber nachzugehen. Liegt der entsprechende Zeitraum der Elternzeit zwischen dem 3. und 8. Lebensjahr muss, ebenso wie für die Ankündigung der Elternzeit selbst, eine Ankündigungsfrist für die Teilzeittätigkeit von 13 Wochen eingehalten werden.

Besondere Vorsicht ist für Arbeitgeber auch deshalb geboten, da sich im Gesetz nunmehr eine sogenannte „Zustimmungsfiktion“ findet: Wenn der Arbeitgeber mit der Verringerung der Arbeitszeit (Teilzeittätigkeit) während der Elternzeit nicht einverstanden ist, muss er dies nunmehr innerhalb von vier Wochen nach Eingang des Antrags auf Teilzeittätigkeit während der Elternzeit schriftlich ablehnen, und zwar unter Angabe von Gründen. Liegt die Elternzeit und damit auch die Teilzeittätigkeit zwischen dem 3. und 8. Lebensjahr des Kindes, kann der Arbeitgeber sich mit einer eventuell notwendigen Zurückweisung des Teilzeitwunsches acht Wochen Zeit lassen, bis er reagiert. Dabei kommt es jeweils auf den Zugang der Reaktion beim Arbeitnehmer an.

Achtung:

Reagiert der Arbeitgeber nicht rechtzeitig innerhalb dieser Fristen, kommt eine Teilzeittätigkeit auf Basis des Arbeitnehmerwunsches zustande, ohne dass der Arbeitgeber dann noch intervenieren könnte. Eine fehlende fristgemäße Reaktion des Arbeitgebers wird als Zustimmung gewertet.

Wer im Vorfeld die Inanspruchnahme von Elternzeit ankündigt, hat auch einen vorausgehenden Kündigungsschutz, und zwar von bis zu acht Wochen vor Beginn der Elternzeit, wenn diese innerhalb der ersten drei Lebensjahre des Kindes genommen wird. Bei einer Elternzeit zwischen dem vollendeten 3. und dem 8. Lebensjahr besteht der vorlaufende Kündigungsschutz während einer Ankündigungsfrist von 14 Wochen Satz.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Flexibilität bei der Inanspruchnahme von Elternzeit für die Arbeitnehmerseite erhöht wurde, den Arbeitgebern aber umgekehrt wesent-

lich stärkere Zugeständnisse und ein noch weitergehendes Entgegenkommen abverlangt werden.

II.

Rechtsprechung

1. Vergütung während eines Praktikums

BAG, Urteil vom 10. Februar 2015 Az. 9 AZR 289/13

Der Fall betrifft zwar das Praktikum einer Psychotherapeutin, die wesentlichen Inhalte der Entscheidung lassen sich jedoch auf andere Praktika ohne weiteres übertragen.

Im vorliegenden Fall sah sowohl das Ausbildungscurriculum als auch die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung vor, dass durch die Praktikantin lediglich eine Beteiligung an bestimmten ärztlichen Tätigkeiten erfolgen solle. Über die Vereinbarung hinaus hat die Praktikantin jedoch eine selbstständige therapeutische Tätigkeit erbracht, die der Arbeitgeber wirtschaftlich verwerten konnte. Diese Tätigkeit entsprach in etwa dem Arbeitspensum für zwei Arbeitstage. Diese Arbeiten erfolgten ohne Betreuung und Überwachung selbstständig. Sie entsprachen dem Tätigkeitsbild von fertig ausgebildeten festangestellten Psychotherapeuten. Hinzu kamen weitere Arbeitstätigkeiten, die mit einem reinen Praktikum nicht mehr in Übereinstimmung zu bringen waren. Im Rahmen einer Ausbildung wurden lediglich Gruppensupervisionen durchgeführt und dies auch nur einmal alle sechs bis acht Wochen.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, für diese Arbeitstätigkeit wäre eine reguläre Arbeitsvergütung geschuldet. Sowohl das Landesarbeitsgericht als auch das BRG haben der Klage stattgegeben.

Das BAG hat in seiner Entscheidung betont, dass ein Praktikum natürlich in der Regel unentgeltlich erbracht werden kann und dies auch vereinbart werden könne. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Berufsbildungsgesetz ausdrücklich eine Vergütung ausschließt, so wie dies hier der Fall war. Ein unentgeltliches Praktikum setzt nämlich voraus, dass auch lediglich eine übliche Praktikantentätigkeit geschuldet wird. Diese ist im Wesentlichen auf das Erlernen von Kenntnissen ausgerichtet. Zwar können auch im Praktikum einzelne Arbeitsleistungen erbracht werden, ohne dass dies gleich zu einer Vergütungspflicht führt. Dies setzt allerdings voraus, dass solche Tätigkeiten im Rahmen der Ausbildung und unter Anleitung/Überwachung geschieht.

Werden jedoch selbstständige Tätigkeiten erbracht, insbesondere, wenn diese mit der üblichen Arbeitstätigkeit nach erfolgreichem Ausbildungsabschluss vergleichbar ist, geht diese Tätigkeit über das geschuldete Praktikum hinaus und kann eine Vergütungspflicht auslösen.

Auch das Mindestlohngesetz führt in § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 aus, dass die Vorschriften dieses Gesetzes u.a. dann nicht gelten, wenn ein Praktikum „aufgrund einer Ausbildungsordnung geleistet werde“. Dies setzt voraus, dass die Regelung der Ausbildungsordnung eingehalten und nicht darüber hinaus Arbeitsleistungen erbracht werden.

Tätigkeiten, die über das eigentlich unentgeltlich geschuldete Praktikum hinausgehen, führen aber nicht sofort automatisch zu einer Vergütungsverpflichtung. Werden solche Tätigkeiten beispielsweise nur probeweise oder zur Vertretung übernommen, führt dies nicht zu einer Vergütungspflicht.

Das BAG weist auch darauf hin, dass ein Praktikum in der Regel für den Betrieb mit einem erheblichen Aufwand an Zeit und finanziellen Mitteln verbunden ist, sodass auch kleinere Arbeitsleistungen durch die Praktikumsvereinbarung abgedeckt seien.

Im vorliegenden Fall war allerdings die Grenze einer noch unentgeltlich zu erbringenden Leistung aus Sicht des BAG überschritten. Die Klägerin hatte über einen längeren Zeitraum hinweg praktisch regulär wie eine Arbeitnehmerin mit abgeschlossener Ausbildung gearbeitet. Es fand keinerlei Überwachung statt. Der eigentliche Ausbildungsteil war sehr gering und beschränkte sich auf einzelne Supervisionssitzungen alle sechs bis acht Wochen. Solche Supervisionssitzungen sind auch bei ausgebildeten Psychotherapeuten üblich.

Zusammenfassend hat das BAG festgestellt, dass zwar ein Praktikumsvertrag abgeschlossen wurde, erbracht wurden jedoch ganz überwiegend Arbeitsleistungen wie in einem regulären Arbeitsverhältnis. Eine solche „Umgehung“ sieht das BAG als nicht zulässig und hinsichtlich der Vergütungsfreiheit auch nicht als bindend an. Die reguläre Arbeitstätigkeiten sind danach auch regulär zu vergüten. Wie hoch die Vergütung in jedem Einzelfall ist, bemisst sich nach der Üblichkeit: Das Gericht muss also prüfen, welche Vergütung für die erbrachte Tätigkeit üblich ist.

Wo ein zulässiges unentgeltliches Praktikum endet und eine vergütungspflichtige Arbeitstätigkeit beginnt, muss jeweils im Einzelfall bestimmt werden. Dabei wird es dann wohl darauf ankommen, ob eine Arbeitstätigkeit oder eher der Ausbildungszweck prägend war.

2. Das ausdrückliche Fehlen einer Teilzeitvereinbarung im Arbeitsvertrag führt in der Regel nicht automatisch zu einem Vollzeitarbeitsverhältnis

BAG, Urteil vom 24. September 2014 5 AZR 1024/12

In dem streitigen Arbeitsvertrag war eine „Festanstellung mit flexibler Arbeitszeit“ vereinbart, die sich an den betrieblichen Erfordernissen ausrichten sollte. Während zweier Monate arbeitete der Arbeitnehmer länger als die regelmäßig tarifliche wöchentliche Arbeitszeit von dort 39 Stunden, danach erfolgte ein Einsatz in geringerem Umfang. Der Arbeitnehmer klagte und wollte erreichen, dass, wie in den ersten zwei Monaten, zumindest im Rahmen eines Vollzeitarbeitsverhältnisses beschäftigt und bezahlt werde.

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Auch dann, wenn ein Teilzeitarbeitsverhältnis nicht ausdrücklich vereinbart werde, führe dies nicht automatisch zu der Annahme eines Vollzeitarbeitsvertrages. Die Auslegung der vertraglichen Regelungen hat ergeben, dass gerade kein Vollzeitarbeitsverhältnis gewünscht war, sondern eine flexible Arbeitszeit nach den betrieblichen Erfordernissen. Dies hat das BAG als Teilzeitarbeitsverhältnis gemäß § 12 TzBfG ausgelegt, der sogenannten „Arbeit auf Abruf“. Da zum Umfang der zu leistenden Teilzeit im Vertrag nichts geregelt war, sei davon auszugehen, dass diese flexibel zu erbringen und auch flexibel zu vergüten sei. Der Umfang der Arbeit sollte sich nach den betrieblichen Erfordernissen, also dem Arbeitsanfall richten. Dies war von den Parteien auch so gehandhabt worden. Die Tatsache, dass zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses ein größerer Arbeitsanfall zu bewältigen war, führe nicht dazu, dass sich die Arbeitszeit im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses zwingend danach richten müsse. Auch eine Reduzierung der Arbeitszeit sei daher möglich, da es sich ja um ein Teilzeitarbeitsverhältnis handeln solle.

Das BAG hat dem Landesarbeitsgericht ausdrücklich widersprochen, das angenommen hatte, das Fehlen einer Teilzeitvereinbarung führe im Zweifel automatisch zu einem Vollzeitarbeitsverhältnis.

Auch wenn die Parteien ausdrücklich offen gelassen haben, wie lange die durchschnittliche wöchentliche oder tägliche Arbeitszeit sein soll, könne trotzdem von einer Arbeit auf Abruf ausgegangen werden. Fehlen Abreden zum Umfang der Arbeitszeit, würde sich diese aus den gesetzlichen Regelungen, insbesondere aus § 12 Abs. 1 Satz 3 und 4 TzBfG ergeben. Dort ist eine Mindestabrufzeit von drei aufeinander folgende Stunden je Tag geregelt.

Anmerkung:

Ist zwischen den Parteien keine Festlegung der – und sei es auch nur durchschnittlichen – Arbeitszeit getroffen worden und gibt es keinerlei Hinweise auf eine Teilzeittätigkeit, so kann unter Umständen die betriebsübliche Arbeitszeit geschuldet sein (BRG, Urteil vom 15. Mai 2013).

Es reicht jedoch, wie vorliegend, aus, wenn eine „flexible Arbeitszeit nach den betrieblichen Bedürfnissen“ vereinbart wird, um den Wunsch nach einem Teilzeitarbeitsverhältnis im Arbeitsvertrag ausreichend zu fixieren.

3. Urlaubsanspruch bei Beginn des Arbeitsverhältnisses im Verlauf eines Kalenderjahres

BAG, Urteil vom 16. Dezember 2014, 9 AZR 295/13

Mit dem vorliegenden Urteil hat das BAG seine Rechtsprechung geändert und gleichzeitig eine Regelung im Bundesurlaubsgesetz aufgegriffen, die in der Praxis häufig völlig unbekannt ist.

Wechselt ein Arbeitnehmer den Arbeitgeber genau zum Ende des Kalenderjahres steht ihm beim alten Arbeitgeber der Urlaub im abgelaufenen und beim neuen Arbeitgeber im neuen Kalenderjahr zu. Nicht genommener Urlaub aus dem alten Jahr ist vom alten Arbeitgeber ggf. abzugelten. Hier gibt es in der Praxis keine Probleme.

Anders sieht es aus, wenn der Wechsel im Verlauf des Kalenderjahres stattfindet. Hier gibt es Fälle, in denen der Arbeitnehmer bereits mehr Urlaub beim alten Arbeitgeber genommen hat, als ihm unter Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit im laufenden Jahr zugestanden hätte. So ist es beispielsweise denkbar, dass der Arbeitnehmer seinen vollständigen Jahresurlaub – vielleicht in Unkenntnis des Arbeitgeberwechsels – schon genommen hat und das Arbeitsverhältnis dann beispielsweise zur Jahresmitte endet. Diesen Fall regelt § 6 Absatz 1 Bundesurlaubsgesetz, der merkwürdigerweise in vielen Personalabteilungen weitgehend unbekannt ist bzw. aus dem nicht die richtigen Schlussfolgerungen bezogen werden:

„Der Anspruch auf Urlaub besteht nicht, soweit dem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt worden ist.“

Der neue Arbeitgeber, bei dem unser Beispiels-Arbeitnehmer am 01. Juli 2015 beginnt, muss also zunächst prüfen, ob und wieviel Urlaub der neue Mitarbeiter vom ehemaligen Arbeitgeber bereits erhalten hat. Hat der Arbeitnehmer nach altem und neuem Arbeitsvertrag Anspruch auf die gleiche Zahl von Urlaubstagen und hat er, wie in unserem Beispielsfall, den gesamten Jahresurlaub bereits vom alten Arbeitgeber erhalten, muss der neue Arbeitgeber im zweiten Halbjahr überhaupt keinen Urlaub mehr gewähren.

Um dies festzustellen, ist jeder Arbeitgeber nach § 6 Absatz 2 BUrlG verpflichtet, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder abgegoltenen Urlaub auszuhändigen. Solche Urlaubsbescheinigungen beim Arbeitgeberwechsel sind aber in der Praxis viel zu wenig bekannt.

Der Arbeitnehmer ist dann nämlich verpflichtet, diese Bescheinigung beim neuen Arbeitgeber vorzulegen.

In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall hatte der Arbeitnehmer dies versäumt. Das BAG hat nun festgestellt, dass der neue Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, Urlaub oder Urlaubsabgeltung zu gewähren, solange der Arbeitnehmer diese Urlaubsbescheinigung nicht vorgelegt hat. § 6 Absatz 1 BUrlG formuliert eine sog. negative Anspruchsvoraussetzung. Dem Arbeitnehmer, der Urlaub oder Urlaubsabgeltung beansprucht, obliegt es darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Voraussetzungen, unter denen das Gesetz eine Anrechnung des bereits gewährten Urlaubs vorsieht, nicht vorliegen. Dies ist auch sachgerecht. Es ist der Arbeitnehmer der nach § 6 Absatz 2 einen Anspruch auf die Urlaubsbescheinigung gegenüber seinem ehemaligen Arbeitgeber hat. Der neue Arbeitgeber kann sich diese Informationen nicht beschaffen.

Neben diesen wichtigen Ausführungen zur Übertragung von Urlaub und zur Beweislast hat das Bundesarbeitsgericht mit dieser Entscheidung auch einen weiteren sehr wichtigen Punkt klargestellt: Scheidet der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis aus, wandelt sich der Anspruch auf Gewährung von Erholungsurlaub um in einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung, wenn während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Gelegenheit bestand, den Urlaub in natura zu nehmen. Der Urlaubsabgeltungsanspruch nach dem Ausscheiden ist dann aber ein reiner Geldanspruch und er unterliegt wie das BAG jetzt klarstellt, auch eventuellen tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Ausschlussfristen. Der Arbeitnehmer muss also prüfen, ob solche Ausschlussfristen eingreifen und diese einhalten. In dem hier entschiedenen Fall hatte der Arbeitnehmer den Urlaubsabgeltungsanspruch zu spät geltend gemacht und es darüber hinaus zunächst versäumt, die Urlaubsbescheinigung vorzulegen. Er hätte den

Abgeltungsanspruch nur durchsetzen können, wenn er innerhalb der Ausschlussfrist den Urlaubsabgeltungsanspruch geltend gemacht und ebenfalls innerhalb der Frist die Urlaubsbescheinigung des ehemaligen Arbeitgebers vorgelegt hätte. d

Praxistipp:

Alle Unternehmen sollten es zur Routine machen, bei Mitarbeitern die im Verlauf des Kalenderjahrs neu eingestellt werden, eine Urlaubsbescheinigung des ehemaligen Arbeitgebers zu verlangen. Solange ein unterjähriger Eintritt erfolgt und diese Bescheinigung nicht vorgelegt wird, sollte auch kein Urlaub gewährt werden.

Weiterführender Hinweis:

Hat ein Arbeitnehmer im Verhältnis zur Betriebszugehörigkeit im laufenden Kalenderjahr bis zum Ausscheiden bereits zuviel Urlaub genommen (wie in unserem obigen Beispielfall) schuldet er dem bisherigen Arbeitgeber keinen „Schadenersatz“ o.ä.).

Arbeitnehmer die nach dem 30. Juni 2015 eines Kalenderjahres ausscheiden, haben Anspruch auf den vollen gesetzlichen Urlaub für das gesamte Kalenderjahr (in der Fünf-Tage-Woche: 20 Tage). Für einen darüber hinausgehenden durch Vertrag gewährten Urlaub kann etwas anderes vereinbart werden. Dies muss dann aber gesondert vereinbart und vom gesetzlichen Urlaub deutlich abgegrenzt werden.

4. Außerordentliche Kündigung bei privater Nutzung der betrieblichen IT; Straftaten BAG, Urteil vom 16. Juli 2015, 2 AZR 85/15

Es kommt ja praktisch in jedem Betrieb vor, dass Arbeitnehmer die betriebliche IT auch privat (mit-) nutzen. In den meisten Betrieben gilt eine geschriebene oder ungeschriebene Regelung, wonach dies in den Pausen und vielleicht während der Arbeit für eine kurze Mail bei besonderer Eilbedürftigkeit zulässig ist. Andere Betriebe haben ein eindeutiges und umfassendes Verbot ausgesprochen, was auch deshalb sinnvoll sein kann, um so den E-Mail-Verkehr effektiv und ohne ausdrückliche Einwilligung der Beschäftigten überwachen zu dürfen.

Ein besonders krasser Fall von Missbrauch der betrieblichen IT war jetzt vom Bundesarbeitsgericht zu entscheiden, den ein Arbeitgeber – immerhin ein Oberlandesgericht in den neuen Bundesländern – zum Anlass für eine fristlose Kündigung genommen hatte. Bezeichnenderweise hatten Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht der Kündigungsschutzklage stattgegeben und erst das Bundesarbeitsgericht hat dem Arbeitgeber Recht gegeben. Ange-

sichts des Sachverhaltes fragt man sich, wie es zu den vorinstanzlichen Entscheidungen kommen konnte:

Der klagende Arbeitnehmer war seit Februar 1992 bei dem beklagten Bundesland beschäftigt und war als „IT-Verantwortlicher“ bei dem Oberlandesgericht eingesetzt. Zu seinen Aufgaben gehörte u.a. auch die Verwaltung eines Depots für Zubehör, das für die Datenverarbeitung benötigt wurde (u.a. Datensicherungsbänder, CD's, DVD's etc.). Im März 2013 hatte sich ein Wachtmeister geoutet und zugegeben, dass er den dienstlichen Farbdrucker seit längerer Zeit zur Herstellung sog. „CD-Cover“ genutzt hatte. Die dazu gehörigen CD's und andere Datenträger seien vom Kläger hergestellt worden. Bei einer Überprüfung wurde dann auf den Festplatten eines vom Kläger genutzten Rechners des Arbeitgebers mehr als 6.400 e-Book-, Bild-, Audio- und Video-Dateien gefunden. Dort war auch ein Programm installiert, mit dem der Kopierschutz der Hersteller solcher Dateien umgangen werden konnte. Bei weiteren Überprüfungen stellte sich heraus, dass in der Zeit von Oktober 2010 bis März 2013 über 1.100 DVD's bearbeitet worden waren. Im gleichen Zeitraum hatte der Kläger etwa eine gleich große Zahl von DVD-Rohlingen auf Rechnung des Gerichts bestellt die nicht mehr vorhanden waren. Eine nochmalige spätere Auswertung der vom Kläger benutzten Festplatten führte zum Auffinden weiterer Audio-Dateien. Der betroffene „IT-Verantwortliche“ räumte zunächst ein, dass alle aufgefundenen Dateien von ihm stammten und er auch Kopien für andere Bedienstete des Gerichts hergestellt habe. Später widerrief er dann seine Aussage.

Nicht überliefert ist, ob die Bearbeitung während der Arbeitszeit oder etwa in der Freizeit erfolgte. Hierauf kam es aber vorliegend natürlich nicht an: Wer die IT des Arbeitgebers nutzt, um in einem erheblichen Umfang illegale Raubkopien zu erstellen und diese ggf. u.a. auch noch bei den anderen Bediensteten zu verbreiten, handelt in jedem Fall pflichtwidrig. Dies gilt erst Recht, wenn es sich um den IT-Verantwortlichen des Arbeitgebers handelt, der natürlich aufgrund der hier gegebenen Manipulationsmöglichkeiten ein ganz besonders hohes Vertrauen des Arbeitgebers genießen muss.

Anders als die Vorinstanzen meinten, kommt es auch nicht darauf an, ob möglicherweise noch andere Beschäftigte an diesen strafbaren Handlungen mitgewirkt hatten. Auch muss der Arbeitgeber nicht die Staatsanwaltschaft einschalten um eventuell entlastendes Material zu Gunsten des dann gekündigten Arbeitnehmers zu finden. Es reicht aus, wenn der Arbeitgeber eigene Ermittlungen anstellt. Das BAG hat festgestellt, dass eine fristlose Kündigung auch dann in Betracht kommt, wenn der Kläger nicht alle fraglichen Handlungen (Abspeichern der Originaldateien, Bearbeitung, Entfernen des Kopierschutzes, Kopieren, Herstellen von CD-/DVD-Covern mit dem Farbdrucker, Verbreitung bzw. Verkauf der Raubkopien etc.)

selbst vorgenommen hat und es wäre auch ausreichend, wenn er das Herstellen von Raubkopien durch andere Mitarbeiter bewusst ermöglicht hätte. Als IT-Verantwortlicher ist er für die ordnungsgemäße Nutzung der IT und u.a. auch dafür verantwortlich, dass gerade keine zur Herstellung von Raubkopien bestimmte Dateien auf der betrieblichen IT abgespeichert bzw. in strafwürdiger Weise bearbeitet werden.

Der Kläger hatte darüber hinaus tatsächlich noch gegen die Kündigung eingewandt, der Arbeitgeber habe ihm erlaubt, den dienstlichen Rechner für bestimmte private Zwecke zu nutzen. Das BAG hat jedoch betont, dass er daraus nicht schließen durfte, ihm seien die Herstellung von Raubkopien oder auch nur Kopiervorgänge gestattet, schon gar nicht in dem hier festgestellten Ausmaß.

Abschließend hat das BAG darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber Ermittlungen zügig durchführen muss, um die zweiwöchige Frist zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung (§ 666 Absatz 2 BGB) zu hemmen. Dies war vorliegend geschehen, so dass die Kündigung letztendlich wirksam war.

Abschließend klargestellt hat das BAG auch noch einmal, dass es keine Gleichheit im Unrecht gibt: Der im Arbeitsrecht grundsätzlich eingreifende Gleichbehandlungsgrundsatz findet im Rahmen verhaltensbedingter Kündigungen keine Anwendung.

5. Vereinbarung einer Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 04. März 2015, 2 Sa 31/14

Befristungen auf Wunsch des Arbeitnehmers sind relativ selten. Sie können jedoch einen wirksamen Befristungsgrund gemäß § 14 Absatz 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG darstellen. Für Arbeitgeber stellen solche Befristungsvereinbarungen aber ein nicht geringes Risiko dar: Kommt es bei Auslaufen der Befristung zu einem Streit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und will der Arbeitnehmer weiter arbeiten, muss der Arbeitgeber beweisen, dass der Arbeitnehmer zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses einen Befristungswunsch hatte. Selbst wenn dieser Befristungswunsch schriftlich im Vertrag festgehalten worden ist, kann es sein, dass der Arbeitnehmer behauptet, in Wahrheit habe er gar keinen Befristungswunsch gehabt und die entsprechende Regelung im Vertrag sei allein auf Wunsch des Arbeitgebers aufgenommen worden, um eine Befristung zu begründen.

Hier ist also Vorsicht geboten.

In der Vergangenheit war von manchen Arbeitgebern angenommen worden, von einem solchen Arbeitgeberwunsch als Befristungsgrund könne schon dann ausgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer mit einem arbeitgeberseitigen Befristungsangebot einverstanden sei. Dies ist natürlich nicht ausreichend.

Auch in dem vom LAG Baden-Württemberg entschiedenen Fall war die ursprüngliche Initiative zu einer Befristung vom Arbeitgeber ausgegangen. Aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles ist das Gericht aber dann zutreffend davon ausgegangen, dass letztlich die Befristung wirksam auf Wunsch der Mitarbeiterin erfolgt sei:

Ein großes Unternehmen hatte seinen leitenden Führungskräften ein Konzept „60+“ vorgeschlagen. Danach sollte das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 60. Lebensjahres enden und es sollte eine Art Abfindung zur Überbrückung noch nicht fälliger gesetzlicher Renten etc. gezahlt werden. Neben der Klägerin bot der Arbeitgeber diese freiwillige Regelung auch nahezu 2.700 anderen leitenden Führungskräften an. Die Arbeitnehmerin hatte von August 2003 bis Dezember 2005 Zeit, sich zu überlegen, ob sie aus ihrem bisher unbefristeten Arbeitsverhältnis zu einer solchen Befristung mit Ausgleichszahlung wechseln wollte. Kurz vor Ablauf der Frist im Dezember 2005 unterschrieb die Klägerin das Angebot für das Konzept „60+“. Später wollte sie über das 60. Lebensjahr hinaus weiter arbeiten und hatte mit der Begründung geklagt, die Vereinbarung sei unwirksam. Es fehle an einem vom Gesetz anerkannten wirksamen Befristungsgrund. Daher sei sie nach wie vor in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis tätig.

Das LAG ist dem nicht gefolgt.

Auch wenn die Initiative zur Umwandlung des unbefristeten in einen befristeten Vertrag vom Arbeitgeber kam, kann trotzdem ein Fall des § 14 Absatz 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG vorliegen, wonach die Befristung wegen „in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen“ wirksam ist. Es ist nicht erforderlich, dass der Wunsch nach einer Befristung vom Arbeitnehmer ausgeht. Vorliegend hatte das LAG aber besonders berücksichtigt, dass die Klägerin 28 Monate Überlegungszeit hatte. Je mehr Zeit seit der Initiative des Arbeitgebers vergangen sei, desto weniger könne die Entscheidung des Arbeitnehmers als bloße Reaktion auf das Arbeitgeberangebot verstanden werden. Nach so langer Zeit stelle das Einverständnis des Arbeitnehmers mit einer nachträglichen Befristung des Arbeitsverhältnisses keine bloße Reaktion mehr auf das Arbeitgeberangebot dar. Wer sich, wie hier, im Rahmen einer Aktion nach über zwei Jahren für eine Befristung mit erheblichen finanziellen Leistungen des Arbeitgebers entscheide, werde vergleichbar dem Fall tätig, dass der Wunsch und die Initiative

vom Arbeitnehmer ausgehen. Der Wunsch der Annahme sei vom Arbeitgeber nicht beeinflusst gewesen. Insbesondere hätte dieser in keiner Weise gedrängt, sondern ausreichend Zeit und Überlegung gegeben. Die Entscheidung für das Konzept „60+“ sei selbstbestimmt und eigenverantwortlich gefallen. Auch die große Zahl leitender Führungskräfte, die das Angebot ohne Nachteile abgelehnt hätten, zeige, dass hier eine eigenverantwortliche Entscheidung getroffen worden sei.

Praxistipp:

Plant ein Arbeitgeber eine solche „Verjüngung“ der Führungsmannschaft, ist dies nicht kurzfristig möglich. Vielmehr muss den Mitarbeitern ausreichend Bedenkzeit gegeben werden und es darf seitens des Arbeitgebers keine Einflussnahmen geben, beispielsweise laufende Erinnerungen, Ermahnungen oder eine sonstige Einflussnahme.

6. Kürzung des Erholungsurlaubs wegen Elternzeit

BAG, Urteil vom 19. Mai 2015, 9 AZR 725/13

Das BAG hat in dieser Entscheidung klargestellt, dass der Arbeitgeber den Erholungsurlaub wegen Elternzeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr kürzen dürfe.

§ 17 Absatz 1 Satz 1 BEEG sieht zwar vor, dass der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der Arbeitnehmern oder Arbeitnehmerinnen für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen darf. So ist es nach dieser Vorschrift beispielsweise zulässig, den Erholungsurlaub um 50% zu kürzen, wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter vom 01.07. bis 31.12. eines Jahres in Elternzeit sind.

Dies geht aber, so das BAG, nur, solange noch ein Anspruch auf Erholungsurlaub besteht. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses wandelt sich jedoch der Anspruch auf Gewährung von Erholungsurlaub in einen Geldanspruch, gerichtet auf Urlaubsabgeltung. Dieser Geldanspruch kann nicht mehr entsprechend gekürzt werden. Der Arbeitgeber muss daher, wenn er nicht im Verlauf des Arbeitsverhältnisses, vor dessen Beendigung, den Urlaubsanspruch gekürzt hat, die Urlaubsabgeltung für den vollen Urlaubsanspruch bezahlen.

Praxistipp:

Hier bietet sich an, spätestens mit Ende der Elternzeit, jedenfalls aber zu jedem Jahreswechsel eine Wiedervorlage zu notieren und dem Arbeitnehmer/der Arbeitnehmerin mitzuteilen, dass der Urlaubsanspruch anteilig gekürzt werde.

7. Mitbestimmung beim „Gesundheitsschutz“ nur bei bestehender konkreter Gesundheitsgefahr

LAG Berlin-Brandenburg, Entscheidung vom 25. Februar 2015, 23 TaBV 1448/14

Dem Betriebsrat steht grundsätzlich gemäß § 87 Absatz 1 Ziffer 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht u.a. über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften bzw. der Unfallverhütungsvorschrift. Aus diesem Grund hatte ein Unternehmen sich mit dem Betriebsrat darauf geeinigt, eine Einigungsstelle einzurichten. Umfassendes Thema der Einigungsstelle war der Gesundheitsschutz. Die Einigungsstelle hat dann eine „Betriebsvereinbarung über akute Maßnahmen des Gesundheitsschutzes“ beschlossen. Mit diesem sehr weit gehenden Beschluss war der Arbeitgeber jedoch nicht einverstanden. Er hat daher beim zuständigen Arbeitsgericht den Spruch der Einigungsstelle angefochten und sich u.a. darauf berufen, für die Regelung habe, wie er erst jetzt feststelle, überhaupt kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestanden. Es fehle somit an der grundsätzlichen Zuständigkeit der Einigungsstelle, weshalb diese auch keinen dem Arbeitgeber bindenden Spruch bzw. keine Betriebsvereinbarung habe verabschieden dürfen.

Das LAG hat sich der Auffassung des Arbeitgebers angeschlossen und die Betriebsvereinbarung für unwirksam erklärt.

Allein aus der grundsätzlichen gesetzlichen Regelung in § 87 Absatz 1 Nr. 7 BetrVG ergäbe sich nicht zwingend und unmittelbar ein Mitbestimmungsrecht. Dieses sei vielmehr nur dann gegeben, wenn es im Betrieb eine unmittelbare objektive Gesundheitsgefahr gäbe. Hiervon ging das Gericht im vorliegenden Betrieb jedoch nicht aus. Bis auf wenige Ausnahmen habe der Betriebsrat vorliegend kein zwingendes Mitbestimmungsrecht für die Regelung der Betriebsvereinbarung gehabt. Daher sei die Betriebsvereinbarung insgesamt unwirksam und war aus Sicht des Gerichts aufzuheben.

Allein die theoretische Gefahr, dass es einmal zu einer Gesundheitsgefahr kommen könne, rechtfertige aktuell kein Mitbestimmungsrecht. Auch die anderen Regelungen des § 87 Absatz 1 BetrVG würden nicht generell, sondern immer nur dann gelten, wenn ein entsprechender konkreter Regelungsbedarf bestehe.

8. Änderungen des Arbeitsvertrages (hier: Vereinbarung von Tele-Arbeit) sind nicht einseitig zulässig

LAG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10. September 2014, 12 Sa 505/14

Eine Bank hatte mit einem ihrer Firmenkundenberater nach entsprechender Erörterung eine Vereinbarung über Tele-Arbeit getroffen. Danach sollte der Mitarbeiter etwa 40% seiner Tätigkeit zu Hause erledigen können. Gegenstand der Vereinbarung war daneben auch, dass es keinen Rechtsanspruch auf einen alternierenden Tele-Arbeitsplatz gäbe, und dass beide Seiten die Vereinbarung mit einer Frist von vier Wochen kündigen könnten.

Später hat dann der Arbeitgeber – ohne Beteiligung des Betriebsrats – diese Tele-Arbeits-Vereinbarung gekündigt. Der Arbeitnehmer war damit nicht einverstanden und hat geklagt. Das LAG hielt die Regelung, wonach ohne Angabe von Gründen eine Kündigung der Tele-Arbeits-Vereinbarung möglich sei, für unwirksam und hat sich dabei auf das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen. Diese in §§ 305-310 BGB zu findenden Regelung sollen dafür sorgen, dass der Vertragspartner eines Vertragsschließenden, der vorformulierte Vertragsbedingungen verwendet, die für eine Mehrzahl von Fällen vorgesehen sind, gegenüber solchen schlecht nachprüfbar und möglicherweise einseitigen Regelungen geschützt wird. Verboten sind demnach Allgemeine Geschäftsbedingungen, die den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Vorliegend hat das Gericht gerügt, die Kündigung der Tele-Arbeit sei durch den Arbeitgeber voraussetzungslos jederzeit möglich. Aus Sicht des Gerichts hätte zumindest beispielhaft vereinbart werden müssen, in welchen Fällen der Arbeitgeber die Tele-Arbeits-Vereinbarung kündigen darf.

Darüber hinaus sei in der Vereinbarung nicht zu erkennen, dass bei einer Kündigung auch die Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt werden müssen. Hier fehle eine Interessenabwägung zwischen den näher zu definierenden Kündigungsinteressen des Arbeitgebers und den ggf. insoweit bestehenden widersprechenden Interessen des Arbeitnehmers. Daher verstoße die nicht näher geregelte Kündigungsmöglichkeit zu Gunsten des Arbeitgebers gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine Klausel die insoweit unwirksam ist, ist ersatzlos aus dem Vertrag zu streichen, so dass das Kündigungsrecht des Arbeitgebers entfalle.

Überdies sei der Betriebsrat nicht angehört worden: Die Kündigung der Tele-Arbeits-Vereinbarung sei letztlich wörtlich und im übertragenen Sinn nichts anderes als eine Verset-

zung des Arbeitnehmers, für die nach § 99 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht.

Praxistipp:

Bis zum Jahre 2004 konnten Klauseln, die beanstandet wurden, weil sie den Arbeitnehmer entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, vom Gericht noch auf den noch zulässigen Regelungsinhalt reduziert werden. Danach hätte im konkreten Fall eine Prüfung stattgefunden, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers zur Kündigung berechtigt war. Nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (gültig seit 2004) ist jedoch eine solche Reduktion des Regelungsgehaltes, um die Regelungen dem Grunde nach wirksam bleiben zu lassen, verboten. Vielmehr entfällt nunmehr die gesamte unwirksame Regelung ersatzlos. Deshalb darf sich der Arbeitgeber auch in den konkreten Fällen, in denen er einen guten Grund für die Kündigung der Vereinbarung hat und sich auch aus Sicht des Arbeitnehmers keine objektiv überzeugenden Gründe für die Beibehaltung der Tele-Arbeits-Vereinbarung ergeben, nicht auf diese einseitige Kündigungsmöglichkeit berufen. Für deren Unwirksamkeit reicht aus, dass auch nur eine Gestaltung abstrakt denkbar ist, bei der der Arbeitnehmer entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de