

NEWSLETTER ARBEITSRECHT

1/2010

Inhaltsverzeichnis

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers – Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit	1
Betriebliche Übung und kein Ende? Zwei neue Urteile des BAG.....	2
Berechnung von Kündigungsfristen – Achtung: § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist europarechtswidrig	4
Neues zur Verdachtskündigung – Konkretisierung der Anhörungspflicht	5
Betriebsbedingte Kündigung bei gleichzeitigem Einsatz von Leiharbeitnehmern?	6
Entfernung eines Arbeitnehmer-Fotos von der Homepage eines Unternehmens	7

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers – Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit

Der Arbeitgeber hat nach § 106 GewO (Gewerbeordnung) ein Direktionsrecht. Danach darf der Arbeitgeber grundsätzlich frei bestimmen, welche Art von Leistungen der Arbeitnehmer zu welchen Zeiten zu erbringen hat. Durch seine Weisungen werden die im Arbeitsvertrag meist nur sehr generell umschriebenen Leistungspflichten nach Inhalt, Ort und Zeit näher bestimmt. Die Grenzen findet das Direktionsrecht in den einschlägigen gesetzlichen und kollektivrechtlichen Regelungen, oder aber auch im Arbeitsvertrag, sofern dort konkrete Regelungen zu den jeweiligen Arbeitsverpflichtungen enthalten sind.

Eine solche gesetzliche Einschränkung zum Weisungsrecht enthält zum Beispiel das Arbeitszeitgesetz. So dürfen Arbeitnehmer gem. § 9 ArbZG (Arbeitszeitgesetz) an Sonn- und Feiertagen grundsätzlich nicht beschäftigt werden. Diese Regelung ist die einfach-gesetzliche Ausprägung des in Art. 140 GG (Grundgesetz) i.V.m. Art. 139 WRV (Weimarer Reichsverfassung) enthaltenen verfassungsrechtlichen Grundsatzes, dass der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als „Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung“ geschützt sind.

Allerdings normiert das Arbeitszeitgesetz von diesem Verbot in den §§ 10 bis 14 ArbZG zahlreiche Ausnahmen. So ist eine Sonn- und Feiertagsbeschäftigung nach § 9 ArbZG dann zulässig, wenn die geschuldete Tätigkeit an einem Werktag nicht vorgenommen werden kann, also nach der Natur des Betriebes keinen Aufschub oder Unterbrechung gestattet. Dies betrifft Tätigkeiten, deren Verrichtung rund um die Uhr erforderlich ist (z. B. bei Polizei und Feuerwehr, in Krankenhäusern, bei Rundfunk und Fernsehen oder bei Verkehrsunternehmen). Nach dem § 13 ArbZG kann darüber hinaus von einer Aufsichtsbehörde die Bewilligung zur Sonn- und Feiertagsbeschäftigung für bis zu zehn Sonntage im Jahr erteilt werden, wenn die Arbeiten aus chemischen, biologischen oder technischen Gründen einen ununterbrochenen Fortgang erfordern (vgl. Abs. 4) oder wenn anderenfalls die Konkurrenzfähigkeit unzumutbar beeinträchtigt wäre und hierdurch die Beschäftigung gesichert werden kann (vgl. Abs. 5).

Das Bundesarbeitsgericht hatte nun in einem Urteil vom 15.09.2009 über die Rechtsfrage zu befinden, inwieweit ein Arbeitgeber berechtigt ist, einem Arbeitnehmer eine solche Sonn- und Feiertagsarbeit zuzuweisen. Zu Grunde lag der Fall eines Arbeitnehmers, der seit 1977 in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten stand. In seinem letzten Arbeitsvertrag war lediglich eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden vereinbart, die im Rahmen eines 3-Schichtmodells erbracht werden sollte. Konkrete Arbeitszeiten waren im Arbeitsvertrag nicht vereinbart. Bis zum Jahre 2007 und damit während einer Dauer von 30 Jahren wurde in dem Betrieb auch

nur werktags gearbeitet. Im Jahre 2007 erwirkte die Beklagte eine Ausnahmegewilligung zur befristeten Durchführung von Sonn- und Feiertagsarbeit bei dem zuständigen Landratsamt und setzte daraufhin auch den Kläger wiederholt an einigen Sonn- und Feiertagen ein. Hiergegen erhob der Arbeitnehmer eine Klage und begehrte die Feststellung, dass er nicht zur Sonn- und Feiertagsarbeit verpflichtet sei.

Seine Klage hatte aber in allen Instanzen keinen Erfolg. Auch das BAG stellte in der letzten Instanz fest, dass die Befugnis eines jeden Arbeitgebers, die Arbeitszeit festzulegen, den Kerngegenstand des Direktionsrechts aus § 106 GewO darstelle. Da im vorliegenden Fall keine entgegenstehenden Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen vorhanden waren und weil die Beklagte die notwendige behördliche Zustimmung entsprechend dem Arbeitszeitgesetz eingeholt hatte, könne sich eine Einschränkung allenfalls aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Dieser enthalte aber keine ausdrückliche Regelung hierzu, so dass zunächst die betriebliche Arbeitszeit zugrunde zu legen sei (also die bis dahin werktägliche Arbeitszeit). Diese habe sich aber im vorliegenden Fall durch die Neuverteilung dergestalt verändert, dass nun auch Sonntags- und Feiertagsarbeit betriebsüblich sei. Die Richter des BAG wiesen insoweit ausdrücklich darauf hin, dass Arbeitgeber grundsätzlich jederzeit berechtigt sind, die betriebsüblichen Arbeitszeiten aufgrund unternehmerischer Notwendigkeiten im Rahmen gesetzlicher oder kollektivrechtlicher Regelungen (neu) zu verteilen.

Dem stand nach Ansicht der Richter auch nicht entgegen, dass der Arbeitnehmer über 30 Jahre lang nicht zur Sonn- und Feiertagsarbeit herangezogen worden ist. Hierdurch habe sich aus ihrer Sicht keinerlei Konkretisierung des Arbeitsvertrages in Richtung eines einseitig nicht mehr veränderbaren Vertragsinhaltes ergeben. Allein der reine Zeitablauf reiche für eine solche Vertragskonkretisierung nicht aus. Erforderlich sei vielmehr das Hinzutreten von besonderen Umständen, die erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer nur noch verpflichtet sein soll, seine Arbeit unverändert zu erbringen. Gerade aber solche besonderen Umstände sind im vorliegenden Fall von Seiten des Klägers nicht behauptet worden, sie waren auch nicht ersichtlich.

Sofern Arbeitnehmern aus persönlichen Gründen an einer bestimmten Verteilung der Arbeitszeit gelegen sei, müsse dies von den Parteien ganz ausdrücklich im Arbeitsvertrag festgelegt werden. Es bedürfe also einer konkreten Vereinbarung fester Arbeitszeiten, die unabhängig der betriebsüblichen Arbeitszeiten gelten sollen und vom Arbeitgeber nicht mehr einseitig geändert werden können (BAG, Urteil vom 15.09.2009, Az.: 9 AZR 757/08).

Als Fazit kann aus dieser Entscheidung folgendes festgehalten werden: Es ist nicht erforderlich, die Befugnis zur Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit bereits im Arbeitsvertrag zu regeln. Wird

Sonn- und Feiertagsarbeit notwendig, kann eine solche angeordnet werden, sofern sie sich im Rahmen der gesetzlichen (gegebenenfalls nach Einholung einer Ausnahmegewilligung durch die zuständige Behörde) und kollektivrechtlichen Regelungen hält. Daher ist es sogar sinnvoll, wenn Arbeitgeber es vermeiden, mit den Arbeitnehmern konkrete Arbeitszeiten verbindlich zu vereinbaren. So bewahren Arbeitgeber individualrechtlich ihr Weisungsrecht zur Verteilung der Arbeitszeit.

Betriebliche Übung und kein Ende? Zwei neue Urteile des BAG

Rechtsansprüche von Arbeitnehmern ergeben sich zumeist unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder aus einem Tarifvertrag. Sie können sich aber auch aus einer so genannten betrieblichen Übung ergeben. Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen durch den Arbeitgeber, aus der die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig dauerhaft gewährt werden sollen.

In der Praxis beziehen sich Streitigkeiten aus einer betrieblichen Übung zumeist auf die Zahlung von Sonderzuwendungen, vor allem auf die Zahlung von Weihnachtsgatifikationen. Denn nach ständiger Rechtsprechung entsteht für Arbeitnehmer ein entsprechender einklagbarer Anspruch, sofern ein Arbeitgeber dreimal wiederholt an die gesamte Belegschaft Weihnachtsgeld zahlt, ohne dass er sich gleichzeitig die Freiwilligkeit dieser Leistung vorbehält. Grundsätzlich ist eine betriebliche Übung auch für jeden anderen Gegenstand vorstellbar, der arbeitsvertraglich in allgemeiner Form geregelt werden kann, also z. B. auch für Urlaubs-, Ruhe-, Jubiläums- und Treuegelder, für die Übertragbarkeit von Urlaub, für Arbeitszeitregelungen oder für die Festlegung einer Betriebsordnung. Sie kann für den Arbeitnehmer sowohl günstige als auch ungünstige Inhalte zum Gegenstand haben.

Viele Arbeitgeber stehen angesichts der weiterhin schwierigen konjunkturellen Lage vor der Frage, inwieweit sie eine einmal begründete betriebliche Übung vor allem im Hinblick auf die Zahlung von Weihnachtsgatifikationen für die Zukunft wieder beenden können. Hierzu sind im Verlaufe des Jahres 2009 zwei sehr interessante Urteile ergangen:

2. Beendigung einer betrieblichen Übung durch eine gegenläufige betriebliche Übung?

In seinem Urteil vom 18.03.2009 musste das BAG zunächst über die Rechtsfrage befinden, ob eine einmal begründete betriebliche Übung ihrerseits durch eine gegenläufige, d. h. durch eine neue entgegen gerichtete betriebliche Übung, wieder geändert oder aufgehoben werden kann.

Die Richter hatten über den folgenden Fall zu entscheiden: Der Kläger war seit 1971 bei seinem

Arbeitgeber beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag bestand nicht. Bis zum Jahre 2001 zahlte der Arbeitgeber jedes Jahr zum Jahresende ein Weihnachtsgeld, ohne sich die Freiwilligkeit der Leistung vorzubehalten. In den Jahren 2002 bis 2005 bezahlte der Arbeitgeber das Weihnachtsgeld erstmals in drei Raten (d. h. im November, Dezember und Januar des Folgejahres). Auf den dazugehörigen Lohnabrechnungen ließ er dazu folgenden handschriftlichen Vermerk aufnehmen: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch“. Der Kläger widersprach diesen Hinweisen nicht. Nachdem der Arbeitgeber die Zahlung im Jahre 2006 unter dem Hinweis auf den Freiwilligkeitsvorbehalt einstellte, klagte der Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht auf Zahlung und berief sich dabei auf den Grundsatz der betrieblichen Übung.

Das BAG gab der Klage auf Fortzahlung des Weihnachtsgeldes statt und vollzog dabei eine Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung zum Thema „gegenläufige betriebliche Übung“. Denn bis dato war anerkannt, dass ein Anspruch aus betrieblicher Übung durch eine geänderte betriebliche Übung auch wieder beendet werden konnte. Bei Gratifikationszahlungen wie Weihnachtsgeld wurde dies angenommen, wenn der Arbeitgeber ab einem bestimmten Zeitpunkt erklärt hatte, dass die Zahlungen der (bisher vorbehaltlos geleisteten) Gratifikationen lediglich eine freiwillige Leistung darstellen, auf die zukünftig kein Rechtsanspruch bestehe und wenn die Arbeitnehmer dem über einen Zeitraum von drei Jahren nicht widersprochen haben.

Die Rechtsprechungsänderung begründeten die Richter zunächst mit dem Argument, dass es sich bei dem aus einer betrieblichen Übung begründeten Anspruch nicht um einen minderwertigen Anspruch handele, sondern um einen Anspruch, der den im Arbeitsvertrag geregelten Ansprüchen gleichwertig sei. Vertragliche Ansprüche könnten nur mittels einer vertraglichen Änderungsvereinbarung oder per Kündigung geändert bzw. beseitigt werden, nicht aber durch eine gegenläufige betriebliche Übung. Daher könne letztlich auch für Ansprüche, die ihrerseits aus einer betrieblichen Übung resultieren, kein anderer Maßstab gelten.

Vor allem sei zu berücksichtigen, dass ein Schweigen auf ein verschlechterndes Angebot nicht mit dem Schweigen auf ein günstiges Angebot gleichgesetzt werden könne. Denn seit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform müsse hierbei auch der § 308 Nr. 5 BGB berücksichtigt werden. Die in den Lohnabrechnungen handschriftlich vermerkten Freiwilligkeitsvorbehalte seien als vorformulierte Arbeitsbedingungen anzusehen. Da fingierte Erklärungen in vorformulierten Vertragsbedingungen aber nach der Regelung in § 308 Nr. 5 BGB grundsätzlich rechtlich unwirksam sind, könne ein Schweigen nicht als zustimmende Willenserklärung gedeutet werden (etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart gewesen wäre, dass das Schweigen des

Arbeitnehmers zu einem Änderungsangebot des Arbeitsgebers als eine Annahme des Angebots gelten sollte).

Nach alledem könne also einem dreimaligen Schweigen kein Erklärungswert zukommen, so dass das Schweigen des Klägers letztlich nicht als Annahme, sondern vielmehr als Ablehnung zu verstehen gewesen sei. Damit erteilten die Richter des BAG einer gegenläufigen betrieblichen Übung nunmehr eine generelle Absage (BAG, Urteil vom 18.03.2009, Az.: 10 AZR 281/08).

2. Beendigung einer betrieblichen Übung durch eine Betriebsvereinbarung?

Einige Monate später musste das BAG in einem Urteil vom 05.08.2009 die weitere Rechtsfrage beantworten, inwieweit eine einmal begründete betriebliche Übung durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung zwischen einem Unternehmen und dem Betriebsrat beseitigt werden kann.

In dem zu entscheidenden Fall stritten die Parteien über die Zahlung von Weihnachtsgeld für das Jahr 2006. Zuvor hatte der Arbeitgeber allen Arbeitnehmern über zehn Jahre jeweils mit der Vergütung für November vorbehaltlos ein Weihnachtsgeld in Höhe eines gleichbleibenden Prozentsatzes aus der Bruttomonatsvergütung gezahlt. Am 21.11.2006 schloss der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat für alle im Unternehmen tätigen Arbeitnehmer eine Betriebsvereinbarung, wonach (lediglich) für das Jahr 2006 kein Weihnachtsgeld gezahlt werden sollte. Da der Kläger für das Jahr 2006 folglich auch kein Weihnachtsgeld erhielt, reichte er hiergegen eine Zahlungsklage vor dem Arbeitsgericht ein. Er war der Auffassung, dass ihm für das Jahr 2006 Weihnachtsgeld zustehe, da dieser Anspruch durch die Betriebsvereinbarung nicht rechtswirksam beseitigt worden sei. Dagegen stellte sich der Arbeitgeber auf den Standpunkt, dass die Betriebsvereinbarung den Anspruch auf Weihnachtsgeld beseitigt habe, weil insoweit eine Auslegungsregel zu berücksichtigen sei, wonach bei jeder betrieblichen Übung im Zweifel ein stillschweigender Änderungsvorbehalt zugunsten einer Betriebsvereinbarung enthalten sei.

Das BAG berücksichtigte diese Argumentation jedoch nicht und gab der Klage – wie schon zuvor das LAG Mecklenburg-Vorpommern – statt. Die Richter des BAG stellten zunächst fest, dass für den Kläger ein Anspruch auf Zahlung von Weihnachtsgeld aus einer betrieblichen Übung entstanden sei. Dieser Anspruch sei durch die Betriebsvereinbarung vom 21.11.2006 auch nicht wieder beseitigt worden. Denn insoweit sei nämlich das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG zu berücksichtigen. Nach diesem Prinzip hat der einmal aus einer betrieblichen Übung entstandene arbeitsvertragliche Vergütungsanspruch gegenüber der späteren Betriebsvereinbarung Vorrang, wenn er eine günstigere Regelung enthält. Der günstigere vertragsrechtliche Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes setze sich nach Ansicht der BAG-Richter damit gegenüber der we-

niger günstigeren Regelung aus der Betriebsvereinbarung durch.

Des Weiteren betonten die Richter, dass es grundsätzlich auch keine Auslegungsregel mit dem Inhalt gäbe, dass Ansprüche aus betrieblicher Übung per se „betriebsvereinbarungsoffen“ seien. Sie stünden nicht automatisch unter dem Vorbehalt einer Abänderung durch eine Betriebsvereinbarung. Denn auch hier sei zu berücksichtigen, dass es sich bei einem Anspruch aus einer betrieblichen Übung um einen normalen vertragsrechtlichen Anspruch und nicht um einen Anspruch „minderer Güte“ handle. Wolle der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine Sonderzahlung nur unter dem Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung leisten, so müsse ein solcher Änderungsvorbehalt ausdrücklich und transparent im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zur Bedingung der Zahlung gemacht werden. Der Arbeitgeber müsse daher klar und verständlich zum Ausdruck bringen, dass er die Sonderzahlung im Wege einer Betriebsvereinbarung beenden können möchte. Unterlässt er einen solchen Vorbehalt, könne ein verständiger Arbeitnehmer eben nicht davon ausgehen, dass ein durch betriebliche Übung einmal entstandener Anspruch durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung wieder abgeändert oder sogar aufgehoben werden kann. Gegen einen solchen stillschweigenden Vorbehalt spreche außerdem, dass einer Betriebsvereinbarung über Sonderzahlungen, insbesondere über Weihnachtsgeld, regelmäßig ohnehin der Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG entgegenstehe (BAG, Urteil vom 05.08.2009, Az.: 10 AZR 483/08).

3. Fazit

Ein aufgrund einer betrieblichen Übung entstandener Anspruch kann also weder durch eine ablösende Betriebsvereinbarung noch durch eine gegenläufige betriebliche Übung beseitigt werden. Die beiden Entscheidungen des BAG machen Arbeitgebern eine solche Verschlechterung bzw. Beseitigung einer betrieblichen Übung fast unmöglich. Hierfür steht als Mittel zukünftig nur noch eine einvernehmliche Vertragsänderung oder eine Änderungskündigung zur Verfügung, was beides in der Praxis aber nur schwer durchzusetzen ist. Um das Grundproblem der betrieblichen Übung zu lösen, bleibt also keine andere Möglichkeit, als derartige Gratifikationszahlungen immer mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt zu verbinden. Außerdem bietet sich eine vorsorgende Regelung im Arbeitsvertrag an, die schon bei der Einstellung des Arbeitnehmers vereinbart wird. So könnte in einem Arbeitsvertrag beispielsweise folgende Klausel aufgenommen werden: *„Bei allen Leistungen, die über den Arbeitsvertrag hinaus gewährt werden, handelt es sich um rein freiwillige Leistungen, die auch bei wiederholter Leistungsgewährung keinerlei Rechtsansprüche für die Zukunft begründen“*. Gerade diese beiden Fälle verdeutlichen einmal mehr, wie wichtig eine vorausschauende Arbeitsvertragsgestaltung mit entsprechenden Freiwilligkeitsvorbehalten oder die Aufnahme einer Schriftformklausel sein kann.

**Berechnung von Kündigungsfristen – Achtung:
§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist europarechtswidrig**

Bei der Aussprache ordentlicher Kündigungen von Arbeitsverhältnissen sind oft die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 BGB maßgebend. Dies liegt zum einen daran, dass viele Arbeitsverträge hierzu auf die einschlägigen gesetzlichen Regelungen verweisen. Zum anderen untersagt der § 622 Abs. 5 BGB die einzelvertragliche Vereinbarung von Kündigungsfristen, die kürzer als die gesetzlichen Fristen des BGB sind. Es gilt immer mindestens die gesetzliche Kündigungsfrist, auch wenn im Einzelfall vertraglich eine kürzere Frist vereinbart worden ist.

Die gesetzliche Kündigungsfrist beträgt gem. § 622 Abs. 1 BGB grundsätzlich vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats. Ab einer Beschäftigungsdauer von zwei Jahren und mehr verlängert sich die Kündigungsfrist je nach Dauer des Beschäftigungsverhältnisses auf zwei bis zu sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats. Allerdings sind nach der Regelung in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeitsdauer solche Beschäftigungszeiten nicht zu berücksichtigen, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen. Diese Regelung existiert schon seit dem Jahre 1926 im BGB und sie soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine größere Flexibilität der Unternehmen und eine Entlastung bei der Kündigung von jüngeren Arbeitnehmern bewirken. Denn jüngeren Arbeitnehmern könne sowohl ein Wechsel des Arbeitsgebers als auch ein Wechsel des Arbeitsortes eher zugemutet werden, als den älteren Arbeitnehmern.

Diese im deutschen Recht bestehende Sonderregelung wurde nun vom EuGH in einem Urteil vom 19.01.2010 für europarechtswidrig erklärt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine im Jahre 1978 geborene Arbeitnehmerin wurde bereits mit ihrem 18. Lebensjahr in einem Essener Unternehmen eingestellt und war dort seit dem 04.06.1996 durchgehend beschäftigt. Mit dem Schreiben vom 19.12.2006 kündigte das Unternehmen das Arbeitsverhältnis zum 31.01.2007. Zu diesem Zeitpunkt war die Arbeitnehmerin bereits seit 10 Jahren im Unternehmen beschäftigt, was gem. § 622 Abs. 2 Nr. 4 BGB eine Kündigungsfrist von vier Monaten zur Folge gehabt hätte. Da die Arbeitnehmerin zu diesem Zeitpunkt aber erst 28 Jahre alt war, wurde von dem Unternehmen bei der Berechnung der Kündigungsfrist die Regelung in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB angewandt und damit die vor dem 25. Geburtstag liegenden Beschäftigungsjahre nicht mit berücksichtigt. „Rechnerisch“ war sie also erst seit dreieinhalb Jahren beim Unternehmen beschäftigt, was gem. § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB wiederum nur eine Kündigungsfrist von einem Monat zur Folge hatte. Die Arbeitnehmerin erhob vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf hiergegen eine Kündigungsschutzklage und machte geltend, dass die Kündigungsfrist – entsprechend ihrer tatsächlichen

Betriebszugehörigkeit von 10 Jahren – vier Monate betragen müsse und nicht nur ein Monat betragen könne, wie vom beklagten Unternehmen errechnet. Nach ihrer Ansicht sei die Regelung in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB mit dem geltenden Europarecht nicht zu vereinbaren.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf gab ihrer Klage statt und das Unternehmen ging darauf hin in die Berufung. Das LAG Düsseldorf legte die Rechtssache sodann in einem Vorabentscheidungsverfahren dem EuGH zur Prüfung vor. Auch der EuGH folgte der Ansicht der Arbeitnehmerin und stellte in seinem Urteil vom 19.01.2010 fest, dass die Regelung in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB gegen das primärrechtliche europäische Gleichbehandlungsgebot und gegen die Antidiskriminierungsrichtlinie 2007/78 verstößt.

Die EuGH-Richter wiesen darauf hin, dass die Regelung eine Ungleichbehandlung enthalte, die allein auf dem Kriterium des Alters beruhe. Zwar erlaube die Richtlinie 2007/78 durchaus in Ausnahmefällen eine Ungleichbehandlung wegen des Alters, sofern dies durch ein legitimes Ziel aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gerechtfertigt ist und sofern die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Insoweit sei das mit dem § 622 Abs. 2 S. 2 BGB verfolgte rechtspolitische Ziel, einem Arbeitgeber eine größere personalwirtschaftliche Flexibilität zu verschaffen, indem er sich von jüngeren Mitarbeitern schneller trennen kann (denen eine größere berufliche und persönliche Mobilität zugemutet werden kann, als älteren Mitarbeitern) grundsätzlich legitim.

Gleichwohl sei die streitgegenständliche Regelung zur Erreichung dieses Ziels weder angemessen noch geeignet. Denn die Regelung sieht für alle Arbeitnehmer, die ihre Beschäftigung bei einem Arbeitgeber schon vor der Vollendung ihres 25. Lebensjahres aufgenommen haben, eine weniger günstigere Behandlung vor, als für Mitarbeiter, die ihre Tätigkeit erst nach der Vollendung des 25. Lebensjahres aufgenommen haben. Sie werden gegenüber Arbeitnehmern, welche die gleiche Dauer an Betriebszugehörigkeit vorweisen können, bei der Berechnung der Kündigungsfrist nur deswegen unterschiedlich behandelt, weil sie mit einem anderen Alter in den Betrieb eingetreten sind, unabhängig davon, wie alt sie zum Zeitpunkt der Entlassung sind.

Ferner führt die Regelung per se zu einer Benachteiligung von Berufsgruppen, die eher eine kurze Berufsausbildung zu absolvieren haben und damit zwangsläufig schon in sehr jungen Jahren eine Arbeitstätigkeit aufnehmen müssen, gegenüber solchen Berufsgruppen mit einer sehr viel längeren Ausbildungszeit (EuGH, Urteil vom 19.01.2010, Az.: C-555/07 „Kücükdeveci“).

Für die Praxis bedeutet das Urteil, dass bei der Berechnung von Kündigungsfristen die Regelung in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB zukünftig nicht mehr anzu-

wenden ist. Zudem ist auch damit zu rechnen, dass vergleichbare Regelungen in Tarifverträgen oder in Punktetabellen bei Sozialplänen, welche die Beschäftigungsjahre vor dem 25. Lebensjahr nicht mit berücksichtigen, von der Rechtsprechung als unwirksam angesehen werden könnten.

Neues zur Verdachtskündigung – Konkretisierung der Anhörungspflicht

In der Praxis tritt immer wieder die Fallkonstellation ein, dass ein Arbeitnehmer konkret verdächtigt wird, eine Straftat (z. B. einen Diebstahl) oder eine sonstige schwere Pflichtverletzung begangen zu haben, ohne dass ihm die Tat aber letztlich mit der notwendigen Gewissheit nachgewiesen werden kann. Gerade solche Verdachtsmomente können das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen in die Redlichkeit des Arbeitnehmers erheblich zerstören und damit zu einer unerträglichen Belastung des Arbeitsverhältnisses führen.

Für solche Fälle hat die Rechtsprechung die so genannte Verdachtskündigung entwickelt. Damit kann nicht nur die vollendete Tat, sondern auch der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder sonstigen schweren Pflichtverletzung den wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB für eine außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses bilden. Allerdings sind die Anforderungen an eine solche Verdachtskündigung sehr hoch. Sie ist nur dann gerechtfertigt,

- wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine große Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer schwerwiegenden Straftat oder Pflichtverletzung besteht,
- wenn die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen erheblich zu zerstören,
- wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhaltes unternommen hat und
- wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat.

Der Arbeitgeber muss also den verdächtigen Arbeitnehmer vor dem Ausspruch der Kündigung zu den erhobenen Vorwürfen angehört haben. Die Anhörung ist zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung.

In einem Urteil vom 06.11.2009 hatte das LAG Berlin-Brandenburg über die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung zu urteilen, wobei es auch die Anforderungen an die Anhörung eines Arbeitnehmers konkretisieren musste. In dem Fall stand der Filialleiter eines Einzelhandelsgeschäftes unter dem Verdacht, am 28.01.2009 einen 5-EURO-Schein, den er zuvor aufgefunden hatte, unterschlagen zu haben. Der Filialleiter wurde an diesem Tage auch von Seiten des Bezirksverkaufsleiters auf den Sachverhalt pauschal angesprochen. Als

sich für den Bezirksverkaufsleiter der Verdacht verstärkte, brach dieser das Gespräch jedoch unvermittelt ab und bestellte den Kläger für den 29.01.2009 zu einem neuen Gespräch in die Zentrale des Unternehmens ein. Erst in diesem Gespräch am 29.01.2009 teilte der Bezirksverkaufsleiter dem Filialleiter mit, dass gegen ihn der dringende Verdacht der Unterschlagung von Fundgeld bestehe. Der Filialleiter äußerte daraufhin seine Bereitschaft, sich zu den zur Sprache gebrachten Verdachtsmomenten über einen Anwalt zu äußern. Gleichwohl sah der Bezirksverkaufsleiter keinerlei Notwendigkeit, kurzfristig einen neuen Anhörungstermin anzusetzen, um dem Filialleiter die Gelegenheit einzuräumen, einen Rechtsanwalt hinzuziehen oder ihm eine Frist für die angebotene schriftliche Stellungnahme durch einen Rechtsanwalt zu setzen. Stattdessen wurde am 30.01.2009 der Betriebsrat zur außerordentlichen Kündigung angehört. Am 02.02.2009 wurde dem Filialleiter dann fristlos gekündigt.

Hiergegen erhob der Filialleiter eine Kündigungsschutzklage und bekam sowohl in erster als auch in zweiter Instanz vor dem LAG Berlin-Brandenburg Recht. Die Richter befanden die fristlose Kündigung für unverhältnismäßig, weil der Filialleiter nach ihrer Ansicht nicht ausreichend angehört worden sei.

Denn die Aufklärungsversuche des Bezirksverkaufsleiters am 28.01.2009 könnten schon deswegen nicht als eine Anhörung des Filialleiters angesehen werden, weil der Bezirksverkaufsleiter das Gespräch abgebrochen hat und den Filialleiter am Folgetage in die Zentrale bat. Damit habe der Verkaufsleiter deutlich gemacht, dass das bisher mit dem Filialleiter geführte Gespräch noch keine Grundlage für eine abschließende Beurteilung der Vorgänge geliefert habe. Zudem genüge es für die Anhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Verdachtskündigung nicht, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu den ihm bekannt gewordenen Verdachtsmomenten überhaupt befragt. Vielmehr müsse im Rahmen der Anhörung deutlich gemacht werden, dass die Anhörung dem Ziel dient, einen konkreten Verdacht aufzuklären und dass der Arbeitgeber generell beabsichtigt, eine Kündigung hierauf zu stützen. Nur so könne der Arbeitnehmer erkennen, welche Bedeutung die von ihm erwartete Stellungnahme habe.

Eine solche Anhörung sei im vorliegenden Fall aber erst am Folgetag, d. h. am 29.01.2009 erfolgt. Aber auch diese Anhörung entsprach wiederum nicht den Anforderungen für eine ordnungsgemäße Anhörung, weil der Arbeitgeber versäumt habe, kurzfristig einen neuen Anhörungstermin anzusetzen, um dem Kläger Gelegenheit zu geben, einen Rechtsanwalt hinzuziehen oder ihm eine Frist für die angebotene Stellungnahme durch einen Rechtsanwalt zu setzen. Stattdessen habe der Arbeitgeber bereits am nächsten Tag den Betriebsrat zu der beabsichtigten Kündigung angehört und bereits vier Tage später (in die noch ein Wochenende fiel) die fristlose Kündigung ausgesprochen. Zumindest

wenn ein Arbeitnehmer dies ausdrücklich wünsche, müsse ihm Gelegenheit gegeben werden, sich vor seiner Einlassung anwaltlich unterstützen zu lassen. In diesem Zusammenhang stellten die Richter des LAG auch klar, dass dabei zugleich der Lauf der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB gehemmt ist, solange ein Arbeitgeber vor Aussprache einer Verdachtskündigung das notwendige Anhörungsverfahren vorantreibt (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 06.11.2009, Az.: 6 Sa 1121/09).

Dieses Urteil zeigt, dass die Arbeitsgerichte bei Verdachtskündigungen den Arbeitgebern eine hohe Sorgfalt abverlangen. Diese steht regelmäßig aber im Spannungsverhältnis mit dem bei Ausspruch einer außerordentlichen Verdachtskündigung bestehenden Zeitdruck des Arbeitgebers, aufgrund der laufenden Zweiwochenfrist des § 626 BGB. Zwar hat sich das LAG Berlin-Brandenburg für eine Hemmung des Laufs dieser Frist während des Anhörungsverfahrens ausgesprochen. Gleichwohl bleibt nach wie vor anzuraten, ein Anhörungsverfahren unter Beachtung der nun vom LAG aufgestellten Maßstäbe zügig durchzuführen und die laufende Zweiwochenfrist möglichst einzuhalten, um in einem gerichtlichen Verfahren etwaige Diskussionen allein um die Beachtung dieser Frist zu vermeiden.

Betriebsbedingte Kündigungen bei gleichzeitigem Einsatz von Leiharbeitnehmern?

Viele Arbeitgeber stehen angesichts der weiterhin schwierigen konjunkturellen Lage vor der Situation, gegenüber ihrer Stammbesetzung betriebsbedingte Kündigungen aussprechen zu müssen. Allerdings sind die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung sehr komplex. Es reicht z. B. nach ständiger Rechtsprechung nicht aus, wenn ein Unternehmen nur einen erheblichen Umsatzrückgang darlegen kann, woraus sich nach seiner Auffassung die Notwendigkeit zur Anpassung der bestehenden Arbeitskräfte an die vorhandenen Umsätze ergeben soll. Erforderlich ist vielmehr, dass

- aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse,
- eine unternehmerische Entscheidung notwendig wird,
- die zum Wegfall des Arbeitsplatzes des gekündigten Arbeitnehmers führt,
- wobei eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit fehlt und
- soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt werden (die Sozialauswahl).

Eine betriebsbedingte Kündigung ist von daher immer schon dann unwirksam, wenn der betroffene Arbeitnehmer an einem anderen freien und geeigneten Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann oder eine so genannte Änderungskündigung zur Arbeitszeitreduzierung als milderer Mittel möglich ist. Problematisch wird dieser Aspekt der Weiter-

beschäftigungsmöglichkeit vor allem immer dann, wenn ein Arbeitgeber neben seinen Stammarbeitnehmern auch Leiharbeitnehmer beschäftigt. Hier stellt sich die Frage, ob die von den Leiharbeitnehmern besetzten Stellen als freie Dauerarbeitsplätze im Sinne einer solchen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzusehen sind.

Diese Rechtsfrage hatte das LAG Berlin-Brandenburg in einem Urteil vom 03.03.2009 zu entscheiden. In dem streitgegenständlichen Fall ging es um einen 40 Jahre alten Familienvater, der seit 1999 als Fahrer/Lader bei dem beklagten Entsorgungsunternehmen tätig war. Neben den Stammarbeitskräften beschäftigte der Arbeitgeber an dem Standort in Ludwigsfelde ständig bis zu acht Leiharbeitnehmer, ebenfalls als Fahrer/Lader. Pro Tag wurde mindestens ein Leiharbeitnehmer eingesetzt. Im Juni 2008 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30.09.2008. Zur Begründung führte der Arbeitgeber nur betriebsbedingte Gründe an. Er verwies auf die Stilllegung von Transportfahrzeugen, bedingt durch die Einstellung verschiedener Entsorgungsfahrten. Gleichwohl setzte der Arbeitgeber weiterhin seine Leiharbeitnehmer als Fahrer/Lader ein. Hiergegen erhob der Kläger vor dem Arbeitsgericht eine Kündigungsschutzklage und berief sich in dem Verfahren darauf, dass er anstelle eines Leiharbeitnehmers weiterbeschäftigt werden müsse.

Das LAG Berlin-Brandenburg gab dieser Klage statt. Die Richter hielten die vorliegende Kündigung für nicht sozial gerechtfertigt, da der Arbeitgeber nach ihrer Ansicht die Möglichkeit hatte, den Kläger weiter zu beschäftigen. In ihrer Urteilsbegründung wiesen die Richter darauf hin, dass zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung kein freier, vergleichbarer Arbeitsplatz vorhanden sein dürfte. Einen solchen freien, vergleichbaren Arbeitsplatz habe der Arbeitgeber im vorliegenden Fall aber zur Verfügung gehabt, da dieser dauerhaft Leiharbeitnehmer auf den entsprechenden Positionen beschäftigt habe.

Insoweit habe es sich bei den mit den Leiharbeitnehmern besetzten Beschäftigungsstellen um normale betriebliche Arbeitsplätze gehandelt. Unerheblich sei nämlich, dass die Leiharbeitnehmer nicht mit dem Arbeitgeber, sondern mit dem Verleiher in einem Vertragsverhältnis stünden. Denn anders als bei einem freien Mitarbeiter seien Leiharbeitnehmer nach wie vor in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers eng eingebunden und unterlägen auch seinem Weisungsrecht. Von daher übe der Arbeitgeber gegenüber den Leiharbeitnehmern ebenfalls eine Arbeitgeberstellung aus. Die mit den Leiharbeitnehmern besetzten Beschäftigungsstellen müsse sich der Arbeitgeber daher als vorhandene betriebliche Arbeitsplätze zurechnen lassen.

Diese Arbeitsplätze bestünden in dem vorliegenden Fall auch dauerhaft und nicht nur vorübergehend. Denn durch den ständigen ununterbrochenen Einsatz von Leiharbeitnehmern zeige sich der dauerhafte Bedarf an einer höheren Anzahl von Arbeits-

plätzen als das Unternehmen für die Stammarbeitskräfte tatsächlich eingerichtet habe. Damit habe der Arbeitgeber (entgegen der im Verlauf des Prozesses geäußerten Behauptung des beklagten Unternehmens) nicht nur Krankheitsvertretungen organisiert, sondern neben den Stammarbeitsplätzen zusätzliche Dauerarbeitsplätze eingerichtet.

Schließlich betonten die Richter des LAG Berlin-Brandenburg, dass die mit den Leiharbeitnehmern besetzten betrieblichen Arbeitsstellen als frei verfügbare Arbeitsplätze anzusehen seien. Denn die überlassenen Arbeitnehmer genießen gegenüber dem Entleiher (d. h. dem ausleihenden Arbeitgeber) keinen arbeitsvertraglichen Bestandsschutz, den dieser im vorliegenden Fall hätte beachten müssen. Der Arbeitgeber sei nach alledem gehalten, zunächst den Abruf von Leiharbeitnehmern zu unterlassen, bevor er eigene Mitarbeiter kündigt (LAG, Berlin-Brandenburg, Urteil vom 03.03.2009, Az.: 12 Sa 2468/08).

Damit kann folgendes festgehalten werden: Beschäftigt ein Arbeitgeber dauerhaft Leiharbeiter, so hat er zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung eines Stammarbeitnehmers zunächst den Einsatz eines Leiharbeitnehmers zu beenden, sofern dieser Leiharbeiter auf einem für den zu kündigenden Stammarbeiter geeigneten Arbeitsplatz beschäftigt wird. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn Leiharbeiter vertretungsweise in Zeiten von Auftragsspitzen oder als Ersatz für Krankheitsausfälle eingesetzt werden. Nur in diesen Fällen kann davon ausgegangen werden, dass es an einem zur Weiterbeschäftigung des Stammarbeitnehmers freien Arbeitsplatz fehlt.

Entfernung eines Arbeitnehmer-Fotos von der Homepage eines Unternehmens

Die meisten Unternehmen verfügen heutzutage über einen Internetauftritt. Es ist nicht selten, dass bei der designerischen Gestaltung der Internetseiten Lichtbildaufnahmen von den Räumlichkeiten eingebunden werden oder dass sich Mitarbeiter für Fotoaufnahmen zur Verfügung stellen, die zu reinen Dekorationszwecken auf den Internetseiten eingeflochten werden. Häufig werden auf den Kontaktseiten der Unternehmen auch Bilder einzelner Mitarbeitern eingefügt, um dem Betrachter unter der Angabe des Namens die telefonische Durchwahl der jeweiligen Ansprechpartner mitzuteilen.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn ein Mitarbeiter, dessen Foto auf der Internetseite des Arbeitgebers veröffentlicht ist, das Unternehmen verlässt? Endet damit auch automatisch das Einverständnis des Arbeitnehmers an der Veröffentlichung?

Mit dieser Rechtsfrage musste sich das LAG Köln in einem Beschluss vom 10.07.2009 beschäftigen. Geklagt hatte eine kaufmännische Angestellte, die irgendwann im Verlaufe ihres Arbeitsverhältnisses an ihrem Arbeitsplatz fotografiert worden war. Das Foto zeigte die Klägerin an ihrem Schreibtisch sit-

zend und eine Telefonat führend, wobei sie sich mit einem leichten Lächeln der Kamera zuwandte. Das beklagte Unternehmen verwandte dieses Foto in der Folgezeit zu dekorativen Zwecken auf seiner Homepage, nämlich zur Illustration der Kontaktseite des Internetauftritts. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verblieb dieses Foto auf dieser Internetseite. Die Mitarbeiterin verlangte darauf hin von ihrem ehemaligen Arbeitgeber die Zahlung eines Schadensersatzes, basierend auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 22 KunstUrhG (Kunsturhebergesetz) bzw. § 28 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz).

Sowohl das ArbG Siegburg als auch das LAG Köln lehnten jedoch derartige Schadensersatzansprüche der Mitarbeiterin ab. Die Richter wiesen darauf hin, dass die Mitarbeiterin während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses davon gewusst habe, dass ihr Foto auf der Homepage verwendet wird und dass sie dies zumindest stillschweigend – aus welchen Motiven auch immer – geduldet habe. Daher konnte das beklagte Unternehmen von einer Einwilligung der Mitarbeiterin bezüglich der Verwendung dieses Fotos auf der Internetseite ausgehen.

Daran habe sich auch durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nichts geändert. Das Unternehmen durfte im vorliegenden Fall von einem Fortbestehen dieser Einwilligung ausgehen. Denn das streitgegenständliche Foto habe nur Illustrations- bzw. Dekorationszwecken gedient und wäre bezüglich seines Aussagegehalts durch ein Foto einer beliebig anderen, unternehmensfremden Person austauschbar gewesen. In einem solchen Falle könne der Arbeitgeber damit rechnen, dass der abgelichtete Arbeitnehmer auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus kein gesteigertes Interesse an einer sofortigen Entfernung des Fotos habe. Den Aufwand einer Neugestaltung der Homepage müsse er nur dann auf sich nehmen, wenn der Arbeitnehmer sich an ihn wendet und dies ausdrücklich von ihm verlangt. Im vorliegenden Fall konnte die Mitarbeiterin aber nicht nachweisen, dass sie sich unmittelbar nach ihrem Ausscheiden mit einem solchen Verlangen an ihren Arbeitgeber gewandt hatte.

Zugleich stellten die Richter des LAG Köln aber klar, dass im Zweifel dann etwas anderes gelte, wenn ein Arbeitgeber das Lichtbild eines Mitarbeiters dazu verwendet, bewusst mit dessen individueller Persönlichkeit zu werben (z. B. wenn auf die besondere Fachkompetenz eines bestimmten Mitarbeiters hingewiesen wird) oder wenn es mit einem sonstigen individualisierenden Bezug auf den Mitarbeiter verbunden ist (LAG Köln, Beschluss vom 10.07.2009, Az.: 7 Ta 126/09).

Solange das Foto eines Mitarbeiters lediglich abstrakt als Bildnis und ohne einen konkreten Bezug auf die abgelichtete Person seitens des Arbeitgebers verwendet wird, besteht also die Vermutung, dass auch mit dem Ausscheiden des Mitarbeiters das Einverständnis fortbesteht. Ein Arbeitgeber ist bei Lichtbildaufnahmen, die lediglich Dekorations-

zwecken dienen, erst auf ausdrückliches Verlangen des Mitarbeiters zu einer Entfernung und damit zu einer Umgestaltung der Internetseite verpflichtet.

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter fasst die wichtigsten gesetzgeberischen und gerichtlichen Entwicklungen des Arbeitsrechts aus dem ersten Quartal des Jahres 2010 zusammen. Obwohl die darin enthaltenen Informationen sorgfältig recherchiert sind, wird für die Vollständigkeit und die Richtigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Informationen keine Haftung übernommen. Die Entwicklungen des Arbeitsrechts werden zudem nur auszugsweise und in gekürzter Form dargestellt. Der Newsletter beinhaltet daher keinen Rechtsrat und kann eine Beratung im Einzelfall auch nicht ersetzen.

Weitere Informationen zur Rechtsanwaltskanzlei Dr. Christian Salzbrunn erhalten Sie im Internet über die Homepage <http://www.ra-salzbrunn.de>.

Rechtsanwaltskanzlei
Dr. Christian Salzbrunn
Alt-Pempelfort 3
40211 Düsseldorf
Tel.: 0211 / 1752089-0
Fax: 0211 / 1752089-9
info@ra-salzbrunn.de