

KOCH BOIKAT

RECHTSANWÄLTE

Rechtsanwälte Koch & Boikat, Bahnhofstraße 15/16, 99734 Nordhausen
T. 03631/434990, Mail: info@koch-boikat.de, home: www.koch-boikat.de

NEWSLETTER / ARBEITSRECHT / 10.01.13

Das Jahr 2012 - ein arbeitsrechtlicher Rückblick

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Jahr 2012 hat der Arbeitsrechtspraxis viele Veränderungen beschert. Nachstehend wollen wir Sie über einige wichtige Entscheidungen des Bundesarbeitsgericht und der Landesarbeitsgerichte, die im Jahr 2012 veröffentlicht worden sind, informieren. Viele Entscheidungen wirken sich primär auf die Personalarbeit aus, so dass wir um entsprechende Beachtung bitten. Die Urteile können im Volltext in unserer Kanzlei angefordert werden. Selbstverständlich stehen wir gern zur näheren Erörterung und Beratung bei auftretenden Fragestellungen zur Verfügung. Das gilt insbesondere bei notwendig werdenden Veränderungen im Rahmen von Arbeitsvertragsgestaltungen.

INHALT

I. Diskriminierungsschutz für Geschäftsführer <i>BGH 23.04.2012 - II ZR 163/10</i>	Seite 2
II. Begründet Probearbeiten ein Arbeitsverhältnis <i>LAG Nürnberg, 21.11.2011 - 4 Ta 180/11</i>	Seite 2
III. Die Frage nach der Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis <i>BAG 16.02.2012 - 6 AZR 533/10</i>	Seite 3
IV. Elternzeit kann nur einvernehmlich verlängert werden <i>BAG 18.10.2011 - 9 AZR 315/10</i>	Seite 3
V. Vergütungserwartung bei Überstunden <i>BAG 22.02.2012 - 5 AZR 765/10, BAG 17.08.2011 - 5 AZR 406/10</i>	Seite 4
VI. Rückzahlung von Fortbildungskosten - Transparenzkontrolle <i>BAG 21.08.2012 - 3 AZR 698/10</i>	Seite 4
VII. Widerruf einer privaten Dienstwagennutzung <i>BAG 21.03.2012 - 5 AZR 651/10</i>	Seite 5
VIII. Videoüberwachung - notwendige Maßnahme oder unzulässige Bespitzelung? <i>BAG 21.06.2012 - 2 AZR 153/11</i>	Seite 5

IX. Außerordentliche Kündigung wegen sexueller Belästigung BAG 09.06.2011 - 2 AZR 323/10.....	Seite 6
X. Verstoß gegen das Rauchverbot als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung LAG Düsseldorf, 09.11.2011- 12 Sa 956/11.....	Seite 6

I. Diskriminierungsschutz für Geschäftsführer BGH, 23.04.2012- II ZR 163/10

Der 62- jährige Geschäftsführer einer städtischen Klinik hatte sich bei dieser um eine weitere Amtszeit von 5 Jahren beworben. Die Gesellschafterversammlung entschied sich gegen eine Verlängerung des Anstellungsvertrages, da der Geschäftsführer während der neuen Amtszeit die Altersgrenze von 65 Jahren überschreiten würde und schlug stattdessen einen 41- jährigen Mitbewerber vor. Der Bundesgerichtshof sah darin eine AGG- widrige Diskriminierung aufgrund des Alters.

Der BGH vertritt die Rechtsauffassung, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf Geschäftsführer einer GmbH, soweit es um den Zugang zu dem Geschäftsführeramts und den beruflichen Aufstieg geht, Anwendung findet. Weiterhin wurde die Beweislastregel gem. § 22 AGG angewandt. Danach muss das Unternehmen Umstände vorweisen, aus denen sich keine Diskriminierungsansätze ergeben. Es ist hierbei nicht ausreichend, Argumente hinsichtlich des Umbruchs am Arbeitsmarkt zu nennen. Entscheidend sind die qualitativen Anforderungen an die Arbeitsstelle und die Fähigkeiten sowie Qualifikationen an den Bewerber selbst.

In dem vorliegenden Fall hatte der 62- jährige Beschäftigte Anspruch auf Entschädigung wegen seines immateriellen Schadens, geltend gemacht war das Schmerzensgeld von 110.000,00 €, sowie Anspruch auf Ersatz seines gesamten Vermögensschadens.

II. Begründet Probearbeiten ein Arbeitsverhältnis? LAG Nürnberg, 21.11.2011- 4 Ta 180/ 11

Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hatte die Frage zu entscheiden, ob durch die Arbeitsaufnahme zur Probe ein Arbeitsverhältnis zustande kam. Ein Stellensuchender, welcher sich erfolgreich auf eine in der Jobbörse der Agentur für Arbeit ausgeschriebene Stelle eines Schreiners beworben hatte, verlangte für seine erbrachte Tätigkeit im Rahmen des Probearbeitens die Zahlung der geschuldeten Vergütung sowie Aufwendungsersatzansprüche und Annahmeverzugslohn für die Zeit nach der Probearbeit; der Arbeitgeber hatte ihn nach der Erprobung nicht "eingestellt".

Der Arbeitgeber verweigerte die Zahlung einer Vergütung für den Zeitraum der Probearbeit. Aus seiner Sicht sei kein Arbeitsverhältnis entstanden, da die verrichtete Tätigkeit lediglich zur Erprobung der Fähigkeiten des Stellensuchenden diene.

Das Gericht vertrat die Rechtsauffassung, dass bei Probearbeiten spätestens durch die tatsächliche Arbeitsaufnahme eine arbeitsrechtliche Rechtsbeziehung zustande kommt, wenn sich der Bewerbende erfolgreich auf ein Stellenangebot bewirbt, das die Begründung eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses zum Inhalt hat.

Anmerkung: Für den AG gilt deshalb bei Erprobung von Bewerbern höchste Vorsicht. Zur Vermeidung eines Arbeitsverhältnisses schon durch die Erprobung darf der Bewerber keine wirtschaftliche erhebliche Arbeitsleistung erbringen und nicht in den Arbeitsablauf integriert werden.

III. Die Frage nach der Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis BAG 16.2.2012- 6AZR 553/10

„Fragen zu stellen lohnt sich immer, wenn es sich auch nicht lohnt sie zu beantworten "(Oscar Wilde). Das BAG übernimmt dieses Zitat leider viel zu wörtlich. So auch bei der Frage: Darf der Arbeitgeber bei der Einstellung danach fragen, ob der Bewerber an gesundheitlichen oder seelischen Beeinträchtigungen leidet, durch die er zur Verrichtung der beabsichtigten Tätigkeiten ungeeignet oder beeinträchtigt ist? Das BAG hält die Frage nach der Schwerbehinderung bei einem Einstellungsgespräch für unzulässig, da die Eigenschaft der Schwerbehinderung kein zulässiges Einstellungskriterium ist.

Etwas anderes sieht die Rechtsprechung für die laufenden Arbeitsverhältnisse vor. Der Arbeitgeber darf nach einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung nach 6 Monaten, d.h. ggf. nach Erwerb des Sonderkündigungsschutzes gem. §§ 85 ff SGB IX fragen, um ihm ein rechtstreu Verhalten zu ermöglichen, z.B. im Rahmen seiner Pflichten zur behindertengerechten Beschäftigung nach § 81 IV 1 Nr.1 SGB IX oder zur Vorbereitung beabsichtigter Kündigungen. Für die Frage nach einer Behinderung besteht ein berechtigtes schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers. Sie steht in Zusammenhang mit seiner Pflichtenbindung, bei einer Sozialauswahl nach § 1 III KSchG die Schwerbehinderung zu berücksichtigen. Sofern der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer zur Vorbereitung einer Kündigung fragt, muss dieser wahrheitsgemäß antworten. Anderenfalls verliert der Arbeitnehmer sein Recht, sich in dem nachfolgenden Kündigungsschutzverfahren auf den Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff SGB IX zu berufen.

IV. Elternzeit kann nur einvernehmlich verlängert werden, BAG 18.10.2011 - 9 AZR 315/ 10

Das Elternzeitgesetz gibt vielen Arbeitgebern und Arbeitnehmern immer wieder Rätsel auf. Einige Unklarheiten konnten nun durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Verlängerung der Elternzeit beseitigt werden. Die Höchstdauer der Elternzeit beträgt nach dem BEEG 3 Jahre für jedes Kind. Beschäftigte, welche erstmalig Elternzeit in Anspruch nehmen wollen, müssen gegenüber ihrem Arbeitgeber erklären, in welchem Zeitraum für die ersten 2 Jahre nach Geburt des Kindes Elternzeit genommen wird.

Eine ANin verlangte von ihrer AGin die Verlängerung der ursprünglich für 1 Jahr beantragten Elternzeit um ein weiteres Jahr. Dies lehnte die AGin wiederum ab und erteilte der ANin, nachdem diese nach Ende der Elternzeit nicht zur Arbeit erschien, eine Abmahnung wegen unentschuldigtem Fehlgangs.

Die Klage der ANin richtete sich auf Feststellung, dass ihr eine Verlängerung der Elternzeit zustehe und dass die Abmahnung rechtsunwirksam sei. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass die Abmahnung zu Recht erfolgte. Damit bestätigt das Bundesarbeitsgericht die Rechtsauffassung, dass die Verlängerung der Elternzeit im Gegensatz zur erstmaligen Inanspruchnahme gemäß § 16 Absatz 1 Satz 1 BEEG unter einen Zustimmungsvorbehalt steht und nur wirksam wird, wenn der AG hierzu seine Zustimmung nach § 16 Absatz 3 Satz 1 BEEG erklärt. Bei der Entscheidung muss der AG aber billiges Ermessen wahren.

Das bedeutet, dass die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers Vorrang haben, soweit nicht die besonderen Interessen von Kind und Eltern an der Verlängerung überwiegen.

V. Vergütungserwartung bei Überstunden BAG 22.02.2012- 5 AZR 765/10, BAG 17.08.2011 - 5 AZR 406/10

Kaum zu glauben, aber wahr. Viele Arbeitnehmer, vor allem leitende Angestellte, haben keinen Anspruch auf Vergütung für die zusätzlich geleistete Arbeit. Einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Überstunden generell zu vergüten sind, gibt es auch nicht, wenn nicht tarif- oder einzelvertraglich anderes geregelt ist.

Ein Arbeitnehmer, welcher als Lagerleiter tätig war, hatte Zahlungsklage auf Vergütung der Überstunden erhoben. Das Bundesarbeitsgericht gibt der Auffassung des Arbeitnehmers Recht. Nach Rechtsauffassung des BAG kann sich ein Vergütungsanspruch nur aus § 612 Absatz 1 BGB analog ergeben, wenn der Arbeitsvertrag keine Vergütungsabrede hinsichtlich geleisteter Überstunden enthält. Der Arbeitnehmer muss eine Vergütungserwartung haben. Diese muss anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs sowie der Dauer der Dienstleistung und der Stellung der Beteiligten festgelegt werden. Eine Vergütungserwartung wird insbesondere dort fehlen, wo Dienste höherer Art geschuldet sind oder allgemein eine höhere Vergütung gezahlt wird. Von einer hohen Vergütung kann dann ausgegangen werden, wenn das Entgelt die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet (2012 = 5.600,00 €/West, 4.800,00 €/Ost; 2013 = 5.800,00 €/West, 4.900,00 €/Ost).

Bei dem vorliegenden Fall gehört der Arbeitnehmer nach seinem Einkommen und der ausgeübten Tätigkeit nicht zu dem Personenkreis, der die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung überschreitet.

Anders bei einem angestellten Rechtsanwalt, der seinen ehemaligen Arbeitgeber auf Überstundenvergütung verklagt hatte. Dem Arbeitsvertrag lag eine negative Überstundenvergütungsabrede zugrunde ("Durch die zu zahlende Bruttovergütung ist eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten."). Das bezogene Jahreseinkommen lag zwischen 70.000,00 € und 80.000,00 €, das über der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung lag. Somit schied ein Überstundenvergütungsanspruch aus. Auch der Umstand, dass er die Überstunden in der Hoffnung leistete, dass dies seine Aufnahme in die Anwaltspartnerschaft fördert, liegt in seinem Risikobereich.

Anmerkung: Diese Urteile des BAG stellen eine weitreichende Neuausrichtung der Vergütung von Überstunden gerade bei besserverdienenden Arbeitnehmern dar. Der arbeitgeberseitige Gestaltungsspielraum, Überstundenvergütungen zu vermeiden, wird größer!

VI. Rückzahlung von Fortbildungskosten- Transparenzkontrolle BAG, 21.08.2012- 3 AZR 698/10

Häufig schließen Arbeitgeber mit ihren Arbeitnehmern Fortbildungsvereinbarungen, in denen auch eine Klausel bezüglich der Rückzahlung von Fortbildungskosten für die Fälle des Abbruchs der Ausbildung oder des Arbeitsverhältnisses enthalten ist. Derartige Klauseln können bestimmen, dass Lehrgangskosten, Fahrtkosten, die Übernachtungskosten sowie die Kosten im Zusammenhang mit der praktischen Ausbildung vom Arbeitnehmer ganz oder teilweise zu tragen sind.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Klage eines Arbeitgebers auf Erstattung der Fortbildungskosten abgewiesen, mit der Begründung, dass die vereinbarte Rückzahlungsklausel es dem Arbeitnehmer nicht deutlich macht, mit welchen Rückzahlungsforderungen bei vorzeitigem Abbruch des Fortbildungsarbeitsverhältnisses er rechnen muss. Das BAG legte aus diesem Grund fest, dass die zu erstattenden Kosten dem Grunde und der Höhe nach im Rahmen des Möglichen in der Rückzahlungsvereinbarung angegeben werden müssen. Dazu gehört einerseits die genaue und abschließende Bezeichnung der einzelnen Positionen sowie auch die Angabe der entsprechenden Berechnungsparameter, die über die denkbare Höhe der Kosten Aufschluss geben sollen. Fehlen diese Angaben, ist die Rückzahlungsregelung allein deshalb unwirksam.

Hinweis: Der Arbeitgeber sollte bei einer bereits in Vollzug gesetzten Rückzahlungsvereinbarung dem betroffenen Beschäftigten eine Änderungsvereinbarung anbieten. Sollte der Arbeitnehmer diese ablehnen, kann er sich zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Erstattungsabrede berufen.

VII. Widerruf einer privaten Dienstwagennutzung BAG, 21.03.2012- 5 AZR 651/10

Arbeitgeber räumen gelegentlich Arbeitnehmern das Recht ein, den Dienstwagen auch privat zu nutzen. Dabei treten immer wieder Fragen im Rahmen der Beendigung der Privatnutzung bei Freistellung oder Kündigung auf. Das Bundesarbeitsgericht hat unlängst in seiner Entscheidung vom 21.03.2012 Allgemeine Geschäftsbedingungen, nach deren ein Arbeitnehmer einen auch privat nutzbaren Dienstwagen im Falle der Freistellung an dem Arbeitgeber zurückgeben muss, für wirksam erklärt. Die Ausübung eines im Anstellungsvertrag vereinbarten Widerrufsrechts unterliegt der Ausübungskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB. Dabei findet eine Interessenabwägung statt. Der Arbeitgeber muss Gründe vortragen, warum er von den Arbeitnehmer unmittelbar nach der Freistellung den Dienstwagen zurückfordert. Erfolgt der Widerruf nicht grundlos gemäß § 308 Nr.4 BGB, sondern ist er als Instrument der Anpassung bei einer Veränderung der Beschäftigungssituation, etwa bei Freistellung nach Kündigung, notwendig, so ist die Vereinbarung eines Widerrufsrechts zumutbar. Da der Arbeitnehmer bei Freistellung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist keine Arbeitsleistungen erbringen und auch keine Dienstfahrten unternehmen muss, konnte er mit einem Nutzungsentzug rechnen. Demnach kann der Arbeitnehmer auch keine Entschädigung für den Entzug der privaten Nutzung geltend machen.

VIII. Videoüberwachung - notwendige Maßnahme oder unzulässige Bespitzelung?

BAG, 21.06.2012- 2 AZR 153/11

In den meisten Fällen der Videoüberwachung geht es um allgemeine Überwachung zur Sicherheit und zum erleichterten Feststellen von Rechtsverstößen von Kunden, also zur Wahrnehmung des Hausrechts. Anders ist es hinsichtlich der Überwachung der Arbeitnehmer.

Eine seit 10 Jahren beschäftigte Arbeitnehmerin wurde gekündigt, da sie Zigarettenpackungen aus dem Warenbestand des Arbeitgebers entwendete. Eine verdeckte Videoüberwachung führte zur Überführung der Angestellten und zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Das BAG musste sich mit der Frage der Beweisverwertung von verdeckten Videomaterial auseinandersetzen. Ob Videoaufnahmen als Beweismittel im Prozess dienen können, ist zwischen dem Interesse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege und dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeits.

rechts des Arbeitnehmers abzuwägen. Eine höhere Gewichtung des Interesses an der Verwertung der Aufnahmen liegt nur dann vor, wenn über das schlichte Beweisinteresse hinaus weitere konkrete Umstände, wie der Schutz des Vermögens des Arbeitgebers, hinzukommen. Die heimliche Videoüberwachung von Arbeitnehmern ist demnach nur zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht. Dabei müssen alle mildereren (Überwachungs)Mittel ausgeschöpft sein, wie etwa der Einsatz von Überwachungspersonal. Die Videoauswertung wurde deshalb im vorliegenden Fall akzeptiert. Die Kündigung hatte Bestand.

IX. Außerordentliche Kündigung wegen sexueller Belästigung BAG, 09.06.2011- 2 AZR 323/ 10

Sexuelle Belästigung ist ein häufig auftretendes Phänomen am Arbeitsplatz. Wann kann von einer sexuellen Belästigung gesprochen werden? Wo muss die Abgrenzung zu Neckereien gezogen werden? Mit diesen Fragen hat sich das BAG in seinem Urteil vom 09.06.2011 auseinandergesetzt.

Ein 61-jähriger Produktmanager hatte eine Mitarbeiterin mit einem Schlag auf das Gesäß belästigt. Trotz Abmahnung für dieses Verhalten, kam es in den folgenden Wochen zu weiteren Bemerkungen sexuellen Inhalts gegenüber einer 26-jährigen Mitarbeiterin. Daraufhin wurde der Produktmanager fristlos entlassen. Der Arbeitnehmer hatte mit seiner Kündigungsschutzklage in den ersten Instanzen Erfolg. Die dagegen gerichtete Revision der Arbeitgeberin zum BAG führte zur Aufhebung des Berufungsurteils.

Fraglich ist, ab wann die sexuelle Belästigung so schwerwiegend ist, dass sie einen wichtigen Grund zur Kündigung i.S.d. § 626 BGB darstellt. Die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts zur Bewertung eines Verhaltens als sexuelle Belästigung i.S. des § 3 IV AGG sind in diesem Zusammenhang beachtenswert. Danach liegt eine sexuelle Belästigung vor, wenn ein ungewünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen sowie Bemerkungen sexuellen Inhalts und das sichtbare Anbringen pornographischer Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird.

Auch einmalige sexuell bestimmte Verhaltensweisen können den Tatbestand einer sexuellen Belästigung erfüllen. Es ist nicht entscheidend, ob der Betroffene seine ablehnende Einstellung aktiv verdeutlicht hat, noch wie der Handelnde selbst sein Verhalten einschätzt und empfunden hat. Maßgebend ist einzig und allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war.

Die Entscheidung ist insofern ein Fortschritt, als wiederholte Grenzüberschreitungen eines Arbeitnehmers den Arbeitgeber im Sinne eines effektiven Rechtsgutschutzes zur Kündigung, in schwerwiegenden Fällen auch zur außerordentlichen Kündigung, berechtigen.

X. Verstoß gegen das Rauchverbot als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung

LAG Düsseldorf - 09.11.2011, 12 Sa 956/11

Ein nachhaltiger Verstoß gegen ein wirksames Rauchverbot kann an sich geeignet sein, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Mit dieser Thematik musste sich das Landesarbeitsgericht Düsseldorf auseinandersetzen.

Ein 53 jähriger Arbeitnehmer eines Druckereibetriebs verstieß trotz eindeutiger „Rauchverbots-Schilder“ und wirksamen Rauchverbots in mehreren Jahren 4-mal gegen dieses. Für sein Verhalten erhielt er 2 Abmahnungen. Dennoch ließ er sich nicht vom Rauchen außerhalb der Raucherzonen abbringen. Daraufhin wurde er vom Arbeitgeber fristlos entlassen. Seine Berufung vor dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf war erfolglos.

Das LAG erklärte, dass ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung nicht nur in einer erheblichen Verletzung der vertraglichen Hauptleistungspflichten, sondern auch in der schuldhaften Verletzung von Nebenpflichten liegen kann. Das Gewicht dieser Verletzung muss zusätzlich durch erschwerende Umstände verstärkt werden. Demnach kann auch ein nachhaltiger Verstoß gegen ein aus sachlichen Gründen gebotenes wirksames Rauchverbot in feuergefährdeten Betrieben geeignet sein, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Das Rauchverbot im Betrieb dient der Gefahrenabwendung für Leib und Leben der Beschäftigten sowie der Sachwerte des Arbeitgebers. Durch mehrfache Verstöße und Missachtungen der Weisungen des Arbeitgebers sowie Abmahnungen, ist es einem Arbeitgeber nicht mehr zumutbar, bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist den Arbeitnehmer zu beschäftigen. Das Vertrauensverhältnis ist maßgebend gestört.

Geht es um die Beurteilung rechtswidrigen schuldhaften Verhaltens des Arbeitnehmers, muss stets die beanstandungsfreie Dauer des Arbeitsverhältnisses, das Gewicht und die nachteiligen Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, eine mögliche Wiederholungsgefahr und der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers berücksichtigt werden.

mitgeteilt von

Michael Koch

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Arbeitsrecht

besuchen Sie uns auch im Internet: www.koch-boikat.de