

# Arbeitsrecht am Abend

22. Februar 2011

„Nur ein kurzer Blick zurück –  
dann lasst uns gemeinsam nach  
vorne schauen“

Referenten:

Beate Schoknecht  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Thomas Müller  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Manfred Wages  
Gewerkschaft Ver.di

**Manske**  
**& Partner**  
Kanzlei für Arbeitsrecht



# Individualarbeitsrecht – Teil 1

Was wäre das Jahr 2010 ohne „Emmely“ gewesen ?  
oder:

Das dünne Eis der Interessenabwägung im Einzelfall



# **Fristlose Kündigung – Emmely**

## **BAG, Urteil v. 10.06.2010**

### **– 2 AZR 541/09**

- **Vermögensdelikte gegen den Arbeitgeber können auch dann Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn Sachen von geringem Wert betroffen sind oder die Pflichtverletzung nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat.**
- **Das Gesetz kennt keine absoluten Kündigungsgründe. Es bedarf stets der umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall.**

# Fristlose Kündigung – Emmely

## BAG, Urteil v. 10.06.2010

### – 2 AZR 541/09

- Das BAG geht im langjährigen Arbeitsverhältnis vom Vorhandensein eines „Vertrauenskapitals“ aus. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt ist.
- Im konkreten Fall hat das Gericht zu Gunsten der Klägerin entschieden, weil es bei der Interessenabwägung im Einzelfall in den Vordergrund gestellt hat, dass das Verhalten der Klägerin nicht auf Heimlichkeit angelegt war, dass die Klägerin eine sehr lange Betriebszugehörigkeit hatte und die Einmaligkeit der Pflichtverletzung im Anschluss an eine lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung vorlagen.

# **Außerordentliche Verdachtskündigung ArbG Berlin, Urteil v. 28.09.2010 - 1 Ca 5421/10**

- **Besteht der dringende Verdacht, dass ein Kassierer manuell Pfandbons erstellt und den Gegenwert an sich genommen hat, ohne dass dem ein tatsächlicher Kassiervorgang gegenüber gestanden hätte, so kann auch bei einer 17-jährigen beanstandungsfreien Betriebszugehörigkeit und einem Schaden von lediglich €6,06 im Einzelfall eine außerordentliche Verdachtskündigung berechtigt sein.**

# Außerordentliche Verdachtskündigung ArbG Berlin, Urteil v. 28.09.2010 - 1 Ca 5421/10

- Das Arbeitsgericht Berlin hat die Klage abgewiesen, weil im Gegensatz zur „Emmely“-Entscheidung sich der Arbeitnehmer nicht lediglich „von der Gunst der Situation habe hinreißen lassen“, sondern weil ihm ein gezielter Manipulationsvorwurf gemacht wurde. Erst durch das manuelle Erstellen der Pfandbons habe er in der Kasse ein Minussaldo erzeugt und dadurch die Möglichkeit geschaffen, den Gegenwert an sich zu nehmen. Die hierin zum Ausdruck kommende kriminelle Energie spricht entscheidend gegen den Kläger, weshalb hier die Interessenabwägung im Einzelfall zu Ungunsten des Klägers ausgeht.

# Kündigung von kirchlichen Mitarbeitern EGMR v. 23.09.2010

- **Die Kündigung kirchlicher Mitarbeiter wegen Ehebruchs kann nicht „automatisch“ erfolgen, sondern nur unter Abwägung der Umstände des Einzelfalls. Dabei ist das Recht des Arbeitnehmers auf Schutz seines Privatlebens aus Art. 8 EMRK zu beachten.**

# Kündigung von kirchlichen Mitarbeitern EGMR v. 23.09.2010

- Während bei einem Organist/ Chorleiter/ Chefmusiker einer katholischen Gemeinde in Essen Ehebruch und Bigamie (nach der Definition der katholischen Kirche) nicht zu einer Kündigung führen darf, ist bei einem Gebietsdirektor Öffentlichkeitsarbeit für Europa die fristlose Kündigung wegen desselben Sachverhalts gerechtfertigt.

# **Fristlose Kündigung wegen exzessiven privaten E-Mail-Verkehrs**

**LAG Nds., Urteil v. 31.05.2010 - 12 Sa 875/09**

- **Mehrstündige tägliche private e-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz kann auch ohne Abmahnung einen fristlosen Kündigungsgrund darstellen.**
- **Auf den Dienstrechnern nach Abruf gespeicherte e-Mails unterliegen nicht dem Fernmeldegeheimnis.**
- **Es besteht kein „Sachvortragsverwertungsverbot“ im Arbeitsgerichtsprozess.**

# Individualarbeitsrecht – Teil 2

Der Fall „Kücükdeveci“ –  
Entscheidung des EuGH v. 19.01.2010  
oder:

Das Alter ist egal, es sei denn,  
Du bist eine Flasche Wein.

# **Altersdiskriminierung junger Arbeitnehmer EuGH v. 19.01.2010 – C 555/07 (Seda Küçükdeveci / Swedex GmbH & Co. KG)**

- **Das Unionsrecht, insbesondere das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters steht einer nationalen Regelung entgegen, in der für die Berechnung der Kündigungsfrist Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres nicht berücksichtigt werden.**
- **Es obliegt dem nationalen Gericht, die Beachtung des Verbots der Diskriminierung wegen Alters sicherzustellen, in dem es erforderlichenfalls entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet lässt.**

# Nichteinhaltung der Kündigungsfrist

## BAG v. 01.09.2010 – 5 AZR 700/09

### (Seda Küçükdeveci / Swedex GmbH & Co. KG)

- § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist für nach dem 02.12.2006 ausgesprochene Kündigungen wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht anzuwenden. Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer sind deshalb auch Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, zu berücksichtigen. Die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung wegen der zu kurzen Frist muss innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klageweg geltend gemacht werden.

# Bildung von Altersgruppen bei der Sozialauswahl BAG v. 18.03.2010 – 2 AZR 468/08

- Die Berücksichtigung des Lebensalters als eines der Kriterien bei der Sozialauswahl ist trotz des Verbotes der Altersdiskriminierung nicht zu beanstanden. Sie bewirkt zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung. Die hieraus folgende Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer ist aber nach § 10 S. 1 u. 2 AGG gerechtfertigt (typischerweise schlechtere Chancen von älteren Arbeitnehmern auf dem Arbeitsmarkt).

# Bildung von Altersgruppen bei der Sozialauswahl BAG v. 18.03.2010 – 2 AZR 468/08

- Bildet der Arbeitgeber Arbeitsgruppen, muss er jedoch zum berechtigten betrieblichen Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Altersstruktur vortragen. Er muss auch zeigen, welche konkreten Nachteile sich ergäben, wenn die Sozialauswahl allein nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG vorgenommen werden würde. Dies verlangt nicht nur die Darlegung, dass sich die Altersstruktur überhaupt in nennenswertem Ausmaß nachteilig verändern würde, sondern auch, welche konkreten Nachteile sich im Hinblick auf die Verwirklichung des Betriebszweckes ergäben.
- Der Arbeitgeber darf sich nicht auf die Darlegung abstrakter, mit der Veränderung der Altersstruktur generell verbundener Beeinträchtigungen beschränken, sondern muss einen konkreten Bezug zur Beschäftigungssituation in der betroffenen Abteilung herstellen.

# Zulässigkeit von Altersgruppen bei der Sozialauswahl

ArbG Siegburg, Beschl. v. 27.01.2010

- 2 Ca 2144/09

- Das mutige Arbeitsgericht Siegburg hat dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

**Ist Art. 6 RL 2000/78/EG dahin auszulegen, dass es einer nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht, die es erlaubt, bei der Auswahl der aus betrieblichen Gründen zu kündigenden Mitarbeiter zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur Altersgruppen zu bilden und die Auswahl unter den vergleichbaren Mitarbeitern dergestalt zu vollziehen, dass das Verhältnis der Zahl der aus der jeweiligen Altersgruppe auszuwählenden Mitarbeiter zur Zahl der insgesamt zu kündigenden vergleichbaren Arbeitnehmer dem Verhältnis der Zahl der in der jeweiligen Altersgruppe beschäftigten Mitarbeiter zur Zahl aller vergleichbaren Mitarbeiter des Betriebs entspricht?**

# Sozialplan – Kündigungsregelung wegen Alters BAG v. 23.03.2010 – 1 AZR 832/08

- **Ein Sozialplan kann ohne Verstoß gegen das AGG oder den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in der Berechnungsformel einen Kürzungsbetrag vorsehen, der für rentennahe Arbeitnehmer zu einem Abschlag führt.**

# Keine Altersdiskriminierung durch Verweigerung eines Aufhebungsvertrags BAG v. 25.02.2010 – 6 AZR 911/08

- **Ältere Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber generell von einem Personalabbau ausnimmt, können nicht gem. §§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 1 AGG den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung mit der Zahlung einer Abfindung verlangen, die der Arbeitgeber nur einer nach Alter definierten Gruppe jüngerer Arbeitnehmer zahlt.**

# Vorenthalten einer Entlassungsabfindung wegen möglicher Altersrente ist diskriminierend

## EuGH v. 12.10.2010 – C-499/08

- **Es stellt eine Diskriminierung aufgrund des Alters dar, wenn einem Arbeitnehmer eine Entlassungsabfindung nach dänischem Recht mit der Begründung vorenthalten wird, dass er eine Altersrente beziehen kann.**
- **Die in Rede stehende dänische Regelung enthält eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung.**

# Betriebsverfassungsrecht

Aktuelle Rechtsprechung des letzten Jahres



# Internet für den Betriebsrat – na klar doch...

- Der Betriebsrat darf einen Zugang zum Internet zur sachgerechten Wahrnehmung der ihm obliegenden betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben regelmäßig für erforderlich halten, sofern dem keine berechtigten Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen.
- Zur Begründung des Anspruchs bedarf es nicht der Darlegung konkreter, aktuell anstehender betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben, zu deren Erledigung Informationen aus dem Internet benötigt werden
- (BAG, Beschluß v. 20.01.2010 – 7 ABR 79/08)

# Internet für den Betriebsrat – na klar doch...

- Der Betriebsrat kann, sofern berechnigte Belange des Arbeitgebers nicht entgegenstehen, von diesem die Eröffnung eines Internetzugangs und die Einrichtung eigener E-Mail-Adressen auch für die einzelnen Betriebsratsmitglieder verlangen.
- (BAG, Beschluß v. 14.07.2010 – 7 ABR 80/08)

# Internet für den Betriebsrat – oder doch nicht...?

- Kein Anspruch auf Anschluß an ein nicht im Betrieb vorhandenes Internet und Intranet, kein Anspruch auf Errichtung einer Homepage für den Betriebsrat
- (LAG Nürnberg, Beschluß v. 13.07.2010 – 6 TaBV 67/09)
- Das Internet kann der Arbeit des Betriebsrats dienen. Daraus ergibt sich allerdings nicht zwingend, daß es erforderlich im Sinne des Gesetzes ist. Bei seiner Entscheidung hat der Betriebsrat zwar einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Erforderlichkeit des Internets. Verwendet der Arbeitgeber indes im Unternehmen generell kein Internet, führt die Entscheidung des Betriebsrats, einen Internetanspruch geltend zu machen, nicht zur Erforderlichkeit im Sinne des § 40 Abs. 2 BetrVG.
- (LAG Nürnberg, Beschluß v. 14.12.2010 – 7 TaBV 37/10)

# Kinderbetreuungskosten eines alleinerziehenden BR-Mitglieds

- Ein alleinerziehendes Betriebsratsmitglied kann vom Arbeitgeber gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG in angemessener Höhe die Erstattung der Kosten verlangen, die ihm durch die erforderliche Fremdbetreuung seines minderjährigen Kindes während einer mehrtägigen auswärtigen Betriebsratstätigkeit entstehen.
- (BAG, Beschluß v. 23.06.2010 – 7 ABR 103/08)

# Politische Betätigung des Betriebsrats

- Von dem in § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG normierten Verbot parteipolitischer Betätigung im Betrieb werden Äußerungen allgemeiner politischer Art ohne Bezug zu einer Partei nicht erfaßt.
- Verstöße des Betriebsrats gegen das Verbot parteipolitischer Betätigung begründen keinen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat.
- (BAG, Beschluß v. 17.03.2010 – 7 ABR 95/08)

# Übernahme von JAV-Mitgliedern bei Einsatz von Leiharbeitnehmern

- Nach § 78a Abs. 2 S. 1 BetrVG gilt mit einem Auszubildenden, der Mitglied der JAV ist, im Anschluß an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit begründet, wenn er in den letzten drei Monaten vor der Beendigung des Ausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber schriftlich Weiterbeschäftigung verlangt hat. Der Arbeitgeber kann beim Arbeitsgericht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragen, wenn ihm die Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann.
- Beschäftigt der Arbeitgeber auf dauerhaft eingerichteten, ausbildungsadäquaten Arbeitsplätzen Leiharbeiter, so kann es zumutbar sein, einen solchen Arbeitsplatz für das zu übernehmende Mitglied der JAV freizumachen.
- (BAG, Beschluß v. 17.02.2010 – 7 ABR 89/08)

# Allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei §§ 99ff. BetrVG

- Dem Betriebsrat steht kein allgemeiner, von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG unabhängiger Unterlassungsanspruch zur Seite, um eine gegen § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG oder § 100 Abs. 2 BetrVG verstoßende personelle Einzelmaßnahme zu verhindern.
- Eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des gesetzlichen Aufhebungsanspruchs nach § 101 S. 1 BetrVG erscheint nicht ausgeschlossen.
- (BAG, Beschluß v. 23.06.2009 – 1 ABR 23/08)

# Allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei §§ 99ff. BetrVG

- Versetzt ein Arbeitgeber ein Betriebsratsmitglied, ohne daß die gemäß § 103 Abs. 3 BetrVG erforderliche Zustimmung erteilt oder vom Arbeitsgericht ersetzt worden ist, kann diese Versetzung nach Maßgabe der §§ 935, 940 ZPO im einstweiligen Verfügungsverfahren rückgängig gemacht werden. § 101 BetrVG ist weder unmittelbar noch analog anwendbar.
- (LAG Nürnberg, Beschluß v. 11.10.2010 – 7 TaBVGa 7/10)

# Vertragsstrafe zugunsten Dritter

- Eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, wonach der Arbeitgeber bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten an einen Dritten eine Vertragsstrafe zu zahlen hat, ist unwirksam.
- (BAG, Beschluß v. 19.01.2010 – 1 ABR 62/08)

# Keine Ordnungshaft bei mitbestimmungswidrigem Verhalten

- Im arbeitsgerichtlichem Beschlußverfahren kann zur Durchsetzung einer Unterlassungsverpflichtung gegen den Arbeitgeber nicht Ordnungshaft für den Fall angedroht und verhängt werden, daß ein festgesetztes Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann.
- (BAG, v. 05.10.2010 – 1 ABR 71/09)

# Arbeitskampfrecht



- Gewerkschaftliche Streiks, die der Unterstützung eines in einem anderen Tarifgebiet geführten Hauptarbeitskampfs dienen, unterfallen der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften.
- Die Zulässigkeit eines Unterstützungstreiks richtet sich - wie bei anderen Arbeitskampfmaßnahmen - nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ist rechtswidrig, wenn er zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfs offensichtlich ungeeignet, offensichtlich nicht erforderlich oder unangemessen ist.
- (BAG, Urteil v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06)

# Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“

- Eine streikbegleitende Aktion, mit der eine Gewerkschaft in einem öffentlich zugänglichen Betrieb kurzfristig und überraschend eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen will, um zur Durchsetzung tariflicher Ziele Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben, ist nicht generell unzulässig. Der damit verbundene Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des betroffenen Arbeitgebers kann aus Gründen des Arbeitskampfrechts gerechtfertigt sein, wenn dem Arbeitgeber wirksame Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen.
- (BAG, Urteil v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08)