

MELZER & KEMPNER

RECHTSANWÄLTE

Aktuelle Rechtsprechung

Vortrag

08. Dezember 2009

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Uwe Melzer, Forststr. 57, 70176 Stuttgart

Inhalt im Überblick

1. Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht

- Außerordentliche Kündigung - Diebstahl von 6 Maultaschen
- Außerordentliche Kündigung – Einlösung von Leergutbons für 1,30 €

2. Rechtsprechung zum Urlaub

- Kein Verfall des Urlaubsanspruches wegen Arbeitsunfähigkeit
- Anspruch auf Änderung der Urlaubszeit wegen Krankheit des Arbeitnehmers

3. Rechtsprechung zur Sonderzahlung

- Unzulässigkeit des Widerrufs einer Sonderzahlung

4. Pflegezeitgesetz

- Urteil des ArbG Stuttgart vom 24.9.2009 über Zeitraum der Pflegezeit

5. Betriebsübergang

- Begriff der Identität der wirtschaftlichen Einheit bei Betriebsübergang und Auftragsnachfolge

1.1 Außerordentliche Kündigung - Diebstahl von 6 Maultaschen ArbG Lörrach Urteil vom 16.10.2009, 4 Ca 248/09

Der Diebstahl von 6 Maultaschen aus übriggebliebener Bewohnerverpflegung durch eine Altenpflegerin ist geeignet eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn ein ausdrückliches und der Arbeitnehmerin auch bekannte Verbot hinsichtlich der Verwertung von Resten durch das Personal besteht.

Zur Begründung verwies das ArbG auf Rechtsprechung des BAG, wonach von Arbeitnehmern zu Lasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte in der Regel eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (vgl. BAG, Urteil vom 17. Mai 1984, 2 AZR 3/83; Urteil vom 20. September 1984, 2 AZR 633/82; Urteil vom 11. Dezember 2003, 2 AZR 36/03; Beschluss vom 16. Dezember 2004, 2 ABR 7/04; BAG, Urteil vom 13.12.2007, 2 AZR 537/06). Ein Arbeitnehmer, der während seiner Arbeitszeit strafrechtlich relevante Handlungen begeht, die sich gegen das Vermögen seines Arbeitgebers richten, verletze damit schwerwiegend seine arbeitsvertraglichen (Loyalitäts-) Pflichten und missbrauche das in ihn gesetzte Vertrauen in erheblicher Weise.

Die Tatsache, dass die Maultaschen nur einen sehr geringen materiellen Wert im Rahmen von etwa 2,00 bis 3,00 EUR haben, ist zwar im Rahmen der Gesamtumstände und der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, kann aber nicht von vornherein die Verhältnismäßigkeit einer außerordentlichen Kündigung ausschließen. Eine Abmahnung sei in diesem Fall entbehrlich, weil die Arbeitnehmer die grundsätzliche Entscheidung des Arbeitgebers, dem Abfall zugeordnetes Essen der Dispositionsfreiheit der Mitarbeiter zu entziehen, zu respektieren haben.

1.2 Außerordentliche Kündigung - Einlösung von Leergutbons 1,30 € BAG Nichtzulassungsbeschwerde vom 28.07.2009, 3 AZN 224/09

Der Arbeitgeber kündigte einer Kassiererin außerordentlich auf den Verdacht hin, diese habe zwei von einer Kollegin gefundene Leergutbons im Wert von insgesamt 1,30 € bei einem Einkauf zum eigenen Vorteil eingelöst.

Das Arbeitsgericht hatte die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Klägerin die Pflichtverletzung tatsächlich beging und es dem Arbeitgeber unzumutbar sei das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Eine Revision gegen die Entscheidung hatte das Landesarbeitsgericht nicht zugelassen. Die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde war erfolgreich. Das BAG begründete ungewöhnlich ausführlich den Beschluss über die Zulassung der Revision und veröffentlichte diesen.

In der Begründung des Beschlusses über die Zulassung der Revision erklärte der BAG, dass es grundsätzlich darauf ankomme, ob späteres Prozessverhalten der Klägerin miteinzubeziehen sei und dass mitentscheidend anzusehen sei. Damit gibt nach allgemeiner Einschätzung das BAG zu erkennen, dass es auch über die Frage einer Verhältnismäßigkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund (außerordentlich Kündigung) bei geringfügiger Pflichtverletzung mitentscheiden will. Eine Entscheidung über die Revision steht noch aus.

2.1 Urlaubsabgeltung BAG Urteil 24.03.2009 - 9 AZR 983/07

Das BAG hatte bisher in ständiger Rechtsprechung folgende Auffassung vertreten:

Der Urlaubsanspruch ist auf das Kalenderjahr befristet ist (§ 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG), Resturlaub kann nur ausnahmsweise auf das 1. Quartal des Folgejahrs übertragen werden kann (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG) und verfällt spätestens mit Ablauf des Übertragungszeitraums ersatzlos (§ 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG). Wenn ein Arbeitnehmer infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit gehindert war, den Urlaub vor Ablauf des Urlaubsjahrs bzw. des Übertragungszeitraums zu nehmen ging das BAG davon aus, dass eine Erkrankung des Arbeitnehmers als eine von diesem nicht zu vertretende Unmöglichkeit zwar die Erfüllung des Urlaubsanspruchs hindert, nicht jedoch das Erlöschen des Anspruchs am Ende der Befristung nach § 7 Abs. 3 BUrlG. Der Urlaub verfiel also.

Nach der (bisherigen) Rechtsprechung des BAG erhielt der Arbeitnehmer Schadensersatz, wenn die Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung auf einen Umstand zurückzuführen war, den der Arbeitgeber zu vertreten hatte, etwa weil er den Urlaub trotz rechtzeitiger Geltendmachung durch den Arbeitnehmer und tatsächlich bestehender Möglichkeit nicht gewährte. Der Urlaub verfiel jedoch auch in diesem Fall.

2.1 Urlaubsabgeltung BAG Urteil 24.03.2009 - 9 AZR 983/07

Zu einer grundlegenden Änderung dieser langjährigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Thema der Befristung und Übertragung von Urlaubsansprüchen hat eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 20.1.2009 geführt. Dies betrifft den Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bis zum Ende des Urlaubsjahrs und/oder des Übertragungszeitraums. Durch Urteil vom 24.3.2009 hat das BAG entschieden, dass Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsansprüche nicht verfallen, soweit sie wegen Krankheit nicht im Jahr des Entstehens und auch nicht während des Übertragungszeitraums genommen werden können.

Der BAG hat seine bisherige Auslegung von § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG aufgegeben, wonach der Urlaubsabgeltungsanspruch erlischt, wenn der Urlaubsanspruch aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht erfüllt werden kann, und darauf erkannt, dass eine gemeinschaftsrechtskonforme Fortbildung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG nach den Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG dazu führe, dass der Anspruch nicht erlösche.

2.2 Änderung Urlaubszeit wegen Krankheit EuGH 10.9.09 C 277/08

Artikel 7 I der Richtlinie 203/88/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 4.11.2003 steht nationalen Rechtsvorschriften oder Tarifverträge die vorsehen, dass ein Arbeitnehmer, der sich während des im Urlaubsplan seines Unternehmens vorgesehenen Jahresurlaubs im Krankheitsurlaub befindet, nach Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nicht berechtigt ist seinen Jahresurlaub in einem anderen als dem Ursprung festgelegten Zeitraum zu nehmen, entgegen.

Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer der während eines im voraus festgelegten Jahresurlaub krank wird, berechtigt ist, den Jahresurlaub auf seinen Antrag zu einer anderen Zeit zu nehmen, damit er den Urlaub tatsächlich in Anspruch nehmen kann. Die Festlegung dieses zusätzlichen Jahresurlaubs, dessen Dauer der Überschneidung des zunächst vorgesehenen Jahresurlaubs mit dem Krankheitsurlaub entspricht, unterliegt den auf die Festlegung des Arbeitnehmerurlaubs anwendbaren Bestimmungen.

2.2 Änderung Urlaubszeit wegen Krankheit EuGH 10.9.09 C 277/08

Es ist allerdings den verschiedenen widerstreitenden Interessen, insbesondere zwingenden Gründen des Unternehmensinteresses, Rechnung zu tragen.

Falls jedoch derartige Unternehmerinteressen der Bewilligung des Antrags auf neuen Jahresurlaub entgegenstehen, hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer den Jahresurlaub zu einer anderen vom Arbeitnehmer vorgeschlagenen Zeit zu gewähren.

Sofern die vorgeschlagene Urlaubszeit mit dem Unternehmensinteresse vereinbar ist muss diese vom Arbeitgeber gewährt werden, ohne dass dieser von vornherein ausschliessen darf, dass sich diese Zeit außerhalb des Bezugszeitraums für den fraglichen Jahresurlaub befindet.

3. Unzulässigkeit eines Widerrufs einer Sonderzahlung (BAG, Urteil v. 30. 7.2008, 10 AZR 606/07).

Sonderzahlungen sind freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, wenn er dies unmissverständlich im Arbeitsvertrag geregelt hat. Widersprechen sich Sonderzahlungsklauseln im Arbeitsvertrag, so sind diese unwirksam.

Der Fall:

Der klagenden Arbeitnehmerin war in ihrem Arbeitsvertrag die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation ausdrücklich zugesagt worden. In einer anderen Klausel im Arbeitsvertrag war geregelt, dass ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation nicht besteht und dass diese eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers darstellt, wenn sie gewährt wird. Nachdem der Arbeitgeber die Zahlung der Gratifikation verweigerte, erhob die Arbeitnehmerin Klage.

3. Unzulässigkeit eines Widerrufs einer Sonderzahlung (BAG, Urteil v. 30. 7.2008, 10 AZR 606/07).

Die Entscheidung:

Das BAG gab der klagenden Arbeitnehmerin Recht. Nach ihrem Arbeitsvertrag hatte sie Anspruch auf die Zahlung. Die andere Klausel war unwirksam.

Nach Ansicht der Bundesrichter kann der Arbeitgeber bei Sonderzahlungen - anders als bei laufendem Arbeitsentgelt - grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume ausschließen. Er kann sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt (sog. Freiwilligkeitsvorbehalt).

Für die Wirksamkeit eines solchen Freiwilligkeitsvorbehalts kommt es nicht auf den vom Arbeitgeber mit der Sonderzahlung verfolgten Zweck an. Der Arbeitgeber muss auch nicht jede einzelne Sonderzahlung mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbinden. Es genügt ein entsprechender Hinweis im Arbeitsvertrag. Befindet sich ein solcher Hinweis allerdings in einem Formulararbeitsvertrag, handelt es sich um Allgemeine Vertragsbedingungen. Diese unterliegen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305ff BGB und müssen u. a. dem Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gerecht werden, d. h. sie müssen klar und verständlich formuliert sein.

3. Unzulässigkeit eines Widerrufs einer Sonderzahlung (BAG, Urteil v. 30. 7.2008, 10 AZR 606/07).

Das BAG begründet seine Entscheidung im vorliegenden Fall damit, dass nicht einerseits im Arbeitsvertrag eine Sonderzahlung in einer bestimmten Höhe ausdrücklich zugesagt werden könne, während eine andere Vertragsklausel einen Rechtsanspruch darauf ausschließe. Aufgrund dieses widersprüchlichen Inhalts seien die Klauseln nicht klar und verständlich und deshalb unwirksam.

Widerrufs- und Freiwilligkeitsklauseln schließen sich nach dem Urteil des Zehnten Senats aus. Der Widerruf einer Leistung durch den Arbeitgeber setze einen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung voraus. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt verhindert dagegen bereits, dass überhaupt ein Anspruch entsteht. Ein Widerruf der Leistung würde also ins Leere gehen

4. Pflegezeitgesetz - ArbG Stuttgart vom 24.9.2009, 12 Ca 1792/09

Von der Ankündigung bis zur Beendigung der Pflegezeit genießt der Beschäftigte absoluten Sonderkündigungsschutz. Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis also ab Zugang der Ankündigung nicht mehr kündigen, § 5 Abs. 1 PflegeZG. Der Anspruch auf Pflegezeit besteht für **höchstens sechs Monate**, § 4 Abs. 1 S. 1 PflegeZG, und zwar **für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen**.

Streitig ist, ob ein Arbeitnehmer den Anspruch auf Pflegezeit für höchstens 6 Monate für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen auch mehrmals bis zur Erreichung der Pflegehöchstdauer geltend machen kann.

Dafür spricht; dass der Gesetzgeber ausdrücklich die Pflegezeit in die Gestaltungsmacht des Pflegenden legen wollte, weil anders die Begründung des Gesetzgebers, wonach *"es gilt, die Pflegeversicherung noch besser auf die Bedürfnisse und Wünsche der Pflegebedürftigen sowie ihrer Angehörigen auszurichten"* nicht verstanden werden kann. Es komme nur darauf an, ob der Pflegenden und die zu Pflegenden das Bedürfnis haben die Pflege über mehrere Abschnitte zu verteilen. Belange des Arbeitgebers haben insoweit zurückzutreten.

4. Pflegezeitgesetz - ArbG Stuttgart vom 24.9.2009, 12 Ca 1792/09

Anderer Auffassung war das ArbG Stuttgart.

Denn würde man dieser Auffassung folgen, dass ein Beschäftigter Pflegezeiten bis zu einem Zeitkonto von 6 Monaten beliebig aufteilen und in seinem Arbeitsleben verteilen könnte, wäre es gewissermaßen möglich durch geschicktes zeitliches Verteilen von Ankündigung und Durchführung von mehreren Pflegezeiten nach § 3 Pflegezeitgesetz einen durchgehenden Kündigungsschutz nach § 5 Abs. 1 und 2 Pflegezeitgesetz zu erlangen, in dem das Arbeitsverhältnis nur nach ausnahmsweiser Zulässigkeitsklärung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde gekündigt werden könnte.

Dies entspräche jedoch nicht dem Sinn und Zweck des Pflegezeitgesetzes.

Die vom Kläger eingelegte Berufung ist am LAG Baden-Württemberg rechtshängig (Az: 20 Sa 87/09)

5. Betriebsübergang Auftragsnachfolge (BAG 22.1.09 8 AZR 158/07)

Fall:

In einem Krankenhaus ist ein Haustechniker bei einem Drittunternehmen mit technischen Dienstleistungen beschäftigt. Das Drittunternehmen hat nur einen Dienstleistungsvertrag, nämlich den mit dem Krankenhaus. Die Dienstleistungen der Haustechnik hat dann das Krankenhaus an ein anderes (Neues) Unternehmen vergeben. Dieses andere Unternehmen forderte 6 Arbeitnehmer des Drittunternehmens zu Bewerbungen auf und stellte dann 6 Arbeitnehmer ein. Dem Haustechniker wurde bei dem Drittunternehmen gekündigt. Er macht einen Betriebsübergang auf das andere Unternehmen geltend.

In Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personal übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Dagegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen Auftragnehmer (Funktionsnachfolge) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge.

5. Betriebsübergang Auftragsnachfolge (BAG 22.1.09 8 AZR 158/07)

Ein Betriebsübergang liegt danach vor, wenn der organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit ihre Identität bewahrt.

Eine Neuvergabe des Dienstleistungsvertrages an das andere Unternehmen alleine soll nach der Rechtsprechung des BAG nicht für einen Funktionsübergang genügen. Weil neben einer Auftragsnachfolge zusätzliche Umstände vorliegen müssen, die in der Gesamtwürdigung die Annahme des Fortbestands der wirtschaftlichen Einheit rechtfertigen. Eine Tätigkeit allein sei noch keine wirtschaftliche Einheit.

Dies gelte auch dann, wenn der Dienstleistungsauftrag der einzige Auftrag des Drittunternehmens gewesen ist, weil der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit den Fortbestand einer organisatorischen Zusammenfassung und ihrer funktionellen Verknüpfung von Ressourcen voraussetzt. Entscheidend sei bei einem Dienstleistungsunternehmen, ob die immateriellen Betriebsmittel wie Geschäftsbeziehungen zu Dritten, Betriebswissen und die Einführung des Unternehmens am Markt in ihrer Gesamtbetrachtung das Personal hierzu, die Arbeitsorganisation und die Betriebsmethoden. Eine bloße Funktionsnachfolge solle nicht genügen.

**Vielen Dank
für die Aufmerksamkeit!!!**