

**MELZER & KEMPNER**

---

RECHTSANWÄLTE

# **Aktuelle Rechtsprechung**

## **Vortrag**

**19. November 2010 in Böblingen  
und  
07. Dezember 2010 in Stuttgart**

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

# Inhalt im Überblick

## **1. Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht**

- Außerordentliche Kündigung - Der Fall "Emmely,, und der Fall „Pommes und Frikadellen“
- Außerordentliche Kündigung – Sonderkündigungsschutz bei Aussage eines Betriebsratsmitglieds

## **2. Rechtsprechung zur Anfechtung eines gerichtlichen Vergleiches**

- Drohung durch das Gericht bei Vergleichsabschluss vor Gericht

## **3. Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz**

- Unzulässigkeit des Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen Betriebsrat

## **4. Rechtsprechung zur Leistungsvereinbarung**

- Schadensersatz des Arbeitnehmers wegen unterbliebener Zielvereinbarung

## **5. Pflegezeitgesetz**

- Urteil des LAG Bad.-Württemberg vom 31.3.2010 über Zeitraum der Pflegezeit

## **6. Internetnutzung durch Betriebsrat (BAG vom 20.01.2010, 7 ABR 79/08)**

## **7. Elternteilzeit (BAG 15.12.2009, 9 AZR 72/09)**

## **8. Betriebliche Übung (BAG 25.11.2009, 10 AZR 779/08)**

## **1.1 Außerordentliche Kündigung - Der Fall "Emmely" BAG, Urteil v. 10.6.2010, 2 AZR 541/09**

### Sachverhalt

Die Verkäuferin B. Emme ("Emmely") war seit April 1977 bei der Supermarktkette Tengelmann u. a. mit Kassentätigkeiten beschäftigt. Im Januar 2008 wurden in ihrer Filiale 2 Leergutbons im Wert von 48 und 82 Cent gefunden. Frau Emme erhielt die Bons vom Filialleiter zur Aufbewahrung im Kassenbüro, falls sich ein Kunde noch melden sollte. Sie lagen dort einige Zeit sichtbar und offen zugänglich. Bei einem privaten Einkauf ca. 10 Tage später löste Frau Emme die beiden Bons ein. Die zuständige Kassiererin nahm die Bons unter Verstoß gegen interne Vorschriften entgegen, obwohl sie vom Filialleiter nicht abgezeichnet worden waren. Nach Anhörung durch den Arbeitgeber hatte Frau Emme erklärt, die Bons könnten ihr durch eine ihrer Töchter oder eine Kollegin ins Portemonnaie gesteckt worden sein. Der Arbeitgeber kündigte Frau Emme fristlos. Im Gerichtsverfahren um die Kündigung hatte Frau Emme bestritten, die Bons an sich genommen zu haben. Sie meinte, sie habe sich möglicherweise durch Teilnahme an gewerkschaftlichen Aktionen Ende 2007 unbeliebt gemacht.

## **1.1.2 Außerordentliche Kündigung - Der Fall "Emmely" BAG, Urteil v. 10.6.2010, 2 AZR 541/09**

Das BAG hat die Entscheidung der Vorinstanz (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 24.2.2009, 7 Sa 2017/08) aufgehoben und die Kündigung für unwirksam erklärt (BAG, Urteil v. 10.6.2010, 2 AZR 541/09).

Der BAG hat in der Entscheidung betont, an seiner Rechtsprechung festzuhalten, dass auch geringwertige Vermögenspflichtverletzungen grundsätzlich geeignet sein können, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Im konkreten Fall weist das BAG darauf hin, dass die Pflichtverletzung den Kernbereich der Arbeitsaufgaben einer Kassiererin berührt hat und deshalb ein schwerwiegender Vertrauensschaden für den Arbeitgeber entstanden ist, obwohl der Wert der unterschlagenen Pfandbons gering war.

Im zweiten Schritt der Prüfung einer außerordentlichen Kündigung sind allerdings dann nach Rechtsprechung des BAG im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sämtliche gegenseitigen Interessen abzuwägen. In diesem Punkt gelangt das BAG zu einer diametral anderen Beurteilung als die Vorinstanzen. So konnte nach Ansicht des BAG das von Frau Emme über 30 Jahre lang durch beanstandungsfreie Tätigkeiten aufgebaute "Vertrauenkapital" nicht durch den "in vieler Hinsicht atypischen und einmaligen" Sachverhalt vollständig zerstört werden. Im Rahmen der Interessenabwägung war auch der nur geringe Schaden zu berücksichtigen. Im Ergebnis wäre deshalb nach Ansicht des BAG eine Abmahnung ausreichend und angemessen gewesen, um das Arbeitsverhältnis künftig störungsfrei fortführen zu können.

### **1.1.3 Außerordentliche Kündigung - Der Fall "Emmely"** **BAG, Urteil v. 10.6.2010, 2 AZR 541/09**

Die wesentlichen Gründe:

- Rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, können auch dann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn die Pflichtverletzung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat.
- Das Gesetz kennt auch im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers keine absoluten Kündigungsgründe. Es bedarf stets einer umfassenden, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung dahingehend, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung - zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht. Dabei ist zu berücksichtigen, die Einmaligkeit der Pflichtverletzung und eine beanstandungsfrei unterstellte lange Betriebszugehörigkeit welches bei wirtschaftlicher Geringfügigkeit eines dem Arbeitgeber entstandenen Nachteils höher zu bewerten ist, als das Interesse des Arbeitgebers, nur solche Mitarbeiter weiterzubeschäftigen, die in jeder Hinsicht und ausnahmslos ohne Fehl und Tadel sind.

## **1.1.4 Außerordentliche Kündigung – Fall „Pommes und Frikadellen“**

**LAG Hamm, Urteil v. 04.11.2010, 8 Sa 711/10**

### Sachverhalt

- Ein in der Gastronomie im öffentlichen Dienst seit 19 Jahren beschäftigter Arbeitnehmer hatte bei einem Durchgang durch die Küche Pommes und 2 Frikadellen zum Verzehr an sich genommen. Der Arbeitgeber sah dies als Diebstahl an und kündigte fristlos. Tarifvertraglich war altersbedingt eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen.
- In erster Instanz unterlag zunächst der Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage. Das LAG gab jedoch dem Arbeitnehmer Recht und verneinte eine Verhältnismässigkeit der Kündigung. Denn der Arbeitnehmer war 19 Jahre betriebszugehörig und zu berücksichtigen sei, dass das Arbeitsverhältnis nur noch ausserordentlich kündbar sei. Als milderer Mittel hätte zunächst eine Abmahnung ausgesprochen werden müssen.

## **2.1 Sonderkündigungsschutz bei Aussage eines Betriebsratsmitglieds im Beschlussverfahren BAG 05.11.2009 - 2 AZR 487/08**

### Sachverhalt

Ein Betriebsratsmitglied sagte verkürzt in einem Beschlußverfahren, in welchem es um die Auflösung des Betriebsrates ging, als Beteiligter über eine Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden, dass dieser bei einer Versammlung gesagt habe, alle sollen 100 Prozent arbeiten der Betriebsratsvorsitzende aber nicht zu einem Bummelstreik aufgerufen habe. Der Arbeitgeber sah darin eine Falschaussage und kündigte fristlos. Das Arbeitsgericht Stuttgart gab dem Arbeitnehmer recht, das LAG Baden-Württemberg hob das Urteil auf, auf erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde des Arbeitnehmers hob das BAG die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg auf und wies zur weiteren Verhandlung zurück, nach erneuter Verhandlung vor dem LAG wurde das Urteil des Arbeitsgerichtes Stuttgart erneut aufgehoben. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde ist noch nicht entschieden.

Der BAG stellte fest, dass die außerordentliche Kündigung eines durch § 15 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 KSchG geschützten Arbeitnehmers unzulässig ist, wenn diesem ausschließlich eine Amts- und nicht zugleich eine Vertragspflichtverletzung vorzuwerfen ist. Eine Kündigung kommt dagegen in Betracht, wenn in dem Verhalten zugleich eine Vertragspflichtverletzung zu sehen ist. In solchen Fällen ist an die Berechtigung der fristlosen Entlassung ein "strengerer" Maßstab anzulegen als bei einem Arbeitnehmer, der dem Betriebsrat nicht angehört. Unklar ist allerdings geblieben inwiefern der strengere Maßstab definiert wird.

## **2. Drohung durch das Gericht bei Vergleichsabschluss vor Gericht**

### **BAG, Urteil v. 12.05.2010 2 AZR 544/08**

In einer Kündigungsschutzklage dem LAG Niedersachsen wurde ein Vergleich geschlossen. Dabei wurde von dem Vorsitzenden Richter der Kläger u. a. mit den Worten "Passen Sie auf, was Sie sagen; es wird sonst alles gegen Sie verwendet" "Sie haben keine Chance, höchstens 20 %, Sie müssen das machen!" "Sie spielen hier Vabanque" dazu gedrängt den Vergleichsvorschlag des Gerichtes anzunehmen. Der Kläger nahm den Vergleich an und hat diesen dann später wegen widerrechtlicher Drohung angefochten. Das BAG hat entschieden, dass der Kläger im Termin der mündlichen Verhandlung widerrechtlich durch Drohung seitens des Kammervorsitzenden zum Abschluss des Vergleichs bestimmt worden ist. Der Vergleich wurde deshalb aufgehoben.

Eine Drohung i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB setzt die Ankündigung eines zukünftigen Übels voraus, dessen Zufügung als in irgendeiner Weise von der Macht des Ankündigenden abhängig hingestellt wird. Der Bedrohte muss einer Zwangslage ausgesetzt sein, die ihm subjektiv das Gefühl gibt, sich nur noch zwischen zwei Übeln entscheiden zu können. Dieses hat das BAG hier als gegeben angesehen.

Für die Anfechtung wegen Drohung ist es unerheblich, von welcher Person die Drohung stammt. Diese kann auch von einer Hilfsperson des Geschäftspartners oder einem Dritten ausgehen. Dritter in diesem Sinne kann auch das Gericht oder ein Mitglied des Gerichts sein.

### **3. Unzulässigkeit Unterlassungsanspruch des ArbG. gegen Betriebsrat (BAG, Beschluss v. 17.3.2010, 7 ABR 95/08).**

Die Beteiligten stritten über die Berechtigung des Betriebsrats zur Kundgabe politischer Äußerungen im Betrieb der Arbeitgeberin. Es forderte die Arbeitgeberin den Betriebsrat auf, die Bekanntmachung von allen Informationsbrettern im Betrieb zu entfernen und Erklärungen gleichen oder ähnlichen Inhalts künftig zu unterlassen. Der Arbeitgeber hatte beantragt, den Betriebsrat aufzugeben betriebsöffentlich Äußerungen allgemeinpolitischen Inhalts zu unterlassen und es zu unterlassen an die Mitarbeiter des Betriebes gerichtete politische Wahlempfehlungen oder Aufrufe zu politischen Wahlen oder Abstimmungen abzugeben.

In dieser grundlegenden Entscheidung hat der BAG entgegen der seither vertretenen Auffassung, aus dem in § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG normierten Unterlassungsgebot ergebe sich ein entsprechender Unterlassungsanspruch dieses jetzt verneint. Nach dem BAG begründet nunmehr § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG keinen gerichtlich durchsetzbaren Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat.

Das begründet das BAG damit, dass zwar § 23 Abs. 3 BetrVG bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats und der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften vorsieht, wohingegen die Vorschrift einen entsprechenden Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers bei groben Pflichtverletzungen durch den Betriebsrat gerade nicht vorsieht. Außerdem ist die Vollstreckung eines Unterlassungsanspruchs gegen den Betriebsrat nicht möglich, da gegenüber den Betriebsrat eine Androhung, Festsetzung oder Vollstreckung von Ordnungsgeld wegen Vermögenslosigkeit eines Betriebsrats nicht in Betracht kommt.

Statt einem Unterlassungsanspruch kann der Arbeitgeber bei grobem Verstoß des Betriebsrates die Auflösung des Betriebsrats gem. § 23 I 1 BetrVG beantragen und bei weniger schwerwiegenden Verstößen die Unzulässigkeit der Betätigung des Betriebsrats zur Vorbereitung eines Auflösungsantrages feststellen lassen.

Damit gilt nunmehr das "alles oder nichts Prinzip", entweder Auflösung des Betriebsrates oder der Arbeitgeber muss Aushänge am schwarzen Brett des Betriebsrats hinnehmen.

#### **4. Schadensersatz wegen unterbliebener Zielvereinbarung (BAG, Urteil v. 12.5.2010, 10 AZR 390/09).**

In einem Arbeitsvertrag war eine Zielvereinbarung vereinbart, nach der jedes Jahr eine neue Zielvereinbarung getroffen werden soll. Vereinbart war aber, dass bis zum Abschluss einer neuer Zielvereinbarung die alte fortgelten solle. Der Arbeitnehmer begehrte Schadensersatz, da ein Teil seines Gehalts auf der Zielvereinbarung basierte und der Arbeitgeber gegen die Pflicht zur Verhandlung über nachfolgende Zielvereinbarungen verstoßen hat.

Der BAG hat dazu ausgeführt, dass wenn ein Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf einen variablen Gehaltsbestandteil gemäß einer Zielvereinbarung hat, daraus die Verpflichtung des Arbeitgebers resultiert, mit dem Arbeitnehmer Verhandlungen über den Abschluss einer Zielvereinbarung zu führen und ihm realistische Ziele für die jeweilige Zielperiode anzubieten.

Soll eine Zielvereinbarung bis zum Abschluss einer Folgevereinbarung fortgelten, bleibt die Verpflichtung des Arbeitgebers, für das Folgejahr dem Arbeitnehmer ein neues Angebot zu unterbreiten und über eine neue Zielvereinbarung zu verhandeln, regelmäßig bestehen. Aus der vereinbarten Nachwirkung folgt zwar die vorübergehende Weitergeltung der abgelaufenen Zielvereinbarung. Die Verhandlungspflichten in Bezug auf eine sich anschließende Zielvereinbarung sind dadurch aber nicht ohne Weiteres erledigt.

## **5. 1. Pflegezeitgesetz – (ArbG Stuttgart vom 24.9.2009, 12 Ca 1792/09) LAG Baden-Württemberg, Urt. V. 31.03.2010 Az: 20 Sa 87/09**

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.

## **5.2. Pflegezeitgesetz – (ArbG Stuttgart vom 24.9.2009, 12 Ca 1792/09) LAG Baden-Württemberg, Urt. V. 31.03.2010 Az: 20 Sa 87/09**

Anderer Auffassung waren das ArbG Stuttgart und das LAG Baden-Württemberg.

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 Anündigung 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 Zulässigkeitserklärung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde gekündigt werden könnte.

Dies entspräche jedoch nicht dem Sinn und Zweck des Pflegezeitgesetzes.

Die vom Kläger eingelegte Revision ist am BAG, Az. 9 AZR 348/10 rechtshängig.

## **6. Internetnutzung durch den Betriebsrat - BAG vom 20.01.2010, 7 ABR 79/08**

Es hat der Betriebsrat von der Arbeitgeberin die Bereitstellung eines Internetanschlusses für den ihm überlassenen PC verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, ein Internetanschluss sei zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben erforderlich. Das Internet stelle eine wichtige Informationsquelle dar, die die Arbeitgeberin auch in betriebsverfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen nutze. Der Internetzugang sei nicht mit einer zusätzlichen Kostenbelastung für die Arbeitgeberin verbunden. Es sei lediglich die Freischaltung des ihm überlassenen PC durch die zentrale EDV-Abteilung erforderlich.

Der Arbeitgeber ist nach § 40 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, dem Betriebsrat Informations- und Kommunikationstechnik in erforderlichem Umfang zur Verfügung zu stellen. Die Entscheidung, ob die Nutzung des Internet zur sachgerechten Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben erforderlich ist, obliegt dem Betriebsrat. Dabei hat er die berechtigten Belange des Arbeitgebers, insbesondere dessen Interesse an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht, zu berücksichtigen. Dabei kann das Arbeitsgericht nur prüfen, ob der Internetzugang aufgrund der konkreten betrieblichen Situation der Wahrnehmung der dem Betriebsrat obliegenden gesetzlichen Aufgaben dient und der Betriebsrat den berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rechnung getragen hat.

Die Nutzung des Internet dient der Informationsbeschaffung durch den Betriebsrat und damit der Erfüllung der ihm obliegenden betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben. Der Betriebsrat darf daher - soweit keine berechtigten Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen -, einen Internetzugang regelmäßig für erforderlich halten, ohne dass es der Darlegung konkreter, sich ihm aktuell stellender Aufgaben bedarf, zu deren Erledigung Informationen aus dem Internet benötigt werden.

## 7. Elternteilzeit (BAG 15.12.2009, 9 AZR 72/09)

Eine Mutter und der Arbeitgeber stritten darüber, ob während Elternzeit Anspruch auf Verringerung und Neuverteilung der Arbeitszeit besteht. Die Mutter war als Leiterin der Buchhaltung in Vollzeit eingestellt und sie hatte Prokura. Nach Antrag von Teilzeittätigkeit während Elternzeit lehnte der Arbeitgeber dies ab weil die Mutter leitende Angestellte sei und außerdem das Unternehmen in einer Umstrukturierung stehen würde.

Der BAG hat den Anspruch auf Elternteilzeit bejaht. Zwar können dem Anspruch auf Elternteilzeit nach § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BEEG dringende betriebliche Gründe entgegenstehen, es sind aber wenn der Arbeitgeber geltendmacht, der Arbeitsplatz sei unteilbar oder die gewünschte Teilzeitarbeit sei unvereinbar mit den betrieblichen Arbeitszeitmodellen, die dringenden betrieblichen Gegengründe anhand eines Dreistufenschemas zu überprüfen. Zunächst ist festzustellen, ob der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung überhaupt ein bestimmtes betriebliches Organisationskonzept zugrunde liegt (erste Stufe). In der Folge ist zu untersuchen, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen tatsächlich entgegensteht (zweite Stufe). Schließlich ist in einer dritten Stufe das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu prüfen (dritte Stufe). Bei der Elternteilzeit genügt es dabei grundsätzlich nicht, wenn der Arbeitgeber vorträgt, er will eine Stelle ausschließlich in Vollzeit besetzen. Die in der dritten Stufe zu untersuchenden dringenden betrieblichen Gründe müssen zwar keine unüberwindbaren, aber doch besonders gewichtige Hindernisse für die beantragte Verkürzung und Umverteilung der Arbeitszeit sein.

## **8. Betriebliche Übung (BAG 25.11.2009, 10 AZR 779/08)**

Ein Arbeitnehmer wollte aus einer betrieblichen Übung über eine vorbehaltlos gezahlte jährliche Treueprämie weiterhin Zahlung, obwohl der Arbeitgeber die Treueprämie über drei Jahre nicht mehr gezahlt hatte.

Der BAG hat entschieden, dass ein Anspruch, der auf Grund einer betrieblichen Übung entstanden ist, nur durch Kündigung oder eine einverständliche Vertragsänderung beseitigt werden kann. Diese Vertragsänderung setzt ein Angebot des Arbeitgebers zur Vertragsänderung voraus, welches der Arbeitnehmer annehmen muss.

Erfüllt der Arbeitgeber bestimmte Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nicht, liegt darin kein Angebot auf eine Vertragsänderung. Hat der Arbeitgeber ein Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen gemacht, und schweigt der Arbeitnehmer dazu, nimmt der Arbeitnehmer dadurch das Angebot nicht an. Auch wenn der Arbeitnehmer die Ansprüche auf eine nicht mehr gewährte Leistung aus einer betrieblichen Übung nicht geltendmacht, verliert der Arbeitnehmer dadurch seine Ansprüche aus der betrieblichen Übung nicht.

Damit hat der BAG festgestellt, dass eine betriebliche Übung grundsätzlich nicht durch Schweigen stillschweigend angenommen werden kann.

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