

# sfm-arbeitsrecht

## aktuell

1. Halbjahr 2014

### NEUES vom BAG

**Diskriminierung – Gleichstellungsabrede – Arbeitnehmerüberlassung – Kündigung bei BKKs – Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen – Sonderzahlung mit Mischcharakter – Höchstalter in U-Kasse – Namensliste vor AuswahlRL – Wiedereinstellungsanspruch – Signaturkarte – Verwirkung des Widerspruchsrechts bei Betriebsübergang – Abgrenzung von Arbeits- und Werkvertrag – Ergänzung der Tagesordnung**

### Weitere Themen

- ▶ **TTIP S. 3**
- ▶ **BR-Schulung S. 4**
- ▶ **verhaltensbedingte Kündigung S. 8**
- ▶ **Frisch am Tisch: EuGH zu Urlaub BVerwG zu Streikrecht LAG SH zu Kündigung**

## Mindestlohn und Rente

Themen nicht nur für die konkret Betroffenen

Bei allem Altruismus und Gutmenschentum wird sich der ein oder andere fragen, was diese Themen denn mit der eigenen Lebenswelt zu tun haben. Das Einkommen ist „etwas“ höher als der Mindestlohn und langjährig versichert ist man eh nicht. Also alles egal? Weit gefehlt. Es geht bei der Debatte doch auch um die Leitplanken einer Gesellschaft. Ich muss nicht am Rande stehen, um zu definieren, wo die Grenze sein soll für Niedriglöhne.

Auch muss ich nicht selbst rentenberechtigt sein, um mir die Frage zu stellen, ob nach 40 Jahren Beitragsleistungen nicht auch früher Leistungen erbracht werden sollen, als in anderen Fällen.

Hier geht es nämlich um die Frage, wie die Gesellschaft aussehen soll, in der wir leben.

O.k., manch Vorstand oder Geschäftsführer wird dann nur noch das hundertfache von dem verdienen, was die „Nulllinie“ ausmacht. Manche schaffen noch ein Mehrfaches davon. Ist deren Lohnabstandsgebot nicht mehr gewahrt?

Untergang des Abendlandes? Sicher nicht. Eine unterste Linie stellt vielmehr einen Akt der gesellschaftlichen Selbstachtung dar.

Es bleibt abzuwarten, ob Lobbyisten es noch schaffen, Löcher in den Käse zu bohren.

Ein anderes großes Einfallstor wird mittlerweile zumindest erkannt: die (Schein)-Werkverträge. Das BAG hat hier mit seiner Entscheidung vom 25.09.2013 - 10 AZR

### Mindestlohn als Akt der gesellschaftlichen Selbstachtung

282/12 (in dieser Ausgabe) etwas gegengesteuert. Richtig haben die Erfurter

Richter festgestellt, dass ohne abnahmefähiges Werk auch kein Werkvertrag anzunehmen ist.

Die in der Praxis praktizierte Verlagerung von Personalkosten auf „Sachkosten“ ist oftmals auf den ersten Blick vorgeschoben. Allein die Rechtsdurchsetzung für Betroffene und Betriebs-/Personalräte ist schwierig, langwierig bis schier unmöglich.

Daher muss auch die Frage der effektiven Rechtsdurchsetzung mit in den Fokus der Diskussionen gerückt werden.

RA Michael Fleischmann

# BAG-Splitter

## 2. Halbjahr 2013

Bitte beachten, dass Wiedergabe stark verkürzt und damit eine Übertragung auf ähnliche, nicht identische Fälle immer erst zu prüfen ist.

*BAG vom 11.12.2013 - 4 AZR 473/12, Bestätigung von LAG Nürnberg vom 14.03.2012 - 4 Sa 12/10; zit. nach PM des BAG Nr. 76/13*

### **BAG vom 10.12.2013 - 3 AZR 796/11 Mindestaltersgrenze in einer Pensionsordnung für den Anspruch auf Invalidenrente zulässig**

Eine Norm in einer Pensionsordnung, nach der ein Anspruch auf eine Invalidenrente bei Berufsunfähigkeit nur besteht, wenn der Arbeitnehmer bei Eintritt des Versorgungsfalls mindestens das 50. Lebensjahr vollendet hat, sei wirksam und verstoße nicht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, so der dritte Senat des BAG. *BAG vom 10.12.2013 - 3 AZR 796/11, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 13.09.2011 - 3 Sa 133/11 B; zit. nach PM des BAG Nr. 74/13*

### **BAG vom 10.12.2013 - 9 AZR 51/13 Rechtsfolge einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung**

Besitzt ein Arbeitgeber die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kommt zwischen einem Leiharbeiternehmer und einem Entleiher kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers entgegen der Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiere das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei fehlender AÜ-Erlaubnis des Verleihers, nicht bei zu langer Überlassung.

Art. 10 Abs. 2 Satz 1 der Leiharbeitsrichtlinie überlasse die Festlegung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen bei Verstößen gegen Vorschriften des AÜG den Mitgliedstaaten, also dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten für Arbeitssachen. *BAG vom 10.12.2013 - 9 AZR 51/13, Aufhebung von Baden-Württemberg - Kammern Freiburg vom 22.11.2012 - 11 Sa 84/12; zit. nach PM des BAG Nr. 73/13*

**Hinweis:** Das BAG bleibt hier bei seiner zur alten Rechtslage entwickelten Auffassung und schiebt den Ball an den Gesetzgeber weiter. Hier haben einige Untergerichte zuvor mehr Mut bewiesen.

### **BAG vom 19.12.2013 - 6 AZR 790/12 Möglichkeit der Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur im Insolvenzverfahren nicht von vorneherein unzulässig**

Die durch § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InSO im Insolvenzverfahren eröffnete Möglichkeit der Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur durch Bildung von Altersgruppen wird nur dann den Vorgaben des § 10 AGG gerecht, wenn es eine sanierungsbedingte Erforderlichkeit der Altersgruppenbildung gibt.

*BAG vom 19.12.2013 - 6 AZR 790/12, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Nürnberg vom 23.05.2012 - 4 Sa 658/11; zit. nach PM des BAG Nr. 79/13*

### **BAG vom 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 Unwirksame Wartezeitkündigung wegen symptomloser HIV-Infektion**

Das AGG untersagt Diskriminierungen u.a. wegen einer Behinderung. Eine Behinderung liegt vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch - in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) - seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, beeinträchtigt sein kann. Ein Arbeitnehmer, der an einer symptomlosen HIV-Infektion erkrankt ist, ist in diesem Sinn behindert. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines solchen Arbeitnehmers innerhalb der gesetzlichen Wartezeit des § 1 KSchG wegen der HIV-Infektion, ist die Kündigung im Regelfall diskriminierend und damit unwirksam, wenn der Arbeitgeber durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des Arbeitnehmers trotz seiner Behinderung ermöglichen kann.

*BAG vom 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Berlin-Brandenburg vom 13.01.2012 - 6 Sa 2159/11; zit. nach PM des BAG Nr. 78/13*

**Hinweis:** Innerhalb der sog. Wartezeit von sechs Monaten wäre ansonsten keine Begründung für eine Kündigung erforderlich. Eine diskriminierende Kündigung ist gleichwohl unwirksam.

### **BAG vom 12.12.2013 - 8 AZR 838/12 Diskriminierung wegen Schwangerschaft - Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG**

Der besondere, durch § 3 Abs. 1 AGG betonte Schutz der schwangeren Frau vor Benachteiligungen kann bei Kündigung - jenseits der Bewertung der Kündigung an sich - zu einem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG führen.

Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Entscheidung des LAG, das der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 3.000,00 Euro zugesprochen hatte, bestätigt.

*BAG vom 12.12.2013 - 8 AZR 838/12, Bestätigung von Sächsisches LAG vom 27.07.2012 - 3 Sa 129/12; zit. nach PM des BAG Nr. 77/13*

### **BAG vom 11.12.2013 - 4 AZR 473/12 Gleichstellungsabrede von vor dem 1. Januar 2002 bleibt zweitklassig auch wenn ursprüngliche Tarifgebundenheit des Arbeitgebers „nur“ durch Anerkennungstarifvertrag bestand**

Nehmen die Parteien in einem vor dem 1. Januar 2002 geschlossenen Arbeitsvertrag ("Altvertrag") einen Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung in Bezug, an den der Arbeitgeber seinerseits normativ gebunden ist, endet mit dem Wegfall der normativen Tarifgebundenheit des Arbeitgebers regelmäßig die Dynamik. Dies gilt auch, wenn die Tarifgebundenheit an Verbandstarifverträge nicht über eine Mitgliedschaft des Arbeitgebers im tarifschließenden Verband, sondern über einen von ihm als Tarifvertragspartei mit der Gewerkschaft geschlossenen Anerkennungstarifvertrag vermittelt ist.

**BAG vom 21.11.2013 - 2 AZR 474/12 und 2 AZR 495/12**  
**Schließung einer Krankenkasse - arbeitsrechtliche Folgen**

Wird eine Betriebskrankenkasse nach § 153 Sozialgesetzbuch V (SGB V) von der Aufsichtsbehörde geschlossen ist denjenigen Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis nicht durch ordentliche Kündigung beendet werden kann, beim Landesverband der Betriebskrankenkassen oder einer anderen Betriebskrankenkasse eine ihrer bisherigen Dienststellung vergleichbare, zumutbare Stellung anzubieten (§ 155 Abs. 4 Satz 9, § 164 Abs. 3 Satz 3 SGB V). Für Beschäftigte von Betriebskrankenkassen, deren Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden kann, gilt diese Regelung nicht. Nach § 164 Abs. 4 Satz 1 SGB V enden die Vertragsverhältnisse der Beschäftigten, „die nicht nach Absatz 3 untergebracht werden“, mit dem Tag der Schließung der Kasse.

Bei den Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung (eigentlich) nicht beendet werden kann ist vor einer gleichwohl erfolgenden (gesetzlichen) Beendigung nach § 164 SGB V zwingend das Angebot einer zumutbaren Stellung im Sinne von § 164 Abs. 3 Satz 3 SGB V zu machen.

Bei den Arbeitsverhältnissen, die durch ordentliche Kündigung beendet werden konnten, war die Norm zur gesetzlichen Beendigung gar nicht einschlägig. Sie unterliegen allein den Regelungen des Kündigungsschutzrechts. BAG vom 21.11.2013 - 2 AZR 474/12, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 12.04.2012 - 5 Sa 2555/11, BAG vom 21.11.2013 - 2 AZR 495/12, Bestätigung von LAG Hamburg vom 31.05.2012 - 1 Sa 55/11, Bundesarbeitsgericht vom 21.11.2013 - 2 AZR 598/12, Bestätigung von LAG Baden-Württemberg vom 21.05.2012 - 1 Sa 2/12, BAG vom 21.11.2013 - 2 AZR 966/12, Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 7. September 2012 - 6 Sa 138/12; zit. nach PM des BAG Nr. 72/13

**BAG vom 21.11.2013 - 6 AZR 979/11**  
**Keine Passivlegitimation des Insolvenzverwalters für Kündigungsschutzklage nach Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO (bisheriger Arbeitgeber wieder richtiger Beklagter)**

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers geht nach § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Insolvenzverwalter über. Eine Kündigungsschutzklage ist dann gegen den

**TTIP - Ein nicht mehr ganz so geheimer heimlicher Angriff auf Demokratie und öffentliche Güter**

**"Gespenstische Vorgänge** - Mit dem Freihandelsabkommen zwischen der EU und den USA (TTIP) droht eine neue Dimension der Privatisierung öffentlicher Güter und Dienstleistungen. In streng geheimen Verhandlungen soll das und mehr auf den Weg gebracht werden", titelt die verdi Mitgliederzeitschrift im April, (unter <http://publik.verdi.de/2014/ausgabe/gewerkschaft/titel/seite-1/A0>). Das SOPOINFO 24 der IG Metall titelt **"TTIP bedroht Sozialstandards"**. Im Mai erschien noch ein weiterer Beitrag unter <http://www.igmetall.de/ttip-transatlantisches-freihandelsabkommen-zwischen-der-eu-und-13347.htm>.

So langsam kommt dieses nicht ganz so einfache zu fassende Thema also immer mehr in die Öffentlichkeit und die ganze Dimension zeigt sich und führt zu zunehmendem Widerstand.

Um sich hier eine Meinung zu bilden, bleibt es unerlässlich sich zumindest ein paar Informationen zusammen zu suchen. Wir wollen und können uns nicht alle Inhalte dieser Dokumente zu eigen machen, aber animieren, sich zu informieren, da dieses Thema unser Gemeinwesen nicht unerheblich beeinflussen wird. Daher hier ein paar Hinweise:

Auf der vom Grünen EU-Abgeordneten Giegold verantworteten Seite <http://www.ttip-leak.eu/> finden sich umfangreiche Informationen auf Deutsch. Auf Englisch kann man dann noch unter <http://eu-secretdeals.info/> fündig werden, verantwortet von Peter Fuchs, der unter <http://power-shift.de/> auch eine deutschsprachige Broschüre von Thomas Fritz bereit stellt, der auch in der Juni Ausgabe der Blätter für deutsche und internationale Politik dazu geschrieben hat. Frank Bsirske hat einen Beitrag in der von Ska Keller herausgegebenen Broschüre "Das Freihandelsabkommen mit den USA in der Kritik" verfasst (<http://www.ska-keller.de/images/stories/themes/development/pdf/20131121-TTIP%20Brosch011-selbstdruck.pdf>). Schließlich ist im unvermeidlichen Wikipedia noch eine ganze Fülle an Informationen und Links zu finden unter [http://de.wikipedia.org/wiki/Transatlantisches\\_Freihandelsabkommen](http://de.wikipedia.org/wiki/Transatlantisches_Freihandelsabkommen).

Einen Verhandlungsstopp kann man z. B. unter <https://www.campact.de/> fordern.

M. Fleischmann

Insolvenzverwalter in seiner Eigenschaft als Partei kraft Amtes zu richten, und zwar auch dann, wenn die Kündigung noch vom Insolvenzschuldner (bisherigen Arbeitgeber) erklärt wurde.

Übt der Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aber eine selbständige Tätigkeit aus und gibt der Insolvenzverwalter diese nach § 35 Abs. 2 InsO aus der Insolvenzmasse frei, fällt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit Wirksamwerden der Freigabeerklärung auch über die zu diesem Zeitpunkt bereits begründeten Arbeitsverhältnisse an den Schuldner zurück. Ab dann ist der Schuldner und nicht mehr der Insolvenzverwalter passiv legitimiert für eine Kündigungsschutzklage.

BAG vom 21.11.2013 - 6 AZR 979/11, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 14.12.2011 - 2 Sa 97/11; zit. nach PM des BAG Nr. 71/13

**Hinweis:** Entscheidung betrifft eine Sondersituation, die nur für Rechtsvertreter von größerem Interesse ist

**BAG vom 21.11.2013 - 6 AZR 159/12**  
**Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen durch ein Schwesterunternehmen**

Die Insolvenzordnung gibt dem Insolvenzverwalter mit den Anfechtungstatbeständen in §§ 129 ff. InsO eine Handhabe, vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene, ungerechtfertigte Schmälerungen der Insolvenzmasse rückgängig zu machen. Nach § 131 InsO kann eine Rechtshandlung u. a. dann angefochten werden, wenn eine Forderung eines Insolvenzgläubigers erfüllt worden ist, ohne dass er dies „in der Art“ beanspruchen konnte. Dann liegt eine sog. inkongruente Deckung vor. Zahlt ein Dritten anstelle des eigentlichen Schuldners, liegt im Regelfall eine inkongruente (und damit anfechtbare) Deckung vor, weil die Erfüllung nicht „in der Art“ erfolgt, in der sie geschuldet ist. Hierzu gibt es Ausnahmen. Im vorliegenden Verfahren wurde dieses daher erst einmal zurückverwiesen, um aufzu-

klären, ob eine Gläubigerbenachteiligung erfolgt ist, ob die Schuldnerin zahlungsunfähig war und ob weitere Anfechtungstatbestände erfüllt sind.

*BAG vom 21.11.2013 - 6 AZR 159/12, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Thüringen vom 8. Dezember 2011 - 6 Sa 99/11; zit. nach PM des BAG Nr. 70/13*

### **BAG vom 13.11.2013 - 10 AZR 848/12 Stichtagsregelung, die Anspruch auf Sonderzahlung mit Mischcharakter entfallen lässt unwirksam**

Soll eine Sonderzahlung dazu dienen, einerseits den Arbeitnehmer über das Jahresende hinaus an das Unternehmen binden und damit die Betriebstreue zu belohnen (Mischcharakter), aber zugleich die im Laufe des Jahres geleistete Arbeit (zusätzlich) vergüten, kann eine Stichtagsregelung nicht den (teils) bereits erarbeiteten Lohn entziehen.

*BAG vom 13.11.2013 - 10 AZR 848/12, Aufhebung von Hessisches LAG vom 19. April 2012 - 7 Sa 1232/11; zit. nach PM des BAG Nr. 69/13*

### **BAG vom 12.11.2013 - 3 AZR 356/12 Höchstaltersgrenze in einem Leistungsplan einer U-Kasse**

Eine Bestimmung in einem Leistungsplan einer Unterstützungskasse, nach der ein Anspruch auf eine betriebliche Altersversorgung nicht mehr erworben werden kann, wenn der Arbeitnehmer bei Eintritt in das Arbeitsverhältnis das 50. Lebensjahr vollendet hat verstößt nicht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters und bewirkt auch keine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts, sei damit wirksam, so der dritte Senat.

*BAG vom 12.11.2013 - 3 AZR 356/12, Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 29.02.2012 - 12 Sa 1430/11; zit. nach PM des BAG Nr. 68/13*

### **BAG vom 06.11.2013 - 7 ABR 84/11 Keine Verhinderung des BR-Mitglieds bei Antrag nach § 101 BetrVG zur Aufhebung der eigenen mitbestimmungswidrig erfolgten Versetzung**

Das BAG hat zunächst seine Rechtsprechung bestätigt, wonach nur eine individuelle unmittelbare Betroffenheit eine BR-Mitglieds zur rechtlichen Verhinderung nach § 25 Abs. 1 S. 2 führt.

Bei einem Verfahren nach § 101 BetrVG ist das von der Maßnahme betroffene Mitglied noch nicht einmal verhindert im vorgenannten Sinne, da es primär um den Schutz der Mitbestimmung gehe, so der 7. Senat.

## **Grundlagen der BR-Arbeit: Der Schulungsanspruch des Betriebsrates**

Der regelmäßige Wahlzeitraum ist vorbei und viele neue Betriebsratsmitglieder sind gewählt. Um die vielfältigen und anspruchsvollen Aufgaben der Betriebsratsarbeit sach- und fachgerecht erledigen zu können, benötigen die Betriebsräte eine Vielzahl von Kenntnissen. Die Schulung der Betriebsratsmitglieder ist daher wesentliche Voraussetzung für die ordnungsgemäße Wahrnehmung ihres Amtes und dient der Herstellung der „intellektuellen Waffengleichheit“ zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Aus diesem Grund soll der Schulungsanspruch des Betriebsrates aus § 37 Abs. 6 BetrVG hier kurz nochmals dargestellt werden.

### **1. Grundlegendes**

Der Betriebsrat hat nach § 37 Abs. 6 BetrVG einen Anspruch auf Befreiung seiner Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit unter Fortzahlung der Vergütung für die Teilnahme an solchen Schulungs- und Bildungsveranstaltungen, die für die Betriebsratsarbeit erforderliche Kenntnisse vermitteln. Die hierfür anfallenden Schulungskosten sowie evtl. Fahrt- und Übernachtungskosten sind dabei für die Erfüllung der Aufgaben ebenfalls notwendig im Sinne des § 40 BetrVG, so dass der Arbeitgeber diese Kosten zu tragen hat.

### **2. Erforderlichkeit**

Voraussetzung des Anspruches des Betriebsrates ist, dass die Schulung Kenntnisse vermittelt, die für die Betriebsrats Tätigkeit objektiv und für das Betriebsratsmitglied subjektiv notwendig sind. Die Schulung ist also immer dann erforderlich, wenn sie Kenntnisse vermittelt, die unter Berücksichtigung der konkreten Situation im Betriebsrat benötigt werden, damit die betreffenden Betriebsratsmitglieder ihre derzeitigen oder demnächst anfallenden Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen können.

**a) Grundlagenschulungen** werden grundsätzlich für jedes neu gewählte Betriebsratsmitglied als erforderlich angesehen. Hierzu gehören die Vermittlung von Grundkenntnissen im Betriebsverfassungsrecht, im Arbeitsrecht oder im Bereich der Arbeitssicherheit und Unfallverhütung.

**b) Spezialschulungen** zu besonderen Rechtsfragen und speziellen Sachkenntnissen (z.B. im Datenschutz, Compliance, Mobbing, Eingruppierungsrecht) werden dann für erforderlich gehalten, wenn hierzu ein konkreter betrieblicher Anlass besteht (z.B. eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden soll) und die notwendigen Kenntnisse im Betriebsrat noch nicht vorhanden sind. Hier wird die Teilnahme nur für einzelne Betriebsratsmitglieder für erforderlich gehalten, die im Betriebsrat mit diesen Fragen befasst sind.

Je nach Sachlage können auch wiederholende oder vertiefende Schulungen z.B. nach grundlegenden Gesetzesänderungen notwendig sein. Die Notwendigkeit von Spezialschulungen sowie wiederholenden oder vertiefenden Schulungen muss vom Betriebsrat - im Gegensatz zu einführenden Grundlagenschulungen – jedoch näher dargelegt werden.

### **c) Beurteilungsspielraum des Betriebsrates**

Ob die Schulung nach Inhalt, Dauer und Teilnehmerzahl erforderlich ist, unterliegt einem eigenen Beurteilungsspielraum des Betriebsrates. (--->)



**Fortsetzung: Grundlagen der BR-Arbeit: Der Schulungsanspruch des Betriebsrates**

Bei der Abwägung der Erforderlichkeit hat der Betriebsrat den konkreten Wissensstand der zu entsendenden Betriebsratsmitglieder, den Umfang und Schwierigkeitsgrad der Themen und die Aufgabenverteilung im Betriebsrat zu berücksichtigen. Die Festlegung der zeitlichen Lage muss die betrieblichen Notwendigkeiten berücksichtigen. Dabei ist im Rahmen einer arbeitsgerichtlichen Kontrolle nur überprüfbar, ob der Betriebsrat seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat.

Der Betriebsrat ist in der Wahl des Schulungsveranstalters frei und muss sich nicht allein aus Kostengründen auf einen vom Arbeitgeber genannten Veranstalter verweisen lassen, wenn er einen anderen für besser bzw. als geeigneter erachtet. Bei erheblichen Kostenunterschieden muss die Wahl jedoch nachvollziehbar begründet werden.

**3. Beschluss und Verfahren**

Vor der Teilnahme muss eine ordnungsgemäße Beschlussfassung darüber erfolgen, welches Mitglied wann zu welcher konkreten Schulungsveranstaltung entsandt wird.

Die beabsichtigte Schulungsteilnahme muss dem Arbeitgeber für seine Personalplanung zwar rechtzeitig mitgeteilt werden, es bedarf aber keiner Genehmigung durch den Arbeitgeber.

Lehnt der Arbeitgeber das Schulungsbedürfnis ab und weigert er sich, das Betriebsratsmitglied freizustellen und die Kosten der Schulung zu übernehmen, kann der Betriebsrat seinen Anspruch im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren geltend machen. Aufgrund der Dauer des gerichtlichen Verfahrens muss jedoch u. U. das Betriebsratsmitglied in Vorleistung treten. Daher sollte die Schulungsteilnahme nach Möglichkeit frühzeitig im Betriebsrat geplant und dem Arbeitgeber mitgeteilt werden.

Die Möglichkeit eines Eilverfahrens ist in der Rechtsprechung umstritten und wird bislang leider überwiegend nur in dringenden Ausnahmefällen bejaht.

Wird vom Arbeitgeber nicht die Erforderlichkeit aber die zeitliche Lage der Schulung abgelehnt, muss er gem. § 37 Abs. 6 S. 5 BetrVG die Einigungsstelle anrufen. Andernfalls bleibt es bei der vom Betriebsrat beschlossenen zeitlichen Lage.

*RAin Angelika Daumoser*

4 KSchG später oder sogar zeitgleich ändern bzw. übersteuern, sogar im gleichen Interessenausgleich. Setzen sich die Betriebsparteien in einem bestimmten Punkt gemeinsam über die Auswahlrichtlinie hinweg, gilt die Namensliste nach § 125 Abs. 1 InsO.

*BAG vom 24.10.2013 - 6 AZR 854/11, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Hamm vom 4. Mai 2011 - 2 Sa 1975/10; zit. nach PM des BAG Nr. 65/13*

**BAG vom 17.10.2013 - 8 AZR 974/12 Verwirkung des Rechts zum Widerspruch eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB, wenn eben dieses zuvor eingeklagt worden war**

Verklagt ein Arbeitnehmer nach einem Betriebsübergang den Betriebserberwerber auf Feststellung, dass zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht, und einigt man sich dann darauf, dass kein Übergang stattgefunden habe (gegen Geld), so kann das Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem am Prozess bislang nicht beteiligten Betriebsveräußerer verirken.

*BAG vom 17.10.2013 - 8 AZR 974/12, Bestätigung von Hessisches LAG vom 4. Juli 2012 - 6 Sa 83/12; zit. nach PM des BAG Nr. 64/13*

**BAG vom 17.10.2013 - 8 AZR 742/12 Keine Diskriminierung wegen des Geschlechts, wenn keine Kenntnis von Schwangerschaft bei Maßnahme bestand**

Wird einer Arbeitnehmerin gekündigt, ohne dass Kenntnis von ihrer Schwangerschaft bei Zugang der Kündigungserklärung besteht, so ist weder die Kündigung selbst noch ein "Festhalten" an der Kündigung Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts. Die Klage auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern wegen Benachteiligung aufgrund des Geschlechts blieb ohne Erfolg. Die Unwirksamkeit der Kündigung selbst hatte der Arbeitgeber bereits zuvor anerkannt.

*BAG vom 17.10.2013 - 8 AZR 742/12, Bestätigung von LAG Hamm vom 16.05.2012 - 3 Sa 1420/11; zit. nach PM des BAG Nr. 63/13*

**BAG vom 15.10.2013 - 1 ABR 31/12 Untersagung der Verbreitung eines Streikaufrufs im Intranet**

Ein Arbeitnehmer ist nicht berechtigt, einen vom Arbeitgeber für dienstliche Zwecke zur Verfügung gestellten personenbezogenen E-Mail-Account (Vornamen.Name@Arbeitgeber.de) für die betriebsinterne Verbreitung eines Streik-

*BAG vom 06.11.2013 - 7 ABR 84/11, Aufhebung von LAG München und Rückverweisung*

**BAG vom 24.10.2013 - 6 AZR 466/12 Insolvenzanfechtung von im Wege der Zwangsvollstreckung erlangter Arbeitsvergütung möglich - tarifliche Ausschlussfristen nicht anwendbar**

Nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger (Arbeitnehmer) eine Sicherung oder Befriedigung gewährt hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte (sog. inkongruente Deckung), wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und der Schuldner (Arbeitgeber) zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war.

War der Arbeitgeber also im Falle der Zwangsvollstreckung rückständigen Arbeitsentgelts bei Zustellung der Pfändungsbeschlüsse, bereits zahlungsunfähig und fällt dies in den oben genannten Zeitraum, kann der Insolvenzverwalter die Rückzahlung vom Arbeitnehmer zur Masse verlangen. Der Rückforderungsanspruch unterfällt keinen tariflichen Ausschlussfristen, so das BAG im Gegensatz zur Vorinstanz.

*BAG vom 24.10.2013 - 6 AZR 466/12, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Nürnberg vom 30.04.2012 - 7 Sa 557/11; zit. nach PM des BAG Nr. 66/13*

**BAG vom 24.10.2013 - 6 AZR 854/11 Namensliste im Interessenausgleich nach § 125 Abs. 1 InsO geht gleichzeitig enthaltener AuswahlRL vor**

Arbeitgeber und Betriebsrat können Auswahlrichtlinien im Sinn von § 1 Abs.

aufrufs seiner Gewerkschaft an die Belegschaft zu nutzen. Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, die Verbreitung von Streikaufrufen über ihr Intranet gemäß zu dulden. Von ihm könne nicht verlangt werden, durch eigene Betriebsmittel die koalitionspezifische Betätigung eines Arbeitnehmers in einem gegen ihn gerichteten Arbeitskampf zu unterstützen. *BAG vom 15.10.2013 - 1 ABR 31/12, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 31.01.2012 - 7 TaBV 1733/11; zit. nach PM des BAG Nr. 62/13*

**Hinweis:** damit ist die Entscheidung vom 20.01.2009 – 1 AZR 515/08 jedoch nicht überholt, wonach eine Gewerkschaft berechtigt ist, E-Mails von außen an die betrieblichen E-Mail-Adressen der Mitarbeiter zu senden

**BAG vom 15.10.2013 - 9 AZR 564/12 Anspruch auf Wiedereinstellung auch bei zwischenzeitlicher Weiterübertragung**

Gibt ein Arbeitgeber anlässlich des Übergangs eines Betriebsteils auf einen anderen Inhaber unter bestimmten Voraussetzungen den vom

Arbeitgeberwechsel betroffenen Arbeitnehmern ein unbefristetes Rückkehrrecht, haben diese Anspruch auf die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem bisherigen Arbeitgeber, wenn die in der Rückkehrzusage genannten Bedingungen erfüllt sind. Die Bezeichnung des neuen Inhabers ist so auszulegen, dass sie auch weitere Rechtsnachfolger erfasst. Folge der Ausübung des Rückkehrrechtes ist, dass die Arbeitnehmer so zu stellen sind, als wären sie durchgehend beim ursprünglichen Arbeitgeber (Land) beschäftigt gewesen.

*BAG vom 15.10.2013 - 9 AZR 564/12, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 01.06.2012 - 6 Sa 251/12 und 6 Sa 350/12; zit. nach PM des BAG Nr. 62/13*

**BAG vom 26.09.2013 - 8 AZR 775/12 Regelung des § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II zum Übergang eines Arbeitsverhältnisses auf eine sog. Optionskommune verfassungswidrig?**

Der Achte Senat des BAG hält § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II für verfassungswidrig. Nach dieser Vorschrift geht das Arbeitsverhältnis eines bei der Agentur für Arbeit beschäftigten Arbeitnehmers, der seit mindestens zwei Jahren Tätigkeiten nach dem SGB II ("Hartz IV")

wahrgenommen hat, ohne Widerspruchsmöglichkeit auf einen kommunalen Träger über, wenn diese Aufgaben auf Antrag des kommunalen Trägers durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales auf diesen übertragen werden. Das Verfahren wurde daher ausgesetzt, um eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, ob § 6c Abs. 1 Satz 1 SGB II wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig ist. *BAG vom 26. September 2013 - 8 AZR 775/12, Vorinstanz: LAG Sachsen-Anhalt vom 4. Juni 2012 - 6 Sa 388/11; zit. nach PM des BAG Nr. 59/13*

**BAG vom 25.09.2013 - 10 AZR 270/12 Verpflichtung zur Nutzung einer elektronischen Signaturkarte**

Ein Arbeitgeber kann von seinem Arbeitnehmer die Beantragung einer (persönlichen) qualifizierten elektronischen Signatur und die Nutzung einer elektronischen Signaturkarte verlangen, wenn

**... Wiedereinstellung – Signaturkarte – Optionskommune - Werkvertrag**

dies für die Erbringung der Arbeitsleistung erforderlich und dem Arbeitnehmer zumutbar ist. Dies war vorliegend zu bejahen, da zu den Arbeitsaufgaben der Klägerin gehört, Ausschreibungen in elektronischer Form auf der Vergabeplattform des Bundes vorzunehmen, was nur mit qualifizierter elektronischer Signatur möglich ist. Der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei der Klägerin zumutbar, insbesondere da es eine Haftungsfreistellung und ein Verbot, die gewonnenen Daten zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle durch den Arbeitgeber zu verwenden gebe.

*BAG vom 25.09.2013 - 10 AZR 270/12, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 12.09.2011 - 8 Sa 355/11; zit. nach PM des BAG Nr. 56/13*

**BAG vom 25.09.2013 - 10 AZR 282/12 Abgrenzung von Arbeits- und Werkvertrag – ohne geschuldetes abnahmefähiges Werk kein Werkvertrag**

Nach § 631 BGB wird der Unternehmer durch einen Werkvertrag zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Gegenstand des Werkvertrags ist die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg.

Gegenstand eines Dienstvertrags nach § 611 Abs. 1 BGB ist dagegen die Tätigkeit als solche. Bei einem Arbeitsverhältnis wird die vereinbarte Tätigkeit weisungsgebunden, dh. in persönlicher Abhängigkeit geleistet. Welches Rechtsverhältnis vorliegt, ist anhand einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend. Vorliegend ließ bereits die Gestaltung des „Werkvertrags“ erkennen, dass nicht die Herstellung einer Sache oder eines Erfolgs, sondern eine bestimmte Tätigkeit geschuldet war. Auch habe das LAG die Kumulation und Verdichtung der Bindung des Klägers in einer Gesamtschau als Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit gewertet, was revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sei.

*BAG vom 25. September 2013 - 10 AZR 282/12, Bestätigung von LAG München vom 23.11.2011 - 5 Sa 575/10; zit. nach PM des BAG Nr. 55/13*

**BAG vom 11.09.2013 - 7 AZR 107/12**

**Befristung eines Arbeitsvertrags mit „Optionskommune“ kann nicht auf „Experimentierklausel“ des § 6a SGB II gestützt werden**

§ 6a SGB II eröffnete bundesweit höchstens 69 kommunalen Trägern - den sog. Optionskommunen - die Möglichkeit, auf Antrag anstelle der Bundesagentur für Arbeit als Träger der Leistungen im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende zugelassen zu werden. Das Optionsmodell war zunächst auf die Zeit vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2010 begrenzt. Im August 2010 wurden die Zulassungen unter bestimmten Voraussetzungen über den 31. Dezember 2010 hinaus unbefristet verlängert. Auch die ursprüngliche Befristung dieses Modells genügt nicht als Befristungsgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG (nur vorübergehender Bedarf).

*BAG vom 11.09.2013 - 7 AZR 107/12, Aufhebung von LAG Niedersachsen vom 06.12.2011 - 11 Sa 802/11; zit. nach PM des BAG Nr. 53/13*

**BAG vom 29.08.2013 - 2 AZR 809/12 Betriebsbedingte Kündigung - freier Arbeitsplatz im Ausland nicht relevant**

Eine eventuell mögliche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit eines zur Kündigung

anstehenden Arbeitnehmers im Ausland hindert die Kündigung grundsätzlich nicht. Die aus § 1 Abs. 2 KSchG folgende Verpflichtung bezieht sich grundsätzlich nicht auf freie Arbeitsplätze in einem im Ausland gelegenen Betrieb des Arbeitgebers.

Der Senat hat jedoch darauf hingewiesen, dass nicht zu entscheiden war, ob dies auch gilt, falls der Arbeitgeber seinen Betrieb als Ganzen oder einen Betriebsteil unter Wahrung der Identität verlagert.

BAG vom 29.08.2013 - 2 AZR 809/12, Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 5. Juli 2012 - 15 Sa 759/12; zit. nach PM des BAG Nr. 52/13

**BAG vom 22.08.2013 - 8 AZR 574/12 Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung – keine Interessenkollision des SchwbV, selbst wenn Mitbewerber**

Bei der Entscheidung über die Bewerbung von schwerbehinderten Menschen ist die Schwerbehindertenvertretung selbst dann zu beteiligen, wenn die Vertrauensperson der Schwerbehinderten ebenfalls zu den Bewerbern gehört.

**BAG:** "Die Vertretung der Vertrauensperson durch das stellvertretende Mitglied wegen Betroffenheit in eigener Sache sieht das Gesetz gerade nicht vor. Anders als § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG für die Vertretung eines ordentlichen Betriebsratsmitglieds durch ein Ersatzmitglied (...) nur von der Verhinderung der Vertrauensperson durch Abwesenheit oder Wahrnehmung anderer Aufgaben"

BAG vom 22.08.2013 - 8 AZR 574/12, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Berlin-Brandenburg vom 16.11.2011 - 24 Sa 1606/11; zit. nach PM des BAG Nr. 50/13

**BAG vom 21.08.2013 - 4 AZR 933/11 Eingruppierung eines/r Bezirkssozialarbeiter/in – Heraushebungsmerkmal muss nicht die Hälfte der Arbeitszeit ausmachen**

Ein(e) Bezirkssozialarbeiter/in ist in der EG S 14 des TVöD-BT-V/VKA eingruppiert, wenn er/sie in rechtlich erheblichem Ausmaß bei seiner/ihrer Tätigkeit „Entscheidungen zur Vermeidung der Gefährdung des Kindeswohls“ trifft und „in Zusammenarbeit mit dem Familien- bzw. Vormundschaftsgericht Maßnahmen“

einleitet, welche zur Gefahrenabwehr erforderlich sind. Diese Tätigkeit bildet einen auf ein einheitliches Arbeitsergebnis gerichteten großen Arbeitsvorgang. Es ist ausreichend, wenn die Heraushebungsmerkmale in rechtserheblichem Ausmaß anfallen, dies muss nicht mehr als die Hälfte der Arbeitszeit ausmachen. Ausreichend ist, dass ein sinnvolles Arbeitsergebnis ohne das Erfüllen des tariflichen Merkmals nicht erzielt werden kann.

BAG vom 21.08.2013 - 4 AZR 933/11, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 13.10.2011 - 5 Sa 398/11 E; zit. nach PM des BAG Nr. 48/13

**BAG vom 10.07.2013 - 7 ABR 91/11 Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats beim nicht nur vorübergehenden Einsatz von Leiharbeitnehmern möglich**

Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs kann seine Zustimmung zum Einsatz von Leiharbeitnehmern nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verweigern, wenn diese dort nicht nur vorübergehend eingesetzt werden sollen.

Offen blieb eine genaue Abgrenzung des Begriffs „vorübergehend“, da der Arbeitgeber beabsichtigte, die Leiharbeiterin ohne jegliche zeitliche Begrenzung statt einer Stammkraft einzusetzen, was auf je-

den Fall nicht mehr „vorübergehend“ war.

BAG vom 10.07.2013 - 7 ABR 91/11, Aufhebung von LAG Niedersachsen vom 16.11.2011 - 17 TaBV 99/11; zit. nach PM des BAG Nr. 46/13

**BAG vom 10.07.2013 - 10 AZR 915/12 Auswahlentscheidung bei Versetzungen muss auch bezüglich der Auswahlgruppe billigem Ermessen entsprechen – früher befristet gewesen zu sein ist kein zulässiges Abgrenzungskriterium**

Will ein Arbeitgeber Beschäftigte aus dienstlichen Gründen versetzen, so hat er bei der Auswahl die Grundsätze billi-

gen Ermessens zu beachten. Eine Auswahl, die nur Beschäftigte einbezieht, die vorher befristete Arbeitsverträge hatten und die unbefristet zu übernehmen waren, weil die Befristung rechtswidrig war, ist unzulässig. Wieder einmal war es die Bundesagentur für Arbeit, die vorliegend die Wegversetzung auf Mitarbeiter beschränken wollte, die dem sog.

Entfristungsüberhang angehören. BAG: vom 10.07.2013 - 10 AZR 915/12, Bestätigung von Sächsisches LAG vom 14.09.2012 - 2 Sa 356/12; zit. nach PM des BAG Nr. 45/13

**BAG vom 09.07.2013 und 15.04.2014 - 1 ABR 2/13 und vom 22.01.2014 – 7 AS 6/13**

**Der erste Senat kündigt Rechtsprechungsänderung an – Tagesordnung kann einstimmig erweitert werden auch wenn nicht alle Betriebsratsmitglieder anwesend sind**

Hier ging im Juli eine Anfrage an den siebten Senat, da dieser früher strenger geurteilt hatte. Der Erste Senat erklärte diesem gegenüber, er möchte die Auffassung vertreten, dass die Ladung zu einer Betriebsratssitzung ohne Mitteilung der Tagesordnung nicht zur Unwirksamkeit eines in dieser Betriebsratssitzung gefassten Beschlusses führt, wenn sämtliche Mitglieder des Betriebsrats rechtzeitig geladen sind, der Betriebsrat beschlussfähig iSd. § 33 Abs. 2 BetrVG ist und die anwesenden Betriebsratsmitglieder einstimmig beschlossen haben, über den Regelungsgegenstand des später gefassten Beschlusses zu beraten und abzustimmen. Nicht mehr erforderlich sollte sein, dass in dieser Sitzung alle Betriebsratsmitglieder anwesend sind.

BAG vom 09.07.2013 - 1 ABR 2/13, Ankündigung einer Aufhebung von Hessisches LAG vom 17.09.2012 - 6 TaBV 109/11; zit. nach PM des BAG Nr. 44/13

**Hinweis:** der siebte Senat hat dem zwischenzeitlich mit Beschluss vom 22.01.2014 – 7 AS 6/13 zugestimmt. Dann hat der Erste Senat sein o.g. Verfahren am 15.4.2014 unter Zugrundelegung der o.g. Auffassung entschieden.

Bearbeitung: RA M. Fleischmann  
– Juni 2014

**mehr Rechtsprechung und Infos unter:  
www.sfm-arbeitsrecht.de  
und bei twitter: @sfmarbeitsrecht**



# Die (ordentliche) verhaltensbedingte Kündigung

## - eine kurze Übersicht zu inhaltlichen Anforderungen -

Die sog. verhaltensbedingte Kündigung kommt in der Praxis oft in Form einer sog. fristlosen bzw. außerordentlichen Kündigung vor, aber auch als ordentliche Kündigung, also unter Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist. Die hier besprochene ordentliche verhaltensbedingte Kündigung begründet sich nach **§ 1 II 1 KSchG** in **Gründen, die in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen**.

Nötig ist also ein Verstoß des Arbeitnehmers gegen arbeitsvertragliche Pflichten, d. h. gegen dessen Hauptpflicht, die Arbeitsleistung, oder sog. Nebenpflichten, die sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben.

Für eine wirksame verhaltensbedingte Kündigung muss dieser Verstoß des Arbeitnehmers rechtswidrig und schuldhaft sein.

Unabhängig von der inhaltlichen Bewertung **gilt: Wird vom Mitarbeiter nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erhoben, so ist die Kündigung wirksam!** Eine spätere Überprüfung durch das Arbeitsgericht ist grundsätzlich NICHT möglich!

Im Rahmen einer Kündigungsschutzklage wird sodann vom Arbeitsgericht geprüft, ob wirklich die Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Kündigung gegeben sind oder ob diese sich nach gerichtlicher Überprüfung in einem zu fällenden Urteil als unwirksam herausstellt mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht.

Hierbei erfolgt die inhaltliche Überprüfung des Arbeitsgerichtes in 2 Stufen:

Zunächst muss das Arbeitsgericht in der ersten Stufe feststellen, ob überhaupt ein möglicher Kündigungsgrund vorliegt, anschließend wird in der zweiten Stufe eine Interessensabwägung vorgenommen.

Die allgemeinen Voraussetzungen einer verhaltensbedingten Kündigung sind:

### a) Verstoß gegen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer

Einzelfälle der verhaltensbedingten Kündigung sind beispielsweise Arbeitsverweigerung, insbesondere der eigenmächtige Urlaubsantritt, „notorische“ Unpünktlichkeit, bewusste Schlechtleistung, Beleidigung von Vorgesetzten oder Kollegen.

**b) Relevanz der Pflichtverletzung für die Zukunft** (sog. Prognoseprinzip: es muss also auch in Zukunft mit vergleichbaren Störungen des Arbeitsverhältnisses zu rechnen sein)

### c) Zeitaspekt

Zwar gibt es bei der ordentlichen, also fristgemäßen verhaltensbedingten Kündigung keine Ausschlussfrist wie bei der fristlosen Kündigung in § 626 II BGB, jedoch ist seitens des Arbeitgebers eine Verwirkung des Kündigungsrechts möglich und kann Zeitablauf unter Umständen auch dazu führen, dass keine Negativprognose mehr für das Verhalten des Arbeitnehmers in der Zukunft gegeben ist.

### d) Ultima Ratio – kein milderes Mittel

Zu beachten ist weiterhin, dass nach dem Ultima-Ratio-Prinzip die Kündigung immer das letzte Mittel sein soll, das heißt mildere Mittel genießen den Vorrang. Auch ein Verstoß gegen das Ultima-Ratio-Prinzip kann die Unwirksamkeit einer Kündigung begründen. Als mildere Mittel kämen beispielsweise in Betracht:

- ein klärendes Gespräch (hier kann teilweise auch eine Selbstbindung des Arbeitgebers angenommen werden, wenn er solch ein Gespräch bei anderen Arbeitnehmern bei bestimmten Anlässen vorgenommen hat, vgl. Kittner u.a., KSchR, 9. Auflage, § 1 KSchG, Rn. 243)
- eine Abmahnung
- eine Versetzung
- die Entziehung eines betrieblichen Privilegs, falls die Pflichtverletzung mit diesem in Zusammenhang steht (vgl. aaO, Rn. 242).

Der Maßstab soll hier das Verhalten eines ruhig und verständig urteilenden Arbeitgebers sein.

**Kündigung  
als letztes,  
nicht erstes Mittel**



Grundsätzlich ist – bis auf wenige Ausnahmen – vor Ausspruch einer verhaltensbedingten, ordentlichen Kündigung eine **vorherige Abmahnung** erforderlich.

#### e) Interessensabwägung

Abschließend – also wenn nach den bereits ausgeführten Voraussetzungen ein ausreichender Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung zu bejahen wäre – ist in der sog. Interessensabwägung noch zu prüfen, ob die Kündigung unter Zugrundelegung aller maßgeblichen Umstände im Einzelfall gerechtfertigt ist und das Interesse des Arbeitgebers an der Kündigung das Be-

standsschutzinteresse des Arbeitnehmers überwiegt. Im Rahmen dieser Abwägung sprechen beispielsweise zugunsten des Arbeitnehmers seine (bis dato störungsfreie) Betriebszugehörigkeit und seine Lebenssituation, zugunsten des Arbeitgebers insbesondere die Schwere des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie die tatsächlichen Störungen im Betrieb aufgrund des Fehlverhaltens des Mitarbeiters.

*Stefanie Duffner, RAin*

## Bündnis gegen Ausnahmen beim Mindestlohn

Auch die Schlacht um den Mindestlohn ist noch nicht geschlagen. Die die früher ganz dagegen waren, versuchen nun, wenigstens noch Ausnahmen einzubauen. Ein Bündnis gegen Ausnahmen beim Mindestlohn haben nun 18 Organisationen (AbL – Die bäuerliche Interessenvertretung, ALSO Oldenburg, Arbeiterwohlfahrt, Bundesverband e.V. Deutscher Bundesjugendring, Deutscher Frauenrat, Deutscher Gewerkschaftsbund, Erwerbslosen Forum Deutschland, Evangelischer Fachverband für Arbeit und soziale Integration e. V., Evangelische Obdachlosenhilfe in Deutschland e.V., Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten, Koordinierungsstelle gewerkschaftliche Arbeitslosengruppen, Katholische Arbeitnehmer-Bewegung, Naturfreunde Deutschland e.V., Sozialverband Deutschland e.V., Tacheles e.V., Vereinigung demokratischer Juristinnen und Juristen e.V., Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di) geschlossen. Der Aufruf findet sich unter <http://www.dgb.de/presse/++co++b6581068-e5a8-11e3-b67f-52540023ef1a>

Eine 48-seitige Info-Broschüre ist unter [www.dgb-bestellservice.de/besys\\_dgb/pdf/DGB201038.pdf](http://www.dgb-bestellservice.de/besys_dgb/pdf/DGB201038.pdf) zu finden und eine 6-seitige ergänzende Argumentationshilfe geben wichtige Informationen [http://www.mindestlohn.de/w/files/materialien\\_und\\_logos/0506\\_argumentationshilfe-ergaenzung-final.pdf](http://www.mindestlohn.de/w/files/materialien_und_logos/0506_argumentationshilfe-ergaenzung-final.pdf)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) hat sich im WSI Report 15 mit den Auswirkungen von Mindestlohn für Langzeitarbeitslose faktenreich auseinandergesetzt und kommt zu dem Schluss, dass hier keine Ausnahmen angezeigt sind: [http://www.boeckler.de/pdf/p\\_wsi\\_report\\_15\\_2014.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_report_15_2014.pdf)

## Frisch am Tisch:

**EuGH vom 12. Juni 2014 C-118/13 (Bollacke): Urlaub ist auch im Todesfall abzugelten**

In einem Vorabentscheidungsersuchen des LAG Hamm hat der EuGH die Rechte von Erben verstorbender Arbeitnehmer gestärkt.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gibt es keinen Anspruch auf Abgeltung des bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen bezahlten Jahresurlaubs im Fall der Beendigung durch den Tod des Arbeitnehmers.

Der EuGH weist nun noch einmal ausdrücklich darauf hin, dass der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union anzusehen ist, von dem nicht abgewichen werden darf und den die zuständigen nationalen Stellen nur in den Grenzen umsetzen dürfen, die in der durch die Richtlinie 2003/88 kodifizierten Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. L 307, S. 18) selbst ausdrücklich gezogen werden (vgl. Urteile Schultz-Hoff u. a., C-350/06 und C-520/06, Rn. 22, KHS, C-214/10, Rn. 23, und Dominguez, C-282/10, Rn. 16).

Dabei stellt der Anspruch auf Jahresurlaub an sich nur einen der beiden Aspekte eines wesentlichen Grundsatzes des Sozialrechts der Union dar, daneben gehe es auch um die Bezahlung

Der vom Unionsgesetzgeber u. a. in Art. 7 der RL 2003/88 verwendete Begriff des bezahlten Jahresurlaubs bedeute nämlich, dass für die Dauer des Urlaubs im Sinne dieser Vorschrift das Entgelt für den Arbeitnehmer beizubehalten ist. Mit anderen Worten muss der Arbeitnehmer in dieser Ruhe- und Entspannungszeit das gewöhnliche Entgelt weiterbeziehen (vgl. bereits Urteile Robinson-Steele u. a., C-131/04 und C-257/04, Rn. 50, Schultzhoff u. a., Rn. 58, und Lock, C-539/12, Rn. 16).

Damit erweise sich ein finanzieller Ausgleich, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers geendet hat, als unerlässlich, um die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub sicherzustellen, der dem Arbeitnehmer nach der Richtlinie 2003/88 zusteht. fl/sfm

### **BVerwG vom 27.2.2014 - 2 C 1/13: weiterhin kein Streikrecht für Beamte**

Das Streikverbot gelte für alle Beamten gleichermaßen. Es knüpfe wie das beamtenrechtliche Regelwerk in seiner Gesamtheit nicht an den Einsatz- und Aufgabenbereich der Beamten, sondern an den Beamtenstatus an, so das Gericht in Fortführung seiner antiquierten Auffassung. Das Gericht sieht zwar den Widerspruch zur geltenden Europäischen Menschenrechtskonvention, fühlt sich jedoch nicht berufen, diesen aufzulösen, sondern verweist auf den Gesetzgeber, hier die notwendige Differenzierung vorzunehmen. fl/sfm

### **LAG SH vom 06.05.2014 - 1 Sa 421/13: Kündigung wegen privater Internetnutzung ohne vorherige Abmahnung**

Umfangreiche unerlaubte private Internetnutzung kann zu Kündigung ohne Abmahnung führen, so das LAG Schleswig-Holstein im Falle eines Arbeitnehmers, der seit 21 Jahren beschäftigt war. Er hatte nicht nur gesurft, sondern auch umfangreich Dateien heruntergeladen und dabei share-Plattformen benutzt.

Die Entscheidung folgt offensichtlich der Entscheidung des BAG vom 12.01.2006 -2 AZR 179/05, in der bereits ausgeführt war, dass das Abmahnungserfordernis bei ganz offensichtlichen Verstößen und erheblichem Umfang auch entfallen könne.

Damals hatte das BAG festgestellt: *Eine Abmahnung ist auch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft - trotz Abmahnung - nicht erwartet werden kann oder es sich um eine solche schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei der eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen werden kann.*

Da die neue Entscheidung des LAG SH bisher noch nicht im Volltext vorliegt, werden die genauen Details der Begründung abzuwarten sein. fl/sfm

#### **Impressum:**

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht, sendlinger str. 46, 80331 münchen tel.: +49 (0) 89 - 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 - 23 000 511 - mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

Redaktion: Michael Fleischmann (verantwortlich i.S.d.P.), Stefanie Duffner, Angelika Daumoser, Dank auch an die Korrekturleser/innen

Hinweis: Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden. Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

alte Ausgaben der sfm-aktuell unter <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/start/archiv.php> Mehr Entscheidungen, insbes. vom ArbG und LAG München unter: <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/mandanteninfo.html> Benutzernamen „Betriebsrat“ und Passwort „sfm-muc“

**Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet**