

# Anwaltskanzlei Grimme & Partner



## SONDERNEWSLETTER ARBEITSRECHT

### Aus dem Inhalt:

Kein Mindestlohn im reinen LKW-  
Transitverkehr

**Seite 3**

*Schlagworte:* Mindestlohngesetz (MiLoG), Mindestlohn,  
LKW-Transitverkehr Deutschland

Unwirksamkeit von Ausschlussfristen nach  
§ 3 Satz 1 MiLoG

**Seite 3**

*Schlagworte:* Ausschlussfristen, MiLoG, bestehende  
Arbeitsverträge, neue Arbeitsverträge, Anpassungsemp-  
fehlung

Alkoholabhängigen Berufskraftfahrern kann  
selbst bei Trunkenheitsfahrt nicht ohne Wei-  
teres gekündigt werden

**Seite 4**

*Schlagworte:* Berufskraftfahrer, Trunkenheit, Alkoholab-  
hängigkeit, Therapiewille, Abmahnung, verhaltensbe-  
dingte Kündigung

Beauftragung von Kraftfahrer, der ohne ei-  
genen LKW fährt, ist kein Frachtvertrag

**Seite 5**

*Schlagworte:* Scheinselbständigkeit, Frachtvertrag,  
Kraftfahrer ohne eigenen LKW

Observation durch einen Detektiv mit  
heimlichen Videoaufnahmen

**Seite 6**

*Schlagworte:* Arbeitnehmerüberwachung durch  
Detektiv, (begründeter) Verdacht vorgetäuschter  
Erkrankung, Entschädigungsanspruch

Verdachtskündigung eines Berufsausbil-  
dungsverhältnisses

**Seite 7**

*Schlagworte:* Berufsausbildungsverhältnis, fristlose  
Verdachtskündigung, Anhörung

Sexuelle Belästigung zieht nicht zwangs-  
läufig eine fristlose Kündigung nach sich

**Seite 8**

*Schlagworte:* Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz  
(„Busengrabschen“), fristlose Kündigung, Abmah-  
nung

Arbeitnehmer haben keinen Anspruch  
auf Hinzuziehung eines Rechtsbeistands  
zum BEM

**Seite 10**

*Schlagworte:* Betriebliches Eingliederungsmanage-  
ment („BEM“), kein Recht auf Hinzuziehung eines  
Rechtsbeistands durch Arbeitnehmer, Waffen-  
gleichheit

Einschlafen bei der Arbeit rechtfertigt nicht ohne weiteres eine Kündigung

**Seite 11**

*Schlagworte: Einschlafen während der Arbeit, außerordentliche Kündigung, Abmahnung, Einschlägigkeit vorangegangener Abmahnungen*

Arbeitszeugnis: Arbeitnehmer müssen überdurchschnittliche Leistung beweisen

**Seite 11**

*Schlagworte: Arbeitszeugnis, durchschnittliche Zeugnisnote = befriedigend, Beweislast für überdurchschnittliche Leistung beim Arbeitnehmer*

Arbeitgeber muss nach leicht vermeidbarer Strafanzeige Anwaltskosten des Arbeitnehmers erstatten

**Seite 12**

*Schlagworte: Werttransportunternehmen, Rechtsanwaltskosten nach Strafanzeige gegen Arbeitnehmer, Aufklärungspflicht, Fürsorgepflicht*

Betriebsrat muss der Einrichtung einer Facebook-Seite für das Unternehmen nicht zustimmen

**Seite 13**

*Schlagworte: Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Facebook-Seite, Technische Einrichtung, Überwachung der Arbeitnehmer*

Keine doppelten Urlaubsansprüche bei Arbeitgeberwechsel im laufenden Jahr

**Seite 13**

*Schlagworte: Urlaubsansprüche, Arbeitgeberwechsel, Urlaubsbescheinigung, Urlaubsabgeltung*

Ihre Ansprechpartner

**Seite 15**

## **Kein Mindestlohn im reinen LKW-Transitverkehr**

Die Bundesregierung setzt die Anwendung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) auf ausländische LKW-Fahrer im reinen Transitverkehr durch Deutschland vorerst aus. Hierüber hat sich Bundesarbeitsministerin Nahles am 30.1.2015 mit ihrem polnischen Amtskollegen verständigt. Die Interimslösung gilt bis zur Klärung europarechtlicher Fragen zur Anwendung des MiLoG auf den Verkehrsbereich.

Die Kernpunkte der Übergangslösung im Überblick:

### Sachlicher Anwendungsbereich:

Die Übergangslösung gilt nur für den reinen LKW-Transitverkehr durch Deutschland. Nicht erfasst werden der grenzüberschreitende Straßenverkehr mit Be- und Entladung in Deutschland sowie die sog. Kabotagebeförderung (binnenländische Güterbeförderung durch ausländische Frachtführer).

### Keine Kontrollen:

Die Kontrollen durch die staatlichen Behörden zur Überprüfung des MiLoG werden im Bereich des reinen Transits ausgesetzt.

### Keine OWi-Verfahren:

Ordnungswidrigkeitenverfahren nach dem MiLoG werden nicht eingeleitet. Sind bereits Verfahren eingeleitet worden, werden diese eingestellt.

### Aufzeichnungspflichten:

Für den reinen Transitbereich sind derzeit keine Meldungen bzw. Einsatzplanungen sowie Aufzeichnungen auf der Grundlage des MiLoG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen abzugeben oder zu erstellen.

### Zeitlicher Anwendungsbereich:

Diese Übergangslösung gilt, bis die europarechtlichen Fragen geklärt sind. Die EU-Kommission hat hierzu am 21.1.2015 ein sog. Pilotverfahren eingeleitet, an dem Deutschland freiwillig teilnimmt und dessen Ergebnis zwischen April und Juni 2015 erwartet wird. Wird in diesem Verfahren keine Lösung gefunden, kann die EU-Kommission ein offizielles Vertragsverletzungsverfahren einleiten.

*Schlagworte: Mindestlohngesetz (MiLoG), Mindestlohn, LKW-Transitverkehr Deutschland*

## **Unwirksamkeit von Ausschlussfristen nach § 3 Satz 1 MiLoG**

Nach § 3 Satz 1 MiLoG sind Vereinbarungen, die den Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, unwirksam.

Diese Regelung kann so ausgelegt werden, dass arbeits- oder tarifvertragliche Ausschluss- oder Verfallsfristen nur dann keine Anwendung finden, soweit der Mindestlohnanspruch betroffen ist. Daraus können sich aber nicht nur Folgen für den Mindestlohnanspruch als solchen ergeben. Sollte das Gesetz tatsächlich so zu verstehen sein, dass es einen unantastbaren Sockelbetrag absichert, werden in allen Arbeitsverhältnissen die vereinbarten Ausschlussfristen, die in den Anwendungsbereich des MiLoG fallen, im Umfang des Mindestlohns wirkungslos. Auch gegenüber Arbeitnehmern mit hohen Gehältern könnten dann Ausschlussfristen nicht mehr den gesamten Entgeltanspruch vernichten.

Jeder Arbeitnehmer würde im Umfang des Mindestlohns von gegenwärtig 8,50 € seine Entgeltforderung - im Rahmen der nach wie vor gültigen allgemeinen Verjährungseinrede nach §§ 195, 199 BGB - behalten, wobei bislang die deutlich kürzeren Ausschlussfristen den gesamten Entgeltanspruch vernichtet hätten. Jedem Arbeitnehmer würde ohne Rücksicht auf die Höhe seines Einkommens, dieser Sockelanspruch in Höhe des Mindestlohns verbleiben.

Die Auswirkungen des § 3 Satz 1 MiLoG in der Praxis wären bei dieser Betrachtungsweise durchaus nicht unerheblich. Denn Ausschlussfristen sind in der Praxis üblich und weitverbreitet. Sie finden sich nicht nur in Arbeitsverträgen und Betriebsvereinbarungen, sondern insbesondere auch in einer Vielzahl von Tarifverträgen. Auch diese würden im Umfang des Mindestlohns wirkungslos.

Für arbeitsvertraglich vereinbarte Ausschlussfristen gilt ab dem 1.1.2015, dass diese den Anspruch auf den Mindestlohn in Höhe von 8,50 € nicht mehr vernichten können. Eine Gesamtnichtigkeit der entsprechenden Klauseln in Formulararbeitsverträgen tritt dadurch aber nicht automatisch ein, weil § 3 Satz 1 MiLoG diese Folge nicht vorschreibt.

### **Anmerkung:**

Es ist also durchaus möglich, mit den bereits aus der Rechtsprechung des BAG bekannten und angewendeten Grundsätzen des AGB-Rechts die Unwirksamkeit von solchen „Altklauseln“ zu vermeiden. Für die Zukunft hingegen bestehen größere Bedenken mit Blick auf das bestehende Transparenzgebot solcher Klauseln.

Grundsätzlich kann die Rechtsprechung zwar auch hier selbst dazu kommen, eine Gesamtnichtigkeit der Klausel zu vermeiden. Um jedoch jegliches (Rest-) Risiko wirksam auszuschließen, ist in jedem Fall anzuraten, die Ausschlussfristen in den neu abzuschließenden Arbeitsverträgen an das MiLoG anzupassen.

*Schlagworte: Ausschlussfristen, MiLoG, bestehende Arbeitsverträge, neue Arbeitsverträge, Anpassungsempfehlung*

## **Alkoholabhängigen Berufskraftfahrern kann selbst bei Trunkenheitsfahrt nicht ohne weiteres gekündigt werden**

Ein Berufskraftfahrer verletzt in erheblicher Weise seine arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten, wenn er unter Alkoholeinfluss fährt. Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt aber trotzdem nicht in Betracht, wenn der Arbeitnehmer alkoholabhängig und ernsthaft zu einer Alkoholtherapie bereit ist. In einem solchen Fall ist es dem Arbeitgeber in der Regel zuzumuten, das Fehlverhalten nur abzumahnern und das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Arbeitnehmer war bei dem Beklagten als Berufskraftfahrer beschäftigt und verursachte mit seinem Lkw unter Alkoholeinfluss (0,64 Promille) einen Unfall. Hierbei wurde der Unfallgegner verletzt und es entstand ein größerer Sachschaden. Im Betrieb bestand ein absolutes Alkoholverbot.

Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wegen dieser Trunkenheitsfahrt verhaltensbedingt ordentlich. Das Landesarbeitsgericht (LAG) war der Ansicht, dass die ausgesprochene ordentliche Kündigung nicht sozial gerechtfertigt ist. Ein Berufskraftfahrer verletzt zwar seine arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten in erheblichem Maße, wenn er das ihm überlassene Kraftfahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr unter Alkoholeinfluss führt. Beruht dieses Verhalten aber auf einer Alkoholabhängigkeit, ist dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Vertragspflichtverletzung kein Schuldvorwurf zu machen.

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist dann nur möglich, wenn anzunehmen ist, dass der Arbeitnehmer wegen der Alkoholabhängigkeit seinen arbeitsvertraglichen Pflichten dauerhaft nicht erfüllen kann. Dies ist nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung ernsthaft zu einem Entzug im Rahmen einer Alkoholtherapie bereit ist. Bei bestehender Therapiebereitschaft kann vom Arbeitgeber regelmäßig erwartet werden, dass er das Fehlverhalten nur abmahnt und das Arbeitsverhältnis fortsetzt (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.8.2014, Az.: 7 Sa 852/14).

### **Anmerkung:**

Selbst in einem solchen - eigentlich eindeutigen - Fall ist daher vor Ausspruch der Kündigung sorgfältig zu prüfen, ob eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung wirksam ausgesprochen werden kann.

*Schlagworte: Berufskraftfahrer, Trunkenheit, Alkoholabhängigkeit, Therapiewille, Abmahnung, verhaltensbedingte Kündigung*

## **Beauftragung von Kraftfahrer, der ohne eigenen Lkw fährt, ist kein Frachtvertrag**

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des neuen Mindestlohngesetzes suchen Unternehmen der Transportbranche nach Möglichkeiten, Transportaufträge ohne Beauftragung von Subunternehmern kostengünstig durchzuführen. Häufig wird hier in Spitzenzeiten, während des Urlaubs oder der Erkrankung der eigenen angestellten Fahrer nach Aushilfskräften gesucht.

Vorsicht ist dabei jedenfalls dann geboten, wenn vermeintlich selbstständige Fahrer auf eigenen Lkws des Auftraggebers eingesetzt werden sollen.

Auf dem Markt bieten seit Jahren Fahrer mit den entsprechenden Qualifikationen (Führerschein der Klassen C1, C1E, C, CE und Bescheinigung nach BKrFQG, eigene Güterkraftverkehrslizenz) ihre Dienste an.

Sofern diese über ein eigenes Fahrzeug verfügen, regelmäßig für mehrere Auftraggeber tätig werden, ansonsten nicht in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingebunden sind und Weisungen grds. nur hinsichtlich der Art der konkreten Beförderung unterliegen, werden diese zumeist von den Sozialversicherungsträgern auch als selbstständig eingestuft.

Um aber auch den Einsatz auf eigenen Fahrzeugen der Kunden zu ermöglichen, haben sich seit einiger Zeit selbstständige Kraftfahrer als Unternehmer in verschiedenen Rechtsformen zusammengeschlossen und bieten hier die „Vermitt-

lung“ solcher Tätigkeiten ihrer ausschließ-lich selbstständigen Mitglieder an, sei es in Form einer BGB-Gesellschaft, OHG, GmbH oder sogar einer AG.

Für Auftraggeber ist eine Beauftragung dieser „Unternehmer“ nach wie vor mit dem großen Risiko behaftet, dass diese Verträge z.B. im Falle einer Betriebsprüfung nicht als Frachtverträge, sondern als Arbeitsverträge eingestuft werden. Maßgebliches Kriterium hierfür ist, dass der Fahrer die Leistung persönlich erbringt und mangels des Einsatzes eigener Betriebsmittel – Stichwort fehlendes Fahrzeug – kein eigenes unternehmerisches Risiko trägt (vgl. Sozialgericht Würzburg, Urteil vom 16. Juni 2009, Az. S 2 R 55/08 E). Hieran ändert dann auch das Vorhalten einer eigenen Güterkraftverkehrslizenz und der Zusammenschluss mit anderen Fahrern nichts.

#### **Anmerkung:**

Auch wenn es sehr verlockend erscheinen mag und die Anbieter durch deren rechtliche Gestaltung und Werbung eine risikolose Beauftragung suggerieren mögen, ist hiervon in diesen Fällen dringend abzuraten. Das Risiko der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für maximal 4 Jahre bis hin zu strafrechtlichen Konsequenzen ist nicht zu unterschätzen.

Sinnvoller erscheint stattdessen die Beauftragung von Subunternehmern mit eigenem Fahrzeug oder der Einsatz von Leiharbeitnehmern eines lizenzierten Unternehmens der Arbeitnehmerüberlassung.

Gegebenenfalls kann über die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund zuvor für den betreffenden Fahrer ein Statusfeststellungsverfahren durchgeführt werden.

*Schlagworte: Scheinselbständigkeit, Frachtvertrag, Kraftfahrer ohne eigenen LKW*

### **Observation durch einen Detektiv mit heimlichen Videoaufnahmen**

Ein Arbeitgeber, der wegen des Verdachts einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit einer Arbeitnehmerin einen Detektiv mit dessen Überwachung beauftragt, handelt rechtswidrig, wenn sein Verdacht nicht auf konkreten Tatsachen beruht; dies gilt auch für im Rahmen der Observation heimlich hergestellte Fotos der Arbeitnehmerin. Eine solche rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann einen Entschädigungsanspruch („Schmerzensgeld“) begründen.

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Arbeitnehmerin war bei ihrem Arbeitgeber seit Mai 2011 als Sekretärin der Geschäftsleitung beschäftigt. Ab dem 27. Dezember 2011 war sie arbeitsunfähig erkrankt, zunächst mit Bronchialerkrankungen. Danach legte sie für den Zeitraum bis 28. Februar 2012 nacheinander sechs Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor, zuerst vier eines Facharztes für Allgemeinmedizin, dann ab 31. Januar 2012 zwei einer Fachärztin für Orthopädie. Der Arbeitgeber bezweifelte die Erkrankung und beauftragte einen Detektiv mit der Observation der Arbeitnehmerin. Diese erfolgte von Mitte bis Ende Februar 2012 an vier Tagen, in deren Rahmen u. a. deren Haus, sie und ihr Mann mit Hund vor dem Haus und ihr Besuch in einem Waschsalon beobachtet und dabei auch

Videoaufnahmen erstellt wurden. Der Observationsbericht enthält elf Bilder, neun davon aus Videosequenzen.

Das Landesarbeitsgericht hat der Klage der Arbeitnehmerin auf Schmerzensgeld in Höhe von 1.000,00 Euro stattgegeben. Das Bundesarbeitsgericht hat die Entscheidung bestätigt. Die Observation einschließlich der heimlichen Aufnahmen war rechtswidrig, weil der Arbeitgeber keinen ausreichenden berechtigten Anlass zur Überwachung hatte. Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen war weder dadurch erschüttert, dass sie von unterschiedlichen Ärzten stammten, noch durch eine Änderung im Krankheitsbild oder weil ein Bandscheibenvorfall zunächst hausärztlich behandelt worden war. Auch die angenommene Höhe des Schmerzensgeldes war durch das BAG nicht zu korrigieren (BAG, Urteil vom 19. Februar 2015, Az.: 8 AZR 1007/13).

### **Anmerkung:**

Es bleibt festzuhalten, dass eine Observation eines arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmers durch einen Detektiv nur dann rechtmäßig ist, wenn sein Verdacht auf konkreten und nachvollziehbaren Tatsachen beruht. Ein einfaches „Bauchgefühl“ des Arbeitgebers reicht nicht aus. In solchen Fällen sind auch die entstandenen Kosten für die Beauftragung des Detektives nicht vom Arbeitnehmer zu erstatten.

Ob die Beauftragung eines Detektives im konkreten Fall möglich ist, sollte daher vorher einer genauen Prüfung unterzogen werden, damit sich der Arbeitgeber nicht zusätzlich einem Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers aussetzt.

*Schlagworte: Arbeitnehmerüberwachung durch Detektiv, (begründeter) Verdacht vorgetäuschter Erkrankung, Entschädigungsanspruch*

## **Verdachtskündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses**

Auch der dringende Verdacht einer schwerwiegenden Verletzung der Pflichten des Auszubildenden aus dem Ausbildungsvertrag kann einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG darstellen, wenn der Verdacht auch bei Berücksichtigung der Besonderheiten des Ausbildungsverhältnisses dem Auszubildenden die Fortsetzung der Ausbildung objektiv unzumutbar macht.

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Auszubildende absolvierte ab dem 1. August 2010 eine Berufsausbildung zum Bankkaufmann. Am 20. Juni 2011 zählte er das sich in den Nachttresorkassetten einer Filiale befindliche Geld. Später wurde ein Kassenfehlbestand von 500,00 Euro festgestellt. Nach Darstellung des Ausbilders nannte der Azubi in einem Personalgespräch von sich aus die konkrete Höhe dieses Fehlbetrags, obwohl er nur ganz allgemein auf eine unbezifferte Kassendifferenz angesprochen worden war. Der Ausbilder hat das Berufsausbildungsverhältnis wegen der durch die Offenbarung von Täterwissen begründeten Verdachts der Entwendung des Fehlbetrags außerordentlich gekündigt.

Der Azubi hielt die Kündigung für unwirksam, weil ein Berufsausbildungsverhältnis nach seiner Ansicht gar nicht

durch eine Verdachtskündigung beendet werden könne. Auch fehle es an seiner ordnungsgemäßen Anhörung. Ihm sei vor dem fraglichen Gespräch nicht mitgeteilt worden, dass er mit einer Kassendifferenz konfrontiert werden solle und er sei nicht auf die Möglichkeit der Einschaltung einer Vertrauensperson hingewiesen worden. Zudem habe der Ausbilder Pflichten aus dem Bundesdatenschutzgesetz verletzt.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat entschieden, dass die Verdachtskündigung wirksam war und das Ausbildungsverhältnis sofort beendet hat. Das BAG hat insbesondere die Anhörung des Azubi als fehlerfrei angesehen. Es bedurfte weder einer vorherigen Bekanntgabe des Gesprächsthemas noch eines Hinweises bzgl. der möglichen Kontaktierung einer Vertrauensperson. Auch Datenschutzrecht stand der Beweiserhebung und -verwertung nicht entgegen (BAG, Urteil vom 12. Februar 2015, Az.: 6 AZR 845/13).

### **Anmerkung:**

Ausbildungsverhältnisse können gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 1 Berufsbildungsgesetz (BBiG) nur außerordentlich, d. h. fristlos gekündigt werden. Es ist nach dem BAG auch eine Verdachtskündigung möglich.

Eine Verdachtskündigung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber keine zwingenden Beweise für einen Pflichtverstoß des Arbeitnehmers/Azubis hat, sondern sich nur auf Verdachtsmomente stützen kann. So zum Beispiel, wenn - wie oben dargestellt - Geld abhandengekommen ist, das unter der alleinigen Obhut eines Arbeitnehmers/Azubis stand und es kein anderer hätte an sich nehmen können. In einer solchen Lage hat der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG die Möglichkeit, eine - meist (bei

Berufsausbildungsverhältnissen immer) außerordentliche bzw. fristlose - Kündigung wegen des Verdachts auszusprechen (= Verdachtskündigung).

Bei einer Verdachtskündigung muss der Arbeitgeber vor deren Ausspruch, um die Gefahr, nicht den Falschen zu treffen, zu minimieren, zwingend eine Anhörung des Arbeitnehmers/Azubis durchzuführen, damit er vor Ausspruch der Verdachtskündigung die gegen ihn bestehende Verdachtsmomente ausräumen kann. Eine Verdachtskündigung ohne vorherige Anhörung ist immer unwirksam.

Zusätzlich muss, da eine Verdachtskündigung nahezu immer eine fristlose Kündigung ist, beachtet werden, dass die Kündigung nach endgültig feststehendem Sachverhalt und einem sich daraus ergebenden erhärtetem Verdacht innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs.2 BGB ausgesprochen werden muss.

*Schlafworte: Berufsausbildungsverhältnis, fristlose Verdachtskündigung, Anhörung*

## **Sexuelle Belästigung zieht nicht zwangsläufig eine fristlose Kündigung nach sich**

Sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz (hier: Busengrabschen) stellen grundsätzlich Verletzungen vertraglicher Pflichten dar und sind "an sich" als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Wenn die Pflichtverletzung auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers beruht, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten allein durch die Androhung von Folgen (Abmahnung) für den Be-

stand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann.

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Arbeitnehmer war bei seinem Arbeitgeber seit 1996 als Kfz-Mechaniker tätig. Im Juli 2012 traf er in den Umkleideräumen auf die ihm bislang unbekannte externe Reinigungsfrau. Während er sich Hände und Gesicht wusch führten die beiden ein Gespräch, in dessen Verlauf er zu der Frau sagte, sie habe einen schönen Busen und berührte sie an einer Brust. Die Frau erklärte, dass sie dies nicht wünsche und er ließ sofort von ihr ab und verließ den Raum.

Die Frau schilderte den Vorfall später ihrem Chef, der das Gespräch mit dem Arbeitnehmer suchte. Dieser gestand sofort und erklärte, er habe sich eine Sekunde lang vergessen. Er schäme sich, so etwas werde sich nicht wiederholen. Am selben Tag kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis dennoch außerordentlich mit sofortiger Wirkung.

In der Folge entschuldigte sich der Arbeitnehmer bei der Reinigungskraft und führte mit ihr unter Zahlung eines Schmerzensgelds einen Täter-Opfer-Ausgleich herbei. Die Frau nahm seine Entschuldigung an, das eingeleitete Ermittlungsverfahren wurde eingestellt.

Im Rahmen der Kündigungsschutzklage sagte der Arbeitnehmer, er habe den Eindruck gehabt, die Frau habe mit ihm geflirtet. Dann sei es zu einem plötzlichen "Blackout" gekommen. So unentschuldig sein Fehlverhalten sei, so rechtfertige es doch keine außerordentliche Kündigung. Eine Abmahnung hätte aus seiner Sicht ausgereicht. Der Arbeitgeber war der An-

sicht, er müsse das weibliche Personal vor weiteren sexuellen Belästigungen schützen. Außerdem sei die Entschuldigung lediglich unter dem Druck der Kündigung erfolgt.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) war der Ansicht, dass die außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat, weil es an einem wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB fehlte.

Zwar hatte der Arbeitnehmer die Frau sowohl verbal als auch körperlich sexuell belästigt, was eine sexuelle Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG und nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellt. Sie ist somit "an sich" als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Ob die sexuelle Belästigung jedoch im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist nach der Rechtsprechung des BAG von den konkreten Umständen abhängig, u.a. von ihrem Umfang und ihrer Intensität.

Nach den Umständen hätte hier eine Abmahnung als Reaktion von Seiten des Arbeitgebers ausgereicht. Ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist immer davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche

und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus.

Es lagen auch keine Umstände vor, die zur Annahme berechtigten, selbst nach einer Abmahnung sei von einer Wiederholungsgefahr auszugehen. Die in Rede stehende Pflichtverletzung des Klägers wog auch nicht so schwer, dass eine Abmahnung aus diesem Grund entbehrlich gewesen wäre. Eine Abmahnung war nicht deshalb verzichtbar, weil bereits vorab erkennbar gewesen wäre, dass eine Verhaltensänderung auch nach Abmahnung in Zukunft nicht zu erwarten war. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer nicht unfähig sowie unwillig sei, sein Verhalten zu ändern und es musste eine vermeidbare Fehleinschätzung zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden (BAG, Urteil vom 20.11.2014, Az.: 2 AZR 651/13).

*Schlagworte: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz („Busengrabschen“), fristlose Kündigung, Abmahnung*

### **Arbeitnehmer haben keinen Anspruch auf Hinzuziehung eines Rechtsbeistands zum BEM**

Arbeitgeber sind nicht verpflichtet, zu Gesprächen im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) einen Rechtsbeistand des Arbeitnehmers hinzuzuziehen. Das gilt auch, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt geschwächt ist oder auf Seiten des Arbeitgebers mehrere Personen am Gespräch beteiligt sind. Es gibt insoweit keinen Anspruch auf "Waffengleichheit".

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, den Rechtsbeistand eines Arbeitnehmers zu

einem BEM-Gespräch hinzuzuziehen. Wer an einem solchen Gespräch zwingend und potentiell zu beteiligen ist, ist in § 84 Abs. 2 SGB IX abschließend geregelt. Die Hinzuziehung eines Rechtsbeistands des Arbeitnehmers ist hier nicht vorgesehen. Hierbei handelt es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, die auch durch eine Stützung des Hinzuziehungsanspruchs auf § 242 BGB nicht unterlaufen werden darf.

Auch das Recht zur Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes, wie z. B. bei der Anhörung zu einer Verdachtskündigung, lässt sich nicht auf das BEM übertragen, da das Eingliederungsmanagement - anders als die Verdachtskündigung - darauf abzielt, dem arbeitsunfähigen Arbeitnehmer den Arbeitsplatz zu erhalten. Ob ein Arbeitgeber ggf. in "extremen Ausnahmefällen" verpflichtet sein kann, einem Arbeitnehmer zu gestatten, BEM-Gespräche in Begleitung eines Rechtsbeistands zu führen, wurde nicht entschieden, da ein solcher Ausnahmefall offensichtlich nicht vorlag. Die Erkrankung der Klägerin stellt keinen Ausnahmefall dar, weil Teilnehmer eines BEM immer krankheitsbedingt arbeitsunfähig und damit gesundheitlich geschwächt sind. Das BEM dient gerade nicht dazu, widerstreitende Interessen auszufechten, sondern eine krankheitsbedingte Kündigung zu verhindern. Daher führt auch das angeführte Argument der "Waffengleichheit" nicht weiter (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18.12.2014, Az.: 5 Sa 518/14).

*Schlagworte: Betriebliches Eingliederungsmanagement („BEM“), kein Recht auf Hinzuziehung eines Rechtsbeistands durch Arbeitnehmer, Waffengleichheit*

## **Einschlafen bei der Arbeit rechtfertigt nicht ohne weiteres eine Kündigung**

Schläft ein Arbeitnehmer während der Arbeit ein, ist dies nicht immer als Arbeitsverweigerung zu bewerten und berechtigt den Arbeitgeber daher nicht zur sofortigen Kündigung. Selbst wenn es sich hierbei um eine Pflichtverletzung handeln sollte, bedarf es vor Ausspruch einer Kündigung einer vorherigen Abmahnung. Auch eine ggf. bereits erteilte Abmahnung wegen Verschlafens des Dienstbeginns ist nicht einschlägig, so dass eine weitere Abmahnung auszusprechen ist.

Der Entscheidung des LAG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Arbeitnehmerin ist als Zugbegleiterin bei der Deutschen Bahn beschäftigt. Diese hatte das Arbeitsverhältnis gekündigt, nachdem die Arbeitnehmerin in einem Zugabteil eingeschlafen war bzw. mehrere Stunden dort geruht hatte, weil in dem Einschlafen während des Dienstes eine Arbeitsverweigerung liege. Die Klägerin sei auch schon mehrmals wegen Pflichtverletzungen abgemahnt worden, u.a. wegen des Verschlafens des Dienstbeginns.

Das Arbeitsgericht Köln sah dies jedoch anders (Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig) und urteilte, dass die Kündigung unwirksam sei. Dabei kann offenbleiben, ob die Arbeitnehmerin eine arbeitsvertragliche Pflicht verletzt hat, indem sie sich nicht förmlich krankgemeldet hat und im Abteil eingeschlafen ist. Denn selbst im Fall einer Pflichtverletzung hätte es einer weiteren Abmahnung bedurft. Die bereits erteilten Abmahnungen waren nicht einschlägig, so dass die Kündigung unverhältnismäßig war

(Arbeitsgericht Köln, Urteil vom 19.11.2014, Az.:7 Ca 2114/14)

### **Anmerkung:**

Auch hier ist zu beachten, dass vor einer verhaltensbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorab sorgfältig zu prüfen ist, ob nicht doch eine vorherige Abmahnung erforderlich ist bzw. schon tatsächlich eine einschlägige Abmahnung und damit ein Wiederholungsfall einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung vorliegt.

*Schlafworte: Einschlafen während der Arbeit, außerordentliche Kündigung, Abmahnung, Einschlägigkeit vorangegangener Abmahnungen*

## **Arbeitszeugnis: Arbeitnehmer müssen überdurchschnittliche Leistung beweisen**

Bescheinigt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, dass er die ihm übertragenen Aufgaben "zur vollen Zufriedenheit" erfüllt hat, so entspricht dies immer noch einer durchschnittlichen Leistung und ist damit gleichbedeutend mit der Schulnote "befriedigend". Das gilt auch dann, wenn in der einschlägigen Branchen fast 90 Prozent der Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis mit der Gesamtnote "gut" oder "sehr gut" erhalten. Immer dann, wenn der Arbeitnehmer eine bessere als eine befriedigende Leistungsbeurteilung begehrt, muss er daher weiterhin darlegen und ggf. beweisen, dass seine Leistungen tatsächlich "gut" oder "sehr gut" waren.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) ist der Ansicht, dass selbst unter Berücksichtigung von Studien, nach denen fast 90 % der untersuchten Zeugnisse die

Schlussnoten "gut" oder "sehr gut" aufweisen sollen, dies nicht zu einer neuen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast führt. Denn nach der Rechtsprechung des BAG kommt es nicht auf die in der Praxis am häufigsten vergebenen Noten an, sondern Ansatzpunkt ist vielmehr die Note "befriedigend" als mittlere Note der Zufriedenheitsskala. Begehrt der Arbeitnehmer eine Benotung im oberen Bereich der Skala, muss er darlegen, dass er den Anforderungen gut oder sehr gut gerecht geworden ist.

Es muss daher geprüft werden, ob die von der Arbeitnehmerin vorgetragene Leistung eine Beurteilung im oberen Bereich der Zufriedenheitsskala rechtfertigen und ob der Arbeitgeber dagegen beachtliche Einwände vorbringt.

### **Anmerkung:**

Es bleibt also unverändert bei der langjährigen Rechtsprechung des BAG, nach der der Arbeitnehmer, sofern er eine bessere als eine befriedigende Leistungsbeurteilung will, weiterhin darlegen und ggf. beweisen muss, dass seine Leistungen tatsächlich "gut" oder "sehr gut" waren.

*Schlagworte: Arbeitszeugnis, durchschnittliche Zeugnisnote = befriedigend, Beweislast für überdurchschnittliche Leistung beim Arbeitnehmer*

## **Arbeitgeber muss nach leicht vermeidbarer Strafanzeige Anwaltskosten des Arbeitnehmers erstatten**

Ein Arbeitgeber, der Strafanzeige gegen seinen Arbeitnehmer erstattet hat, kann unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sein, die Kosten für dessen anwaltliche Vertretung zu übernehmen. Im Rahmen

eines bestehenden Arbeitsverhältnisses gelten besondere Fürsorgepflichten. Im entschiedenen Fall hätte der Arbeitnehmer zumindest vor Erstattung der Strafanzeige zu den Anschuldigungen befragt werden müssen.

Der Entscheidung des ArbG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Arbeitgeberin betreibt ein Werttransportunternehmen, bei dem der Arbeitnehmer als Fahrer beschäftigt war. Der Kläger hatte einen Geldschein eines Kunden zur Überprüfung seiner Echtheit der Polizei übergeben. Nach Rückerhalt des Geldscheins gab er diesen in einer Filiale der Arbeitgeberin ab, was allerdings nicht quittiert wurde. Als der Kunde später nach dem Verbleib des Geldscheins fragte und der Vorgang nicht nachvollzogen werden konnte, erstattete die Arbeitgeberin Strafanzeige gegen den zwischenzeitlich ausgeschiedenen Arbeitnehmer, ohne diesen hierzu zu befragen. Nach Aufklärung des Sachverhalts stellte die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren ein. Der Arbeitnehmer hatte einen Rechtsanwalt mit der Vertretung seiner Interessen beauftragt und verlangte die Erstattung der Kosten von der Arbeitgeberin.

Das Arbeitsgericht Köln (ArbG) hat dem Arbeitnehmer Recht gegeben und die Arbeitgeberin zur Zahlung der Anwaltskosten verurteilt. Zwar dürfe jemand, der gutgläubig eine Anzeige erstattet, nicht mit dem Risiko eines Schadensersatzanspruches belegt werden, wenn sich der Verdacht später nicht bestätige. Dieser Grundsatz, den das Bundesverfassungsgericht aufgestellt hat, gelte im Arbeitsverhältnis jedoch nicht uneingeschränkt. Hier bestünden besondere

Fürsorgepflichten, nach denen die eine Partei der anderen nicht grundlos Nachteile zufügen dürfe. Die Arbeitgeberin hätte den Kläger im konkreten Fall vor Erstattung der Anzeige befragen und den Sachverhalt auf diese Weise ggf. aufklären müssen (Arbeitsgericht Köln, Az.: 11 Ca 3817/14).

### **Anmerkung:**

Auch hier ist zu beachten, dass der Arbeitgeber aus bestehender Fürsorgepflicht verpflichtet ist, vor Erstattung einer (unberechtigten) Strafanzeige den Arbeitnehmer ausreichend zur Ermittlung des Sachverhaltes befragen muss. Anderenfalls droht ihm die Verpflichtung zur Übernahme der Anwaltskosten des Arbeitnehmers, wenn das Ermittlungsverfahren später eingestellt wird und der Arbeitgeber bei ausreichender Aufklärung des Sachverhaltes gar keine Anzeige hätte erstatten dürfen.

*Schlagworte: Werttransportunternehmen, Rechtsanwaltskosten nach Strafanzeige gegen Arbeitnehmer, Aufklärungspflicht, Fürsorgepflicht*

## **Betriebsrat muss der Einrichtung einer Facebook-Seite für das Unternehmen nicht zustimmen**

Die Facebook-Seite eines Unternehmens ist regelmäßig keine technische Einrichtung i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, die zur Überwachung des Verhaltens und der Leistung der Arbeitnehmer bestimmt ist. Die Einrichtung einer solchen Seite unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. Das gilt selbst dann, wenn auf der Facebook-Seite negative Kommentare über die Qualität der Mitarbeiter des Unternehmens veröffentlicht werden können.

Die Arbeitgeberin durfte auch ohne Zustimmung des Konzernbetriebsrats eine Face-

book-Seite für den Konzern einrichten. Ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats folgt insbesondere nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die Facebook-Seite ist keine technische Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung der Mitarbeiter zu überwachen. Denn eine solche Einrichtung setzt voraus, dass sie - jedenfalls teilweise - aus sich heraus Aufzeichnungen über die Mitarbeiter automatisiert erstellt. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Auch die Möglichkeit, die Facebook-Seite mittels der integrierten Werkzeuge zu durchsuchen, stellt keine automatische Aufzeichnung i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dar.

Ein Mitbestimmungsrecht kann sich möglicherweise hinsichtlich der Mitarbeiter ergeben, die die Facebook-Seite pflegen, weil deren Aktivität nach Datum und Uhrzeit aufgezeichnet wird. Da dies im Streitfall aber zehn Mitarbeiter betraf, welche alle den gleichen allgemeinen Zugang benutzen, sind hier auch keine Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung eines einzelnen Mitarbeiters möglich, so dass auch insoweit kein Mitbestimmungsrecht besteht (LAG Düsseldorf, Urteil vom 12.1.2015, Az.: 9 Ta BV 51/14).

*Schlagworte: Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Facebook-Seite, Technische Einrichtung, Überwachung der Arbeitnehmer*

## **Keine doppelten Urlaubsansprüche bei Arbeitgeberwechsel im laufenden Jahr**

Wenn ein Arbeitnehmer im laufenden Kalenderjahr in ein neues Arbeitsverhältnis wechselt, kann er von seinem

neuen Arbeitgeber gem. § 6 Abs. 1 BUrlG nur insoweit die Gewährung von Urlaub verlangen, soweit der Urlaubsanspruch nicht schon vom alten Arbeitgeber erfüllt worden ist. Der Arbeitnehmer muss deshalb seinem neuen Arbeitgeber mitteilen, dass sein früherer Arbeitgeber seinen Urlaubsanspruch für das laufende Kalenderjahr noch nicht (vollständig oder teilweise) erfüllt hat, und dies ggf. nachweisen.

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Arbeitnehmer war seit Mitte April 2010 in einem Lebensmittelmarkt tätig. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses lehnte der Arbeitnehmer die vom Arbeitnehmer verlangte Abgeltung seines Urlaubs u.a. mit der Begründung ab, der Urlaub sei ihm schon von seinem früheren Arbeitgeber für das Jahr 2010 gewährt worden. Eine Urlaubsbescheinigung seines früheren Arbeitgebers legte der Arbeitnehmer seinem (neuen) Arbeitgeber nicht vor.

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) gilt, dass Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Urlaub haben, wenn ihnen für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt worden ist (§ 6 Abs. 1 BUrlG). Wechselt ein Arbeitnehmer im Kalenderjahr in ein neues Arbeitsverhältnis und beantragt er Urlaub, muss er deshalb mitteilen, dass sein früherer Arbeitgeber seinen Urlaubsanspruch für das laufende Kalenderjahr noch nicht (vollständig oder teilweise) erfüllt hat.

Arbeitnehmer können diese Voraussetzung für ihren Urlaubsanspruch im neuen Arbeitsverhältnis durch die Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung ihres früheren Arbeitgebers nachweisen. Dieser ist gem. § 6 Abs. 2 BUrlG verpflichtet, dem Arbeit-

nehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Bescheinigung über den von ihm im laufenden Kalenderjahr bereits gewährten oder abgegoltenen Urlaub auszuhändigen.

Führt der Arbeitnehmer diesen Nachweis, hat der Arbeitgeber den Urlaub abzugelten, soweit er den Urlaubsanspruch hätte erfüllen müssen, ihn aber tatsächlich nicht selbst erfüllt hat (BAG, Urteil vom 16.12.2014, Az.: 9 AZR 295/13).

### **Anmerkung:**

Sofern ein Arbeitnehmer im Kalenderjahr in ein neues Arbeitsverhältnis eintritt und Urlaub beantragt, sollte der Arbeitgeber von ihm verlangen, dass er ihm mitteilt, ob und ggf. in welchem Umfang sein früherer Arbeitgeber seinen Urlaubsanspruch für das laufende Kalenderjahr (vollständig oder teilweise) erfüllt hat. Diese Nachfrage des neuen Arbeitgebers führt zur Vermeidung von Streitigkeiten über ggf. noch bestehende und zu gewährende Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers.

*Schlagworte: Urlaubsansprüche, Arbeitgeberwechsel, Urlaubsbescheinigung, Urlaubsabgeltung*

*Frank Geissler  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Transport-  
und Speditionsrecht  
Fachanwalt für Versicherungsrecht*

und

*Lars Zimmer  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht*

---

**Ihre Ansprechpartner:**

Frank Geissler  
f.geissler@grimme-partner.com

Lars Zimmer  
l.zimmer@grimme-partner.com

Grimme & Partner,  
Neumühlen 9, 22763 Hamburg  
Tel.: +49 40 32 57 87 70  
Fax: +49 40 32 57 87 99  
[www.grimme-partner.com](http://www.grimme-partner.com)

**Auf Anfrage stellen wir Ihnen gerne Abschriften der hier zitierten Urteile und Beschlüsse zur Verfügung.**