

## Quartalsbrief Arbeitsrecht

AUSGABE 50, JANUAR 2019

### SCHWERPUNKTTHEMA

#### Die korrekte Formulierung von Stellenanzeigen – Gesucht: Menschen

Das Bundesverfassungsgericht hatte am 10.10.2017 (Az.: 1 BvR 2019/16) entschieden, dass das Personenstandsrecht gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht verstößt, da die Einordnung im Geburtenregister als „männlich“ oder „weiblich“ – aber auch die erst seit 2013 bestehende Möglichkeit, den Geschlechtseintrag im Geburtenregister frei zu lassen – Intersexuelle Personen benachteiligt.

Der Begriff Intersexualität bezeichnet medizinische Besonderheiten bei der Geschlechtsdifferenzierung: Intersexuelle Personen sind genetisch, anatomisch oder hormonell nicht eindeutig dem weiblichen oder dem männlichen Geschlecht zuzuordnen. Entsprechend der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hat nun der Bundestag aktuell am 13.12.2018 das Personenstandsgesetz geändert und die Bezeichnung „divers“ für intersexuelle Personen eingeführt.

Deshalb stellt sich also nun die Frage, ob auch Stellenanzeigen mit dem entsprechenden Zusatz „divers“ oder „d“ versehen werden müssen, um keinen Verstoß gegen das AGG zu befürchten. Seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts konnte man auch bereits vermehrt entsprechende Stellenausschreibungen lesen, mit denen „Mitarbeiter (m/w/d)“ gesucht wurden.

Zwar gilt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts lediglich für den Gesetzgeber und die Bezeichnung „divers“ ist bislang lediglich im Personenstandsregister vorgesehen. Allerdings darf nach § 1 AGG kein Mensch aufgrund seines Geschlechts benachteiligt werden, wozu nach herrschender Meinung jedenfalls seit der erwähnten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im letzten Jahr auch die Intersexualität als sog. „drittes Geschlecht“ zählt.

Aus diesem Grund sollten Sie also darauf achten, Stellenbeschreibungen ab sofort auch mit dem Zusatz „d“ für „divers“ zu versehen, um Schadensersatzklagen zu vermeiden. Der „Panik“, die diesbezüglich verbreitet wird, muss man sich gleichwohl nicht anschließen; denn in Deutschland gibt es Schätzungen zufolge gerade einmal etwa 100.000 Intersexuelle.

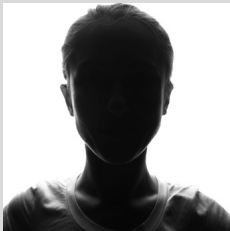
Tipp: Um „sperrige“ und nur noch schwer lesbare Stellenanzeigen zu vermeiden, können Sie die Berufsbezeichnung auch mit einem \* versehen und unter der Stellenausschreibung beispielsweise angeben „\* Talent primär, Geschlecht (m/w/d) egal“.

Wenn Sie sich abschließend fragen, wie Sie eine intersexuelle Person anreden sollen, wenn Sie diese Person einstellen, gilt wie in vielen anderen Fällen: Miteinander reden. Fragen Sie den intersexuellen Mitarbeiter einfach, wie er angesprochen werden möchte.

### GESETZGEBUNG

#### Erinnerung an Brückenteilzeit und Erhöhung des Mindestlohns

- Anspruch auf Brückenteilzeit  
Wie im letzten Quartalsbrief ausführlich vorgestellt, haben Arbeitnehmer, die in einem Unternehmen mit 45 Mitarbeitern (oder mehr) arbeiten, ab dem 01.01.2019 Anspruch auf zeitlich begrenzte Teilzeitarbeit.



- Mindestlohn steigt  
Der gesetzliche Mindestlohn steigt ab 01.01.2019 auf EUR 9,19 EUR brutto/ Stunde.

### Branchenmindestlöhne steigen

Erhöhungen des Mindestlohnes für das Jahr 2019 ergeben sich für folgende Branchen:

Branche	von/ bis	Mindestlohn West	Mindestlohn Ost	Mindestlohn Berlin
<b>Baugewerbe</b> <i>einfache Bau- und Montagearbeiten</i> <i>fachlich begrenzte Arbeiten</i>	01.03.2019 bis 31.12.2019	EUR 12,20	EUR 12,20	EUR 12,20
		EUR 15,20	EUR 12,20	EUR 15,20
<b>Dachdeckerhandwerk</b> <i>ungelernte AN</i> <i>gelernte AN</i>	01.01.2019 bis 31.12.2019		EUR 12,20	
			EUR 15,20	
<b>Elektrohandwerk</b>	01.01.2019 bis 31.12.2019		EUR 11,40	
<b>Gebäudereinigung</b> <i>Lohngruppe 1 (Innen- und Unterhaltsreinigungsarbeiten)</i> <i>Lohngruppe 6 (Glas- und Fassadenreinigung)</i>	01.01.2019 bis 31.12.2019	EUR 10,56	EUR 10,55	EUR 10,80
		EUR 13,82	EUR 12,83	EUR 13,82
<i>Lohngruppe 1 (Innen- und Unterhaltsreinigungsarbeiten)</i> <i>Lohngruppe 6 (Glas- und Fassadenreinigung)</i>	01.01.2020 bis 31.12.2020	EUR 10,80	EUR 10,56	EUR 10,56
		EUR 14,10	EUR 13,50	EUR 14,10
<b>Pflegebranche</b>	01.01.2019 bis 31.12.2019	EUR 11,05	EUR 10,55	EUR 11,05
	01.01.2020 bis 31.12.2020	EUR 11,35	EUR 10,85	EUR 11,35
<b>Maler- und Lackierhandwerk</b> <i>ungelernte AN</i> <i>gelernte AN</i>	01.05.2019 bis 30.04.2020	EUR 10,85	EUR 10,85	EUR 10,85
		EUR 13,30	EUR 12,95	EUR 13,30
<i>ungelernte AN</i> <i>gelernte AN</i>	01.05.2020 bis 31.12.2021	EUR 11,10	EUR 11,10	EUR 11,10
		EUR 13,50	EUR 13,50	EUR 13,50



### Sozialversicherungsbeiträge 2019

- Der allgemeine **Rentenbeitragssatz** beträgt ab dem 01.01.2019 18,6 % in der allgemeinen Rentenversicherung und 24,7 % in der knappschaftlichen Rentenversicherung.
- Der allgemeine Beitragssatz in der **Krankenversicherung** beträgt 14,6 % zuzüglich individueller Zusatzbeiträge der Krankenversicherungen. Mit dem Versichertenentlastungsgesetz werden die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung ab dem 01.01.2019 wieder zu gleichen Teilen von Arbeitgebern und Versicherten getragen.

- Der Beitragssatz zur **Pflegeversicherung** wird zum 01.01.2019 um 0,5 Prozentpunkte angehoben. Es gilt dann ein Beitragssatz von 3,05 %, Kinderlose zahlen zusätzlich einen Zuschlag von 0,25 %.
- Der Beitragssatz zur **Arbeitslosenversicherung** wird zum 01.01.2019 von 3 % auf 2,5 % gesenkt.

### Neue Sozialversicherungsrechengrößen und weitere Änderungen im Sozialversicherungsrecht im Überblick:

- **Beitragsbemessungsgrenzen 2019 (in EUR):**

	West		Ost	
	Monat	Jahr	Monat	Jahr
Rentenversicherung	6.700,00	80.400,00	6.150,00	73.800,00
Arbeitslosenversicherung	6.700,00	80.400,00	6.150,00	73.800,00
Kranken- und Pflegeversicherung	4.537,50	54.450,00	4.537,50	54.450,00

- **Sachbezugswerte 2019:**  
Der Monatswert für Verpflegung wird auf EUR 251,00 (Frühstück auf täglich EUR 1,77, Mittag- und Abendessen täglich auf jeweils EUR 3,30) angehoben. Der Sachbezugswert für eine freie Unterkunft, die mit einem volljährigen Beschäftigten belegt ist, beträgt EUR 7,70 pro Kalendertag.



## RECHTSPRECHUNG

### VERTRAGSRECHT

#### Keine Verzugszuschale bei verspäteter Entgeltzahlung.

**Arbeitnehmer haben bei Verzug des Arbeitgebers mit der Entgeltzahlung keinen Anspruch auf die Verzugskostenpauschale in Höhe von EUR 40,00 nach § 288 Abs. (5) BGB.**

**Der Fall:**

Der Arbeitnehmer klagte auf Zahlung rückständiger tariflicher Zulagen für die Monate Mai bis September 2016. Wegen verspäteter Zahlung der Zulage verlangte er zudem drei Pauschalen für Juli bis einschließlich September 2016 zu je EUR 40,00 nach § 288 Abs. (5) BGB.

**Die Entscheidung:**

Arbeitnehmer haben keinen Anspruch auf die Verzugskostenpauschale bei verspäteter Lohnzahlung.

Zwar findet § 288 Abs. (5) BGB grundsätzlich auch in Fällen Anwendung, in denen sich der Arbeitgeber mit der Zahlung von Arbeitsentgelt in Verzug befindet.

Gemäß spezieller arbeitsrechtlicher Regelung des § 12a Abs. (1) S. 1 ArbGG ist aber nicht nur ein prozessualer Erstattungsanspruch wegen der dem Kläger in erster Instanz entstan-

denen Kosten, sondern auch ein entsprechender materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch ausgeschlossen und damit auch der Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. (5) BGB (**BAG, Urteil v. 25.09.2018 – 8 AZR 26/18**).

**Praxisinweis:**

Auch wenn die Gefahr nach vormals uneinheitlicher Rechtsprechung der Instanzgerichte gebannt ist, bei verspäteter Gehaltszahlung zusätzlich noch eine Verzugs pauschale zahlen zu müssen, entstehen jedoch gleichwohl „normale“ Verzugszinsen, weshalb Vergütungsansprüche rechtzeitig bezahlt werden sollten.

**Weiter Ermessensspielraum bei der Zuweisung eines Arbeitsplatzes.**

**Die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, der den Vorgaben von § 618 I BGB i.V.m. den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen nicht genügt, kann gleichwohl billigem Ermessen entsprechen, wenn es sich um bloß geringfügige oder kurzzeitige Verstöße handelt, die keinen nachhaltigen Schaden bewirken können.**

**Der Fall:**

Die klagende Arbeitnehmerin war bei der Beklagten als Leiterin des Bereichs „Technische Dokumentation“ beschäftigt. Es kam zu andauernden Konflikten zwischen ihr und anderen Mitarbeitern, sodass im Februar 2014 fünf Mitarbeiter des Sachgebiets um „eine räumliche Versetzung“ der Klägerin baten.

Die Beklagte erteilte der Klägerin im Mai 2014 den Auftrag, ein „Bauwerksbuch“ zu erstellen und versetzte sie in das zu untersuchende Gebäude, in dem sich ansonsten keine Büros befanden. Sie erhielt einen Arbeitsraum mit einem Schreibtisch und einem einfachen Holzstuhl und den Auftrag, ihren Arbeitsplatz mit den erforderlichen IT- und Kommunikationseinrichtungen sowie ggfs. zusätzlichen Möbeln einzurichten. Ihre Arbeitszeiten sollte sie mangels Stempeluhr handschriftlich dokumentieren und zur Kontrolle jeweils bei Dienstantritt und Dienstende eine E-Mail versenden.

Die Klägerin erbrachte ihre Tätigkeit u.a. wegen der Zuweisung einer aus ihrer Sicht nicht vertragsgerechten Tätigkeit und der unzureichenden Büroausstattung in der Folge nicht. Nach mehrfachen Abmahnungen kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin außerordentlich fristlos.

**Die Entscheidung:**

Es entspricht billigem Ermessen, wenn der Arbeitgeber einen bestimmten Arbeitsplatz aus Gründen der effizienten Arbeitserledigung und wegen des Ziels, die übrigen Mitarbeiter vor weiteren Kontakten mit der zu versetzenden Arbeitnehmerin zu schützen, zuweist.

Geringfügige oder kurzzeitige Verstöße gegen Arbeitsschutznormen – der Holzstuhl entspricht nicht den Regelungen zur Ergonomie am Arbeitsplatz –, die keinen nachhaltigen Schaden bewirken können, führen auch nicht zur Unzumutbarkeit des Arbeitsplatzes.

Die einmalige Nebenarbeit in Form der selbständigen Einrichtung des Arbeitsplatzes stelle, wenn überhaupt, nur vorübergehend eine „unterwertige“ Tätigkeit dar.

Die Arbeitnehmerin ist nicht völlig isoliert von anderen Mitarbeitern beschäftigt und aus der betrieblichen Organisation ausgegliedert worden, da sie weiterhin ihrer bisherigen Dienststelle zugeordnet geblieben ist und durch ihren vernetzten Arbeitsplatz Kontakt zu anderen Beschäftigten hatte.

Die Anordnung, sich täglich zu Kontrollzwecken per E-Mail an- und abzumelden, ist ebenfalls zulässig, da eine andere Form der Kontrolle nicht möglich war und zudem mit der einschlägigen Dienstvereinbarung konform ging (**BAG, Urteil v. 28.06.2018 - 2 AZR 436/17**).



**Praxishinweis:**

Nicht verkannt werden darf, dass es sich hier um einen Einzelfall – und wohl auch um eine besondere Klägerin – handelte, weshalb die Gerichte nicht in jedem ähnlich gelagerten Fall so entscheiden werden. Dennoch ist positiv, dass das BAG damit die Grenzen bei Versetzungen weiter gesteckt hat und hierdurch insbesondere auch als Versetzungsgrund den Schutz von Kollegen erkennt.

**Erben können finanzielle Abgeltung nicht genommenen Urlaubs verlangen.**

Die Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers können eine finanzielle Vergütung für den von ihm nicht genommenen Jahresurlaub verlangen. Sofern das nationale Recht eine solche Möglichkeit ausschließt, können sich die Erben unmittelbar auf das Unionsrecht berufen, und zwar sowohl gegenüber einem öffentlichen als auch einem privaten Arbeitgeber.

**Die Fälle:**

Zwei Witwen forderten von den früheren Arbeitgebern ihrer verstorbenen Ehemänner eine finanzielle Vergütung zur Abgeltung des Jahresurlaubs, den ihre Ehemänner vor ihrem Tod nicht mehr genommen hatten.

Einer der Ehemänner war bei einem privaten Arbeitgeber beschäftigt, der andere bei einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht wiesen die Klagen jeweils ab. Das BAG legte die Fälle dem EuGH vor. Zwar hatte der EuGH schon einmal über ähnliche Fragen entschieden, allerdings war aus Sicht des BAG bislang noch nicht geklärt, ob der Anspruch auf finanziellen Ausgleich auch dann Teil der Erbmasse wird, wenn das nationale Erbrecht dies ausschließt. Darüber hinaus sei noch nicht darüber entschieden worden, ob die unionsrechtlichen Regelungen auch dann gelten, in denen das Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen bestand.

**Die Entscheidungen:**

Mit dem Tod des Arbeitnehmers geht der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht unter; denn der Urlaubsanspruch umfasst neben dem Erholungszweck auch eine finanzielle Komponente, die vermögensrechtlicher Natur und damit vererblich ist. Eine nationale erbrechtliche Regelung muss deshalb unangewendet bleiben, wenn keine Möglichkeit zur Auslegung im Einklang mit Unionsrecht besteht. Die Erben können sich unmittelbar auf das Unionsrecht berufen, unabhängig davon, ob es sich um einen öffentlichen oder einen privaten Arbeitgeber handelt (EuGH, Urteile v. 06.11.2018 - C-569/16, C-570/16).

**Endgültig: Überstundenzuschläge auch für Teilzeitkräfte**

Teilzeitkräfte können (tarif-)vertragliche Mehrarbeitszuschläge schon dann verlangen, wenn ihre Arbeitszeit die Teilzeitquote übersteigt, aber hinter der von Vollzeitbeschäftigten zurückbleibt.

**Der Fall:**

Die Klägerin war als stellvertretende Filialeiterin in Teilzeit tätig. Auf das Arbeitsverhältnis fand der Manteltarifvertrag für die Systemgastronomie Anwendung; dieser regelt u.a. Mehrarbeitszuschläge und erlaubt es, wie im Fall der Klägerin eine Jahresarbeitszeit festzulegen. Für den nach Ablauf des Zwölfmonatszeitraums bestehenden Zeitsaldo hatte der Arbeitgeber lediglich die Grundvergütung gezahlt, mithin keine Mehrarbeitszuschläge gewährt, weil die Arbeitszeit der Klägerin nicht die einer Vollzeittätigkeit überschritt. Die Klägerin verlangte Mehrarbeitszuschläge für die Arbeitszeit, die über die vereinbarte Arbeitszeit hinausging.





**Die Entscheidung:**

Nach bisheriger Rechtsprechung waren (tarif-) vertragliche Mehrarbeitszuschläge nur für Arbeitsstunden zu zahlen, die die (tarif-)vertragliche Arbeitszeit eines Vollzeitarbeitnehmers überstiegen, nicht aber schon für Arbeitsstunden, die über die vertragliche Teilzeitbeschäftigung hinausgingen (zuletzt: BAG, Urteil v. 26.04.2017 – 10 AZR 589/15).

Bereits knapp einen Monat vor dieser Entscheidung kam das BAG bei sog. ungeplanten Überstunden zu dem Ergebnis, dass Arbeitnehmern, die über ihre individuelle tägliche Arbeitszeit hinaus abweichend vom Schichtplan arbeiten, der in diesem Fall tarifvertraglich vorgesehene Überstundenzuschlag zusteht; eine andere Auslegung würde einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot von Teilzeitkräften darstellen (BAG, Urteil v. 23.03.2017 – 6 AZR 161/16).

In seiner jüngsten Entscheidung vom 19.12.2018 hat der 10. Senat nun seine frühere Rechtsansicht aufgegeben. Teilzeitbeschäftigte mit einer in dem zu entscheidenden Fall vereinbarten Jahresarbeitszeit haben einen Anspruch auf Mehrarbeitszuschläge für die Arbeitszeit, die über ihre individuell festgelegte Arbeitszeit hinausgeht. Teilzeitkräfte würden benachteiligt, wenn die Zahl der Arbeitsstunden, von der an ein Anspruch auf Mehrarbeitsvergütung entsteht, nicht proportional zu ihrer vereinbarten Arbeitszeit vermindert würde (**BAG, Urteil v. 19.12.2018 – 10 AZR 231/18**).

**Praxishinweis:**

Damit steht nun endgültig fest: Wenn Mehrarbeitszuschläge gezahlt werden, dann stehen diese auch Teilzeitkräften zu, und zwar ab der ersten Stunde, die über ihre individuelle Arbeitszeit hinausgeht.

**Kein automatischer Verfall des Urlaubsanspruchs wegen nicht gestellten Urlaubsantrags.**

**Ein Arbeitnehmer darf seine erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub nicht automatisch deshalb verlieren, weil er keinen Urlaub beantragt hat.**

**Die Fälle:**

Im ersten Fall war der Kläger Rechtsreferendar beim Land Berlin. Während der letzten Monate im Referendariat nahm er keinen bezahlten Jahresurlaub. Nach dem Ende des Vorbereitungsdienstes beantragte er eine finanzielle Vergütung für die nicht genommenen Urlaubstage. Das Land lehnte den Antrag ab. Der Kläger focht die Ablehnung vor den deutschen Verwaltungsgerichten an.

In der zweiten Sache war der Kläger bei der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften beschäftigt. Etwa zwei Monate vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses bat die Gesellschaft den Kläger, seinen Resturlaub zu nehmen. Der Kläger nahm nur zwei Urlaubstage und beantragte die Zahlung einer Vergütung für die nicht genommenen Urlaubstage. Die Gesellschaft lehnte dies ebenfalls ab. Der Kläger wandte sich daraufhin an die deutschen Arbeitsgerichte.

Das OVG Berlin-Brandenburg und das BAG wollten wissen, ob das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Verlust des nicht genommenen Jahresurlaubs vorsieht, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub nicht vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses beantragt hat.

**Die Entscheidungen:**

Die gemäß dem Unionsrecht zustehenden Urlaubstage verfallen nicht automatisch wegen eines fehlenden Antrags auf Urlaub. Der Arbeitnehmer sei insoweit als grundsätzlich schwächere Partei des Arbeitsverhältnisses zu schützen.

Allerdings ist der Untergang der Ansprüche möglich, „wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber z.B. durch angemessene Aufklärung tatsächlich in die Lage versetzt wurde, die fraglichen Urlaubstage rechtzeitig zu nehmen“, so der EuGH.



Der Arbeitgeber trägt in einem möglichen Prozess aber die Beweislast dahingehend, dass der Arbeitnehmer „aus freien Stücken und in voller Kenntnis der Sachlage darauf verzichtet hat, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, nachdem er in die Lage versetzt worden war, seinen Urlaubsanspruch tatsächlich rechtzeitig wahrzunehmen“. Die Grundsätze gelten nach dem EuGH zudem unabhängig davon, ob es sich um einen öffentlichen oder um einen privaten Arbeitgeber handelt (**EuGH, Urteile v. 06.11.2018 - C-619/16; C-684/16**).

**Praxishinweis:**

Dieses Urteil hat weitreichende Folgen. Der automatische Verfall des Urlaubsanspruchs zum Jahresende ist damit hinfällig. Arbeitgeber sollten daher frühzeitig, jedenfalls bereits zur Mitte des Jahres individuell nachweisbar darauf hinweisen, dass der Urlaub in den Folgemonaten bis zum Jahresende zu nehmen ist, andernfalls er ersatzlos untergeht. Folge dieses Urteils wird auch sein, dass Arbeitnehmer bis zu einem Stichtag in den ersten Monaten des Jahres ihre Urlaubsplanung für das gesamte Jahr einzureichen haben. Zudem werden die Arbeitsgerichte den Arbeitgebern wohl einen größeren Spielraum bei der einseitigen Festlegung der Lage der Urlaubszeit zubilligen müssen.

## KÜNDIGUNGSRECHT

### Verdachtskündigung - Anforderungen an die Arbeitnehmeranhörung.

**Im Rahmen der für eine Verdachtskündigung notwendigen Arbeitnehmeranhörung ist es nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer einen (dringenden) Verdacht hat und ihm diesen explizit mitteilt.**

**Der Fall:**

Die Klägerin war zuletzt als Kassiererin bei der beklagten Sparkasse beschäftigt und tariflich nicht mehr ordentlich kündbar. Ende Mai 2015 bestellte sie EUR 115.000,00 bei der Deutschen Bundesbank. Am Folgetag quittierte sie den Empfang der Lieferung und die Unversehrtheit der Plombe und öffnete den Behälter alleine. 20 Minuten später rief sie einen Kollegen herbei und sagte ihm, dass sich in dem Behälter lediglich Babyahrung und Waschmittel befänden.

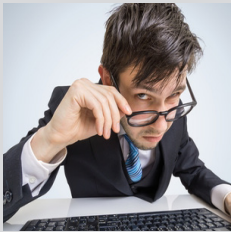
Die Plombe wies nach einem LKA-Gutachten keine Spuren einer Manipulation auf. Außerdem fand die Kriminalpolizei im Juni 2015 insgesamt EUR 39.900,00 bei der Klägerin zu Hause und in ihrem Bankschließfach. Ferner hatte die Klägerin ab Juni 2015 ca. EUR 33.000,00 auf Konten von ihr und von Angehörigen eingezahlt.

Nach Anhörung der Klägerin kündigte die Beklagte außerordentlich auch wegen des bestehenden Verdachts einer Veruntreuung. In der Anhörung wurde nicht noch einmal das Öffnen des Behälters thematisiert, da sich hierzu bereits ihr Anwalt geäußert hatte. Der konkrete Vorwurf der Veruntreuung wurde ihr ggü. nicht erwähnt. Die Ergebnisse des LKA-Gutachtens wurden ihr ebenfalls nicht mitgeteilt, weshalb die Klägerin der Ansicht war, die Anhörung sei nicht rechtmäßig gewesen und die Verdachtskündigung damit unwirksam.

**Die Entscheidung:**

Gegenstand der Anhörung ist nur die Aufklärung des Sachverhaltes.

Der Arbeitgeber muss daher weder einen dringenden Verdacht haben noch explizit darauf hinweisen, dass er einen solchen dringenden Verdacht hat. Der Arbeitnehmer muss vielmehr für eine ordnungsgemäße Anhörung nur erkennen können, welchen Sachverhalt der Arbeitgeber für aufklärungsbedürftig hält, dass seine Verantwortung vom Arbeitgeber in Erwägung gezogen und ihm daher Gelegenheit gegeben wird, zu den aufklärungsbedürftigen Geschehnissen und den Verdachtsmomenten Stellung zu nehmen. Das könne sich aber auch aus den Umständen der Anhörung ergeben.



Soweit der Arbeitnehmer früher schon zu einzelnen Fragen Stellung genommen hat (hier: Öffnen des Behälters), muss er dazu nicht erneut befragt werden. Auch ermittelte Sachverhalte, die nicht Gegenstand seiner Wahrnehmung sind, müssen ihm nicht zur Kenntnis gebracht werden, auch wenn sie den Verdacht verstärken (hier: Ergebnis des LKA-Gutachtens, dass die Plombe nicht manipuliert war) (**BAG, Urteil v. 25.04.2018 – 2 AZR 611/17**).

**Praxishinweis:**

Dieser Fall zeigt zunächst eindrucksvoll, dass man regelmäßig bei einem Diebstahl, einer Unterschlagung oder auch einem Arbeitszeitbetrug etc. nicht nur eine Tat Kündigung aussprechen sollte, sondern auch eine Verdachtskündigung, für die der Arbeitnehmer zuvor anzuhören ist. Denn der Fall scheint auf den ersten Blick vollkommen klar zu sein: Nur die Mitarbeiterin, die den Geldbehälter alleine öffnete, kann auch die Täterin sein, schließlich sprechen alle Indizien gegen sie. Positiv beweisen konnte man ihr die Tat (bislang) jedoch nicht, weshalb eine Tat Kündigung gescheitert wäre.

Das BAG hat nun großzügig entschieden, dass der Verdacht dem Arbeitnehmer im Rahmen der Anhörung nicht mitgeteilt werden muss, solange sich der aufklärungsbedürftige Sachverhalt und die Tatsache, dass der Arbeitgeber eine Verantwortung des Arbeitnehmers sieht, aus den Umständen ergeben. Auf die „Großzügigkeit“ der Gerichte sollten Sie jedoch besser nicht vertrauen und deshalb darauf achten, dem Arbeitnehmer im Rahmen der Anhörung sämtliche Tatsachen zu schildern, die aus ihrer Sicht das Fehlverhalten begründen oder verstärken und ihm auch mitteilen, welches Fehlverhalten ihm überhaupt angelastet wird.

**Wiederholtes Sammeln von Pfandflaschen während der Arbeitszeit trotz eines Verbots vom Arbeitgeber kann fristlose Kündigung rechtfertigen.**

**Das wiederholt beharrliche Sammeln von Pfandflaschen nach erfolgter Abmahnung und entgegen eines bestehenden Sammelverbots des Arbeitgebers während der Arbeitszeit kann einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 BGB darstellen und vermag eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.**

**Der Fall:**

Die Beklagte führt Reinigungsleistungen in Flughafengebäuden aus. Die Klägerin war bei ihr als Reinigungskraft beschäftigt. Es bestand ein Verbot, auf dem Gelände des Flughafens, während und nach der Arbeit Pfandflaschen zu sammeln, um diese dann eigennützig durch Einlösung des Pfands für sich zu verwerten. Dieses Verbot war Gegenstand eines der Klägerin bekannten Informationsblatts.

Ende 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis, da die Klägerin verbotswidrig Pfandflaschen im Flughafenbereich gesammelt hatte. Im Rahmen eines Vergleichs einigten sich die Parteien jedoch auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Ende Januar 2014, Mitte April 2015, Ende Oktober 2015 und Mitte Mai 2016 sammelte die Klägerin erneut Leergut auf dem Flughafengelände, jedenfalls in den letzten beiden Fällen während ihrer Arbeitszeit. Die Beklagte mahnte sie deshalb jeweils ab. Am 05.06.2016 fand der Sicherheitsdienst des Flughafens bei der Ausgangskontrolle erneut eine Vielzahl von Pfandflaschen in der Handtasche sowie in einem Stoffbeutel und einer Plastiktüte der Klägerin.

Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich. Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe keine zulässige Regelung über das Sammeln von Leergut getroffen. Die Abmahnungen seien zu Unrecht erteilt worden.





**Die Entscheidung:**

Ein nachhaltiger Verstoß gegen berechnigte Weisungen des Arbeitgebers ist eine Vertragspflichtverletzung, die grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermag. Sammelt ein Arbeitnehmer während der Arbeitszeit beharrlich für eigene Zwecke Pfandflaschen, verletzt er seine arbeitsvertraglichen Pflichten erheblich.

Das Sammeln von Pfandflaschen kann durch eine Weisung wirksam untersagt werden. Ein Verbot, Pfandflaschen zu sammeln, ist jedenfalls insoweit wirksam, als es sich auf das Sammeln während der Arbeitszeit bezieht; denn insofern entspricht die Anordnung billigem Ermessen, weil sie den Inhalt der von der Klägerin während der Arbeitszeit geschuldeten Reinigungsleistung konkretisierte, ohne dass dem beachtliche Interessen der Arbeitnehmer entgegenstanden.

Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, den Arbeitnehmern neben der geschuldeten Reinigungsdienstleistung eine weitere Erwerbsquelle durch das Sammeln von Pfandflaschen während der Arbeitszeit zu eröffnen. Er hat ein berechtigtes Interesse daran, dass seine Arbeitnehmer während der Arbeitszeit keine Pfandflaschen einsammeln. Der Arbeitnehmer hat hingegen während seiner Arbeitszeit seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und dadurch bedingte Einschränkungen seiner privaten Lebensführung hinzunehmen.

Zudem hat die Klägerin ihre Pflicht bewusst und nachhaltig und damit beharrlich verletzt. Die Klägerin hat mehrfach auch noch nach Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach der Kündigung Ende 2011 wegen Sammelns von Leergut und nach wiederholter Abmahnung sowie unter Hinweis auf das bestehende Verbot während ihrer Arbeit Pfandflaschen gesammelt. Daher ist der Beklagten eine Weiterbeschäftigung der Klägerin selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auch nicht zumutbar. Ein milderer Mittel wie die Abmahnung hatte keinen Erfolg. Der Umstand, dass es sich bei dem Gegenständen um solche geringen Werts handelt, ist für die Beurteilung ohne Bedeutung, da der Verstoß gegen die vertragliche Pflicht und der damit einhergehende Vertrauensbruch entscheidend sind. (BAG, Urteil v. 23.08.2018 – 2 AZR 235/18).

**Wann und wie muss die Schwerbehindertenvertretung beteiligt werden?**

**Spricht der Arbeitgeber ohne Anhörung der Schwerbehindertenvertretung eine Kündigung ggü. einem Schwerbehinderten aus, ist diese zwar unwirksam. Die Kündigung ist allerdings nicht allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt hat.**

**Der Fall:**

Die beklagte Arbeitgeberin hatte im Dezember 2016 die behördliche Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Klägerin beantragt. Das Integrationsamt erteilte die Zustimmung mit Bescheid vom 20.02.2017. Mit Schreiben vom 07. bzw. 15.03.2017 hörte die Beklagte den Betriebsrat sowie die Schwerbehindertenvertretung zu ihrer Beendigungsabsicht an. Am 24.03.2017 kündigte sie dann das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 30.09.2017.

Die Klägerin hielt die Kündigung wegen der späten Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung für unwirksam und erhob Kündigungsschutzklage.

**Die Entscheidung:**

Die Kündigung ist nicht unwirksam, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt und nach Anhörung des Betriebsrats beteiligt.



Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen, die ein Arbeitgeber ohne Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ausspricht, ist hingegen gem. § 178 Abs. (2) Satz 3 SGB IX unwirksam.

Der erforderliche Inhalt der Anhörung und die Dauer der Frist für eine Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung richten sich dabei nach den für die Anhörung des Betriebsrats geltenden Grundsätzen (§ 102 BetrVG).

Die Kündigung ist allerdings nicht schon allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 178 Abs. (2) Satz 1 SGB IX nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt hat (**BAG, Urteil v. 13.12.2018 – 2 AZR 378/18**).

**Praxishinweis:**

Im letzten Quartalsbrief hatten wir Sie auf ein Urteil des ArbG Hagen aufmerksam gemacht (Az.: 5 Ca 1902/17), das mit Urteil vom 05.03.2018 noch anders als das BAG entschieden hatte, nämlich der Ansicht war, dass noch vor Einleitung des Zustimmungsverfahrens beim Integrationsamt die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen sei. Nun hat das BAG eine praxistaugliche Entscheidung getroffen, so dass Sie zukünftig nicht darauf achten müssen, erst die Schwerbehindertenvertretung anzuhören, sondern auch erst die Zustimmung beim Integrationsamt einholen und den Betriebsrat beteiligen können.

Zudem enthält das Urteil den Hinweis darauf, dass sich der Inhalt und die Fristen der Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nach § 102 BetrVG richten, also die Schwerbehindertenvertretung bei einer ordentlichen Kündigung eine Woche, im Fall einer außerordentlichen Kündigung drei Tage Zeit hat, zu reagieren. Bislang war offen, welche Frist die Schwerbehindertenvertretung einzuhalten hat.

**SONSTIGES**

**Kein Anspruch auf Rückdatierung eines Zeugnisses nach zwei Jahren.**

**Ein nachträglich berichtigtes Zeugnis muss nur das Datum des Ursprungszeugnisses tragen, soweit die verspätete Ausstellung nicht auf einer eigenen Nachlässigkeit des Arbeitnehmers beruht, sondern auf die Zusage einer Änderung des ursprünglich erteilten Zeugnisses zurückzuführen ist.**

**Der Fall:**

Der klagende Arbeitnehmer war bis zum 30.04.2014 bei der Beklagten beschäftigt. In dem daraufhin durchgeführten Kündigungsschutzprozess schlossen die Parteien einen Vergleich, der u.a. folgende Regelung enthielt:

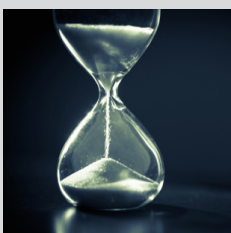
*„Dem Arbeitnehmer steht ein Dienstzeugnis mit der Verhaltens- und Leistungsbewertung „sehr gut“ zu, für das er berechtigt ist, einen Entwurf zu liefern, von dem nur abgewichen werden darf, falls Tatsachen unzutreffend angegeben worden sind.“*

Mit anwaltlichem Schreiben vom 03.11.2016 forderte der Arbeitnehmer seine ehemalige Arbeitgeberin erstmalig zur Erteilung eines Zeugnisses auf, woraufhin sie ihm ein Zeugnis mit Datum 16.11.2016 ausstellte.

Der nun erneut klagende Arbeitnehmer hat deshalb ein Zeugnis mit dem Beendigungsdatum 30.04.2014 und unter Verwendung des alten Briefbogens verlangt.

**Die Entscheidung:**

Das LAG lehnte einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Rückdatierung des Zeugnisses und Verwendung des alten Briefbogens ab.



Die verspätete Zeugniserteilung beruht auf der eigenen Nachlässigkeit des klagenden Arbeitnehmers, so dass die Wahrheitspflicht einer Rückdatierung des Zeugnisses auf den 30.04.2014 entgegensteht.

Ein nachträglich berichtigtes Zeugnis muss nur das Datum des Ursprungszeugnisses tragen, soweit die verspätete Ausstellung nicht auf eigener Nachlässigkeit des Arbeitnehmers beruht, sondern auf die Zusage einer Änderung des ursprünglich erteilten Zeugnisses zurückzuführen ist (**LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 11.01.2018 – 2 Sa 332/17**).

## Schadensersatz bei unterbliebener Wiedereingliederung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers

**Versäumt es der Arbeitgeber schuldhaft, die behinderungsgerechte Beschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu ermöglichen, hat der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch in Höhe der entgangenen Vergütung.**

### Der Fall:

Die Klägerin ist schwerbehindert und war über eine längere Zeit arbeitsunfähig erkrankt.

Erstmals am 20.01.2015 hat sie die Durchführung der (stufenweisen) Wiedereingliederung unter Vorlage einer entsprechenden ärztlichen Bescheinigung verlangt, die von dem Beklagten abgelehnt worden ist. Als Zeitpunkt der Herstellung der vollen Arbeitsfähigkeit war der 28.03.2015 angegeben.

Kurz darauf hat die Klägerin erneut eine ärztliche Bescheinigung zur Wiedereingliederung vorgelegt, worüber die Parteien eine Wiedereingliederungsvereinbarung geschlossen haben. Seit dem 13.05.2015 arbeitet die Klägerin wieder in Vollzeit.

Mit der Klage begehrt sie die Vergütungsdifferenz für die Monate April und Mai 2015.

### Die Entscheidung:

Ein schwerbehinderter Arbeitnehmer kann nach § 164 Abs. (4) S. 1 Nr. 1 SGB IX eine anderweitige Tätigkeit auch im Rahmen einer Wiedereingliederung verlangen. Dies setzt allerdings voraus, dass der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung vorlegt, aus der sich die Art und Weise der empfohlenen Beschäftigung, Beschäftigungsbeschränkungen, Umfang der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit sowie die Dauer der Maßnahme ergeben. Die Bescheinigung muss darüber hinaus die Prognose erhalten, wann voraussichtlich die Wiederaufnahme der Tätigkeit erfolgt.

Versäumt es der Arbeitgeber schuldhaft, die behinderungsgerechte Beschäftigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu ermöglichen, hat der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch in Höhe der entgangenen Vergütung.

Nach diesen Grundsätzen steht der Klägerin im Streitfall der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zu. Die vorlegte ärztliche Bescheinigung enthält alle erforderlichen Angaben. Unerheblich war dabei sogar, dass dort nur eine einzige Stufe im Rahmen der Wiedereingliederung vorgesehen war; denn es ist nicht ersichtlich, dass notwendigerweise mehr als eine Stufe vorzusehen ist.

Der Beklagte hat den Anspruch der Klägerin auch schuldhaft verletzt. Insbesondere hat er nicht vorgetragen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs unzumutbar oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich wäre. Aufgrund dessen, dass in der Wiedereingliederung eine Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit am 28.03.2015 prognostiziert worden ist, ist auch in Bezug auf die Kausalität anzunehmen, dass sich diese Prognose bei früherem Beginn der Wiedereingliederung bewahrheitet hätte. Für die Fehlerhaftigkeit der Bescheinigung gab es keine Indizien (**LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 23.05.2018 – 15 Sa 1700/17**).

**Praxishinweis:**



Zu beachten ist, dass es einen Unterschied zwischen einer Wiedereingliederung eines Schwerbehinderten und eines zwar seit längerer Zeit kranken, aber eben nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers gibt.

Ein Schwerbehinderter hat einen aus § 164 Abs. (4) S. 1 Nr. 1 SGB IX folgenden Rechtsanspruch auf eine stufenweise Wiedereingliederung. Für den Fall, dass dieser nicht erfüllt wird, hat das LAG Berlin-Brandenburg nun entschieden, dass dadurch auch ein Schadensersatzanspruch ausgelöst werden kann.

Für nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer kommt eine stufenweise Wiedereingliederung zwar ebenfalls in Betracht. Das BAG hat aber zuletzt mit Urteil vom 06.12.2017 (Az.: 5 AZR 815/16) klargestellt, dass es für nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf eine stufenweise Wiedereingliederung gibt, sodass hier die Ablehnung der Wiedereingliederung durch den Arbeitgeber auch keine Schadensersatzansprüche auslöst.

Sie dürfen also nur die Wiedereingliederung eines nicht schwerbehinderten Menschen ohne Grund ablehnen.



---

**IMPRESSUM**

SLP Anwaltskanzlei  
Dr. Seier & Lehmkühler GmbH  
Rechtsanwaltsgesellschaft  
Fachanwälte für Arbeitsrecht

Obere Wässere 4  
72764 Reutlingen  
Telefon 071 21 38 36 1-0  
Telefax 071 21 38 36 1-99  
rt@arbeitsrecht.com  
www.arbeitsrecht.com