

Für Anzeige oder Druck des Newsletter klicken Sie bitte [hier](#)



DIHK Newsletter
Info Arbeitsrecht 4/2012 vom 30.10.2012



Inhalte des Newsletters

↓ Aktuelles

- ↓ Technischer Hinweis in eigener Sache
- ↓ Gesetzgeberischer Stillstand im Arbeitsrecht

↓ Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung

- ↓ AGG: Entschädigung auch bei Nichtbesetzung der Stelle
- ↓ Vorsicht bei der Formulierung von Stellenausschreibungen
- ↓ Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Ausland
- ↓ Kündigung per Email auch bei Einverständnis des Arbeitnehmers unwirksam
- ↓ Kündigung während Elternzeit und sozialversicherungsrechtliche Nachteile
- ↓ Frage nach Schwerbehinderung nach Eintritt des Sonderkündigungsschutzes
- ↓ Erstattung von Flugkosten für Vorstellungsgespräche
- ↓ Kündigung bei Falschangaben in der Zeiterfassung?
- ↓ Beleidigung des Arbeitgebers auf facebook – arbeitsrechtliche Konsequenzen

↓ Fragen und Antworten

- ↓ Soziale Netzwerke – Kontrollmöglichkeiten und Weisungsrecht des Arbeitgebers

↓ Tipps zum Schluss

- ↓ Literaturhinweise
- ↓ Link: „Migration-Check“ der Bundesagentur für Arbeit

Aktuelles

Technischer Hinweis in eigener Sache

Etliche Leser des Newsletters Arbeitsrecht haben mich seit der Umstellung auf das neue Design und die neue Technik darauf angesprochen, dass sie gerne eine ausdrückbare bzw. elektronisch archivierbare Gesamtausgabe des Newsletters (inkl. dann noch funktionierender Links) hätten. Diese Anregung haben wir aufgegriffen. Sie finden nun ganz oben über dem Newsletter einen Link mit der Bezeichnung „Für Anzeige oder Druck des Newsletters klicken Sie bitte hier“, der auf die als Gesamtversion ausdrückbare Online-Darstellung führt. Klickt man auf diese Online-Darstellung mit der rechten Maustaste, kann man über die Funktion „in Adobe PDF konvertieren“ ein PDF-Dokument erzeugen, bei dem auch die Verlinkungen im Text nicht verloren gehen. Ich hoffe, diese Hinweise helfen Ihnen weiter und erleichtern Ihnen das Lesen und die Arbeit mit unserem Newsletter.

Gesetzgeberischer Stillstand im Arbeitsrecht

Obwohl im Koalitionsvertrag für die schon bald auslaufende Legislaturperiode einige arbeitsrechtliche Handlungsfelder benannt sind und auch durch EuGH- und BAG-Rechtsprechung

Handlungsbedarf für gesetzgeberisches Tätigwerden aufgezeigt wurde, sind aus dem Bundesarbeitsministerium keinerlei Aktivitäten in diese Richtung zu erkennen.

Die Frankfurter Allgemeine Zeitung titelt dazu „Arbeitsministerium im Bummelstreik“ (FAZ, 10.10.2012), auf der Jahrestagung der „Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht“ (NZA) wurde kürzlich der Tagesordnungspunkt „Aktuelle Gesetzgebung“ einfach gestrichen – es gibt keine aktuellen Gesetzentwürfe aus dem Ministerium, über die man berichten könnte. Doch – eine Ausnahme gibt es: die Umsetzung des internationalen Seearbeitsabkommens.

Dass die Wirtschaft auf ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch schon lange vergebens wartet, ist nicht weiter überraschend. Aber es gibt nun auch etliche Themen im Arbeitsrecht, die leichter anzupacken sind und bei denen auch politisch nicht nachvollziehbar ist, worin die Schwierigkeiten bestehen, eine Gesetzeslösung zu finden. Das fängt an bei der Berechnung der Kündigungsfristen hinsichtlich der Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres (§ 622 BGB) – dass diese laut Gesetz nicht berücksichtigt werden, hat der EuGH für europarechtswidrig erklärt, so dass die deutschen Arbeitsgerichte diese Vorschrift nicht mehr anwenden dürfen. Es geht über das Vorbeschäftigungsverbot bei der sachgrundlosen Befristung, das durch das BAG aus verfassungsrechtlichen Gründen auf drei Jahre beschränkt wurde bis hin zum Urlaubsrecht – auch dort haben sich durch EuGH- und BAG-Urteile etliche Änderungen zum Verfall von Urlaub und zu dessen Abgeltung ergeben, die bisher nicht im Gesetz stehen.

In all diesen Fällen stehen die Rechtsanwender, also Unternehmen und Arbeitnehmer, vor dem Problem, dass im Gesetz etwas anderes drinsteht als tatsächlich rechtlich gilt. Selbst wer sich also streng an den Gesetzeswortlaut hält, riskiert Rechtsfehler mit der Folge, dass er im Streitfall vor Gericht unterliegt. Dies ist ein Zustand, der sich nur schwer mit dem Verständnis eines Rechtsstaates in Einklang bringen lässt. Es besteht daher dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Leider sieht es im Moment nicht so aus, als würde sich in dieser Legislaturperiode noch etwas ergeben – viel Zeit bleibt nicht mehr, da Gesetze, die nicht bis Jahresende in den Bundestag eingebracht sind, es schwer haben werden, rechtzeitig bis zur Bundestagswahl zu Ende gebracht zu werden. Falls dies nicht gelingt, ist selbst bei schon eingeleiteten Gesetzgebungsverfahren alles „für die Katz“, da dann der Diskontinuitätsgrundsatz greift und das gesamte Gesetzgebungsverfahren in einer neuen Legislaturperiode von vorne neu begonnen werden muss.

Hildegard Reppelmund, DIHK

Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung

AGG: Entschädigung auch bei Nichtbesetzung der Stelle

BAG, Urteil vom 23.08.2012, Az.: 8 AZR 285/11

Wird in einer Stellenausschreibung ausdrücklich ein „Mitarbeiter zwischen 25 und 35 Jahren“ gesucht, liegt eine Diskriminierung älterer Bewerber wegen ihres Alters vor. Ein Anspruch eines nicht eingestellten älteren Bewerbers auf Entschädigung kann der Arbeitgeber nicht mit der Begründung ablehnen, er habe gar keinen neuen Mitarbeiter eingestellt. Dies hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 23. August 2012 entschieden. Für einen Entschädigungsanspruch komme es nicht darauf an, ob die ausgeschriebene Stelle auch besetzt werde.

Ob dem Bewerber ein Entschädigungsanspruch zusteht, muss im Einzelfall entschieden werden. Kriterien sind dabei unter anderem, ob der Bewerber für die ausgeschriebene Stelle objektiv geeignet war und ob er wegen seines Alters nicht eingestellt wurde.

Praxistipp:

Stellenausschreibungen sollten unbedingt so formuliert werden, dass Eingrenzungen des Bewerberkreises durch die im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) genannten Kriterien (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität) nur dann vorgenommen werden, wenn es hierfür einen nach dem AGG anerkannten Rechtfertigungsgrund gibt.

Susanne Wollenweber, IHK Köln

Vorsicht bei der Formulierung von Stellenausschreibungen

LAG Nürnberg, Urteil vom 16.05.2012, Az.: 2 Sa 574/11

Häufig kommt es bei der Formulierung von Stellenausschreibungen zu Verstößen gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Mal werden ältere Menschen, mal Behinderte benachteiligt, mal richtet sich die Ausschreibung nur an Angehörige eines bestimmten Geschlechts usw. – häufig liegt dem aber kein böser Wille zugrunde, sondern schlichte Sorglosigkeit. In dem vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber folgende Formulierung gewählt: „Wir bieten einen zukunftssicheren Arbeitsplatz in einem jungen, motivierten Team“. Das hat den Richtern noch nicht für die Annahme eines Indizes für eine Diskriminierung älterer Bewerber gereicht. Denn das Adjektiv „jung“ beziehe sich nicht auf eine Eigenschaft des Bewerbers, sondern beschreibt die momentane Struktur der Belegschaft des Arbeitgebers. Eindeutige Indizien, dass eine Altersdiskriminierung vorliege und damit eine Beweislast des Arbeitgebers begründet hätten, sei der Bewerber schuldig geblieben.

Eike Thiel, IHK Stade

Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Ausland

LAG Düsseldorf, Urteil vom 05.07.2012, Az.: 15 Sa 485/12

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, in welchem Umfang eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) bei Verlagerung von Betriebsstätten ins Ausland vorliegt.

Geklagt hatte eine Arbeitnehmerin, der nach 40 Jahren Tätigkeit wegen der Betriebsstilllegung am deutschen Standort und der Verlagerung nach Tschechien gekündigt worden war. Ihrer Ansicht nach hätte der Arbeitgeber ihr zumindest die Weiterbeschäftigung in der neuen ausländischen Betriebsstätte anbieten müssen.

Dem ist nach Ansicht des LAG Düsseldorf zwar grundsätzlich zuzustimmen. Der Einwand des Arbeitgebers, dass diese Weiterbeschäftigung für beide Seiten ohnehin unzumutbar sei, hat das Gericht nicht gelten lassen, denn es sei grundsätzlich Sache des Arbeitnehmers, auf den Vorschlag des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung am neuen Standort hin selbst zu entscheiden, ob er dies für sich als zumutbar erachtet (so bereits das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einer Entscheidung vom 21.04.2005, Az.: 2 AZR 132/04). Der Arbeitgeber hätte somit eine Änderungskündigung aussprechen und der Arbeitnehmerin eine Weiterbeschäftigung am anderen Standort anbieten müssen.

Allerdings scheiterte die Kündigungsschutzklage an der räumlichen Reichweite des deutschen Kündigungsschutzgesetzes. Hier hat das LAG klargestellt, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem „Betrieb“ des Arbeitgebers im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes, die einer Kündigung entgegensteht, nur dann vorliegt, wenn es sich bei dem Betrieb um in Deutschland gelegene organisatorische Einheiten bzw. Teile eines Unternehmens handelt. Daraus folge allgemein, dass der gesamte erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes, der den allgemeinen Kündigungsschutz betrifft, nur auf in Deutschland gelegene Betriebe Anwendung findet.

Diese Auffassung ist jedoch nicht unumstritten. Aus Sicht des LAG Hamburg handelt es sich auch bei im Ausland gelegenen Betriebsstätten um einen „Betrieb“ im Sinne des KSchG, sodass eine Kündigung ohne vorheriges Angebot der Weiterbeschäftigung im Ausland unwirksam sei (Entscheidung vom 22.03.2011, Az.: 1 Sa 219/11).

Klärung in dieser wichtigen Grundsatzfrage soll nun das BAG bringen. Gegen beide Entscheidungen ist eine Revision anhängig. Die erste Entscheidung über das Urteil des LAG Hamburg steht für den 20.12.2012 an.

Hildegard Reppelmund/Christina Müller, DIHK

Kündigung per Email auch bei Einverständnis des Arbeitnehmers unwirksam

LAG Düsseldorf, Urteil vom 25.06.2012, Az.: 14 Sa 185/12

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf hat klargestellt, dass eine Kündigung per Email auch dann formunwirksam ist, wenn der Arbeitnehmer sich mit dieser Form zuvor einverstanden erklärt hat.

Der Kläger war beim Beklagten zur Probe angestellt. Nachdem er telefonisch erfahren hatte, dass ihm gekündigt werden sollte, erklärte er sich mit einer Kündigung per Email einverstanden, um sich die Fahrt zum Unternehmen zu sparen. Der Kläger bat um die Zusendung des schriftlichen Originals, welche ihm jedoch erst einige Wochen später und somit außerhalb der zwischenzeitlich beendeten Probezeit zuzuging.

Der Kläger griff die Kündigung mit dem Argument an, diese entspreche nicht der erforderlichen Schriftform nach §§ 623, 125 BGB. Dem hielt der Arbeitgeber entgegen, dass sich der Arbeitnehmer mit dieser Form aus Praktikabilitätsgründen einverstanden erklärt habe und es ihm daher wegen des Prinzips von Treu und Glauben verwehrt sei, sich nun auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Formmangels zu berufen.

Dies hat das Gericht nicht so gesehen, sondern sich auf die allgemeinen Zwecke des Formerfordernisses und dessen Nichtbeachtung gestützt, die dazu führen, dass im Sinne der Rechtssicherheit eine Kündigung grundsätzlich schriftlich zu erfolgen hat. Schriftform in diesem Sinne bedeutet, dass das Dokument eigenhändig unterschrieben sein muss (§ 126 Abs. 1 BGB), was bei Emails erkennbar nicht der Fall ist. Lediglich in eng begrenzten Ausnahmefällen könne hiervon abgesehen werden, insbesondere, wenn die Berufung auf die Form für einen Teil eine unzumutbare Belastung und Härte darstelle. In der vorliegenden Konstellation, in der beide Seiten die Form trotz Kenntnis von deren Notwendigkeit nicht beachten haben, sei aber keine Seite derart schutzwürdig, dass die Abweichung vom gesetzlichen Regelfall angezeigt wäre.

Nicht relevant war, dass sich der Arbeitnehmer mit der Kündigung per Email einverstanden erklärt hatte. Dies begründet noch nicht die Annahme eines widersprüchlichen Verhaltens, welches dem Arbeitnehmer die Schutzwürdigkeit nehmen würde. Denn das Schriftformerfordernis bei Kündigungen steht nicht zur Disposition der Parteien, so das Gericht.

Hildegard Reppelmund/Christina Müller, DIHK

Kündigung während Elternzeit und sozialversicherungsrechtliche Nachteile

LAG Nürnberg, Urteil vom 11.01.2012, Az.: 4 Sa 627/11

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Nürnberg hat entschieden, dass bei der Kündigung eines Arbeitnehmers während dessen Elternzeit nicht darauf Rücksicht genommen werden muss, dass dieser durch die Elternzeit Vorteile bei der Mitgliedschaft in der Krankenversicherung hat.

Geklagt hatte eine Arbeitnehmerin, deren Arbeitgeber insolvent geworden und der daraufhin vom Insolvenzverwalter gekündigt worden war, während sie sich in der Elternzeit nach dem Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) befand. Hiergegen hatte sie sich mit dem Argument gewehrt, durch die Kündigung verliere sie den Vorteil der beitragsfreien Krankenversicherung, so dass sich die Kündigung als ermessensfehlerhaft darstelle.

Dies sah das LAG anders gesehen und begründete dies mit den Zweck des Kündigungsschutzes nach dem BEEG (§ 18 Abs. 1 BEEG). Diese Vorschrift schützt den Arbeitnehmer vor Kündigungen während der Elternzeit, indem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, höchstens jedoch acht Wochen vor Beginn der Elternzeit, und während der Elternzeit nicht kündigen darf. Trotzdem kann eine Kündigung in besonderen Fällen ausnahmsweise zulässig sein, insbesondere wenn über das Vermögen des Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (so das Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 20.01.2005, Az.: 2 AZR 500/03 sowie Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 30.09.2009, Az.: 5 C 32/08).

Bereits das BVerwG hatte klagegestellt, dass § 18 BEEG nicht dem Schutz vor sozialversicherungsrechtlichen Nachteilen, sondern nur dem Schutz vor einer Kündigung diene. Dem hat das LAG Nürnberg in seiner jetzigen Entscheidung hinzugefügt, dass im Falle einer

Betriebsstilllegung durch Insolvenz das Arbeitsverhältnis des Betroffenen „sinnentleert“ sei und ein Schutz vor Kündigungen, auch bei Elternzeit, nicht in Betracht komme. Ein Insolvenzverwalter sei bei einer solchen Betriebsstilllegung auch nicht verpflichtet, einer in Elternzeit befindlichen Mitarbeiterin eine von § 113 S. 2 InsO abweichende längere Kündigungsfrist einzuräumen, um sie weiterhin von den sozialversicherungsrechtlichen Vorteilen profitieren zu lassen. Das LAG hat darauf hingewiesen, dass der Schutz gekündigter Arbeitnehmer während der Elternzeit vor nachteiligen Folgen, wie hier speziell dem Wegfall der Beitragsfreiheit in der Krankenversicherung, durch den Gesetzgeber zu lösen ist.

Hildegard Reppelmund/Christina Müller, DIHK

Frage nach Schwerbehinderung nach Eintritt des Sonderkündigungsschutzes

BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat entschieden, dass die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach sechs Monaten, also nach dem Erwerb des Sonderkündigungsschutzes für behinderte Menschen, zulässig ist.

Geklagt hatte ein Arbeitnehmer mit einem Behinderungsgrad von 60 Prozent. Diesem war im Zuge eines Insolvenzverfahrens gekündigt worden. Bei einer vorausgegangenen Befragung durch den Insolvenzverwalter hatte er die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitswidrig verneint. Gleichwohl wehrte er sich gegen die Kündigung mit der Begründung, dieser habe wegen der vorliegenden Schwerbehinderung das Integrationsamt zustimmen müssen.

Bei der Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung kam die Frage auf, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, nach der Schwerbehinderung zu fragen, wenn diese eine Relevanz für anschließende Kündigungen entfalten kann. Dies war seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zweifelhaft. Ganz überwiegend wurde in der Literatur die Ansicht vertreten, dass eine solche Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft nur zulässig sei, sofern dies für die Ausübung der Tätigkeit entscheidend sei.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat nun Klarheit geschaffen: Jedenfalls ab dem Zeitpunkt ist die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft zulässig, ab dem der schwerbehinderte Arbeitnehmer den besonderen Kündigungsschutz für behinderte Menschen erwirbt. Denn dann sei die Kenntnis von der Schwerbehinderung für den Arbeitgeber unerlässlich, um sich den gesetzlichen Vorgaben über die Kündigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern gemäß zu verhalten, so das oberste Arbeitsgericht.

Die Frage der Schwerbehinderung sei nämlich bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) zu beachten. Außerdem sieht § 85 des Sozialgesetzbuchs (SGB) IX vor, dass eine Kündigung von der Zustimmung des Integrationsamtes abhängt. Vor diesem Hintergrund diene die Nachfrage auch den Interessen des Arbeitnehmers daran, dass sich der Arbeitgeber bei einer Kündigung gesetzestreu verhalte. Es liege keine Diskriminierung behinderter Arbeitnehmer vor. Auch Gründe des Datenschutzes stehen nicht entgegen.

Indem der Arbeitnehmer die zulässige Frage wahrheitswidrig beantwortet hatte, sieht er sich im Rahmen der Kündigungsschutzklage dem Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens ausgesetzt, was ihm im Ergebnis den Kündigungsschutz verwehrt.

Praxistipp:

Das Urteil bringt eine wichtige Klärung und daher Rechtssicherheit für Arbeitgeber in einem arbeitsrechtlich sensiblen Bereich. Es ist daher zu empfehlen, nach Ablauf von sechs Monaten, also mit Eintritt des Sonderkündigungsschutzes, die Frage nach einer Schwerbehinderung zu stellen, um im Falle einer Kündigung die gesetzlichen Vorgaben beachten zu können. Die falsche Beantwortung dieser Frage geht dann allein zu Lasten des Arbeitnehmers.

Noch nicht abschließend durch das BAG geklärt ist die Frage, ob die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft auch schon im Bewerbungsverfahren zulässig ist, wenn die Schwerbehinderung für die konkrete Tätigkeit irrelevant ist. Hier ist nach wie vor Vorsicht geboten. Insbesondere kann in einer solchen Frage ggf. ein Indiz für eine Benachteiligung wegen der Behinderung nach AGG gesehen werden. Anders ist dies, wenn die Behinderung die vertragsgemäße Arbeitsleistung auf Dauer unmöglich macht und sich das Fehlen der Behinderung daher als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ und damit als Rechtfertigung i.

S. d. AGG darstellt.

Literaturtipp:

Brigitte Glatzel, „Frage nach der Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 16.02.2012“, NZA-RR 2012, 403

Hildegard Reppelmund/Christina Müller, DIHK

Erstattung von Flugkosten für Vorstellungsgespräche

- ArbG Düsseldorf, Urteil vom 15.05.2012, Az.: 2 Ca 2404/12

Das Arbeitsgericht (ArbG) Düsseldorf hatte zu klären, ob ein Kandidat, der zu einem Vorstellungsgespräch geladen wurde, die Kosten, die ihm in diesem Zusammenhang durch die Buchung einer Flugreise entstanden waren, erstattet verlangen kann.

Konkret ging es um einen Bewerber um eine Teamleiterstelle für die IT-Abteilung eines Unternehmens. Der Kläger reiste für den Gesprächstermin um 14.00 Uhr in Düsseldorf per Flugzeug von Hamburg aus an und machte nun die Kosten für das Flugticket in Höhe von 472 EUR geltend, erstattet wurden nur 234 EUR.

Das ArbG hat den Fall anhand der zu dieser Frage in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze entschieden. Danach sind diejenigen Kosten erstattungsfähig und -pflichtig, die der (potentielle) Arbeitnehmer den Umständen nach für erforderlich halten durfte, was den Umfang auf notwendige Kosten beschränkt. Hierzu, so das ArbG in Düsseldorf, gehören üblicherweise auch die Anfahrtskosten zum Vorstellungstermin.

Die Erstattungsfähigkeit von Flugkosten, insbesondere auch, weil diese oft die Kosten für die Inanspruchnahme anderer Verkehrsmittel übersteigen, ist aber umstritten. Das Gericht hat auf die hierzu vertretenen Auffassungen in der Arbeitsgerichtsbarkeit verwiesen, die die Erstattung z. T. nur bei einer entsprechenden Zusage bejaht (so etwa das ArbG Hamburg in einer Entscheidung vom 02.11.1994, Az.: 13 Ca 24/94) oder bei Bewerbungen um eine Stelle in einer Führungsposition (so das ArbG Wuppertal, Urteil vom 28.04.1983, Az.: 2 Ca 926/83). Das Gericht hat deutlich gemacht, dass die Höhe der erstattbaren Kosten durchaus davon abhängen kann, um was für eine Stelle sich der Bewerber bemüht.

Welcher Ansicht das Gericht selbst zuneigt, musste es nicht bekennen, denn selbst nach einer bewerberfreundlichen weiten Auslegung der Erstattungspflicht erschienen die Flugkosten im zu entscheidenden Fall eindeutig als nicht erforderlich, da bei der angestrebten Stelle die regelmäßige Benutzung von Flugzeugen nicht üblich bzw. sozialadäquat sei. Auch angesichts der zunehmenden Nutzung von Flugzeugen als Transportmöglichkeit auch bei Dienstreisen sei keine Änderung dieser Einschätzung zu erkennen. Darüber hinaus sei der Termin um 14.00 Uhr auch mit der Bahn oder Auto in zumutbarer Weise erreichbar gewesen.

Um diesbezüglich nicht mit den Kosten belastet zu bleiben, liegt es am Arbeitnehmer, so der abschließende Hinweis des Arbeitsgerichts an den Kläger, die Frage der Kostenübernahme für eine Anreise per Flugzeug im Vorfeld mit dem Arbeitgeber zu regeln.

Praxistipp:

Grundsätzlich muss ein Arbeitgeber alle Aufwendungen ersetzen, die der Bewerber den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Dazu gehören Fahrkosten, falls erforderlich auch Verpflegungs- und Übernachtungskosten sowie ggf. der Verdienstaussfall. Ob der Arbeitsvertrag zu Stande kommt oder nicht, ist für die Kostenerstattungspflicht unerheblich. Ein Arbeitgeber hat die Möglichkeit, diese Kostenerstattung auszuschließen, muss dies aber dem Bewerber bei der Aufforderung zum Vorstellungsgespräch ausdrücklich mitteilen. Wird von dieser Ausnahmemöglichkeit kein Gebrauch gemacht, kann es sinnvoll sein, bei der Einladung zum Vorstellungsgespräch ausdrücklich darauf hinzuweisen, welche Kosten übernommen werden (z. B. Bahnfahrt 2. Klasse), um Streit vorzubeugen.

Hildegard Reppelmund/Christina Müller, DIHK

Kündigung bei Falschangaben in der Zeiterfassung?

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13.06.2011, Az.: 15 Sa 407/12
LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.10.2011, Az 11 Sa 321/11

Das LAG Berlin-Brandenburg hat in einem Urteil vom 13.06.2011 entschieden, dass eine Falschangabe eines Arbeitnehmers in der Zeiterfassung – je nach Einzelfall – weder eine außerordentliche, noch eine ordentliche Kündigung rechtfertige.

In dem entschiedenen Fall hatte ein Arbeitnehmer nach den Feststellungen des Gerichts an vier Tagen für insgesamt maximal 60 Minuten das Betriebsgelände verlassen, ohne sich über die elektronische Zeiterfassung abzumelden. Sowohl die daraufhin vom Arbeitgeber ausgesprochene außerordentliche Kündigung, als auch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung hielt das LAG für rechtswidrig.

Es hat ausgeführt, dass es schon zweifelhaft sei, ob bei dem hier maximal entstandenen Schaden von 9,81 EUR eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung möglich sei. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer – wie hier – arbeitsvertraglich zu einer Leistung von 10 Überstunden pro Monat ohne weitere Vergütung verpflichtet und dieses Kontingent nicht ausgeschöpft sei, sei weder eine fristlose, noch eine ordentlich Kündigung zulässig, da dem Arbeitgeber, so das Gericht, kein materieller Schaden entstanden sei. Daher sei in einem solchen Fall eine vorhergehende Abmahnung erforderlich. Diese sei im konkreten Fall auch nicht ausnahmsweise entbehrlich gewesen. Gerade weil es sich nicht um eine schwerwiegende Pflichtverletzung gehandelt habe, könne auch erwartet werden, dass der Kläger sein Verhalten nach einer Abmahnung ändere.

Demgegenüber hält das LAG Rheinland-Pfalz eine fristlose Kündigung auch bei einem relativ geringen oder gar keinem Schaden des Arbeitgebers für zulässig (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.10.2011, Az.: 11 Sa 321/11). Zwar kenne das Arbeitsrecht keine absoluten Kündigungsgründe, auch nicht bei strafbaren Handlungen gegen den Arbeitgeber. Jedoch könnten vorsätzliche und rechtswidrige Handlungen des Arbeitnehmers, die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richteten, auch dann einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen, wenn die Pflichtverletzung nur Sachen von geringem Wert betrafen oder nur zu einem geringfügigen oder gar keinem Schaden geführt hätten. Die durch ein solches Verhalten ausgelöste Erschütterung der für die Vertragsbeziehung notwendigen Vertrauensgrundlage trete unabhängig davon ein, welche konkreten Schäden entstanden seien.

Aus diesen beiden Entscheidungen ist ersichtlich, wie sehr die Zulässigkeit einer Kündigung eines Arbeitnehmers auch bei strafbaren Handlungen eine Frage des Einzelfalls ist.

Heidrun Raven, IHK Essen

Beleidigung des Arbeitgebers auf facebook – arbeitsrechtliche Konsequenzen

ArbG Hagen, Urteil vom 16.05.2012, Az.: 3 Ca 2597/11 sowie
ArbG Bochum, Urteil vom 09.02.2012, Az.: 3 Ca 1203/11
ArbG Bochum, Urteil vom 29.03.2012, Az.: 3 Ca 1283/11 – LAG Hamm, Urteil vom 10.10.2012, Az.: 3 Sa 644/12

Mit der Beliebtheit sozialer Netzwerke nimmt auch die Zahl der Fälle zu, in denen sich Arbeitnehmer kritisch oder beleidigend über ihren Arbeitgeber äußern.

Beleidigungen des Arbeitgebers durch einen Arbeitnehmer können arbeitsrechtliche Konsequenzen bis zur Kündigung nach sich ziehen. Grund ist die mit einer derartigen Beleidigung einhergehende Störung des Vertrauensverhältnisses. Dies gilt auch, wenn die Beleidigung in sozialen Netzwerken erfolgt. Für die arbeitsrechtliche Beurteilung ist zum einen die Frage, wie schwerwiegend die Äußerungen des Arbeitnehmers sind, von großer Bedeutung. Einen Kündigungsgrund stellen nur grobe Beleidigungen dar, die mit einer erheblichen Ehrverletzung verbunden sind; der Arbeitnehmer kann sich für solche Äußerungen nicht auf sein Recht zur freien Meinungsäußerung berufen. Zu beachten ist zum anderen, gegenüber wem die Äußerungen erfolgen, bzw. wem sie zugänglich sind. Das Bundesarbeitsgericht hat 2009 entschieden, dass eine Beleidigung dann eine Kündigung nicht ohne weiteres rechtfertige, wenn beleidigende Äußerungen in einem vertraulichen Gespräch mit Arbeitskollegen fallen, da der Arbeitnehmer in einem solchen Fall darauf vertrauen darf, dass seine Äußerungen nicht nach außen dringen. Diesen Schutz der Privatsphäre kann jedoch nicht derjenige für sich in Anspruch nehmen, der selbst die Vertraulichkeit aufhebt, so dass die Gelegenheit für Dritte, seine Äußerungen wahrzunehmen, ihm zuzurechnen ist (BAG, Urteil vom 10.12.2009, AZ 2 ZR 534/08). Öffentlich in diesem Sinne können nach einer Entscheidung des Arbeitsgerichts Hagen vom 16.05.2012, AZ 3 Ca 2597/11, auch Äußerungen sein, die der

Arbeitnehmer auf seiner Pinnwand bei facebook hinterlässt, wenn diese zwar nur für „Freunde“ einsehbar ist, zu diesen „Freunden“ aber weitere Mitarbeiter des Arbeitgebers gehören. In dem vom ArbG Hagen entschiedenen Fall waren von 70 „Freunden“ des Arbeitnehmers 36 Arbeitskollegen. Damit seien, so das Gericht diese Äußerungen quasi „betriebsöffentlich“ gewesen. Hier ist sicherlich auch in Rechnung zu stellen, dass die „Freunde“ des Arbeitnehmers auf facebook diese Äußerungen wiederum lesbar für ihre „Freunde“ machen können usw.

Mildere Mittel sind im Falle der Beleidigung ein **Personalgespräch**, eine **Ermahnung** oder eine **Abmahnung**, wobei bei einer Abmahnung zu prüfen ist, ob diese überhaupt geeignet ist, die Störung des Vertrauensverhältnisses durch eine Beleidigung zu beseitigen.

Daneben hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitnehmer auf **Unterlassung** in Anspruch zu nehmen und zwar auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist. Voraussetzung ist allerdings das Bestehen einer Wiederholungsgefahr. Das Arbeitsgericht Bochum hielt allerdings in einem Fall, in dem es über eine solche Unterlassungsklage zu entscheiden hatte, Äußerungen wie „armseliger Saftladen“ und „Drecksladen“ noch von der Meinungsfreiheit für gedeckt und wies deswegen eine Unterlassungsklage ab (ArbG Bochum, Urteil vom 09.02.2012, AZ 3 Ca 1203711). Hinzu kam in diesem Fall, dass der Arbeitgeber nicht nachweisen konnte, dass der Dialog zwischen zwei ehemaligen Arbeitnehmern auf facebook, in dessen Rahmen diese Äußerungen gefallen waren, öffentlich geführt wurde. Die Berufung endete in diesem Fall mit einem Vergleich.

Die gravierendsten arbeitsrechtlichen Mittel sind die verhaltensbedingte **ordentliche** und die **außerordentliche Kündigung**. Eine ordentliche Kündigung hat das Arbeitsgericht Hagen in einem Fall für gerechtfertigt gehalten, in dem ein Mitarbeiter mehrfach auf facebook einen Vorgesetzten äußerst grob beleidigte und bedrohte und sich zudem missfällig über Kunden des Arbeitgebers äußerte (Urteil vom 16.05.2012, AZ 3 Ca 2597/11). Unter anderem hatte er über seinen Vorgesetzten geschrieben: „Diesen kleinen scheisshaufen mach ich kaputt...so ein faules schwein der noch nie gearbeitet hat in seinem scheissleben...“. Hier seien die Äußerungen so gravierend, dass der Arbeitgeber eine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen dürfe, so das Gericht.

Im Falle von Beleidigungen in sozialen Netzwerken kann auch eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein. Eine solche Kündigung ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig: Zunächst muss ein Sachverhalt vorliegen, der an sich als wichtiger Kündigungsgrund geeignet ist. Darüber hinaus muss die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer unzumutbar sein. Im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung gilt darüber hinaus das Prognoseprinzip: Eine Kündigung ist nur zulässig, wenn aus der Vertragsverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden kann, der Arbeitnehmer werde sich in Zukunft gleiche oder ähnliche Vertragsverstöße zu Schulden kommen lassen. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, hängt – wie immer beim Ausspruch von Kündigungen – ganz maßgeblich vom Einzelfall ab.

So hielt das LAG Hamm die fristlose Kündigung eines 26-jährigen Auszubildenden für gerechtfertigt. Dieser hatte unter der Rubrik „Arbeitgeber“ im Profil seines facebook-Auftritts folgenden Eintrag platziert: „menschenschinder & ausbeuter“, der ihn als „Leibeigener halte“. Er müsse „daemliche scheisse für mindestlohn – 20 %“ erledigen. Das Arbeitsgericht Bochum hatte in der ersten Instanz die fristlose Kündigung für nicht gerechtfertigt erachtet, dies aber weniger auf den Inhalt der Äußerungen und die Art und Weise der Veröffentlichung gestützt, sondern vielmehr maßgeblich auf die besonderen Umstände eines Ausbildungsverhältnisses hingewiesen, bei dem eine Kündigung immer nur in Betracht komme, wenn es kein milderes Mittel gebe. Dem Arbeitgeber sei es wegen der Pflicht zur Förderung von Auszubildenden durchaus zumutbar gewesen, zunächst eine Abmahnung auszusprechen oder auch nur „Kritikgespräche“ zu führen. Die Besonderheiten des Ausbildungsverhältnisses sah das LAG Hamm, das die Entscheidung mit Urteil vom 10.10.2012 (AZ 3 Sa 644/12) aufgehoben hat, nicht als ausschlaggebend an, da der Auszubildende bereits 26 Jahre alt war. Es hielt daher die außerordentliche Kündigung für gerechtfertigt.

Demgegenüber hielt das Arbeitsgericht Hagen in dem o. g. Fall aufgrund des Lebensalters des Arbeitnehmers – dieser war bereits 52 - und seiner Betriebszugehörigkeit von 31,5 Jahren nur die fristgemäße, nicht aber die fristlose Kündigung für zulässig. In diesem Fall sei es dem Arbeitgeber zumutbar, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am Arbeitsverhältnis festgehalten zu werden.

Heidrun Raven, IHK Essen

Fragen und Antworten

Soziale Netzwerke – Kontrollmöglichkeiten und Weisungsrecht des Arbeitgebers

1. Können Arbeitgeber von Arbeitnehmern Zugangsdaten zu Profilen verlangen?

In letzter Zeit wurde bekannt, dass Arbeitgeber in den USA verstärkt versuchen, die Zugangsdaten ihrer Mitarbeiter zu sozialen Netzwerken wie facebook, Xing, Twitter u. ä. zu erlangen, um sich so persönliche Informationen zu beschaffen, insbesondere auch in laufenden Bewerbungsverfahren.

In Deutschland ist ein solches Vorgehen nicht zulässig. Es verstößt gegen das grundrechtlich geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter oder Bewerber und stellt zugleich eine Verletzung der Nutzungsbestimmungen der Netzwerke durch den Nutzer selbst dar, da diese in der Regel vorsehen, dass die Zugangsdaten nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen.

Anders verhält es sich mit Log-In-Daten zu Profilen, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen erstellt hat. Diese Konten sind nicht als persönliches Profil des Arbeitnehmers einzustufen, sondern gelten als Arbeitsmittel, auf die der Arbeitgeber uneingeschränkt Zugriff verlangen kann. Allerdings gilt auch hier der Schutz persönlicher Informationen und Daten. Solche – aber auch nur solche – kann ein Arbeitnehmer bei Ausscheiden aus dem Betrieb des Arbeitgebers ggf. löschen, bevor er den Account an den Arbeitgeber übergibt.

2. In welchem Rahmen dürfen sich Arbeitgeber über ihre Mitarbeiter in sozialen Netzwerken informieren?

Grundsätzlich können Arbeitgeber Informationen aus sozialen Netzwerken, in denen Mitarbeiter oder künftige Beschäftigte Mitglied sind, einsehen, wenn diese Informationen etwa durch Suchmaschinen frei zugänglich sind oder der Betroffene ein Profil unterhält, das jedermann zugänglich ist (vgl. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Bundesdatenschutzgesetz, BDSG). Derzeit gibt es Überlegungen zu einem Beschäftigtendatenschutzgesetz, in dessen Rahmen es auch eine Regelung hierzu geben soll. Diese Überlegungen gehen in die Richtung, dass dieses Vorgehen nur nach vorherigem Hinweis an den Arbeitnehmer erlaubt sein soll und dass es außerdem darauf ankommt, ob es sich um ein beruflich orientiertes Netzwerk (z. B. Xing) oder um ein eher privat ausgerichtetes Netzwerk (z. B. facebook) handelt. Ob diese Gesetzesinitiative noch in dieser Legislaturperiode zum Abschluss gebracht wird, ist allerdings zweifelhaft.

3. Können Arbeitgeber ihren Mitarbeitern die Mitgliedschaft in bestimmten Netzwerken vorschreiben?

Für die Beantwortung dieser Frage ist zwischen der Art der Netzwerke zu unterscheiden. Eine Mitgliedschaft in privat genutzten Netzwerken ist allein dem privaten Bereich des Arbeitnehmers zuzuordnen und unterfällt daher nicht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 Gewerbeordnung (GewO).

Bei berufsorientierten Netzwerken wie Xing ist die Antwort davon abhängig, ob eine solche Mitgliedschaft sich als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis ergeben kann, insbesondere aus der konkreten Beschäftigung des Arbeitnehmers, etwa im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit, oder weil dies für die Position oder Branche üblich ist.

In jedem Fall aber muss der Arbeitgeber bei seinen Weisungen die Grenzen des Zulässigen beachten, um insbesondere personenbezogene Daten des Arbeitnehmers zu schützen. Sofern das Profil auch Fotos des Arbeitnehmers enthält, ist eine Einwilligung nach § 22 Kunsturhebergesetz erforderlich. Falls mit der Erstellung und Nutzung eines solchen betrieblich veranlassten Profils Kosten verbunden sind, sind diese vom Unternehmen zu tragen.

4. In welchem Umfang können Arbeitgeber das Verhalten ihrer Angestellten in sozialen Netzwerken beeinflussen?

Hier gilt wie auch sonst, das Problem im Vorfeld zu erkennen und hierauf zur Prävention späterer Probleme durch klare Informationen und Regelungen zu reagieren. Sinnvoll sind sogenannte Social-Media-Guidelines, die den Arbeitnehmer über die Positionierung des Unternehmens im Umgang mit sozialen Netzwerken informieren und ihm Leitlinien und Handlungsempfehlungen an die Hand geben.

Diese Richtlinien können die Nutzung privater Netzwerke während der Arbeitszeit betreffen, aber

ebenso das Verhalten in Netzwerken mit Berufsbezug regeln. Zu beachten sind dabei eventuell die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates. Verstärkte Bedeutung und Durchsetzungskraft kann eine Einbeziehung dieser Regeln als Richtlinie in den Arbeitsvertrag erlangen.

Soweit das Verhalten des Arbeitgebers seine arbeitsvertraglichen Pflichten tangiert, kann es Gegenstand einer Weisung nach § 106 GewO sein. Dieses Pflichten können sowohl das Auftreten in privaten als auch in berufsorientierten Netzwerken betreffen. So ist es zum Beispiel unzulässig, Unternehmensgeheimnisse zu offenbaren. Auch kann der Arbeitgeber auf die Darstellung des Unternehmens durch Arbeitnehmer Einfluss nehmen. Dies kann im Einzelfall sogar so weit gehen, dass die Eigenpräsentation des Arbeitnehmers gerügt werden kann, wenn diese offensichtlich unangemessen erfolgt und im direkten Zusammenhang mit der Beschäftigung auch eine negative Darstellung des Unternehmens mit sich bringt. In Fällen, in denen der Arbeitnehmer falsche Informationen über den Arbeitgeber verbreitet, sind diese unverzüglich zu korrigieren; ob daraus auch arbeitsrechtliche Konsequenzen folgen können, hängt vom Einzelfall ab.

5. Können grob beleidigende Äußerungen eine Kündigung rechtfertigen?

Vermeehrt waren in letzter Zeit Fälle von Arbeitsgerichten zu entscheiden, in denen das Verhalten von Arbeitnehmern in sozialen Netzwerken Anlass für eine verhaltensbedingte fristlose Kündigung war.

Zwar darf sich der Arbeitnehmer im privaten Rahmen frei, auch in negativer Weise, über Kollegen oder den Arbeitgeber äußern, er darf dabei aber nicht die Grenze zur strafrechtlich relevanten Beleidigung überschreiten. Er kann sich auch nicht auf den Schutz seines privaten Accounts berufen, wenn dieser öffentlich einsehbar ist und er auch damit rechnen musste, dass die beleidigenden Einträge vom Arbeitgeber zur Kenntnis genommen werden können (so ArbG Hagen, Urteil vom 16.05.2012, Az.: 3 Ca 2597/11 sowie ArbG Bochum, Urteil vom 09.02.2012, Az.: 3 Ca 1203/11) – siehe dazu auch den im Newsletter unter „Was Arbeitgeber wissen müssen – Rechtsprechung“ aufgeführten Beitrag „Beleidigung des Arbeitgebers auf facebook – arbeitsrechtliche Konsequenzen“ von Heidrun Raven, IHK Essen.

Literaturtipps hierzu:

- Ulrich Gabriel/ Jann Hendrik Cornels, „Direktionsrecht und Soziale Netzwerke – Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Beschäftigten bei XING & Co.“, MMR-Aktuell 2011, 316759 (beck online)

- Martin Gliewe, „Social Media im Arbeitsverhältnis“, Arbeit und Arbeitsrecht 8/2012, S. 464 ff.

- Astrid Krüger/ Wojtek Ropel, „Wem gehören Social-Media-Accounts?“, Arbeit und Arbeitsrecht 8/2012, S. 467 ff.

Hildegard Reppelmund/Christina Müller, DIHK

Tipps zum Schluss

Literaturhinweise

- Dirk Helge Laskawy, „Die Tücken des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Arbeitsrecht“, NZA 2012, S. 1011 ff.

- Volker Stück, „Die Stellenausschreibung in Recht und Praxis“, ArbRAktuell 2012, 335260 (beck-online)

- Thomas Muschiol, „Was gilt für Schwerbehinderte?“ – Übersicht: Wo sind die Rechtsgrundlagen zur Beschäftigung von Schwerbehinderten geregelt? Schon diese Frage gestaltet sich schwierig, wie ein Überblick zeigt, Personalmagazin 11/2012, S. 16 ff. – in diesem Heft finden Sie auch weitere Informationen zu diesem Thema, u. a. „Bereicherung für das Team“, „Zuschüsse als Starthilfe - Fördermöglichkeiten“

Link: „Migration-Check“ der Bundesagentur für Arbeit

Die Bundesagentur für Arbeit bietet unter dem „Migration-Check“ Informationen für Arbeitgeber, die eine Bewerberin / einen Bewerber aus dem Ausland beschäftigen wollen. Hier erhalten Sie eine

erste Orientierung, ob Ihre neue ausländische Mitarbeiterin bzw. Ihr neuer ausländischer Mitarbeiter für die Arbeit in Deutschland eine Arbeitserlaubnis benötigt und ob diese erteilt werden kann. Differenziert wird zunächst danach, ob der künftige Mitarbeiter/Mitarbeiterin bereits namentlich bekannt ist oder nicht, aus welchem Land er/sie stammt, ob ein Hochschulabschluss besteht, Verdiensthöhe usw. Je nach ausgewähltem Punkt, werden weitere Differenzierungsmöglichkeiten angeboten oder konkrete Beratungsmöglichkeiten mit Telefonnummern benannt.

Sie finden den Migration-Check [hier](#).

Hildegard Reppelmund, DIHK

[Newsletter abbestellen](#) | [Impressum](#)