

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 2 / 2014

**Liebe Leserinnen und Leser,**

jeder Computerexperte wird Ihnen bestätigen: Auch die komplette Deinstallation eines Computerprogramms vernichtet nicht alles. Kleine Reste, winzige Überbleibsel verbleiben doch noch auf der Festplatte und überleben den Wandel.

Im Personalwesen ist es nicht anders. Die personelle Fluktuation in der Personalabteilung, die Verwendung immer neuer EDV- und Kommunikationssysteme – all das vermag nichts an der Grundstruktur einer Personalabteilung, an deren Grundsätzen und Aufgaben zu ändern. Diese elementaren Zusammenhänge vererben sich weiter und bleiben bestehen.

Ob in Ihrer betrieblichen Praxis oder im „normalen“ Leben: Ich wünsche Ihnen eine gute Balance zwischen der



Bewahrung bewährter Grundsätze und der Suche nach sinnvollen Innovationen. Irgendwie tröstlich die Vorstellung, dass immer etwas bleibt.

Ihr Dr. Peter Bitzer

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

### Kündigung in der Wartezeit nicht ungefährlich

**So denken viele Arbeitgeber:** „In den **ersten sechs Monaten** des Arbeitsverhältnisses genießen Arbeitnehmer noch nicht den Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes. Das Arbeitsverhältnis kann vom Arbeitgeber daher **problemlos gekündigt werden.**“

### Richtig oder falsch?

- **Einerseits:** In den ersten sechs Monaten kommt das Kündigungsschutzgesetz noch nicht zur Anwendung (sog. „Wartezeit“). Der Arbeitnehmer genießt daher in diesem Zeitraum tatsächlich noch keinen Kündigungsschutz.
- **Andererseits:** Gleichwohl kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auch in der Wartezeit keineswegs "problemlos" kündigen. Auch in den ersten sechs Monaten gilt für die Kündigung nämlich nicht der „Wilde Westen“.

Leider wird das von vielen Arbeitgebern übersehen. Das zeigt eine weitere aktuelle Entscheidung des **Bundesarbeitsgerichts** zu diesem Thema (Urteil vom 19.12.2013, Aktenzeichen: 6 AZR 190/12, Pressemitteilung Nr. 78/13):

### Impressum:

Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393, 50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2, homepage: bitzer-anwalt.de

**„Eine Kündigung in der Wartezeit kann grundsätzlich nicht wegen der HIV-Infektion des Arbeitnehmers ausgesprochen werden.“**

**Der Fall (verkürzt):** Der Arbeitnehmer war als Chemisch-Technischer Assistent bei einem Hersteller von intravenös verabreichten Arzneimitteln eingestellt worden. Nur wenige Tage nach Beginn des Arbeitsverhältnisses offenbarte der Arbeitnehmer dem Betriebsarzt seine (symptomlose) HIV-Infektion. Als der Arbeitgeber davon erfuhr kündigte er noch am selben Tag das Arbeitsverhältnis wegen der ansteckenden Krankheit des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer klagte gegen die Kündigung - und verlor vor dem Arbeitsgericht und dem Landesarbeitsgericht. Der Paukenschlag für den Arbeitgeber erfolgte aber in letzter Instanz beim Bundesarbeitsgericht.

**Das Urteil:** Eine symptomlose HIV-Infektion ist eine **Behinderung** im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Eine Behinderung liegt vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen

- langfristig eingeschränkt ist und dadurch
- seine Teilhabe an der Gesellschaft beeinträchtigt sein kann.

Dies trifft auf eine HIV-Infektion zu. Die gesellschaftliche Teilhabe von HIV-Infizierten ist nämlich typi-

scherweise durch Stigmatisierung und soziales Vermeidungsverhalten beeinträchtigt.

**Konsequenz:** Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines solchen Arbeitnehmers daher **wegen** seiner HIV-Infektion, stellt dies in der Regel eine **Diskriminierung** dar. Die Kündigung ist dann **unwirksam**.

**Ausnahme:** Die Kündigung ist nur dann wirksam, wenn der Arbeitgeber auch durch angemessene **Vorkehrungen** den Einsatz des Arbeitnehmers trotz seiner Behinderung nicht ermöglichen kann. Aber das muss der Arbeitgeber im Einzelnen darlegen und beweisen.

**Das sagt der Anwalt:** Nahezu gefahrlos hätte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis innerhalb der Wartezeit mit der Begründung kündigen können, der Arbeitnehmer habe seinen subjektiven Erwartungen nicht entsprochen. Der Bezug zur HIV-Infektion und damit zu einer Behinderung des Arbeitnehmers macht die Kündigung dagegen im Regelfall unwirksam. Dieses Beispiel zeigt, wie nah bei Kündigungen in der Wartezeit Fluch und Segen beieinander liegen. Es bleibt dabei: Mit dem richtigen Know-how ist eine Kündigung in der Wartezeit fast immer realisierbar. Leider wird die Kündigung in der Wartezeit in der betrieblichen Praxis aber häufig unterschätzt.

Dann muss der Arbeitgeber für eine gewünschte Trennung in der Regel sehr viel Geld für die Abfindung in die Hand nehmen - eigentlich völlig unnötig.

## Versetzung an anderen Arbeitsort

Kaum eine arbeitsrechtliche Frage ist in der Praxis so unklar geregelt wie die **Versetzungsmöglichkeiten** von Arbeitgebern. Kein Wunder daher, dass sich die arbeitsgerichtlichen Entscheidungen zu diesem Thema die Klinke in die Hand geben. Nun hat sich ein weiteres Mal das Bundesarbeitsgericht zur Versetzung an einen anderen Arbeitsort geäußert (Urteil vom 28.08.2013, Aktenzeichen: 10 AZR 569/12).

**Der Fall (verkürzt):** Die Arbeitnehmerin war als **Flugbegleiterin** bei einer Fluggesellschaft beschäftigt. Beschäftigungsort **bei Beginn** des Arbeitsverhältnisses war nach dem Arbeitsvertrag (der Flughafen) **Münster/Osnabrück**.

Später beschloss das Unternehmen, den **Standort** Münster/Osnabrück zu **schließen**. Das Flugpersonal sollte künftig vor allem vom **Standort Düsseldorf** aus eingesetzt werden. Ein mit dem Betriebsrat vereinbarter Interessenausgleich sah deshalb vor, die erforderlichen Versetzungen auszusprechen.

Eine Flugbegleiterin klagte gegen die Versetzung – und unterlag (auch) in letzter Instanz vor dem BAG.

**Das Urteil:** Nach der Rechtsprechung des BAG gelten für die Versetzung an einen anderen Arbeitsort folgende **Grundsätze**:

- **Hat der Arbeitsvertrag den Arbeitsort nicht festgelegt, ergibt sich der Umfang der Weisungsrechte des Arbeitgebers aus § 106 GewO.**

In dem entschiedenen Fall sah der Arbeitsvertrag zwar vor, dass die Arbeitnehmerin bei „**Beginn**“ des Arbeitsverhältnisses in Münster/Osnabrück beschäftigt wird. Eine verbindliche Festlegung des Arbeitsortes für die **gesamte Dauer** des Arbeitsverhältnisses lag darin nach Einschätzung des BAG allerdings nicht.

**Zwischenergebnis:** Der Arbeitsort war im Arbeitsvertrag nicht festgelegt.

**Konsequenz:** Die **Versetzungsbezugnis** des Arbeitgebers richtete sich nun nach dem **Gesetz** (§ 106 GewO). Nun war deshalb zu prüfen, ob der Arbeitgeber sein gesetzliches Direktionsrecht bei Ausspruch der Versetzung **korrekt ausgeübt** hatte.

- **Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsort zu, so unterliegt dies der gerichtlichen Ausübungs-**

**kontrolle (Ermessenskontrolle) gemäß § 106 S 1 GewO, § 315 Abs. 3 BGB.**

Im entschiedenen Fall hatte das Unternehmen eine **ordnungsgemäße Abwägung** mit den Interessen der Arbeitnehmerin vorgenommen. Interessant sind dabei die Hinweise des BAG zur **Entfernung zum neuen Arbeitsort**:

Demnach müsse die Arbeitnehmerin die **Unbequemlichkeiten** und zusätzlich entstehenden **Kosten hinnehmen**. Sie habe außerdem die Möglichkeit, den Misslichkeiten einer längeren Anfahrt zum Arbeitsort durch einen **Umzug** auszuweichen.

**Anmerkung:** Leider hat das BAG auch in dieser Entscheidung nichts dazu gesagt, ob zumindest ein **zwingend erforderlicher Wohnortwechsel** die Versetzung unzulässig machen würde. Genau damit müssen Arbeitgeber daher auch künftig rechnen.

**Das sagt der Anwalt:** Versetzungen bleiben für Arbeitgeber und Arbeitnehmer weiterhin riskant.

Der **Arbeitgeber** sollte in jedem Einzelfall sorgfältig prüfen, ob die Versetzung im Wege des Direktionsrechts möglich oder eine Änderungskündigung erforderlich ist. Eine falsche Entscheidung kann ihn teuer zu stehen kommen.

Darüber hinaus sollten die **Arbeitsverträge** daraufhin überprüft werden, ob (wirksame) Versetzungsklauseln darin enthalten sind.

Für den **Arbeitnehmer** beinhaltet eine Versetzung ein erhebliches Stresspotential. Ein Wohnortwechsel ist für viele Arbeitnehmer mit erheblichen Belastungen verbunden oder sogar überhaupt nicht möglich. Gerade dann kommt es aber darauf an, die Versetzung **nicht vorschnell abzulehnen**. Andernfalls droht sogar die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

## Betriebsratsanhörung in der Probezeit

**Kündigungsschutz:** In den **ersten sechs Monaten** des Arbeitsverhältnisses genießen Arbeitnehmer noch nicht den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes. Diesen Zeitraum nennt man „**Wartezeit**“ –häufig fälschlich auch als **Probezeit** bezeichnet.

**Betriebsratsanhörung:** In **Unternehmen mit Betriebsräten** tauchte bislang immer wieder die Frage auf, ob und in welchem Umfang der Betriebsrat vor Ausspruch einer Kündigung gemäß § 102 Betriebsverfassungsgesetz angehört werden muss, wenn sich der betreffende Arbeitnehmer noch in der **Wartezeit** befindet und daher keinen Kündigungsschutz genießt.

Das **Bundesarbeitsgericht** hat hierzu eine wichtige klarstellende Entscheidung getroffen (BAG, Urteil vom 12.09.2013, Aktenzeichen: 6 AZR 121/12). **Danach gilt Folgendes:**

Hinsichtlich der Anforderungen, die an die **Information des Betriebsrats** durch den Arbeitgeber bei Wartezeitkündigungen zu stellen sind, ist zu unterscheiden zwischen

- Kündigungen, die auf **substantiiertbare Tatsachen** gestützt werden und
- Kündigungen, die auf **personenbezogenen Werturteilen** beruhen

In der **ersten Konstellation** genügt die Betriebsratsanhörung den Anforderungen des § 102 BetrVG nur, wenn dem Betriebsrat **alle Tatsachen** mitgeteilt werden, auf die die Kündigung gestützt werden soll.

In der **zweiten Konstellation** reicht bereits die bloße Mitteilung des **Werturteils** für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung aus. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall auch nicht dazu verpflichtet, sein Werturteil gegenüber dem Betriebsrat zu substantiieren oder zu begründen.

**Grundsätzlich sind in der Betriebsratsanhörung daher zum Beispiel folgende Formulierungen möglich:**

- ✓ „Der Arbeitnehmer hat sich während der Probezeit nicht bewährt“
- ✓ „Der Arbeitnehmer ist nicht geeignet, die ihm übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen“
- ✓ „Nach unserer allgemeinen, subjektiven Einschätzung genügt die Arbeitnehmerin unseren Anforderungen nicht“
- ✓ „Die Arbeitnehmerin hat die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllt“

**Das sagt der Anwalt:** Arbeitgeber begehen allerdings auch künftig einen schweren Fehler, wenn sie eine Betriebsratsanhörung überhaupt nicht durchführen. Vor **jeder** Kündigung, auch in der Wartezeit, muss eine Betriebsratsanhörung durchgeführt werden. Andernfalls ist die Kündigung schon aus diesem Grund unwirksam.

Ein weiterer schwerer Fehler besteht darin, wenn der Arbeitgeber überhaupt keinen Kündigungsgrund angibt. Häufig sind Arbeitgeber der Auffassung, innerhalb der Wartezeit müsse der Betriebsrat zwar angehört werden, ein Kündigungsgrund müsse aber nicht angegeben werden. Das ist ebenfalls falsch und führt zur Unwirksamkeit der Kündigung.

## Erstattung von Detektivkosten

Häufig wird das Fehlverhalten von Arbeitnehmern erst durch den Einsatz von Detektiven ans Tageslicht gebracht. Sofern der Arbeitgeber dann die **Kündigung** ausspricht, entwickelt sich häufig folgendes **Szenario:**

Der Arbeitnehmer erhebt **Kündigungsschutzklage**. Der Arbeitgeber wehrt sich gegen die Kündigungsschutzklage und erhebt in diesem Verfahren zugleich eine so genannte **Widerklage**. Mit dieser Widerklage verlangt der Arbeitgeber nun seinerseits Erstattung der von ihm aufgewendeten **Detektivkosten**.

Nicht in jedem Fall kann der Arbeitgeber aber die Erstattung der Detektivkosten verlangen. Das **Bundesarbeitsgericht** hat in einer aktuellen Entscheidung die Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs konkretisiert (Urteil vom 26.09.2013, Aktenzeichen: 8 AZR 1026/12):

### Voraussetzungen der Erstattungspflicht

Der Arbeitnehmer hat wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten dem Arbeitgeber die durch das Tätigwerden eines Detektivs entstandenen notwendigen Kosten zu ersetzen, wenn der Arbeitgeber

- aufgrund eines **konkreten Tatverdachts**
- einem Detektiv die Überwachung des Arbeitnehmers überträgt **und**
- der Arbeitnehmer einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung **überführt** wird.

Insofern handelt es sich also **nicht** um **Vorsorgekosten**, die **unabhängig** von konkreten schadensstiftenden Ereignissen als **ständige Betriebsausgabe** vom Arbeitgeber zu tragen sind.

#### Detektivkosten bei Verdachtskündigung

Eine Erstattungspflicht kommt ausnahmsweise sogar dann in Betracht, wenn dem Arbeitnehmer die Pflichtverletzung gar nicht mit letzter Sicherheit nachgewiesen werden kann. Das betrifft den Fall, dass die ermittelten Tatsachen zu einem so schwerwiegenden Verdacht einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung führen, dass eine deswegen ausgesprochene Kündigung im Sinne einer **Verdachtskündigung als begründet** angesehen werden muss.

Dabei müssen allerdings die **Belastungstatsachen**, die den Verdacht begründen, ihrerseits **schuldhaft Verletzungen von Vertragspflichten** darstellen. Das setzt wiederum voraus, dass ein Verhalten des Ar-

beitnehmers beobachtet wird, dass in einer von dem Arbeitnehmer zu **vertretenden** Art und Weise die **Rücksicht auf die Interessen des Arbeitgebers** (§ 241 II BGB) **derart** vermissen lässt, dass es den **Verdacht eines Betrugs** zulasten des Arbeitgebers (**mit-**) **begründet**.

**Beispiel:** Denkbar wäre dies wohl, wenn der Arbeitnehmer sich wegen Rückenschmerzen krankgemeldet hat und dann gleichwohl dabei beobachtet wird, wie er schwere Bauarbeiten an seinem eigenen Haus verrichtet.