

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 3 / 2008

Liebe Leserinnen und Leser,

Geschichte ist nicht monokausal, sie wiederholt sich nicht. Das sagen jedenfalls die Historiker. Andererseits werden sicher auch Sie bestätigen: Alles war irgendwie schon einmal da. Ein Widerspruch?

Im Arbeitsleben verhält es sich ganz ähnlich. Arbeitgeber kündigen, Arbeitnehmer klagen dagegen. So ist es, seit dem es Arbeitsverhältnisse gibt. Dennoch habe ich während meiner Anwaltstätigkeit noch nicht erlebt, dass ein Kündigungsschutzverfahren mit einem anderen identisch war. Denn die Nöte, Risiken und Ziele wiederholen sich zwar bei allen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Aber niemals mit derselben Dringlichkeit, Intensität und Priorität. Niemals. Es ist immer



eine ganz persönliche, individuelle Geschichte.

Die Geschichte - Ihre Geschichte - wird jeden Tag neu geschrieben. Nutzen Sie dabei die Erfahrungen aus der Vergangenheit und die Empfehlungen von Fachleuten. Damit Ihre Geschichte ein Zaubermärchen wird - und kein Gruselstück.

Ihr
Dr. Peter Bitzer
 Rechtsanwalt und
 Fachanwalt für Arbeitsrecht

Leistungsschwache Arbeitnehmer – Kündigung wegen überdurchschnittlicher Fehlerhäufigkeit

Eine **Fehlerquote** von ca. dem **dreifachen des Durchschnitts** der anderen Arbeitnehmer kann den Arbeitgeber zum Ausspruch einer **verhaltensbedingten Kündigung** berechtigen (BAG, Urteil vom 17.01.2008, Aktenzeichen: 2 AZR 536/06; Pressemitteilung Nr. 5/08).

Der Fall: Zu viele Packfehler
 Die klagende Arbeitnehmerin war seit 1995 in einem Versandkaufhaus als Lager- und Versandarbeiterin beschäftigt. Sie hatte Warensendungen auf der Grundlage von Kundenbestellungen fertig zu stellen. Über einen längeren Zeitraum traten bei der Arbeitnehmerin ca. dreimal so viele Packfehler (Kundenverwechslungen, fehlende Ersatzteile usw.) auf, wie bei ver-

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

gleichbaren anderen Arbeitnehmern. Nach zwei vergeblichen **Abmahnungen** und weiteren Maßnahmen **kündigte** die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristgerecht wegen **qualitativer Minderleistung**.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht gaben der **Kündigungsschutzklage** statt. Das Bundesarbeitsgericht hob die Urteile wieder auf.

Voraussetzungen

Eine **verhaltensbedingte Kündigung** gegenüber **leistungsschwachen Arbeitnehmern** kann auch im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes gerechtfertigt sein. Es kommt darauf an, ob der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten vorwerfbar verletzt, indem er fehlerhaft arbeitet.

Der Arbeitnehmer muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. **Er muss also tun, was er soll und zwar so gut, wie er kann.**

Die bloße Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerhäufigkeit aller Arbeitnehmer führt zwar nicht bereits zu einem Verstoß gegen die Arbeitspflicht. Eine **längerfristige deutliche Überschreitung** der

durchschnittlichen Fehlerquote kann aber je nach tatsächlicher Fehlerzahl, Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung ein **Indiz** dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Der Arbeitnehmer muss dann im Prozess konkret erläutern, warum er trotz der erheblichen unterdurchschnittlichen Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausgeschöpft hat.

Das sagt der Anwalt

Die Kündigung von so genannten **Low Performern** bleibt mit erheblichen Risiken für den **Arbeitgeber** verbunden. Insbesondere ist ihm zu empfehlen, die Kündigung nicht nur auf einen Verhaltensverstoß des Arbeitnehmers zu stützen, sondern hilfsweise auch auf dessen **fehlende Eignung**. Denn möglicherweise geht die Kündigung dann als **personenbedingte Kündigung** durch, bei der es auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Arbeitnehmers gerade nicht ankommt.

Der **Arbeitnehmer** sollte sich im Falle des Ausspruchs einer Kündigung wegen Leistungsmängeln nicht verunsichern lassen. Denn die Anforderungen des Arbeitgebers an die Darlegung der Voraussetzungen für die Kündigung sind sehr hoch.

Die pauschale Behauptung unzureichender Arbeitsleistungen oder überhöhter Fehlerquoten genügt auch nicht ansatzweise, um eine Kündigung zu rechtfertigen. Außerdem kann mit einer geschickten Prozessstrategie dem Eindruck entgegengetreten werden, Arbeitsleistungen seien schuldhaft nicht erfüllt worden.

GmbH-Geschäftsführer: Wettbewerbsverbot und Karenzentschädigung

GmbH-Geschäftsführer sind anders. Jedenfalls steht ihnen nach Ansicht des BGH im Falle eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots - anders als "normalen" Arbeitnehmern - **keine Karenzentschädigung** zu. Unproblematisch kann eine Karenzentschädigung allerdings **vertraglich vereinbart** werden. In diesem Fall unterliegen auch die Anrechnung und das Ausmaß der Anrechnung eines **anderweitigen Verdienstes** der freien Vereinbarung.

Automatisch findet eine Anrechnung jedoch nicht statt. Insofern ist der BGH konsequent: Die gesetzliche Anrechnungsvorschrift des § 74 c HGB soll auf den vertragli-

chen Anspruch des Geschäftsführers auf Zahlung einer Karenzentschädigung nämlich ebenfalls nicht anwendbar sein (BGH, Urteil vom 28.04.2008, Aktenzeichen: II ZR 11/07).

Aus Sicht des Geschäftsführers sollte der schwerwiegende Nachteil eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes, wenn überhaupt, nur gegen eine ausreichende Karenzentschädigung hingenommen werden.

Aus Sicht der Gesellschaft sollte eine Karenzentschädigung, sofern gewünscht, von vornherein nur mit einer entsprechenden Anrechnungsklausel vereinbart werden. Ist das Kind allerdings bereits in den Brunnen gefallen, kann sich die Gesellschaft der Karenzentschädigung immerhin noch dadurch entziehen, dass sie den Geschäftsführer aus dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot entlässt.

Befristungsfalle: Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages

Ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag kann im Regelfall bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren höchstens dreimal verlängert werden (§ 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)). Eine Verlängerung setzt voraus, dass sie

- noch während der **Laufzeit** des zu verlängernden (bisherigen) Vertrags
- in **schriftlicher** Form erfolgt und
- grundsätzlich **nur die Vertragsdauer** geändert wird, nicht aber die übrigen Arbeitsbedingungen. Der Vertragsinhalt muss also im Übrigen unverändert bleiben.

Andernfalls handelt es sich um den **Neuabschluss** eines befristeten Arbeitsvertrages, dessen Befristung aber wegen des bereits bisher bestehenden (befristeten) Arbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ohne Sachgrund unzulässig ist (Anschlussverbot).

Konsequenz: Die Befristungsabrede ist unwirksam. Das Arbeitsverhältnis besteht fort, aber unbefristet.

Für viele Arbeitgeber ist die Verlockung groß, im Zuge der vom Arbeitnehmer gewünschten Verlängerung des Arbeitsverhältnisses auch die eine oder andere Vertragsänderung vorzunehmen. Denn der Arbeitnehmer ist in diesem Verhandlungsstadium erfahrungsgemäß recht kompromissbereit.

Eine bloße Verlängerung des Arbeitsverhältnisses liegt zum Beispiel **nicht** vor, wenn die Parteien in einem Folgevertrag

- von der Vereinbarung eines im Ausgangsvertrag noch enthaltenen **ordentlichen Kündigungsrechts** absehen (BAG, Urteil vom 20.02.2008, Aktenzeichen: 7 AZR 786/06) **oder**
- die bisherige **Wochenarbeitszeit** von 20 auf nunmehr 30 Stunden erhöhen (BAG, Urteil vom 16.01.2008, Aktenzeichen: 7 AZR 603/06). **Ausnahme:** Der Arbeitgeber trägt mit der Veränderung der Arbeitszeit lediglich einem **Anspruch** des Arbeitnehmers nach § 9 TzBfG Rechnung.

Fristlose Kündigung bei Spesenbetrug und Arbeitszeitbetrug

Ein **erwiesener Spesenbetrug** stellt grundsätzlich einen wichtigen Grund zur **fristlosen Kündigung** des Arbeitsverhältnisses dar. Denn der Arbeitnehmer hat die angefallenen Spesen korrekt abzurechnen. Das gilt nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts selbst dann, wenn es sich

- um einen **einmaligen Vorfall** und
- um einen **geringen Betrag** handelt.

Das gleiche gilt im Falle eines **Arbeitszeitbetrugs** durch den Arbeitnehmer (BAG, Urteil vom 06.09.2007, Aktenzeichen: 2 AZR 264/06).

Fall: Der Arbeitgeber wirft seinem Arbeitnehmer vor, für drei verschiedene Arbeitstage zu Unrecht eine Verpflegungspauschale geltend gemacht zu haben. Denn nach der Behauptung des Arbeitgebers sei der Arbeitnehmer nicht, wie aber für die Geltendmachung der Verpflegungspauschale erforderlich, mindestens acht Stunden von seiner Arbeitsstätte abwesend gewesen.

Folge: Eine fristlose Kündigung ist grundsätzlich möglich. Das gilt aber nur dann, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass seine Behauptung zutrifft.

In der Praxis scheitern viele Arbeitgeber an der Beweislast. Denn bloße Verdachtsmomente genügen für den Ausspruch der fristlosen Kündigung nicht, wenn man einmal von der Möglichkeit einer **Verdachtskündigung** absieht. Verbleibende Zweifel führen zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Pflegezeitgesetz in Kraft

Von vielen unbeachtet ist am 01.07.2008 das neue Pflegezeitgesetz in Kraft getreten. Es hat erhebliche Auswirkungen auf das Personalwesen.

Das Gesetz eröffnet Arbeitnehmern die Möglichkeit, pflegebedürftige nahe Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen. Einige wesentliche Neuerungen im Überblick:

- **Neu:** Arbeitnehmer können künftig eine **kurzzeitige Arbeitsverhinderung** in Anspruch nehmen, also bis zu 10 Tagen der Arbeit fernbleiben;

- **Neu:** Arbeitnehmer können eine **bis zu sechsmonatige Pflegezeit** für die Pflege naher Angehöriger in Anspruch nehmen. Der Arbeitgeber muss sie für diese Zeiten von der Arbeitsleistung freistellen. Ausnahme: Bei Arbeitgebern mit höchstens 15 Beschäftigten gilt diese Regelung nicht;
- **Neu:** Die Einstellung eines neuen Arbeitnehmers als **Ersatzkraft** für einen Mitarbeiter in Pflegezeit stellt einen **neuen sachlichen Befristungsgrund** dar. Diese Regelung birgt erhebliche Gestaltungsspielräume und Gefahren für den Arbeitgeber zugleich;
- **Neu: Sonderkündigungsschutz** beachten! Der Arbeitgeber darf das Beschäftigungsverhältnis von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung oder der Pflegezeit grundsätzlich nicht kündigen.