

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 4 / 2010**Liebe Leserinnen
und Leser,**

erinnern Sie sich noch an das futuristische, ja revolutionäre Werk „1984“ von George Orwell? Der Verfasser des provozierenden Buches beschrieb im Jahr 1949 die voraussichtliche Realität des Jahres 1984. Mit mancher Schreckensvision hat er so verkehrt leider nicht gelegen. Obwohl - können Sie sich überhaupt noch an den technischen und zivilisatorischen Stand oder an Ihre persönlichen Erlebnisse des Jahres 1984 erinnern? Manchmal scheint es, als sei die Rückschau in die Vergangenheit schwieriger als der Blick in die Zukunft. Es ist schon verrückt: Heute, zum anstehenden Jahreswechsel, würden wir gerne wissen, wie die Welt in 20 Jahren aussieht. In 20 Jahren aber sind wir dankbar



für eine brauchbare Erinnerung an das Jahr 2010.

Für die anstehenden Weihnachtstage und den Übergang in das

Jahr 2011 wünsche ich Ihnen Entspannung und Erholung, vor allem aber Muße und Zeit für die Besinnung auf das Hier und Jetzt. Genießen Sie beides!

Fröhliche Weihnachten wünscht

Ihr

Dr. Peter Bitzer

Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Arbeitsrecht

**Emmely - warum war die
Kündigung unwirksam?**

Kaum ein Kündigungsschutzprozess hat die Öffentlichkeit in den vergangenen Jahren derart erregt, wie der Prozess um die Kündigung in dem bühnentauglichen Stück „Emmely“. Die Fronten sind verhärtet, der Graben zieht sich auch durch die Justiz. Während die fristlose Kündigung des Einzelhandelsunternehmens gegenüber einer Kassiererin vor dem Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht Bestand hatte, fand der Arbeitgeber vor dem BAG keine Gnade. Er muss die einer schweren arbeitsvertraglichen Verfehlung überführte Arbeitnehmerin weiter beschäftigen. Nun liegen die Urteilsgründe des BAG vor (**BAG, Urteil vom 10.06.2010, 2 AZR 541/09**).

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**

Was war geschehen? Die Kassiererin eines Einzelhandelsgeschäfts hatte zwei ihr nicht gehörende Pfandbons im Wert von 0,48 € und 0,82 € zum eigenen Vorteil eingelöst. Am 12.01.2008 waren diese Pfandbons in dem Geschäft vorgefunden worden und der Filialleiter hatte gegenüber der Kassiererin die Aufbewahrung dieser Pfandbons für den Fall angeordnet, dass die Kunden sich noch melden. Andernfalls sollten die beiden Bons ausgebucht werden. 10 Tage später reichte die Kassiererin die beiden Pfandbons stattdessen bei einem privaten Einkauf selbst ein, um ihren eigenen

Kaufpreis zu reduzieren. Erschwerend kam hinzu, dass das Unternehmen gerade zur Vermeidung von Missbrauchsfällen eine besondere Verhaltensregelung erlassen hatte. Alle Mitarbeiter der Filiale waren nämlich angewiesen, mitgebrachtes eigenes Leergut sofort beim Betreten der Filiale dem Filialleiter vorzuzeigen und von diesem auch den danach am Automaten erstellten Leergutbon abzeichnen zu lassen. Die Kassiererin hatte durch das Einlösen der Leergutbons somit nicht nur eklatant gegen die Vermögensinteressen des Arbeitgebers verstoßen, sondern dabei zugleich die konkrete Anordnung des Arbeitgebers zum Umgang mit Pfandbons missachtet.

Keine Änderung der Rechtsprechung: Um sogleich mit einem medial verbreiteten Irrtum aufzuräumen: Das BAG hat seine Rechtsprechung keineswegs geändert. Schon immer galt und gilt auch weiterhin, dass Straftaten oder sonstige schwerwiegende arbeitsvertragliche Verfehlungen eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen können. Schon immer hat das BAG allerdings auch die Durchführung einer umfassenden **Interessenabwägung** im Einzelfall verlangt. Die Entscheidung des BAG im Fall „Emmely“ ist nichts anderes, als das Ergebnis dieser Interessenabwägung. Zu beanstanden ist „lediglich“ die Art und Weise der Interessenabwägung und das Ergebnis.

Das BAG räumt ein, dass der festgestellte Sachverhalt an sich als **wichtiger Grund** für eine fristlose Kündigung geeignet war. Lediglich aufgrund der durchgeführten Interessenabwägung kam das BAG zu dem Ergebnis, dass eine bloße **Abmahnung** als milderer Mittel für den Arbeitgeber hier noch zumutbar gewesen wäre. Maßgeblich ließ sich das BAG dabei von der erheblichen Beschäftigungsdauer der seit 1977 bei dem Unternehmen beschäftigten Verkäuferin leiten und kam zu dem Ergebnis, dass der dadurch erarbeitete „Vorrat an Vertrauen“ durch

den erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt worden sei.

Diese Interessenabwägung des BAG ist sehr zweifelhaft. Sinn und Zweck einer Abmahnung ist der Versuch, den Arbeitnehmer durch einen **"Warnschuss"** von einer künftigen Wiederholung des Fehlverhaltens abzuhalten. Eine Abmahnung ist daher nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung immer dann entbehrlich, wenn dem Arbeitnehmer auch schon zuvor hinreichend bewusst war, dass ein bestimmtes Fehlverhalten zu einer Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses und damit auch zu einer Kündigung führen kann. Und diese Annahme lag im Fall „Emmely“ sehr nah. Denn gerade zur Verhinderung derartiger Missbrauchsfälle hatte das Unternehmen ja bereits im Vorfeld gegenüber sämtlichen Mitarbeitern ein konkretes Prozedere für den Umgang mit privatem Leergut angeordnet. Der Kassiererin war die Bedeutung dieser Anordnung für den Arbeitgeber daher bestens bekannt. Vor allem aber hatte die Mitarbeitern sogar eine konkrete Weisung des Filialleiters für den Umgang mit den beiden aufgefundenen Pfandbons erhalten. Dieser Fall ist deshalb anders zu beurteilen, als wenn die Kassiererin die beiden Pfandbons einfach „nur“

selbst aufgefunden und sofort bei der Kasse vorgelegt hätte.

Fazit: Vermögensdelikte oder sonstige schwere Pflichtverletzungen rechtfertigen auch weiterhin eine fristlose Kündigung. Das Fatale an der Entscheidung des BAG ist jedoch, dass das keiner mehr glaubt. In der Tendenz lässt sich jetzt bereits feststellen, dass die Instanzgerichte immer häufiger Kündigungen verwerfen, weil es sich um lediglich geringerwertige Gegenstände handelt.

Praxisempfehlungen: Für den ertrappten **Arbeitnehmer** bedeutet „Emmely“ eine klare Verbesserung seiner Chancen im Kündigungsschutzprozess. Selbst ein noch so eindeutig erscheinendes Fehlverhalten kann bei kluger Prozessstrategie möglicherweise soweit abgeschwächt werden, dass die Arbeitsgerichte im Rahmen der Interessenabwägung die fristlose Kündigung kippen.

Aus Sicht des **Arbeitgebers** weht nun ein rauerer Wind. In Konsequenz der Entscheidung des BAG bleibt die klare Empfehlung, künftig gerade bei Mitarbeitern mit längerer Beschäftigungsdauer frühzeitig zu **Ermahnung und Abmahnung** zu greifen. Denn dann können diese Mitarbeiter das vom BAG zitierte

„Vertrauenspolster“ gar nicht erst aufbauen.

Gefahren einer Probezeitbefristung

Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist immer zulässig, wenn es dafür einen **sachlichen Grund** gibt. Ein sachlicher Grund liegt nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz unter anderem dann vor, wenn die **Befristung zur Erprobung** erfolgt (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 ZzBfG). So weit so gut.

Wie lange darf der Arbeitgeber den neuen Arbeitnehmer aber eigentlich testen? Hierzu sagt das Gesetz leider nichts. Allgemein wird davon ausgegangen, dass ein Zeitraum von **sechs Monaten** als Erprobungszeit genügt. Das BAG hat nun jedoch eine für den Arbeitgeber erfreuliche und zugleich überaus gefährliche **Erweiterung des Erprobungszeitraums** zugelassen (Urteil vom 02.06.2010, Aktenzeichen: 7 AZR 85/09). In dem entschiedenen Fall war die Befristung eines Arbeitsvertrages zur Erprobung für einen Zeitraum von insgesamt 12 Monaten ordnungsgemäß.

Vorsicht Falle! Dieses Urteil wird möglicherweise zahlreiche Unternehmen dazu verleiten, künftig

Probezeitbefristungen für einen längeren Zeitraum zu vereinbaren. Ein praktisches Bedürfnis dafür besteht allemal. Und das ist extrem gefährlich. Denn der vom BAG entschiedene Fall beinhaltet einige Besonderheiten, die in dieser Konstellation nur selten vorliegen werden. Die Parteien hatten nämlich zunächst einen auf sechs Monate befristeten Arbeitsvertrag geschlossen und im Anschluss daran einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag für ebenfalls sechs Monate. Hintergrund war aber der Umstand, dass der Arbeitgeber nach Ablauf des ersten Vertrages die Leistungen des Mitarbeiters als mangelhaft einstufte und der zweite Arbeitsvertrag in enger Kooperation mit dem Integrationsamt zu Stande kam, das sich bereit erklärte, dem einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Arbeitnehmer einen Job-Coach für die weitere Einarbeitungschance zur Verfügung zu stellen. Genau darin sah das BAG den Nachweis, dass auch die zweite Befristung offensichtlich zu Erprobungszwecken erfolgt war und der Arbeitnehmer eine realistische Chance hatte, mit der besonderen Hilfestellung schließlich doch in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen zu werden.

Es bleibt daher im Normalfall bei der bewährten **Grundregel**:

**Befristung zur Erprobung =
maximal 6 Monate**

Kündigung in der Wartezeit

Probezeit und Wartezeit - diese Begriffe werden in der betrieblichen Praxis gerne verwechselt. Das betrifft Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen. Die vergleichsweise harmlose **Probezeit** verhilft dem Arbeitgeber lediglich dazu, im Falle einer Kündigung eine verkürzte Kündigungsfrist beachten zu müssen. Von der Erfüllung der **Wartezeit** des Kündigungsschutzgesetzes (6 Monate) hängt dagegen ab, ob der Arbeitnehmer Kündigungsschutz genießt.

Ablauf der Probezeit = Arbeitgeber kann mit verkürzter Kündigungsfrist kündigen

Ablauf der Wartezeit = Arbeitnehmer genießt den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes (sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen).

Innerhalb der **Wartezeit** kann der Arbeitgeber bei einer Kündigung fast nichts falsch machen. Soviel

zur Theorie. Tatsächlich passiert es immer wieder, dass sich Arbeitgeber durch waghalsige Argumentationen in die Gefahr eines Prozessverlustes begeben und zu dessen Vermeidung schließlich doch noch eine Abfindung zahlen.

Fakt: Die Arbeitsgerichte dürfen bei Kündigungen in der Wartezeit nur eine Missbrauchskontrolle durchführen. Der **Arbeitgeber** ist daher gut beraten, wenn er die Kündigung lediglich mit einer Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses begründet. Denn die ist praktisch kaum überprüfbar.

Aus Sicht des **Arbeitnehmers** lohnt sich auch bei der Wartezeitkündigung die Prüfung, ob der Arbeitgeber eine offensichtlich unsachliche oder willkürliche Begründung für die Kündigung abgegeben hat. Dann lockt auch bei der scheinbar sicheren Wartezeitkündigung eine Abfindung.

Karenzentschädigung bei nachvertraglichem Wettbewerbsverbot

Ein **Wettbewerbsverbot** für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann bereits im Arbeitsvertrag vereinbart werden. Das Wettbewerbsverbot ist aber nur dann verbindlich, wenn sich der Arbeit-

geber verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen - die sogenannte **Karenzentschädigung**.

Eine Vertragsklausel zu entwerfen, die die strengen Voraussetzungen der Arbeitsgerichte erfüllt, ist im Einzelfall gar nicht so einfach. Was passiert aber eigentlich, wenn das vereinbarte Wettbewerbsverbot über das Ziel hinaus schießt, weil es etwa den Arbeitnehmer zu sehr einschränkt? Hat der Arbeitnehmer dann gleichwohl Anspruch auf die Karenzentschädigung? Dazu hat das **Bundesarbeitsgericht** zwei klare Aussagen getroffen (Urteil vom 21.04.2010, Aktenzeichen: 10 AZR 288/09):

- Der Anspruch auf Karenzentschädigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot insofern einhält, als es verbindlich ist.
- Die Beachtung auch des unverbindlichen Teils ist nicht erforderlich.