

# NEWSLETTER ARBEITSRECHT

## 3/2009

### Inhaltsverzeichnis

Arbeitnehmerdatenschutz – Neue Regelungen zum 01.09.2009 in Kraft getreten .....	1
Verweigerung eines Personalgesprächs – Berechtigung zur Abmahnung? .....	1
Drei neue Urteile zum Thema „Rauchen am Arbeitsplatz“ .....	2
Urlaubsabgeltung trotz dauerhafter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit .....	4
Erhöhung der Arbeitszeit als mitbestimmungspflichtige Einstellung .....	5
„Flashmob“-Aktionen sind als Mittel des Arbeitskampfes zulässig .....	6
Achtung: Zwei-Wochenfrist für die Aussprache einer fristlosen Kündigung .....	7

### **Arbeitnehmerdatenschutz – Neue Regelungen zum 01.09.2009 in Kraft getreten**

Die zahlreichen Missbrauchsfälle bei der Erhebung von Mitarbeiterdaten, die in der jüngeren Vergangenheit vor allem bei der Deutschen Bahn AG und bei einigen Discountlebensmittelhändlern bekannt geworden sind, haben in der Öffentlichkeit für sehr viel Aufsehen gesorgt. Aufgrund dessen konnte sich die Politik gegen die immer wieder erhobenen Forderungen nach einem stärkeren Schutz von Arbeitnehmerdaten nicht mehr länger verschließen.

Langfristig geplant ist die Einführung eines eigenen Gesetzes zum Arbeitnehmerdatenschutz. Dies ist das Ergebnis einer Sitzung des bisherigen Bundeskabinetts vom 18.02.2009. Hierzu hat der ehemalige Bundesarbeitsminister Olaf Scholz (SPD) noch vor der Bundestagswahl einen Gesetzentwurf erarbeitet und am 04.09.2009 auf der Internetseite des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales veröffentlicht (<http://www.bmas.de/portal/34856/arbeitsrecht.html>). In welcher genauen Form ein solches Gesetz nach dem jetzigen Regierungswechsel überhaupt in die Realität umgesetzt wird, bleibt abzuwarten. Hiermit kann frühestens in der Mitte der neuen Legislaturperiode gerechnet werden.

Um kurzfristig für etwas mehr Rechtssicherheit zu sorgen, hat die bisherige Bundesregierung eine Grundsatzregelung zum Arbeitnehmerdatenschutz mit dem § 32 BDSG in das Bundesdatenschutzgesetz aufgenommen. Diese Regelung ist zum 01.09.2009 in Kraft getreten.

Kern dieser neuen Bestimmungen ist die Generalklausel in § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG. Danach ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten von Arbeitnehmern für die Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses zulässig, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Neben der Generalklausel enthält § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG nun auch eine ausdrückliche Regelung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigungsdaten zur Aufdeckung von Straftaten. Diese sind nur zulässig, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht einer Straftat im Beschäftigungsverhältnis begründen. Daneben muss die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Arbeitnehmerdaten zur Aufdeckung einer Straftat erforderlich sein. Eine Interessenabwägung muss insofern ergeben, dass die zu treffende Maßnahme in Relation zum vorgeworfenen Straftatbestand nicht unverhältnismäßig ist.

Im Wesentlichen greift der Gesetzgeber mit diesen Bestimmungen jedoch auf Grundsätze zurück, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Arbeitnehmerdatenschutz ohnehin bereits geltendes Recht sind. Daher ergeben sich gegenüber der bislang bestehenden Rechtslage keine gravierenden Änderungen.

Gänzlich neu ist aber die erhebliche Stärkung der Position des Datenschutzbeauftragten in einem Unternehmen. Nach der Neuregelung in § 4 f Abs. 3 BDSG wird dem Datenschutzbeauftragten zusätzlich zu seiner bisherigen Sonderstellung ein Sonderkündigungsschutz eingeräumt. Ähnlich wie Betriebsräte können Datenschutzbeauftragte während ihrer Amtszeit nur aus wichtigem Grund gekündigt werden, die ordentliche Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses ist nicht mehr möglich. Hinzu kommt, dass dieser Sonderkündigungsschutz – genauso wie bei Betriebsräten – erst ein Jahr nach der Beendigung der Amtszeit endet. Außerdem muss dem Datenschutzbeauftragten die Teilnahme zu Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen ermöglicht werden, wobei die dabei entstehenden Kosten vom Unternehmen zu übernehmen sind. All dies wird die Position des Datenschutzbeauftragten für die Mitarbeiter in einem Unternehmen natürlich deutlich interessanter machen, als es bisher der Fall war.

Das für die neue Legislaturperiode geplante Arbeitnehmerdatenschutzgesetz soll durch diese neuen Regelungen im Bundesdatenschutzgesetz weder entbehrlich gemacht noch inhaltlich präjudiziert werden. Bis zur Realisierung eines solchen eigenständigen Gesetzes muss die Kodifizierung des bereits geltenden Richterrechts mit dem neuen § 32 BDSG vor allem als ein politisches Signal an die Unternehmen gewertet werden, dass es in einem Beschäftigungsverhältnis keinen datenschutzfreien Raum gibt.

### **Verweigerung eines Personalgesprächs – Berechtigung zur Abmahnung?**

Eine Abmahnung ist der Ausdruck einer Missbilligung des Arbeitgebers infolge der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch den Arbeitnehmer. Als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung steigt mit dem Erhalt jeder Abmahnung das Risiko des Arbeitnehmers für eine wirksame Beendigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Da andererseits unberechtigte Abmahnungen aus der Personalakte entfernt werden müssen und damit keine Grundlage für eine Kündigung darstellen können, ist es nachvollziehbar, warum sich die Arbeitsgerichte immer wieder mit der Berechtigung von Abmahnungen beschäftigen müssen.

In einem aktuellen Urteil vom 23.06.2009 musste das Bundesarbeitsgericht über die Berechtigung einer Abmahnung befinden, welche allein deswegen ausgesprochen wurde, weil eine Arbeitnehmerin die Teilnahme an einem Personalgespräch verweigerte. In dem zu entscheidenden Fall ging es um eine Einrichtung der Altenpflege, die in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war. Die Einrichtung plante daher, das 13. Monatsgehalt ihrer Mitarbeiter zu kürzen und setzte hierzu unter dem 01.11.2006 ein Personalgespräch mit sämtlichen Mitarbeitern an, um diese zu einem entsprechenden Verzicht auf das 13. Gehalt zu bewegen. Die Mitarbeiter verweigerten jedoch ihre Zustimmung. Daraufhin wurden

diese Mitarbeiter am 13.11.2006 zu Einzelgesprächen mit dem Personalchef geladen. Deren Ziel war jedoch weiterhin, die Mitarbeiter zu einem Einverständnis über die Verminderung des 13. Gehalts zu veranlassen. Die spätere Klägerin erschien zwar zu dem angesetzten Einzelgespräch im Büro des Personalleiters, lehnte aber ein Einzelgespräch ab und erklärte, ein Gespräch über die Verminderung ihres Gehalts nur unter der Einbeziehung der übrigen Mitarbeiter führen zu wollen. Dies wiederum lehnte der Personalleiter ab und erteilte der Mitarbeiterin statt dessen eine Abmahnung, da sie ihre Arbeitsleistung in Form der Führung eines Personalgesprächs verweigerte habe. Darauf hin klagte die Mitarbeiterin auf Entfernung der Abmahnung aus ihrer Personalakte.

Die Richter des BAG gaben dieser Klage letztlich statt. Nach ihrer Ansicht war die Klägerin nicht zur Teilnahme an dem Personalgespräch am 13.11.2006 verpflichtet. Ausgangspunkt ihrer Überlegungen war der § 106 der Gewerbeordnung (GewO). Danach kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistungen nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder Gesetz bereits festgelegt sind. Des Weiteren können auch Weisungen zur Ordnung und zum Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb erfolgen. Die hier in Rede stehende Weisung zur Teilnahme an einem Einzelgespräch mit dem Ziel der Gehaltsreduzierung betraf nach Ansicht der Richter aber nicht einen der von § 106 GewO abgedeckten Bereiche. Denn sie habe weder die Arbeitsleistung, noch die Ordnung, noch das Verhalten im Betrieb betroffen, sondern allein die vom Arbeitgeber gewünschte Änderung des Arbeitsvertrages zum Gegenstand gehabt. Demzufolge war diese Weisung nach Auffassung der Richter nicht mehr vom Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst, so dass die Weigerung der Klägerin letztlich auch keine Abmahnung rechtfertigen konnte (BAG, Urteil vom 23.06.2009, Az.: 2 AZR 606/08).

Als Fazit kann aus dieser Entscheidung folgendes festgehalten werden: Das Weisungsrecht eines Arbeitgebers beinhaltet also gerade nicht die Befugnis, einen Mitarbeiter zur Teilnahme an einem Personalgespräch zu verpflichten, bei dem es ausschließlich um Änderungen des Arbeitsvertrages (z. B. zur Gehaltsreduzierung oder zur Erhöhung der Stundenzahl) geht. Weigert sich ein Mitarbeiter, an einem solchen Gespräch teilzunehmen, darf der Arbeitgeber keine Abmahnung erteilen. Dem Arbeitgeber bleibt dann nur noch der Weg, die Änderung des Arbeitsvertrages über die Aussprache einer Änderungskündigung gem. § 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) zu erreichen. Allerdings sind die Hürden hierfür nicht unerheblich.

### **Drei neue Urteile zum Thema „Rauchen am Arbeitsplatz“**

Es gibt nicht viele betriebliche Angelegenheiten, die zum Teil so emotional diskutiert werden, wie das Thema „Rauchen am Arbeitsplatz“. Viele rauchende Arbeitnehmer fühlen sich durch die Einschränkungen, die in zahlreichen Unternehmen in den vergangenen Jahren eingeführt worden sind, erheblich in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt. Dagegen sehen viele nichtrauchende Arbeitnehmer ihre Gesundheit durch das Passivrauchen gefährdet und bestehen immer häufiger auf einen rauchfreien Arbeitsplatz. Aber auch die Geschäftsleitungen verfolgen bei diesem Thema vermehrt ihre eigenen Interessen, da die mit einem Rauchverbot verbundenen betriebswirtschaftlichen Vorteile gerade in den heutigen schwierigen Zeiten verstärkt ins Bewusstsein gerückt sind.

Nun sind in der jüngeren Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex drei sehr interessante Urteile bekannt geworden, welche die bestehende Rechtslage weiter konkretisieren:

#### **1. Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz**

In einem Urteil vom 19.05.2009 musste das Bundesarbeitsgericht über die Rechtsfrage befinden, inwieweit Mitarbeiter einen Anspruch auf einen rauchfreien Arbeitsplatz geltend machen können. In dem zu beurteilenden Fall klagte ein Croupier, der als „Tisch-Chef“ am Roulettetisch in einer Berliner Spielbank tätig war. Sein Arbeitsplatz befand sich in einem großen Spielsaal, der auch einen nicht abgetrennten Bereich mit einer Bar umfasste (welche von einem anderen Unternehmen und nicht vom Spielcasino selbst betrieben wurde). Sowohl im Spielsaal als auch im Barbereich konnte geraucht werden. Hiergegen wandte sich der Croupier und machte vor den Arbeitsgerichten seinen Anspruch auf Nichtraucherschutz geltend. Er beantragte in den gerichtlichen Verfahren, ihm während seiner Arbeitszeit einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.

Während die beiden Vorinstanzen seine hierauf gerichtete Klage abwiesen, gab das BAG seiner Klage in letzter Instanz statt. In ihrer Urteilsbegründung verwiesen die Richter zunächst auf § 618 Abs. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift ist jeder Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten und auch Dienstleistungen so zu regeln, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit zumindest insoweit geschützt ist, als die Natur der jeweilig geschuldeten Dienstleistung es gestattet. Darüber hinaus zogen die Richter in ihrer Begründung den § 5 Abs. 1 der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) heran, wonach der Arbeitgeber alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen hat, damit die nicht rauchenden Beschäftigten wirksam vor Gesundheitsgefahren geschützt sind. Notfalls hat der Arbeitgeber auch ein allgemeines oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot zu erlassen.

Hieraus folgte nach Ansicht der Richter auch für den klagenden Croupier ein Anspruch auf Zuweisung eines tabakrauchfreien Arbeitsplatzes. Hiergegen konnte sich das Spielcasino auch nicht auf die Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 ArbStättV berufen. Danach hat der Arbeitgeber in Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr nur solche Schutzmaßnahmen zu treffen habe, wie die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen. Denn die Richter befanden, dass die mit der Ausnahmeregelung geschützte unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers ihrerseits durch das Nichtraucherschutzgesetz wieder eingeschränkt wurde. Da in dem Spielsaal, in dem der Croupier tätig war, mit der angrenzenden Bar auch eine Gaststätte betrieben wurde, war nämlich auch der § 2 Abs. 1 Nr. 8 des Berliner Nichtraucherschutzgesetzes (NRSG) zu berücksichtigen. Diese Vorschrift verbietet das Tabakrauchen in Gaststätten. Damit habe im vorliegenden Fall für eine Anwendung der Ausnahmeregelung in § 5 Abs. 2 ArbStättV kein Raum mehr bestanden. Der Klage des Croupiers auf Zuweisung eines rauchfreien Arbeitsplatzes wurde daher stattgegeben (BAG, Urteil vom 19.05.2009, Az.: 9 AZR 241/08).

Aus dieser Entscheidung des BAG geht zum einen hervor, dass jeder Arbeitnehmer unabhängig von seiner persönlichen gesundheitlichen Konstitution einen Anspruch auf Zuweisung eines tabakrauchfreien Arbeitsplatzes geltend machen kann. Zum anderen kann aus dieser Entscheidung geschlossen werden, dass sich Arbeitgeber auf die Ausnahmeregelung in § 5 Abs. 2 ArbStättV dann nicht berufen können, wenn das Rauchen in Räumen mit Publikumsverkehr schon aufgrund anderer gesetzlicher Vorschriften verboten ist.

## **2. Kündigung wegen wiederholten Verstoßes gegen ein Rauchverbot im Betrieb**

Mit der Rechtsfrage, ob wiederholte Verstöße gegen ein betriebliches Rauchverbot die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann, musste sich das LAG Köln in einem Urteil vom 01.08.2008 auseinandersetzen.

In dem zu entscheidenden Fall ging es um einen Lagerarbeiter, der seit vielen Jahren bei einem Lebensmittelhersteller beschäftigt war. In diesem Betrieb bestand eine Betriebsvereinbarung in Form einer Arbeitsordnung, welche das Rauchen aus Brandschutzgründen in allen Produktionsräumen untersagte und wonach das Rauchen auch in anderen Bereichen im Interesse von Mitarbeitern und Kunden verboten werden konnte. Im Lagerraum, in dem der Kläger beschäftigt war, galt ebenfalls ein Rauchverbot, welches durch entsprechende Symbole gekennzeichnet war.

Im April 2006 traf der Geschäftsführer dieses Lebensmittelherstellers den Lagerarbeiter erstmals rauchend im Lager an und mahnte diesen daraufhin wegen dem Verstoß gegen das Rauchverbot ab. Nur drei Monate später wurde der Lagerarbeiter

erneut beim Rauchen im Lager erwischt. Dies nahm der Arbeitgeber zum Anlass für eine ordentliche Kündigung mit Wirkung zum 31.03.2007. Allerdings vereinbarte der Arbeitgeber gleichzeitig mit dem Betriebsrat, dass die Kündigung des Lagerarbeiters aufgrund seines Alters und seiner langen Betriebszugehörigkeit zurückgenommen werden solle, sofern es während des Laufs der langen Kündigungsfrist zu keinem weiteren Verstoß gegen das Rauchverbot komme. Da bis zum Ablauf der Kündigungsfrist kein weiterer Verstoß festgestellt werden konnte, nahm der Arbeitgeber tatsächlich die zunächst ausgesprochene Kündigung zurück. Wieder nur wenige Monate später wurde der Kläger erneut beim Rauchen im Lager gesehen, woraufhin der Arbeitgeber erneut fristgerecht kündigte.

Hiergegen erhob der Lagerarbeiter vor den Arbeitsgerichten eine Kündigungsschutzklage, in der er geltend machte, dass das Lager kein Produktionsraum im Sinne der Arbeitsordnung sei und daher vom betrieblichen Rauchverbot nicht umfasst sei. Außerdem habe er nur aufgrund von erhöhtem Stress im Lager geraucht, was aus seiner Sicht ebenfalls zu berücksichtigen sei.

Seine Klage hatte indes in allen Instanzen keinen Erfolg. Die Richter des LAG Köln hielten die Kündigung für gerechtfertigt. Dabei befanden sie es auch für unerheblich, dass der Wortlaut der Arbeitsordnung nicht eindeutig auf Lagerräume, sondern lediglich auf Produktionsräume Bezug nahm. Denn für sie ergab sich das Rauchverbot zumindest aus einer betrieblichen Übung, welches infolge der Verbotsscheit seit langer Zeit auch im Lager des Unternehmens galt. Ferner habe der Arbeitgeber nach Ansicht der Richter auch den im Arbeitsrecht geltenden ultima-ratio Grundsatz beachtet, indem der Lagerarbeiter durch die Abmahnung und die Aussprache der ersten Kündigung zuvor eindeutig gewarnt worden ist. Dennoch habe er sich ein weiteres Mal über das geltende Rauchverbot hinweggesetzt. Daher konnte auch die sehr lange Betriebszugehörigkeit des Klägers einer verhaltensbedingten Kündigung nicht mehr entgegenstehen. Außerdem ließen die Richter auch das Stress-Argument nicht gelten, da der Kläger die Möglichkeit gehabt habe, einen unmittelbar an das Lager angrenzenden Aufenthaltsraum – dort war das Rauchen gestattet – kurz aufzusuchen (LAG Köln, Urteil vom 01.08.2008, Az.: 4 Sa 590/08).

Jedem Arbeitnehmer kann nach dieser Entscheidung des LAG Köln daher nur angeraten werden, bestehende betriebliche Rauchverbote äußerst ernst zu nehmen, da bei Verstößen arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zu einer Kündigung drohen können.

## **3. Fristlose Kündigung infolge einer Raucherpause ohne Ausstempeln**

Schließlich ist auf ein aktuelles Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 14.09.2009 hinzuweisen, welches die Kündigung einer Arbeitnehmerin zum Gegenstand hatte, die trotz Abmahnung wiederholt

Pausen im Raucherraum verbracht hatte, ohne hierbei die im Betrieb vorgeschriebene Zeiterfassung zu bedienen.

Dem Rechtsstreit lag die Kündigungsschutzklage einer langjährigen Beschäftigten zu Grunde, die bereits im Verlauf des Jahres 2008 mehrfach deswegen abgemahnt worden ist, weil sie Raucherpausen genommen hat, ohne die Pause an der Zeiterfassung auch auszustempeln. Im Betrieb der Klägerin galt aber eine verbindliche Regelung, wonach bei einer Raucherpause vorher auszustempeln ist. Im Frühjahr 2009 stellte der Arbeitgeber fest, dass die Mitarbeiterin an drei aufeinander folgenden Tagen ohne Bedienung des Zeiterfassungsautomaten jeweils Raucherpausen eingelegt hatte. Außerdem unterblieb das bei der Wiederaufnahme der Arbeit erforderliche Einstempeln. Dadurch konnten die zusätzlichen Pausenzeiten nicht registriert werden. Da die Mitarbeiterin auch in den Folgetagen keine Korrekturbelege einreichte, sprach der Arbeitgeber die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus.

Zu Recht, wie das Arbeitsgericht Duisburg befand. Da die Klägerin für ihre wiederholten Verstöße keine nachvollziehbare Begründung vortragen konnte, sei die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt gewesen. Das Gericht stellte den vorliegenden Fall nahezu mit dem Fall eines Diebstahls gleich und betonte, dass auch der kurzzeitige Entzug der Arbeitsleistung eine sehr gravierende Vertragsverletzung darstellen kann. Sie zerstöre unmittelbar das für die weitere Fortsetzung erforderliche Vertrauensverhältnis, so dass das Arbeitsverhältnis auch ohne Einhaltung einer Frist zur ordentlichen Kündigung sofort beendet werden könnte (ArbG Duisburg, Urteil vom 14.09.2009, Az.: 3 Ca 1336/09).

Dieses Urteil zeigt, dass die Arbeitsgerichte auch einen kurzzeitigen Entzug von Arbeitsleistung in Form einer Raucherpause während der Arbeitszeit gerade nicht als mehr Kavaliersdelikt verstehen, sondern dass damit – nach Erteilung einer entsprechenden Abmahnung – erhebliche Konsequenzen verbunden sein können. Daher kann Arbeitnehmern nur angeraten werden, betriebliche Regelungen zum Thema „Rauchen am Arbeitsplatz“ sorgfältig zu beachten.

### **Urlaubsabgeltung trotz dauerhafter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit**

Jeder Arbeitnehmer hat gemäß § 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) in jedem Jahr einen gesetzlichen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Nach § 3 BUrlG beträgt dieser Mindesturlaubsanspruch 24 Werktage, d. h. im Rahmen einer Fünf-Tage-Woche genau 20 Urlaubstage. Da der Zweck des Urlaubs allein in der Erholung liegt, bestimmt der § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG, dass der Urlaub auch im jeweiligen Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss. Lediglich bei dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen

kann der Urlaub in das Folgejahr übertragen werden. Er muss in diesem Falle aber bis zum 31.03. des Folgejahres genommen werden, vgl. § 7 Abs. 3 S. 2 und 3 BUrlG (etwas anderes gilt nur dann, wenn Tarifverträge oder individuelle Vereinbarungen längere Übertragungszeiträume vorsehen). Grundsätzlich ist dabei auch keine finanzielle Vergütung des Urlaubsanspruchs vorgesehen. Lediglich für den Fall, dass der Urlaub aufgrund einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann, bestimmt der § 7 Abs. 4 BUrlG, dass er finanziell abzugelten ist.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes bisher immer dahingehend ausgelegt, dass der Urlaubsanspruch komplett entfällt und damit auch nicht mehr finanziell abzugelten ist, wenn ein Mitarbeiter aufgrund einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Übertragungszeitraums seinen Urlaub nicht antreten kann. Von dieser Rechtsprechung ist das BAG nun in einem aktuellen Urteil vom 24.03.2009 abgerückt und hat dabei sozusagen eine 180 Grad Kehrtwende vollzogen.

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine Arbeitnehmerin war im Zeitraum von August 2005 bis zum 31.01.2007 als Erzieherin für einen Arbeitgeber tätig. Im Juni 2006 erlitt sie einen Schlaganfall und war anschließend über das Ende des Arbeitsverhältnisses bis zum August 2007 durchgehend arbeitsunfähig. Mit ihrer im Januar 2007 erhobenen Klage verlangte die Arbeitnehmerin die Abgeltung ihrer gesetzlichen Urlaubsansprüche aus den Jahren 2005 und 2006.

Entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung gab das BAG ihrer Klage statt. Damit folgte das BAG wiederum einer Entscheidung des EuGH (Europäischer Gerichtshof) vom 20.01.2009. Denn der EuGH entschied im Januar 2009 nach einem Vorlagebeschluss durch das LAG Düsseldorf (dortiges Az.: 12 Sa 486/06), dass der europarechtlich garantierte Mindesturlaub von 20 Tagen pro Kalenderjahr auch dann nicht verfällt, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen einer andauernden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit daran gehindert ist, seinen Urlaub bis zum Ende des einzelstaatlich normierten Übertragungszeitraums anzutreten. Dabei berief sich der EuGH auf den Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG und erklärte die bisherige Auslegung des § 7 BUrlG durch die deutsche Rechtsprechung für gemeinschaftsrechtswidrig (EuGH, Urteil vom 20.01.2009 zu C-350/06 „Schulz-Hoff“).

Demzufolge blieb dem BAG nichts anderes übrig, als seine bisherige Rechtsprechung an diese neuen Vorgaben des EuGH anzupassen und die deutschen Regelungen in § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden. Das bedeutet, dass künftig Ansprüche auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs selbst dann nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraums

erkrankt und daher arbeitsunfähig ist. Des Weiteren betonten die Richter des BAG, dass diese neue Rechtslage zumindest seit der Veröffentlichung des Vorabentscheidungsbeschlusses des LAG Düsseldorf vom 02.08.2006 gelten solle (BAG, Urteil vom 24.03.2009, Az.: 9 AZR 983/07).

Wichtig ist zunächst, zu erkennen, dass sich diese neue Rechtsprechung erst einmal nur auf die gesetzlichen Mindesturlaubsansprüche von 4 Wochen bezieht, nicht jedoch auf weitergehende vertragliche oder tarifvertragliche Ansprüche. Gleichwohl dürften auch so schon die wirtschaftlichen Folgen für Arbeitgeber erheblich sein. Da die gesetzlichen Urlaubsansprüche (dauerhaft) erkrankter Arbeitnehmer nun nicht mehr nach dem Ende des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraumes verfallen, sondern bestehen bleiben, werden auch in den Bilanzen künftig hierfür entsprechende Rückstellungen gebildet werden müssen. Diese können durch die immer weiter auflaufenden Urlaubs- (abgeltungs)ansprüche auch nicht unerhebliche Beträge erreichen. Daher werden wohl viele Arbeitgeber zukünftig über den Umgang mit dauerhaft erkrankten Arbeitnehmern intensiver nachdenken und gegebenenfalls früher von den Möglichkeiten zur krankheitsbedingten Kündigung Gebrauch machen. Insoweit bleibt spannend, ob das BAG im Gegenzug auch die bisher sehr hohen Hürden für eine krankheitsbedingte Kündigung hieran anpasst.

### **Erhöhung der Arbeitszeit als mitbestimmungspflichtige Einstellung**

Die Mitbestimmungsrechte von Betriebsräten sind im deutschen Arbeitsrecht stark ausgeprägt. Nach § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) hat der Betriebsrat in einem Unternehmen zum Beispiel auch dann ein Mitspracherecht, wenn der Arbeitgeber einen neuen Mitarbeiter einstellen möchte.

In einem Beschluss vom 15.05.2007 hat das BAG zu dieser Regelung schon entschieden, dass eine Beteiligung des Betriebsrats nicht nur bei gänzlichen Neueinstellungen zu erfolgen hat, sondern dass auch schon eine nicht unerhebliche Erhöhung des Arbeitszeitvolumens eines Mitarbeiters das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auslösen kann. Allerdings hatte das BAG in diesem Beschluss über eine Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit einer Vollzeitkraft um lediglich 5 Wochenstunden zu befinden und hierzu die Auffassung vertreten, dass eine solche geringfügige Erhöhung noch nicht erheblich sei. Eine positive Grenze, ab wann aber von einer erheblichen Erhöhung auszugehen ist, nannte das Gericht seinerzeit nicht (BAG, Beschluss vom 15.05.2007, Az.: 1 ABR 32/06).

Nun hat das BAG in einem neuen Verfahren zu dieser Rechtsfrage ausdrücklich Stellung bezogen und seine Rechtsprechung hierzu weiter konkretisiert. In diesem Fall ging es um einen Arbeitgeber, der ca. 300 Modegeschäfte betrieb. In einer dieser Filialen mit ca. 38 voll- und teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern war auch ein Betriebsrat gebildet.

Ende 2005 bat der Arbeitgeber den Betriebsrat um Zustimmung zu einer befristeten Einstellung einer neuen Mitarbeiterin für 20 Wochenstunden bei einer stundenweisen Vergütung. Der Betriebsrat stimmte der Einstellung am 03.01.2006 zu. Nachdem allerdings die neue Mitarbeiterin gerade einmal 2 Wochen für den Arbeitgeber tätig war, wurde die wöchentliche Arbeitszeit für einen Zeitraum von – zunächst – zwei Monaten einvernehmlich mit der Mitarbeiterin von 20 auf 37,5 Stunden erhöht. Hiervon unterrichtete der Arbeitgeber den Betriebsrat zwar, holte aber nicht erneut dessen ausdrückliche Zustimmung ein. Daraufhin klagte der Betriebsrat vor den Arbeitsgerichten auf Feststellung, dass er auch in einem solchen Fall nach § 99 BetrVG zu beteiligen sei.

Und er bekam insoweit auch in allen Instanzen Recht. In seinem Beschluss vom 09.12.2008 verwies das BAG zunächst auf seine bisherige Rechtsprechung, wonach in einer nach Dauer und Umfang nicht unerheblichen Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit eines Arbeitnehmers eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 S. 1. BetrVG vorliege. Auch wenn sich eine solche Auslegung nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm ergäbe, sei sie dennoch nach dem Sinn und Zweck des § 99 BetrVG geboten. Denn dieses Mitbestimmungsrecht diene vor allem den Interessen der bereits beschäftigten Mitarbeiter. Diese seien auch dann berührt, wenn der Umfang der vereinbarten Arbeitszeit eines Mitarbeiters erheblich erhöht werde. Da eine solche Erhöhung letztlich dieselben Fragen wie eine Ersteinstellung aufwerfe, bedürfe es auch einer erneuten Beurteilung durch den Betriebsrat. Sodann konkretisierten die Richter ihre bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass von einer solchen nicht unerheblichen Erhöhung des Arbeitszeitvolumens immer dann gesprochen werden müsse, sofern eine Erhöhung von mindestens zehn Wochenstunden vorliegt. Denn nach Ansicht der Richter komme ein Arbeitsvolumen von zehn Wochenstunden nämlich bereits ernsthaft als ein Teilzeitarbeitsverhältnis in Betracht.

Daneben wiesen die Richter des BAG auch darauf hin, dass der Betriebsrat seine Beteiligung bereits vor dem Abschluss eines der Verlängerung der Arbeitszeit zugrunde liegenden Änderungsvertrages verlangen könne. Zwar stelle der Änderungsvertrag selbst keine Einstellung dar und unterliege als solches auch nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Die Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG liege daher erst in der tatsächlichen Beschäftigung des Mitarbeiters mit der erhöhten Arbeitszeit. Gleichwohl müsse der Betriebsrat bereits im Vorfeld einer solchen Maßnahme beteiligt werden. Denn zur Wirksamkeit des Mitbestimmungsrechts sei es grundsätzlich erforderlich, dass die Beteiligung des Betriebsrats zu einer Zeit erfolgt, zu der noch keine abschließende und endgültige Entscheidung getroffen wurde (BAG, Beschluss vom 09.12.2008, Az.: 1 ABR 74/07).

Als Fazit kann aus dieser Entscheidung folgendes festgehalten werden: Künftig ist der Betriebsrat nach § 99 BetrVG noch vor dem Abschluss eines Änderungsvertrages mit einem Mitarbeiter zu beteiligen, sofern dessen regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit für die Dauer von mehr als einen Monat um mindestens zehn Stunden pro Woche erhöht werden soll.

### **„Flashmob“-Aktionen sind als Mittel des Arbeitskampfes zulässig**

Unter einem „Flashmob“ versteht man einen kurzen, scheinbar spontanen Menschenauflauf auf öffentlichen oder halböffentlichen Plätzen, bei denen sich die Teilnehmer in der Regel untereinander nicht kennen. Solche Zusammenkünfte werden in Internetforen, per E-Mail-Kettenbriefe oder per Mobiltelefon zuvor organisiert.

Ganz ursprünglich hatten solche Aktionen keinerlei politische Ziele zum Gegenstand. Dies hat sich allerdings in der jüngeren Vergangenheit gewandelt, was schon darin erkennbar wird, dass nun auch die Gewerkschaften derartige „Flashmob“-Aktionen als Mittel des Arbeitskampfes für sich entdeckt haben. Dabei bestellt eine Gewerkschaft ihre Mitglieder zu einem bestimmten, öffentlich zugänglichen und im Streik befindlichen Betrieb und ruft diese dazu auf, den Betriebsablauf durch bestimmte Verhaltensweisen zu stören. Diese Gewerkschaftsmitglieder sind keine Arbeitnehmer des betroffenen Betriebs, so dass ihnen von daher auch keine arbeitsrechtlichen Sanktionen drohen können.

Das BAG hatte nun in einem aktuellen Urteil vom 22.09.2009 über die Rechtmäßigkeit solcher Aktionen seitens der Gewerkschaften zu entscheiden. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Gewerkschaft ver.di veröffentlichte im Rahmen eines Arbeitskampfes im Bereich des Berliner Einzelhandels auf ihrer Internetseite ein Flugblatt, auf dem zu einer gezielten „Flashmob“-Aktion aufgerufen wurde. Die Gewerkschaftsmitglieder wurden in dem Flugblatt aufgefordert, zwecks Teilnahme an einer solchen Aktion ihre Handy-Nummer bekannt zu geben. Danach sollten die Mitglieder kurzfristig per SMS über den Zeitpunkt und den Ort der Aktion informiert werden, um in einer bestreikten Filiale gezielt „einkaufen“ zu gehen. Die Gewerkschaft schlug in dem Flugblatt vor, dass möglichst viele Teilnehmer gleichzeitig einen „Pfennig-Artikel“ kaufen und damit für längere Zeit den Kassenbereich blockieren sollten. Des Weiteren sollten Einkaufswagen mit Waren befüllt werden, um sie dann im Verkaufsraum oder an der Kasse stehen zu lassen (von Frischware sollte ausdrücklich abgesehen werden).

Die „Flashmob“-Aktion fand dann am 08.12.2007 bei einem Mitglied des Handelsverbandes Berlin-Brandenburg (HBB) statt. Rund 40 Personen suchten überraschend eine Einzelhandelsfiliale auf und führten dort entsprechend den Vorgaben im gewerkschaftlichen Flugblatt ca. eine Stunde lang ihre

Aktion durch. Daraufhin erhob der Arbeitgeberverband HBB vor den Arbeitsgerichten eine Klage und verlangte von der Gewerkschaft ver.di, künftig derartige Streikmaßnahmen zu unterlassen. Nach der Ansicht des Arbeitgeberverbandes seien „Flashmob“-Aktionen keine zulässigen Streikmaßnahmen, sondern rechtswidrige, mit Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen vergleichbare Aktionen.

Diese Rechtsansicht teilten die Richter des BAG jedoch nicht. Nach ihrer Ansicht war der Aufruf zur „Flashmob“-Aktion rechtmäßig. In ihrem Urteil wiesen die Richter zunächst darauf hin, dass sämtliche gewerkschaftliche Maßnahmen, die zur Durchsetzung tariflicher Ziele auf die Störung betriebliche Abläufe gerichtet sind, grundsätzlich unter die durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) geschützte Betätigungsfreiheit fallen. Die Betätigungsfreiheit umfasse auch die Wahl des jeweiligen Arbeitskampfmittels, solange dieses dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Insoweit seien die gewählten Arbeitskampfmittel letztlich nur dann rechtswidrig, wenn sie zur Durchsetzung der erhobenen Forderungen offensichtlich ungeeignet, nicht erforderlich oder unangemessen sind.

Im Rahmen dessen sei bei der Abwägung vor allem zu berücksichtigen, ob es für die Arbeitgeberseite eine Verteidigungsmöglichkeit gibt. Gerade dies wurde von den Richtern des BAG bejaht. Nach ihrer Ansicht könne sich der Arbeitgeber gegenüber einer „Flashmob“-Aktion durch die Ausübung seines Hausrechts oder durch eine kurzfristige Betriebschließung zur Wehr setzen. Daher sei eine solche Aktion nicht typischerweise mit einer Betriebsblockade gleichzusetzen (BAG, Urteil vom 22.09.2009, Az.: 1 AZR 972/08).

Damit haben die möglichen Streikmittel der Gewerkschaften eine erhebliche Ausweitung erhalten. Gerade solche „Flashmob“-Aktionen können einen Arbeitgeber sehr empfindlich treffen. Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, dass das von den Richtern des BAG herangezogene Argument der Verteidigungsmöglichkeit in der Praxis kaum durchführbar sein wird. Denn die Aussprache und die praktische Durchsetzung eines Hausverbots ist in Anbetracht der begrenzten Dauer der Aktion und der erheblichen Anzahl der Teilnehmer nur theoretisch möglich. Auch eine kurzfristige Schließung des Betriebs als Abwehrmittel dürfte in der Praxis kaum relevant werden, weil die „Flashmob“-Aktionen dem Arbeitgeber naturgemäß erst zu einem Zeitpunkt bekannt werden, wenn sie bereits im vollen Gange sind. Daher kann man sich im Vorfeld kaum durch eine vorsorgliche Schließung des Betriebs hiervoor schützen. Immerhin können von solchen „Flashmob“-Aktionen nur solche Betriebe betroffen sein, die der Öffentlichkeit zugänglich sind. Das bedeutet, dass künftig vor allem der Einzelhandel oder die öffentlichen Verkehrsbetriebe mit solchen Aktionen konfrontiert werden.

**Achtung: Zwei-Wochenfrist für die Aussprache einer fristlosen Kündigung**

Kaum ein Rechtsgebiet enthält so viele Ausschlussfristen wie das Arbeitsrecht. Werden diese Fristen nicht strikt beachtet, kann dies schnell zu sehr erheblichen Rechtsnachteilen führen.

Eine solche wichtige Ausschlussfrist ist zum Beispiel bei der Aussprache einer fristlosen Kündigung zu berücksichtigen. Nach § 626 Abs. 2 BGB muss die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Mitarbeiter innerhalb einer festen Frist von zwei Wochen zugehen. Diese Frist beginnt zu laufen, wenn der Arbeitgeber von den möglichen Kündigungsgründen Kenntnis erlangt hat. Geht die fristlose Kündigung erst nach dem Ablauf dieser Zwei-Wochenfrist zu, ist sie ohne wenn und aber unwirksam.

Auf diese Rechtslage hat das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz in einem Urteil vom 17.04.2009 erneut hingewiesen. In dem zu beurteilenden Sachverhalt ging es um die Kündigungsschutzklage einer Sekretärin, die unbefugt Kundendaten an einen ehemaligen Geschäftsführer des Unternehmens ausgehändigt hatte. Der Arbeitgeber hat die Sekretärin daraufhin fristlos gekündigt. Allerdings ging der Arbeitnehmerin die fristlose Kündigung erst einen Tag nach Ablauf der Zwei-Wochenfrist zu.

Die von ihr dagegen erhobene Kündigungsschutzklage führte zum Erfolg. Denn die Richter werteten die fristlose Kündigung als verspätet und damit als unwirksam. In ihrem Urteil betonten die Richter, dass es sich bei dem § 626 Abs. 2 BGB um zwingendes Recht in Form einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist handele. Der Zweck dieser kurzen Frist bestehe darin, den Kündigenden möglichst schnell zu einer Entscheidung über die Aussprache einer fristlosen Kündigung zu veranlassen. Vor allem aus Gründen einer raschen Rechtssicherheit solle der Kündigungsempfänger möglichst frühzeitig die Konsequenzen seines Fehlverhaltens erfahren und schnell eine eindeutige Klarheit darüber erhalten, ob der Arbeitgeber dieses Fehlverhalten zum Anlass für eine fristlose Kündigung nimmt oder nicht. Der Kündigende hat demzufolge auch die Einhaltung der Zwei-Wochenfrist darzulegen und zu beweisen. Könne er dies nicht, führe dies zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung, ohne dass es im Weiteren darauf ankommt, ob die Kündigung in der Sache selbst sogar berechtigt war (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 17.04.2009, Az.: 6 Sa 709/08).

Da also eine fristlose Kündigung selbst dann unwirksam ist, wenn sie einem Mitarbeiter auch nur einen Tag verspätet zugeht, ist Arbeitgebern dringend anzuraten, auf die Zwei-Wochenfrist ein ganz besonderes Augenmerk zu richten. Arbeitnehmer sollten dagegen nach Erhalt einer solchen fristlosen Kündigung unverzüglich prüfen, ob die entsprechende Frist von Seiten des Arbeitgebers tatsächlich auch eingehalten worden ist.

**Haftungsausschluss**

Dieser Newsletter fasst die wichtigsten gesetzgeberischen und gerichtlichen Entwicklungen des Arbeitsrechts aus dem dritten Quartal des Jahres 2009 zusammen. Obwohl die darin enthaltenen Informationen sorgfältig recherchiert sind, wird für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Informationen keine Haftung übernommen. Die Entwicklungen des Arbeitsrechts werden zudem nur auszugsweise und in gekürzter Form dargestellt. Der Newsletter beinhaltet daher keinen Rechtsrat und kann eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

Weitere Informationen zur Rechtsanwaltskanzlei Dr. Christian Salzbrunn erhalten Sie im Internet über die Homepage <http://www.ra-salzbrunn.de>.

Rechtsanwaltskanzlei  
Dr. Christian Salzbrunn  
Alt-Pempelfort 3  
40211 Düsseldorf  
Tel.: 0211 / 1752089-0  
Fax: 0211 / 1752089-9  
[info@ra-salzbrunn.de](mailto:info@ra-salzbrunn.de)