

Newsletter 1. Quartal 2006

# Employment

<b>Betriebswahl 2006</b>	<b>Seite 1</b>
<b>Waren Sie schon beim Arbeitsvertrags-Check?</b>	<b>Seite 3</b>
<b>AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln</b> (BAG vom 14. Dezember 2005 – 4 AZR 536/04)	<b>Seite 4</b>
<b>Punkteschema für Sozialauswahl</b> (BAG vom 26. Juli 2005 – 1 ABR 29/04)	<b>Seite 5</b>
<b>Betriebsbezogene Sozialauswahl auch bei Versetzungsklausel</b> (BAG vom 2. Juni 2005 – 2 AZR 158/04)	<b>Seite 6</b>
<b>Aktuelle Veranstaltungen</b>	<b>Seite 7</b>
<b>Außerordentliche Kündigung wegen „Surfen“ im Internet</b> (BAG vom 7. Juli 2005 – 2 AZR 581/04)	<b>Seite 9</b>

In Association with  ERNST & YOUNG

## Betriebsratswahl 2006

Zwischen dem 1. März und dem 31. Mai 2006 stehen die regelmäßigen Betriebsratswahlen an. Obwohl die Durchführung der Wahl an sich in den Händen des Wahlvorstands liegt, sollte der Arbeitgeber dennoch die einzelnen Schritte des Verfahrens beobachten und überprüfen, ob Verstöße gegen Wahlrechtsgrundsätze bzw. gegen die Wahlordnung des BetrVG vorliegen. Erforderlichenfalls kann er bereits während des Wahlverfahrens die Entscheidungen des Wahlvorstands gerichtlich überprüfen lassen, jedenfalls aber im Anschluss an die Wahl.

### Grundvoraussetzungen

Ein Betriebsrat wird nur gewählt, wenn der Betrieb überhaupt betriebsratsfähig ist. Voraussetzung ist das Vorhandensein von

mindestens fünf wahlberechtigten – und davon mindestens drei wählbaren – Arbeitnehmern. Die Einleitung der Wahl erfolgt durch den so genannten Wahlvorstand. Der genaue Zeitpunkt der Wahl hängt von dem Ende der Amtszeit des alten Betriebsrats ab. Die Einleitung kann auch schon vor dem 1. März erfolgen. Neben der ordentlichen (turnusmäßigen) Betriebsratswahl gibt es die Möglichkeit einer außerordentlichen Betriebsratswahl (z. B. bei wesentlicher Änderung der Beschäftigtenzahl, Rücktritt des Betriebsrats, erfolgreicher Wahlanfechtung, gerichtlicher Entscheidung oder erstmaliger Wahl).

## Employment

### Wie läuft die Wahl ab?

Spätestens 10 Wochen vor der Wahl hat der alte Betriebsrat den Wahlvorstand (bestehend aus in der Regel drei Wahlberechtigten) zu bestellen. In einem betriebsratslosen Betrieb wird der Wahlvorstand durch den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat bestellt. Besteht keiner der beiden, wird der Wahlvorstand durch Mehrheitsentscheidung einer Betriebsversammlung aller anwesenden Arbeitnehmer gewählt, § 17 Abs. 1 und 2 BetrVG. Die Betriebsratswahl erfolgt auf der Grundlage von Wahlvorschlägen. Die Wahlgrundsätze bei Betriebsratswahlen entsprechen denen jeder demokratischen Wahl; sie ist als geheime, unmittelbare, gleiche und freie Wahl durchzuführen. Für sog. Kleinbetriebe bis 50 Arbeitnehmer gibt es ein vereinfachtes Wahlverfahren; bei einer entsprechenden Vereinbarung zwischen Wahlvorstand und Arbeitgeber kann dieses auch in Betrieben mit bis zu 100 Arbeitnehmern angewandt werden.

### Wer trägt die Kosten der Wahl?

Der Arbeitgeber trägt die Kosten der Wahl, soweit diese für die Wahl erforderlich sind. Erforderlich sind i. d. R. die Kosten für die Erstellung der Wahlunterlagen, Wahlurnen, Geschäftsführung des Wahlvorstands, notwendige Reisen der Wahlvorstandsmitglieder, Überlassung von Räumen und Arbeitsgeräten, Lohnausfall bei der Wahl. Die Wahlbewerber haben jedoch keinen Anspruch auf bezahlte Freistellung für ihre Wahlwerbung.

### Wer darf den Betriebsrat wählen und wer ist wählbar?

Wahlberechtigt ist nur, wer Arbeitnehmer im Betrieb ist und am Wahltag das 18. Lebensjahr vollendet hat, § 7 BetrVG. Die Wahlberechtigung beginnt mit dem Tag der tatsächlichen Arbeitsaufnahme. Wahlberechtigte Arbeitnehmer sind auch Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte, volljährige Auszubildende sowie Aushilfen. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis wegen Mutterschutz oder Elternzeit ruht, sind ebenfalls wahlberechtigt. Der Arbeitnehmer muss außerdem vom Wahlvorstand in die Wählerliste eingetragen sein, um sein Wahlrecht ausüben zu können. Wählbar ist jeder wahlberechtigte Arbeitnehmer, der mindestens sechs Monate dem Betrieb angehört hat, § 8 BetrVG.

Besonderheit: Ist ein Leiharbeiter länger als drei Monate im Entleiherbetrieb beschäftigt, ist er wahlberechtigt, aber nicht wählbar. Leitende Angestellte im Sinne des BetrVG sind bei den Betriebsratswahlen weder aktiv noch passiv wahlberechtigt.

### Größe des Betriebsrats

Die Größe des zu wählenden Betriebsrats richtet sich nach der Anzahl der Arbeitnehmer, § 9 BetrVG. Es kommt auf die regelmäßig im Betrieb Beschäftigten am Tag der Herausgabe des Wahlausschreibens an. Veränderungen sind nur insofern beachtlich, wie sie schon mit Sicherheit feststehen. Bei Betrieben unter 100 Beschäftigten kommt es auf die Zahl der Wahlberechtigten an, bei über 100 auf die Gesamtzahl der Beschäftigten. Aushilfskräfte sind zu berücksichtigen, wenn eine bestimmte Anzahl regelmäßig für mindestens sechs Monate im Jahr beschäftigt wird; gezählt wird dann der Aushilfsarbeitsplatz an sich. Das gilt auch für Arbeitnehmer, die sich in Mutterschutz oder Elternzeit befinden und für die eine Ersatzkraft eingestellt wurde. Geringfügig Beschäftigte und Teilzeitarbeitnehmer werden wie Vollzeitmitarbeiter berücksichtigt. Leiharbeiter bleiben dagegen auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung beim Entleiher Angehörige des Betriebs des Verleihers, § 14 Abs. 1 AÜG. Sie sind für die Zahl der regelmäßig Beschäftigten (Schwellenwerte) nicht zu berücksichtigen. Differenziert zu betrachten sind Arbeitnehmer, die sich in der Altersteilzeit befinden. Bei verblockter Altersteilzeit sind sie in ihrer Freistellungsphase nicht mehr zu berücksichtigen.

### Wann ist eine Betriebsratswahl nichtig?

Nur ausnahmsweise ist eine Betriebsratswahl nichtig; dies ist anzunehmen, wenn ein sowohl offensichtlicher als auch ein besonders grober Verstoß gegen Wahlvorschriften vorliegt und die Wahl daher offensichtlich nichtig ist. Die Geltendmachung der Nichtigkeit unterliegt keinen zeitlichen Beschränkungen. Jedermann, der ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit hat, kann sich auf sie berufen. Nichtige Wahlen sind von Anfang an wirkungslos: Der Betriebsrat gilt als nicht gewählt, er genießt auch keinen (Kündigungs- und

anderen) Schutz. Die Handlungen des Betriebsrats einschließlich der Betriebsvereinbarungen sind unwirksam.

### **Wahlanfechtung**

In der Regel können Fehler bei der Betriebsratswahl nach der Wahl durch die Wahlanfechtung gemäß § 19 BetrVG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren korrigiert werden. Anfechtungsgrund ist jeder Verstoß gegen wesentliche Vorschriften (sog. „Muss-Vorschriften“) des Wahlrechts, der Wählbarkeit oder des Wahlverfahrens. Erforderlich ist, dass sich der Verstoß auf das Wahlergebnis ausgewirkt hat oder hätte auswirken können. Anfechtungsberechtigt sind mindestens drei wahlberechtigte Arbeitnehmer, jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft und der Arbeitgeber selbst. Die Anfechtungsfrist beträgt zwei Wochen ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses. Unterbleibt eine Wahlanfechtung in dieser Frist, ist der Betriebsrat wirksam gewählt worden; wird die Wahl dagegen erfolgreich angefochten, so führt dies zur Ungültigkeit der Wahl. Anders als bei der Nichtigkeit bleiben jedoch Rechtshandlungen des Betriebsrats bis zur rechtskräftigen Feststellung der Anfechtung wirksam.

### **Rechtsschutz im laufenden Wahlverfahren**

Unter Umständen kann bereits während des Verfahrens gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen werden, z. B. wenn

eine Betriebsratswahl mit Sicherheit im Ergebnis nichtig wäre. Dann kann durch einstweilige Verfügung in die laufende Wahl eingegriffen werden. Auch solche Fehler, die zu einer erfolgreichen Anfechtung führen würden und nicht korrigierbar wären, berechtigen zum Abbruch der Wahl oder der Korrektur des Verfahrens durch einstweilige Verfügung.

### **Fazit**

Für den Arbeitgeber ist es ratsam, die anstehenden Betriebsratswahlen genau zu beobachten und gegebenenfalls bereits in die laufende Wahl einzugreifen. Ansonsten kann es passieren, dass ein Betriebsrat gewählt wird, der nicht ausreichend legitimiert ist. Nach Abschluss der Wahl kann diese anfechtbar sein; eine Nichtigkeit kommt dagegen nur sehr selten in Betracht. Da der Arbeitgeber die Kosten der Wahl tragen muss, ist eine genaue Wahlbeobachtung somit schon aus wirtschaftlichen Gründen angezeigt.

Dr. Kathrin Pietras  
kathrin.pietras@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (6196) 996 27059

## **Waren Sie schon beim Arbeitsvertrags-Check?**

Die Einführung der Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Arbeitsrecht hat das Mauerblümchendasein der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht schlagartig beendet. Nachdem die Instanzzüge durchlaufen sind, kommt es inzwischen beinahe monatlich zu Grundsatzentscheidungen in elementaren Fragen der Arbeitsvertragsgestaltung, etwa zu Widerrufsvorbehalten (BAG vom 12. Januar 2005 – 5 AZR 364/04), zur Wirksamkeit von Vertragsstrafen (BAG vom 4. März 2004 – 8 AZR 196/03; BAG vom 18. August 2005 – 8 AZR 65/05), zur Pauschalabgeltung von Überstunden (BAG vom 28. September 2005 – 5 AZR 52/05, die Entscheidung betrifft allerdings nur einen kleinen Teil des Problems, weitergehende

Urteile sind in Kürze zu erwarten) oder zur Rechtswirkung einer Bezugnahme auf Tarifverträge (BAG vom 14. Dezember 2005 – 4 AZR 536/04), um nur die wichtigsten zu nennen. Dabei ist sich bei aller Kritik, die an den Entscheidungen im Einzelnen geübt wird, das BAG seiner Verantwortung durchaus bewusst. Woher sollte der seriöse Arbeitgeber, der etwa 1995 einen Mitarbeiter einstellte, wissen, welche Anforderungen an die Vertragsgestaltung durch das BGB ab 2002 auch für Altvorgänge gestellt werden? Das BAG hat bereits mehrmals die allgemeine Klauselkontrolle der §§ 308 und 309 BGB aufgrund der Besonderheiten des Arbeitsrechts für unanwendbar erklärt (etwa für Vertragsstrafenklauseln

## Employment

oder zweistufige Verfallfristen) und ist auch bemüht, eine Sonderrechtsprechung für vor 2002 abgeschlossene Arbeitsverträge zu entwickeln. Das Bundesarbeitsgericht hat aber bereits wiederholt angekündigt, dass es für Neuverträge (außerhalb des Anwendungsbereichs der arbeitsrechtlichen Besonderheiten) die uneingeschränkte Beachtung der Vorgaben aus der Schuldrechtsreform verlangen wird. Die Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht wird deshalb durch eine ganz neue Brille betrachtet werden müssen. Im arbeitsrechtlichen Newsletter werden wir von Zeit zu Zeit berichten. Angesichts der schnellen Entwicklung der Rechtsprechung empfehlen wir dringend einen jährlichen „Arbeitsvertrags-Check“. Über die

Inhalte dieses Klauselchecks informieren Sie die Arbeitsrechtler der Service Line selbstverständlich gerne. Ansprechpartner finden Sie auf der Rückseite dieses Newsletters.

Axel Braun  
axel.braun@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (221) 2779 25744

Dagmar Stabernack  
dagmar.stabernack@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (341) 2526 500

### **AGB-Kontrolle arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln (BAG vom 14. Dezember 2005 – 4 AZR 536/04)**

#### **Der Fall**

Die tarifgebundene Rechtsvorgängerin der Beklagten hatte im Jahre 1988 mit der nicht tarifgebundenen Klägerin einen Arbeitsvertrag abgeschlossen, der eine kleine dynamische Verweisungsklausel auf den Bundes-Angestelltentarifvertrag (Verweis auf den BAT in seiner jeweils gültigen Fassung) enthielt. Zum 1. Juli 2002 ging der Betrieb auf die nicht tarifgebundene Beklagte über. Die Klägerin begehrt die Tarifierhöhungen aus dem am 31. Januar 2003, d. h. nach dem Betriebsübergang, abgeschlossenen Vergütungstarifvertrag.

#### **Die Entscheidung**

Das BAG wies die Klage ab. Die vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossene Bezugnahmeklausel sei – wie bisher – als bloße Gleichstellungsabrede auszulegen. Dies bedeutet, dass die Klausel lediglich die nicht organisierten Arbeitnehmer den organisierten gleichstellt. Gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB würden bei einem tarifgebundenen Arbeitnehmer die Rechtsnormen des zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden BAT-Tarifwerkes Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten als neuer Betriebsinhaberin und wirkten individualvertraglich statisch (also mit dem zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden Inhalt) fort. Der erst nach dem Betriebsübergang in Kraft getretene Vergütungstarifver-

trag werde daher nicht Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Die gleichen Rechtsfolgen träten aufgrund der Gleichstellungsabrede für die nicht tarifgebundene Klägerin ein. Auch hier komme es nur zu einer statischen Fortgeltung.

Das BAG kündigte an, von der bisherigen Auslegung dynamischer Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen als bloßen Gleichstellungsabreden abzuweichen, sofern die Verträge erst nach dem In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (1. Januar 2002) vereinbart worden sind. Auf derartige Klauseln sei die Unklarheitenregel nach § 305c Abs. 2 BGB anzuwenden. Angaben über die konkreten Folgen dieses angekündigten Rechtsprechungswechsels hat das BAG allerdings in dieser Entscheidung nicht gemacht.

#### **Unser Kommentar**

Die Entscheidung hat erhebliche Folgen für die Praxis. Die Überprüfung der Bezugnahmeklauseln in allen nach dem 1. Januar 2002 geschlossenen Verträgen anhand von § 305c Abs. 2 BGB dürfte dazu führen, dass für den Arbeitnehmer in Zweifelsfällen die Regelung gilt, welche für ihn günstiger ist. Bei (kleinen) dynamischen arbeitsvertraglichen Verweisungen auf Tarifverträge dürfte der Arbeitnehmer auch an für ihn günstigen künftigen Tarifentwicklungen teilhaben, und zwar

ungeachtet von der Frage einer tarifrechtlichen Bindung des Arbeitgebers. Mit anderen Worten: Der Arbeitgeber kann – wenn ein Arbeitsvertrag eine dynamische Bezugnahme Klausel enthält – die Dynamik auch nicht durch einen Verbandsaustritt beenden. Auch der Betriebserwerber ist wegen § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB der Dynamik unterworfen.

Arbeitgebern ist daher dringend zu raten, bei Abschluss von Neuverträgen auf den vom BAG angekündigten

Rechtsprechungswechsel zu reagieren und einer drohenden „Verewigung“ der Dynamik durch geeignete Vertragsgestaltung vorzubeugen.

Dr. Sigrid Anschütz  
sigrid.anschuetz@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (511) 8508 23423

## Punkteschema für Sozialauswahl

(BAG vom 26. Juli 2005 – 1 ABR 29/04)

### Der Fall

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Beschlussverfahrens darüber, ob der Betriebsrat nach § 95 Abs. 1 BetrVG mitzubestimmen hat, wenn die Arbeitgeberin der Sozialauswahl bei konkret anstehenden betriebsbedingten Kündigungen ein Punkteschema zugrunde legen will. Die Arbeitgeberin betreibt ein Möbelhaus und beschäftigt etwa 200 Arbeitnehmer. Sie informierte den Betriebsrat über einen geplanten Personalabbau und legte ihm ein Punkteschema für die Sozialauswahl bei den geplanten Kündigungen vor. Die Arbeitgeberin sprach sodann unter Anwendung des Punkteschemas betriebsbedingte Kündigungen aus. Der Betriebsrat hält das Punkteschema für eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG, welches ohne seine Zustimmung nicht hätte angewandt werden dürfen.

### Die Entscheidung

Das BAG stimmt dem Betriebsrat zu und stellt klar, dass ein Punkteschema für die soziale Auswahl auch dann eine nach § 95 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie sei, wenn der Arbeitgeber es nicht generell auf alle künftigen betriebsbedingten Kündigungen, sondern nur auf konkret bevorstehende Kündigungen anwenden will.

### Unser Kommentar

Die Feststellung des BAG, der Betriebsrat könne dem Arbeitgeber jede Anwendung von Punkteschemata für die Sozialauswahl durch einstweilige Verfügung untersagen, solange

der Betriebsrat diesem nicht zugestimmt hat, hat sehr weit reichende Konsequenzen. Letztlich läuft diese Entscheidung darauf hinaus, dass der Arbeitgeber auf die Heranziehung einer Systematik bei der Auswahl der von Kündigungen betroffenen Arbeitnehmer verzichten muss, wenn eine Einigung mit dem Betriebsrat nicht erreichbar erscheint.

Offen lässt der Senat, ob die fehlende Beteiligung des Betriebsrats bei der Feststellung einer Auswahlrichtlinie zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. Grundsätzlich qualifiziert die Rechtsprechung alle Maßnahmen des Arbeitgebers, die ohne ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats umgesetzt werden, als unwirksam. Hier jedoch weist das BAG darauf hin, dass das mitbestimmungswidrige Verhalten des Arbeitgebers ohne Anerkennung des Unterlassungsanspruchs sanktionslos bliebe. Fest steht, dass der Arbeitgeber dann, wenn der Betriebsrat eine Unterlassungsverfügung erwirkt, nur kündigen kann, wenn er seiner Auswahlentscheidung keine Systematik entsprechend einem Punkteschema zugrunde legt. Entscheidend ist letztlich die Abgrenzung zwischen einer nur internen „Entscheidungshilfe“ für den Arbeitgeber einerseits und einer mitbestimmungspflichtigen Auswahlrichtlinie im Sinne von § 95 BetrVG andererseits.

Arbeitgebern ist zu raten, sich in „ruhigen“ Zeiten mit dem Betriebsrat auf eine Auswahlrichtlinie (Punkteschema) zu verständigen, die bei künftig anstehenden betriebsbedingten Kün-

## Employment

digungen herangezogen werden kann. Nimmt der Arbeitgeber erst im Zusammenhang mit bevorstehenden Kündigungen Verhandlungen mit dem Betriebsrat auf, droht eine nicht unerhebliche Verzögerung bei den anstehenden Kündigungen, wenn auf ein Punkteschema nicht verzichtet werden kann. Komplexe Kündigungsentscheidungen ohne zuvor ausgehandelte Auswahl-

richtlinien sind für den Personalpraktiker ohne rechtliche Beratung durch diese Entscheidung wieder unsicherer geworden.

Dr. Henning-Alexander Seel  
henning.seel@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (511) 8508 23423

### Betriebsbezogene Sozialauswahl auch bei Versetzungsklausel

(BAG vom 2. Juni 2005 – 2 AZR 158/04)

#### Der Fall

Die Arbeitgeberin beschäftigte den Arbeitnehmer als Verkaufsabteilungsleiter in einer ihrer Filialen. Der Arbeitsvertrag berechnete die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer bei Bedarf eine andere persönlich zumutbare Beschäftigung auch in einer anderen Betriebsstelle in angemessener Entfernung zur bisherigen Arbeitsstätte zuzuweisen. Die Arbeitgeberin beschloss die Streichung einer Verkaufsabteilungsleiterstelle und kündigte dem Kläger als sozial schwächsten Verkaufsabteilungsleiter der Filiale. Dieser hielt die Kündigung für unwirksam, da er mit Verkaufsabteilungsleitern in anderen Betriebsstellen in angemessener Entfernung hätte verglichen werden müssen und die Sozialauswahl daher unrichtig sei.

#### Die Entscheidung

Das BAG hielt die Kündigung für wirksam. Die Sozialauswahl sei grundsätzlich streng betriebsbezogen vorzunehmen. Eine Vergleichbarkeit sei nur innerhalb des Betriebes gegeben. Auch das vertraglich vereinbarte Versetzungsrecht führe nicht zur Erweiterung der Vergleichbarkeit. Andernfalls werde die Vorbereitung eines Kündigungsentschlusses durch den Arbeitgeber und dessen Nachprüfung durch die Gerichte ohne ausreichende gesetzliche Grundlage über Gebühr erschwert. Missbrauche der Arbeitgeber allerdings die Versetzungsmöglichkeit im Hinblick auf die Sozialauswahl sei dies willkürlich und daher unbeachtlich. Eine überbetriebliche Vergleichbarkeit bestünde möglicherweise und ausnahmsweise dann, wenn der Arbeitnehmer einer bestimmten Führungsebene fortlaufend rotierend in allen Betrieben eines Unternehmens beschäftigt würde.

#### Unser Kommentar

Da in Literatur und Rechtsprechung teilweise konträre Vorstellungen über die Reichweite der Sozialauswahl bestehen, liefert die Entscheidung eine erfreuliche Klarstellung, die zudem am 15. Dezember 2005 auch durch den 6. Senat des BAG bestätigt wurde (6 AZR 199/05). Überbetriebliche Versetzungsmöglichkeiten machen somit betriebsbedingte Kündigungen nicht zu einem unkalkulierbaren Glücksspiel. Dennoch ist Arbeitgebern zu empfehlen, jedenfalls die innerbetrieblichen Versetzungsmöglichkeiten im Arbeitsvertrag gering zu halten. Dazu sollten Position und Tätigkeit des Arbeitnehmers möglichst konkret bezeichnet werden. Lässt das Direktionsrecht des Arbeitgebers dann keine einseitige Versetzung auf eine andere Position zu, besteht auch insoweit keine Vergleichbarkeit, was betriebsbedingte Kündigungen erleichtern kann. Dies wurde vom BAG erst kürzlich (Urteil vom 24. Mai 2005 – 8 AZR 333/04) bestätigt. Die Kehrseite der Medaille ist allerdings, dass bei arbeitgeberseitig gewünschter Versetzung regelmäßig die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich sein wird. Ohne diese wäre allerdings der dauerhafte Erfolg des Arbeitnehmers auf dem neuen Arbeitsplatz ohnehin zweifelhaft. Wie weit eine Versetzungsklausel gefasst wird, sollte somit sorgfältig unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte entschieden werden.

Dr. Roman Frik, LL.M.  
roman.frik@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (711) 9881 12894

## Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
20. – 21. März 2006	<b>Variable Vergütung</b> Dr. Sigrid Anschütz, Sebastian Fedder	3. Arbeitskreis Personal Nord Hannover
23. März 2006	<b>Der Produktionsleiter</b> Dr. Robert von Steinau-Steinrück	Management Circle Köln
28. März 2006	<b>Interessenausgleich, Sozialplan und Transfergesellschaften</b> Dr. Sigrid Anschütz, Sebastian Fedder	v. Rundstedt & Partner Hannover
29. März 2006	<b>Arbeitnehmerentsendung</b> Thorsten Walther	IHK Regensburg
31. März 2006	<b>Aktuelle Entwicklungen des Arbeitsrechts</b> Axel Braun	DGFP Düsseldorf
5. April 2006	<b>Optimierung des Geschäftsführer- Anstellungsvertrages</b> Martina Buhr	WSF Düsseldorf
5. – 7. April 2006	<b>Einführung in das Arbeitsrecht</b> Dietmar Heise	DGFP Stuttgart
7. April 2006	<b>Konfliktbewältigung im Unternehmen – Konfliktgespräche, Mediation und arbeits- rechtliche Konsequenzen</b> Dr. Volker Schneider	Luther Hamburg
24. April 2006	<b>Rechte und Pflichten des Prokuristen</b> Martina Buhr	WSF Köln
25. April 2006	<b>Der AGB-feste Arbeitsvertrag</b> Hans-Christian Ackermann	WSF Düsseldorf
25. April 2006	<b>AGB im Arbeitsrecht: Neueste Recht- sprechung und Vertragsgestaltung</b> Dr. Robert von Steinau-Steinrück	Beck Seminare Eschborn/Frankfurt a. M.

<b>Termin</b>	<b>Thema/Referent</b>	<b>Veranstalter/Ort</b>
26. April 2006	<b>Aktuelles Arbeitsvertragsrecht</b> Thorsten Walther	IHK Regensburg
28. April 2006	<b>Rechte und Pflichten des Prokuristen</b> Martina Buhr	WSF Stuttgart
3. Mai 2006	<b>Aktuelle Änderungen im Arbeitsrecht</b> Dietmar Heise	DGFP Stuttgart
4. Mai 2006	<b>Wir haben einen Betriebsrat, was nun?</b> Axel Braun	DGFP Düsseldorf
8. Mai 2006	<b>Aktuelles Rechtswissen für Personalleiter</b> Axel Braun, Kerstin Stölting	F.A.Z.-Institut Düsseldorf
9. Mai 2006	<b>Rechte und Pflichten des Prokuristen</b> Dr. Thomas Thees	WSF Darmstadt
9. Mai 2006	<b>Aktuelles Arbeitsvertragsrecht</b> Thorsten Walther	IHK Weiden
10. Mai 2006	<b>Rechte und Pflichten des Prokuristen</b> Dr. Volker Schneider	WSF Hamburg
11. Mai 2006	<b>Reduzierung von Fehlzeiten und betriebliche Eingliederung</b> Dr. Kathrin Pietras	DGFP Eschborn/Frankfurt a. M.
18. Mai 2006	<b>Aktuelle Änderungen im Arbeitsrecht</b> Dr. Thomas Thees	DGFP Eschborn/Frankfurt a.M.
22. Mai 2006	<b>Rechte und Pflichten des Prokuristen</b> Martina Buhr	WSF München
31. Mai 2006	<b>Rechte und Pflichten des Prokuristen</b> Hans-Christian Ackermann	WSF Düsseldorf

## Außerordentliche Kündigung wegen „Surfen“ im Internet

(BAG vom 7. Juli 2005 – 2 AZR 581/04)

### Der Fall

Der als Vorarbeiter beschäftigte Kläger „surfte“ während seiner 12-Stunden-Schichten mehrmals im Internet und nahm dabei Zugriff auf Internetseiten mit pornographischen bzw. erotischen Inhalten. Dabei nutzte der Kläger nachweislich auch über seine tägliche Pausenzeit von einer Stunde hinaus das Internet für private Zwecke. Inwiefern es bei der Beklagten klare Vorgabe für die Privatnutzung des Internets gab, war zwischen den Parteien streitig.

### Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage mit der Begründung stattgegeben, dass der Kläger vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung nicht abgemahnt wurde, zumal nicht klar gewesen sei, dass er von dem Verbot der privaten Nutzung Kenntnis hatte und die private Internetnutzung inzwischen „sozialadäquat“ sei.

Das BAG weist darauf hin, dass eine außerordentliche Kündigung nicht nur dann in Betracht komme, wenn der Arbeitnehmer entgegen einem ausdrücklichen Verbot oder nach einer einschlägigen Abmahnung das Internet für private Zwecke nutze. Vielmehr müsse der Umstand berücksichtigt werden, dass der Kläger durch das private „Surfen“ im Internet seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung nicht erbringen konnte und insofern seine Arbeitspflicht verletzte. Die teilweise erwiesene Nutzung des Internets auch über die tägliche Pausenzeit hinaus sei mit den arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers nicht zu vereinbaren. Selbst wenn er darlegen könne, dass die

Privatnutzung erlaubt gewesen sei, könne der Kläger nicht davon ausgehen, dass der Arbeitgeber eine private Nutzung in erheblichem Umfang während der Arbeitszeit toleriere. Erst recht könne sich der Kläger nicht auf eine fehlende Abmahnung berufen, wenn er auf pornographische Seiten Zugriff nimmt. Jedem Arbeitnehmer müsse klar sein, dass er eine Pflichtverletzung begehe, wenn er während seiner Arbeitszeit das Internet exzessiv für private Zwecke nutze. Für den Kläger als Vorarbeiter müsse das ganz besonders gelten.

### Unser Kommentar

Das BAG stellt erfreulicherweise klar, dass die exzessive private Nutzung des Internets während der Arbeitszeit nicht nur dann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt, wenn eine klare Anweisung des Arbeitgebers existiert oder der Arbeitnehmer einschlägig abgemahnt wurde. Gleichwohl hat das BAG den Rechtsstreit an das LAG zurückverwiesen, um im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung auch den bisherigen beanstandungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu gewichten. Wäre der Kläger einschlägig abgemahnt gewesen, spricht viel dafür, dass auch die Interessenabwägung zu seinen Lasten ausgeht. Je nach bisherigem Verlauf des Arbeitsverhältnisses kann es daher weiterhin sinnvoll sein, zuerst einschlägig abzumahnern.

Thorsten Walther  
 thorsten.walther@luther-lawfirm.com  
 Telefon +49 (911) 3958 16091

### Redaktion

Dr. Roman Frik, LL.M., Stuttgart, Telefon +49 (711) 9881 12894

### Haftungsausschluss

Obleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

## Ansprechpartner

In Association with  ERNST & YOUNG

### **Berlin**

Dr. Robert von Steinau-Steinrück  
Telefon +49 (30) 25471 500

### **Hamburg**

Dr. Volker Schneider  
Telefon +49 (40) 36132 500

### **München**

Dr. Karsten Umuß  
Telefon +49 (89) 14331 500

### **Düsseldorf**

Hans-Christian Ackermann  
Telefon +49 (211) 9352 500

### **Hannover**

Sebastian Fedder  
Telefon +49 (511) 8508 500

### **Nürnberg**

Thorsten Walther  
Telefon +49 (911) 3958 500

### **Eschborn/Frankfurt a. M.**

Dr. Thomas Thees  
Telefon +49 (6196) 996 27160

### **Köln**

Axel Braun  
Telefon +49 (221) 2779 500

### **Stuttgart**

Dietmar Heise  
Telefon +49 (711) 9881 500

### **Essen**

Stefanie Radtke  
Telefon +49 (201) 2421 500

### **Leipzig/Dresden**

Dagmar Stabernack  
Telefon +49 (341) 2526 500

Alle Ansprechpartner erreichen Sie per E-Mail unter: [vorname.nachname@luther-lawfirm.com](mailto:vorname.nachname@luther-lawfirm.com)  
Allgemeine Fragen richten Sie bitte per E-Mail an: [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com).

**Bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH arbeiten rund 220 Rechtsanwälte an 13 Standorten in Deutschland. Sie unterstützen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand in allen Fragen des Wirtschaftsrechts. Außerdem bietet Luther in Zusammenarbeit mit Ernst & Young multidisziplinäre Beratung an. Bei internationalen Mandaten greift Luther auf ein weltweites Netz enger Kooperationskanzleien zurück.**