

---

Newsletter, 3. Quartal 2010

---

# Arbeitsrecht

---

<b>Abfindungsregelungen in Sozialplänen und das Gleichbehandlungsgebot</b>	Seite 2
<b>Kündigungen wegen Bagatelldelikten – der Fall „Emmely“ und seine Folgen</b>	Seite 4
<b>Kündigung wegen unzureichender Sprachkenntnisse – Anforderungen an einen Arbeitsplatz</b> (BAG vom 28. Januar 2010 – 2 AZR 764/08)	Seite 5
<b>Verfall von Urlaub bei Langzeiterkrankung</b> (BAG vom 23. März 2010 – 9 AZR 128/09)	Seite 6
<b>Internetzugang auch für den Betriebsrat</b> (BAG vom 20. Januar 2010 – 7 ABR 79/08)	Seite 7
<b>Anforderungen an das betriebliche Eingliederungsmanagement</b> (BAG vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 198/09)	Seite 8
<b>Aktuelle Veranstaltungen</b>	Seite 9



# Abfindungsregelungen in Sozialplänen und das Gleichbehandlungsgebot

Kaum ein Sozialplan kommt ohne Berücksichtigung des Lebensalters aus. Gleich ob es sich um die Berechnungsformel handelt, bei der die Abfindungshöhe in Abhängigkeit vom Lebensalter und der Betriebszugehörigkeit berechnet wird, ob Kappungsgrenzen für besonders hohe Abfindungen vereinbart werden oder ob rentennahe Jahrgänge eine Reduzierung der Abfindung hinnehmen müssen – das Lebensalter spielt stets eine maßgebliche Rolle. Mit regem Interesse und latenter Unruhe verfolgt daher die Praxis, inwieweit nach Inkrafttreten des AGG und der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien das Lebensalter weiterhin Berücksichtigung finden darf. Diese Frage ist von großer wirtschaftlicher Bedeutung, da die Konsequenz diskriminierender Regelungen in Sozialplänen nicht eine Kürzung der Abfindung begünstigter Arbeitnehmer, sondern eine Nachzahlung zugunsten der benachteiligten Arbeitnehmer ist. Der Sozialplan droht teurer zu werden.

## Gesetzliche Regelung

Der Gesetzgeber hat dieses Problem gesehen und daher in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG ein eigenes Regelbeispiel aufgenommen, das eine Differenzierung nach Alter oder Betriebszugehörigkeit in Sozialplänen gestattet. Genannt werden zwei Fallgruppen, wobei das Lebensalter in einem Fall abfindungserhöhend und im anderen Fall abfindungsreduzierend wirkt. In den vergangenen Monaten waren typische Konstellationen Gegenstand mehrerer Gerichtsentscheidungen.

## Abfindung nach Lebensalter

In seinem Urteil vom 26. Mai 2009 (1 AZR 198/98) hat das BAG zunächst festgestellt, dass § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG (Abfindung in Abhängigkeit vom Lebensalter) nicht gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstößt. Des Weiteren wurde bestätigt, dass Berechnungsformeln, die an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen, zulässig sind. Dies gelte, obwohl dadurch aufgrund der regelmäßig nur begrenzt vorhandenen finanziellen Mittel für einen Sozialplan jüngere Arbeitnehmer benachteiligt würden. Dem Fall lag eine lineare Berechnungsformel zugrunde, die für jedes Jahr – und nicht nur in Stufen – eine höhere Abfindung vorsah.

## Kürzung für rentennahe Jahrgänge

Auch die unterschiedliche Abfindungsberechnung bei rentennahen und rentenfernen Jahrgängen wurde vom BAG

in dieser Entscheidung als zulässig anerkannt. Arbeitnehmer, die älter als 59 waren, erhielten eine Abfindung, die nicht aus der Betriebszugehörigkeit und der Vergütung, sondern aus den Monaten bis zur Vollendung des 63. Lebensjahres berechnet wurde.

In einem weiteren Fall (BAG vom 23. März 2010 – 1 AZR 832/08) sah ein Sozialplan vor, dass sich die Abfindung nach Vollendung des 60. Lebensjahres für jeden weiteren Monat um 1/60 reduziert. Das BAG entschied, dass der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 75 Abs. 1 BetrVG) gewahrt sei. Es handele sich um eine nach § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG zulässige Ungleichbehandlung wegen des Alters. Abfindungsberechnungen, die sich am Lebensalter und an der Betriebszugehörigkeit orientieren, begünstigen ältere Beschäftigte mit langjähriger Betriebszugehörigkeit übermäßig. Eine Kürzung für rentennahe Jahrgänge diene daher der Verteilungsgerechtigkeit. Ob eine solche Kürzung bei einer Abfindungsformel, die auf das Lebensalter und die Beschäftigungszeiten abstellt, sogar zwingend ist, lässt sich der Entscheidung jedoch nicht entnehmen. Die Kürzung sei sogar zulässig, wenn die Arbeitnehmer nicht unmittelbar nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I rentenberechtigt sind, die Abfindung aber ausreicht, um die Lücke zwischen dem Arbeitslosengeldbezug und dem Rentenbeginn in einer Höhe zu überbrücken, die der zuletzt bezogenen Arbeitsvergütung entspricht.

## Höchstbegrenzung

Die Zulässigkeit einer Höchstbegrenzung der Abfindungszahlung hat das BAG mit Urteil vom 21. Juli 2009 (1 AZR 566/08) bestätigt. Auch hier stand der Gedanke der Verteilungsgerechtigkeit im Vordergrund. Eine Abfindungsformel, die auf die Beschäftigungszeit abstellt, begünstige Beschäftigte mit langjähriger Betriebszugehörigkeit überproportional. Die Kappungsgrenze betreffe vor allem langjährige und damit lebensältere Beschäftigte, typischerweise also rentennahe Arbeitnehmer. Wenngleich Maßstab dieser Entscheidung noch nicht das AGG sondern § 75 BetrVG in seiner damaligen Fassung war, ist davon auszugehen, dass das BAG auch unter Anwendung des AGG nicht anders entscheiden wird (vgl. unsere Besprechung im Newsletter 4. Quartal 2009).

### Anspruch auf Aufhebungsvertrag

Nicht um eine Abfindung aus einem Sozialplan, sondern um den Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Abfindungszahlung ging es bei dem Urteil des BAG vom 25. Februar 2010 (6 AZR 911/08). Der Arbeitgeber bot Arbeitnehmern der Jahrgänge 1952 und jünger den Abschluss eines Aufhebungsvertrages gegen Abfindung an. Hierzu hatte er ein Abfindungsmodell entwickelt, behielt sich aber zugleich vor, im Einzelfall trotz Interesses des Arbeitnehmers ein Ausscheiden abzulehnen. Ein Arbeitnehmer, der vor 1952 geboren war, verlangte den Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Das BAG verneinte eine Benachteiligung wegen des Alters. Durch den Ausschluss älterer Arbeitnehmer von der Möglichkeit eines freiwilligen Aufhebungsvertrages werde dem Zweck des Diskriminierungsverbotes wegen des Alters, ältere Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis zu halten, vielmehr entsprochen. Im Übrigen sei die Ungleichbehandlung durch § 10 Satz 1 und 2 AGG, die beide europarechtskonform seien, gerechtfertigt. Das Argument des Klägers, es seien auch mit anderen älteren Arbeitnehmern Aufhebungsverträge geschlossen worden, mit denen er gleichbehandelt werden wolle, wies das BAG ebenfalls zurück. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz finde keine Anwendung, wenn ein Arbeitgeber mit Arbeitnehmern individuelle Aufhebungsvereinbarungen trifft, solange er hiermit keine generalisierende Regelung schafft, an die er sich dem Kläger gegenüber nicht hält.

### Alterszuschläge

Das LAG Berlin-Brandenburg hatte über die Zulässigkeit von Alterszuschlägen in einem Sozialplan zu entscheiden (Urteil vom 21. September 2009 – 10 Sa 2421/08; Revision eingelegt). Arbeitnehmer erhielten gestaffelt ab dem vollendeten 45. Lebensjahr Abfindungszuschläge. Ein jüngerer Arbeitnehmer verlangte den Alterszuschlag für die Arbeitnehmer der höchsten Altersgruppe. Das LAG bejahte den Anspruch und stützte ihn auf § 75 Abs. 1 BetrVG. Die Gruppenbildung sei sachlich nicht gerechtfertigt. Zwar orientiere diese sich daran, dass Arbeitnehmer mit höherem Lebensalter erhöhte Schwierigkeiten einer Vermittlung auf dem Stellenmarkt haben. Es gab im konkreten Fall aber nur einen einzigen älteren Arbeitnehmer, so dass ein sachliches Bedürfnis für die Differenzierung nicht gesehen wurde. Der Kläger hatte somit Anspruch auf den Alterszuschlag der höchsten Altersgruppe.

### Fazit

Die Entscheidungen des BAG zeigen eine Tendenz zum großzügigen Umgang mit Altersdifferenzierungen in Sozialplänen. Der Korridor der diskriminierungsfreien Berücksichtigung des Lebensalters wird durch zwei Leitplanken bestimmt: Zum einen sind die vom Alter abhängenden Chancen auf dem Ar-

beitsmarkt zu berücksichtigen, die eine höhere Abfindung für ältere Arbeitnehmer rechtfertigen. Zum anderen gilt der Gedanke der Verteilungsgerechtigkeit, der es gebietet, überproportional hohe Abfindungen an ältere Arbeitnehmer zu Lasten der jüngeren Arbeitnehmer zumindest dann auszuschließen, wenn die älteren Arbeitnehmer nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I in Altersrente gehen können.

### Europarecht

Für einen dunklen Schatten sorgt allerdings ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (C-499/98). Auf dem Prüfstand steht eine Regelung des dänischen Arbeitsrechts, die vorsieht, dass Arbeitnehmern, die über einen längeren Zeitraum ununterbrochen bei einem Arbeitgeber beschäftigt sind, im Fall ihrer Entlassung eine Abfindung zu zahlen ist, diese aber nicht gewährt wird, wenn sie bereits eine Altersrente beziehen können. Der Ausschluss gilt auch dann, wenn der sofortige Eintritt in den Ruhestand Renteneinbußen bringt und wenn der Arbeitnehmer noch gar nicht in Rente gehen möchte. Die (deutsche) Generalanwältin ist in ihren Schlussanträgen am 6. Mai 2010 zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Altersdiskriminierung vorliege. Eine wirksame Regelung müsse Rücksicht darauf nehmen, ob der jeweilige Arbeitnehmer tatsächlich Altersrente beziehen wird oder aber weiterhin dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht und ob eine Frühverrentung zu erheblichen finanziellen Einbußen führen würde. In der Regel folgt der EuGH dem Schlussantrag des Generalanwalts. Dies könnte bedeuten, dass pauschale Regelungen, die nicht auf den Einzelfall Rücksicht nehmen, ebenso europarechtswidrig sind wie Abfindungskürzungen gegenüber Arbeitnehmern, die nur die vorgezogene Altersrente in Anspruch nehmen können. Die Entscheidung des EuGH bleibt abzuwarten.



#### **Dr. Volker Schneider, Partner**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Hamburg  
volker.schneider@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 40 18067 12195



#### **Inga Schwaiger**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Hamburg  
inga.schwaiger@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 40 18067 12195

# Kündigungen wegen Bagatelldelikten – der Fall „Emmely“ und seine Folgen

Eine Berliner Verkäuferin hat seit Monaten die Medienöffentlichkeit bewegt. Ihr Filialleiter hatte ihr Pfandbons im Gesamtwert von 1,30 Euro zur Aufbewahrung im Kassenbüro übergeben. Erwiesenermaßen veruntreute sie diese und löste sie zu ihrem eigenen Vorteil ein. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hielt die daraufhin erklärte Kündigung für nicht gerechtfertigt. Es erklärt in einer Pressemitteilung zwar zunächst, dass ein vorsätzlicher Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Vertragspflichten auch dann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könne, wenn der verursachte wirtschaftliche Schaden gering ist. Dann aber konstatiert es, dass unter Umständen eine Abmahnung zur Wiederherstellung des für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauens in die Redlichkeit des Arbeitnehmers ausreichen könne. Dass eine Abmahnung verlorenes Vertrauen wiederherstellen können soll, ist eine interessante Erkenntnis – besonders in Zeiten eines immer weiter verschärften Datenschutzes, der eine Überprüfung der Redlichkeit zunehmend erschwert.

Allein dem Handel entstanden im Jahre 2009 Inventurverluste von 3,9 Mrd. Euro, von denen über 25 % auf Mitarbeiter zurückzuführen waren (so EHI Retail Institute). Dieser jährliche Milliarden Schaden durch die „Selbstbedienung“ der Mitarbeiter lässt eine laxer moralische Einstellung vermuten, die sich typischerweise nicht in einer einmaligen Handlung widerspiegelt. Daher muss ein Arbeitgeber gerade bei ertappten Mitarbeitern mit langer Betriebszugehörigkeit befürchten, dass die Beschäftigung nur deshalb ohne „rechtlich relevante Störungen“ verlaufen ist, weil die Dunkelziffer nicht entdeckter Vergehen typischerweise sehr hoch ist. Die Abwägung eines „Bagatelldelikt“ mit einer langen „störungsfreien“ Beschäftigung kann vor diesem Hintergrund nur in die Irre führen.

Doch welche Schlüsse sind nun aus der Entscheidung zu ziehen? Das Prinzip dürfte auch nach Emmely unverändert bleiben: Für die außerordentliche Kündigung ist zunächst zu prüfen, ob die begangene Tat einen wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB darstellen kann. Dies bejaht das BAG bei Bagatelldelikten jedenfalls dem Grunde nach immer noch. Die grundsätzliche Eignung als Kündigungsgrund sollte künftig dennoch kritischer geprüft werden.

Sodann wägt die Rechtsprechung die zur Kündigung führenden Vergehen des Arbeitnehmers einerseits mit allen Umständen des gegebenen Falles andererseits ab. Nur wenn keine

anderen Maßnahmen einschließlich einer Abmahnung das Vergehen hinreichend sanktionieren, darf nach dem ultima-ratio-Prinzip gekündigt werden. Besonderes Augenmerk verdient nunmehr die Frage, ob eine Abmahnung ein taugliches milderer Mittel ist. Abmahnungen sollen dem Arbeitnehmer vor einer Kündigung noch einmal vor Augen führen, dass sein Verhalten vom Arbeitgeber keineswegs gebilligt wird und dass das Arbeitsverhältnis bei Wiederholung des Verhaltens gefährdet ist.

In diesem Licht dürften besonders vorbeugende Maßnahmen des Arbeitgebers mit gleicher Zielrichtung an Bedeutung gewinnen. So kann helfen, den Arbeitnehmern schon bei Abschluss des Arbeitsverhältnisses oder auch im laufenden Arbeitsverhältnis ausdrücklich und unmissverständlich anzukündigen, welche Verhaltensweisen keinesfalls gebilligt werden.

Im Rahmen der Interessenabwägung verlangt das BAG auch eine Prognose, ob künftig mit einem rechtstreuen Verhalten des Arbeitnehmers zu rechnen ist. Auch insoweit können Präventivmaßnahmen des Arbeitgebers Bedeutung gewinnen.

Vor einer Kündigung wird der Arbeitgeber künftig noch gründlicher ermitteln müssen, wie er Pflichtverstöße des Arbeitnehmers belegen kann.

Für den Fall Emmely werden erst die vollständigen Urteilsgründe ausweisen, ob er wegen seiner besonderen Konstellationen besonders ungeeignet für einen Grundsatzprozess vor dem BAG war. Immerhin hatte sich die Berliner Verkäuferin nicht am Eigentum des Arbeitgebers vergriffen, sondern zwei Pfandbons eingelöst, die eigentlich Kunden zustanden und seit 10 Tagen nicht vermisst wurden. So bleibt immerhin die Hoffnung, dass im Falle „normaler“ Bagatelldelikte alles beim Alten bleibt.



**Dietmar Heise, Partner**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Stuttgart  
dietmar.heise@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 711 9338 25719

# Kündigung wegen unzureichender Sprachkenntnisse – Anforderungen an einen Arbeitsplatz

(BAG vom 28. Januar 2010 – 2 AZR 764/08)

## Der Fall

Der klagende Arbeitnehmer ist spanischer Herkunft und arbeitet seit 1978 beim beklagten Arbeitgeber. Im Betrieb des Arbeitgebers – einem Automobilzulieferer – war der Kläger in der Spritzgussabteilung mit dem Überwachen der automatischen Behälterfüllung, mit dem Einpacken von Teilen sowie mit der Produktionskontrolle, jeweils nach mündlichen oder schriftlichen Anweisungen, betraut. Die Prüfaufgaben erledigte er nur teilweise sowie nicht in der vorgesehenen Form. Die sogenannte messende Prüfung konnte er mangels ausreichender Sprachkenntnisse überhaupt nicht durchführen. Im September 2003 besuchte der Arbeitnehmer auf Kosten des Arbeitgebers während der Arbeitszeit einen Deutschkurs. Mehrere Angebote zu Folgekursen lehnte der Arbeitnehmer ab. Bei mehreren internen Audits wurde festgestellt, dass der Arbeitnehmer keine ausreichenden Deutschkenntnisse hat. Nach einer erfolglosen Ermahnung und einem fruchtlosen deutlichen Hinweis, dass er ohne Verbesserung der Sprachkenntnisse mit einer Kündigung rechnen müsse, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis.

## Die Entscheidung

Nach Klagestattgabe durch das Arbeitsgericht und Klageabweisung durch das Landesarbeitsgericht stellte das BAG das erstinstanzliche Urteil wieder her. Ein personenbedingter Kündigungsgrund liege vor. Die ausreichende Kenntnis der deutschen Schriftsprache sei eine wesentliche Anforderung an die persönliche Eignung des Arbeitnehmers für die zu verrichtende Arbeit. Eine Diskriminierung aus ethnischen Gründen liege nicht vor. Rechtmäßige Ziele i. S. d. § 3 Abs. 2 AGG könnten auch privatautonom bestimmte Ziele des Arbeitgebers sein, z. B. Anforderungen an die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Dies liege im entschiedenen Fall auch deshalb vor, weil der Arbeitgeber die Sprachkenntnisse im Rahmen einer ISO-Zertifizierung verlangen musste. Darüber hinaus folge auch aus Art. 12 GG, dass der Arbeitgeber für Prüftätigkeiten schriftliche Deutschkenntnisse verlangen könne, solange dies nicht auf willkürlichen Erwägungen beruhe. Eine Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen, da der Arbeitnehmer keine Bereitschaft

gezeigt habe, an der Behebung des personenbedingten Leistungshindernisses mitzuwirken.

## Unser Kommentar

Über die vordergründige Frage des Erfordernisses von Sprachkenntnissen hinaus hat das BAG klargestellt, dass der Arbeitgeber ein durch Art. 12 GG geschütztes Recht hat, seiner unternehmerischen Tätigkeit so nachzugehen, dass er am Markt bestehen kann. Welche Anforderungen hieraus für die Arbeitnehmer folgen ist alleinige Entscheidung des Arbeitgebers (Ausnahme: Willkür). Der Arbeitgeber kann somit einseitig die Anforderungen verändern, insbesondere höhere Qualifikationen verlangen. Im Regelfall wird der Arbeitgeber allerdings den Arbeitnehmern über Schulungen die Gelegenheit bieten müssen, die erforderlichen Qualifikationen zu erlangen. Ist im Einzelfall die Veränderung der Anforderungen dringend erforderlich, um am Markt bestehen zu können, wäre es sogar zulässig, künftig allein mit den höherqualifizierten Arbeitnehmern und denen, die die Qualifikationen kurzfristig erwerben können, weiterzuarbeiten. Von den unqualifizierten und kurzfristig lernunfähigen Arbeitnehmern könnte sich der Arbeitgeber dann zulässigerweise trennen. Wegen der durchzuführenden Interessenabwägung sollte eine solche Maßnahme aber gut überdacht und vorbereitet sein, damit sie auch vor Gericht Bestand hat.



**Dr. Roman Frik, LL.M. (Köln/Paris)**

Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Stuttgart  
roman.frik@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 711 9338 12894

# Verfall von Urlaub bei Langzeiterkrankung

(BAG vom 23. März 2010 – 9 AZR 128/09)

## Der Fall

Das BAG erhielt erneut Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Urlaubsabgeltung langzeitkranker Arbeitnehmer zu konkretisieren. Ein schwerbehinderter Arbeitnehmer der BfA (inzwischen Deutsche Rentenversicherung) war von September 2004 bis zu seinem Renteneintritt im September 2005 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Im Mai 2005 hatte er vergeblich die Gewährung seinesurlaubes bei seinem Arbeitgeber beantragt. Zusätzlich zum gesetzlichen Mindesturlaub hatte er Anspruch auf Schwerbehindertenzusatzurlaub gemäß § 125 SGB IX und tarifvertraglichen Urlaub. Der einschlägige Manteltarifvertrag sah vor, dass der zusätzliche Urlaub verfällt, wenn er nicht bis zum Ablauf gewisser Fristen des Folgejahres angetreten wird. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte der Kläger die Abgeltung seiner nicht genommenen Urlaubsansprüche.

## Die Entscheidung

Das BAG entschied, dass der Kläger Anspruch auf Abgeltung des Schwerbehindertenzusatzurlaubes habe, nicht jedoch einen Abgeltungsanspruch hinsichtlich des tariflichen Urlaubes. Der Schwerbehindertenzusatzurlaub nach § 125 SGB IX verfallt entgegen § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG nicht, wenn der Arbeitnehmer in dem Urlaubsjahr durchgehend arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei. Das BAG stellt klar, dass hier die gleichen Regelungen wie für den gesetzlichen Mindesturlaub gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG gelten. Damit fänden hier auch die Grundsätze Anwendung, die der EuGH in seiner „Schultz-Hoff“-Entscheidung (20. Januar 2009, C-350/06; vgl. unseren Newsletter 2. Quartal 2009) aufgestellt hat.

Vertrauensschutz bestehe nicht, da das Vertrauen deutscher Arbeitgeber in den Bestand der nationalen Regelung seit dem Erlass der entgegenstehenden europäischen Richtlinie im Jahr 1996 nicht mehr schutzwürdig gewesen sei.

Der tarifvertragliche Urlaub sei hingegen verfallen, weil er bis zum Ablauf der einschlägigen Fristen nicht erfüllbar gewesen sei. Die Tarifvertragsparteien dürften den Urlaub, der den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigt, frei regeln.

## Unser Kommentar

Dass das BAG auf den Schwerbehindertenzusatzurlaub die gleichen Grundsätze anwendet wie auf den gesetzlichen Mindesturlaub, ist insofern erstaunlich, als die Richtlinie 2003/88/EG, die vom EuGH als Begründung für sein richtungweisendes Urteil herangezogen wurde, nur für den gesetzlichen Mindesturlaub, gilt. In der Praxis wird dem aber zu folgen sein.

Nach dieser Entscheidung besteht keine Hoffnung mehr, dass Altfälle von langzeiterkrankten Arbeitnehmern anders zu bewerten wären, da ein Vertrauensschutz nicht gewährt wird. Während das BAG in seiner Entscheidung vom 24. März 2009 (9 AZR 983/07) noch darauf verwies, dass der Vertrauensschutz zumindest seit dem Vorabersuchen des LAG Düsseldorf an den EuGH vom 2. August 2006 entfallen sei, hat das BAG nun entschieden, ein schutzwürdiges Vertrauen bestehe bereits seit Ablauf der Umsetzungsfrist für die EU-Richtlinie 93/104/EG am 23. November 1996 nicht mehr. Es dürfte also wohl kaum noch einen Fall geben, der Vertrauensschutz beanspruchen kann. Die europäische Gesetzgebung und Rechtsprechung gewinnt damit zunehmend an Bedeutung und ist genau zu beobachten. Neuerungen sollten stets auf ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht überprüft werden, um frühzeitig darauf reagieren zu können.

Auf der anderen Seite verbleibt dem Arbeitgeber jetzt nicht nur die Möglichkeit, den Verfall des übergesetzlichen Urlaubs durch die sorgfältige Formulierung von Arbeitsvertragsklauseln zu regeln. Er profitiert auch von einem Ausschluss der Abgeltung im Tarifvertrag. Soweit der Arbeitgeber auf die tarifvertragliche Klauselgestaltung Einfluss hat, insbesondere bei Haustarifverträgen, sollte er auf den Ausschluss künftig also besonderes Augenmerk legen.



**Erika Stander**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Stuttgart  
erika.stander@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 711 9338 12894

# Internetzugang auch für den Betriebsrat

(BAG vom 20. Januar 2010 – 7 ABR 79/08)

## Der Fall

Der dreiköpfige Betriebsrat eines Baumarkts verfügte zwar über einen PC, der über einen Netzwerkanschluss mit dem unternehmensweiten Intranet verbunden war und E-Mail-Verkehr ermöglichte. Anders als die Marktleitung hatte der Betriebsrat jedoch keinen Zugang zum Internet. Der Betriebsrat machte in dem Verfahren geltend, zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben sei das Internet erforderlich. Es stelle eine wichtige Informationsquelle dar, die auch die Arbeitgeberin in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten nutze. Zusätzliche Kosten seien mit der Freischaltung für den Betriebsrat nicht verbunden.

Der Arbeitgeber verwies unter anderem darauf, der Betriebsrat könne einen Internetanschluss außerhalb des Betriebes nutzen und außerdem andere Informationsquellen heranziehen. Im Übrigen seien die Gefahren durch Viren und Störprogramme zu hoch.

## Die Entscheidung

Das BAG bejahte einen Anspruch des Betriebsrats auf einen eigenen Internetzugang im Betrieb. Das Internet sei Teil der nach § 40 Abs. 2 BetrVG zu beanspruchenden Informationstechnik. Zur Prüfung der Erforderlichkeit eines eigenen Internetzugangs stehe dem Betriebsrat ein gerichtlich überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Der Betriebsrat müsse dabei die betrieblichen Verhältnisse und die sich ihm stellenden Aufgaben berücksichtigen.

Das Internet eröffne dem Betriebsrat mannigfaltige Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung. Das BAG verweist auf Sachinformationen zu jedem nur denkbaren Themenbereich und hebt die Möglichkeit zur Abrufung des tagesaktuellen Standes der Gesetzgebung und Rechtsprechung hervor. Der Betriebsrat brauche sich nicht auf Zufallsfunde in Zeitschriften und „veralteten“ Kommentaren verweisen zu lassen.

In Anbetracht der „offenkundigen Dienlichkeit des Internets“ zur Aufgabenerfüllung sei es nicht erforderlich, dass der Betriebsrat eine aktuelle konkrete Aufgabe darlegt, für deren Bewältigung er das Internet benötige. Insbesondere müsse er nicht darlegen, dass er ohne Internetnutzung seine

Aufgaben vernachlässigen müsse. Es genüge, dass der Betriebsrat überhaupt betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben wahrnehme.

Bei der vom Betriebsrat vorzunehmenden Interessenabwägung müssen gegebenenfalls der Internetnutzung entgegenstehende Gesichtspunkte (Geheimhaltungsbedürfnis, Missbrauchsmöglichkeit, betriebsübliches Ausstattungsniveau) berücksichtigt werden.

## Unser Kommentar

Diese Weiterentwicklung der Rechtsprechung des BAG zur Internetnutzung des Betriebsrates war zu erwarten. Die Entscheidung bewegt sich auf der Linie des BAG zur „Waffengleichheit“ und dehnt sie auf die Internetnutzung aus. Der Internet-PC für den Betriebsrat wird damit im Zuge fortschreitender Vernetzung zum Alltag werden, ein iPad muss es aber (noch) nicht sein.

Entgegenstehende Interessen des Arbeitgebers spielen zwar eine Rolle. Sie sind aber konkret geltend zu machen. So mag sicherlich bei konkreten Sicherheits- bzw. Geheimhaltungsrisiken ein Veto begründbar sein. Dies dürfte jedoch die Ausnahme bleiben.

In Konsequenz aus dieser Entscheidung wird die Anschaffung oft teurer Kommentare und Bücher bzw. Zeitschriftenabos durch den Betriebsrat stärker zu hinterfragen sein. Ob der Betriebsrat ebenfalls einen Anspruch auf Datenbanken hat, die der Arbeitgeber nutzt (wie etwa juris), ist mit dieser Entscheidung noch nicht abschließend geklärt.

Der Gefahr ausgiebiger Internetnutzung unter dem Mantel der Betriebsratsstätigkeit kann auf anderer Weise Einhalt geboten werden. Das private Surfen ist während der vergüteten Zeit für Betriebsratsstätigkeiten ohnehin grundsätzlich nicht gestattet. Darüberhinaus steht es dem Arbeitgeber frei, eine Privatnutzung des Betriebsrats-PCs komplett zu versagen. Verstöße hiergegen sind dann ahndbar, in groben Fällen sogar durch fristlose Kündigung bzw. ein Amtsenthebungsverfahren. Da eine Kontrolle der Nutzung aber nur eingeschränkt möglich ist, sollte die Regelung zur dienstlichen (gegebenenfalls

auch privaten) Nutzung sorgfältig vorbereitet werden, damit die gewonnenen Erkenntnisse nicht vor Gericht an Beweisverwertungsverbotten scheitern.



**Daniel Zintl**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Leipzig  
daniel.zintl@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 341 5299 18840

# Anforderungen an das betriebliche Eingliederungsmanagement

(BAG vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 198/09)

## Der Fall

Einem Arbeitnehmer wurde nach mehrjähriger Erkrankung und Arbeitsunfähigkeit ordentlich krankheitsbedingt gekündigt. Zuvor war er von der Arbeitgeberin aufgefordert worden, an Gesprächen im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) teilzunehmen, um Möglichkeiten zur Überwindung seiner Arbeitsunfähigkeit zu klären. Hieran nahmen neben den Arbeitsvertragsparteien mehrere betroffene Einrichtungen und Personen teil. Man verständigte sich auf die Einholung eines arbeitsmedizinischen Gutachtens. Der gutachterlichen Empfehlung konnte jedoch nicht gefolgt werden, da sich der Werksarzt gegen die empfohlene Maßnahme aussprach. Die nach Einholung der Zustimmung des Integrationsamts ausgesprochene Kündigung griff der Arbeitnehmer unter Hinweis auf seine inzwischen wiederhergestellte Arbeitsfähigkeit an; es müsse lediglich die vom Gutachter empfohlene und nun uneingeschränkt mögliche Maßnahme ergriffen werden, damit er seine Leistung wieder dauerhaft erbringen könne.

Das LAG hat der Kündigungsschutzklage mit der Begründung entsprochen, die Beklagte habe das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit nicht ausreichend dargelegt. An diese Darlegung seien jedoch erhöhte Anforderungen zu stellen, weil die Beklagte ein unzureichendes BEM durchgeführt habe.

## Die Entscheidung

Das BAG hat das Urteil des LAG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Es hat in der Entscheidung (sowie in der Parallelentscheidung – 2 AZR 400/08) klargestellt,

welche Anforderungen an das BEM gestellt werden dürfen. Insbesondere sei kein formalisiertes Verfahren erforderlich oder bestehe gar die Verpflichtung, eine Verfahrensordnung aufzustellen. Das Gesetz verlange vom Arbeitgeber lediglich, die Initiative zur „Etablierung eines unverstellten, verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozesses“, der sich nach den Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalls zu richten habe. Sofern ein solches BEM die zu beteiligenden Personen und Stellen einbeziehe und dabei deren eingebrachte Vorschläge erörtert würden, genüge dies den gesetzlichen Vorgaben.

Hierzu stellt das BAG weiter fest, dass keineswegs vom Arbeitgeber verlangt werde, bestimmte Vorschläge zu unterbreiten; vielmehr habe es nicht zuletzt der Arbeitnehmer selbst in der Hand, ihm wichtige Gesichtspunkte und Lösungsmöglichkeiten zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit und zum Erhalt des Arbeitsplatzes einzubringen.

## Unser Kommentar

Zwar ist nach dem Grundsatzurteil des BAG vom 12. Juli 2007 (2 AZR 716/06) die Durchführung des BEM im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung. Der Arbeitgeber hat jedoch – unabhängig von der Schwerbehinderteneigenschaft des betroffenen Arbeitnehmers – ein BEM grundsätzlich in jedem Falle einer Erkrankung von über sechs Wochen Dauer innerhalb eines Jahres durchzuführen. Berücksichtigt der Arbeitgeber dies nicht und kommt es zu einer Kündigung, so kann sich das im anschließenden Rechtsstreit zu seinen Lasten auswirken. Ihn trifft dann eine erhöhte Darlegungs- und Beweislast für die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündi-

gung – im Falle der krankheitsbedingten Kündigung für die Umstände, die einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit entgegenstehen.

Ebenso kann dies entsprechend bei einer betriebsbedingten Kündigung gelten. Die verschärfte Darlegungs- und Beweislast aufgrund des nicht (ordnungsgemäß) durchgeführten BEM betrifft dann die Frage, ob es für den Betroffenen anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten gibt, die aufgrund des BEM hätten identifiziert werden können.

Die jetzt durch das BAG erstmalig erfolgte Konkretisierung der Voraussetzungen eines den gesetzlichen Erfordernissen genügenden BEM ist zu begrüßen. Sie beseitigt die bisherige Unsicherheit in diesem Zusammenhang mit dem richtigen Ansatz. Das BAG erteilt überzogenen Anforderungen an den Arbeitgeber im Zusammenhang mit dem BEM eine klare Absage.

Arbeitgeber sollten die ihnen vom Gesetz auferlegte Initiative zur Durchführung des BEM auch tatsächlich ergreifen. Für den Fall, dass es zu einer (i. d. R. krankheitsbedingten) Kündigung kommt, können so erhebliche zusätzliche Anforderungen bei der Darlegung von deren Verhältnismäßigkeit vermieden werden. Das Aufstellen einer – nicht zwingend erforderlichen – Verfahrensordnung für das BEM kann dabei hilfreich sein.



**Dr. Cristina Baier**

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Stuttgart

cristina.baier@luther-lawfirm.com

Telefon +49 711 9338 14335

## Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
26./27.08.2010	ProPer Professional: Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft (Axel Braun)	DGFP, Düsseldorf
27.08.2010	Sommerakademie Arbeitsrecht (Dr. Robert von Steinau-Steinrück)	GDA Gesellschaft für Marketing und Service der Deutschen Arbeit- geber mbH, Warnemünde
01.09.2010	ProPer Executive: Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft	DGFP, Berlin
08.10.2010	Arbeitskampfrecht (Dr. Robert von Steinau-Steinrück)	Beck Verlag, Düsseldorf
28.10.2010	Arbeitsrechtliche Vertragspraxis (Dr. Robert von Steinau-Steinrück)	Beck Verlag, Stuttgart

Weitere Informationen zu den Veranstaltungen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH finden Sie auf unserer Homepage unter dem Stichwort „Termine“.

## Unsere Büros in Deutschland

### Berlin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Friedrichstraße 140  
10117 Berlin  
Telefon +49 30 52133 0  
berlin@luther-lawfirm.com

### Dresden

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Radeberger Straße 1  
01099 Dresden  
Telefon +49 351 2096 0  
dresden@luther-lawfirm.com

### Düsseldorf

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Graf-Adolf-Platz 15  
40213 Düsseldorf  
Telefon +49 211 5660 0  
dusseldorf@luther-lawfirm.com

### Eschborn/Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Mergenthalerallee 10 – 12  
65760 Eschborn/Frankfurt a. M.  
Telefon +49 6196 592 0  
frankfurt@luther-lawfirm.com

### Essen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gildehofstraße 1  
45127 Essen  
Telefon +49 201 9220 0  
essen@luther-lawfirm.com

### Hamburg

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Gänsemarkt 45  
20354 Hamburg  
Telefon +49 40 18067 0  
hamburg@luther-lawfirm.com

### Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Sophienstraße 5  
30159 Hannover  
Telefon +49 511 5458 0  
hanover@luther-lawfirm.com

### Köln

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22  
50678 Köln  
Telefon +49 221 9937 0  
cologne@luther-lawfirm.com

### Leipzig

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Grimmaische Straße 25  
04109 Leipzig  
Telefon +49 341 5299 0  
leipzig@luther-lawfirm.com

### Mannheim

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Theodor-Heuss-Anlage 2  
68165 Mannheim  
Telefon +49 621 9780 0  
mannheim@luther-lawfirm.com

### München

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Karlstraße 10 – 12  
80333 München  
Telefon +49 89 23714 0  
munich@luther-lawfirm.com

### Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Augustenstraße 7  
70178 Stuttgart  
Telefon +49 711 9338 0  
stuttgart@luther-lawfirm.com

## Unsere Auslandsbüros

### Brüssel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Avenue Louise 240  
1050 Brüssel  
Telefon +32 2 6277 760  
brussels@luther-lawfirm.com

### Budapest

Gobert, Fest & Partners Attorneys at Law  
Roosevelt Square 7 – 8  
1051 Budapest  
Telefon +36 1 270 9900  
budapest@luther-lawfirm.com

### Istanbul

Luther Karasek Köksal Consulting A.Ş.  
Sun Plaza  
Bilim Sokak No. 5, Maslak-Şişli  
34398 Istanbul  
Telefon +90 212 276 9820  
mkoksal@lkk-legal.com

### Luxemburg

Luther  
3, rue Goethe  
1637 Luxemburg  
Telefon +352 27484 1  
luxembourg@luther-lawfirm.com

### Shanghai

Luther Attorneys  
21/F ONE LUJIAZUI  
68 Yincheng Middle Road  
Pudong New Area, Shanghai  
Shanghai 200121  
Telefon +86 21 5010 6580  
shanghai@luther-lawfirm.com

### Singapur

Luther LLP  
10 Anson Road  
#09-24 International Plaza  
Singapur 079903  
Telefon +65 6408 8000  
singapore@luther-lawfirm.com

Ihren lokalen Ansprechpartner finden Sie auf unserer Homepage unter [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerpraxen.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Luxemburg, Shanghai, Singapur