



WIGADI

Düsseldorf – Köln – Gelsenkirchen

Geschäftsstelle Düsseldorf

Achenbachstr. 28, 40237 Düsseldorf
Telefon: (02 11) 66 908 - 0
Telefax: (02 11) 66 908 - 30

Geschäftsstelle Köln

Saliering 32, 50677 Köln
Telefon: (02 21) 99 77 - 110
Telefax: (02 21) 99 77 - 150

Geschäftsstelle Gelsenkirchen

Zeppelinallee 51, 45883 Gelsenkirchen
Telefon: (02 09) 94 504 - 40
Telefax: (02 09) 94 504 - 30

www.wigadi.de

Arbeitsrecht Nr. 12/2015

im Dezember 2015 Mü/MN

1. Zur Initiativlast des Arbeitgebers bei Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)

(LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 03.06.2015 – 6 Sa 396/14, die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen)

Das LAG hat mit dieser Entscheidung über die Initiativlast des Arbeitgebers bei der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements entschieden. Der seit 1979 als Schlosser beschäftigte Arbeitnehmer wies seit 2003 erheblich über dem 6-Wochen-Zeitraum liegende krankheitsbedingte Fehltag auf. Der Arbeitgeber lud den Kläger mit Schreiben vom 14.05.2013 zu einem Informationsgespräch zum BEM ein. In dem Gespräch, das am 20.06.2013 stattfand, wurde der Kläger über die Ziele des Eingliederungsmanagements aufgeklärt. Der Kläger stimmte dem BEM auf einem vorformulierten Formular erst am 11.03.2014 zu, nachdem er mit Schreiben vom 05.03.2014 die Kündigung zum 31.10.2014 erhalten hatte.

Beide Instanzen gaben der Kündigungsschutzklage wegen unterlassenen BEMs statt. Das LAG sieht es insbesondere als fraglich an, ob das am 20.06.2013 geführte Gespräch die inhaltlichen Voraussetzungen der dem Arbeitgeber obliegenden Belehrung nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX erfülle. Dort seien dem Kläger lediglich die Hintergründe dargelegt und die Erklärung zum Datenschutz sowie die Einverständnis- und Ablehnungserklärung ausgehängt worden. Nicht feststellbar sei dagegen, ob der Arbeitgeber darauf hingewiesen habe, welche Daten in welchem Umfang im Rahmen des BEM erhoben würden. Es sei deshalb zweifelhaft, ob der Kläger damit eine ausreichende Entscheidungsgrundlage erhalten habe. Auch habe der Kläger das BEM nicht abgelehnt. Er habe sich schlicht nicht geäußert. Für die Ablehnungsfiktion habe der Arbeitgeber dem Mitarbeiter aber eine Frist zur Erklärung setzen müssen, nach deren Ablauf er von einer Ablehnung ausgehe. Auch dies sei nicht geschehen. Zudem hatte der Arbeitgeber kurz vorher noch eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, wonach die Ablehnung des BEM schriftlich zu dokumentieren und dem Betroffenen zu bestätigen sei.

Außerdem konkretisiert das LAG die Voraussetzungen für die Initiativlast. Das BEM sei erforderlich, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als 6 Wochen arbeitsunfähig sei. Dies sei gemäß § 191 BGB ein Zeitraum von 365 Tagen. Maßgeblich sei also der

jeweils zurückliegende Jahreszeitraum. Im Zeitraum August 2013 bis Februar 2014 sei der Kläger wieder mehr als 6 Wochen arbeitsunfähig krank gewesen, nämlich an 65 Arbeitstagen. Dies hätte die Beklagte veranlassen müssen, dem Kläger erneut ein BEM anzubieten. Die Ablehnung des BEM in der Vergangenheit wirke nur so lange fort, bis sich in einem Zeitraum von maximal 365 Tagen abermals Fehlzeiten im in § 84 Abs. 2 Satz 2 SGB IX benannten Umfang angesammelt hätte. Denn die neuen Arbeitsunfähigkeitszeiten könnten die Haltung des Arbeitnehmers zum BEM ändern. Die Ablehnungsgründe könnten überholt oder entfallen sein.

Praxishinweis:

Die Rechtsprechung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement wird immer strenger und führt allmählich zu einer deutlichen Überforderung des Arbeitgebers. Insbesondere die Belehrung des Arbeitnehmers über Sinn und Folgen des BEM müssen klar und präzise sein.

**2. Keine wirksame Sachgrundbefristung (Vertretung), wenn das Arbeitsverhältnis des vertretenden Mitarbeiters bereits 5 Monate vor dem Ablauf der Befristungsdauer endet
(LAG Hamm, Urteil v. 02.07.2015 – 18 Sa 91/15 – Revision wurde nicht zugelassen)**

Das LAG hat mit seinem Urteil einen nicht ganz untypischen Befristungsfall zu Lasten des Arbeitgebers entschieden.

Die befristet beschäftigte Klägerin hatte mehrere befristete Verträge, jeweils mit unterschiedlichen Sachgründen, erhalten. Der letzte Sachgrund sollte in einem Vertretungsfall bestehen. Der befristete Vertrag mit der vertretenden Klägerin war zuletzt vom 10.09.2013 bis zum 09.09.2014 befristet worden. Vertreten werden sollte die Mitarbeiterin T., die bis zum 03.05.2014 befristet worden. Diese hatte während einer vorhergehenden Elternzeit ein weiteres Kind geboren und hatte Elternzeit „bis zum 03.05.2014, im Falle einer Vertragsverlängerung jedoch längstens bis zum 31.08.2014“ beantragt.

In der Entfristungsklage der Vertreterin hatte sich der Arbeitgeber darauf berufen, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Vertretungsvertrages (10.09.2013 – 09.09.2014) eine Verlängerung der Befristung der vertretenen Mitarbeiterin (zunächst nur bis zum 03.05.2014) „wahrscheinlich“ gewesen sei. Der Vertrag mit der befristeten Elternzeitlerin (03.05.2014) wurde dann aber nicht verlängert.

Das LAG stellt klar, dass nach Ausscheiden des Vertretenen kein Bedarf mehr für eine befristete Vertretung bestehe. Maßgeblich sei, ob damit zu rechnen ist, dass der Vertretene wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehren werde. Da der Arbeitsvertrag mit der Vertretenen aber ohnehin nur bis zum 03.05.2014 befristet gewesen sei, habe schon ab dem 04.05.2014 kein Vertragsbedarf mehr bestanden. Deshalb rechtfertige dies keine Befristung der Vertreterin bis zum 09.09.2014, also über einen über 4 Monate längeren angeblichen Vertretungsfall. Zwar müssten Befristungsdauer und Befristungsbedarf nicht in jedem Falle deckungsgleich sein. Insbesondere müsse der Arbeitgeber den Vertreter nicht bis zur Rückkehr des Vertretenen befristet beschäftigen. Etwas anderes gelte jedoch für den umgekehrten Fall. Überschreitet die vereinbarte Vertragsdauer deutlich die bei Vertragsabschluss voraussehbare Dauer des Befristungsgrundes, so lasse sich die Vertragsdauer mit dem angegebenen Befristungsgrund nicht mehr erklären.

Praxishinweis:

Auch im Befristungsrecht wird „der Wind immer rauer“. Insbesondere bei mehreren hintereinander geschalteten Sachgrundbefristungen überprüft die Rechtsprechung immer kritischer, inwieweit die Sachgründe nur vorgeschoben sind.

3. Rückwirkender Vergütungsanspruch:

Wird ein Arbeitsverhältnis rückwirkend aufgrund einer Gerichtsentscheidung begründet, entsteht dem Arbeitnehmer hierdurch kein Vergütungsanspruch für die Vergangenheit (Annahmeverzug). Dies hat das BAG aktuell entschieden.

In dem zu entscheidenden Fall war die Klägerin in den 1980er Jahren bei der Beklagten beschäftigt gewesen. Ihr Arbeitsverhältnis ging dann durch einen Betriebsübergang auf eine neu gegründete Gesellschaft über. Die Beklagte garantierte ihr ein Rückkehrrecht. Als die neue Gesellschaft 2009 Insolvenz anmelden musste und der Klägerin zum 31.01.2009 gekündigt wurde, machte sie ihr Rückkehrrecht gerichtlich geltend. Die Beklagte lehnte den Abschluss eines Arbeitsvertrages unter Berufung auf ein Urteil in einem nach Auffassung der Firma vergleichbaren Fall ab. Das zuständige LAG verurteilte die Firma rechtskräftig dazu, das Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrages ab dem 01.02.2010 anzunehmen. Mit der Klage vor dem BAG forderte die Klägerin nun rückständiges Gehalt für die Zeit ab 01.02.2010. Das Gericht wies die Klage ab, denn nach seiner Auffassung besteht kein Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs. Dieser setze ein tatsächlich durchführbares Arbeitsverhältnis voraus. Es bestehe auch kein Anspruch auf Schadensersatz, da die Beklagte das Angebot der Klägerin aufgrund ihres Rückkehrrechts zwar nicht hätte ablehnen dürfen, sich jedoch in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befand.

4. Anforderungen an einen Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG (Anzeigen eines freien Arbeitsplatzes) (LAG Köln, Urteil v. 28.08.2015 – 4 SaGa 14/15)

Mit seinem Urteil hat das LAG den Antrag auf einstweilige Verfügung eines Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung auch in der II. Instanz zurückgewiesen. § 102 Abs. 5 BetrVG sieht – in der Praxis allerdings kaum vorkommend – die Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers für den Fall vor, dass der Betriebsrat bei der Anhörung einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat. Eine der Möglichkeiten des Widerspruchs in § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG ist, das „der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann“.

Der Arbeitgeber hatte den Staplerfahrer betriebsbedingt gekündigt. Auf die Anhörung hatte der Betriebsrat der Kündigung widersprochen und gerügt, dass nicht ausreichend umfassend geprüft worden sei, ob der Kläger auf einem anderen Arbeitsplatz einsetzbar wäre. Dabei verwies der Betriebsrat darauf, dass es im Wert durchaus Arbeitsplätze (z.B. in der Abfallentsorgung) gäbe, bei denen die vom Arbeitgeber nunmehr geforderten Qualitätsansprüche nicht erforderlich seien.

Das LAG stellt klar, dass weder die Rüge einer nicht ausreichenden Prüfung noch der Hinweis auf andere Arbeitsplätze für einen ordnungsgemäßen Widerspruch nach § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG ausreicht. Der Betriebsrat habe mit keinem Satz aufgezeigt, dass an irgendeiner Stelle im Betrieb des Arbeitgebers ein freier Arbeitsplatz für den zu kündigenden Arbeitnehmer bestehe. Der Widerspruch enthalte nicht einmal andeutungsweise einen Hinweis auf einen solchen Arbeitsplatz.

Es helfe dem Kläger auch nicht, wenn er seinerseits auf Personalanforderungen zur Arbeitnehmerüberlassung oder weitere zahlreiche freie Arbeitsplätze verweise. Für den Widerspruch nach § 102 Abs. 3 BetrVG komme es darauf an, dass dieser innerhalb der Widerspruchsfrist ordnungsgemäß begründet werde. Eine ordnungsgemäße Begründung könne nicht nachgetragen werden, erst recht nicht von dem Arbeitnehmer, der sich auf den Widerspruch berufe.

Praxishinweis:

dieser Entscheidung ist vollumfänglich zuzustimmen. In der Praxis spielt der Weiterbeschäftigungsantrag nur eine untergeordnete Rolle. Sollte ein solcher geltend gemacht werden, empfiehlt es sich also, den Widerspruch des Betriebsrats sorgfältig zu prüfen.

5. Urlaubsdauer bei kurzfristiger Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses (BAG, Urteil v. 20.10.2015 9 AZR 224/14)

Der bei der Beklagten beschäftigte Kläger hatte arbeitsvertraglich einen Anspruch auf 26 Arbeitstage Urlaub im Jahr bei Ableistung einer Fünf-Tage-Woche. Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2012. Noch vor Ablauf der Kündigungsfrist einigten sich die Parteien allerdings am 21.06.2012 auf einen neuen Arbeitsvertrag mit Wirkung ab dem 02.07.2012 (Montag). Das Arbeitsverhältnis endete schließlich aufgrund fristloser Kündigung der Beklagten am 12.10.2012.

Im vorliegenden Verfahren stritten die Parteien über die Anzahl der abzugeltenden Urlaubstage. Drei Tage Urlaub hatte die Beklagte dem Kläger 2012 gewährt. Streitig war, ob die Beklagte über 17 Urlaubstage hinaus weitere sechs Urlaubstage mit 726,54 EUR abzugelten hat. Die Beklagte hatte dies mit der Begründung abgelehnt, dass mit Beginn des neuen Arbeitsverhältnisses ein vom vorherigen Arbeitsverhältnis unabhängiger neuer urlaubsrechtlicher Zeitraum beginne. Der Kläger habe deshalb für beide Arbeitsverhältnisse nur Teilurlaubsansprüche erworben. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Abgeltung weiterer sechs Urlaubstage. Zwar ist in Fällen, in denen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein neues Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber begründet wird, dieses in der Regel urlaubsrechtlich eigenständig zu behandeln. Der volle Urlaubsanspruch wird deshalb erst nach (erneuter) Erfüllung der sechsmonatigen Wartezeit des § 4 BUrlG erworben und auch der Teilurlaub gemäß § 5 BUrlG berechnet sich grundsätzlich eigenständig für jedes Arbeitsverhältnis.

Etwas anderes gilt aber, wenn – wie hier – aufgrund vereinbarter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereits vor Beendigung des ersten Arbeitsverhältnisses feststeht, dass es nur für eine kurze Zeit unterbrochen wird. Dann entsteht ein Anspruch auf ungekürzten Vollurlaub, wenn das zweite Arbeitsverhältnis nach erfüllter Wartezeit in der zweiten Hälfte des Kalenderjahres endet.

6. Sozialplanabfindung und Abfindung

Nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) schließen sich Sozialplanabfindung und Abfindung nicht aus: Dies urteilte das LAG Berlin-Brandenburg.

In einem Fall aus Juni 2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus betriebsbedingten Gründen. Die Kündigung enthielt den Hinweis, dass bei Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage eine Abfindung nach dem Kündigungsschutzgesetz in Höhe eines halben Monatsverdienstes für jedes volle Beschäftigungsjahr gezahlt werde. Der Kläger machte von dieser Möglichkeit Gebrauch, ließ die Frist zur Einreichung der Kündigungsschutzklage verstreichen und erhielt eine Abfindung aus einem Interessenausgleich in gleicher Höhe. Der Kläger forderte anschließend noch eine zusätzliche Abfindung aus dem Kündigungsschreiben.

Das erstinstanzliche Gericht bejahte die Forderung des Klägers und begründete dies damit, dass die Beklagte nicht deutlich zum Ausdruck gebracht habe, die Abfindung nur einmalig aus dem Interessenausgleich zahlen zu wollen. Die Berufung gegen das Urteil wurde haupt-

sächlich damit begründet, dass sowohl das Kündigungsschreiben als auch der Interessenausgleich von einem Anspruch nach dem Kündigungsschutzgesetz ausgingen. Dies sei dem Kläger auch in einem persönlichen Gespräch mitgeteilt worden. Ihm hätte daher klar sein müssen, dass er nur eine Abfindungszahlung erhalte.

Das Berufungsgericht folgte dieser Auffassung nicht und stellte klar, dass durch den Hinweis im Kündigungsschreiben auf die gesetzliche Abfindungsregelung der Wille des Arbeitgebers, ein abweichendes Angebot unterbreiten zu wollen, eben nicht deutlich zu erkennen gewesen sei. Die durch den Arbeitgeber geleistete Zahlung sei auf die Erfüllung des Anspruchs aus dem Interessenausgleich und nicht auf die Erfüllung einer möglichen Forderung aus dem Kündigungsschutzgesetz gerichtet gewesen. Eine gesetzliche Regelung über das Verhältnis des Anspruchs nach dem Kündigungsschutzgesetz zu einer Sozialplanabfindung gebe es nicht, so dass in einem solchen Fall die Anspruchskonkurrenz im Interessenausgleich hätte geregelt werden müssen.

**Frohe Weihnachten
und ein erfolgreiches Jahr 2016
wünscht Ihnen**

Ihr Arbeitgeberverband WIGADI Düsseldorf – Köln - Gelsenkirchen

Mit freundlichen Grüßen



Michael Grütering
(Geschäftsführer)