

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
März 2018**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber:

Arbeitsrechtliche Vorhaben im schwarz-roten Koalitionsvertrag

Neues aus der Rechtsprechung:

BAG: Geschäftsführer genießen keinen Kündigungsschutz

Neues aus der Rechtsprechung:

Vorsicht bei der Vereinbarung von Widerrufsvorbehalten

Neues aus der Rechtsprechung:

Die „richtige“ Vergütung von Betriebsräten

Loschelder Praxistipp:

Anhörung vor Ausspruch einer (fristlosen) Kündigung (Teil 2)

Neues vom Gesetzgeber:

Arbeitsrechtliche Vorhaben im schwarz-roten Koalitionsvertrag

Am 07.02.2018 einigten sich CDU, CSU und SPD auf Bundesebene nach längeren Verhandlungen auf einen Koalitionsvertrag. Der Koalitionsvertrag sieht für die geltenden Arbeitsgesetze eine Vielzahl von Änderungen vor. Das Gesamtbild ist für Arbeitgeber wenig erfreulich: In vielen Bereichen soll die Regulierung restriktiver und komplizierter werden. Wir geben Ihnen einen Überblick über die arbeitsrechtlichen Vorhaben einer wahrscheinlichen schwarz-roten Koalition.

Union und SPD haben den Koalitionsvertrag bereits abschließend verhandelt und im Volltext bekannt gegeben (siehe z.B. http://www.handelsblatt.com/downloads/20936422/4/koalitionsvertrag_final.pdf). Das Zustandekommen des Koalitionsvertrags hängt noch vom SPD-Mitgliederentscheid ab, dessen Ergebnis am 04.03.2018 verkündet werden soll.

Bei Zustandekommen des Vertrags will die schwarz-rote Regierungskoalition folgende arbeitsrechtliche Vorhaben umzusetzen:

- Das **Recht zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverhältnissen nach § 14 Abs. 2 TzBfG soll erheblich eingeschränkt werden**. Die sachgrundlose Befristung soll nur noch bis zu einer Höchstdauer von 18 statt wie bisher 24 Monaten zulässig sein. Bei Betrieben mit mehr als 75 Beschäftigten dürfen nur noch 2,5 Prozent der Belegschaft sachgrundlos befristet werden. Bei Verstoß gegen diese Vorgaben wäre eine Befristung unwirksam (Zeilen 2341 – 2350 des Textes).
- **Befristungen** sollen mit demselben Arbeitgeber auch bei Vorliegen von **Sachgründen** gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG künftig nur noch bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren pro Arbeitnehmer (Vorbeschäftigungsverbot!) zulässig sein. Auch die Dauer einer Entleiherung aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes soll auf die Fünf-Jahres-Höchstdauer angerechnet werden (Zeilen 2353 – 2364). Kettenbefristungen waren in der Vergangenheit vor allem ein Thema des öffentlichen Dienstes. Ob der öffentliche Dienst die befristeten Mitarbeiter unter der neuen Rechtslage nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist unbefristet einstellt oder stattdessen entlässt, wird die Zukunft zeigen.

- Durch Tariföffnungsklauseln soll das **Arbeitszeitgesetz** Spielräume für größere Flexibilisierung erhalten (Zeilen 2366 – 2371). Sofern kein Tarifvertrag geschlossen wird, ist im Koalitionsvertrag keine Flexibilisierung des restriktiven und mit Recht als unzeitgemäß kritisierten deutschen Arbeitszeitrechts vorgesehen. Für Branchen mit geringem gewerkschaftlichen Organisationsgrad, allen voran den IT-Bereich, ist dieses Ergebnis unbefriedigend.
- Die Gestaltungsspielräume bei der **Arbeit auf Abruf** nach § 12 TzBfG sollen verengt werden. Der Anteil abzurufender und zu vergütender Zusatzarbeit soll die vereinbarte Mindestarbeitszeit höchstens um 20 Prozent unterschreiten und um 25 Prozent überschreiten dürfen. Fehlt eine Vereinbarung zur wöchentlichen Mindestarbeitszeit, soll eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart gelten (Zeilen 2373 – 2380). Wenn diese Regelung auch auf normale Arbeitszeitkontensysteme mit schwankender Arbeitszeit Anwendung findet – was bislang offen ist –, wird sie die Flexibilität bei der Dienstplangestaltung spürbar beschränken.
- Arbeitnehmer sollen einen Anspruch auf **befristete Teilzeit** für einen selbst wählbaren Zeitraum von mindestens einem Jahr bis maximal fünf Jahren erhalten. Der Anspruch ist für Unternehmen mit mehr als 45 Beschäftigten vorgesehen. In Unternehmen mit 46 – 200 Beschäftigten muss maximal einem von 15 Mitarbeitern der Anspruch gewährt werden. Bei größeren Unternehmen gibt es keine Grenze (Zeilen 2391 – 2411). Für Unternehmen dürfte es eine beachtliche Herausforderung darstellen, am Arbeitsmarkt Ersatzkräfte zu finden, die sich für die Dauer der Arbeitszeitreduktion auf einen befristeten Teilzeitvertrag einlassen. Ob der Anspruch zurückgewiesen werden darf, wenn sich keine befristete Ersatzteilzeitkraft finden lässt, ist bislang offen.
- Das **Statusfeststellungsverfahren für Selbstständige** soll vereinfacht und zwischen den unterschiedlichen Zweigen der Sozialversicherung widerspruchsfrei ausgestaltet werden (Zeile 1844 – 1846). Solange das Statusfeststellungsverfahren aber weiterhin im Regelfall mit der Feststellung endet, dass eine sozialversicherungspflichtige abhängige Beschäftigung vorliegt, wird seine Einleitung für Selbstständige nach wie vor wenig attraktiv sein.
- In Betriebe mit 5 bis 100 (statt bisher 50) wahlberechtigten Arbeitnehmern soll für **Betriebsratswahlen** das **vereinfachte Wahlverfahren** nach § 14a BetrVG verbindlich vorgeschrieben werden. In Betrieben von 101 bis 200 (statt bisher 100) Arbeitnehmern können Wahlvorstand und Arbeitgeber das vereinfachte Wahlverfahren vereinbaren (Zeilen 2331 – 2335).

Soweit sich der Koalitionsvertrag überhaupt mit den Themen **Digitalisierung** und **Arbeit 4.0** konkret auseinandersetzt, sind vor allem neue Pflichten für Arbeitgeber angedacht:

- Lehnt der Arbeitgeber künftig einen Anspruch auf mobiles Arbeiten, also vor allem die Arbeit im **Home-Office** ab, soll er durch einen Auskunftsanspruch verpflichtet werden, seine Entscheidungsgründe mitzuteilen (Zeilen 1826 – 1829).
- Bei Datenverarbeitung insbesondere in **E-Akten** sollen dem Arbeitgeber zum Zwecke des **Beschäftigtendatenschutzes** und der Transparenz weitere Pflichten auferlegt werden. Die Koalition befürchtet einen „gläsernen Mitarbeiter“ und will zu dessen Schutz regulativ eingreifen (Zeilen 1837 – 1842). Aus Arbeitgebersicht ist zu befürchten, dass bislang zulässige Kontrollmaßnahmen weiter eingeschränkt werden.

Im Gesamtbild behandelt der Koalitionsvertrag Arbeitgeber vor allem als Adressat zusätzlicher Pflichten. Ansätze, die Personalpraxis zu erleichtern, sind kaum zu erkennen.



Neues aus der Rechtsprechung:

BAG: Geschäftsführer genießen keinen Kündigungsschutz

Geschäftsführer und Vorstände genießen aufgrund ihrer formalen Organstellung keinen Kündigungsschutz. Dies gilt auch dann nicht, wenn sie auf Grundlage eines Arbeitsvertrages angestellt sind. Sobald Arbeitnehmer einer Bestellung in das Geschäftsführeramt ihres Arbeitgebers zustimmen, geht ihr Kündigungsschutz verloren. Dies folgt

unmittelbar aus § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG. Das BAG hat mit Urteil vom 21.09.2017 (2 AZR 865/16) klargestellt, dass kein Missbrauch vorliegen muss, wenn ein Unternehmen vor diesem Hintergrund 99 Geschäftsführer beruft. Bevor sich ein Mitarbeiter in das Geschäftsführeramt bestellen lässt, ist also besondere Vorsicht geboten.

In dem zu entscheidenden Fall ging es um eine beklagte **Unternehmensberatung mit 99 Geschäftsführern** und **3.000 Angestellten**. Unter den Geschäftsführern gab es drei unterschiedliche Hierarchieebenen (Level 1 bis 3). Der Kläger war bei der Beklagten als Arbeitnehmer angestellt. Im Verlauf seiner Anstellung wurde der Kläger in das Geschäftsführeramt auf die unterste Geschäftsführer-Hierarchieebene (Level 3) befördert und formal zum Geschäftsführer bestellt. Zwar konnte der Kläger auf strategische Unternehmensentscheidungen keinen merklichen Einfluss nehmen. Er erhielt aber eine üppige Vergütung von 370.000 EUR jährlich und anlässlich seiner Beförderung in das Geschäftsführeramt Aktienrechte im Wert von 525.000 US-Dollar. Nachdem die Beklagte dem Kläger die ordentliche Kündigung ausgesprochen hatte, erhob dieser Kündigungsschutzklage vor den Arbeitsgerichten. Der Kläger war der Ansicht, es fände allgemeiner Kündigungsschutz Anwendung. Die Bestellung von 99 Geschäftsführern sei institutioneller Rechtsmissbrauch.

Das **BAG wies die Klage** nun in letzter Instanz **ab**. Wegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG stünde dem Kläger kein Kündigungsschutz zu. Daran ändere es nichts, dass der Kläger Arbeitnehmer sei. Einen institutionellen Rechtsmissbrauch konnte das BAG in der Unternehmensstruktur nicht erkennen. Eine Bestellung zum Geschäftsführer könne zwar rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie allein mit dem Ziel erfolge, diesen alsbald entlassen zu können. Dies jedoch sei nicht der Fall gewesen, da der Kläger anlässlich seiner Bestellung zum Geschäftsführer eine erhebliche Gehaltssteigerung, Aktienrechte und weitergehende Zeichnungsberechtigungen erhalten habe.

Führungskräfte sollten also besondere **Vorsicht walten lassen**, bevor sie sich in ein Geschäftsführeramt des eigenen Arbeitgebers bestellen lassen. In diesem Fall verlieren sie wegen § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG grundsätzlich jedweden Kündigungsschutz. Soll dies vermieden werden, muss die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes im Anstellungsvertrag ausdrücklich vereinbart werden (dazu BGH, Urt. v. 10.05.2010 – II ZR 70/09). Unschädlich ist allerdings, wenn sich ein Arbeitnehmer in das Geschäftsführeramt **bei einer anderen Konzerngesellschaft** bestellen lässt, insbesondere einer Tochtergesellschaft des eigenen Arbeitgebers. In solchen Fällen bleibt der Kündigungsschutz generell bestehen und § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG findet keine Anwendung.



Neues aus der Rechtsprechung: Vorsicht bei der Vereinbarung von Widerrufsvorbehalten

Arbeitgeber versuchen oft, bestimmte Gehaltsbestandteile nur unter Widerrufsvorbehalt zuzusagen. Aus gutem Grund möchten sich z.B. Arbeitgeber, die in wirtschaftlich guten Zeiten Gehaltszulagen zusagen, in wirtschaftlicher Notlage von diesen Zusagen wieder lösen können. Bei der Formulierung solcher Widerrufsvorbehalten ist jedoch besondere Vorsicht geboten: In Formulararbeitsverträgen vereinbarte Widerrufsvorbehalte werden durch die Rechtsprechung mit hoher Regelmäßigkeit als unwirksam verworfen. Dies geschah auch jüngst im Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 05.07.2017 (4 Sa 512/16).

Das deutsche Arbeitsrecht räumt Arbeitgebern selbst in einer wirtschaftlichen Notlage kaum geeignete Möglichkeiten ein, die **Gehälter von Mitarbeitern zu senken**. Eine Teilkündigung einzelner Gehaltsbestandteile ist generell unzulässig. Eine gehaltssenkende Änderungskündigung wird durch die Arbeitsgerichtsbarkeit in fast keinem Fall für gerechtfertigt befunden. Um rechtzeitig vorzubeugen, können Arbeitgeber bestimmte Gehaltsbestandteile bereits im Zeitpunkt ihrer Zusage vertraglich einem Widerrufsvorbehalt unterwerfen. Dabei ist jedoch große Vorsicht geboten: Die Mehrzahl vertraglich vereinbarter Widerrufsvorbehalte erhält erfahrungsgemäß einer arbeitsgerichtlichen Kontrolle nicht stand. Dann ist der Widerrufsvorbehalt unwirksam. Der zugesagte Gehaltsbestandteil muss auf Dauer gewährt werden.

In dem zu entscheidenden Fall gewährte der Arbeitgeber eine monatliche „Mehrarbeitspauschale“ durch die pauschale Abgeltung von zusätzlichen 17,4 Arbeitsstunden pro Monat. Die Mehrarbeitspauschale war unter einen wie folgt formulierten Widerrufsvorbehalt gestellt: „Diese hier getroffene Vereinbarung ist jederzeit widerruflich. Sie kann insbesondere dann widerrufen werden, wenn sich die Voraussetzungen und tatsächlichen Gegebenheiten, unter denen sie abgeschlossen worden ist, wesentlich oder ganz ändern.“ Nachdem die tarifliche Wochenarbeitszeit durch Abschluss eines Firmentarifvertrages erhöht worden war, wollte sich der Arbeitgeber von der Vereinbarung lösen und sprach einen Widerruf aus.

Das LAG Reinland-Pfalz befand den Widerruf für unwirksam. Der Widerrufsvorbehalt enthalte keine Beschreibung möglicher Widerrufsründe. Der Widerrufsvorbehalt sei intransparent und daher nach § 308 Nr. 4 BGB nichtig. Die Zulage müsse weiter gezahlt werden.

Mit seiner Entscheidung folgte das LAG Reinland-Pfalz der ständigen Rechtsprechung des BAG, die hohe Anforderungen an die Formulierung von Widerrufsvorbehalten stellt.

- Die widerrufbaren Vergütungsbestandteile dürfen **keinesfalls 25 Prozent der Gesamtvergütung** erreichen.
- In der vereinbarten Widerrufsklausel müssen die **Gründe möglichst konkret angegeben werden**, unter denen der Widerruf ausgeübt werden darf. Pauschal „wirtschaftliche Gründe“ zu benennen, ist nicht ausreichend.
- Zwischen dem Widerrufsgrund und dem Vergütungsbestandteil muss ein **sachlicher Zusammenhang** bestehen. Dabei müssen die benannten Widerrufsründe ein hinreichendes sachliches Gewicht haben, um den Widerruf zu rechtfertigen.
- Der Widerrufsvorbehalt muss im Gesamtbild **hinreichend transparent** formuliert sein. Insbesondere dürfen Widerrufsvorbehalte dabei nicht mit Freiwilligkeitsvorbehalten kombiniert werden. Letzteres ist schon seit 15 Jahren ein schwerer Kunstfehler in der Beratung.

Nach aktueller Rechtsprechung wirksame Formulierungen könnten wie folgt aussehen:

„Der Arbeitgeber behält sich vor, diese Leistung im Fall der wirtschaftlichen Notlage zu widerrufen.“ (so BAG, Urt. v. 24.1.2017 – 1 AZR 774/14)

„Der Arbeitgeber behält sich vor, diese Leistung zu widerrufen, wenn der EBIT des Unternehmens in einem Geschäftsjahr unter 2 Prozent des Jahresumsatzes sinkt. Der Widerruf muss spätestens zwei Monate nach Aufstellung des

Jahresabschlusses für das betreffende Geschäftsjahr ausgesprochen werden.“

Einfacher lösbar ist das Problem, wenn im Unternehmen ein Betriebsrat besteht. Dann kann der Arbeitgeber die Zulage auf Grundlage einer mit dem Betriebsrat vereinbarten **Betriebsvereinbarung** gewähren und sich in der Betriebsvereinbarung das Recht einräumen lassen, diese ohne Nachwirkung zu kündigen. Für die Kündigung einer Betriebsvereinbarung braucht es keinen Sachgrund.



Neues aus der Rechtsprechung: Die „richtige“ Vergütung von Betriebsräten

Auch Betriebsratsmitglieder haben einen Anspruch auf Gehaltserhöhungen. Nach § 37 Abs. 4 BetrVG muss Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats während der Amtstätigkeit auf dasselbe Niveau angehoben werden, wie es mit dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer bei betriebsüblicher beruflicher Entwicklung geschieht. Dies bedeutet, dass die Betriebsratsmitglieder am durchschnittlichen Gehaltsanstieg vergleichbarer Kollegen teilhaben müssen. Die maßgeblichen Bemessungsgrundsätze hat das LAG Köln in seinem Urteil vom 6.4.2017 (7 Sa 896/16) eingehend illustriert.

Die Gehaltsbemessung der Betriebsratsvergütung erfolgt zwischen zwei Extremen: Wird das Gehalt deutlich zu hoch bemessen, kann dem Arbeitgeber ein Strafverfahren wegen Untreue (§ 266 StGB) drohen. Werden dem Betriebsratsmitglied die selbstverständlichen Gehaltsanhebungen versagt, verstößt das gegen § 78 S. 2 BetrVG und stellt eine strafbare Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds wegen seines Amtes dar (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Wo zwischen diesen

Extremen die „richtige“ Betriebsratsvergütung liegt, ist eine komplexe Wertungsfrage, über die Betriebsräte und Arbeitgeber kontrovers streiten können.

Die Anpassung des Betriebsratsgehalts nach § 37 Abs. 4 BetrVG erfolgt – rechtlich korrekt – in zwei Schritten:

- Zunächst müssen jene Mitarbeiter bestimmt werden, mit denen das Betriebsratsmitglied vergleichbar ist (sog. **Vergleichsgruppe**). Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt hatten und dafür in ähnlicher Art und Weise wie das Betriebsratsmitglied fachlich und persönlich qualifiziert waren.
- Im zweiten Schritt muss geprüft werden, wie sich die verschiedenen Gehälter der Vergleichsgruppe während der Amtszeit des Betriebsratsmitglieds entwickelt haben und welche **übliche Gehaltsentwicklung** sich dabei als Normalmaß abzeichnet. Allein auf dieses Normalmaß hat das Betriebsratsmitglied einen Anspruch.

Es kommt hingegen nicht darauf an, welche hypothetische Gehaltsentwicklung das Betriebsratsmitglied selbst erzielt hätte, hätte es statt Antritt des Betriebsratsamtes den normalen Karrierepfad weiterverfolgt. Wenn ein Betriebsratsmitglied also meint, über herausragende Fähigkeiten zu verfügen, und glaubt, es hätte ohne Übernahme des Betriebsratsamtes „olympiareife“ Karrieresprünge vollzogen, spielt dieser Gesichtspunkt für die Gehaltsanpassung überhaupt keine Rolle. Auf Diskussionen über hypothetische „Hätte“-Szenarien muss sich der Arbeitgeber nicht einlassen.

Was das bedeutet, zeigt der **durch das LAG Köln entschiedene Fall**:

Ein Techniker der Telekom war im Jahr 2006 in die Technikervergütungsgruppe T5 eingruppiert, als man ihn in den Betriebsrat wählte. Während seiner Betriebsratsamtszeit erfolgte eine Höhergruppierung in T6, die von da an beibehalten wurde. Außerdem erhielt der Kläger eine monatliche Zulage von ca. 150 EUR. Im Jahr 2016 reichte er Klage ein und meinte, diese Vergütungsanpassung sei unzureichend. Der Kläger verwies zur Begründung auf einen vergleichbaren Kollegen, der bei einer Eingruppierung in T6 eine monatliche Zulage von 300 EUR erhielt.

Das LAG Köln nahm hierauf eine umfassende Auswertung der Gehaltsentwicklung der gesamten relevanten Vergleichsgruppe vor. Zur Bestimmung der Vergleichsgruppe stellte das LAG Köln auf Techniker mit gleicher Aus- und Fortbildung ab, die wie der Kläger im Jahr 2006 in T5 eingruppiert waren. Hierbei handelte es sich um 20 Kollegen. Anschließend wurde deren

Gehaltsentwicklung bis in das Jahr 2016 nachvollzogen. Von den im Unternehmen zum Zeitpunkt der Klage verbliebenen 16 Mitarbeitern befanden sich zwei in T5, vier erhielten eine außertarifliche Vergütung oberhalb der (höchsten) Vergütungsgruppe T6. Die anderen zehn Kollegen waren – wie auch der Kläger – in T6 eingruppiert, wobei nicht nur der Kläger, sondern auch drei weitere Kollegen eine Zulage von rund 150 EUR erhielten. Maximal war Mitgliedern aus der Vergleichsgruppe eine Zulage von 300 EUR gewährt worden.

Das LAG entschied, dass der Aufstieg in die Tarifgruppe T6 eine betriebsübliche Entwicklung widerspiegeln und sich der Kläger daher im Mittelfeld der Vergütung befand. Er habe keinen Anspruch auf die maximal gezahlte Zulage von 300,00 €. Die Klage wurde abgewiesen.

Dass Betriebsratsmitglieder den Gerichtsweg beschreiten, um sich ein höheres Gehalt zu erstreiten, ist übrigens der Ausnahmefall. Das **Betriebsratsmitglied muss die Klage** auf ein höheres Gehalt in eigenem Namen einreichen und den Prozess **auf eigene Rechnung** bestreiten. Der Betriebsrat als Organ ist nicht antragsbefugt. Ihr eigenes Geld wollen die meisten Betriebsratsmitglieder für solch einen Prozess – mit sehr unsicherem Ausgang – in der Regel nicht aufs Spiel setzen.



Loschelder Praxistipp:

Anhörung vor Ausspruch einer (fristlosen) Kündigung (Teil 2)

Bevor der Arbeitgeber eine verhaltensbedingte Kündigung ausspricht, sollte er den Arbeitnehmer zunächst anhören. Dies ist nicht nur aus rechtlichen Gründen geboten. Ein frühzeitiges Anhörungsgespräch von Angesicht zu Angesicht ist der beste Rahmen, um den Arbeitnehmer auf eine bestimmte Erklärung „festzunageln“ und mögliche Lügen aufzudecken. Wir erläutern Ihnen hierzu anerkannte Verhörtechniken.

Erfährt der Arbeitgeber beispielsweise, dass ein Mitarbeiter seine Arbeitszeitaufzeichnung manipuliert hat, steht die Vertrauensbeziehung grundlegend in Frage. Bevor der Arbeitgeber nun die fristlose Kündigung ausspricht, sollte er **unbedingt** eines tun: Den Arbeitnehmer zunächst **anhören**.

Im Kündigungsschutzprozess muss der Arbeitgeber den Vorwurf, den er einer Kündigung zugrunde legt, **vollständig beweisen**. Das ist alles andere als einfach: Ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitgeber betrügt, lügt typischerweise auch vor Gericht. Der Arbeitgeber muss alle Ausreden, Schutzbehauptungen und Lügenschichten, die der Arbeitnehmer zu seiner Verteidigung aufbringt, widerlegen. Behauptet der Arbeitnehmer im obigen Beispiel z.B., dass die Arbeitszeitaufzeichnung keinesfalls falsch wäre, sondern er unbemerkt im Homeoffice gearbeitet und die Zeiten etwas ungenau nachgetragen hätte, hat der Arbeitgeber schnell ein Beweisproblem. Gelingt es nicht, solche Ausreden zu widerlegen, wird der Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers stattgegeben.

Eine Anhörung vor Kündigungsausspruch ist zwar nur Wirksamkeitsvoraussetzung, wenn eine Verdachtskündigung ausgesprochen werden soll (dazu Teil 1 in unserem Newsletter Februar 2018). Eine Anhörung ist jedoch in jedem Fall zu empfehlen. Denn oftmals lassen sich Arbeitnehmer in einem Anhörungsgespräch bereits der Lüge überführen, bevor es überhaupt nur zum Prozess kommt. Deshalb ist die Anhörung unbedingt zu empfehlen.

Die entscheidende **Herausforderung bei einer Lügengeschichte** besteht darin, sich ihren Inhalt auszudenken. Wer zu erdachten Geschichten befragt wird, muss nicht nur den Kern der Lüge erfinden, sondern eine vollständige Rahmenhandlung mit sämtlichen Nebendetails – und zwar ohne sich dabei in Widersprüche zu verwickeln. Um überzeugend zu lügen braucht es deshalb nicht nur Intelligenz sondern vor allem Zeit – Zeit nämlich, in der die Lüge ausgedacht und im Kopf wiederholt durchgespielt wird. Ein gerichtliches Verfahren zieht sich über mehrere Monate hin, in denen der Arbeitnehmer in jedem Fall ausreichend Zeit findet, an einer maßgeschneiderten Ausrede zu tüfteln. Durch ein spontanes Anhörungsgespräch schon vor Kündigungsausspruch wird ihm diese Zeit genommen.

Verdächtigen Sie einen Arbeitnehmer einer schweren Pflichtverletzung, empfehlen wir das Anhörungsgespräch anhand nachfolgender Darstellung einzuleiten und aufzubauen. Hierbei handelt es sich um forensisch bewährte Methoden, die auch durch polizeiliche Ermittler, Staatsanwälte und Richter in ähnlicher Weise eingesetzt werden:

1. **Rahmenbedingungen:** Wir raten dazu, dem **beschuldigten Arbeitnehmer erst am Morgen des Arbeitstages mitzuteilen**, dass er im Lauf des Tages für ein **Personalgespräch** eingeteilt ist. Dann hat der Arbeitnehmer nicht mehr genügend Zeit, sich eine detailreiche Lügengeschichte auszudenken und wird i.d.R. zu nervös sein, um klar zu denken. Teilweise wird das als unfaire Überrumpelungstaktik angesehen. Lädt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer allerdings erst zu einem Folgetag vor, wird der

Arbeitnehmer mit hoher Wahrscheinlichkeit „krank“ sein, einen Anwalt mitbringen wollen oder eine mögliche Lügengeschichte eingehend vorbereitet haben. Übrigens muss der Arbeitgeber bei der Einladung zum Anhörungsgespräch das Gesprächsthema noch nicht benennen (BAG, Urt. v. 12.02.2015 – 6 AZR 845/13).

Am Personalgespräch sollten **zwei Vertreter des Arbeitgebers** teilnehmen, die den Gesprächsverlauf in einem **Protokoll** genau dokumentieren. Beide Mitarbeiter würden im arbeitsgerichtlichen Verfahren später als **Zeugen** auftreten. Da die Zeugenvernehmung im gerichtlichen Verfahren erst Monate später stattfinden würde – also zu einem Zeitpunkt, zu dem man sich an Details nicht mehr erinnert – bedarf es einer detaillierten **Protokollierung als Gedächtnisstütze**.

2. **Belehrung:** Das Gespräch muss damit eröffnet werden, dass die Arbeitgebervertreter den Arbeitnehmer **über den** gegen ihn gerichteten **Vorwurf belehren** und darstellen, auf welche Verdachtsmomente sich der Vorwurf stützt. Es ist ein greifbarer Sachverhalt darzustellen, der den Vorwurf räumlich und zeitlich eingrenzt. Dies ist aus rechtlichen Gründen geboten. Andernfalls genügt die Anhörung den Anforderungen an eine Verdachtskündigung nicht. Dass eine Aufklärung stattgefunden hat, sollte unbedingt protokolliert werden. Von Täuschungen, z.B. dem Vortäuschen einer in Wahrheit nicht existierenden erdrückenden Beweislage (sog. Reid-Methode), ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich abzuraten, da dies die rechtliche Wirksamkeit der Anhörung in Frage stellen würde.
3. **Freundlichkeit: Falsch** ist es, den Arbeitnehmer gleich zu Beginn des Gesprächs aggressiv zu beschuldigen, ihn als „Lügner“ zu bezeichnen oder ihn gar anzuschreien. Eine solche Verhör-„Strategie“ mag in schlechten Krimis funktionieren. Praktisch führt sie meist dazu, dass der Beschuldigte sich ungerecht behandelt fühlt, überhaupt nichts mehr sagt und nach einem Anwalt verlangt. Dann bekommt man überhaupt nichts aus ihm heraus.

Richtig ist das Gegenteil: Das **Gespräch sollte mit bewusster Freundlichkeit** und großem (scheinbaren) Verständnis für die Situation des Arbeitnehmers beginnen und dem Arbeitnehmer den Eindruck vermitteln, er hätte eine realistische Chance, sich noch herauszureden. Das Gespräch sollte darauf zielen, den Arbeitnehmer zum Reden zu bringen, ihm immer mehr Details zu entlocken. So können die Arbeitgebervertreter einen Lügner Stück für Stück „aufs Glatteis zu führen“. Die meisten Beschuldigten gestehen zudem eher, wenn man ihnen im Gespräch „eine moralische Brücke baut“, mit der sie beim Geständnis ihr Gesicht wahren können, z.B.: „Ich weiß natürlich, dass im Vorweihnachtsstress fast jeder ein bisschen trickst, um sich für private Erledigungen etwas zusätzliche Zeit zu verschaffen.“

4. **Überleitung:** Es empfiehlt sich, das **Gespräch mit einem unverfänglichen Thema** zu beginnen, um sich so ein Gefühl von der Sprechweise, Gestik und Mimik des Arbeitnehmers zu verschaffen, die er gebraucht, wenn er die Wahrheit sagt. Sobald der Arbeitnehmer anfängt zu lügen, ergibt sich oft ein gewisser

Kontrast. Zum Beispiel kann man den Arbeitnehmer erst einmal fragen, wie heute sein bisheriger Arbeitstag war.

5. **Fragetechnik:** Anschließend besteht der **entscheidende Trick** der Vernehmung darin, **offene Fragen zu stellen**, die nicht mit Ja oder Nein, sondern nur durch detaillierte Erzählungen beantwortet werden können. Zum Beispiel: „Am 11.12. haben Sie laut der Aufzeichnung ab 8:30 Uhr durchgängig gearbeitet. Schildern Sie mal von morgens an, wie der Arbeitstag ablief.“, „Und wie ging es dann weiter?“, „Worüber genau haben Sie in der TelKo mit Herrn Müller gesprochen?“. Dabei sollten die Arbeitgebervertreter solange weiter nachhaken, bis sie eine stimmige Vorstellung von dem Geschehensablauf vor ihrem geistigen Auge entwickeln oder – weil sie es mit einer Lüge zu tun haben – eben nicht.

Der Lügner gerät durch diese Fragetechnik schnell in Bedrängnis, da er sich bei einer erfundenen Geschichte alle Details für die Antworten ausdenken müsste und das auf die Schnelle nicht kann. Ein Teil seiner Geschichte ist oft wahr und kann deshalb detailliert und flüssig geschildert werden. Sobald aber die Lüge beginnt, wird die Schilderung oberflächlich und Details können auch auf wiederholte Nachfrage nicht benannt werden. Der Lügner weicht typischerweise Fragen aus, wiederholt vorher zurechtgelegte Formulierungen immer wieder ohne auf die gestellte Frage einzugehen oder behauptet, sich an Details nicht mehr erinnern zu können. Wenn der Lügner sich auf wiederholtes Nachfragen dann doch festlegt, werden seine Behauptungen zunehmend widersprüchlich und wirr. All dies wird durch Gerichte als **Lügensignal** anerkannt und sollte zu Beweis Zwecken protokolliert werden.

6. **Druck aufbauen:** Ab diesem Punkt kann der Arbeitgeber dann **deutlicher werden**, z.B.: „Sie wollen doch nicht ernsthaft behaupten, dass Sie sich schon heute nicht mehr daran erinnern können, wie Sie vorgestern von der Arbeit nach Hause gelangt sind?“ An dieser Stelle können auch **Suggestivfragen** eingesetzt werden, um einen letzten Anstoß zum Geständnis zu geben, z.B.: „Jetzt mal im Ernst: War das ein einmaliger Vorfall, weil Sie privat unter Druck standen, oder betrügen Sie auf diese Weise schon seit Jahren?“

Manchmal wird Arbeitnehmern die Situation irgendwann so peinlich, dass sie ihre Lüge zugeben und **gestehen**. Selbst wenn das nicht gelingt, hat man dem Arbeitnehmer immerhin einige undurchdachte Aussagen entlockt, auf die man ihn später „festnageln“ kann. Wenn es zum Gerichtsverfahren kommt, kann der Arbeitnehmer seine Geschichte nicht mehr ohne weiteres umstellen, wenn er sich mit einzelnen, widerlegbaren Behauptungen „verrannt“ hat.

In der nächsten Ausgabe des Newsletters stellen wir Ihnen vor, ob, wie und ggf. welche Begleitpersonen der Arbeitnehmer zum Anhörungsgespräch hinzuziehen kann.



Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.kuehne@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de