LOSCHELDER

Newsletter Arbeitsrecht
Dezember 2022

Inhalt

Aus aktuellem Anlass
Weihnachtsfeier aus Sicht des Arbeitgebers

Aus aktuellem Anlass
Betriebsrisiko in Zeiten der Energiekrise

Neues vom Gesetzgeber
Nachweisgesetz – welche Behörde ist eigentlich zuständig?

Neues aus der Rechtsprechung
Täterschutz durch Datenschutz – Beweisverwertungsverbot bei Arbeitszeitbetrug

Loschelder Praxistipp
Sonderkündigungsschutz (I) - Grundlagen

Aus aktuellem Anlass

Weihnachtsfeier aus Sicht des Arbeitgebers

Nachdem viele der für 2021 geplanten Weihnachtsfeiern aufgrund gestiegener Infektionszahlen letztlich ausfallen mussten, machen sich in diesem Winter Eventlocations und Restaurants endlich bereit für die zum Teil mehrfach verschobenen Veranstaltungen. Selbst nach pandemiebedingter Entwöhnung haben die meisten von uns Freude daran, in geselliger Atmosphäre mit anderen Menschen – gelegentlich sogar mit Vorgesetzten und Kollegen – Zeit zu verbringen. Gelungene Weihnachtsfeiern vermitteln ein Gefühl von Zusammengehörigkeit, Gemeinschaft und Wertschätzung und tragen dadurch positiv zum Betriebsklima bei. Damit Ihre Weihnachtsfeier nicht das Gegenteil bewirkt, beleuchtet dieser Beitrag – ausgerichtet an der Chronologie des Planungsprozesses – die arbeitsrechtlichen Fallstricke einer betrieblichen Weihnachtsfeier.

Das „Ob" der Weihnachtsfeier: Schon aus Gründen des sozialen Zusammenhalts ihrer Belegschaft sollten Arbeitgeber die Weihnachtsfeier in diesem Jahr nicht ohne Grund ausfallen lassen. Unter Umständen haben Arbeitnehmer aber sogar einen Anspruch auf eine Weihnachtsfeier, nämlich dann, wenn sie in einer Betriebsvereinbarung geregelt oder durch betriebliche Übung zum Inhalt des Arbeitsvertrags geworden ist.

Die Gästeliste: Einzelne, unliebsame Mitarbeiter kann man ohne sachlichen Grund nicht von der Weihnachtsfeier ausschließen. Es gilt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Sachliche Gründe, die den Ausschluss eines Arbeitnehmers rechtfertigen, liegen etwa dann vor, wenn während der Weihnachtsfeier der Betrieb aufrechterhalten werden muss, etwa in der Produktion oder in der medizinischen Notfallversorgung, aber auch, wenn bei vergangenen gemeinsamen Veranstaltungen unangemessenes Verhalten an den Tag gelegt wurde.

Die Einladung: Es empfiehlt sich, einen Freiwilligkeitsvorbehalt in die Einladung zur Weihnachtsfeier aufzunehmen, um einen Anspruch auf die Durchführung einer Weihnachtsfeier in den folgenden Jahren aufgrund betrieblicher Übung auszuschließen.

Soll die Weihnachtsfeier während der regulären Arbeitszeit stattfinden und möchte der Arbeitgeber, dass die verpasste Arbeitszeit nachgeholt wird, so muss er dies vorher – etwa im

Rahmen der Einladung – anordnen und damit einhergehende Attraktivitätsverluste der Veranstaltung in Kauf nehmen. Falls vorhanden, ist der Betriebsrat zu beteiligen.

Absagen: Eine Verpflichtung zur Teilnahme an der Weihnachtsfeier besteht nicht. Das gilt auch, wenn die Weihnachtsfeier während der regulären Arbeitszeit stattfindet. Allerdings muss der Arbeitnehmer, wenn er nicht an der Weihnachtsfeier während der Arbeitszeit teilnehmen möchte, arbeiten, während seine Arbeitskollegen feiern.

Geschenke: In manchen Unternehmen ist es üblich, dass auf der Weihnachtsfeier Geschenke verteilt werden. Bei wiederholten gleichförmigen Zuwendungen dieser Art kann auch auf Geschenke ein Anspruch aufgrund betrieblicher Übung entstehen.

Es ist zulässig, den Kreis der Beschenkten auf die anwesenden Personen zu beschränken, um die Teilnahme an zukünftigen Betriebsfeiern attraktiver zu gestalten. Arbeitnehmer, die nicht an der Feier teilgenommen haben, haben dann keinen Anspruch auf das Geschenk (Arbeitsgericht Köln, Urteil vom 09.10.2013, Az. 3 Ca 1819/13).

Zu bedenken ist, dass Geschenke als Einkommen versteuert werden müssen und Sozialversicherungsbeiträge anfallen können. Außerdem besteht zwar nicht hinsichtlich des „Ob“ von Weihnachtsgeschenken, aber hinsichtlich des „Wie“ bei der Verteilung ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

Partyverhalten: Gut gelaunte Gäste sind die Quintessenz jeder Party. Das gilt auch für betriebliche Veranstaltungen. Damit die gelöste Stimmung nicht umschlägt, ist es aber – insbesondere bei Feiern im beruflichen Kontext – wichtig, dass sie für moralisch fragwürdiges, arbeitsrechtlich oder gar strafrechtlich relevantes Fehlverhalten keinen Raum bieten. Beleidigungen, sexuelle Belästigungen und Handgreiflichkeiten gegenüber Kollegen und/oder Vorgesetzten können – und sollten –, auch wenn sie außerhalb des Büros und in weniger förmlicher Atmosphäre stattfinden, arbeitsrechtliche Konsequenzen haben.

Pech und Pannen: Da es sich bei der Weihnachtsfeier um eine betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung handelt, besteht während ihrer Dauer Unfallversicherungsschutz gemäß § 8 SGB VII. Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aber nicht, sofern

der Unfall im Wesentlichen auf übermäßigem Alkoholkonsum beruht (BSG, Urteil vom 05.07.1994, Az. 2 RU 24/93).

Der Tag danach: Übermäßiger Alkoholkonsum oder zu wenig Schlaf entschuldigen kein Fernbleiben oder verspätetes Erscheinen zur Arbeit am nächsten Tag. Bei der Weihnachtsfeier handelt es sich nicht um öffentlich-rechtliche Arbeitszeit i. S. d. Arbeitszeitgesetzes, die eine anschließende Ruhezeit erfordert. Erscheint ein Arbeitnehmer am Tag nach der Weihnachtsfeier dennoch nicht oder zu spät zur Arbeit, sollte als Sanktion zumindest das Entgelt für die unentschuldigten Fehlzeiten einbehalten werden.

Fotos: Sollen Fotos von der Weihnachtsfeier in sozialen Netzwerken auf der Internetseite des Unternehmens oder anderswo veröffentlicht werden, so ist das ausdrückliche Einverständnis der abgelichteten Arbeitnehmer erforderlich. Betroffene können anderenfalls Unterlassung und Löschung verlangen. Außerdem drohen Schadensersatzforderungen und arbeitsrechtliche Konsequenzen.

Wir sind zuversichtlich, dass Ihnen mit Hilfe unseres Leitfadens eine schöne Weihnachtsfeier ohne unerwünschte Zwischenfälle gelingt und wünschen Ihnen und Ihrer Belegschaft viel Freude beim gemeinsamen Feiern.

Aus aktuellem Anlass

Betriebsrisiko in Zeiten der Energiekrise

Seit unserem Beitrag „Energiesparen im Arbeitsverhältnis“ aus dem September-Newsletter sind schon drei Monate vergangen. Die inzwischen gesunkenen Außentemperaturen erhöhen den Energiebedarf beim Heizen, die kurzen Tage steigern den Stromverbrauch. Eine Entspannung der Gas- und Strompreise ist nicht in Sicht und die Möglichkeiten, im Arbeitsverhältnis Energie einzusparen sind begrenzt. Was aber gilt, wenn Strom und Gas nicht mehr „nur“ teuer sind, sondern auf einmal gar nicht mehr zur Verfügung stehen? Wer trägt das Entgeltrisiko, wenn infolge von Energieengpässen nicht gearbeitet werden kann?

Grundsätzlich gilt der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“. Allerdings trägt der Arbeitgeber das Lohnrisiko, wenn aufgrund von Störungen im Betriebsablauf nicht gearbeitet werden kann. Das Entgelt muss er nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre dann trotzdem bezahlen.

Hintergrund der sogenannten Betriebsrisikolehre ist es, die Risiken dort zu verorten, wo sie besser beherrscht werden können. Der Arbeitgeber, der den Betrieb organisiert und von seinen Erträgen profitiert, kann Störungen im Betriebsablauf regelmäßig besser beherrschen oder vorbeugen als der Arbeitnehmer. Auch bei von außen einwirkenden Umständen, die nicht in seinem Einflussbereich liegen, wie z. B. Brände oder Naturkatastrophen, trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko.

Sieht der Arbeitgeber sich aufgrund gestiegener Energiepreise dazu gezwungen, seine Produktion zu drosseln oder gar einzustellen, verwirklicht sich das Betriebsrisiko und die Arbeitnehmer haben gleichwohl einen Anspruch auf ihr Entgelt.

Für den Fall einer staatlichen Rationierung von Gas wird inzwischen diskutiert, ob dieselbe Risikoverteilung gilt, wenn der Arbeitgeber aufgrund staatlicher Maßnahmen daran gehindert ist, Gas zu erwerben und deshalb seinen (Produktions-)Betrieb faktisch einstellen muss.

In seinem Urteil vom 13.10.2021 hatte das Bundesarbeitsgericht (Az. 5 AZR 211/21) zu behördlichen Betriebsschließungen im Rahmen der Pandemiebekämpfung entschieden, dass sich insofern kein vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko verwirkliche.

Zweck dieser Maßnahmen sei der – betriebsübergreifende – Gesundheitsschutz der Allgemeinheit. Die Pandemie sei eine Gefahrenlage, die der Arbeitgeber weder verursacht noch zu verantworten habe.

Bei der Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Situation der staatlich regulierten Energieverteilung ist indessen Obacht geboten. Selbst bei vollständiger Abschaltung der Gaszufuhr wäre die Betriebsschließung – anders als die behördliche Betriebsschließung zur Pandemiebekämpfung – erst die mittelbare Folge des staatlichen Handelns, weil die Aufrechterhaltung des Betriebs ohne Energiezuvor nicht mehr sinnvoll wäre.

Aber selbst dann, wenn das Betriebsrisiko sich im Fall eines Energielieferstopps – analog zur Betriebsschließung im Rahmen der Pandemiebekämpfung – nicht verwirklichen sollte, wäre der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG zumindest dazu verpflichtet, finanzielle Nachteile für die Belegschaft abzumildern und zu diesem Zweck etwa von der Möglichkeit der Kurzarbeit Gebrauch zu machen (BAG, Urteil vom 13.10.2021, Az. 5 AZR 211/21; 04.05.2022, Az. 5 AZR 366/21).

Vor einer (teilweisen) Betriebsschließung ist also stets zu prüfen, ob die Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld vorliegen. Gemäß § 95 Satz 1 Sozialgesetzbuch III (SGB) besteht ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (Nr. 1), die betrieblichen (Nr. 2) und persönlichen (Nr. 3) Voraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist (Nr. 4).

Die während der Pandemie in § 421c Abs. 4 SGB III eingeführten Zugangserleichterungen zum Kurzarbeitergeld wurden aufgrund der Störungen in den Lieferketten und Energieversorgungsengpässen infolge des russischen Angriffskriegs durch die Kurzarbeitergeldzugangsverordnung zuletzt bis zum 31.12.2022 verlängert. Das bedeutet, dass ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall i.S.d. Nr. 1 bereits vorliegen kann, wenn – statt regulär ein Drittel – mindestens zehn Prozent der Beschäftigten von einem Entgeltausfall betroffen sind. Außerdem ist der Aufbau negativer Zeitsalden vor dem Bezug von Kurzarbeitergeld derzeit nicht vorrangig.

Neues vom Gesetzgeber

Nachweisgesetz – welche Behörde ist eigentlich zuständig?

Die meisten Arbeitgeber haben auf das zum 1. August 2022 in Kraft getretene geänderte Nachweisgesetz (NachweisG) reagiert und ihre Muster für Arbeitsverträge und gegebenenfalls gesonderte Nachweise entsprechend angepasst – auch, um der im Gesetz angeordneten Bußgeldpflicht zu entgehen. Die Bußgeldpflicht kann allerdings nur greifen, wenn auch eine staatliche Behörde Bußgelder festsetzt: Hier deutet sich derzeit ein wenig einheitliches Bild je nach Bundesland an.

Den Vorschlag des Bundesrates, dass die Zollverwaltung bundeseinheitlich für die Überprüfung des Nachweisgesetzes zuständig sein solle, hat die Bundesregierung jedenfalls abgelehnt: Das Nachweisgesetz diene der Transparenz im Arbeitsverhältnis und nicht der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, so dass der Zoll nicht zuständig sei.

Eine ausdrückliche Zuständigkeitsregelung, wie sie etwa das Arbeitszeitgesetz enthält, fehlt im NachweisG. Die Zuständigkeit ergibt sich daher nach allgemeinen Regeln aus § 36 Abs. 1 S. 2 lit. a Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG): Zuständig ist die fachlich zuständige oberste Landesbehörde. Das ist regelmäßig das Arbeitsministerium der Länder.

Die Durchsetzung eines Gesetzes mit einem Bußgeldrahmen bis zu 2500,00 € in zahlreichen Einzelfällen bei einem Landesministerium anzusiedeln, erscheint nicht zwingend als die zweckmäßigste Lösung. In zahlreichen anderen Fällen haben die Länder von der Möglichkeit in § 36 Abs. 2 OWiG, eine andere Behörde zu bestimmen, Gebrauch gemacht. So gibt es für das Land Nordrhein-Westfalen eine umfassende Zuständigkeitsverordnung im Bereich Arbeitsschutz – Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Arbeits- und technischen Gefahrenschutzes (Zuständigkeitsverordnung Arbeits- und technischer Gefahrenschutz - ZustVO ArbtG) –, die in ihrer Anlage 1 zahlreiche Gesetze und Verordnungen nennt, für die die Bezirksregierungen zuständig sind. Diese wurde bislang um das Nachweisgesetz nicht ergänzt.

Angesichts der zahlreichen wichtigen bei den Bezirksregierungen angesiedelten Zuständigkeiten erscheint naheliegender als die Vermutung, das Nachweisgesetz solle wegen seiner Bedeutung der ministeriellen Durchsetzung vorbehalten bleiben, der Verdacht, dass die effektive Umsetzung des Nachweisgesetzes nicht die höchste Priorität hat.

Auf telefonische Nachfrage nach der zuständigen Behörde teilte das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW jedenfalls mit, dass man, bis eine offizielle Entscheidung getroffen werde, welche Behörde künftig zuständig sei, selbst zuständig sei. Mit dieser klaren Aussage zur eigenen Zuständigkeit ist das Ministerium aus NRW weiter als das entsprechende Ministerium für Arbeit, Soziales, Transformation und Digitalisierung Rheinland-Pfalz, das auf telefonische Anfrage lediglich angab, „höchstwahrscheinlich“ zuständig zu sein.

Ohnehin deutet sich ein gewisser Flickenteppich in der Zuständigkeit je nach Bundesland an: Die Zuständigkeitsverordnung des Freistaats Bayern trifft zwar auch keine ausdrückliche Regelung zum Nachweisgesetz, bestimmt aber in § 87 Abs. 2 Zuständigkeitsverordnung eine pauschale Zuständigkeit der Kreisverwaltungsbehörden, wenn keine andere Regelung getroffen wird.

Insoweit bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen auf die Effektivität der Gesetzesdurchsetzung die jeweiligen, recht unterschiedlichen Zuständigkeiten haben werden. Möglicherweise

ist aber auch der Eindruck nicht ganz unzutreffend, dass die Arbeitgeber derzeit in der Umsetzung des Gesetzes einen gewissen Vorsprung vor den sie kontrollierenden Behörden haben.

Neues aus der Rechtsprechung

Täterschutz durch Datenschutz – Beweisverwertungsverbot bei Arbeitszeitbetrug

Bisher waren Beweisverwertungsverbote in Kündigungsschutzprozessen häufig von untergeordneter Bedeutung. Die Rechtsprechung ging hier nur sehr zurückhaltend davon aus, dass vom Arbeitgeber vorgelegte Beweise nicht verwertet werden können. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen positionierte sich in seinem Urteil vom 6. Juli 2022 (Az. 8 Sa 1148/20) anders. Es hielt eine Kündigung wegen Arbeitszeitbetrug für unwirksam, unter anderem weil die arbeitgeberseitig vorgelegten Videoaufzeichnungen und Auszüge aus elektronischen Zugangserfassungssystemen nicht prozessual verwertbar sein.

Der beklagte Arbeitgeber hatte über ein Hinweisgebersystem erfahren, dass einige Arbeitnehmer – darunter auch der Kläger – regelmäßig Arbeitszeitbetrug begangen haben sollten. Bei den Recherchen stieß der Arbeitgeber auf Daten des elektronischen Zugangserfassungssystems. Die diesem System zugrundeliegende Betriebsvereinbarung sah vor, dass eine personenbezogene Auswertung der Daten unzulässig ist. Der Betriebsrat stimmte der Auswertung der Daten im elektronischen Zugangsverfassungssystem ungeachtet dessen zu. Weiterhin stützte

sich der Arbeitgeber bei seiner Bewertung auf über ein Jahr alte Aufzeichnungen von Videokameras. Letztere waren offen an den Eingängen zum Werksgelände platziert. Sie waren mit einem Schild versehen, dass darauf hinwies, dass die Aufnahmen nach 96 Stunden gelöscht würden. Jedenfalls nach Ansicht des Arbeitgebers ergab sich aus den so kumulierten Daten, dass der betreffende Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß und im geschuldeten Umfang erbringt. Der Arbeitgeber kündigte. Die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers hatte Erfolg. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts wurde vom LAG Niedersachsen bestätigt.

Das LAG stellte fest, dass die Daten aus dem elektronischen Zugangsverfassungssystem nicht verwertet werden dürften. Dem stehe die entsprechende Regelung der Betriebsvereinbarung entgegen, die ausnahmslos jede Auswertung personenbezogener Daten untersagt. Die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats ändere daran nichts. Vielmehr müsse sich der Arbeitnehmer darauf einstellen können, dass er sich auf die Betriebsvereinbarung persönlich berufen kann. Er genieße insofern Vertrauensschutz.

Auch eine Verwertung der Videoaufzeichnungen kommt nach Ansicht des LAG nicht in Betracht. Da die Kameras nur das Kommen und Gehen auf dem Werksgelände festhalten würden, könnte noch kein sicherer Schluss auf die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten gezogen werden. Sie seien daher schon ungeeignet, festzustellen, ob die kommenden und gehenden Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung auch tatsächlich erbringen. Denn die Verpflichtung zur Arbeitsleistung beginne und ende nicht am Ein- und Ausgang zum Werksgelände. Zudem seien die Arbeitnehmer häufig auf den Videoaufzeichnungen, etwa aufgrund von Kopfbedeckungen, nicht zu identifizieren. Weiterhin gebe es, z.B. in Form von Kartenlesegeräten, mildere Mittel zur Arbeitszeiterfassung. Eine Videoüberwachung sei nicht angemessen, zumal die Aufzeichnungen, die der Arbeitgeber in den Prozess eingeführt hatte, über ein Jahr alt waren. Die Arbeitnehmer könnten sich insofern auf eine sogenannte Privatheitserwartung stützen.

Zwar handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung. Arbeitgeber sollten jedoch bereits bei der Einführung von Überwachungssystemen darauf achten, dass die gewonnenen Daten im Fall der Fälle auch verwertbar sind. Dazu gehört auch eine sorgfältige Verhandlung von Betriebsvereinbarungen, um zu

verhindern, dass diese einer späteren Verwertung von Beweismitteln entgegenstehen.

Loschelder Praxistipp
Sonderkündigungsschutz (I) - Grundlagen

Für die meisten Arbeitnehmer in Deutschland gilt der gesetzliche Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG): Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis lediglich kündigen, wenn die Kündigung sozial gerechtfertigt ist durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen. Ausnahmen gelten lediglich während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses sowie im Kleinbetrieben mit weniger als zehn Arbeitnehmern.

Ein echtes System des Sonderkündigungsschutzes gibt es in Deutschland jedoch nicht: Es handelt sich in den meisten Fällen um punktuelle Regelungen zu Einschränkungen des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts, die auch inhaltlich häufig sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Bevor wir die einzelnen Regelungen im Detail vorstellen, ist es daher sinnvoll, einige Grundzüge und Ordnungskriterien für den Sonderkündigungsschutz darzustellen.

1. Rechtliche Grundlagen

Die meisten Fälle von Sonderkündigungsschutz ergeben sich auf gesetzlicher Grundlage. Ein in sich geschlossenes Gesetz

hierzu gibt es jedoch nicht. Das KSchG regelt lediglich punktuell einige Sachverhalte des Kündigungsschutzes für in der Betriebsverfassung tätige Personen. Die restlichen Tatbestände ergeben sich aus einer Vielzahl von Einzelregelungen in Gesetzen: Das können arbeitsrechtliche Gesetze, etwa das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) oder das Mutterschutzgesetz sein, aber auch Gesetze zu ganz anderen Themen, wie beim Sonderkündigungsschutz für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 6 Abs. 4 S. 2 Bundesdatenschutzgesetz) oder den Geldwäschebeauftragten (§ 7 Abs. 7 S. 2 Geldwäschegesetz).

Regelungen zum Sonderkündigungsschutz finden sich häufig auch in Tarifverträgen, in denen die ordentliche Kündigung von Mitarbeitern, die ein bestimmtes Lebensalter und/oder eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit erreicht haben, ausgeschlossen wird.

Auch aus Arbeitsverträgen können Einschränkungen des Rechts zur ordentlichen Kündigung folgen: Ein solcher Sonderkündigungsschutz wird zwar nur selten ausdrücklich vereinbart, ohne eine gesonderte arbeitsvertragliche Regelung ist gemäß § 15 Abs. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) die ordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrages aber bereits ausgeschlossen.

2. Gründe für den Sonderkündigungsschutz

Nur in seltenen Fällen, wie etwa im TzBfG, folgt der Sonderkündigungsschutz aus formellen Gründen. Zumeist soll der Sonderkündigungsschutz eine besondere Risikolage des Arbeitnehmers berücksichtigen: Sei es aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers, wie etwa beim Mutterschutz oder bei Schwerbehinderten, oder aufgrund der Tätigkeit, die leichter zu Konflikten mit dem Arbeitgeber führen kann. Der typische Fall hierfür ist der Sonderkündigungsschutz für Personen, die sich in der Betriebsverfassung engagieren – als Initiator einer Betriebsratswahl, Wahlbewerber, Wahlvorstand oder Betriebsratsmitglied.

In diesen Fällen greift zwar häufig auch das Maßregelungsverbot des § 612a BGB. Da der Arbeitnehmer jedoch für die Voraussetzungen der Norm darlegungs- und

beweispflichtig ist, es für ihn häufig aber nur schwer möglich ist, die von der Norm vorausgesetzte kausale Verknüpfung zwischen der zulässigen Ausübung seiner Rechte durch den Arbeitnehmer und der Benachteiligung durch den Arbeitgeber darzulegen, so dass diese Regelung in der Praxis wenig effektiv ist. Zahlreiche Gesetze versuchen daher, die Konfliktlage typisierend zugunsten des Arbeitnehmers zu entschärfen, indem die Kündigungsrechte des Arbeitgebers limitiert werden.

3. Art der Kündigungseinschränkung

So uneinheitlich wie die Tatbestände, für die Sonderkündigungsschutz angeordnet wird, sind auch die Regelungen zum Sonderkündigungsschutz selbst. Es gibt insoweit zwei Grundtypen: Zum einen können die Anforderungen an den vom Arbeitgeber darzulegenden Kündigungsgrund verschärft werden; in anderen Fällen setzt der Ausspruch der Kündigung eine vorherige Zustimmung eines Dritten voraus.

Der häufigste Fall des Sonderkündigungsschutzes ist, dass die ordentliche Kündigung ausgeschlossen wird, so dass der Arbeitgeber nur noch außerordentlich, aus wichtigem Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB kündigen kann. Eine absolute Unkündbarkeit wird auf diese Weise jedoch nicht begründet. Selbst für den völligen Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen, wie er in §§ 53 Abs. 3, 55 Abs. 1 Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) vorgesehen war, hat das BAG entschieden, dass das Recht des Arbeitgebers erhalten bleibt, den Arbeitnehmer zumindest dann zu kündigen, wenn er den Arbeitnehmer auch unter Einsatz aller zumutbaren Mittel, wozu auch die Umorganisation des Betriebes gehört, nicht weiterbeschäftigen kann.

Die gesetzlichen Regelungen zum Ausschluss einer ordentlichen Kündigung sind dabei wenig durchdacht: Wenn bei Ausschluss einer ordentlichen Kündigung nur noch die außerordentliche fristlose Kündigung möglich bleibt, steigt für den Arbeitnehmer durch den Sonderkündigungsschutz die Gefahr, fristlos gekündigt zu werden und sich damit sogar schlechter zu stehen als ein ordentlich kündbarer Arbeitnehmer. Hier musste das BAG eingreifen und die Folgen

der gesetzlichen Regelung durch die Entwicklung „einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist“, die dem Mitarbeiter mit Sonderkündigungsschutz zumindest eine Kündigungsfrist sichert, mildern.

Das zweite Element eines Sonderkündigungsschutzes ist, dass der Ausspruch der Kündigung an die Zustimmung eines Dritten gebunden wird: Hintergedanke dieser Regelungen ist, dass der Arbeitgeber daran gehindert werden soll, durch den Ausspruch einer (gegebenenfalls unwirksamen) Kündigung zunächst Fakten zu schaffen. Zustimmen müssen der Kündigung (je nach Regelung) die Tarifvertragsparteien (bei tariflichem Sonderkündigungsschutz), der Betriebsrat (insbesondere gemäß § 103 Betriebsverfassungsgesetz bei der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern), besondere Gremien wie die Schwerbehindertenvertretung oder staatliche Behörden (etwa des Integrationsamtes bei Schwerbehinderten oder Landesbehörden bei dem Kündigungsschutz nach Mutterschutzgesetz oder Bundeselterngeldgesetz).

Häufig werden beide Schutzmechanismen auch kombiniert: So kann beim Kündigungsschutz nach dem BEEG auch die zuständige Behörde die Kündigung nur „in besonderen Fällen ausnahmsweise“ für zulässig erklären. Eine solche Verknüpfung ist allerdings nicht zwingend. Bei Schwerbehinderten ist zwar die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung erforderlich, im Regelfall werden die Anforderungen an das Gewicht des Kündigungsgrundes jedoch nicht erhöht.

In der praktischen Umsetzung sind die Fälle eines Zustimmungserfordernisses für viele Arbeitgeber problematisch: Die vorherige Beantragung und Einholung der Erlaubnis kann den Ausspruch der Kündigung relevant verzögern – falls die Erlaubnis nicht erteilt wird, muss deren Erteilung gegebenenfalls sogar in langwierigen Gerichtsverfahren erzwungen werden. Gerade bei der außerordentlichen Kündigung folgen aus verschiedenen Anhörungspflichten in Verbindung mit der engen Ausschlussfrist für den Ausspruch einer Kündigung gemäß § 626 Abs. 2 BGB zahlreiche Fehlerquellen: Die sachgerechte Koordination der Anhörungen von Betriebsrat,

Schwerbehindertenvertretung und Integrationsamt bei der außerordentlichen Kündigung eines Schwerbehinderten setzt eine minutiöse Vorbereitung und akribische Fristenkontrolle voraus.

4. Fazit

Trotz einiger gemeinsamer Grundzüge gibt es damit kein gemeinsames einheitliches System eines arbeitsrechtlichen Sonderkündigungsschutzes. Vielmehr müssen die Besonderheiten jeder einzelnen Norm sorgfältig berücksichtigt werden. Wir werden Ihnen in den folgenden Monaten die Einzelfälle des Sonderkündigungsschutzes vorstellen, die jeweils die einzuhaltenden Formalien erläutern und Wege aufzeigen, wie, in begründeten Fällen, auch die Kündigung eines Mitarbeiters mit Sonderkündigungsschutz gelingen kann.

Unser Team Arbeitsrecht

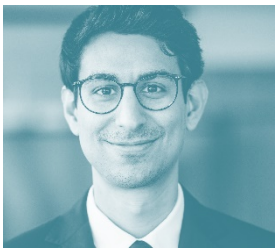
Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de

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



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de

Dr. Christina Esser
+49 (0) 221 65065-129
christina.esser@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