

**MELZER & KEMPNER**

---

RECHTSANWÄLTE

# **Aktuelle Rechtsprechung**

## **Vortrag**

### **04. November 2008**

**Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Uwe Melzer, Forststr. 57, 70176 Stuttgart**

# **Inhalt im Überblick**

## **1. Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht**

- Änderungskündigung
- Krankheitsbedingte Kündigung - Durchführung eines Präventionsverfahrens -
- Verhaltens- und leistungsbedingte Kündigung
- Betriebsbedingte Kündigung

## **2. Rechtsprechung zum Zeugnis**

- Endzeugnis und Zwischenzeugnis

## **3. Rechtsprechung Betriebsübergang**

- Abgrenzung zur bloßen Auftragsnachfolge

## **4. Sperrzeiten bei Aufhebungsverträgen**

## **5. Das Pflegezeitgesetz - Überblick**

# Änderungskündigung Fall 1

**Vorrang der Änderungskündigung bei einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers BAG, Urteil vom 21.04.2005 - 2 AZR 132/04 (BB 2005, 2691)**

Der Kläger war Hauptabteilungsleiter und verdiente zunächst etwa EUR 138.000,00 brutto/Jahr. Die Beklagte bot dem Kläger eine Beschäftigung als „Prozesskoordinator Umwelt/Technik“ an. Dieser sah ein jährliches Entgelt in Höhe von EUR 68.900,00 vor.

Das Bundesarbeitsgericht hielt die Kündigung wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für unwirksam. Da eine anderweitige Beschäftigung zu veränderten Arbeitsbedingungen möglich gewesen sei, habe die Beklagte statt der Beendigungskündigung eine Änderungskündigung aussprechen müssen. Grundsätzlich habe der Arbeitnehmer dabei selbst zu entscheiden, ob er eine Weiterbeschäftigung für zumutbar halte oder nicht. Für eine vorbehaltlose und endgültige Ablehnung eines im Vorfeld erfolgten Angebotes auf Weiterbeschäftigung sei es erforderlich, dass der Arbeitnehmer bei der Ablehnung des Änderungsangebotes unmissverständlich zu erkennen gebe, dass er unter keinen Umständen bereit sei, zu den geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten.

## **Änderungskündigung Fall 2**

### **Ablehnung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach Ausspruch einer Kündigung und zumutbares Angebot auf Weiterbeschäftigung BAG, Urteil vom 03.04.2008 - 2 AZR 500/06**

Der Kläger machte gegen zwei ausgesprochene Kündigungen zunächst die vorrangige Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einer Stelle eines „Multimedia Producers“ geltend. Darüber hinaus sei die Änderungskündigung unwirksam, weil eine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung bestand, und weil die vorgeschlagene Gehaltshöhe unter dem Gehalt vergleichbarer Mitarbeiter liege.

Die Beklagte wäre nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet gewesen, dem Kläger die Stelle als „Multimedia Producer“ im Wege einer Änderungskündigung anzubieten. Auch das spätere Verhalten des Klägers stehe nicht entgegen. Eine endgültige Ablehnung eines späteren Angebotes könne nur bedingt berücksichtigt werden, da die Kündigung erfolgt sei. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung sei aber der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung.

Ob der Arbeitnehmer eine ihm vorgeschlagene Änderung billigerweise hinnehmen muss, ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu ermitteln. Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrages den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen.

# Änderungskündigung Fall 3

## Änderungskündigung und Namensliste

**BAG, Urteil vom 19.06.2007 - 2 AZR 304/06**

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass § 1 Abs. 5 KSchG (Namensliste) auch für Änderungskündigungen gelte.

Zwar enthalte § 2 KSchG keine ausdrückliche Bezugnahme oder Verweisung auf die Regelungen des § 1 Abs. 5 KSchG. Dies sei aber nicht erforderlich, da § 2 KSchG keinen eigenen Begriff der sozialen Rechtfertigung enthalte.

Die Reichweite der Vermutungen nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG erstrecke sich auch auf den Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zu den bisherigen Bedingungen einschließlich des Fehlens einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb.

## **Änderungskündigung Fall 4**

### **Änderungskündigung und Abfindung gem. § 1a KSchG BAG, Urteil vom 13.12.2007 - 2 AZR 663/06 (NZA 2008, 528)**

Die Arbeitgeberin hatte nach Abschluss eines Sozialplanes im Kündigungsschreiben für den Fall des Verstreichens der Klagefrist eine Abfindung zugesagt. Der Arbeitnehmer ließ die Klagefrist verstreichen und klagte auf Abfindung. Dabei vertrat er die Auffassung, dass für den Fall, dass die Arbeitgeberin in einem Kündigungsschreiben eine Abfindung mit einem geringeren Faktor als den gesetzlich vorgesehenen anbiete, der Arbeitnehmer jedenfalls einen Abfindungsanspruch in Höhe des Faktors 0,5 habe, auch wenn der Sozialplan niedriger dotiert sei.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Klage abgelehnt. Dem stehe aber nicht schon entgegen, dass keine Beendigungs-, sondern eine Änderungskündigung ausgesprochen worden sei. Denn jede Änderungskündigung enthalte auch eine Beendigungskündigung. Das konkret ausformulierte Kündigungsschreiben enthalte gleichwohl keinen Hinweis auf § 1 a KSchG; dies ergebe sich auch nicht aus der Auslegung.

## **Krankheitsbedingte Kündigung - Durchführung eines Präventionsverfahrens gem. § 84 SGB IX (Teil 1)**

**Bisher: BAG, Urteil vom 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 (NZA 2007, 617) und ArbG Stuttgart, Urt. V. 05.07.2007 – 6 Ca 1285/07**

Die Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen. Die Vorschrift stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht inne wohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.

**2. Neu: BAG, Urteil vom 12.07.2007, 2 AZR 716/06**

Das Bundesarbeitsgericht vertritt die Auffassung, dass bei nicht durchgeführten Präventionsverfahren der Arbeitgeber sich nicht pauschal darauf berufen könne, dass ihm keine alternativen, der Erkrankung angemessenen Einsatzmöglichkeiten, zur Verfügung standen.

## **Krankheitsbedingte Kündigung - Durchführung eines Präventionsverfahrens gem. § 84 SGB IX (Teil 2)**

### **3. Neue Konsequenz: LAG Köln, Urteil vom 11.06.2007 - 14 Sa 1391/06**

Zum Kündigungszeitpunkt war der knapp 40-jährige Busfahrer seit fast 20 Jahren für den Arbeitgeber tätig. Seit März 2004 war er arbeitsunfähig. Ein Arzt schlug eine stufenweise Wiedereingliederung vor. Ein Psychologe regte eine praktische Fahrverhaltensprobe als nächste Maßnahme, während der betriebsärztliche Dienst von dauerhafter Fahruntauglichkeit ausging. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis im Juni 2006 zum 31.12.2006.

Das Landesarbeitsgericht Köln hat der Klage stattgegeben. Eine Negativprognose für die Zukunft habe nicht vorgelegen, da zum Zeitpunkt der Kündigung eine sichere Prognose nicht habe gestellt werden können. Darüber hinaus sei in diesem Fall ein betriebliches Eingliederungsmanagement geboten gewesen. Denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass mit Hilfe einer stufenweise Wiedereingliederung eine hinreichende Beschäftigung ermöglicht worden wäre. Es gehen Unklarheiten der Negativprognose zu Lasten des beweisbelasteten Arbeitgebers.

Wesentlich sind die Ausführungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement. Insoweit hat das Bundesarbeitsgericht am 12.07.2007 - 2 AZR 716/06 (s. o. Teil 1) -angedeutet, dass der Arbeitgeber aus dem pflichtwidrigen Unterlassen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements keine Vorteile ziehen darf, sondern substantiiert darlegen und unter Beweis stellen muss, dass auch bei Durchführung eines solchen Verfahrens keine Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung bestanden hätte.



## **Verhaltens- und leistungsbedingte Kündigung**

### **Leistungsbedingte Kündigung, BAG, Urteil vom 17.01.2008 - 2 AZR 536/06**

Die Arbeitnehmerin war im „Sorter-Versand“ eingesetzt. Die Arbeitgeberin trug vor, dass ausweislich der elektronischen Fehlerdokumentation in den Jahren 2003/2004 eine Fehlerquote zwischen 4,01 ‰ und 5,44 ‰ von der Arbeitnehmerin verursacht worden sei, wobei die durchschnittliche Fehlerquote nur bei 1,34 ‰ liegen würde.

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen grundsätzlich geeignet seien, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dabei müsse der Arbeitnehmer tun, was er soll, und zwar so gut, wie er könne. Die Leistungspflicht sei nicht starr, sondern dynamisch und orientiere sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers (subjektiver Leistungsbegriff). Auf der anderen Seite müsse der Arbeitnehmer unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Dabei sei aber zu berücksichtigen, dass in einer Vergleichsgruppe stets ein Angehöriger der Gruppe das „Schlusslicht“ sei.

Zur Lösung dieses „Konfliktes“ greift das Bundesarbeitsgericht auf die abgestufte Darlegungs- und Beweislast zurück. Zunächst müsse der Arbeitgeber zu Leistungsmängeln das vortragen, was er wissen könne. Habe der Arbeitgeber vorgetragen, dass die Leistungen des Arbeitnehmers über einen längeren Zeitraum den Durchschnitt im vorgenannten Sinne unterschritten habe, sei es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, ggf. das Zahlenwerk und seine Aussagefähigkeit im einzelnen zu bestreiten und/oder darzulegen, warum er mit seiner deutlichen unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpfe.

## **Betriebsbedingte Kündigung Fall 1**

### **Bildung von Altersstufen bei der Sozialauswahl**

**BAG, Urteil vom 06.09.2007 - 2 AZR 387/06 (NZA 2008, 405)**

Der Arbeitgeber bildete zur Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer drei Altersgruppen (30-40 Jahre/41-50 Jahre/51-60 Jahre) und hatte zur Erhaltung der bisherigen Altersstruktur nach einem von ihr selbst entwickeltem Punkteschema aus der jeweiligen Altersgruppe zwei bzw. einen Mitarbeiter mit der geringsten Punktezahl gekündigt.

Das Bundesarbeitsgericht weist darauf hin, dass es vergleichbare Gruppenbildungen wiederholt als unbedenklich angesehen hat. Darüber hinaus weist das Bundesarbeitsgericht darauf hin, dass es „zweifelhaft“ erscheine, dass das AGG dem entgegenstehe. Vorliegend konnte dies offenbleiben, da das AGG zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht galt. Regelungen, die an das Lebensalter anknüpften, seien zulässig, solange sie durch legitime Ziele gerechtfertigt seien. Eine erforderliche Sicherung der bisherigen Personalstruktur, wie vorliegend, stelle ein solches legitimes Ziel dar.

Die Punktetabelle sei zutreffend. Denn die Berücksichtigung des Lebensalters - neben den übrigen Auswahlkriterien - im Punkteschema führe mit einer hinnehmbaren Unschärfe zur Einbeziehung individueller Arbeitsmarktchancen, ohne dass das Alter allein die Auswahl beeinflussen würde.

## **Betriebsbedingte Kündigung Fall 2**

### **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei Wegfall des Arbeitsplatzes, BAG, Urteil vom 05.06.2008 - 2 AZR 107/07 (NZA 2008, 1180)**

Der Kläger erlitt einen Arbeitsunfall und war seit März 2003 arbeitsunfähig. Im Jahr 2004 schrieb der Arbeitgeber ähnliche Stellen aus die in der Folge mit gerade Ausgebildeten besetzt wurden. Der Arbeitgeber kündigte dem Kläger betriebsbedingt im Jahr 2005.

Der BAG hält weiterhin eine ordentliche Beendigungskündigung für unzulässig, wenn ein Arbeitnehmer an einem anderen freien Arbeitsplatz gegebenenfalls auch zu schlechteren Bedingungen weiterbeschäftigt werden kann. Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit muss für den Arbeitnehmer geeignet sein. Wird ein geeigneter freier Arbeitsplatz vor dem Zugang der Kündigung besetzt kann der Arbeitgeber sich nach § 162 BGB nicht auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten Kündigungszeitpunkt berufen, wenn dieser Wegfall treuwidrig herbeigeführt wurde.

## **Abweichung des Endzeugnisses vom Zwischenzeugnis BAG, Urteil vom 16.12.2007 - 9 AZR 248/072**

Dem Arbeitnehmer war zunächst ein Zwischenzeugnis erteilt worden. Kurze Zeit darauf wurde dem Kläger ein Endzeugnis erteilt, das von dem Inhalt des früher erteilten Zwischenzeugnisses abwich.

Im Regelfall gelten die Erklärungen eines Zwischenzeugnisses. Der Arbeitgeber darf von Wissenserklärungen zu Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers nur abrücken, wenn ihm nachträglich Umstände bekannt werden, die eine Abweichung der Beurteilung rechtfertigen.

Konsequenz:

Verlangen eines Zwischenzeugnisses während dem lfd.  
Arbeitsverhältnisses

## **Betriebsübergang - Abgrenzung zur bloßen Auftragsnachfolge**

### **•Betriebsübergang - Abgrenzung zur bloßen Auftragsnachfolge BAG vom 14.08. 2007 = NZA 2007, S. 1431**

Der Arbeitgeber des Klägers erbrachte in einem Klinikum für einen Teilbereich technische Dienstleistungen. Dabei wurden Büro und Aufenthaltsräume sowie die Werkstatt des Klinikums genutzt. Das Klinikum beschloss, nur noch einen Auftrag für diese technischen Dienstleistungen (Facility Management) zu vergeben und gründete eine Gesellschaft, an der sich neben dem Klinikum auch andere Gesellschafter beteiligten. Dann kündigte das Klinikum den Dienstleistungsauftrag und übertrug das gesamte Facility Management der neu gegründeten Gesellschaft, die ca. 1900 Mitarbeiter beschäftigte. In der Betriebstechnik wurden 340 Arbeitnehmer beschäftigt.

Das LAG hatte einen Betriebsübergang angenommen, weil der Dienstleistungsauftrag das wesentliche Betriebsmittel des ursprünglichen Arbeitgebers gewesen sei. Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung sei - zumal auch noch einige Arbeitnehmer übernommen worden seien und die Tätigkeiten und die Betriebsmittel, an denen die Arbeiten erbracht wurden, unverändert geblieben seien, ein Betriebsübergang anzunehmen.

Das BAG hat entscheidend darauf abgestellt, dass die Aufgaben im Rahmen einer wesentlich anderen organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen erbracht werden als vorher und hat sich im Wesentlichen auf die ins Auge springenden Unterschiede in den Arbeitnehmerzahlen berufen. Die zu betreuenden technischen Einrichtungen hat das BAG als reine Objekte der Dienstleistung angesehen und nicht als Hilfsmittel

## Sperrzeiten bei Aufhebungsverträgen

### Neue Durchführungsanweisung der Agentur für Arbeit zu § 144 SGB III

Ein wichtiger Grund für die Lösung vom Arbeitsverhältnis liegt gemäß den neuen Grundsätzen zur Sperrzeit vor, wenn:

- eine Kündigung durch den Arbeitgeber mit Bestimmtheit in Aussicht gestellt worden ist,
- die drohende Arbeitgeberkündigung auf betriebliche Gründe gestützt wurde,
- die Arbeitgeberkündigung zu demselben Zeitpunkt, zu dem das Beschäftigungsverhältnis geendet hat, oder früher wirksam geworden wäre,
- im Falle der Arbeitgeberkündigung die Kündigungsfrist eingehalten würde, und
- eine Abfindung von 0,25 bis zu 0,5 Monatsgehälter pro Beschäftigungsjahr an den Arbeitnehmer gezahlt wird.

Bei Abfindungen größer als 0,5 Monatsgehälter pro Beschäftigungsjahr, kann eine Lösung über § 1 a KSchG erzielt werden.

## Das Pflegezeitgesetz - Überblick

Am 30. Mai 2008 ist das Pflegezeitgesetz in Kraft getreten.

Gemäß dem Gesetz soll Beschäftigten die Möglichkeit eröffnet werden, pflegebedürftige Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen. Hierzu soll die Vereinbarkeit von Beruf und Familie („familiäre Pflege“) verbessert werden.

Dabei gibt das Gesetz einen Anspruch auf Pflegezeit (§ 3). Hiernach sind Beschäftigte von der Arbeitsleistung vollständig oder teilweise freizustellen, wenn sie einen pflegebedürftigen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen. Der Anspruch besteht nicht gegenüber Arbeitgebern mit i. d. R. 15 oder weniger Beschäftigten.

- Die Pflegezeit beträgt gemäß § 4 des Gesetzes längstens sechs Monate.
- Darüber hinaus regelt das Gesetz - vergleichbar zum BEEG - einen weitreichenden arbeitsrechtlichen Bestandschutz. Kündigungen sind gemäß § 5 des Gesetzes grundsätzlich ausgeschlossen, wobei eine Kündigung ausnahmsweise in besonderen Fällen für zulässig erklärt werden kann.

**Vielen Dank  
für die Aufmerksamkeit!!!**