

# PA - PRAXISWISSEN ARBEITSRECHT

## Leitfaden zur Erweiterung und Vertiefung des arbeitsrechtlichen Praxiswissens

Liebe Leserinnen und Leser, herzlich willkommen zur letzten Ausgabe in diesem Jahr 2009.

Das BAG befasste sich in zwei Urteilen mit Fragen zum Betriebsübergang und zur Verdachtskündigung. Das Thema Abmahnung wird im Rechtstipp mit Teil 4 beendet.

Frohe Weihnachten und einen guten Start in ein erfolgreiches Jahr 2010 wünscht Ihnen Ihr Stefan von Zdunowski

### URTEILE

#### Ein Erlassvertrag ist bei Umgehung des § 613a BGB (Betriebsübergang) nichtig

BAG, Urteil vom 19.03.2009 (8 AZR 722/07) = NZA 19/2009, 1091 ff. vom 13. Oktober 2009

In dem entschiedenen Fall stritten die Parteien um wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage nicht ausbezahltes Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Ein Betriebsteil, in dem die Klägerin beschäftigt war, sollte auf einen neuen Arbeitgeber im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB übergehen. Der Betriebserwerber wollte jedoch nicht mit den Forderungen der betroffenen Arbeitnehmer auf das rückständige Urlaubs- und Weihnachtsgeld konfrontiert werden und machte die Betriebsübernahme davon abhängig, dass der Betriebsveräußerer mit den Arbeitnehmer vereinbart, dass diese für den Fall des Betriebsübergangs auf ihre Forderungen

verzichten, was die Klägerin dann auch getan hat. Zwei Monate nach der Abgabe der Verzichtserklärung und nach dem Übergang des Betriebsteils focht die Arbeitnehmerin ihre Verzichtserklärung an und machte ihre Forderungen geltend.

Das LAG Sachsen gab der Klägerin recht, nachdem diese bereits beim Arbeitsgericht einen Teilerfolg erzielt hatte, stützte seine Auffassung dabei darauf, dass der Verzicht nach den Regeln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wegen unangemessener Benachteiligung im Rahmen einer Umgehung des § 613a BGB unwirksam war, weil die Klägerin keine Gegenleistung erhalten habe.

Das BAG gab dem LAG Sachsen im Ergebnis zwar recht, stellte jedoch klar, dass mit dem Verzicht die Hauptleistungspflicht selbst geregelt worden war, so dass der Verzichtsvertrag grundsätzlich keiner Inhaltskontrolle unterliegt. Der Verzichtsvertrag war aber wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) nichtig, weil § 613a BGB zwingendes Recht darstellt und der Betriebsübergang den Inhalt der Arbeitsverhältnisse nicht antasten soll. Hier war der entscheidende Grund für den Verzichtsvertrag aber der Betriebsübergang selbst, so dass ein Verstoß gegen den Schutzzweck des § 613a BGB vorlag.

#### Unwirksame Verdachtskündigung wegen fehlender Anhörung des Arbeitnehmers?

BAG, Urteil vom 23.06.2009 (2 AZR 474/07) = NZA 20/2009, 1136 ff. vom 26.10.2009

Der Arbeitgeber hatte dem Arbeitnehmer (u. a.) eine Verdachtskündigung ausgesprochen und hatte ihn zuvor nicht angehört. Nach den vom BAG aufgestellten Grundsätzen war diese Kündigung unwirksam. Der Arbeitgeber hatte zudem den Betriebsrat ausdrücklich nur zu einer Verdachtskündigung angehört, nicht zu einer Tat Kündigung. Die Betriebsratsanhörung war daher für eine Tat Kündigung nicht vollständig und

somit ebenfalls ein Unwirksamkeitsgrund für die Kündigung.

Nachdem der Arbeitnehmer in erster und zweiter Instanz gewonnen hatte, hat das BAG folgendes klargestellt und der Revision des Arbeitgebers stattgegeben sowie die Sache an das LAG zurückverwiesen:

Wenn der Arbeitgeber eine Verdachtskündigung ausspricht und den Arbeitnehmer nicht angehört hat, muss der

Richter immer auch prüfen, ob die vorgelegten Umstände nicht sogar eine Tat Kündigung rechtfertigen. Für den Fall, dass die Überzeugung von der Tatbegehung gewonnen werden kann, ist auch die Betriebsratsanhörung ordentlich erfolgt, wenn dem Betriebsrat ebenfalls alle Umstände dargelegt worden sind, die die Tat Kündigung gerechtfertigt hätten.

**Hinweis:** Eine ohne Anhörung des Arbeitnehmers ausgesprochene Verdachtskündigung ist unwirksam. So lautete der Satz bisher. Nun ist anzufügen: "..., wenn nicht im Prozess die Überzeugung erlangt werden kann, dass der Arbeitnehmer die Tat wirklich begangen hat."

### RECHTSTIPP

#### Die wirksame Abmahnung – Teil 4: Anzahl von Abmahnungen bis zur Kündigung (letzter Teil)

Wird eine Abmahnung ausgesprochen, soll der Arbeitnehmer die Möglichkeit erhalten, sich auf sein Fehlverhalten zu besinnen und gegebenenfalls sogar rechtlichen Rat einzuholen. Daher muss zwischen zwei Abmahnungen bzw. einer Abmahnung und anschließenden Kündigung wegen des gleichen pflichtwidrigen Verhaltens eine gewisse Zeitspanne liegen, die man allerdings kaum festlegen kann. Eine Woche wäre wohl regelmäßig ausreichend.

Vielfach hat man gehört, dass ein Arbeitgeber drei Abmahnungen brauche, bevor er kündigen könne. Eine solche Regel gibt es nicht, wengleich das BAG einmal einen *Einzelfall* so entschieden hatte. Je nach Grad der Schwere eines Fehlverhaltens kann es mehr oder weniger Abmahnungen

brauchen. Die Anzahl hängt auch davon ab, ob der Arbeitnehmer ein bereits abgemahntes Verhalten wiederholt, oder stets ganz unterschiedliche Vertragsverletzungen begeht. In ersterem Falle kann bereits eine Abmahnung ausreichen, in letzterem Falle kann es auch schon einmal acht Abmahnungen brauchen, bevor eine anschließende verhaltensbedingte Kündigung wirksam ist. Hier das richtige Maß zu finden, ist eine Gratwanderung zwischen Glück und Geschick. Daher lieber eine Abmahnung mehr als eine zu wenig.

Bei ganz schwerwiegenden Verstößen wie Diebstahl, rassistischer Beleidigung oder sexueller Belästigung wird eine Kündigung regelmäßig auch ohne vorherige Abmahnung zulässig sein.

Übrigens: Auch Arbeitnehmer müssen ihren Arbeitgeber abmahnen, bevor sie das Arbeitsverhältnis wegen arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen, zum Beispiel unterliegender Gehaltszahlung, wirksam fristlos kündigen können. Eine ohne vorherige Abmahnung ausgesprochene fristlose Kündigung des Arbeitnehmers könnte den Arbeitsgeber zu Schadensersatzansprüchen berechtigen.

*Ich hoffe, diese Serie über das Thema Abmahnung konnte Ihnen zusätzliche Kenntnis vermitteln oder vorhandene Kenntnisse auffrischen und war eine abwechslungsreiche und informative Lektüre.*

**Hinweis:** Wird schließlich eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen, ist zu wählen zwischen einer fristlosen (außerordentlichen) und einer fristgemäßen (ordentlichen) Kündigung. Eine fristlose Kündigung kann nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen, nachdem der Arbeitgeber von den zur Kündigung berechtigenden Umständen Kenntnis erlangt hat, ausgesprochen werden. In einer fristlosen Kündigung sollte immer auch hilfsweise für den Fall, dass die fristlose Kündigung unwirksam ist, eine fristgemäße Kündigung ausgesprochen werden, da nicht unbedingt immer eine Umdeutung durch das Arbeitsgericht stattfindet.

#### IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:  
Rechtsanwalt Stefan von Zdunowski  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Konstanzer Strasse 10  
10707 Berlin-Wilmersdorf  
[www.praxiswissen-arbeitsrecht.de](http://www.praxiswissen-arbeitsrecht.de)  
[info@praxiswissen-arbeitsrecht.de](mailto:info@praxiswissen-arbeitsrecht.de)