

# PA - PRAXISWISSEN ARBEITSRECHT

## Arbeitsrechtlicher Leitfaden zur Erweiterung und Vertiefung des arbeitsrechtlichen Praxiswissens

Liebe Leserinnen und Leser, herzlich willkommen.

Das Urteil beschäftigt sich mit einer Entscheidung aus dem Recht des Kündigungsschutzes und stammt diesmal "nur" von einem Instanzgericht. Das Thema Abmahnung wird im Rechtstipp mit den Teilen 1a (letzterer aus aktuellem Anlass) und 2 fortgesetzt.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen Ihr Stefan von Zdurowski

### KÜNDIGUNGSSCHUTZRECHT

#### Mit Leiharbeitnehmern besetzte Dauerarbeitsplätze sind freie Arbeitsplätze

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 03.03.2009 (12 Sa 2468/08)

Eine wichtige Entscheidung, die großes Problempotential für Arbeitgeber birgt: Wenn einem Arbeitnehmer eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen wird, stellt diese Kündigung nach dem "ultima ratio"-Grundsatz das letzte Mittel dar. Der Arbeitgeber muss also zunächst versucht haben, den Arbeitnehmer auf einer anderen freien Stelle im Betrieb oder sogar im Unternehmen (!) weiterzubeschäftigen. Gegebenenfalls ist auch eine Änderungskündigung einer Beendigungskündigung vorzuziehen, wenn eine Beschäftigung nur auf einem Arbeitsplatz möglich wäre, auf den der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus arbeits-

vertraglichen Gründen nicht einfach versetzen kann.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat nun wie auch später das LAG Hamm am 23.03.2009 (8 Sa 313/08) entschieden, dass ein Arbeitgeber, der Leiharbeitnehmer auf einem für die Stammbesellschaft geeigneten Arbeitsplatz (also einem Dauerarbeitsplatz) beschäftigt, zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung eines Stammmitarbeiters zunächst den Einsatz eines vergleichbaren Leiharbeitnehmers beenden muss. So hatte auch bereits das Arbeitsgericht Potsdam in erster Instanz entschieden und wurde nun bestätigt.

Da Leiharbeitnehmer zunehmend als flexible Alternative zu einer großen Stammbesellschaft gesehen werden, wird es künftig schwer werden, die Stammbesellschaft bei dringenden betrieblichen Gründen weiter zu reduzieren. Da außerdem in Unternehmen mit mehreren Standorten bzw. Betrieben die Suche nach einem freien Arbeitsplatz unternehmensweit auszuführen ist, wird dies für Arbeitgeber nicht nur unübersichtlich, sondern ermöglicht auch dem Betriebsrat im Rahmen der Mitbestimmung den Einwand, dass vorrangig Einsätze von Leiharbeitnehmern zu beenden sind.

### RECHTSTIPP

#### Die wirksame Abmahnung – Teil 1a: Warnung durch formell unwirksame Abmahnung

Aus aktuellem Anlass wird der Folge ein ursprünglich nicht geplanter Teil 1a zugefügt: Das BAG hat mit Urteil vom 19.02.2009 (2 AZR 603/07, veröffentlicht in NZA 16/2009 vom 26.08.2009) entschieden, dass auch eine formell unwirksame Abmahnung die Warnfunktion erfüllen kann, wenn der Arbeitnehmer der Abmahnung entnehmen konnte, dass der Arbeitgeber im Wiederholungsfall die Kündigung erwäge. Denn aus der formellen Unwirksamkeit der Abmahnung könne der Arbeitnehmer nicht schließen, dass der Arbeitgeber das abgemahnte Verhalten billige. Im entschiedenen Fall hatte ein Arbeitsgericht in einem vorgelagerten Rechtsstreit sogar entschieden, dass die Abmahnungen des Arbeitgebers aus der Personalakte zu entfernen seien.

Dennoch konnten diese Abmahnungen nun auch zur Begründung der verhaltensbedingten Kündigung herangezogen werden.

Die Entscheidung ist allerdings nur eingeschränkt relevant, da eine Abmahnung nur dann *formell* unwirksam sein kann, wenn formelle Kriterien für die Erteilung einer Abmahnung auf das Arbeitsverhältnis angewandt werden können. Dies kann zum Beispiel im Bereich von Tarifverträgen der Fall sein. Im entschiedenen Fall des BAG war auf das Arbeitsverhältnis der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) anwendbar, der in § 13 Abs. 2 solche Kriterien aufstellt. Diese waren vorliegend verletzt, so dass es bei der Entscheidung, ob die Abmahnungen aus der Personalakte zu entfernen waren, nicht mehr auf die materielle

Berechtigung der Abmahnung, also die Richtigkeit der darin erhobenen Vorwürfe, ankam.

Wenn die in Teil 1 dieser Serie über die wirksame Abmahnung in PA 04/2009 dargestellten notwendigen Inhalte einer Abmahnung nicht enthalten sind, ist die Abmahnung nicht formell, sondern *materiell* unwirksam, so dass diese dann auch nach der Rechtsprechung des BAG nicht mehr für eine spätere Kündigung herangezogen werden könnte, selbst wenn die Warnfunktion erfüllt worden sein sollte.

#### Die wirksame Abmahnung – Teil 2: Fristen

Das letzte Mal wurde der notwendige Inhalt einer Abmahnung erläutert. Für den Ausspruch einer Abmahnung gibt es keine Frist. Eine Abmahnung kann theoretisch auch noch Wochen und Monate nach dem auslösenden Verhalten des Arbeitnehmers ausgesprochen werden. Je länger der Vorfall zurückliegt, desto schwieriger mag es indes für den Arbeitnehmer – und den Arbeitgeber – werden, sich an den konkreten Sachverhalt zu erinnern. Auch ist zu berücksichtigen, dass dem

Arbeitnehmer möglicherweise Beweismittel abgeschnitten werden, wenn ein Vorfall für ihn zunächst folgenlos zu bleiben scheint. Die Abmahnung wird also mit zunehmendem Zeitablauf "wackliger", was die spätere gerichtliche Bewertung der Wirksamkeit angeht.

Ebenso wie es keine Frist für die Erteilung der Abmahnung gibt, existiert auch keine Frist für den Angriff einer Abmahnung. Der Arbeitnehmer kann die Abmahnung daher auch noch

Wochen, Monate und sogar Jahre später erfolgreich angreifen. Tatsächlich wird es für den Arbeitnehmer sogar geschickter sein, gegen die Abmahnung(en) erst im Rahmen eines Kündigungsschutzrechtsstreits vorzugehen. Denn mit zunehmendem Zeitablauf wird es auch für den Arbeitgeber schwieriger werden, das Verhalten des Arbeitnehmers zu beweisen. Hierzu mehr in Teil 3 in PA 06/2009.

**Hinweis:** Eine Abmahnung wird regelmäßig nach Ablauf von zwei Jahren wirkungslos, das heißt, dass die Abmahnung dann nicht mehr zur Begründung einer verhaltensbedingten Kündigung herangezogen werden kann. Ob sie damit auch gleich aus der Personalakte zu entfernen ist, ist umstritten. Die Frist für den Eintritt der Wirkungslosigkeit kann bei sehr geringfügigen arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen, die an der Schwelle zur bloßen Rüge stehen, auch nur ein Jahr betragen. Bei schweren Verfehlungen kann die Abmahnung indes auch erst nach drei Jahren wirkungslos werden. Die Frist hängt jeweils vom Einzelfall ab.

#### IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:  
Rechtsanwalt Stefan von Zdurowski  
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)