

PA – Praxiswissen Arbeitsrecht

Liebe Leserinnen und Leser,

die 8. Ausgabe 2011 berichtet über ein beim EuGH anhängiges Verfahren, welches bereits in den PA 07/2010 sowie 04/2011 thematisiert wurde. Außerdem wird ein Aspekt einer Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg zu den Voraussetzungen einer Verdachtskündigung vorgestellt. Schließlich geht es noch um ein ganz heißes Eisen: Die Kündigung wegen Leistungsmängeln, mit der sich das LAG München beschäftigt hat.

Ich wünsche Ihnen wie immer eine informative Lektüre,

Ihr Stefan von Zduowski, Fachanwalt für Arbeitsrecht.

Generalanwältin beim EuGH plädiert gegen das unbegrenzte Ansammeln von Urlaub und für eine Verfallfrist von 18 Monaten NJW-Spezial 15/2011 vom 28.07.2011

Die nach Aussetzung des Verfahrens beim LAG Hamm und Vorlage beim EuGH (s. PA 07/2010) zunächst für den 3. Mai 2011 mit Spannung erwartete Entscheidung (s. PA 04/2011) zu der Frage, ob Urlaub bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit unbegrenzt angesammelt werden kann, ist noch nicht gefallen.

Aber die zuständige Generalanwältin hat in ihrem Schlussantrag die Auffassung vertreten, dass die Arbeitszeit-

gestaltungsrichtlinie 2003/88/EG keine Verpflichtung enthält, kranken Arbeitnehmern das unbegrenzte Ansammeln von Urlaubs- oder Urlaubsabgeltungsansprüchen zu ermöglichen. Sie hält eine Verfallfrist von 18 Monaten für zulässig, will eine solche Regelung jedoch den Mitgliedstaaten überlassen. Wenn die Generalanwältin sich durchsetzt und der EuGH entsprechend entscheiden sollte, wird fraglich sein, wie dies daraufhin im nationalen Recht

gehandhabt werden wird. Denkbar wäre, dass ein Verfall erst eintritt, wenn Deutschland eine entsprechende gesetzliche Regelung im Bundesurlaubs-gesetz etabliert hat. Denkbar wäre aber auch, dass das BAG bereits vor Schaffung einer gesetzlichen Regelung – sofern diese dann überhaupt kommt – im Wege der Rechtsfortbildung eine angemessene Frist festlegt. In beiden Fällen wird fraglich sein, wie mit Alt-fällen umgegangen wird.

Unter Vorwand ausgesprochene Einladung zur Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.12.2010 (2 Sa 2022/10), Betriebs-Berater 24/2011 vom 14.06.2011

Das LAG Berlin-Brandenburg hat sich zunächst mit dem Prüfungsschema bei der Verdachtskündigung beschäftigt: Demnach ist zu prüfen, ob eine in ihren Einzelheiten genau umrissene Straftat oder vergleichbare Pflichtwidrigkeit durch Darlegung eines konkreten Handlungsablaufs vom Arbeitgeber vorgetragen und gegebenenfalls unter Beweis gestellt wurde und sich hieraus ein dringender Tatverdacht ergibt. Eine Summe von Taten, die in ihren Einzelheiten jedoch nicht abgegrenzt sind, genügt nicht.

Sodann hat sich das Gericht mit den Voraussetzungen einer Anhörung beschäftigt, die bei einer Verdachtskündigung zu ihrer Wirksamkeit

zwingend vorgenommen werden muss: Demnach ist eine solche konstitutive Anhörung nicht ordnungsgemäß erfolgt, wenn der Arbeitnehmer zu dem Gespräch unter dem Vorwand bestellt worden ist, dass es sich um ein Gespräch über die Übernahme zusätzlicher Schichten handele. Eine hiernach ausgesprochene Verdachtskündigung ist unwirksam.

Die Entscheidung ist von praktischer Relevanz, weil häufig festgestellt werden kann, dass Arbeitnehmer zu Anhörungsgesprächen nicht erscheinen, wenn sie erfahren, worüber gesprochen werden soll. Nicht wenige Arbeitgeber neigen daher dazu, solche Termine unter anderen Vorwänden

anzusetzen, damit sich der Arbeitnehmer dem nicht entzieht. Wenn die Anhörung nicht zeitnah vorgenommen werden kann, weil der Arbeitnehmer sich zum Beispiel nach Einladung zu einer Anhörung wegen eines bestimmten Tatverdachts "krank meldet", ist eine schriftliche Anhörung vorzunehmen, bei der dem Arbeitnehmer eine angemessene Frist zur Beantwortung zu setzen ist. Wie die Entscheidung zeigt, würde der leichtere Weg, dem Arbeitnehmer einen harmlosen Anlass für ein Gespräch vorzugaukeln, jedoch die Wirksamkeit der Kündigung aufs Spiel setzen.

Nur wenn er nicht dasjenige tut, was er soll, und zwar so gut, wie er kann!

LAG München, Urteil vom 03.03.2011 (3 Sa 764/10), schnellbrief Arbeitsrecht 12/2011

In der Praxis stellt sich Arbeitgebern immer wieder die Frage, unter welchen Bedingungen einem Arbeitnehmer eine Kündigung wegen Leistungsmängeln bzw. unterdurchschnittlicher Leistung oder Minderleistung ausgesprochen werden kann. Im vorliegenden Fall hat das LAG München sogar festgestellt, dass die Arbeitnehmerin erhebliche qualitative Fehler begangen hat und damit eine deutliche Minderleistung abgeliefert hat. Dennoch hat das Gericht die Kündigung für unwirksam erklärt und dabei ausgeführt, dass die Auflistung objektiver Fehlleistungen nicht ausreicht, um eine hierauf

gestützte Kündigung zu rechtfertigen, und zwar selbst dann nicht, wenn es sich um gravierende Fehler handelt, die zu erheblichen betrieblichen Schäden oder Störungen führen können.

Für die Wirksamkeit einer solchen Kündigung komme es vielmehr darauf an, dass der Arbeitnehmer nicht dasjenige tut, was er soll, und zwar so gut, wie er es kann. Letztlich entspricht dies der ständigen Rechtsprechung des BAG, wonach es stets auf die *individuelle Leistungsfähigkeit* eines Arbeitnehmers ankommt. Zwar ist damit nicht gemeint, dass der Arbeitnehmer berechtigt sei, die Qualität und den

Umfang seiner Leistung selbst zu bestimmen. Jedoch muss er seine Arbeit *unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit* erbringen (höchstens in "mittlerer Art und Güte"), was am Ende freilich noch immer zu unterdurchschnittlichen Leistungen führen kann.

Neben der Auflistung von Art, Dauer, Schwere, Häufigkeit und Folgen der Fehler bedarf es daher auch der Ermittlung, ob die Arbeitsleistung überhaupt die durchschnittliche Fehlerquote bei vergleichbaren Tätigkeiten im Betrieb überschreitet.

HINWEIS: Um Kündigungen wegen Minderleistungen zu ermöglichen, müssen frühzeitig Vergleichsgruppen im Betrieb ermittelt und muss das Leistungsverhalten der darin enthaltenen Arbeitnehmern entsprechend dokumentiert werden. Außerdem sollten Mitarbeitergespräche geführt werden, in denen leistungsschwachen Arbeitnehmern ihre unterdurchschnittlichen Leistungen vor Augen geführt und die erforderlichen Verbesserungen besprochen werden. Wenn die Leistungen sich nicht in vorgegebenen Zeiträumen verbessern, sind gegebenenfalls Abmahnungen auszusprechen.

IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:
Rechtsanwalt Stefan von Zduowski
Fachanwalt für Arbeitsrecht
SSP Schiessl Rechtsanwälte
Leibnizstrasse 53
10629 Berlin-Charlottenburg
www.praxiswissen-arbeitsrecht.de
info@praxiswissen-arbeitsrecht.de