

jetzt kostenlos
abonnieren unter:
ar.aktuell@bme-law.de

Observation von arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmern zulässig?

Fachanwalt für Arbeitsrecht Lars Wenzel



Lars Wenzel ist bei Blanke Meier Evers für die Bereiche Arbeitsrecht, Vertragsrecht sowie Recht der Erneuerbaren Energien tätig.

Ist ein Arbeitnehmer (AN) arbeitsunfähig erkrankt, hat dieser grds. einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem Entgeltfortzahlungsg. Nicht zuletzt aus diesem Grund – schließlich kann die vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit auch einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen – haben Arbeitgeber (AG) regelmäßig ein gesteigertes Interesse daran, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, ob die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich besteht oder nur vorgetäuscht wurde. Um hier für Aufklärung zu sorgen – ggf. liegt auch eine Straftat in Form des Betrugs vor –, kommt es vor, dass AG einen Privatdetektiv mit der Observation des AN beauftragen. Da sich die Observation regelmäßig nicht auf die reine Beobachtung beschränken wird, sondern auch Foto- oder Videoaufnahmen angefertigt werden, um entsprechende Beweismittel zur Verfügung zu haben, stellt sich die Frage, ob hierdurch in unzulässiger Weise in das Recht am eigenen Bild, welches Teil des grundgesetzlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist (Art.1 Abs.1 GG i.V.m. Art.2 Abs.1 GG), eingegriffen wird.

Nach der Rechtsprechung des BAG wird das Recht am eigenen Bild nicht schrankenlos gewährt. Machen es schutzwürdige rechtliche Interessen des AG erforderlich, in dieses Recht einzugreifen, kann dieser Eingriff zulässig sein, wenn er auf das notwendige Maß beschränkt ist. Danach kann es zulässig sein, öffentliche Verkaufsräume zur Verhinderung oder Aufdeckung

von Straftaten, die durch Kunden oder AN begangen werden können, durch Videokameras zu überwachen. Voraussetzung ist jedoch, dass auf die Videoüberwachung in geeigneter Weise hingewiesen wird. Zu beachten ist ferner, dass der Betriebsrat in eine solche Überwachung zuvor eingewilligt haben muss (§ 87 Abs.1 Nr.6 BetrVG). Diese Rechtsprechung hat zwischenzeitlich auch Einzug in § 32 Abs. 1 S. 2 des Bundesdatenschutzgesetzes gefunden:

„Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.“

Bei der Observation geht es um die gezielte Überwachung eines AN im privaten Bereich, womit nicht unerheblich in dessen Privatsphäre eingegriffen wird. Ob und wann dieser Eingriff zulässig ist, hatte vor kurzem das BAG zu entscheiden (BAG, Urteil vom 19.02.2015, 8 AZR 1007/13 – bisher nur als Pressemitteilung veröffentlicht). In diesem Fall war die Klägerin ab dem 27. Dezember 2011 arbeitsunfähig erkrankt, zunächst mit Bronchialerkrankungen. Für die Zeit bis 28. Februar 2012 legte sie nacheinander sechs Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor, zuerst vier eines Facharztes für Allgemeinmedizin, dann ab 31. Januar 2012 zwei einer Fachärztin für Orthopädie. Die Beklagte bezweifelte den zuletzt telefonisch mitgeteilten Bandscheibenvorfall und beauftragte einen Privatdetektiv mit der Observation der Klägerin. Beobachtet wurden u.a. das Haus der Klägerin, sie und ihr Mann mit Hund vor dem Haus und der Besuch der Klägerin in einem Waschsalon. Dabei wurden auch Videoaufnahmen erstellt. Die Klägerin hält die Beauftragung der Observation einschließlich der Video-

Sehr geehrte Damen und Herren,

die aktuelle Ausgabe unseres Rundbriefes eröffnen wir mit der freudigen Mitteilung, dass Herr Rechtsanwalt Wenzel kürzlich die Fachanwaltschaft für Arbeitsrecht erworben hat. Unsere Artikel befassen sich zum einen mit dem seit Anfang des Jahres geltenden „Mindestlohngesetz“ und zum anderen mit der „Observation von arbeitsunfähig erkrankten Mitarbeitern“.

Ihr Dr. Olaf Lampke
(Fachanwalt für Arbeitsrecht)

aufnahmen für rechtswidrig und forderte ein Schmerzensgeld in Höhe von Euro 10.500,00. Das LAG Hamm hat der Klage in Höhe von Euro 1.000,00 stattgegeben. Die Revisionen beider Parteien blieben vor dem 8. Senat des BAG ohne Erfolg. Die Observation einschließlich der heimlichen Aufnahmen sei rechtswidrig. Der AG habe keinen berechtigten Anlass zur Überwachung. Der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei weder dadurch erschüttert, dass sie von unterschiedlichen Ärzten stammten, noch durch eine Änderung im Krankheitsbild oder weil ein Bandscheibenvorfall zunächst hausärztlich behandelt worden war. Es war nicht zu entscheiden, wie Videoaufnahmen zu beurteilen sind, wenn ein berechtigter Anlass zur Überwachung gegeben ist.

Mit der vorgenannten Entscheidung festigt das BAG seine bisherige Rechtsprechung und schafft Klarheit darüber, unter welchen Umständen ein AN observiert werden darf. So muss ein konkreter und hinreichender Verdacht gegen den AN vorliegen. Maßgeblich sind dabei die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Um herauszufinden, ob der Eingriff auch verhältnismäßig ist, sind das Aufklärungsinteresse des AG und die mit dem Eingriff einhergehende Persönlichkeitsrechtsverletzung des AN sorgfältig gegeneinander abzuwägen, was in Abstimmung mit einem arbeitsrechtlich versierten Rechtsanwalt geschehen sollte, will sich der AG nicht Schadensersatzansprüchen des AN ausgesetzt sehen, die im vorliegenden Fall mit Euro 1.000,00 eher am unteren Ende der Entschädigungsskala angesiedelt sind.



Gesetzlicher Mindestlohn

Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Olaf Lampke

Seit dem 1. Januar 2015 gilt in Deutschland ein gesetzlicher Mindestlohn in Höhe von Euro 8,50 brutto pro Stunde. Im Folgenden soll kurz der Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes und die Rechtsfolgen bei nicht gezahltem Mindestlohn aufgezeigt werden.

Grundsätzlich gilt der Mindestlohn gemäß § 22 MiLoG für alle Arbeitnehmer. Auch Praktikanten sind als Arbeitnehmer im Sinne des MiLoG anzusehen. Hierbei ist jedoch zu unterscheiden, ob es sich im jeweiligen Fall um ein Pflicht- oder um ein freiwilliges Praktikum handelt. Sofern das zu leistende Praktikum gesetzlich vorgeschrieben ist, besteht keine Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns. Das gilt unabhängig davon, über welchen Zeitraum sich das Praktikum erstreckt. Anders verhält es sich bei freiwilligen Praktika. Frei-

willigen Praktikanten ist nur dann nicht der Mindestlohn zu zahlen, wenn das Praktikum nicht die Dauer von drei Monaten überschreitet. Sofern ein freiwilliges Praktikum länger als drei Monate andauert, ist noch nicht geklärt, zu welchem Zeitpunkt die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns einsetzt (vom ersten Tag an oder erst nach Ablauf von drei Monaten). Die wohl herrschende Meinung vertritt die Ansicht, dass die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns erst nach Ablauf des festgesetzten Zeitraums von drei Monaten entsteht. Vom Anwendungsbereich des MiLoG sind weiterhin Langzeitarbeitslose, d. h. Personen, die mindestens ein Jahr arbeitslos sind, sowie Personen unter 18 Jahren ohne Berufsausbildung ausgenommen. Weiterhin gilt der Mindestlohn (natürlich) nicht für Azubis sowie ehrenamtlich Tätige. Schließlich finden sich in dem Gesetz Übergangsvorschriften für allgemeinverbindliche



“

Dr. Olaf Lampke ist bei Blanke Meier Evers für die Bereiche Kollektives und Individuelles Arbeitsrecht sowie Vertragsrecht zuständig.

Tarifverträge, in denen niedrigere Entgeltgruppen vereinbart worden sind sowie für Zeitungszusteller.

Gemäß § 3 MiLoG sind Vereinbarungen zwischen den Parteien, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten, unwirksam. Das bedeutet, dass der geschlossene Vertrag zwischen den Parteien gültig bleibt, der Arbeitnehmer jedoch einen Aufsto-

Aktuelle Rechtsprechung

Auszubildende haften nicht privilegiert
BAG, Urteil vom 19. März 2015 – 8 AZR 67/14

Sachverhalt/Entscheidung:

Der Kläger und der Beklagte waren als Auszubildende bei einer Firma beschäftigt, die einen Kfz-Handel mit Werkstatt und Lager betreibt. Am Morgen des 24. Februar 2011 arbeitete der damals 19-jährige Beklagte an der Wuchtmaschine. Der Beklagte warf ohne Vorwarnung mit vom Kläger abgewandter Körperhaltung ein ca. 10 g schweres Wuchtgewicht hinter sich. Dieses traf den Kläger am linken Auge, am Augenlid und an der linken Schläfe. Der Kläger musste sich mehrfach Untersuchungen und Eingriffen unterziehen, wobei eine Kunstlinse eingesetzt wurde; Einschränkungen aufgrund einer Hornhautnarbe verblieben dauerhaft. Das Landesarbeitsgericht verurteilte den Beklagten wegen schuldhaften Handelns zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von Euro 25.000,00.

Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des BAG seien die Voraussetzungen des Haftungsausschlusses nach §§ 105 Abs. 1 und 106 Abs. 1 SGB VII nicht erfüllt, da der Wurf schon nicht betrieblich veranlasst gewesen sei. Auch rechtfertige das geringe Alter des Beklagten keine andere Beurteilung.

Fazit:

Verursacht ein Arbeitnehmer bei einem anderen Arbeitnehmer einen Personenschaden, haftet dieser grundsätzlich nur dann, wenn der Arbeitsunfall vorsätzlich oder auf einem versicherten Weg herbeigeführt wurde. Der Arbeitnehmer wird gemäß § 105 SGB VII zudem von seiner

Haftung vollständig befreit, wenn sich der Schaden im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit und auch nur fahrlässig ereignete. Betrieblich veranlasst sind Handlungen, die mit der Verrichtung einer Arbeitsleistung im Betrieb in einem Zusammenhang stehen. Da das Werfen mit einem Gewicht in keinerlei Zusammenhang mit der Arbeitsleistung im Betrieb steht, ist der Entscheidung des BAG zuzustimmen. Ferner ist es richtig und konsequent, während der Arbeit verübte Körperverletzungen altersunabhängig zu bewerten.

Urlaubsdauer - Staffelung nach dem Alter?

BAG, Urteil vom 21. Oktober 2014 – 9 AZR 956/12

Sachverhalt / Entscheidung:

In Anlehnung an den Manteltarifvertrag der Schuhindustrie gewährt die nichttarifgebundene Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmern in der Produktion nach Vollenendung des 58. Lebensjahres freiwillig einen zweitätigen Mehrurlaub. Die 54-jährige Klägerin fühlte sich deswegen gegenüber ihren älteren Kollegen unberechtigt wegen ihres jüngeren Alters benachteiligt und erhob Klage auf Feststellung, dass ihr, ebenso wie den älteren Arbeitnehmern, zwei Urlaubstage pro Jahr mehr zustünden. Das BAG hat die Klage abgewiesen, da die Urlaubsregelung die Mitarbeiterin nicht aufgrund ihres Alters diskriminiert. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist gemäß § 10 AGG zulässig, wenn die Ungleichbehandlung durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Das BAG hat diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall bejaht: Bei der Fertigung von Schuhen müssten die Arbeitnehmer körperlich ermüdende und schwere Arbeit leisten.

Da ältere Arbeitnehmer jedenfalls bei körperlich anstrengender Arbeit ein erhöhtes Urlaubsbedürfnis hätten, seien zwei zusätzliche Urlaubstage für über 58-Jährige ein objektiv angemessenes und betrieblich probates Mittel zum Schutz dieser älteren Beschäftigten. Da auch der (mangels Tarifbindung auf die Arbeitsvertragsbeziehung nicht anwendbare) Tarifvertrag der Schuhindustrie ab dem 58. Lebensjahr zwei Tage mehr Urlaub pro Jahr vorsehe, sei die Wertung der Arbeitgeberin nicht zu beanstanden.

Fazit:

Trotz der in diesem Fall positiven Entscheidung für den Arbeitgeber ist von einer altersabhängigen Urlaubsstaffelung dringend abzuraten. Im Jahre 2012 hat das BAG eine Urlaubsstaffelung nach dem Alter im Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst als altersdiskriminierend verworfen. In dem seinerzeit entschiedenen Fall war nicht erkennbar, dass mit der vorgesehenen Erhöhung des Urlaubsanspruchs bereits ab dem 30. bzw. 40. Lebensjahr dem Gesundheitsschutz älterer Mitarbeiter Rechnung getragen werden sollte. Insoweit verbleiben in der Praxis wesentliche Fragen offen: Zum einen ist unklar, ob die Rechtsprechung auch außerhalb der unbestritten anstrengenden körperlichen Tätigkeit in der Produktion (etwa bei reiner Büroarbeit) ein gesteigertes Erholungsbedürfnis älterer Arbeitnehmer anerkennt. Weiterhin bleibt unklar, wo das BAG konkret die Grenze zwischen jüngeren und älteren Arbeitnehmern zieht. Insofern ist nicht sicher, ob das BAG auch dann für den Arbeitgeber entschieden hätte, sofern beim zusätzlichen Urlaub nicht erst auf das 58., sondern z.B. auf das 50. Lebensjahr abgestellt worden wäre. Wollen Arbeitgeber langgediente (und dann zumeist auch ältere Arbeitnehmer) mit Zusatzurlaub bedenken, dann sollte viel-

ckungsanspruch hinsichtlich der Vergütung auf Euro 8,50 brutto je Zeitstunde erhält.

Die Nichtzahlung des Mindestlohns führt nicht nur zu Ansprüchen des Arbeitnehmers auf Nachzahlung, vielmehr handelt der Arbeitgeber nach § 21 MiLoG ordnungswidrig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns verstößt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu Euro 500.000,00 geahndet werden. Hinzu tritt gemäß § 19 MiLoG ein Ausschluss von öffentlichen Aufträgen für angemessene Zeit. Für Arbeitgeber, die stark von öffentlichen Aufträgen abhängig sind, kann diese Norm durchaus existenzbedrohliche Folgen haben.

Die Haftung des Arbeitgebers beschränkt sich nicht auf die Arbeitnehmer des eigenen Unternehmens, vielmehr nimmt der Gesetzgeber auch diejenigen Unternehmen in die Pflicht, die zur Erfüllung ihrer Leistungspflichten Subunternehmer oder

Arbeitnehmer-Verleihunternehmen heranziehen. Gemäß § 13 MiLoG, der auf § 14 AEntG verweist, haftet der Auftraggeber dem betroffenen Arbeitnehmer, der den Mindestlohn von seinem Arbeitgeber nicht erhalten hat, wie ein Bürge, der die auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Daher sind Unternehmen, die sich Subunternehmer bedienen, gut beraten, in den Vertrag mit dem Subunternehmer eine Regelung aufzunehmen, derzufolge sich der Subunternehmer zur Einhaltung aller gesetzlichen Mindestlohnverpflichtungen verpflichtet.

Für einen erheblichen bürokratischen Aufwand sorgt die in § 17 MiLoG enthaltene Dokumentationspflicht des Arbeitgebers. Arbeitgeber, die geringfügig Beschäftigte oder Arbeitnehmer in den in § 2a des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Wirtschaftszweigen beschäftigen (hierzu gehören das Bau-, das Gaststätten- und das Reinigungsgewerbe, die Fleischwirtschaft sowie Unternehmen,

die sich am Auf- und Abbau von Messen und Veranstaltungen beteiligen), sind verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren. Lediglich die Arbeitszeiten von Arbeitnehmern mit einem monatlichen Gehalt in Höhe von mehr als Euro 2.958,00 brutto müssen nicht erfasst werden. Der Verstoß gegen die Aufzeichnungspflicht kann mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu Euro 30.000,00 geahndet werden. Die Koalition hat angekündigt, die Dokumentationspflicht noch einmal zu überprüfen. Es bleibt zu hoffen, dass zumindest die Einkommensgrenze der Arbeitnehmer, bei denen dokumentiert werden muss, erheblich abgesenkt wird, da ein Verstoß gegen die Zahlung des Mindestlohns schon bei einem Verdienst von monatlich mehr als Euro 2.000,00 brutto schlichtweg nicht möglich ist.

mehr eine Anknüpfung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit erfolgen.

Befristung des Arbeitsvertrags mit einem Profifußballer nur im Rahmen des TzBfG zulässig
ArbG Mainz, Urteil vom 19. März 2015 – 3 Ca 1197/14

Sachverhalt/Entscheidung:

Der Kläger war bei dem beklagten Fußballbundesligaverein zunächst aufgrund eines auf drei Jahre befristeten Vertrags als Lizenzfußballspieler beschäftigt. Unmittelbar anschließend schlossen die Parteien im Sommer 2012 erneut einen auf zwei Jahre befristeten Vertrag. Der beklagte Verein macht geltend, mit dem zu diesem Zeitpunkt bereits 34jährigen Spieler habe er aufgrund der Ungewissheit der Leistungserwartung keinen unbefristeten Vertrag geschlossen und verweist auf die Branchenüblichkeit.

Die von dem Sportler erhobene Klage auf Feststellung des Fortbestandes als unbefristetes Arbeitsverhältnis hatte vor dem Arbeitsgericht Mainz Erfolg. Eine Befristung ohne Sachgrund komme wegen der Überschreitung der Höchstbefristungsdauer von zwei Jahren nicht mehr in Betracht. Der zuletzt geschlossene Arbeitsvertrag dürfe auch nicht wegen eines Sachgrundes befristet werden. Liegen andere Sachgründe - etwa in der Person aufgrund des eigenen Wunsches des Profisportlers - nicht vor, so rechtfertige die Ungewissheit der zukünftigen Leistungsentwicklung auch im Profisport nicht die Befristung des Arbeitsverhältnisses. Auch die Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Spitzensportler sei nur nach Maßgabe des § 14 TzBfG zulässig. Die Eigenart der Arbeitsleistung als Profifußballspieler rechtfertige als solche nicht eine Befristung des Vertrags.

Fazit:

Diese nicht rechtskräftige Entscheidung hat gerade in der Fußballwelt für viel Aufsehen gesorgt. Sollte dieses Urteil in Rechtskraft erwachsen, wären die dort aufgestellten Grundsätze auf alle Sportler anderer Sportarten anzuwenden. Die Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor. Der Beklagte, der FSV Mainz 05 e.V., hat bereits angekündigt, Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts einzulegen, sodass abzuwarten bleibt, ob das Landesarbeitsgericht die Entscheidung bestätigen wird. Der Regelkatalog des § 14 TzBfG ist zwar nicht abschließend. Auf den ersten Blick aber lässt sich der Tatbestand „Ungewissheit der zukünftigen Leistungsentwicklung“ aber nicht ohne Weiteres unter einen der gesetzlichen normierten Sachgründe fassen. In Betracht kommen wohl allenfalls die Tatbestände des § 14 Abs. 1 Nr. 4 (die Eigenart der Arbeitsleistung) oder der Nr. 6 (in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe). Würde die „Ungewissheit der zukünftigen Leistungsentwicklung“ allerdings als Sachgrund ausreichen, so ließe sich mit dieser Begründung so ziemlich jedes Arbeitsverhältnis - nicht nur das eines Sportlers - sachlich befristet. Dies wäre unseres Erachtens jedoch zu weitreichend. Ob die Branchenüblichkeit und Besonderheiten des Profisports einen Sachgrund im Sinne des TzBfG darstellen, bedarf somit der konkreten Prüfung und Bewertung im Einzelfall.

Ist durchschnittlich gut? Update zum Zeugnisberichtigungsanspruch
BAG, Urteil vom 18. November 2014 – 9 AZR 584/13

Sachverhalt / Entscheidung:

Die Beklagte hat der klagenden Arbeitnehmerin ein Zeugnis mit der Gesamtnote „befriedigend“ („zur vollen Zufrie-

denheit“) erteilt. Die Arbeitnehmerin hat auf die Erteilung der Gesamtnote „gut“ („stets zur vollen Zufriedenheit“) geklagt. Die Vorinstanz, das LAG Berlin-Brandenburg, hat der Klage stattgegeben. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf eine durchschnittliche Bewertung, wenn der Arbeitgeber Leistungsdefizite des Arbeitnehmer nicht darlegt und beweist. Bisher wurde ein „befriedigend“ als durchschnittliche Leistung angesehen, dies - so das LAG Berlin-Brandenburg - dürfe jedoch nicht weiter aufrechterhalten werden, da laut einer Studie ca. 86% der Zeugnisse eine „gute“ bis „sehr gute“ Bewertung enthielten. Dies führe dazu, dass künftig die Note „gut“ eine durchschnittliche Bewertung darstelle. Da der Arbeitgeber im konkreten Fall keine Defizite der Arbeitnehmerin habe nachweisen können, habe die Arbeitnehmerin einen Anspruch auf eine durchschnittliche, d.h. eine „gute“ Leistungsbeurteilung. Die Revision des Arbeitgebers vor dem BAG hatte Erfolg. Eine durchschnittliche Bewertung sei ein „befriedigend“ und kein „gut“. Hieran ändere auch die Studie nichts, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass auch Gefälligkeitszeugnisse in die Untersuchungen eingegangen seien, die dem Wahrheitsgebot des Zeugnisrechts nicht entsprechen.

Fazit:

Wir hatten in unserem Newsletter aus dem Februar 2014 über das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg berichtet. Es ist zu begrüßen, dass das BAG gegengesteuert hat. Sofern das BAG dem vorinstanzlichen Urteil gefolgt wäre, wäre der Aussagegehalt von Zeugnissen weiter gesunken, da Arbeitgeber künftig wohl kaum eine schlechtere Note als „gut“ vergeben hätten, um Zeugnisberichtigungsklagen zu vermeiden. So aber bleibt es dabei, dass eine durchschnittliche Leistung weiterhin

eine befriedigende Leistung ist. Sofern der Arbeitnehmer eine bessere Beurteilung haben möchte, trägt er insoweit die Darlegungs- und Beweislast. Möchte der Arbeitgeber eine schlechtere Note als ein „befriedigend“ vergeben, so muss er etwaige Leistungsmängel des Arbeitnehmers darlegen und beweisen.

Fristlose Kündigung wegen sexueller Belästigung kein „Selbstgänger“
BAG, Urteil vom 20. November 2014 – 2 AZR 651/13

Sachverhalt/Entscheidung:

Der Kläger ist bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin seit 1996 als Kfz-Mechaniker tätig. Am 27. Juli 2012 betrat der Kläger die Sozialräume der Beklagten, um sich umzuziehen. Er traf dort auf die ihm bislang unbekannte Mitarbeiterin (M.) eines externen Reinigungsunternehmens. Der Kläger und M. führten sodann ein Gespräch, in dessen Verlauf der Kläger zu M. sagte, dass sie einen schönen Busen habe und berührte sie an einer Brust. M. erklärte, dass sie dies nicht wünsche. Der Kläger ließ sofort von ihr ab. M. schilderte den Vorfall später ihrem Arbeitgeber, der seinerseits an die Beklagte herantrat. Am 31. Juli 2012 bat die Beklagte den Kläger zu einem Gespräch. Er gestand den Vorfall ein und erklärte, er habe sich eine Sekunde lang vergessen. „Die Sache“ tue ihm furchtbar leid. Er schäme sich, so etwas werde sich nicht wiederholen. Mit Schreiben vom 31. Juli 2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. In der Folge richtete der Kläger ein Entschuldigungsschreiben an M. Er führte mit ihr unter Zahlung eines Schmerzensgelds einen Täter-Opfer-Ausgleich herbei. M. nahm seine Entschuldigung an und versicherte, die Angelegenheit sei damit für sie erledigt. Im sich an die Kündigung anschließenden Kündigungsrechtsstreit trug der Kläger vor, er habe den Eindruck gehabt, M. habe mit ihm geflirtet. Dann sei es zu einem plötzlichen „Blackout“ gekommen und er habe sich zu dem im Rückblick unverständlichen Übergriff hinreißen

lassen. Die Beklagte vertrat hingegen die Auffassung, der Kläger habe durch seine Bemerkung und die anschließende Berührung zwei eigenständige sexuelle Belästigungen begangen. Aufgrund der Schwere der Pflichtverletzungen sei die fristlose Kündigung gerechtfertigt. Nachdem das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hatte, gab das Landesarbeitsgericht ihr statt. Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG stelle nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Sie sei „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs.1 BGB geeignet. Ob sie im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, sei jedoch abhängig von den Umständen des Einzelfalls, u.a. von ihrem Umfang und ihrer Intensität. Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, sei in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Vorliegend habe nach Ansicht des BAG eine Abmahnung als Reaktion auf die sexuelle Belästigung ausgereicht. Das BAG ließ sich dabei von folgenden Umständen leiten:

- einmaliger sexueller Übergriff
- keine vorherige einschlägige Abmahnung
- der Übergriff wurde sofort eingeräumt und eine Entschuldigung ausgesprochen
- das Arbeitsverhältnis bestand bereits 16 Jahre lang ohne Beanstandungen

Fazit:

Selbst eine durch einen Mitarbeiter während oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis unstreitig verübte sexuelle

Belästigung ist mithin kein Garant dafür, dass eine vom Arbeitgeber ausgesprochene fristlose Kündigung einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung Stand hält. Nach unserem Dafürhalten kann diese Entscheidung des BAG nur deshalb Anspruch auf Richtigkeit begründen, als dass vorliegend eine Ausnahmesituation gegeben war, die von dem Mitarbeiter zudem falsch eingeschätzt wurde, der Mitarbeiter umgehend Reue gezeigt und sich entschuldigt hat. Die besonderen Umstände, die im Einzelfall eine solche Entscheidung rechtfertigen können, sind aber sehr kritisch und streng zu prüfen. Grundsätzlich muss auch weiterhin davon ausgegangen werden können, dass sexuelle Belästigungen auch nicht ansatzweise geduldet und eine fristlose Kündigung nach sich ziehen werden.

Ihre kompetenten Partner im Arbeitsrecht

Wir beraten Unternehmen im gesamten Bereich des Arbeitsrechts einschließlich des Tarifvertragsrechts und der arbeitsrechtlichen Umstrukturierungen. Im Auftrag unserer Klienten fertigen wir auch Arbeitsverträge und führen arbeitsrechtliche Verfahren vor den Arbeitsgerichten durch. Wir beraten unsere Mandanten bei Interessenausgleich und Sozialplan und begleiten sie bei Einigungsstellen- und Beschlussverfahren. Zudem führen wir für unsere Mandanten speziell auf ihre Bedürfnisse abgestimmte Mitarbeiter-Schulungen durch.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit 29 Rechtsanwälte, von denen sich zwei schwerpunktmäßig mit dem Arbeitsrecht befassen.

■ Dr. Olaf Lampke

■ Lars Wenzel

Verlag und Herausgeber:	Blanke Meier Evers Rechtsanwälte in Partnerschaft mbB Stephanitorsbollwerk 1 (Haus LEE) 28217 Bremen	Redaktion:	Rechtsanwalt Dr. Olaf Lampke (Verantwortlicher)
	Tel: 0421 - 94 94 6 - 0 Fax: 0421 - 94 94 6 - 66 Internet: www.bme-law.de E-Mail: info@bme-law.de	Druck:	Girzig+Gottschalk GmbH, Bremen
		Layout und DTP:	Stefanie Schürle