



## UPDATE arbeitsrecht | Mai 2017

### Kündigungsschutzrecht

#### Wann führt eine Konkurrenztätigkeit zur Entlassung?

LAG Köln vom 07.02.2017 – 12 Sa 745/16 -

Arbeitnehmer unterliegen auch ohne ausdrückliche Regelung einem Wettbewerbsverbot. Sie dürfen also dem eigenen Arbeitgeber keine Konkurrenz machen. Verletzt ein Arbeitnehmer dieses Wettbewerbsverbot, kann dies grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Allerdings ist anerkannt, dass der Arbeitnehmer schon während seines Arbeitsverhältnisses eine spätere Konkurrenztätigkeit vorbereiten darf. Zu den erlaubten Vorbereitungshandlungen gehören beispielsweise die Gesellschaftsgründung oder die Anmietung eines Geschäftslokals. Die Grenze des Zulässigen ist aber dann überschritten, wenn Arbeitnehmer seine Leistungen schon am Markt anbietet oder in sonstiger Weise in die geschützten Interessen seines Arbeitgebers eingreift. Spricht er gezielt potenzielle Kunden an und macht so auf seine Tätigkeit aufmerksam, verstößt er gegen das Wettbewerbsverbot.

Eine Abgrenzung zwischen zulässiger Vorbereitungshandlung und verbotenen Wettbewerb kann im Einzelfall schwierig sein.

Über einen Fall angeblicher Konkurrenztätigkeit hatte das LAG Köln zu entscheiden: Der Mitarbeiter einer Steuerberaterkanzlei hatte mit seinem Arbeitgeber in einem Aufhebungsvertrag die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit mehrmonatiger Auslaufzeit vereinbart. Kurz vor Ende des Arbeitsverhältnisses stellte die Arbeitgeberin fest, dass der Mitarbeiter in

### Kündigungsschutzrecht

#### Anforderungen an eine Druckkündigung

BAG vom 15.12.2016 – 2 AZR 431/15-

Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung kann es ausnahmsweise gerechtfertigt sein, ein

seinem privaten Xing-Profil bereits angegeben hatte, als Freiberufler tätig zu sein.

Der Arbeitgeber kündigte daraufhin fristlos, weil er hierin eine unzulässige Konkurrenztätigkeit sah. Aufgrund der überwiegend beruflichen Nutzung des sozialen Netzwerkes Xing sei davon auszugehen, dass der Kläger hiermit aktiv eine freiberufliche Tätigkeit in Konkurrenz zur Steuerberaterkanzlei beworben und Mandanten habe anwerben wollen.

Das LAG Köln hat die außerordentliche Kündigung jedoch als rechtsunwirksam angesehen. Die Grenze der noch zulässigen Vorbereitungshandlung sei durch die fehlerhafte Angabe, der – aktuelle – berufliche Status sei „Freiberufler“, ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht überschritten. Entscheidend war für die Kammer auch, dass der Name des bisherigen Arbeitgebers im Xing-Profil weiterhin als aktuelle Tätigkeit genannt war und der Kläger trotz einer entsprechenden Rubrik im Job-Portal keine freiberuflichen Mandate gesucht hatte.

#### Praxistipp:

Das LAG Köln weist allerdings auch darauf hin, dass Umstände, die bei der vorgenannten Konstellation geeignet sein können, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen, vorliegen können, wenn der Arbeitnehmer unter der XING-Rubrik "Ich suche" aktiv seine Leistung im freiberuflichen Mandat anbietet.

Arbeitsverhältnis allein deshalb zu kündigen, weil Dritte das vom Arbeitgeber verlangen (sogenannte echte

Druckkündigung). Der Druck von außen auf den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellt dann den eigentlichen Kündigungsgrund dar. Dieser Druck kann grundsätzlich sowohl aus der eigenen Belegschaft als auch von betriebsfremden Dritten ausgeübt werden. Schon um den Missbrauch dieser Kündigungsmöglichkeit zu verhindern, stellt die Rechtsprechung an die Voraussetzungen einer Druckkündigung aber sehr hohe Anforderungen.

Das Bundesarbeitsgericht hat seine Rechtsprechung zur echten Druckkündigung in einer aktuellen Entscheidung noch einmal bestätigt und konkretisiert. Der Kläger des Verfahrens hatte zuvor bereits zwei Kündigungen erfolgreich angegriffen, war jedoch zwischenzeitlich wegen Kindesmissbrauchs verurteilt worden. Bei seiner Rückkehr in den Betrieb erklärten sowohl die weiteren Mitarbeiter der Beklagten als auch die Mitarbeiter einer Fremdfirma, die für die Beklagte tätig war, dass sie die Arbeit niederlegen würden, solange der Kläger sich auf dem Werksgelände befindet. Dies nahm die Beklagte zum Anlass für eine weitere sowohl außerordentliche als auch ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

## Tarifvertragsrecht

### Welcher Tarifvertrag wird in welcher Form in Bezug genommen?

*EuGH vom 27.04.2017 – C-680/15; C-681/15*

Viele Arbeitsverträge nehmen auf Tarifverträge Bezug. Neben der Vereinfachung und Standardisierung der Vertragsgestaltung bezweckt die Bezugnahme auf einen Tarifvertrag regelmäßig die Gleichstellung der gewerkschaftsangehörigen und nicht-gewerkschaftsangehörigen Mitarbeiter und damit die Gleichbehandlung aller Belegschaftsmitglieder durch den tarifgebundenen Arbeitgeber.

Besondere Relevanz erlangen Bezugnahmeklauseln häufig im Rahmen von Betriebsübergängen. Nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt der Erwerber bei einem Betriebsübergang in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag ein, so dass auch die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel weiterhin Anwendung findet. Wenn der Erwerber selbst nicht an Tarifverträge gebunden ist, stellt sich für ihn die Frage, ob er den übergehenden Arbeitnehmern auch weiterhin die Tariflohn-erhöhungen zahlen muss.

Meist gibt es in den Arbeitsverträgen dazu keine klare Regelung. Dann kommt es auf ihre Auslegung an. Das BAG differenzierte bisher danach, wann die Bezugnahme vereinbart wurde, also wann der Arbeitsvertrag geschlossen wurde, in dem sie enthalten ist. Bei Verträgen vor dem 01.01.2002 liege im Zweifel eine sog. Gleichstellungsabrede vor, wenn der Arbeitgeber bei Vertragsschluss kollektiv tarifgebunden war. Sinn der Bezugnahme sei es, alle Mitarbeiter so zu behandeln, als ob sie Mitglied der Gewerkschaft seien. Wenn

Das BAG gab der dagegen erhobenen Klage statt. Die Beklagte habe es unterlassen, sich in ausreichender Art und Weise schützend vor den Kläger zu stellen und die den Druck ausübenden Mitarbeiter dazu zu bewegen, ihre Arbeit trotz der Anwesenheit des Klägers wieder aufzunehmen. Insbesondere habe es der Arbeitgeber unterlassen, den die Arbeit niederlegenden Mitarbeitern zu verdeutlichen, dass sie durch die Arbeitsniederlegung ihren Arbeitsvertrag verletzen und ihrerseits entsprechende Sanktionen zu befürchten hätten (Abmahnung, Kündigung, Lohnausfall).

#### Praxistipp:

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts verdeutlicht noch einmal, dass die Druckkündigung eher ein theoretisches Mittel ist, um ein Arbeitsverhältnis beenden zu können. Die Anforderungen an den Arbeitgeber in einer solchen Situation sind praktisch kaum erfüllbar. Selbst bei Sachverhalten wie dem Vorliegenden (Verurteilung wegen Kindesmissbrauchs!) wird vom Arbeitgeber verlangt, dass er Gegendruck aufbaut, um den Mitarbeiter zu schützen. Dass dies in einer solchen Situation in der betrieblichen Praxis in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle von vornherein zum Scheitern verurteilt ist, liegt auf der Hand.

der Betriebserwerber nicht selbst tarifgebunden ist, gelten daher die Tarifverträge nur statisch fort. Änderungen des Tarifvertrages finden keine Anwendung mehr. In geeigneten Fällen konnten daher Betriebsübergänge genutzt werden, um sich von einer Tarifbindung zu lösen.

Seit der Geltung des AGB-Rechts in Arbeitsverträgen hat das BAG diese für Arbeitgeber günstige Rechtsprechung beendet. Bei nach dem 31.12.2001 geschlossenen Verträgen geht das BAG im Zweifel davon aus, dass die Bezugnahme auch nach einem Betriebsübergang dynamisch weiter gilt, so dass Tarifvertragsänderungen weiterhin Relevanz haben. Die Arbeitnehmer haben also u.a. Anspruch auf etwaige Tariflohn-erhöhungen.

Diese gefestigte Rechtsprechung des BAG geriet durch die „Alemo-Herron-Entscheidung“ des EuGH aus dem Jahr 2013 ins Wanken. Der EuGH qualifizierte eine Bindung des Betriebserwerbers an Kollektivverträge, auf deren Verhandlung er zu keiner Zeit Einfluss hatte, als unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Freiheit. Daher sei eine nationale Regelung, die ihn zwingt, ein solches Tarifrecht anzuwenden, unwirksam.

Diese Entscheidung weckte auch bei deutschen Unternehmern die Hoffnung, dass das BAG zu seiner früheren Rechtsprechung zurückkehren und im Zweifel von einer Gleichstellungsabrede ausgehen würde. Daher hat das BAG dem EuGH im Jahr 2015 u.a. die

Frage vorgelegt, ob die oben dargestellte Auslegung noch mit europäischem Recht vereinbar ist.

Der EuGH hat diese Fragen nun bejaht. Dabei geht er davon aus, dass, wie das BAG in seiner Vorlagefrage betont, das deutsche Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht. Er könne also die Arbeitsverträge anpassen. Daher seien die oben ausgeführten Auslegungsgrundsätze des BAG europarechtskonform. Sie sind somit unverändert weiter zu berücksichtigen.

**Praxishinweis:**

Tatsächlich ist die vom BAG angesprochene einseitige Anpassungsmöglichkeit von Arbeitsbedingungen eher

theoretischer Natur. Für eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch eine Änderungskündigung verlangt das BAG regelmäßig eine wirtschaftliche Krise des Unternehmens und ein Sanierungskonzept, wobei sich die Änderungen auf das gerade noch Erforderliche beschränken müssen.

Wenn die Vorlage nicht ein Zeichen dafür ist, dass das BAG diese Rechtsprechung ändern möchte, bleibt praktisch lediglich die Möglichkeit einer Änderungsvereinbarung, die jedoch nur im Einvernehmen mit den Arbeitnehmern möglich ist.

**Befristungsrecht**

**Befristung wegen geplanter Betriebsstilllegung?**

*BAG Urteil vom 21.03.2017 – 7 AZR 222/15 -*

Eine Befristung von Arbeitsverträgen, die über zwei Jahre hinausgeht, bedarf der Rechtfertigung nach § 14 Abs. 1 TzBfG. Einer der häufigsten, aber auch schwierigsten Befristungsgründe ist der befristete Bedarf an der Arbeitsleistung. Eine aktuelle Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts verdeutlicht die Problematik erneut:

Die beklagte Arbeitgeberin hatte zwei Zentrallager unterhalten und entschloss sich nunmehr, ein neues Zentrallager zu errichten, das diese ersetzen sollte. Im Hinblick auf die bevorstehende Schließung schloss sie mit den neu eingestellten Mitarbeitern, u.a. dem Kläger, nur noch befristete Verträge. Nachdem sich die Inbetriebnahme des neuen Lagers mehrfach verzögert hatte, klagte der Kläger auf Feststellung, dass seine Befristung unwirksam sei.

Das Bundesarbeitsgericht stellt zunächst fest, dass die vereinbarte Befristungsabrede ausreichend bestimmt ist. Der Arbeitgeber hatte formuliert „Das Arbeitsverhältnis wird befristet bis zur Schließung Standort Lager B eingegangen.“ Dieses Ereignis trete ein, wenn die maßgeblichen Funktionen der Anlieferung, Lagerung und Auslieferung dauerhaft eingestellt werden. In Anbetracht der Tatsache, dass es in den meisten Fällen einen fließenden Übergang gibt und insbesondere Restlagerbestände noch längere Zeit im alten Lager verbleiben, ist das durchaus nicht selbstverständlich.

Für die Praxis noch wichtiger ist der zweite Teil der Entscheidung: Die Befristung sei nur wirksam, wenn die

Parteien mit hinreichender Sicherheit davon ausgehen konnten, dass der Bedarf an der Arbeitsleistung des Klägers mit der Stilllegung entfällt. Zwar müssten dafür grundsätzlich Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Betrieben desselben Unternehmens nicht berücksichtigt werden. Wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, seine Tätigkeit an einem anderen Ort oder nach einer organisatorischen Änderung fortzuführen, müsse er jedoch prüfen, ob in diesem Zusammenhang der Beschäftigungsbedarf für den befristet eingestellten Arbeitnehmer weiter besteht. Er müsste daher insbesondere prüfen, ob dem Mitarbeiter die Arbeit am neuen Standort zugewiesen werden könnte und ob der Beschäftigungsbedarf bereits durch die unbefristet beschäftigten Mitarbeiter gedeckt ist. Wenn Neueinstellungen notwendig werden, besteht kein ausreichender Grund für die Befristung. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesarbeitsgericht die Angelegenheit zur weiteren Prüfung an das LAG zurückverwiesen

**Praxishinweis:**

Wenn ein Betriebsrat existiert, muss im Zusammenhang mit der Stilllegung bzw. Verlagerung ohnehin ein Interessenausgleich verhandelt werden. Es empfiehlt sich, dies möglichst frühzeitig zu tun, weil dann auch die laut BAG erforderliche Prognose, welche Arbeitsplätze tatsächlich wegfallen, leichter fällt und vor allem nachgewiesen werden kann.

**Betriebliches Eingliederungsmanagement**

**Hohe Anforderungen an die Datenschutzhinweise**

*Arbeitsgericht Ulm, Urteil vom 20.01.2017 – 5 Ca 346/16 –*

Dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, bei mehr als 6 Wochen Arbeitsunfähigkeit einem Arbeitnehmer das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) anzubieten, ist mittlerweile allgemein bekannt. Die

Anforderungen an eine korrekte Einladung werden aber nach wie vor oft unterschätzt. Das gilt auch für den zwingend notwendigen Datenschutzhinweis.

Der Arbeitgeber in dem vom Arbeitsgerichts Ulm zu entscheidenden Verfahren hatte hierzu formuliert: „Bei der Erhebung, Speicherung und Verarbeitung der persönlichen Daten werden die jeweils gültigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen beachtet. Daten, die im Rahmen des BEM bekannt werden, dürfen nur für die-sen Zweck verwendet werden. Die Daten werden erhoben, um Maßnahmen zu Beschäftigungssicherung bzw. -förderung einzuleiten. Die Weitergabe an Dritte erfolgt nur mit schriftlicher Zustimmung der betroffenen Mitarbeiterin oder Mitarbeiters.“

Das reichte dem Arbeitsgericht nicht aus. Insbesondere fehle der Hinweis, welche Krankheitsdaten als sensible Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG erhoben und gespeichert werden sollen, für welche Zwecke die Daten dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden und dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der

Gesundung und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes BEM durchführen zu können.

Da diese Anforderungen trotz des recht ausführlichen Hinweises nicht erfüllt waren, ging das Arbeitsgericht von einem nicht ordnungsgemäßen BEM aus. Das hat zur Folge, dass dem Arbeitgeber eine erhöhte Darlegungs- und Beweislast auferlegt wird. Er muss nachweisen, dass einem künftigen Auftreten von Fehlzeiten weder durch Rehabilitationsmaßnahmen noch durch innerbetriebliche Anpassungsmöglichkeiten hätte entgegen gewirkt werden können.

#### Praxishinweis:

Auch wenn es sich nur um eine erstinstanzliche Entscheidung handelt, zeigt sie deutlich, wie notwendig eine sorgfältige Formulierung der Einladung ist. Verlangt wird von der Rechtsprechung auch eine ausführliche Darstellung der Ziele und Inhalte des Verfahrens, z.B. der Hinweis darauf, dass auch der Arbeitnehmer eigene Vorschläge einbringen kann.

Aufgrund der Aktualität können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine Rechtsberatung.

Nähere Informationen erhalten Sie bei den Rechtsanwälten unseres Arbeitsrechtsteams:



Dr. Achim Tempelmann  
[achim.tempelmann@aulinger.eu](mailto:achim.tempelmann@aulinger.eu)



Inken Hansen  
[inken.hansen@aulinger.eu](mailto:inken.hansen@aulinger.eu)



Dr. Bastian-Peter Stenslik  
[bastian-peter.stenslik@aulinger.eu](mailto:bastian-peter.stenslik@aulinger.eu)



Florian Zahn  
[florian.zahn@aulinger.eu](mailto:florian.zahn@aulinger.eu)



Dr. Ralf Heine, M.M.  
[ralf.heine@aulinger.eu](mailto:ralf.heine@aulinger.eu)



Ludger Tuchlinski  
[ludger.tuchlinski@aulinger.eu](mailto:ludger.tuchlinski@aulinger.eu)

#### Büro Bochum

AULINGER Rechtsanwälte | Notare  
Josef-Neuberger-Straße 4, 44787 Bochum  
Telefon +49 (0)234 68779-0  
Telefax +49 (0)234 68779-993

[www.aulinger.eu](http://www.aulinger.eu)

#### Büro Essen

AULINGER Rechtsanwälte | Notare  
Frankenstraße 348, 45133 Essen  
Telefon +49 (0)201 95986-0  
Telefax +49 (0)201 95986-99