



**Herausgeber:** Franz Josef Düwell, Vors. RiBAG  
Prof. Klaus Bepler, Vors. RiBAG

Erscheinungsdatum:  
26.05.2010

Erscheinungsweise:  
wöchentlich

Bezugspreis:  
10,- € monatlich  
zzgl. MwSt.

## 21/2010

### Inhaltsübersicht:

- Anm. 1**     **Anforderungen an ein Betriebliches Eingliederungsmanagement**  
Anmerkung zu BAG, Urteil vom 10.12.2009, 2 AZR 400/08  
von Prof. Dr. Wolfhard Kohte
- Anm. 2**     **Sozialwidrigkeit arbeitgeberseitiger Kündigungen - Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements - Darlegungs- und Beweislast**  
Anmerkung zu LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.01.2010, 10 Sa 2071/09  
und zu LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.08.2009, 10 Sa 592/09  
von Dr. Thomas P. Stähler, RA
- Anm. 3**     **Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung - Verletzung der Datenschutzbestimmungen**  
Anmerkung zu ArbG Berlin, Urteil vom 18.02.2010, 38 Ca 12879/09  
von Martina Perreng, Referatsleiterin Individualarbeitsrecht DGB Bundesvorstand
- Anm. 4**     **Beleidigung von Vorgesetzten gegenüber Dritten als wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung**  
Anmerkung zu LArbG Hannover, Urteil vom 12.02.2010, 10 Sa 569/09  
von Christina Stuntz, RA'in und FA'in für Arbeitsrecht, Spengler & Kollegen
- Anm. 5**     **Sonderkündigungsschutz für Mitglied des Wahlvorstands**  
Anmerkung zu BAG, Urteil vom 26.11.2009, 2 AZR 185/08  
von Christina Stuntz, RA'in und FA'in für Arbeitsrecht, Spengler & Kollegen
- Anm. 6**     **Versicherungsschutz für außergerichtliche Rechtsanwaltschaftigkeit in einer arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzsache**  
Anmerkung zu AG Stuttgart, Urteil vom 03.09.2009, 13 C 6358/08  
von Joachim Teubel, RA und Notar, Hamm

**Zitiervorschlag:** jurisPR-ArbR 21/2010, Anm. 1, Kohte  
**ISSN 1860-1553**

## Anforderungen an ein Betriebliches Eingliederungsmanagement

### Orientierungssätze zur Anmerkung:

**1. Den Arbeitgeber, der kein Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchführt, treffen erhöhte Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber ein Verfahren durchgeführt hat, das nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen entspricht.**

**2. Das BEM ist ein rechtlich regulierter Suchprozess, mit dem der Anpassungs- und Änderungsbedarf der betroffenen Arbeitsplätze ermittelt und realisiert werden soll.**

**3. Für ein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren ist es erforderlich, dass alle zu beteiligten Stellen, Ämter und Personen einbezogen werden, dass keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Möglichkeit ausgeschlossen wird und in dem die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden.**

Anmerkung zu BAG, Urteil vom 10.12.2009, 2 AZR 400/08

von Prof. Dr. Wolfhard Kohte

### A. Problemstellung

Mit dem Grundsatzurteil vom 12.07.2007 (2 AZR 716/06, jurisPR-ArbR 16/2008 Anm. 1, Kohte) hatte der 2. Senat des BAG entschieden, dass mit dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) in § 84 Abs. 2 SGB IX eine Rechtspflicht des Arbeitgebers normiert worden ist, die bei jedem Zeitraum von mindestens sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers gilt (bestätigt durch BAG v. 23.04.2008 - 2 AZR 1012/06 - DB 2008, 2091, jurisPR-ArbR 46/2008 Anm. 3, Gagel). Das Grundsatzurteil hatte weiter zutreffend herausgearbeitet, dass diese Rechtspflicht zum Angebot zur Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements als Verfahrenspflicht zu qualifizieren ist, so dass auch die Rechtsfolgen eines unterlassenen oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten BEM mit einem verfahrensrechtlichen Instrument zu beantwor-

ten sind, indem an die Darlegungslast des Arbeitgebers zur Vermeidbarkeit der ohne BEM ausgesprochenen Kündigung erhöhte Anforderungen an die Darlegungspflicht und Beweislast des Arbeitgebers gestellt werden (dazu ausführlich Kohte, DB 2008, 582; vgl. Jousen, DB 2009, 286). Die hier zu besprechende Entscheidung sowie die am selben Tag ergangene Parallelentscheidung (2 AZR 198/09) haben nun erstmals Anforderungen an die Mindeststandards eines ordnungsgemäßen BEM formuliert. Damit gehört auch dieses Urteil zu den zentralen Entscheidungen, deren Kenntnis für die Praxis unverzichtbar ist.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die 1970 geborene Klägerin war seit 1991 als Arbeiterin im „zentralen Hausdienst“ eines öffentlich-rechtlich organisierten Krankenhauses beschäftigt. Dieser Hausdienst war 1999 an ein privates Erwerberunternehmen übertragen worden; die Parteien hatten jedoch vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis zum Krankenhaus weiter bestehen und nicht auf den Erwerber übergehen solle.

Seit 2003 nahmen die Fehlzeiten der Klägerin deutlich zu. Ursache waren vor allem ein Schulter-Arm-Syndrom und ein physisches Erschöpfungssyndrom. Nach mehreren „Fehlzeitengesprächen“ war die Klägerin 2004 in die Bettenzentrale versetzt worden, ohne dass eine Besserung eingetreten war. Eine von dem die Klägerin behandelnden Facharzt für Orthopädie vorgeschlagene stufenweise Wiedereingliederung, die für eine Woche im Februar 2005 die tägliche Arbeitszeit von acht auf vier Stunden herabsetzen sollte, wurde vom Arbeitgeber wegen fehlender Eignung nicht durchgeführt. Eine 2006 durchgeführte Untersuchung des betriebsärztlichen Dienstes führte zu der Aussage, dass die Ursachen der Fehlzeiten „nicht erster Linie“ an der Beschaffenheit des Arbeitsplatzes lägen und dass sorgfältige ärztliche Betreuung und eine stationäre Reha-Maßnahme geboten seien. Die Klägerin lehnte gegenüber der Betriebsärztin eine stationäre Rehabilitation ab, da die Betreuung ihrer Kinder nicht gesichert sei.

Darauf fand am 30.05.2006 ein weiteres Fehlzeitengespräch mit der Klägerin statt, an welchem erstmals ein Betriebsratsmitglied des Erwerberunternehmens teilnahm. Eine Beteiligung des Personalrats war zu keinem Zeitpunkt er-

folgt. In diesem Gespräch kam es nicht zu einer Einigung über eine stationäre Rehabilitation. Darauf leitete die Beklagte das Kündigungsverfahren ein, sowohl der Betriebsrat als auch der Personalrat stimmten der Kündigung zügig zu. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab; das BAG hat die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Der Senat legte die bekannten Kriterien zur sozialen Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung seiner Entscheidung zugrunde und billigte aus revisionsrechtlicher Sicht die vom Berufungsgericht festgestellte Negativprognose erheblicher zukünftiger Fehlzeiten und betrieblicher Störungen. Er kam jedoch zum Ergebnis, dass bisher kein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren nachgewiesen sei und daher verschärfte Anforderungen an die Darlegungslast der Beklagten zu stellen sei, denen diese bisher nicht nachgekommen sei. Da wesentliche Fragen zur Durchführung des BEM-Verfahrens jedoch strittig und vom Berufungsgericht nicht geklärt waren, wurde die Sache zurückverwiesen.

Im Mittelpunkt der Entscheidung des 2. Senats steht die Aussage, dass die erhöhten Anforderungen an die Darlegungslast nicht nur für den Arbeitgeber gelten, der überhaupt kein BEM durchgeführt habe, sondern auch für denjenigen, der ein Verfahren durchgeführt hat, das den gesetzlichen Mindestanforderungen an ein BEM nicht genügt. Der Senat definierte das BEM als einen rechtlich regulierten „Suchprozess“, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeiten ermitteln soll (so bereits Kohte, DB 2008, 582, 583). Als Mindeststandard definierte er die Beteiligung der gesetzlich vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen sowie den ernsthaften Versuch einer gemeinsamen Klärung, die sich an den gesetzlichen Zielen des BEM orientiert. Es dürfe daher keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausgeschlossen werden; die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge müssten sachlich erörtert werden.

Stünde nach einem ordnungsgemäßen Verfahren fest, dass solche Möglichkeiten nicht bestünden, dann könnte der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess mit diesem Vortrag seiner Darlegungslast gerecht werden. Wenn das Verfahren zu einem klaren Ergebnis führe, dann könne der Arbeitgeber nicht kündigen, wenn er

die Maßnahme nicht durchführe. Im vorliegenden Fall war nicht auszuschließen, dass das Verfahren noch nicht ordnungsgemäß beendet war. Ein Arbeitgeber könne sich nicht auf eine spontane Ablehnung einer Maßnahme durch die Arbeitnehmerin berufen, wenn dieser keine hinreichende Überlegungsfrist zur Verfügung gestanden habe und ihr die Tragweite einer Ablehnung nicht vor Augen geführt worden sei.

### C. Kontext der Entscheidung

Die vorläufige Formulierung erster gesetzlicher Mindeststandards ist ein wichtiges Ergebnis dieses Verfahrens. Die Diskussion bis 2007 hatte sich noch auf Vorfragen, wie zum Beispiel den personellen Anwendungsbereich des Verfahrens und dessen mögliche Qualifizierung als „Kündigungsvorverfahren“ bezogen. Erst mit dem Urteil vom 12.07.2007 war der Weg frei, dass in einem größeren Teil der juristischen und betrieblichen Öffentlichkeit die konkrete Durchführung eines solchen „Suchprozesses“ thematisiert werden konnte. Die geringe Aufmerksamkeit für solche Qualitätskriterien machte das aufgehobene Berufungsurteil (LArbG Frankfurt v. 13.07.2007 - 10 Sa 140/07) deutlich. Es hatte die ersten Gespräche als „Fehlzeitengespräche“ bezeichnet, ohne zu reflektieren, dass solchen Fehlzeitengesprächen über lange Jahre ein völlig anderer Charakter zugekommen war (dazu Feldes, AiB 2009, 222). Es war auch nicht festgestellt worden, ob und mit welchem Inhalt das Angebot eines BEM nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX erfolgt war. Schließlich war auch nicht thematisiert worden, dass die Interessenvertretungen wohl nicht ordnungsgemäß beteiligt worden waren. Der für das Arbeitsverhältnis letztlich zuständige Personalrat hatte überhaupt nicht, der Betriebsrat erst in letzter Sekunde an den Gesprächen teilgenommen (zu den möglichen rechtlichen Konsequenzen solcher Defizite ArbG Marburg v. 11.04.2008 - 2 Ca 466/07 - DB 2008, 994, jurisPR-ArbR 32/2008 Anm. 3, Gagel).

Zutreffend hat der 2. Senat als Aufgabe des BEM die sachliche Erörterung aller vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten definiert, so dass im Mittelpunkt nicht die medizinische Behandlung der Klägerin, sondern die Frage nach der Anpassung des Arbeitsplatzes oder nach einer Versetzung stehen müsste. Dies entspricht auch anderen Erfahrungen, wonach das BEM eine Chance darstellt, dass unterbliebene Arbeits-

schutzmaßnahmen durchgeführt werden (Kohte, AiB 2009, 387). Solange erforderliche Arbeitsschutzmaßnahmen noch nicht durchgeführt sind, kann in aller Regel eine personenbedingte Kündigung nicht realisiert werden (so bereits LArbG Frankfurt v. 15.09.2000 - 2 Sa 1833/99; dazu auch Kohte, jurisPR-ArbR 6/2005 Anm. 5). Diese Anpassungsaufgabe kann auch nicht relativiert werden mit den sibyllinischen Worten der Betriebsärztin, dass die Arbeitsunfähigkeit „nicht in erster Linie“ auf die Arbeitsbedingungen zurückgeführt werden könne. Für den präventiven Arbeitsschutz ist allgemein anerkannt, dass Anpassungsmaßnahmen auch dann erforderlich sind, wenn der Arbeitsplatz sich nicht als wesentliche Bedingung von Arbeitsunfähigkeitszeiten darstellt (Kollmer/Kohte, ArbSchG, 2. Aufl. 2005, § 2 Rn. 20). Ein Schulter-Arm-Syndrom kann durchaus durch Probleme der Lastenhandhabung sowie durch ungünstige Arbeitshaltungen (mit-)verursacht werden. Daher war bereits nach dem Bericht der Betriebsärztin eine nähere arbeitstechnische Untersuchung zum Beispiel durch Sicherheitsfachkräfte oder Arbeitspsychologen geboten.

Nach § 84 Abs. 2 Satz 5 SGB IX ist der Arbeitgeber gehalten, externe Stellen, vor allem die Servicestellen der Rehabilitationsträger, einzuschalten, wenn sozialrechtliche Maßnahmen in Betracht kommen. Dies war hier eindeutig der Fall, denn der Verweis der Klägerin auf die Notwendigkeit der Betreuung ihrer Kinder während einer stationären Reha-Maßnahme bezog sich auf ein bekanntes Problem, auf das inzwischen zwei wichtige sozialrechtliche Antworten gegeben werden. Nach § 54 SGB IX sind sozialrechtliche Unterstützungsmaßnahmen der Rehabilitationsträger zur Kinderbetreuung zu erbringen (Kopp-Schönherr in: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Kap. 26); im Übrigen sind gerade die Probleme bei der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit ein Impuls für die vom SGB IX geförderte Stärkung der ambulanten Rehabilitation (Gagel, NZA 2001, 988). Beide Aspekte sind offenkundig nicht erkannt worden; dies demonstriert deutlich, wie zutreffend es ist, dass der Senat die gesetzlich vorgeschriebene Einbeziehung externer Stellen als wichtigen Maßstab für die gesetzlichen Mindeststandards formuliert hat. Bereits dieses Defizit musste zur Aufhebung des Berufungsurteils führen.

Als weiteres Defizit erwies sich die Durchführung des letzten „Fehlzeitengesprächs“. Eine ultimati-

ve Forderung nach dem sofortigen Einverständnis mit einer stationären Rehabilitation in einem Kreis, in dem alle anderen eine einheitliche Meinung vertreten („allein gegen alle“), ist auf keinen Fall ein sachgerechtes Verfahren, das bekanntlich auf der Zustimmung der Beschäftigten beruhen muss. Die Zentrierung auf die stationäre Reha-Maßnahme ist in einem Verfahren, in dem es vor allem um Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten im Betrieb geht, ebenfalls problematisch. Allerdings hatte die Prozessführung der Klägerin die Rollen auf den Kopf gestellt, indem sie vom Arbeitgeber verlangt hatte, dass dieser die stationäre Reha-Maßnahme hätte organisieren sollen. Die Gesundheit ist jedoch weiterhin die Gesundheit der Beschäftigten, die Antragsteller der jeweiligen Maßnahme sind und auf deren Entscheidung es letztlich ankommt. Insofern wird sich in Zukunft bei weiteren Verfahren zeigen, wie wichtig eine zutreffende Rollenzuschreibung für die verschiedenen Beteiligten an diesem grundrechtlich sensiblen Feld ist. Nicht ein Kündigungsvorverfahren mit Präklusionsfristen, sondern ein betriebspraktisches Anpassungsverfahren wird verlangt.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Das Urteil des BAG dokumentiert deutlich, wie wichtig eine deutliche Verbesserung der Qualität von BEM-Verfahren ist. Der Senat hat mit seiner Aussage, dass auch ein nicht ordnungsgemäßes BEM-Verfahren zur Verschärfung der Darlegungslast des Arbeitgebers im Kündigungsprozess führt, den Beteiligten die Notwendigkeit solcher Mindeststandards deutlich vor Augen geführt. Die in diesem Urteil formulierten Mindeststandards sind erste Eckpunkte; beide Urteile vom 10.12.2009 dokumentieren, dass vor allem die Frage, wie ein solches Verfahren ordnungsgemäß beendet werden kann, noch nicht hinreichend diskutiert worden ist.

In dem Parallelverfahren 2 AZR 198/09 hatte der Senat angeregt, dass die Betriebsparteien für solche Verfahren eine „Verfahrensordnung“ formulieren. Damit wird der Blick auf die Integrationsvereinbarung, aber auch auf die Reichweite von § 87 BetrVG gelenkt. Der 1. Senat des BAG konnte am 18.08.2009 im Verfahren 1 ABR 45/08 wegen der Unzulässigkeit der Anträge des Betriebsrats nicht zu einer Sachentscheidung kommen, gab aber allen Beteiligten konkrete Hinweise auf mögliche Gestaltungsvarianten, die betrieblich zu konkretisieren sind.

Auch den Urteilen vom 10.12.2009 liegt die zutreffende Erkenntnis zugrunde, dass Betriebsparteien den „Suchprozess“ gemeinsam zu organisieren haben und dass dafür die einzelnen Schritte zur „Mobilisierung internen und externen Sachverstands“ zu definieren sind. In Zukunft werden bereits die Tatsacheninstanzen im arbeitsgerichtlichen Verfahren, soweit vorgetragen, der Frage nachzugehen haben, ob die gesetzlichen Mindeststandards eingehalten worden sind. Im vorliegenden Fall ist besonders deutlich geworden, warum die Einbeziehung externen Sachverstands bereits im Gesetzgebungsverfahren zu § 84 SGB IX zutreffend hervorgehoben worden ist. Mit der Gemeinsamen Erklärung „Prävention“ vom 16.12.2003 ([www.bar-frankfurt.de](http://www.bar-frankfurt.de)) haben die Rehabilitationsträger sich verpflichtet, solche BEM-Verfahren zu unterstützen. Einige von ihnen, zum Beispiel die BGW, haben inzwischen eigene Qualitätsstandards und Zertifizierungsmöglichkeiten formuliert.

Der Sachverhalt zeigt weiter, dass das Instrument „stufenweise Wiedereingliederung“ nach § 28 SGB IX (dazu Nebe, DB 2008, 1801) inzwischen bekannter wird, jedoch noch nicht in jedem Fall sachgerecht eingesetzt wird. Auch hier bestehen Handlungsbedarf und Handlungschancen. Gerade angesichts des evident verfehlten Vorschlags einer gerade einmal fünf halbe Tage dauernden stufenweisen Wiedereingliederung bestand Anlass, dieser Frage ausführlich nachzugehen. Wenn alle Beteiligten des Verfahrens einig waren, dass die arbeitsmedizinischen Untersuchungen – was rechtlich nicht geboten ist – durch die Betriebsärztin erfolgen sollten, dann war hier vorzugeben, dass auch diese Frage im arbeitsmedizinischen Gutachten/Befundbericht zu erörtern war. In Zukunft wird darauf zu achten sein, dass auch die Chancen der stufenweisen Wiedereingliederung hinreichend ausgeschöpft werden.

## 2

### **Sozialwidrigkeit arbeitgeberseitiger Kündigungen - Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements - Darlegungs- und Beweislast**

#### **Orientierungssätze zur Anmerkung:**

**1. Auch vor einer betriebsbedingten Kündigung ist das betriebliche Eingliederungsma-**

**nagement durchzuführen, um etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten beurteilen zu können.**

**2. Wenn ein Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Re-Integration eines arbeitsunfähigen Arbeitnehmers kennt oder bei ordnungsgemäßer Durchführung des BEM kennen muss, muss er sich eine dennoch besetzte Stelle grundsätzlich als im Zeitpunkt der Kündigung "frei" entgegenhalten lassen.**

Anmerkung zu LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.01.2010, 10 Sa 2071/09 und zu LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.08.2009, 10 Sa 592/09

von **Dr. Thomas P. Stähler**, RA

#### **A. Problemstellung**

Es geht um die Frage der Sozialwidrigkeit zum einen einer betriebsbedingten und zum anderen einer personenbedingten Kündigung.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

1. Der Entscheidung vom 04.01.2010 lag folgender Fall zugrunde:

Die Parteien streiten, nachdem eine bereits 2007 arbeitgeberseitig ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses keinen Bestand hatte (LArbG Berlin-Brandenburg v. 02.04.2008 - 15 Sa 112/08), um die Rechtmäßigkeit einer (erneuten) betriebsbedingten Kündigung, die ohne vorherige Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ausgesprochen wurde.

Der 58-jährige Kläger ist seit 1987 bei der Beklagten als Filialleiter beschäftigt, seit 1993 zusätzlich mit Ausbilderfunktion. Nach kurzer Tätigkeit im Innendienst im Februar 2005 erkrankte der Kläger am 01.03.2005. Von Mitte 2006 bis Mitte 2007 absolvierte er erfolgreich eine Qualifizierung zur Fachkraft für kaufmännische Sachbearbeitung. Nach dem obsiegenden Urteil bzgl. der vorangegangenen Kündigung wurde der Kläger als Verkäufer beschäftigt. Während die Beklagte bis 2004 insgesamt 16 Filialen betrieb, übertrug sie in den Jahren 2004/2005 ihre Filialen auf selbstständige Handelsvertreter. Lediglich eine Filiale wurde von der Beklagten wei-

ter betrieben, zum 01.03.2009 wurde diese auf den selbstständigen Handelsvertreter T.T. übertragen. Seither beschränkt sich der Geschäftsbetrieb der Beklagten ganz überwiegend auf die telefonische Bestellannahme und Auslieferung der bestellten Waren ab dem Lager der Beklagten in Potsdam, ein Verkauf an Endkunden findet nicht mehr statt. Im Rahmen des erfolgten Betriebsübergangs hat der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den übernehmenden Handelsvertreter widersprochen. Der Kläger ist seither arbeitsunfähig erkrankt. Gegen die fristgemäß zum 31.10.2009 ausgesprochene Kündigung hat er Klage erhoben, dieser hat erstinstanzlich das ArbG Berlin (Urt. v. 12.05.2009 - 26 Ca 4764/09) stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht als unbegründet zurückgewiesen und dazu im Wesentlichen festgestellt: Die Kündigung sei rechtsunwirksam, da gemäß § 1 Abs. 1, 2 KSchG sozial ungerechtfertigt, mithin nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers in dem Betrieb der Beklagten entgegenstehen. Der vom Kläger – zumindest u.a. – angestrebte Arbeitsplatz eines Filialbetreuers sei zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, jedenfalls aber innerhalb der Kündigungsfrist frei gewesen; diesen hätte die Beklagte dem Kläger mithin anbieten müssen. Denn aus dem Vortrag der Beklagten ergebe sich nicht, dass der Kläger die Aufgaben eines Filialbetreuers nicht wahrnehmen könne. Dies gelte jedenfalls im Rahmen einer zumutbaren Anlernzeit des Klägers innerhalb der Kündigungsfrist. Arbeitgeberseitig müsse anhand von Tatsachen dargelegt werden, was die vorliegend überschriftsmäßig beschriebenen Tätigkeiten konkret beinhalten, also über welche konkreten Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten ein Filialbetreuer dafür verfügen muss, ferner weshalb der Kläger vorliegend als langjährig in verschiedenen Bereichen beschäftigter Mitarbeiter, der über mehrere Jahre Betriebsrat war, diese Tätigkeit nicht übernehmen könne. Aber auch unabhängig davon habe die Beklagte ebenso wenig im Rahmen der Sozialauswahl dargelegt, dass der Kläger unter vergleichbaren Arbeitnehmern derjenige mit der geringsten Schutzbedürftigkeit wäre. Der Kläger habe seinerseits seiner Darlegungslast genügt, indem er vorgetragen habe, dass er sowohl in der Verwaltung als auch im Lager der Beklagten mit bestimmten Tätigkeiten beschäftigt werden könnte. Hinzu komme aber auch, dass die Beklagte nicht das betriebliche Eingliederungsmanage-

ment hinreichend durchgeführt habe. Sie habe es unterlassen, in diesem Rahmen zu prüfen, ob (1) bei einer etwaigen Versetzung auf einen – aus ihrer (Arbeitgeber-)Sicht für eine Versetzungsmaßnahme in Betracht kommenden und u.U. auch bislang noch besetzten – Arbeitsplatz ebenfalls mit erheblichen Arbeitsunfähigkeitszeiten zu rechnen ist oder eine positive Zukunftsprognose abgegeben werden kann, und ob (2) eine solche Maßnahme möglich und dem Arbeitgeber zumutbar ist (vgl. u.a. LArbG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.2009 - 9 Sa 699/08). Aus dem Vortrag der Beklagten ergebe sich schließlich auch nicht, weshalb der Kläger – auch unter Beachtung möglicher Umorganisationen – nicht mehr auf einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb beschäftigt werden könne bzw. der Arbeitsanfall an anderer Stelle im Betrieb – ggf. auch nach „leidensgerechter“ Anpassung der dortigen Arbeitsplätze – eine Weiterbeschäftigung des Klägers ausschließe.

2. Der Entscheidung vom 17.08.2009 lag folgender Fall zugrunde:

Der Rechtsstreit betrifft – wie etwa auch in dem der Entscheidung des LArbG Hamm (Urt. v. 21.01.2009 - 2 Sa 629/08, jurisPR-ArbR 45/2009 Anm. 2, Stähler) zugrunde liegenden Fall – die Frage, ob eine krankheitsbedingte Kündigung rechtmäßig ist, die ohne vorherige Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ausgesprochen wurde.

Der 41-jährige Kläger ist seit September 1996 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgänger, ursprünglich als Krankenpfleger, tätig. Aufgrund im September 2002 erlittener Luxationsfraktur des linken Sprunggelenkes konnte er mit dieser Tätigkeit nicht weiter beschäftigt werden, auch konnte nach entsprechender Mitteilung der Beklagten Anfang 2005 diese ihm keinen „leidensgerechten“ Arbeitsplatz im Bereich der Pflege anbieten. Eine im Juni 2006 begonnene zweijährige Ausbildung zum Kaufmann im Gesundheitswesen absolvierte der Kläger erfolgreich. In der Folgezeit lehnte die Beklagte eine vom Kläger angestrebte entsprechende Beschäftigung (mit besonderem Interesse an einem Einsatz im Rechnungswesen) ab und bot diesem stattdessen eine Weiterbeschäftigung – auch unter geänderten Bedingungen – als Krankenpfleger in dem Seniorencentrum an, in dem er auch schon vor seiner Verletzung beschäftigt war. Dieses Angebot lehnte der Kläger unter Hinweis auf seinen

Gesundheitszustand bzw. seine eingeschränkte körperliche Belastungsfähigkeit ab. Nach einer gewissen Zwischenzeit, für die die Beklagte die Prüfung etwaiger Beschäftigungsmöglichkeiten im Verwaltungsbereich zusicherte, teilte diese dem Kläger Mitte Juli 2008 – obgleich kurz zuvor in einer Berliner Tageszeitung mehrere Anzeigen von ihr hinsichtlich freier Stellen für „Mitarbeiter/innen Qualitätssicherung und -entwicklung“ erschienen waren – mit, dass im kaufmännischen Bereich derzeit keine Vakanzen vorhanden seien. Auch forderte die Beklagte den Kläger auf, eine knappe Woche später seinen Dienst in besagtem Seniorenzentrum wieder anzutreten. Die daraufhin erfolgte Aufforderung des Klägers, ihn im kaufmännisch verwaltenden Bereich einzusetzen, lehnte die Beklagte ab und kündigte Ende September 2008 das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31.03.2009.

Nachdem der nachfolgenden Kündigungsschutzklage erstinstanzlich stattgegeben wurde, wendet sich die Beklagte gegen diese Entscheidung, bleibt mit der Berufung allerdings erfolglos, da sich das Landesarbeitsgericht sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung dem Urteil der Vorinstanz (ArbG Berlin, Urt. v. 29.01.2009 - 33 Ca 16090/08) anschließt. Unabhängig davon, ob die Beklagte überhaupt ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchgeführt habe, sei dieses jedenfalls nur (ggf.) unvollständig erfolgt. Wenn auch der Kläger seit Beginn seiner Arbeitsunfähigkeit im Jahr 2002 nicht mehr als Krankenpfleger habe eingesetzt werden können, habe sich das mögliche Einsatzspektrum durch den Abschluss der Ausbildung zum Kaufmann im Gesundheitswesen im Sommer 2008 deutlich erweitert. Auch wenn die Beklagte das im Ansatz wohl auch so gesehen habe, habe sie es jedenfalls aber unterlassen, sämtliche vorhandenen Arbeitsplätze für die seit Sommer 2008 bestehende Qualifikation des Klägers in die Betrachtung der möglichen Beschäftigungen einzubeziehen. Grundsätzlich müsse sich aber der Arbeitgeber immer dann, wenn er eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Re-Integration eines arbeitsunfähigen Arbeitnehmers kenne oder bei ordnungsgemäßer Durchführung des BEM kennen müsse und diese Beschäftigungsmöglichkeit durch anderweitige Besetzung treuwidrig beseitige, nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB die zwischenzeitlich besetzte Stelle als im Zeitpunkt der Kündigung „frei“ entgegenhalten lassen (vgl. dazu auch LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.03.2009 - 12 Sa 1450/08). Eine sol-

che treuwidrige Vereitelung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit liege immer dann vor, wenn sich dem Arbeitgeber die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers habe aufdrängen müssen (st. Rspr., vgl. zuletzt BAG, Urt. v. 05.06.2008 - 2 AZR 107/07; ferner BAG, Urt. v. 25.04.2002 - 2 AZR 260/01).

### C. Kontext der Entscheidung

Den wesentlichen Zusammenhang bilden vorliegend Fragen der Darlegungs- und Beweislast für die eine (betriebs- ebenso wie eine krankheitsbedingte) Kündigung rechtfertigenden Tatsachen. Diese liegt nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG beim Arbeitgeber; bei beabsichtigter betriebsbedingter Kündigung muss er demgemäß darlegen und beweisen, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, ohne dass eine andere Beschäftigungsmöglichkeit besteht (vgl. bereits BAG, Urt. v. 07.12.1978 - 2 AZR 155/77, zuletzt etwa LArbG Mainz, Urt. v. 04.09.2009 - 6 Sa 196/09). Bei beabsichtigter krankheitsbedingter (mithin personenbedingter) Kündigung trifft den Arbeitgeber die Beweislast dahin gehend, dass auch bei Durchführung eines BEM die Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen nicht hätte vermieden werden können. Darüber hinaus trifft ihn aber auch die Beweislast hinsichtlich einer vollständigen Ausschöpfung aller Möglichkeiten im BEM. Werden nicht alle Möglichkeiten im BEM geprüft und ausgeschöpft, so ist insoweit von einer Untätigkeit des Arbeitgebers auszugehen, so – wie vorliegend – in Bezug auf die Prüfung der Einsatzmöglichkeiten des Klägers auf einem anderen als seinem bisherigen Arbeitsplatz. Der Arbeitgeber kann aufgrund dessen hier auch nicht den Beweis führen, dass die ordnungsgemäße Durchführung eines BEM nicht zu einem anderen Ergebnis und letztlich zur Vermeidbarkeit der Kündigung geführt hätte.

Die Durchführung eines BEM stellt dabei an sich noch kein milderes Mittel gegenüber einer krankheitsbedingten Kündigung dar. Jedoch können durch das BEM solche milderen Mittel wie z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden. Eine krankheitsbedingte Kündigung ist deshalb nur dann verhältnismäßig, wenn die Durchführung eines solchen BEM nicht zum Erfolg geführt hat oder es von vornherein ausgeschlossen war, dass es zum

Erfolg hätte führen können (vgl. BAG, Urt. v. 12.07.2007 - 2 AZR 716/06).

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Vorliegende Entscheidungen bestärken nicht zuletzt die in der Rechtsprechung allgemein festzustellende Tendenz, der Zielsetzung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX zur Durchsetzung zu verhelphen. Auch hierbei geht es letzten Endes darum, die Interessenslagen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber in einen Ausgleich zu bringen. Für die Einzelfallentscheidung stets wesentlich mit ausschlaggebend sind Fragen der Darlegungs- und Beweislastverteilung im Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer (dazu ausführlich Hillmann-Stadtfeld in: Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, Forum B, Beitrag Nr. 15/2009 auf [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de) bzw. [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de)). Dies gilt es vor allem arbeitgeberseitig ausreichend zu beachten.

1. Ein weiterer Themenschwerpunkt der Entscheidungen bezieht sich zunächst auf betriebliche Gründe für eine Kündigung. So führt das LArbG Berlin-Brandenburg im Grundsatz aus, dass sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben können. Aus innerbetrieblichen Gründen (Unternehmerentscheidungen, wie beispielsweise Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion oder von Arbeitsabläufen) ist eine Kündigung insbesondere dann gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung im Betrieb das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. Gerichtlich nachprüfbar ist (allein), ob die entsprechende unternehmerische Entscheidung offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist; eine gerichtliche Überprüfung ihrer sachlichen Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit erfolgt hingegen nicht (BAG in st. Rspr., vgl. etwa Urt. v. 17.06.1999 - 2 AZR 522/98, und Urt. v. 21.09.2006 - 2 AZR 607/05). Vielmehr sollen Verstöße gegen gesetzliche und tarifliche Normen (vgl. z.B. BAG, Urt. v. 18.12.1997 - 2 AZR 709/96) genauso verhindert wie Diskriminierung und Umgehungsfälle vermieden werden. Deshalb ist es vor allem missbräuchlich, einen Arbeitnehmer etwa durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen bei unverändert fortbestehendem Beschäftigungsbedarf aus dem Betrieb zu drängen (BAG, Urt. v. 26.09.2002 - 2 AZR 636/01, und BAG, Urt. v. 22.04.2004 - 2 AZR 385/03) oder abstrakte Änderungen von Organisationsstrukturen ohne Änderung der realen Abläufe zu benutzen, um den Inhalt von Arbeitsverhältnissen zum Nachteil von Arbeitnehmern zu ändern.

Das Merkmal der „Dringlichkeit“ der betrieblichen Erfordernisse konkretisiert insoweit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio Prinzip). Aus ihm ergibt sich, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen anbieten muss. Voraussetzung ist hierbei allein, dass ein Arbeitsplatz zum Kündigungszeitpunkt frei war oder alsbald frei geworden wäre und diese freie Stelle unter Berücksichtigung der Qualifikation des Klägers einerseits und des Stellenprofils des zu besetzenden Arbeitsplatzes andererseits die einzige Alternative zu einer sonst auszusprechenden Beendigungskündigung war. Die Weiterbeschäftigung muss also sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber objektiv möglich sein. Der Arbeitgeber muss demgemäß vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen anbieten. Insofern stellt das LArbG Berlin-Brandenburg in seinen Entscheidungen heraus, dass als „frei“ grundsätzlich solche Arbeitsplätze anzusehen sind, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind; dem stehe es gleich, wenn der Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werde.

Eine Änderungskündigung wiederum darf nur in „Extremfällen“ unterbleiben, wenn der Arbeitgeber bei vernünftiger Betrachtung nicht mit einer Annahme des neuen Vertragsangebots durch den Arbeitnehmer rechnen konnte und ein derartiges Angebot vielmehr beleidigenden Charakter gehabt hätte. Letztere Situation kann etwa dann gegeben sein, wenn der betroffene Arbeitnehmer so weit in der Personalhierarchie zurückgestuft würde, dass viele seiner bisher Untergebenen ihm nunmehr Weisungen erteilen könnten und deshalb erhebliche Konflikte zu erwarten sind. Grundsätzlich soll der Arbeitnehmer aber selbst entscheiden können, ob er eine Weiterbeschäftigung unter erheblich verschlechterten Arbeits-

bedingungen für zumutbar hält oder nicht (BAG, Urt. v. 21.09.2006 - 2 AZR 607/05).

2. Weiterer Themenschwerpunkt sind Fragen der Sozialauswahl. Das Landesarbeitsgericht stellt diesbezüglich klar, dass eine Kündigung wegen einer grob fehlerhaften sozialen Auswahl ungerichtlich i.S.d. § 1 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 5 KSchG sein kann.

Das ist dann der Fall, wenn ein evidenter, mithin „ins Auge springender“ schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt. In die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG sind alle Arbeitnehmer des Betriebes einzubeziehen, die miteinander vergleichbar sind. Die Vergleichbarkeit der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer richtet sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen und somit nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann (BAG, Urt. v. 07.12.2006 - 2 AZR 748/05). § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG räumt den Betriebsparteien einen weiten Spielraum bei der Sozialauswahl ein (vgl. BAG, Urt. v. 12.03.2009 - 2 AZR 418/07, und BAG, Urt. v. 03.04.2008 - 2 AZR 879/06). Dies gilt nicht nur für die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst, sondern auch für die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen (vgl. BAG, Urt. v. 23.10.2008 - 2 AZR 163/07).

3. Zum weiteren Punkt: Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) macht das LArbG Berlin-Brandenburg deutlich, dass die Pflicht nach § 84 Abs. 2 SGB IX nicht nur im Vorfeld von personenbedingten Kündigungen besteht, sondern – nach Erreichen des dortigen Schwellenwertes von sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit – immer dann, wenn gesundheitliche Beeinträchtigungen eines Arbeitnehmers die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb beeinflussen bzw. beeinflussen können (vgl. zum BEM bereits u.a. Gagel, jurisPR-ArbR 24/2009 Anm. 5; Stähler, jurisPR-ArbR 45/2009 Anm. 2). Bei Durchführung des BEM als eines kooperativen Prozesses mit dem Ziel, Wege zur Erhaltung eines Arbeitsplatzes zu finden, müsse gerade bei vorhandenen unterschiedlichen Auffassungen über die Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers der Betriebs- (bzw. Werks-)Arzt beteiligt werden. Für nicht abwegig hält das Gericht überdies die Sichtweise

(so vertreten von Gagel, jurisPR-ArbR 24/2009 Anm. 5), dass auch die gemeinsame Servicestelle gemäß § 23 SGB IX hinzuziehen sei, um zu klären, ob unter Inanspruchnahme von Hilfen der Sozialleistungsträger noch nicht vorhandene Beschäftigungsmöglichkeiten geschaffen werden können. Die bloße Prüfung des Arbeitgebers einer Anpassung vergleichbarer Arbeitsplätze sei jedenfalls nicht ausreichend, da das BEM auch dazu diene, zur Re-Integration arbeitsunfähiger Arbeitnehmer und Verhinderung einer Kündigung etwaige Möglichkeiten der Umorganisation zu prüfen – einschließlich eines Freimachens von Arbeitsplätzen durch Umsetzungen (vgl. BAG, Urt. v. 23.04.2008 - 2 AZR 1012/06). Ferner könne sich ein Arbeitgeber, der ein BEM nicht rechtzeitig durchführe, nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB (Grundsatz von Treu und Glauben) auch nicht darauf berufen, dass etwaige in der Zwischenzeit frei gewordene Arbeitsplätze zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung besetzt waren.

Hinsichtlich der Anforderungen an ein betriebliches Eingliederungsmanagement hat sich die Rechtsprechung zwischenzeitlich noch fortentwickelt (so unlängst etwa LArbG Köln, Urt. v. 26.10.2009 - 2 Sa 292/09, und insbesondere BAG, Urt. v. 10.12.2009 - 2 AZR 198/09).

### 3

## Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung - Verletzung der Datenschutzbestimmungen

### Orientierungssatz zur Anmerkung:

**Die Verletzung des Datenschutzes durch die Anordnung und Durchführung von Überwachungsmaßnahmen rechtfertigt zumindest dann nicht die (außerordentliche) Kündigung, wenn der Arbeitgeber selbst vor Durchführung der Maßnahme ein rechtfertigendes Gutachten eingeholt und die Arbeitnehmerin keine juristischen Fachkenntnisse hat, die es ihr ermöglicht hätten, zu einer anderen Beurteilung zu kommen.**

Anmerkung zu ArbG Berlin, Urteil vom 18.02.2010, 38 Ca 12879/09

von **Martina Perreng**, Referatsleiterin Individualarbeitsrecht DGB Bundesvorstand

## A. Problemstellung

Das Urteil befasst sich mit einer außerordentlichen, vorsorglich ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung wegen der Anordnung von Maßnahmen der Korruptionsbekämpfung, die Datenschutzrechte von Beschäftigten verletzt haben. Das Gericht ist der Auffassung, dass wegen fehlender Darlegung der Beklagten, worin der Verstoß der Klägerin gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten liegen soll, die eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung rechtfertigen könnten, der Klage stattzugeben war.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin war als leitende Mitarbeiterin im Bereich Compliance u.a. für die Korruptionsbekämpfung zuständig. In dieser Funktion und um Korruption aufzudecken, hat die Klägerin Überwachungsmaßnahmen veranlasst. Diese Überwachungsmaßnahmen haben nach Auffassung der Beklagten Datenschutzbestimmungen und andere rechtliche Vorgaben verletzt. Dadurch sieht sie Gründe für eine fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung als gegeben an. Das Gericht vertritt die Auffassung, dass Tatsachen, die die Kündigung rechtfertigen können, nicht vorliegen. Sie seien jedenfalls nicht in nachvollziehbarer Weise dargelegt worden. Insbesondere müsste die Klägerin objektiv rechtswidrig gehandelt haben und zudem subjektiv von der Rechtswidrigkeit gewusst haben. Dies habe die Beklagte nicht hinreichend dargelegt. Dabei sei vor allem zu berücksichtigen, dass die Klägerin keine Juristin sei und zudem von der Beklagten selbst Gutachten eingeholt worden seien, die bestimmte Überwachungsmaßnahmen für zulässig erklärt haben. Insgesamt sei zwar nicht auszuschließen, dass es bei der Beklagten zu rechtswidrigen Verletzungen des Datenschutzes gekommen sei. Dies reiche aber nicht aus, die Kündigung der Klägerin zu begründen. Dazu hätte vielmehr dargelegt werden müssen, dass zum Zeitpunkt der angeordneten Maßnahmen der Klägerin die Rechtswidrigkeit dieser Übergriffe bewusst war. Das Gericht vertritt im Übrigen die Auffassung, dass grundsätzlich Datenanalysen im Unternehmen gerechtfertigt sein könnten. Zur Aufdeckung von Straftaten und zur Korruptionsbekämpfung sei es notwendig, personenbezogene Daten von Arbeitnehmern zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen. Soweit kein Grund zu der Annahme bestehe, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen an den Ausschluss der Ver-

arbeitung oder Nutzung verletzt würden, bestehe ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers, solche Datenanalysen vorzunehmen.

## C. Kontext der Entscheidung

Im Rahmen der Kündigungsschutzklage setzt sich das Gericht, wenn auch knapp, mit der Frage des Datenschutzes im Arbeitsverhältnis auseinander. Es räumt dabei dem Unternehmen einen erheblichen Spielraum ein, persönliche Daten der Beschäftigten zu ermitteln, zu speichern und zu verwenden. Dabei genügen seiner Auffassung nach allgemeine Erwägungen, wie eine hohe Schadenswahrscheinlichkeit, den hohen unmittelbaren Schaden oder die rechtliche Verpflichtung zur Bekämpfung von Korruption und Wirtschaftskriminalität. Auch wenn Gegenstand des Urteils nicht primär die Frage nach dem Verhältnis von allgemeinem Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten einerseits und dem Interesse des Arbeitgebers an der Aufdeckung bzw. Verhinderung von Vertrags- oder Gesetzesverstößen andererseits war, werden datenschutzrechtliche Grundsätze im Arbeitsverhältnis aufgestellt. Dabei überwiegt nach Auffassung des Gerichts das Interesse des Arbeitgebers, auch wenn im konkreten Fall möglicherweise die Maßnahmen überzogen waren

## D. Auswirkungen für die Praxis

Mit dem Urteil wird durch die starke Gewichtung des Arbeitgeberinteresses an Korruptionsbekämpfung das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Arbeitsverhältnis deutlich eingeschränkt. Einmal mehr wird deutlich, dass es an klaren gesetzlichen Abgrenzungskriterien für das Interesse der Beschäftigten an einer Wahrung ihres informationellen Selbstbestimmungsrechts auf der einen Seite und dem Interesse des Arbeitgebers an Datenermittlung und -verwendung auf der anderen Seite fehlt. Im konkreten Fall liegt der Verdacht nahe, dass mit der Kündigung der leitenden Angestellten ein „Bauernopfer“ gesucht wurde und tatsächlich das Vorgehen der Mitarbeiterin nicht als Verstoß, sondern als Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten gesehen werden muss. Daraus abzuleiten, dass generell der Verstoß gegen Datenschutzrechte nicht geeignet ist, um arbeitsrechtliche Konsequenzen zu begründen, geht allerdings fehl. Gerade wer solche Überprüfungen anordnet, muss sich der Sensibilität der genutzten Daten bewusst sein. Allgemeine Erwägungen und die bloße Möglich-

keit einer Vertragsverletzung können als Rechtfertigung für Eingriffe in Grundrechte im Arbeitsverhältnis auch im Rahmen von Korruptionsbekämpfung jedenfalls nicht ausreichen.

4

## **Beleidigung von Vorgesetzten gegenüber Dritten als wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung**

### **Leitsätze:**

- 1. Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für die Betroffenen bedeuten, können einen erheblichen Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis darstellen und eine außerordentliche fristlose Kündigung an sich rechtfertigen.**
- 2. Die strafrechtliche Beurteilung ist kündigungsgesetzlich nicht ausschlaggebend.**
- 3. "Grob" ist eine besonders schwere, den Betroffenen kränkende Beleidigung, das heißt eine bewusste und gewollte Ehrenkränkung aus gehässigen Motiven (hier verneint).**

Anmerkung zu LArbG Hannover, Urteil vom 12.02.2010, 10 Sa 569/09

von **Christina Stuntz**, RA'in und FA'in für Arbeitsrecht, Spengler & Kollegen

### **A. Problemstellung**

Das Recht der außerordentlichen Kündigung füllt nicht zu Unrecht ganze Spalten in Tageszeitungen ebenso wie in juristischer Fachliteratur. Nicht ohne Grund erweckt es den Eindruck, als gäbe es hier keine „klare Linie“ in der Rechtsprechung: Der eine Diebstahl rechtfertigt eine fristlose Kündigung, der andere ist gar keiner. Die eine Beleidigung rechtfertigt eine fristlose Kündigung, die andere ist von dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung gedeckt. Das Kündigungsrecht hat nur eine Konstante: Es ist stets Einzelfallrecht. Die vorliegende Entscheidung befasst sich damit, wann und weshalb eine außerordentliche Kündigung unwirksam sein kann, obwohl der Klä-

ger seine Geschäftsführer tatsächlich, zum Teil sogar schwer, beleidigt hat.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Parteien streiten zweitinstanzlich noch darum, ob deren Arbeitsverhältnis nun bereits durch eine außerordentliche oder erst durch eine ordentliche Kündigung beendet wurde.

Der Kläger – seines Zeichens Vertriebsmitarbeiter – hat, so das Ergebnis erstinstanzlicher Beweisaufnahme, gegenüber einem Vertreter eines Kunden seines Arbeitgebers zwei von insgesamt drei Geschäftsführern der Beklagten wie folgt umschrieben:

Geschäftsführer 1 habe ein Alkoholproblem; er habe einmal infolge Alkoholgenusses die Orientierung verloren und im Garten übernachtet.

Geschäftsführer 2 sei nach Meinung des Klägers für die kaufmännische Leitung des Betriebs völlig ungeeignet; er sei mehr an den äußerlichen als fachlichen Qualitäten der weiblichen Mitarbeiter interessiert.

Das Arbeitsgericht gab der Kündigungsschutzklage statt. Die Berufung des Beklagten hiergegen blieb erfolglos:

Zunächst einmal könne auch eine erhebliche Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung bilden. Der Kläger habe auch tatsächlich eine vertragliche Nebenpflicht verletzt: Als Vertriebsmitarbeiter dürfe er sich gegenüber Kunden bzw. deren Repräsentanten nicht in der geschehenen Weise negativ über die Geschäftsführer seines Arbeitgebers äußern. Das gelte unabhängig von der Frage, ob die Behauptung bezüglich des Alkoholkonsums des einen und des Verhaltens gegenüber weiblichen Mitarbeitern des anderen nun tatsächlich zuträfen oder nicht.

Die Interessenabwägung führe aber jedenfalls zur Unverhältnismäßigkeit der außerordentlichen Kündigung: Das Arbeitsverhältnis sei zehn Jahre lang störungsfrei verlaufen, und eine Abmahnung habe es noch nicht gegeben. Zudem habe der Kläger den Geschäftsführer 1 gerade nicht generell als orientierungslosen Alkoholiker bezeichnet, sondern lediglich einen bestimmten Vorfall geschildert. Die Äußerungen über Ge-

schäftsführer 2 wögen zwar schwerer, weil hier der Kläger suggeriert habe, es ginge dem Geschäftsführer um außerbetriebliche Beziehungen mit Mitarbeiterinnen. Andererseits habe der Kläger den Geschäftsführer 2 aber nicht als fachlich völlig inkompetent hingestellt. Daher sei der Beklagten wohl zuzumuten, den Kläger jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzubeschäftigen.

Zu Lasten des Klägers wirke sich zwar im Grunde aus, dass er diese Äußerungen gegenüber einem Kundenvertreter tätigte, zu dem er also nicht in einem besonderen Näheverhältnis stand, und auch nicht um Geheimhaltung bat. Jedoch könne man nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Kläger derartige Äußerungen während des Laufs der Kündigungsfrist gegenüber anderen wiederholt hätte. Einen derartigen allgemeinen Erfahrungssatz gebe es nicht. Eine ordentliche Kündigung sei zwar gerechtfertigt, nicht aber eine außerordentliche.

Die Revision wurde nicht zugelassen, jedoch Nichtzulassungsbeschwerde unter dem Az. 2 AZN 269/10 eingelegt.

### C. Kontext der Entscheidung

Jedenfalls in großen Teilen bewegt sich die Entscheidung auf der Linie der ständigen Rechtsprechung des BAG:

Danach kann eine außerordentliche Kündigung nicht nur bei der Verletzung einer Hauptleistungspflicht in Betracht kommen. Vielmehr kann auch eine erhebliche Verletzung vertraglicher Nebenpflichten einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen (BAG, Urt. v. 19.04.2007 - 2 AZR 78/06 - AP Nr 77 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG, Urt. v. 03.02.2006 - 2 AZR 53/05 - AP Nr 14 zu § 626 BGB Krankheit; BAG, Urt. v. 15.01.1986 - 7 AZR 128/83 - AP Nr 93 zu § 626 BGB; BAG, Urt. v. 16.08.1991 - 2 AZR 604/90 - AP Nr 27 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Auch eine grobe Beleidigung kann demnach einen wichtigen Grund darstellen, wobei es auf die strafrechtliche Würdigung gar nicht ankommt (BAG, Urt. v. 24.11.2005 - 2 AZR 584/04 - AP Nr 198 zu § 626 BGB; BAG, Urt. v. 24.06.2004 - 2 AZR 63/03 - AP Nr 49 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Grob ist die Beleidigung dann, wenn sie den Betroffenen aus gehässigen Motiven bewusst und gewollt in seiner

Ehre kränken soll (BAG, Urt. v. 10.10.2002 - 2 AZR 418/01 - EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr 1).

In der vorliegenden Entscheidungsbegründung jedoch zu kurz gekommen ist, dass selbst wahre Tatsachen (vorliegend der alkoholbedingte Sturz im Garten) nicht einfach in die Öffentlichkeit getragen werden dürfen: Denn das Recht auf freie Meinungsäußerung wird nicht etwa schrankenlos gewährt. Es findet seine Grenzen im Recht der persönlichen Ehre gemäß Art. 5 Abs. 2 GG und muss in ein ausgeglichenes Verhältnis mit diesem gebracht werden (BVerfG, Urt. v. 10.10.1995 - 1 BvR 1476/91). Im groben Maße unsachliche Angriffe, die u.a. zur Untergrabung der Position eines Vorgesetzten führen können, muss der Arbeitgeber nicht hinnehmen (BAG, Urt. v. 02.04.1987 - 2 AZR 418/86 - AP Nr 96 zu § 626 BGB; BAG, Urt. v. 17.02.2000 - 2 AZR 927/98). Ob diese Abwägung, die das BAG regelmäßig vornimmt, auch das LArbG Hannover vorgenommen hat, scheint zweifelhaft. Das Grundrecht der persönlichen Ehre der Vorgesetzten jedenfalls taucht zumindest begrifflich leider nicht in den Entscheidungsgründen des vorliegenden Urteils auf.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Dennoch gilt es eines stets zu beachten: Bei all den Streitigkeiten um außerordentliche Kündigungen handelt es sich immer um Einzelfallentscheidungen. Es gibt schlichtweg keine absoluten wichtigen Gründe (Griebeling in: HK-ArbR, § 626 BGB Rn. 47) oder etwa eine abschließende Aufzählung von Beleidigungen oder anderen „grundsätzlich“ wichtigen Gründen, die entweder immer oder eben nie eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könnten. Deshalb ist letztlich nie vorhersehbar, ob eine außerordentliche Kündigung nun gerichtlich für rechtswirksam erklärt werden wird oder eben nicht. Zu Recht rückt die Rechtsprechung die Umstände des Einzelfalls in den Vordergrund. Darauf werden die Prozessvertreter deshalb das Gewicht legen. Letztlich geht es bei der außerordentlichen Kündigung nicht etwa um die Sanktion eines bestimmten Verhaltens, sondern um die Frage, ob dem Arbeitgeber wegen dieses Verhaltens eine Fortbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar ist. Dabei spielen eben alle Umstände des Einzelfalls eine Rolle. So kann beispielsweise die Schwere einer Beleidigung durchaus gedämpft werden etwa durch

Begleitumstände wie beispielsweise: Der seit 30 Jahren ohne Anlass zu Beanstandung beschäftigte Kläger habe sich derzeit in einer schweren Lebenskrise, verursacht durch eine bevorstehende Scheidung, befunden, sich im Nachgang selbstredend entschuldigt und sich um Wiedergutmachung bemüht. Eine derartige Konstellation wird sicherlich gänzlich anders zu bewerten sein als ein seit acht Monaten beschäftigter Kollege, der noch im Gerichtssaal aus vollster Überzeugung bekundet, sein Vorgesetzter sei nun einmal tatsächlich ein fachlich völlig unqualifizierter Grapscher, und die Wahrheit dürfe man doch schließlich aussprechen.

## 5

### Sonderkündigungsschutz für Mitglied des Wahlvorstands

#### Leitsatz:

**Der besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 KSchG beginnt für gerichtlich bestellte Mitglieder des Wahlvorstands mit der Verkündung und nicht erst mit der formellen Rechtskraft des Einsetzungsbeschlusses.**

Anmerkung zu BAG, Urteil vom 26.11.2009, 2 AZR 185/08

von **Christina Stuntz**, RA'in und FA'in für Arbeitsrecht, Spengler & Kollegen

#### A. Problemstellung

Das Gesetz gewährt in § 15 KSchG für Personen, die Rechte nach dem BetrVG wahrnehmen, einen besonderen Kündigungsschutz. Dies geschieht gerade vor dem Hintergrund, weil solche Beschäftigte, gleich ob Betriebsratsmitglied, Wahlbewerber oder Wahlvorstand, allein wegen ihrer Betätigung einer stets latenten Gefahr von Konflikten mit dem Arbeitgeber ausgesetzt sind – jedenfalls im Gegensatz zu in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht „Inaktiven“ in verstärktem Maße. Für die Personengruppe der gerichtlich bestellten Wahlvorstandsmitglieder durfte das BAG nunmehr erstmals Stellung nehmen, zu welchem Zeitpunkt dieser besondere Kündigungsschutz eintritt.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien stritten um die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten, ordentlichen Kündigung.

Der Kläger ist seit April 2000 bei der Beklagten beschäftigt. Die IG Metall lud für den bisher betriebsratslosen Betrieb im November 2005 zu einer Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstands ein. Ein solcher wurde dort nicht gewählt. So beantragte die Gewerkschaft gerichtlich die Bestellung des Wahlvorstands. Erstinstantlich wurde der Kläger zunächst als Ersatzmitglied bestellt. Auf die Beschwerde der hiesigen Beklagten setzte das Landesarbeitsgericht daraufhin den Kläger als ordentliches Mitglied des Wahlvorstands ein und verkündete den Beschluss am 03.05.2006. Die hiergegen erhobene Nichtzulassungsbeschwerde wies das BAG am 15.11.2006 zurück.

Zwischenzeitlich, am 28.07.2006, sprach die Beklagte gegenüber dem Kläger die verhaltensbedingte, ordentliche Kündigung aus. Letzterer berief sich auf den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 KSchG, nach Auffassung des BAG zu Recht:

Dem Kläger habe in der Tat bereits am 28.07.2006 der Kündigungsschutz als Wahlvorstandsmitglied i.S.d. § 15 Abs. 3 KSchG zugestanden. Danach ist die Kündigung eines Mitglieds eines Wahlvorstands vom Zeitpunkt seiner Bestellung an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und eine nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt ist.

Am 28.07.2006 sei der Kläger bereits im Sinne dieser Vorschrift bestellt gewesen: Denn das Landesarbeitsgericht habe den Kläger mit am 03.05.2006 verkündetem Beschluss zum Wahlvorstandsmitglied bestellt. Der formellen Rechtskraft dieses Beschlusses habe es nicht bedurft. Es käme ausschließlich auf den Zeitpunkt der Verkündung der gerichtlichen Entscheidung an. Das ergebe sich aus der Auslegung des § 15 Abs. 3 KSchG. Dessen Sinn und Zweck liege darin, die Wahl der Betriebsverfassungsorgane zu erleichtern und die Kontinuität ihrer Arbeit zu sichern. Sie sind ebenso schutzbedürftig wie die

Mitglieder des Betriebsrats im Hinblick auf mögliche Konflikte mit dem Arbeitgeber. Der Kündigungsschutz solle dazu beitragen, dass Arbeitnehmer sich bereit erklären, die Wahl des Betriebsrates auch durch Zur-Verfügung-Stellung als Wahlvorstandsmitglied zu ermöglichen.

Dieses Schutzbedürfnis haben Personen aber bereits ab Verlautbarung, dass sie dieses Amt ausüben, und nicht erst mit Rechtskraft eines entsprechenden Beschlusses. Gerade schon ab Verlautbarung bestünde für diese Beschäftigten das Risiko vor etwaigen Repressalien des Arbeitgebers, dem es darum gehen könnte, durch Kündigungen auf die personelle Zusammensetzung des Wahlvorstands Einfluss zu nehmen oder aber auch nur die Wahl zu verzögern oder zu verhindern.

Auch die Systematik des Gesetzes spreche für eine entsprechende Auslegung: Käme es nämlich auf die formelle Rechtskraft an, so bliebe der Schutz von gerichtlich bestellten Wahlvorstandsmitgliedern hinter dem von durch einen Betriebsrat bestellten oder auf einer Versammlung gewählten Wahlvorstandsmitgliedern zurück. Würde nämlich deren Bestellung oder Wahl angefochten, dann stünde ihnen der Sonderkündigungsschutz bereits während des gerichtlichen Verfahrens zur Seite, jedenfalls dann, wenn die Bestellung oder Wahl allenfalls anfechtbar, jedoch nicht nichtig wäre. Demgegenüber würden gerichtlich bestellte Mitglieder für die Dauer eines solchen Verfahrens keinen Sonderkündigungsschutz besitzen. Diese Unterscheidung wäre nicht sachgerecht.

### C. Kontext der Entscheidung

In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, der Sonderkündigungsschutz für gerichtlich bestellte Wahlvorstandsmitglieder solle tatsächlich erst mit formeller Rechtskraft einsetzen (KR/Etzel, 9. Aufl., § 103 BetrVG Rn. 22, Nägele/Nestel, BB 2002, 354, 355; Rudolph, AiB 2005, 655; a.A. Brors in: HaKo-BetrVG, 3. Aufl., § 16 Rn. 16: ab Verkündung). Diese Auffassung verkennt die betriebliche Wirklichkeit und würdigt den Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht angemessen. Dieser ergibt sich deutlich bereits aus der Gesetzesbegründung. Danach soll der besondere Kündigungsschutz für Wahlvorstandsmitglieder dazu beitragen, dass Arbeitnehmer bereit sind, sich als Wahlvorstandsmitglied zur Verfügung zu stellen,

um die Wahl eines Betriebsrates überhaupt erst zu ermöglichen, gerade in betriebsratslosen Betrieben (BT-Drs. 14/5741, S. 55). Das kann praktisch nur dann erreicht werden, wenn Wahlvorstandsmitglieder ihr Amt ohne Furcht vor Repressalien des Arbeitgebers ausüben können.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Praxis hat diese Entscheidung große Bedeutung und ist äußerst erfreulich, gerade für Betriebsratsvertreter und all diejenigen, die eine Betriebsratswahl begleiten und fördern. Sie erleichtert die Suche nach aktiven Unterstützern einer Betriebsratswahl erheblich. Ohne einen besonderen Kündigungsschutz wäre es gerade in betriebsratslosen Betrieben nahezu unmöglich, aktive Förderer einer Betriebsratswahl zu finden. Die Furcht vor Repressalien eines Arbeitgebers ist groß, gerade in heutigen Zeiten. Das BAG spricht mit deutlichen Worten aus, was viele denken, doch wenige aussprechen, nämlich dass gerade in betriebsratslosen Betrieben, in denen nicht einmal auf einer Betriebsversammlung ein Wahlvorstand gebildet werden kann, diese Furcht vor Repressalien eines Arbeitgebers gerade alles andere als fernliegt. Ohne ein stichhaltiges Argument also, weshalb man sich der Gefahr von Konfrontation mit dem Arbeitgeber aussetzen sollte, sind heute Wahlvorstandsmitglieder kaum noch zu gewinnen. Die hiesige Entscheidung ist ein weiterer Meilenstein, den Schutz von Wahlvorständen weiter zu verstärken. Sie wird der betrieblichen Realität in jeder Hinsicht gerecht.

## 6

### Versicherungsschutz für außergerichtliche Rechtsanwaltschaftstätigkeit in einer arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzsache

#### Orientierungssatz:

**Ein rechtsschutzversicherter Arbeitnehmer muss im Falle einer Kündigung seines Arbeitsvertrages seinen Rechtsanwalt nicht sofort mit der Klageerhebung beauftragen, um so die Kosten seiner Rechtsschutzversicherung zu mindern. Von der Versicherung zu erstatten sind daher auch die Kosten für eine außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts. Es ist nämlich nicht zwangsläufig ausgeschlossen, dass bei einer außergerichtli-**

## chen Tätigkeit eine Regelung des Konflikts gefunden werden kann.

Anmerkung zu AG Stuttgart, Urteil vom 03.09.2009, 13 C 6358/08

von **Joachim Teubel**, RA und Notar, Hamm

### A. Problemstellung

Es geht um die praktisch häufig auftauchende Frage, ob der Anwalt des gekündigten, rechtsschutzversicherten Arbeitnehmers vor der fristgebundenen Klageerhebung für den gekündigten Arbeitnehmer außergerichtlich tätig werden darf, ohne gegen die Rechtsschutzbedingungen zu verstoßen.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Klägerin war am 10.10.2008 zum 15.10.2008 gekündigt worden. Mit Schreiben ihres Anwalts vom 20.10.2008 wurde die Kündigung als sittenwidrig und wegen fehlender Vollmachtsurkunde nach § 174 BGB zurückgewiesen. Der Anwalt der Klägerin ermittelte zu den Hintergründen der Kündigung (Gründung eines Betriebsrates). Am letzten Tag der dreiwöchigen Klagefrist erteilte die Klägerin ihrem Prozessbevollmächtigten Auftrag zur Klageerhebung, die dann am 31.10.2008 erfolgte. Die Klage wurde am 28.05.2009 zurückgenommen.

Die beklagte Rechtsschutzversicherung erteilte Deckungszusage für das Kündigungsschutzverfahren, erstattete aber nur einen Teil der im gerichtlichen Verfahren angefallenen Gebühren.

Gegenüber der für die außergerichtliche Tätigkeit angesetzten 1,8fachen Geschäftsgebühr nach VV 2300 berief sich die Rechtsschutzversicherung auf eine Obliegenheitspflichtverletzung gemäß § 17 ARB, weil dadurch die Kosten unnötig erhöht worden seien. Der Ansatz der 1,8fachen Gebühr sei nicht angemessen, weil das außergerichtliche Schreiben des Anwaltes nur kurz gewesen sei. Im Übrigen seien die in Ansatz gebrachten Gegenstandswerte zu hoch.

Das Amtsgericht hat der auf Freistellung der Arbeitnehmerin von den Kosten gerichteten Klage im vollen Umfange stattgegeben.

Die Gegenstandswerte für das gerichtliche Verfahren entsprächen der Streitwertfestsetzung des Arbeitsgerichtes.

Zu Recht habe der Anwalt der Klägerin eine 1,8fache Geschäftsgebühr nach VV 2300 abgerechnet.

Die Klägerin sei nicht verpflichtet gewesen, ihren Rechtsanwalt sofort mit der Klageerhebung zu beauftragen, um die Kosten der Beklagten zu mindern. Zwar sei der beauftragte Rechtsanwalt verpflichtet, seinem Mandanten den sichersten, schnellsten und günstigsten Weg zur Abwendung des Schadens durch die Kündigung vorzuschlagen. Dabei komme es auf den jeweiligen Einzelfall an. Auch wenn die Klagefrist für die Kündigungsschutzklage nur drei Wochen betrage, sei es nicht zwangsläufig ausgeschlossen, dass zunächst bei einer außergerichtlichen Tätigkeit des Rechtsanwalts eine Regelung des Konflikts gefunden werden könne. Dafür spreche auch, dass ansonsten die Partei zunächst den Anwalt mit der außergerichtlichen Tätigkeit beauftragen könne, das könne in Kündigungsschutzsachen nicht anders sein. Insbesondere ergebe sich nichts Gegenteiliges aus den Versicherungsbedingungen.

Angesichts der von der Klägerseite substantiiert dargestellten umfangreichen Tätigkeit des Anwaltes vor Erhebung der Kündigungsschutzklage sei eine 1,8fache Geschäftsgebühr angemessen, auf den Umfang des Schreibens vom 20.10.2008 komme es nicht allein an.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Konstellation des vorliegenden Falles ist typisch: Nach Kündigung wird der Anwalt aufgesucht, der mit seinem Mandanten überlegen muss, ob sofort Kündigungsschutzklage erhoben oder zunächst versucht wird, eine außergerichtliche Klärung herbeizuführen.

Grundsätzlich entspricht es anwaltlicher Erfahrung, dass der Versuch einer außergerichtlichen Klärung sinnvoll ist. Statistisch wird die überwiegende Zahl der anwaltlichen Mandate außergerichtlich erledigt, jedenfalls wird durch die außergerichtliche Korrespondenz der Streitstoff für einen dann möglicherweise doch noch erforderlichen Rechtsstreit eingegrenzt. Zu Recht geht das AG Stuttgart davon aus, dass in Kündigungs-

schutzsachen nichts anderes gilt. Zwar gibt die dreiwöchige Klagefrist Anlass, eine derartige außergerichtliche Klärung kurzfristig herbeizuführen, erfahrungsgemäß lässt sich aber auch in drei Wochen sehr wohl eine sinnvolle Korrespondenz über einen bevorstehenden Rechtsstreit durchführen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass gebührenrechtlich das Entstehen der Gebühren im gerichtlichen Verfahren (VV 3100, 3101) nicht anknüpft an das Einreichen der Klage oder gar an die Rechtshängigkeit, sondern bereits der unbedingte Klageauftrag die Gebühr nach VV 3101 entstehen lässt und das Entstehen der Gebühr nach VV 2300 (außergerichtliche Geschäftsgebühr) ausschließt. Im vorliegenden Fall war zunächst noch kein unbedingter Klageauftrag erteilt worden, sondern der Auftrag zur außergerichtlichen Tätigkeit, erst kurz vor Ablauf der Drei-Wochen-Frist wurde dann der Auftrag zur Klage erteilt.

Hinsichtlich des Gebührensatzes (§ 14 RVG) geht das Amtsgericht zutreffend davon aus, dass es bei der Bemessung des Gebührensatzes nicht allein auf das anwaltliche Schreiben an den Arbeitgeber ankommt, sondern auf die Bewertung der Gesamtheit der anwaltlichen Tätigkeit in diesem Stadium. Hier hatte der Anwalt umfangreichere Ermittlungen angestellt, die den Ansatz einer 1,8fachen Gebühr rechtfertigten. Auch die Voraussetzungen des Überschreitens der „Schwellengebühr“ von 1,3 gemäß Anmerkung zu VV 2300, nämlich eine entweder umfangreiche oder schwierige Tätigkeit, waren ersichtlich erfüllt.

Hinsichtlich der Gegenstandswerte des gerichtlichen Verfahrens geht das AG Stuttgart zutreffend davon aus, dass gemäß § 32 Abs. 1 RVG allein die Festsetzung des Gerichtes für die Gerichtsgebühren auch für die Gebühren des Rechtsanwalts maßgebend ist.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Anwalt und Mandant sollten nach Kündigung sorgfältig erwägen, ob innerhalb der Frist für die Kündigungsschutzklage der Versuch einer außergerichtlichen Erledigung sinnvoll ist. Grundsätzlich gilt, dass eine außergerichtliche Erledigung dem Mandanten die Belastung eines Gerichtsverfahrens erspart, der Arbeitsgerichtsbarkeit Arbeit und der Rechtsschutzversicherung die

nicht unerheblich höheren Kosten des Gerichtsverfahrens. Angesichts der kurzen Klagefrist ist selbstverständlich eine sofortige Reaktion notwendig.

In diesem Rahmen sollte aber grundsätzlich mit dem AG Stuttgart der Versuch einer außergerichtlichen Erledigung unternommen werden, dafür muss dann auch die Rechtsschutzversicherung eintreten.