

Sehr geehrte Damen und Herren,

langsam aber sicher neigt sich das Jahr 2016 dem Ende entgegen! Im Anschluss an unseren Rundbrief von August dieses Jahres erhalten Sie wie gewohnt unseren aktuellen Rundbrief mit wichtigen Entscheidungen aus der Rechtsprechung und praxisorientierten Fällen.

Wir wünschen Ihnen ein gesegnetes Weihnachtsfest und ein gesundes und erfolgreiches Jahr 2017!

Mit freundlichen Grüßen

Ihre bpl Rechtsanwälte

Themenübersicht:

- Teilnahme an einem Personalgespräch während der Arbeitsunfähigkeit
- Außerordentliche Kündigung bei Arbeitsverweigerung
- Gewährung von Raucherpausen
- Private Internetnutzung: Browserverlauf des Dienstrechners
- Anspruch auf Kostenvorschuss vor Abnahme

+++++ Arbeitsrecht +++++

Teilnahme an einem Personalgespräch während der Arbeitsunfähigkeit

Grundsätzlich keine Pflicht des Arbeitnehmers zur Teilnahme

Der Kläger war bei der Beklagten zunächst als Krankenpfleger und zuletzt - nach einer längeren unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit - befristet bis zum 31.12.2013 als medizinischer Dokumentationsassistent eingesetzt. Von Ende November 2013 bis Mitte Februar 2014 war der Kläger erneut arbeitsunfähig erkrankt. Die Beklagte lud ihn mit Schreiben vom 18.12.2013 "zur Klärung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeit" zu einem Personalgespräch am 06.01.2014 ein. Der Kläger sagte un-

ter Hinweis auf seine ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit ab. Die Beklagte übersandte ihm eine neuerliche Einladung für den 11.02.2014, die mit dem Hinweis verbunden war, der Kläger habe gesundheitliche Hinderungsgründe durch Vorlage eines speziellen ärztlichen Attests nachzuweisen. Auch an diesem Termin nahm der Kläger unter Hinweis auf seine Arbeitsunfähigkeit nicht teil. Daraufhin mahnte ihn die Beklagte mit Schreiben vom 18.02.2014 ab. Die Vorinstanzen haben der auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte gerichteten Klage stattgegeben.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) keinen Erfolg. Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers umfasst die Pflicht zur Teilnahme an einem vom Arbeitgeber während der Arbeitszeit im Betrieb angewiesenen Gespräch, dessen Gegenstand Inhalt, Ort und Zeit der zu erbringenden Arbeitsleistung ist (§ 106 Satz 1 GewO).

Da der erkrankte Arbeitnehmer während der Arbeitsunfähigkeit seiner Arbeitspflicht nicht nachkommen muss, ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, im Betrieb zu erscheinen oder sonstige mit seiner Hauptleistung unmittelbar zusammenhängende Nebenpflichten zu erfüllen. Während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit ist es dem Arbeitgeber allerdings nicht schlechthin untersagt, mit dem erkrankten Arbeitnehmer in einem zeitlich angemessenen Umfang in Kontakt zu treten, um mit ihm im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen die Möglichkeiten der weiteren Beschäftigung nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit zu erörtern. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber hierfür ein berechtigtes Interesse aufzeigt. Der arbeitsunfähige Arbeitnehmer ist jedoch nicht verpflichtet, hierzu auf Anweisung des Arbeitgebers im Betrieb zu erscheinen, es sei denn, dies ist ausnahmsweise aus betrieblichen Gründen unverzichtbar und der Arbeitnehmer ist dazu gesundheitlich in der Lage.

Für die Unverzichtbarkeit des Erscheinens im Betrieb ist der Arbeitgeber grundsätzlich beweispflichtig. Gründe für die Unverzichtbarkeit konnte die Beklagte jedoch nicht vortragen. Die Abmahnung sei daher zu Unrecht erfolgt, so die Ansicht des BAG (Urteil vom 02.11.2016 – Az. 10 AZR 596/15). Der Kläger kann daher die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte verlangen.

Unser Tipp:

Mit dieser Entscheidung hat das BAG für Klarheit gesorgt. Arbeitgeber können eine Abmahnung im Falle des Nichterscheinens des Arbeitnehmers zum Personalgespräch während einer Arbeitsunfähigkeit nur dann zu Recht aussprechen, wenn gewichtige Gründe zur Teilnahme vorliegen und der Arbeitnehmer dazu gesundheitlich in der Lage ist. Der Arbeitgeber ist hier grundsätzlich voll beweispflichtig. Daher sollten die Umstände des Einzelfalls ganz besonders sorgfältig geprüft werden. Anderenfalls drohen entsprechende Klagen der betroffenen Arbeitnehmer!

+++++ Arbeitsrecht +++++

Außerordentliche Kündigung bei Arbeitsverweigerung**Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB**

Der Kläger war bei der Beklagten als IT-Spezialist beschäftigt. Der Kläger war der Auffassung, dass er nicht mehr vertragsgemäß beschäftigt, sondern vielmehr von der Arbeitgeberin gedemütigt werde, so dass er bereits eine seelische Erkrankung erlitten habe. Der Kläger kündigte der Arbeitgeberin an, von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen, wenn diese ihn nicht vertragsgemäß beschäftige. Dies setzte der Kläger auch in die Tat um. Daraufhin wurde der Kläger von der Beklagten zur Erbringung der Arbeitsleistung aufgefordert. Dies blieb jedoch erfolglos. Auch Abmahnungen und mehrfache Einladungen zu einem Personalgespräch sowie die Durchführung eines solchen hatten keinen Erfolg. Schließlich erfolgte eine fristlose Kündigung durch die Arbeitgeberin. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. Das Arbeitsgericht München wies die Klage ab, das Landesarbeitsgericht München gab ihr statt.

Das Bundesarbeitsgericht war der Auffassung, dass die Kündigung wirksam war. Bereits die beharrliche Arbeitsverweigerung stelle einen Kündigungsgrund „an sich“ dar.

Der Kläger sei vorliegend nicht berechtigt gewesen, die Arbeitsleistung zu verweigern, da es ihm gemäß § 275 Abs. 2 und 3 BGB nicht unzumutbar gewesen sei, die Arbeitsleistung zu erbringen. Der Kläger habe sich vorliegend nicht darauf berufen, dass er arbeitsunfähig erkrankt sei, sondern lediglich psychische Erkrankungen vorgetragen, ohne dies konkret darzulegen.

Da der Kläger trotz wiederholter Aufforderungen und mehrfacher Abmahnungen seine Arbeitsleistung nicht mehr erbracht habe, habe es sich um eine beharrliche Arbeitsverweigerung gehandelt. Dies habe auch unter Abwägung der Gesamtumstände eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt (BAG, Urteil vom 22.10.2015, Az. 2 AZR 569/14).

Unser Tipp:

Für Arbeitgeber ist es unbedingt ratsam, in einem solchen Fall frühzeitig Umstände und Tatsachen zu dokumentieren, um diese in einem späteren Prozess darlegen und beweisen zu können. Im Übrigen sollte der Arbeitgeber konkret zur Arbeitsleistung auffordern und bei Nichtbefolgung entsprechende Abmahnungen aussprechen. Nur dann kann von einer beharrlichen Arbeitsverweigerung gesprochen werden, welche schließlich eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann.

Holen Sie sich daher unbedingt unseren fachkundigen Rat ein, um kostenintensive Prozesse vor dem Arbeitsgericht zu vermeiden!

+++++ Arbeitsrecht +++++

Gewährung von Raucherpausen

Ein Unternehmen schloss im Jahr 2014 mit seinem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung ab, nach der das Rauchen nur in den Pausen (Frühstücks- sowie Mittagspause) gestattet war. Dadurch wurde eine frühere Betriebsvereinbarung ersetzt, nach der die Angestellten jederzeit eine Raucherpause einlegen konnten und sich lediglich im Zeiterfassungssystem ausstempeln mussten. Bereits im Jahr 2013 hatte der Arbeitgeber

allen Mitarbeitern mitgeteilt, dass für alle Betriebsgebäude ein absolutes Rauchverbot bestehe mit Ausnahme der als Raucherzonen gekennzeichneten Bereiche.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Beschluss vom 19.04.2016, Az. 14 TaBV 6/16) ist der Auffassung, dass die Betriebsvereinbarung aus dem Jahr 2014 nicht unwirksam sei. Das Rauchverbot sei eine Frage der betrieblichen Ordnung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Diesbezüglich komme dem Arbeitgeber sowie dem Betriebsrat eine umfassende Regelungskompetenz zu. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen sei ausreichend gewährt, da ein Verbot des Rauchens am Arbeitsplatz notwendig sei, um die nicht rauchenden Beschäftigten vor Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch zu schützen.

+++++ Arbeitsrecht/Datenschutz +++++

Private Internetnutzung: Browserverlauf des Dienstrechners

Die Parteien stritten vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Urteil vom 14.01.2016, Az. 5 Sa 657/15) über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber. Nach internen Hinweisen auf eine erhebliche private Nutzung des Internets durch den Arbeitnehmer wertete der Arbeitgeber den Browserverlauf ohne Einwilligung des Arbeitnehmers aus. Die Privatnutzung des Internets war nur in Ausnahmefällen während der Pausen erlaubt. Die Auswertung ergab, dass der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit über einen Zeitraum von 30 Arbeitstagen im Umfang von knapp 40 Arbeitsstunden das Internet privat genutzt hatte. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte der Arbeitgeber fristlos.

Nach Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg ist die Kündigung wirksam. Die unerlaubte Privatnutzung des Internets rechtfertige nach Abwägung der beiderseitigen Interessen eine sofortige Kündigung. Auch liege hinsichtlich des Browserverlaufs kein Beweisverwertungsverbot vor. Die Verwertung sei statthaft, da § 32 Bundesdatenschutzgesetz eine Speicherung und Auswertung des Browserverlaufs zur Missbrauchskontrolle auch ohne Einwilligung des Betroffenen erlaube. Ebenfalls sei unerheblich, dass die Auswertung nicht in Anwesenheit des Betroffenen erfolgt ist. Das Ergebnis der Aus-

wertung hätte sich nicht geändert.

Ferner ergebe sich ein Beweisverwertungsverbot auch nicht aus § 88 Telekommunikationsgesetz (TKG). Das TKG findet vorliegend keine Anwendung, da der Arbeitgeber kein Diensteanbieter im Sinne des TKG sei.

Unser Tipp:

Da bei der (teilweisen) Privatnutzung des Internets durch Arbeitnehmer noch immer Rechtsunsicherheiten bestehen, empfiehlt es sich aus Sicht des Arbeitgebers, die private Internetnutzung arbeitsvertraglich zu untersagen.

Problematisch ist jedoch, dass ein solch umfassendes Nutzungsverbot erfahrungsgemäß praktisch nur schwer umsetzbar ist. Es ist daher ebenfalls ratsam, im Falle der Gestattung von Privatnutzung deren Umfang sowie die arbeitgeberseitigen Zugriffs- und Prüfungsrechte detailliert zu regeln.

+++++ Privates Baurecht +++++

Anspruch auf Kostenvorschuss vor Abnahme

Der Beklagte führte für den Kläger Arbeiten für ein Wärmedämmverbundsystem an dessen Hotel durch. Der Kläger war der Ansicht, dass die Arbeiten des Beklagten zumindest teilweise mangelhaft seien. Der Kläger holte daraufhin ein Sachverständigen-gutachten ein, welches die Ansicht des Klägers auch bestätigte. Die Arbeiten des Beklagten wurden anschließend abgebrochen. Gestützt auf das Gutachten verlangte der Kläger vom Beklagten unter Fristsetzung einen Kostenvorschuss in Höhe von 50.000,00 EUR für die Mangelbeseitigung nebst Feststellung weiterer Ersatzpflicht des Beklagten. Die vom Beklagten abgerechneten Arbeiten wurden unstreitig bis auf einen Betrag in Höhe von 12.099,15 EUR bezahlt.

Das Landgericht Hannover hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückweisung an das Landgericht (Oberlan-

desgericht Celle, Urteil vom 28.07.2015, Az. 9 O 184/13).

Der Kläger hat nach Auffassung des OLG Celle grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses gemäß § 637 BGB, wenn sich der Bauunternehmer auf den Standpunkt stellt, dass er die Werkleistung vertragsgemäß fertiggestellt habe. Dies sei mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen mangelhafter Leistung zu vergleichen, da der Kläger ausschließlich einen Anspruch zwecks Selbstvornahme verfolgt habe. Auf eine vorherige Abnahme kommt es nach Ansicht des OLG Celle nicht an. Dies sei darin begründet, dass eine weitere Erfüllung des Vertrages vorliegend ausscheide. Der Werkvertrag sei offensichtlich vor endgültiger Fertigstellung abgebrochen worden. Ein Anspruch auf Kostenvorschuss scheidet im konkreten Fall allerdings insoweit aus, als sich der Besteller – hier der Kläger – durch Aufrechnung gegen die Restwerklohnforderung befriedigen kann.

Sollten Sie keine weiteren kostenlosen Rundbriefe von uns wünschen, bitten wir um kurze Mitteilung per E-Mail an:

info@bpl-recht.de

Bitte nennen Sie Namen und E-Mail-Adresse. Vielen Dank!



RECHTSANWÄLTE
STROOT & KOLLEGEN
Rechtsanwalt Frank W. Stroot
Sutthausen Straße 285
49080 Osnabrück

Telefon 0541 / 76007570
Telefax 0541 / 76007599

info@bpl-recht.de
www.bpl-recht.de