

Blick ins Arbeitsrecht **2016.III**

In diesem „Blick ins Arbeitsrecht“ wird im ersten Teil wieder über Neuigkeiten in der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung und im zweiten Teil über wichtige arbeitsrechtliche Entscheidungen der deutschen Arbeitsgerichte sowie des EuGH berichtet.

I.

Gesetzgebung

1. Gesetz zur Umsetzung unter anderem der Verbraucherrichtlinie

Am 13. Juni 2014 ist das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung in Kraft getreten. Umfassend neu gestaltet wurden damit die §§ 312 ff. BGB. Geregelt werden hier Verbraucherverträge, für die unter anderem §§ 312 g) Abs. 1, 312 b) Abs. 1, 355 BGB Widerrufsrechte vorsehen.

In der Vergangenheit war teilweise diskutiert worden, ob beispielsweise auch bei Verträgen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, z. B. Aufhebungs- oder Abwicklungsverträge, Arbeitnehmern ein solches Widerrufsrecht zusteht. Dies war mit der Begründung verneint worden, dass die Überschrift über die §§ 312 ff. BGB lautete: „Besondere Vertriebsformen“. Da Aufhebungsverträge und sonstige Verträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine Vertriebsgeschäfte sind, blieben diese Vorschriften und damit auch ein Widerrufsrecht für Aufhebungsverträge etc. unanwendbar.

Nach der neuen gesetzlichen Regelung wird nunmehr diskutiert, ob ein Widerrufsrecht für bestimmte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossene Verträge doch eingreifen könnte. So wurde nämlich die Überschrift geändert und erweitert in "Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen". Erfasst werden nunmehr auch Verträge, die keine Vertriebsgeschäfte sind.

Allerdings sieht zur Klarstellung § 312 b) Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 312 g) Abs. 1 BGB vor, dass ein Widerrufsrecht dann nicht besteht, wenn ein Geschäft im Geschäftsraum des Unternehmens abgeschlossen wird. Damit ist klargestellt, dass jedenfalls Verträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die im Betrieb abgeschlossen werden, kein Widerrufsrecht nach den Grundsätzen der Verbraucherverträge auslösen.

Offen bleibt allerdings, ob eventuell Aufhebungs- oder andere Verträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die nicht im Betrieb abgeschlossen werden, möglicherweise vom Arbeitnehmer widerrufen werden können.

Entscheidungen über diese in der Literatur teilweise vertretene, sehr extensive Auslegung des Gesetzes liegen bisher noch nicht vor. Arbeitgeber seien aber auf diese Auslegungsmöglichkeit hingewiesen. Insbesondere Aufhebungsverträge mit Abfindungsklauseln o. ä. sollten daher nicht außerhalb, sondern nur innerhalb der Betriebsräumlichkeiten abgeschlossen werden.

Im Ergebnis dürfte insoweit aber kein Widerrufsrecht bestehen. Letztlich handelt es sich bei den §§ 312 ff. BGB um die Ausflüsse des ehemaligen Haustürwiderrufgesetzes, das darauf abgezielt hat, Verträge mit Vertretern, die an der Haustür geklingelt und die Hausfrau unter Druck gesetzt haben, wieder lösen zu können. Entscheidend ist auch, dass der Arbeitnehmer im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber kein Verbraucher im Sinne der EU-Richtlinie (211/83/EU) sein dürfte. Schließlich dienen die §§ 312 ff. BGB dazu, Fälle zu erfassen, in denen sich der Unternehmer zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung verpflichtet und der Verbraucher hierfür ein Entgelt zahlen muss. Die Anwendung dieser Vorschriften auf einen Aufhebungsvertrag, in dem der Arbeitgeber sich in der Regel verpflichtet, eine Abfindung o. ä. zu bezahlen, scheidet daher schon am Gesetzeszweck.

2. Änderungen beim Mutterschutz

Ziel einer Reform des Mutterschutzes ist es, Berufsgruppen unabhängig ein einheitliches Gesundheitsschutzniveau in der Schwangerschaft, nach der Entbindung und während der Stillzeit sicherzustellen. Daher sollen auch Schülerinnen und Studentinnen in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen werden, soweit die jeweilige Ausbildungsstelle Ort, Zeit und Ablauf der Ausbildungsveranstaltungen verpflichtend vorgibt.

Ziel ist es darüber hinaus, die Regelung zum Mutterschutz besser zu strukturieren und übersichtlicher zu gestalten. Daher wird die Verordnung zum Schutz der Mütter am Arbeitsplatz in das Gesetz integriert, auch um diese Regelungen einer stärkeren Anwendung zuzuführen.

Darüber hinaus soll ein Ausschuss für Mutterschutz eingerichtet werden, der die Aufgaben hat, Empfehlungen zu erarbeiten. Diese sollen dann „Orientierung bei der praxisgerechten Umsetzung der mutterschutzrechtlichen Regelungen bieten“.

Während die Schutzfrist nach der Entbindung (Beschäftigungsverbot) in der Regel acht Wochen beträgt, verlängert sie sich nunmehr auf zwölf Wochen auch dann, wenn innerhalb der achtwöchigen

Schutzfrist bei dem Kind eine Behinderung ärztlich festgestellt wird. Die Verlängerung des Beschäftigungsverbotes bei Frühgeburten und Mehrlingsgeburten verbleibt wie bisher auch bei zwölf Wochen. Unklar ist jedoch, ob eine Verlängerung der Schutzfrist auch dann eintritt, wenn die Behinderung vor der Geburt festgestellt wurde.

Ziel des Entwurfes soll es schließlich auch sein, die Diskriminierung schwangerer und stillender Frauen zu vermeiden.

Diesem Ziel soll unter anderem eine Flexibilisierung bei den Arbeitsverboten dienen. So soll es keine Arbeitsverbote mehr gegen den Willen von Schwangeren geben. Stattdessen sollen Arbeitsplätze so umgestaltet werden, dass Gefährdungen für Mutter und Kind ausgeschlossen werden. Es soll, anders als bisher, auch möglich sein, sonntags zu arbeiten, wenn die betroffene werdende Mutter dies möchte und ein Arzt die Unbedenklichkeit bestätigt hat. Dagegen gibt es keine Änderungen beim Verbot der Nacharbeit für Schwangere.

Ausgeweitet wird auch der Kündigungsschutz. So ist jetzt bei einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche eine Kündigung bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Fehlgeburt unzulässig, soweit nicht eine Zustimmung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde vorliegt, die jedoch nur in seltenen Fällen erteilt wird.

3. Neufassung der Arbeitnehmerüberlassung

Nach langen und teils heftigen Diskussionen hat die große Koalition Anfang Juni 2016 gesetzliche Änderungen für den Bereich Zeitarbeit und Werkverträge beschlossen. Damit soll insbesondere ein Missbrauch in diesen Bereichen bekämpft werden. Bedauerlich ist hier aber, dass die neuen Regelungen über eine Missbrauchsbekämpfung weit hinausgehen: Auch regulär arbeitende Zeitarbeitsunternehmen werden hiervon negativ betroffen: Zum einen steigt der Verwaltungsaufwand erheblich, zum anderen können schon kleinere Verstöße, die vielleicht aus Unachtsamkeit oder Unwissenheit begangen werden, schwer geahndet werden, bis hin zum Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis.

Wichtigste Neuerungen sind Verschärfungen beim Grundsatz Equal Treatment. Dies bedeutet nicht nur gleichen Lohn, sondern gleiche Arbeitsbedingungen für die Leiharbeitnehmer, die sich an den Arbeitsbedingungen der fest Angestellten beim Entleiher orientieren. Equal Pay ist spätestens nach acht Monaten zu gewährleisten. Eine Ausnahme gilt nur dort, wo ein Branchenzuschlagstarifvertrag besteht. Dort gilt Equal Pay erst nach einer Einsatzdauer von fünfzehn Monaten.

Politisch besonders heftig diskutiert war im Vorfeld die Frage, ob Leiharbeit wirksam auf eine bestimmte Dauer der Überlassung beschränkt werden soll.

Hier sieht das neue Gesetz nunmehr eine auf die Person des Arbeitnehmers bezogene Höchstdauer der Überlassung von achtzehn Monaten vor. Durch Regelungen im Tarifvertrag oder eine entsprechende Betriebsvereinbarung kann diese Frist auf maximal vierundzwanzig Monate verlängert werden. Diese Regelung soll dem Schutz der Leiharbeitnehmer gelten, um dauerhafte Überlassungen und damit ein Unterbieten der Lohnkosten im Stammbetrieb zu vermeiden. Dieses Ziel ist aber nicht erreicht worden: Zum einen gilt das Argument der Lohnunterbietung unter dem Grundsatz von Equal Pay/Equal Treatment nicht mehr. Zum anderen können Verleiher und Entleiher einen Arbeitsplatz dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzen, allerdings muss die Person des Leiharbeitnehmers nach achtzehn bzw. vierundzwanzig Monaten ausgetauscht werden. Damit erweist sich die neue gesetzliche Regelung als Bumerang zum Nachteil der Leiharbeitnehmer: Diese verlieren eine angestammte Tätigkeit nach achtzehn bzw. vierundzwanzig Monaten. Der Leiharbeitnehmer muss sich dann nach einer neuen Tätigkeit umsehen und der Arbeitgeber kann den Leiharbeitsplatz durch einen anderen Leiharbeitnehmer besetzen.

Im Ergebnis steigt dadurch nicht nur der Verwaltungs-, sondern auch der finanzielle Aufwand für die Verleiher und die Rechtsunsicherheit für Leiharbeitnehmer wird größer anstatt kleiner.

Teilweise neu ist das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher, wenn der Betrieb des Entleihers unmittelbar (!) durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Hier haben sich die Gewerkschaften durchgesetzt, um ihre Schlagkraft bei Streiks zu erhöhen. Arbeitgebern soll die Möglichkeit genommen werden, streikende Arbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen. Bislang bestand insoweit lediglich das Recht der entliehenen Mitarbeiter, eine Tätigkeit als Streikbrecher zu verweigern. Ein Beschäftigungsverbot gab es dagegen nicht. Ob eine solche Regelung unter dem Stichwort „Kampfparität“ verfassungsrechtlich zulässig ist, ist allerdings sehr umstritten. Es wäre sinnvoll gewesen, wenn der Gesetzgeber diesen Eingriff in die Kampfparität unterlassen hätte, zumal eine verfassungsgerichtliche Klärung nicht ganz ausgeschlossen ist. Damit sind weitere Rechtsunsicherheiten verbunden.

Die unten erörterte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12. Juli 2016 zur Rechtsfolge der sogenannten verdeckten Arbeitnehmerüberlassung wird vom Gesetzgeber gleich wieder ausgehebelt: Unter verdeckter Arbeitnehmerüberlassung versteht man den Abschluss eines Dienst- bzw. Werkvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dessen Kunden, der sich in Wahrheit als Arbeitnehmerüberlassung erweist. Häufiges Unterscheidungskriterium hier ist die Frage, wer das sogenannte Direktions- oder Weisungsrecht ausübt.

Mit der unten besprochenen Entscheidung hatte das BAG es ausdrücklich zugelassen, dass der Arbeitgeber vorsorglich eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis beantragt und erhält, um dann, wenn sich die konkreten Vertragsverhältnisse statt als Dienst- oder Werkvertrag als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag erweisen sollten, zumindest keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung zu begehen. Dies war und ist auch für die „Entleiher“ wichtig, da bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung automatisch ein Arbeitsvertrag zwischen dem überlassenen Arbeitnehmer und dem „Entleiher“ zustande kommt.

Mit der jetzigen Neuregelung wird das Risiko für Verleiher und Entleiher deutlich erhöht werden. Eine vorsorgliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis soll nicht mehr wirksam sein, wenn ein Vertragsverhältnis fälschlicherweise nicht offen als Arbeitnehmerüberlassung, sondern als Werkvertrag bezeichnet wird. Wird ein Vertrag als Werkvertrag bezeichnet, stellt sich dann jedoch heraus, dass es sich in Wahrheit um einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag handelt, sollen sich die Parteien nicht auf eine beim Arbeitgeber vorhandene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis berufen dürfen.

Die Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat sollen beim Einsatz von Fremdpersonal erhöht werden.

Eine wesentliche Änderung bei dem eigentlich wichtigsten Punkt, nämlich bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung einerseits zu Dienst- und Werkverträgen andererseits bringt die Neuregelung allerdings nicht. Hier ist von einer „wertenden Gesamtbetrachtung“ die Rede. Dies wird von den Gerichten bereits heute praktiziert.

Eine echte Neuerung ist der Versuch, den Begriff des Arbeitnehmers zu definieren. Bislang hatte das Gesetz auf eine Definition verzichtet, so dass teilweise auf eine typologische Betrachtung in der Rechtsprechung bzw. auf Deutungsversuche im Sozialversicherungs- und Steuerrecht zurückgegriffen werden musste.

Grundsätzlich wäre eine gesetzliche Definition des so zentralen Arbeitnehmerbegriffs besonders wichtig und für die Praxis hilfreich. Allerdings erscheint es sehr fraglich, ob dies gelingt. Diese „Definition“ ist nämlich so offen, wie es bisher die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes war. Es bleibt bei einer typologischen Betrachtungsweise. Eine eindeutige Beantwortung gerade der schwierigen Grenzfragen im Bereich der freien Mitarbeiter, der Werkverträge etc. wird durch die Definition nicht erleichtert, sondern sogar eher noch erschwert.

So heißt es beispielsweise im Gesetzestext, dass Arbeitnehmer derjenige Mitarbeiter ist, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Ist damit der leiten-

de Angestellte, der Prokurist, Niederlassungsleiter etc., der seine Tätigkeit frei gestaltet und seine Arbeitszeit frei bestimmt, nicht mehr Arbeitnehmer?

Was ist damit gemeint, wenn es im Gesetzestext heißt: „Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.“?

Nach wie vor ist davon die Rede, dass „für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen“ ist. Nach wie vor gilt, dass es auf die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses im Vertrag selbst nicht ankommt, wenn die tatsächliche Durchführung hiervon abweicht.

Mit anderen Worten: Der Versuch einer Definition der Arbeitnehmereigenschaft ist gescheitert, wenn man dies mit dem Ziel verbunden hat, der Praxis klare abgrenzbare Kriterien an die Hand zu geben.

II.

Rechtsprechung

1. Arbeitszeitrechtliche Bewertung von Fahrzeiten

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 10. September 2015 – Az: C-266/14

Die Frage, wie Fahrzeiten von Arbeitnehmern im Bereich des Arbeitszeitrechtes zu bewerten sind, war in den letzten Jahren immer wieder streitig. Diese Frage spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn Beschäftigte beispielsweise zu Kundenterminen, aber auch zu Fortbildung, Niederlassungen etc., fahren.

Im vorliegenden Fall hat der Europäische Gerichtshof einen Fall aus Spanien entschieden, die Entscheidung gilt aber ebenso für Fälle in Deutschland.

Vorauszuschicken ist, dass vorliegend nur die Frage entschieden wurde, wie die Fahrzeiten arbeitszeitrechtlich, also hinsichtlich der zulässigen maximalen täglichen/wöchentlichen Arbeitszeit zu berücksichtigen sind. Die Entscheidung ist ausdrücklich nicht ergangen zur Frage, welche Fahrzeiten vergütungspflichtig sind. Hier gelten im Wesentlichen nationales Recht und die zwischen den Parteien im Vertrag getroffenen Vereinbarungen.

Sachverhalt:

Ein Unternehmen, das im Wesentlichen Alarmanlagen vertrieben hat, hatte regionale Büros geschlossen. Die Außendienstmitarbeiter, die die Kunden zu Montage und Wartung von solchen Anlagen besucht haben, haben ihre Arbeit dann nicht mehr in den regionalen Büros begonnen, sondern sind von zu Hause aus mit dem Firmenfahrzeug direkt zu Kunden gefahren. Abends sind sie vom letzten Kunden dann wieder nach Hause gefahren. Die Fahrstrecke zum ersten bzw. letzten Kunden des Tages hat der Arbeitgeber nicht als Arbeitszeit bewertet, sondern als Teil der Ruhezeit. Als rechtliche Arbeitszeit wurde nur die Zeit von der Arbeitsaufnahme beim ersten Kunden morgens bis zum Arbeitsende beim letzten Kunden nachmittags gerechnet.

Dieser Handhabung hat der EuGH nunmehr widersprochen. Auch die Fahrzeiten zum ersten Kunden morgens und die Nachhausefahrt vom letzten Kunden nachmittags/abends ist danach Arbeitszeit.

Abgestellt hat der EuGH unter anderem darauf, dass der Arbeitnehmer über diese Zeiten nicht verfügen kann. Er steht hier bereits unter dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Dieser kann ihn auch beispielsweise telefonisch anweisen, einen anderen Arbeitsort anzufahren o. ä. Die Fahrzeit ist notwendiges Mittel, um am Standort des ersten Kunden die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.

Von diesen wechselnden Einsätzen zu unterscheiden ist die Wegezeit, die ein Arbeitnehmer zwischen Wohnung und einer festen Arbeitsstätte zurücklegt. Diese ist weder arbeitszeitrechtlich (Arbeitsschutz) noch hinsichtlich der Vergütung Arbeitszeit, sondern gehört zur Freizeit (vgl. u. a. BAG, Urteil vom 27. November 2008, 6 AZR 765/07).

Praxistipp:

Die Berücksichtigung dieser An- und Abfahrtszeiten kann in manchen Betrieben dazu führen, dass die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit von acht Stunden überschritten wird. In der 5-Tage-Woche ist dies kein Problem, da das Gesetz eine durchschnittliche Arbeitszeit von bis zu 48 Wochenstunden (6 Arbeitstage à 8 Stunden) zulässt. Die tägliche Höchstarbeitszeit von 10 Stunden darf aber auch unter Berücksichtigung dieser Fahrzeiten nicht überschritten werden.

Die Fahrzeiten von einem Kunden zum anderen stellen zumindest dann eine Arbeitszeit dar, wenn der Arbeitgeber die Nutzung eines Fahrzeuges vorschreibt oder diese – zum Beispiel wegen mitzuführender Werkzeuge, Materialien etc. – notwendig ist. Ob solche Fahrten von Kunde zu Kunde möglicherweise arbeitszeitrechtlich dann als Ruhezeit (Pause) gelten können, wenn die Fahrten mit öffentlichen Verkehrsmitteln durchgeführt werden, ist bislang in Deutschland noch nicht entschieden worden.

Wegen der erheblichen insoweit bestehenden Unklarheiten sollte die Frage, welche Fahrzeiten vergütet werden, auf jeden Fall im Arbeitsvertrag geregelt werden.

2. Kündigung des Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederverheiratung **BAG, Beschluss vom 28. Juli 2016, Az: 2 AZR 746/14 (A)**

Bei insbesondere katholischen kirchlichen Organisationen gibt es immer wieder arbeitsrechtliche Probleme, die daraus resultieren, dass gerade die katholische Kirche von ihren Mitarbeitern die Beachtung des katholischen Glaubensverständnisses fordert. Bei kirchlichen Arbeitgebern kann es sich auch um einen Tendenzbetrieb handeln, für den teilweise besondere arbeitsrechtliche Regeln gelten.

Im vorliegenden Fall war der katholische Arbeitnehmer als Chefarzt in einem katholischen Krankenhaus tätig. Im Dienstvertrag hatten die Parteien die Geltung der vom Erzbischof von Köln erlassenen Grundordnung des katholischen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse aus dem Jahr 1993 vereinbart. Dort ist vorgesehen, dass der Abschluss einer nach dem katholischen Glaubensverständnis ungültigen Ehe einen schweren Loyalitätsverstoß darstellt, der eine Kündigung rechtfertigen kann. Eine Weiterbeschäftigung ist nach diesen Regeln immer schon dann ausgeschlossen, wenn ein solcher Loyalitätsverstoß von einem leitenden Mitarbeiter begangen wird. Dazu zählen nach kirchlichem Recht auch Chefarzte.

Nach Scheidung von seiner ersten Ehefrau heiratete der Kläger im Jahr 2008 ein zweites Mal standesamtlich. Nachdem der Arbeitgeber hiervon erfahren hatte, kündigte er mit Schreiben vom 30. März 2009 das Arbeitsverhältnis ordentlich unter Einhaltung der Kündigungsfrist zum 30. September 2009. Hiergegen hat der Arbeitnehmer geklagt.

Die Frage, ob und gegebenenfalls welche Verstöße gegen Kirchenrecht die Kündigung eines (weltlichen) Arbeitsverhältnisses rechtfertigen können, ist seit langem umstritten und Gegenstand von Einzelfallentscheidungen. Nicht jeder Verstoß gegen kirchliche Vorschriften rechtfertigt die Kündigung jedes kirchlichen Arbeitsverhältnisses. Hier muss eine Abwägung stattfinden, bei der die Schwere des Verstoßes gegen kirchliches Arbeitsrecht einerseits und die Position des Arbeitnehmers andererseits zu berücksichtigen sind. Grundsätzlich gilt: Je näher Mitarbeiter dem sogenannten Verkündigungsreich der Kirche stehen, je eher also die Vermittlung gerade des Glaubensbekenntnisses Teil ihrer arbeitsvertraglichen Aufgaben ist, desto eher kann von ihnen auch eine unbedingte Loyalität gegenüber den kirchlichen Regelungen gefordert werden.

Auch bei Arbeitnehmern, die zwar nicht im Verkündigungsbereich tätig sind, die als Vorgesetzte jedoch Vorbildcharakter haben, kann sicherlich eine gesteigerte Loyalität verlangt werden.

Die Frage, ob der Abschluss einer nach katholischem Glaubensverständnis nicht wirksamen zweiten Ehe beim Chefarzt eines Krankenhauses eine Kündigung grundsätzlich rechtfertigen kann, stand vorliegend nicht im Mittelpunkt der rechtlichen Erörterung. Als wesentlich hat das Bundesarbeitsgericht vorliegend die Frage angesehen, ob hier ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegt:

Der Arbeitnehmer hatte eingewandt, er als katholischer Chefarzt wäre gegenüber evangelischen Chefarzten benachteiligt und schlechter behandelt: Bei evangelischen Chefarzten bleibe eine Wiederverheiratung nach der Grundordnung des kirchlichen Dienstes ohne arbeitsrechtliche Folgen. Ihm als katholischen Chefarzt sei dagegen gekündigt worden. Er sieht hier eine unzulässige Diskriminierung und einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben dem Chefarzt Recht gegeben und die Kündigung für unwirksam erklärt. Die gleiche Entscheidung hatte zunächst auch das Bundesarbeitsgericht getroffen. Allerdings hat dann das Bundesverfassungsgericht diese Entscheidung aufgehoben und den Fall an das BAG zurückverwiesen. Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts war die verfassungsmäßige Rolle der Kirchen hier nicht ausreichend berücksichtigt worden.

Das BAG hat jedoch nunmehr keine eigene Entscheidung getroffen, sondern den Fall zur Beantwortung einer Vorfrage an den Europäischen Gerichtshof verwiesen. Dabei soll es in erster Linie um die Frage der Gleichbehandlung gehen. Für das BAG ist entscheidend, ob Kirchen nach dem Recht der Europäischen Union „bei einem an Arbeitnehmer in leitender Stellung gerichteten Verlangen nach loyalen und aufrichtigem Verhalten unterscheiden dürfen zwischen Arbeitnehmern, die dieser Kirche angehören und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören“.

Diese Frage der Gleichbehandlung hat in der Praxis eine sehr große Bedeutung. Längst sind Zeiten vorbei, in denen beispielsweise an katholischen Krankenhäusern nur Katholiken arbeiten durften. Hier arbeiten Menschen aller Glaubensrichtungen. Fraglich ist dann aber, ob an die Angehörigen der eigenen Glaubensrichtung strengere Maßstäbe angelegt werden dürfen als an Arbeitnehmer mit anderem Glauben. Eine Rolle dürfte dabei auch die Frage spielen, dass die Frage, welcher Glaubensrichtung ein Chefarzt angehört, in der Praxis häufig gar nicht bekannt ist und das beispielgebende Verhalten eines Vorgesetzten von anderen Beschäftigten in der Regel auch nicht danach differenziert wird, welchem Glauben dieser angehört.

Über die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs werde ich hier berichten. Wichtig ist in jedem Fall, dass das Thema Gleichbehandlung in der Praxis hier eine wesentlich größere Rolle spielt, als dies bei früheren Entscheidungen noch der Fall war.

3. Kein Geld für AGG-Hopper

EuGH, Urteil vom 28. Juli 2016, Rechtssache C-423/15,

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz hatte zwar längst nicht die gravierenden Auswirkungen, die man im Zuge der Gesetzgebungsdiskussion befürchtet hatte. Ärgerlich ist dieses Gesetz aber allemal, zumal nur ein recht willkürlich erscheinender Teil möglicher Diskriminierung geregelt wird und sich in dem Gesetz auch noch eine Reihe von gravierenden handwerklichen Fehlern finden. So wird zwar ausführlichst definiert, was eine sexuelle Belästigung sein soll, es findet sich aber keine Definition derjenigen Aspekte, die eine Diskriminierung überhaupt darstellen sollen, also der wichtigsten Punkte des Gesetzes.

Hinzu kommt, dass das Gesetz auch noch eine äußerst unangenehme „Berufsgruppe“ hervorgebracht hat, nämlich die sogenannten „AGG-Hopper“, auch als „Berufsbewerber“ bezeichnet: Dies sind Menschen, die sich auf Stellenanzeigen mit dem Wissen bewerben, höchstwahrscheinlich nicht genommen zu werden. Dies ist auch das Ziel der Bewerbung, die einzig und allein dazu dient, nach möglichen Diskriminierungsmerkmalen zu suchen und den Arbeitgeber mit Zahlungsforderungen zu „erpressen“. Hier handelt es sich beileibe nicht nur um Jurastudenten, die sich auf Sekretärinnenarbeitsplätze bewerben!

Nicht immer lässt sich dann, wenn Entschädigungen nach dem AGG geltend gemacht werden, für den betroffenen Arbeitgeber belegen, dass es sich um einen AGG-Hopper handelt, zumal eine Homepage, bei der bis vor einigen Jahren Arbeitgeber „verdächtige“ Bewerber melden konnten, aus rechtlichen Gründen wieder abgeschaltet werden musste.

Arbeitgebern, die sich Entschädigungsforderungen nach dem AGG ausgesetzt sehen, sollten unbedingt anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen.

Inzwischen hat nämlich auch der Europäische Gerichtshof entschieden, dass „Scheinbewerber“ keinen Entschädigungsanspruch haben.

In dem entschiedenen Fall hatte eine Versicherung eine Stelle ausgeschrieben. Als Einstellungs voraussetzung wurde ein „zeitnaher und sehr guter Hochschulabschluss“ genannt. Hierauf hatte sich der Kläger beworben, der Rechtsanwalt war und das 30. Lebensjahr bereits vollendet hatte. In der Bewer-

bung hatte er mitgeteilt, er verfüge als Rechtsanwalt und ehemaliger Leitender Angestellter über Führungserfahrung, obwohl eine Nachwuchsstelle ausgeschrieben war. Nicht ganz überraschend wurde der Bewerber abgelehnt, ohne dass ein Vorstellungsgespräch geführt worden war. Der Bewerber verlangte daraufhin eine Entschädigung in Höhe von € 14.000,00 und berief sich auf eine angebliche Altersdiskriminierung. Der Hinweis auf einen zeitnahen Hochschulabschluss lege nahe, dass nur junge Bewerber eingestellt werden sollten und er daher mit einem Lebensalter Ende dreißig diskriminiert werde. Später erfuhr der Bewerber dann, dass die vier fraglichen Stellen ausschließlich mit vier Frauen besetzt worden waren, obgleich sich etwa in gleicher Zahl Frauen und Männer beworben hatten. Daraufhin verlangte er eine weitere Entschädigung in Höhe von € 3.500,00 aufgrund einer behaupteten Geschlechterdiskriminierung.

Das Unternehmen konnte ausfindig machen, dass der Bewerber sich in ähnlicher Weise auch bei einigen anderen Firmen beworben hatte und mit seiner Entschädigungsforderung auch teilweise Erfolg hatte.

Als das Unternehmen daraufhin die Zahlung verweigerte, hat der Bewerber geklagt und zunächst durch alle deutschen Instanzen bis zum Bundesarbeitsgericht verloren. Die Arbeitsrichter gingen davon aus, dass der Anwalt sich nur deshalb beworben habe, um abgelehnt zu werden und dann eine Entschädigung geltend zu machen. Dies sei keine echte, ernstgemeinte Bewerbung, sondern ein missbräuchliches Vorgehen, das von Recht und Gesetz nicht geschützt werde. Das Gesetz diene nur dem Schutz ernsthafter Bewerber.

In diesem Punkt hat der Europäische Gerichtshof nunmehr die Sicht des BAG bestätigt: Wer nicht wirklich ernsthaft eine Stelle suche, sondern sich nur bewerbe, um Entschädigungsansprüche aus einer (beabsichtigten) Ablehnung geltend machen zu können, kann sich nicht auf das Antidiskriminierungsgesetz oder die vier Antidiskriminierungsrichtlinien der EU berufen.

Die Frage, ob tatsächlich eine ernsthafte Bewerbung vorlag, muss nun nochmals das BAG konkret prüfen.

Mit der Entscheidung des EuGH liegt nun erfreulicherweise eine Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung des BAG vor. Trotzdem wird es für den Arbeitgeber immer noch schwer sein, zu beweisen, dass die Bewerbung nicht ernsthaft erfolgte. Häufig werden Bewerber, die sich an verschiedenen Stellen beworben haben, argumentieren, sie würden „eine neue Herausforderung“ suchen und müssten sich daher auf möglichst viele Stellen bewerben, um letztlich in einem Fall Erfolg zu haben.

Arbeitgebern sei trotz dieser mutmachenden Klarstellung durch den EuGH dringend geraten, sämtliche Stellenanzeigen vor deren Veröffentlichung arbeitsrechtlich prüfen zu lassen. Dies – unabhängig von den damit verbundenen Kosten – schon um eine langjährige und im Ausgang möglicherweise unsichere rechtliche Auseinandersetzung zu vermeiden.

4. Anrechnung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld auf den Mindestlohn

Arbeitsgericht Stuttgart, Urteil vom 10. März 2016, Az: 11 Ca 6834/15

Seit Einführung des Mindestlohnes stellt sich für viele Arbeitgeber regelmäßig die Frage, ob und gegebenenfalls welche Entgeltbestandteile, die mit Arbeitnehmern tarifvertraglich oder arbeitsvertraglich in der Vergangenheit vereinbart worden sind, auf den gesetzlichen Mindestlohn anzurechnen sind. Besonders im Fokus stehen hier häufig Zahlungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld. In der Praxis stellt sich die Frage, ob solche Leistungen auf den Stundenlohn heruntergebrochen und bei der Prüfung, ob der Mindestlohn gezahlt wird, berücksichtigt werden können.

In einem solchen Fall hat das Arbeitsgericht Stuttgart die Anrechnung nunmehr bejaht. Es hat darauf hingewiesen, dass Urlaubs- und Weihnachtsgeld in der Regel Gehaltsbestandteile sind. Daher seien sie auch bei der Berechnung des insoweit zu ermittelnden Stundenlohns zu berücksichtigen. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Zahlungen monatlich und nicht jährlich erfolgen. Dann schadet auch ein Hinweis nicht mehr, es handele sich um „freiwillige Zahlungen“.

Konkret ging es um eine Verkaufshilfe, die monatlich in Teilzeit 120 Stunden gearbeitet hat. Sie erhielt ein monatliches Bruttogehalt in Höhe von € 1.020,50, in dem auch Beträge in Höhe von € 38,57 bzw. € 58,15 als „Sonderzahlung/anteiliges Weihnachtsgeld bzw. Urlaubsgeld“ enthalten waren. Diese Vergütung erfüllt nur unter Einbeziehung von Weihnachts- und Urlaubsgeld die Vorschriften zum gesetzlichen Mindestlohn.

Das Arbeitsgericht hat darauf abgestellt, es würde sich vorliegend um echte Gehaltsbestandteile handeln. Andere Zwecke, wie etwa Betriebstreue oder ein besonderes Erholungsbedürfnis (Urlaubsgeld), würden nicht verfolgt werden, zumindest würde sich dies nicht aus den vertraglichen Vereinbarungen ergeben. Außerdem erfolgten die Sonderzahlungen nicht jährlich, sondern monatlich. Der Hinweis auf eine „freiwillige“ Zahlung ändere hieran auch nichts. Nach der konkreten Formulierung im Arbeitsvertrag könne der Arbeitgeber bereits gezahlte Beträge nicht einseitig widerrufen, zulässig sei allenfalls eine mögliche Änderung für die Zukunft.

Solange also Weihnachts- und Urlaubsgeld gezahlt würden, seien diese Leistungen auf den Lohn und den gesetzlichen Mindestlohn anzurechnen.

Praxistipp:

Diese Entscheidung stellt einen wichtigen Sonderfall dar. Allerdings sollte die zukünftige Rechtsprechung beobachtet werden.

Dies gilt zum einen für Fälle, in denen Weihnachts- und Urlaubsgeld, wie allgemein üblich, als Einmalzahlungen erfolgen und nicht als laufende monatliche Leistungen. Jährliche Zahlungen dürften einer Anrechnung auf den Mindestlohn wohl entgegenstehen.

Das gleiche gilt dann, wenn der Arbeitgeber einen echten, wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt vorgesehen hat bzw. die Betriebstreue als Grund für die Gratifikationszahlungen genannt wird.

Soweit möglich empfiehlt es sich daher auch in Zukunft, trotz dieses Urteils, im Rahmen von Änderungsvereinbarungen Weihnachts- und Urlaubsgeld auf den Stundenlohn direkt umzulegen (und nicht nur eine monatliche Zahlung vorzusehen).

5. Haftung des Arbeitgebers bei betrieblichen Diebstählen

Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 21. Januar 2016, Az: 18 Sa 1409/15

Vorliegend hatte das LAG Hamm einen etwas skurrilen Fall zu entscheiden. Der Mitarbeiter eines Krankenhauses hatte nach eigener Behauptung Schmuck und Uhren im Wert von immerhin € 20.000,00 mit an den Arbeitsplatz gebracht und in den Rollcontainer seines Schreibtisches gelegt. Diesen will er dann verschlossen haben. Er erklärte, er habe ursprünglich die Absicht gehabt, am gleichen Abend die Gegenstände in den Banksafe bringen zu wollen, was dann aber aufgrund der großen „Arbeitsbelastung“ nicht möglich gewesen wäre bzw. er habe dies vergessen.

Einige Tage (!) später habe er dann festgestellt, dass die ursprünglich verschlossene Tür zu seinem Büroraum aufgeschlossen, der Rollcontainer aufgebrochen und die Wertsachen entwendet worden seien.

Die Bürotür habe nur mittels eines Generalschlüssels geöffnet werden können. Einen solchen Schlüssel habe eine Mitarbeiterin in einer Tasche aufbewahrt, die sie in ihren abgeschlossenen Spind gehängt habe. Dieser Spind wiederum sei aufgebrochen und der Schlüssel entwendet worden. Der Mitarbeiter verlangt nun vom Arbeitgeber Schadensersatz für die entwendeten Gegenstände im Wert von ca. € 20.000,00. Er meint sich darauf berufen zu können, der Arbeitgeber habe keine klaren Anweisungen und Vorkehrungen für eine sichere Aufbewahrung des Generalschlüssels erteilt, weshalb er nunmehr für den angeblichen Diebstahl haften müsse.

Beide Instanzen haben die Klage abgewiesen.

Unabhängig von anderen Überlegungen (Nachweispflicht, mehrtägige Aufbewahrung im Schreibtisch statt Verbringen zur Bank etc.) weist das LAG Hamm darauf hin, dass eine Haftungsverpflichtung des Arbeitgebers grundsätzlich allenfalls für diejenigen Dinge in Betracht komme, die ein Arbeitnehmer zwingend mit an den Arbeitsplatz bringe. Dies können beispielsweise Kleidungsstücke o. ä. sein, wenn der Mitarbeiter Arbeitskleidung anlegen muss. Allenfalls sei eine Haftung des Arbeitgebers noch für solche Dinge denkbar, die Arbeitnehmer vielleicht nicht zwingend, aber doch regelmäßig mit sich führen, für die Arbeit oder für den Weg dorthin benötigen o. ä. Der Arbeitgeber haftet aber keinesfalls dafür, wenn der Arbeitnehmer andere und dazu noch sehr wertvolle Gegenstände mit an den Arbeitsplatz bringt, die keinerlei Bezug zur Arbeit oder zum Arbeitsweg haben und von denen der Arbeitgeber auch gar nichts wissen könne. Der Arbeitgeber kann nämlich nicht für Dinge haftbar gemacht werden, die außerhalb seines Einflussbereichs liegen und mit denen er auch nicht rechnen muss. Dem Arbeitgeber könne nicht ohne seine Kenntnis und sein Einverständnis eine Obhutspflicht für wertvolle Dinge auferlegt werden. Der Schreibtisch am Arbeitsplatz ist auch nicht zur Verwahrung wertvoller Gegenstände geeignet.

6. Unwirksamer Werkvertrag kann wirksame Arbeitnehmerüberlassung darstellen

BAG, Urteil vom 12. Juli 2016, Az: 9 AZR 352/15

Das Thema Arbeitnehmerüberlassung und (Schein-)Werkverträge ist aktueller denn je. In vielen Fällen schließen Unternehmen Werkverträge, die die Überlassung von Arbeitnehmern des Werkunternehmers an den Besteller zur Erbringung der Werkleistung zum Inhalt haben.

In der Praxis gibt es dabei Fälle, bei denen Gerichte zu dem Schluss kommen, dass kein wirksamer Werkvertrag vorliegt. Hintergrund ist meist, dass nicht der vermeintliche Werkunternehmer das Direktionsrecht über die überlassenen Mitarbeiter ausübt, sondern vielmehr das Kundenunternehmen. Dies ist dann der typische Fall einer Arbeitnehmerüberlassung.

Für den Fall, dass der Arbeitgeber, also der vermeintliche Werkunternehmer, keine Erlaubnis zur entgeltlichen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) hat, sehen §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG vor, dass ein direktes Arbeitsverhältnis zwischen dem überlassenen Mitarbeiter einerseits als Arbeitnehmer und dem Kunden (Auftraggeber) als Arbeitgeber andererseits zustande kommt. Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung verhindert oder doch zumindest so stark sanktioniert werden, dass sie für „Entleiher“ uninteressant wird.

In dem jetzt vom BAG entschiedenen Fall war eine Arbeitnehmerin zehn Jahre lang im Rahmen eines vermeintlichen Werkvertrages an einen Kunden des Arbeitgebers überlassen worden. Die Gerichte kamen hier zu der Auffassung, dass kein echter Werkvertrag vorliege, sondern es sich in Wahrheit, bei genauer Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse in den letzten zehn Jahren, um eine Arbeitnehmerüberlassung gehandelt hat.

Hier hatte der Arbeitgeber aber bereits vorgebaut und sich sicherheitshalber eine Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung erteilen lassen. Er berief sich darauf, dass statt des ursprünglich beabsichtigten Werkvertrages nunmehr zwar eine Arbeitnehmerüberlassung vorliege, diese sei aber jedenfalls rechtmäßig, da er zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung berechtigt sei.

Trotzdem hat die Arbeitnehmerin gegen den Kunden des Arbeitgebers geklagt und wollte festgestellt wissen, dass hier ein Arbeitsvertrag direkt zustande gekommen sei. Sie hat damit argumentiert, dass der Kunde sich nicht auf die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des vermeintlichen Werkvertragunternehmers berufen könne, da vorliegend eine verdeckte, als Werkvertrag getarnte Arbeitnehmerüberlassung vorgelegen habe und hier der Kunde des vermeintlichen Werkvertragunternehmers ebenso „bestraft“ werden müsste und sie als Arbeitnehmerin ebenso geschützt werden müsse, wie bei einer Arbeitnehmerüberlassung, bei der von vorneherein eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis fehle.

Dem ist das BAG nicht gefolgt, was für viele Unternehmen in diesem Bereich große Bedeutung hat:

Die Richter am BAG sehen hier keine Veranlassung, die Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auszuweiten. Der Gesetzgeber hat für die Fälle fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnisse eine klare Schutzregelung zugunsten der Arbeitnehmer vorgesehen, die in den Genuss eines direkten Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher kommen. Ein solcher Fall liege hier aber nicht vor. Zwar seien Arbeitnehmer auch bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung schutzwürdig, dieser Schutz erfordere aber nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem verdeckten Entleiher. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung beim Arbeitgeber sei gegeben, so dass die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nicht in Betracht komme.

Praxistipp:

Diese Klarstellung durch das Bundesarbeitsgericht hilft in erster Linie den verdeckten „Entleihern“. Problematisch bleiben verdeckte Arbeitnehmerüberlassungen aber nach wie vor für den Verleiher, und zwar möglicherweise mit existenzbedrohenden Wirkungen:

Stellt sich ein ursprünglich als Werkvertrag, Dienstvertrag o. ä., gedachter Vertrag als Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis dar, ist es durchaus möglich, dass statt eines angedachten freien Dienstvertrages zwischen dem die Arbeitsleistung erbringenden Menschen und dem Verleiher ein Arbeitsvertrag zustande kommt. Hier handelt es sich dann um einen Fall der sogenannten Scheinselbständigkeit.

Den Verleiher treffen dann aber die Arbeitgeberpflichten im Rahmen einer gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung. Kommt insoweit – was bei diesen Fallgestaltungen äußerst selten ist – kein Tarifvertrag zur Anwendung, trifft den Verleiher nämlich die Verpflichtung des Equal Treatment: Der verliehene Arbeitnehmer ist genauso zu behandeln und insbesondere zu vergüten, wie Arbeitnehmer des Entleihers mit vergleichbarer Beschäftigung. In der Regel hat dies zur Folge, dass der verliehene Arbeitnehmer erhebliche Nachzahlungsansprüche gegen den Verleiher geltend machen kann, um auf das gleiche Vergütungsniveau wie Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit beim Entleiher zu kommen. Hinzu kommen dann noch finanzielle Ausgleichsleistungen für sonstige geldwerte Leistungen, die Arbeitnehmer des Entleihers von ihrem Arbeitgeber erhalten. Denkbar sind hier die Überlassung eines Dienstwagens, verbilligte Kantinenbesuche, Versicherungsleistungen, betriebliche Altersversicherungsleistungen etc.

Mit anderen Worten: Der entliehen Arbeitnehmer kommt in den Genuss aller Vorteile des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, insbesondere des Equal Treatment. Der Entleiher muss nicht befürchten, dass ein Arbeitsvertrag direkt mit dem bei ihm möglicherweise über viele Jahre tätigen Beschäftigten zustande kommt. Das Risiko trägt letztlich allein der Verleiher, mit dem unter Umständen im Rahmen der Scheinselbständigkeit ein Arbeitsverhältnis zustande kommt und der auch nachträglich auf Erfüllung der Verpflichtung des Equal Treatment in Anspruch genommen werden kann, ohne sich hierfür beim Entleiher schadlos halten zu können.

ACHTUNG:

Hier ticken für manche Dienstleistungs-, Werkleistungs- und Verleihunternehmen Zeitbomben erheblichen Ausmaßes. Es ist wichtiger denn je, rechtzeitig die Frage prüfen zu lassen, ob tatsächlich Dienst- oder Werkverträge vorliegen. Auch die neuen gesetzlichen Vorschriften zur Arbeitnehmerüberlassung sollen – dies ist dann politischer Wille – die Arbeitnehmerüberlassung noch unattraktiver machen.

7. Kein Anwesenheitsrecht des Anwalts bei Einsicht in Personalakten

BAG, Urteil vom 12. Juli 2016, Az: 9 AZR 791/14

Arbeitnehmer haben das Recht, in ihre Personalakte Einsicht zu nehmen. Zu dieser Einsicht dürfen sie auch ein Mitglied des Betriebsrates hinzuziehen (§ 83 Abs. 1 Satz 1 Satz 2 BetrVG). Dies hat jedoch einem Arbeitnehmer nicht genügt. Er hat bei seinem Arbeitgeber Antrag auf Einsicht in die Personalakte gestellt und mitgeteilt, er werde bei der Einsichtnahme durch seinen Rechtsanwalt begleitet. Zuvor hatte er eine Ermahnung erhalten, was wohl Anlass für die gewünschte Akteneinsicht war.

Auch auf Nachfrage hat der Arbeitgeber sich unter Berufung auf sein Hausrecht nicht bereit erklärt, dem den Arbeitnehmer begleitenden Rechtsanwalt Zutritt zu den Geschäftsräumen einzuräumen und ihm eine Begleitung bei der Akteneinsicht zu gestatten. Allerdings durfte der Arbeitnehmer sich Kopien von der Personalakte anfertigen.

Der Arbeitnehmer hat daraufhin gegen den Arbeitgeber geklagt und beantragt, ihm Einblick in die Personalakte in Begleitung seines Rechtsanwaltes zu gewähren.

Das BAG hat dieses Ansinnen nun in dritter Instanz zurückgewiesen. Die Frage, ob die Hinzuziehungsmöglichkeit eines Betriebsratsmitglieds abschließend mit der Folge zu werten ist, dass eine Zuziehung weiterer Personen nicht zulässig sei, worauf noch das Landesarbeitsgericht hingewiesen hatte, musste hier nicht abschließend entschieden werden. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gestattet, für sich Kopien der sich in den Personalakten befindlichen Dokumente anzufertigen, hat ein Arbeitnehmer ausreichend Gelegenheit, sich selbst, aber auch seinen Anwalt anhand der gefertigten Kopien über den Inhalt der Personalakten zu informieren und dem Anwalt Gelegenheit zu geben, rechtliche Schritte – zum Beispiel gerichtet auf Entfernung bestimmter Dokumente aus der Personalakte – einzuleiten. Die originäre Einsichtnahme in die Personalakte gibt insoweit auch für den externen Rechtsanwalt keine weitergehenden Erkenntnis- oder Informationsmöglichkeiten, so dass der Arbeitgeber die Anwesenheit des Rechtsanwalts bei der Einsicht in die Personalakte verweigern durfte.

Anmerkung:

Dem Arbeitnehmer ging es im vorliegenden Fall ersichtlich darum, Einsicht in die Personalakte zu erhalten und mit seinem Anwalt zu besprechen, ob und gegebenenfalls welche rechtlichen Handlungsmöglichkeiten sich aus dem einen oder anderen Akteninhalt ergeben würden. Offensichtlich hat sich der Arbeitnehmer vorliegend aber nicht dazu entschieden, die Personalakte ohne den Anwalt einzusehen und für diesen Kopien anzufertigen. Vielmehr hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber ver-

klagt, ihm zusammen mit dem Anwalt Einsicht in die Personalakte zu gewähren und hat dies über drei Instanzen „durchgestritten“.

Ein solches Vorgehen stellt eigentlich eine Aufforderung an den Arbeitgeber dar, einen Vorschlag für einen Aufhebungsvertrag zu unterbreiten. Anders als als Trennungswunsch kann die vorliegende Klage nicht verstanden werden. Wenn es Ziel des Arbeitnehmers gewesen sein sollte, eine Ermahnung aus der Personalakte entfernen zu lassen, war er wirklich schlecht beraten: Zum einen hilft einem Arbeitgeber – anders als eine wirksame Abmahnung – eine Ermahnung arbeitsrechtlich praktisch gar nichts. Insbesondere ist eine Ermahnung nicht geeignet, eine verhaltensbedingte Kündigung wirksam „vorzubereiten“. Im Übrigen dürften nach dem Streiten durch drei Instanzen inzwischen auch diejenigen Fristen abgelaufen sein, innerhalb derer der Arbeitgeber Ermahnungen oder Abmahnungen in der Personalakte aufbewahren kann, so dass solche nun ohnehin zu entfernen wären, noch bevor der Arbeitnehmer nunmehr – alleine – Akteneinsicht nimmt.

Noch eher als im vorliegenden Fall stellt sich die Frage einer Anwesenheitspflicht von Arbeitnehmeranwälten dann, wenn der Arbeitgeber zu einem Personalgespräch lädt. Auch hier besteht aber kein Anwesenheitsrecht des arbeitnehmervertretenden Anwalts bei einem solchen Gespräch und der Arbeitnehmer darf nach einer auf ein solches Gespräch gerichteten Anweisung des Arbeitgebers auch nicht mit Hinweis auf die nicht geduldete Anwesenheit seines Anwalts einfach fernbleiben. Kein Arbeitnehmer ist gezwungen, im Verlauf eines solchen Gespräches Erklärungen abzugeben, sondern kann sich in Ruhe im Anschluss an ein Gespräch, eine Weisung oder ein Vertragsangebot seines Arbeitgebers mit seinem Rechtsanwalt oder seiner Rechtsanwältin beraten. Eine Anwesenheit von Rechtsanwältin oder Rechtsanwalt bei dem Gespräch kann insoweit nicht erzwungen werden, da hier auch eine Grenzziehung sehr schwierig wäre: Nicht bei jedem das Arbeitsverhältnis betreffenden Gespräch kann immer ein Rechtsberater beigezogen werden. Gleiches gilt übrigens auch für Ehepartner! Erstaunlich viele Arbeitnehmer wünschen ein vom Arbeitgeber gefordertes Personalgespräch in Begleitung der Ehefrau zu führen, wobei nicht immer ganz klar ist, auf wen dieser Wunsch zurückgeht.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de