

Blick ins Arbeitsrecht
Juli 2013

I.

Einleitung

Auch die letzten Monate der zu Ende gehenden Legislaturperiode hat der Gesetzgeber nicht genutzt, die anstehenden arbeitsrechtlichen Probleme gesetzgeberisch zu lösen. Unabhängig davon, wie die nächsten Bundestagswahlen im Herbst ausgehen, wird es also arbeitsrechtlich aus Berlin in diesem Jahr nichts grundlegend Neues mehr geben. Die gewählten Abgeordneten überlassen das Feld lieber den Gerichten, ein Zustand der sich mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung eigentlich nicht vereinbaren lässt.

Offen sind beispielsweise noch die Umsetzungen verschiedener EuGH-Entscheidungen in deutsches Recht oder die gesetzliche Fixierung der BAG-Entscheidung zu befristeten Arbeitsverhältnissen, wonach ein (neuer) befristeter Arbeitsvertrag bereits dann abgeschlossen werden darf, wenn der Arbeitnehmer für den gleichen Arbeitgeber innerhalb der letzten drei Jahre nicht als Arbeitnehmer tätig war. Hier ist das BAG seiner Rolle als „Ersatzgesetzgeber“ gerecht geworden. Mit Rechtsfortbildung bzw. der Auslegung von Gesetzen hatte diese BAG-Entscheidung wenig zu tun, umso mehr aber mit der Notwendigkeit, der Praxis handhabbare Regelungen zu geben, wenn Regierung und Parlament diese verweigern.

Nicht zu Ende gebracht werden konnte – erfreulicherweise – auch der bereits seit längerer Zeit unternommene Versuch, ein spezielles Arbeitnehmerdatenschutzrecht zu schaffen. Angesichts der hierzu vorgelegten Entwürfe bin ich persönlich der Meinung, dass die derzeitige nicht speziell geregelte Situation eher vorteilhaft ist, insbesondere wenn man auch in Zukunft noch die Möglichkeit haben möchte, betriebsinterne Straftaten aufzuklären.

Gerade auch in Deutschland sollten im Arbeitsrecht wieder Zeiten anbrechen, in denen ein Blick ins Gesetz insbesondere Arbeitgeber in die Lage versetzt, sich rechtskonform zu verhalten. Aaber kein Schaden ist so groß, als dass nicht auch Vorteile darin gesehen werden

können: Die Arbeitsrechtler in der deutschen Anwaltschaft stehen für eine Beratung auch dort, wo Rechtspflicht und Gesetzestext voneinander abweichen, gerne für Beratungen zur Verfügung.

Immerhin hat alles am Rande die eine oder andere kleine Änderung ergeben:

So tritt am 01. August 2013 das Seearbeitsgesetz in Kraft. Art. 3 Abs. 6 dieses Gesetzes erstreckt die Geltung des deutschen Arbeitszeitgesetzes auf die Außenwirtschaftszonen und gilt damit auch für Offshore-Arbeiten. Gleichzeitig tritt die Offshore-Arbeitszeitverordnung in Kraft, die einige wichtige Ausnahmen vom deutschen Arbeitszeitgesetz zulässt: So kann die tägliche Höchstarbeitszeit für max. 14 Tage auf bis zu 12 Stunden erstreckt werden. Arbeitnehmer dürfen bis zu 21 Tage aufeinanderfolgend auf See verbringen und arbeiten. Wird die Arbeitszeit über acht Stunden täglich verlängert, ist dies zwingend durch freie Tage auszugleichen. Eine Beschäftigung auch an Sonn- und Feiertagen ist zulässig. Darüber hinaus werden unter bestimmten Voraussetzungen ärztliche Untersuchungen vorgesehen.

Wenn wichtige Rechtsfragen nicht vom Gesetzgeber geklärt werden, wird der Blick auf die Rechtsprechung immer wichtiger:

II.

Aktuelle Rechtsprechung

1. Arbeitgeber darf sich bei der Sozialauswahl auf Lohnsteuerinformationen verlassen BAG, Urteil vom 28.06.2012; 6 AZR 682/10

Bei Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung muss der Arbeitgeber zunächst den Wegfall eines Arbeitsplatzes darlegen und beweisen. Welcher Mitarbeiter dann von einer Kündigung betroffen ist, entscheidet sich anhand der Sozialauswahl. Dort werden die Kriterien Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung geprüft und vom Arbeitgeber gewichtet. Will der Arbeitgeber insoweit auf generell festgelegte Kriterien, z.B. sog. Sozialpunkte, zurückgreifen, bedarf er hierzu der Zustimmung des ggf. bestehenden Betriebsrates.

Wie die Gewichtung der einzelnen Kriterien zueinander vorzunehmen ist, entscheidet der Arbeitgeber. Er muss nur alle vier Kriterien angemessen berücksichtigen.

Die Merkmale „Alter“ und „Betriebszugehörigkeit“ sind dem Arbeitgeber in der Regel bekannt. Bei den Unterhaltspflichten sind diese Informationen aber möglicherweise nur sehr lückenhaft. Hier hat der Arbeitgeber die Wahl, entweder auf die vorliegenden Informationen und Unterlagen zu vertrauen oder sämtliche in Betracht kommenden Arbeitnehmer zu befragen. Ersteres birgt das Risiko, dass die Informationen nicht vollständig und aktuell sind, letzteres würde zu erheblicher Unsicherheit bei den Beschäftigten führen.

Hier hat das BAG nun eine für den Arbeitgeber wichtige Entscheidung getroffen: Dieser darf auf die ihm – insbesondere aus der Lohnsteuerkarte – oder den sonstigen Lohnsteuerunterlagen – bekannten und vorliegenden Informationen vertrauen.

In dem jetzt entschiedenen Fall musste ein Insolvenzverwalter eine Reihe von betriebsbedingten Kündigungen aussprechen. Aus den Unterlagen zweier Arbeiter ging hervor, dass diese jeweils einem Kind gegenüber – neben der Ehefrau – unterhaltsverpflichtet waren. Derjenige Mitarbeiter, auf den das Los der Kündigung – aus anderen Gründen im Rahmen der Sozialauswahl – fiel, trug im Rahmen der Kündigungsschutzklage vor, er sei in Wahrheit gegenüber zwei Kindern unterhaltsverpflichtet. Eine erwachsene Tochter, die sich noch in Ausbildung befinde, stehe allerdings nicht auf der Lohnsteuerkarte. Daher sei er sozial stärker schutzbedürftig, als der vergleichbare Arbeitnehmer mit lediglich einem unterhaltsberechtigten Kind

Das BAG hat die Kündigungsschutzklage in letzter Instanz zurückgewiesen. Der Arbeitgeber war, so die Bundesrichter, berechtigt, auf die ihm vorliegenden Unterlagen zu vertrauen und diese zur Grundlage seiner Auswahlentscheidung zu machen.

2. Kündigung wegen Kirchenaustritts

BAG, Urteil vom 25. April 2013; 2 AZR 579/12

Das kirchliche Arbeitsrecht ist in den vergangenen Monaten zunehmend in die Frage gestellt worden:

Diskutiert wird u.a. über das Streikrecht kirchlicher Arbeitnehmer, die Möglichkeit Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen abzuschließen und auch über die Frage, in welchen Fällen Verstöße gegen kirchliche Regeln eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses begründen können.

Hintergrund für die Überlegungen ist die Eigenschaft der Kirchen und der ihr unmittelbar angeschlossenen „Betriebe“ als Tendenzbetriebe: Hier gelten Sonderregelungen, deren Reichweite und Grenzen allerdings aktuell wieder sehr stark umstritten sind. Ähnliche Sonderregelungen gibt es beispielsweise für Presseunternehmen, politische Parteien o.ä.

Im konkreten Fall war ein Arbeitnehmer seit 1992 beim Caritas Verband als Sozialpädagoge beschäftigt. Zu seinen Aufgaben in einem sozialen Zentrum gehörte es, Schulkinder bis zum 12. Lebensjahr nachmittags nach der Schule zu betreuen. In die Einrichtung aufgenommen werden Kinder jeder Religionszugehörigkeit und dort werden auch keine religiösen Inhalte vermittelt.

Der Arbeitnehmer trat im Februar 2011 aus der katholischen Kirche aus. Er berief sich dabei auf die in den letzten Jahren bekannt gewordenen zahlreichen sexuellen Missbrauchsfälle in katholischen Einrichtungen, das (aus seiner Sicht) Erstarken der Pius-Brüderschaft usw.

Der Arbeitgeber hat das Arbeitsverhältnis daraufhin gekündigt und erklärt, es liege ein schwerer Loyalitätsverstoß vor, der eine Weiterbeschäftigung nicht zulasse.

Im vorliegenden Fall musste einerseits zwischen dem Grundrecht des Arbeitnehmers auf Glaubens- und Gewissensfreiheit und andererseits dem Selbstbestimmungsrecht des Tendenzträgers „katholische Kirche“ abgewogen werden.

Im vorliegenden Fall hat BAG die Entscheidung zu Gunsten des Arbeitgebers getroffen. Die endgültige Begründung für das Urteil liegt noch nicht vor. Allerdings ergibt sich bereits aus der Pressemitteilung, welche tragenden Argumente für diese Entscheidung eine Rolle gespielt haben, die sich auch auf andere Kündigungsfälle übertragen lassen.

Entscheidend war für das BAG, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit unmittelbar als „Dienst am Menschen“ erbracht hat. Damit hatte er, gerade bei der Betreuung von Kindern bis zum 12. Lebensjahr, auch einen gewissen Sendungsauftrag der katholischen Kirche wahrzunehmen, selbst wenn keine religiösen Inhalte vermittelt werden. Der Arbeitgeber könne, so dass BAG, im verkündungsnahen Bereich bei dem schon erwähnten unmittelbaren Dienst am Menschen nicht gezwungen werden, einen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, der nicht etwa nur an einem einzelnen Punkt den kirchlichen Loyalitätsanforderungen nicht mehr gerecht werde, sondern sich insgesamt von der katholischen Glaubengemeinschaft losgesagt habe.

Über diese eher religiösen Fragen und den persönlichen Einsatz des Arbeitnehmers hinaus hat auch noch eine Rolle gespielt, dass für Sozialpädagogen außerhalb der katholischen Kirche gute Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen, so dass der Arbeitnehmer nicht auf diesen Arbeitsplatz angewiesen war.

Soweit die Begründung im vorliegenden Fall. Welche Auswirkungen hat dieses Urteil und haben diese Gründe aber für vergleichbare Fälle:

Zum einen bestätigt das BAG die bereits bisher vorherrschende Unterscheidung zwischen Mitarbeitern, die im verkündungsnahen oder gar liturgischen Bereich tätig sind einerseits und anderen Mitarbeitern, die Dienste nicht direkt am Menschen leisten andererseits. Stärkeren Einschränkungen auch ihrer Glaubensfreiheit müssen sich danach diejenigen Mitarbeiter unterwerfen, die als Pfarrer, Pfarreranwärter oder ähnlicher Funktion mit Verkündigungsauftrag tätig sind. Gleiches gilt beispielsweise auch für Religionslehrer, Kindergärtner, Kinderbetreuer etc.

Darüber hinaus nimmt das BAG aber auch eine Abwägung dahingehend vor, ob der Arbeitnehmer möglicherweise nur in dem einen oder anderen Punkt gegen eine kirchliche Regel verstößt oder er sich insgesamt von der Kirche losgesagt hat. Ein Kirchenaustritt – wie im vorliegenden Fall – ist natürlich eine besonders deutliche Entscheidung gegen die religiöse Ausrichtung des Arbeitgebers.

Aus dieser Unterscheidung zwischen einzelnen Verfehlungen und gänzlicher Abwendung lässt sich aber auch schließen, dass das Gericht möglicherweise bei einzelnen Verfehlungen eine Kündigungsberechtigung der Kirche oder ihrer Einrichtungen in Zukunft besonders sorgfältig prüfen wird und vielleicht einen wesentlich strengeren Maßstab anlegen wird, als dies bisher der Fall war.

Zugebenermaßen hat ein Sozialpädagoge, der in einer katholischen Einrichtung Kinder bis zum 12. Lebensjahr betreut, eine besondere Verantwortung, da gerade Kinder – positiv wie negativ – natürlich besonders beeinflussbar sind, und zwar unabhängig von der Frage, ob Aufgabe des Arbeitgebers auch die Vermittlung religiöser Inhalte ist. Aufgrund der gesteigerten Einflussnahmemöglichkeiten auf Kinder sind hier auch strengere Maßstäbe erlaubt, als vielleicht in anderen Fällen.

Im Jahr 2004 hatte das Bundesarbeitsgericht noch die Kündigung eines Kirchenmusikers für zulässig erklärt, bei dem sich herausgestellt hat, dass er bereits in zweiter Ehe verheiratet

war. Ob eine solche Entscheidung heute und insbesondere unter Berücksichtigung der Urteilsgründe aus der vorliegenden Entscheidung nochmal so ergehen würde, erscheint höchst zweifelhaft.

Nach den jetzt vorgelegten Kriterien wäre die Kündigung wohl eher unwirksam gewesen: Zum einen hat ein Kirchenmusiker keinerlei Verkündigungsauftrag und ist auch nicht in einem verkündigungsnahen Bereich tätig. Er vermittelt keinerlei religiöse Anschauung o.ä.

Darüber hinaus fehlt es auch an einem unmittelbaren „Dienst am Menschen“, da regelmäßig zwischen dem Kirchenmusiker/Organisten und den Menschen kein unmittelbarer Kontakt zustande kommt.

Die Aufgabe eines Kirchenmusikers ist lediglich im musikalischen Bereich zu sehen. Die Frage, ob man mehr als einmal verheiratet ist, spielt u.U. noch (?) bei denjenigen Mitarbeitern eine Rolle, die einen Verkündigungsauftrag haben, sicher aber nicht bei Arbeitnehmern, die keinerlei direkten Kontakt zu den Menschen haben, die sich dem Arbeitgeber anvertrauen. Mit anderen Worten: Die Musik, die der Kirchenmusiker spielt, ist nicht beeinflusst von der Frage, wie oft der Musiker verheiratet war oder ist.

Ähnliches hat das BAG zwischenzeitlich auch bei einem Chefarzt festgestellt, bei dem sogar noch hinzukam, dass eine Kündigung erst ausgesprochen wurde, als er das zweite Mal geheiratet hat. Das vorherige Zusammenleben mit der späteren zweiten Ehefrau in nichtehelicher Gemeinschaft war dem Arbeitgeber bekannt, hatte aber nicht zu entsprechenden arbeitsrechtlichen Maßnahmen geführt. Hier sprach besonders für den Arbeitnehmer, dass der Arbeitgeber sich erst dann zur Kündigung entschlossen hatte, als dieser einen aus Sicht der Kirche nicht wünschenswerten Zustand (nicht verheiratetes Zusammenleben) durch einen eher wünschenswerten Zustand (Ehe) ersetzt hat.

Fazit:

Insgesamt ist bei der Frage, wann Kirchen Arbeitnehmern wegen Verstößen gegen kirchenrechtliche Vorschriften kündigen dürfen, festzustellen, dass auch beim BAG eine differenziertere Auffassung vorherrscht, als dies noch vor einigen Jahren der Fall war. Jeder Einzelfall ist konkret daraufhin zu prüfen, (1) wie nah der betroffene Arbeitnehmer dem sog. Verkündigungsbereich steht, (2) ob er unmittelbar einen Dienst am Menschen leistet und (3) ob er sich ganz von der religiösen Glaubensgemeinschaft abgewendet hat oder nur in dem einen oder anderen Punkt gegen eine kirchliche Regel verstoßen hat.

(4) Soziale Aspekte sind zusätzlich bei der Frage zu berücksichtigen, ob der Arbeitnehmer in seinem Beruf auch außerhalb der Kirche eine angemessene Stelle finden kann. Dies ist bei Erziehern, Sozialpädagogen, Lehrern, Ärzten etc. sicherlich zu bejahen und bei Pfarrern eher zu verneinen.

3. Kein dauerhafter Einsatz von Leiharbeitnehmern

BAG, Beschluss vom 10. Juli 2013; 7 ABR 91/11

Das Bundesarbeitsgericht hat eine wegweisende Entscheidung für den Einsatz von sog. Leasingkräften getroffen.

Ausgangspunkt war die Absicht eines Arbeitgebers, auf bestimmten Arbeitsplätzen des Unternehmens nur noch sog. Zeitkräfte, also Leiharbeitnehmer, einzusetzen. Dies bedarf, ebenso wie die Einstellung von Arbeitnehmern, der Zustimmung des Betriebsrats, der seine Zustimmung aber verweigerte. Er argumentierte dahingehend, nach dem Gesetz sei eine dauerhafte Beschäftigung von sog. Zeitarbeitskräften nicht vorgesehen und daher nicht zulässig. Das Bundesarbeitsgericht hat dem Betriebsrat in letzter Instanz Recht gegeben.

Zu unterscheiden ist in der Praxis zunächst einerseits der Einsatz von eigenen Arbeitnehmern des Unternehmens mit Zeitverträgen. Auch hier ist oft von Zeitarbeitskräften die Rede. In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall ging es aber um Leiharbeitnehmer, d.h. Personen, die bei einem anderen Unternehmen (Verleiher) als Arbeitnehmer angestellt sind und im Entleiherbetrieb Aufgaben auf Basis des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes wahrnehmen.

Das BAG hat die Auffassung vertreten, die Formulierung in § 1 Abs. 1 Satz 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), wonach eine Beschäftigung nur „vorübergehend“ vorgesehen sei, stehe der dauerhaften Besetzung von Arbeitsplätzen allein mit Leiharbeitskräften entgegen. Daher, so das BAG, habe der Betriebsrat zu Recht seine Zustimmung zur Einstellung solcher Zeitarbeitskräfte und zu einer entsprechenden Stellenbesetzung verweigert. Der Antrag des Arbeitgebers, die Zustimmung des Betriebsrats durch eine gerichtliche Entscheidung zu ersetzen, wurde insoweit zurückgewiesen.

Insoweit ist es für die Zukunft sinnvoll, wenn im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich festgehalten ist, die Überlassung erfolge nur „vorüber-

gehend“. Eine weitere Konkretisierung kann vom Betriebsrat nicht verlangt werden. Auch das BAG-Urteil enthält insoweit keine weiteren Vorgaben.

Was im Einzelnen mit „vorübergehend“ gemeint ist, lässt sich in der Regel im Vorfeld nicht festlegen. Die Dauer der vorübergehenden Überlassung kann abhängig von betriebsinternen, konjunkturellen und sonstigen Aspekten schwanken.

Im Ergebnis muss der Arbeitgeber aber jedenfalls Festlegungen dahingehend vermeiden, dass bestimmte Arbeitsplätze „auf Dauer“ durch Leiharbeitskräfte und nicht mehr durch Mitarbeiter der Stammebelegschaft werden sollen.

Auf die im Einzelnen juristisch erhobenen Bedenken gegen die Entscheidung des BAG soll hier nicht eingegangen werden, da die Arbeitgeber in der Praxis jedenfalls gut beraten sind, die derzeitige – hier beschriebene – Rechtslage zu beachten.

4. Vertragliche Ausschlussklauseln gelten nicht für Ansprüche aus vorsätzlicher Handlung

BAG, Urteil vom 20. Juni 2013; 8 AZR 280/12

Der Sachverhalt des vorliegenden Falles ist ungewöhnlich:

Eine Arbeitnehmerin war seit dem 16. November 2009 arbeitsunfähig erkrankt. Anfang Februar 2010 verständigten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmerin dann auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung zum 31. Mai 2010.

Am 26. März 2010, also noch während der Arbeitsunfähigkeit aber kurz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses, unterrichtete die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber darüber, dass sie gegen einen Vorgesetzten Strafanzeige wegen Beleidigung und sexueller Belästigung gestellt habe. Am 30. August 2010 hat die Arbeitnehmerin dann den Arbeitgeber gerichtlich auf Zahlung eines Schmerzensgeldes wegen „Mobbings“ verklagt.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht hatten diese Klage nicht inhaltlich geprüft, sondern bereits wegen des angeblichen Fehlens formaler Voraussetzungen abgewiesen. Der Arbeitsvertrag enthielt nämlich eine Verfallsklausel, wonach sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis oder damit im Zusammenhang stehende Ansprüche innerhalb von drei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht

werden müssen. Anderenfalls sollten sie verfallen. Diese Frist war bei Erhebung der „Mobbingklage“ am 30. August 2010 jedenfalls längst abgelaufen, da die behauptete Mobbinghandlung vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit geschehen sein müsste, also vor dem 16.11.2009.

Das BAG hat aber festgestellt, dass eine vertragliche Ausschlussklausel nur die von den Parteien für regelungsbedürftig gehaltenen Fälle erfassen soll. Eine Anwendung auf Fälle, die durch gesetzliche Ge- oder Verbote geregelt seien, sei daher, sofern nicht ausdrücklich anders geregelt, in der Regel nicht gewünscht.

Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Haftung auch des Arbeitgebers für Mobbing (wegen angeblich fehlender Unterstützung und fehlendem Schutz der Arbeitnehmerin gegenüber Mobbing durch einen Kollegen der Klägerin) die bei Klageerhebung noch nicht verjährt war, nicht ausgeschlossen war. Weder die gesetzliche Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes kann dadurch einen Vertrag im Voraus erleichtert werden (§ 202 Abs. 1 BGB) noch kann die Haftung wegen Vorsatzes dem jeweiligen Schuldner im Voraus erlassen werden (§ 276 Abs. 3 BGB). Mangels besonderer Anzeichen sei, so das BAG, daher davon auszugehen, dass mit der arbeitsvertraglichen Ausschlussklausel nicht auch Fragen der Vorsatzhaftung geregelt werden sollten.

PRAXISTIPP

Über den aktuellen Fall hinaus gilt für die Praxis nach diesem Urteil folgendes:

Wenn neben allgemeinen im Arbeitsverhältnis oder aus Anlass seiner Beendigung sich ergebenden Ansprüchen auch Ansprüche aus vorsätzlicher Handlung von einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist erfasst werden sollen, wird dies zukünftig – wenn überhaupt – nur durch Individualvereinbarung möglich sein. Die üblichen Regelungen in Arbeitsverträgen, wonach sämtliche Ansprüche innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen sind, spätestens innerhalb einer bestimmten Frist nach dem Ausscheiden, dürfte zukünftig zumindest in Vorsatzfällen aus den genannten Gesichtspunkten auch für andere Fälle nicht mehr anwendbar sein.

Insbesondere wenn bei Klauseln die als Allgemeine Geschäftsbedingungen für eine Mehrzahl von Fällen vom Arbeitgeber vorformuliert werden, dürfte der Ausschluss bei Vorsatzhaftung leerlaufen und die Haftung trotzdem eingreifen.

Diese neue Rechtsprechung hat für Arbeitgeber aber auch Vorteile. Zukünftig wird es nicht mehr zwingend notwendig sein, Fälle sog. unerlaubter Handlung aus dem Anwendungsbe-

reich von Ausschlussklauseln ausdrücklich auszunehmen. Unerlaubte Handlungen sind insbesondere Diebstähle, Betrugstaten etc. u.a. zu Lasten des Arbeitgebers. Bisher war es notwendig, Ansprüche des Arbeitgebers aus solchen Arbeitnehmertaten sicherheitshalber ausdrücklich vom Verfall auszunehmen.

5. (Zeugnis): Anspruch auf eine durchschnittliche Zeugnisnote

Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 27.05.2013; 28 Ta 18230/11

Bislang war der Arbeitgeber in der Regel verpflichtet, ein Zeugnis zumindest mit der Note „befriedigend“ zu erteilen. Will der Arbeitgeber ein schlechteres Zeugnis erstellen, ist er im Fall eines Zeugnisrechtsstreits darlegungs- und beweibelastet dahingehend, dass die Leistungen und die Führung des Arbeitnehmers jedenfalls nicht durchschnittlichen, nämlich „befriedigenden“ Anforderungen genügen. Umgekehrt gilt: Will der Arbeitnehmer ein besseres Zeugnis als ein solches mit der Note „befriedigend“, muss er seinerseits darlegen und beweisen, dass seine Leistungen besser oder sogar wesentlich besser als der Durchschnitt waren.

Das Arbeitsgericht Berlin hat jetzt einseitig insoweit eine neue Forderung erhoben:

Der Arbeitgeber müsse, so das Gericht, nicht mehr zumindest ein Zeugnis mit der Note befriedigend, sondern ein solches mit der Note gut erstellen. Das Gericht beruft sich darauf, etwa 80% aller Arbeitszeugnisse würden mit der Note „gut“ oder „sehr gut“ ausgestellt werden, so dass die Note „gut“ aktuell den Durchschnitt repräsentiere.

Anmerkung:

Diese Entscheidung steht bisher allein, ist nicht zu Ende gedacht und ist unzutreffend. Daher gibt es auch keine weitere arbeitsgerichtliche oder gar ober- höchstrichterliche Entscheidung in dieser Richtung.

Es kommt im Ergebnis nicht darauf an, wie viel Zeugnisse mit welcher Note erstellt werden. Entscheidend ist allein, was eine durchschnittliche Benotung darstellt, welche Leistung also der Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer in der Regel erwarten kann. Dies sind nur befriedigende Leistungen. Hätte der Arbeitgeber Anspruch auf gute Leistungen, könnte er die vom Arbeitsgericht Berlin angestellte Überlegung sehr schnell zum Nachteil der Arbeitnehmer „umdrehen“: Erbringt ein Arbeitnehmer lediglich befriedigende und nicht gute oder sehr gute

Leistungen, hätte er dann bereits Probleme als sog. „Underperformer“ und müsste den Ausspruch einer verhaltens- bzw. personenbedingten Kündigung gewärtigen. Wenn der Arbeitgeber nur durchschnittliche Leistungen fordern darf, muss er auch berechtigt sein, solche befriedigende Leistungen zu attestieren. Das Urteil zu Ende gedacht, würden bald fast nur noch die Noten 1 + 2 vergeben, der Durchschnitt würde also allein durch die Rechtsprechung immer höher „wandern“.

6. Dauer der Arbeitszeit bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung.

BAG, Urteil vom 15. Mai 2013; 10 AZR 325/12

Eine Arbeitnehmerin ist als außertarifliche Mitarbeiterin beim Arbeitgeber beschäftigt und erhält ein Jahresgehalt von € 95.000,00 brutto. Eine feste Arbeitszeitregelung findet sich im Arbeitsvertrag nicht. Allerdings ist dort ein Hinweis auf darauf zu finden, dass die Mitarbeiterin auch „außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit“ verpflichtet sei, zu arbeiten.

In einer mit dem Betriebsrat getroffenen Betriebsvereinbarung, die für alle Mitarbeiter Geltung hat, wurde die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit auf 38 Stunden festgelegt. Die Mitarbeiterin hat sich geweigert, diese 38 Stunden zu arbeiten. Ihr Arbeitszeitkonto wies im November 2010 ein Minus von 686 Stunden auf. Da sich Arbeitgeber und Arbeitnehmerin nicht anderweitig einigen konnten, hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin aufgefordert, zukünftig die vollen 38 Stunden wöchentlich zu arbeiten und, solange dies nicht geschieht, ihr Gehalt gekürzt. Die Klägerin klagte auf Feststellung, sie sei nicht verpflichtet, 38 Stunden zu arbeiten. Mangels Vereinbarung im Arbeitsvertrag gelte für sie eine sog. „Vertrauensarbeitszeit“. Der Arbeitgeber hat dagegen eingewandt, eine Vertrauensarbeitszeit sei gerade nicht vereinbart worden. Hinzu komme, dass die Klägerin die ihr übertragenen Aufgaben, die während einer Arbeitszeit von 38 Stunden ohne weiteres zu erledigen wären, regelmäßig nicht erledigt hätte und im Übrigen auch für Vorgesetzte oft nicht erreichbar gewesen sei.

Alle drei Instanzen haben die Klage der Arbeitnehmerin zurückgewiesen. Wenn im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich eine verbindliche Arbeitszeit vereinbart sei, gelte die übliche Arbeitszeit. Dies sei hier die betriebsübliche Arbeitszeit mit 38 Wochenstunden. Dies sei das Mindestmaß für die Klägerin, zumal diese sich im Arbeitsvertrag verpflichtet hatte, auch darüber hinaus zu arbeiten. Eine konkrete Verpflichtung, mehr als 38 Wochenstunden Arbeitsleistung zu erbringen, bestand vertraglich vorliegend allerdings nicht: Der Arbeitgeber hatte es versäumt, eine Obergrenze für diese „Überstunden“ im Arbeitsvertrag festzulegen, so

dass die Verpflichtung nach AGB-Regelungen letztlich unwirksam blieb und sich die Arbeitsverpflichtung auf 38 Wochenstunden konkretisiert hat.

Etwas anderes hätte auch letztlich nicht bei einer Vertrauensarbeitszeit gegolten. Gegenstand einer Vertrauensarbeitszeit ist im Wesentlichen nur die Entbindung der Arbeitnehmer von der Verpflichtung, die Arbeitszeit „aufzuschreiben“ oder anders zu erfassen. Solange der Arbeitnehmer die ihm übertragenen Arbeiten pflichtgemäß erledigt und für Vorgesetzte im üblichen Rahmen erreichbar ist, geht der Arbeitgeber vertrauensvoll davon aus, dass der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitszeit erbringt, ohne dass diese nach Tag und Stunde festgehalten werden muss. Von einer solchen Erbringung der Arbeitspflichten war die Arbeitnehmerin im vorliegenden Fall aber offensichtlich weit entfernt.

7. Kein Auskunftsanspruch einer abgelehnten Stellenbewerberin

BAG, Urteil vom 25. April 2013, 8 AZR 287/08

Eine Software-Entwicklerin hatte sich auf eine Stelle beworben, wurde jedoch nicht eingestellt. Das Unternehmen teilte ihr auch auf Anfrage nicht mit, ob und ggf. welche anderen Bewerber eingestellt worden seien, welche Kriterien für diese Entscheidung maßgeblich waren etc.

Die Bewerberin behauptet nun, sie habe alle Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllt und sei lediglich wegen ihres Geschlechts oder ihres Alters oder ihrer Herkunft (Russische Föderation) nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Sie sei daher diskriminiert worden und fordere eine angemessene Entschädigung in Geld.

Auch hier haben alle drei Instanzen die Klage abgewiesen.

Das BAG hatte diesen Fall zunächst dem Europäischen Gerichtshof zur Vorentscheidung vorgelegt, ob ein deutsches Unternehmen nach europäischem Recht verpflichtet sei, Bewerbern Auskunft zu erteilen. Mit Urteil vom 19. April 2012 (Az: C/415/10) hat der EuGH entschieden, ein solcher Auskunftsanspruch bestehe nicht. Allerdings könne, so der EuGH, die Verweigerung jeder Information durch das Unternehmen unter Umständen bei der Frage herangezogen werden, ob eine Diskriminierung zu vermuten sei.

Das BAG hat sich den Ausführungen des EuGH insoweit angeschlossen. Danach ist ein Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet, Bewerbern Auskunft darüber zu erteilen, ob die Stelle besetzt worden ist und ggf. nach welchen Kriterien.

Eine Auskunftsverweigerung kann nur in Ausnahmefällen und nur dann als Indiz für eine denkbare Diskriminierung herangezogen werden, wenn der Bewerber irgendwelche nachvollziehbaren Indizien darlegt, welche eine Benachteiligung wegen eines im AGG genannten Grundes vermuten lassen. Erst dann greift eine Beweislastumkehr zu Lasten des Unternehmens ein, das sich dann entlasten müsste. Allein die Angabe mehrerer Kriterien aus dem Gesetzestext und die Behauptung des Arbeitnehmers, hier könne theoretisch eine Diskriminierung vorliegen, reicht hierzu nicht aus.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de