

Blick ins Arbeitsrecht

von Rechtsanwalt Michael Eckert, Heidelberg *

Nachdem ich Ihnen bereits in der Ausgabe 37/2016 (Seite 2164 ff.) von den neuen Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung berichtet hatte, die nun am 01. April 2017 in Kraft getreten sind, steht wieder einmal die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung im Fokus dieses Beitrages.

Im Vordergrund stehen dabei zwei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, die gerade erst am 14. März 2017 gleichzeitig veröffentlicht worden sind und sich beide mit unterschiedlichen Ausprägungen eines sehr aktuellen, auch allgemeinpolitisch diskutierten Themas befassen: dem Tragen religiöser Symbole, wobei es hier allein um deren Benutzung während der Arbeitszeit geht.

Während erfahrungsgemäß niemand Anstoß nimmt, wenn ein Kreuz am Goldkettchen baumelt o.ä., stehen aktuell Kopftücher und Verschleierung auch politisch in der Diskussion. Angefangen von einem völlig liberalen Umgang mit solchen Kleidungsstücken bis hin zum Ruf nach gesetzlichen Verboten lässt sich, je nach politischer Orientierung, nahezu jede Meinung finden.

Im Arbeitsrecht verbietet das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eine Diskriminierung aufgrund der Religion. Dies führt dann, wenn der Arbeitgeber Kopftücher o.ä. verbieten möchte, nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs zu einer „Alles-oder-Nichts-Lösung“:

Entweder werden alle religiösen (und ggf. auch politischen etc.) Symbole verboten oder es ist alles erlaubt. So einfach dieser Grundsatz ist, so schwierig ist seine wirksame Umsetzung in der Praxis.

Zwei weitere Entscheidungen befassen sich mit der Gestaltung von Arbeitsverträgen. Sie zeigen, dass Vertragsentwürfe bei Arbeitgebern viel zu selten an neue Gesetze und Urteile angepasst werden. Nichts ist so beständig wie das Formular, das einmal Eingang in den Be-

triebsablauf gefunden hat... Dies kann dann aber unter Umständen im Streitfall sehr teuer werden.

1. Zulässigkeit eines Kopftuchverbots in privaten Unternehmen

EuGH, Urteile vom 14. März 2017 – Az: C-157/15 und C-118/15

Die beiden aktuellen „Kopftuchentscheidungen“ des EuGH haben erhebliche Wellen geschlagen und sollen daher hier etwas genauer betrachtet werden, insbesondere die Auswirkungen für deutsche Unternehmen.

Im Kern ging es in beiden Fällen um Arbeitgeberkündigungen gegenüber Arbeitnehmerinnen, die während der Arbeitszeit ein Kopftuch tragen wollten und deshalb ihren Arbeitsplatz verloren hatten. In einem Fall aus Frankreich hatte nur ein Kunde sich über das Kopftuch einer Software-Ingenieurin beschwert, das diese anlässlich einer Besprechung getragen hatte. In dem Fall aus Belgien war eine Mitarbeiterin bereits seit drei Jahren in einem Sicherheitsunternehmen angestellt und hatte Rezeptionsdienste bei einem Kundenunternehmen ausgeführt, dem es besonders auf politische, religiöse und philosophische Neutralität ankam. Der Arbeitgeber hatte auch bereits vor der Kündigung eine allgemeine Regelung erlassen, wonach das sichtbare Tragen von Zeichen für eine politische, philosophische oder religiöse Überzeugung während der Arbeitszeit verboten war. Erst nach dreijähriger Beschäftigung hatte die Arbeitnehmerin erklärt, sie werde in Zukunft mit Kopftuch arbeiten.

Der Fall aus Frankreich war hinsichtlich des Sachverhaltes noch nicht abschließend geklärt. Hier hat allerdings der EuGH festgehalten, dass allein der Wille des Arbeitgebers, den Wünschen eines Kunden zu entsprechen, nicht ausreicht, um einer islamischen Mitarbeiterin das Tragen des Kopftuches während der Arbeitszeit zu verbieten, da dieser Kundenwunsch nicht als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des EU-Rechts anzusehen ist. Dieses Urteil war daher auch im Ergebnis nicht überraschend.

Wesentlich dezidierter und spannender ist das Urteil in dem Fall aus Belgien.

Hier hat der EuGH klargestellt, dass der Wunsch eines Arbeitgebers, seinen öffentlichen und privaten Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln, grundsätzlich rechtmäßig sei und dies sei insbesondere dann der Fall, wenn nur diejenigen Arbeitnehmer/-innen betroffen sind, die mit Kunden in Kontakt treten. Der entsprechende Wunsch des Arbeitgebers nach Neutralität in den Bereichen Politik, Religion und Philosophie gehört nach Auffassung des EuGH zu den Grundsätzen der unternehmerischen Freiheit.

Die Maßnahmen, die der Arbeitgeber dann trifft, um diese Neutralität zu gewährleisten, sind jedoch besonders zu prüfen, insbesondere hinsichtlich ihrer Geeignetheit und Erforderlichkeit.

Das Verbot, Zeichen politischer, philosophischer oder religiöser Überzeugungen während der Arbeitszeit sichtbar zu tragen, ist nach Auffassung des EuGH zur Erreichung des Ziels der gewünschten Neutralität geeignet und kann auch bei Weigerung beispielsweise einer Mitarbeiterin, ohne Kopftuch zu arbeiten, eine Kündigung grundsätzlich rechtfertigen.

Voraussetzung ist hier aber, dass es sich tatsächlich um eine allgemeine Unternehmenspolitik handelt, die auch tatsächlich verfolgt wird. Der Arbeitgeber darf also nicht aus konkretem Anlass eine Einzelfallregelung erlassen haben.

Anschließend ist dann zu prüfen, ob eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung auch erforderlich war, um das Unternehmensziel zu erreichen.

Hier ist zunächst zu prüfen, ob die Mitarbeiterin Sichtkontakt mit Kunden hat. Eine Kündigung kann nämlich, was der EuGH betont, nur ein letztes Mittel sein, wenn andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht zum Erfolg führen.

Insoweit ist vom Arbeitgeber zu prüfen, ob auch eine Versetzung der Mitarbeiterin in einen Bereich in Betracht kommt, in dem kein Sichtkontakt zu Kunden besteht. Ist eine solche Versetzung oder notfalls auch Änderungskündigung möglich, scheidet eine Beendigungskündigung aus.

Erweist sich eine Kündigung nach einer solchen Prüfung als geeignet und erforderlich, um das zulässige Unternehmensziel einer politischen oder religiösen Neutralität zu gewährleisten, ist eine darauf beruhende Kündigung wirksam.

Insoweit kann eine generelle Verpflichtung aller Mitarbeiter zu politischer und/oder religiöser Neutralität eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion darstellen und trotzdem sachlich gerechtfertigt sein, um den Wunsch des Arbeitgebers nach Neutralität umzusetzen.

Praxistipp:

Die Rechtsprechung zu sogenannten Kopftuchverboten oder ähnlichem ist in Deutschland bisher uneinheitlich und hat zu Rechtsunsicherheit geführt. Hinzu kommt die allgemeine politische Diskussion, die von einem Kopftuchverbot für Staatsbedienstete bis zu einem allgemeinen Burkaverbot in der

Öffentlichkeit reicht. Hier muss die allgemeine politische Diskussion von der arbeitsrechtlichen Situation deutlich getrennt werden.

Erfreulich ist an den beiden Entscheidungen, dass nunmehr relativ klare Vorgaben bestehen, die auch sinnvoll in die betriebliche Praxis übernommen werden können.

Hierzu ist ein Entscheidungsbaum aufzubauen, um am Ende festzustellen, ob das Verbot bestimmter religiöser Kennzeichen zulässig oder unzulässig ist.

Grundsätzlich verboten ist zunächst ein isoliertes Kopftuchverbot, da eine solche Regelung eine klare direkte Diskriminierung der islamischen Religion darstellen würde. Hier ist zu beachten, dass beispielsweise männliche Sikhs durch ihre Religion gehalten sind, einen Turban zu tragen, und manche jüdische Männer eine Kippa aufsetzen. Insoweit darf also nicht die eine Religionsausübung erlaubt und die andere verboten werden.

Weiter ist zu prüfen, ob es Anforderungen gibt, die von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen der Berufsausübung vorgegeben sind. Hier dürfen allerdings nur objektive Kriterien herangezogen werden.

Bekleidungs Vorschriften, die beispielsweise auch ein Kopftuch oder andere religiöse Kopfbedeckungen zulässigerweise verbieten können, sind etwa denkbar aus Gründen der Arbeitssicherheit, der Hygiene oder aus sonstigen objektiven Gründen. So muss in manchen Berufen zwingend ein Schutzhelm getragen werden. In Reinräumen wie beispielsweise in einem Operationssaal herrschen ebenso klare Bekleidungs Vorschriften. Hier geht der Arbeitsschutz vor.

Das Tragen religiöser Symbole kann allgemein auch eingeschränkt werden, wenn es sich um einen religiösen Tendenzbetrieb handelt, beispielsweise ein katholisches Krankenhaus, einen evangelischen Kindergarten o. ä. Für solche Tendenzbetriebe gelten Sondervorschriften.

Nach den neuen Entscheidungen des EuGH ist auch eine Entscheidung des Unternehmens anzuerkennen, das sich zur Aufgabe gemacht hat, durch seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter neutral nach außen aufzutreten und das deshalb generell das Tragen von sichtbaren religiösen, politischen, philosophischen o. ä. Zeichen während der Arbeitszeit verbietet. Hier muss es sich aber um Regelungen handeln, die alle Religionen/politischen Richtungen betreffen, die auch tatsächlich allgemein und nicht nur im Einzelfall angewendet und in der Praxis auch „gelebt“ werden.

Handelt es sich dann noch um Mitarbeiter, die für Kunden „sichtbar“ sind, ist ein solches Verbot unter anderem religiöser Bekleidung zumindest geeignet, um die gewünschte und auch schützenswerte Neutralität zu erreichen.

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines konkreten Verbotes, beispielsweise ein Kopftuch zu tragen, ist dann noch die Frage, ob dies auch zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Da es hier um die Abwägung von Grundrechten geht, ist nur eine solche Maßnahme zulässig, die sich auf das unbedingt Erforderliche beschränkt.

Im Falle beispielsweise eines Kopftuchs ist zu klären, ob sich das Verbot des sichtbaren Tragens jedes Zeichens oder Kleidungsstücks, das mit einem religiösen Glauben oder einer politischen oder philosophischen Überzeugung in Verbindung gebracht werden kann, notwendig ist oder ob es andere Möglichkeiten zur Wahrung der Neutralität gibt. In erster Linie kommt hier eine Versetzung oder notfalls auch Änderungskündigung auf einen anderen Arbeitsplatz außerhalb des Sichtbereichs von Kunden in Betracht.

Stehen hier keine freien Arbeitsplätze zur Verfügung oder ist eine solche Versetzung/Änderungskündigung unzumutbar, kann der Arbeitgeber auch eine Beendigungskündigung aussprechen.

Zentrales Entscheidungskriterium ist somit eine allgemeine neutrale Regelung zur Erreichung einer Neutralität unter anderem in religiösen Fragen. Der Wunsch einzelner Vorgesetzter, Kunden, Geschäftspartner o. ä. reicht dagegen für eine Kündigung nicht aus.

Für Unternehmen, die das Tragen religiöser oder politischer Zeichen verbieten wollen, ist es daher besonders wichtig, vor der ersten konkreten Maßnahme (Kündigung, Abmahnung o. ä.) eine wirksame allgemeine Regelung aufzustellen, die den Anforderungen unter anderem des EuGH genügt.

In mitbestimmten Betrieben stellt sich die Frage nach einer Beteiligung des Betriebsrats. Selbstverständlich ist eine solche Beteiligung nicht, da der EuGH in den aktuellen Urteilen auf die unternehmerische Freiheit abgestellt hat. Im Interesse der Akzeptanz ist eine gegebenenfalls auch freiwillig abgeschlossene Betriebsvereinbarung jedoch in jedem Fall sinnvoll.

Die genannten Entscheidungen dürften auch Auswirkungen auf die Gesetzgebungsdiskussion beispielsweise in Baden-Württemberg haben:

Wenn schon Unternehmen die Freiheit haben, sich für eine politische und/oder religiöse Neutralität zu entscheiden, gilt dies natürlich erst recht für staatliche Organe, Gerichte, Behörden etc. Hier dürften also ähnliche Regelungen zulässig sein, wie beispielsweise in Frankreich, wo sämtlichen Staatsbediensteten eine Verhüllung/ein Kopftuch verboten ist. Auch dies dürfte sich dann allerdings auf Arbeitnehmerinnen beziehen, die im öffentlich sichtbaren Bereich tätig sind. Der Staat ist, noch mehr als Privatunternehmen, gehalten, jeden Anschein einer politischen oder religiösen Voreingenommenheit zu vermeiden.

2. Bezeichnung als „Freiberufler“ bei Xing rechtfertigt keine fristlose Kündigung des noch bestehenden Arbeitsvertrages

LAG Köln, Urteil vom 07. Februar 2017 – Az: 12 Sa 745/16

Ein Arbeitnehmer hatte als Steuerberater in einer Steuerberatungskanzlei gearbeitet. Mit seinem Arbeitgeber kam dann ein Aufhebungsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zustande.

Nach Abschluss des Aufhebungsvertrages aber vor Beendigung des Arbeitsvertrages hatte der angestellte Steuerberater auf seinem Xing-Profil bereits angegeben, er sei freiberuflich tätig. Der Noch-Arbeitgeber hatte dies kurz vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses festgestellt und sofort die fristlose außerordentliche Kündigung ausgesprochen. Als Begründung wurde angegeben, allein der Eintrag bei Xing stelle eine unzulässige Wettbewerbstätigkeit während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses dar und rechtfertige eine fristlose außerordentliche Kündigung. Insbesondere war der Arbeitgeber der Auffassung, dass dem Arbeitgeber auf diese Weise Mandanten abspenstig gemacht werden sollten.

Das Landesarbeitsgericht in Köln ist dieser Auffassung nicht gefolgt und hat die fristlose außerordentliche Kündigung als unwirksam angesehen.

Hier müsse – und dies entspricht der ständigen Rechtsprechung auch des Bundesarbeitsgerichts – zwischen einer Wettbewerbstätigkeit einerseits und einer reinen Vorbereitungshandlung andererseits unterschieden werden.

Während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses ist zwar die Ausübung einer Wettbewerbs- oder Konkurrenzstätigkeit verboten. Ein Verstoß gegen dieses Konkurrenzverbot rechtfertigt auch in der Regel eine fristlose außerordentliche Kündigung.

Steht allerdings die Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmittelbar bevor, sind Vorbereitungshandlungen beispielsweise für eine anschließende selbstständige Tätigkeit durchaus erlaubt, natürlich in der Freizeit. Der angestellte Steuerberater durfte daher zwar seine Selbstständigkeit vorbereiten, nicht jedoch eigene Mandanten betreuen, solange das alte Arbeitsverhältnis noch nicht beendet war.

Den Eintrag auf Xing hat das Gericht lediglich als Vorbereitungstätigkeit und damit als zulässig angesehen.

Zulässig wären beispielsweise auch die Anmietung eines Büros, der Abschluss von Anstellungsverträgen mit Mitarbeitern, die Beschaffung von Büroeinrichtungen etc.

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist allerdings auch eine aktive Werbung verboten. So wäre es beispielsweise nicht zulässig, bereits Werbeanzeigen in der Zeitung zu schalten oder gar Mandanten des Arbeitgebers auf die bevorstehende Selbstständigkeit anzusprechen.

Allein die Bezeichnung auf dem Xing-Profil als „Selbstständiger“ stellt jedoch noch keine direkte Werbung für neue Mandate dar. Dieser Eintrag war also noch erlaubt. Das Gericht hat dies auch damit begründet, dass das Steuerberatungsbüro, bei dem der Arbeitnehmer noch beschäftigt war, als derzeitiger Arbeitgeber im Xing-Profil ebenfalls genannt war.

3. Aufforderung des Betriebsrats an den Arbeitgeber, einen Mitarbeiter zu entlassen, als dringender betrieblicher Kündigungsgrund

BAG, Urteil vom 28. März 2017 – Az: 2 AZR 551/16

Es kommt zwar selten vor, aber auch solche Fälle gibt es:

Im konkreten Fall hatte der Betriebsrat den Arbeitgeber aufgefordert, eine langjährig beschäftigte Mitarbeiterin zu entlassen, hilfsweise, sie auf einen anderen Arbeitsplatz in einer anderen Abteilung zu versetzen. Als Begründung gab der Betriebsrat an, es habe verschiedene Vorfälle zwischen der zu kündigenden Arbeitnehmerin und ihren Arbeitskollegen gegeben, die allerdings schon mehrere Monate zurücklagen. Der Arbeitgeber kam daher dem Entlassungsverlangen des Betriebsrats nicht nach.

Der Betriebsrat hat daraufhin ein Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht eingeleitet, um den Arbeitgeber gemäß § 104 Satz 2 BetrVG zur Entlassung der Mitarbeiterin zu zwingen. Das Arbeitsgericht hat dem Betriebsrat Recht gegeben und die Arbeitnehmerin wurde dann entlassen, und zwar außerordentlich fristlos sowie hilfsweise fristgerecht unter Einhaltung der Kündigungsfrist.

Dagegen hat sich diese Arbeitnehmerin mit einer Kündigungsschutzklage gewehrt. Sie hat einerseits erklärt, ein wichtiger Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung liege nicht vor. Auch eine ordentliche Kündigung sei nicht gerechtfertigt, da es an betriebsbedingten Kündigungsgründen, beispielsweise dem Wegfall des Arbeitsplatzes, fehle. Dieser müsse bei ihrem Ausscheiden neu besetzt werden. Es bestehe somit kein dringendes betriebliches Bedürfnis an der Kündigung.

Alle drei Instanzen haben dann zwar der Klage insoweit Recht gegeben, als die außerordentliche fristlose Kündigung für unberechtigt gehalten wurde. Die betriebsbedingte ordentliche Kündigung hielt jedoch einer gerichtlichen Überprüfung, zuletzt auch durch das BAG, stand.

Das BAG hat die Frage, ob betriebsbedingte Gründe im Sinne von § 1 Absatz 2 Satz 1 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) vorliegen, gar nicht mehr im Einzelnen geprüft. Allein die rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts, wonach der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin zu entlassen hatte, stellt nach Auffassung des BAG ein dringendes betriebliches Erfordernis dar und hat die Kündigung gerechtfertigt.

Hintergrund hierfür ist auch, dass der Arbeitgeber anderenfalls in eine nicht aufzulösende Zwickmühle geraten wäre, wenn ihm das Arbeitsgericht die Kündigung aufgibt, die Kündigung aber gleichzeitig vom gleichen Arbeitsgericht wegen fehlender betrieblicher Gründe für unzulässig gehalten worden wäre.

Fälle wie der vorliegende sind selten, da der Betriebsrat sich in der Regel eher dafür einsetzt, Kündigungen zu vermeiden, als solche vom Arbeitgeber zu verlangen. Die wenigen diesbezüglichen Fälle betreffen dann Sachverhalte, in denen es beispielsweise zu einer sexuellen Belästigung oder ausländergefeindlichen bzw. gewalttätigen Aktivitäten im Betrieb kommt.

4. Vertragsgestaltung I

Unklare Vertragsregelungen (hier: Kündigungsfrist) geht zu Lasten des Arbeitgebers

BAG, Urteil vom 23. März 2017 – Az: 6 AZR 705/15

Der vorliegende Fall ist ein gutes Beispiel dafür, wie wichtig es ist, klar formulierte Arbeitsverträge und sonstige Vereinbarungen mit Arbeitnehmern einzusetzen.

Arbeitsverträge, die generell vom Arbeitgeber gestellt werden, stellen sog. allgemeine Geschäftsbedingungen dar. Früher kannte man die diesbezüglichen gesetzlichen Sonderregeln beispielsweise bei

Kauf- und Werkverträgen, wo sie meist schwer lesbare Klauseln auf der Rückseite der Verträge betreffen. Seit der Schuldrechtsreform gilt das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aber auch im Arbeitsrecht. Eine sehr wichtige Regel im Bereich des AGB-Rechts ist, dass Verträge eindeutig und nicht missverständlich formuliert sein müssen. Jede missverständliche Klausel geht zu Lasten desjenigen, der den Vertrag entworfen hat, im Arbeitsrecht also zu Lasten des Arbeitgebers.

Im vorliegenden Fall hatte ein Arbeitgeber zulässigerweise (§ 622 Absatz 3 BGB) für die Dauer der sechsmonatigen Probezeit eine Kündigungsfrist von zwei Wochen vorgesehen.

Dies wäre ohne Weiteres zulässig gewesen.

In einer anderen Klausel des Arbeitsvertrages, die nicht speziell die Probezeit, sondern allgemein-Beginn und Beendigung des Arbeitsverhältnisses betraf, war jedoch eine längere Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende festgelegt worden. Hier hatte der Arbeitgeber eine Klarstellung „vergessen“, wonach diese Kündigungsfrist erst nach Ende der Probezeit eingreifen sollte. Mangels einer entsprechenden Klarstellung hat das BAG entschieden, dass zu Gunsten des Arbeitnehmers die kurze Probezeitkündigungsfrist nicht eingreift, sondern eine vom Arbeitgeber im vorliegenden Fall ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis erst mit einer Frist von sechs Wochen zum Ende eines Kalendermonats beendet hat.

Praxistipp:

Arbeitsverträge sind die wichtigste Grundlage eines Arbeitsverhältnisses. Es ist daher erstaunlich, wie viele Arbeitgeber mit selbst entworfenen, aus dem Internet zusammengestellten und darüber hinaus noch veralteten Vertragsformularen arbeiten. Gerade bei Arbeitsvertragsformularen ist es wichtig, auf gesetzliche Änderungen und auch auf Entwicklungen in der Rechtsprechung einzugehen. Die Vertragsentwürfe müssen stets aktuell gehalten werden. Geschieht dies nicht, kann sich dies für den Arbeitgeber erheblich nachteilig auswirken: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingung sieht nämlich vor, dass eine unwirksame Klausel ersatzlos aus dem Vertrag zu streichen ist. Sie darf insbesondere nicht auf den gerade noch zulässigen rechtlichen Inhalt reduziert werden.

Wer beispielsweise unzulässig lange Rückzahlungsfristen für Schulungskosten bei Eigenkündigung eines Mitarbeiters vorsieht, wird feststellen, dass ihm aufgrund der gesetzlich angeordneten Streichung dieser Rückzahlungsklausel dann überhaupt kein Rückzahlungsanspruch mehr zusteht, und zwar selbst dann nicht, wenn der Arbeitnehmer am ersten Tag nach Beendigung einer möglicherweise sehr teuren Fortbildungsmaßnahme kündigt. Jeder Arbeitgeber sollte seine Vertragsmuster etwa alle zwei bis drei Jahre auf Übereinstimmung mit Gesetz und Rechtsprechung prüfen (lassen).

Wer in seinen Formularen noch Kündigungsfristen von sechs Monaten zum Quartalsende oder Hinweise auf eine Arbeitszeitordnung (=AZ) findet, weiß, dass diese Formulare schon Jahrzehnte nicht mehr überarbeitet worden sind.

5. Vertragsgestaltung II

Die salvatorische Klausel kann nicht alles „heilen“.

BAG, Urteil vom 22. März 2017 – Az: 10 AZR 448/15

Arbeitnehmer unterliegen während der Dauer des Arbeitsvertrages einem strikten Wettbewerbsverbot: Jede Unterstützung eines Konkurrenten ist verboten.

Will der Arbeitgeber dieses Wettbewerbsverbot auch für eine bestimmte Zeit nach Beendigung des Arbeitsvertrages aufrecht erhalten, hat er die Möglichkeit, dies mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren. Hier ist Schriftform vorgeschrieben.

Die gesetzlichen Regelungen finden sich in § 110 GewO und §§ 74 ff. HGB.

Wirksam ist ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit einem Arbeitnehmer nur dann, wenn dieser als Ausgleich für die Einschränkungen bei der Suche nach einem neuen Arbeitgeber eine sog. Karenzenschädigung erhält. Diese Entschädigung muss mindestens die Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistungen betragen.

In dem vom BAG hier entschiedenen Fall hat die Arbeitnehmerin gekündigt. Der Arbeitsvertrag enthielt für die Dauer von zwei Jahren ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Bei Zuwiderhandlung sollte die ehemalige Mitarbeiterin eine Vertragsstrafe in Höhe von € 10.000,00 in jedem Einzelfall zahlen. Allerdings hatte der Arbeitgeber vergessen, eine Karenzenschädigung vorzusehen. Damit war das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nichtig.

Die ausgeschiedene Arbeitnehmerin wollte das Wettbewerbsverbot einhalten und hierfür eine monatliche Karenzenschädigung in Anspruch nehmen. Der Arbeitgeber wies die Arbeitnehmerin auf die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbotes aufgrund der fehlenden Karenzenschädigung hin. Trotzdem hat die Arbeitnehmerin auf Zahlung der Karenzenschädigung geklagt. Sie hat dabei mit der salvatorischen Klausel im Arbeitsvertrag argumentiert. Dort war, wie üblich, geregelt, dass dann, wenn eine Bestimmung des Vertrages nichtig oder unwirksam sei, der Vertrag im Übrigen wirksam bleibe. Anstelle der nichtigen oder unwirksamen Bestimmung solle eine angemessene Regelung gelten, die, soweit recht-

lich möglich, dem am Nächsten kommen sollte, was die Parteien gewollt haben oder nach dem Sinn und Zweck des Vertrages gewollt hätten, sofern sie bei Abschluss des Vertrages die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit bedacht hätten.

Die Arbeitnehmerin argumentierte nun wie folgt:

Hätten die Parteien bei Abschluss des Vertrages die Unwirksamkeit aufgrund fehlender Karenzentschädigung gekannt, hätten Sie im Vertrag eine Karenzentschädigung in der gesetzlichen Mindesthöhe (50%) vorgesehen. Daher stehe ihr in ergänzender Vertragsauslegung auch die Karenzentschädigung zu.

Erstaunlicherweise haben Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht der Klage auf Karenzentschädigung stattgegeben. Erst das Bundesarbeitsgericht hat auf Revision des Arbeitgebers die Klage abgewiesen.

Das BAG hat, was eigentlich ständige Rechtsprechung ist, nochmals festgehalten, dass Wettbewerbsverbote mit Arbeitnehmern ohne Karenzentschädigung nichtig sind.

Weder kann der Arbeitnehmer eine Karenzentschädigung verlangen, noch kann der Arbeitgeber auf die Einhaltung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes bestehen.

Eine salvatorische Klausel im Arbeitsvertrag kann auch eine solche Nichtigkeit und einen Verstoß gegen die zwingende gesetzliche Regelung des § 74 Absatz 2 HGB nicht „heilen“.

Ob eine Regelung wirksam oder nichtig ist, muss sich aus der Regelung selbst ergeben und spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses feststehen. Beide Parteien müssen ihre Entscheidungen daran ausrichten.

Eine salvatorische Klausel kann eine nichtige Vertragsregelung danach schon deshalb nicht „heilen“, da zunächst geprüft werden müsste, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit gekannt hätten. Hier ist eine wertende Entscheidung zu treffen, was der Rechtssicherheit entgegensteht. Nach Vertragsbeendigung kann man nämlich nicht mehr mit Sicherheit sagen, ob die Parteien in Kenntnis der Nichtigkeit ihrer Vereinbarung entweder eine wirksame Vereinbarung mit Karenzentschädigung getroffen hätten oder ob der Arbeitgeber auf ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ganz verzichtet hätte, wenn er um die damit verbundenen Kosten gewusst hätte.

Selbst wenn man davon ausgehen könnte, dass beide Parteien ein wirksames nachvertragliches Wettbewerbsverbot gewollt hätten, stünde dann noch nicht fest, wie hoch die Karenzentschädigung ausfallen würde, da die gesetzliche Regelung nur eine Mindestgröße nennt, eine Karenzentschädigung aber nicht konkret festlegt.

Im Ergebnis konnten sich daher weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer auf die wirksame Karenzentschädigung berufen.

Im übrigen ist auch eine salvatorische Klausel Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingung und kann daher andere Verstöße gegen AGB-Recht nicht „heilen“. Anderenfalls würde das AGB-Recht ja keine Wirkung entfalten können, wenn jede Klausel automatisch an das noch Zulässige angepasst würde.

6. Verpflichtung zur Zahlung des gleichen Arbeitsentgeltes (equal-payment) im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung

BAG, Urteil vom 23. November 2016 – Az: 5 AZR 53/16

Gerade mit Wirkung zum 01. April 2017 ist das Arbeitnehmerüberlassungsrecht reformiert und verschärft worden. Die noch zum alten Recht ergangene Entscheidung hat aber nach wie vor Gültigkeit, da es in diesem Bereich nicht zu Änderungen gekommen ist.

Im vorliegenden Fall war im Arbeitsvertrag vereinbart worden, dass zur Abwendung des Anspruches auf gleichartige Bezahlung (des Leiharbeitnehmers verglichen mit den Stammarbeitnehmern des Entleihbetriebes) ein mit dem Christlichen Gewerkschaftsbund CGZP vereinbarter Tarifvertrag gelten soll. Noch heute finden sich teilweise solche Vertragsmuster, obgleich das Bundesarbeitsgericht schon im Jahr 2013 die fehlende Tariffähigkeit dieser Gewerkschaft festgestellt hatte. Damit entfalten die von dieser Gewerkschaft oder diesem Gewerkschaftsbund vereinbarten Tarifverträge keine Wirkung gerade als Tarifvertrag.

Da somit ein Tarifvertrag nicht gilt, ist der Grundsatz der gleichen Behandlung und gleichen Bezahlung (equal-pay) einzuhalten.

Hier hat der fünfte Senat nunmehr zu der Frage Stellung genommen, welche Auskunft der Entleiher über die vergleichbare Entlohnung der Stammebelegschaft schuldet.

Im konkreten Fall hatte der Entleiher erklärt, er beschäftige keine Mitarbeiter mit der Qualifikation und Aufgabe des Leiharbeitnehmers.

Damit hat aber die Auskunftspflicht, die sich aus § 13 AÜG (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) ergibt, nicht ihr Bewenden. Vielmehr muss der Entleiher Auskunft erteilen, wie er einen Stammarbeiter entlohnen würde, der die dem Leiharbeiter zugewiesene Tätigkeit im Rahmen eines direkten Arbeitsverhältnisses erbringen würde. Hier zeigt sich, wie widersinnig teilweise die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes geworden sind. Wie soll der Entleiher die Frage nach der theoretischen Vergütung eines Stammmitarbeiters beantworten, wenn er noch nie Arbeitnehmer mit einer entsprechenden Qualifikation und Arbeitsaufgabe beschäftigt hat, das Angebot an entsprechenden Arbeitskräften auf dem Arbeitsmarkt ebenso wenig kennt, wie die hier geltenden Vergütungsstrukturen.

Richtig schwierig wird es dann, wenn der Leiharbeiter die Auskunft anzweifelt und behauptet, hier würden ggf. höhere Vergütungen gezahlt werden, als sich aus der Auskunft ergibt.

Praxistipp:

Die vorgenannten Schwierigkeiten des Entleihers, hier eine angemessene Auskunft zu erteilen, führt in der Praxis dazu, dass Entleiher generell überhaupt keine Auskünfte mehr erteilen wollen. Dies können Sie nur dadurch erreichen, dass sie den jeweiligen Verleiher verpflichten, seine Mitarbeiter nach Tarif zu bezahlen. Denkbar ist hier sowohl die Mitgliedschaft des Verleihers in einem tarifschließenden Arbeitgeberverband, als auch die im Arbeitsvertrag vereinbarte Anwendung eines für Zeitarbeitunternehmen einschlägigen Tarifvertrages. Ist ein wirksamer Tarifvertrag vereinbart worden, entfällt sowohl die Auskunftspflicht des Entleihers als auch die Pflicht zu equal-pay auf Seiten des Verleihers.

Achtung:

Nach neuem Recht kann ein Tarifvertrag hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz (equal-pay) grundsätzlich nur für die ersten neun Monate einer Überlassung abweichen. Eine längere Abweichung ist wiederum nur durch Tarifvertrag zulässig, wenn nach spätestens 15 Monaten einer Überlassung ein gleichwertiges Arbeitsentgelt mit der Einsatzbranche erreicht wird und nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt.

Wie sich diese neue Regelung in der Praxis auswirken wird, ist derzeit noch streitig.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

www.edk.de | eckert@edk.de