



Werte Mandantinnen, wert Mandanten,
geneigte Leserinnen, geneigte Leser,

Loof-Letter Februar 2018

gem. § 13 BetrVG finden die regelmäßigen Betriebsratswahlen alle vier Jahre in der Zeit vom 01. März bis 31. Mai statt. Sollte man von diesem Ereignis betroffen sein, ist es an der Zeit die Vorbereitung zu starten. Dies verlangt die Kenntnis der Wahlvorschriften und der hierzu ergangenen Rechtsprechung. Es ist deshalb empfehlenswert, sich intensiv damit auseinanderzusetzen, um Anfechtungsverfahren zu vermeiden. Diese sind nicht nur unter personalpolitischen Aspekten ein Ärgernis, sondern auch eine mit erheblichem finanziellen Aufwand verbundene Aktion. Um das Risiko einer Anfechtung so gering wie möglich zu halten, sollte man den Betriebsbegriff ebenso gut kennen wie die Voraussetzungen für das aktive und passive Wahlrecht. Wer ist wählbar und wer ist wahlberechtigt, was ist mit Leiharbeitnehmern und aus wie vielen Mitgliedern wird ein zu wählender Betriebsrat bestehen?

Es wird zu klären sein, ob ein Wahlvorstand bestellt wird, insbesondere ob gegebenenfalls ein Antrag auf eine gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstandes eingebracht wird. Ein solcher Wahlvorstand hat vielfältige Aufgaben, die die Vorbereitung und Durchführung der Wahl betreffen. Auch hierzu ist es unausweichlich, sich mit der Rechtsprechung auseinanderzusetzen und beispielsweise auch zu wissen, dass das d'-Hondtsche Auszählungssystem nach wie vor maßgeblich ist, nachdem es hiergegen Einwände gegeben hatte (vgl. BAG-Verfahren, 7 ABR 35/16). Vielfach wird erst nach Auszählung und Durchführung der Wahl festgestellt, dass Anfechtungsgründe bestehen. Diese können indes schon weit vorher auftreten, so beispielsweise bei der Bildung eines Wahlvorstandes oder im Zusammenhang mit der Arbeit des Wahlvorstandes, so dass bereits im Vorfeld der Wahl einzugreifen ist. Auch hier gibt es Fristen, die analog der Anfechtungsfristen für die Betriebsratswahl zu beachten sind. Es ist deshalb durchaus empfehlenswert, die Vorbereitung und Durchführung einer Wahl intensiv zu prüfen und zu begleiten, um rechtzeitig fehlerhaften Entwicklungen, die später nicht oder nur schwer mehr reparabel sind, entgegenzutreten. Wir begleiten Sie gerne, wenn Klärungsbedarf besteht oder Fragen auftreten sollten.

Wer war nicht schon einmal in einen Verkehrsunfall verwickelt und hat sich im Zuge einer Regulierung über ein zögerliches oder falsches Regulierungsverhalten einer Versicherung beklagt. Die Versicherer stellen solches in Abrede, werden aber durch eine Umfrage widerlegt. Es wurden Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht zum Regulierungsverhalten der Assekuranz im Bereich der Kfz-Haftpflicht befragt. Im November 2017 wurde das Ergebnis dieser Befragung bekannt gemacht. U.a. wurde ein Ranking ermit-



telt, welches Versicherungsunternehmen mit den häufigsten Problemen bei der Regulierung auffällt. Mit weitem Abstand nimmt die HUK-Coburg den ersten Platz ein. Eine kleine Übersicht aus dieser Umfrage sei Ihnen hier zur Kenntnis gegeben:

Probleme bei der Regulierung im Bereich Kfz-Haftpflichtversicherung (gestützte Abfrage):

Bei der Regulierung im Bereich Kfz-Haftpflicht kommt es zu Problemen bei	häufig %	hin und wieder %	selten/nie %	weiß nicht *) %
- HUK-Coburg	68	20	11	1
- VHV	46	35	16	3
- Allianz	44	33	22	1
- HDI	33	43	20	4
- Kravag	32	40	20	8
- R+V	26	45	24	5
- Württembergische	25	40	25	10
- LVM	24	37	32	7
- DEVK	23	40	32	5
- Axa	22	49	22	7
- Generali	17	49	23	11
- Ergo	17	48	26	9
- AachenMünchener	13	42	29	16
- Gothaer	9	35	37	19

Auch im Hinblick auf unberechtigte oder „kleinliche“ Kürzungen oder der Zurückweisung von Leistungen ist die HUK-Coburg an erster Stelle vertreten. Diese Platz hält sie auch, wenn es darum geht, dass Leistungen erst nach Einholung eines Prüfberichts erfolgen, bzw. unmittelbar vor einer Klageerhebung, wie dies die beiden nachstehenden Übersichten zeigen.

Unberechtigte oder kleinliche Kürzungen/Zurückweisungen von Leistungen:

Zu unberechtigten oder kleinlichen Kürzungen bzw. Zurückweisungen von Leistungen kommt es häufig bei:

	%
- HUK-Coburg	73
- VHV	52
- Kravag	51
- Allianz	49
- HDI	38
- R+V	34
- Württembergische	30
- DEVK	30
- LVM	30
- Axa	29
- Ergo	25
- Generali	24
- AachenMünchener	18
- Gothaer	13



Es ist auch kein Wunder, dass diese Gesellschaft bei den Bearbeitungszeiten an vorderster Stelle liegt, nur noch übertroffen von der Allianz Versicherung.

Erbringen einer (gekürzten) Leistung erst nach Einholung eines Prüfberichts:

Es kommt häufig vor, dass eine (gekürzte) Leistung erst nach Einholung eines Prüfberichts erbracht wird bei:

	%
- HUK-Coburg	52
- Allianz	48
- VHV	45
- HDI	39
- R+V	35
- Kravag	35
- Axa	31
- Generali	28
- Württembergische	28
- Ergo	27
- DEVK	27
- LVM	26
- AachenMünchener	20
- Gothaer	14

Zum Schluss können Sie noch einen kleinen Überblick über die Charakterisierung und das Ansehen der Anwälte in der Öffentlichkeit zur Kenntnis nehmen. Zitiert wird hierbei aus einem Essay, welches ein altgedienter Advokat aus dem Württembergischen verfasst hat. Er hatte sich mit dem „Anwalt im Volksmund“ befasst. Wir wollen Ihnen einige Ansichten nicht vorenthalten.

Sprichwort:

„Es gibt zwei Sorten von Rechtsanwälten. Die einen kennen das Recht, die anderen den Richter“.

Rat des Italieners Manzoni:

„Seinem Rechtsanwalt soll man die Dinge ganz offen und klar sagen. Er wird dann schon dafür sorgen, dass Sie verwirrt werden“.

Hierzu passt die im Volksmund getroffene Aussage:

„Jedes Ding hat zwei Seiten. Mit Rechtsanwalt drei“.

Ein antiker Römer hatte über Rechtsanwälte Folgendes ausgeführt:



„Rechtsvertreter sind Menschen, deren Worte und Wut man mieten kann“.

Das Ansehen des Anwalts wird im Volksmund häufig wie folgt umschrieben:

„Die Tätigkeit des Anwalts wäre theoretisch äußerst ehrenwert, wenn sie praktisch nicht durch Anwälte ausgeübt würde“.

Ein Engländer hat schließlich sich über die Kunst des Anwalts noch wie folgt ausgelassen:

„Die einzigen Leute, bei denen die Unkenntnis des Rechts nicht bestraft, sondern belohnt wird“.

In diesem Sinne wünschen wir Ihnen einen frohen „Rest-Fasching“ oder „-karneval“ und effiziente Arbeitswochen, sei es mit oder ohne Betriebsratswahl.

In gewohnter Weise finden Sie nachstehend einige aktuelle, praxisrelevante und lesenswerte Entscheidungen.

Ihr Loof-Team



Rechtsprechung:

Arbeitsrecht

1)

Wir hatten Sie über die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz zu der Wirksamkeit der Befristung des Arbeitsvertrages des Torwarts Müller mit seinem Verein informiert. Das BAG hat nunmehr die Letztentscheidung getroffen und dies in der nachstehenden Pressemitteilung kundgetan:

Pressemitteilung Nr. 2/18

Die Befristung von Arbeitsverträgen mit Lizenzspielern der Fußball-Bundesliga ist regelmäßig wegen der Eigenart der Arbeitsleistung des Lizenzspielers nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt.

Der Kläger war bei dem beklagten Verein seit dem 1. Juli 2009 als Lizenzspieler (Torwart) in der 1. Fußball-Bundesliga beschäftigt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildete zuletzt der Arbeitsvertrag vom 7. Juli 2012, der eine Befristung zum 30. Juni 2014 und eine Option für beide Parteien vorsieht, den Vertrag bis zum 30. Juni 2015 zu verlängern, wenn der Kläger in der Saison 2013/2014 in mindestens 23 Bundesligaspielen eingesetzt wird. Nach dem Vertrag erhält der Kläger eine Punkteinsatzprämie und eine Erfolgspunkteinsatzprämie für Ligaspiele, in denen er von Beginn an oder mindestens 45 Minuten eingesetzt ist. Der Kläger absolvierte in der Saison 2013/2014 neun der ersten zehn Bundesligaspiele. Am elften Spieltag wurde er in der Halbzeit verletzt ausgewechselt und in den verbleibenden Spielen der Hinrunde verletzungsbedingt nicht mehr eingesetzt. Nach Beendigung der Hinrunde wurde der Kläger nicht mehr zu Bundesligaspielen herangezogen, sondern der zweiten Mannschaft des Beklagten zugewiesen. Der Kläger hat die Feststellung begehrt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der vereinbarten Befristung am 30. Juni 2014 geendet hat. Hilfsweise hat er den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses infolge der von ihm ausgeübten Verlängerungsoption bis zum 30. Juni 2015 geltend gemacht. Ferner hat er die Zahlung von Punkte- und Erfolgspunkteprämien für die Spiele der Rückrunde der Saison 2013/2014 iHv. 261.000,00 Euro verlangt.

Das Arbeitsgericht hat dem Befristungskontrollantrag stattgegeben und den Zahlungsantrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Befristung des Arbeitsvertrags ist wirksam. Sie ist wegen der Eigenart der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt. Im kommerzialisierten und öffentlichkeitsgeprägten Spitzensport werden von einem Lizenzspieler im Zusammenspiel mit der Mannschaft sportliche Höchstleistungen erwartet und geschuldet, die dieser nur für eine begrenzte Zeit erbringen kann. Dies



ist eine Besonderheit, die in aller Regel ein berechtigtes Interesse an der Befristung des Arbeitsverhältnisses begründet. Da der Kläger nur in zehn Bundesligaspielen der Hinrunde der Saison 2013/2014 eingesetzt wurde, sind die Voraussetzungen der Verlängerungsoption und des geltend gemachten Prämienanspruchs für die Spiele der Rückrunde nicht erfüllt. Der Beklagte hat die Erfüllung dieser Voraussetzungen nicht treuwidrig vereitelt.

2) Verdeckte Überwachungsmaßnahmen

Das BAG hatte sich mit einer Entscheidung im Juni 2017, die jetzt veröffentlicht wurde, mit den datenschutzrechtlichen Grundsätzen zu einer verdeckten Überwachung während des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auseinandergesetzt.

In diesem Falle war ein Arbeitnehmer längere Zeit arbeitsunfähig krankgeschrieben. Der Entgeltfortzahlungszeitraum war abgelaufen und dem Arbeitgeber wurde zugetragen, dass dieser erkrankte Arbeitnehmer seine Arbeitskraft anderweitig verwertet. Nach der dem Arbeitgeber zugetragenen Information sollte der Arbeitnehmer in dem Betrieb eines seiner Söhne, welcher im Wettbewerb zu dem Arbeitgeber steht, mitarbeiten. Der Arbeitgeber hat daraufhin eine Detektei beauftragt, die in verdeckter Form eine Überwachung des erkrankten Arbeitnehmers durchführte. Dabei wurde festgestellt, dass besagter Arbeitnehmer, trotz bestehender Arbeitsunfähigkeit, in dem Konkurrenzbetrieb tätig ist. Der Arbeitgeber hat daraufhin außerordentlich und hilfsweise ordentlich das Arbeitsverhältnis gekündigt. Während das Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage abgewiesen hat, hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg unter Hinweis auf eine unzulässige Datenerhebung durch die eingeschaltete Detektei der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Das BAG hat diese Entscheidung korrigiert und in seiner Begründung ausgeführt, dass die hier maßgebliche Vorschrift des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG die zentrale Regelung für sämtliche Datenverarbeitungsvorgänge in Zusammenhang mit der Begründung, Durchführung und Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sei. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei zu beachten. Bei einer verdeckten Überwachung von Arbeitnehmern sei hierbei große Sorgfalt anzuwenden, weil der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmers durch die Datenerhebung geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Sofern gleich wirksame oder weniger intensive Mittel verfügbar seien, um das Ziel zu erreichen, ist eine Datenverarbeitung unzulässig. Das BAG hat demgemäß den folgenden Leitsatz aufgestellt:



Eine vom Arbeitgeber veranlasste, verdeckte Überwachungsmaßnahme zur Aufdeckung eines auf Tatsachen gegründeten konkreten Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kann nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig sein.

3) Drohung mit Selbsttötung und Amoklauf

Am 29.06.2017 hat das BAG sich mit einer außerordentlichen Kündigung befasst, bei welcher es um eine Amokdrohung eines Arbeitnehmers ging (vgl. BAG vom 29.06.2017, 2 AZR 47/16). Es ging hierbei um die Kündigung eines einem schwerbehinderten Menschen Gleichgestellten, dem mit einem Schreiben vom 11.09.2013 unter Beteiligung des Personalrats und der Vertrauensperson der Schwerbehinderten außerordentlich gekündigt worden ist. Grund für diese Maßnahme war eine Unterredung anlässlich der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements, bei welcher der Kläger gegenüber den anderen Teilnehmern geäußert habe, dass, wenn ihm eine gewisse Tätigkeit zugewiesen werde, er nicht garantieren könne, dass er nicht wieder krank werde oder sich gegebenenfalls umbringe oder Amok laufen werde. Er hatte dabei noch auf seine Mitgliedschaft im Schützenverein verwiesen und dass er „zum Glück“ „noch nicht“ über einen Waffenschein verfüge. Aufgrund dieser Äußerungen wandte sich die Gesprächsleiterin an den sozialpsychiatrischen Dienst, der empfahl, Polizeibeamte herbeizurufen. Diese hatten mit Einverständnis des Klägers ihn in die psychiatrische Ambulanz verbracht. Dort wurde festgestellt, dass er sich von selbst- oder fremdgefährdender Tendenz distanziert habe. Der Arbeitgeber hatte das Arbeitsverhältnis außerordentlich gekündigt. Folgende Orientierungssätze wurden hierbei vom BAG aufgestellt:

- „1. Die ernstliche Drohung des Arbeitnehmers mit Gefahren für Leib oder Leben des Arbeitgebers, von Vorgesetzten und/oder Arbeitskollegen, für die kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund eingreift, stellt eine erhebliche Verletzung der Nebenpflicht des Arbeitnehmers aus § 241 II BGB dar, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Eine solche Drohung kann eine fristlose Kündigung unabhängig davon rechtfertigen, ob der Arbeitnehmer den Arbeitgeber mittels ihrer zu einer bestimmten Handlung, Duldung oder Unterlassung bestimmen will. Allerdings kann eine solche Intention das Gewicht der Bedrohung weiter verstärken.*
- 2. Eine ernstliche Drohung liegt vor, wenn die Äußerung nach ihrem sorgfältig zu ermittelnden Erklärungsgehalt objektiv geeignet ist, bei einem „normal“ empfindenden Menschen den Eindruck der Ernstlichkeit zu erwecken, und der Wille des Drohenden darauf gerichtet ist, dass der Adressat die Drohung ernst*



nimmt. Nicht entscheidend ist, ob der Drohende seine Ankündigung verwirklichen kann oder will.

3. *Hat der Arbeitnehmer ernstliche Drohungen bei der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements im Sinne von § 84 II SGB IX (bEM) ausgesprochen, schließt dies die Verwertung der betreffenden Erkenntnisse im Kündigungsschutzprozess nicht aus. Die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements und die Zwecke dieses Suchprozesses gebieten es nicht, ernstlichen Drohungen seitens des Arbeitnehmers von vorneherein und losgelöst von den Besonderheiten des Einzelfalls, ein geringeres Gewicht beizulegen.“*

4)

Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für Gesundheitsschutz

Das BAG hat mit Beschluss vom 18.07.2017, 1 ABR 59/15, die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats näher definiert. Hierbei ging es um die Unternehmensbekleidung innerhalb der Filialen der Postbank. In der diesbezüglichen Betriebsvereinbarung, die der Gesamtbetriebsrat abgeschlossen hat (GBR Unternehmensbekleidung), war u.a. geregelt, dass die Unternehmensbekleidung komplett, d.h. mindestens Hemd/Bluse, Hose/Rock und Krawatte zu tragen ist. Der in einer Filiale gebildete Betriebsrat, der für eine Reihe weiterer Filialen in Baden-Württemberg und Bayern zuständig war, hatte eine Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Gesundheitsschutz/Raumklima“ gebildet. Diese Einigungsstelle hatte eine Betriebsvereinbarung (BV Klima) abgeschlossen, in welcher Lockerungen im Hinblick auf das Tragen der Unternehmensbekleidung vorgesehen waren. So konnte beispielsweise bei einer Raumtemperatur über 30 Grad auf das Tragen von Krawatten verzichtet werden. Die Arbeitgeberin hatte sich gegen diese Regelungen gewehrt und die Unwirksamkeit des Spruches der Einigungsstelle reklamiert, insbesondere darauf verwiesen, dass diese hierfür nicht zuständig sei, weil dies nur unter Einbeziehung des Gesamtbetriebsrats möglich sei. Im Übrigen bestünde auch hierzu kein zwingendes Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Das Bundesarbeitsgericht hat zur Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für den Gesundheitsschutz Regelungen aufgestellt, wie auch zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auf der betrieblichen Ebene Stellung beziehen und hierbei folgende Orientierungssätze festgehalten:

- „1. *Der Betriebsrat hat bei Maßnahmen zur Verringerung von aufgrund Hitze oder Kälte in den Arbeitsräumen auftretenden Belastungen der Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 7 BetrVG i. V. m. § 3 a I 1 ArbStättV und Punkt 3.5 deren Anhang. Das Mitbestimmungsrecht knüpft an das Vorliegen*



von Gefährdungen an, die entweder feststehen oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung (§ 3 ArbStättV i. V.m. § 5 ArbSchG) festzustellen sind.

2. Die beschriebene mitbestimmte Angelegenheit bezieht sich typischerweise konkret auf die Gegebenheiten in den einzelnen Arbeitsräumen auf betrieblicher Ebene. Eine originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für diese Angelegenheit nach § 50 I 1 BetrVG scheidet damit in der Regel aus.
3. Aus der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 87 I Nr. 1 i. V.m. § 50 I 1 BetrVG für Regelungen zu einer unternehmenseinheitlichen Dienstkleidung folgt nicht notwendig seine Zuständigkeit für personenbezogene, das Lockern der Bekleidungsregeln beinhaltende Maßnahmen nach § 87 I Nr. 7 BetrVG i. V.m. § 3 a I 1 ArbStättV und Punkt 3.5 deren Anhangs.
4. Den Technischen Regelungen für Arbeitsstätten kommt kein Unabdingbarkeitsanspruch zu. Bei ihrer Einhaltung ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber die Anforderungen der ArbStättV erfüllt (§ 3 a I 3 ArbStättV). Die Betriebsparteien können vom technischen Regelwerk abweichen, sofern durch andere Maßnahmen die gleiche Sicherheit und der gleiche Gesundheitsschutz erreicht werden (§ 3 a I 4 ArbStättV).“

5) Intransparente Vertragsstrafe

Schon im August (Urteil vom 24.08.2017, 8 AZR 378/16) hat das BAG zu einer Vertragsstrafenregelung Stellung bezogen und dabei folgenden Leitsatz aufgestellt:

„Ist eine arbeitsvertragliche Klausel zur Höhe einer Vertragsstrafe als allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam, erfolgt keine Lückenfüllung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung“.

Bei diesem zu entscheidenden Fall war ein Altenpfleger seit 01.06.2014 bei einem Pflegedienst zu einer monatlichen Vergütung in Höhe von € 1.650,00 brutto beschäftigt. Bereits am dritten Arbeitstag hatte der Beklagte sein Arbeitsverhältnis außerordentlich gekündigt. Der Arbeitgeber als Kläger verlangt die Zahlung einer Vertragsstrafe und stützt sich dabei auf die vertraglichen Vorschriften. Diese waren wie folgt in dem Arbeitsvertrag aufgenommen:

„§ 1 Beginn des Arbeitsverhältnisses Dauer und Tätigkeit

...

5. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer schuldhaft die Arbeit nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt als vereinbart aufnimmt oder das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Dauer oder vor Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist



ohne wichtigen Grund beendet, wird eine Vertragsstrafe in Höhe eines durchschnittlichen Bruttogehaltes vereinbart.

...

§ 6 Kündigung

6. Für den Fall das der Arbeitnehmer die Arbeit nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt als vereinbart aufnimmt oder das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der vereinbarten Dauer oder vor Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist ohne wichtigen Grund beendet, ist eine Vertragsstrafe zu zahlen.

...

§ 15 Vertragsstrafe

1. Eine Vertragsstrafe ist wegen nachfolgend genannten Verstöße fällig:
 - a) Unentschuldigtes Fehlen
 - b) Nichtantritt der Arbeit bei Vertragsbeginn
 - c) Nichteinhaltung der Kündigungsfrist

...

2. Für die Probezeit gilt als Vertragsstrafe die Höhe des Bruttolohns, der im Zeitraum der Kündigungsfrist erreichbar, als vereinbart. (Beispiel: 3 Wochen = 18 Arbeitstage x 6,67 h = 120 h x Stundensatz = Vertragsstrafe).
3. Nach der Probezeit gilt als Vertragsstrafe ein durchschnittlicher Bruttolohn als vereinbart.
4. Eine Vertragsstrafe ist auch dann fällig, wenn ein Grund vorliegt, der zu einer fristlosen Kündigung führen würde.

...“

Das BAG hat das Begehren des Arbeitgebers zurückgewiesen und darauf verwiesen, dass die Regelungen zu den Vertragsstrafen einer Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB nicht standhalten und insgesamt unwirksam sind. Es lasse sich nicht erkennen, welche Vertragsstrafe wegen Nichteinhaltung einer Kündigungsfrist in der Probezeit anfällt. § 15 unterscheidet zwischen der vertragswidrigen Kündigung während und nach der Probezeit, § 1 Abs. 5 enthalte keine Differenzierung. Der Arbeitsvertrag löst diesen Widerspruch nicht. Sofern § 1 und § 6 eigenständig Anspruchsgrundlagen sein sollten, wird die Höhe der in § 1 Abs. 5 vorgesehenen Vertragsstrafe als unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verstanden. Danach könne nämlich eine Vertragsstrafe von einem durchschnittlichen Bruttogehalt auch dann gefordert werden, wenn während der Probezeit unter Einhaltung der vertraglichen Frist von 28 Tagen das Arbeitsverhältnis von dem Beklagten gekündigt worden wäre. Daraus folgt eine Übersicherung des Klägers. Eine ergänzende Vertragsauslegung zum Zweck einer Lückenfüllung komme



nicht in Betracht, weil dies dazu führen würde, dass das intransparente Regelwerk teilweise verbindlich bliebe. Hierdurch würde die gesetzliche Sanktion der Unwirksamkeit ausgehebelt.

6)

Fehlerhafte Einladung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement

Das LAG Hamburg (Urteil vom 08.06.2017, 7 Sa 20/17) hat anschaulich zu den Pflichten, die bei der Durchführung eines BEM einzuhalten sind, geurteilt. Diesem Fall lag die Überprüfung einer krankheitsbedingten Kündigung zugrunde, die der Arbeitgeber ausgesprochen hatte, nachdem der Mitarbeiter im Jahr 2013 an 40 Tagen arbeitsunfähig war, im Jahr 2014 an 55 Tagen und im Jahr 2015 an 184 Tagen. Seit 21.04.2015 war er sodann durchgehend arbeitsunfähig. Mit einem Schreiben vom 10.03.2016 hat der Arbeitgeber dem Kläger ein betriebliches Eingliederungsmanagement angeboten und um Rückmeldung bis 01.04.2016 gebeten. Diese Rückmeldung erfolgte nicht. Auch in der Folgezeit gab es kein Gespräch über ein BEM. Mit Schreiben vom 17.05.2016 hat sodann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt. Im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens hatte der Kläger eingewandt, dass ein ordnungsgemäßes BEM nicht durchgeführt worden sei, insbesondere sei er nicht über die Ziele des BEM sowie die Art und den Umfang der dabei zu erhebenden Daten hingewiesen worden. Aus diesem Grunde habe er auch nicht auf das Einladungsschreiben reagiert. Das LAG Hamburg hat hierzu folgende Leitsätze aufgestellt:

1. *Führt der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement nicht durch, obwohl die Voraussetzungen nach § 84 II SGB IX gegeben waren, ist die Folge eine erhöhte Darlegungslast im Hinblick auf alternative, leidensgerechte Beschäftigungsmöglichkeiten, die im Rahmen der Interessenabwägung zu prüfen sind. Ist denkbar, dass ein betriebliches Eingliederungsmanagement ein positives Ergebnis gebracht hätte, muss sich der Arbeitgeber regelmäßig vorhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt mit der Folge, dass die Kündigung unwirksam ist (s. BAG, NZHA 2015, 1249 = NJW 2016, 106).*
2. *Ein Arbeitgeber erfüllt die ihm obliegende Initiativpflicht zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nur, wenn er den Arbeitnehmer zuvor nach § 84 II 3 SGB IX auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie Art und Umfang der dabei erhobenen Daten hingewiesen hat (vgl. BAGE 150, 117 = NZA 2015, 612 = NJW 2015, 1979). Der Hinweis auf eine Dienstvereinbarung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement, die ihrerseits Regelungen zu den Zielen des betrieblichen Eingliederungsmanagements und dem Datenschutz enthält, ersetzt die konkrete Information des Arbeitnehmers nicht.*



7)
Deutsch als Muttersprache

Mit Entscheidung vom 29.06.2017, 8 AZR 402/15, hat sich das Bundesarbeitsgericht mit einer Ablehnung eines Bewerbers, der nicht die Voraussetzungen in einer Ausschreibung erfüllt hat, auseinandergesetzt. Die verklagte Firma verlegt das Magazin „Unternehmensjurist“ und beschäftigt 9 Mitarbeiter. Im Jahr 2013 hatte sie eine Studentenvermittlung mit der Bezeichnung „JO“ beauftragt, für einen näher bestimmten Zeitraum Aushilfen zu suchen. Diese Studentenvermittlung übermittelt an Personen Stellenausschreibungen, die sich auf ihrer Homepage als Mitglieder registriert haben. Bei der in Auftrag gegebenen Anzeige war unter der Rubrik „Anforderungen“ u.a. angegeben „Deutsch als Muttersprache“. Auf das entsprechende Stellenangebot bewarb sich ein Kläger, der in der vorlesungsfreien Zeit die Tätigkeit, die ausgeschrieben war, annehmen wollte. Dieser Kläger war in der Ukraine geboren und deutscher Staatsangehöriger. Er hatte angegeben, dass er Englisch und Deutsch fließend spricht und Grundkenntnisse in Spanisch und Hebräisch hat. Die Studentenvermittlung JO hat von diesem Bewerbungsangebot keinen Gebrauch gemacht. Der Bewerber hatte deshalb die Firma angeschrieben und nachgefragt, warum ihm die Stelle nicht gegeben worden sei. Mit einem kurzen aber inhaltsleeren Antwortschreiben wurde ihm hiervon Kenntnis gegeben. Der Kläger hatte sodann erwidert und darauf hingewiesen, dass er der Auffassung sei, seine ethnische Herkunft habe bei der Auswahlentscheidung eine Rolle gespielt. Er hatte im Anschluss hieran einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe von € 9.600,00, gestützt auf § 15 Abs. 2 AGG, geltend gemacht. Das Arbeitsgericht Frankfurt hat die Klage abgewiesen, das LAG Hessen die beklagte Firma verurteilt an den Kläger eine Entschädigung in Höhe von € 3.200,00 zu bezahlen. Die Beklagte hat mit ihrer Revision ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Dieser hatte keinen Erfolg. Folgende Orientierungssätze hat hierbei das Bundesarbeitsgericht aufgestellt:

- „1. Die in einer Stellenausschreibung enthaltene Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ kann Personen wegen der ethnischen Herkunft in besonderer Weise benachteiligen im Sinne von § 3 II AGG. Sie bewirkt, soweit es an einer Rechtfertigung im Sinne von § 3 II AGG fehlt, eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft. Die erworbene Muttersprache ist typischerweise mittelbar mit der Herkunft und damit auch mit dem in § 1 AGG genannten Grund „ethnische Herkunft“ verknüpft. Der Begriff „Muttersprache“ betrifft den primären Spracherwerb. „Muttersprache“ ist die Sprache, die man von Kind auf oder als Kind – typischerweise von den Eltern – gelernt hat. Darauf, ob der Begriff der muttersprachlichen Kenntnisse den Rückschluss auf eine bestimmte Ethnie zulässt, kommt es nicht an.“*



2. *Nach § 15 IV 1 AGG muss ein Anspruch nach § 15 I oder II AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart, was hier nicht der Fall ist. Die Frist beginnt nach § 15 IV 2 AGG im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.*
3. *Die Ablehnung eines Bewerbers ist keine rechtsgestaltete Willenserklärung, sondern eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Da § 15 IV 2 AGG für die Ablehnung keine bestimmte Form vorschreibt, muss die Ablehnung weder schriftlich noch sonst verkörpert erfolgen und kann deshalb auch mündlich erklärt werden.*
4. *Eine „Ablehnung durch den Arbeitgeber“ im Sinne von § 15 IV 2 AGG setzt eine auf den Beschäftigten bezogene ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Arbeitgebers voraus, aus der sich für den Beschäftigten aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers eindeutig ergibt, dass seine Bewerbung keine Aussicht (mehr) auf Erfolg hat. Allerdings reicht ein Schweigen oder sonstiges Untätigbleiben des Arbeitgebers grundsätzlich nicht aus, um die Frist des § 15 IV AGG in Lauf zu setzen. Ebenso wenig reicht es aus, wenn der Bewerber nicht durch den Arbeitgeber, sondern auf andere Art und Weise erfährt, dass seine Bewerbung erfolglos geblieben ist. Die Ablehnung muss sich als Reaktion auf die konkrete Bewerbung darstellen.*
5. *Die Ablehnung kann ausnahmsweise entbehrlich sein. Dies kann der Fall sein, wenn sich das Erfordernis der Ablehnung als reine Förmerei darstellt, weil der Bewerber auch ohne die Ablehnung eine sichere Kenntnis hat, dass seine Bewerbung erfolglos geblieben ist. Dies kann anzunehmen sein, wenn der Bewerber selbst in der Bewerbung unmissverständlich erklärt hat, ausschließlich innerhalb eines bestimmten Zeitraums zur Verfügung zu stehen und dieser Zeitraum abgelaufen ist oder wenn – für jedermann offensichtlich – für die Arbeitsleistung eine bestimmte Leistungszeit so wesentlich ist, dass diese typischerweise zu einem anderen Zeitpunkt oder innerhalb eines anderen Zeitraums nicht nachgeholt werden kann und dieser Zeitraum abgelaufen ist. In-soweit muss offensichtlich sein, dass der Bedarf an der Arbeitsleistung typischerweise mit der Einhaltung einer bestimmten Leistungszeit steht und fällt.*

8)

Anfechtung einer Betriebsratswahl wegen unterlassener Aktualisierung der Wählerliste im Intranet

Das BAG hat mit Beschluss vom 02.08.2017, 7 ABR 42/15, zu einer unterlassenen Aktualisierung einer Wählerliste entschieden. Im konkreten Falle hatte ein Wahlvorstand eine Wählerliste nachträglich um 17 Personen ergänzt. Er hat es allerdings unterlassen, die im Intranet veröffentlichte Fas-



sung der Wählerliste an diese nachträgliche Änderung anzupassen. Zwei Arbeitnehmerinnen hatten daraufhin die Betriebsratswahl angefochten. Im Anfechtungsverfahren war der Einwand erhoben worden, dass die Anfechtung nicht wirksam sei, weil es die Antragstellerinnen verabsäumt hätten, einen Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste beim Wahlvorstand einzubringen. Das BAG hat hierzu folgenden Leitsatz erlassen:

„Ein Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste nach § 4 Abs. 1 WO ist nicht Voraussetzung dafür, in einem späteren Wahlanfechtungsverfahren die Aufnahme nicht Wahlberechtigter in die Wählerliste rügen zu können.“

Allgemeines Zivilrecht

Nicht selten kommt es vor, dass eine Verletzung des Urheberrechts geltend gemacht wird, weil ein Familienmitglied, ein Besucher der Familie oder ein sonstiger Dritter von dem Internetanschluss, den man unterhält, illegale Downloads durchführte. So etwas kommt „in den besten Familien“ vor. Der BGH hat diesbezüglich zwei interessante Entscheidungen verkündet, die hohe Praxisrelevanz haben. Nachstehend finden Sie die Leitsätze:

(BGH I ZR 19/16):

„Im Falle einer über den von Eltern unterhaltenen Internetanschluss begangenen Urheberrechtsverletzung durch Teilnahme an einer Internettauschbörse umfasst die sekundäre Darlegungslast der Anschlussinhaber bei Inanspruchnahme durch den Urheber oder den Inhaber eines verwandten Schutzrechts – hier durch den Tonträgerhersteller – die Angabe des Namens ihres volljährigen Kindes, das ihnen gegenüber die Begehung der Rechtsverletzung zugegeben hat.“

(BGH I ZR 68/16):

- 1. Dass ein Beklagter keinen näheren Vortrag dazu gehalten hat, was seine Ehefrau zu den behaupteten Tatzeitpunkten getan hat, wirkt sich angesichts eines bis zur Abmahnung verstrichenen Zeitraums von fast zwei Monaten nicht zu seinem Nachteil aus. Dem Inhaber eines privaten Internetanschlusses ist nicht abzuverlangen, zur Abwendung seiner täterschaftlichen Haftung die Internetnutzung seines Ehegatten einer Dokumentation zu unterwerfen (Bestätigung vom BGH, NJW 2017, 1961 – Afterlife).*
- 2. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass eine Täterschaft der Ehefrau mit Blick auf die Art des Computerspiels („Ego-Shooter-Spiel“) nicht ausscheidet, vermag einen Fehler in der Beweiswürdigung nicht aufzuzeigen.*
- 3. Aus der Verweigerung des Zeugnisses dürfen, da die Entscheidung über die Zeugnisverweigerung allein dem Zeugen obliegt, im Rahmen der Beweiswürdigung grundsätzlich keine Schlussfolgerungen zum Nachteil einer Partei gezogen werden.“*