

## Aktuelle Rechtsprechung

Vortrag am 15.10.2015 in Waiblingen  
im Rahmen des  
MitMachProgramm 2015 ver.di-Bezirk Stuttgart

### Inhalt im Überblick

#### **1. Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht**

- Kündigung zum „nächstzulässigen“ Termin – BAG Urteil vom 10.4.2014, 2 AZR 647/13
- Entschädigung bei diskriminierender Kündigung – BAG Urteil vom 12.12.2013, 8 AZR 838/12
- Fristlose Kündigung wegen Verletzung von Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers – BAG Urteil vom 26.3.2015, 2 AZR 517/14

#### **2. Rechtsprechung zur Beschlussfassung des Betriebsrates – BAG 22.1.2014, 7 AS 6/13**

#### **3. Rechtsprechung zur Haftung von Auszubildenden bei Verursachung eines Schadens – BAG Urt. v. 19. März 2015, 8 AZR 67/14**

#### **4. Rechtsprechung zum Mindestlohngesetz**

- Anrechenbarkeit von Weihnachts- und Urlaubsgeld auf den Mindestlohn
- Anrechnung von tariflichem zusätzlichem Urlaubsgeld auf den Mindestlohn und Berechnung des Nachtarbeitszuschlags

#### **5. Ausschreibung innerbetrieblicher Arbeitsplätze bei Einsatz von Leiharbeitnehmern – BAG Beschluss vom 15.10.2013, 1 ABR 25/12**

#### **6. Rechtsprechung zur Entschädigung nach AGG**

- Passivlegitimation - BAG Urt. v.21.6.2012, 8 AZR 188/11
- Form und Frist der Geltendmachung - BAG Urt. v. 22.05.2014, 8 AZR 662/13

#### **7. Rechtsprechung zur Altersbedingten Diskriminierung eines Stellenbewerbers**

#### **8. Rechtsprechung zur Arbeitnehmerüberlassung**

- Rechtsmissbräuchliche dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung im Konzern
- Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates bei dauerhafter Einstellung von Leiharbeitnehmern - BAG Beschluss vom 6. September 2014, 1 ABR 79/12

### **1.1.1 Kündigung zum „nächstzulässigen“ Termin – BAG Urteil vom 10.4.2014, 2 AZR 647/13**

#### Sachverhalt:

Ein im technischen Kundenservice tätiger Arbeitnehmer wurde gekündigt. In der Kündigungserklärung wurde dem Arbeitnehmer folgendermaßen gekündigt „... Hiermit kündigen wir vorsorglich zum nächstmöglichen Zeitpunkt den Arbeitsvertrag, obwohl wir der Meinung sind, dass das Arbeitsverhältnis bereits beendet wurde. Der Arbeitnehmer wehrte sich mit einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung und meinte, die Kündigung sei unbestimmt weil der Beendigungszeitpunkt nicht feststehe.

Problematisch bei dem Kündigungszeitpunkt ist, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unter einer auflösenden Rechtsbedingung im Sinne von § 158 Abs. 2 BGB kündigte. Gem. § 158 Abs. 2 BGB endet bei einem Rechtsgeschäft unter auflösender Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt der Bedingung; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein. Es stellte sich die Frage, ob die Kündigung „zum nächstmöglichen Termin“ ausreichend bestimmt ist hinsichtlich des Zeitpunkts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Das BAG hat entschieden, dass auch eine „hilfsweise“ oder „vorsorglich“ erklärte Kündigung den Willen des Arbeitgebers ausdrückt, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Mit dem Zusatz „hilfsweise“ oder „vorsorglich“ werde lediglich deutlich gemacht, dass der Arbeitgeber sich in 1. Linie auf einen anderen Beendigungsstatbestand beruft, auf dessen Rechtswirkungen er nicht verzichten will. Eine „hilfsweise“ oder „vorsorglich“ erklärte Kündigung steht deshalb unter der zulässigen auflösenden Rechtsbedingung im Sinne von § 158 Abs. 2 BGB. Die Wirkung der „hilfsweisen“ oder „vorsorglich“ erklärten Kündigung endet damit, wenn feststeht, dass das Arbeitsverhältnis bereits durch den anderen Beendigungsstatbestand aufgelöst worden ist.

Eine Kündigung „zum nächst zulässigen Termin“ sei typischerweise dahin zu verstehen, dass der Kündigende die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der einschlägigen gesetzlichen, tarifvertraglichen und/oder vertraglichen Regelungen als rechtlich frühestmöglicher Beendigungstermin ergibt. Eine hilfsweise Kündigung sei dann hinreichend bestimmt, wenn dem Arbeitnehmer die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn ohne umfassende Ermittlungen feststellbar ist.

### **1.2 Entschädigung bei diskriminierender Kündigung – BAG Urteil vom 12.12.2013, 8 AZR 838/12**

#### Sachverhalt:

Eine Arbeitnehmerin wurde schwanger und erhielt ein ärztliches Beschäftigungsverbot gem. § 3 Abs. 1 MuSchG. Trotzdem drängte der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin weiterzuarbeiten. Nachdem die Arbeitnehmerin dies ablehnte kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus „betriebsbedingten Gründen“. Die Arbeitnehmerin erhob Kündigungsschutzklage und forderte eine Entschädigungsleistung nach § 15 AGG.

Das BAG hat in dieser Entscheidung entschieden, dass grundsätzlich ein Anspruch auf eine Entschädigungsleistung gem. § 15 AGG auch im Zusammenhang einer Kündigung entstehen kann, obwohl § 2 Abs. 4 AGG bestimmt, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum Kündigungsschutz gelten. Eine Benachteiligung im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung führt dann zu einem Entschädigungsanspruch gem. § 15 AGG, wenn die Belastung über eine schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung über das Normalmaß hinausgeht.

Eine Kündigung während einer bestehenden Schwangerschaft ist gem. § 9 Abs. 1 MuSchG unwirksam und die Missachtung dieser Schutzvorschrift indiziert eine Benachteiligung wegen einer Schwangerschaft und damit wegen des Geschlechtes. Sie führt deshalb zu einem Entschädigungsanspruch. Der Entschädigungsanspruch muss allerdings innerhalb der zweimonatigen Frist des § 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht werden.

### **1.3 Fristlose Kündigung wegen Verletzung von Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers – BAG Urteil vom 26.3.2015, 2 AZR 517/14**

#### Sachverhalt:

Ein als Schwerbehinderter Mensch anerkannter Diplominformatiker war von dessen Arbeitgeber nach mehreren Rechtsstreitigkeiten freigestellt worden. Der Arbeitgeber hat die Freistellung widerrufen und forderte den Arbeitnehmer auf an seinen Arbeitsplatz zurückzukehren. Der Arbeitnehmer wurde jedoch in Untersuchungshaft wegen eines Verdachtes einer Straftat genommen und konnte deshalb nicht seine Arbeit wieder aufnehmen. Der Arbeitnehmer informierte aus der Untersuchungshaft heraus den Arbeitgeber nicht darüber, dass dieser in Untersuchungshaft ist und deshalb nicht seine Arbeit wieder aufnehmen kann. Der Arbeitgeber kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos.

Der Arbeitnehmer wehrte sich mit einer Kündigungsschutzklage gegen die fristlose Kündigung. Ein wichtiger Grund habe nicht vorgelegen, weil er aus der Untersuchungshaft heraus gehindert war den Arbeitgeber darüber zu informieren, dass er seine Arbeit nicht zum geforderten Zeitpunkt aufnehmen kann.

Das BAG hat dem Arbeitnehmer Recht gegeben. Zwar könne ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Umstand wie die Untersuchungshaft grundsätzlich geeignet sein, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen, jedoch setzt das voraus, dass der durch die Untersuchungshaft bedingte Arbeitsausfall es dem Arbeitgeber unzumutbar macht das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Grundsätzlich sei ein Arbeitnehmer verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich davon in Kenntnis zu setzen, dass er seine Arbeit nicht nachkommen kann – also hat er grundsätzlich auch eine Untersuchungshaft dem Arbeitgeber mitzuteilen. Das Unterlassen der Mitteilungspflicht ist aber erst dann ein Grund für eine fristlose Kündigung, wenn das Gewicht der Pflichtverletzung durch besondere Umstände verstärkt wird. Solche Umstände können darin liegen, dass der Arbeitnehmer seine Nebenpflichten beharrlich verletzt oder durch sein Verhalten auf andere

Weise deutlich macht, er werde die berechtigten Interessen des Arbeitgebers auch künftig nicht wahren.

Daran fehlte es hier. Ein Arbeitnehmer in Untersuchungshaft kann auch aus Nachlässigkeit seiner Mitteilungspflicht nicht nachgekommen sein. Auch kann er nicht wissen, wann die Untersuchungshaft endet. Der Arbeitgeber hat deshalb kein berechtigtes Interesse an der Mitteilung.

## **2. Rechtsprechung zur Beschlussfassung des Betriebsrates – BAG 22.1.2014, 7 AS 6/13**

Mit dieser Entscheidung hat das BAG seine Rechtsauffassung zur Unwirksamkeit von Betriebsratsbeschlüssen geändert!

Bisher war es so, dass die Ladung zu einer Betriebsratssitzung ohne Mitteilung des zur Beschlussfassung kommenden Tagesordnungspunktes bei einer Befassung des Betriebsrates zur Unwirksamkeit der Beschlussfassung führte, wenn nicht alle Betriebsratsmitglieder in der Betriebsratssitzung anwesend waren und die Tagesordnung einstimmig änderten.

Nunmehr ist es so, dass zwar nach wie vor eine Ladung der Betriebsratsmitglieder einschließlich etwaiger Ersatzmitglieder unter Mitteilung der Tagesordnung wesentlich für die Wirksamkeit eines in der Sitzung gefassten Betriebsratsbeschlusses ist. Jedoch reicht es für die Heilung eines Verfahrensmangels (etwa Nichtaufführung eines zur Beschlussfassung kommenden Tagesordnungspunktes in der Ladung) aus, wenn alle Betriebsratsmitglieder einschließlich erforderlicher Ersatzmitglieder rechtzeitig geladen waren und die beschlussfähig Erschienenen in dieser Sitzung eine Ergänzung oder Erstellung der Tagesordnung einstimmig beschließen. An seiner früheren Rechtsauffassung, wonach ein Beschluss des Betriebsrats zu einem nicht in der Tagesordnung aufgeführten Punkt nur wirksam gefasst werden könne, wenn alle Betriebsratsmitglieder anwesend sind, hält das BAG ausdrücklich nicht mehr fest.

## **3. Haftung von Auszubildenden bei Verursachung eines Schadens – BAG Ur. v. 19. März 2015, 8 AZR 67/14**

Sachverhalt:

Ein Auszubildender in einer Kfz-Werkstatt hatte an einer Wuchtmaschine zu arbeiten. Während er daran arbeitete, hat er ein etwa 10 g schweres Wuchtgewicht hinter sich geworfen und damit einen anderen beschäftigten am linken Auge getroffen. Der Auszubildende gab an, er habe das Wuchtgewicht immer so entsorgt weil der Arbeitgeber keinen Auffangbehälter zur Verfügung stellte und er habe den anderen Beschäftigten nicht wahrgenommen. Der andere Beschäftigte behauptete, dass der Auszubildende das Wuchtgewicht vor dem Wurf aufgehoben habe und es ihm vorsätzlich an den Kopf geworfen habe. Der andere Beschäftigte musste einer Augenklinik behandelt werden und es wurde ihm eine Kunstlinse eingesetzt. Der andere Beschäftigte begehrt von dem Auszubildenden Schmerzensgeld und Schadensersatz.

Das BAG hatte sich in der Entscheidung mit der Frage zu befassen, ob die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung auch für Auszubildende gelten. Es hatte sich auch mit der Frage zu befassen, ob das Werfen eines Wuchtgewichtes eine „betriebliche“ Tätigkeit war.

Das BAG hat in der Entscheidung einen Schadensersatzanspruch des anderen Beschäftigten bejaht. Grundsätzlich haften Auszubildende, die durch ihr Verhalten bei einem Beschäftigten desselben Betriebs einen Schaden verursachen nach denselben Regeln wie andere Arbeitnehmer.

Gem. § 105 Abs. 1 SGB VII haften Beschäftigte, wenn sie den Schaden durch eine betriebliche Tätigkeit verursacht haben nur für Vorsatz. Nachdem BAG ist für das Vorliegen einer „betrieblichen Tätigkeit“ entscheidend die Verursachung des Schadensereignisses durch eine Tätigkeit des Schädigers, die ihm von dem Betrieb oder für den Betrieb, in dem sich der Unfall ereignet hat übertragen war oder die von ihm im Betriebsinteresse erbracht wurde.

Nicht jede Tätigkeit im Betrieb des Arbeitgebers muss zwingend eine betriebsbezogene sein. Ebenso wenig führe bereits die Benutzung eines Betriebsmittels zur Annahme einer betrieblichen Tätigkeit. Vielmehr komme es darauf an, zu welchem Zweck die zum Schadensereignis führende Handlung bestimmt war. Ein Schaden, der nicht in Ausführung einer betriebsbezogenen Tätigkeit verursacht wurde, sondern nur bei Gelegenheit der Tätigkeit im Betrieb, ist dem persönlichen-privaten Bereich des schädigenden Arbeitnehmers zuzurechnen.

Verhaltensweisen, die zu den Besonderheiten des Schulbetriebs gehören wie Spielereien, Neckereien und Raufereien im betrieblichen Umfeld gerade keine „betriebliche Tätigkeit“, sondern führen zur Einordnung in den persönlichen-privaten Bereich.

Eine besondere weitere Privilegierung der Haftung von Auszubildenden im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern sieht das BAG nicht als erforderlich an. Es gelten für Auszubildende dieselben Maßstäbe bei der Arbeitnehmerhaftung wie für Arbeitnehmer.

Der Wurf des Auszubildenden mit dem Wuchtgewicht war nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes fahrlässig. Der Auszubildende hat die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen. Eine betriebliche Tätigkeit lag mit dem Wurf nicht vor. Denn zwar handelte es sich bei dem Wuchtgewicht um ein Betriebsmittel, jedoch ist das Herumwerfen von Wuchtgewicht im Arbeitsraum, in dem andere Menschen anwesend sind oder mit ihrer Anwesenheit zu rechnen ist keine betriebliche Tätigkeit.

#### **4. Anrechnung einvernehmlicher Elternzeitregelungen (BAG Urt.vom 19.02.2013, 9 AZR 461/11)**

Eine Personalreferentin beantragte für das erste Kind Elternzeit für den Zeitraum von 2 Jahren. Danach stellte sie schriftlich einen Antrag auf Teilzeitarbeit im Umfang von 15 Stunden pro Woche für die Zeit vom 01.01.2009 bis 31.05.2009 und im Umfang von 20 Stunden für die Zeit vom 01.06.2009 bis 04.06.2010. Der Arbeitgeber stimmte dem Teilzeitbegehren ausdrücklich schriftlich zu. Sodann beantragte die Personalreferentin am 07.04.2010 die Verlängerung der Elternzeit auf insgesamt 3 Jahre und die Beibehaltung der Teilzeittätigkeit von 20 Stunden pro Woche. Der Arbeitgeber lehnte diese Verlängerung ab weil wegen bevorstehenden Umstrukturierungen für das Unternehmen nur noch eine Vollzeittätigkeit oder eine Reduzierung

der Arbeitszeit während der Elternzeit auf Null in Betracht käme. Die Personalreferentin meinte, dass der Vortrag des Arbeitgebers nicht ausreiche, um dringende betriebliche Erfordernisse für die Verweigerung des Teilzeitbegehrens darzulegen (§ 15 Abs. 4 S. 4 BEEG) und dass am 03.12.2008 zunächst nur eine Einigung der Parteien bezüglich der Teilzeittätigkeit im Sinne von § 15 Abs. 5 BEEG erfolgt sei. Gemäß § 15 Abs. 6 BEEG könne der Arbeitnehmer aber auch dann noch eine zweimalige Verringerung seiner Arbeitszeit beanspruchen, soweit eine Einigung mit dem Arbeitgeber nicht mehr möglich sei. Das BAG hat der Personalreferentin nun Recht gegeben. Einvernehmliche Elternzeitregelungen sind nicht auf den Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit anzurechnen. Eltern können nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts ihren Anspruch auf Teilzeitarbeit künftig auch dann noch zweimal gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen, wenn zuvor bereits eine einvernehmliche Arbeitszeitreduzierung während der Elternzeit stattgefunden hat.

#### **5. Ausschreibung innerbetrieblicher Arbeitsplätze bei Einsatz von Leiharbeitnehmern – BAG Beschluss vom 15. Oktober 2013, 1 ABR 25/12**

Gem. § 93 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden. Das BAG hatte in der Entscheidung darüber zu entscheiden, ob ein Arbeitgeber auch bei nur vorübergehendem Einsatz von Leiharbeitnehmern im Betrieb eine Stellenausschreibung gem. § 93 BetrVG durchführen muss. Grundsätzlich, so das BAG, besteht keine Verpflichtung eines Arbeitgebers gem. § 93 BetrVG zu einer Stellenausschreibung. Diese besteht allerdings dann, wenn ein Betriebsrat dies verlangt hat. Hat ein Betriebsrat eine Stellenausschreibung grundsätzlich verlangt, so muss der Arbeitgeber die Stelle ausschreiben. Wenn trotz unterbliebener Stellenausschreibung dann eine Einstellung erfolgt, kann der Betriebsrat die Zustimmung zu der Einstellung verweigern. Das BAG hat nun klargestellt, dass dies auch bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern gilt.

#### **6.1 Rechtsprechung zur Entschädigung nach AGG Passivlegitimation - BAG Urt. v.21.6.2012, 8 AZR 188/11**

Der Kläger bewarb sich auf eine im Internet ausgeschriebene Stelle als Personalvermittler. Die Bewerbung sollte an die A-GmbH gerichtet werden. Am Ende der Stellenausschreibung wurde wegen etwaiger „Kontaktinformationen für Bewerber“ auch auf eine B-GmbH verwiesen. Der Kläger bewarb sich unter der angegebenen Adresse, das Bewerbungsschreiben richtete er an die B-GmbH. Er erhielt eine Absage per E-Mail, deren Absenderin die A-GmbH war. Der Kläger verlangte von der A-GmbH eine Entschädigung wegen Diskriminierung nach AGG. Das BAG hat dem Bewerber mit der Begründung nicht recht gegeben, dass Ansprüche auf Entschädigung bei Verstößen gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nach § 15 Abs. 2 AGG gegen den Arbeitgeber gerichtet werden müssen. Die A-GmbH war lediglich Personalvermittlerin. Arbeitgeberin wäre bei einer Einstellung die B-GmbH geworden. Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG kann nur gegen den „Arbeitgeber“ gerichtet werden, Nicht aber gegen einen Personalvermittler.

Im Ergebnis haftet damit ein Personalvermittler nicht für Ansprüche auf Entschädigung aus AGG.

## **6.2 Rechtsprechung zur Entschädigung nach AGG**

### **Form und Frist der Geltendmachung - BAG Urt. v. 22.05.2014, 8 AZR 662/13**

#### Sachverhalt:

Ein Stellenbewerber begehrte wegen einer Benachteiligung aufgrund seiner Schwerbehinderung durch Nichtberücksichtigung bei der Einstellung eine Entschädigungsleistung. Die Entschädigungsleistung wurde erstmals mit Klagschrift geltend gemacht. Die Klage ging am letzten Tag der zweimonatigen Frist des § 15 Abs. 4 AGG beim ArbG ein.

Gem. § 15 Abs. 4 AGG sind Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche innerhalb von 2 Monaten schriftlich geltend zu machen. Die Frist beginnt bei einer Bewerbung mit Zugang der Ablehnung und ansonsten mit dem Zeitpunkt, an dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

Problematisch war vorliegend, dass die erste Geltendmachung mit der Klagschrift gegenüber dem ArbG erfolgte. Das BAG hat nun entschieden, dass eine gerichtliche Geltendmachung der schriftlichen Geltendmachung gem. § 167 ZPO gleichsteht. Das bedeutet, dass eine Geltendmachung fristgemäß ist, wenn innerhalb der zweimonatigen Frist eine Klagschrift mit einem Antrag auf eine Entschädigungsleistung dem ArbG zugeht. Mit dem Zugang der Klage beim ArbG ist die Frist gewahrt.

## **7. Rechtsprechung zur Altersbedingten Diskriminierung eines Stellenbewerbers nach AGG- BAG Urt. v. 04.01.2013 8 AZR 429/11**

#### Sachverhalt:

Ein öffentlich-rechtliches Krankenhaus hatte Zeitungsinsertate aufgegeben, in denen es ua. heißt: „ das Krankenhaus hat in den kommenden Jahren einen relevanten Bedarf an Nachwuchsführungskräften. Um diesen abzudecken, gibt es ein spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionals: Traineeprogramm. Dabei sollen jährlich zunächst zwei Hochschulabsolventen rekrutiert und dem Programm „C“ zugeführt werden. Da es sich per definitionem um Berufsanfänger handelt, stehen neben den erworbenen Fähigkeiten vor allem die persönlichen Eigenschaften im Mittelpunkt.“

Ein damals 36jährige Volljurist mit mehrjähriger Berufserfahrung erhielt auf seine Bewerbung eine Absage. Dies sah er als eine Benachteiligung wegen seines Alters an und verlangte von dem Krankenhaus eine Entschädigung nach AGG. Das Krankenhaus bestritt eine solche Diskriminierung und machte geltend, es habe eine Auswahl nach den Examensnoten getroffen und nur diejenigen Bewerber in Betracht gezogen, die Examensnoten von gut oder sehr gut aufgewiesen hätten. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Das BAG hat eine altersbedingte Diskriminierung erkannt.

Wenn ein öffentlicher Arbeitgeber in einer an „Berufsanfänger" gerichteten Stellenanzeige für ein Traineeprogramm „Hochschulabsolventen/Young Professionals" Bewerber sucht und er dann einen 36jährigen Bewerber mit Berufserfahrung ablehnt indiziert das eine Benachteiligung dieses Bewerbers wegen seines Alters. Der Arbeitgeber trägt dann die Beweislast dafür, dass ein solcher

Verstoß nicht vorgelegen hat. Er darf sich dabei nicht darauf berufen, dass der Bewerber aufgrund seiner im Vergleich zu den Mitbewerbern schlechteren Examensnoten nicht in die eigentliche Bewerberauswahl einbezogen worden ist. Die Stellenausschreibung, die sich an Hochschulabsolventen/Young Professionals und an Berufsanfänger richtet, begründe nämlich ein Indiz für eine Benachteiligung des abgelehnten Stellenbewerbers wegen dessen Alters. Dieses Indiz könnte das Krankenhaus widerlegen, wenn es nur die Bewerber mit den besten Examensnoten in die Bewerberauswahl einbezogen hätte, weil es als öffentliche Arbeitgeberin gemäß Art. 33 Abs. 2 GG Stellen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber zu besetzen hatte.

**8.1.1 Rechtsmissbräuchliche dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung im Konzern- LAG BW Urteil vom 22. 11. 2012 - 11 Sa 84/12; LAG Berlin Urteil vom 9.1.2013 - 15 Sa 1635/12) Doch keine Rechtsmissbräuchliche dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung im Konzern-BAG Urteil v. 10.12.2013, 9 AZR 51/13**

Ausgangs-Sachverhalt:

Ein tarifgebundener Krankenhausträger (TVÖD) betreibt als 100%-ige Tochter ein Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen mit einer Erlaubnis gem. § 1 AÜG. Das Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen verleiht Arbeitnehmer aus allen Arbeitsbereichen eines Krankenhauses an den Krankenhausträger. Für die verliehenen Arbeitnehmer gilt der, im Vergleich zum TVÖD geringer vergütete, allgemeinverbindliche Manteltarifvertrag Zeitarbeit. Die Beschäftigung der Leiharbeiter im Krankenhaus erfolgt auf Arbeitsplätzen, für welche das Krankenhaus keine Stammarbeiter eingestellt hat. Ein von dem Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen ausschließlich an das Krankenhaus entliehener Arbeitnehmer beehrte Feststellung, dass er in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus steht, weil die Arbeitnehmerüberlassung unwirksam sei und ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher (Krankenhausträger) bestehe.

Das LAG Baden-Württemberg (Urteil vom 22. 11. 2012 - 11 Sa 84/12) und auch das LAG Berlin (Urteil vom 9.1.2013 - 15 Sa 1635/12) hatten in ähnlichen Sachverhalten zu Gunsten des verliehenen Arbeitnehmers entschieden, allerdings unterschiedlich begründet.

In beiden Urteilen wurde das zwischen dem Leiharbeiter und dem verleihenden Unternehmen als unwirksam angesehen, weil es nicht auf eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ausgerichtet war. Denn gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend. Diese (seit 1.12.2011 neu gefasste Regelung) schränkt mit dem Erfordernis der vorübergehenden Überlassung die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung ein. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist bei bestehendem Dauerbeschäftigungsbedarf des Entleihers ausgeschlossen. Besteht beim Entleiher ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf ist Arbeitnehmerüberlassung unzulässig. Eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung setze voraus, dass der Schwerpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers vor und nach dem Einsatz beim Dritten im verleihenden Arbeitgeberbetrieb verbleibt. Dies sei nicht der Fall, wenn die beim Entleiher wahrgenommenen Arbeiten bei einer direkten Einstellung durch den Entleiher eine Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen würde. Voraussetzung für die Erfüllung des Begriffs „vorübergehend“ sei also, dass der überlassene Arbeitnehmer nach Beendigung seines Einsatzes seine Arbeitsleistung bei dem überlassenden Konzernunternehmen wieder aufnehmen kann also keine endgültig geplante Überlassung

vorliegt. Deshalb müsse im Zeitpunkt der Überlassung bereits feststehen, dass der Einsatz im fremden Unternehmen befristet ist.

In beiden Urteilen wurde das zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem verleihenden Unternehmen als unwirksam angesehen, weil es nicht auf eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ausgerichtet war. Denn gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend. Diese (seit 1.12.2011 neu gefasste Regelung) schränkt mit dem Erfordernis der vorübergehenden Überlassung die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung ein. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist bei bestehendem Dauerbeschäftigungsbedarf des Entleiher ausgeschlossen. Besteht beim Entleiher ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf ist Arbeitnehmerüberlassung unzulässig. Eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung setze voraus, dass der Schwerpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers vor und nach dem Einsatz beim Dritten im verleihenden Arbeitgeberbetrieb verbleibt. Dies sei nicht der Fall, wenn die beim Entleiher wahrgenommenen Arbeiten bei einer direkten Einstellung durch den Entleiher eine Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen würde. Voraussetzung für die Erfüllung des Begriffs „vorübergehend“ sei also, dass der überlassene Arbeitnehmer nach Beendigung seines Einsatzes seine Arbeitsleistung bei dem überlassenden Konzernunternehmen wieder aufnehmen kann also keine endgültig geplante Überlassung vorliegt. Deshalb müsse im Zeitpunkt der Überlassung bereits feststehen, dass der Einsatz im fremden Unternehmen befristet ist.

Das BAG hat nunmehr über die Revision gegen das Urteil des BAG Baden-Württemberg entschieden. Das BAG kommt hierin zu einem ganz eigenen Ergebnis.

Nach Auffassung des BAG kommt nämlich – unter der Voraussetzung, dass der Arbeitgeber die erforderliche Erlaubnis zur zeitlich unbegrenzten Arbeitnehmerüberlassung hat – zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher kein Arbeitsverhältnis zu Stande, auch wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers entgegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt.

Nach der Argumentation des Bundesarbeitsgerichtes kommt es entgegen LAG Baden-Württemberg allein darauf an, ob der Verleiher eine „zeitlich unbeschränkte“ Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat. Davon sei auszugehen, wenn die Erlaubnis vor der Änderung der Gesetzeslage, also vor dem 1.12.2011 erteilt wurde und danach nicht hinsichtlich der Zeitdauer der Entleihung (nur vorübergehend) eingeschränkt wurde. Eine vom Gesetzgeber bewusst geschaffene Regelungslücke enthalte das AÜG nicht. Denn bei nicht nur vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung enthalte das AÜG gerade keine Fiktion des Zu-Stande-Kommens eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer. Auch mit der Argumentation des LAG Berlin setzte sich das BAG auseinander. Ein Rechtsmissbrauch liege bei nicht nur vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung zwar an sich vor, weil gegen ein gesetzliches Verbot (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG) verstoßen wurde – jedoch habe der Gesetzgeber sich dafür entschieden einen solchen Verstoß nicht mit Fiktion des Zu-Stande-Kommens eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer zu sanktionieren. Deshalb sei ein Verstoß bei nicht nur vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung nicht rechtsmissbräuchlich.

Fazit:

Das BAG beschränkt sich darauf, dass die Genehmigungsbehörde zur Erteilung einer Erlaubnis für Arbeitnehmerüberlassung bereits erteilte Genehmigungen widerrufen müsse und in bei einer Neuerteilung dann gesetzmäßig vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ausschließen müsse. Eine Auswirkung auf individuelles Arbeitsrecht entfalte die Gesetzesänderung nicht. Es bleibt

nun abzuwarten, ob der Gesetzgeber aufgrund dieser Rechtsprechung § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG dahingehend ändert, dass auch bei nicht nur vorübergehender Überlassung eine Fiktion des Zustande-Kommens eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer gesetzlich begründet wird.

### **8.2.1 Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates bei dauerhafter Einstellung von Leiharbeitnehmern - BAG Beschluss vom 6. September 2014, 1 ABR 79/12**

Die ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates bejahenden Entscheidungen begründeten ihre Entscheidung im wesentlichen damit, dass wegen der Richtlinie RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen nach dem Willen des Richtliniengebers unzulässig sein soll und deshalb das nationale deutsche Recht in Form des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nur so gemeint sein kann, dass dauerhafte Beschäftigung sanktioniert werden soll. Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG sei deshalb ein zur Zustimmungsverweigerung berechtigender Gesetzesverstoß. Die gegenteilige Meinung stellt im wesentlichen darauf ab, dass die Änderung des § 1 AÜG als flexible Zeitkomponente zu verstehen sei, § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG keine Höchstgrenze für die Befristungsdauer angebe und deshalb kein Verbotsgesetz i. S. von § 99 BetrVG sei. Auf das Vorliegen eines sachlichen Grundes im Sinne des TzBfG für die Erfüllung des Merkmals "vorübergehend" komme es nicht an. Allerdings läge bei einem „institutionellen Rechtsmissbrauch“ wegen Verletzung von § 242 BGB ein Zustimmungsverweigerungsgrund des Betriebsrates vor.

Das BAG führte aus, dass entscheidend für das Verständnis von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG im Hinblick auf die Untersagung der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung ist der Sinn und Zweck der Vorschrift. Regelmäßig erschöpften sich gesetzliche Bestimmungen nämlich nicht in bloßen Beschreibungen. Es seien auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass nach der Intention des Gesetzgebers die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ohne Folgen bleiben solle. Wenn aber davon auszugehen sei, dass mit § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG – wie auch sonst bei Gesetzen, die über Definitionen oder Fiktionen hinausgingen – überhaupt etwas geregelt werden solle, bestehe der Inhalt der Vorschrift darin, die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung auszuschließen. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG in der ab 1. Dezember 2011 geltenden Fassung untersagt die nicht vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern. Die Bestimmung stellt ein Gesetz iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar, dessen Zweck nur erreicht werden kann, wenn die Einstellung unterbleibt.

Der Betriebsrat kann deshalb seine Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn er zur Begründung geltend macht, die beabsichtigte "Dauerausleihe" von Leiharbeitnehmern widerspreche dem AÜG.