

Praktisches zum Thema

Arbeitsrecht und Datenschutz



9. Mai 2014

© 2014 Schulz Tegtmeier Sozien, Zweigertstraße 28-30, 45130 Essen

Telefon: 0201 / 82777-0, Fax: 0201 / 82777-99

www.st-sozien.de

Inhaltsverzeichnis der Themen und Referenten:

Teil 1:

Überblick der aktuellen Rechtsprechung im Arbeitsrecht

- Rainer Sciborski _____ 3

Teil 2:

Datenschutz und Datensicherheit in Unternehmen

- Dr. Bernd Lorenz _____ 20

Teil 3:

Das sogenannte „Lügerecht“ im Bewerbungsgespräch

- Rolf Otto Neukirchen _____ 28

Teil 4:

Das neue Urlaubsrecht – Urlaub kann teuer werden!

– Rainer Sciborski _____ 48

Teil 5:

Platz für Ihre Notizen _____ 52

Teil 1:
Überblick der aktuellen Rechtsprechung im
Arbeitsrecht



Rainer Sciborski

Unsere Top-Ten-Zusammenstellung:

1. Sonderzahlung mit Mischcharakter
2. Weihnachtsgeld
3. Weihnachtsgratifikation
4. Sonderzahlung - Freiwilligkeitsvorbehalt
5. Abgeltung von Mehrarbeitsvergütung
6. Rückzahlung von Fortbildungskosten
7. Wahrung der Ausschlussfrist durch Erhebung einer Bestandschutzklage
8. Sachgrundlose Befristung - Rechtsmissbrauch
9. Tat- und Verdachtskündigung
10. Verstoß gegen das AGG

1. Sonderzahlung mit Mischcharakter

→ Knüpfen Ihre Regelungen z.B. für die Novembergehaltszahlungen eventuell daran an, dass der Arbeitnehmer geringe Fehlzeiten hatte und über den 31. März des Folgejahres noch bei Ihnen beschäftigt ist?

BAG, Urteil vom 18. Januar 2012, Az. 10 AZR 612/10 - Leitsatz:

„Eine Sonderzahlung mit Mischcharakter, die jedenfalls auch Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung darstellt, kann in allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt außerhalb des Bezugszeitraums der Sonderzahlung abhängig gemacht werden.“

Der Kläger will von dem beklagten Arbeitgeber die Zahlung einer freiwilligen einmaligen Gratifikation, die u. a. an den zukünftigen Bestand des Arbeitsverhältnisses geknüpft ist. Insoweit hat der Kläger ein entsprechend vorformuliertes Schreiben der Beklagten unterschrieben. In diesem Zusammenhang stellt das BAG zunächst fest, dass es sich bei diesem Schreiben des Arbeitgebers um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, da sie von dem Arbeitgeber zur Verwendung für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und vom Arbeitgeber gestellt wurden. Daher unterliegt der Inhalt dieser Schreiben einer AGB-Kontrolle. Dies führt dazu, dass das BAG feststellt, dass vorliegend ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) vorliegt, da der Kläger unangemessen benachteiligt wird. Die in Aussicht gestellte Gratifikation knüpft zum einen an die Leistung des Klägers im Bezugszeitraum an, zum anderen an eine zu erwartende Betriebstreue. Somit handelt es sich um eine Sonderzahlung mit Mischcharakter. Eine solche Klausel steht jedoch im Widerspruch des Grundgedanken des § 611 Abs. 1 BGB, in dem sie dem Arbeitnehmer bereits erarbeiteten Lohn entzieht. Sie verkürzt in nicht zu rechtfertigender Weise die geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, weil sie die Ausübung seines Kündigungsrechtes unzulässig erschwert. Zudem ist ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Lohn für geleistete Arbeit ggf. vorenthalten zu können, nicht ersichtlich, so dass das BAG im

Ergebnis feststellt, dass eine Sonderzahlung, die jedenfalls auch Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistung darstellt, nicht von einem ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses außerhalb des Bezugszeitraumes, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, abhängig gemacht werden kann.

2. Weihnachtsgeld

→ Welche Formulierung nutzen Sie für Boni und Gratifikationen, deren Auszahlung Sie sich mit Blick auf die wirtschaftliche Situation Ihres Betriebes vorbehalten wollen?

BAG, Urteil vom 20. Februar 2013, Az. 10 AZR 177/12 – Leitsatz:

„Eine Formulierung im Arbeitsvertrag, nach der vom Arbeitgeber ein Bonus oder eine Gratifikation gezahlt wird oder der Arbeitnehmer einen Bonus oder eine Gratifikation erhält, ist typisch für die Begründung eines Entgeltanspruches. Für den Begriff „gewährt“ gilt nichts anderes.“

Der Kläger verlangt vom Arbeitgeber Zahlung eines Weihnachtsgeldes, welches aus wirtschaftlichen Gründen nicht gezahlt wurde. Insoweit beruft er sich auf seinen Arbeitsvertrag, in dem folgendes geregelt ist:

„Freiwillige soziale Leistungen richten sich nach dem betriebsüblichen Rahmen. Zurzeit werden gewährt:

- Weihnachtsgeld in Höhe von (zeitanteilig) 40 % eines Monatsgehaltes im ersten Kalenderjahr der Beschäftigung. Es

erhöht sich pro weiteres Kalenderjahr um jeweils 10 % bis zum 100 % eines Monatsgehaltes.

...

Die Zahlung der betrieblichen Sondervergütung erfolgt in jedem Einzelfall freiwillig und ohne Begründung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft.“

Das BAG hat den begehrten Anspruch des Klägers bejaht und begründet diesen damit, dass aufgrund der arbeitsvertraglich geregelten Vereinbarung dem Kläger ein Weihnachtsgeld „gewährt“ wird. Eine solche Formulierung, nach der vom Arbeitgeber ein Bonus oder eine Gratifikation gezahlt wird, ist typisch für die Begründung eines Entgeltanspruches. Dem steht nicht entgegen, dass das Weihnachtsgeld sowohl in der Überschrift als auch im letzten Absatz als „freiwillig soziale Leistung“ bezeichnet wird. Die Bezeichnung als freiwillig kann auch zum Ausdruck bringen, dass der Arbeitgeber nicht durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz zu dieser Leistung verpflichtet ist.

3. Weihnachtsgratifikation

→ *Dürfen Sie die Höhe der Weihnachtsgratifikation jährlich neu festlegen, von der der Arbeitnehmer per Vertrag je nach Betriebszugehörigkeit X % erhalten soll?*

BAG, Urteil vom 16. Januar 2013, Az. 10 AZR 26/12 - Leitsatz:

„Eine arbeitsvertragliche Klausel, nach der der Arbeitgeber jährlich jeweils neu über die Höhe der Gratifikation entscheidet, verstößt weder gegen das Transparenz-Gebot noch liegt darin eine unangemessene Benachteiligung.“

Der Arbeitnehmer verlangt von dem beklagten Arbeitgeber Zahlung restlicher Weihnachtsgratifikation. In seinem Arbeitsvertrag ist geregelt, dass er einen Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation hat und zwar in Höhe von 50 % bei einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 6 Monaten und von 100 % bei einer Betriebszugehörigkeit von 12 Monaten von der vom Arbeitgeber jeweils pro Jahr festgelegten Höhe der Weihnachtsgratifikation. Eine solche Klausel verstößt nach Auffassung des BAG nicht gegen das Transparenz-Gebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, so dass sie keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellt. Ein Verstoß gegen das Transparenz-Gebot liegt schon deshalb nicht vor, weil die getroffene Regelung verständlich ist, da der mögliche Anspruch des Klägers durch den Arbeitsvertrag ausreichend beschrieben ist. Der Kläger konnte erkennen, dass die Beklagte über die Festsetzung der Höhe der Gratifikation zu entscheiden hatte. Zwar enthält das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers keine Maßstäbe für die zu treffende Entscheidung. Dies ist jedoch unschädlich, da der Arbeitnehmer durch die gewählte Vertragsklausel einen klagbaren Anspruch erhält, so dass die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechtes durch den Arbeitgeber gerichtlich überprüft werden kann. Insoweit stellt die vertraglich vereinbarte Klausel auch keine unangemessene Benachteiligung dar, da das Gesetz in § 315 BGB selbst ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vorsieht, so dass auch nicht anzunehmen ist, dass die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sei.

4. Sonderzahlung - Freiwilligkeitsvorbehalt

→ Haben Sie sich in Ihren Formulierungen zwei Türen offengehalten? Die Zahlung freiwillig zu leisten und die Zahlung zudem jederzeit widerrufen zu können?

BAG, Urteil vom 14. September 2011, Az. 10 AZR 526/10 - Orientierungssatz:

„Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Ein Verstoß gegen das Transparenz-Gebot liegt nicht schon dann vor, wenn der Arbeitnehmer keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit hat, die betreffende Regelung zu verstehen. Erst in der Gefahr, dass der Vertragspartner des Klausel-Verwenders wegen unklar abgefasster Allgemeiner Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB. Eine solche Situation ist bei der Kombination eines Freiwilligkeits- mit einem Widerrufs-Vorbehalt regelmäßig gegeben.“

Der klagende Arbeitnehmer verlangt von seinem Arbeitgeber Zahlung einer Weihnachtsgratifikation, wobei er diese mehr als zwanzig Jahre lang jeweils in Höhe eines Bruttomonatsgehaltes von seinem Arbeitgeber ausgezahlt erhielt. Arbeitsvertraglich ist insoweit geregelt, dass die Zahlung der Weihnachtsgratifikation freiwillig und jederzeit widerruflich ist. Das BAG hat den Anspruch des Klägers bejaht und dies entweder auf eine betriebliche Übung oder aber einer Individualabrede gestützt. Hat die gesamte Belegschaft jährlich die geleistete Gratifikation durch den Arbeitgeber erhalten, liegt eine betriebliche Übung vor. Hat nur der Betroffene Arbeitnehmer eine

Zahlung erhalten, ist der Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation Bestandteil der arbeitsvertraglichen Regelung durch konkludentes Verhalten des Arbeitgebers geworden, zumal der Arbeitgeber bei den Zahlungen weder einen ausdrücklichen Freiwilligkeitsvorbehalt erklärt, noch auf den vertraglich formulierten Vorbehalt Bezug genommen hat. Dem Anspruch des Arbeitnehmers steht auch nicht die vertragliche Vereinbarung entgegen, wonach die Zahlung der Weihnachtsgratifikation freiwillig und jederzeit widerruflich ist. Eine solche Klausel in Form der Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufs-Vorbehalt verstößt gegen das Transparenz-Gebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine solche Klausel ist deshalb nicht klar und unverständlich, weil bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt bereits ein Anspruch auf die Leistung nicht besteht, während bei einem Widerrufs-Vorbehalt der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch hat, der Arbeitgeber sich jedoch vorbehält, die versprochene Leistung einseitig zu ändern. Der Begriff des Widerrufs-Vorbehaltes hat somit eine bestimmte arbeitsrechtliche Bedeutung, die bei der Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufs-Vorbehalt zu dem Ergebnis führt, dass nicht erkennbar wird, ob nun jegliche zukünftige Bindung ausgeschlossen oder lediglich eine Möglichkeit eröffnet werden soll, sich später wieder von einer vertraglichen Bindung loszusagen.

5. Abgeltung von Mehrarbeitsvergütung

→ *Haben Sie vertraglich geregelt, ob und wie viel Vergütung Ihr Arbeitnehmer für Überstunden erhält?*

BAG, Urteil vom 22. Februar 2012, Az. 5 AZR 765/10 - Leitsatz:

„Eine arbeitsvertragliche Regelung, nach der der Arbeitnehmer für Über- und Mehrarbeit, zu der er gemäß seines Arbeitsvertrages bei betrieblichem Erfordernis verpflichtet ist, keine gesonderte Vergütung erhält, ist nicht klar und verständlich im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

Eine die pauschale Vergütung von Überstunden regelnde Klausel ist nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden sollen.“

Der Kläger verlangt von seinem Arbeitgeber Vergütung von Überstunden. In seinem Arbeitsvertrag ist geregelt, dass die wöchentliche Arbeitszeit 42 Arbeitsstunden beträgt und der Arbeitnehmer für die Über- und Mehrarbeit keine weitergehende Vergütung erhält. Das BAG hat diese Klausel als für den Arbeitnehmer unangemessen benachteilig eingestuft, da sie gegen das Transparenz-Gebot in Form des Bestimmtheitsgrundsatzes verstößt. So müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel muss im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klausel-Verwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben. Sie verletzt das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält. Die zu prüfende Klausel ist nicht klar und verständlich, da bereits die Voraussetzungen, unter denen Überstunden zu leisten sein sollen, nur vage beschrieben werden. So nennt die Klausel als Bedingung „bei betrieblichem Erfordernis“,

ohne dies näher zu konkretisieren. Auch der mögliche Umfang der geschuldeten Über- und Mehrarbeit ist nicht geregelt.

Anstelle der unwirksamen Klausel greift sodann § 612 Abs. 1 BGB, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dies war vorliegend der Fall, da es sich weder um Dienste höherer Art handelte oder insgesamt eine deutlich herausgehobene Vergütung gezahlt wurde.

6. Rückzahlung von Fortbildungskosten

→ Haben Sie die Rückzahlungsverpflichtung nach einer Investition in die Fortbildung Ihrer Mitarbeiter vertraglich vereinbart?

BAG, Urteil vom 28. Mai 2013, Az. 3 AZR 103/12 - Leitsatz:

„Eine Klausel zur Rückzahlung von Ausbildungskosten benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen, wenn er ohne Ausnahme für jeden Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Eigenkündigung vor Ablauf von zwei Jahren nach Ausbildungsende mit einer Rückzahlungspflicht für entstandene Ausbildungskosten belastet wird.“

Die Parteien streiten über die Rückzahlung von Ausbildungskosten, wobei arbeitsvertraglich geregelt ist, dass der Arbeitnehmer zur vollen Rückzahlung dieser Kosten verpflichtet ist, wenn er das Arbeitsverhältnis vor Ablauf von 24 Monaten nach Beendigung der Ausbildung kündigt oder wenn er seitens des Arbeitgebers aus wichtigem Grund gekündigt wird. Das BAG hat festgestellt, dass solch eine Klausel den Arbeitnehmer gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1

BGB unangemessen benachteiligt. So ist der Arbeitnehmer aufgrund dieser Klausel für jeden Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Eigenkündigung zur Rückzahlung der entstandenen Ausbildungskosten verpflichtet.

Eine solche Bestimmung unterscheidet nicht danach, ob der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Sphäre des Arbeitgebers oder der des Arbeitnehmers entstand. Die Klausel differenziert zwar grundsätzlich zwischen zwei unterschiedlichen Beendigungstatbeständen, und zwar zwischen der vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung einerseits und der vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung andererseits. Nur bei letzterer wird eine Einschränkung dahin vorgenommen, dass die Rückzahlungsverpflichtung nur dann eingreifen soll, wenn die Kündigung aus wichtigem Grund ausgesprochen wird. Im Falle der Eigenkündigung durch den Arbeitnehmer besteht die Rückzahlungspflicht jedoch ohne Einschränkung, also auch dann, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber veranlasst wurde.

7. Wahrung der Ausschlussfrist durch Erhebung einer Bestandsschutzklage

BAG, Urteil vom 19. September 2012, Az. 5 AZR 627/11 - Leitsatz:

„Ein Arbeitnehmer macht mit Erhebung einer Bestandschutzklage (Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage) die von deren Ausgang abhängigen Vergütungsansprüche „gerichtlich geltend“ und wahrt damit die zweite Stufe einer tariflichen Ausschlussfrist.“

Die Parteien stritten um die vom Kläger begehrte Vergütung wegen Annahmeverzugs. Der beklagte Arbeitgeber weigerte sich, eine solche Vergütung zu zahlen unter Hinweis auf die tariflich geltende Ausschlussfrist, wonach Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich erhoben werden. Werden die Ansprüche sodann abgelehnt, so verfallen sie dennoch, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Ablehnung gerichtlich geltend gemacht werden. Das BAG hat mit seiner Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und nunmehr festgehalten, dass allein die Erhebung einer Bestandschutzklage sowohl die erste als auch die zweite Stufe einer tariflichen Ausschlussfrist wahrt. Denn mit einer solchen Klage erstrebt der Arbeitnehmer nicht nur die Erhaltung seines Arbeitsplatzes, sondern bezweckt darüber hinaus, sich die Vergütungsansprüche wegen Annahmeverzugs zu erhalten. Dass diese Ansprüche weder ausdrücklich bezeichnet noch beziffert werden, steht der Erfüllung der ersten Stufe und des Schriftlichkeitsgebotes nicht entgegen. Auch ist darüber hinaus die zweite Stufe der tarifvertraglich geregelten Ausschlussfrist im Sinne der gerichtlichen Geltendmachung erfüllt. Denn solche tarifvertraglichen Ausschlussfristen sind verfassungskonform entsprechend dahin auszulegen, dass die vom Erfolg einer Bestandschutzstreitigkeit abhängigen Ansprüche bereits mit der Klage in der Bestandstreitigkeit gerichtlich geltend gemacht sind. Diese verfassungskonforme Auslegung gebietet sich deshalb, weil der Arbeitnehmer anderenfalls gezwungen wird, Ansprüche wegen Annahmeverzuges einzuklagen, bevor die Bestandstreitigkeit rechtskräftig abgeschlossen ist. Damit erhöht sich sein Kostenrisiko im Rechtsstreit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses.

Auch wird im Übrigen durch solch eine Auslegung der Zweck der zweistufigen Ausschlussfrist gewahrt, dass der Schuldner (Arbeitgeber) zeitnah darüber informiert wird, mit welchen Ansprüchen er noch zu rechnen hat. Erhebt der Arbeitnehmer Bestandschutzklage, kann der Arbeitgeber an der Ernsthaftigkeit der Geltendmachung der hiervon abhängigen Vergütungsansprüche nicht wirklich zweifeln.

8. Sachgrundlose Befristung - Rechtsmissbrauch

→ *Vorsicht bei befristeten Arbeitsverhältnissen ohne Angabe von (Sach-) Gründen*

BAG, Urteil vom 4. Dezember 2013, 7 AZR 290/12 - Leitsatz:

„Bei einer rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung der durch § 14 Abs. 2 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) eröffneten Möglichkeiten zur sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsverhältnisses kann sich der unredliche Vertragspartner nicht auf die Befristung berufen.“

Die Parteien stritten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung geendet hat. Dabei war die Klägerin aufgrund eines mit einem anderen Arbeitgeber vereinbarten befristeten Arbeitsvertrages für die Zeit vom 1. Mai 2007 bis zum 31. Dezember 2008 beschäftigt, ehe sie ununterbrochen vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2010 einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag für den gleichen Arbeitsplatz mit einem anderen Arbeitgeber abschloss. Zwar hat das BAG zunächst festgestellt, dass solch eine Konstellation nicht gegen § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG verstößt, der eine kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen

Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren für zulässig erachtet, wobei insoweit höchstens eine dreimalige Verlängerung des Arbeitsvertrages möglich ist. Da die beiden Arbeitgeber, mit denen die Klägerin befristete Arbeitsverträge abgeschlossen hatte, unterschiedlich waren, lag ein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht vor, der grundsätzlich regelt, dass eine sachgrundlose Befristung nicht möglich ist, wenn mit dem selben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Allerdings kann in der vorliegenden Fallkonstellation die von den beiden Arbeitgebern gewählte Konstruktion gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoßen. Dies ist dann der Fall, wenn ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstitutes nicht vorgesehen sind. So kann vorliegend eine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Zulässigkeit sachgrundloser Befristungsmöglichkeiten in Form der Umgehung des Anschlussverbotes nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorliegen, da entsprechende Indizien vorhanden sind. So existiert eine rechtliche und tatsächliche Verbundenheit zwischen den beiden Arbeitgebern, ferner ein nahtloser Anschluss des mit dem neuen Vertragsarbeitgebers geschlossenen befristeten Arbeitsvertrags an den befristeten Arbeitsvertrag mit dem vormaligen Vertragsarbeitgeber, eine ununterbrochene Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz zu im wesentlichen gleichen Arbeitsbedingungen, die weitere Ausübung des Weisungsrechts durch den bisherigen Vertragsarbeitgeber, ferner die Vermittlung der Klägerin an den letzten Vertragsarbeitgeber durch den vormaligen Vertragsarbeitgeber und schließlich ein erkennbar systematisches

Zusammenwirken von bisherigem und neuem Arbeitgeber. Die Sache konnte letztlich vom BAG nicht endentschieden werden, da in den Vorinstanzen versäumt wurde, dem beklagten Arbeitgeber Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorwurf einer missbräuchlichen Vertragsgestaltung einzuräumen.

9. Tat- und Verdachtskündigung

→ *Hatten Sie schon mal den Verdacht, von einem Mitarbeiter bestohlen zu werden?*

BAG, Urteil vom 21. November 2013, Az. 2 AZR 797/11 - Leitsatz:

„Eine Verdachtskündigung ist auch als ordentliche Kündigung sozial nur gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten.“

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung der Beklagten. Der beklagte Arbeitgeber rechtfertigt seine ausgesprochene Kündigung mit dem Verdacht, die Klägerin habe sich mehrfach Geldstücke aus der „Klüngelgeldkasse“ rechtswidrig zugeeignet. Das BAG hat in dem genannten Urteil die Kündigung für unwirksam erklärt. Zunächst ist die außerordentliche Kündigung aufgrund einer vorzunehmenden Interessenabwägung unwirksam. Zwar kann auch der dringende, auf objektive Tatsache gestützte Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB bilden.

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegen eines dringenden Verdachtes

jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer vorzunehmenden Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen.

Bei dieser Interessenabwägung hat das BAG der Klägerin zu Gute gehalten, dass sie durch eine beanstandungsfreie Tätigkeit über rund 18 Jahre hinweg als Verkäuferin und Kassiererin Loyalität zur Beklagten gezeigt hat. Auch hat es zu Gunsten der Klägerin gewertet, dass diese angab, aufgrund hohen Arbeitsanfalls die Ablieferung des Wechselgeldes schlicht vergessen zu haben. Ferner hat das Gericht zu Gunsten der Klägerin berücksichtigt, dass der Beklagten allenfalls ein geringfügiger Schaden entstanden ist. Letztlich handelt es sich schließlich bei dem erhobenen Vorwurf der Veruntreuung von „Klüngelgeld“ um einen Bereich am Rande der Kassentätigkeit, den die Beklagte selbst nicht ausreichend geregelt hatte. Ist nach allem die ausgesprochene außerordentliche Kündigung der Beklagten unwirksam, so gilt dies ebenfalls für die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung. Denn eine Verdachtskündigung ist auch als ordentliche Kündigung sozial nur gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Dies gilt zum einen für die Anforderung an die Dringlichkeit des Verdachtes als solchen. In dieser Hinsicht bestehen keine Unterschiede zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung. Für beide Kündigungsarten muss der Verdacht gleichermaßen erdrückend sein. Dies gilt ferner zum anderen für die inhaltliche Bewertung des fraglichen Verhaltens und die Interessenabwägung. Auch im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist es erforderlich, dass das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer

verdächtig ist, sogar eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würde. Nur unter dieser Voraussetzung ist die Kündigung schon durch den bloßen Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens bedingt.

10. Verstoß gegen das AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)

→ *Haben Sie schon mit dem AGG beschäftigt?*

BAG, Urteil vom 19. Dezember 2013, Az. 6 AZR 190/12 - Leitsatz:

„Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründen diskriminiert, ist nach § 134 BGB i. V. m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen.“

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer sogenannten Wartezeitkündigung (einer Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate des bestehenden Arbeitsverhältnisses). Der Kläger ist HIV-infiziert, er ist symptomfrei. Der beklagte Arbeitgeber hat die ausgesprochene Kündigung damit begründet, dass diese aus Gründen der Arbeitssicherheit unumgänglich gewesen sei. Der Kläger war als chemisch-technische Assistenz im Bereich der Produktion von Arzneimitteln zur Krebsbehandlung eingesetzt. Das BAG ist zunächst der Auffassung, dass auch eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung im Sinne des § 1 AGG darstellt.

So ist für das BAG entscheidend, dass der Kläger aufgrund seiner symptomlosen HIV-Infektion chronisch erkrankt ist. Diese Beeinträchtigung wirkt sich auf seine Teilhabe sowohl im Leben in

der Gemeinschaft als auch in seinem Berufsfeld aus. Das gilt solange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten und die darauf beruhenden Stigmatisierungen andauern. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang dabei, dass die Leistungsfähigkeit des Klägers nicht eingeschränkt ist. Die ausgesprochene Kündigung verstößt daher dann gegen § 134 BGB i. V. m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG und ist unwirksam, wenn der beklagte Arbeitgeber durch angemessene Vorkehrungen einen Einsatz des Klägers in seinem Arbeitsbereich hätte ermöglichen können.

Teil 2:

Datenschutz und Datensicherheit in Unternehmen



Dr. Bernd Lorenz

I. Der betriebliche Datenschutzbeauftragte

1. Hat Ihr Unternehmen einen Datenschutzbeauftragten?

2. Wann ist die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten erforderlich?

Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten sind in § 4f Abs. 1 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz) geregelt:

- Bei automatisierter Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn mehr als 9 Personen mit der automatisierten Verarbeitung beschäftigt sind.
- Bei nicht-automatisierter Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn mindestens 20 Personen mit der Datenverarbeitung beschäftigt sind.
- Unabhängig von der Anzahl der Personen bei der Notwendigkeit einer Vorabkontrolle (§ 4d Abs. 5 BDSG) wie z.B. bei der Verarbeitung von sensiblen Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG).

→ Achtung: Immer schon dann, wenn die Religionszugehörigkeit oder die Gewerkschaftszugehörigkeit für die Gehaltsabrechnung erhoben werden, ist ein Datenschutzbeauftragter erforderlich!

3. Welche Qualifikationen muss ein Datenschutzbeauftragter mit sich bringen?

Der Datenschutzbeauftragte muss über die erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit verfügen (§ 4f Abs. 2 BDSG). Erforderlich sind

- allgemeine Kenntnisse über das Unternehmen (wie Organisation und Arbeitsabläufe)
- Kenntnisse über die elektronische Datenverarbeitung
- juristische Kenntnisse
- didaktische Fähigkeiten (für die Schulung von Mitarbeitern)

4. Interne und externe Datenschutzbeauftragte

Unternehmen können frei entscheiden, ob sie einen externen oder internen Datenschutzbeauftragten bestellen wollen.

Als **internen** Datenschutzbeauftragten bezeichnet man einen Arbeitnehmer des Unternehmens, der zum Datenschutzbeauftragten bestellt wird.

- Regelmäßig entfallen 20 % der Arbeitszeit auf den Datenschutz.
- Der Datenschutzbeauftragte ist unkündbar. Er kann nur aus wichtigem Grund abberufen werden (§ 4f Abs. 3 BDSG).

Als **externen** Datenschutzbeauftragten bezeichnet man eine außerhalb des Unternehmens stehende Person, die das Amt des Datenschutzbeauftragten übernimmt.

- In der Regel höhere Fachkompetenz.
- Bessere Außenwirkung gegenüber Dritten.

5. Was sind die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten?

- Der Datenschutzbeauftragte hat auf die Einhaltung der Datenschutzgesetze hinzuwirken (§ 4g Abs. 1 S. 1 BDSG). Dabei hat er nur eine beratende und unterstützende Funktion. Er ist gegenüber dem Unternehmen nicht weisungsbefugt. Er kann nur Empfehlungen aussprechen. Umgekehrt ist auch das Unternehmen ihm gegenüber nicht weisungsbefugt (§ 4f Abs. 3 S. 2 BDSG).
- Der Datenschutzbeauftragte hat die datenschutzkonforme Organisation und die elektronische Datenverarbeitung zu überwachen.
- Der Datenschutzbeauftragte hat Mitarbeiter zu schulen.

II. Die private Nutzung des Internets am Arbeitsplatz

1. Ist in Ihrem Unternehmen die private Internetnutzung erlaubt?

2. Die Erlaubniserteilung – das „Ob“ der Nutzung

Der Arbeitgeber kann frei darüber entscheiden, ob das Internet zu privaten Zwecken am Arbeitsplatz genutzt werden darf.

Die Erlaubnis kann erteilt werden durch

- eine ausdrückliche Erlaubnis (im Arbeitsvertrag, durch Betriebsvereinbarungen, durch Aushang, per E-Mail etc.),
- eine stillschweigende Duldung (auch durch betriebliche Übung).

Es ist zu empfehlen, eine ausdrückliche Regelung über die private Nutzung des Internets zu treffen. Die Frage, ob bei einer fehlenden Regelung das Internet privat genutzt werden darf, ist umstritten. Vielfach wird von einem Verbot der privaten Nutzung bei einer fehlenden Gestattung ausgegangen.

3. Der Nutzungsumfang – das „Wie“ der Nutzung

Wenn der Nutzungsumfang nicht geregelt wird, darf die private Nutzung zu keiner Beeinträchtigung der Arbeitsleistung führen. Sie ist grundsätzlich auf die Pausenzeiten beschränkt.

Sinnvoll ist es, auch den Nutzungsumfang ausdrücklich zu regeln:

- Private Nutzung des Internets nur in den Pausen,

- Regelungen zum Herunterladen von Dateien und Speichern von Dateien auf lokalen Datenträgern (z.B. Verbot der Teilnahme an Filesharing-Netzwerken),
- Verbot des Aufrufs bestimmter Webseiten (z.B. sexuelle, rassistische oder rechtswidrige Inhalte),
- Regelungen über Kontroll-, Löschungs- und Filterbefugnisse des Arbeitgebers.

4. Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers

- Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers verbietet grundsätzlich eine inhaltliche Kontrolle der Internetnutzung.
- Eine Überwachung des Arbeitnehmers ist erlaubt zur Aufdeckung von Straftaten, sofern ein hinreichender Verdacht besteht (§ 32 Abs. 1 S. 2 BDSG). Zulässig sein sollen auch präventive Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten (§ 32 Abs. 1 S. 1 BDSG).
- Bei der Erlaubnis der privaten Internetnutzung wird der Arbeitgeber zum Diensteanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes. Der Arbeitgeber hat dann das Fernmeldegeheimnis (§ 88 TKG) zu beachten.

→ Bei einer erlaubten Internetnutzung sind die Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers aufgrund des Fernmeldegeheimnisses geringer als wenn die private Internetnutzung gänzlich verboten ist.

III. Die Veröffentlichung von Arbeitnehmerdaten

1. Beispiele für personenbezogene Daten

Unternehmen veröffentlichen vielfach die Daten von Beschäftigten im Internet, z.B. den Namen, ein Foto oder sogar einen Lebenslauf des Mitarbeiters. Hierbei handelt es sich um personenbezogene Daten, die dem Datenschutz unterliegen (vgl. § 3 Abs. 1 BDSG).

Aber auch schon eine E-Mail-Adresse, die den Namen des Mitarbeiters enthält, stellt ein personenbezogenes Datum dar (z.B. Peter.Mueller@xyz.de). E-Mail-Adressen sind nur dann keine personenbezogenen Daten, wenn sie keinen Namen enthalten (z.B. info@xyz.de).

2. Wann ist eine Einwilligung des Arbeitnehmers für die Veröffentlichung erforderlich?

Im gesamten Datenschutzrecht gilt der Grundsatz (§ 4 Abs. 1 BDSG), dass personenbezogene Daten nur dann erhoben, gespeichert oder genutzt werden dürfen, wenn

- eine Rechtsvorschrift dies erlaubt
- oder der Betroffene eingewilligt hat.

Die Veröffentlichung von Kontaktdaten von Beschäftigten wie Name und E-Mail-Adresse ist zulässig, wenn diese Mitarbeiter nach außen für das Unternehmen auftreten (z.B. Außendienst- oder Kundendienstmitarbeiter) (§ 32 Abs. 1 S. 1 BDSG). Die Veröffentlichung von darüber hinausgehenden Daten wie einem Foto

oder einem Lebenslauf ist ohne Einwilligung des Mitarbeiters dagegen regelmäßig unzulässig.

Daten von Mitarbeitern ohne Kundenkontakt dürfen ohne vorherige Einwilligung des Mitarbeiters überhaupt nicht veröffentlicht werden.

3. Welcher Form unterliegt die Einwilligung?

Die Einwilligungserklärung bedarf grundsätzlich der Schriftform (§ 4a Abs. 1 S. 3 BDSG). Erforderlich ist eine handschriftliche Unterschrift (§ 126 Abs. 1 BGB). Telefax oder E-Mail genügen nicht der Schriftform. Möglich ist auch die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur (§ 126 Abs. 3, § 126a Abs. 1 BGB).

Hinsichtlich Fotos enthält das Kunsturheberrechtsgesetz Spezialregelungen. Bildnisse dürfen grundsätzlich nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden (§ 22 S. 1 KUG). Das KUG enthält aber keine Regelungen zur Form der Einwilligung. Aus diesem Grund gilt auch hier das Schriftformerfordernis des § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG (*Lorenz ZD 2012, 367*, abrufbar unter www.st-sozien.de).

IV. Sichere Passwörter

Zur Vermeidung von Angriffen durch Hacker und Cracker, sind Mitarbeiter gehalten, sichere Passwörter zu verwenden.

Hier sind die **wichtigsten Passwortregeln** für ein sicheres Passwort:

- Ein sicheres Passwort besteht aus mindestens 8 Zeichen.
- Es dürfen keine Wörter oder Namen als Passwort verwendet werden, da derartige Passwörter mit einem Wörterbuchangriff leicht zu knacken sind.
- Ein möglichst sicheres Passwort besteht aus einer Kombination von Großbuchstaben, Kleinbuchstaben, Ziffern und Sonderzeichen (z.B. RG4g#9tb).
- Für jede Anwendung ist ein anderes Passwort zu verwenden.
- Das Passwort darf nicht in unverschlüsselter Form auf dem Computer gespeichert werden. Am besten einen handschriftlichen Zettel verwenden und diesen an einem sicheren Ort verwahren.
- Passwörter dürfen nicht unverschlüsselt per E-Mail verschickt werden, da herkömmliche E-Mails von Dritten mitgelesen werden können. Wenn ein Passwort per E-Mail verschickt wurde (wie z.B. nach einer Registrierung), ist das Passwort unverzüglich zu ändern.
- Benutzerkennung und Passwort sind getrennt voneinander aufzubewahren.
- Passwörter sind auch ohne konkreten Verdacht des Missbrauchs regelmäßig zu ändern. Die Empfehlung von BITKOM und BSI lautet, Passwörter alle 3 Monate zu ändern. Nach anderer Ansicht reicht es aus, Passwörter alle 1 - 2 Jahre zu ändern.

Weitere Informationen zu den Angriffsmethoden der Cracker und zu sicheren Passwörtern bei *Lorenz DuD 2013, 220*; abrufbar unter www.st-sozien.de).

Teil 3:

Das sogenannte „Lügerecht“ im Bewerbungsgespräch



Rolf Otto Neukirchen

Zulässiger Inhalt von Bewerbungsgesprächen

I. Einleitung

Dem Leben ist der Wechsel immanent, nichts anderes gilt für das Arbeitsleben. Nicht nur Unternehmen kommen und gehen, das allerdings ist heute nicht unser Thema, sondern Arbeitnehmer kommen und gehen, wobei uns die Modalitäten und Gründe des Ausscheidens von Arbeitnehmern heute nicht beschäftigen sollen, sondern wir betrachten wollen, was bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu beachten bzw. zulässig ist.

Interessant in diesem Zusammenhang sind allerdings die Ergebnisse einer kürzlich durchgeführten Online-Befragung, bei der Arbeitnehmer danach befragt worden sind, wie wichtig einzelne Argumente aus einer Auswahl an Motiven ganz allgemein und grundsätzlich für sie wären, um zu einem anderen Unternehmen zu wechseln. An der Online-Befragung haben 571 Personen teilgenommen. Ausgewertet wurden 429 Fragebögen. Von den 429 entfallen 62 % auf männliche Teilnehmer 37 % auf weibliche Teilnehmer. Das Durchschnittsalter der Befragten belief sich auf 36 Jahre. Als besonders wichtig ist erstrangig ein gutes Arbeitsklima angegeben worden, anspruchsvolle Arbeitsinhalte, gute Zusammenarbeit mit Kollegen und Mitarbeitern, während Arbeitszeitmodelle einschließlich der Möglichkeiten zur Telearbeit,

Homeoffice und Teilzeit sowie das Angebot von Kinderbetreuung als am unwichtigsten bezeichnet wurden. Das ist deshalb besonders interessant, weil andererseits bei Arbeitgebern gerade diese von den Arbeitnehmern nicht als besonders wichtig dargestellten Punkte als bedeutsam wahrgenommen werden. Fast jedes größere Unternehmen bietet flexible Arbeitszeiten an, teilweise auch betriebliche Kindergärten. Das Wechselmotiv der Bezahlung belegt nur einen hinteren Platz.

Die Befragung hat ferner ergeben, dass es zwischen Männern und Frauen keine nennenswerten Unterschiede gibt hinsichtlich der Wichtigkeit der Wechselmotive. Der Aspekt des guten Arbeitsklimas war bei Befragten aller Altersklassen der wichtigste. Unterschiede zwischen Führungskräften und Nicht-Führungskräften haben sich im Wesentlichen beim Motiv der Möglichkeit der Teilzeit ergeben. Führungskräfte legen danach weniger Wert auf die Möglichkeit von Gleitzeit oder Telearbeit bzw. der Nutzung eines Homeoffices.

Die größte Wechselbereitschaft ist bei den Befragten im Alter zwischen 36 und 50 Jahren festgestellt worden, vermutlich darauf beruhend, dass sich Personen in dieser Altersphase noch einmal verändern möchten. Kann dies bei ihrem derzeitigen Arbeitgeber nicht geschehen, so sind sie bereit, sich einen anderen zu suchen. Das heißt für die Praxis, dass es Arbeitnehmereintritte neben der erstmaligen Berufstätigkeit insbesondere auch im Rahmen von Arbeitgeberwechseln gibt. Der übliche Ablauf ist der erste Kontakt nach Schaltung einer Anzeige, sei es seitens des suchenden Arbeitnehmers oder seitens des suchenden Arbeitgebers, was dann in der Regel dazu führt, dass ein Bewerbungsgespräch stattfindet als wesentliche Grundlage und Entscheidungshilfe für Arbeitsvertragsparteien bzw. die demnächstigen Arbeitsvertragsparteien. Was zulässigerweise aus Arbeitgebersicht Inhalt

eines solchen Bewerbungsgesprächs sein darf, soll nachstehend kurz beleuchtet werden.

II. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Am 18. August 2006 sind wir mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, kurz AGG genannt, beschenkt worden und wie so viele Gesetze, insbesondere im arbeitsrechtlichen Bereich, war Grundlage des AGG das Erfordernis der Umsetzung von EU-Richtlinien. Das AGG hat vier EU-Richtlinien in innerstaatliches Recht umgesetzt, die den Mitgliedstaaten den Schutz vor Diskriminierung im Bereich Beschäftigung und Beruf gewährleisten sollen, nämlich bezüglich der Merkmale Rasse, ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität und Geschlecht. Für das allgemeine Zivilrecht gilt das Diskriminierungsverbot der Richtlinie nur für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft sowie Geschlecht. Umzusetzen waren folgende Richtlinien:

- Richtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschiede der Rasse oder der ethnischen Herkunft;
- Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf;
- Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen

beim Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen;

- Richtlinie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

Wesentliche Vorschrift ist § 1, der lautet:

„Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“

§ 2 AGG beschreibt dann den Anwendungsbereich, in dem diese Benachteiligungen unzulässig sind, nämlich bei den Auswahl- und Einstellungskriterien für selbstständige oder unselbstständige Arbeit, bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgeltes und der Entlassungsbedingungen sowie den Aspekten der beruflichen Weiterbildung, Umschulung oder auch der Mitgliedschaft oder Mitwirkung in Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervereinigungen.

§ 3 AGG beinhaltet Begriffsbestimmungen, auf deren Wiedergabe hier verzichtet werden kann. Definiert werden die Begriffe unmittelbare und mittelbare Benachteiligung, Belästigung und insbesondere sexuelle Belästigung. Das Gesetz ist nach § 6 AGG anwendbar auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Auszubildende sowie arbeitnehmerähnliche Personen einschließlich

der in Heimarbeit Beschäftigten und das, was uns hier heute interessiert, Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Als zentrale Norm ist sodann in § 8 AGG geregelt, dass eine unterschiedliche Behandlung aus den oben genannten Gründen zulässig ist, wenn der Grund für die unterschiedliche Behandlung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen sind. Es findet sich also die allgemeine Regelung, dass von dem Benachteiligungsverbot dann abgewichen werden kann, wenn die speziellen beruflichen Anforderungen eine Differenzierung zwingend vorsehen. Dabei ist grundsätzlich auf objektive Anforderungen der Tätigkeit selbst abzustellen und nicht auf generalisierende Aussagen. So rechtfertigt beispielsweise schwere körperliche Arbeit die Differenzierungskriterien „Körperkraft“ oder „Belastbarkeit“, nicht aber den Ausschluss von weiblichen Bewerbern. Denn auch diese können kräftig und belastbar sein, wie der EuGH selbst entschieden hat. In diesen Zusammenhang gehören auch gefährliche Arbeitsplätze und im Zusammenhang damit die im Prinzip anerkannten Altershöchstgrenzen bei der Einstellung in die Berufsfeuerwehr, bei Verkehrspiloten oder Spezialeinsatzkommandos der Polizei. Zwar können grundsätzlich auch subjektive Gründe Ausnahmen rechtfertigen. Hier sind aber bisher Abgrenzungskriterien nicht erarbeitet worden, weder in Rechtsprechung noch in Literatur. Unabhängig davon gibt es einzelne anerkannte Ausnahmeverbote, etwa den berühmten Nachtdienst im Mädcheninternat.

III. Betrachtung einzelner Fragestellungen

1. Allgemeines

Im Rahmen der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses ergeben sich vorvertragliche Pflichten sowohl arbeitgeber- als auch arbeitnehmerseitig. Arbeitgeberseitig sind zunächst Aufklärungspflichten zu erwähnen. Denn auch der Arbeitgeber muss bestimmte Umstände dem bei ihm eine Anstellung suchenden Arbeitnehmer mitteilen. So bestehen die allgemeinen Verpflichtungen, den Verhandlungspartner vor Schäden zu bewahren und ihn generell auf solche Umstände hinzuweisen, die für den Abschluss des Arbeitsvertrages erkennbar von Bedeutung sind. Entschieden ist beispielsweise, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Bewerber über solche Umstände von sich aus aufzuklären, die zu einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen können, etwa den Geschäftsbereich, für den der Arbeitnehmer eingestellt werden soll, stilllegen oder verkaufen zu wollen. In Ausnahmefällen kann sich der Arbeitgeber dem Bewerber auch dadurch schadensersatzpflichtig machen, dass er ihm den Abschluss eines Arbeitsverhältnisses als sicher in Aussicht stellt und ihm zusätzlich bedeutet, der Bewerber könne seine jetzige Stelle ohne großes Risiko kündigen. Unabhängig von solchen Zusicherungen steht es selbstverständlich jeder Verhandlungspartei frei, die Vertragsverhandlungen jederzeit abzubrechen, auch ohne Angabe von Gründen.

Der Bewerber seinerseits hat unter anderem die vorvertragliche Pflicht, vom Arbeitgeber gestellte Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten, soweit es sich um solche Fragen handelt, die der Arbeitgeber zulässigerweise stellen darf. Offenbarungspflichten

seitens des Bewerbers bestehen nur in sehr geringem Umfange dann, wenn der Bewerber erkennt, dass er aufgrund fehlender Qualifikation oder Fähigkeiten für die in Rede stehende Arbeit völlig ungeeignet ist. In diesem Fall kann der Arbeitgeber nach Treu und Glauben eine freiwillige Auskunft des Arbeitnehmers erwarten.

2. Fragen mit Bezug zum AGG

Die Diskriminierungsverbote des AGG sind in § 1 AGG festgelegt und für das Fragerecht des Arbeitgebers bzw. die wahrheitsgerechte Beantwortung des Arbeitnehmers von zentraler Bedeutung. Fragen, die diskriminierenden Inhalt haben, können niemals von einem „berechtigten Interesse“ des Arbeitgebers getragen sein. Zwar wird auch die Auffassung vertreten, dass das AGG das Fragerecht selbst unberührt belässt, weil eine Diskriminierung erst bei einer Einstellungsentscheidung in Betracht kommt. Diese Auffassung ist jedoch nicht herrschend, weshalb auf sie nicht zurückgegriffen werden sollte.

- Unter **Rasse** ist die Zuordnung eines Menschen aufgrund lebenslänglicher oder vererblicher Merkmale wie Hautfarbe, Physiognomie, Körperbau zu verstehen.
- **Ethnische Herkunft** ist die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer durch sprachliche und / oder kulturelle Merkmale verbundenen Gemeinschaft.
- **Geschlecht** ist männlich, weiblich, transsexuell, zweigeschlechtlich.

- **Sexuelle Identität** meint den umfassenden Schutz der sexuellen Veranlagung und der Selbstbestimmung.
- Unter **Religion** wird der Glaube an eine transzendente übermenschliche Wirklichkeit verstoßen.
- **Weltanschauung** meint den Glauben an eine Ordnung der erlebbaren Wirklichkeit, und zwar nur bezogen auf Fundamentalkonzepte über die Ordnung gesellschaftlichen Zusammenlebens, die in Geschlossenheit und Sinngebung einer Religion vergleichbar sind. Politische Systemvorstellungen insbesondere sind keine Weltanschauung in diesem Sinne.
- Der Begriff der **Behinderung** ergibt sich aus der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX, § 3 BGG (Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen). Danach ist ein Mensch behindert, wenn seine körperliche Funktion, geistige Funktion oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für sein Alter typischen Zustand abweicht und daher seine Teilnahme am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt.

a) Ausbildung, Qualifikation, beruflicher Werdegang

Fragen nach Ausbildung, Qualifikation und beruflichem Werdegang sind grundsätzlich zulässig, einschließlich Fragen über Ausbildungs- und Weiterbildungszeiten, zumal diese ohnehin in der Regel vom Bewerber in den vorgelegten Zeugnissen dokumentiert sind. Der Bewerber ist auf entsprechende Frage auch verpflichtet, frühere Arbeitgeber und die Dauer der jeweiligen Beschäftigungen wahrheitsgemäß anzugeben, da aus diesen Angaben der

Arbeitnehmer Schlüsse auf die Eignung des Bewerbers für die vorgesehene Tätigkeit ziehen kann. Der Arbeitnehmer ist in diesem Zusammenhang sogar verpflichtet, Informationen über längere Arbeitsfreistellungen bei einem früheren Arbeitgeber wahrheitsgemäß anzugeben. Das gilt auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer durch die falsche Angaben beabsichtigt, etwa Zeiten einer Entziehungstherapie oder sonstiger Maßnahmen dem potenziellen Arbeitgeber zu verschweigen. Unproblematisch zulässig sind auch Fragen nach Sprachkenntnissen des Bewerbers, allerdings nur dann, wenn sie für die in Aussicht genommene Tätigkeit von Belang sind. Ebenfalls zulässig und deshalb wahrheitsgemäß zu beantworten ist die Frage, ob der Arbeitnehmer eine erforderliche Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis hat. Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Fragen könnten sich zwar aus den AGG-Merkmalen ethnische Herkunft oder Rasse herleiten lassen. Entscheidend ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat, eine legale Beschäftigung des Arbeitnehmers durchzuführen.

b) Wehr- bzw. Ersatzdienst

Bei der Frage nach Wehr- oder Ersatzdienst ist zwischen zukünftigen Diensten und bereits abgeleisteten Diensten zu unterscheiden. Ob in der Vergangenheit Wehr- oder Zivildienst geleistet wurde, wird als mittelbare Benachteiligung männlicher Bewerber gewertet und deshalb als Verstoß gegen das AGG, für das ein legitimes Interesse des Arbeitgebers insbesondere unter Berücksichtigung der Gewissensfreiheit des Arbeitnehmers nicht angenommen wird. Die Frage nach zukünftigem Wehrdienst war umstritten, hat sich jedoch durch die Aussetzung der Wehrpflicht praktisch erledigt.

c) Schwangerschaft

Nach § 3 Abs. 1 S. 2 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechtes auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor. Deshalb ist die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft als unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechtes zu charakterisieren und ausgeschlossen. Dies gilt sogar dann, wenn nur ein befristetes Arbeitsverhältnis begründet werden soll und zum Zeitpunkt der Bewerbung bereits feststeht, dass die Bewerberin während eines wesentlichen Teils der in Aussicht genommenen Laufzeit des Arbeitsvertrages nicht arbeiten können.

d) Sexuelle Identität, Lebenspartnerschaft

Die sexuelle Identität, die in § 1 AGG ausdrücklich erwähnt ist, verbietet auch die Frage danach, ob der Bewerber in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt. Diese Frage wird als unmittelbare Benachteiligung angesehen.

Im Übrigen nimmt die Rechtsprechung an, dass auch für die Frage nach dem Lebensalter des Bewerbers in der Regel kein legitimes Interesse des Arbeitgebers besteht. Rein praktisch stellt sich das Thema nicht, weil der Arbeitnehmer regelmäßig bei dem Lebenslauf sein Geburtsdatum angibt.

e) Religion, Weltanschauung

Auch die Punkte Religionszugehörigkeit und Weltanschauung sind vom AGG geschützt, so dass sich entsprechende Arbeitgeberfragen hierzu von vornherein als unzulässig darstellen. Problematisch ist

aktuell noch die Frage, ob eine Mitgliedschaft in der sogenannten Scientology zulässigerweise nachgefragt werden kann. Die Frage ist offen. Das Bundesarbeitsgericht hat, allerdings in einer älteren Entscheidung vom 22. März 1995, der Scientology den Charakter als Religions- und Weltanschauungsgemeinschaft abgesprochen.

f) Behinderung / Krankheit

Für die Frage der Zulässigkeit einer Frage nach einer Behinderung oder Schwerbehinderung des Bewerbers kommt es darauf an, ob die Behinderung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit von Bedeutung ist. Dafür wiederum ist dann Voraussetzung, dass es sich um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung handelt. Ist dies nicht der Fall, so ist die Frage unzulässig, und zwar sowohl im Rahmen der Bewerbung als auch innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses. Letzteres ergibt sich aus § 90 Abs. 1 Ziff. 1 SGB IX, wonach der Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nur dann gilt, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung nicht länger als sechs Monate bestanden hat.

Problematisch kann die Abgrenzung zwischen Behinderung einerseits und Erkrankung oder Krankheit andererseits sein. Die Frage nach Krankheiten fällt grundsätzlich nicht unter das AGG. Hier gelten die allgemeinen Grundsätze. Zur Definition der Behinderung habe ich bereits zu Beginn dieser Ausführungen etwas gesagt. Der EuGH, der Europäische Gerichtshof, hat entschieden, dass eine gesundheitliche Einschränkung dann unter den Begriff der Behinderung fällt, wenn wahrscheinlich ist, dass sie von langer Dauer ist. Die Rechtsprechung des EuGH ist deshalb kritisiert

worden, weil auch Erkrankungen, die nicht den Charakter einer Behinderung haben, langandauernd sein können. Richtigerweise wird man darauf abstellen müssen, ob gesundheitliche Beeinträchtigung prognostisch behebbar ist. Bei einer dauerhaften unheilbaren Beeinträchtigung wird man den Charakter als Behinderung annehmen müssen.

In diesem Zusammenhang treten die Themen Aids-Erkrankung und Alkohol- oder Drogensucht auf. Die Aids-Erkrankung ist anders als die bloße HIV-Infektion unheilbar und stellt deshalb eine Behinderung dar, fällt also grundsätzlich in den Schutzbereich des AGG. Allerdings ist diese Frage durch § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt, weil in diesen Fällen eine unabsehbare Arbeitsunfähigkeit droht. Anders verhält es sich bei HIV-Infektion, die zwar dauerhaft und unheilbar ist, aber nicht grundsätzlich ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben darstellt, worauf es nach der Rechtsprechung des EuGH entscheidend ankommt. Die Frage nach einer bestehenden HIV-Infektion wird indes unabhängig vom AGG nur dann als zulässig angenommen, wenn aufgrund der in Aussicht genommenen Tätigkeit ein erhöhtes Risiko der Ansteckung von Kollegen oder Kunden besteht, dies gilt insbesondere für Berufe im Gesundheitsdienst, bei Küchenpersonal oder im Bereich der Lebensmittelherstellung.

Drogen- oder Alkoholsucht ist in der Regel therapierbar und fällt deshalb nicht unter den Begriff der Behinderung im Sinne von § 1 AGG. Etwas anderes gilt nur dann, wenn im Einzelfall die Sucht so gravierend ist, dass eine Heilung ausscheidet, weil es sich dann wiederum um eine Behinderung im Sinne von § 1 AGG handelt. Dann wird jedoch angenommen, dass ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG besteht, soweit es sich um eine Sucht handelt, die die Erfüllung der Arbeitspflicht durch den

Bewerber nachhaltig beeinträchtigt, Stichwort: Berufskraftfahrer.

g) Familienstand, Familienplanung

Zu berücksichtigen ist, dass auch eine mittelbare Diskriminierung unzulässig ist, weil ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers insoweit nicht anerkannt wird. Dies kann die Frage nach Familienstand oder Familienplanung betreffen. Denn die Frage nach dem Familienstand wird in der Regel eine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität darstellen, die § 1 AGG schützt. Sinngemäß das Gleiche gilt für die Familienplanung. Die Frage hiernach wird als mittelbare Benachteiligung wegen der sexuellen Identität oder des Geschlechtes angesehen und ist deshalb grundsätzlich unzulässig. Im Übrigen kann bereits die Bitte, bei einer Bewerbung ein Lichtbild beizufügen, als mittelbare Benachteiligung wegen Alters, einer sichtbaren Behinderung oder der ethnischen Herkunft interpretiert werden.

h) Staatsangehörigkeit

Die Frage nach der Staatsangehörigkeit kann eine mittelbare Benachteiligung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft darstellen, weshalb sie tendenziell als unzulässige mittelbare Benachteiligung angesehen wird. Allerdings kann sich ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt ergeben, dass die Vorlage einer Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis notwendig ist. Dem Arbeitgeber ist hier zu raten, die Frage darauf zu beschränken, ob der Bewerber Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der EU ist.

3. Fragen ohne Bezug zum AGG

Sind die verbotenen Differenzierungsmerkmale des § 1 AGG nicht unmittelbar oder mittelbar betroffen, bleibt es bei der allgemeinen Regel, dass der Arbeitgeber solche Fragen stellen darf, an deren Beantwortung er ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse hat und aufgrund dieses Interesses die Belange des Bewerbers zurücktreten müssen. Die Rechtsprechung betont, dass es immer auf eine einzelfallbezogene Interessenabwägung ankommt. Unabhängig davon gibt es zu einzelnen Fragen auch außerhalb des AGG eine umfassende Rechtsprechung.

a) Partei- und Gewerkschaftszugehörigkeit

Die Frage nach Partei- und Gewerkschaftszugehörigkeit ist grundsätzlich unzulässig, auch als Reflex des Schutzes der Weltanschauung in §§ 1, 3 AGG. Etwas anderes kann sich bei Bewerbern im öffentlichen Dienst für die Frage nach der Verfassungstreue ergeben, braucht aber hier nicht vertieft zu werden.

Andererseits ist aber festzuhalten, dass bei Einstellungen durch Parteien oder Gewerkschaften die Frage nach der entsprechenden Zugehörigkeit zulässig ist, um den Tendenzbezug gerade sicherzustellen. Dies ergibt sich aus § 9 AGG und betrifft etwa die Anstellung bei Religionsgemeinschaften oder ihnen zugeordneten Einrichtungen. Zu denken wäre hier an Krankenhäuser, Kindergärten etc.

b) Bisheriges Gehalt

Die Frage nach dem Entgelt beim bisherigen Arbeitgeber ist dann zulässig, wenn die bisherige Position des Bewerbers und die in Aussicht genommene Tätigkeit zumindest vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten erfordern oder wenn der Bewerber eine erfolgsabhängige Vergütung in seinem bisherigen Arbeitsverhältnis bezogen hat.

c) Vermögensverhältnisse

Die Zulässigkeit der Abfrage der Vermögensverhältnisse des Bewerbers wird unterschiedlich beantwortet in Abhängigkeit von der in Aussicht genommenen Tätigkeit, insbesondere, wenn es sich um eine solche handelt, die als Vertrauensstellung bezeichnet ist oder die das Ansehen des Arbeitgebers nach außen repräsentieren soll. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob Lohnabtretungen oder Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse zulässigerweise nachgefragt werden dürfen. Die Frage wird überwiegend als zulässig angesehen. Teilweise wird danach unterschieden, ob es sich um ein größeres Unternehmen oder um einen Kleinbetrieb handelt, weil der durch die Bearbeitung von Lohnpfändungen entstehende Arbeitsaufwand für Kleinbetriebe als unzumutbar angesehen wird. Diese Differenzierung entspricht aber nicht der herrschenden Auffassung zu diesem Punkt.

d) Vorstrafen

Die Zulässigkeit der Abfrage von Vorstrafen ist ebenfalls differenziert zu sehen. Nach § 51 Bundeszentralregistergesetz dürfen Tat und Verurteilung dem Betroffenen im Rechtsverkehr nicht mehr

vorgehalten und zu seinem Nachteil verwertet werden, wenn die Eintragung getilgt worden oder zu tilgen ist. Die Tilgungsfrist ist unterschiedlich je nach Art der Verurteilung. Sie beträgt zwischen fünf und 20 Jahren. Getilgte Vorstrafen dürfen demgemäß verschwiegen werden. Auch bei nicht getilgten Vorstrafen darf jedoch bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht einschränkungslos nachgefragt werden, was mit dem Zweck der Resozialisierung des Vorbestraften begründet wird. Maßstab ist wiederum, ob die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes eine Offenbarung erfordert. Beispielhaft sind zu nennen die Bestrafung wegen Vermögensdelikten bei einem in Aussicht genommenen Bankkassierer oder verkehrsrechtliche Verfehlungen bei Kraftfahrern oder auch Delikte aus dem Sittlichkeitsbereich bei Erziehern. Die Vorstrafe muss demgemäß einschlägig sein. Sinngemäß das Gleiche gilt für die Frage nach einem laufenden Ermittlungsverfahren.

IV. Rechtsfolgen

1. Anfechtung

Der Arbeitsvertrag kann wie andere Verträge angefochten werden, und zwar entweder nach § 119 BGB wegen Irrtums oder nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung. Dies setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber eine zulässige Frage gestellt hat, die der Arbeitnehmer unrichtig beantwortet hat. Der Arbeitnehmer bzw. der Bewerber seinerseits ist nicht nur berechtigt, bei unzulässigen Fragen zu schweigen, sondern er darf die Unwahrheit sagen. Die Rechtsprechung anerkennt ein sogenanntes „Lügerecht“. Dies wird damit begründet, dass bei einem Schweigen des Bewerbers auf eine unzulässige Frage der Verdacht erregt werden kann, der Bewerber

habe etwas zu verbergen. Selbst bei unberechtigter Falschbeantwortung des Bewerbers, weil die Arbeitgeberfrage berechtigterweise gestellt und unrichtig beantwortet worden ist, kann das Anfechtungsrecht des Arbeitgebers entfallen, wenn das Arbeitsverhältnis über längere Zeit unbeanstandet durchgeführt worden ist. Bei wirksamer Anfechtung nach Arbeitsaufnahme entsteht ein sogenanntes faktisches Arbeitsverhältnis, das nicht mehr rückwirkend, sondern nur noch mit Wirkung ab Anfechtung beseitigt werden kann, was zur Folge hat, dass der Arbeitnehmer bezogenes Entgelt nicht zu erstatten hat.

2. Schadensersatz

Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer können sich schadensersatzpflichtig machen. Eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers kommt insbesondere in Betracht, wenn er durch unzulässige Befragung das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers verletzt hat. Anspruchsgrundlage ist § 15 AGG. Bei sogenannten Nicht-Vermögensschäden, also solchen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts, darf in den Fällen, in denen die Folge in der Nichteinstellung des Arbeitnehmers besteht, der Schadensersatz drei Monatsgehälter nicht übersteigen. Zu berücksichtigen ist noch § 15 Abs. 4 AGG, wonach für die Geltendmachung des Anspruchs eine Frist von zwei Monaten gilt, beginnend mit dem Zugang der Ablehnung beim Arbeitnehmer bzw. dessen Kenntnis von der Benachteiligung.

Der Arbeitnehmer seinerseits kann sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er Umstände verschwiegen hat, die zu offenbaren waren. Hier stellen sich naturgemäß bei der Schadensberechnung

erhebliche Probleme. So hat das Bundesarbeitsgericht angenommen, dass ein Arbeitgeber nicht den Entgeltfortzahlungsanspruch als Schaden gegenüber dem Arbeitnehmer geltend machen kann, wenn der Arbeitnehmer es pflichtwidrig unterlassen hat, über ein Heilverfahren oder eine Krankheit zu informieren. Denn die Leistung der Entgeltfortzahlung ist gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers und deshalb kein Schaden.

V. Untersuchungen und Begutachtungen des Arbeitnehmers

Abschließend noch einige Bemerkungen zu vorvertraglichen Untersuchungen und Begutachtungen des Arbeitnehmers und ähnlichen Prüfungen oder Auswahlverfahren.

1. Einstellungsuntersuchung

Eine Einstellungsuntersuchung, die insbesondere von Großunternehmen gefordert wird, kann das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzen. Deshalb muss die Einstellungsuntersuchung genau wie das Fragerecht im berechtigten Interesse des Arbeitgebers liegen und darf sich nur auf die gegenwärtige Eignung des Bewerbers für den zu besetzenden Arbeitsplatz beziehen. Ob der Bewerber diesen Anforderungen genügt, kann nur der untersuchende Arzt beurteilen. Dem entspricht, dass der Arbeitgeber nur Anspruch auf Auskunft über einzelne Untersuchungsergebnisse hat, die sich auf die konkret in Aussicht genommene Tätigkeit beziehen, nicht über den allgemeinen Gesundheitszustand des Arbeitnehmers. Selbstverständlich ist der

Arbeitnehmer nicht verpflichtet, die Untersuchung durchführen zu lassen. Allerdings riskiert er damit die sofortige Ablehnung. Natürlich gibt es auch hier Ausnahmen vom Freiwilligkeitsgrundsatz, nämlich bei gesetzlich angeordneten Untersuchungen. Hinzuweisen ist auf die §§ 32 ff. Jugendarbeitsschutzgesetz. § 32 JArbSchG sieht vor, dass ein Jugendlicher, also jemand, der noch nicht 18 Jahre alt ist, nur dann beschäftigt werden darf, wenn er innerhalb der letzten 14 Monate von einem Arzt untersucht worden ist und dem Arbeitgeber eine von diesem Arzt ausgestellte Bescheinigung vorliegt. Weitere Ausnahmen ergeben sich für den Lebensmittelbereich, Untersuchungsanordnungen im Seemannsgesetz, in der Röntgen- und Strahlenschutzverordnung und der Gefahrstoffverordnung. Dies folgt daraus, dass die fehlende Untersuchung ein Beschäftigungsverbot nach sich ziehen kann.

2. Genomanalysen

Da bei sogenannten Genomanalysen die Untersuchungsmethoden umfassende Rückschlüsse auf die Strukturen und Funktionen der Gene zulassen, ist ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers sehr hoch, da eine Klassifizierung der untersuchten Person erfolgt. Durch die Untersuchung sollen Erbanlagen für Krankheiten oder genetisch bedingte Empfindlichkeiten aufgedeckt werden, was das Interesse des Arbeitgebers an derartigen Analysen erklärt, und in der Zukunft auftretende Belastungen durch Krankheitskosten abgeschätzt werden können. Die Genomanalyse wird als grundsätzlich unzulässig angenommen, dies auch ohne besondere gesetzliche Regelung. Hinzuweisen ist auf das Gendiagnostikgesetz vom 31. Juli 2009, das die Voraussetzungen für genetische Untersuchungen regelt, die man deshalb im konkreten

Fall nachlesen sollte.

3. Lebenslauf

Häufig findet sich - sogar heute noch vereinzelt - in Bewerbungsunterlagen ein handschriftlich niedergelegter Lebenslauf. Ist dies der Fall, so stellt sich die Frage, ob die Übersendung eines handschriftlichen Lebenslaufs eine konkludente Einwilligung des Bewerbers für die Einholung eines graphologischen Gutachtens ist. Man nimmt allerdings eine konkludente Einwilligung an, insbesondere bei leitenden Angestellten mit Führungspositionen. Auch hier gilt jedoch wie bei allen Informationserhebungsrechten, dass sich das Gutachten nur auf solche Bereiche beziehen darf, die mit der auszufüllenden Position im Zusammenhang stehen und an deren Klärung der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat. Die oben dargestellten Grundsätze zum Fragerecht des Arbeitgebers gelten entsprechend. Allerdings wird angenommen, dass je hervorgehobener die Position ist, die besetzt werden soll, desto eher die Ausforschung von Persönlichkeitsmerkmalen zulässig sein soll. Immerhin hat das Bundesarbeitsgericht 1982 entschieden, dass ein Bewerber, der den angeforderten schriftlichen Lebenslauf von einem Dritten schreiben lässt, obwohl er erkannt hat, dass der Lebenslauf zur Erstellung eines graphologischen Gutachtens dienen soll, damit eine arglistige Täuschung gegenüber dem Arbeitgeber verübt.

Teil 4:

Das neue Urlaubsrecht – Urlaub kann teuer werden!



Rainer Sciborski

Art. 1 der Richtlinie 2003/88:

„Gegenstand und Anwendungsbereich

(1.) Diese Richtlinie enthält Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung.

(2) Gegenstand dieser Richtlinie sind

a) ... der Mindestjahresurlaub ...“

Art. 7 der Richtlinie:

„Jahresurlaub

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“

§ 7 Abs. 3 BurlG (Bundesurlaubsgesetz):

„Der Urlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Im

Fall der Übertragung muss der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden. Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist ein nach § 5 Abs. 1 a entstehender Teilurlaub jedoch auf das nächste Kalenderjahr zu übertragen.“

§ 7 Abs. 4 BUrlG:

„Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist dieser abzugelten.“

Nach bisheriger jahrzehntelanger Rechtsprechung erlosch der Anspruch von Arbeitnehmern auf den gesetzlichen Mindesturlaub nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG in der Regel am 31. März des Folgejahres. Damit erlosch aber zugleich der Urlaubsabgeltungsanspruch des § 7 Abs. 4 BUrlG, da er ein sogenanntes Surrogat des Urlaubsanspruches war.

Diese jahrzehntelange Rechtsprechung war nach der Entscheidung des EuGH vom 20. Januar 2009 (Fall Schultz-Hoff) nicht mehr aufrechtzuerhalten. Auf Vorlage des national zuständigen Landesarbeitsgerichts Düsseldorf entschied der EuGH, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 nationalen Regelungen über die Ausübung von bezahltem Jahresurlaub dann nicht entgegensteht, wenn der Arbeitnehmer, dessen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erloschen ist, tatsächlich die Möglichkeit hatte, den ihm mit der Richtlinie verliehenen Anspruch auszuüben.

Ferner entschied der EuGH, dass Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen für nicht genommenen Jahresurlaub am Ende des Arbeitsverhältnisses keine finanzielle Vergütung gezahlt wird, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraumes und/oder Übertragungszeitraums

oder eines Teils davon krankgeschrieben bzw. im Krankheitsurlaub war und deshalb sein Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nicht ausüben konnte.

Folge des EuGH-Urteils im Falle Schultz-Hoff war die vollständige Aufgabe der bisherigen jahrzehntelangen höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den neunten Senat (u. a. zuständig für Urlaubsrecht) des Bundesarbeitsgerichts. Im Rahmen einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion gibt das BAG die zeitlichen Beschränkungen des Urlaubsanspruches in § 7 Abs. 3 Satz 1, 3 und 4 BUrlG im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Bezugs- und/oder Übertragungszeitraumes auf. So erlischt der Anspruch auf Abgeltung gesetzlichen Voll- und Teilurlaubs nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder Übertragungszeitraumes erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. Urlaubsansprüche arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer verfallen demnach spätestens 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres, wenn sie bis dahin nicht genommen werden können.

Auch hat der neunte Senat des BAG die bis dahin gültige Surrogats-Theorie vollständig aufgegeben. So war der Abgeltungsanspruch nichts anderes als Ersatz für den unantastbaren Urlaubsanspruch nach § 1 und § 3 Abs. 1 BUrlG. Er stand nicht zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien. Die gesetzliche Unabdingbarkeit nach § 13 Abs. 1 BUrlG erstreckte sich auch auf den Urlaubsabgeltungsanspruch. Er war ebenso wie der gesetzliche Urlaubsanspruch selbst unabdingbar. Da somit der Urlaubsabgeltungsanspruch kein einfacher Geldanspruch, sondern lediglich ein Surrogat des Urlaubsanspruches war, galten für ihn die gleichen tatbestandlichen Voraussetzungen wie für den

Urlaubsanspruch selbst. Einzig zusätzlich hinzu kam beim Urlaubsabgeltungsanspruch per Definition die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer erhielt somit aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Arbeitsentgelt als Urlaubsabgeltung für eine fiktive Arbeitszeit weiter, die der ihm als Urlaub zu gewährenden Freizeit entsprach. Der Arbeitnehmer sollte nach § 7 Abs. 4 BUrlG so gestellt werden, als würde die Arbeitspflicht durch Gewährung des Urlaubs suspendiert werden können. Nur deswegen hatte er den Abgeltungsanspruch, dieser bestand nur in der Bindung an die als fortbestehend zu behandelnde Arbeitspflicht und setzte somit Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers voraus.

Nach der nunmehr erfolgten Aufgabe der Surrogats-Theorie ist der Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs nichts anderes als ein reiner Geldanspruch. Er unterfällt daher nicht mehr dem Fristenregime des Bundesurlaubsgesetzes. Er unterfällt daher den Bedingungen, die nach den arbeitsvertraglichen Regelungen bzw. einem anwendbaren Tarifvertrag für die Geltendmachung von Geldansprüchen vorgeschrieben sind (so ausdrücklich der neunte Senat des BAG vom 9. August 2011 zu dem Aktenzeichen 9 AZR 365/10). Der Anspruch auf Abgeltung kann somit beispielsweise aufgrund einzelvertraglicher oder tariflicher Ausschlussfristen verfallen.

Teil 5:
Platz für Ihre Notizen

Vielen Dank für Ihr Interesse !