

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 3 / 2017

**Liebe Leserinnen und Leser,**

kürzlich stolperte ich in der Zeitung über das verzweifelte Inserat eines englischen Wissenschaftlers. Für seine Schnecke mit „links gedrehtem Schneckenhaus“ suchte er eine Partnerin. Kein Witz, denn solche Exemplare sind extrem selten. Auf eine Million Schnecken kommt gerade einmal ein „links gedrehtes“ Exemplar. Da gestaltet sich die Partnersuche natürlich schwierig...

Der Suche nach der Nadel im Heuhaufen ähnelt auch die Vertragsgestaltung in meinem Kanzleialltag. Sie glauben, es gäbe einen „Standardtext“ für einen Arbeitsvertrag? Ja, den gibt es. Aber damit haben Sie lediglich eine „normale Schnecke“ gefunden – nicht die Schnecke mit „links gedrehtem Schneckenhaus“.



In meiner Praxis erlebe ich jedoch selten Mandanten, die mit einem „Standardtext“ zufrieden sind. Jeder hat spezielle Bedürfnisse, einen besonderen Regelungsbedarf – und dementsprechend hat letztlich jeder gute Arbeitsvertrag ein anderes „Schneckenhaus“. Weniger sollten Sie als Mandant auch nicht akzeptieren.

*Ihr Dr. Peter Bitzer*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

### Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal

In Unternehmen mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern benötigt der Arbeitgeber vor jeder **Einstellung** die Zustimmung des Betriebsrats (§ 99 Abs. 1 BetrVG). Davon betroffen sein kann auch das

**Fremdpersonal** eines Drittunternehmens.

### „Einstellung“ von Fremdpersonal

Für die Klärung, ob eine „**Einstellung**“ gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG vorliegt, kommt es nämlich nicht auf die arbeitsvertragliche Situation an. Auch Beschäftigte eines anderen Unternehmens (Fremdpersonal) können eingestellt werden mit der Folge, dass der Betriebsrat mitzubestimmen hat. Das hat das **Bundesarbeitsgericht** in einer aktuellen Entscheidung klargestellt (BAG, Beschluss vom 13.12.2016, Aktenzeichen: 1ABR 59/14).

### Eingliederung und Weisungsgebundenheit

Ob eine „Einstellung“ vorliegt, richtet sich alleine danach, die betreffende Arbeitskraft in den Betrieb **eingegliedert** wird.

**Eingegliedert** ist, wer eine weisungsgebundene Tätigkeit verrichtet, die der Arbeitgeber organisiert. Der Beschäftigte muss so in die betriebliche Arbeitsorganisation

#### Impressum:

Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393 ,  
50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2,  
homepage: bitzer-anwalt.de

integriert sein, dass der Arbeitgeber die Entscheidung über den Einsatz nach Inhalt, Ort und Zeit trifft.

Diese Voraussetzungen können auch bei Beschäftigten eines fremden Unternehmens (**Fremdpersonal**) vorliegen.

### Tatsächliche Handhabung entscheidend

Häufig sehen die **Dienstleistungsverträge** zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ausdrücklich vor, dass der Auftraggeber dem Fremdpersonal **keine** Weisungen erteilen darf. Um eine ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags sicherzustellen, darf der Auftraggeber lediglich einem konkret bezeichneten Ansprechpartner des Auftragnehmers fachliche Weisungen erteilen.

**Das Problem:** In der Praxis wird häufig **abweichend** vom Vertragstext verfahren, indem der Auftraggeber dem Fremdpersonal eben doch selbst detaillierte Weisungen hinsichtlich der zu verrichteten Tätigkeiten erteilt. Dann schnappt allerdings die Mitbestimmungsfalle des Betriebsrats zu.

### Das sagt der Anwalt

Der Auftraggeber sollte darauf achten, im Dienstleistungsvertrag so **detailliert** wie möglich zu regeln, welche **Leistungen** der Auftragnehmer im Einzelnen zu erbringen hat. Je pauschaler und allgemeiner die Leistungspflicht des Auftragnehmers vertraglich geregelt ist, desto eher gehen die Arbeitsgerichte nämlich davon aus, dass das Fremdpersonal alle maßgeblichen

Weisungen direkt vor Ort im Betrieb von den Arbeitnehmern des Auftraggebers erhält.

### Kopftuch am Arbeitsplatz

Darf der Arbeitgeber das Tragen eines islamischen Kopftuchs am Arbeitsplatz untersagen? Diese Frage hatte der Europäische Gerichtshof zu entscheiden (EuGH, Urteil vom 14.03.2017, Az: C-157/15).

### Der Fall (verkürzt)

Ein belgisches Unternehmen erließ eine **Arbeitsordnung**, die vom Betriebsrat gebilligt wurde und folgenden Inhalt hatte:

„Es ist den Arbeitnehmern verboten, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen...“.

Das Unternehmen erbringt unter anderem Rezeptions- und Empfangsdienste für ihre Kunden. Die klagende Arbeitnehmerin, die muslimischen Glaubens ist, kündigte eines Tages an, die Arbeit künftig nur noch mit islamischem Kopftuch aufnehmen zu wollen. Daraufhin erhielt sie die Kündigung.

### Keine unmittelbare Diskriminierung

Nach Ansicht des EuGH liegt **keine unmittelbare Diskriminierung** wegen der Religion oder Weltanschauung vor, wenn ein nationales Unternehmen eine interne Regel aufstellt, wonach das sichtbare Tragen jedes politischen, philoso-

phischen oder religiösen Zeichens am Arbeitsplatz verboten wird.

### Mittelbare Diskriminierung denkbar

Eine solche Unternehmensregel kann allerdings eine **mittelbare Diskriminierung** darstellen, wenn sich herausstellt, dass die dem Anschein nach neutrale Verpflichtung tatsächlich dazu führt, dass Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung in besonderer Weise benachteiligt werden.

### Erforderlichkeit und Angemessenheit der Regelung

Auch dies wäre jedoch **gerechtfertigt**, wenn das Kopftuchverbot durch das rechtmäßige Ziel einer **Unternehmenspolitik** der politischen, philosophischen und religiösen **Neutralität** im Verhältnis zu seinen Kunden sachlich gerechtfertigt ist **und** die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Der Arbeitgeber wird daher wohl in jedem Einzelfall prüfen müssen, ob er den betroffenen Arbeitnehmer (mit Kopftuch) auf einem **anderen Arbeitsplatz ohne Kundenkontakt** einsetzen kann.

### Das sagt der Anwalt

Die Grundaussage des EuGH ist dankbar eindeutig: Private Unternehmen dürfen sich zu einer Politik der unbedingten Neutralität gegenüber ihren Kunden bekennen und dies auch gegenüber ihren Mitarbeitern durchsetzen. Der Teufel steckt aber im Detail:

- Sollte sich herausstellen, dass das Unternehmen die eigene Unternehmenspolitik nicht konsequent durchzieht, ist das Thema Diskriminierung sehr schnell wieder auf dem Tisch.
- Zum anderen wird das Unternehmen im Konfliktfall möglicherweise gezwungen sein, dem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung einen **anderen Arbeitsplatz** anzubieten, der nicht mit Kundenkontakt verbunden ist. Völlig offen ist jedoch, welche **Anstrengungen** das Unternehmen dabei unternehmen muss. Der EuGH beließ es bei dem dünnen Hinweis, wonach "unternehmensinterne Zwänge" berücksichtigt werden müssten und eine „zusätzliche Belastung“ des Unternehmens nicht hinzunehmen sei.
- In einem weiteren Urteil gleichen Datums hat der EuGH außerdem klargestellt, dass der Arbeitgeber nicht etwa einem beliebigen Kundenwunsch nach Bedienung durch Mitarbeiter ohne Kopftuch nachkommen darf.

### Zwangsgeld bei mangelhaftem Zeugnis

Zeugnisstreitigkeiten landen häufig vor dem Arbeitsgericht und sind dann emotional stark aufgeladen. Wie weit das gehen kann, zeigt eine Entscheidung des LAG Köln (Beschluss vom 14.02.2017, Aktenzeichen: 12 Ta 17/17).

### Kündigungsschutzklage mit Vergleich

Die Ausgangslage war ganz typisch: Im Rahmen eines **Kündigungsschutzprozesses** schloss der Arbeitgeber mit der Arbeitnehmerin einen **gerichtlichen Vergleich**. Neben der üblichen Abfindungsregelung enthielt der Vergleich auch diese Regelung zum **Zeugnis**: "Der Arbeitgeber wird der Arbeitnehmerin ein wohlwollendes qualifiziertes Zeugnis erteilen".

### Diskriminierendes Zeugnis

Damit war die Zeugnisangelegenheit aber keineswegs ausgestanden. Denn in „Erfüllung“ der Vergleichsverpflichtung erteilte der Arbeitgeber ein Zeugnis, bei dem auch dem gestandenen Arbeitsrechtler der Atem stockt.

In Fettdruck führte das Zeugnis in der Überschrift zunächst das **Aktenzeichen des Arbeitsgerichts** auf, vor dem sich der Arbeitgeber zur Zeugniserteilung in dem Vergleich verpflichtet hatte. Das überaus kurze Zeugnis enthielt inhaltlich dann im Wesentlichen folgende Formulierungen:

„Geschlechterbezogen war Frau ..... sehr beliebt.“

„Ihre Aufgaben hat sie nach Anweisungen sehr bemüht erledigt.“

„Die Anstrengungen ihrer Tätigkeit hat sie sehr regelmäßig mit Schöpfungspausen bedacht und ihre Arbeitszeiten nach ihren Anforderungen ausgeführt.“

Irgendwie nicht weiter überraschend enthielten sogar diese we-

nigen Sätze auch noch zahlreiche Schreibfehler.

### Zwangsgeld fällig

Die Arbeitnehmerin ging nun im Wege der **Zwangsvollstreckung** gegen den Arbeitgeber vor – und beantrage die Festsetzung eines **Zwangsgeldes** durch das Arbeitsgericht, weil der Arbeitgeber seine Pflicht zur Zeugniserteilung nicht erfüllt habe. Arbeitsgericht und LAG Köln gaben dem Antrag statt und verhängten ein Zwangsgeld von 500,00 €. Der Arbeitgeber tat überrascht und entgegnete, er habe doch schließlich ein Zeugnis erteilt.

**Die zutreffende Begründung des LAG Köln:** Eine polemische und ironisch formulierte Leistungsbeurteilung erfüllt noch nicht einmal die Mindestanforderungen an ein Zeugnis. Ein derartiges "Zeugnis" erfüllt den titulierten Anspruch zur Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses daher nicht.

### „Druckkündigung“

**Was meinen Sie:** Darf der Arbeitgeber gegenüber einem Mitarbeiter eine Kündigung aussprechen, wenn die übrige Belegschaft es verlangt – auch wenn eigentlich kein Kündigungsgrund vorliegt?

Ja, das geht! Allerdings gelten für derartige **„Druckkündigungen“** eine Reihe strenger Voraussetzungen. Das hat das Bundesarbeitsgericht in einer aktuellen Entscheidung klargestellt (Urteil vom 15.12.2016, Aktenzeichen: 2 AZR 431/15).

### Androhung von Nachteilen

Das ernstliche Verlangen eines Dritten, der vom Arbeitgeber unter Androhung von Nachteilen die Entlassung eines bestimmten Arbeitnehmers fordert, kann einen Grund zur Kündigung bilden, selbst wenn die Drohung objektiv nicht gerechtfertigt ist.

### Strenge Voraussetzungen

Der Arbeitgeber darf einem Kündigungsverlangen - insbesondere einem Verlangen der Belegschaft oder eines Teils der Belegschaft - aber **nicht vorschnell** nachgeben. Er hat sich vielmehr zunächst

- schützend vor den Betroffenen zu stellen und
- alles Zumutbare zu versuchen, um die Belegschaft von ihrer Drohung abzubringen.

Diese Pflicht verlangt vom Arbeitgeber ein **aktives Handeln**, das darauf gerichtet ist, den Druck abzuwehren. Nur wenn **trotz solcher Bemühungen** die Verwirklichung der Drohung in Aussicht gestellt wird und dem Arbeitgeber dadurch **schwere wirtschaftliche Nachteile** drohen, kann eine Kündigung gerechtfertigt sein. Voraussetzung dafür ist allerdings auch dann, dass die Kündigung das **einzig in Betracht kommende Mittel** ist, um die Schäden abzuwenden.

### Inhalt der Drohung maßgeblich

Nicht jede Drohung erlaubt dem Arbeitgeber zudem eine Kündigung. Eine relevante „Drucksituation“ kann aber dann vorliegen, wenn

- andere Arbeitnehmer mit einer **Eigenkündigung** oder
- Kunden mit **Auftragskündigungen** drohen.

Schwieriger wird es, wenn die Arbeitnehmer und/oder Kunden „lediglich“ damit drohen, die **Arbeit niederzulegen**. Arbeitnehmer, die die Arbeit verweigern, weil der Arbeitgeber einem unberechtigten - Kündigungsverlangen nicht nachkommt, verletzen nämlich ihre arbeitsvertraglichen Pflichten. Deshalb muss der Arbeitgeber sie zunächst darauf hinzuweisen, dass ihr Verhalten einen schwerwiegenden Vertragsbruch darstellt, der nach Abmahnung ggfs. zur Kündigung berechtigt und dass ihnen für die ausfallende Arbeit kein Entgelt zusteht.

### Das sagt der Anwalt

Leider hat das BAG **offengelassen**, ob und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die gegenüber den „Verweigerern“ in Aussicht gestellten Maßnahmen auch **umzusetzen** hat. Genügt also die ernsthafte Ankündigung – oder muss der Arbeitgeber tatsächlich das Gehalt kürzen sowie Abmahnungen und Kündigungen gegenüber den „Verweigerern“ aussprechen?

### Anspruch des Arbeitnehmers auf Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens

Nach § 99 Abs. 1 BetrVG muss der Arbeitgeber vor jeder **Einstellung** oder **Versetzung** die **Zustimmung des Betriebsrats** einholen. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung, kann der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen.

So weit, so gut. Doch wie sieht es aus, wenn der Arbeitgeber diesen gerichtlichen Weg nicht beschreiten will? Kann der betroffene Arbeitnehmer ihn dann dazu zwingen? Dazu hat sich das Bundesarbeitsgericht geäußert (BAG, Urteil vom 21.02.2017, Aktenzeichen: 1 AZR 367/15).

### Erzwingung durch Arbeitnehmer

Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber die Einleitung des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens **verlangen**,

- wenn sich der Arbeitgeber zur Durchführung dieses Verfahrens im Wege einer Selbstbindung **verpflichtet** hat. Für die Annahme einer solchen Selbstbindung müssen allerdings besondere Anhaltspunkte gegeben sein;
- wenn ein **kollusives Zusammenwirken** zwischen den Betriebsparteien vorliegt. Das muss der Arbeitnehmer allerdings beweisen;

- wenn es sich bei dem betroffenen Arbeitnehmer um einen **schwerbehinderten** Menschen handelt **und** der Arbeitgeber erkennt, dass die geltend gemachten **Zustimmungsverweigerungsgründe** tatsächlich **nicht** vorliegen. Das ergibt sich aus dem in § 81 IV 1 Nr. 1 SGB IX gesetzlich verankerten Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen.

### Im Regelfall keine Erzwingung

Ein darüber **hinaus** gehender Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Durchführung eines gerichtlichen Zustimmungseretzungsverfahrens besteht dagegen **nicht**. Er ergibt sich auch nicht aus der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 II BGB.

### Arbeitnehmer nicht schutzlos

Der Arbeitnehmer ist jedoch **nicht schutzlos** gestellt, wenn der Arbeitgeber kein Zustimmungseretzungsverfahren durchführt, denn:

- Ein bereits abgeschlossener **Arbeitsvertrag** ist – sofern er nicht ohnehin unter der Bedingung einer Zustimmungerteilung durch den Betriebsrat geschlossen wurde – auch bei verweigerter Zustimmung des Betriebsrats wirksam.
- Eine mitbestimmungswidrige **Einstellung** führt zwar zu einem betriebsverfassungsrechtlichen Beschäftigungsverbot. Für die Dauer der Nichtbeschäftigung schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jedoch **Annahmeverzugslohn** nach § 615 BGB.
- Darüber hinaus kann der Arbeitgeber im Einzelfall aufgrund seiner vertraglichen Rücksicht-

nahmepflicht gehalten sein, ein ihm vertraglich zustehendes **Weisungsrecht (neu) auszuüben** und dem Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit zuzuweisen.

- Denkbar ist in einer solchen Situation auch ein Anspruch des Arbeitnehmers auf **Vertragsanpassung**, wenn damit eine anderweitige mitbestimmungsgemäße Beschäftigungsmöglichkeit eröffnet wird.

### Das sagt der Anwalt

Arbeitgeber sollten unbedingt darauf achten, Einstellungen und Versetzungen nur unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Zustimmung des Betriebsrats zu vereinbaren. Dadurch können von vornherein teure Konflikte mit dem Arbeitnehmer vermieden werden.