# DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

## **GLAUBER & PARTNER**



### **INHALT**

EDITORIAL

#### **BAG Aktuell:**

• Kündigungsschutz im Kleinbetrieb

#### Aus der Rechtsprechung:

- Ausschreibung einer Trainee-Stelle für Berufsanfänger
- Ablehnung eines schwerbehinderten Stellenbewerbers
- Abholung des Zeugnisses im Betrieb
- Arbeitszeiten müssen zeitnah erfasst werden
- Kündigungsschutzklage trotz Verhandlung über Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses
- Internetzugang für Betriebsrat

DITORIA

Mit der ersten Ausgabe des ARBEITSRECHTSREPORTS im Jahre 2013 möchten wir Sie wieder über einige aktuelle Entscheidungen des BAG sowie der Instanzgerichte zu für die Personalarbeit besonders relevanten Themen informieren.

Hinweisen möchten wir Sie insbesondere auf die Entscheidung des BAG zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Ermittlung der Betriebsgröße, wenn ihr Einsatz auf einem "in der Regel" vorhandenen Personalbedarf beruht.

Wir hoffen, dass der ARBEITSRECHTSREPORT wieder auf Ihr Interesse stößt.

#### **BAG AKTUELL:**

Kündigungsschutz im Kleinbetrieb – Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern BAG, Urteil vom 14.01.2013 (Az.: 2 AZR 140/12)

Das BAG hatte sich jüngst mit der Frage zu befassen, ob bei der Ermittlung der Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer gegebenenfalls auch Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen sind. Dem lag die Klage eines Arbeitnehmers zugrunde, der das Fehlen einer sozialen Rechtfertigung der ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung gemäß § 1 KSchG rügte, obwohl seine Arbeitgeberin insgesamt lediglich zehn Arbeitnehmer beschäftigte. Hierneben setzte die Arbeitgeberin jedoch auch Leiharbeitnehmer ein.

Sind Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung der Betriebsgröße zu berücksichtigen?

Das BAG entschied, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanzen nicht von vornherein ausgeschlossen sei, dass das Kündigungsschutzgesetz im vorliegenden Falle Anwendung finde. Bei der Ermittlung der Betriebsgröße gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG könnten vielmehr durchaus auch im Betrieb eingesetzte Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen sein, jedenfalls dann, wenn ihr Einsatz auf einem "in der Regel" vorhandenen Personalbedarf beruhe.

Das Kündigungsschutzgesetz findet in Betrieben, die regelmäßig nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigen, keine Anwendung, da der Gesetzgeber den Umständen Rechnung tragen wollte, dass in Kleinbetrieben häufig eng und persönlich zusammengearbeitet wird, zumeist eine vergleichsweise geringe Finanzausstattung besteht und der mit einem Kündigungsschutzprozess verbundene Verwaltungsaufwand den Inhaber eines Kleinbetriebes typischerweise stärker belastet.

Besteht in einem Betrieb hingegen "in der Regel" ein zusätzlicher Personalbedarf, der zum Einsatz von Leiharbeitnehmern führt, so rechtfertigt nach Auffassung des BAG der Sinn und Zweck der >

Regelmäßiger Personalbedarf maßgeblich.

Kleinbetriebsklausel keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder entliehener Arbeitnehmer beruht. Besteht also "in der Regel" ein zusätzlicher Personalbedarf, der zum Einsatz von Leiharbeitnehmern führt, so sind die betreffenden Leiharbeitnehmer der für die Ermittlung der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes maßgeblichen Zahl der Arbeitnehmer hinzuzurechnen.

#### AUS DER RECHTSPRECHUNG:

Ausschreibung einer Trainee-Stelle für Berufsanfänger BAG, Urteil vom 24.01.2013 (Az.: 8 AZR 429/11)

Eine Arbeitgeberin hatte zur Suche von Nachwuchskräften folgende Stellenanzeige aufgegeben:

"Die Charité hat in den kommenden Jahren einen relevanten Bedarf an Nachwuchsführungskräften. Um diesen abzudecken, gibt es ein spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionals: Traineeprogramm an der Charité. (...) Da es sich per definitionem um Berufsanfänger handelt, stehen neben den erworbenen Fähigkeiten vor allem die persönlichen Eigenschaften im Mittelpunkt."

Berufsanfänger".

Stellenausschreibung "für

Auf die ausgeschriebene Stelle bewarb sich auch der seinerzeit 36-jährige Kläger. Er hatte bereits Berufserfahrung gesammelt. Die Beklagte lud ihn nicht zu dem von ihr durchgeführten Assessment-Center ein, sondern erteilte ihm eine Absage. Hierin sah der Kläger eine Benachteiligung wegen seines Alters und verlangte daher eine Entschädigung. Die Beklagte bestritt demgegenüber eine Diskriminierung und berief sich auf eine Auswahl der Bewerber ausschließlich nach Examensnoten.

Das BAG hat mit seiner Entscheidung festgestellt, dass eine an "Berufsanfänger" gerichtete Stellenanzeige verbunden mit der Ablehnung eines berufserfahrenen 36-jährigen Stellenbewerbers ein Indiz für eine Benachteiligung des Bewerbers wegen seines Alters darstelle. Die Konsequenz hieraus ist, dass die beklagte Arbeitgeberin die Beweislast dafür trägt, dass ein solcher Vorstoß nicht vorgelegen hat. Die Arbeitgeberin ist damit gezwungen, im weiteren Verfahren darzulegen und zu beweisen, dass sie den abgelehnten Bewerber tatsächlich wegen seiner im Vergleich zu anderen Stellenbewerbern schlechteren Examensnote nicht in die Bewerberauswahl einbezogen hat.

"Berufsanfänger" knüpft an das Alter des Bewerbers an und kann daher Indiz für Benachteiligung sein.

Als Konsequenz dieser Entscheidung möchten wir noch einmal darauf hinweisen, dass in Stellenausschreibungen jegliche Anknüpfung an das Alter vermieden werden sollte. Eine solche Anknüpfung kann sich bereits aus einer Ausschreibung einer Stelle ausdrücklich für "Berufsanfänger" ergeben.

### Ablehnung eines schwerbehinderten Stellenbewerbers BAG, Urteil vom 21.02.2013 (Az.: 8 AZR 180/12)

Die schwerbehinderte Klägerin hatte an einem Vorstellungsgespräch teilgenommen, erhielt jedoch nachfolgend eine Absage ohne Angaben von Gründen. Hierin sah sie eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung und verklagte die Arbeitgeberin auf Zahlung einer Entschädigung. Als Indiz für ihre Benachteiligung sah die Klägerin, dass die Beklagte ihrer Aufforderung, den Grund für die Ablehnung der Bewerbung mitzuteilen, nicht nachgekommen war und auch die Bitte, die Auswahlentscheidungsunterlagen einzusehen, abgelehnt hatte.

Das BAG gab dem Entschädigungsverlangen der abgelehnten schwerbehinderten Stellenbewerberin nicht statt, da von der Klägerin keine Indizien vorgetragen worden seien, die die Vermutung zulassen, ihre Bewerbung sei wegen ihrer Schwerbehinderung erfolglos geblieben. Auch aus dem Umstand, dass die Beklagte die Gründe für die Ablehnung der Klägerin zunächst nicht angab, ergab sich aus Sicht des BAG kein Indiz für eine Benachteiligung der schwerbehinderten Klägerin, denn eine entsprechende Verpflichtung bestand für die Arbeitgeberin gemäß § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX nur, wenn diese der Pflicht zur Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen gemäß § 71 SGB IX nicht hinreichend nachgekommen wäre.

Diese Entscheidung des BAG gibt Anlass, noch einmal auf die oft nicht bekannte Verpflichtung des Arbeitsgebers zur Begründung einer Ablehnung eines schwerbehinderten Stellenbewerbers hinzuweisen. Nach § 71 Abs. 1 SGB IX müssen Arbeitgeber mit mindestens zwanzig Beschäftigten grundsätzlich wenigstens fünf Prozent ihrer Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzen. Ist diese Quote nicht erfüllt, muss der Arbeitgeber Entscheidungen, mit denen die Schwerbehindertenvertretung nicht einverstanden ist, mit dieser unter Darlegung der Gründe erörtern. >

Ablehnung eines schwerbehinderten Stellenbewerbers muss unter Umständen begründet werden.

Gemäß § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX hat der Arbeitgeber alle Beteiligten – wozu auch der abgelehnte Stellenbewerber gehört – über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung ist der Hinweis des Stellenbewerbers auf seine Behinderung zu beachten, sofern die vorgenannte Quote mit schwerbehinderten Menschen besetzter Arbeitsplätze nicht erfüllt ist. Die Ablehnungsentscheidung ist in diesem Fall also schriftlich zu begründen. Anderenfalls kann bereits in der unterlassenen Begründung ein Indiz für eine Benachteiligung des Stellenbewerbers wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes liegen.

### Abholung des Zeugnisses im Betrieb LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 06.02.2013 (Az.: 10 Ta 31/13)

Das LAG Berlin-Brandenburg hatte die Frage zu klären, ob eine Verpflichtung des Arbeitgebers besteht, das Zeugnis eines Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an diesen zu übersenden.

Im Gesetz ist ein Erfüllungsort für den Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses nicht geregelt. Regelmäßig enthält auch der Arbeitsvertrag hierzu keine Vereinbarung. Daher greift die allgemeine gesetzliche Regelung gemäß § 269 Abs. 1 BGB ein, wonach ohne Bestimmung oder Bestimmbarkeit des Leistungsortes der Wohnsitz des Schuldners maßgeblich ist, im Falle eines Gewerbebetriebes also die Niederlassung des Betriebes gemäß § 269 Abs. 2 BGB.

Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg steht in Einklang mit der Rechtsprechung des BAG, das davon ausgeht, dass für Zeugnisse regelmäßig von einer Holschuld des Arbeitnehmers auszugehen ist, vgl. BAG, Urteil vom 08.03.1995 – 5 AZR 848/93.

Es ist hiernach lediglich in besonderen Ausnahmefällen, z. B. bei entsprechenden Zusagen, von der Verpflichtung des Arbeitgebers auszugehen, dem Arbeitnehmer das Zeugnis zuzusenden. Die aus gutem Grunde bestehende häufige Praxis, ausgeschiedenen Arbeitnehmern ihr Zeugnis zusammen mit den übrigen Arbeitspapieren zu übersenden, steht außer Frage. Es dürfte vielfach auch gar nicht im Interesse des Arbeitgebers liegen, einen ausgeschiedenen Arbeitnehmer zur Abholung des Zeugnisses noch einmal in den Betrieb zu holen. Durchsetzbar wäre eine Zeugnisübersendung von dem Arbeitnehmer im Streitfalle jedoch regelmäßig nicht.

# Arbeitszeiten müssen zeitnah erfasst werden LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.11.2012 (Az.: 10 Sa 270/12)

Das LAG Rheinland-Pfalz hatte sich mit der Frage zu befassen, ob einer Arbeitnehmerin auch dann berechtigt gekündigt werden durfte, wenn ihre falsche Dokumentation der Arbeitszeit auf Nachlässigkeit beruhte. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin war in einem Unternehmen beschäftigt, in dem es keine Stempeluhr gab. Die täglich abgeleistete Arbeitszeit war daher auf sogenanntem Zeitsummenkarten selbst zu erfassen. Die Arbeitgeberin nahm eine Eintragung der Klägerin (diese hatte einen Arbeitstag mit sechs Arbeitsstunden eingetragen, obwohl sie an diesem Tage tatsächlich nicht gearbeitet hatte) zum Anlass, das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos zu kündigen.

Das LAG Rheinland-Pfalz erkannte darauf, dass der vorsätzliche Verstoß gegen die Verpflichtung, die Arbeitszeit korrekt zu dokumentieren, an sich geeignet sei, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darzustellen.

Das LAG Rheinland-Pfalz weist mit seiner Entscheidung darauf hin, dass die Arbeitgeberin erwarten durfte, dass die Klägerin ihre Kommens- und Gehenszeiten sofort in die Zeitsummenkarte einträgt, da mit zunehmendem Zeitablauf das Erinnerungsvermögen abnimmt. Da die Klägerin die Zeitsummenkarte nicht zeitnah sondern erst mit einigem Verzug ausgefüllt hatte, hat sie Fehleintragungen ihrer Arbeitszeit in Kauf genommen, was das Gericht als ausreichend für eine zumindest bedingt vorsätzliche Falschdokumentation der Arbeitszeit ansah.

Die vorgenannte Entscheidung legt einen strengen Maßstab an die Pflicht des Arbeitnehmers zur sorgfältigen Dokumentation seiner Arbeitszeit an. Ob diese Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen

Für Zeugnis besteht eine Holschuld des Arbeitnehmers.

Vorsätzlicher Verstoß gegen korrekte Dokumentation der Arbeitszeit kann fristlose Kündigung rechtfertigen. bestätigt würde, wäre von den weiteren Umständen des Einzelfalls abhängig. Jedenfalls unterstützt sie jedoch die berechtigte Erwartung des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer, bei der Dokumentation ihrer Arbeitszeit große Sorgfalt aufzuwenden.

# Kündigungsschutzklage trotz Verhandlung über Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 02.11.2012 (Az.: 6 Sa 1754/12)

Nachdem eine gekündigte Arbeitnehmerin ihren Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft unterrichtet hatte und nachfolgend Gespräche geführt wurden, wie angesichts dieser Situation mit der Kündigung umgegangen werden solle, verstrich die dreiwöchige Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage. Sodann teilte der Arbeitgeber der gekündigten Arbeitnehmerin mit, dass man zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die Kündigung nach wie vor wirksam sei. Daraufhin erhob die Arbeitnehmerin Kündigungsschutzklage und beantragte deren nachträgliche Zulassung.

Das LAG Berlin-Brandenburg entschied, dass gekündigte Arbeitnehmer die Drei-Wochenfrist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage auch dann einzuhalten haben, wenn sie mit dem Arbeitgeber noch über eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verhandeln. Solange der Arbeitnehmer keine Zusage zur Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses erhalten hat, handelt er auf eigenes Risiko, wenn er von der zumindest vorsorglichen Erhebung einer Kündigungsschutzklage absieht.

Eine andere Beurteilung könnte sich in Fällen ergeben, in denen Arbeitgeber die Arbeitnehmerin durch eine Äußerung arglistig von einer vorsorglichen Klageerhebung abgehalten hat. Entsprechendes war in dem entschiedenen Fall jedoch nicht festzustellen.

Drei-Wochenfrist für Kündigungsschutzklage ist auch bei Verhandlung über Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einzuhalten.

### Internetzugang für Betriebsrat LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2013 (Az.: 13 TaBV 8/12)

Der Betriebsrat der Beklagten verlangte die Einrichtung eines externen Internetanschlusses zu einer Flatrate, durch die Kosten von maximal € 20,00 entstünden. Dies begründete der Betriebsrat damit, dass er zwar in der Vergangenheit seitens der Arbeitgeberin nicht überwacht worden sei, allerdings überwiege sein Geheimhaltungsinteresse gleichwohl das Kosteninteresse der Arbeitgeberin.

Das LAG Baden-Württemberg entschied, dass der Betriebsrat nicht die Übernahme der Kosten für einen externen Internetanschluss durch die Arbeitgeberin verlangen könne, denn diese Kosten seien nicht erforderlich im Sinne von § 40 Abs. 2 BetrVG. Der über das Intranet der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellte Internetzugang, der keine weiteren Kosten verursacht, erfülle das Informations- und Kommunikationsbedürfnis des Betriebsrats. Nachdem die Arbeitgeberin die Arbeit des Betriebsrats unstreitig weder überwacht noch ausgeforscht hatte und auch nicht erkennbar war, dass sie dies zukünftig beabsichtigte, bestehe lediglich eine abstrakte Möglichkeit der Kontrolle und Überwachung, ohne dass es hierfür auch nur einen tatsächlichen Anhaltspunkt gebe.

Festzuhalten ist hiernach, dass regelmäßig die Zurverfügungstellung eines Internetzugangs über das firmeninterne Netzwerk als ausreichend anzusehen ist, ein zusätzliche Kosten verursachender Anschluss über einen externen Provider ist dagegen nicht erforderlich. Entsprechende Kosten sind daher ohne besondere Sicherheitsbedenken oder konkrete Überwachungsbesorgnisse von der Arbeitgeberin nicht zu tragen.

Betriebsrat hat keinen Anspruch auf Kostenübernahme für externen Internetanschluss.

## **GLAUBER & PARTNER**

Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11 rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de Ihr Ansprechpartner im Arbeitsrecht ist:

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Dirk Uhlmannsiek

www.der-arbeitsrechtsreport.de