

## Arbeitsrecht aktuell

Januar/Februar 2014

### Rechtsfolge einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung

Besitzt ein Arbeitgeber die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kommt zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem Entleiher kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers entgegen der Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung bewusst nicht die Rechtsfolge der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher angeordnet. Das Unionsrecht gibt kein anderes Ergebnis vor. Die Leiharbeitsrichtlinie (2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit) sieht keine bestimmte Sanktion bei einem nicht nur vorübergehenden Einsatz des Leiharbeitnehmers vor. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 der Leiharbeitsrichtlinie überlässt die Festlegung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen bei Verstößen gegen Vorschriften des AÜG den Mitgliedstaaten. Angesichts der Vielzahl möglicher Sanktionen obliegt deren Auswahl dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten für Arbeitsachen.

**BAG, Urt. vom 10.12.2013, 9 AZR 51/13**

### Tarifgebundenheit durch Anerkennungstarifvertrag – Gleichstellungsabrede bei „Altvertrag“

Nehmen die Parteien in einem vor dem 01.01.2002 geschlossenen Arbeitsvertrag („Altvertrag“) einen Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung in Bezug, an den der Arbeitgeber seinerseits normativ gebunden ist, endet mit dem Wegfall der normativen Tarifgebundenheit des Arbeitgebers regelmäßig die Dynamik. Dies gilt auch, wenn die Tarifgebundenheit an Verbandstarifverträge nicht über eine Mitgliedschaft des Arbeitgebers im tarifschließenden Verband, sondern über einen von ihm als Tarifvertragspartei mit der Gewerkschaft geschlossenen Anerkennungstarifvertrag vermittelt ist. Der Kläger ist seit dem Jahr 1995 bei der Beklagten beschäftigt. In seinem Arbeitsvertrag ist neben einer Verweisung auf die tariflichen Urlaubs- und Kündigungsfristenregelungen „ein Bruttogehalt nach Tarifgruppe 5/4 in Höhe von DM 5.400,-“ vereinbart, das sich aus einem Tarifgehalt von DM 4.848,- und einer außertariflichen Zulage von DM 552,- zusammensetzt. Zu dieser Zeit war die Beklagte, die keinem Arbeitgeberverband angehört, an einen mit der IG Metall geschlossenen Anerkennungstarifvertrag gebunden, der mehrere Verbandstarifverträge der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie in Bezug genommen und vorübergehend teilweise modifiziert hatte. Dieser Anerkennungstarifvertrag wurde von der Beklagten 2001 gekündigt. Nachfolgende Änderungen der Verbandstarifverträge wurden im Arbeitsverhältnis der Parteien nicht mehr umgesetzt. Der Kläger hat mit seiner Klage Vergütungsdifferenzen zwischen dem ihm gezahlten Entgelt und den tariflichen – zwischenzeitlich – erhöhten Tabellenwerten der Tarifgruppe 5/4 geltend gemacht; allerdings ohne Erfolg. Selbst wenn man zugunsten des Klägers eine dynamische Anwendung der jeweiligen Vergütungsregelungen nach dem Mantel-, dem Lohn- und Gehaltsrahmen- sowie dem Vergütungstarifvertrag der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie annehmen würde, wäre diese Dynamik aufgrund des Wegfalls der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach der Kündigung des Anerkennungstarifvertrages (in Anwendung der früheren Rechtsprechung des Vierten Senats zur „Gleichstellungsabrede“) beendet. Ob die Tarifgebundenheit an die im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Tarifregelungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf einer Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Verband oder auf einem von ihm selbst geschlossenen Anerkennungstarifvertrag beruht, ist dabei ohne Bedeutung.

**BAG, Urt. vom 11.12.2013, 4 AZR 473/12**

### Kündigung wegen symptomloser HIV-Infektion – Behinderung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) untersagt Diskriminierungen auch wegen einer Behinderung. Eine Behinderung liegt vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch – in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) – seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, beeinträchtigt sein kann. Ein Arbeitnehmer, der an einer symptomlosen HIV-Infektion erkrankt ist, ist in diesem Sinn behindert. Kündigt der

Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines solchen Arbeitnehmers in der gesetzlichen Wartezeit des § 1 KSchG wegen der HIV-Infektion, ist die Kündigung im Regelfall diskriminierend und damit unwirksam, wenn der Arbeitgeber durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des Arbeitnehmers trotz seiner Behinderung ermöglichen kann. Der an einer symptomlosen HIV-Infektion erkrankte Kläger wurde von der Beklagten als Chemisch-Technischer Assistent für eine Tätigkeit im sog. Reinraum eingestellt. Anlässlich seiner Einstellungsuntersuchung wies der Kläger den Betriebsarzt auf seine Infektion hin. Noch am selben Tag kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich. Wegen seiner ansteckenden Krankheit könne sie den Kläger nach ihrem internen Regelwerk nicht einsetzen. Der Kläger hat geltend gemacht, er sei behindert. Die Kündigung sei unwirksam, weil sie ihn wegen seiner Behinderung diskriminiere. Er hat außerdem eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG von drei Monatsgehältern wegen seines immateriellen Schadens verlangt. Das BAG hat das Berufungsurteil aufgehoben. Die Kündigung benachteiligt den Kläger unmittelbar i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG, weil sie in untrennbarem Zusammenhang mit seiner Behinderung steht. Ob die Kündigung gleichwohl gerechtfertigt ist, steht noch nicht fest. Das Landesarbeitsgericht muss noch aufklären, ob die Beklagte durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des Klägers im Reinraum hätte ermöglichen können. Ist das nicht der Fall, ist die Kündigung wirksam. Ob dem Kläger eine Entschädigung zusteht, hängt davon ab, ob die Kündigung wirksam ist.

**BAG, Urt. vom 19.12.2013, 6 AZR 190/12**

### **Entschädigung bei Diskriminierung wegen Schwangerschaft**

Wird unter Verstoß gegen das Mutterschutzgesetz einer schwangeren Arbeitnehmerin eine Kündigung erklärt, stellt dies eine Benachteiligung wegen des Geschlechts dar und kann einen Anspruch auf Entschädigung auslösen. Die Klägerin war schwanger. Anfang Juli 2011 wurde aus medizinischen Gründen ein Beschäftigungsverbot für die Klägerin ausgesprochen. Dem Ansinnen der Beklagten, dieses Beschäftigungsverbot nicht zu beachten, widersetzte sich die Klägerin. Am 14.07.2011 wurde festgestellt, dass ihre Leibesfrucht abgestorben war. Für den damit notwendig gewordenen Eingriff wurde die Klägerin auf den 15.07.2011 ins Krankenhaus einbestellt. Sie unterrichtete die Beklagte von dieser Entwicklung noch am 14.07.2011 und fügte hinzu, dass sie nach der Genesung einem Beschäftigungsverbot nicht mehr unterliegen werde. Die Beklagte sprach umgehend eine fristgemäße Kündigung aus und warf diese noch am 14.07.2011 in den Briefkasten der Klägerin. Dort entnahm sie die Klägerin nach ihrer Rückkehr aus dem Krankenhaus am 16.07.2011. Das Bundesarbeitsgericht hatte darin eine Benachteiligung wegen des Geschlechts gesehen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 3.000,00 EUR verurteilt. Da Mutter und totes Kind noch nicht getrennt waren, bestand noch die Schwangerschaft im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Auch der Versuch, die Klägerin zum Ignorieren des Beschäftigungsverbot zu bewegen und der Ausspruch der Kündigung noch vor der künstlich einzuleitenden Fehlgeburt indizieren die ungünstigere Behandlung der Klägerin wegen ihrer Schwangerschaft.

**BAG, Urt. vom 12.12.2013, 8 AZR 838/12**

### **Schmerzensgeldanspruch wegen Mobbing ist nach zwei Jahren verwirkt**

Ein Schmerzensgeldanspruch wegen Mobbing verwirkt nach zweijährigem Abwarten. Der Arbeitgeber muss danach nicht mehr mit einer Inanspruchnahme durch den Arbeitnehmer rechnen. Der Kläger erhob Ende Dezember 2012 Klage auf Zahlung wegen Schmerzensgeld. Er behauptete von seinem Vorgesetzten seit Juli 2006 gemobbt zu werden. Dies habe dazu geführt, dass er im Jahr 2007 für 52 Tage, im Jahr 2008 für 216 Tage und im Jahr 2009 bis August durchgehend arbeitsunfähig krankgeschrieben war. Als Folge dessen wurde das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber gekündigt. Ein etwaiger Schmerzensgeldanspruch war verwirkt. Ein Recht ist verwirkt, wenn der Gläubiger es längere Zeit nicht ausgeübt hat (Zeitmoment), der Schuldner darauf vertraut hat, er werde nicht mehr in Anspruch genommen und diesem die Erfüllung unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben auch nicht mehr zuzumuten ist (Umstandsmoment). Der Kläger habe, so das Gericht, die Interessen des Arbeitgebers in gegen Treu und Glauben verstoßender Weise missachtet. Der Arbeitgeber hatte mit einer Inanspruchnahme nicht mehr rechnen müssen. Ein anderes Ergebnis würde zudem auch zu Wertungswidersprüchen führen. Denn beruhen die Entschädigungs- oder Schadenersatzansprüche wegen Mobbing auf Benachteiligungsmerkmale im Sinne des § 1 AGG, so müssen die Ansprüche innerhalb von zwei Monaten geltend gemacht werden (§ 15 Abs. 4 AGG). Besteht jedoch kein Bezug zu den Merkmalen des § 1 AGG, wäre es widersprüchlich ausschließlich die gesetzlichen Verjährungsfristen als maßgeblich anzusehen.

**LAG Nürnberg, Urt. vom 25.07.2013, 5 Sa 525/11**



Peter C. Weyand  
Rechtsanwalt  
Büro Hamm



Frank Kott  
Rechtsanwalt  
Büro Leipzig



Dr. Stephan Renners  
Rechtsanwalt  
Büro Hamm



Katalin Winkler  
Rechtsanwältin  
Büro Hamm



Robert Runkel  
Rechtsanwalt  
Büro Leipzig