

## NEWSLETTER ARBEITSRECHT

7/14

## Rechtsprechung

---

### **AGG – Anspruchsgegner bei Entschädigungsklage**

*Als Anspruchsgegner für Klage auf Entschädigung nach § 15 II AGG kommt allein der potenzielle Vertragsarbeitgeber und nicht ein Dritter in Betracht, selbst wenn Letzterer die Stelle im Auftrag des Arbeitgebers ausgeschrieben hat.*

Die X GmbH schreibt im Internet eine Stelle für einen „Personalvermittler für den Standort B“ aus. Die Stellenausschreibung erfolgt durch das Tochterunternehmen Y GmbH, das in der Stellenanzeige um die Zusendung entsprechender Bewerbungen an seine Adresse bittet. Der Kläger bewirbt sich auf die Stelle und erhält ein mit den Absenderangaben der Y GmbH versehenes Ablehnungsschreiben. Vor dem Arbeitsgericht macht der Kläger gegen die Y GmbH eine Entschädigung nach den Vorschriften des AGG geltend.

Das BAG hält die Klage für unbegründet. Die verklagte Y GmbH ist nicht passiv legitimiert, da sie nicht Vertragsarbeitgeber des Klägers hätte werden sollen oder geworden ist. Das LAG hat als Vorinstanz festgestellt, dass als Arbeitgeber i. S. von § 6 II 1 AGG ausschließlich die X GmbH in Frage kommt, die einen Standort in B unterhält. Für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG ist allein der potenzielle Arbeitgeber der richtige Anspruchsgegner. Das lässt sich zwar nicht unmittelbar dem Wortlaut der Norm entnehmen, ergibt sich jedoch aus der Gesetzessystematik; § 15 AGG setzt einen Pflichtverstoß des Arbeitgebers voraus, Ansprüche gegen Dritte sieht das Gesetz dagegen nicht vor. Zudem soll die Norm der Forderung des Europäischen Gerichtshofs nach einer wirksamen und verschuldensunabhängig ausgestalteten Sanktion bei Verletzungen des Benachteiligungsverbots durch den *Arbeitgeber* erfüllen. Der Kläger hat die Y GmbH wegen einer Benachteiligung bei der Bewerbung um ein Arbeitsverhältnis in Anspruch genommen. Eine Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr hat er nicht behauptet (vgl. § 21 II 3 AGG). Ob und inwieweit die Y GmbH als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt oder sie einen unzulässigen Rechtsschein gesetzt hat, kann dahinstehen. Ein solches Verhalten würde allenfalls zu einem Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens, nicht jedoch zu dem geltend gemachten Entschädigungsanspruch führen. Ist der Arbeitnehmer im Ungewissen darüber, wer der zukünftige Vertragsarbeitgeber sein soll, steht ihm insoweit ein Auskunftsanspruch zu. Außerdem beginnt die Ausschlussfrist des § 15 IV 1 AGG erst dann zu laufen, wenn der Arbeitnehmer von der Ablehnung „Kenntnis“ hat, wozu auch gehört, wer ihn als Arbeitgeber abgelehnt hat. Damit ist ein wirksamer Schutz der Betroffenen vor undurchsichtigen Bewerbungsverfahren sichergestellt.

**Praxishinweis:** Die Entscheidung verdient Zustimmung, wenn gleich der verzwickte – oben verkürzt wiedergegebene – Sachverhalt ein gewisses Verständnis für den Kläger und seinen Anwalt aufkommen lässt. Gleichwohl bleibt unklar, warum die Klage im Laufe des Verfahrens nicht auf den richtigen Anspruchsgegner geändert wurde. Die Ausführungen des BAG gelten im Übrigen nicht nur für konzerneigene Personalvermittlungsgesellschaften, sondern auch für externe Personalberatungsunternehmen, selbst wenn der Personalvermittler die endgültige Bewerberauswahl in alleiniger Verantwortung durchführt.

*BAG, Urteil vom 23.1.2014 – 8 AZR 118/13*

## **Aufklärungspflicht über Entgeltumwandlung**

*Ein Arbeitgeber ist nicht dazu verpflichtet, den Arbeitnehmer von sich aus auf die Möglichkeit zur Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG hinzuweisen.*

Der Arbeitnehmer ist mehrere Jahre bei dem Arbeitgeber beschäftigt. Während der Vertragslaufzeit wird von ihm kein Entgelt in eine Anwartschaft für Leistungen der betrieblichen Altersversorgung umgewandelt. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellt sich der Arbeitnehmer auf den Standpunkt, dass ihn der Arbeitgeber auf die gesetzliche Möglichkeit der Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG hätte hinweisen müssen. In diesem Fall hätte er eine Kapitallebensversicherung mit garantiertem Zahlungsanspruch abgeschlossen. Infolge der entsprechenden Unterlassung sei ihm ein Schaden von 14.000 Euro entstanden. Diesen müsse ihm der Arbeitgeber ersetzen.

Das BAG hält die Zahlungsklage für unbegründet. Der Arbeitgeber hat weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Pflicht gegenüber dem Arbeitnehmer verletzt. Er war weder nach § 1a BetrAVG noch auf Grund einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht verpflichtet, den Arbeitnehmer von sich aus auf den gesetzlichen Anspruch zur Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG hinzuweisen. Die genannte Vorschrift sieht eine derartige Hinweispflicht des Arbeitgebers nicht vor. Auch an anderer Stelle des Betriebsrentengesetzes findet sich keine ausdrückliche Regelung über eine entsprechende Hinweispflicht. Hätte der Gesetzgeber eine solche regeln wollen, hätte dies im Rahmen der Neufassung des Betriebsrentengesetzes durch das Alterseinkünftegesetz vom 5.7.2004 nahe gelegen; mit diesem Gesetz wurde unter anderem § 4a BetrAVG neu eingefügt, der die Informationspflichten des Arbeitgebers im Hinblick auf etwaige unverfallbare Anwartschaften des Arbeitnehmers bei dessen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis regelt. Außerdem hat der Gesetzgeber die Verantwortungsbe- reiche zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in § 1a BetrAVG dahin abgegrenzt, dass die Ent- scheidung darüber, ob und in welcher Höhe Entgeltansprüche in eine Anwartschaft umgewandelt werden sollen, ausschließlich dem Arbeitnehmer zugewiesen ist und der Arbeitgeber lediglich dann mitzuwirken hat, wenn der Arbeitnehmer seine Entscheidung über eine etwaige Entgeltumwandlung bereits getroffen hat. Allein der Umstand, dass der Arbeitgeber im Fall einer beantragten Entgelt- umwandlung den konkreten Versorgungsträger auswählen darf, führt nicht dazu, dass er den Arbeit- nehmer auch auf die Möglichkeit der Entgeltumwandlung an sich hinweisen muss. Eine Hinweis- pflicht folgt auch nicht als arbeitsvertragliche Nebenpflicht aus § 241 II BGB. Es ist zwar in Aus- nahmefällen denkbar, dass der Arbeitgeber zur Vermeidung von Rechtsnachteilen des Arbeitnehmers verpflichtet ist, diesem bestimmte Verhaltenshinweise zu geben. In einem solchen Fall ist jedoch eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Im vorliegenden Fall besteht zwischen Arbeitge- ber und Arbeitnehmer im Hinblick auf den Anspruch auf Entgeltumwandlung kein Kompetenz- und/oder Informationsgefälle, das nach Treu und Glauben eine Aufklärung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber erwarten lassen könnte. Der Anspruch auf Entgeltumwandlung ergibt sich aus der jedermann zugänglichen und insoweit ohne weiteres verständlichen gesetzlichen Bestimmung des § 1a BetrAVG.

**Praxishinweis:** Der Entscheidung ist zuzustimmen. Das BAG setzt damit den Hinweispflichten von Unternehmen vernünftige Grenzen. Allerdings bedeutet das Urteil nicht, dass für Arbeitgeber im Hinblick auf die Einführung und Durchführung potenzieller Entgeltumwandlungen ein „rechtsfreier Raum“ besteht. In den Entscheidungsgründen klingt insoweit an, dass Auskünfte, die Arbeitnehmern auf ausdrückliche Nachfrage vor oder nach dem Verlangen einer Entgeltumwandlung erteilt werden, durchaus haftungsrelevant sein können. Umgekehrt gilt: Wer als Arbeitnehmer das Thema bei sei- nem Arbeitgeber nicht in irgendeiner Weise adressiert, geht bei der Beendigung des Arbeitsverhält- nisses in jedem Fall leer aus.

*BAG, Urteil vom 21.1.2014 – 3 AZR 807/11*

## **Direktionsrecht – Einschränkung bei Krankheit**

***Kann eine Krankenschwester aus gesundheitlichen Gründen keine Nachtschichten mehr leisten, ist sie deshalb nicht arbeitsunfähig krank; sie hat vielmehr Anspruch auf eine Beschäftigung ohne Nachtschichten.***

Die Arbeitnehmerin ist als Krankenschwester beschäftigt. Der Arbeitsvertrag sieht vor, dass die Beschäftigten verpflichtet sind, „Nachtarbeit und Schichtarbeit zu leisten“. Nach einer anwendbaren Betriebsvereinbarung ist die Schichtfolge im Nachtdienst auf maximal drei Nächte beschränkt. Im Jahr 2010 teilt die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber mit, dass sie auf Grund einer gesundheitlich bedingten Medikamenteneinnahme nicht mehr in der Lage sei, nachts zu arbeiten. Sie könne jedoch uneingeschränkt in anderen Schichten eingesetzt werden. Die bisher von der Arbeitnehmerin geleisteten Nachtdienste betragen ca. 5% der Gesamtarbeitszeit. Der Arbeitgeber stellt sich auf den Standpunkt, dass die Arbeitnehmerin in Folge ihrer eingeschränkten Einsetzbarkeit arbeitsunfähig sei. Er teilt die Arbeitnehmerin daraufhin nicht mehr zur Arbeit ein. Die Arbeitnehmerin verlangt daraufhin vor dem Arbeitsgericht Annahmeverzugslohn.

Das BAG hält die Zahlungsklage für begründet. Die Arbeitnehmerin war nicht arbeitsunfähig erkrankt und hat dem Arbeitgeber ihre Arbeitsleistung ordnungsgemäß angeboten (§ 615 BGB). Die Tatsache, dass sie gesundheitsbedingt nicht mehr nachts arbeiten konnte, ist zwischen den Parteien unstrittig. Dieser Umstand führt im konkreten Fall jedoch nicht dazu, dass der Arbeitnehmerin die Arbeitsleistung unmöglich i.S. von § 275 I BGB geworden ist. Denn die Arbeitnehmerin ist nach Art und Ort der Arbeitsleistung nach wie vor uneingeschränkt als Krankenschwester einsetzbar; Beschränkungen bestehen lediglich hinsichtlich der *Lage* der Arbeitszeit und auch insoweit nur in Bezug auf die Nachtschicht. Die Rechtsprechung geht zwar davon aus, dass sich weder ein Arbeitgeber noch ein Arbeitnehmer im Fall der verminderten Arbeitsfähigkeit auf eine Teilleistung einlassen muss. Kann ein Arbeitnehmer seine Vertragspflichten nur teilweise erbringen, geht das BAG grundsätzlich von einer vollen Arbeitsunfähigkeit aus. Dieser Fall liegt jedoch hier nicht vor. Der Arbeitnehmerin ist die Erbringung ihrer Leistung nicht teilweise dadurch unmöglich geworden, dass sie nicht mehr nachts arbeiten kann. Eine Nachtarbeit ist nicht zwingender Bestandteil der vertraglichen Leistungspflichten. Der Arbeitsvertrag sowie die einschlägige Betriebsvereinbarung sehen zwar die Möglichkeit des Arbeitgebers vor, unter bestimmten Bedingungen Nachtarbeit anzuordnen. Diese Anordnung hat der Arbeitgeber gem. § 106 GewO nach billigem Ermessen auszuüben. Im Rahmen der Ermessensausübung ist dabei die eingeschränkte Einsetzbarkeit der Arbeitnehmerin zu berücksichtigen. Damit ist der Arbeitnehmerin ihre Leistung nicht teilweise unmöglich geworden, sondern der Arbeitgeber ist lediglich gehindert, die gesamten Bandbreite der arbeitsvertraglich an sich möglichen Leistungsbestimmungen nach § 106 GewO auszunutzen. Sein Leistungsbestimmungsrecht ist bezüglich der Anordnung von Nachtarbeit in Folge des Gesundheitszustands der Arbeitnehmerin entsprechend eingeschränkt.

**Praxishinweis:** Die Entscheidung befasst sich mit der nicht einfach zu vollziehenden Abgrenzung zwischen einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit (die nach Auffassung des BAG stets zu einer vollständigen Unmöglichkeit der Leistungspflicht führt) und einer teilweisen Einschränkung der Ausübung des Direktionsrechts in Folge gesundheitlicher Einschränkungen des Arbeitnehmers. Im ersten Fall kann der Arbeitgeber bei einer länger anhaltenden Arbeitsunfähigkeit allenfalls eine personenbedingte Kündigung erwägen; im zweiten Fall muss die Ausübung des Direktionsrechts dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers angepasst werden. Im vorliegenden Fall war dies auf Grund des geringen Volumens der Nachtarbeit unproblematisch möglich. Entscheidend war jedoch, dass keine vertraglichen oder betrieblichen Regelungen bestanden, mit denen die Ableistung von Nachtarbeit als „zwingender“ – im Gegensatz zum „möglichen“ – Bestandteil der geschuldeten Tätigkeit definiert wurde. Wäre das der Fall gewesen, hätte sich das BAG tatsächlich mit der Frage einer Unmöglichkeit der Arbeitsleistung auseinandersetzen müssen.

*BAG, Urteil vom 9.4.2014 – 10 AZR 637/13*

---

## Rechtsmissbrauch bei sachgrundloser Befristung

*Die bei verschiedenen Arbeitgebern in einem sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnis verbrachten Zeiten können grundsätzlich nur dann zusammengerechnet werden, wenn ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorliegt.*

Die Arbeitnehmerin ist vom 1.8.2007 bis 31.7.2009 bei der Bundesagentur für Arbeit auf der Grundlage eines sachgrundlos befristeten Vertrages als Sachbearbeiterin beschäftigt. Sie schließt unmittelbar im Anschluss daran für die Zeit vom 1.8.2009 bis zum 31.12.2010 einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag mit der ARGE der Stadt K (Arbeitsgemeinschaft gem. § 44b SGB II zwischen der Agentur für Arbeit der Stadt K). Arbeitsort und Arbeitstätigkeit ändern sich in Folge des Arbeitgeberwechsels nicht. Die Arbeitnehmerin ist der Auffassung, dass zwischen ihr und der ARGE ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

Das BAG weist die Sache zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurück. Da die Bundesagentur für Arbeit einerseits und die ARGE andererseits unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten sind, konnte der zweite Arbeitsvertrag grundsätzlich nach § 14 II TzBfG sachgrundlos bis zum 31.12.2010 befristet werden. Das Anschlussverbot des § 14 II 2 TzBfG erfasst nur Beschäftigungen, die bei „demselben“ Arbeitgeber, d.h. derselben vertragsschließenden Rechtspersönlichkeit ausgeübt wurden. Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass im Streitfall ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorliegt. Ein solcher muss jedoch vom Arbeitnehmer dargelegt und bewiesen werden. Insoweit gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Danach genügt es zunächst, wenn der Arbeitnehmer einen Sachverhalt vorträgt, der die Missbräuchlichkeit der Befristung nach § 242 BGB indiziert. Entsprechende Indizien können zum Beispiel eine rechtliche und tatsächliche Verbundenheit zwischen dem vormaligen und dem letzten Vertragsarbeitgeber sein, der nahtlose Anschluss des mit dem neuen Vertragsarbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsvertrags an dem befristeten Vertrag mit dem vormaligen Vertragsarbeitgeber und eine ununterbrochene Beschäftigung auf demselben Arbeitsplatz oder demselben Arbeitsbereich zu im Wesentlichen unveränderten Arbeitsbedingungen, eine gemeinsame Ausübung des Weisungsrechts durch beide Arbeitgeber oder die „Vermittlung“ des Arbeitnehmers zwischen den beteiligten Arbeitgebern im Sinne eines systematischen Zusammenwirkens der Beteiligten. Der verklagte Arbeitgeber muss sich dann im Einzelnen auf diesen Vortrag einlassen. Diese Aufklärung ist vom LAG nachzuholen.

**Ausblick:** Die Entscheidung hat eine große Aktualität. Besonders in Konzernen können Beschäftigte bei unterschiedlichen Tochtergesellschaften mit jeweils neu geschlossenen Arbeitsverträgen unter Umständen auch deutlich länger als die im Gesetz vorgesehenen zwei Jahre sachgrundlos befristet beschäftigt werden. In formaler Hinsicht waren Arbeitgeber insoweit bislang auf der sicheren Seite. Das BAG konkretisiert nun die Grenzen eines derartigen Vorgehens. Erst unlängst hatte das Gericht die Annahme eines Rechtsmissbrauchs für die „Weiterversmittlung“ eines Arbeitnehmers durch seinen Vertragsarbeitgeber an ein Zeitarbeitsunternehmen ohne Wechsel der auszuübenden Tätigkeit angenommen (BAG, BeckRS 2013, 72374).

*BAG, Urteil vom 19.3.2014 – 7 AZR 527/12*

## Nachrichten

---

### **Rentenreform verabschiedet**

*Nachdem der Bundesrat darauf verzichtet hat, an der vom Bundestag verabschiedeten Rentenreform Änderungen zu fordern, wird diese wie geplant zum 1.7.2014 in Kraft treten.*

Wesentlicher Kernpunkt der Neuregelung ist die abschlagsfreie Rente mit 63 Jahren für Versicherte mit 45 Beitragsjahren, die für Jahrgänge ab 1953 schrittweise auf 65 Jahre angehoben wird. Den Pflichtbeitragszeiten aus Beschäftigungen werden auch Zeiten der Arbeitslosigkeit (nicht aber des Bezugs von Arbeitslosenhilfe oder Arbeitslosengeld II) sowie Zeiten des Bezugs von Schlechtwettergeld oder Kurzarbeitergeld angerechnet. Um einen Missbrauch von Zeiten der Arbeitslosigkeit zu verhindern, wird ein so genannter „rollierender Stichtag“ eingeführt. Demnach werden Zeiten der Arbeitslosigkeit, die bis zu zwei Jahre vor dem möglichen Renteneintritt mit 63 Jahren liegen, nicht mehr angerechnet, es sei denn der Verlust des Arbeitsplatzes beruht auf einer Insolvenz oder einer Betriebsstilllegung. Eine wichtige arbeitsrechtliche Neuerung besteht in der Ergänzung des § 41 SGB VI, in dem künftig geregelt wird, dass zwischen den Arbeitsvertragsparteien auf den Renteneintritt vereinbarte Befristungsregelungen durch eine während des Arbeitsverhältnisses getroffene Änderungsvereinbarung einvernehmlich nach hinten „hinausgeschoben“ werden können. Die sprachlich missglückte Regelung soll demnach gewährleisten, dass eine von beiden Parteien über das Rentenalter hinaus gewollte vorübergehende Beschäftigung rechtssicher realisiert werden kann, ohne dass den Arbeitgeber ein Kündigungsrisiko trifft (vgl. BT-Dr 18/1489).