

Rundbrief

ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte.

Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein

Kampstraße 4A (Krügerpassage)
44137 Dortmund
Telefon: 0231 396301-0 | Fax: 0231 822014
arbeitsrecht@ingelore-stein.de
www.ingelore-stein.de

Was gehört in eine BV Gefährdungsbeurteilung?



Verträge sind einzuhalten

BVerwG: Durchführungsanspruch bei Dienstvereinbarungen | Seite 10

Urlaub und kein Ende

Resturlaub verfällt nur nach vorheriger Mitteilung | Seite 15

Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung

Beendet der EGMR einen Sonderweg? | Seite 19



Arbeitnehmer-
Anwälte

in ganz Deutschland

→ Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Dortmund, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Mannheim, München, Münster, Nürnberg/Ansbach, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

www.arbeitnehmer-anwaelte.de

Was gehört in eine BV Gefährdungsbeurteilung?

BAG verfeinert die Mitbestimmung




Obwohl die Verpflichtung der Arbeitgeber, eine Gefährdungsbeurteilung durchzuführen, bereits seit 1996 im Arbeitsschutzgesetz verankert ist, gibt es noch große Umsetzungsdefizite in den Betrieben. Die Betriebsräte haben ein Mitbestimmungsrecht, mit dessen Hilfe sie ihre Regelungswünsche auch in der Einigungsstelle geltend machen können. Nun musste das Bundesarbeitsgericht erneut eine Regelung zur Gefährdungsbeurteilung, die eine Einigungsstelle getroffen hatte, überprüfen. Auch in diesem Fall musste der Betriebsrat einen langen Atem haben, denn bereits 2008 vereinbarten die Betriebsparteien, dass an den betroffenen Arbeitsplätzen eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt werden sollte. Erst nach 16 Sitzungen und 8 Jahre später beschloss die Einigungsstelle eine Regelung. Der Betriebsrat focht diesen Spruch an. Weitere 3 Jahre später erging nun die Entscheidung des BAG: Die Regelung ist vom ersten bis zum letzten Wort unwirksam. Die Entscheidung ist eine wichtige Leitlinie für Regelungen zur Gefährdungsbeurteilung.

→ **Unwirksamkeit wegen formaler Fehler**

Die Regelung durch Spruch der Einigungsstelle war bereits formal unwirksam, weil Anlagen in dem schriftlich niedergelegten und unterzeichneten Spruch fehlten und weil der Vorsitzende zunächst nur die Regelung ohne die Anlagen an den Betriebsrat zustellte. In einem Spruch darf zwar auf Dokumente außerhalb des Spruchs verwiesen werden, dies aber nur, wenn sich keine Zweifel ergeben können, welches Dokument gemeint ist. Anderenfalls ist die erforderliche Schriftform des Spruchs nicht eingehalten. Zudem muss die Zustellung an die Betriebsparteien alle Bestandteile des Spruchs umfassen und einheitlich erfolgen. Nur so können die Betriebsparteien rechtssicher innerhalb der 2-wöchigen Anfechtungsfrist, die mit der Zustellung beginnt, den gesamten Spruch prüfen.

Das Bemerkenswerte hierbei ist, dass das BAG die Folge einer unvollständigen Zuleitung des Spruchs nicht darin sieht, dass lediglich die Anfechtungsfrist nicht zu laufen beginnt, die vollständige Zuleitung aber nachgeholt werden kann. Vielmehr ist der Spruch endgültig unwirksam, wenn einmal eine unvollständige Zustellung erfolgt ist.



Tipp: Die Arbeitnehmervertreter und ihre Anwälte sollten darauf achten, dass alle Bestandteile des Spruches vom Vorsitzenden unterschrieben werden, die einzelnen Bestandteile eine einheitliche Urkunde bilden und die Zustellung ordnungsgemäß und vollständig erfolgt.

Enge Regelungsgrenzen beim Spruch

Obwohl das BAG bereits aus formalen Gründen den Spruch der Einigungsstelle für unwirksam hielt, nahm es in seinem Beschluss auch zu den Regelungen Stellung, die im Spruch getroffen wurden. Diese Feststellungen sind für die Reichweite und den Inhalt der Mitbestimmung im Bereich des Arbeitsschutzes wichtig.

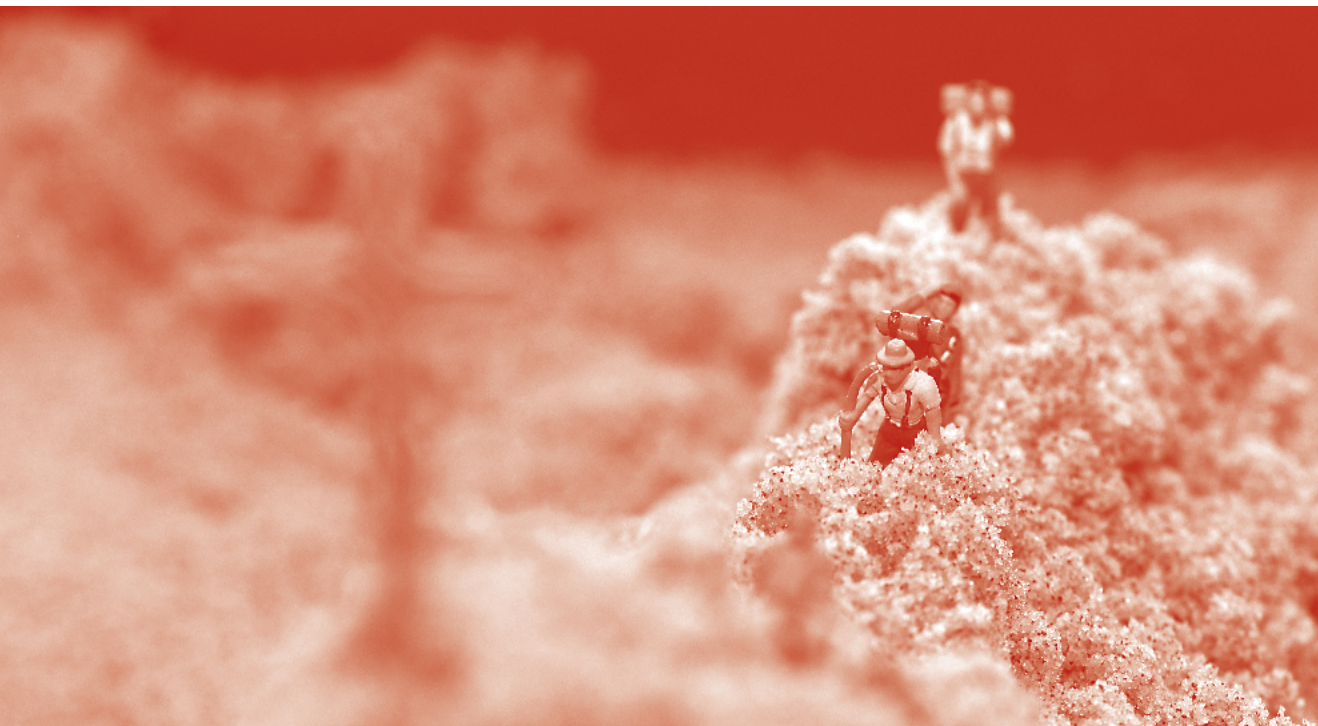
Vorausgeschickt sei, dass es sich hier um einen **Spruch** einer Einigungsstelle (also eine Abstimmung mit Mehrheitsentscheidung) handelte und die Regelungsgrenzen hierbei wesentlich enger sind als bei einer einvernehmlich abgeschlossenen Betriebsvereinbarung. Bei einer Einigungsstelle ist der konkrete Regelungsauftrag wichtiger Maßstab für die Prüfung der Wirksamkeit des Spruches. Der Regelungsauftrag wird entweder einvernehmlich von den Betriebsparteien festgelegt oder im Einigungsstelleneinsetzungsverfahren vom Arbeitsgericht beschlossen. Der Spruch der Einigungsstelle muss den Regelungsauftrag vollständig erfüllen, darf keinen Punkt des mitbestimmten Regelungsbereichs offen lassen oder der Arbeitgeberin die Entscheidung in diesen Fragen überlassen. Andererseits darf die Einigungsstelle den Regelungsauftrag nicht überschreiten, das heißt, sie darf nicht mehr beschließen, als der jeweilige Mitbestimmungsbereich umfasst.

Meinungsverschiedenheit zu einem konkreten Regelungsgegenstand

Der Regelungsauftrag in diesem Fall war der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) und zur Do-

kumentation dieser Gefährdungsbeurteilung nach § 6 ArbSchG. Das BAG prüfte die einzelnen Regelungen des Spruches darauf, ob sie den Regelungsbereich des § 5 und des § 6 ausfüllen. Nach Ansicht des BAG sind die **Wirksamkeitskontrolle** und die **Festlegung von Maßnahmen** des Gesundheitsschutzes nicht § 5 und § 6 ArbSchG zuzuordnen. Soweit die Einigungsstelle dazu Regelungen traf, überschritt sie ihren Regelungsauftrag.

Dabei muss berücksichtigt werden, dass zur Anrufung einer Einigungsstelle immer eine Meinungsverschiedenheit zu einem konkreten Regelungsgegenstand zwischen den Betriebsparteien vorliegen muss (§ 76 Betriebsverfassungsgesetz). Wenn also eine Maßnahme des Arbeits- und Gesundheitsschutzes noch nicht konkret Gegenstand einer Verhandlung zwischen den Betriebsparteien sein kann, weil die Gefährdungsbeurteilung erst die Gefährdungen feststellen muss, um eine Maßnahme oder mehrere Maßnahmen ableiten zu können, dann kann auch noch keine Meinungsverschiedenheit über die konkreten Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zwischen den Betriebsparteien bestehen. Gleiches gilt für die Wirksamkeitskontrolle, die sich ja auf die konkrete Maßnahme beziehen muss.



Somit gibt es, wenn die Gefährdungsbeurteilung noch nicht geregelt ist, noch keine Notwendigkeit, die Einigungsstelle zu einer konkreten Arbeits- und Gesundheitsschutzmaßnahme und deren Wirksamkeitskontrolle anzurufen. Daher schließen sich, wie vom BAG richtig festgestellt, die Regelungsgegenstände Gefährdungsbeurteilung und konkrete Maßnahmen des Arbeitsschutzes in ein und derselben Einigungsstelle gegenseitig aus.

Maßnahmen und Wirksamkeitskontrolle unterliegen der Mitbestimmung

Die Entscheidung bedeutet jedoch nicht, dass die Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes und die Festlegung der Art und Weise der Wirksamkeitskontrolle nicht der Mitbestimmung unterliegen. Sie verlegt die Mitbestimmung vielmehr nur auf einen späteren Zeitpunkt. Denn diese beiden Regelungsgegenstände sind von §§ 5 und 6 ArbSchG nicht erfasst. Das BAG sagt zu den **Maßnahmen** des Arbeits- und Gesundheitsschutzes:

„Sind danach Schutzmaßnahmen erforderlich, hat der Arbeitgeber diese nach § 3 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu treffen. Kann eine Gefährdung durch unterschiedliche mögliche Schutzmaßnahmen beseitigt oder zumindest reduziert werden, besteht im Rahmen dieser Norm ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei der Entscheidung, welche der möglichen Maßnahmen umgesetzt werden soll. (...) Welche Schutzmaßnahmen angemessen und geeignet sind, lässt sich erst beurteilen, wenn im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung das von Arbeit für die Beschäftigten ausgehende Gefährdungspotential eruiert worden ist (...).“

Ebenso wird die Mitbestimmung zur **Wirksamkeitskontrolle** vom BAG eingeordnet. Dazu führt das BAG aus:

„Die sich hierauf beziehende Handlungspflicht des Arbeitgebers ist in § 3 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG niedergelegt. Danach hat der Arbeitgeber, wenn er auf der Grundlage der durchgeführten Gefährdungsbeurteilung eine Maßnahme getroffen hat, diese auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anzupassen. Der systematische Zusammenhang mit Satz 1 der Norm zeigt, dass die Wirksamkeitskontrolle an eine konkrete, entweder bereits umgesetzte oder aber zumindest ausgewählte Schutzmaßnahme anknüpft. Diese ist gemessen an ihrem Schutzziel auf ihre Effektivität zu überprüfen. Da sowohl die Methode der Überprüfung als auch deren Zeitpunkt maßnahmenabhängig sind (...), können die hierzu erforderlichen und nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegenden Festlegungen erst dann erfolgen, wenn die nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG zu ergreifende konkrete Arbeitsschutzmaßnahme feststeht.“

Die Einigungsstelle überschritt daher mit Regelungen zu Maßnahmen des Gesundheitsschutzes und zur Wirksamkeitskontrolle ihren Regelungsauftrag, da sie nur den Regelungsauftrag hatte, die Gefährdungsbeurteilung und die Dokumentation zu regeln.



Tipp: Wenn Betriebsräte eine Regelung entwerfen oder einen Antrag auf Einsetzung einer Einigungsstelle beim Arbeitsgericht stellen, sollten die Regelungsbereiche

- **»Gefährdungsbeurteilung und ihre Dokumentation« und**
- **»Ableitung und Festlegung von Arbeits- und Gesundheitsschutzmaßnahmen und deren Wirksamkeitskontrolle«**

getrennt werden.

Einigungsstelle darf nicht die Belastungsfaktoren ermitteln, mögliche Gefährdungen und deren Ursache feststellen

Das BAG hat in seinem Beschluss das Mitbestimmungsrecht in weiteren Punkten konkretisiert.

Die Einigungsstelle führte selbst keine Ermittlungen zu den Arbeitsbedingungen, möglichen Gefährdungen und deren Ursache durch, um zum Beispiel vor der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung die Gleichartigkeit der Arbeitsbedingungen auf den einzelnen Arbeitsplätzen zu ermitteln. Dies griff der Betriebsrat vor Gericht als Fehler an. Das BAG hielt diese Argumentation nicht für zutreffend und stellte fest, dass dies die Aufgabe der Gefährdungsbeurteilung selbst ist, aber nicht als eine Art Voruntersuchung von der Einigungsstelle durchzuführen ist.

Nach den Erfahrungen in den Einigungsstellen führte dieser vom Betriebsrat vertretene Ansatz oft zu zeitlichen Verzögerungen und zu einer Vielzahl von Sitzungen in einer Einigungsstelle. Die einschränkende Sichtweise des BAG muss kein Nachteil sein, da man die Arbeitsbedingungen auch aus der Kenntnis der Betriebsparteien so beschreiben kann, dass die Untersuchungseinheiten eindeutig sind. Das BAG hat mit seiner jetzigen Linie allerdings seinen eigenen Beschluss aus dem Jahr 2004 relativiert. In diesem Beschluss hatte das BAG noch vertreten, dass eine Einigungsstelle die möglichen Belastungsfaktoren und deren Ursache an den einzelnen Arbeitsplätzen als Vorstufe zur eigentlichen Gefährdungsbeurteilung ermitteln sowie jeder möglichen Gefährdungsursache eine Erhebungsmethode zuordnen müsse.

Bewertung der ermittelten Gefährdungen und Feststellung des Handlungsbedarfs

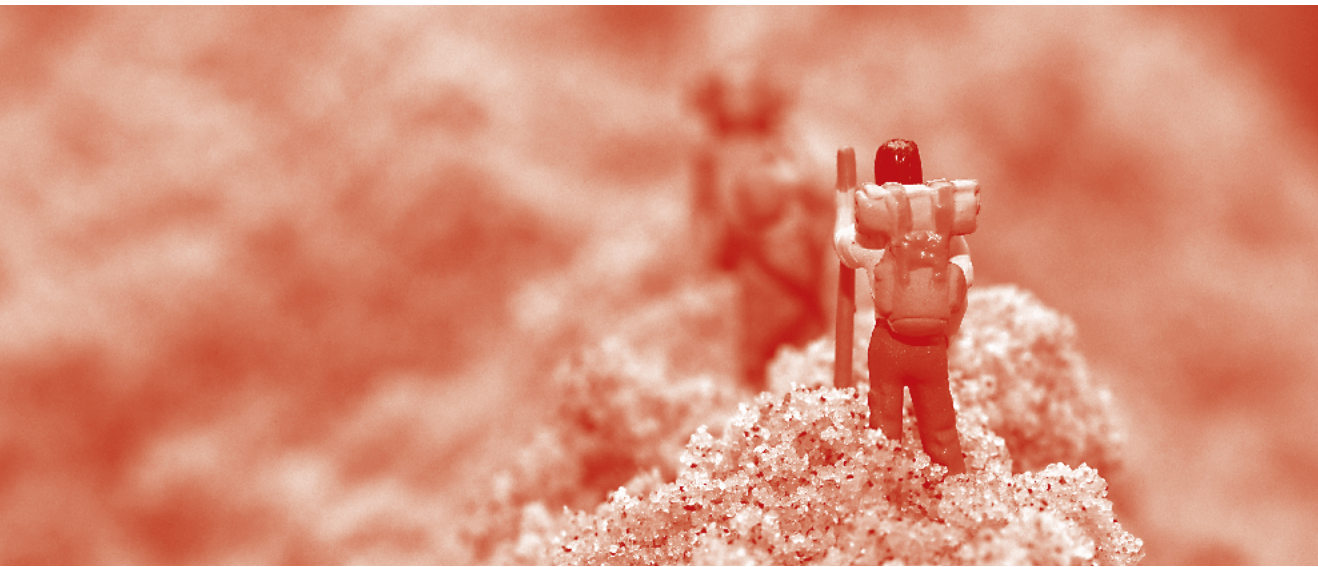
Zwar legte der Spruch der Einigungsstelle eine sogenannte „Risikomatrix“ als Anlage fest, die an den Kategorien „Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß“ einen Handlungsbedarf ableitet, aber das BAG sah die Behandlung von psychischen Gefährdungen hierdurch als nur unzureichend geregelt an. Es fehlten demnach Vorgaben dazu, „wie die ermittelten psychischen Gefährdungen der Risikomatrix zuzuordnen sein sollen“.

Positiv ist, dass das BAG in diesem Zusammenhang sowohl die Festlegung einer Bewertungsmethode als auch deren konkrete Anwendung der Mitbestimmung unterzieht. Hier gibt es neben der sogenannten „Nohl-Methode“ auch andere Bewertungsmodelle.

Einbeziehung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Weiterhin hat das BAG festgestellt, dass die Information der Arbeitnehmer über die Gefährdungsbeurteilung thematisch der Unterweisung (§ 12 ArbSchG) zuzuordnen ist und daher nicht Gegenstand eines Spruches zur Gefährdungsbeurteilung sein kann. Auch diese Zuordnung ist richtig, denn die Unterweisung kann auch erst nach Feststellung der Gefährdung und ggf. von konkreten Maßnahmen erfolgen. Ebenso können die Unterstützungshandlungen der Arbeitnehmer bei der Ermittlung der Gefährdungen Gegenstand einer mitbestimmten Regelung sein. Neben einer Regelung,

wie die Arbeitnehmer Auskünfte und Vorschläge zu den Arbeitsbedingungen geben können, müssen darüber hinausgehende Unterstützungshandlungen konkretisiert werden.



Wiederholung der Gefährdungsbeurteilung

Zutreffend hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss festgestellt, dass die Gefährdungsbeurteilung in regelmäßigen Abständen ohne besonderen Anlass zu wiederholen ist und es zu einer vollständigen Regelung gehört, eine konkrete Zeit für die Wiederholung in der Regelung festzulegen. Es genügt nicht, dass der Spruch eine Wiederholung davon abhängig macht, dass sich die Arbeitsbedingungen oder die bisherige Gefährdungssituation geändert haben. Vielmehr muss ein konkreter Zeitraum festgelegt werden, wann die Gefährdungsbeurteilung wiederholt werden muss.

Fazit

Erscheint der BAG-Beschluss auf den ersten Blick als dramatische Einschränkung der Mitbestimmung, stellt er sich bei genauerem Hinsehen als konsequente Differenzierung zwischen den verschiedenen Regelungsgegenständen dar: Es bleibt bei der Gefährdungsbeurteilung viel mitzubestimmen, aber nicht alles auf einmal, sondern schrittweise. Zu einigen Themen hatte die Einigungsstelle aus Sicht des BAG sogar zu wenig geregelt. Die Entscheidung kann als Anleitung für eine vollständige Betriebsvereinbarung zur Gefährdungsbeurteilung genutzt werden.

Der Betriebsrat muss, bevor er die Mitbestimmung im Arbeits- und Gesundheitsschutz wahrnimmt, die vom BAG vorgenommene Abgrenzung der einzelnen ausfüllungsbedürftigen Rahmenregelungen im Sinn des § 87 Absatz 1 Nr. 7 BetrVG auch in den einzelnen Regelungsvorschlägen nachvollziehen und eine dementsprechende abgestufte Regelung erarbeiten. Insbesondere ist vor Einleitung eines gerichtlichen Einigungsstelleneinsatzverfahrens genau zu überlegen, wie im Antrag der Regelungsauftrag formuliert wird.



§ 5 ArbSchG: Beurteilung der Arbeitsbedingungen

- (1) Der Arbeitgeber hat durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind.
- (2) Der Arbeitgeber hat die Beurteilung je nach Art der Tätigkeiten vorzunehmen. Bei gleichartigen Arbeitsbedingungen ist die Beurteilung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit ausreichend.
- (3) Eine Gefährdung kann sich insbesondere ergeben durch
 1. die Gestaltung und die Einrichtung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes,
 2. physikalische, chemische und biologische Einwirkungen,
 3. die Gestaltung, die Auswahl und den Einsatz von Arbeitsmitteln, insbesondere von Arbeitsstoffen, Maschinen, Geräten und Anlagen sowie den Umgang damit,
 4. die Gestaltung von Arbeits- und Fertigungsverfahren, Arbeitsabläufen und Arbeitszeit und deren Zusammenwirken,
 5. unzureichende Qualifikation und Unterweisung der Beschäftigten,
 6. psychische Belastungen bei der Arbeit.

§ 6 ArbSchG: Dokumentation

- (1) Der Arbeitgeber muß über die je nach Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten erforderlichen Unterlagen verfügen, aus denen das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung, die von ihm festgelegten Maßnahmen des Arbeitsschutzes und das Ergebnis ihrer Überprüfung ersichtlich sind. Bei gleichartiger Gefährdungssituation ist es ausreichend, wenn die Unterlagen zusammengefaßte Angaben enthalten.
- (2) Unfälle in seinem Betrieb, bei denen ein Beschäftigter getötet oder so verletzt wird, daß er stirbt oder für mehr als drei Tage völlig oder teilweise arbeits- oder dienstunfähig wird, hat der Arbeitgeber zu erfassen.

Siehe:

- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 13.08.2019, Aktenzeichen 1 ABR 6/18, NZA 2019, Seite 1717
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 08.06.2004, Aktenzeichen 1 ABR 4/03, NZA 2005, Seite 227 (teilweise aufgegeben)
- Zu Bewertungsmethoden vgl. Rolf Satzer, »Gefährdungsbeurteilung mit dem START-Verfahren 2.0«, Frankfurt am Main 2018, Bund-Verlag



Rechtsanwalt Manfred Wulff

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg



Verträge sind einzuhalten

BVerwG: Durchführungsanspruch bei Dienstvereinbarungen

Oft üben Personalräte ihr Mitbestimmungsrecht dadurch aus, dass Sie mit der Dienststelle eine Dienstvereinbarung abschließen. Verbreitet sind Dienstvereinbarungen zur Arbeitszeit. In vielen dieser Vereinbarungen verpflichtet sich die Dienststelle zu bestimmten Handlungen. Dies können zum Beispiel die Veröffentlichung der Dienstpläne zu einem bestimmten Zeitpunkt oder die Dokumentation bestimmter Arbeitszeiten auf elektronischen Zeitkonten sein.

→ Was, wenn die Dienststelle solche Pflichten nicht einhält?

→ 1. Bisher: Feststellung muss reichen

Was Personalräte tun können, wenn die Dienststelle ihre Pflichten aus einer Dienstvereinbarung nicht einhält, ist seit langem umstritten. Das Bundesverwaltungsgericht hat es in der Vergangenheit als ausreichend angesehen, wenn ein Personalrat in solchen Fällen gerichtlich feststellen lässt, dass die Dienststelle ihre Pflichten aus der Dienstvereinbarung nicht ordnungsgemäß einhält. Ein Beschluss, der eine Leistungsverpflichtung ausspricht, sei in solchen Fällen nicht nötig, da sich eine Dienststelle an die gerichtliche Entscheidung auch dann halten werde, wenn es nur eine Feststellungsentscheidung ist. Falls nicht, bleibe dem Personalrat noch das Mittel der Dienstaufsichtsbeschwerde.

Viele Personalräte haben diese Situation als unbefriedigend angesehen, denn Betriebsräten steht ein Anspruch auf Durchführung von Betriebsvereinbarungen zu, aufgrund dessen sie sich mit einem Leistungsantrag an das Gericht wenden können. Die gerichtliche Entscheidung ist dann die Basis dafür, dass der Arbeitgeber mit Zwangs- oder Ordnungsgeld zur Erfüllung der Vereinbarung angehalten werden kann.



Kleiner, aber feiner Unterschied

Leistung:

»Dem Beteiligten ... wird aufgegeben, die Berechnung der allgemeinen Leistungsprämie nach der Dienstvereinbarung Leistungsentgelt für den Zeitraum ... auf der Grundlage der seitens der jeweiligen Vorgesetzten vorgenommenen Feststellung und Bewertung der Leistungen vorzunehmen.«

Feststellung:

»Es wird festgestellt, dass die Berechnung der allgemeinen Leistungsprämie nach der Dienstvereinbarung Leistungsentgelt für den Zeitraum ... auf der Grundlage der seitens der jeweiligen Vorgesetzten vorgenommenen Feststellung und Bewertung der Leistungen vorzunehmen ist.«

2. Jetzt: Leistungsbeschluss wie im Betriebsverfassungsrecht

Das Bundesverwaltungsgericht hat nun seine Rechtsprechung geändert, klar zugunsten der Personalräte Position bezogen und einen gerichtlich durchsetzbaren allgemeinen Durchführungsanspruch gegenüber der Dienststelle in Bezug auf Dienstvereinbarungen anerkannt. Mit der objektiven Rechtspflicht der Dienststellenleitung, Dienstvereinbarungen durchzuführen, korrespondiert das gerichtlich durchsetzbare Recht der Personalvertretung, von der Dienststellenleitung die abredegemäße Durchführung einer geschlossenen Dienstvereinbarung zu verlangen.

Durchführung einerseits objektive Pflicht ...

Die objektive Rechtspflicht der Dienststellenleitung zur Durchführung leitet das BVerwG aus der im Fall anwendbaren Vorschrift des Sächsischen Personalvertretungsgesetz her, die wie § 74 Bundespersonalvertretungsgesetz bestimmt, dass Entscheidungen, an denen der Personalrat beteiligt war, die Dienststelle durchführt. Darin liege nicht allein eine Zuständigkeitsregelung. Mit dem Abschluss von Dienstvereinbarungen sei eine entsprechende Selbstverpflichtung der Dienststellenleitung zur Einhaltung und Durchführung verbunden.

... und andererseits Anspruch

Dass die Durchführungspflicht der Dienststelle nicht nur als objektive Pflicht im Raum steht, sondern auch einen Durchführungsanspruch des Personalrats als Regelungspartners mit sich bringt, entnimmt das BVerwG der Regelung im SächsPersVG, die § 73 BPersVG entspricht und das Wesen der Dienstvereinbarung regelt. Demnach habe die Dienstvereinbarung nämlich Vertragscharakter:

„Obgleich durch eine Dienstvereinbarung unmittelbar geltendes Recht für die Beschäftigten geschaffen wird, bleibt sie ein Vertrag zwischen zwei Vertragspartnern und verliert nicht ihren Charakter als eine[r] beiderseits verbindliche[n] vertragliche[n] Regelung (...).“

Der allgemeine Rechtssatz der Bindung an geschlossene Verträge sei, ebenso wie im Zivilrecht, im gesamten öffentlichen Recht als allgemeines (ungeschriebenes) Prinzip anerkannt. Er gelte auch für Dienstvereinbarungen, die als öffentlich-rechtliche Verträge einzuordnen seien.

Orientierung am Betriebsverfassungsrecht

Außerdem bestätige sich ein Durchführungsanspruch durch die Regelung, die für Betriebsvereinbarungen gilt (§ 77 Betriebsverfassungsgesetz). Diese treffe bezüglich der Durchführung die Regelungen, die sich ähnlich auch im Personalvertretungsrecht fänden, und die allgemeine Meinung im Betriebsverfassungsrecht entnehme daraus einen Durchführungsanspruch des Betriebsrats. Das spreche dafür, die Rechtslage auch im Personalvertretungsrecht nicht anders zu beurteilen. Es gebe dort keine Besonderheiten, die eine Abweichung von den betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen nahelegten. Das BVerwG führt außerdem aus, dass die personalvertretungsrechtlichen Regelungen entstehungsgeschichtlich auf dem Betriebsverfassungsgesetz beruhen.

Zwecke der Dienstvereinbarung

Schließlich spricht nach dem BVerwG auch der Zweck der Vorschrift über Dienstvereinbarungen für einen Durchführungsanspruch. Erstens habe der Gesetzgeber die Möglichkeit, Angelegenheiten per Vereinbarung zu regeln, deshalb geschaffen,

„weil er davon ausgeht, dass der Inhalt der entsprechenden abstrakt-generellen Regelung von beiden Seiten ausgehandelt und konsensual festgelegt wird und deshalb regelmäßig eine größere Bereitschaft zur Befolgung besteht, als dies bei einseitig angeordneten Regelungen der Fall wäre. Diese Zwecksetzung würde beeinträchtigt, wenn es von vornherein keine mit einem subjektiven Recht der Personalvertretung korrespondierende Pflicht der Dienststellenleitung gäbe, Dienstvereinbarungen abredgemäß durchzuführen.“

Zweitens stellt das BVerwG heraus, dass die Dienstvereinbarung eine Vielzahl von gleichartigen Einzelfällen vorab regelt.

„Der innerhalb der Mitbestimmungstatbestände liegende Abschluss einer Dienstvereinbarung stellt sich insoweit als vorweggenommene Mitbestimmung dar. Für alle gegenwärtig oder künftig davon abgedeckten Fälle ist das Mitbestimmungsrecht damit abgegolten (...). Die Möglichkeit der Personalvertretung, die Einhaltung von Dienstvereinbarungen zu verlangen und dies gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen zu können, stellt sich insoweit auch als Kompensation für den 'Verbrauch' von Mitbestimmungsrechten dar. Übt der Personalrat seine Beteiligungsrechte durch Abschluss einer Dienstvereinbarung vorab und in abstrakt-genereller Weise aus, darf er dadurch im Hinblick auf die gerichtliche Geltendmachung seiner Rechte im Ergebnis nicht schlechter gestellt werden, als er stünde, wenn er die Dienstvereinbarung nicht abgeschlossen hätte.“

Entscheidung für alle Bundesländer

Der auf diese Weise ausführlich begründete Durchführungsanspruch besteht, wie das BVerwG vorsichtshalber „zur Vermeidung etwaiger Missverständnisse“ gleich klarstellt, nicht nur in Sachsen und in der Bundesverwaltung, sondern auch dort, wo

das jeweilige Personalvertretungsgesetz keine vergleichbare ausdrückliche Regelung über die Durchführung von Entscheidungen enthält (Randnummer 43 des Beschlusses).

3. Durchsetzung des Leistungsbeschlusses mit Zwangsmitteln?

Wenn ein Personalrat zukünftig eine gerichtliche Entscheidung erwirkt, die die Dienststelle verpflichtet, eine Dienstvereinbarung durchzuführen, wird sich die Frage stellen, wie eine solche Entscheidung durchgesetzt werden kann. Denn in der Durchsetzbarkeit liegt der Unterschied zur Feststellungsentscheidung. Die Personalvertretungsgesetze verweisen auf das Arbeitsgerichtsgesetz, in dem auch die Zwangsvollstreckung von rechtskräftigen Beschlüssen vorgesehen ist. In Betracht kommen Zwangsgeld bei der Verpflichtung zu einer Handlung und Ordnungsgeld bei einer Unterlassungspflicht.

Die früher vom Bundesverwaltungsgericht gehegte Vorstellung, dass sich die an Recht und Gesetz gebundene öffentliche Verwaltung an gerichtliche Entscheidungen auch ohne Zwang halten werde, ist nun aber mit einem umso größeren Fragezeichen zu versehen, seit bekannt geworden ist, dass die bayerische Landesregierung seit Jahren eine rechtskräftige Entscheidung des Verwaltungsgerichts München missachtet, die das Land auf Antrag der Deutschen Umwelthilfe unter anderem zu Diesel-Verkehrsverboten in München verpflichtet. Die verhängten Zwangsgelder zahlte das Land an die (eigene) Staatskasse, ohne ihr Verhalten zu ändern. Vielmehr erklärte der Ministerpräsident öffentlich, dass er der Pflicht zur Einführung von Verkehrsverboten nicht nachkommen wolle.

Der Europäische Gerichtshof hatte sich hierauf mit der Frage zu befassen, ob gegenüber Amtsträgern eines deutschen Bundeslandes – dies wäre insbesondere der aktuelle bayerische Ministerpräsident Markus Söder – auch Zwangshaft angeordnet werden darf oder sogar muss. Auch wenn der EuGH es der nationalen Entscheidung überließ, ob die deutschen Rechtsgrundlagen für eine solche Freiheitsentziehung ausreichend präzise sind, stellte er fest, dass, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen, Zwangshaft gegen Amtsträger einer Behörde sogar geboten sein kann, wenn sich die Behörde beharrlich weigere, einer gerichtlichen Entscheidung nachzukommen, mit der ihr aufgegeben wird, eine klare, genaue und unbedingte Verpflichtung aus dem Unionsrecht zu erfüllen. Auch wenn Dienstvereinbarungen kein Unionsrecht sind: Der Fall verdeutlicht die verblüffende Ignoranz, die auch staatliche Organe rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen entgegenbringen können.

4. Fazit

Auch wenn Zwangs- oder Ordnungsgeld, wie man am EuGH-Fall sieht, nicht automatisch zu einer Befolgung von Gerichtsentscheidungen führen, ist es dennoch ein großer Fortschritt in der personalvertretungsrechtlichen Rechtsprechung, wenn das BVerwG den Personalräten diese Mittel nicht mehr vorenthält. Auf die Dienststellen dürfte es nicht ohne Eindruck bleiben, wenn die Gerichte sich künftig nicht mehr von vornherein auf bloße Feststellungen beschränken müssen. Den Dienststellen-

leiter bei beharrlicher Weigerung der Durchführung einer Dienstvereinbarung einsperren zu lassen, ist aber bislang gesetzlich nicht vorgesehen (siehe § 85 Absatz 1 Satz 3 Arbeitsgerichtsgesetz). Im Lichte der Entscheidung des EuGH stellt sich aber die Frage, ob diese Vorschrift nicht vom Gesetzgeber anzupassen wäre, damit effektiver Rechtsschutz auch für Personalräte erreicht werden kann, wenn Ordnungsgeld oder Zwangsgeld ihre Wirkung verfehlen würden („linke Tasche, rechte Tasche“).

Siehe:

- **Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 27.06.2019, Aktenzeichen 5 P 2/18**
www.bverwg.de
- **Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 19.12.2019, Aktenzeichen C-752/18**
www.curia.eu



Rechtsanwalt Ewald Bartl

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Stuttgart

Urlaub und kein Ende

Resturlaub verfällt nur nach vorheriger Mitteilung

Das Urlaubsrecht ist seit Jahren in Bewegung. Bereits sehr bekannt ist die Rechtsprechung, dass Urlaub, der wegen Krankheit nicht genommen werden kann, nicht schon am 31.03. des Folgejahres verfällt. Noch relativ neu ist die EuGH-Rechtsprechung zu Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers: Dieser muss den Arbeitnehmer auffordern, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilen, dass der Urlaub verfällt, wenn er ihn nicht nimmt. Anderenfalls bleibt der Urlaubsanspruch bestehen.



→ Grundsätzliches zum Verfall von Urlaub

Arbeitnehmer haben pro Jahr vier Wochen Mindesturlaub (24 Tage bei einer Sechs-Tage-Woche, 20 Tage bei einer Fünf-Tage-Woche). Das Bundesurlaubsgesetz schreibt vor, dass der Urlaub bis zum Ende des Kalenderjahres (31.12.) gewährt und genommen werden muss. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr – bis längstens 31.03. – ist unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich, so zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit verhindert war, den Urlaub anzutreten, oder der beantragte Urlaub vom Arbeitgeber nicht gewährt wurde.

Die deutschen Vorschriften zum Urlaub müssen auch mit europäischem Recht vereinbar sein. Da das Thema Urlaub auch in der europäischen Arbeitszeitrichtlinie geregelt ist, gibt es eine Reihe von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zum Urlaub. So hat der EuGH schon im Jahr 2009 entschieden, dass der Urlaub eines Kalenderjahres auch nach dem Übertragungszeitraum nicht verfällt, wenn der Arbeitnehmer bereits während des Kalenderjahres und über den Übertragungszeitraum hinaus ununterbrochen krank war und deswegen den Urlaub nicht nehmen konnte. Eine Obergrenze für den Zeitraum, in welchem der Urlaub noch genommen werden kann, wurde dann durch das Bundesarbeitsgericht dahingehend eingeführt, dass der Urlaub dann verfällt, wenn er krankheitsbedingt nicht innerhalb von 15 Monaten nach Beendigung des Urlaubsjahres genommen werden konnte – also bis zum 31.03. des übernächsten Jahres.

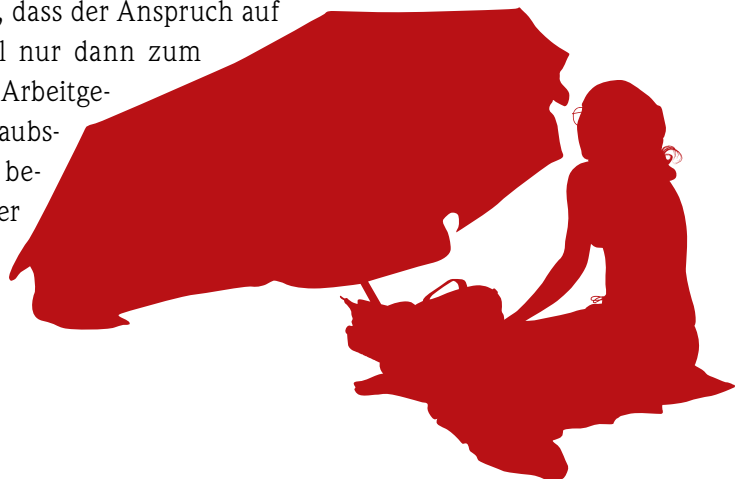
Was gibt es Neues?

Mit seinen Urteilen im November 2018 hat der Europäische Gerichtshof erneut eine Grundsatzentscheidung zum Urlaubsrecht getroffen. Der EuGH verlangt darin, dass der einzelne Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage gewesen sein muss, seinen Urlaub zu nehmen. Er muss positive Kenntnis von seinen noch bestehenden Urlaubsansprüchen gehabt haben. Der EuGH verlangt hierfür vom Arbeitgeber, dass dieser „konkret und völlig transparent“ es dem jeweiligen einzelnen Arbeitnehmer durch entsprechende Information ermöglicht, seinen Jahresurlaub zu nehmen.

Tatsächlich geht der EuGH sogar so weit, dass er eine förmliche und ausdrückliche Aufforderung gegenüber dem einzelnen Mitarbeiter seitens des Arbeitgebers verlangt, den noch bestehenden Resturlaub zu nehmen. Um dies dem Arbeitnehmer tatsächlich auch zu ermöglichen, muss selbstverständlich diese Aufforderung und Information darüber, dass ansonsten der Verfall des Urlaubs droht, eindeutig und rechtzeitig erfolgen.

All diese Aktivitäten muss der Arbeitgeber im Streitfall vor Gericht auch beweisen. Für den Fall, dass der Arbeitgeber genau diesen Hinweis zu dem jeweils konkreten Urlaubsjahr mit dem konkret bestehenden Resturlaub für jeden einzelnen Arbeitnehmer gegenüber diesem nicht gesondert erteilt, bleibt der Urlaubsanspruch aus dem jeweiligen Urlaubsjahr weiter bestehen. Er verfällt also weder zum Ende des Urlaubsjahres (31.12.) noch zum Ende des Übertragungszeitraumes (31.03.).

Mit zwei Urteilen im Februar 2019 hat das BAG erstmals die Entscheidung des EuGH umgesetzt und ebenfalls klargestellt, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub in der Regel nur dann zum Ende des Jahres verfällt, wenn der Arbeitgeber vorher über den konkreten Urlaubsanspruch und den möglichen Verfall belehrt hat. Erst wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis dieser Information seinen Urlaub aus freien Stücken nicht nimmt, verfällt er.





Die Entscheidungen von EuGH und BAG gelten auch für den Urlaub, der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinaus durch Tarif- oder Arbeitsvertrag vereinbart ist, wenn der Tarif- oder Arbeitsvertrag nicht zwischen gesetzlichem und darüber hinausgehendem Urlaub unterscheidet.

Fazit: Was es künftig zu beachten gibt

Allen Arbeitnehmern sollte – gegebenenfalls durch entsprechenden Hinweis des Betriebs- oder Personalrats – bewusst sein, dass ihnen vielleicht noch Urlaubsansprüche aus vergangenen Jahren zustehen. Entsprechend kann jeder Arbeitnehmer überprüfen, ob er seine Urlaubsansprüche in den zurückliegenden Jahren des Arbeitsverhältnisses tatsächlich genommen hat. Soweit dies verneint wird, sollte er überlegen, diese Ansprüche noch geltend zu machen. Besondere Bedeutung hat diese Möglichkeit am Ende eines Arbeitsverhältnisses, wo es um die Abgeltung noch nicht erfüllter Urlaubsansprüche in Geld geht.

Der Arbeitgeber kann und darf den Arbeitnehmer nicht zwingen, Urlaub zu nehmen; er muss ihn aber unmissverständlich darauf aufmerksam machen, dass er diesen nach Verfall der Frist nicht mehr nehmen kann, nachdem er zuvor die konkreten Urlaubstage benannt hat und die Möglichkeit eingeräumt hat, den Urlaub zu nehmen. Achtung: Soweit der Arbeitgeber, wie es überwiegend der Fall sein wird, die neue Rechtsprechung kennt und die Belegschaft über Urlaubsansprüche informiert, heißt

dies noch lange nicht, dass die Informationsschreiben den Anforderungen an ein solches Schreiben gerecht werden. Diese Schreiben sollten anhand der Rechtsprechung überprüft werden.

Die Arbeitszeitrichtlinie und die genannte Rechtsprechung des EuGH gelten übrigens auch für Beamte.

Siehe:

- **Europäischer Gerichtshof, Urteile vom 06.11.2018, Aktenzeichen C-619/19 und C-684/16, www.curia.eu**
- **Bundesarbeitsgericht, Urteile vom 19.02.2019, Aktenzeichen 9 AZR 541/15 und 9 AZR 423/16, www.bundesarbeitsgericht.de**
- **Zum Verfall des Urlaubs im Beamtenverhältnis: Basslspurger, Der Personalrat 2/2019, Seite 35**
- **Zur Entwicklung der Urlaubsrechtsprechung: Rundbriefe Nr. 19 (Oktober 2012), Seite 1, und Nr. 24 (Oktober 2014), Seite 9, www.arbeitnehmer-anwaelte.de**



Rechtsanwältin Ricarda Ulbrich-Weber

Fachanwältin für Arbeitsrecht und für Sozialrecht,
Freiburg im Breisgau



Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung

Beendet der EGMR einen Sonderweg?

Arbeitgeber können ein Arbeitsverhältnis unter anderem wegen einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kündigen. Dazu muss das Fehlverhalten feststehen. Die deutsche Rechtsprechung erkennt aber auch eine »Verdachtskündigung« an, für die unter bestimmten Umständen der bloße Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung ausreichen soll. Dies wird schon lange als Umgehung der Voraussetzungen kritisiert, die für eine verhaltensbedingte Kündigung erfüllt sein müssen, unter anderem aus dem Gesichtspunkt der rechtsstaatlichen Unschuldsvermutung. Die Unschuldsvermutung ist auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert. Eine neuere Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte könnte einen neuen Impuls bringen.



→ 1. Vertrauensverlust als Kündigungsgrund

Die sog. Verdachtskündigung ist ein arbeitsrechtlicher Sonderweg, der im Kontrast steht zu dem, was der Allgemeinheit aus dem Strafverfahren vertraut ist: Statt eines Verhaltensnachweises soll hier nach der Rechtsprechung ein nur vermutetes Verhal-

ten ausreichen. Erklärt wird dies damit, dass bei der Verdachtskündigung nicht die Tat selbst der Kündigungsgrund ist, sondern der Verdacht, der an dem Arbeitnehmer haftet und für sich schon genügt, um die weitere Zusammenarbeit unzumutbar zu machen.

Grundlage der Verdachtskündigung ist also der Vertrauensverlust. Es genügt allerdings kein geringfügiger Verdacht: Einerseits muss der Verdacht dringend sein – das heißt, auf starke Verdachtsmomente gestützt –, andererseits muss er sich auf eine Straftat oder auf eine sonstige Pflichtverletzung beziehen, die im Falle ihrer Erweisbarkeit eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würde. Weder reicht ein vager Verdacht noch ein Verdacht eines nicht gravierenden Verhaltens. Der dringende Verdacht muss sorgfältig geprüft und durch objektive, beweisbare Tatsachen gestützt sein. Er muss sich eignen, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören.

→ a. Subjektive Vorstellung des Arbeitgebers

Arbeitgeber müssen objektive Tatsachen für den Verdacht nennen und nachweisen, dass sie alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen und dem Verdächtigen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben. Diese Voraussetzung führt aber nicht zu einer stärker faktenbasierten Kündigung, sondern nur zur Prüfung, ob die nicht zu verobjektivierende subjektive Vorstellung des Arbeitgebers nachvollziehbar ist.

Beispiel: Weist eine Kasse immer wieder kleinere Fehlbeträge auf und ist die Kassenkraft verschuldet, dann sind Fehlbeträge und Schulden objektive Tatsachen. Die Annahme, dass eine bestimmte Kassenkraft die Geldbeträge entwendet hat, bleibt jedoch eine subjektive Annahme. Allzu schnell erfolgt eine (unbewusste) Weichenstellung danach, welche subjektive Vorstellung man von einem Menschen hat. Das wiederum ist beeinflusst davon, wie lange man jemanden kennt und welche Erfahrungen man mit unter Verdacht Geratenen in völlig anderen Bereichen hat.

→ b. Verobjektivierter Tatverdacht, aber kein Tatnachweis

Laien-Profilern und Hobby-Ermittlern eröffnet dies eine Aktionsebene, die faktengetriebene Menschen eher nicht aufgreifen. Denn dort, wo nicht (nur) Fakten geprüft, sondern Vermutungen angestellt werden dürfen, kann es schnell zu unberechtigten Verdächtigungen kommen. Ein auf Indizien gestützter Verdacht bleibt ein verobjektivierter Tatverdacht, ist aber kein Tatnachweis.

Die fristgerechte Kündigung des Arbeitsvertrags erlaubt das Kündigungsschutzgesetz, wenn sie „sozial gerechtfertigt“ ist. Die weitergehende außerordentliche Kündigung ist möglich, wenn als „wichtiger Grund“ (§ 626 Bürgerliches Gesetzbuch) eine so schwerwiegende Vertragsbelastung vorliegt, dass ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden kann. Nach der Rechtsprechung ist die Verdachtskündigung fristgerecht und fristlos möglich.



2. »Herumschleichen« im Lichte der Tat- und Verdachtskündigung

In einer jüngeren Entscheidung hat das BAG anhand eines anderen Beispiels die Unterscheidung zwischen einer Tat- und einer Verdachtskündigung dargestellt. Die Tat- und Verdachtskündigung beruht auf einem feststehenden Fehlverhalten und ist eine verhaltensbedingte Kündigung, die Verdachtskündigung beruht auf einem Vertrauensverlust und ist eine personenbedingte Kündigung: Wenn Beschäftigte immer wieder in einem **„Bereich 'herumgeschlichen' [sind], aus dem Gegenstände abhandengekommen sind, kann dies nur unter zwei Umständen eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen: Das Gericht muss entweder – auch – aufgrund des 'Herumschleichens' davon überzeugt sein, der Arbeitnehmer habe die Gegenstände entwendet, oder das 'Herumschleichen' muss als solches eine Pflichtverletzung darstellen, weil der Arbeitnehmer den betreffenden Bereich nicht betreten durfte. In beiden Fällen handelte es sich um Tat- und Verdachtskündigungen. Stellt das 'Herumschleichen' für sich genommen keine Pflichtverletzung dar und vermag sich das Gericht nicht davon zu überzeugen, der Arbeitnehmer sei der 'Täter', kommt – unter den weiteren Voraussetzungen einer Verdachtskündigung – allenfalls eine personenbedingte Kündigung in Betracht.“** BAG 31.01.2019, Randnummer 24

3. Rechtsvorteil für Arbeitgeber

Nach dem Bundesverfassungsgericht widerspricht es dem Grundsatz der Unschuldsvermutung, **„einen nicht rechtskräftig verurteilten Bürger als schuldig zu behandeln“** (Beschluss vom 19.07.1967). Nach dem Kündigungsschutzgesetz ist es Sache des Arbeitgebers, einen Vertragsverstoß nachzuweisen. Gelingt es ihm nicht, den Zusammenhang zwischen beispielsweise einem **„Herumschleichen“** und der Tat nachzuweisen, ist die Kündigung als Tatkündigung erfolglos. Daher ist die Verdachtskündigung im Ergebnis nichts anderes als eine Beweiserleichterung für Arbeitgeber. Denn diese müssen die objektive Tatbestandsverwirklichung nicht beweisen, sondern nur die Indizien, aus denen sie den Vertrauensverlust ableiten.

Die subjektive Beurteilung des Arbeitgebers wird auf diese Weise arbeitsrechtlich zum objektiven Tatbestandsmerkmal erhoben, denn allein auf das begründete Bestehen des arbeitgeberseitigen Verdachts soll es ankommen.

4. Artikel 6 Absatz 2 EMRK

Nach Artikel 6 Absatz 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gilt eine Unschuldsvermutung. In Literatur und Rechtsprechung wird angenommen, dass diese Norm nur für das Strafverfahren gelte und daher für die Verdachtskündigung nicht relevant sei. Das könnte sich jetzt ändern.

Zunächst stand der Ansicht, die Unschuldsvermutung sei für die Verdachtskündigung ohne Relevanz, bereits in der Vergangenheit entgegen, dass die maßgeblichen Fassungen der EMRK die englische und französische Fassung sind. Die deutsche Übersetzung lautet: „Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Unschuld als unschuldig.“ Damit ist die deutsche Fassung enger gefasst als die englische (und französische) Fassung. Im Englischen heißt es: „Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to the law.“ Das Wort „charged“ lässt sich mit „beschuldigt“ übersetzen. Anders als in der für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) unmaßgeblichen deutschen Fassung verlangen die englische (und die französische) Fassung nicht notwendig, dass jemand angeklagt ist, sondern verwenden mit „charged“/„beschuldigt“ einen breiter angelegten, über das Strafverfahren hinaus gehenden, allgemeineren Begriff.

5. EGMR: Zwei Aspekte der Unschuldsvermutung

Hinzu kommt jetzt eine neuere Entscheidung des EGMR: Der Gerichtshof befasste sich 2018 mit der Auslegung von Artikel 6 Absatz 2 EMRK. In der Entscheidung betont er die Bedeutung der Unschuldsvermutung auch für die zivilrechtliche **„Verurteilung“**. Der EGMR differenziert zwischen zwei Aspekten der Unschuldsvermutung.

→ a. Schutz vor Vorverurteilung

„Der EGMR hat (...) zwei Aspekte des (...) Schutzes anerkannt: Einen verfahrensrechtlichen Aspekt, der sich auf die Durchführung des Strafverfah-

rens bezieht, und einen zweiten Aspekt, der darauf abzielt, die Achtung der Feststellung der Unschuld im Rahmen eines späteren Verfahrens zu gewährleisten, wenn ein Zusammenhang mit einem Strafverfahren besteht, das mit einem anderen Ergebnis als einer Verurteilung abgeschlossen wurde (...). Der erste Aspekt des Prinzips der Unschuldsvermutung verbietet es öffentlichen Stellen, voreilige Aussagen über die Schuld eines Verdächtigten zu machen, und dient als Verfahrensgarantie, um die Fairness des Strafverfahrens selbst zu gewährleisten. Er ist jedoch nicht auf eine Verfahrensgarantie in Strafsachen beschränkt: Sein Anwendungsbereich ist weiter gefasst und verlangt, dass kein Vertreter öffentliche Ordnung sagen darf, dass eine Person einer Straftat schuldig ist, bevor ihre Schuld von einem Gericht festgestellt wurde (...). Insofern kann die Unschuldsvermutung nicht nur im Rahmen eines Strafverfahrens verletzt werden, sondern auch in separaten Zivil-, Disziplinar- oder anderen Verfahren, die gleichzeitig mit dem Strafverfahren durchgeführt werden (...). Während der Anwendungsbereich des ersten Aspekts nach Art. 6 Abs. 2 EMRK den Zeitraum umfasst, in dem eine Person einer Straftat beschuldigt wird, bis das Strafverfahren endgültig abgeschlossen ist, kommt der zweite Aspekt des Schutzes der Unschuldsvermutung zum Tragen, wenn das Strafverfahren mit einem anderen Ergebnis als einer Verurteilung endet, und erfordert, dass die Unschuld der Person an der Straftat in nachfolgenden Verfahren nicht in Zweifel gezogen wird (...).“

EGMR 23.01.2018, Az. 60392/08, Randnummer 43

→ **b. Rechtsgebietsübergreifende Anwendung der Unschuldsvermutung**

Der EGMR erläutert zum zweiten Aspekt, welche Anforderungen Artikel 6 Absatz 2 EMRK an öffentliche Stellen mit Freispruch oder Einstellung einer Strafsache stellt. Der EGMR verlangt eine rechtsgebietsübergreifende, in sich konsistente Handhabung der Unschuldsvermutung. Diese könne anderenfalls nur einen theoretischen Wert erlangen:

Das Gericht wiederholt „**zunächst, dass die Äußerung eines Verdachts auf die Unschuld eines Angeklagten nicht mehr mit Artikel 6 Abs. 2 EMRK vereinbar ist, sobald ein Freispruch rechtskräftig wird (...).** In diesem Zusammenhang verlangt der zweite Aspekt des durch Art. 6 Abs. 2 EMRK gewährten Schutzes, dass eine Person nach Abschluss eines Strafverfahrens, das mit einem Freispruch oder einer Einstellung beendet wurde, in einer Weise behandelt werden darf, die mit ihrer Unschuld vereinbar ist (...). Das allgemeine Ziel in diesem zweiten Aspekt besteht darin, Personen, die von einer strafrechtlichen Anklage freigesprochen wurden oder deren Strafverfahren eingestellt wurde, davor zu schützen, von öffentlichen Bediensteten und Behörden so behandelt zu werden, als ob sie tatsächlich der angeklagten Straftat schuldig wären. In diesen Fällen hat die Unschuldsvermutung durch die Anwendung der verschiedenen Anforderungen, die die Verfahrensgarantie, die sie bietet, im Prozess bereits funktioniert, um zu verhindern, dass eine

ungerechtfertigte strafrechtliche Verurteilung ausgesprochen wird. Ohne den Schutz, der die Einhaltung des Freispruchs oder der Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens in jedem anderen Verfahren gewährleistet, könnten die Garantien für ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 2 EMRK Gefahr laufen, eine theoretische und illusionäre Bedeutung zu erlangen. Was nach Abschluss des Strafverfahrens auch auf dem Spiel steht, ist der Ruf der Person und die Art und Weise, wie diese Person in der Öffentlichkeit wahrgenommen wird. Bis zu einem gewissen Grad kann sich der diesbezügliche Schutz nach Art. 6 Abs. 2 EMRK mit dem Schutz nach Art. 8 überschneiden (...).“ [EGMR 23.01.2018, Az. 60392/08, Randnummer 54](#)

→ c. Konsequenzen für die Verdachtskündigung

Aus den Ausführungen des EGMR ergeben sich für die Handhabung der Verdachtskündigung Konsequenzen. Der EGMR unterstreicht die alle öffentlichen Stellen bindende Bedeutung der Unschuldsvermutung. Das gilt ausweislich der vorzitierten Rechtsprechung zunächst für Menschen, die einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt sind und denen keine Schuld nachgewiesen wurde. Die Verdachtskündigung erfolgt zwar in der Regel vor einer strafrechtlichen Verfolgung oder ohne dass eine solche erfolgt. Dies ändert aber nichts daran, dass die Reichweite der Unschuldsvermutung zivil- und damit auch arbeitsrechtliche Verfahren erfassen kann.

→ d. EGMR-Rechtsprechung und BVerfG

Berücksichtigt man ergänzend die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ist dies von erheblicher Bedeutung für die arbeitsrechtliche Rechtsprechung. Denn das BVerfG nimmt an, dass für die Unschuldsvermutung, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet, die „Auslegung der EMRK durch den EGMR (...) als Auslegungshilfe bei der Ermittlung der Tragweite des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsgrundsatzes und der daraus abgeleiteten Unschuldsvermutung heranzuziehen ist“ (Beschluss vom 29.05.1990). Das BAG versteht die Unschuldsvermutung danach zu eng, wenn es annimmt, dass Artikel 6 Absatz 2 EMRK im Arbeitsrecht, insbesondere bei der Verdachtskündigung, nicht anzuwenden ist. Es nimmt eine strikte Trennung der vertragsrechtlichen und der strafrechtlichen Betrachtung an.

6. Schlussfolgerung

Der EGMR verlangt, dass die Unschuldsvermutung von staatlichen Stellen konsistent gehandhabt wird. In dem entschiedenen Fall stellte der EGMR fest, dass ab Verfahrenseinstellung oder Freispruch ein Tatverdacht durch staatliche Stellen nicht erhoben werden darf. Dem gleichzustellen dürfte der Fall sein, in dem bereits keine Ermittlungen aufgenommen werden. Denn wenn eine staatliche Ermittlung eingeleitet und dann eingestellt wurde, geht dies weiter, als wenn bereits keine Ermittlung aufgenommen wurde.

Dem könnte man entgegenhalten, dass im Regelfall im Arbeitsrecht staatliche Verfolgungsbehörden keine Kenntnis von einem Vorgang haben. Richtig ist, dass aus

fehlenden Ermittlungen zu Gunsten von Verdächtigten nicht abgeleitet werden kann, dass diese unschuldig sind. Aber die Unschuldsvermutung muss als grundlegendes Prinzip gerade unabhängig davon gelten, ob sich öffentliche Stellen um Aufklärung bemüht haben. Sonst wären Verdächtige, gegen die ermittelt worden ist, bei denen aber kein Tatnachweis gelang, besser gestellt als Verdächtige, gegen die nie ermittelt wurde.

Wenn Artikel 6 Absatz 2 EMRK nach dem EGMR bei nicht erwiesener Schuld alle staatlichen Stellen bindet, bleibt Folgendes zu bedenken: Das Arbeitsgericht ist eine staatliche Stelle. Wenn bereits, aus welchen Gründen auch immer, keine andere staatliche Stelle ermittelt, darf dann die staatliche Bindung aus der Unschuldsvermutung geringer sein, als wenn die Schuld nicht nachgewiesen werden konnte? Meines Erachtens ist daher der Fall, in dem es nicht zu Ermittlungen kam, mit dem Fall der Einstellung des Verfahrens und dem Freispruch gleichzustellen. Auch nach seinem Wortlaut gilt Artikel 6 Absatz 2 EMRK unabhängig davon, ob eine Behörde ermittelt hat oder nicht.

Dementgegen konnte die Verdachtskündigung noch nach einem BAG-Urteil von 2017 selbst bei Freispruch im Strafverfahren auf den Verdacht einer Straftat gestützt werden.

Im arbeitsrechtlichen Rechtsstreit geht es allerdings um einen Streit zwischen Privatrechtssubjekten, die selbst nicht durch Artikel 6 Absatz 2 EMRK gebunden sind. Dieses Spannungsfeld wird man lösen müssen. Die Arbeitsrechtler werden hier von den Strafrechtlern lernen können, zumal die Literatur bereits betont, dass der Grundsatz „in dubio pro reo“ durch die Entscheidung des EGMR mittelbar im Arbeitsgerichtsprozess an Bedeutung gewinnen wird. Die Annahme einer völligen Eigenständigkeit der Bewertung, wie sie das BAG noch 2017 vertrat, wird man für die Fallgruppe des Verdachts einer Straftat so nicht aufrechterhalten können. Bisher vertritt das BAG, dass der Freispruch vom Arbeitsgericht nur im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen sei.

Der EGMR verlangt dagegen eine konsistente rechtszweigübergreifende Anwendung der Unschuldsvermutung. Im Unterschied zu der bisherigen Rechtsprechung wird man zu Gunsten von unter Verdacht Geratenen sicherstellen müssen, dass zur Geltung kommt, dass sich der Verdacht nicht bewahrheitet hat. Arbeitsgerichte werden im Lichte der Rechtsprechung des EGMR umdenken müssen. Sie werden das Konzept der Unschuldsvermutung des EGMR bei der Verdachtskündigung beachten müssen. Bei konsistenter Anwendung der Rechtsprechung des EGMR kann die Arbeitsgerichtsbarkeit im Fall nicht erwiesener Schuld ihre Rechtsprechung nicht aufrechterhalten. In Fällen nicht erwiesener Unschuld bleibt nur, dass wegen des Prinzips der Unschuldsvermutung der Verdacht des Arbeitgebers keinen Bestand haben kann. Eine konsistente Anwendung der Unschuldsvermutung verlangt in diesen Fällen, keinen Verdacht gegen unter Verdacht Geratene durch staatliche Stellen, wie Gerichte, aufrechtzuerhalten. Anderenfalls wäre die Einhaltung von Artikel 6 Absatz 2 EMRK nicht sichergestellt. Offen bleiben die Fälle, in denen ein Verdacht einer Straftat noch im Raum steht, weil ein Ermittlungsverfahren anhängig ist. Hier wird man ggf. auch

erst im Lauf des Instanzenzugs reagieren müssen. Offen sind weiter die Fälle des Verdachts einer schwerwiegenden (aber nicht strafbaren) Vertragsverletzung. Aber diese sollten entsprechend behandelt werden.

Mit der Entscheidung des EGMR kann zwar realistisch noch kein Ende des arbeitsgerichtlichen Sonderwegs der Verdachtskündigung angenommen werden. Geschwächt wurde er aber in jedem Fall. Denn die Erstreckung des Gebots der Unschuldsvermutung aus Artikel 6 Absatz 2 EMRK auf alle staatlichen Stellen ist ein entscheidender Schritt.

Liest man dagegen die Entscheidung des BAG von 2019, wird die Bedeutung der Entscheidung des EGMR von 2018 dort (noch) verkannt. Denn das BAG nimmt nicht auf die Entscheidung in der Sache **Seven gegen Türkei**, sondern nur auf die am gleichen Tag ergangene Entscheidung in Sachen **Güç gegen Türkei** Bezug, die sich im Sachverhalt dadurch bedeutend unterscheidet, dass der EGMR bereits keinen Vorwurf einer Straftat sieht. Die Ausführungen des BAG von 2019 lesen sich eher als Verteidigung der bisherigen Rechtsprechung denn als Anpassung an die Rechtsprechung des EGMR, wie sie im Fall **Seven gegen Türkei** ihren Ausdruck gefunden hat.

Siehe:

- **Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 31.01.2019, Aktenzeichen 2 AZR 426/18, www.bundesarbeitsgericht.de**
- **Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 23.01.2018, Aktenzeichen 60392/08, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-180305%22%5D%7D> - Seven gegen Türkei (englisch; oben zitiert die deutsche Übersetzung durch den Autor)**
- **Klocke, AuR 2019, Seite 126 - zu den Auswirkungen des Artikels 6 Absatz 2 EMRK auf das Arbeitsgerichtsverfahren**
- **Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 02.03.2017, Aktenzeichen 2 AZR 698/15, NZA 2017, Seite 1051 - Verdachtskündigung trotz Freispruchs**



Rechtsanwalt Dr. Rüdiger Helm, LL.M.

Kapstadt/München

Zur Beachtung

→ Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

Unsere Kanzleien

10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte

Marion Burghardt*, Christian Fraatz*, Dieter Hummel*, Mechtild Kuby*, Nils Kummert*, Sebastian Baunack*, Dr. Lukas Middel, Sandra Kunze*, Dr. Silvia Velikova*, Damiano Valgolio*, Anne Weidner*, Gerd Denzel, Norbert Schuster, Mara Neele Künkel, Daniel Weidmann*, Dr. Raphaël Callsen, Dr. Laura Krüger

Immanuelkirchstraße 3-4

10405 Berlin

Telefon: 030 446792-0

Fax: 030 446792-20

info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de

22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft

Klaus Müller-Knapp* (bis März 2018), Jens Peter Hjort*, Manfred Wulff*, Andreas Bufalica*, Dr. Julian Richter*, Christopher Kaempf*, Dr. Ragnhild Christiansen*, Daniela Becker, Marek Beck, LL.M., Sabrina Burkart*, Simon Dilcher, Jan-Hendrik Labusga, Carolin Warnecke

Kaemmererufer 20

22303 Hamburg

Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

24103 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)

Dr. Julian Richter*

Kleiner Kuhberg 2-6

24103 Kiel

Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de

28195 Bremen | Rechtsanwälte Dette Nacken Ögüt & Kollegen

Dieter Dette*, Michael Nacken*, Dr. jur. Pelin Ögüt*, Markus Barton*, Simon Wionski*, Christoph Gottbehüt, Sven Bleck-Vogdt LL.M. (Köln/Paris I)

Bredenstr. 11

28195 Bremen

Telefon: 0421 6990150 | Fax: 0421 69901599

kanzlei@dnoe.de | www.anwaelte-fuer-arbeitsrecht.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

44137 Dortmund | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein

Ingelore Stein*, Kerstin Rogalla*

Kampstraße 4A (Krügerpassage)

44137 Dortmund

Telefon: 0231 396301-0 | Fax: 0231 822014

arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de

48145 Münster | Meisterernst Düsing Manstetten

Dietrich Manstetten*, Klaus Kettner*, Veronica Bundschuh*,

Marius Schaefer*

Oststraße 2

48145 Münster

Telefon: 0251 520910 | Fax: 0251 5209152

info@meisterernst.de | www.meisterernst.de

60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte

Detlef Büdel*, Udo Rein*, Nina Krüger*, Dr. Patrick Fütterer*, Christine Zedler*

Anne-Kathrin Rothhaupt

Petersstraße 4

60313 Frankfurt am Main

Telefon: 069 1338581-0 | Fax: 069 1338581-14

anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de

**60318 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann.
fachanwälte für arbeitsrecht**

Armin Franzmann*, Yvonne Geilen*, Jan Brückmann*,

Kathrin Poppelreuter*, Kathrin Schlegel*, Ronja Best, Alexander Peters

Falkensteiner Straße 77

60322 Frankfurt

Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821

mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de

65185 Wiesbaden | Schütte, Lange & Kollegen

Reinhard Schütte*, Jakob T. Lange*, Julia Windhorst, LL.M., Thorsten Lachmann

Adolfsallee 22

65185 Wiesbaden

Telefon: 0611 950011-0 | Fax: 0611 950011-20

rae@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

68161 Mannheim | Kanzlei für Arbeitsrecht – Dr. Growe & Kollegen

Dr. Dietrich Growe*, Andrea von Zelewski, Mirjam Severith*, Michael Wald*,
Jan Tretow

Q 7, 23

68161 Mannheim

Telefon: 0621 862461-0 | Fax: 0621 862461-29

mail@kanzlei-growe.de | www.kanzlei-growe.de

70176 Stuttgart | Bartl & Weise – Anwaltskanzlei

Ewald Bartl*, Dirk Weise, Benja Mausner*, Maike Hellweg*, Alexandra Horschitz*,
Stefanie Ecker

Johannesstraße 75

70176 Stuttgart

Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320

info@bartlweise.de | www.bartlweise.de

79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus

Michael Schubert*, Ricarda Ulbrich-Weber* (auch Fachanwältin für Sozialrecht und
Mediatorin), Cornelia Czuratis*

Berater der Kanzlei: Prof. Dr. Sérgio Fortunato

Wilhelmstraße 10

79098 Freiburg

Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024

kanzlei@anwaltsbuero-im-hegarhaus.de | www.anwaltsbuero-im-hegarhaus.de

80336 München | kanzlei huber.mücke.helm – Menschenrechte im Betrieb

Michael Huber, Matthias Mücke*, Dr. Rüdiger Helm, LL.M., Susanne Gäbelein,
Gerd Nies, Christine Steinicken*, Andreas von Fumetti

Schwanthalerstraße 73

80336 München

Telefon: 089 51701660 | Fax: 089 51701661

kanzlei@kanzlei-hmh.de | www.menschenrechte-im-betrieb.de

90429 Nürnberg | Manske & Partner

Jürgen Markowski*, Beate Schoknecht*, Sabine Feichtinger*, Thomas Müller*,
Dr. Sandra B. Carlson*, LL.M., Andreas Bartelmeß*, Judith Briegel*,
Georg Sendelbeck*, Axel Angerer*, Magdalena Wagner*, Sebastian Lohneis*,
Sabrina Eckert, Tobias Hassler, Natalie Klimsa;

Berater der Kanzlei: Wolfgang Manske

Bärenschanzstraße 4

90429 Nürnberg

Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 307319800

kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

91522 Ansbach | Manske & Partner (Zweigstelle)

Andreas Bartelmeß*, Jürgen Markowski* u. a.

Karlsplatz 2

91522 Ansbach

Telefon: 0981 97780800

kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

Impressum

- Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von den Rechtsanwälten
 - **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**
Kaemmererufer 20
22303 Hamburg
Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999
kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816
 - Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Julian Richter

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, 20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de) eingesehen werden.

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation_01 · netzwerk für digitale gestaltung
www.formation01.com
- Autorenportraits: Autoren