

# Kurz kommentiert

## Anspruch auf Arbeitsverhältnis nach Ausbildung

Auszubildende, die Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung oder des Betriebsrats sind, haben einen Anspruch auf Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses (§ 78a BetrVG). Der Vertrag kommt automatisch zustande, wenn der Auszubildende ein entsprechendes Verlangen stellt. Der Arbeitgeber kann jedoch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitsgericht beantragen, wenn ihm die Weiterbeschäftigung nicht zumutbar ist.

Ein Unternehmen hatte mit der Klägerin einen Studienvertrag über die berufsintegrierende Ausbildung zum „Bachelor of Arts/Betriebswirt VWA, Studiengang Betriebswirtschaft“ abgeschlossen. Dieser sah vor, dass die Studierende in der Zeit vom 1.8.2013 bis 31.1.2015 eine Berufsausbildung als Industriekaufrau absolviert, über die ein Berufsausbildungsvertrag geschlossen wird, und parallel dazu ein Studium an der Westfälischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie im Studienfach Betriebswirtschaft absolviert. Der erste Ausbildungsabschnitt endet mit der Prüfung zur Industriekaufrau, der zweite mit der Abschlussprüfung zum Betriebswirt, der dritte endet nach insgesamt sieben Semestern mit dem Hochschulabschluss „Bachelor of Arts“. Der Vertrag sollte automatisch enden mit dem Ablauf des Monats, in dem die Studierende die Bachelor-Prüfung bestanden hat. Seit dem 25.5.2016 war die Klägerin ordentliches Mitglied des Betriebsrats. Am 25.1.2017 hatte sie die Ausbildung erfolgreich bestanden. Bereits zuvor hatte der Arbeitgeber darauf hingewiesen, dass man die Vorschrift des § 78a BetrVG für nicht anwendbar halte und das Betriebsratsmitglied nicht in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit übernehmen werde. Dennoch beantragte die Mitarbeiterin, sie nach erfolgreichem Abschluss des dualen Studiums in ein Arbeitsverhältnis zu übernehmen. Daraufhin beehrte das Unternehmen gerichtlich die Feststellung, dass nach Ende der „Ausbildung“ kein Arbeitsverhältnis begründet worden ist.

Das LAG Hamm (Beschl. v. 9.11.2018 – 13 TaBV 82/17) gab dem Arbeitgeber recht, denn zum Zeitpunkt des Erwerbs des Hochschulgrades eines „Bachelor of Arts“ bestand zwischen den Beteiligten kein Berufsausbildungsverhältnis i. S. d. § 78a BetrVG mehr. Die Prüfung zur Industriekaufrau lag zwei Jahre zurück. § 78a BetrVG findet zwar nicht nur auf staatlich anerkannte Ausbildungsberufe Anwendung, sondern auch

auf andere Vertragsverhältnisse, die eine geordnete Ausbildung von mindestens zwei Jahren vorsehen. Es muss sich aber um ein Vertragsverhältnis i. S. d. des BBiG handeln, anderenfalls fehlt es an der besonderen Schutzbedürftigkeit des Studierenden. Auf Berufsbildungen, die in berufsqualifizierenden oder vergleichbaren Studiengängen an Hochschulen auf der Grundlage des Hochschulrahmengesetzes (HRG) und der Hochschulgesetze der Länder durchgeführt werden, findet die Vorschrift keine Anwendung. Für eine analoge Anwendung sah das Gericht keine Notwendigkeit. Es beruft sich auf eine Entscheidung des BVerfG (Beschl. v. 21.3.2015 – 1 BvR 2013/12) zur vergleichbaren Problematik im BPersVG. Darin wird ausgeführt, dass der Abschluss einer Ausbildung auf Hochschulniveau bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise eine erheblich höhere Wahrscheinlichkeit schafft, anschließend übergangslos eine adäquate Beschäftigung zu finden. Daher bedürfe es keines besonderen Schutzes des Personenkreises, der eine Hochschulausbildung absolviert. Die Revision ist unter dem Az. 7 ABR 46/18 anhängig.

## Vergütungspflichtige Arbeitszeit im Außendienst

Der Kläger ist Servicetechniker im Außendienst und einem bestimmten Servicestützpunkt zugeordnet. Wie alle anderen Außendienstmitarbeiter fährt er regelmäßig von zu Hause direkt zum ersten Kunden und kehrt abends vom letzten Kunden unmittelbar nach Hause zurück. Im Betrieb gilt die Betriebsvereinbarung über „Ein- und Durchführung von flexibler Arbeitszeit für Servicetechniker“, in der sich folgende Regelung findet: „Anfahrtszeiten zum ersten und Abfahrtszeiten vom letzten Kunden zählen nicht zur Arbeitszeit, wenn sie 20 Minuten nicht übersteigen. Sobald die An- oder Abreise länger als 20 Minuten dauert, zählt die 20 Minuten übersteigende Reisezeit zur Arbeitszeit. Insoweit sind für den Kundendiensttechniker jeweils 20 Minuten Fahrtzeit für An- und Abreise zumutbar.“ Der Kläger macht geltend, dass die Fahrtzeit Teil seiner Hauptleistungspflicht und damit uneingeschränkt vergütungspflichtig sei. Die Betriebsvereinbarung dürfe dies nicht zu seinen Lasten verschieben. Er beantragte daher die Vergütung der Anfahrtszeiten und die Verurteilung, dem Arbeitszeitkonto weitere 4.160 Minuten gutzuschreiben.

Die Klage wurde von zwei Instanzen abgewiesen. In seinem Urteil vom 14.12.2018 führt das

LAG Düsseldorf (10 Sa 193/18) aus, dass im Außendienst grundsätzlich die Fahrt von zu Hause zum ersten Kunden und vom letzten Kunden zurück von der ersten bis zur letzten Minute vergütungspflichtige Arbeitszeit darstellt. Denn das Reisen gehört zur vertraglich geschuldeten Hauptleistung. Gleichwohl bestand kein Anspruch auf die Vergütung von jeweils 20 Minuten. Denn die Regelung in der Betriebsvereinbarung, wonach diese Zeit nicht auf die Hauptleistung des Klägers anzurechnen ist, ist wirksam. Die Betriebsparteien können regeln, unter welchen Voraussetzungen eine Fahrtätigkeit des Außendienstmitarbeiters als Erfüllung seiner vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflicht gilt. Damit regeln sie nicht die Vergütung des Außendienstmitarbeiters, für die die Tarifparteien zuständig sind. Unter dem Az. 5 AZR 25/19 ist die Revision beim BAG anhängig.

## Verlängerung der Elternzeit

Ein Mitarbeiter hatte zunächst für die Zeit von der Geburt des Kindes am 16.1.2017 für zwei Jahre bis zum 15.1.2019 Elternzeit beantragt, die ihm auch bestätigt wurde. Am 13.4.2017 stellte er einen weiteren schriftlichen Antrag auf Elternzeit für die Zeit vom 16.1.2019 bis 15.1.2020. Diesen Antrag lehnte das Unternehmen unter Hinweis auf die geplante Standortschließung im Mai 2017 ab.

Gesetzlich eindeutig geregelt ist, dass das Elternzeitverlangen angeben muss, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren die Elternzeit in Anspruch genommen wird (§ 16 Abs. 1 Satz 2 BEEG). Diese Zeit ist für beide Seiten verbindlich. Verlangt ein Beschäftigter z. B. während der ersten beiden Lebensjahre seines Kindes nur zwölf Monate Elternzeit, kann er darüber hinaus während dieser beiden Lebensjahre keine Elternzeit beanspruchen. Die zweijährige Bindungsfrist dient der arbeitgeberseitigen Planungssicherheit. Höchststrichterlich noch nicht geklärt und in der Literatur umstritten ist, ob es sich auch dann, wenn Beschäftigte die Elternzeit zunächst auf die ersten beiden Lebensjahre eines Kindes beschränkt haben und später nahtlos Elternzeit bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes beanspruchen, um ein zustimmungsbedürftiges Verlängerungsverlangen handelt. Das LAG Düsseldorf (Urt. v. 20.9.2018 – 21 Sa 390/18) hat sich der ganz überwiegenden Meinung der landesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur angeschlossen und entschieden, dass es sich bei der Geltendmachung von Elternzeit für das dritte Lebensjahr des Kindes um ein zustimmungsfreies Verlangen handelt. Das Gesetz regelt dies nicht eindeutig. Eindeutig ist nur, dass sich Arbeitnehmer verbindlich für Zeiten innerhalb von zwei Jahren festlegen müssen. Dies spricht dafür, dass sie im Anschluss an diese Bindungsfrist wieder frei dis-

ponieren können und lediglich die Anzeigefrist von sieben Wochen einhalten müssen. Es handelt sich um einen Kompromiss zwischen dem Planungs- und Dispositionsinteresse der Arbeitgeber einerseits und dem Interesse der Beschäftigten an einer möglichst flexiblen Gestaltung der Elternzeit. Eltern sollen sich nicht sofort, sondern erst später entscheiden müssen, ob sie ggf. auch für das dritte Lebensjahr ihres Kindes Elternzeit beanspruchen wollen oder ob sie einen Teil des Anspruchs für die Zeit zwischen dem dritten und dem achten Lebensjahr des Kindes aufheben wollen. Die Revision zum BAG wurde zugelassen.

## Kontrolle privater E-Mails

In einem Handelsunternehmen existierte eine IT-Sicherheitsrichtlinie, die besagte, dass betriebliche Gründe es erfordern können, dass die persönliche E-Mail-Box durch Anordnung eines Vorgesetzten eingesehen werden muss und dass von dieser Einsicht nur persönliche Ordner ausgeschlossen sind, die deutlich als privat zu kennzeichnen sind. Die E-Mail-Accounts sind durch ein persönliches Passwort geschützt. Sämtlicher E-Mail-Verkehr wird automatisch in einem Mail-Archiv auf einem Rechner des Unternehmens gespeichert, auf den der Arbeitgeber zugreifen kann. Ein Produktmanager hatte von seinem dienstlichen PC aus mehrere E-Mails an nicht im Unternehmen beschäftigte Freunde geschrieben, die u. a. folgenden Wortlaut hatten: „Haben neuen GF-Idiot bekommen. Was für eine Flasche. Hab ich die Reißleine gezogen. Dann hat man mich bequatscht und den neuen GF in der Probezeit wieder nach Hause geschickt. Bin ich dageblieben. Jetzt Russenarschloch bekommen. Die Scheiße geht gerade so weiter.“ – „Haben schon wieder neuen Vorturner (GF) bekommen. Was für eine Flasche. Russen Ei!!!! Aktuell suche ich was Neues.“ – „Servus F, es ist geschafft. Russenidiot ist Geschichte. Habe am 28.02.2017 zum 31.05.2017 gekündigt.“ Der Geschäftsführer des Unternehmens stammt aus Kasachstan. Nachdem dieser von Kunden auf angeblich geschäftsschädigende Äußerungen des Mitarbeiters hingewiesen wurde, durchsuchte er am 9.3.2017 im Mail-Archiv die vom Kläger während des gesamten zurückliegenden Jahres versendeten E-Mails. Dabei stieß er auch auf die Vorzitierten. Er sprach am 14.3.2017 eine fristlose Kündigung aus.

Um deren Wirksamkeit stritten die Parteien vor dem Hessischen LAG (Urt. v. 21.9.2018 – 10 Sa 601/18). Dieses entschied, dass die zielgerichtete Ermittlung des Inhalts der privaten E-Mails das Persönlichkeitsrecht des Klägers verletzt und – wie in dem „Keylogger-Fall“ des BAG (Urt. v. 27.7.2017 – 2 AZR 681/16, AuA 1/18, S. 52) – zu einer Unverwertbarkeit in einem Kündigungsschutzprozess führt. Zwar sind die

Äußerungen „Russenarschloch“ i. V. m. „Flasche“ und „Russen Ei“ sowie „Russenidiot“ an sich als Grund geeignet, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, da es sich um eine erhebliche Schmähkritik handelt, die die Grenzen des Zulässigen überschreitet. Jedoch durfte der Inhalt der E-Mails im Prozess nicht verwertet werden. Das Gericht prüft, ob sich ein Verwertungsverbot aus § 88 Abs. 3 TKG ergibt. Diese Vorschrift schützt das Fernmeldegeheimnis, wobei in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, ob die Norm noch einschlägig ist, wenn der eigentliche Übertragungsvorgang des Sendens einer E-Mail abgeschlossen ist und die E-Mail lediglich auf dem Server „ruht“. Im Ergebnis ist das Gericht der Meinung, dass die Vorschrift des § 88 TKG nicht anwendbar ist, da der eigentliche Übersendungsvorgang beendet war.

Jedoch sah das Gericht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers und sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung als verletzt an. Dies führte nicht nur zu einem Beweisverwertungsverbot, sondern zu einem Sachvortragsverwertungsverbot. Obwohl der Inhalt der E-Mails unstreitig war, durfte das Unternehmen diese nicht in den Prozess einführen. Das Lesen der Nachrichten erfolgte „ins Blaue“ hinein. Ein mehr oder weniger vager Hinweis auf angeblich geschäftsschädigende Äußerungen rechtfertigen eine derartige Ermittlungsmaßnahme nicht. Auch die IT-Sicherheitsrichtlinie half dem Arbeitgeber nicht weiter. Denn sie genügt nicht den Anforderungen, die an eine Kontrolle des Inhalts des elektronischen Schriftverkehrs am Arbeitsplatz zu stellen sind. Die Formulierungen darin sind derart offen, dass die Beschäftigten jederzeit mit einer Kontrolle praktisch verdachtsunabhängig hätten rechnen müssen. Dies geht zu weit. Dem Kläger kam zugute, dass die Kommunikation mit privaten Bekannten besonders privilegiert ist. Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts nicht schutzwürdig wären, genießen in Vertraulichkeitsbeziehungen als Ausdruck der Persönlichkeit verfassungsrechtlichen Schutz. Das Gericht ließ die Revision zum BAG (2 AZR 564/18) zu, da die Frage des Bestehens prozessualer Verwertungsverbote höchstrichterlich ungeklärt ist.

## Homeoffice: Schadensersatz bei Nichtumsetzung

Ein bei den US-Streitkräften beschäftigter Controller hatte mit seinem Vorgesetzten schriftlich vereinbart, dass er in der Zeit von 16.3.2015 bis 15.3.2016 an vier Tagen pro Woche seine vertraglich geschuldete Arbeit in der eigenen Wohnung ausüben darf. Dennoch schuf der Arbeitgeber die Voraussetzungen für eine Arbeit von zu Hause aus nicht und forderte den Mitarbeiter auf, anwesend zu sein. Darüber führten die Par-

teien einen Arbeitsrechtsstreit, der am 25.11.2016 durch Urteil des LAG Rheinland-Pfalz zugunsten des Klägers entschieden wurde. Dieses stellte fest, dass er berechtigt war, an den vereinbarten Tagen im Homeoffice zu arbeiten. Die Revision wurde nicht zugelassen und die Nichtzulassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg. Am 1.3.2016 schlossen der Kläger und sein Vorgesetzter ein weiteres „Telework Agreement“, das bis zum 31.3.2017 befristet war. Auch diese Vereinbarung setzte der Arbeitgeber nicht um. Der Controller klagte daraufhin auf Schadensersatz in Höhe der ihm durch die Fahrten zur Dienststelle entstandenen Fahrtkosten. Er sei an 297 Tagen unnötig zur Arbeit gefahren. Bei der Annahme von 0,30 Euro pro gefahrenem Kilometer errechnete er Gesamtkosten i. H. v. 4.811 Euro, von denen er seine Steuerersparnis abzog. Das LAG Rheinland-Pfalz (Urt. v. 7.11.2018 – 7 Sa 46/18, rk.) gab dem Kläger dem Grunde nach recht, wengleich ein Großteil seiner Ansprüche aufgrund einer tariflich geregelten Ausschlussfrist verfallen waren. Nach dem rechtskräftigen Urteil des LAG im Vorprozess war der Kläger berechtigt, in Heimarbeit zu arbeiten. Die Telearbeitsvereinbarung war auch wirksam zustande gekommen. Die US-Streitkräfte haben die Pflicht, dem Mitarbeiter Telearbeit zu ermöglichen, schuldhaft verletzt. Spätestens ab dem 25.11.2016, dem Tag der zweitinstanzlichen Entscheidung im Vorprozess, durfte der Arbeitgeber nicht mehr annehmen, dass seine Rechtsansicht, wonach die Telearbeitsvereinbarung unwirksam sei, zutrifft. Ein Rechtsirrtum ist aber nur dann entschuldbar, wenn die Rechtslage objektiv zweifelhaft ist und der Schuldner sie sorgfältig geprüft hat. An den Erfolg der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das LAG-Urteil im Vorprozess durfte der Arbeitgeber nicht glauben. Die Schadensbemessung anhand der steuerfreien Kilometerpauschale sah das Gericht als legitim an und sprach dem Kläger den noch nicht verfallenen Teil des Schadensersatzes zu.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Feliksa Francer

**Dr. Claudia Rid**  
Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
CMS Hasche Sigle, München