

# PA – PRAXISWISSEN ARBEITSRECHT

Liebe Leserinnen und Leser,

die erste Entscheidung betrifft einen immer häufiger werdenden Fall, nämlich ein Vorabentscheidungsersuchen des BAG zum EuGH. Mit dem zweiten Beitrag wird wegen einer auch weiterhin vom BAG abweichenden Rechtsprechung des LAG Hamm ein Vorschlag zur arbeitsvertraglichen Erweiterung einer Klausel über Ausschlussfristen aus der PA 11/2011 unterbreitet.

Ihr Rechtsanwalt Stefan von Zduowski, Fachanwalt für Arbeitsrecht

## 1 Doch Diskriminierungsschutz bei Scheinbewerbungen?

(im Anschluss an PA 03/2014, Entscheidung 2)

BAG, Beschluss vom 18.06.2015 (8 AZR 848/13 (A)), Pressemitteilung Nr. 34/15

In der zweiten Entscheidung der PA 03/2014 wurde über eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 31. Oktober 2013 berichtet, wonach ein Anspruch auf eine Entschädigung nach dem AGG für einen Bewerber, der zwar im Bewerbungsverfahren diskriminiert wurde, jedoch kein ernsthaftes Einstellungsinteresse hatte, nicht besteht. Bei dem auf eine Entschädigung klagende Bewerber handelte es sich um einen Rechtsanwalt.

Ein ganz ähnlicher Sachverhalt war zuvor bereits vom Hessischen Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 18. März 2013 entschieden worden. Hier hatte jedoch der Kläger – erneut ein Rechtsanwalt –, der auf eine Entschädigung von 14.000 EUR geklagt hatte, sodann Revision zum Bundesarbeitsgericht eingelegt. Und wer nun erwartet hat, dass das BAG solchen "falschen" Bewerbern ebenfalls eine Abfuhr erteilt (und ich vermute, dass das BAG dies gerne getan hätte), sieht sich getäuscht. Denn es sah sich gezwungen, diese Frage im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen. In der Pressemitteilung heißt es auszugsweise:

*"Ist das Unionsrecht dahingehend auszulegen, dass auch derjenige „Zugang zur Beschäftigung oder zur abhängigen Erwerbstätigkeit“ sucht, aus dessen Bewerbung hervorgeht, dass nicht eine Einstellung und Beschäftigung, sondern nur der Status als Bewerber erreicht werden soll, um Entschädigungsansprüche geltend machen zu können?*

...  
*Aufgrund der Bewerbungsformulierung und des weiteren Verhaltens geht der Senat davon aus, dass sich der Kläger nicht mit dem Ziel einer Einstellung beworben hat. ... Damit ist der Kläger nach nationalem Recht nicht „Bewerber“ und „Beschäftigter“ iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG. Das Unionsrecht nennt jedoch in den einschlägigen Richtlinien nicht den „Bewerber“, sondern schützt den „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit“. Nicht geklärt ist, ob das Unionsrecht ebenfalls voraussetzt, dass wirklich der Zugang zur Beschäftigung gesucht und eine Einstellung bei dem Arbeitgeber tatsächlich gewollt ist. Ob für das Eingreifen des unionsrechtlichen Schutzes das Vorliegen einer formalen Bewerbung genügt, ist eine*

*allein dem Gerichtshof überantwortete Auslegungsfrage."*

Ich könnte mir vorstellen, dass der Achte Senat mit den Zähnen geknirscht hat, wird dem BAG doch immer mehr Entscheidungsspielraum vom EuGH abgenommen. Und wie unvorhersehbar die Entscheidungen des EuGH letztlich sind, weil der EuGH in der Regel keine dogmatisch begründeten Entscheidungen trifft, hatte ich einmal versucht in der PA 04/2015 darzustellen.

Von der Entscheidung des EuGH wird indes eine erhebliche praktische Relevanz ausgehen, denn die "Bewerber", die sich nicht für eine Stelle, sondern nur eine möglichst hohe Entschädigung interessieren, können jeden Arbeitgeber heimsuchen, der bei der Stellenausschreibung nicht jegliche Diskriminierungsmöglichkeit peinlich genau ausschließt (und dann möglicherweise gar nicht mehr in der Lage ist, den Bewerberkreis für die Stelle in geeigneter Weise einzuschränken). Und wer möchte sich schon durch drei oder gar vier Instanzen wegen eines abgelehnten Bewerbers streiten, der nie die Absicht hatte, die Stelle anzutreten.

## 2 Erweiterung der arbeitsvertraglichen Klausel zu Ausschlussfristen

(im Anschluss an PA 11/2011)

In der PA 11/2011 hatte ich eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 11. Oktober 2011 vorgestellt, die sich gegen eine ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gewendet hat. Hintergrund war die Frage, ob eine Ausschlussklausel insgesamt unwirksam ist, wenn eine Haftung wegen Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit oder wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit nicht ausdrücklich ausgenommen ist (so das LAG Hamm), oder ob die Klausel zwar diese Ansprüche nicht erfasst, aber im Übrigen wirksam bleibt (so das BAG). Das BAG hatte seine ständige Rechtsprechung mit Urteil vom 20. Juni 2013 (8 AZR 280/12) bestätigt, was das LAG Hamm aber nicht gehindert hat, sich mit Urteil vom 9. September 2014 (14 Sa 389/13) wegen dieser Frage erneut

mit dem BAG anzulegen. Immerhin findet das LAG Hamm für seine Argumentation, die in dem vorgenannten Urteil zur Belehrung des BAG den Umfang einer Dissertation angenommen hat, einige Befürworter. Da dieser Streit weiterhin schwelt, war gut beraten, wer zumindest in neu abzuschließenden Arbeitsverträgen meinen Klauselvorschlag aus der PA 11/2011 übernommen hatte, um jedem Ärger aus dem Weg zu gehen.

Nun droht jedoch ein weiterer Streit, dem sich das LAG Hamm vermutlich gerne in seinem Sinne annehmen würde: Die gesetzlichen Ansprüche auf Zahlung des Mindestlohns dürften nach allgemeiner Ansicht nicht durch eine Ausschlussfrist entfallen, so dass für diese Ansprüche immer die gesetzliche Verjährungsfrist gilt. Insofern ist es – jedenfalls wenn man dem LAG

Hamm folgt – nicht fernliegend, dass eine Klausel mit Ausschlussfristen, welche diese Ansprüche nicht ausdrücklich ausnimmt, unwirksam sein könnte. Sicherheitshalber empfehle ich daher in Erweiterung des Klauselvorschlages in der PA 11/2011 folgenden weiteren Klauselzusatz:

***(4) Die Ausschlussfristen finden ebenfalls keine Anwendung auf Ansprüche nach dem MiLoG; hier gelten die gesetzlichen Verjährungsfristen.***

### IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:  
Rechtsanwalt Stefan von Zduowski  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Ludwigkirchplatz 2  
10719 Berlin-Wilmersdorf  
www.praxiswissen-arbeitsrecht.de