

Newsletter 3/2017

Inhalt

- › Endlich Klarheit für den eingetragenen Verein!
- › Beschaffung: Deutsche Krankenhäuser geraten verschärft in den Fokus der vergaberechtlichen Prüfung
- › Der Mindestlohn in der Pflege soll ab 2018 steigen
- › Achtung! Unser Patient ist weg! – Besondere Fürsorgepflicht einer Klinik gegenüber demenzkranken Patienten
- › Architektenverträge und VOB/B-Klauseln bleiben im AGB-rechtlichen Fokus
- › Kopftuchverbot privater und kirchlicher Arbeitgeber
- › Kündigung betriebsstörender Mitarbeiter

Vereinsrecht

Endlich Klarheit für den eingetragenen Verein!

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Beschluss vom 16. Mai 2017 – II ZB 7/16 – nunmehr den erhofften und erwarteten Schlussstrich unter die Rechtsprechung des Kammergerichts Berlin (KG) gezogen. Seit Anfang 2011 hatte das KG durch eine Vielzahl von Entscheidungen wirtschaftlich tätige eingetragene Vereine („Idealvereine“, § 21 BGB) in Atem gehalten, indem es die Auffassung vertrat, dass eben dieses wirtschaftliche Tätigwerden die Rechtsform des eingetragenen Vereins ausschließe, und auf andere Rechtsformen verwies. Zwar entschieden andere Oberlandesgerichte immer wieder aus formellen und materiellen Gründen anders, die Lage blieb aber unklar – nicht zuletzt durch die Begründungen des Gesetzentwurfes zum „Gesetz zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften“.

Das KG argumentierte in erster Linie, es liege eine wirtschaftliche Betätigung als Hauptzweck vor, wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig werde, insbesondere durch eine planmäßige und auf Dauer angelegte entgeltliche Kinderbetreuung. Diese falle nicht mehr unter das so genannte Nebenzweckprivileg. Weiterhin führte das Gericht aus, dass die Einrichtung zu groß sei, im Wettbewerb

stehe und die Wahl dieser Rechtsform den bei wirtschaftlicher Tätigkeit erforderlichen Gläubigerschutz nicht gewährleiste. Der Umstand, als steuerbegünstigte Körperschaft anerkannt zu sein, wirke rein steuerlich und ändere nichts an der vereinsrechtlichen Beurteilung.

Dieser Auffassung stellt sich der BGH umfassend und klar entgegen: Zwar definiert der BGH den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ebenso, dieser sei aber auch dann, wenn er in erheblichem Umfang betrieben werde, mit dem Zweck eines Idealvereins vereinbar und könne als Hilfsmittel zur Erreichung des ideellen Hauptzwecks diesem untergeordnet im Rahmen des Nebenzweckprivilegs bestehen. Entscheidend sei nicht die Satzung, sondern die Form, die der BGH im zu entscheidenden Fall als dem Zweck untergeordnet und diesem dienend qualifiziert.

Der BGH führt für die Einordnung als „Nebenzweck“ weitere Maßstäbe an: Für die Beurteilung dieser Frage ist die Anerkennung als gemeinnützig im Sinne der Abgabenordnung von entscheidender Bedeutung. Zwar ist diese nicht gleichbedeutend mit dem ideellen Zweck im Sinne des Vereinsrechts, hat aber eine Indizwirkung, wie der BGH mit umfassender Litera-

turauswahl sowie einer historischen Betrachtung der Entstehung des BGB herleitet. So ist bereits damals der eingetragene Verein vom Gesetzgeber als in der Regel gemeinnützig angesehen worden.

Auch der eventuell sogar erhebliche Umfang des Geschäftsbetriebes spricht nicht per se gegen die Einordnung als Idealverein, denn die Größe allein ist nicht aussagekräftig und hat keinen Einfluss auf die Frage der qualitativen Einordnung. Der Verein darf auch nicht nur wirtschaftlich tätig werden, um die Mittel für seine Zweckverwirklichung zu generieren, sondern er darf auch den Zweck unmittelbar durch die wirtschaftliche Tätigkeit erfüllen. Auch der Gedanke des Gläubigerschutzes und der Sicherheit des Rechtsverkehrs, welcher der Differenzierung des ideellen und des wirtschaftlichen Vereins zugrunde liegt, verbietet das nicht. Denn durch die erlaubte Erwirtschaftung der Mittel für den Zweck entstehen keine größeren Risiken als durch die wirtschaftliche Zweckerfüllung. Ein Missbrauch der Rechtsform ist in Anbetracht des gemeinnützigkeitsrechtlichen Gewinnausschüttungsverbots

auch nicht zu befürchten. Vielmehr ist die Überwachung durch die Finanzverwaltung sehr viel effektiver als durch Registergerichte. Schließlich sprechen auch wettbewerbsrechtliche Gründe nicht gegen die wirtschaftliche Tätigkeit des Idealvereins, denn der Schutz des Wettbewerbs ist kein Schutzzweck der §§ 21, 22 BGB, und Wettbewerb bestünde auch, wenn die Rechtsform der GmbH gewählt würde.

Fazit

Endlich hat der Bundesgerichtshof im Sinne des sozialen Sektors entschieden. Dabei geht das Gericht auch einen sehr klaren, gut begründeten Weg. Während die Oberlandesgerichte mehr Auslegungsmöglichkeiten offen ließen, geht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs weiter und kann für viele andere Einrichtungen – z. B. Caritasverbände, die Diakonie und Krankenhäuser oder Altenheime – herangezogen werden.

› [Rechtsanwalt Severin Strauch](#)

Vergaberecht

Beschaffung: Deutsche Krankenhäuser geraten verschärft in den Fokus der vergaberechtlichen Prüfung

Aus Sicht der EU-Kommission wirft die Beschaffungspraxis deutscher Krankenhausträger Fragen bezüglich der Beachtung des Vergaberechts auf. In Deutschland liegt die Quote der EU-weiten Ausschreibungen und Vergabe im Gesundheitssektor unter dem europäischen Durchschnitt – obwohl in Deutschland extrem teure Großgeräte in überdurchschnittlicher Stückzahl vertreten sind. Die EU-Kommission hat daher gegenüber der Bundesregierung den Verdacht geäußert, dass das EU-Vergaberecht im sogenannten „Oberschwellenbereich“ (ab 209.000 € netto für Dienstleistungen und 5.225.000,00 € netto für Bauaufträge) nicht hinreichend zur Anwendung kommt. Entsprechend wird die EU nunmehr auf eine Prüfung und Kontrolle durch die Prüfbehörden drängen. Schließlich kann die EU die Zuteilung von Geldern von einer Vergabefehlerquote abhängig machen.

Krankenhausträger sind daher mehr als je gehalten zu prüfen, ob sie an das nationale oder europäische Vergaberecht gebunden sind und es gegebenenfalls zwingend zu beachten haben. Während für öffentlich-rechtliche Häuser und Einrichtungen das Vergaberecht stets bei der Beschaffung zu beachten ist, ist für kirchliche oder sonstige steuerbegünstigte Träger das Vergaberecht mitunter eine gern gemiedene oder übersehene „terra incognita“, da sie grundsätzlich erstmal nicht dem Vergaberecht unterliegen (stg. Rechtsprechung, z. B. [OLG Düsseldorf, Beschl. vom 15. Juli 2015 – VII Verg 11/15](#)). Allerdings kommt es insbesondere in Verbindung mit Einzel- oder Pauschalförderungen immer wieder vor, dass solche Träger das Vergaberecht eigentlich zu beachten hätten. Nicht selten sind dann begangene Vergabefehler nicht mehr heilbar.

Auch wenn die Nichtanwendung des Vergaberechts oder Vergabefehler häufig nur fahrlässig verursacht werden, können die wirtschaftlichen und rechtlichen Risiken für die Betroffenen erheblich sein. Fördermittel sind bei Vergaberechtsverstößen zurückzufordern. Das Ermessen der Prüfbehörden ist mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts häufig auf null reduziert.

Dass diese Fälle nicht hypothetischer Natur sind, verdeutlicht unter anderem das [Urteil vom 6. Dezember 2016 des bayrischen Verwaltungsgerichtshofes – 22 ZB 16.2037](#). Hier hatte ein fördermittelfinanzierter Bauherr zu früh seine (Teil-)Baumaßnahme ohne Beachtung des Vergaberechts begonnen. Die im Laufe des Projekts eingetretene Fördermittel-

bewilligung besiegelte den Vergaberechtsverstoß, die Förderbescheide waren rückwirkend aufzuheben.

Fazit

Krankenhausträger sind gehalten, das Vergaberecht zu beachten. Auf Grund der Komplexität und Volatilität des Vergaberechts kann externer Rat erforderlich sein, um wirtschaftliche und juristische Risiken zu minimieren. Die Beratungspraxis zeigt, dass schon jetzt in einigen Bundesländern Krankenhäuser vergaberechtlich schärfer geprüft werden. Im Zuge der Aktivitäten der EU-Kommission wird damit künftig noch verstärkter zu rechnen sein.

› [Rechtsanwalt Justus Kamp](#)

Pflegerecht

Der Mindestlohn in der Pflege soll ab 2018 steigen

Die letzte Mindestloohnerhöhung für den Bereich der Pflege ist am 1. Januar 2017 eingetreten. Die Pflegekommission hatte sich erst im Dezember 2016 auf eine Erhöhung des Mindestlohns in der Pflege für West-Deutschland auf 10,20 € und für Ost-Deutschland auf 9,50 € verständigt. Nunmehr hat sich die Pflegekommission, die sich aus Vertretern kirchlicher Dienstgeber und kirchlicher Dienstnehmer sowie kommunaler und privat-gewerblicher Arbeitgeberverbände und Vertretern der Gewerkschaft ver.di zusammensetzt, erneut zusammengefunden und eine weitere Steigerung des Pflegemindestlohns in drei Stufen beschlossen. In der Endstufe der Mindestlohnsteigerung zum Januar 2020 soll der Mindestlohn in Deutschland-West 11,35 € und in Deutschland-Ost 10,85 € betragen. Zunächst steigt der Mindestlohn ab Januar 2018 in Deutschland-Ost auf 10,05 €, ab Januar 2019 auf 10,55 € und schlussendlich ab 2020 auf 10,85 €. In Deutschland-West beträgt der Mindestlohn ab Januar 2018 10,55 €, ab Januar 2019 11,05 € und ab 2020 dann 11,35 €.

Die Einigung erfolgte zwischen allen Vertretern einstimmig. Notwendig wurde die erneute Einberufung der Pflegekommission wegen des nahenden Auslaufs der derzeitigen Min-

destlohnverordnung zum 31. Oktober 2017. Die Empfehlung ist an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) übergeben worden. Eine neue Verordnung für die Pflegebranche wird das Ministerium auf den Weg bringen.

Allen Akteuren, die der Pflegekommission beigewohnt haben, ist bewusst, dass diese Mindestloohnerhöhung eine erhebliche finanzielle Belastung für die ambulanten und stationären Einrichtungen bedeuten und letztlich nur durch eine stärkere Zuzahlung der Pflegebedürftigen zu finanzieren sein wird. Trotz dieser bestehenden Finanzierungsfragen hielten alle Beteiligten es für zwingend notwendig, den Pflegeberuf weiter zu stärken und die anspruchsvolle und körperlich stark fordernde Arbeit durch die Lohnerhöhung anzuerkennen.

Die Kommission hat als weitere Empfehlung ausgesprochen, die Vergütung der Bereitschaftsdienste neu zu regeln. Bereitschaftsdienste sollen bereits ab dem ersten Dienst mit einem Satz von 40 % des Pflegemindestlohns bewertet werden. Es bleibt jedoch dabei, dass ein Bereitschaftsdienst nur dann anzunehmen ist, wenn maximal 25 % der Arbeitszeit tatsächlich in Anspruch genommen werden. Überschreitet der Be-

reitschaftsdienst diese Grenze oder die 64. Stunde im Monat, so ist der Pflegemindestlohn in vollem Umfang zu zahlen.

Fazit

Die Mindestlohnerhöhung wird zu einer finanziellen Mehrbelastung der Pflegebetriebe führen. Vor diesem

Hintergrund wird die Frage der Refinanzierbarkeit der Personalkosten erneut zu beleuchten sein.

› Rechtsanwältin Britta Greb, LL.M. Medizinrecht

Krankenhausrecht

Achtung! Unser Patient ist weg! – Besondere Fürsorgepflicht einer Klinik gegenüber demenzkranken Patienten

Mit der stationären Aufnahme einer Patientin übernimmt die Klinik unter anderem auch eine Obhuts- und Schutzpflicht, um die Patientin vor zumutbaren Gefahren und Schäden zu schützen. Besteht bei einem Patienten eine Hin- und Weglauftendenz, kann eine Sicherung der Fenster geboten sein (Leitsätze des [Urteils des Oberlandesgerichts \(OLG\) Hamm vom 17. Januar 2017 – I-26 U 30/16](#)).

In dem dem Urteil zugrunde liegenden Fall begehrte eine Krankenversicherung von einer Klinik die Erstattung von Behandlungskosten in Höhe von über 90.000 €, die sie für eine zwischenzeitlich verstorbene Patientin aufgewandt hatte. Die damals 82-jährige demente Patientin war aufgrund eines Schwächeanfalls stationär in die Klinik eingewiesen worden. Am Aufnahmetag war sie unruhig, aggressiv, verwirrt und desorientiert. Darüber hinaus zeigte die Patientin Hin- und Weglauftendenzen und wollte die Station verlassen. Auch die mehrfache medikamentöse Behandlung mit starken Beruhigungsmitteln (Psychopharmaka) zeigte keine Wirkung und führte nicht zu einer hinreichenden Beruhigung der Patientin. Die diensthabenden Krankenschwestern verstellten daraufhin die sich nach innen öffnende Tür des Krankenzimmers der Patientin von außen mit einem Krankenbett, um die Patientin am Weglaufen zu hindern.

Unbemerkt kletterte die Patientin schließlich aus ihrem Krankenzimmerfenster und stürzte auf ein ca. fünf Meter tiefer liegendes Vordach. Dabei erlitt sie erhebliche Verletzungen, die in einer anderen Klinik operativ versorgt werden mussten.

Für die unfallbedingte Heilbehandlung und ein Krankenhaustagegeld wandte die Krankenversicherung über 90.000 € auf, die sie von der Klinik unter Hinweis auf unzureichende Sicherungsmaßnahmen ersetzt verlangte.

Die seitens der Krankenkasse gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts eingelegte Berufung hatte schließlich vor dem OLG Hamm Erfolg. Die Entscheidung des OLG Hamm ist rechtskräftig. Danach stehen der Krankenkasse gegen die Klinik die geltend gemachten Ansprüche insbesondere auf Ersatz der Behandlungskosten zu.

Nach Auffassung des Senats verstieß die Klinik gegen ihre vertraglichen Fürsorgepflichten und gegen die ihr obliegende Verkehrssicherungspflicht. Denn die Klinik übernimmt mit der stationären Aufnahme eines Patienten nicht nur die Aufgabe der dem medizinischen Standard entsprechenden ärztlichen Behandlung, sondern auch Obhuts- und Schutzpflichten. Sie hat den Patienten im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren vor Schäden und Gefahren zu schützen, wenn sein körperlicher oder geistiger Zustand dies gebietet. Maßgebend ist, ob im Einzelfall wegen der Verfassung des Patienten aus der Sicht ex ante ernsthaft damit gerechnet werden musste, dass er sich ohne Sicherungsmaßnahmen selbst schädigen könnte. Dies beinhaltet gegebenenfalls die Pflicht, notwendige Vorkehrungen gegen ein Heraussteigen aus dem Krankenzimmerfenster zu treffen. Dieser Verpflichtung war die Klinik nicht gerecht geworden.

Ausweislich der Dokumentation der Klinik war nämlich das Verhalten der Patientin am Unfalltag unberechenbar gewesen. So hatte sie an diesem Tag unter anderem aus dem Zimmer flüchten wollen. Im Rahmen des Prozesses bestätigte zudem der medizinische Sachverständige, dass Patienten mit einem derartigen Krankheitsbild in ihrem Verhalten unberechenbar seien. Infolgedessen hätte das Personal der Klinik auch einen Fluchtversuch durch das Fenster des Krankenzimmers in Betracht ziehen und das Öffnen des Fensters durch die Patientin zum Beispiel durch verschließbare Fenstergriffe verhindern oder sie in ein ebenerdig gelegenes Krankenzimmer oder gar in eine andere Klinik verlegen müssen. Diese notwendigen Vorkehrungen gegen ein Heraussteigen der Patientin aus dem Fenster des Krankenzimmers waren der Klinik auch möglich und zumutbar gewesen. Das pflicht-

widrige Unterlassen dieser Maßnahmen begründete deshalb die Haftung der Klinik.

Fazit

Krankenhäuser haben – insbesondere gegenüber demenzkranken Patienten – besondere Fürsorgepflichten. Deshalb sollten seitens der Klinik in solchen Fällen besondere Vorkehrungen getroffen werden, um Schäden und Verletzungen, aber auch ein Weglaufen der Patienten abzuwenden.

› [Rechtsanwalt André Spak, LL.M., Rechtsanwalt, Steuerberater, Mediator, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht](#)

Architekten- und Baurecht

Architektenverträge und VOB/B-Klauseln bleiben im AGB-rechtlichen Fokus

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sowohl in Architektenverträgen als auch in Bezug auf die VOB/B bleiben im Bau- und Architektenrecht von aktueller Bedeutung. So hat erneut der Bundesgerichtshof (BGH) eine Klausel in Architektenverträgen für nichtig erklärt. Und das Kammergericht Berlin hat die Rechtsprechung zur Entprivilegierung der VOB/B bei abweichenden Vereinbarungen in Bezug auf die förmliche Abnahme fortgeschrieben.

Klauseln, die in Architektenverträgen ein sogenanntes „Selbsteintrittsrecht“ vorsehen, sind AGB-rechtlich unwirksam (BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 – VII ZR 242/13). Im konkreten Fall hatte ein Bauherr einen Architekten mit Vollarchitekturleistungen beauftragt. Der vom Architekten gestellte Formularvertrag enthielt eine Selbsteintrittsklausel zur Schadensbeseitigung. Danach sollte der Architekt vom Bauherrn verlangen können, dass ihm die Beseitigung eines Schadens übertragen wird, wenn er wegen Schäden am Bauwerk in Anspruch genommen wird. Der Architekt plante den Schallschutz mangelhaft. Der Bauherr rügte Schallmängel. Der zur Mängelbeseitigung verurteilte Bauunternehmer beseitigte diese nicht. Daraufhin nahm der Bauherr den Architekten auf

Schadensersatz wegen mangelhaften Architektenwerks in Anspruch. Der Architekt berief sich auf die Selbsteintrittsklausel. Zu Unrecht, so der BGH, denn die Klausel benachteilige den Bauherrn unangemessen. Grundsätzlich schulde der Architekt Schadensersatz in Geld (§ 280 Abs. 1 BGB). Durch die Selbsteintrittsklausel werde dieser Ersatzanspruch des Bauherrn in unangemessener Weise auf eine Schadensbeseitigung beschränkt. Auch erfasse eine solche Selbsteintrittsklausel Fälle, in denen der Bauherr die Beseitigung des Schadens am Bauwerk selbst nicht mehr vornehmen, sondern sich mit einem finanziellen Ausgleich begnügen wolle. Auch verkürze die Klausel unbillig das Recht des Bauherrn, den Unternehmer, der die Schadensbeseitigung vornehmen soll, selbst auswählen zu können. Architekten ist es somit verwehrt, die Schadensbeseitigung an sich zu ziehen. Damit kippt der BGH eine häufig in Architektenverträgen anzutreffende Klausel.

Führt die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme abweichend von § 12 Abs. 5 VOB/B dazu, dass die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B „als Ganzes“ wegfällt? Nach Ansicht des Kammergerichts Berlin (KG,

– 21 U 14/16) soll dies der Fall sein. Abweichend von § 640 BGB regelt § 12 VOB/B die Abnahme in äußerst differenzierter Weise. So kann nach § 12 Abs. 5 VOB/B Ziff. 1 und 2 die fiktive Abnahme durch entsprechende schriftliche Fertigstellungsmitteilungen bzw. durch Benutzung herbeigeführt werden. Aufgrund der überragenden werkvertraglichen Bedeutung der Abnahme wird diese Regelung in § 12 Abs. 5 VOB/B häufig in Bauverträgen abbedungen. Das KG folgt der ständigen Rechtsprechung des BGH (z. B. BGH, [Urteil vom 25. Januar 1996 – VII ZR 233/94](#); [Urteil vom 10. Mai 2007 – VII ZR 226/05](#)), dass die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B „als Ganzes“ bereits bei geringen inhaltlichen Abweichungen vom Text der VOB/B entfällt, also auch beim Ausschluss der fiktiven Abnahme. Weicht also der Auftraggeber in seinen Vertragsbedingungen von der VOB/B in Bezug auf die Abnahme ab, wird die VOB/B nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart. Dies führt aber nicht zu einer Unwirksamkeit des

gesamten VOB/B-Vertrages. Vielmehr werden die entscheidungsrelevanten VOB/B-Klauseln einer AGB-rechtlichen Kontrolle unterzogen. Mittlerweile existiert eine umfassende Judikatur zu der Frage, welche VOB/B-Klauseln je nach Verwender AGB-rechtlich Bestand haben. Dabei kommt es darauf an, wer welche Bauvertragspartei die VOB/B als Verwender in den Vertrag eingeführt hat.

Fazit

Beide Entscheidungen machen erneut deutlich, dass die genaue Vertragsprüfung und Klauselkontrolle von Architekten und Bauverträgen obligatorisch sein sollte. Das Risiko für Bauherren, durch unwirksame Klauseln einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachteil zu erleiden, kann erheblich sein.

› [Rechtsanwalt Justus Kampp](#)

Arbeitsrecht

Kopftuchverbot privater und kirchlicher Arbeitgeber

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in zwei neuerlichen Entscheidungen die Voraussetzung für ein Verbot des Tragens eines Kopftuchs in privaten Einrichtungen und Unternehmen konkretisiert (Urteile vom 14. März 2017 in den Rechtsachen [C-157/15](#) und [C-188/15](#)). In beiden Fällen klagten Musliminnen gegen ihre Entlassung, weil sie am Arbeitsplatz ein islamisches Kopftuch tragen wollten.

In der Sache C-157/15 war die Klägerin als Rezeptionistin für ein belgisches Sicherheitsunternehmen tätig. Bereits im Jahre 2006 kündigte sie ihrem Arbeitgeber an, von nun an während der Arbeitszeit ein islamisches Kopftuch tragen zu wollen. Das Tragen eines Kopftuches widersprach jedoch einer vom Betriebsrat gebilligten unternehmensinternen Regel, wonach „es den Arbeitnehmern verboten [ist], am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugungen zu tragen und/oder jeglichen Ritus, der sich daraus ergibt, zum Ausdruck zu bringen.“ Weil die Klägerin weiterhin auf das islamische Kopf-

tuch bestand, wurde sie Mitte 2006 entlassen. Der belgische Kassationshof legte dem EuGH die Frage vor, ob eine derartige unternehmensinterne Regel eine unmittelbare Diskriminierung der Klägerin darstelle und daher ihre Kündigung unwirksam sei. Der EuGH verneinte dies, weil die seitens des Beklagten getroffene Regelung den Arbeitnehmern unterschiedslos jede offensichtliche Bekundung der politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugung verbiete und letztlich eine sachlich gerechtfertigte Neutralitätspflicht vorsehe. Das Kassationsgericht habe nun zu prüfen, ob sich das Verbot nur an die Arbeitnehmer mit Kundenkontakt richte, dann nämlich sei das Verbot für die Erreichung des verfolgten Zieles als unbedingt erforderlich anzusehen. Im Rahmen der Erforderlichkeit sei allerdings zu prüfen, ob eine Umsetzung der Klägerin an einen Arbeitsplatz ohne Kundenkontakt möglich gewesen wäre.

In der Sache C-188/15 ging es um die Entlassung einer französischen Softwaredesignerin. Die Klägerin wurde bereits im

Vorfeld des Bewerbungsgesprächs darauf hingewiesen, dass das Tragen eines Kopftuches Probleme bereiten könnte. Im Bewerbungsgespräch trug sie noch ein einfaches Bandana, im Anschluss dann am Arbeitsplatz ein islamisches Kopftuch. Aufgrund einer Beschwerde eines Kunden darüber, dass die Klägerin während der Arbeit ein Kopftuch bzw. einen Schleier trage, verlangte ihr Arbeitgeber, dass sie das Kopftuch während der Arbeitszeit abnehmen möge. Er verwies dabei auf den Grundsatz notwendiger Neutralität im Verhältnis zu den Kunden. Die Klägerin weigerte sich und wurde daraufhin entlassen. Der EuGH entschied, dass allein subjektive Erwägungen des Arbeitgebers, den Wünschen eines Kunden zu entsprechen, nicht ausreichen, um das sog. Kopftuchverbot am Arbeitsplatz zu rechtfertigen.

Im Hinblick auf das Tragen von Kopftüchern im öffentlichen Dienst waren auf Bundesebene zuletzt hingegen zustimmende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergangen (Beschlüsse vom 18. Oktober 2016 – 1 BvR 354/11 – und vom 17. Januar 2015 – 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10). Das Grundrecht auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit gewährt den Erziehern in Kindertageseinrichtungen bzw.

den Lehrkräften an Schulen in kommunaler Trägerschaft die Freiheit, einem religiösen Bedeckungsgebot – etwa durch das Tragen eines Kopftuchs – nachzukommen. Dies gelte aber nur solange, wie der Frieden in der Einrichtung bzw. der sog. Schulfrieden nicht konkret gefährdet sei.

Fazit

Für den kirchlichen Sektor besteht kein Risiko, Glaubensbekenndungen anderer Religion am Arbeitsplatz hinnehmen zu müssen. Das kirchliche Selbstverwaltungsrecht garantiert kirchlich geprägten Einrichtungen ein umfassendes Neutralitätsgebot gegenüber der entsprechenden Konfession. Verankert in den jeweiligen kirchlichen Grundordnungen bzw. in den Tarif- und Arbeitsverträgen, wird es in dieser Form auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt. So entschied das Bundesarbeitsgericht zuletzt (Urteil vom 24. September 2014 – 5 AZR 611/12), dass eine Erzieherin eines evangelischen Kindergartens ein islamisches Kopftuch nicht tragen dürfe.

› Rechtsanwalt Alexander Gottwald, EMBA

Arbeitsrecht

Kündigung betriebsstörender Mitarbeiter

Die Kündigung von Mitarbeitern, die den betrieblichen Ablauf stören, ist für Arbeitgeber in der Regel mit einem großen Risiko behaftet. Etwas anderes kann nach einem aktuellen Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) dann gelten, wenn der Betriebsrat die Kündigung mitträgt oder sogar initiiert. So entschied das BAG am 28. März 2017 – 2 AZR 551/16, dass die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers rechtmäßig ist, wenn dem Arbeitgeber zuvor auf Antrag des Betriebsrats durch ein Arbeitsgericht aufgegeben wurde, diesen Arbeitnehmer zu entlassen.

Hintergrund ist eine Regelung im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), die dem Betriebsrat das Recht gibt, vom Arbeitgeber die Entlassung oder Versetzung eines betriebsstörenden Arbeitnehmers zu verlangen (§ 104 Satz 1 BetrVG). Eine

vergleichbare Regelung gibt es für Mitarbeitervertretungen im kirchlichen Bereich nicht, es ist jedoch zu betonen, dass auch im Anwendungsbereich des BetrVG entsprechende Verfahren äußerst selten sind. Hierfür müssen gravierende Fehlverhaltensweisen vorliegen. Das Gesetz nennt exemplarisch „gesetzwidriges Verhalten“ oder „rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen“. Anerkannt worden durch die Rechtsprechung sind hierzu auch grobe Tätlichkeiten und Angriffe auf Arbeitskollegen (LAG Hamm vom 23. Oktober 2009 – 10 TaBV 39/09) oder unbefugtes Mitschneiden einer Dienstbesprechung auf Tonband (LAG Hessen vom 7. September 1984 – 14/4 TaBV 116/83).

Im entschiedenen Fall hatte der Betriebsrat eines Versicherungskonzerns verlangt, dass eine langjährig beschäftigte

Sachbearbeiterin entlassen wird. Die Frau war wiederholt gegenüber Kollegen handgreiflich geworden. Der Arbeitgeber wollte zunächst nicht kündigen und mahnte nur ab. Auf Antrag des Betriebsrats verpflichtete das zuständige Arbeitsgericht den Arbeitgeber jedoch zum Ausspruch der Kündigung. Der Arbeitgeber kündigte ihr daraufhin fristlos, hilfsweise ordentlich. Das BAG urteilte nun, dass diese ordentliche Kündigung, nicht jedoch die außerordentliche Kündigung, rechtmäßig war. Mit der rechtskräftigen Entscheidung des Ar-

beitsgerichts habe ein dringendes betriebliches Erfordernis zur ordentlichen Kündigung vorgelegen.

Fazit

Bei Mitarbeitern, die den Betriebsablauf stören, kann es sich empfehlen, zunächst zu klären, ob auch der Betriebsrat eine Kündigung mittragen würde.

› [Rechtsanwältin Dr. Carolin Kraus](#)

Seminar-Tipps

Architekten und Projektsteuerer als Vertragspartner – Rechtssichere Zusammenarbeit mit Architekten, Fachplanern und Projektsteuerern

30.05.2017, Freiburg

Das neue Urlaubsrecht

01.06.2017, Freiburg

Krankenhäuser im Fokus von KV und Staatsanwaltschaft

22.06.2017, Berlin

19.10.2017, München

Compliance in der Sozialwirtschaft – Herausforderungen für Caritas und Diakonie

29.06.2017, Köln

Vergabe- und Beihilferecht im Überblick – Die Vergaberechtsreform und ihre Folgen

12.07.2017, München

§ 2b UStG – Umsatzbesteuerung für kirchliche Körperschaften des öffentlichen Rechts

19.07.2017, München

17.10.2017, Köln

Basiswissen Stiftungen – rechtliche und steuerliche Besonderheiten bei Stiftungen

17.10.2017, Köln

Der Konzern – Herausforderungen für Geschäftsführer

19.10.2017, Köln

Teilzeit- und Befristungsrecht mit der dazugehörigen Beteiligung der MAV

25.10.2017, München

Corporate Governance

21.11.2017, Würzburg

Neues vom Bundesarbeitsgericht

28.11.2017, Köln

30.11.2017, Münster

Detaillierte Informationen und Anmeldung unter www.solidaris.de oder direkt bei Frau Jacqueline j.ruppenthal@solidaris.de, 02203.8997-221.

Kontakt/Newsletterverwaltung

Dieser Newsletter ist ein kostenloser Service der Solidararis Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Unser zentrales Anliegen ist es, Sie mit aktuellen Informationen aus dem Bereich des Rechts zu versorgen. Sollte dieser Newsletter für Sie jedoch keinen informativen Mehrwert aufweisen, können Sie ihn jederzeit unter www.solidaris.de mit sofortiger Wirkung abbestellen. Wir sind stets bemüht, unseren Service für Sie optimal zu gestalten – daher zögern Sie bitte nicht, uns bei Fragen, Anmerkungen, Kritik und Feedback zu kontaktieren. Ihr Ansprechpartner: Herr Ivan Panayotov, Telefon: 02203 | 8997-136, E-Mail: i.panayotov@solidaris.de.

Disclaimer

Die Inhalte dieses Newsletters dienen ausschließlich der allgemeinen juristischen Information. Sie stellen keine rechtliche Beratung dar und können eine einzelfallbezogene Beratung nicht ersetzen. Durch die Übersendung dieses Newsletters wird kein Mandatsverhältnis zwischen Absender und Empfänger begründet. Obwohl wir die Inhalte dieses Newsletters nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt haben, können sie wegen ihres rein informativen Charakters die aktuellen rechtlichen Entwicklungen nicht vollständig berücksichtigen und wiedergeben.

Impressum

Solidaris Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

51149 Köln, Von-der-Wettern-Str. 11

51152 Köln, Postfach 92 02 55

E-Mail: info@solidaris.de

Website: www.solidaris.de

Geschäftsführer: Dr. Axel Stephan Scherff

Sitz der Gesellschaft: 51149 Köln

Registergericht: Amtsgericht Köln, HRB 69691