

Wandlungen in der Rechtsprechung: Neue Entwicklungen im Arbeitsrecht

Ortstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. in Hannover

Am 9. Oktober 2014 fand die Ortstagung Hannover des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover statt. Eröffnet wurde die Tagung durch den Präsidenten des Niedersächsischen Landesarbeitsgerichts *Wilhelm Mestwerdt*. Er begrüßte im Namen der Niedersächsischen Arbeitsgerichtsbarkeit die etwa 200 erschienenen Gäste aus Justiz, Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften, der Anwaltschaft und der Universität und stellte erfreut fest, dass seit der ersten Ortstagung in Hannover im Jahre 2000 diese, nun mittlerweile 7. Ortstagung, zu einer festen Größe geworden sei. Dies sei u.a. den zahlreichen Unterstützern der Veranstaltung zu verdanken, die auch in diesem Jahr die Ortstagung wieder ermöglicht hätten. Dem Arbeitgeberverband für die Chemische Industrie in Norddeutschland, dem DGB, der DGB Rechtsschutz GmbH, Niedersachsen Metall und den Unternehmerverbänden Niedersachsen sprach *Mestwerdt* hierfür im Namen des Arbeitsgerichtsverbands seinen Dank aus. Weiterer Dank galt Prof. Dr. *Roland Schwarze*, Lehrstuhlinhaber für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover, der die Moderation der Veranstaltung übernahm und dessen Lehrstuhlteam für die nötige Technik und die Bewirtung der Gäste Sorge trug. Schließlich gebühre auch der Vorsitzenden Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. *Ina Hartwig* sowie den beteiligten Mitarbeiterinnen des Landesarbeitsgerichts Dank für die Organisation und Planung der Tagung. Die Ortstagung sei, so *Mestwerdt*, eine gewinnbringende Plattform des Informationsaustausches und der Diskussion arbeitsrechtlicher Themen. Rückblickend auf die erste Ortstagung in Hannover, bei der Prof. Dr. *Ulrike Wendeling-Schröder* anlässlich einer damals aktuellen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen über den Grundsatz der Tarifeinheit sprach, ließe sich mit Blick auf jüngste Bestrebungen, die Tarifeinheit gesetzlich zu regeln, feststellen, dass sich das Thema mittlerweile zum Dauerbrenner entwickelt habe. Auch im Rahmen des letzten Deutschen Juristentages im September in Hannover sei die Frage der Tarifeinheit von den Teilnehmern auf hohem Niveau diskutiert worden. Bedauern drückte *Mestwerdt* darüber aus, dass dort letztlich kein Beschluss mit einer Handlungsempfehlung gefasst werden konnte. Ob und mit welchem Inhalt es hier einen Gesetzentwurf der Bundesregierung geben werde, bleibe gespannt abzuwarten. Der arbeitsrechtlichen Praxis werde der Diskussions- und Arbeitsstoff jedenfalls nicht so schnell ausgehen. Mit weiteren aktuell bereits umgesetzten oder im Koalitionsvertrag vorgesehenen Gesetzesänderungen und -neuerungen z.B. im Bereich der Werkverträge, der Arbeitnehmerüberlassung oder des Anspruchs auf Teilzeit seien immer auch neue Herausforderungen für die Arbeitsgerichte bei

der Rechtsanwendung verbunden. Ebenso werde die sich bereits abzeichnende konjunkturelle Entwicklung vermutlich wieder zu höheren Eingangszahlen in der Arbeitsgerichtsbarkeit führen. Nach einem abschließenden Überblick über die zu erwartenden Vorträge übergab *Mestwerdt* sodann an *Schwarze*.

Schwarze begrüßte seinerseits die Anwesenden. Er stellte als ersten Referenten den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. *Bertram Zwanziger* vor und skizzierte dessen beruflichen Werdegang. *Zwanziger*, seit 2001 Richter am Bundesarbeitsgericht, ist Vorsitzender des 3. Senates, welcher für das Recht der betrieblichen Altersversorgung zuständig ist. Zu Beginn seines Vortrags „*Drittarbeit im Betrieb (Leiharbeit, Dienstleistungs- und Werkverträge) - Neue Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung*“ stellte *Zwanziger* die unterschiedlichen Erscheinungsformen von Drittarbeit im Betrieb kurz dar. Zum einen sei hier die Eigenarbeit in einem Betrieb außerhalb eines Arbeitsvertrags zu nennen. Dabei stelle sich häufig die Frage, ob der Dienstleistende bzw. Werkunternehmer tatsächlich selbständig sei oder vielmehr Arbeitnehmer des Betriebsinhabers. Entscheidendes Abgrenzungskriterium sei nach der Rechtsprechung die persönliche Abhängigkeit, die in einem bestehenden Weisungsrecht des Betriebsinhabers zum Ausdruck komme. Abgrenzungsschwierigkeiten anhand des Kriteriums der Weisungserteilung ergäben sich praktisch, weil auch das Werkvertragsrecht die Erteilung von Weisungen durch den Werkbesteller an den Unternehmer vorsehe. Es komme deshalb darauf an, in welchem Maß der Dienstverpflichtete in den Betrieb eingegliedert sei. Beträfen die erteilten Weisungen den Arbeitsvorgang und nicht das Arbeitsergebnis und seien sie dem Betriebsinhaber zuzurechnen, weil er sie wenigstens dulde, dann liege ein Arbeitsverhältnis vor. Weitere Erscheinungsformen von Drittarbeit im Betrieb seien die Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG sowie die Tätigkeit des Arbeitnehmers aufgrund von Werk- und Dienstverträgen zwischen seinem vertraglichen Arbeitgeber und dem Betriebsinhaber. Diesen beiden Formen sei die Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsvertrags für einen Arbeitgeber, der nicht Rechtsträger des Betriebs sei, gemein. Die Abgrenzung erfolge danach, wer die konkrete Einsatzentscheidung für die Arbeitnehmer treffe. So die notwendigen Handlungen für den wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit des Arbeitnehmers beim Betriebsinhaber getroffen und ihm dort Weisungen erteilt würden, handele es sich um Arbeitnehmerüberlassung. Organisiere der vertragliche Arbeitgeber selbst den wirtschaftlichen Erfolg der Arbeitsleistung und erteile die dafür maßgeblichen Weisungen, handele es sich um einen Dienst- oder Werkvertrag. In allen Fällen sei bei der Abgrenzung in erster Linie nicht der Wortlaut der getroffenen vertraglichen Abrede, sondern deren tatsächliche Durchführung als Anhaltspunkt für das von den Parteien wirklich Gewollte maßgeblich. Diese tatsächliche Durchführung müsse allerdings denjenigen, welche für den Vertragsschluss zuständig seien, wiederum zurechenbar sein. Wenn die Vertragsparteien ihre Vereinbarung ausdrücklich als

Arbeitsvertrag bezeichneten, handele es sich aber selbstverständlich unabhängig von der tatsächlichen Durchführung um ein Arbeitsverhältnis.

Nach diesem Überblick über die Erscheinungsformen und Abgrenzungskriterien stellte *Zwanziger* anhand beispielhaft ausgewählter aktueller Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Grundzüge und wesentlichen Rechtsfolgen des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG dar und hob insbesondere die nach dem Gesetz eintretende Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher im Falle der fehlenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hervor. Hier werde aktuell unter dem Stichwort „Vorratserlaubnis“ diskutiert, ob im Falle der nicht offen gelegten, sondern formell als Tätigkeit im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags bezeichneten, verdeckten Arbeitnehmerüberlassung eine nur auf Vorrat erteilte Erlaubnis das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses des Leiharbeiters zum Entleiher kraft Gesetzes gemäß §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG hindere. *Zwanziger* stellte heraus, dass dies nach überwiegender Auffassung derzeit der Fall sei, sich aber insbesondere *Brose* (DB 2014, 1739) dafür ausgesprochen habe, bereits nach geltendem Recht die Vorratserlaubnis nicht anzuerkennen. Jedenfalls sei die Problematik auch Gegenstand des Koalitionsvertrages der Bundesregierung, die hier also Handlungsbedarf sehe. Außerdem warf *Zwanziger* mit Blick auf die gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses die Frage eines Rechtsfolgenverweigerungsrechts des Arbeitnehmers auf. Sofern dieses nach derzeitiger Rechtslage verneint werde, sei die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zu einem Dritten auch gegen den Willen des Betroffenen jedenfalls aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich. Aktuell diskutiert werde zudem die Auslegung des Begriffes „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 AÜG. Die Norm sei zwar vom Bundesarbeitsgericht als Verbotsgesetz angesehen worden. Gleichzeitig habe aber der 9. Senat (Urteil v. 10.12.2013, 9 AZR 51/13) entschieden, dass gleichwohl zumindest für die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung, mit der die zeitliche Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung eingeschränkt wurde, erteilten Erlaubnisse, bei einem Verstoß kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert werde. Kernfrage sei, so *Zwanziger*, ob „nicht nur vorübergehend“ personenbezogen oder arbeitsplatzbezogen zu definieren sei. Derzeit sei keine eindeutige Tendenz in dem einen oder anderen Sinne in der Rechtsprechung auszumachen.

Weiter stellte *Zwanziger* den das AÜG prägenden Grundsatz des „equal treatment“ vor, wonach Leiharbeiter bezogen auf Arbeitszeit und Arbeitsentgelt Anspruch auf die gleichen Arbeitsbedingungen wie ein ggfs. fiktiver Stammarbeiter im Entleiherbetrieb haben und wies auf die für Annahmeverzugslohnansprüchen besonders bei den vielfach zwischen Verleiher und Arbeitnehmer vereinbarten Arbeitszeitkonten bedeutsame Sonderregelung des § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG hin. Eine Rückführung des in Einsatzzeiten

aufgebauten Arbeitszeitkontos in einsatzfreien Zeiten sei danach, so betonte *Zwanziger* nicht möglich.

Anschließend umriss *Zwanziger* die Bedeutung von Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen individualrechtlicher Normen außerhalb des AÜG. Ein Augenmerk galt hier dem Kündigungsschutzrecht, wo zwar nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Vorbeschäftigungszeiten im Betrieb im Rahmen von Leiharbeit für die Berechnung der Wartefrist nach § 1 Abs. 1 KSchG außer Betracht zu bleiben hätten, andererseits aber für den Schwellenwert des § 23 Abs. 1 KSchG Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen seien. Der zweite Schwerpunkt *Zwanzigers* an dieser Stelle des Vortrages lag im Bereich des Betriebsübergangs. *Zwanziger* thematisierte u.a., unter welchen Voraussetzungen die Übernahme von Arbeitnehmern auf Verleiherseite einen Betriebsübergang von dem ursprünglichen auf den nachfolgenden Verleiher darstellt. Die Übernahme von Leiharbeitnehmern allein begründe noch keinen Betriebsübergang. Hinzukommen müsse außerdem auch ein Teil der Organisationsstruktur, mit der verliehen werde. Es müsse also ein Mitarbeiter aus der Verwaltung des bisherigen Verleihers auf den neuen Verleiher übergehen.

Abschließend stellte *Zwanziger*, bezugnehmend auf die Ausführungen von *Linsenmaier/Kiel* in RdA 2014, 135 ff. betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Arbeitnehmerüberlassung dar. Grundlegend sei, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Leiharbeitnehmer als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs anzusehen und deshalb bei der Berechnung von Schwellenwerten zu berücksichtigen seien und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Entleiherbetrieb bestünden. Das Gesetz begegne diesem Problemkreis, so *Zwanziger*, zum Teil mit ausdrücklichen Regelungen zur betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung der Leiharbeitnehmer sowohl zum Verleiher- als auch zum Entleiherbetrieb, z.B. bezogen auf das aktive und passive Wahlrecht. Das Bundesarbeitsgericht gehe davon aus, die Zugehörigkeit des Leiharbeitnehmers zum Entleiherbetrieb sei durch diese Vorschriften nicht abschließend bestimmt, sondern vielmehr nach der Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang zu ermitteln. Dem hier von *Linsenmaier/Kiel* zur Zuordnung des Arbeitnehmers entwickelten Ansatz, wonach an die Entscheidungsbefugnis des jeweiligen Arbeitgebers anzuknüpfen sei, stimmte *Zwanziger* zu. Da bei Folgerungen aus der Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers auch Interessen der Stammebelegschaft und die betriebliche Ordnung betroffen seien und die tatsächliche Eingliederung der Entscheidungsbefugnis des Entleihers zuzuordnen sei, sei hier der Betriebsrat beim Entleiher zu beteiligen. Vertragliche Angelegenheiten und Entgeltfragen beträfen die Entscheidungsbefugnis des Verleihers. Folglich sei der Betriebsrat beim Verleiher zuständig. Nach einer Darstellung der

Auswirkungen dieser Abgrenzungen und möglicher Zustimmungsverweigerungsgründe des Betriebsrats anhand verschiedener personeller Einzelmaßnahmen im Sinne von § 99 BetrVG warf *Zwanziger* das Problem der Eingruppierung des Leiharbeitnehmers beim Entleiher im Falle eines Anspruchs auf gleiche Bezahlung nach § 10 Abs. 4 AÜG auf. Zwar handele es sich hierbei um eine Entgeltfrage, was nach dem Ansatz von *Linsenmaier/Kiel* dafür spreche, den Betriebsrat des Verleihers zu beteiligen. *Zwanziger* sprach sich in diesem Fall jedoch für eine Zuständigkeit des Entleiherbetriebsrats aus. Hierfür spreche, dass es sich nicht um eine vertragliche Angelegenheit handele, sondern um einen gesetzlichen Entgeltanspruch des Leiharbeitnehmers und auch die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit und damit Belange der Stammebelegschaft betroffen seien. Praktisch könne zudem der Entleiherbetriebsrat die Frage der Eingruppierung in die Entgeltordnung des Entleihers wegen größerer Sachnähe besser beurteilen. Im Anschluss an den Vortrag boten vor allem die dargestellten betriebsverfassungsrechtlichen Aspekte des Themas den Teilnehmern Anlass zur Diskussion.

Mestwerdt eröffnete nach der Kaffeepause den zweiten Teil der Ortstagung und kündigte das Grußwort des Staatssekretärs *Wolfgang Scheibel* aus dem Justizministerium an. Es sei gute Tradition, so *Mestwerdt*, dass auch die Landesregierung prominent auf den Tagungen des Ortsverbandes vertreten sei. Er stellte *Scheibel* als richterlichen Kollegen, der auch maßgeblich an der Einführung der Mediation in der Justiz in Niedersachsen beteiligt gewesen sei, vor.

Sodann ergriff Staatssekretär *Scheibel* das Wort und richtete seinen Gruß zunächst an den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts *Mestwerdt*. Er hieß ihn in seiner heutigen Funktion herzlich willkommen und erinnerte an die letzte Tagung 2011, als der damalige Justizminister *Busemann* ihn noch als Richter am Bundesarbeitsgericht begrüßte. Nach einem Gruß der Justizministerin *Antje Niewisch-Lennartz*, die sich aufgrund anderweitiger terminlicher Verpflichtungen entschuldigen ließ, lobte *Scheibel* die Veranstaltung als gewinnbringend. Der fachliche Austausch über verschiedene Professionen hinweg aus verschiedenen Blickrichtungen sei auch in anderen Bereichen durchaus wünschenswert. Er grüßte sodann auch Prof. Dr. *Schwarze* und stellte sein überragendes Talent heraus, die Studierenden zu begeistern. Anknüpfend an die immer wieder geforderte Reform der Juristenausbildung sei dies ein Aspekt der Ausbildung, so *Scheibel*, den man nicht unterschätzen dürfe. Er grüßte ferner den Referenten und Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. *Zwanziger* und kam in diesem Zusammenhang auf eine Rede der Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts *Ingrid Schmidt* zum Thema Mediation zu sprechen. Ihre damalige Äußerung, wonach Mediation im Arbeitsrecht keinen Platz habe, sondern deren Befürworter lediglich Träumer seien, unterstützte er nicht und meinte, dass Träumen manchmal notwendig sei, um Visionen zu

schaffen. Seit dem Jahr 2012 habe der Güterichter nun Eingang in die Prozessordnung gefunden. Auch wenn die gütliche Beilegung von Streitigkeiten in der Arbeitsgerichtsbarkeit in vorbildlicher Weise erfolge, müsse sich die Justiz offen auch für andere Kommunikationsmethoden zeigen. Sie müsse lebendig und innovativ bleiben. Im Hinblick auf den Verfahrensrückgang um 10 Prozent sei es erforderlich, kritisch zu hinterfragen, warum die Justiz nicht mehr so nachgefragt werde. Dies habe nach Einschätzung von *Scheibel* auch etwas mit der eigenen Außendarstellung der Gerichte zu tun. Die niedersächsische Justiz leiste hervorragende Arbeit; effizient und schnell. Sie stelle sich nach außen hingegen - und auch gegenüber dem Ministerium - als überlastet dar.

Sodann rief *Schwarze* den nächsten Programmpunkt „*Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht*“ auf und stellte den Referenten Prof. Dr. *Hartmut Oetker* von der Christian-Albrechts-Universität Kiel vor. Der Name *Oetker* sei mit ihm auch im Arbeitsrecht zum Markennamen geworden.

Oetker leitete damit ein, dass Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Verfahren in den letzten Jahren wiederholt im Fokus der höchstrichterlichen Rechtsprechung standen. In seiner letzten Entscheidung hierzu (Urteil v. 21.11.2013 - 2 AZR 797/11) habe das Bundesarbeitsgericht der Verwendung und Verwertung der durch die heimlichen Videoüberwachung erlangten Erkenntnisse strengen Vorgaben unterworfen, bei deren Nichtvorliegen ein Beweisverwertungsverbot eingreife. Entsprechendes gelte für Erkenntnisse aus einem heimlich mitgehörten Telefonat oder einer Schrankkontrolle. Bei der Frage, ob die rechtswidrige Beweisgewinnung auf der Rechtsfolgenseite mit einem prozessualen Verwertungsverbot korrespondiere, handele es sich aber nicht um ein spezifisches Problem des arbeitsgerichtlichen Verfahrens. *Oetker* verwies in diesem Zusammenhang etwa auf den strafprozessualen Fall Gäfgen sowie die Problematik der heimlich eingeholten DNA-Gutachten in familienrechtlichen Verfahren. Schematische Problemlösungen gebe es nicht, so *Oetker*. Die Konsequenz, die auch der XII. Zivilsenat zuletzt gezogen habe (Urteil vom 01.03.2006 - XII ZR 210/04), sich auf eine einzelfallbezogene Lösung zu beschränken, sei aus höchstrichterlicher Perspektive nachvollziehbar, aus Sicht der Prozessparteien jedoch unbefriedigend.

Die Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung zeige sich bereits vor dem Hintergrund der zivilprozessualen Rahmenbedingungen, die auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren gelten. Aufgrund der Dispositionsmaxime sei die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot untrennbar mit der Frage der Beweisbedürftigkeit verknüpft. Sei die entsprechende Tatsache unstreitig oder nicht ausreichend substantiiert bestritten, habe eine Beweiserhebung zu unterbleiben. Im Fokus stehe der Tatsachenvortrag, der sich auf rechtswidrig erlangte Informationen stütze. Hier sei die freie Beweiswürdigung des Gerichts

nach § 286 ZPO als einfachgesetzliche Ausgangslage heranzuziehen. Sowohl das Sachverhalts- als auch das Beweisverwertungsverbot würden zu dieser durch § 286 ZPO geprägten einfachgesetzlichen Ausgangslage in einen offenen Widerspruch treten.

Die Pflicht des Gerichts, Tatsachenvortrag zu berücksichtigen bzw. über diesen Beweis zu erheben, folge aber nicht nur aus den einfachgesetzlichen prozessualen Vorgaben, sondern auch aus dem Verfassungsrecht. Nach Ansicht *Oetkers* sei hierbei zwischen einer subjektiven und einer objektiven Facette zu unterscheiden. Die subjektive Facette werde durch Art. 103 Abs. 1 GG gebildet. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs folge die Pflicht der Gerichte, jeden für die Entscheidung erheblichen Vortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und der Entscheidungsfindung zugrunde zu legen. Die Proklamierung eines Sachverhaltsverwertungsverbots verkürze deshalb – so auch der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts – den Anspruch der Prozessparteien auf rechtliches Gehör. Entsprechendes gelte, so *Oetker*, wenn das Gericht die von den Parteien angebotenen Beweise trotz Erheblichkeit nicht berücksichtige. Die objektive Facette hingegen betreffe ein verfassungsrechtlich fundiertes und im Rechtsstaatsprinzip verortetes Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege. Hierfür sei konstitutiv, dass die Gerichte nach einer materiell richtigen Entscheidung streben. Hieraus leite der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Recht ab, dass sowohl ein Sachverhalts- als auch ein Beweisverwertungsverbot nur dann anzuerkennen sei, wenn eine gesetzliche Grundlage vorliege.

Hieraus folge nach Auffassung *Oetkers* zweierlei: Erstens sei es mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar, wenn jedes rechtswidrige Verhalten einer Prozesspartei bei der Informationsgewinnung zu einem Sachverhalts- bzw. Beweisverwertungsverbot führen würde. Mit Recht habe der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts deshalb ein Verwertungsverbot nur dann anerkannt, wenn der Schutzzweck der verletzten Norm eine solche prozessuale Sanktion zwingend gebiete. Zweitens lasse sich die in den Blick genommene verfassungsrechtliche Ausgangslage nicht auf den streitigen Sachvortrag beschränken, sondern erstrecke sich auch auf den unstreitigen Tatsachenvortrag. Beruhe dieser auf rechtswidrig erlangten Informationen und blieben diese im Prozess unbestritten, ergebe sich hieraus für das Gericht ein Sachverhaltsverwertungsverbot, wenn das Gericht im Falle des Bestreitens aus Rechtsgründen daran gehindert wäre, über die entsprechende Tatsache Beweis zu erheben. Andernfalls stehe das Postulat einer materiell richtigen Entscheidung zur Disposition der jeweils anderen Prozesspartei.

Oetker leitete sodann zu den Rechtsgrundlagen eines Sachverhalts- und Beweisverwertungsverbots über. Hierbei sei, so *Oetker*, die verfassungsrechtliche und die

einfachgesetzliche Ebene zu unterscheiden. Grundrechte kämen als Basis für ein Sachverhalts- und Beweisverwertungsverbot insbesondere dann in Betracht, wenn das einfache Gesetzesrecht keine Grundlage liefere. Für die Annahme eines Verwertungsverbots habe der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Recht darauf abgestellt, ob mit der gerichtlichen Verwertung einer rechtswidrig gewonnenen Tatsache oder eines Beweismittels ein erneuter Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position oder die Perpetuierung eines solchen Eingriffs verbunden sei. Zudem müsse sich der durch die Sachverhalts- bzw. Beweisverwertung vermittelte Eingriff nicht nur allgemein auf rechtlich geschützte Positionen, sondern auf „hochrangige Positionen der anderen Prozesspartei“ beziehen.

Oetker führte weiter aus, das Bundesarbeitsgericht habe neben dem Eingriff zugleich dessen Rechtfertigung in den Blick genommen. Der 2. Senat stelle die Anerkennung eines Verwertungsverbots ausdrücklich unter den Vorbehalt des Vorrangs schutzwürdiger Interessen der Gegenseite, ohne dass diese jedoch Verfassungsrang genießen müssten. Exemplarisch, so *Oetker*, lasse sich der Abwägungsvorgang an dem eingangs bereits angeführten Urteil des 2. Senats vom 21.11.2013 (2 AZR 797/11) nachvollziehen: Die durch eine heimliche Videoaufnahme erlangten Informationen und Beweismittel griffen in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Hieraus folge an sich zwar ein Verwertungsverbot. Das Bundesarbeitsgericht eröffne aber – nach *Oetkers* Auffassung mit Recht - einen Ausweg über die Rechtfertigungsprüfung. Hierfür müsse sich die andere Prozesspartei auf ein überwiegendes Verwertungsinteresse stützen können, das über das schlichte Beweisinteresse hinausgehe. Für die trotz des Grundrechtseingriffs zulässige Beweiserhebung fordere der 2. Senat einen konkreten Verdacht, der sich auf einen räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern beziehe. Dieser Verdacht müsse sich auf eine strafbare Handlung oder eine andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers beziehen und schließlich dürfe sich der grundrechtsrelevante Eingriff auch insgesamt nicht als unverhältnismäßig darstellen. Für die verdeckte bzw. heimliche Videoüberwachung bedeute dies, dass sie das einzig verbleibende Mittel zur Aufklärung des konkreten Verdachts sein müsse. Der Arbeitgeber müsse sich gleichsam in einer notwehrähnlichen Lage befinden. Im Folgenden wies *Oetker* auf den wesentlichen Gleichlauf zwischen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der des Bundesgerichtshofs zur Verwertung eines rechtswidrig erlangten DNA-Gutachtens hin und kam sodann zu den einfachgesetzlich begründeten Verwertungsverboten. Diesbezüglich sei die Position der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht eindeutig konturiert, was darauf beruhe, dass bereits die Anforderungen an ein Verwertungsverbot ungeklärt seien. Die zweite Ursache für die Unsicherheiten beruhe auf dem Umstand, dass sich das Bundesarbeitsgericht bislang erst zurückhaltend mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob und wann der Zweck einer einfachgesetzlichen Norm ein prozessuales Verwertungsverbot erfordere. Dies verdeutlichte

Oetker anhand des Rechtsprechungsmaterials zur Frage eines Beweisverwertungsverbots infolge des Verstoßes gegen Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes sowie bei Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte.

Im Anschluss an die dem Vortrag *Oetkers* folgende lebhafte Diskussion leitete *Schwarze* sodann zum letzten Programmpunkt der Ortstagung über: „*Vom Güte Termin zum Güterichter? – Erste Erfahrungen mit einem neuen Institut*“. Er schilderte die Entwicklung der Mediation über die außergerichtliche Mediation hin zur innergerichtlichen Mediation, die schließlich zu der seit zwei Jahren existierenden gesetzlichen Grundlage des § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO bzw. § 54 Abs. 6 ArbGG geführt habe. *Schwarze* stellte die Referentin Frau *Sibylla Hoch*, Richterin am Verwaltungsgericht, als Expertin auf dem Gebiet der Mediation vor. Sie ist seit 16 Jahren mit der innergerichtlichen Mediation beschäftigt und auch als Ausbilderin auf diesem Gebiet tätig.

Hoch wies zunächst darauf hin, dass Ort und Thema - die Leibniz Universität Hannover und Mediation - gut zusammen passen würden, da Ende der 70er, Anfang der 80er Jahre die Grundsätze der Mediation auch an einer Universität, der Harvard University New York, neu beleuchtet und fortentwickelt worden seien.

Sie warf einleitend die Frage auf, worum es im neuen Güterichterverfahren gehe. Das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, am 21.07.2012 in Kraft getreten, das zu einer fast flächendeckenden Installation eines neuen Verfahrens zur Streitbeilegung geführt habe, sehe zunächst, so *Hoch*, wie eine kleine kosmetische Änderung des Prozessrechts aus, sei tatsächlich aber ein absolutes Novum, das darauf abziele, die Streitkultur zu verändern. Die besondere Methode der Mediation im Güteverfahren habe das Potential, das Portfolio an Verhandlungsmethoden zu erweitern und die Beteiligten wieder mehr zu einer eigenverantwortlichen Streitbeilegung und zu einer anderen Streitkultur hinzuführen.

Der Gesetzeseinführung, so *Hoch* weiter, liege die „EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen“ vom 21.05.2008 zugrunde. Obwohl die Zielrichtung der Richtlinie lediglich die Stärkung der Mediation in Handels- und Zivilsachen gewesen sei, habe der Bundesgesetzgeber diese gleichwohl zum Anlass genommen, das Verfahren der Mediation umfassend außergerichtlich und gerichtlich zu regeln.

Sodann beleuchtete *Hoch*, wozu „wir“ - die Bürger, die Rechtsanwälte, die Richter, die Betriebsräte, die Gewerkschaften, die Arbeitgeber, die Arbeitnehmer - Mediation bräuchten. Die Richter hätten die Notwendigkeit der neuen Methode angesichts des Vorhandenseins des frühen ersten Termins in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, des Erörterungstermins in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Güte Termins in der Arbeitsgerichtsbarkeit zunächst in

Frage gestellt. Die Beteiligten der Gerichtsverfahren, die Bürger, Behörden und Rechtsanwälte, hätten die Frage der Erforderlichkeit jedoch in den vergangenen Jahren im Rahmen der Projekte zur Erprobung der Mediation in der Justiz eindeutig befürwortend beantwortet. Niedersachsen sei hierbei eines der ersten Bundesländer gewesen, das in den letzten zehn Jahren das Verfahren der Mediation an fünf Gerichten erprobt und evaluiert habe. Die Ergebnisse seien gleich gewesen: Dem Verfahren der Mediation sei ein großer Gewinn beigemessen worden.

Hoch stellte in diesem Zusammenhang einige Zahlen vor. Nach der Bundesstatistik für das Jahr 2012 habe es bundesweit etwa 380 Gerichte gegeben, an denen Mediation von knapp 1.300 ausgebildeten Mediatoren und Güterichtern angeboten worden sei. Im Jahr 2013 sei bereits ein enormer Anstieg zu verzeichnen gewesen, so hätten an 1.066 Gerichten gut 2.000 Güterichter und Mediatoren die gerichtsnahe Mediation durchgeführt. Die Arbeitsgerichtsbarkeit, so auch die niedersächsische Arbeitsgerichtsbarkeit, sei im Jahr 2012 mit den Arbeitsgerichten Hannover, Hildesheim, Osnabrück, Lüneburg und dem Landesarbeitsgericht dazu gekommen. Hierbei hätten sich die Güterichter in Niedersachsen für die Methode der Mediation als Methode der Streitbeilegung im Sinne des § 54 Abs. 6 ArbGG aufgrund der Erkenntnisse und den guten Erfahrungen aus den vorangegangenen Projekten entschieden.

Im Folgenden warf *Hoch* die Frage auf, was Mediation eigentlich sei. Ausgehend von der gesetzlichen Definition des § 1 Abs. 1 Mediationsgesetz: „Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem die Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“, wies *Hoch* in diesem Zusammenhang auf wesentliche Unterschiede zwischen der Güteverhandlung und dem Mediationsverfahren hin. Im Mediationsverfahren stehe die Eigenverantwortlichkeit der Beteiligten im Vordergrund. Die Mediation, so *Hoch*, trete hinter den Rechtsstreit und beleuchte noch einmal den dahinter liegenden Konflikt bzw. die tatsächlichen Interessen der Verfahrensbeteiligten. Sie betonte, die Mediation sei keine Neuerung, sondern habe als Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung eine über 2500 Jahre zurückreichende Tradition. Ausgehend von den wissenschaftlichen Entwicklungen der 70er Jahre in Amerika, sei auch in Europa die Mediation als Verfahren der Streitbeilegung wieder in den Blick geraten. *Hoch* stellte in diesen Zusammenhang das im Jahr 1981 an der Universität von Harvard entwickelte sogenannte „Harvard-Konzept“ vor. Dessen vier Grundsätzen des sachgerechten Verhandeln liege die Erkenntnis zugrunde, dass Streitbeteiligte die Streitbeilegungsmethoden als hilfreich empfinden würden, durch die sie mehr Verantwortung für das Verfahren und das Ergebnis übertragen bekämen. Die Aufgabe des Mediators sei es, so *Hoch*, hierbei eine allparteiliche Haltung einzunehmen, das

bedeute nicht neutral, sondern jeder Partei in gleichem Maße zugewandt zu sein. Der Mediator müsse neutral im Konflikt und offen im Ergebnis sein.

Hieran anschließend beleuchtete *Hoch* das Verfahren des Güterrichters. Alle Beteiligten könnten die Mediation anregen. Sowohl die gesetzlichen Richter, aber auch die Anwälte, die ihre Parteien am besten kennen würden. *Hoch* warb in diesem Zusammenhang dafür, dass die Mediation ein zusätzliches Verfahren sei, welches das Portfolio der Verhandlungsmethoden erweitere, dennoch den gesetzlichen Richter nicht ablöse. Auch der oft geäußerte Vorwurf, Mediation dauere zu lange, habe sich im Rahmen von Evaluationen nicht bestätigt. Der konzentrierten Vorlaufphase folge das eigentliche Mediationsverfahren, in der Regel auf der Grundlage des Harvard-Konzeptes. Das Güterrichterverfahren, so *Hoch*, beginne mit der Rollenklärung. In diesem Rahmen werde geklärt, welche Aufgabe Mediator und Beteiligte hätten. Oft werde ein Mediationsvertrag geschlossen, der Aussagen dazu enthielte, wer an der Mediation beteiligt werde, ob eine Verschwiegenheit gewollt sei und wieviel Zeit die Mediation beanspruchen solle. Zumeist wünschten die Parteien eine Klärung der Streitfrage an einem Sitzungstag, der regelmäßig 3 - 5 Stunden dauere. Die Dauer des Verfahrens, so *Hoch*, begründe sich in dem Umstand, dass Mediation auch ein innerer Prozess sei, der Zeit brauche. Der Schwerpunkt der Mediation liege in der Klärung des Konflikts, der hinter dem Rechtsstreit stehe. Lösungsmöglichkeiten, Ideen und Optionen würden gesammelt und in einem nächsten Schritt bewertet werden. Spätestens hier komme die Rolle des Rechts hinzu. Der Abschluss eines Vergleichs sei jedoch nicht zwingend. Entscheidend sei, dass die Parteien wüssten, was sie durch eine Vereinbarung gewinnen und was verlieren; nur dann werde die gefundene Lösung als fair empfunden. Mit dem Apell, die Etablierung des Güterrichterverfahrens gemeinsam anzuschieben, schloss *Hoch* ihren Vortrag, an den sich Fragen und weitere Erfahrungsberichte aus dem Plenum anschlossen.

Die referierten Themen lieferten für den anschließenden Empfang viel Diskussionsstoff und sorgten für einen regen Gedankenaustausch zwischen den Teilnehmern.