

## **Blick ins Arbeitsrecht** 2015.II

### I.

#### **Gesetzgebung**

##### **Aktuelles zum Mindestlohn**

Die DStR hat an dieser und anderen Stellen bereits wiederholt über die aktuelle Entwicklung beim Mindestlohn berichtet.

Unabhängig von den politischen Streitfragen um die Sinnhaftigkeit eines Mindestlohns ergeben sich in der Praxis inzwischen auch erhebliche Anwendungs- und Auslegungsprobleme. Im Vordergrund steht dabei insbesondere die sehr umfassende Dokumentationspflicht auf Seiten des Arbeitgebers.

Die Bundesregierung hat angekündigt, "nach Ostern" die Auswirkungen des Gesetzes in der Praxis zu evaluieren und ggf. den Gesetzestext kurzfristig anzupassen. Nachdem Ostern nun vorüber ist, hoffen wir, dass es hier schnell zu Ergebnissen kommt, die zumindest die bisherigen handwerklichen Fehler des Gesetzes korrigieren.

Neben einer Beschränkung des derzeit überbordenden Dokumentationsaufwandes - übrigens auch in Vergütungsbereichen, die weit oberhalb des Mindestlohns liegen - müsste dabei auch klar gestellt werden, dass eine Haftung im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen für den Auftraggeber nur dann gilt, wenn dieser eigene Verpflichtungen im Rahmen von Dienst oder Werkverträgen an Subunternehmer (sog. Auftragsketten) weitergibt.

Derzeit werden Unternehmen, die Dienst- oder Werkleistungen für Dritte erbringen, von ihren Auftraggebern mit vorformulierten Verpflichtungserklärungen überzogen. Der unklare Gesetzestext in Verbindung mit den sog. "Gesetzesmotiven" könnte eine Auslegung dergestalt zulassen, dass jeder Auftraggeber bei Dienst- oder Werkverträgen dafür haftet, dass sämtliche Dienstnehmer oder Auftragnehmer den Mindestlohn einhalten. Dies kann aber, wie ein Blick in andere Gesetze mit Mindestlohn zeigt, nicht gemeint sein.

Wer beispielsweise für das eigene Büro einen Installateur, Maler oder Elektriker, aber auch einen IT-Experten, eine Reinigungsfirma o.ä. beauftragt, kann nicht dafür haften, dass dort die Vorschriften des Mindestlohngesetzes richtig umgesetzt werden. Wer als Mandant beispielsweise einen Steuerberater oder Rechtsanwalt im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages beauftragt, kann nicht dafür zur Rechenschaft gezogen werden, dass dort die Mindestlöhne gezahlt werden.

Eine solche Haftung kann nur dann in Betracht kommen, wenn die Erfüllung der eigenen vertraglichen Pflichten aus dem Dienstvertrag an einen Subunternehmer "weitergegeben" wird. Damit soll u.a. die Unsitte bei Bauverträgen erfasst werden, wo nicht der Auftragnehmer die Bauleistungen selbst erbringt, sondern wiederum verschiedene Subunternehmer einschaltet, die möglicherweise weitere "Subs" beschäftigen.

Bei Steuerberatern und Rechtsanwälten unterstellt man wohl allgemein, dass das Thema Mindestlohn dort nicht relevant ist. Jedenfalls ist bisher nicht bekannt geworden, dass Steuerberater oder Rechtsanwälte in größerem Umfang Verpflichtungserklärungen von ihren Auftraggebern zur Gegenzeichnung vorgelegt bekommen hätten.

Ganz anders sieht es in der Wirtschaft aus. Dort erhalten Unternehmen, die im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen tätig werden, täglich eine Fülle von solchen Verpflichtungserklärungen. Hier kann nur dringend davon abgeraten werden, alle Verpflichtungserklärungen zu unterzeichnen. Diese sind von sehr unterschiedlicher juristischer Qualität und enthalten z. T. Verpflichtungen für den Dienst- oder Werkleistungserbringer, die weit über eine - im Gesetz ohnehin zwingend vorgesehene - Haftung hinausgehen. So werden beispielsweise Vertragsstrafen vorgesehen, ein jederzeitiges Zugangsrecht zur Buchhaltung des Dienstnehmers mit Einsichtsrecht in alle Buchhaltungsunterlagen, eine Übermittlung von Namen und Anschriften aller Mitarbeiter sowie eine Offenlegung von Löhnen und Gehältern etc.

Das neue Gesetz hat hier erhebliche Verwirrung gestiftet und führt zu einer Belastung der Beziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bei Dienst- und Werkverträgen. Dies geht sogar so weit, dass Versicherungsvertreter, Anzeigenzeitschriften etc. solche vorformulierte Verpflichtungserklärungen erhalten.

Hier ist der Gesetzgeber aufgerufen, unverzüglich für Klarheit zu sorgen.

## II. Rechtsprechung

### 1. Kündigungsschutz für Schwangere bei In-vitro-Fertilisation

BAG, Urteil vom 26. März 2015 - 2 AZR 237/14

Eine Arbeitnehmerin hatte dem Arbeitgeber Mitte Januar 2013 mitgeteilt, dass sie nach mehreren Jahren mit einem unerfüllten Kinderwunsch den (erneuten) Versuch einer künstlichen Befruchtung unternehme, der kurz bevorstehe. Der Embryonentransfer im Rahmen einer In-vitro-Fertilisation erfolgte am 24. Januar 2013. Am 31. Januar 2013 sprach der Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung aus und besetzte die Stelle anschließend mit einer älteren Arbeitnehmerin. Die Schwangerschaft wurde bei der Arbeitnehmerin am 07. Februar 2013 festgestellt und dem Arbeitgeber am 13. Februar 2013 mitgeteilt.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG muss der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung dann eine behördliche Zustimmung einholen, wenn die betroffene Arbeitnehmerin schwanger ist und er dies weiß. Hat der Arbeitgeber von der Schwangerschaft keine Kenntnis und kündigt er ohne Zustimmung, ist die Kündigung auch unwirksam, wenn die Arbeitnehmerin innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der Kündigung dem Arbeitgeber mitteilt, dass sie im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung schwanger war.

Im vorliegenden Fall war fraglich, wann dieser Kündigungsschutz bei einer In-vitro-Fertilisation eintritt, da in diesem Fall die Eizelle außerhalb des Körpers befruchtet wird.

Das Bundesarbeitsgericht hat vorliegend entschieden, dass der Kündigungsschutz bereits mit Einsetzen der befruchteten Eizelle, dem sogenannten Embryonentransfer, eingreift. Damit hatte die Klägerin im vorliegenden Verfahren bei Ausspruch der Kündigung bereits Kündigungsschutz und sie hat dem Arbeitgeber die bestehende Schwangerschaft auch rechtzeitig innerhalb von zwei Wochen nach Erhalt der Kündigung mitgeteilt.

Für die Erlangung des Kündigungsschutzes ist es nicht erforderlich, dass sich die befruchtete Eizelle erfolgreich einnistet.

Das Bundesarbeitsgericht hat aber nicht nur festgestellt, dass die Arbeitnehmerin als Schwangere hier den besonderen Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes als Schwangere genießt. Darüber hinaus hat das Gericht auch festgestellt, dass eine unmittelba-

re Diskriminierung der Arbeitnehmerin wegen ihres Geschlechts vorliege. Für die Kündigung war nämlich kein anderer Grund ersichtlich, als die mitgeteilte Absicht einer künstlichen Befruchtung. Es gab keinerlei Verstöße gegen arbeitsvertragliche Pflichten, keine Krankheit, die zur Arbeitsunfähigkeit geführt hätte und der Arbeitsplatz ist, wie die Wiederbesetzung zeigte, auch nicht weggefallen. Damit hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert, da bekanntlich bei Männern eine künstliche Befruchtung nicht möglich ist.

## **2. Schmerzensgeld und Schadensersatz bei der Berufsausbildung**

**BAG, Urteil vom 19. März 2015 - 8 AZR 67/14**

Grundsätzlich schuldet derjenige, der einen anderen schuldhaft, das heißt vorsätzlich oder fahrlässig, verletzt, Schadensersatz und gegebenenfalls Schmerzensgeld.

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gelten jedoch Ausnahmen. Hier sehen § 105 Abs. 1, § 106 Abs. 1 SGB VII vor, dass eine Haftung und ein Anspruch auf Schmerzensgeld nur gelten, wenn der Täter grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Der Geschädigte hat keinen Anspruch auf Schmerzensgeld, ein Schadensersatzanspruch richtet sich gegen die Berufsgenossenschaft und nicht gegen den Schädiger. Eine solche Haftungsfreistellung setzt aber voraus, dass der Schädiger weder grob fahrlässig noch vorsätzlich gehandelt hat.

Im vorliegenden Fall ging es aber nicht um Arbeitnehmer, sondern um Verletzungen, die einem Arbeitnehmer durch einen Auszubildenden zugefügt worden waren. Dieser hatte aus nicht näher bekanntem Grund ein ca. 10 Gramm schweres Wuchtgewicht ohne Vorwarnung und zu prüfen, wohin er wirft, nach hinten geworfen und dort einen Arbeitnehmer so schwer am Auge getroffen, dass dieser bleibende Schäden erlitt und mehrfach operiert werden musste.

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass der Auszubildende dem verletzten Kollegen Schmerzensgeld in Höhe von € 25.000,00 zahlen muss. Zwar greifen hier die gleichen Regelungen ein, wie zwischen Arbeitnehmern, die Voraussetzungen für eine Haftungsbeschränkung nach dem Sozialgesetzbuch VII lagen jedoch aufgrund der grobfahrlässigen Handlung nicht vor.

### **3. Sittenwidrige Lohnvereinbarung**

**LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 07. November 2015 - 6 Sa 1148/14 und 6 Sa 1149/14**

In diesem Fall hatte ein Rechtsanwalt zwei Aushilfen beschäftigt, die beide Empfänger von Hartz IV-Leistungen waren. Diese arbeiteten von Montag bis Freitag jeweils von 08:00 bis 11:00 Uhr bzw. drei Stunden am Nachmittag. Für die erbrachten allgemeinen Bürotätigkeiten zahlte der Anwalt € 100,00 im Monat, was einem Stundenlohn von weniger als € 2,00 entspricht.

Das Jobcenter machte aus übergegangenem Recht weitergehende Lohnansprüche geltend und berief sich darauf, ein Lohn von unter € 2,00 liege auch bei geringwertigen Bürotätigkeiten erheblich unter dem üblichen Lohn. Es liege eine sittenwidrige Lohnvereinbarung vor, da der Arbeitgeber weniger als 50% der üblichen Vergütung zahle. In diesem Fall gelte nicht der vereinbarte Lohn, sondern der übliche Lohn, so dass der Arbeitgeber zu ergänzenden Zahlungen verpflichtet sei.

Das Gericht hat festgestellt, dass die Lohnvereinbarung mit weniger als € 2,00 je Stunde die Arbeitnehmer entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt habe und ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Vergütung vorliege. Es handle sich um ein wucherähnliches Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstoße.

Die Richter gingen sogar noch weiter. Um einen sogenannten Lohnwucher festzustellen, bedarf es nicht nur eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern auch einer "verwerflichen Gesinnung" des Arbeitgebers. Diese wurde hier bejaht. Die Arbeitsleistung der beiden Aushilfen hätte für den Anwalt einen wirtschaftlichen Wert gehabt. Wären die Arbeiten nicht von den beiden Aushilfen erledigt worden, hätte der Arbeitgeber andere Mitarbeiter einstellen müssen. Es handelte sich also nicht um Beschäftigungstherapien o.ä. ohne nennenswerten wirtschaftlichen Wert.

Der Hinweis des Arbeitgebers, die Aushilfen hätten doch Hartz IV-Leistungen bezogen und er habe ihnen lediglich eine Hinzuverdienstmöglichkeit einräumen wollen, hat die Entscheidung nicht beeinflusst. Ob und welche Leistungen Arbeitnehmer von Dritten sei es Privat (Unterhalt o.ä.) oder von staatlicher Seite erhalten, könne keine Auswirkungen auf die Verdiensthöhe haben. Im Gegenteil: Bei ordnungsgemäßer Vergütung hätten sich möglicherweise die Hartz IV-Bezüge ermäßigt. Der Anspruch der Beschäftigten auf eine nicht sitten-

widrige Vergütung besteht aufgrund der Arbeitsleistung und ist unabhängig von sonstigen Einnahmen.

#### **4. Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit - Verschulden bei langjähriger Alkoholabhängigkeit**

**BAG, Urteil vom 18. März 2015 - 10 AZR 99/14**

Einen solchen Fall hat jetzt das BAG entschieden:

Im November 2011 wurde der Arbeitnehmer mit einer Alkoholvergiftung (4,9 Promille!) in ein Krankenhaus eingeliefert und war in der Folge für zehn Monate arbeitsunfähig erkrankt. Bereits zuvor hatte er zwei stationäre Entzugstherapien durchgeführt, es kam aber trotzdem immer wieder zu Rückfällen. Die Krankenkasse, die innerhalb von sechs Wochen nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit Krankengeld gezahlt hatte, machte aus übergegangenem Recht Entgeltfortzahlungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend. Die Krankenkasse argumentierte, der Arbeitnehmer habe die Arbeitsunfähigkeit nicht schuldhaft herbeigeführt.

Der Arbeitgeber war dagegen der Auffassung, der Arbeitnehmer habe nach zwei Entzugstherapien und verschiedenen Rückfällen die Arbeitsunfähigkeit zu vertreten, da er sich nicht ausreichend um eine Genesung bemüht habe.

Entscheidungsgrundlage war § 3 Abs. 1 Satz 1 des EFZG. Danach schuldet der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung nur dann, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit nicht schuldhaft herbeigeführt hat. Davon ist auszugehen, wenn der Arbeitnehmer in erheblichem Maß gegen das von einem verständigen Menschen in seinem eigenen Interesse zu erwartende Verhalten verstößt.

Das Gericht musste also prüfen, ob der Rückfall, der zur Alkoholvergiftung und zur nachfolgenden Arbeitsunfähigkeit geführt hat, verschuldet war.

Das Arbeitsgericht hat in erster Instanz ein medizinisches Sachverständigengutachten eingeholt, das zum Ergebnis kam, dass nach einer erfolgreich durchgeführten Therapie eine Abstinenzrate von 40-50 % erreicht wird. Mit anderen Worten: Jeder zweite alkoholabhängige Patient wird trotz erfolgreich zu Ende durchgeführter Therapie rückfällig. Bei Rückfällen könne daher ein Verschulden generell weder ganz ausgeschlossen noch grundsätzlich unterstellt werden. Rückfälle würden sich aus verschiedenen Gründen ereignen, die teilweise

auch verschuldensunabhängig seien. Es fehle beispielsweise an einem Verschulden des Arbeitnehmers, wenn nach einer langjährigen chronischen Alkoholabhängigkeit ein erheblicher "Suchtdruck" bestehe.

Im konkreten Falle hat das Gericht daher ein Verschulden des Arbeitnehmers am Rückfall verneint und den Arbeitgeber verurteilt, für sechs Wochen Entgeltfortzahlung zu leisten.

**Tipp:**

Das vorliegende Urteil setzt zum Teil neue und für den Arbeitgeber wenig erfreuliche Akzente. Bisher war in der Rechtsprechung weitgehend anerkannt, dass Arbeitnehmer, die eine Alkoholtherapie entweder vor deren Ende abbrechen oder ein bis zwei Mal nach durchgeführter Therapie rückfällig werden, grundsätzlich keinen Anspruch mehr auf Entgeltfortzahlung haben und möglicherweise auch darüber hinaus ein krankheitsbedingter Kündigungsgrund bestehe. In solchen Fällen war bisher in der Regel von einem Verschulden ausgegangen worden.

Die vorliegende Entscheidung stellt hier aber auf den Einzelfall ab, der durch ein sozialmedizinisches Gutachten daraufhin überprüft werden müsste, ob der Arbeitnehmer noch in der Lage war, sein Trinkverhalten zu steuern und abstinenz zu bleiben. Dies führt nicht nur zu erheblichen Sachverständigenkosten, sondern auch zu zusätzlichen Verfahrensrisiken für den Arbeitgeber.

Letztlich kann die vorliegende Entscheidung für den Arbeitgeber nur bedeuten, dass er so früh wie möglich, beim ersten Auftreten des Verdachts einer Alkoholkrankheit, tätig wird. Je früher der Arbeitgeber einschreitet, therapeutische Maßnahmen fordert, etc., desto eher ist damit zu rechnen, dass der Arbeitnehmer noch therapiefähig ist und seine Steuerungsfähigkeit hinsichtlich des Alkoholgenusses noch besitzt. Bei langjährigem Alkoholabusus geht das BAG zumindest davon aus, dass ein Therapieerfolg kaum noch zu erwarten ist und der Arbeitnehmer den Missbrauch i.d.R. nicht mehr verschuldet hat, so dass Entgeltfortzahlung zu leisten ist.

In Fällen wie dem vorliegenden muss der Arbeitgeber daher nicht nur frühzeitig aktiv werden, sondern gegebenenfalls auch rechtzeitig eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus krankheitsbedingten Gründen prüfen. Schließlich muss geprüft werden, ob nicht eine Fortsetzungserkrankung vorliegt, wenn der Arbeitnehmer bereits zuvor alkoholbedingt Entgeltfortzahlungsleistungen erhalten hat. Hier kommt es nicht auf die Symptome, sondern auf die zugrunde liegende Krankheit, nämlich die Alkoholabhängigkeit an, so dass möglicherweise

auch bei einem Rückfall von einer Fortsetzungserkrankung und nicht einer neuen Ersterkrankung auszugehen ist.

## **5. Kündigung wegen privater Internetnutzung erst nach Abmahnung**

**Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 09. Mai 2014 - 28 Ca 4045/14**

In Einklang mit der ständigen Rechtsprechung hat das Arbeitsgericht Berlin in einem typischen Fall entschieden, dass der Arbeitgeber privates Surfen der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit zunächst abmahnen muss, bevor er das Arbeitsverhältnis kündigen darf.

Im konkreten Fall war bei einer Kontrolle festgestellt worden, dass eine Arbeitnehmerin während der Arbeitszeit täglich ein bis zwei Stunden (!) privat im Netz gesurft hatte. Der Arbeitgeber sah das Vertrauensverhältnis als zerstört an und hat gekündigt.

Das Arbeitsgericht hat sowohl die fristlose außerordentliche als auch die ordentliche Kündigung für unwirksam gehalten. Der Arbeitgeber hätte zunächst eine Abmahnung aussprechen müssen und nur dann, wenn es zu einer einschlägigen Wiederholung gekommen wäre, wäre eine Kündigung möglicherweise angemessen gewesen.

Immer dann, wenn damit zu rechnen ist, dass Arbeitnehmer ein vertragswidriges Verhalten nach Erhalt einer Abmahnung ändern, somit Hoffnung für die Zukunft besteht, muss vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erfolgen.

### **Anmerkung:**

Im vorliegenden Fall scheint das Problem nicht nur bei der gekündigten Arbeitnehmerin gelegen zu haben: Wenn eine Mitarbeiterin bis zu 25% ihrer (Vollzeit-)Arbeitszeit mit privatem Surfen im Internet verbringen kann, zeigt dies, dass sie einerseits nicht genug Arbeit zur Erledigung übertragen bekommen hat. Zum anderen belegt diese Situation, dass es an einer ausreichenden Kontrolle durch den Arbeitgeber bzw. den Vorgesetzten gefehlt hat. Auch hier sollte angesetzt werden.



## **6. Einsatz von Detektiven: Möglichkeiten und Grenzen**

**BAG, Urteil vom 19.02.2015, 8 AZR 1007/13**

Vordergründig ging es in dem hier entschiedenen Fall um Schadenersatz. Diesen hatte eine Arbeitnehmerin gefordert, die vom Arbeitgeber während einer Krankheit durch einen Detektiv überwacht worden war. Das BAG hat der Arbeitnehmerin einen Schadenersatz zugesprochen, wenn auch nur € 1.000,00 statt der geforderten € 10.500,00.

Dies gibt Veranlassung, den Einsatz eines Detektives näher zu beleuchten:

Will ein Arbeitgeber kündigen, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die Kündigungsgründe. Besonders schwierig ist dies für ein Ereignis außerhalb des Betriebs. Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber den Verdacht, dass die Krankmeldung seiner Chefsekretärin "erfunden" war, sie also in Wahrheit nicht arbeitsunfähig erkrankt war. Wie soll ein Arbeitgeber dies aber bei Vorlage von ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch die Arbeitnehmerin beweisen? Hier bleibt nur eine intensive Recherche, bei der grundsätzlich meist auch Privatdetektive eingesetzt werden dürfen. Dies hat das BAG, was in der allgemeinen Presseberichterstattung oft unterschlagen wird, ausdrücklich bestätigt. Detektiveinsätze scheitern in der Praxis aber häufig am Geld:

Der Arbeitgeber hat die Wahl, selbst ernannten Mochtegern-Sherlock-Holmes aus den Kleinanzeigenteilen der Tageszeitung für relativ "kleines Geld" zu beschäftigen, oder Profis mit in der Regel namhaften Stundensätzen. Der Unterschied zeigt sich meist nicht nur darin, was die Detektive herausfinden, sondern vor allem dann, wenn es um die gerichtliche Verwertbarkeit und die Glaubwürdigkeit der Detektive als Zeugen geht.

Gerade bei krankheitsbedingten "Ermittlungen" stellt sich oft die Frage, ob deren Ergebnis wirklich eine vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit beweisen kann: Auch erkrankte arbeitsunfähige Arbeitnehmer dürfen das Bett/die Wohnung verlassen, Spaziergänge und Einkäufe machen etc. Insbesondere wenn es sich um eine psychische Erkrankung handelt, sind auch eine Vielzahl von Therapieansätzen denkbar, die aus Sicht eines Laien eher nicht mit einer Krankheit in Verbindung gebracht werden (z. B. Sport, Unterhaltung, Reisen etc.).

Manchmal gelingt es aber angeblich schwer erkrankte Arbeitnehmer bei einer körperlich anstrengender Nebentätigkeit, Bandscheibengeschädigte beim abendlichen "Abtanzen" in der Disco o.ä. zu beobachten und zu fotografieren.

Das BAG hat aber in der neuesten Entscheidung festgestellt, dass Detektive im Privatbereich nur dann zum Einsatz kommen dürfen, wenn sich zuvor ein konkreter Betrugs- oder sonstiger Verdacht eines Vertragsverstößes ergeben hat. Gab es vor dem Detektiveinsatz keinen konkreten Verdacht, ist der Einsatz nach Auffassung des BAG rechtswidrig, und zwar in der Regel auch dann, wenn er vielleicht verwertbare Ergebnisse erbracht hat.

Im konkreten Fall hatte die Chefsekretärin sich etwa zwei Wochen nach einem Streit mit ihrem Chef zunächst wegen einer Bronchitis und dann wegen eines Bandscheibenvorfalles krankschreiben lassen. Eine zeitnahe Überprüfung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkasse scheiterte angeblich. Der vom Arbeitgeber eingeschaltete Detektiv überprüfte die Arbeitnehmerin an zwei Tagen insgesamt 25 Stunden lang. Auf Video dokumentierte er, dass die Frau einen offensichtlich schweren Wäschekorb zum Auto trug, sich zu ihrem Hund herunterbeugte etc. Irgendwelche körperlichen Beeinträchtigungen waren nicht erkennbar.

Im anschließenden Prozess wegen der vom Arbeitgeber ausgesprochenen außerordentlichen fristlosen Kündigung behauptete die Arbeitnehmerin, der Bandscheibenvorfall habe sich im Halswirbel - und nicht im Lendenwirbelbereich ereignet. Die ersten zwei Instanzen hatten der Klägerin einen Schadenersatz wegen der Einschränkung ihres Persönlichkeitsrechts durch die Detektive-Überwachung in Höhe von € 1.000,00 zugesprochen. Diesen Betrag auf € 10.500,00 zu erhöhen hat das BAG nun zurückgewiesen. Im Ergebnis hat das BAG aber immerhin erstmals einen Schadenersatz für eine solche Überwachungsmaßnahme zugesprochen.

### **Praxistipp:**

Festzuhalten ist zunächst, dass der Einsatz von Detektiven nach wie vor erlaubt ist. Zu unterscheiden ist allerdings zwischen Einsätzen im Betrieb und außerhalb des Betriebs, also im Privatleben des Mitarbeiters.

Innerhalb des Betriebes ist ein Einsatz zulässig, wenn beispielsweise Straftaten vorliegen und andere, weniger einschneidende Maßnahmen keinen Erfolg hatten oder keinen Erfolg versprechen. Auch dann muss der Arbeitgeber bei Einsatz eines Detektives immer die Verhältnismäßigkeit beachten.

Die Hürden für einen Einsatz außerhalb des Betriebes hat das Bundesarbeitsgericht nun etwas erhöht: Der Arbeitgeber muss belegen, dass er vor Einsatz des Detektives bereits einen konkreten Verdacht hatte, diesen Verdacht aber bislang nicht beweisen konnte, so dass der Einsatz des Detektivs zur Beweisführung erforderlich war. Bevor ein Detektiv im Privatle-

ben des Arbeitnehmers Nachforschungen anstellen soll, muss der Arbeitgeber daher zunächst einen konkreten Verdacht belegen können. Es müssen also Anhaltspunkte für ein erhebliches Fehlverhalten vorliegen.

Dann, wenn solche Anhaltspunkte vorliegen, müssen Vor- und Nachteile des Detektiveinsatzes auch unter Berücksichtigung der Privatsphäre des Arbeitnehmers abgewogen werden und diese Abwägung muss der Arbeitgeber später auch nachvollziehbar bei Gericht belegen können. Vor der Beauftragung muss der Arbeitgeber also möglichst viele Verdachtsmomente sammeln. Hier lohnt oft ein Blick in die Vergangenheit, um ein "Gesamtbild" zu erhalten. Folgende Indizien können Verdachtsmomente auslösen:

- Der Arbeitnehmer beantragt Urlaub, erhält diesen aus dringenden betrieblichen Gründen jedoch nicht und "erkrankt" dann etwa für die gleiche Zeit.
- Der Arbeitnehmer "verlängert" sich seinen Urlaub durch unmittelbar bei Urlaubsende auftretende "Arbeitsunfähigkeiten".
- Unmotivierte Arztwechsel, insbesondere dann, wenn die Krankschreibungen eines Arztes die Sechs-Wochen-Grenze zur Entgeltfortzahlung bereits erreicht haben.
- Erklärungen gegenüber Arbeitskollegen über geplante Urlaube, Familienfeiern etc. vor Beginn einer "Arbeitsunfähigkeit".
- "Angekündigte" Krankheiten nach Auseinandersetzungen etc.
- Krankheiten, die gehäuft an Freitagen, Montagen oder Brückentagen auftreten etc.

Häufig hilft auch das Internet oder die Tagespresse, wo über Fußballspiele und sonstige Sportveranstaltungen, Kulturereignisse o.ä. berichtet wird und wo sich manchmal schon "erkrankte" Arbeitnehmer gefunden haben:

Wer am Montag im Internet als Torschütze seines Vereins gefeiert wird, ist in der Regel gesundheitlich auch in der Lage, eine Schreibtischtätigkeit o.ä. zu erbringen. Auch andere Recherchen lassen sich ohne Detektive - und damit kostengünstiger - anstellen, wie etwa die Suche nach Fotos auf sog. Partyseiten im Internet (z.B. Nachtagenten.de). Dort wird, ebenso wie bei Facebook, über Nachtclubs, Discotheken und auch größere Privatpartys berichtet, in der Regel mit sehr aussagefähigem Bildmaterial!

7.

**Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Facebook-Auftritt des Arbeitgebers**

**LAG Düsseldorf Beschluss vom 12.01.15, 9 Ta BV 51/14**

Ein Unternehmen hatte auf seinem Facebook-Eintrag eine Art Kummerkasten eingerichtet. Dort konnten sich Kunden über das Unternehmen, aber auch über Mitarbeiter beschweren und diese bewerten. Daran hat der Betriebsrat des Unternehmens Anstoß genommen und vertrat die Auffassung, ein solcher Kummerkasten auf dem Facebook-Eintrag des Unternehmens sei mitbestimmungspflichtig. Hintergrund war wohl, dass sich Kunden über bestimmte Mitarbeiter besonders häufig beschwert hatten, was dem Arbeitgeber natürlich interessante Hinweise zu deren Arbeitsverhalten gegeben hatte. Das Gericht sollte auf Antrag des Betriebsrats dem Arbeitgeber aufgeben, die Facebook-Seite abzuschalten, oder den Inhalt mit dem Betriebsrat abzustimmen.

Dem hat das Gericht nicht entsprochen.

Zwar bestehe ein Mitbestimmungsrecht dann, wenn der Arbeitgeber Maßnahmen ergreife, die z. B. eine elektronische Überwachung von Mitarbeitern erlauben. Obwohl der Gesetztext (§ 87 Absatz 1 Nr. 6) den Anschein erweckt, als seien nur Maßnahmen mitbestimmungspflichtig, die ausdrücklich der Überwachung dienen, die Überwachung also gerade zum Zweck haben, greift ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats schon dann ein, wenn eine Überwachungsmöglichkeit eine vielleicht unbeabsichtigte Nebenwirkung einer technischen Maßnahme ist.

Hierauf kam es aber im vorliegenden Fall nicht an. Trotz dieser weiten Auslegung des Gesetzes hat das LAG Düsseldorf ein Mitbestimmungsrecht verneint. Die Facebook Seite des Arbeitgebers erstelle keine automatisierten Aufzeichnungen über Arbeitnehmer oder deren Arbeitsleistung. Allein solche Aufzeichnungen würden aber der Mitbestimmung unterliegen. Die Möglichkeit für Kunden und Geschäftspartner, ihre Meinung zum Unternehmen oder zu dessen Mitarbeitern aufzuschreiben, würde keine technische Aufzeichnung darstellen und daher kein Mitbestimmungsrecht auslösen.

Die Facebook Seite des Arbeitgebers sei auch nicht deshalb mitbestimmungspflichtig, da der Arbeitgeber überwachen könnte, wann Mitarbeiter, die mit der Pflege der Seiten beauftragt sind, diese Seite aufrufen. Diese Mitarbeiter hatten im vorliegenden Fall den gleichen Zugang zu der Facebook Seite, so dass eine Überwachung, wann welcher Mitarbeiter dort eingeloggt war, gar nicht möglich war.

## **8. Gesetzliche Kündigungsfristen stellen keine Altersdiskriminierung dar**

**BAG, Urteil vom 18.09.2014, 6 AZR 636/13**

§ 622 Absatz 2 BGB regelt die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen. Diese sind für Arbeitgeberkündigungen nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit gestaffelt. Die Grundkündigungsfrist beträgt vier Wochen zum 15. eines Monats oder zum Monatsende. Nach zwei Jahren Betriebszugehörigkeit verlängert sich diese Frist auf einen Monat zum Monatsende. Die längste Kündigungsfrist bei mindestens zwanzigjähriger Beschäftigung beträgt sieben Monate zum Monatsende.

Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber eine Arbeitnehmerin nach vier Jahren Betriebszugehörigkeit mit einmonatiger Kündigungsfrist gekündigt. Dies entsprach der Staffelung des § 622 Absatz 2 BGB. Die Arbeitnehmerin hat dagegen eingewandt, die gestaffelten Kündigungsfristen würden eine mittelbare Altersdiskriminierung darstellen. Eine längere Betriebszugehörigkeit setze auch ein höheres Lebensalter voraus. Jüngere Arbeitnehmer seien daher benachteiligt, da sie keine zwanzigjährige Betriebszugehörigkeit aufweisen könnten. Die gesetzliche Regelung verstoße daher gegen die Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien und das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Im vorliegenden Fall habe der Arbeitgeber, um eine Diskriminierung zu eliminieren, nur mit der längsten, nämlich siebenmonatigen Frist kündigen dürfen.

Das BAG ist dem nicht gefolgt und hat entschieden, dass die gesetzlichen Kündigungsfristen mit europäischem Recht vereinbar sind.

Zwar sei die Staffelung der Kündigungsfristen nach der Betriebszugehörigkeit möglicherweise für jüngere Arbeitnehmer nachteilig. Für die Differenzierung bestehe jedoch ein hinreichender Sachgrund, so dass der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung letztlich nicht verwirklicht sei.

Die Staffelung im Gesetz verfolge ein legitimes Ziel. Länger beschäftigten Arbeitnehmern sollte ein verbesserter Kündigungsschutz gewährt werden, da bekanntlich mit zunehmendem Alter die Chancen auf dem Arbeitsmarkt schlechter werden. Ältere Arbeitnehmer benötigen daher mehr Zeit, nach einer neuen Stelle zu suchen als jüngere Mitarbeiter. Gleichzeitig ist auch festzustellen, dass Arbeitnehmer, die sehr lange, beispielsweise über 20 Jahre, in einem Betrieb tätig waren, schon deshalb schutzwürdig sind, da sie durch die lange Betriebs-treue unter Umständen nicht mehr ausreichend "fit" für den allgemeinen Arbeitsmarkt sind.

Das BAG verweist darauf, dass ältere Arbeitnehmer noch wesentlich häufiger und in der Regel auch länger arbeitslos sind, als Jüngere.

**Anmerkung:**

Ob diese Auffassung des Bundesarbeitsgerichts vollständig schlüssig ist, erscheint fraglich. Nicht berücksichtigt wird dabei beispielsweise das Problem der Jugendarbeitslosigkeit, die Frage, inwieweit sich die Qualifikation von Bewerbern auf die Stellensuche auswirkt etc.

**Praxistipp:**

Besonders wichtig für die Praxis ist der Hinweis, dass § 622 BGB an anderer Stelle nicht mit Europarecht übereinstimmt, der Gesetzgeber es jedoch bisher versäumt hat, den Gesetzestext an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anzupassen:

Der Text sieht derzeit noch vor, dass die für eine Verlängerung der Kündigungsfristen erforderlichen Betriebszugehörigkeitszeiten erst ab dem vollendeten 25. Lebensjahr berücksichtigt werden dürfen. Hier hat der Europäische Gerichtshof schon vor geraumer Zeit entschieden, dass dieser Teil der Regelung eine unzulässige Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer darstellt und daher gegen zwingendes europäisches Recht verstößt. Das Bundesarbeitsgericht hat insoweit ausgesprochen, dass dieser Teil der Vorschrift nicht mehr angewendet werden darf. Trotzdem hat es der Gesetzgeber noch nicht für notwendig gehalten, den Text zu ändern, mit der Folge, dass Arbeitgeber, die sich nur auf den Gesetzestext verlassen und nicht anwaltlich beraten sind, hier nach wie vor Fehler machen, die kostenträchtige Gerichtsverfahren nach sich ziehen können.

**9. Betriebsbedingte Kündigung: Übertragung von Aufgaben auf Geschäftsführer zulässig**

**BAG, Urteil vom 31.07.2014, 2 AZR 422/13**

Um eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen zu können, muss der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers entfallen sein. Zusätzlich zu dieser Voraussetzung muss u.a. eine Sozialauswahl geprüft werden.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber einem leitenden Mitarbeiter (Prokuristen) gekündigt, nachdem es zu Unstimmigkeiten gekommen war. Die Kündigung wurde damit begründet, der Arbeitsplatz sei entfallen da die bisherigen Aufgaben dieses Arbeitnehmers auf einen Geschäftsführer übertragen worden seien. Die hiergegen gerichtete Klage des Arbeitnehmers hat das BAG in letzter Instanz abgewiesen.

Der Arbeitgeber darf Aufgaben, die bisher Arbeitnehmer wahrgenommen haben, auf Geschäftsführer ebenso übertragen, wie er beispielsweise ein Outsourcing beschließen kann, d. h. eine Übertragung auf Dritte, außerhalb des Unternehmens. Wichtig ist, dass der Entschluss zur Übertragung der Aufgaben nachweislich seitens der Geschäftsleitung getroffen worden ist.

Ob diese Entscheidung sinnvoll ist oder nicht, kann das Arbeitsgericht - von Fällen des offensichtlichen Missbrauchs abgesehen - praktisch nicht überprüfen, da der Arbeitsrichter nicht berechtigt ist, eine nachvollziehbare unternehmerische Entscheidung durch seine eigene Entscheidung zu ersetzen.

Der Arbeitnehmer könnte sich nur darauf berufen, dass der Geschäftsführer, dem seine Aufgaben übertragen werden sollen, zu deren Übernahme fachlich, zeitlich, räumlich o.ä. tatsächlich überhaupt nicht in der Lage sei.

## **10. Geschäftsführer: Klage beim Arbeitsgericht?**

**BAG, Beschluss vom 22.10.2014, 10 AZB 46/14**

Im vorliegenden Fall hatte eine GmbH den mit ihrem Geschäftsführer geschlossenen Dienstvertrag (Anstellungsvertrag) gekündigt. Wollte der Geschäftsführer sich hiergegen zur Wehr setzen, musste er bislang immer das Landgericht anrufen. Die vorliegende Entscheidung gibt jedoch Veranlassung, die Frage des Rechtswegs differenziert zu betrachten:

Im vorliegenden Fall war der Kläger zunächst als Arbeitnehmer (leitender Angestellter) beschäftigt. Auf Basis des ursprünglichen Arbeitsvertrages wurde er dann zum Geschäftsführer bestellt und im Handelsregister eingetragen. Am 16.09.2013 hat das Unternehmen dann die Bestellung zum Geschäftsführer widerrufen und die Abberufung des Geschäftsführers noch am gleichen Tag bekannt gegeben. Gleichzeitig wurde die ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses ausgesprochen. Der Geschäftsführer hat dann am 07.10.2013 Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht erhoben. Die Abberufung wurde am 14.10.2013 im Handelsregister eingetragen.

Unter Berufung auf § 5 Absatz 1 Satz 3 Arbeitsgerichtsgesetz hat das BAG den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten bejaht.

Nicht zuständig sind Arbeitsgerichte für Personen, die gesetzliche Vertretungsorgane einer juristischen Person sind, also beispielsweise für (amtierende) Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstände eines Vereins.

Bereits bisher hatte das BAG in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Arbeitsgerichte dann zuständig sind, wenn der Kläger bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung wirksam als Geschäftsführer abberufen war. Diese Rechtsprechung hat der 10. Senat mit der vorliegenden Entscheidung nunmehr ausdrücklich aufgegeben. Es reicht vielmehr aus, wenn die Abberufung eines Geschäftsführers oder eines sonstigen Vertretungsorgans einer juristischen Person erst nach Klageerhebung, jedoch vor einer rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtswegzuständigkeit erfolgt. Eine Klage vor dem Arbeitsgericht kann daher auch dann erhoben werden, wenn die Abberufung des Geschäftsführers noch gar nicht erfolgt ist, sondern erst im Laufe des Verfahrens wirksam wird.

Bei der Frage, wann der Geschäftsführer wirksam abberufen wird, kommt es auf die Bekanntgabe der Abberufungsentscheidung durch die Gesellschafterversammlung (bei der GmbH) an. Es spielt dagegen keine Rolle, ob die Abberufung bereits im Handelsregister eingetragen ist.

Bemerkenswert ist, dass das BAG die Änderung seiner Rechtsprechung vorliegend in einem Fall mitgeteilt hat, in dem es auf diesen Punkt überhaupt nicht ankam:

Der Kläger im vorliegenden Fall war bereits vor Klageerhebung als Geschäftsführer abberufen worden.

#### **Ausblick:**

Mit dieser Rechtsprechungsänderung werden zukünftig mehr Geschäftsführer vor den Arbeitsgerichten klagen (können). Sie werden sich dort mehr Verständnis für ihre "arbeitnehmerähnliche" Position erhoffen als bei den ordentlichen Zivilgerichten.

## **11. Zweifel am Geschlecht des Bewerbers stellt keine Geschlechterdiskriminierung dar**

**LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 09.04.2014, 7 Sa 501/13**

Vorliegend hatte sich die spätere Klägerin bei einem Designerschmuckbetrieb als Kommissioniererin beworben. Das Einstellungsgespräch hatte der Logistikleiter geführt. Die Bewerberin



bung blieb erfolglos, weshalb sie eine Entschädigungsklage nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) erhob. Die Begründung für die beanstandete Diskriminierung war etwas außergewöhnlich:

Die Klägerin hatte den Eindruck, dass der Logistikleiter im Vorstellungsgespräch ihre geschlechtliche Identität als Frau angezweifelt habe. Er habe ihr zu verstehen gegeben, dass er nicht glaube, sie sei eine Frau. Dadurch fühlte sich die Bewerberin herabgewürdigt.

In erster Instanz hatte die Klägerin weder behauptet sie sei weiblich noch sie sei männlich. Eine Benachteiligung aufgrund eines vermeintlichen Geschlechts, so die Richter des Arbeitsgerichts, komme nicht in Betracht. Der Logistikleiter habe von einer Anstellung auch nicht abgesehen, weil die Klägerin männlich oder weiblich sei, sondern lediglich weil er Zweifel an der geschlechtlichen Identität gehabt habe. Dies werde vom AGG nicht erfasst.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin dann behauptet, sie sei transsexuell. Sie/er fühle sich diskriminiert, da sie/er in dem von ihr/ihm gewählten Geschlecht (als Frau) als untypisch auffiele und deswegen benachteiligt würde. Das Verhalten des Logistikleiters habe ihr gewähltes Geschlecht letztlich in Frage gestellt. Allein dieses Verhalten stelle eine Benachteiligung dar.

Auch dieser Argumentation konnten die Richter - des LAG - nicht folgen. Der Arbeitgeber habe von der Transsexualität nichts gewusst, weswegen es auch "wegen des Geschlechts" (so das AGG) nicht zu einer Benachteiligung habe kommen können. Auch einer zur Vermittlung eingeschalteten Leiharbeitsfirma sei die Transsexualität nicht bekannt gewesen, weshalb es auch hier keinen Ansatz für eine Diskriminierung gebe.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

[www.edk.de](http://www.edk.de) | [eckert@edk.de](mailto:eckert@edk.de)