

## **Blick ins Arbeitsrecht**

**von Rechtsanwalt Michael Eckert, Heidelberg \***

Der Gesetzgebungsteil dieses Blicks ins Arbeitsrecht befasst sich u.a. mit dem neuen Entgelttransparenzgesetz, Änderungen im Mutterschutzrecht sowie einer Erweiterung des Bundesdatenschutzgesetzes um einen Beschäftigtendatenschutz. Im Entscheidungsteil ist besonders das vielbeachtete Urteil des BVerfG zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes hervorzuheben.

### **I. Gesetzgebung**

#### **1. Entgelttransparenzgesetz verabschiedet**

Nach Verabschiedung durch Bundestag und Bundesrat ist das „Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen“ inzwischen am 06. Juli 2017 in Kraft getreten.

Das Gesetz schafft einen Auskunftsanspruch über Entgeltstrukturen im Betrieb. Ziel des Gesetzes, von dem es mehrere unterschiedliche Entwurfsstadien gab und das nach wie vor sehr umstritten ist, ist eine höhere Lohngerechtigkeit und eine Vergütungsanpassung zwischen Männern und Frauen.

Beschäftigten in Betrieben mit mehr als 200 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wird ein individueller Auskunftsanspruch zu den Entgeltstrukturen gegeben. Mit diesen Informationen soll der Arbeitnehmer dann eher die Möglichkeit haben, seinen „Anspruch auf gleichen Lohn“ durchzusetzen. Beschäftigte, die nicht nach Tarif bezahlt werden, sollen die Kriterien zur Festlegung ihres Lohnes, die Kriterien zur Festsetzung vergleichbarer Löhne und die Entlohnung für vergleichbare Tätigkeiten erfragen dürfen.

Ist ein Unternehmen tarifgebunden, besteht der Auskunftsanspruch nur über die Betriebsräte. Fehlt ein solcher Betriebsrat, gilt wiederum ein direktes Auskunftsrecht der Beschäftigten.

Darüber hinaus werden private Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten aufgefordert, die Löhne regelmäßig mit Hilfe betrieblicher Prüfverfahren auf die Einhaltung des Gebots der Entgeltgleichheit zu überprüfen. Dies ist allerdings nicht zwingend.

Darüber hinaus werden Arbeitgeber verpflichtet, in ihren Lageberichten über den Stand der Gleichstellung zu informieren. Diese Berichtspflicht soll auch Auskunft geben über Maßnahmen zur Gleichstellung und zur Herstellung der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Auch hier gilt allerdings eine Untergrenze von mindestens 500 Beschäftigten, da bei diesen Unternehmen ohnehin ein Lagebericht abzugeben ist.

Wichtig ist, dass bei Unternehmen mit bis zu 200 Beschäftigten kein individueller Auskunftsanspruch und keine Berichtspflicht besteht.

Besteht ein Auskunftsanspruch, kann dieser erstmals ab 06. Januar 2018 geltend gemacht werden. Bis zum 05. Januar 2021 kann ein solcher Auskunftsanspruch dann, wenn er grundsätzlich besteht, nur alle drei Jahre geltend gemacht werden, ab 06. Januar 2021 gilt insoweit eine Zwei-Jahres-Frist. Kurzfristige Nachfragen sind nur erlaubt, wenn sich die Voraussetzungen wesentlich geändert haben, beispielsweise wenn der Mitarbeiter völlig neu eingestuft wird, auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt wird o.ä.

## **2. Novelle des Mutterschutzrechts verabschiedet**

Nach Zustimmung durch den Bundesrat im Mai 2017 werden überwiegend ab 01. Januar 2018 verschiedene Änderungen im Mutterschutzrecht in Kraft treten.

Erstaunlich war im Rahmen der Gesetzgebung zunächst, dass der Bundesrat, dessen Zustimmung zum Gesetz erforderlich war, zwar erhebliche Bedenken geäußert hatte, trotzdem jedoch seine Zustimmung erteilt hat. Diese Bedenken sollen im Rahmen einer Evaluierung in den nächsten Jahren überprüft werden und dann ggf. in eine nochmalige Gesetzesänderung einfließen. Es ist schon erstaunlich, dass ein Gesetz trotz erheblicher Bedenken und damit verbundener erheblicher Belastung für Unternehmen verabschiedet wird, in der Hoffnung, dass es später wieder einmal eine Änderung geben könnte. Wünschenswert wäre es vielmehr, Gesetze zu verabschieden, bei denen der Änderungsbedarf nicht gleich miteingebaut ist.

Neu ist im Mutterschutzrecht beispielsweise, dass Arbeitszeiten von schwangeren Beschäftigten nach 20.00 Uhr durch die Aufsichtsbehörden genehmigt werden müssen (§ 28 MuSchG). Selbst der Bundesrat hat Bedenken, ob ein solcher Genehmigungsvorbehalt tatsächlich sachlich erforderlich ist.

Ferner sollen nach § 4 MuSchG Arbeitszeiten von teilzeitbeschäftigten werdenden Müttern überwacht werden. Wie eine solche Überwachung in der Praxis funktionieren soll, ist völlig offen und hier ist das Gesetz nicht zu Ende gedacht:

Eine Aufzeichnungspflicht besteht nämlich für den Arbeitgeber gerade bei Teilzeitbeschäftigten nicht. Das Arbeitszeitgesetz sieht sie erst für Arbeitszeiten über acht Stunden täglich vor. Es gibt auch keine gesundheitlichen Gründe für eine solche Überwachung oder gar eine Begründung aus der Besonderheit der Lebenssituation von Schwangeren, zumal ja auch Vollzeitbeschäftigten für Schwangere nach wie vor zulässig sind oder die Erbringung von Überstunden im Teilzeitarbeitsverhältnis. Vielmehr wird hier in einen privaten Vertrag eingegriffen, ohne dass sich irgendeine Begründung hierfür erkennen lässt.

Neu ist darüber hinaus, dass ein Kündigungsschutz nach einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche eingeführt wird. Die Schutzfrist nach der Entbindung für Mütter von Kindern mit Behinderung kann auf zwölf Wochen verlängert werden. Die Regelungen zur Gefahrstoffkennzeichnung werden an unionsrechtliche Vorgaben angepasst, um sicherzustellen, dass werdende Mütter nicht mit gefährlichen Stoffen in Berührung kommen.

### **3. Vorläufig kein befristeter Teilzeitanspruch**

Die Bundesregierung hatte ein Gesetzgebungsvorhaben auf den Weg gebracht, das den Teilzeitanspruch von Arbeitnehmern erheblich erweitern sollte. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz sollte dahingehend geändert werden, dass ein Arbeitnehmer sich nicht auf Dauer für eine Teilzeittätigkeit hätte entscheiden müssen. Vielmehr sollte er die Möglichkeit haben, nur für eine befristete Zeit einen Übergang in ein Teilzeitarbeitsverhältnis durchzusetzen, um anschließend wieder einen Anspruch auf Rückkehr zur Vollzeitbeschäftigung zu haben.

Eine solche Gesetzesänderung wäre für Arbeitgeber praktisch nicht umsetzbar gewesen.

Es ist in der Praxis bereits schwer genug, den jetzt gesetzlich bestehenden Teilzeitanpruch in der Praxis umzusetzen und zu gewähren. Nicht immer lässt sich die dadurch ausfallende Arbeitszeit durch Teilzeitbeschäftigte oder auf andere Weise ersetzen. Völlig unmöglich würden Unternehmensplanungen dann, wenn der Arbeitnehmer sich entschließen könnte, nur für einen bestimmten Zeitraum in Teilzeit zu wechseln oder er später ein Rückkehrrecht auf einen Vollzeitarbeitsplatz hätte. In vielen Fällen wäre es nahezu unmöglich Ersatzarbeitskräfte – für einen begrenzten Zeitraum – zu finden, die auch über die notwendige Qualifikation verfügen. Auch solche Beschäftigte müssen schließlich eingearbeitet werden und suchen sich eine Stelle, bei der sie eine Zukunftsperspektive haben.

Gänzlich ausgeschlossen wäre eine Personalplanung, wenn dem Arbeitnehmer ein nicht vorher festzulegendes Rückkehrrecht zur Vollzeitarbeit zugebilligt worden wäre.

Erfreulich ist es daher, dass dieses Gesetzgebungsvorhaben vorerst gescheitert ist. Es bleibt abzuwarten, welche Regierung nach der Bundestagswahl über arbeitsrechtliche Gesetze zu entscheiden haben wird und ob ein solches Vorhaben dann noch einmal auf die Tagesordnung kommt.

#### **4. Arbeitnehmerdatenschutz**

Der Beschäftigtendatenschutz ist im EU-Recht nicht gesondert geregelt. Hier gibt es vielmehr eine eigenständige Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten. Hiervon hat die Bundesregierung nunmehr Gebrauch gemacht und das Bundesdatenschutzgesetz um eine Regelung zum Beschäftigtendatenschutz erweitert.

Entscheidend hier ist § 26 BDSG-neu.

Diese Vorschrift wiederholt zunächst bekannte Regelungen:

Personenbezogene Daten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Eine weitere Ermächtigung zur Verarbeitung personenbezogener Daten ergibt sich aus der Aufdeckung von Straftaten von Beschäftigten. Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen (Betriebsrat) bleiben unberührt.

Darüber hinaus wurden einige Bereiche neu geregelt:

Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen auch dann verarbeitet werden, wenn dies zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus dem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder Dienstvereinbarung ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist. Wichtig ist hier das Merkmal der Erforderlichkeit.

Wenn ein Arbeitnehmer in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch den Arbeitgeber eingewilligt hat, muss überprüft werden, ob dies wirklich freiwillig geschehen ist. Bei dieser Freiwilligkeitsüberprüfung sollen auch die Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, berücksichtigt werden.

Wichtig ist, dass die Einwilligung schriftlich erteilt werden muss. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber über den Zweck der Datenverarbeitung sowie über das Recht auf Widerruf der Zustimmung informieren.

Neu ist auch die Zulässigkeit der Verarbeitung besonderer personenbezogener Daten wenn dies zur Ausübung von Rechten und zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Sozialrecht oder wegen des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, dass ein schutzwürdiges Interesse der Beschäftigten am Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

Weiterhin kann eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Arbeitsverhältnis auch dann und insoweit erfolgen, als dies in Kollektivvereinbarungen (Betriebsvereinbarungen, Tarifvertrag) geregelt ist. Neu ist hier nur die gesetzliche Kodifizierung. Bereits bisher gab es diese Möglichkeit gestützt auf die hierzu ergangene Rechtsprechung.

„Beschäftigte“ werden in § 26 (Absatz 8) BDSG-neu ebenfalls definiert. Einbezogen in die Definition sind nunmehr auch Leiharbeitnehmer sowie Freiwillige nach dem Bundesfreiwilligendienstgesetz.

Im Ergebnis gibt es nicht sehr viel Neues. Viele der im neuen § 26 enthaltenen Regelungen finden sich im alten BDSG in § 32 oder ergaben sich aus der Rechtsprechung. Es bleibt daher schwierig, sämtliche Bereiche des Beschäftigtendatenschutzes in der Praxis zutreffend zu regeln, zumal jetzt geprüft werden muss, ob und inwieweit die zum alten Recht ergangene

Rechtsprechung noch Gültigkeit hat und ob weiterhin die Grundregelungen in der Datenschutz-Grundverordnung der EU bei der Auslegung berücksichtigt werden müssen.

## **I. Rechtsprechung**

### **1. EuGH bestätigt Teile des Rechts der unternehmerischen Mitbestimmung**

EuGH, Urteil vom 18. Juli 2017 – Rechtssache C 566/15

Der Europäische Gerichtshof musste es sich mit Fragen des Deutschen Rechts der unternehmerischen Mitbestimmung befassen. Dort ist geregelt, wann und in welcher Weise Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat mitwirken und damit Unternehmen kontrollieren können.

Geklagt hatte ein Arbeitnehmer des Reisekonzerns TUI AG. Bei diesem Unternehmen besteht die Besonderheit, dass ein großer Teil der Beschäftigten nicht in Deutschland, sondern im europäischen Ausland aber innerhalb der EU arbeitet.

Die im Ausland beschäftigten Mitarbeiter dürfen den Aufsichtsrat des Deutschen Unternehmens nicht mitwählen, wahlberechtigt sind nur Arbeitnehmer in Deutschland. Nicht wahlberechtigt sind insbesondere Beschäftigte bei Konzerntöchtern im EU-Ausland. Der EuGH hat diese Rechtslage bestätigt und keinen Verstoß gegen EU-Recht festgestellt. Dies gelte, wie im vorliegenden Fall selbst dann, wenn die Mehrheit der Beschäftigten nicht in Deutschland, sondern im EU-Ausland arbeite. Auch das vom Kläger angeführte Argument, die deutsche Regelung behindere die Freizügigkeit von Arbeitnehmern innerhalb der EU konnte die Richter in Luxemburg nicht überzeugen:

Ein berufsbedingter Umzug in ein anderes Mitgliedsland der EU könne durchaus negative Folgen auch in sozialer Hinsicht haben. Es müsse nämlich nicht sichergestellt sein, dass man bei einem solchen Umzug im EU-Ausland die gleichen Arbeits- und Sozialbedingungen garantiert erhalte, wie im Heimatland. Gerade dieser letztgenannte Aspekt ist, unabhängig vom Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung, auch für das Arbeits- und Sozialrecht wichtig.

### **2. „Tarifeinheitsgesetz“ vom Bundesverfassungsgericht weitgehend bestätigt**

Bundesverfassungsgericht, Urteile vom 11. Juli 2017– verschiedene Aktenzeichen (fünf Verfahren, u.a. 1 BvR 1571/15, 1477/16, 1043/16, 2883/15)

Bis zum Jahr 2010 galt in Deutschland der Grundsatz der sog. Tarifeinheit:

Diese besagte, dass in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag abgeschlossen werden konnte, der dann für alle Beschäftigten, gleich welchem Beruf, galt. Diese Tarifeinheit war eine der Grundsäulen für die Verlässlichkeit der Deutschen Wirtschaft, ganz im Gegenteil beispielsweise zu England: Dort galt dieser Grundsatz nicht und es gab in manchen Betrieben eine Vielzahl von Tarifverträgen. Problematisch daran war, dass jeder Tarifvertrag erstreikt werden konnte, so dass sich ein Betrieb möglicherweise mehreren aufeinanderfolgenden Streiks unterschiedlicher Berufsgruppen ausgesetzt sah, die, insbesondere wenn sie Schlüsselfunktionen hatten, über längere Zeit den Betrieb zum Erliegen bringen konnten.

Im Jahre 2010 hat dann das Bundesarbeitsgericht diese Tarifeinheit aufgehoben und erklärt, sie sei nicht verfassungsgemäß.

Die Bundesregierung hatte dann vor zwei Jahren das Tarifeinheitengesetz vorgelegt, mit dem Ziel, die ursprüngliche Tarifeinheit möglichst weitgehend wiederherzustellen.

Fraglich an diesem Gesetz war von vorneherein, ob es mit dem Grundgesetz und dort insbesondere der Koalitionsfreiheit im Art. 9 vereinbar ist. Es gab daraufhin elf Verfassungsklagen, von denen der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts nunmehr fünf (beispielhaft) entschieden hat.

Dabei haben sich die Richter in Karlsruhe weitgehend hinter das Gesetz gestellt und klargestellt, dass Art. 9 Abs. 3 GG nicht verletzt ist. Insbesondere greife das neue Gesetz die Tarifautonomie in Deutschland nicht an, es schaffe einen fairen Ausgleich der Interessen. Zwischen größeren und kleineren Gewerkschaften.

Das Gesetz sei insbesondere geeignet, den Betriebsfrieden zu sichern, indem es Anreize dafür schaffe, dass verschiedene Gewerkschaften miteinander kooperieren und einheitliche Regelungen in einem Betrieb schaffen. Dies sei auch unter Geltung des neuen Gesetzes (TEG) möglich. Der erklärte Zweck, Machtkämpfe zwischen Gewerkschaften innerhalb eines Betriebes zu verhindern, sei legitim, insbesondere mit Blick auf den Betriebsfrieden.

Das Bundesverfassungsgericht stellt sogar ausdrücklich klar, dass die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch die vom Gesetz angestrebte einheitliche Handhabung des Tarifrechts innerhalb der Organisationseinheit „Betrieb“ sichergestellt werden muss. Die in den letzten Jahren zu beobachtende Entwicklung dahingehend, dass kleinere Schlüsselgewerkschaften (Stichworte: Lokführer, Piloten, Stellwerkmitarbeiter) einen Betrieb über längere Zeit praktisch zum Erliegen bringen können, gefährde das Tarifvertragssystem und führe zu einer Schwächung des Flächentarifvertrages.

Es sei zulässig, dass über das sog. Mehrheitsprinzip die isolierte Ausnutzung von Schlüsselpositionen verhindert werden solle. Auch die vom Gesetz vorgeschriebene Art und Weise, wie Mehrheiten im Betrieb festgestellt werden, begegne keinen verfassungsmäßigen Bedenken.

Allerdings hat das Gericht in einem Punkt Bedenken und fordert bis zum 31. Dezember 2018 eine Nachjustierung:

So fehle es an strukturellen Vorkehrungen um die Interessen von Arbeitnehmern zu schützen, die in kleinen Berufsgewerkschaften organisiert sind. Sie seien dann zu schützen, wenn ihr Tarifvertrag durch den Mehrheitstarifvertrag verdrängt werde. Der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts gibt insoweit jedoch nur das Ziel und nicht Möglichkeiten der Umsetzung vor.

Bei dieser Neuregelung muss die Bundesregierung sicherstellen, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Interessen derjenigen Berufsgruppen, deren Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommt, ernsthaft und wirksam in ihrem eigenen Tarifvertrag berücksichtigt.

Damit werden zwar dann möglicherweise die Interessen einzelner Berufsgruppen besser abgesichert, als dies bisher der Fall ist. Immerhin müssten ja Gewerkschaften Regelungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer treffen, die nicht ihre Mitglieder sind.

Der Schutz der kleineren Spezialgewerkschaften bleibt jedoch außen vor. Sie können sich nur dem Mehrheitstarifvertrag anschließen und diesen „nachzeichnen“. Verhandlungsmöglichkeiten oder gar die Möglichkeit, zu einem Streik für einen Spartentarifvertrag aufzurufen, haben sie dann nicht mehr.

### **3. Umfang der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einrichtung einer Facebookseite des Arbeitgebers**

BAG, Beschluss vom 13. Dezember 2016 – Az: 1 ABR 7/15

In dem hier entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber zu Werbe- und Kommunikationszwecken eine Facebookseite eingerichtet. Teil dieser Seite war u.a. auch eine Besucherseite, auf der über die Funktion „Besucher-Beiträge“ Postings zum Verhalten und zur Leistung der beim Arbeitgeber beschäftigten Mitarbeiter eingestellt werden konnten.

Hiergegen hat sich der Konzernbetriebsrat gewandt und u.a. die Auffassung vertreten, bei der Facebookseite handele es sich um eine technische Einrichtung, die zur Überwachung der Arbeitnehmer im



Sinne des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG bestimmt sei. Daher unterliege zumindest die Funktion der „Besucher-Beiträge“ der Mitbestimmung des Betriebsrats.

Das Bundesarbeitsgericht hat ihm insoweit Recht gegeben. Die Freischaltung dieser Funktion auf der vom Arbeitgeber betriebenen Facebookseite ermögliche eine Überwachung des Verhaltens und der Leistung der dort beschäftigten Arbeitnehmer.

Das Internet und auch diese Facebookseite würden eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG darstellen. Regelungszweck dieser Vorschrift sei es, Arbeitnehmer vor einer Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts mittels Einsatzes technischer Überwachungseinrichtungen zu bewahren, soweit nicht schützenswerte Belange des Arbeitgebers dies rechtfertigen und sich als verhältnismäßig erweisen.

Für eine Überwachung im Sinne der Vorschrift sei es, so das BAG, nicht erforderlich, dass die Daten über das Verhalten und die Leistung von Arbeitnehmern von der technischen Einrichtung selbst - quasi automatisch – erhoben werden. Es sei ausreichend, wenn die Daten manuell eingegeben werden, wenn sie zumindest anschließend gespeichert werden und ein Zugriff möglich ist. Dies sei vorliegend gegeben, weshalb ein Mitbestimmungsrecht bestehe.

Anmerkung:

Die Entscheidung ist aus meiner Sicht nicht richtig. Sie überzeichnet die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats und passt auch insgesamt nicht in das Mitbestimmungsgefüge.

Allerdings steht dieses Urteils in Übereinstimmung mit der ohnehin sehr weiten Auslegung der Vorschrift des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG durch die Rechtsprechung. Dort ist nämlich davon die Rede, dass nur technische Einrichtungen betroffen sind, die zur Überwachung der Arbeitnehmer „bestimmt“ sind. Nach dem Wortlaut würden hierunter nicht solche Einrichtungen fallen, die zu einem anderen Zweck bestimmt sind, jedoch möglicherweise als Nebeneffekt eine Überwachung von Arbeitnehmern erlauben. Die Rechtsprechung legt die Vorschrift jedoch entgegen deren Wortlaut sehr weit aus. Erfasst werden schon immer technische Einrichtungen, die auch nur geeignet sind, Arbeitnehmer zu überwachen.

Über diese eigentlich gegen das geschriebene Gesetz verstoßende Rechtsprechung geht die aktuelle Entscheidung jedoch nochmals hinaus. Sie verstößt daher aus meiner Sicht noch weitergehend gegen geschriebenes Recht, wozu das BAG eigentlich nicht berechtigt ist. Es handelt sich um eine Auslegung contra legem.

Es ist nämlich nicht die technische Einrichtung, die zur Überwachung der Arbeitnehmer bestimmt oder geeignet ist. Vielmehr sind es die Kunden und Geschäftspartner des Unternehmens, die ihre eigenen Kommentare zu Arbeitnehmern abgeben. Es findet also auch keine automatische Erfassung statt, sondern ein händischer Eintrag subjektiver Meinungen. Dies ist bisher auch in der Rechtsprechung des BAG noch nie als Anwendungsbereich des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG angesehen worden.

Letztlich ist die Möglichkeit, Besucherbeiträge auf der Facebookseite abzugeben, nichts anderes als eine Art elektronischer Kummerkasten oder Briefkasten. Ebenso wie Kunden eventuelle Beschwerden über Mitarbeiter als Postbrief, Fax, Mail o.ä. an das Unternehmen richten können, wird hier eben eine Übermittlungsfunktion via Facebook genutzt. Entscheidend für die Anwendung des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG ist aber nicht der Übermittlungsweg (analog oder digital), sondern die Erfassung.

Die Grundsätze des vorliegenden Urteils konsequent umgesetzt würde bedeuten, dass auch die Weitergabe einer Telefaxnummer oder einer E-Mail-Adresse, um Kundenkommentare zu erhalten, gegen die Vorschrift verstoßen würde.

In die gleiche Richtung geht beispielsweise die Kontaktfunktion auf einer Internethomepage, die es ermöglicht, auf diese Weise mit dem Unternehmen in Kontakt zu treten oder google Bewertungen.

Es ist allgemein zu bedauern, dass das geschriebene Recht gerade im Bereich des Arbeitsrechts nicht mehr sehr viel zählt. Zum einen setzt sich die Rechtsprechung darüber hinweg, zum anderen weigert sich der Gesetzgeber, längst fällige Gesetzesänderungen, z.B. aufgrund bindender Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, umzusetzen. Wie soll sich ein Unternehmer hier noch gesetzeskonform verhalten, wenn eine Ausrichtung am eindeutigen Gesetzeswortlaut in die Irre führt?

#### **4. Arbeitnehmer ist bei Neuerkrankung beweispflichtig**

LAG Köln, Urteil vom 18. Oktober 2012 – Az: 7 Sa 454/12

Es gibt leider immer mehr Fälle, in denen Arbeitnehmer die gesetzlichen Regelungen zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall missbrauchen. Es kommt vor, dass nach Ausnutzung der Entgeltfortzahlungszeit von sechs Wochen eine neue Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als sog. „Erstbescheinigung“ vorgelegt wird mit der Folge, dass der Arbeitgeber dann erneut für bis zu sechs Wochen das Entgelt fortzahlen soll.

Hierzu ist der Arbeitgeber aber nur verpflichtet, wenn zwischen der ersten Erkrankung und der zweiten Erkrankung keinerlei Zusammenhang besteht. So muss beispielsweise die erste Erkrankung völlig

ausgeheilt sein, um für eine eventuelle zweite hiervon unabhängige Erkrankung eine erneute Entgeltfortzahlungspflicht auszulösen. Es darf sich bei Erst- und Zweiterkrankung auch nicht um unterschiedliche Symptome des gleichen Grund-Krankheitsbildes handeln. Für die entsprechenden Voraussetzungen des erneuten Entgeltfortzahlungsanspruchs ist, was häufig übersehen wird, der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.

In dem in der Praxis häufig vorkommenden Fall war ein Arbeitnehmer sechs Wochen und drei Tage krankgeschrieben. In den letzten drei Tagen erhielt er bereits Krankengeld von der Krankenkasse. Sodann hat er erneut ein ärztliches Attest vorgelegt, aus dem sich ergab, dass es sich um eine Erstbescheinigung handeln sollte.

Der Arbeitgeber hat die weitere Entgeltfortzahlung verweigert. Im darauffolgenden Prozess hat sich herausgestellt, dass die Zweiterkrankung begründet wurde mit einer Zucker- und Bluthochdruckkrankung. Dies ist aber eine Erkrankung, die in der Regel als Dauererkrankung vorliegt. Dem Arbeitnehmer ist es auch nicht gelungen zu beweisen, dass diese Erkrankung mit der Ersterkrankung in keinerlei Zusammenhang stand. Da der Arbeitnehmer beweisfällig blieb, scheiterte er mit seiner auf Entgeltfortzahlung gerichteten Klage.

## **5. Fristlose Kündigung wegen illoyalen Verhaltens**

BAG, Urteil vom 01. Juni 2017 – Az: 6 AZR 720/15

Im vorliegenden Fall ging es um einen Bundesverband. Dessen Geschäftsführerin, die Arbeitnehmerin im Rechtssinne war, war fristlos außerordentlich gekündigt worden. Die dagegen gerichtete Kündigungsschutzklage hat sie verloren.

Hintergrund der Kündigung war folgendes:

Zwischen der angestellten Geschäftsführerin und dem Vereinsvorsitzenden kam es zu Streit und einem Zerwürfnis. Daraufhin wandte sich die Geschäftsführerin an Vereinsmitglieder um diese zu veranlassen, eine Mitgliederversammlung einzuberufen. Erklärtes Ziel dieser Mitgliederversammlung sollte es sein, den Vorsitzenden abzuwählen. Daraufhin erfolgte dann die fristlose Kündigung.

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass ein solches in hohem Maße illoyales Verhalten der Klägerin ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist. Kennzeichnend für ein Arbeitsverhältnis ist immer ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis. Ist dieses, wie im

vorliegenden Fall, unwiederbringlich verloren, ist auch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar.

Die insoweit immer notwendige abschließende Interessenabwägung ging zu Lasten der Geschäftsführerin. Sie hatte durch ihr eigenes bewusstes Verhalten und die Untergrabung der Autorität des Vorsitzenden letztlich selbst das notwendige Vertrauen verspielt.

## **6. Vorsicht bei Massenentlassungen und Elternzeit!**

BAG, Urteil vom 26. Januar 2017 – Az: 6 AZR 442/16

Will ein Arbeitgeber eine sog. Massenentlassung aussprechen, muss er diese gemäß § 17 KSchG bei der Arbeitsagentur anzeigen. Bereits in der Vergangenheit war streitig, zu welchem Zeitpunkt dies geschehen müsse. Aktueller Stand der Rechtsprechung war hier, dass es auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem die Kündigung ausgesprochen wird.

Im vorliegenden Fall befand sich eine Mitarbeiterin in Elternzeit. Eine Kündigung konnte daher nicht unmittelbar ausgesprochen werden, sondern hat die Zustimmung der zuständigen Behörde vorausgesetzt. Diese hat der Arbeitgeber auch zunächst eingeholt und vertrat die Auffassung, dass auch in diesem Fall das (spätere) Datum des Kündigungsausspruches für die Frage entscheidend sei, ob eine Massenentlassungsanzeige notwendig ist.

Insoweit hat das BAG nunmehr jedoch entschieden, dass es auf den quasi ersten Schritt zum Ausspruch einer Kündigung und nicht auf die Kündigungserklärung selbst ankomme. Der Arbeitgeber müsse die Voraussetzung des § 17 KSchG daher schon zu dem Zeitpunkt erfüllen, zu dem der Antrag auf Zustimmung zur Kündigung gestellt wird. Dies war vorliegend nicht erfolgt, weshalb die Kündigung vom BAG als unzulässig angesehen wurde.

### Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung zeigt wieder einmal, dass betriebsbedingte Kündigungen und erst recht Massenentlassungen letztlich nur von Spezialisten umgesetzt werden können. Auch dort ist man vor Überraschungen und neuen Entscheidungen nicht sicher. Dies zeigt der vorliegende Fall besonders deutlich.

Nach dieser Entscheidung ist sogar eventuell damit zu rechnen, dass auch andere Fälle von Sonderkündigungsschutz entsprechend zu behandeln sein könnten. Dies gilt beispielsweise für Betriebsratsmitglieder, Schwerbehinderte o.ä. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Entschei-

dung auch mit einer mittelbaren Frauendiskriminierung begründet wurde, da Elternzeit wesentlich häufiger von Frauen als von Männern in Anspruch genommen werde. Dieses Argument greift natürlich beim besonderen Kündigungsschutz von Betriebsräten, Schwerbehinderten o.ä. nicht ein.

## **7. Grobe Beleidigung rechtfertigt eine fristlose Kündigung**

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Januar 2017 – Az: 3 Sa 244/16

Im vorliegenden Fall arbeitete ein 62 Jahre alter Mann seit 23 Jahren in einem Kleinbetrieb, der familiär geführt wurde. Zwischen dem betroffenen Arbeitnehmer und dem Vater eines der Geschäftsführer kam es an einem Tag zu einem heftigen Wortwechsel. Ein Geschäftsführer meinte dazu, der Streit sei doch Kinderkram.

Am nächsten Morgen kam es dann zu einem erneuten gereizten Wortwechsel zwischen dem Arbeitnehmer und den beiden Geschäftsführern. Dabei sagte der Arbeitnehmer über einen der Geschäftsführer, dieser lasse „gern den Chef raushängen“. Auch dessen Vater, der frühere Geschäftsführer, habe sich „wie ein Arsch“ benommen. Der Geschäftsführer selbst sei auf dem besten Wege, „seinem Vater den Rang abzulaufen“. Die Firma benehme sich wie „soziale Arschlöcher“.

Das Unternehmen hat dem Arbeitnehmer dann unter gleichzeitiger Freistellung drei Tage Zeit gegeben, sich zu entschuldigen. Dies geschah jedoch nicht mit der Folge, dass daraufhin der Arbeitgeber fristlos außerordentlich gekündigt hat. Die dagegen erhobene Kündigungsschutzklage wurde abgewiesen.

Das Argument des Arbeitnehmers, seine Äußerungen seien durch die Meinungsfreiheit gedeckt und er habe sich aufgrund seines Alters und seiner langen Beschäftigungszeit eine soziale Stellung erarbeitet, die nicht einfach durch eine fristlose Kündigung aufgehoben werden könne, hat das Gericht nicht geteilt. Das Landesarbeitsgericht vertrat vielmehr die Auffassung, es handele sich vorliegend um eine besonders grobe Beleidigung, die nach Form und Inhalt eine erheblich Ehrverletzung für die Betroffene bedeute. Keinesfalls könne sich der Arbeitnehmer bei solchen Ehrverletzungen auf ein Recht auf freie Meinungsäußerung berufen. Dies ende dort wo das Recht Dritter beeinträchtigt sei.

Der Arbeitnehmer sei auch nicht durch den Geschäftsführer oder seinen Vater provoziert worden. Von besonderem Gewicht sei auch die Zeitspanne zwischen dem ersten und dem zweiten Gespräch, die eine Affekthandlung ausschließe.

Dem Arbeitgeber war hier auch keine Abmahnung oder ordentliche Kündigung zuzumuten, da der Arbeitnehmer gezeigt habe, dass er keinerlei Einsicht habe. Es sei gerade einem kleinen Familienbetrieb nicht zuzumuten, dieses Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, die aufgrund der Beschäftigungszeit sehr lang war, fortzusetzen.

## **8. Mobbing-Entschädigung ist steuerfrei**

Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. März 2017 – Az: 5 K 1594/14

Ein Einzelhandelsunternehmen hatte seiner Mitarbeiterin aus „personenbedingten Gründen“ gekündigt, wogegen diese Kündigungsschutzklage erhoben hatte. Gleichzeitig hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf eine Entschädigung wegen Benachteiligung geltend gemacht. Sie vertrat die Auffassung, die Kündigung sei aufgrund Ihrer Behinderung (30%) ausgesprochen worden.

Die Parteien haben sich dann geeinigt. Anders als üblich hat die Arbeitnehmerin laut ausdrücklichem Hinweis im Vergleich, aber keine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes erhalten, sondern € 10.000,00 als „Entschädigung gemäß Antidiskriminierungsgesetz“. Gleichzeitig wurde das Arbeitsverhältnis dann beendet. Das Finanzamt hat die Auffassung vertreten, es handele sich bei dem vereinbarten Betrag um steuerpflichtigen Arbeitslohn. Auch dagegen hat die Frau geklagt. Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz hat nunmehr bestätigt, dass es sich bei einer Entschädigung nach dem AGG nicht um Arbeitslohn und auch nicht um Schadensersatz für entstandene materielle Schäden handele. Dies würde sich bereits aus dem Vergleichswortlaut und dem Hinweis auf das Antidiskriminierungsgesetz ergeben. Vielmehr handele es sich vorliegend um einen Ausgleich für immaterielle Schäden wegen einer Diskriminierung der Frau als Behinderte. Eine solche Entschädigung sei steuerfrei.

Auch wenn der Arbeitgeber im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Benachteiligung bestritten habe, ändere dies nichts am Ergebnis, da ja beide Parteien im Rahmen des Vergleichs ihre ursprüngliche Position aufgegeben und sich geeinigt haben. Im Ergebnis habe der Arbeitgeber die Entschädigung nur wegen der behaupteten Benachteiligung gezahlt und nicht wegen des Verlustes des Arbeitsplatzes.

### Anmerkung:

Im „Blick ins Arbeitsrecht“ bespreche ich in der Regel arbeitsrechtliche Entscheidungen. Dieses Urteil betrifft aber das Arbeitsrecht und das Steuerrecht gleichermaßen.

Im vorliegenden Fall erscheint es relativ offensichtlich, dass die Parteien den vereinbarten Betrag nur deshalb als Entschädigung gemäß AGG bezeichnet haben, um ihn für die Arbeitnehmerin steuerfrei

auszugestalten. Hätten die Parteien dagegen eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes vereinbart, wäre dieser – unter Berücksichtigung der sog. Fünftel-Regelung – steuerpflichtig gewesen. Die gleiche Vermutung hatte offensichtlich auch das Finanzamt und hatte daher zunächst die Steuerpflichtigkeit festgestellt.

Es kommt in Kündigungsschutzprozessen häufig vor, dass Arbeitnehmervertreter eine Diskriminierung und damit einen Verstoß gegen das AGG nur deshalb behaupten, um dann Steuervorteile wie im vorliegenden Fall zu erzielen.

Arbeitgeber sind häufig bereit, diese „Gestaltung“ zu akzeptieren, da es letztlich von der finanziellen Belastung für den Arbeitgeber gleichgültig ist, ob er eine Abfindung oder eine AGG-Entschädigung zahlt.

Eine eventuelle Steuerlast trifft den Arbeitnehmer, Sozialversicherungsbeiträge fallen in beiden Fällen nicht an.

Trotzdem warne ich Arbeitgeber dringend davor, auf solche Angebote einzugehen.

Zum einen könnte hier ggf. dann, wenn für eine Diskriminierung keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich sind, auch von einer Beihilfe zur Steuerhinterziehung oder Steuerverkürzung ausgegangen werden. Zum anderen gibt der Arbeitgeber im vorliegenden Fall ja ausdrücklich zu, dass er diskriminiert hat, was dem Ruf dieses Arbeitgebers beim Arbeitsgericht möglicherweise nicht unbedingt förderlich ist. Der Arbeitgeber muss auch bedenken, dass möglicherweise andere Arbeitnehmer die Behauptung einer Diskriminierung erheben. Gibt es hier bereits einen Präzedenzfall, in dem der Arbeitgeber eine gesetzwidrige Diskriminierung ausdrücklich eingeräumt und sogar hierfür eine hohe Entschädigung akzeptiert hat, liegt der Verdacht nahe, dass möglicherweise der nächste oder übernächste Arbeitnehmer, der eine Diskriminierung behauptet, damit Recht haben könnte.

Das Einräumen einer Diskriminierung hat auch innerbetrieblich möglicherweise erhebliche Folgen, da dies den Betriebsrat und möglicherweise auch andere Arbeitnehmer auf den Plan rufen könnte, die bei einer eingeräumten Diskriminierung möglicherweise weitere Fälle vermuten.

Nicht immer ist also der einfachste Weg auch der Richtige!

Eine Abfindung, die zum Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes gedacht ist, sollte auch als solche bezeichnet werden.

## 9. Einnahmen von Crystal Meth durch Berufskraftfahrer

BAG, Urteil vom 20. Oktober 2016– Az: 6 AZR 471/15

Im vorliegenden Fall hatte ein Arbeitnehmer, der als Berufskraftfahrer eingestellt war, in seiner Freizeit Crystal Meth konsumiert. Dies war bei einer Verkehrskontrolle während der Arbeitszeit festgestellt und der Führerschein beschlagnahmt worden. Dies hatte der Mitarbeiter seinem Arbeitgeber verschwiegen und war für diesen zunächst weiter gefahren. Erst bei einer späteren genauen Befragung des Arbeitnehmers räumte er den Führerscheinverlust ein.

Von Bedeutung war vorliegend, dass während der Arbeitszeit keine Drogen eingenommen worden waren und aufgrund der unklaren Beweislage auch davon auszugehen war, dass der Berufskraftfahrer während seiner Arbeitszeit nicht durch Drogen eingeschränkt, sondern in der Lage war, das Fahrzeug des Arbeitgebers zu fahren.

Das BAG hat daher die im privaten Bereich erfolgte Einnahme der Droge Crystal Meth nur als Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten angesehen. Der Arbeitnehmer habe in schwerwiegender Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Nebenpflichten verstoßen, indem er Crystal Meth eingenommen hatte, auch wenn dies in der Freizeit geschah. Nach Nr. 9.1 der Anlage 4 zu §§ 11, 13 und 14 der Fahrerlaubnisverordnung besteht bei Einnahme von Betäubungsmitteln im Sinne des BtMG (mit Ausnahme von Cannabis) keine Eignung mehr zum Führen von Kfz. Dies gilt unabhängig von der Häufigkeit des Konsums, von der Höhe der Betäubungsmittelkonzentration, von einer Teilnahme am Straßenverkehr im berauschten Zustand oder vom Vorliegen konkreter Ausfallerscheinungen beim Betroffenen. Dem entsprechend ist die Entziehung der Fahrerlaubnis bereits dann gerechtfertigt, wenn der Führerscheininhaber mindestens einmal sog. „Harte Drogen“ konsumiert hat. Der Fahrerlaubnisbehörde ist dann kein Ermessen mehr eingeräumt worden.

Hierauf kann sich auch der Arbeitgeber stützen.

Da ein sog. Drogenwischtest bei der erfolgten Verkehrskontrolle positiv ausfiel, konnte der Arbeitgeber auch davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit noch unter Drogeneinfluss stand, zwar unabhängig davon, ob seine Fahrtüchtigkeit insoweit beeinträchtigt war. Die Pflichtverletzung besteht, so dass BAG, schon in der Aufnahme der Arbeitstätigkeit trotz des vorangegangenen Drogenkonsums.

Offen gelassen hat das BAG, unter welchen Umständen ein Berufskraftfahrer bei einem länger zurückliegenden Drogenkonsum davon ausgehen darf, dass keine Auswirkungen mehr bestehen.



Das BAG hat in dieser Entscheidung auch die Frage angesprochen, ob der Arbeitnehmer möglicherweise an einer Drogensucht erkrankt war. Dies hätte dann nämlich zur Folge, dass er sein Verhalten (die Einnahme von Drogen) nicht hätte steuern können und damit hätte man ihm dieses Verhalten auch nicht im Rahmen einer verhaltensbedingten Kündigung vorwerfen können.

Bei einer Drogensucht ist davon auszugehen, dass die Drogeneinnahme suchtbedingt und nicht willensbedingt erfolgt, so dass insoweit eine Kündigung an den Grundsätzen der personenbedingten Kündigung und nicht an der einer verhaltensbedingten Kündigung zu messen ist.

Im vorliegenden Fall hatte aber der Arbeitnehmer gar nicht behauptet, im fraglichen Zeitraum drogensüchtig gewesen zu sein.

Wesentliche Bedeutung hatte für das Bundesarbeitsgericht auch die Frage der Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers nach § 7 Absatz 2 der von der Berufsgenossenschaft für Transport- und Verkehrswirtschaft (BG Verkehr) als Träger der gesetzlichen Unfallversicherung erlassenen Unfallverhütungsvorschrift darf der Arbeitgeber Arbeitnehmer, die erkennbar nicht in der Lage sind, eine Arbeit ohne Gefahr für sich oder andere auszuführen, mit dieser Arbeit nicht beschäftigen. Da dem Arbeitgeber bekannt war, dass der Arbeitnehmer harte Drogen konsumiert hatte, musste er davon ausgehen, dass ein weiterer Einsatz des Arbeitnehmers das Risiko weiterer Fahrten unter Drogeneinfluss in sich birgt. Für den Arbeitgeber bestanden daher auch unabsehbare Risiken hinsichtlich seiner eigenen Haftung und des Versicherungsschutzes (Haftplichtversicherung mit Regressrisiko, gesetzliche Unfallversicherung, Kaskoversicherung etc.). Insoweit war die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar.

Im entschiedenen Fall kam hinzu, dass eine mögliche fehlende Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers aufgrund vorangegangenen Drogenkonsum auch die Gefahr herauf beschwor, dass der Arbeitgeber den Transportauftrag (Just in Time-Lieferung an die Automobilindustrie) verlieren könnte. Auch dieses Risiko musste sich der Arbeitgeber nach Auffassung des BAG nicht aussetzen.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

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