

## **Blick ins Arbeitsrecht**

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

Heute stehen beim Blick ins Arbeitsrecht Entscheidungen der Gerichte im Vordergrund, insbesondere – wieder einmal – Fragen im Zusammenhang mit befristeten Arbeitsverträgen. Hier zeigt sich, dass diese für Arbeitgeber äußerst restriktiv und formal gehandhabt werden.

Auch die Überwachung von Arbeitnehmern wird immer häufiger zum Gegenstand von Arbeitsgerichtsurteilen. Im vorliegenden Fall hat sich damit sogar der europäische Gerichtshof für Menschenrechte befasst. Überwachungsmaßnahmen, sei es durch Kamera oder Detektiv sollten in jedem Fall anwaltlich geprüft werden, um Schadenersatzansprüche zu vermeiden.

#### **1. Die Laufzeit eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages kann nur mit Sachgrund nachträglich verkürzt werden**

BAG, Urteil vom 14. Dezember 2016 – Az: 7 AZR 49/15

Im vorliegenden Fall war ein Mitarbeiter nach § 14 Abs. 2 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) eingestellt worden, um ein Projekt zu betreuen. Nach Beginn des Beschäftigungsverhältnisses ergab sich jedoch eine vorzeitige Beendigung des Projektes. Die Parteien haben daher eine Vereinbarung geschlossen und festgelegt, dass das befristete Arbeitsverhältnis ein Jahr früher als geplant enden solle.

Der Arbeitnehmer hat es sich dann später wieder anders überlegt und noch vor dem dann vorgesehenen Ende Befristungsschutzklage erhoben. Er hat damit argumentiert, die verkürzte Laufzeit des Vertrages würde eine neue Befristung darstellen, die nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz unwirksam wäre.

Das BAG hat ihm erstaunlicherweise recht gegeben und bei dieser Gelegenheit ein in der Praxis wichtiges Problem angesprochen.

Zunächst hat das BAG die Auffassung des Arbeitgebers verworfen. Dieser hatte gemeint, ein ursprünglich wirksam abgeschlossener befristeter Vertrag ohne Befristungsgrund könne nachträglich ohne Weiteres hinsichtlich seiner Laufzeit reduziert werden. Insbesondere bedürfe es hierzu keines Befristungsgrundes. Unabhängig davon gäbe es aber einen Grund für die verkürzte Laufzeit, da das Projekt vorzeitig beendet worden sei.

Das Bundesarbeitsgericht ist dem nicht gefolgt. Auch wenn ein Vertrag ohne Sachgrund wirksam befristet worden ist, bedeutet dies nicht, dass später die Laufzeit – innerhalb der gesetzlichen Grenzen – reduziert werden dürfe. Bei genauer Betrachtung liege nämlich keine Reduzierung der ursprünglichen Befristungsdauer vor. Vielmehr hätten die Parteien einen neuen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen. Dies sei aber ohne Rechtsgrund nur zulässig, wenn zuvor noch kein Arbeitsvertrag zwischen den Parteien bestanden habe, was jedoch der Fall war.

Diese Rechtsauffassung ist auf den ersten Blick schwer nachvollziehbar. Sie deckt sich jedoch mit der bisherigen Rechtsprechung des BAG zu befristeten Verträgen. Diese sind sozusagen nach ihrem Abschluss in Stein gemeißelt und dürfen nicht verändert werden. Erfolgt eine Veränderung, geht das Gericht regelmäßig von einem neu abgeschlossenen Vertrag aus. Dieser ist dann seinerseits auf seine Wirksamkeit zu prüfen. Wenn es sich um eine Befristung ohne Befristungsgrund handelt, kommt regelmäßig keine wirksame Befristung mehr zustande, da ja zwischen den Parteien bereits zuvor ein Arbeitsvertrag bestand und befristete Verträge ohne Befristungsgrund nur dann abgeschlossen werden dürfen, wenn sie entweder zwei Jahre Laufzeit insgesamt nicht überschreiten, neben einer Grundbefristung maximal drei Verlängerungen vorliegen, die wiederum zusammen zwei Jahre nicht überschreiten dürfen und – hier entscheidend – zuvor zwischen den Arbeitsvertragsparteien noch kein Arbeitsvertrag bestanden hatte.

#### Praxistipp:

Befristete Verträge, insbesondere solche ohne Befristungsgrund, dürfen während ihrer Laufzeit und insbesondere zu Verlängerungsterminen grundsätzlich nicht geändert werden.

In einem ähnlichen Fall hatte ein Arbeitgeber zunächst einen auf ein halbes Jahr befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen. Da er mit dem Arbeitnehmer sehr zufrieden war, hat er nach Ablauf der ersten sechs Monate den Vertrag zum einen um weitere sechs Monate verlängert und gleichzeitig dem Mitarbeiter eine Gehaltserhöhung gewährt. Später kam es dann zum Streit. Hier wurde dem Arbeitgeber seine Großzügigkeit zum Verhängnis: Die Änderung (Erhöhung) der Vergütung habe zur Folge, dass dadurch keine Verlängerung der ursprünglichen Grundbefristung erfolgt sein könne, sondern vielmehr ab dem siebten Monat ein neuer befristeter Arbeitsvertrag für wiederum sechs Monate abgeschlossen

worden sei. Da bereits ein solcher Vertrag vorangegangen war, scheiterte die Befristung. Dies hatte zur Folge, dass die Gehaltserhöhung letztlich das Zustandekommen eines unbefristeten Vertrages zur Folge hatte.

Ähnlich – wenn auch nicht anlässlich einer Vertragsverlängerung – war es auch hier: Eine Änderung (Verkürzung der Laufzeit) führt zur Annahme eines unbefristeten neuen Vertrages.

Hier zeigt sich wieder, dass die Rechtsprechung befristete Verträge äußerst formal behandelt und sowohl Abschluss als auch Änderung und Beendigung stets sorgfältig geprüft werden müssen.

In Betracht kam im vorliegenden Fall übrigens auch noch eine Deutung des gesamten Vorganges als Aufhebungsvertrag. Ob eine neue Befristung oder ein Aufhebungsvertrag vorliegt, muss laut BAG jeweils im Einzelfall anhand aller Umstände geprüft werden. Auch hier knüpft das BAG an die bisherige Rechtsprechung zur Auslegung von Aufhebungsverträgen an:

Wird bei einem Aufhebungsvertrag in etwa die gesetzliche oder tarifvertragliche bzw. arbeitsvertragliche Kündigungsfrist eingehalten, spricht dies für das Vorliegen eines Aufhebungsvertrages. Wird allerdings eine Vertragsbeendigung erst in fernerer Zukunft vorgesehen, also eine Auslauffrist gewährt, die weit über die eigentlich einzuhaltende Kündigungsfrist hinausgeht, spricht dies gegen das Vorliegen eines Aufhebungsvertrages und für eine Befristung, so dass dann nach den Befristungskriterien des TzBfG geprüft werden muss.

#### Hinweis:

An dieser Stelle zeigt sich wieder einmal, dass die Rechtsprechung zwar vordergründig im konkreten Fall Arbeitnehmerinteressen im Auge hat, langfristig wird sich diese Rechtsprechung aber zum Nachteil für Arbeitnehmer auswirken: In Aufhebungsverträgen war es dem Arbeitgeber häufig möglich, das Beendigungsdatum beliebig hinauszuschieben, um dem Arbeitnehmer mehr Zeit für die Suche nach einer neuen Stelle zu gewähren. Genau solche für den Arbeitnehmer günstige Regelungen kommen aber in Zukunft kaum noch in Betracht, da der Arbeitgeber andernfalls Gefahr läuft, die gewünschte Vertragsbeendigung selbst zu torpedieren, je mehr er dem Arbeitnehmer mit einer verlängerten Beendigungsfrist entgegen kommt.

Insoweit hat die Entscheidung erhebliche Bedeutung auch für die Gestaltung von Aufhebungsverträgen.

In der Praxis stellt sich die Frage, wo nun der Unterschied zwischen einem Aufhebungsvertrag einerseits und einer Befristung andererseits zu sehen ist.

Das BAG führt hier aus, dass nicht mehr von einer Vertragsaufhebung, sondern von einem befristeten Vertrag auszugehen sei, wenn der von den Parteien gewählte Beendigungszeitpunkt die jeweils gültige Kündigungsfrist um ein vielfaches überschreitet und es an weiteren Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Beendigung des Aufhebungsvertrages fehlt, wie sie im Aufhebungsvertrag regelmäßig getroffen werden. Hierzu gehören insbesondere Freistellungen, Urlaubsregelungen, Abfindungen o. ä.

Besonders gefährlich ist diese Rechtsprechung bei Aufhebungsverträgen während der Probezeit, da hier in der Regel sehr kurze Kündigungsfristen gelten und schon maßvolle Beendigungsfristen von ein bis zwei Monaten das zwei- bis vierfache der Kündigungsfrist in der Probezeit (zwei Wochen) ausmachen können.

## **2. Zustandekommen eines befristeten Aufhebungsvertrages**

BAG, Urteil vom 14. Dezember 2016 – Az: 7 AZR 797/14

Auch dieses Urteil des BAG befasst sich mit den Grundlagen des Befristungsrechtes und ist für die Praxis besonders bedeutsam. Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor Vertragsbeginn eine noch nicht unterzeichnete, die Befristungsabrede enthaltene Vertragsurkunde (Arbeitsvertrag) übergeben. Der Arbeitnehmer hatte den Arbeitsvertrag in doppelter Ausfertigung unterschrieben und beide Exemplare an den Arbeitgeber zurückgegeben, damit dieser gegenzeichnet. Die Unterschrift des Arbeitgebers unter den Arbeitsverträgen und deren Rücksendung an den Arbeitnehmer erfolgte jedoch erst, nachdem der Arbeitnehmer seine Tätigkeit bereits aufgenommen hatte. Der Arbeitnehmer hat dann auf Feststellung geklagt, dass vorliegend ein unbefristeter und kein befristeter Vertrag zustande gekommen war.

Er hat Recht bekommen.

Hintergrund zum Verständnis dieser Entscheidung ist die gesetzliche Regelung in § 14 Abs. 4 TzBfG. Danach ist zu einer wirksamen Befristung eine schriftliche Befristungsvereinbarung erforderlich. Diese muss nicht isoliert vereinbart werden. Es reicht aus, dass die Parteien beispielsweise, wie in der Praxis üblich, einen schriftlichen Arbeitsvertrag abschließen.

Dieser schriftliche Arbeitsvertrag mit der schriftlichen Befristungsabrede muss allerdings von beiden Seiten unterzeichnet sein und beiden Parteien in unterzeichneter Form vorliegen, bevor der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufnimmt. Eine spätere Unterzeichnung des schriftlichen Arbeitsvertrages

reicht nicht aus. Hier kommt dann keine Befristung zustande, vielmehr freut sich der Arbeitnehmer über einen unbefristeten Vertrag.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitnehmer die von ihm unterzeichneten Vertragsexemplare wieder an den Arbeitgeber zurückgesandt. Dort fehlte allerdings, um das Schriftformerfordernis zu erfüllen, noch die Unterschrift des Arbeitgebers. Ferner hätte mindestens ein von beiden Seiten unterschriebener Vertrag dem Arbeitnehmer vor Arbeitsaufnahme vorliegen müssen. Beides war nicht der Fall. Daher fehlt es am Merkmal eines schriftlichen Vertrages bzw. einer schriftlichen Befristungsvereinbarung. Da der Arbeitsvertrag an sich wirksam geschlossen worden ist und nur die Befristungsabrede unwirksam ist, liegt ein unbefristeter Vertrag vor.

Es reicht auch nicht aus, dass der Arbeitgeber rechtzeitig vor Arbeitsaufnahme des Arbeitnehmers den Vertrag unterschrieben hat. Vielmehr muss dem Arbeitnehmer, so das BAG, die auch vom Arbeitgeber unterzeichnete Vertragsurkunde vor Aufnahme seiner Tätigkeit zugegangen sein. Erhält der Arbeitnehmer den vollständigen Vertrag erst nach Arbeitsaufnahme, heilt dies die unwirksame Befristung nicht.

#### Praxistipp:

Diese Regelung ist insbesondere für Unternehmen gefährlich, die mit kurzfristig einzustellenden Aushilfen arbeiten. Der Autor hat sich während seiner Studentenzzeit in Köln Geld als Aushilfsfahrer bei einer Spedition verdient. Wenn dort morgens ein Fahrer nicht zur Arbeit erschien, rief der anwesende Meister die studentische Aushilfe an, die dann die Tagestour übernahm. Da im gewerblichen Bereich die Arbeit in der Regel schon sehr früh, insbesondere vor Beginn der Arbeitszeit in den Büros aufgenommen wird/wurde, kam es erst im Verlauf des Vormittags, nach Arbeitsaufnahme der Personalabteilung, zum Abschluss des schriftlichen Arbeitsvertrages. Wäre das Studium also nicht erfolgreich gewesen, hätte der Autor eine Dauerstellung als LKW-Fahrer jedenfalls sicher gehabt.

Ähnliche Konstellationen gibt es in vielen Unternehmen. Hier empfiehlt es sich, dem Meister oder Vorgesetzten, der für die Einteilung von Aushilfen zuständig ist, vorformulierte arbeitgeberseitig unterschriebene befristete Arbeitsverträge in Formularform zur Verfügung zu stellen. Diese müssen dann nur noch hinsichtlich des Namens des Arbeitnehmers ausgefüllt und von diesem unterschrieben werden. Geschieht dies vor Arbeitsaufnahme, ist die Befristung wirksam. Dies bedarf in der Praxis häufig auch intensiver Schulungen.

### **3. Änderung der BAG-Rechtsprechung zur Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung zu erwarten.**

BAG, Beschluss des Zehnten Senats vom 14. Juni 2017 – Az: 10 AZR 330/16 (A), und Beschluss des Fünften Senats vom 14. September 2017 – Az: 5 AS 7/17

Bislang hatte das Bundesarbeitsgericht in Gestalt des Fünften Senats eine eher strenge Haltung zu arbeitgeberseitigen Weisungen eingenommen. War der Arbeitnehmer der Auffassung, eine Weisung sei unbillig, also von ihm eigentlich nicht zu befolgen, musste er die Weisung trotzdem beachten und konnte sie nur bei dem Arbeitsgericht angreifen. Solange die Unbilligkeit der Weisung nicht arbeitsgerichtlich rechtskräftig festgestellt war, durfte der Arbeitnehmer sich darüber nicht hinwegsetzen, wollte er nicht eine Abmahnung oder Kündigung riskieren.

Der Zehnte Senat des BAG ist der Auffassung, dass diese Rechtsmeinung unangemessen sei. Vielmehr soll der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, eine aus seiner Sicht unbillige Weisung zu missachten, und zwar auch dann, wenn die Unbilligkeit noch nicht rechtskräftig festgestellt ist.

Der Zehnte Senat hat daher zur Herbeiführung einer einheitlichen Rechtsprechung den Fünften Senat durch einen Anfragebeschluss vom 14. Juni 2017 gefragt, ob dieser an seiner bisherigen Rechtsauffassung noch festhalten will. Der Fünfte Senat hat dies verneint, so dass nun der Weg für die vom Zehnten Senat favorisierte Auffassung frei ist.

Nebenbei bemerkt: Auch am BAG wird Politik gemacht: Die Anfrage hat den Fünften Senat zu einem Zeitpunkt erreicht, als die Position des Vorsitzenden vorübergehend nicht besetzt war ...

Ob sich mit dieser Auffassung allerdings in der Praxis sehr viel ändert, darf bezweifelt werden. Nach wie vor trägt nämlich der Arbeitnehmer das Risiko, dass er mit seiner Einschätzung dahingehend, eine bestimmte Weisung sei unbillig, falsch liegt. Entscheidet der Arbeitnehmer sich wegen einer aus seiner Sicht unbilligen Weisung, diese nicht zu befolgen, kann der Arbeitgeber dieses zum Anlass für eine Abmahnung oder Kündigung nehmen. Stellt sich später heraus, dass die Weisung möglicherweise doch wirksam (und nicht unbillig) war, bleibt es bei der insoweit ausgesprochenen Abmahnung oder Kündigung.

Auch nach der jetzt zu erwartenden neuen Rechtsprechung wird es also nicht so sein, dass der Arbeitnehmer nach eigenem Gutdünken eine Weisung beachten oder nicht beachten kann, alleine mit der Begründung, sie sei unbillig. Täuscht er sich in dieser Einschätzung, muss er die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen hinnehmen.

#### **4. Hinweispflicht des Arbeitgebers bei Kontrolle elektronischer Kommunikation (1)**

EGMR, Urteil vom 05. September 2017 – Az: 61496/08

Im vorliegenden Fall hat die große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entschieden, dass ein Arbeitgeber bei Überwachungsmaßnahmen des Arbeitnehmers, insbesondere hinsichtlich der elektronischen Kommunikation, verschiedene Voraussetzungen erfüllen muss, damit er sich später auch auf die Überwachungsmaßnahmen berufen kann, wenn er beispielsweise das Arbeitsverhältnis kündigen möchte.

Fehlt es umgekehrt an einer ausreichenden Kommunikation hinsichtlich der Überwachungsmaßnahmen, kann eine vom Arbeitgeber etwa ausgesprochene Kündigung unwirksam sein.

Im vorliegenden Fall hatte ein Vertriebsingenieur auf Wunsch des Arbeitgebers einen Yahoo-Messenger-Account eingerichtet, um mit Kunden kommunizieren zu können. Der Arbeitgeber hatte ihn darauf hingewiesen, dass jede Privatnutzung des Computers und auch des Internetzugangs verboten sei und dass ein Kollege von ihm wegen des Verstoßes gegen diese Regelung entlassen worden sei.

Später hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis dann gekündigt und sich dabei auf umfangreiche private E-Mail- und Messenger-Kommunikation des Arbeitnehmers sowie private Chats gestützt, die allesamt verboten waren. Dem Arbeitnehmer wurde ein 45-seitiges Transskript seiner privaten IT-Kommunikation vorgelegt.

Der Arbeitnehmer hat gegen die Kündigung geklagt und zunächst in allen Instanzen, auch beim Europäischen Menschenrechtsgerichtshof verloren. Der Arbeitnehmer hat sich daraufhin an die Große Kammer des EGMR gewandt, die ihm nunmehr recht gegeben hat.

Das Gericht hat ausgeführt, dass der Arbeitgeber natürlich selbst entscheiden könne, ob dem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellte Arbeitsmittel, unter anderem Computer oder Softwareprogramme bzw. auch ein Internetzugang, nur dienstlich oder auch privat benutzt werden dürfen. Ein Verbot der privaten Nutzung ist ausdrücklich zulässig. Aus einem solchen Verbot folgt aber nicht automatisch auch die Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen. Eine Überwachung sei vielmehr nur dann zulässig bzw. ein Arbeitgeber dürfe sich nur dann auf Erkenntnisse berufen und diese etwa für eine Kündigung nutzen, die er aus der Überwachung gewonnen hat, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Eindeutiges Verbot privater Nutzung
- Androhung von Sanktionen bei Verstoß gegen das Verbot der privaten Nutzung
- Ausdrückliche Information des Arbeitnehmers über vom Arbeitgeber eventuell durchzuführende Überwachungsmaßnahmen, so dass der Mitarbeiter zumindest weiß, dass eine Überwachung drohen kann. Hierbei muss auch darüber informiert werden, wie die Überwachung erfolgen kann, ob beispielsweise unabhängig von der Hardware eine Kontrolle von Internetzugängen, Nutzungsverhalten etc. erfolgen kann.

Für die Zulässigkeit einer Kontrolle ist auch wichtig, dass diese so wenig wie möglich in das private informationelle Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers eingreift. Deren Eingriff ist nur insoweit zulässig, als er zum einen für eine wirksame Kontrolle erforderlich ist und zum anderen eine Abwägung der arbeitgeberseitigen Überwachungsinteressen einerseits und der arbeitnehmerseitigen Interessen am Schutz seiner Privatsphäre andererseits zu Gunsten des Arbeitgebers ausgeht.

So muss beispielsweise konkret geprüft werden, ob die IT-Kommunikation und somit die einzelnen Mails, Chats etc., geprüft werden müssen, oder ob nicht auch eine Dokumentation dahingehend ausreicht, welche Seiten der Arbeitnehmer wann aufgerufen hat.

Ferner muss geprüft werden, wie umfangreich (zeitlich/örtlich etc.) die Überwachung sein muss, um den Überwachungszweck zu erreichen. Ferner muss geprüft werden, wer Zugang zu den Ergebnissen der Überwachung hat. Wird der Arbeitnehmer beispielsweise gefilmt, muss er wissen, wer die Bilder sehen kann.

Es muss sich um eine rechtmäßige Überwachung handeln.

Der Arbeitgeber muss immer prüfen, ob es mildere Mittel gibt, die den Überwachungszweck erfüllen, aber in die private IT-Kommunikation nicht eingreifen.

Der Arbeitgeber muss auch Auswirkungen der Überwachung auf den Arbeitnehmer mit in seine Überlegungen einbeziehen. Schließlich muss der Arbeitgeber auch Schutzmaßnahmen für Arbeitnehmer treffen.

Im Vordergrund steht immer eine vom Arbeitgeber zu treffende Abwägung dahingehend, ob entweder dessen Rechte und berechtigte Erwartungen an eine Überwachung einerseits vorzugswürdig sind, oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch den Arbeitnehmer. Hierbei geht es sicherlich auch um die Frage, wie hoch der Schaden ist, der konkret entstehen kann.



Erfreulich an dieser Entscheidung ist die Feststellung, dass der Arbeitgeber durchaus ein berechtigtes und anzuerkennendes Interesse an einer Überwachung haben kann. Er ist somit nicht gänzlich und immer mit den Überwachungsergebnissen als Beweismittel ausgeschlossen, sondern kann diese bei Beachtung der oben genannten Grundsätze als zulässige Beweismittel in beispielsweise ein Kündigungsschutzverfahren einführen.

### **Praxistipp:**

Die jüngste Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs wird Auswirkungen auf die deutsche Rechtsprechung haben. Diese wird letztlich strenger werden. Bisher musste der Arbeitnehmer nicht über Art und Umfang von Kontrollmaßnahmen aufgeklärt werden, was aber nun der Fall ist.

Es empfiehlt sich selbstverständlich, diese Aufklärung nicht erst dann vorzunehmen, wenn ein Überwachungsgrund besteht. Vielmehr sollte der Arbeitnehmer eine Erklärung bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages abschließen. Dies könnte beispielsweise folgende Aspekte enthalten:

- Hinweise auf den Datenschutz und dessen Beachtung auch im Rahmen der betrieblichen Aufgaben.
- Informationen über Speicherung von Arbeitnehmerdaten und zu welchem Zweck.
- Ge- und Verbote im Bereich der Internetnutzung sowohl bei Hard- als auch bei Software.
- Insbesondere: Was darf/darf nicht privat genutzt werden.
- Hinweis auf mögliche arbeitsrechtliche Folgen wie Abmahnung und Kündigung sowie Schadenersatzansprüche bei Zuwiderhandlungen.
- Hinweis auf konkrete Überwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers und deren Kurzbeschreibung.
- Hinweis darauf, dass der Arbeitgeber bei einer Überwachung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die schützenswerten Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers wahren wird.
- Es sollten Hinweise auf denkbare konkrete Überwachungsmaßnahmen insbesondere dahingehend getroffen werden, ob beispielsweise nur Ergebnisse und Verbindungsdaten kontrolliert werden oder möglicherweise auch Gesprächs- oder Chat-Inhalte.

## **5. Überwachung am Arbeitsplatz (2)**

BAG, Urteil vom 27. Juli 2017 – Az: 2 AZR 681/16

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 27. Juli 2017 entschieden, dass eine heimliche Überwachung von Arbeitnehmern grundsätzlich nicht zulässig ist. Ausnahmsweise ist sie dann erlaubt, wenn

es für die heimliche Überwachung einen konkreten Anlass gibt. Dies kann beispielsweise die Vermutung einer schweren Pflichtverletzung sein. Hinzu kommen muss aufgrund des starken Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte bei einer heimlichen Überwachung, dass andere Überwachungs- bzw. Aufklärungsmöglichkeiten realistischere keinen Erfolg versprechen.

Immer verboten sind Überwachungen persönlich besonders sensibler Räume, also beispielsweise Duschen, Toiletten, Waschräume.

Diese Entscheidung entspricht in etwa auch der bisherigen Rechtsprechung.

## **6. Überwachung am Arbeitsplatz (3)**

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 27. April 2017 – Az: 5 Sa 449/16

Eine unzulässige Überwachung des Arbeitnehmers – auch am Arbeitsplatz – kann die Persönlichkeitsrechte verletzen und den Arbeitgeber zu einer Entschädigung verpflichten.

Das Landesarbeitsgericht Rheinlandpfalz hat in dem hier entschiedenen Fall dem von einer Überwachung am Arbeitsplatz betroffenen Arbeitnehmer wegen der dort geschehenen Verletzung des Persönlichkeitsrechts eine Entschädigung in Höhe von € 10.000,00 zugesprochen.

Was war geschehen:

Der klagende Arbeitnehmer war Vorsitzender des Betriebsrates und außerdem Vorsitzender des Gesamtbetriebsrates. Zwischen ihm und dem Arbeitgeber gab es seit 2014 Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet sei, ihn für die Betriebsrätstätigkeit vollständig von der beruflichen Tätigkeit freizustellen.

In der Folge hatte dann der Arbeitgeber eine Detektei beauftragt, den Kläger ausschließlich im Rahmen seiner Berufstätigkeit und während der Arbeitszeit, ohne Telefon- oder Mailüberwachung, zu beobachten um festzustellen, ob dieser möglicherweise während der Arbeitszeit einer Nebentätigkeit nachgehe und damit Arbeitszeitbetrug begehe.

Das Landesarbeitsgericht war vorliegend von einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Arbeitgeber ausgegangen, und zwar unabhängig davon, ob der Kläger fotografiert oder gefilmt worden sein sollte und auch unabhängig davon, dass die Detektei und der Arbeitgeber bei der Observation des Arbeitnehmers keine Straftaten begangen haben. Entscheidend für die Richter war u.a. die

von dort als sehr lang angesehene Dauer der Observierung von zwanzig Arbeitstagen. Es heißt in dem Urteil wörtlich:

„Diese lange Dauer der Überwachung ist für die Intensität des Eingriffs von großer Bedeutung.“

Das LAG stellt darauf ab, dass die heimliche Observation durch Strafverfolgungsbehörden nach § 163 f. StPO über einen längeren Zeitraum unter Richtervorbehalt stehe, also nur von einem Richter angeordnet werden könne. Daraus werde die Bedeutung einer langen Überwachungsdauer für die Intensität des Eingriffs deutlich. Dem Arbeitgeber dürften nicht weitergehende Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer zugestanden werden, als sie staatlichen Organen zustünden.

Ebenfalls als verwerflich haben die Richter die Tatsache angesehen, dass die heimliche Observation drei Wochen nach Einreichung eines arbeitsgerichtlichen Antrag im Beschlussverfahren gegen diesen Mitarbeiter durchgeführt wurde. Für die heimliche Überwachung des Arbeitnehmers parallel zum arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren gab es aus Sicht des Gerichts keine hinreichende Rechtfertigung. Das Beschlussverfahren diene der Feststellung, dass der Arbeitnehmer nicht generell von der Arbeit freizustellen sei. Dieses Beschlussverfahren hat der Arbeitgeber gewonnen.

Weiterhin verstoße die heimliche Überwachung auch gegen betriebsverfassungsrechtliche Schutzbestimmungen, da hierdurch eine Störung oder Behinderung der betriebsrätlichen Tätigkeit gegeben sei.

Schließlich habe der Arbeitgeber nicht vorgetragen, welche konkreten Anhaltspunkte für den Verdacht einer Zweitbeschäftigung des Klägers während der Arbeitszeit vorlagen.

Daher sei eine Geldentschädigung in Höhe von € 10.000,00 angemessen.

Die Entscheidung ist rechtskräftig, da das Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 09. August 2017 (AZN 536/17) die Nichtzulassungsbeschwerde verworfen hat.

**Anmerkung:**

Vorliegend sind einige Aspekte zusammen gekommen, trotzdem erscheint die nur recht kurz begründete Entscheidung fraglich.

Zu Lasten des Arbeitgebers sprach hier, dass offensichtlich keine konkreten Verdachtsmomente für einen Arbeitszeitbetrug vorlagen, jedenfalls sind sie im Verfahren nicht vorgetragen worden. Hinzu kommt, dass der überwachte Arbeitnehmer Betriebsratsvorsitzender und Vorsitzender des Gesamtbetriebsrates war, so dass auch erhebliche betriebsverfassungsrechtliche Aspekte eine Rolle gespielt

haben. Es ist sicherlich einfacher, einen Arbeitnehmer zu überwachen, der kein Betriebsratsamt inne hat und mit dem man nicht ohnehin über das Thema „Arbeitszeit für Betriebsratsstätigkeit“ streitet.

Eine Überwachung von zwanzig Tagen erscheint mir aber nicht als zu lange, um hieraus eine Persönlichkeitsrechtsverletzung abzuleiten. Ist eine Überwachung wegen vorliegender konkreter Verdachtsmomente (!) grundsätzlich zulässig, kann es schon einige Tage dauern, bis sich ein Verdacht entweder bestätigt oder er widerlegt werden kann. Vergleiche mit umfassenden „Rund-Um-Die-Uhr-Observationen“ durch die Polizei sind hier aus meiner Sicht verfehlt.

Nicht schlüssig ist in meinen Augen auch der Vorwurf, der Arbeitgeber habe parallel zum arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren eine Überwachung veranlasst. Hierin ist aus meiner Sicht keine besondere Verwerflichkeit zu sehen, zumal der Arbeitgeber ja ohnehin bei Arbeitszeitbetrug ein erhebliches Beweisproblem hat.

Im Ergebnis zeigt sich aber auch an dieser Entscheidung, wie hoch die Hürden zu einer zulässigen Überwachung von Arbeitnehmern sind und dass Fehler in diesem Bereich sogar zu einer erheblichen Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers führen können.

Erfolgt die Überwachung eines Betriebsratsvorsitzenden dann auch noch ohne (im Verfahren ersichtlichen) Grund, reagieren die Gerichte besonders empfindlich.

## **7. Teilnahme freigestellter Mitarbeiter an Betriebsfeiern?**

ArbG Köln, Urteil vom 22. Juni 2017 – Az: 8 Ca 5233/16

Ein Arbeitgeber und ein Arbeitnehmer hatten im Rahmen eines Aufhebungsvertrages eine Freistellung vereinbart. Auf Frage wurde dem Mitarbeiter mündlich versichert, er könne während der Freistellungszeit bis zu seinem Ausscheiden auch noch an Weihnachts-, Karnevalsfeiern oder Betriebsausflügen, also verschiedenen sozialen Ereignissen, teilnehmen. Zum Betriebsausflug 2016 wurde er dann auch eingeladen. Allerdings verbot dann der neue Vorstandssitzende dem Mitarbeiter die Teilnahme am Betriebsausflug. Mit der Klage hat der Arbeitnehmer sein Recht geltend gemacht, an künftigen Betriebsveranstaltungen sozialer Art teilzunehmen.

Das Arbeitsgericht hat ihm Recht gegeben. Auch unabhängig von der mündlichen Zusage bestehe kein Sachgrund, den Mitarbeiter von den genannten Veranstaltungen auszuschließen. Zumindest seien hier keine Gründe erkennbar.

Generell sei ein Ausschluss von sozialen Veranstaltungen möglich. Dafür müsse aber der Arbeitgeber gute Gründe haben. Zulässig sei ein Ausschluss etwa dann, wenn ein Notdienst eingerichtet werden müsse oder wenn der Arbeitnehmer sich bei früheren Veranstaltungen gleicher Art störend verhalten und andere belästigt habe. Dies war aber vorliegend nicht der Fall.

Eine einvernehmliche Freistellung jedenfalls berechtigt den Arbeitgeber nicht zu einem solchen Verbot.

## **8. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot/Entschädigung**

BAG, Urteil vom 26. Januar 2017 – Az: 8 AZR 73/16

Im vergangenen Jahr hat das BAG in verschiedenen Entscheidungen Stellung zu der Frage genommen, ob Arbeitnehmer bei einer Diskriminierung, d.h. einem Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) eine Entschädigung verlangen können und wie hoch diese jeweils ist.

Grundlegend war dabei das Urteil vom 11. August 2016. Hier geht es zwar nicht um die Höhe von Entschädigungen, aber um die Frage, ob auch dann grundsätzlich ein Entschädigungsanspruch besteht, wenn der Kläger/Antragsteller die Stelle gar nicht wirklich haben wollte. In der Praxis spricht man hier von sog. AGG-Hoppnern.

Besonders schwer ist natürlich immer der Nachweis eines solchen Verhaltens. Teilweise ist auch diskutiert worden, dass es völlig gleichgültig sei, ob ein Arbeitnehmer die Stelle tatsächlich haben will oder ob er sich nun bewirbt, um Entschädigungsansprüche geltend machen zu können. In beiden Fällen verstoße ja der Arbeitgeber, so wird argumentiert, gegen gesetzliche Regeln und müsse dafür „bestraft“ werden.

Dem hat das Gericht in der Entscheidung vom 11. August 2016 widersprochen und erklärt, ein Anspruch bestehe dann nicht, d.h. dieser scheitere am Einwand des Rechtsmissbrauchs, wenn die Bewerbung gar nicht erfolgt, um die Stelle zu erhalten, sondern es dem Bewerber nur darum ging, den formalen Status eines Bewerbers zu erhalten, und zwar mit dem ausschließlichen Ziel, dann eine Entschädigung geltend zu machen.

Dies bedeutet aber noch keine Beweislastumkehr:

Der Arbeitgeber muss immer noch darlegen und beweisen, dass der Arbeitnehmer sich nicht tatsächlich für die Stelle interessiert hat.

Mit Urteil vom 19. Mai 2016 (8 AZR 470/14) hat das BAG festgestellt, dass eine Formulierung in einer Anzeige „mit 0 bis 2 Jahren Berufserfahrung“ eine Benachteiligung wegen des Merkmals Alters darstellen könne. Diese Entscheidung halte ich für falsch. Sowohl ältere als auch jüngere Mitarbeiter können Berufserfahrung haben oder nicht haben.

Mit weiterer Entscheidung vom 19. Mai 2016 (8 AZR 470/14) hat sich das BAG nochmals mit dem Faktor Alter beschäftigt, und zwar bei der Anzeigenformulierung „Berufserfahrung von 1 bis 3 Jahren“. Auch hier sieht das BAG – konsequent aber aus meiner Sicht nicht richtig – eine Altersdiskriminierung als gegeben an.

Das Gleiche gilt auch für die Formulierung „Berufsanfänger-/in“ oder „Kollege/in“ mit kürzerer Berufserfahrung (BAG, Urteil vom 19. Mai 2016, Az: 8 AZR 583/14).

Schon klassisch ist die Formulierung in Anzeigen, man suche ein Mitglied für ein „junges dynamisches Team“. Auch hier sieht das BAG – sicher zu Recht – das Diskriminierungsmerkmal Alter als verletzt an (BAG, Urteil vom 11. August 2016, Az: 8 AZR 406/14). Die Formulierung bewirke eine unmittelbare Diskriminierung des Alters, da der Begriff jung unmittelbar an das Lebensalter anknüpfe und die Verbindung mit „dynamisch“, den Bezug auf das Lebensalter verstärke, weil damit eine Eigenschaft beschrieben werde, die eher mit jüngeren als mit älteren Menschen assoziiert würde.

Die Begründung hält einer Überprüfung meines Erachtens in der Praxis nur teilweise stand. Richtig ist allerdings: Wer mit dem Begriff „jung“ wirbt, sucht auch junge Leute und dies ist nach dem AGG verboten.

Die Frage einer Dynamik jedoch mit dem Alter zu verbinden, dürfte nicht angemessen sein. Hier sind viele sehr dynamische ältere Arbeitnehmer bekannt, während junge Beschäftigte nicht selten eher als lethargisch zu bezeichnen sind.

Eine Altersdiskriminierung sieht das BAG im Urteil vom 15. Dezember 2016, Az: 8 AZR 454/15, auch in der Formulierung „gerade frisch gebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung kommend“ stellt nach der Entscheidung des BAG vom 15. Dezember 2016, Az: 8 AZR 454/15, eine Altersdiskriminierung dar.

Keine Altersdiskriminierung ist es allerdings, wenn in einem Online-Bewerbungsformular darum gebeten wird, freiwillig das Geburtsjahr anzugeben. Gerade aus der Freiwilligkeit lasse sich keine Diskriminierungsabsicht schließen. Dies hat das BAG in einer Entscheidung vom 15. Dezember 2016 (Az: 8 AZR 418/15) entschieden.

Ähnliches gilt auch für die Frage nach den Kenntnissen der Deutschen Sprache. Insbesondere wenn diese für die Tätigkeit erforderlich ist, ist die Frage zulässig. Nicht zulässig wäre dagegen der Wunsch nach einem Muttersprachler, da dies auch an die ethnische Herkunft anknüpfen könnte. (BAG, Urteil vom 15. Dezember 2016, Az: 8 AZR 418/15).

Perfide wird es, wenn die vorformulierte Frage im Online-Bewerbungsformular nach der Anrede („Mann“ oder „Frau“) von Bewerbern schon als Indiz für eine geschlechterbezogene Benachteiligung angesehen wird. So sieht es auch das BAG. Hier werde ausdrücklich noch nach der Anrede gefragt. Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Diskriminierung seien hieran nicht zu sehen. Es gäbe auch kein Indiz im Sinne des Gesetzes für eine geschlechterbezogene Benachteiligung von Frauen (BAG, Urteil vom 15. Dezember 2016, Az: 8 AZR 418/15).

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

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