

Inhaltsübersicht	Seite
„KOMISCHE“ ARBEITNEHMER	
Optionen des Arbeitgebers bei extremen Verhaltensauffälligkeiten von Mitarbeitern	2
AKTUELLE RECHTSPRECHUNG	
Das AGG-Hopping und die geänderte Rechtsprechung des BAG	4
Wann reicht eine vorweggenommene Abmahnung aus?	6
BAG-Grundsatzentscheidung: Datenschutz am Arbeitsplatz	7
Keine Kostenerstattung für „Gesundheitstourismus“	9
Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge	10
Konfession als Einstellungsvoraussetzung	11
Nachtzuschläge müssen auf der Grundlage des Mindestlohns berechnet werden	12
Kein Kündigungsschutz, keine Wiedereinstellung	14
Bundestag hat jahrelang Scheinselbstständige beschäftigt	15
AKTUELLES AUS UNSEREM HAUSE	
Veröffentlichungen	16
Projekte	16



Liebe Leserin,
lieber Leser,

wir freuen uns, Ihnen unsere dritte Newsletter-Ausgabe im Jahr 2017 zu übersenden.

Diesmal stellen wir schwerpunktmäßig die arbeitsrechtlichen Optionen bei "komischen", d.h. verhaltensauffälligen Mitarbeitern vor.

Außerdem haben wir – wie üblich – praxisrelevante Urteile und aktuelle Entwicklungen skizziert, sowohl aus dem Arbeits- als auch aus dem Sozialrecht.

Eine interessante Lektüre wünscht Ihnen Ihr

Dr. Volker Vogt, LL.M.

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

volker.vogt@schomerus.de


Tel. Sekretariat:
040 / 37 601 2348

Schomerus & Partner mbB
Steuerberater
Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer

Deichstraße 1
20459 Hamburg

Telefon 040 / 3 76 01-00
Telefax 040 / 3 76 01-199

info@schomerus.de
www.schomerus.de

 Member of
HLB International

A world-wide network of independent
accounting firms and business advisers.

„KOMISCHE“ ARBEITNEHMER

Optionen des Arbeitgebers bei extremen Verhaltensauffälligkeiten von Mitarbeitern

Problemaufriss

Jeder Mensch hat gewisse Eigenschaften und „Macken“, mit denen andere Menschen besser oder auch schlechter umgehen können. Gerade im Bereich des Arbeitsplatzes können diese Macken jedoch zu gewissen Spannungen führen. Einige Verhaltensweisen sind dabei derart auffällig, dass sich ein Arbeitgeber die Frage stellen muss, ob dieses Verhalten noch akzeptabel oder das Maß überschritten ist.

Erstes Beispiel: Vor einigen Jahren arbeitete ein Dekormaler in einem keramischen Betrieb, der im Verlauf seines Anstellungsverhältnisses zumeist gegen Ende der täglichen Arbeitszeit deutliche Verhaltensveränderungen zeigte. Diese Verhaltensauffälligkeiten äußerten sich durch aggressives Verhalten, unverständliches Reden sowie Schreien. Die Arbeitsergebnisse blieben jedoch konstant auf einem hohen Qualitätsniveau. Für den Arbeitgeber stellte sich, da die anderen Arbeitnehmer mit dem verhaltensauffälligen Mitarbeiter nicht mehr zurecht gekommen sind die Frage, wie er mit ihm am besten umgehen sollten.

Zweites Beispiel: Ein Abteilungsleiter „verheizt“ am laufenden Band seine untergebenen Mitarbeiter. Sein oftmals cholerasches Artikulieren und herablassendes Verhalten erschweren den Untergebenen den Umgang mit dem Abteilungsleiter. Gleichzeitig ist das Unternehmen auf die Leistungen des Abteilungsleiters angewiesen, sodass auch hier ein Spannungsfeld zwischen den „verheizten“ Mitarbeitern und dem vorgesetzten Abteilungsleiter besteht.

Toleranz ja oder nein?

Natürlich führt nicht jede „Macke“ und jedes (für manchen) gewöhnungsbedürftige Verhalten eines Arbeitnehmers zu einem Einschreiten seitens des Arbeitgebers. Wenn sich ein Arbeitgeber allerdings dazu entschließt, Maßnahmen zu treffen, da das Verhalten des Mitarbeiters über das normal erträgliche Maß hinausgehe, sollten zuvor folgende Punkte geprüft werden:

1. Darf der Arbeitgeber das fragliche Verhalten tolerieren?
2. Kann der Arbeitgeber das fragliche Verhalten tolerieren?
3. Will er es akzeptieren?
4. Oder muss er es sogar akzeptieren?

1. Darf der Arbeitgeber das fragliche Verhalten tolerieren?

Zunächst stellt sich die Frage, ob das auffällige Verhalten des Mitarbeiters die Rechtsgüter anderer Arbeitnehmer ernstlich berührt. Verletzt das z.B. aggressive Verhalten einen Kollegen oder wird er durch einen über das Ziel hinausschießenden Witz verletzt, grob beleidigt oder diskriminiert, ist die Schwelle der Toleranz überschritten. Kommt es zu einem tätlichen Angriff, wodurch eine Körperverletzung begangen wird, ist definitiv ein Eingreifen erforderlich. Zwar kann gerade bei leichten Körperverletzungen die Frage im Raum stehen, ob der entsprechende Mitarbeiter zunächst abgemahnt werden müsste, allerdings dürfte dies regelmäßig nicht der Fall sein. Allerdings ist nicht erst eine Körperverletzung Grund für das Einschreiten des Arbeitgebers. Auch verbale Angriffe auf die anderen Arbeitnehmer, denen diese Angriffe nicht zugemutet werden können, können zu einer außerordentlichen Kündigung führen. Ein völlig inakzeptables Verhalten eines Mitarbeiters ging vor längerer Zeit durch die Presse. Dieser hatte einem Auszubildenden mit Migrationshintergrund ein Schild mit der Aufschrift „Arbeit macht frei“ über seine Werkbank gehängt (BAG Urt. v. 1.7.1999 – 2 AZR 676/98).

Bei Rechtsgutverletzungen muss der Arbeitgeber handeln

2. Kann der Arbeitgeber das fragliche Verhalten tolerieren?

Daneben kann das „komische“ Verhalten des Mitarbeiters nicht nur negative Auswirkungen für die anderen Arbeitnehmer haben, sondern auch den Arbeitgeber selbst in seinen Rechtsgütern berühren. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich bei dem Arbeitgeber um eine natürliche Person oder um eine Kapitalgesellschaft handelt. Sofern ein auffälliges Verhalten eines Arbeitnehmers dazu führt bzw. führen kann, dass die Akzeptanz des Unternehmens am Markt hierdurch gefährdet oder sogar geschädigt wird, ist der Arbeitgeber frei darin, entsprechende Gegenmaßnahmen zu treffen.

3. Will der Arbeitgeber das fragliche Verhalten akzeptieren?

Diese Gruppe der verhaltensauffälligen Mitarbeiter stellt den Arbeitgeber vor besondere Schwierigkeiten. Das Verhalten des Mitarbeiters ist eigentlich derart störend, dass bei jedem anderen Mitarbeiter recht schnell die Reißleine gezogen werden würde, aber aufgrund der besonderen Fähigkeiten oder speziellen Aufgaben des Mitarbeiters ist der Arbeitnehmer zur Hinnahme der Verhaltensauffälligkeit geneigt.

4. Oder muss der Arbeitgeber das fragliche Verhalten sogar akzeptieren?

Nicht jede Verhaltensauffälligkeit führt automatisch zu einem Einschreiten des Arbeitgebers. Es bestehen nämlich durchaus Gründe für Verhaltensauffälligkeiten, die der Arbeitgeber hinzunehmen hat. Allerdings kommt es bei diesen Personen dann maßgeblich darauf an, worin die Ursache des auffälligen Verhaltens liegt. Trifft das Unternehmen zumindest ein Mitverschulden, kann es gegen Treu und Glauben verstoßen, Maßnahmen gegenüber diesem Mitarbeiter zu ergreifen. Vielmehr ist der Arbeitgeber zur Rücksichtnahme verpflichtet.

Dazu war der Arbeitgeber beispielsweise bei dem eingangs erwähnten Dekormaler verpflichtet. Sein Verhalten beruhte letztendlich auf der seinerzeit viel zu bleihaltigen Farbe, die der Betrieb dem Dekormaler zur Verfügung stellte. Durch die Verwendung der Farbe zog sich der Mitarbeiter schleichend eine Bleivergiftung zu, die seine Psyche stark in Mitleidenschaft gezogen hat. Aufgrund der Feststellung der schleichenden Bleivergiftung wurden dem Dekormaler später andere Farben zur Verfügung gestellt, wodurch sich das Problem nach einiger Zeit löste.

Bewertung von fraglichen Verhaltensweisen

Bevor ein Arbeitgeber jedoch zur Abmahnung oder gar Kündigung greifen kann, muss er sich zunächst die Frage stellen, worin die Ursache der Verhaltensauffälligkeit liegt. Dabei kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

- Krankheitsbedingtes Fehlverhalten,
- Fehlleistungen, Gesinnungen und falsche Auffassungen der Arbeitswelt,
- Bedingungen des Arbeitsplatzes als Ursache für das Fehlverhalten oder
- Marotten.

Das krankheitsbedingte Fehlverhalten kann seine Ursache beispielsweise in einer psychischen Erkrankung, geistigen Behinderung oder ähnlichen Umständen haben. Greift der Arbeitgeber bei der Sanktion dieser krankheitsbedingten Auffälligkeiten zur Abmahnung oder verhaltensbedingten Kündigung, könnte dies zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, da tatsächlich eine personenbedingte Kündigung hätte ausgesprochen werden müssen.

Die Interessen der anderen Mitarbeiter sind zu berücksichtigen

Praxistipp

Die Unterscheidung zwischen verhaltens- und personenbedingter Kündigung ist in der Praxis von großer Bedeutung. Denn die personenbedingte Kündigung bedarf zwar keiner Abmahnung, muss jedoch die übrigen besonderen Anforderungen erfüllen. Zudem kann sich bei diesen Personen die Frage stellen, ob sie nicht den besonderen Kündigungsschutz für Behinderte genießen.

Hängt das auffällige Verhalten jedoch mit der Persönlichkeit des Arbeitnehmers zusammen, kann der Arbeitgeber entweder eine Abmahnung oder sogar bei krassem Fehlverhalten sogleich eine außerordentliche Kündigung aussprechen. Dass das oben benannte Beispiel mit dem antisemitischen Schild über der Werkbank völlig inakzeptabel und zu Recht zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen geführt hat, bedarf keiner näheren Ausführung. Auch Personen, die sonst in irgendeiner Form rassistisch, sexistisch oder ähnlich auffällig sind, verdienen nicht den besonderen Schutz des Arbeitsrechts.

Ein Fehlverhalten, das durch den Arbeitsplatz selbst bedingt und dem mit einer verhaltensbedingten Kündigung begegnet wird, kann gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßen. So war es bei dem eingangs erwähnten "Altfall" des Dekormaler. Dessen Arbeitgeber hatte ihm Farben zur Verfügung gestellt, die einen derartig hohen Bleigehalt hatten, dass der Maler sich eine Bleivergiftung zuzog.

Zuletzt können Verhaltensauffälligkeiten auch schlicht auf den Marotten eines Arbeitnehmers beruhen. So auch bei dem Abteilungsleiter, der durch sein z.B. fast schon cholerisches Verhalten die Mitarbeiter verheizt. Bei solchen Personen müssen die Marotten dann toleriert werden, wenn kreative, künstlerische oder sonstige besondere Leistungen erwartet werden. Je freier und kreativer die erwarteten Leistungen sind, desto größer wird der Spielraum sein, den ein Arbeitgeber seinem Mitarbeiter einräumen wird.

AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Das AGG-Hopping und die geänderte Rechtsprechung des BAG

Mit der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) gingen eine Reihe Verbesserungen einher. Allerdings konnte in diesem Zusammenhang ein neuer Trend beobachtet werden: Das sog. AGG-Hopping. Dabei bewerben sich Personen gezielt auf Stellenausschreibungen, um bei Ablehnung eine Entschädigung nach dem AGG wegen vermeintlicher Diskriminierung im Bewerbungsverfahren zu erlangen.

Das wohl populärste Beispiel in Deutschland ist das Vorgehen eines Juristen im Jahr 2009. Dieser hatte sich für eine Nachwuchs-Stelle bei einer Versicherung beworben. Die Versicherung verlangte als Voraussetzung der Bewerbung einen nicht länger als ein Jahr zurückliegenden oder zeitnahen Hochschulabschluss. Der Bewerber gab an, dass er alle angeforderten Kriterien der Ausschreibung erfülle und er als Rechtsanwalt und ehemals leitender Angestellter über große Führungserfahrung verfüge. Der Bewerber wurde dennoch abgelehnt. Auf die Ablehnung reagierte er mit einer Entschädigungsforderung von 14.000 € aufgrund von Altersdiskriminierung. Als er anschließend erfuhr, dass die vier offenen Stellen ausschließlich mit Frauen besetzt wurden, forderte er nochmals eine Entschädigung in Höhe von 3.500 € wegen Diskriminierung aufgrund seines Geschlechts. Tatsächlich gab es gleich viele männliche und weibliche Bewerber.

Das Entschädigungsverfahren durchlief mehrere Instanzen, bis sich schließlich das BAG mit der Frage auseinandersetzen musste, ob die Rechtsprechung überhaupt mit europäischem Recht vereinbar ist (BAG Urt. v. 18.6.2015 – 8 AZR 848/13). Eine Berufung auf § 6 Abs. 1 S. 2 AGG und damit auch auf § 7 Abs. 1 AGG scheidet nach der Rechtsprechung nämlich dann aus, wenn eine Person mit ihrer Stellenbewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur den formalen Status als Bewerber erlangen möchte, mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen. Aus diesem Grund forderte das BAG als Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch, die „subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung“. Der EuGH bestätigte diese Rechtsprechung (EuGH Urt. v. 28.07.2016 – C-423/15). Das Bewerben um eine Stelle, mit dem Ziel, eine Entschädigung verlangen zu können, könne nicht unter die Begriffe „Zugang zur Beschäftigung“ und „abhängige Tätig-

Abgelehnte Bewerber können ggf. einen Entschädigungsanspruch nach AGG haben

keit“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Lit. a) (Richtlinie 2000/78/EG) bzw. des Art. 14 Abs. 1 Lit. a) (Richtlinie 2006/54/EG) fallen. Daneben ist die Bewertung dieses Verhaltens als rechtsmissbräuchlich möglich.

Geänderte Rechtsprechung des BAG

Das BAG hält jedoch kurz nach der Entscheidung des EuGH nicht mehr an dem Erfordernis der „subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung“ für den Bewerberbegriff nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG fest. Es sei für den formalen Bewerberbegriff unerheblich, dass die Person sich nur beworben habe, um eine Entschädigung geltend zu machen (BAG Urt. v. 11.08.2016 – 8 AZR 4/15). Daneben sei ein Entschädigungsanspruch auch nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Bewerber von vornherein nicht die objektiven Voraussetzungen erfülle. Die frühere Rechtsprechung des BAG forderte für das Vorliegen einer vergleichbaren Lage nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 AGG die objektive Eignung des Bewerbers für die ausgeschriebene Stelle. Nach bisheriger Rechtsprechung war nur dann von einer vergleichbaren Situation i.S.v. § 3 Abs. 1, Abs. 2 AGG auszugehen, wenn der Bewerber die objektive Eignung aufwies. Allerdings sei durch die fehlende Ernsthaftigkeit der Bewerbung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB möglich. Das BAG begründet seine Entscheidung damit, dass durch das Erfordernis der subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung und der objektiven Eignung, dem Bewerber die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung (hier Richtlinie 2000/78/EG) verliehenen Rechte verwehrt bzw. übermäßig erschwert würde. Eine etwaige fehlende objektive Eignung ist künftig nur noch im Rahmen einer Rechtsmissbrauchskontrolle nach § 242 BGB von Bedeutung. Zudem stellt das BAG an die Annahme des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB hohe Anforderungen. So könne aus der Tatsache, dass sich der „Bewerber“ neben der angestrebten Stelle noch für eine Vielzahl anderer ausgeschriebener Stellen beworben hatte, die alle scheinbar gegen § 11 AGG verstoßen würden sowie der jeweils anschließenden identischer Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach dem AGG, nicht zwingend auf Rechtsmissbräuchlichkeit geschlossen werden. Eine objektive Rechtsmissbräuchlichkeit liege nur dann vor, wenn sich ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen des Bewerbers hinsichtlich der Entschädigung feststellen lasse. Allerdings könne die Tatsache, dass sich eine Person allein oder fast ausschließlich auf Stellenanzeigen bewirbt, die den Anschein erwecken, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, grundsätzlich bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung ein Indiz dafür sein, dass es der Person nur darauf ankam, die Erfolgsaussichten eines Entschädigungsprozesses zu erhöhen.

Die Änderung der Rechtsprechung führt zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des AGG. Sie ist jedoch nicht durch Unionsrecht geboten, wie die kurz zuvor ergangene Entscheidung des EuGH beweist. Sie ermutigt zudem betrügerische Bewerber, Entschädigungen geltend zu machen.

Anforderungen des BAG zum Vorliegen einer missbräuchlichen Bewerbung

Der Arbeitgeber muss im Prozess darlegen, dass eine missbräuchliche Bewerbung vorliegt. Es bleibt also – auch nach der Rechtsprechung des EuGH – bei der für den Arbeitgeber nachteiligen Beweislastverteilung. Der Arbeitgeber muss folglich den Beweis führen, dass der Bewerber systematisch und zielgerichtet vorgegangen ist und dass dieses Vorgehen gerade auf die Erzielung von Gewinn gerichtet war. Das schlichte erfolglose Versenden von einer Vielzahl von Bewerbungen und mehreren daran anschließenden Entschädigungsprozessen, führt noch nicht zu der Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Bewerbung (BAG v. 24.01.2013 – 8 AZR 329/11). Es kann aber im Rahmen einer Gesamtwürdigung ein Indiz dafür sein, dass es der Person nur darauf ankam, die Erfolgsaussichten eines Entschädigungsprozesses zu erhöhen.

BAG hält nicht mehr an "subjektiver Ernsthaftigkeit" fest

Praxistipp

Für Arbeitgeber ergeben sich daher folgende Handlungsempfehlungen:

1. Ein Bewerber hat im Zusammenhang mit der Ablehnung grundsätzlich keinen Anspruch auf Auskunft gegenüber dem Arbeitgeber, um zu erfahren, welcher Bewerber eingestellt wurde und was die maßgeblichen Gründe dafür waren.

Daher sollte der Arbeitgeber diese Informationen auch nicht einfach herausgeben.

2. Durch die beim Arbeitgeber liegende Beweislast und des im Einzelfall schwer nachzuweisenden Missbrauchs der Bewerbung ist dem Arbeitgeber eine ausführliche Dokumentation des Bewerbungsprozesses zu empfehlen. Doch es sollte nicht nur der Bewerbungsprozess dokumentiert werden, sondern auch die Grundlagen des AGG gewahrt und damit fair gestaltet werden.
3. Sollte die Diskriminierungsklage von der in Hamburg notorisch bekannten AGG-Hopperin mit dem Initialen G.M. stammen, greift eine erhebliche Erleichterung. Frau M. wurde jüngst vom LAG Hamburg die Prozessfähigkeit aberkannt, sodass einer etwaige Klage dieser Dame mit Gelassenheit begegnet werden kann (vgl. LAG Hamburg 09.08.2017 – 3 Sa 50/16).
4. Beispiele für Formulierungen, die eine Entschädigungsforderung nach dem AGG auslösen können, da sie unmittelbar oder mittelbar zur Annahme einer Diskriminierung aufgrund des Lebensalters führen:
 - „Berufsanfänger/in“;
 - „Berufserfahrung von 1-3 Jahren“;
 - „Junges dynamisches Team“;
 - „Kollege/in mit kürzerer Berufserfahrung“.

Wann reicht eine vorweggenommene Abmahnung aus?

Das LAG Schleswig-Holstein hat am 29. Juni 2017 über eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung geurteilt und dabei gleichzeitig Hinweise zum Umgang mit einer vorweggenommenen Abmahnung erteilt (Az.: 5 Sa 5/17).

Der Entscheidung des LAG ging folgender Sachverhalt voraus: Der Kläger war seit dem 7. April 2014 bei der Beklagten beschäftigt. Er unterschrieb am 8. April 2014 die „Verpflichtungserklärung zur Einhaltung des Verbots der Privatnutzung von Dienstfahrzeugen“, die u.a. wie folgt lautet:

„Ich bin darüber belehrt worden, dass ein Verstoß gegen diese Anordnung arbeitsrechtliche Folgen (Ermahnung/Abmahnung/Kündigung/o.a.) haben wird.“

Am 3. März 2016 wies der Kläger einen Mitarbeiter anlässlich einer dienstlich veranlassenen Fahrt mit einem Dienstfahrzeug an, sein privates Sakko aus der Reinigung abzuholen. Hiervon erlangte die Beklagte am 28. April 2016 Kenntnis. Als das Auto des Klägers am 3. Mai 2016 defekt war, ließ er sich von einem Auszubildenden mit einem Dienstfahrzeug von seinem Zuhause zur Dienststelle hin und wieder zurückfahren, wobei insgesamt eine Fahrtstrecke von ca. 112 km zurückgelegt wurde. Hiervon erlangte die Beklagte am 4. Mai 2016 Kenntnis. Mit Schreiben vom 11. Mai 2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos mit sofortiger Wirkung. Mit Schreiben vom 19. Mai 2016 kündigte sie erneut das Arbeitsverhältnis hilfsweise ordentlich zum 30. Juni 2016. Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Kiel. Dieses gab der Klage statt, woraufhin die Beklagte Berufung vor dem LAG Schleswig-Holstein einlegte. Die Berufung wurde zurückgewiesen, so dass der Arbeitnehmer obsiegt hat.

Das LAG begründete seine Entscheidung damit, dass die zweifache Privatnutzung der Dienstfahrzeuge zwar gegen arbeitsvertragliche Nebenpflichten verstoße, die Beklagte hätte jedoch sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung zunächst eine Abmahnung aussprechen müssen. Daneben sei die Abmahnung auch weder entbehrlich gewesen, da der Kläger die Warnung durch die Abmahnung verstanden hätte, noch sei die Pflichtverletzung derart schwerwiegend gewesen, dass deren einmalige Hinnahme für die Beklagte unzumutbar gewesen wäre.

Vor einer Kündigung muss grundsätzlich abgemahnt werden

Grundsätzlich soll der Arbeitnehmer mit der Abmahnung an die ordnungsgemäße Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten erinnert werden (Hinweisfunktion) und vor Konsequenzen bei weiterem Fehlverhalten gewarnt werden (Warnfunktion). Diese beiden Funktionen kann eine vorweggenommene Abmahnung jedoch nicht erfüllen. Allerdings kann der Verstoß gegen eine vorweggenommene Abmahnung zu einer negativen Prognose führen, wenn „der Arbeitgeber diese bereits in Ansehung einer möglicherweise bevorstehenden Pflichtverletzung ausspricht, sodass die dann tatsächlich zeitnah folgende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers aus Sicht eines besonnenen Arbeitgebers als beharrliche Arbeitsverweigerung angesehen werden muss.“, so das LAG. Da der Kläger hier jedoch bereits zwei Jahre zuvor die oben genannte Verpflichtungserklärung unterzeichnet hat und die Beklagte ihn nicht kurz vor dem (befürchteten) Pflichtverstoß noch einmal konkret auf deren Inhalt hingewiesen hat, lag keine ausreichende vorweggenommene Abmahnung vor.

Praxishinweis

Eine vorweggenommene Abmahnung kann nach Ansicht des LAG Schleswig-Holstein nur dann eine konkrete Abmahnung ersetzen, wenn der Arbeitgeber aufgrund bestimmter Anhaltspunkte den Eintritt einer bestimmten Pflichtverletzung befürchtet und diese daher gleichsam zur Vermeidung einer Kündigungsandrohung vorgenommen hat. Unklar bleibt jedoch weiterhin, ob die vorweggenommene Abmahnung auch tatsächlich ihre Rüge- und Warnfunktion erfüllen kann. Das BAG hat sich bisher noch nicht zur vorweggenommenen Abmahnung geäußert.

Es ist folglich ratsam, sich nicht auf eine vorweggenommene Abmahnung zu verlassen, sondern in jedem Fall das entsprechende Fehlverhalten/Pflichtverstoß konkret abzumahnern.

BAG-Grundsatzentscheidung: Datenschutz am Arbeitsplatz

Das BAG hat am 27. Juli 2017 eine Grundsatzentscheidung zum Datenschutz am Arbeitsplatz gefällt (Az. 2 AZR 681/16). Der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, ist nach § 32 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) unzulässig, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht.

Der Entscheidung des BAG ist folgender Sachverhalt vorausgegangen: Der Kläger war seit 2011 als Web-Entwickler bei der Beklagten beschäftigt. Im April 2015 teilte die Beklagte ihren Mitarbeitern im Rahmen der Freigabe eines Netzwerkes mit, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werde. Sie installierte auf dem Dienst-PC des Klägers eine Software, die sämtliche Tastaturanschläge protokollierte und regelmäßig Bildschirmfotos (Screenshots) fertigte. Die Aufzeichnungen wurden dauerhaft gespeichert. Nachdem die Beklagte die gesammelten Daten ausgewertet hatte, kündigte sie das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich. Grund hierfür war, dass der Kläger während seiner Arbeitszeit viel Zeit damit verbracht hatte, ein Raumschiff-PC-Spiel zu privaten Zwecken zu programmieren und zu spielen. Zudem war der Kläger im großen Umfang unerlaubt für das Logistikunternehmen seines Vaters tätig gewesen. Er bearbeitete Aufträge und entwickelte und bediente für das Unternehmen seines Vaters ein EDV-Tool. Die Arbeitgeberin gab an, rund 6.000 E-mails in diesem Zusammenhang entdeckt zu haben. Auch habe der Kläger viel Zeit mit der Online-suche nach Flugzeugen und Freizeitparks verbracht. Der Kläger bestritt die Vorwürfe der Beklagten. Er sei lediglich in geringem Umfang und in der Regel in seinen Pausen für das Unternehmen seines Vaters tätig gewesen und habe auch nur in dieser Zeit das Computerspiel entwickelt.

Der Kläger erhob gegen die Kündigung vor dem Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage und war in allen Instanzen erfolgreich. Das BAG bestätigte, dass die heimlich mit Hilfe des

Heimliche Keylogger-Software verstößt grundsätzlich gegen § 32 BDSG

Überwachungsmaßnahmen "ins Blaue hinein" sind unzulässig

Keylogger gesammelten Daten einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, sodass die Erkenntnisse hieraus nicht im gerichtlichen Verfahren verwertet werden durften. Zudem stellte das BAG fest, dass das Sammeln der Daten einen unverhältnismäßigen und rechtswidrigen Eingriff in das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG darstellt. Damit ist die außerordentliche fristlose Kündigung nicht wirksam. Auch die hilfsweise ordentliche Kündigung kann mangels vorheriger Abmahnung das Arbeitsverhältnis nicht beenden.

Kernfrage: Lag ein Verstoß gegen § 32 BDSG vor und dürfen datenschutzwidrige Erkenntnisse gerichtlich verwertet werden?

Das BAG musste sich mit zwei Kernfragen auseinandersetzen. Zum einen musste festgestellt werden, ob ein Verstoß gegen § 32 BDSG vorlag und ob das Gericht datenschutzwidrig erlangte Daten als Beweis verwerten darf. Die Privatnutzung des Dienst-PCs während der Arbeitszeit – in dem vom Kläger eingeräumten Umfang – rechtfertigt nach Ansicht des BAG für sich genommen ohne vorherige Abmahnung keine Kündigung. Es sei vielmehr erforderlich gewesen, dass die Beklagte hätte beweisen müssen, dass der Kläger während seiner Arbeitszeit in noch größerem Umfang unerlaubten Tätigkeiten nachging. Dieses weitergehende Fehlverhalten konnte sie jedoch erst mit Hilfe der rechtswidrig erlangten Daten beweisen. Eine solche Verwertung lehnte das BAG jedoch ab. Auch § 32 Abs. 1 BDSG rechtfertigt nicht die Informationsgewinnung. Nach dieser Vorschrift ist die Datenerhebung, -nutzung und -verarbeitung dann gestattet, wenn gegen den Arbeitnehmer ein auf konkreten Tatsachen beruhender Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht. Eine wie vorliegend von der Beklagten durchgeführte Überwachungsmaßnahme „ins Blaue hinein“ ist unverhältnismäßig und genügt nicht den Anforderungen des § 32 Abs. 1 BDSG. Das BAG hatte in einem früheren Urteil zudem festgelegt, dass vor der Datenerhebung andere weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft werden müssen und die Maßnahme nach § 32 Abs. 1 BDSG praktisch die einzig verbleibende Möglichkeit ist (BAG v. 21.11.2013 – Az. 2 AZR 797/11).

Anhand dieses Maßstabs kam die Vorinstanz zu dem Ergebnis, dass selbst bei einem konkreten Verdacht der Einsatz der Keylogger-Software unverhältnismäßig gewesen wäre, da der Beklagten gleich geeignete und weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts zur Verfügung gestanden hätten. Als Beispiel führte das LAG Hamm eine Untersuchung des Dienst-PCs im Beisein des Klägers an. Eine Untersuchung im Beisein des Klägers ist genauso gut geeignet, den vermuteten Arbeitszeitbetrug aufzuklären, wie die heimliche Überwachung des Dienst-PCs.

Grundsätzlich gilt, dass das Nachgehen einer unerlaubten Tätigkeit während der Arbeitszeit eine außerordentliche fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB durchaus rechtfertigen kann. Zudem können Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Aufklärung eines konkreten Verdachts hinsichtlich einer Verletzung der Arbeitspflicht haben. Der Arbeitgeber kann jedoch nicht jedes beliebige Mittel dafür einsetzen. Selbst wenn er den vermuteten Arbeitszeitbetrug so beweisen kann, kann dieser einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

Allerdings enthält weder die Zivilprozessordnung (ZPO) noch das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) eine ausdrückliche Regelung über die Verwertbarkeit von privat beschafften Beweismitteln. Das in Rede stehende Beweisverwertungsverbot kommt daher nur dann in Betracht, wenn die Verwertung der rechtswidrig erlangten Beweise durch das Gericht im Einzelfall nicht mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu vereinbaren ist. Grundsätzlich kann daher dann von einem Beweisverwertungsverbot ausgegangen werden, wenn die Daten rechtswidrig erlangt wurden. Denn wenn schon das Erheben des Beweismittels gegen § 32 BDSG verstößt, ist dies ein wichtiges Indiz dafür, dass die Verwertung des Beweismittels durch das Gericht einen unvereinbaren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung darstellen würde. Die beweisbelastete Partei kann jedoch ein besonderes Interesse an der Beweisführung haben, sodass die Verwertung ausnahmsweise zulässig ist.

Das BAG bestätigt mit dieser Rechtsprechung insbesondere, dass eine lückenlose Überwachung am Arbeitsplatz rechtswidrig ist (BAG v. 27.3.2003 – Az. 2 AZR 51/02). Der durch die Dauerüberwachung ausgelöste ständige Druck auf die Arbeitnehmer ist nicht mit ihren Persönlichkeitsrechten vereinbar.

Übereinstimmung mit EU-Recht

Die Entscheidung des BAG stimmt mit der Stellungnahme des internen Abstimmungsgremiums der EU-Datenschutzbehörde vom 8. Juni 2017 überein. Diese bezeichnete Überwachungsmaßnahmen am Arbeitsplatz sowie Keylogger, Mausbewegungs-Rekorder und automatische Screen-Capture-Software als im Regelfall unzulässig.

Zwar fand auf den vorliegenden Fall das noch aktuelle BDSG Anwendung, allerdings sind die Grundsätze des BAG auf die ab dem 25. Mai 2018 geltende EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und das zeitgleich in Kraft tretende neue BDSG übertragbar.

Praxistipp

Aufgrund der technischen Vielfalt hat ein Arbeitgeber eine große Auswahl an potentiellen Überwachungsmethoden seiner Arbeitnehmer. Bevor er jedoch Überwachungsmethoden einsetzt, sollte er genau prüfen oder prüfen lassen, ob die Wahl dieses Mittels nicht gegen (Grund-)Rechte des betroffenen Arbeitnehmers verstößt. Für den Arbeitgeber besteht nämlich nicht nur das Risiko, dass seine gesammelten Beweise von dem Gericht nicht verwertet werden dürfen, sondern ihm drohen ggf. Bußgelder der Datenschutzaufsichtsbehörde und Schadensersatzklagen der überwachten Arbeitnehmer.

Keine Kostenerstattung für „Gesundheitstourismus“

Das LSG Niedersachsen-Bremen hat am 21. September 2017 entschieden, dass die Kosten für eine Auslandsbehandlung nur dann zu erstatten seien, wenn die Behandlung entweder nicht im Inland geleistet werden könne oder ein Notfall vorliege (Az.: L 16 KR 284/17).

Der Entscheidung des LSG ging folgender Sachverhalt voraus: Der Kläger wurde vor vielen Jahre von einer Zecke gebissen, infolge dessen eine Bakterieninfektion (Borreliose) ausgelöst wurde. Kurz vor Weihnachten 2014 reiste er in die Türkei, um sich dort wegen seiner schmerzhaften Borreliose-Symptomatik behandeln zu lassen. Anschließend reichte er bei seiner Krankenkasse zahlreiche Rechnungen im Gesamtwert von rund 860 Euro ein. Die Krankenkasse lehnte jedoch die Kostenerstattung ab, da die Behandlung der Symptomatik auch im Inland möglich gewesen wäre und zudem kein Notfall bestanden habe. Ferner hätte der Kläger ohnehin zuvor die Zustimmung der Krankenkasse für eine Auslandsbehandlung einholen müssen.

Gegen den Bescheid der Krankenkasse wehrte sich der Kläger und zog vor Gericht. Zur Begründung brachte er vor, dass die Ärzte in Deutschland keinen Rat mehr zu seinen Schmerzen gehabt hätten und ihm stattdessen eine psychiatrische Behandlung empfohlen worden sei. Erst durch die Behandlung in der Türkei sei er jedoch halbwegs schmerzfrei geworden. Darüberhinaus empfinde er die Kosten für die Behandlung als relativ gering, da er keine Kosten für Fahrt, Flug und ähnliches geltend mache. Schließlich bemängelte der Kläger, dass eine vorherige Antragstellung bei der Krankenkasse eine unnötige Förmerei sei.

Das LSG wies die Klage ab, da eine Kostenerstattung nur für solche Behandlungen möglich sei, die im Inland nicht leistbar wären. Die Krankenkasse müsse jedoch nicht für einen Gesundheitstourismus in die Türkei aufkommen, so die Celler Richter. Eine Borreliose sei gut in Deutschland behandelbar, wodurch eine Auslandsbehandlung nicht erforderlich gewesen sei. Daneben war das Gericht der Auffassung, dass der Kläger noch nicht erfolglos im Inland austherapiert worden sei. Bisher habe der Kläger lediglich Ärzte in seiner unmittelbaren Wohnortnähe aufgesucht, habe darüberhinaus aber keinen Facharzt konsultiert. Auch bewertete das Gericht die vorherige Antragstellung nicht als unnötige Fö-

Antragstellung ist notwendige Grundvoraussetzung

melei, sondern als notwendige Grundvoraussetzung der Leistungsgewährung. Ein vorheriger Antrag hätte dabei nämlich auch eine Beratung zur weiterführenden Facharztbehandlung im Inland erst ermöglicht.

Praxishinweis

Die Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen müssen sich an dem Gebot der Wirtschaftlichkeit nach § 12 SGB V messen lassen. Das bedeutet: Jede Leistung, die beantragt wird – Leistungen nach den Sozialgesetzbüchern werden grundsätzlich nur nach vorheriger Antragstellung gewährt – muss ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein und darf das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Entspricht eine beantragte Leistung also nicht diesem Gebot, ist es den Krankenkassen auch nicht gestattet, diese zu bewilligen.

Um nachträgliche langwierige Streitereien mit der Krankenkasse zu vermeiden, sollte insbesondere bei untypischen Leistungswünschen (wie denen des Klägers) mit der jeweils zuständigen Krankenkasse Rücksprache gehalten und ein entsprechender Antrag gestellt werden.

Sperrzeitneutrale Aufhebungsverträge

Die Bundesagentur für Arbeit hat ihre Dienstanweisung für die Sperrzeiten bei Aufhebungsverträgen geändert.

Grundsätzlich geht mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags die Verhängung einer Sperrzeit nach § 159 Abs. 1 S. 1 SGB III einher. Denn durch die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhält sich der Arbeitnehmer versicherungswidrig. Die Versicherungswidrigkeit besteht darin, dass der nunmehr Arbeitslose durch sein Verhalten „vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat“, § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III. Eine Sperrzeit wird nur dann nicht verhängt, wenn der Arbeitnehmer für die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses einen wichtigen Grund hat, er also „gerechtfertigt“ die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat. Der „wichtige Grund“ nach § 159 Abs. 1 S. 1 SGB III ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der Ausfüllung durch die Gerichte bedarf und voll überprüfbar ist. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist immer anhand des jeweiligen Einzelfalles zu bestimmen. Das BSG nimmt einen wichtigen Grund jedenfalls dann an, wenn nach verständiger Abwägung zwischen dem Interesse der Versichertengemeinschaft und dem Interesse des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis zu beenden, eine Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses liegen würde und der Arbeitnehmer dadurch in unbilliger Weise geschädigt werden würde.

Um den entscheidungsbefugten Sachbearbeitern eine praktische Bearbeitungshilfe und Konkretisierung zu bieten, hat die Agentur für Arbeit eine umfangreiche Dienstanweisung erlassen. Diese wird regelmäßig aktualisiert und enthält ausführliche Regelungen dazu, wann z.B. ein wichtiger Grund i.S.v. § 159 Abs. 1 S. 1 SGB III vorliegt. Zwar entfaltet die Dienstanweisung keine rechtlich bindende Wirkung, allerdings kommt ihr eine gewisse „Macht des Faktischen“ zu, da sie in der Praxis erfahrungsgemäß streng befolgt wird und selbst bei Widerspruchsverfahren Abweichungen hiervon nur selten erfolgen und mit enormem Argumentationsaufwand verbunden sind.

Die Agentur für Arbeit hat mit ihrer letzten Aktualisierung den Anwendungsbereich des „wichtigen Grundes“ erheblich erweitert. Zuvor war ein Aufhebungsvertrag nur dann sperrzeitneutral, wenn dem Arbeitnehmer zunächst eine betriebsbedingte Kündigung in Aussicht gestellt worden war und das Arbeitsverhältnis durch den Aufhebungsvertrag nicht vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre, der Arbeitnehmer nicht unkündbar gewesen war und die Kündigung sozial gerechtfertigt gewesen wäre. Ob und inwieweit diese Punkte durch die Agentur für Arbeit überhaupt überprüft werden konnten bleibt dahingestellt. Auf die soziale Rechtfertigung einer hypothetischen Kündigung kam es – sofern die übrigen Voraussetzungen vorlagen – bei der Wahrung folgender Punkte ohnehin nicht an:

Anwendungsbereich des "wichtigen Grundes" erheblich erweitert

- die Abfindung betrug mindestens den Faktor 0,25 Bruttomonatsgehälter pro Beschäftigungsjahr;
- und sie betrug keinen höheren Faktor als 0,5 Bruttomonatsgehälter pro Beschäftigungsjahr.

Als Grund für diese Grenzen wurde angeführt, dass bei höheren Abfindungszahlungen die Kündigung offensichtlich rechtswidrig gewesen wäre und der Arbeitnehmer daher keinen Aufhebungsvertrag hätte abschließen müssen. Andersherum wurde angenommen, dass bei einer zu geringen Abfindungszahlung der Arbeitnehmer wohl doch Grund zur Kündigung gegeben habe. Die Beendigung wegen personenbedingten Gründen war nach der Dienstanweisung nur dann ein wichtiger Grund, wenn der Arbeitnehmer die bisherige Tätigkeit aufgrund von Krankheit nicht mehr ausüben konnte. In der Praxis war dafür als Nachweis ein ärztliches Attest erforderlich. Ein arbeitsgerichtlicher Vergleich konnte jedoch noch nie eine Sperrzeit auslösen. Mit der Aktualisierung der Dienstanweisung liegt ein wichtiger Grund für die Eigenlösung des Arbeitsverhältnisses und gleichzeitig drohender Arbeitgeberkündigung nunmehr auch dann vor, wenn

- die drohende Kündigung auf betriebliche oder personenbedingte (nicht auf verhaltensbedingte) Gründe gestützt wird;
- eine Kündigung durch den Arbeitgeber mit Bestimmtheit in Aussicht gestellt wurde;
- im Falle einer Kündigung die Kündigungsfrist eingehalten werden würde;
- an der Untergrenze von 0,25 wird nicht mehr festgehalten;
- und in Anlehnung an § 1a KSchG eine Abfindung von bis zu 0,5 Monatsgehältern für jedes Jahr des Arbeitsverhältnisses gezahlt wird.

Wird eine solche Abfindung gezahlt, kommt es nicht darauf an, ob die drohende Arbeitgeberkündigung rechtmäßig ist. Zahlt der Arbeitgeber jedoch eine höhere Abfindung, kommt es nunmehr darauf an, ob die drohende Kündigung rechtmäßig wäre. Für die Beurteilung soll auch künftig eine volle Prüfung der sozialen Rechtfertigung, insbesondere der Sozialauswahl durch die Agentur für Arbeit erfolgen.

Praxistipp

Durch die Aktualisierung der Dienstanweisung wurde der Gestaltungsspielraum für die Vertragsparteien erheblich erweitert. Es ist seither u.a. möglich, sperrzeitunschädliche Aufhebungsverträge zur Vermeidung einer krankheitsbedingten Kündigung zu vereinbaren. Daneben ist der Arbeitgeber auch nicht mehr faktisch an eine Abfindungszahlung gebunden, da die Untergrenze nun nicht mehr besteht. Sofern ein Arbeitnehmer jedoch nach wie vor Zweifel darüber hat, ob der Aufhebungsvertrag tatsächlich sperrzeitneutral ist, kann er sich den Entwurf vor Unterzeichnung aushändigen lassen und der Agentur für Arbeit zur Bestätigung der Sperrzeitunschädlichkeit vorlegen.

Konfession als Einstellungsvoraussetzung

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) musste sich am 17.03.2016 (Az.: 8 AZR 501/14) erneut mit dem Selbstbestimmungsrecht eines kirchlichen Arbeitgebers auseinandersetzen. Dazu hat es im Rahmen einer Entschädigungsklage einer abgelehnten Bewerberin den Europäischen Gerichtshof (EuGH) angerufen, um vorab einige Fragen zu klären. Der EuGH hatte über die Fragestellungen des BAG am 18. Juli 2017 verhandelt. Die Entscheidung des EuGH steht jedoch noch aus.

Folgender Sachverhalt lag der Anrufung des EuGH zu Grunde: das BAG sollte über die Zulässigkeit einer Stellenausschreibung eines kirchlichen Arbeitgebers, in der die Konfession als Voraussetzung für die Bewerbung angegeben wurde, entscheiden. Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung hatte eine Referentenstelle ausgeschrieben, die es an die Bedingung einer Kirchenmitgliedschaft knüpfte. Die Konfession sollte dabei im Lebenslauf angegeben werden. Die Klägerin nahm an, dass sie aufgrund ihrer Konfessionslosigkeit nicht zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen wurde und darin ein Ver-

Selbstbestimmungsrecht von kirchlichen Arbeitgebern wird vom EuGH überprüft

BAG urteilte nicht entsprechend der Entscheidung des BVerfG, sondern rief den EuGH an

stoß gegen das Benachteiligungsverbot liege. Sie verlangte daher von der Beklagten eine Entschädigungszahlung nach § 15 Abs. 2 AGG. Die Fragen, die das BAG in diesem Zusammenhang dem EuGH stellte, lauteten unter anderem:

1. Kann der kirchliche Arbeitgeber selbst verbindlich festlegen, ob eine bestimmte Religion eines Bewerbers nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung ist?
2. Darf § 9 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – genauer § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG – durch die Gerichte angewandt werden?

Das BAG hat das Verfahren bis zur Klärung der Fragen ausgesetzt.

Chefarztfall: BAG und BVerfG uneins

Es ist jedoch nicht das erste Mal, dass das BAG Fragen bezüglich des Selbstbestimmungsrechts der Kirche an den EuGH stellt. Bereits vor gut einem Jahr musste sich das BAG mit dem sog. Chefarzt-Fall auseinandersetzen. Dabei stritt der ehemalige Chefarzt mit seiner ehemaligen Arbeitgeberin, einer Trägerin mehrerer Krankenhäuser, die institutionell mit der römisch-katholischen Kirche verbunden ist, über die Rechtmäßigkeit einer ordentlichen Kündigung. Der Arbeitsvertrag wurde unter Zugrundelegung der vom Erzbischof von Köln erlassenen Grundverordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse geschlossen. Nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der Kirche könne nämlich eine ungültige Ehe als schwerwiegender Loyalitätsverstoß gelten, der eine Kündigung rechtfertigen würde. Der Kläger hatte sich von seiner ersten Frau scheiden lassen und ein zweites Mal standesamtlich geheiratet, wobei diese Ehe nach römisch-katholischen Glauben ungültig ist. Die Beklagte sah hierin einen Loyalitätsverstoß und kündigte daraufhin das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich. Das BAG hatte im Jahr 2011 der Kündigungsschutzklage des Chefarztes stattgegeben. Hiergegen erhob die Beklagte Verfassungsbeschwerde, da durch die Entscheidung des BAG das verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung (WRV) verletzt sei. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) gab der Verfassungsbeschwerde statt, da das BAG die Bedeutung und Tragweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts nicht ausreichend berücksichtigt habe (Beschl. v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12) und verwies die Sache zurück an das BAG. Doch anstatt erneut unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG zu urteilen, legte das BAG dem EuGH einige Fragen zur Vorabentscheidung vor. Insbesondere sollte der EuGH darüber Auskunft geben, inwieweit die Kirche für eine Organisation wie die Beklagte verbindlich bestimmen kann, dass deren Arbeitnehmer in leitender Stellung ein loyales und aufrichtiges Verhalten vorzuweisen haben. Daneben solle geklärt werden, in welchem Maße die Kirche überhaupt zwischen Arbeitnehmern unterscheiden darf, die der Kirche angehören und solchen, die entweder einer anderen oder gar keiner Kirche angehören. Auch solle entschieden werden, ob § 9 Abs. 2 AGG überhaupt Anwendung finden könne. Diese Vorschrift rechtfertigt nämlich eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Religion oder Weltanschauung.

Prognose

Wie sich der EuGH zu den gestellten Fragen in beiden Fällen äußern wird ist kaum vorhersehbar. Fest steht nur, dass sich seit Jahren immer mehr Mitarbeiter der Kirche gegen arbeitsrechtliche Maßnahmen wehren, die im Zusammenhang mit ihren privaten Entscheidungen stehen.

Nachtzuschläge müssen auf der Grundlage des Mindestlohns berechnet werden

Das BAG hat mit Urteil vom 20. September 2017 (Az.: 10 AZR 171/16) entschieden, dass sich die Höhe der Entgeltfortzahlung für Feiertage nach § 2 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) i.V.m. § 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) richtet, sofern nicht durch Tarifvertrag oder individuellen Arbeitsvertrag ein höherer Vergütungsanspruch vereinbart worden ist.

Der Entscheidung des BAG ist folgender Sachverhalt vorausgegangen: Die Klägerin war seit 1990 als Montagekraft bei der Beklagten beschäftigt und war zudem Mitglied bei der IG Metall. Im Wege der Nachwirkung findet auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin ein Manteltarifvertrag (MTV) vom 24. Februar 2004 Anwendung. Aus diesem ergibt sich ein Stundenlohn von sieben Euro brutto sowie ein Nachtzuschlag in Höhe von 25 % des Stundenverdienstes. Daneben wurde ihr ein „Urlaubsgeld“ in Höhe des 1,5-fachen durchschnittlichen Arbeitsverdienstes gewährt. Für den Monat Januar 2015 (Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes) zahlte die Beklagte neben dem vertraglichen Stundenverdienst eine „Zulage nach MiLoG“ in Höhe von 215,65 €. Die Vergütung für einen Feiertag, einen Urlaubstag sowie den Nachtzuschlag berechnete die Beklagte nach der niedrigeren vertraglichen Stundenvergütung. Das gezahlte „Urlaubsgeld“ rechnete sie zudem auf den Mindestlohnanspruch der Klägerin an. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin nun von der Beklagten, die Vergütung für alle im Januar 2015 abgerechneten Arbeits-, Urlaubs- und Feiertagsstunden in Höhe von 8,50 € brutto. Zudem geht die Klägerin davon aus, dass auch der Nachtzuschlag auf Grundlage des Mindestlohns hätte berechnet werden müssen.

Die Klage war in allen Instanzen erfolgreich. Gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts legte die Beklagte Revision beim BAG ein, blieb aber erfolglos. Nach Ansicht der Gerichte richte sich der Nachtzuschlag laut dem MTV nach dem „tatsächlichen Stundenverdienst“. Seit Januar 2015 habe der Mindestlohn 8,50 € betragen, sodass dieser hier Anwendung finden müsse. Von einer Ausnahme nach § 24 Abs. 1 S. 1 MiLoG, nach der bis zum 31. Dezember 2017 abweichende Regelungen eines Tarifvertrages repräsentativer Tarifvertragsparteien gelten, sofern sie „verbindlich“ im Sinne des MiLoG gemacht worden sind, sei nicht auszugehen. Die tarifliche Bestimmung des MTV sei nicht in diesem Sinne verbindlich geworden. Daneben durfte die Beklagte auch nicht das tarifliche Urlaubsgeld auf den Mindestlohnanspruch der Klägerin anrechnen. Das Urlaubsgeld sei der Klägerin nämlich gerade nicht im Rahmen eines Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung gezahlt worden. Vielmehr wurde ihr dieses als Zusatzleistung zum Grundlohn gewährt und das ohne Abgeltung irgendeiner Arbeitsleistung der Klägerin.

Darüberhinaus führte das BAG aus, dass sich der Vergütungsanspruch nach dem MiLoG zwar nur auf tatsächlich geleistete Arbeitsstunden beziehe. Da das Entgeltausfallprinzip des EFZG jedoch auch dann gelte, wenn sich die Höhe des Arbeitsentgelts nach dem MiLoG richte, ist ein Rückgriff des Arbeitgebers auf den niedrigeren vereinbarten Lohn ausgeschlossen.

Tarifliches Urlaubsgeld darf nicht auf Mindestlohnanspruch angerechnet werden

Praxishinweis

Noch im Mai 2016 hatte das BAG arbeitgeberfreundlich entschieden, indem es den gesetzlichen Mindestlohnanspruch nur für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden gelten ließ. Damit waren Zeiten ohne Arbeitsleistung, aber mit Vergütungsanspruch wie § 3 EFZG, § 11 BUrlG, § 11 MuSchG, §§ 615, 616 BGB sowie tarifvertragliche Bestimmungen vom Anwendungsbereich des MiLoG ausgeschlossen. Mit seiner aktuellen Entscheidung schließt das BAG eine weitere Lücke, den gesetzlichen Mindestlohnanspruch bei Zuschlägen zu umgehen und verhilft der Praxis zu mehr Rechtssicherheit. Hat ein Arbeitgeber also mit seinem Arbeitnehmer vereinbart, dass sich dessen Stundenverdienst nach dem Mindestlohngesetz richten solle, so ist der jeweils geltende Mindestlohn die Berechnungsgrundlage für sämtliche Vergütungsansprüche (z.B. Urlaubsgeld, Nachtzuschlag oder Entgeltfortzahlung nach dem EFZG), sofern sich nicht aufgrund eines Tarifvertrages etwas anderes ergibt. Daneben sollten Arbeitgeber darauf achten, dass sie nichtleistungsbezogene Vergütung wie das Urlaubsgeld nicht auf Vergütungen anrechnen, die im Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Es ist daher empfehlenswert, etwaige Arbeitsverträge, die auf das MiLoG Bezug nehmen, zu überprüfen und die jeweiligen Vergütungen z.B. für Feiertage entsprechend anzupassen.

Ob Kleinbetriebe ausnahmsweise doch wiedereinstellen müssen, ist derzeit offen

Kein Kündigungsschutz, keine Wiedereinstellung

Das BAG hat mit Urteil am 19. Oktober 2017 entschieden, dass einem Arbeitnehmer grundsätzlich nur dann ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen kann, wenn er Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießt.

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger war seit 1987 bei der ehemaligen Inhaberin einer Apotheke als vorexaminierter Angestellter beschäftigt gewesen. Bei der Apotheke handelte es sich um einen Kleinbetrieb nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG. Mit Schreiben vom 28. November 2013 kündigte die ehemalige Inhaberin dem Kläger sowie den übrigen Beschäftigten zum 30. Juni 2014, da sie die Apotheke aus gesundheitlichen Gründen schließen wollte. Der Kläger hat die Kündigung nicht angegriffen, da das KSchG bei Kleinbetrieben keine Anwendung findet und somit kein Kündigungsschutz besteht. Für die ehemalige Inhaberin bot sich jedoch im Sommer die Möglichkeit, die Apotheke an die Beklagte zu verkaufen, weshalb sie diese auch noch über den 30. Juni 2014 hinaus mit verringerter Beschäftigtenzahl fortführte. Der Kaufvertrag umfasste neben dem Warenlager und dem Kundenstamm auch die Weiterbeschäftigung von drei Arbeitnehmern. Zu diesen drei Arbeitnehmern zählte der Kläger allerdings nicht. Hiergegen wehrte sich der Kläger zunächst mit einer Klage gegen die ehemalige Betriebsinhaberin auf Wiedereinstellung, schwenkte jedoch später auf die Erwerberin um, da er der Meinung war, dass sein Arbeitsverhältnis nach § 613a BGB aufgrund des Betriebsübergangs auf sie übergegangen sei.

Das Arbeitsgericht Duisburg hat die Klage abgewiesen. Der Kläger wehrte sich gegen diese Entscheidung vor dem LAG Düsseldorf, jedoch nur im Rahmen der Klage gegen die neue Inhaberin. Seine Berufung wurde vom LAG zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision des Klägers vor dem BAG war ebenfalls erfolglos. Nach Ansicht des BAG könne ein Wiedereinstellungsanspruch grundsätzlich nur Arbeitnehmern zustehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Kündigungsschutz nach dem KSchG genießen. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall.

Ob daneben auch bei Kleinbetrieben ausnahmsweise im Einzelfall ein Wiedereinstellungsanspruch aus § 242 BGB bestehen kann, musste das BAG nicht entscheiden, da er diesen Anspruch nur erfolgreich gegen die ehemalige Inhaberin hätte geltend machen können. Seine Klage gegen diese sei nämlich rechtskräftig abgewiesen worden.

Das BAG hatte auch nicht über die Frage zu entscheiden, ob sich der Wiedereinstellungsanspruch nach dem Betriebsübergang auch gegen den Erwerber richtet, da für das Bestehen der arbeitsrechtlichen Nebenpflichten die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen sein darf. Die Kündigungsfrist endete jedoch mit Ablauf des 30. Juni 2014 und somit vor dem Übernahmestichtag (1. September 2014).

Praxishinweis

Grundsätzlich beruhen Kündigungen (sowohl verhaltens- als auch betriebsbedingte) auf einer Prognoseentscheidung des Arbeitgebers. Bei einer betriebsbedingten Kündigung entscheidet der Arbeitgeber anhand einer Prognose, mit wie viel Personal er künftig seinen Betrieb weiterführen will. Er ist dabei nicht gezwungen, wenn der Personalbestand im Zeitpunkt der Prognose den künftigen Bedarf übersteigt, diesen so beizubehalten, sondern ist zur Anpassung und damit zum Ausspruch von Kündigungen berechtigt. Problematisch ist jedoch, wenn die angestellte Prognose nicht in dieser Form tatsächlich eintritt.

Dazu hat das BAG jedoch in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass es nur auf die Prognoseentscheidung des Arbeitgebers im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs ankomme und spätere tatsächliche Entwicklungen grundsätzlich unberücksichtigt blieben (bspw.: BAG Ur. v. 25.10.2007 – 8 AZR 989/06). Das BAG korrigiert diese Vorverlagerung, indem es dem Arbeitgeber in solchen Fällen, in denen die spätere tatsächliche Entwicklung nicht mit der Prognose übereinstimmt, einen Kontrahierungszwang auferlegt (BAG Ur. v. 13.05.2004 – 8 AZR 198/03). Die Pflicht zur Wiedereinstellung – oder andersherum der Wiedereinstellungsanspruch des

Arbeitnehmers – beruht auf einer vertraglichen Nebenpflicht aus § 242 BGB, so das BAG. Dieser Anspruch besteht jedoch nur dann, wenn die ursprünglich entfallene Weiterbeschäftigungsmöglichkeit vor Ablauf der Kündigungsfrist wieder neu entstanden ist.

Diese BAG-Rechtsprechung gilt allerdings nicht für Kleinbetrieben nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG. Ein Kleinbetrieb sei mangels Anwendbarkeit des KSchG nicht gehalten, eine Prognoseentscheidung über den künftigen Personalbedarf zu treffen, wodurch die Entscheidung des Arbeitgebers kein Korrektiv in Form eines Wiedereinstellungsanspruchs bedarf.

Bundestag hat jahrelang Scheinselbstständige beschäftigt

Der Bundestag hat, wie viele Unternehmen auch, jahrelang mehrere hundert freie Mitarbeiter beschäftigt. Bei einer Betriebsprüfung des Bundestages stellte die Deutsche Rentenversicherung (DRV) fest, dass deutlich mehr als einhundert der freien Mitarbeiter als Scheinselbstständige beschäftigt wurden. Die Bundestagsverwaltung musste daher bislang rund 3,5 Millionen Euro an Sozialbeiträgen nachzahlen, wie ein Sprecher des Parlaments der Süddeutschen Zeitung mitteilte. Der Betrag setzt sich aus Beitragsnachzahlungen für die Jahre 2006 – 2010 (2,5 Millionen) und für 2010 – 2013 (eine Million) zusammen. Letzteren Bescheid erhielt die Bundestagsverwaltung Anfang des Jahres und streitet sich seitdem hierüber mit der DRV. Erst am 7. Juli 2017 hatte das LSG Berlin-Brandenburg (Az.: L 1 KR 41/14) die Auffassung der DRV bestätigt, nachdem die Bundestagsverwaltung Klage gegen den Nachzahlungsbescheid für einen ehemaligen „freien Mitarbeiter“ erhalten hatte. Die Bundestagsverwaltung prüft derweilen, ob gegen die Nichtzulassung der Revision Beschwerde eingelegt werden wird.

Zu den Vorfällen wollten sich weder der ehemalige Bundestagspräsident Norbert Lamert (CDU), noch die ehemaligen Vizepräsidentinnen Ulla Schmidt (SPD) und Petra Pau (Linke) äußern. Allerdings äußerte sich die parlamentarische Geschäftsführerin der Grünen, Katja Keul, zu dem Sachverhalt. Sie habe die Bundestagsverwaltung schon im Jahr 2010 zum Einlenken aufgefordert und habe für dessen Haltung keinerlei Verständnis. „Der Bundestag muss als Arbeitgeber ein Vorbild sein, wenn es darum geht, sich an die eigenen Gesetze zu halten.“, so Katja Keul.

Praxishinweis

Wie viele andere Unternehmen auch, hat der Bundestag zur Auftragserledigung flexibles Personal in Form von freien Mitarbeitern eingesetzt. Durch den Einsatz von freien Mitarbeitern setzen sich Unternehmen – und eben auch der Bundestag – dem Risiko der Feststellung der Scheinselbstständigkeit durch die DRV aus. Dabei stuft sie einen „freien Mitarbeiter“ dann als Scheinselbstständigen ein, wenn dieser lediglich den formalen Eindruck eines Selbstständigen erweckt, tatsächlich jedoch die Merkmale eines abhängig Beschäftigten aufweist. Die Prüfung der DRV erfolgt anhand einer Gesamtschau aller Umstände des konkreten Einzelfalles. Zu den, durch die ständige Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht (BAG) und Bundessozialgericht (BSG) aufgestellten Kriterien, zählen u.a. die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten vom „Auftraggeber“, die Eingliederung in den Betrieb sowie das Vorliegen eines Unternehmerrisikos des „Selbstständigen“. Gelangt die DRV zu dem Schluss, dass eine Scheinselbstständigkeit vorliegt, so hat dies weitreichende – insbesondere kostspielige – Konsequenzen für den „Auftraggeber“. Er muss für vier Jahre rückwirkend die Beiträge zur Sozialversicherung nachzahlen und zwar sowohl den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil. Hinzu kommen Säumniszuschläge, Bußgelder und ggf. eine persönliche strafrechtliche Haftung des Geschäftsführers.

Auch wenn durch die Rechtsprechung von BAG und BSG eine Reihe von Abgrenzungskriterien herausgearbeitet worden sind, erweist sich deren Anwendung in der Praxis oftmals als sehr komplex und umfangreich. Es verbietet sich zudem eine mathematische Gegenüberstellung der einzelnen Abgrenzungspunkte. Jeder

Millionennachzahlung wegen
Scheinselbstständigkeit

einzelne Aspekt muss für jeden Mitarbeiter individuell geprüft werden und ist auch je nach Aufgabengebiet und Einsatzbranche mehr oder weniger von Gewicht.

Gerade mit Blick auf die weitreichenden Folgen – und die strengen Kontrollen durch die DRV – sollte im Zweifelsfall anwaltlicher Rat gesucht werden. Daneben besteht auch immer die Möglichkeit für die freien Mitarbeiter ein sog. Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV durchzuführen, durch das der Status eines Mitarbeiters durch die DRV verbindlich festgestellt wird. Angesichts der Vielzahl der freien Mitarbeiter wird ein Statusfeststellungsverfahren üblicherweise aber nicht für jeden Mitarbeiter einzeln durchgeführt. Damit besteht letztendlich für alle Mitarbeiter, für die kein Statusfeststellungsverfahren durchgeführt worden ist, das Risiko der Scheinselbstständigkeit.

AKTUELLES AUS UNSEREM HAUSE

Veröffentlichungen

Zum nahenden Jahresende rückt auch die Abgabefrist für die arbeitsrechtlichen Manuskripte zweier Standardwerke näher, die Dr. Volker Vogt als einer von sehr wenigen Hamburger Rechtsanwälten kommentiert. Für die Neuauflage des Münchner Handbuchs zum Arbeitsrecht kommentiert Dr. Vogt die betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen der §§ 114 ff. BetrVG. Für die Neuauflage des HGB-Kommentars von Röhrich/Graf von Westphalen/Haas hat er die Kommentierung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der §§ 59 – 83 HGB übernommen.

Projekte

Sozialplanverhandlungen

Erneut war das arbeitsrechtliche Team in eine Sozialplanverhandlung mit der Betriebsrats- und Gewerkschaftsseite involviert. Konkret ging es um Entlassungen anlässlich einer Modernisierung der Produktionsstätte in einem Unternehmen aus der Lebensmittelbranche. Schomerus & Partner ist hier regelmäßig arbeitgeberseitig beratend tätig.

Scheinselbstständigkeit

Darüber hinaus ist Schomerus & Partner in den letzten Jahren immer wieder im Bereich der Scheinselbstständigkeit beratend tätig. Hier ist es uns mittlerweile in mehreren Bundesländern gelungen, einen „vernünftigen Draht“ zur Deutschen Rentenversicherung Bund aufzubauen, der anlässlich der Verhandlungen über die Höhe etwaiger Nachforderungen sehr hilfreich ist. Noch besser ist es freilich, bereits im Vorfeld einer Aufdeckung der Beschäftigung von Scheinselbstständigen Rechtsrat zu suchen.

Kontakt & Anfragen

Sprechen Sie uns bei Fragen oder weiterem Beratungsbedarf gern an – wir freuen uns über Ihre Nachricht.

Dr. Volker Vogt, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Partner
volker.vogt@schomerus.de

Ngoc Anh Heimbach

Rechtsanwältin
ngocanh.heimbach@schomerus.de

Felix Geulen

Rechtsanwalt
felix.geulen@schomerus.de

Tel. Sekretariat: 040 / 37 601 - 23 48

Schomerus & Partner mbB
Steuerberater · Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer

Deichstraße 1
20459 Hamburg

Telefon 040 / 3 76 01-00
Telefax 040 / 3 76 01-199

info@schomerus.de
www.schomerus.de

Partnerschaft mbB
Amtsgericht Hamburg PR 361

Haftungsausschluss

Dieses Rundschreiben ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir übernehmen mit der Herausgabe und Übersendung dieses Rundschreibens keine Haftung.
Verantwortlich für den Inhalt: Dr. Volker Vogt, LL.M.
Stand: 02.11.2017