Your World First

C/M/S/
Law . Tax

update

Arbeitsrecht

Dezember 2016

Beilage:
Was erwartet
uns 2017?

Inhalt

2 | Editorial

Schwerpunkt

3 | Personaldaten im Konzern – (k)eine innere Angelegenheit?
6 | Studie „Digital Economy & Recht“

Arbeitsvertragsrecht

7 | Bonusanspruch – gerichtliche Überprüfung
8 | Betriebliche Übung bei Gehaltserhöhung
9 | Zulässigkeit vertraglicher Ausschlussklauseln bei Spartenmindestlohn
10 | Personalgespräch während einer Erkrankung

Urlaubsrecht

12 | Ersatzanspruch für untergegangene Urlaubsansprüche nur nach Urlaubsverlangen des Mitarbeiters

Datenschutz

13 | Einsatz von Detektiven im Arbeitsrecht künftig nur noch zur Aufdeckung von Straftaten rechtmäßig?

Kündigung und Kündigungsschutz

14 | Benachteiligung von Arbeitnehmern in Elternzeit bei Massenentlassungen
15 | Voraussetzungen einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrates
16 | Grobe Beleidigung von Vorgesetzten mittels Emoticons rechtfertigt nicht unbedingt eine Kündigung

Betriebsverfassungsrecht

18 | Ab- und Rückmeldepflicht für freigestellte Betriebsratsmitglieder
19 | Kein umfassendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim betrieblichen Eingliederungsmanagement
20 | Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG – Abgrenzung von Ordnungs- und Arbeitsverhalten bezüglich Ordnung und Sauberkeit am Arbeitsplatz

Aktuell

22 | Vorträge
22 | Veröffentlichungen

Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

die Übermittlung von personenbezogenen (Beschäftigten-)Daten zwischen rechtlich selbstständigen Gesellschaften eines Konzerns ist datenschutzrechtlich nicht ohne Weiteres zulässig. Genügt die Weitergabe von Personaldaten den datenschutzrechtlichen Anforderungen nicht, können Bußgelder bis zu einer Höhe von EUR 300.000 verhängt werden. In unserem aktuellen Schwerpunkt erfahren Sie von unseren Datenschutzexperten, welche Risiken bestehen und was Konzerne bei der Datenübermittlung im Inland sowie bei der Übermittlung ins Ausland derzeit beachten sollten.

Die Rechtsprechungsübersicht informiert Sie unter anderem über das Thema „Betriebliche Übung bei Gehaltserhöhungen“. Daneben erfahren Sie, unter welchen Umständen ein Arbeitgeber von seinem Mitarbeiter erwarten kann, während der Zeit seiner Krankschreibung zu einem Personalgespräch im Büro zu erscheinen. Sehr spannend ist auch ein aktuelles Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg, wonach der Einsatz von Detektiven im Arbeitsrecht künftig nur noch zur Aufdeckung von Straftaten möglich sein soll. Wir berichten ferner über eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, die sich mit der Frage auseinandersetzt, wann eine Stellungnahme des Betriebsrats nach § 102 BetrVG abschließend ist. Sie lesen weiter, dass auch freigestellte Betriebsratsmitglieder Ab- und Rückmeldepflichten gegenüber ihrem Arbeitgeber haben. Darüber hinaus haben sich die Gerichte des Themas „Ordnung und Sauberkeit“ am Arbeitsplatz angenommen. Sie erfahren, wann der Betriebsrat Mitbestimmungsrechte hat und wann nicht.

Schließlich informieren wir Sie in einer Sonderbeilage über Gesetzesänderungen, die im Jahr 2017 auf Sie zukommen. Darüber hinaus finden Sie in dieser Beilage eine Übersicht über die Rechengrößen der Sozialversicherung 2017.

Wir wünschen Ihnen fröhliche Weihnachten und ein gesundes, glückliches und erfolgreiches neues Jahr.

Dr. Eckhard Schmid Dr. Oliver Simon

Schwerpunkt

Personaldaten im Konzern – (k)eine innere Angelegenheit?

Die E-Mail aus der Konzernzentrale klang auf den ersten Blick unspektakulär: „Bitte lassen Sie uns bis morgen COB eine vollständige Liste aller Arbeitnehmer Ihrer Gesellschaft mit Angaben zu Alter, Eintrittsdatum, Funktion und Gehalt zukommen". Die angesprochene Personalabteilung konnte die Liste schnell zusammenstellen und schickte sie ohne weitere Rückfrage an die Zentrale. Es wurde in diesem Fall – wie so oft – übersehen, dass diese Übermittlung mit erheblichen datenschutzrechtlichen Risiken verbunden ist. Datenübermittlungen zwischen Konzernunternehmen werden oft als „innere Angelegenheit" angesehen. Dies gilt insbesondere, wenn die Konzernmutter plausibel erscheinende Gründe für die Anfrage anführt: sei es die Durchführung einer Due Diligence, die Einführung konzernweiter Know-how-Datenbanken oder eine konzernweite Personalentwicklung.

Die Übermittlung von personenbezogenen (Beschäftigten-)Daten zwischen rechtlich selbstständigen Gesellschaften eines Konzerns ist nicht ohne Weiteres datenschutzrechtlich zulässig. Denn das Bundesdatenschutzgesetz gestattet die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur auf Grundlage eines gesetzlichen Erlaubnistatbestandes oder einer Einwilligung des Betroffenen. Gesellschaftsrechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge und Verbindungen zwischen Sender und Empfänger von personenbezogenen Daten bleiben unberücksichtigt; Konzerngesellschaften werden gerade nicht als Einheit betrachtet.

Genügt die Weitergabe von Personaldaten nicht den datenschutzrechtlichen Anforderungen, kann dies u. a. zu Bußgeldern von bis zu EUR 300.000 führen.

Als lediglich theoretisches Problem kann dies nicht (mehr) abgetan werden. Die Aufsichtsbehörden haben ihre Aktivitäten verstärkt und vermehrt Bußgelder verhängt – und zwar sowohl gegen Unternehmen als auch gegen handelnde Mitarbeiter und die verantwortlichen Geschäftsführer und Vorstände.

Mit der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), die ab dem 25. Mai 2018 anwendbar ist, verschärft sich das Problem. Nach der DSGVO sind sogar Bußgelder von bis zu EUR 20 Millionen oder 4 % des – ggf. konzernweiten – Jahresumsatzes möglich.

I. Aktuelle Situation

Erleichterungen für den Datenaustausch in Konzernstrukturen – ein „Konzernprivileg" – kennt das Datenschutzrecht nicht. Übermittlungen zwischen rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften werden gesetzlich genauso behandelt wie die Übermittlung an einen Dritten. Jede Gesellschaft gilt datenschutzrechtlich als eigenständige verantwortliche Stelle (§ 3 Abs. 7 BDSG).

1. Datenübermittlung im Inland

Eine Übermittlung von Personaldaten ist eine Datenverarbeitung (§ 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG), die einer Rechtfertigung bedarf (§ 4 Abs. 1 BDSG).

a) Auftragsdatenverarbeitung ist keine Übermittlung

Unter Datenübermittlung fällt sowohl die Weitergabe als auch das Bereitstellen zur Einsicht oder zum Abruf (§ 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG). Es macht also keinen Unterschied, ob Personaldaten per E-Mail weitergeleitet werden oder ob anderen Gesellschaften ein direkter Zugriff auf den relevanten Server ermöglicht wird.

An einem Übermittlungsvorgang fehlt es allerdings bei einer sogenannten Auftragsdatenverarbeitung (§ 11 BDSG). Ein vertraglich gebundener Auftragsdatenverarbeiter gilt nicht als „Dritter". Beispiele für eine Auftragsdatenverarbeitung sind die externe Gehaltsabrechnung, die Speicherung von Daten in der Cloud oder die Erbringung vergleichbarer IT-Dienstleistungen. Der Auftrag zur Datenverarbeitung muss schriftlich erteilt werden und die gesetzlichen Mindestinhalte nach § 11 BDSG berücksichtigen. Wesentliches Kriterium für die Auftragsdatenverarbeitung ist die Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers. Der Auftragsdatenverarbeiter darf – wie es im Beispiel der Gehaltsabrechnung der Regelfall ist – kein eigenes Ermessen hinsichtlich der Art und Weise der Datenverarbeitung haben. Auch die Konzernmutter kann als Auftragnehmer fungieren. Sie muss dann aber eine rein „dienende Funktion" einnehmen und sich den Weisungen der konzernangehörigen Gesellschaften unterwerfen.

Bestehen jedoch eigene Entscheidungsbefugnisse des Verarbeiters

oder ist die Einflussnahme des Auftraggebers eingeschränkt, wird der Datenverarbeiter selbst zur verantwortlichen Stelle im Sinne des BDSG. Dann liegt wieder eine Übermittlung vor, die einer gesonderten Rechtfertigung bedarf.

Die Abgrenzung kann im jeweiligen Einzelfall schwierig sein. Da die Aufsichtsbehörden über die bloße Gehaltsabrechnung hinausgehende Tätigkeiten als eher kritisch ansehen, ist eine sorgfältige Einzelfallprüfung unerlässlich.

b) Rechtfertigung einer Übermittlung

Ohne Auftragsdatenverarbeitung bedarf es einer Rechtfertigung. Eine Übermittlung von Personaldaten kann durch eine wirksame schriftliche Einwilligung der Arbeitnehmer oder durch eine Rechtsvorschrift erlaubt sein.

aa) Einwilligung

Auf den ersten Blick mag die Einwilligung der Arbeitnehmer das Mittel der Wahl sein, zumal Standardarbeitsverträge oftmals Regelungen enthalten.

Indessen erfüllen derartige Einwilligungen selten die strengen Anforderungen des § 4 a BDSG. Die Aufsichtsbehörden und Teile der Literatur bezweifeln bereits grundsätzlich, dass eine Einwilligung im Arbeitsverhältnis überhaupt, wie es § 4 a BDSG verlangt, „auf der freien Entscheidung des Betroffenen" beruhen kann. Dem ist das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einer jüngeren Entscheidung (11. Dezember 2014 – Az. 8 AZR 1010/13) allerdings entgegengetreten und hat betont, dass sich Arbeitnehmer mit der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und der Eingliederung in einen Betrieb sich ihrer Grund- und Persönlichkeitsrechte nicht begeben.

Dessen ungeachtet werden arbeitsvertragliche Standardklauseln den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung häufig nicht gerecht: Zum einen müsste eine „informierte Einwilligung" hinreichend auf den konkreten Zweck der Datenverarbeitung und grundsätzlich auch auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinweisen. Zudem müsste der Beschäftigte eine echte Wahl zwischen Erteilung und Verweigerung der Einwilligung haben. Standardprozesse im Personalbereich lassen sich deshalb (und wegen der notwendigen Widerruflichkeit jeder Einwilligung mit Wirkung für die Zukunft) schwerlich auf eine Einwilligung gründen.

bb) Rechtsvorschriften

Rechtsvorschriften, die eine Übermittlung erlauben können, finden sich in erster Linie im BDSG.

(1) § 32 BDSG

Im Arbeitsverhältnis gilt vorrangig § 32 BDSG. Danach ist eine Übermittlung zulässig, wenn dies für die Entscheidung über die Einstellung, die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses oder dessen Beendigung erforderlich ist.

Abzustellen ist dabei in erster Linie auf die Rechtsbeziehung zum Arbeitgeber, also auf die vertragsschließende Gesellschaft. Auf die von einem mit dem Arbeitgeber verbundenen Unternehmen verfolgten Zwecke kommt es grundsätzlich nicht an. Daher kann eine Übermittlung von Arbeitnehmerdaten selten auf § 32 BDSG gestützt werden.

Ausnahmen sind anerkannt, wenn das Arbeitsverhältnis bereits bei Vertragsschluss einen Konzernbezug aufweist. Paradebeispiel ist die Vereinbarung einer konzernweiten Versetzungsklausel: Diese berechtigt beispielsweise zur Übermittlung der Personaldaten für eine konzernweite Personaleinsatzplanung. Gleiches gilt bei Führungskräften, denen die Konzernstruktur und der Konzernbezug ihrer Tätigkeit ersichtlich waren. Dann lässt sich etwa die Übermittlung ihrer Personaldaten für konzerneinheitliche Bonusprogramme oder Leistungsbeurteilungs- und Personalentwicklungssysteme rechtfertigen. Ein solcher Konzernbezug kann auch noch nach Begründung des Arbeitsverhältnisses hergestellt werden.

Die grundsätzliche Zulässigkeit bedeutet indessen nicht, dass sämtliche Personaldaten frei übermittelbar sind. Es ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die Übermittlung zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses „erforderlich" ist. Allein ein Konzernbezug wird somit nicht die Übermittlung von Personaldaten für eine Due Diligence zur Vorbereitung eines Verkaufs von Unternehmen oder Betrieben rechtfertigen können. In diesen und vergleichbaren Fällen ist zu überlegen, ob nicht eine anonymisierte Datenübermittlung ausreicht, um die verfolgten Zwecke zu erreichen. Vorteil ist, dass der Personenbezug aufgelöst wird, sodass die engen datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht mehr einschlägig sind.

(2) § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG

Wenn die Datenübermittlung nicht unmittelbar den Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses dient, kann eine Rechtfertigung ggf. über § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG erfolgen.

Ein Rückgriff auf diese Norm erlaubt keine Umgehung des durch § 32 BDSG abgesteckten Rahmens. Daher sind Datenübermittlungen unzulässig, die Konzerngesellschaften eine Nutzung erlauben würden, die auch dem Arbeitgeber nicht gestattet wäre.

Weiterhin muss die Übermittlung an die Konzerngesellschaft zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers *erforderlich* sein. Auf die Interessenlage der verbundenen Gesellschaft kommt es grundsätzlich nicht an. Zudem muss das Interesse der Arbeitnehmer am Verbleib ihrer Daten beim Arbeitgeber berücksichtigt werden. Nach Ansicht der Auf-

sichtsbehörden überwiegt dieses Interesse im Grundsatz das Interesse des Arbeitgebers am Datentransfer. Diese Auffassung erscheint pauschal als zu weitgehend. Gleichwohl wird man sich auf die behördliche Praxis einstellen müssen. Der Arbeitgeber wird daher Schutzmaßnahmen zugunsten der Arbeitnehmer treffen müssen, um ein für ihn günstiges Abwägungsergebnis zu erzielen. Zu denken ist etwa an die Schaffung eines konzerninternen Datenschutzkonzepts nebst verbindlichen Regelungen zwischen den beteiligten Gesellschaften.

cc) Betriebsvereinbarung

Rechtfertigungsgrundlage einer Datenübermittlung kann schließlich auch eine Betriebsvereinbarung sein. Das BAG zählt diese zu den Rechtsvorschriften im Sinne des BDSG (zuletzt BAG vom 9. Juli 2013 – 1 ABR 2/13 [A]). Insbesondere in Konzernstrukturen kann sich dieser Weg anbieten. Dabei bedarf es keiner selbstständigen Betriebsvereinbarung zum Datenschutz. Die Zulässigkeit einer Übermittlung kann sich auch aus einer Betriebsvereinbarung mit einem anderen Regelungsgegenstand ergeben, z. B. über ein konzernweites Bonussystem.

2. Weitere Anforderungen bei Übermittlung ins Ausland

Befindet sich die Konzerngesellschaft im Ausland, sind weitergehende Anforderungen zu erfüllen. Die Datenübertragung muss dann nicht nur „an sich" erlaubt sein. Zusätzlich muss im Empfängerstaat ein angemessenes Datenschutzniveau bestehen.

a) EU und EWR

Innerhalb der EU und des EWR ist die Übermittlung unproblematisch. In der EU ist das Datenschutzrecht weitgehend durch die Datenschutzrichtlinie (EG/1995/46) harmonisiert. Die EWR-Vertragsstaaten Norwegen, Island und Liechtenstein haben die Richtlinie übernommen und gewährleisten ebenfalls ein dem BDSG entsprechendes Schutzniveau. Datentransfers in diese Staaten bedürfen daher keiner weiteren Rechtfertigung (§ 4 b Abs. 1 BDSG).

b) Drittstaaten

An Empfänger außerhalb der EU und des EWR sind Datentransfers nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. „Drittstaaten" gelten aus Sicht des EU-Datenschutzrechts grundsätzlich als „unsicher". Die nach allgemeinen datenschutzrechtlichen Voraussetzungen zulässige Übermittlung bedarf daher auf der „zweiten Stufe" ergänzender Maßnahmen zur Sicherung des angemessenen Datenschutzniveaus (§ 4 b Abs. 2, 3 BDSG).

Für einige Länder hat die EU-Kommission das erforderliche Schutzniveau im Rahmen von Angemessenheitsentscheidungen positiv festgestellt. Hierzu gehören Andorra, Argentinien, Färöer-Inseln, Guernsey, Isle of Man, Israel, Jersey, Kanada, Neuseeland, Schweiz und Uruguay.

Fehlt es an einem angemessenen Datenschutzniveau, dürfen die Daten nur ausnahmsweise übertragen werden (§ 4 c BDSG). Zulässig ist beispielsweise die Übermittlung aufgrund einer Einwilligung der Arbeitnehmer (siehe oben) oder – das wird allerdings sehr restriktiv ausgelegt – wenn dies zur Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist. Darüber hinaus können die Aufsichtsbehörden die Übertragung ausnahmsweise genehmigen. Genehmigt werden können auch verbindliche Unternehmensregeln (sogenannte „Binding Corporate Rules"), die innerhalb des Konzerns gelten. Zudem besteht die Möglichkeit, ein „angemessenes Datenschutzniveau" zwischen Konzerngesellschaften durch vertragliche Vereinbarungen herzustellen.

Werden bestimmte Vertragsmuster („EU-Standardvertragsklauseln") verwendet, bedarf es jedenfalls in Deutschland keiner weiteren Genehmigung der Aufsichtsbehörden. Für die EU-Standardvertragsklauseln hat die EU-Kommission bindend entschieden, dass sie ein „angemessenes Datenschutzniveau" gewährleisten. Diese Entscheidung wird indes mittelfristig vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) überprüft werden.

c) Sonderfall USA

Eine Sonderregelung galt durch das „Safe Harbor"-Konzept für Datenübermittlungen in die USA. Die dort ansässigen Empfänger konnten sich im Rahmen einer Selbstzertifizierung zur Einhaltung des „angemessenen Datenschutzniveaus" verpflichten. Datentransfers an diese Unternehmen galten anschließend als datenschutzrechtlich sicher. Diese Möglichkeit hat der EuGH im Oktober 2015 gekippt und „Safe Harbor" für unwirksam erklärt. Hintergrund der Entscheidung waren vordergründig formale Mängel, im Wesentlichen aber ein unzureichender Schutz gegen staatliche Überwachung.

Im Juli 2016 hat die EU-Kommission nachgelegt und das EU-U.S. Privacy Shield beschlossen. Der „Safe Harbor"-Nachfolger fußt – wie schon „Safe Harbor" – auf einer Selbstzertifizierung des Datenempfängers in den USA. Die Unternehmen müssen sich den in den EU-U.S. Privacy Shield Framework Principles niedergelegten Datenschutzstandards unterwerfen. Tun sie dies, ist bis auf Weiteres von einem „angemessenen Datenschutzniveau" auszugehen. Ob der „Datenschutzschild" diesmal einer gerichtlichen Überprüfung standhält, bleibt abzuwarten.

II. Zukunft: DSGVO

Auch die DSGVO bringt ab Mai 2018 kein Konzernprivileg. Entsprechende Interessen der Konzerngesellschaften werden aber erstmals ausdrücklich erwähnt. Nach Erwägungsgrund 48 zur DSGVO ist das Interesse einer „Unternehmensgruppe" an einem

Datenaustausch als berechtigtes Interesse anerkannt. Zwar werden Einzelfallprüfungen hierdurch nicht obsolet. Die Interessenabwägung wird aber nicht (mehr) von vornherein zugunsten der Arbeitnehmer ausfallen können. Was derzeit als Grenzfall erscheint und umständliche Lösungen erfordert, sollte sich künftig besser mit den praktischen Bedürfnissen in Einklang bringen lassen. Bei einer Übermittlung in das Ausland sind auch zukünftig – vergleichbar mit der derzeitigen Rechtslage – zusätzliche Anforderungen zu beachten. ■

Gastbeitrag von:

Carsten Domke, LL.M., Maître en Droit
Partner im Geschäftsbereich Arbeitsrecht bei CMS in Frankfurt.
E carsten.domke@cms-hs.com

Philippe Heinzke, LL.M.
Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Gewerblicher Rechtsschutz bei CMS in Düsseldorf.
E philippe.heinzke@cms-hs.com

Andreas Josupeit
Rechtsanwalt im Geschäftsbereich Arbeitsrecht bei CMS in Düsseldorf.
E andreas.josupeit@cms-hs.com

Michael Kamps
Partner im Geschäftsbereich TMC bei CMS in Köln.
E michael.kamps@cms-hs.com

Studie „Digital Economy & Recht“

Der Bundesverband der Unternehmensjuristen e. V. (BUJ) und die Wirtschaftskanzlei CMS haben am 9. November 2016 die Studie „Digital Economy & Recht“ vorgestellt. Darin geben Vertreter aus 305 Rechtsabteilungen Auskunft darüber, wie sie auf die digitale Transformation vorbereitet sind, welche Herausforderungen und Risiken sie sehen und welche Themenfelder und Rechtsgebiete aus ihrer Sicht von der Digitalisierung am meisten betroffen sind. Ergänzt werden die Umfrageergebnisse durch einen umfangreichen Analyse-Teil zu den wichtigsten rechtlichen Fragestellungen der digitalen Transformation. Mehr Informationen zur Studie finden Sie unter folgendem Link:

https://cms.law/de/DEU/News-Information/Digital-Economy-Recht

Bonusanspruch – gerichtliche Überprüfung

Nicht selten behält sich der Arbeitgeber vertraglich vor, über die Höhe eines Bonusanspruchs nach billigem Ermessen zu entscheiden. Dies birgt jedoch das Risiko, dass der Mitarbeiter mit dieser Ermessensentscheidung nicht einverstanden ist und sich gerichtlich dagegen zur Wehr setzt. In derartigen Situationen unterliegt die Entscheidung über die Höhe des Bonus der vollen gerichtlichen Überprüfung. Entspricht die Entscheidung des Arbeitgebers nicht billigem Ermessen, ist sie gemäß § 315 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) unverbindlich. Die Höhe des Bonus wird dann durch das Gericht auf Grundlage dessen, was Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor Gericht vortragen, festgesetzt.

§ 315 Abs. 3 BGB lautet:

„Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird."

In diesem Zusammenhang hatte das BAG jüngst über folgenden Fall zu entscheiden: Geklagt hatte der Managing Director einer internationalen Großbank. Der Mitarbeiter war vom 1. Januar 2010 bis zum 30. September 2012 bei der deutschen Niederlassung der Bank beschäftigt. Im Vertrag hatte man vereinbart, dass er am jeweils gültigen Bonussystem und/oder am Deferral Plan teilnehmen sollte. Entsprechend der vertraglichen Vereinbarung erhielt der Managing Director für das Geschäftsjahr 2009 eine garantierte Leistung i. H. v. EUR 200.000, für das Geschäftsjahr 2010 eine Leistung i. H. v. EUR 9.920. Für das Jahr 2011 erhielt er keinen Bonus oder Deferral Award. Andere Mitarbeiter erhielten Leistungen, die sich der Höhe nach überwiegend zwischen einem Viertel und der Hälfte der jeweiligen Vorjahresleistung bewegten.

Der Mitarbeiter klagte daraufhin auf Zahlung eines Bonus für das Geschäftsjahr 2011. Er machte geltend, die Höhe des Bonus sei in das Ermessen des Gerichts zu stellen, der Bonus müsse aber mindestens EUR 52.480 betragen. Das Arbeitsgericht verurteilte die Bank daraufhin zur Zahlung eines Bonus i. H. v. EUR 78.720. Das Landesarbeitsgericht (LAG) wies die Klage auf die Berufung der Bank mit der Begründung ab, der Managing Director habe keine hinreichenden Anhaltspunkte vorgetragen, die eine gerichtliche Festsetzung der Bonushöhe ermöglichen. Vor dem 10. Senat des BAG hatte die Revision des Mitarbeiters jedoch Erfolg.

Die höchsten Arbeitsrichter entschieden, dass der Mitarbeiter einen Anspruch auf einen Bonus und/oder Deferral Award habe. Dieser sei nach billigem Ermessen zu bestimmen. Die Festsetzung des Bonus auf null durch die Bank sei unverbindlich. Sie habe nicht hinreichend dargelegt, dass sie berechtigt sei, den Bonus für das Jahr 2011 auf null zu setzen. Die Leistungsbestimmung habe in einem solchen Fall gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB durch das Gericht zu erfolgen. Grundlage für die gerichtliche Bestimmung der Bonushöhe sei der Sachvortrag der Parteien. Äußere sich der bestimmungsberechtigte Arbeitgeber zu bestimmten Faktoren nicht, dürfe dies nicht zulasten des Arbeitnehmers gehen. Von diesem wiederum könne auch kein Vortrag zu Umständen verlangt werden, die außerhalb seines Kenntnisbereichs liegen. So sei ein Mitarbeiter in der Regel nicht in der Lage, Auskünfte zur Höhe eines Bonustopfes zu geben. Auf die Erhebung einer Auskunftsklage dürfe er regelmäßig nicht verwiesen werden. Vielmehr sei die Leistung durch das Gericht aufgrund der aktenkundig gewordenen Umstände (z. B. Höhe der Leistung in den Vorjahren, wirtschaftliche Kennzahlen, Ergebnis einer Leistungsbeurteilung) festzusetzen. Eine gerichtliche Leistungsfestsetzung scheide nur dann aus, wenn jegliche Anhaltspunkte hierfür fehlten. Dies sei entgegen der Auffassung des LAG im zu entscheidenden Sachverhalt nicht der Fall. Da die gerichtliche Bestimmung der Leistung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB regelmäßig Sache der Tatsacheninstanzen ist, hat der Senat den Rechtsstreit zur Festsetzung der Bonushöhe für das Geschäftsjahr 2011 an das LAG zurückverwiesen (BAG vom 3. August 2016 – 10 AZR 710/14). ■

Arbeitsvertragsrecht

Betriebliche Übung bei Gehaltserhöhung

Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Rechtlich ist das Verhalten des Arbeitgebers als Angebot zu werten, das von den Arbeitnehmern in aller Regel stillschweigend angenommen wird. Auf diesem Wege entstehen aus der betrieblichen Übung konkrete Ansprüche der Mitarbeiter auf üblich gewordene Leistungen. Erbringt der Arbeitgeber die Leistungen für den Arbeitnehmer hingegen erkennbar aufgrund einer anderen Rechtspflicht, kann der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, ihm solle eine Leistung auf Dauer unabhängig von dieser gewährt werden.

Das BAG hatte im Frühjahr über einen Fall zu entscheiden, in dem ein nicht tarifgebundenes Unternehmen seinen Mitarbeitern wiederholt eine Erhöhung der Löhne und Gehälter gewährt hatte. In dem Unternehmen existierte eine Gesamtbetriebsvereinbarung, die für die verschiedenen Vergütungsgruppen Gehaltsspannen („Bandober- und Bandunterlinien") vorsah, innerhalb derer das individuelle Grundgehalt liegen darf. Diese wurden vom Unternehmen jährlich angepasst. Im Jahr 2011 wurden die Bandunter- und Bandoberlinien um 1,5 %, im Jahr 2012 um 1,5 %, im Jahr 2013 um zumindest (dies war im Detail umstritten) 2,0 % und im Jahr 2014 um 2,0 % erhöht.

In der Gesamtbetriebsvereinbarung war unter anderem Folgendes geregelt:

„4.3 Das Grundgehalt wird jährlich am dritten Donnerstag im Oktober überprüft. Der Grundgehaltsanpassungsprozentsatz wird zwischen der Arbeitgeberin und dem Gesamtbetriebsrat abgestimmt. Für die Bestimmung werden die Entwicklung der Lebenshaltungskosten (Verbraucherpreisindex gemäß statistischem Bundesamt in den letzten 12 Monaten) und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens herangezogen."

Bei einem der Mitarbeiter wurde das Gehalt im Jahr 2011 um 1,5 % erhöht, im Jahr 2012 um 2,5 % und im Jahr 2013 um 2,0 %. Im Jahr 2014 erhielt der Arbeitnehmer – wie auch alle anderen Beschäftigten des Unternehmens – keine Gehaltserhöhung. Dagegen klagte er. Er begehrte eine Gehaltserhöhung entsprechend der Erhöhung der Bandlinien, und zwar sowohl für das Jahr 2014 als auch für alle Folgejahre.

Die Richter des 5. Senats des BAG wiesen die Klage ab. Die Gesamtbetriebsvereinbarung könne nicht zur Anspruchsbegründung herangezogen werden. Der Wortlaut dieser Betriebsvereinbarung gebe nicht her, dass Gehaltserhöhungen vorzunehmen seien, die der Erhöhung der Bandlinien entsprächen.

Aber auch das Rechtsinstitut der betrieblichen Übung begründe hier keinen Anspruch. Gewähre ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern wiederholt eine Erhöhung der Löhne und Gehälter, könne eine betriebliche Übung selbst bei über Jahre gleichbleibender Gehaltserhöhungspraxis nur entstehen, wenn deutliche Anhaltspunkte in seinem Verhalten dafür sprechen, er wolle die Erhöhungen auch ohne Bestehen einer Verpflichtung künftig, also auf Dauer, vornehmen. Der nicht tarifgebundene Arbeitgeber wolle seine Entscheidungsfreiheit über die künftige Lohn- und Gehaltsentwicklung behalten. Mit den freiwilligen Entgeltsteigerungen entstehe regelmäßig lediglich ein Anspruch der Arbeitnehmer auf Fortzahlung des erhöhten Entgelts, nicht aber zugleich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, Erhöhungen künftig überhaupt oder nach einem bestimmten Schema vorzunehmen. Dementsprechend habe das Unternehmen durch die freiwilligen Gehaltserhöhungen in der Vergangenheit, selbst wenn man unterstellt, es habe diese parallel zu den Bandlinienerhöhungen vorgenommen, keine betriebliche Übung begründet. Es fehle an den erforderlichen – über die bloße Erhöhungspraxis der vergangenen Jahre hinausgehenden – deutlichen Anhaltspunkten im Verhalten des Arbeitgebers, aus denen sich für den Mitarbeiter erkennbar der Wille ergäbe, sich unter Aufgabe ihrer Entscheidungsfreiheit auf Dauer zu Erhöhungen zu verpflichten. Gegen einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers spreche zudem Ziffer 4.3 der Gesamtbetriebsvereinbarung (GBV). Der Mitarbeiter musste aufgrund dieser Regelung davon ausgehen, dass das Unternehmen sich von Jahr zu Jahr erst nach einer Überprüfung zu Erhöhungen entschließe (BAG vom 27. April 2016 – 5 AZR 311/15). ■

Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung ist für Arbeitgeber sehr erfreulich, schließt sie eine betriebliche Übung für Gehaltserhöhungen doch weitgehend aus. Grundsätzlich ist bei der Gewährung regelmäßiger Leistungen oder Vergünstigungen allerdings Vorsicht geboten. Sehr schnell entstehen hier Ansprüche der Arbeitnehmer aus betrieblicher Übung. Letztere kommt dann nicht in Betracht, wenn der Arbeitgeber seine Leistungen bereits aufgrund einer anderen Anspruchsgrundlage (z. B. Betriebsvereinbarung) erbringt. Unter bestimmten Umständen kann aber auch der Bindungswille des Arbeitgebers fehlen, etwa bei jährlichen Gehaltsanpassungen oder auch bei kleineren Aufmerksamkeiten zu besonderen Gelegenheiten. Ein Unternehmen ist grundsätzlich gut beraten, wenn es bei Gewährung stets auf die Freiwilligkeit der Leistung hinweist.

Arbeitsvertragsrecht

Zulässigkeit vertraglicher Ausschlussklauseln bei Spartenmindestlohn

Im Zusammenhang mit gesetzlich angeordneten Mindestlöhnen oder Mindestentgelten stellt sich regelmäßig die Frage, inwieweit ein Verfall dieser Ansprüche durch Ausschlussfristen möglich ist.

Im Anwendungsbereich der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (PflegeArbbV) ist nach Auffassung des BAG eine vertragliche Ausschlussklausel unwirksam, wenn sie den Anspruch auf das Mindestentgelt in der Pflegebranche nach § 2 PflegeArbbV nicht ausdrücklich ausnimmt. Denn eine solche Klausel verstoße gegen § 9 S. 3 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG), nach dem Ausschlussfristen für die Geltendmachung des Anspruchs auf Mindestentgelt ausschließlich in Tarifverträgen geregelt werden können. Die Unwirksamkeit der Klausel folge dann schon aus § 134 BGB.

Das BAG hatte über den Fall einer Arbeitnehmerin zu entscheiden, die als Pflegehilfskraft bei einem ambulanten Pflegedienst beschäftigt war. Der Arbeitsvertrag enthielt eine zweistufige Ausschlussklausel, nach der alle beiderseitigen Ansprüche

aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Fälligkeit außergerichtlich (1. Stufe) und bei Ablehnung oder Nichtäußerung innerhalb von weiteren drei Monaten gerichtlich (2. Stufe) geltend gemacht werden. Die Mitarbeiterin war in der Zeit vom 19. November 2013 bis 15. Dezember 2013 arbeitsunfähig krankgeschrieben, erhielt jedoch in dieser Zeit ihr Gehalt nicht, weil der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit anzweifelte. Daraufhin machte die Arbeitnehmerin den Anspruch auf Entgeltfortzahlung zunächst am 20. Januar 2014 schriftlich, dann aber erst am 2. Juni 2014 gerichtlich geltend. Der Arbeitgeber berief sich darauf, dass der Anspruch von der Ausschlussklausel erfasst und wegen nicht rechtzeitiger Geltendmachung auf der 2. Stufe verfallen sei.

Die Richter des BAG bejahten den Anspruch auf Entgeltfortzahlung mit der Begründung, dass die vertragliche Ausschlussklausel unwirksam sei. Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit darin, dass mit der Klage kein Anspruch auf Mindestentgelt, sondern auf Entgeltfortzahlung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) geltend gemacht wurde. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung selbst ist aber kein Mindestentgelt nach § 2 PflegeArbbV (so ausdrücklich die Vorinstanz: LAG Niedersachsen vom 17. September 2015 – 6 Sa 1328/14).

Das BAG kam gleichwohl zu dem Ergebnis, dass die vertragliche Ausschlussfrist dann auch nicht für sonstige Ansprüche – wie den gesetzlichen Anspruch auf Entgeltfortzahlung – aufrechterhalten werden könne. Dies erfordere das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und verstoße gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (BAG vom 24. August 2016 – 5 AZR 703/15). ■

Tipp für die Praxis:

Es bleibt die Frage offen, ob sich die Entscheidung des BAG auch auf das Verhältnis von Ausschlussfristen und Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz übertragen lässt. Um sicherzugehen, sollten Arbeitgeber ihre Arbeitsverträge, insbesondere die Ausschlussfristen, überprüfen und diese ggf. aktualisieren.

Arbeitsvertragsrecht

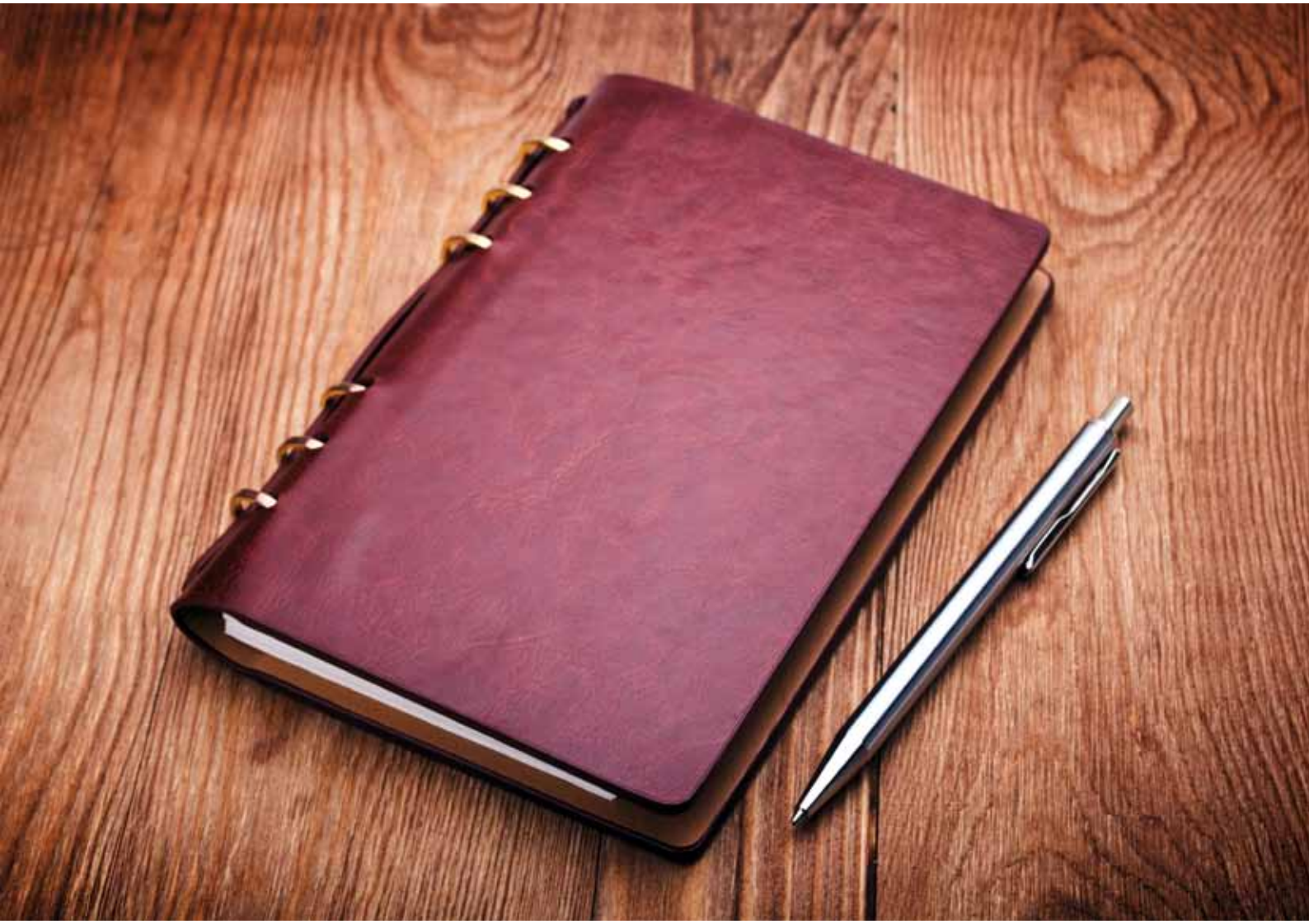
Personalgespräch während einer Erkrankung

Ein erkrankter Mitarbeiter ist grundsätzlich nicht verpflichtet, auf Anweisung des Arbeitgebers im Betrieb zu erscheinen, um dort am „normalen" Personalgespräch (außerhalb des betrieblichen Eingliederungsmanagements – BEM) zur Klärung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeiten teilzunehmen. Dies entschied unlängst das BAG.

Geklagt hatte ein Krankenpfleger, der abgemahnt worden war, weil er mit Verweis auf seine Krankschreibung bei drei von seinem Arbeitgeber anberaumten Personalgesprächen nicht erschienen war. Der Arbeitnehmer war durch einen Unfall länger ausgefallen und war dann noch mal in der Zeit von Ende November 2013 bis Mitte Februar 2014 krankgeschrieben. In diesem Zeitraum lud ihn der Arbeitgeber dreimal zu einem Gespräch ein, um die weiteren Beschäftigungsmöglichkeiten mit ihm zu klären.

Das BAG hielt die Abmahnung für unwirksam und verurteilte den Arbeitgeber dazu, diese aus der Personalakte zu entfernen.

Grundsätzlich umfasse nach § 106 S. 1 Gewerbeordnung (GewO) die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers auch die Pflicht zur Teilnahme an einem vom Arbeitgeber während der Arbeitszeit im Betrieb angewiesenen Gespräch zu Gegenstand, Inhalt, Ort und Zeit der zu erbringenden Arbeitsleistung, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht anderweitig festgelegt seien. Ein erkrankter Mitarbeiter müsse seiner Arbeitspflicht jedoch nicht nachkommen. Dementsprechend sei er grundsätzlich auch nicht verpflichtet, im Betrieb zu erscheinen oder sonstige, mit seiner Hauptleistung unmittelbar zusammenhängende Nebenpflichten zu erfüllen.



Allerdings sei es dem Arbeitgeber während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch nicht schlechthin untersagt, mit dem erkrankten Arbeitnehmer in einem zeitlich angemessenen Umfang in Kontakt zu treten, um mit ihm im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen die Möglichkeiten der weiteren Beschäftigung nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit zu erörtern. Voraussetzung für die Kontaktaufnahme sei allerdings, dass der Arbeitgeber hierfür ein berechtigtes Interesse aufzeige. Der arbeitsunfähige Mitarbeiter sei jedoch nicht verpflichtet, auf Anweisung des Arbeitgebers im Betrieb zu erscheinen. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn sein Erscheinen aus betrieblichen Gründen unverzichtbar und der Arbeitnehmer dazu gesundheitlich in der Lage sei.

Im zu entscheidenden Fall habe der darlegungs- und beweispflichtige Arbeitgeber keine entsprechenden Gründe aufgezeigt. Daher habe der Krankenpfleger nicht die Pflicht gehabt, zum Personalgespräch zu erscheinen. Die Abmahnung sei daher zu Unrecht erfolgt (BAG vom 2. November 2016 – 10 AZR 596/15). ■

Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung hat voraussichtlich keine Auswirkungen auf die Einladung des Arbeitnehmers zur Teilnahme an einem BEM-Gespräch. Solche Gespräche können auch während der Krankheit eines Mitarbeiters anberaumt werden, wobei die Teilnahme des Arbeitnehmers an ihnen selbstverständlich freiwillig ist. Eine Abmahnung kann der Arbeitgeber auf das Nichterscheinen zum BEM-Gespräch nicht stützen.

Urlaubsrecht

Ersatzanspruch für untergegangene Urlaubsansprüche nur nach Urlaubsverlangen des Mitarbeiters

Urlaub muss grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung auf das nächste Kalenderjahr ist nur möglich, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Im Fall der Übertragung muss der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Jahres gewährt und genommen werden. Ansonsten verfällt der Anspruch (siehe dazu § 7 Abs. 3 S. 1 und 2 Bundesurlaubsgesetz [BUrlG]). Ersatz für den verfallenen Urlaubsanspruch schuldet der Arbeitgeber nur dann, wenn er mit der Gewährung des Urlaubs in Verzug geraten ist und aus diesem Grund die durch den Zeitablauf eingetretene Unmöglichkeit des Urlaubsanspruchs zu verantworten hat. Um den Arbeitgeber in Verzug zu setzen, muss der Mitarbeiter eine Mahnung aussprechen, seinen Urlaubsanspruch gegenüber dem Unternehmen also geltend machen.

Das LAG Düsseldorf hatte in diesem Zusammenhang über folgenden Fall zu entscheiden:

Ein Arbeitnehmer war bei einem Unternehmen zwischen März 2013 und März 2015 mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt. Sein jährlicher Urlaubsanspruch betrug 21 Tage. Für das Jahr 2013 standen ihm unumstritten 16 Urlaubstage zu, von denen er sechs Tage in Anspruch nahm. Einen weiteren Tag nahm er im Januar 2014, weil der Anspruch jedenfalls bis zum 31. März 2014 übertragen worden war. Für die neun verbliebenen Urlaubstage klagte der Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen auf Urlaubsabgeltung in Höhe von rund EUR 721.

Die Richter wiesen seine Klage ab. Der Urlaubsanspruch sei mit Ablauf des 31. März 2014 untergegangen. Finanziellen Ersatz für den verfallenen Urlaubsanspruch gebe es nur dann, wenn der Mitarbeiter den Urlaub vorher verlangt habe. In solchen Fällen wandle sich der im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch grundsätzlich in einen auf Gewährung von Ersatzurlaub als Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruch. Im zu entscheidenden Fall habe der Mitarbeiter den Urlaub aber nicht verlangt und dementsprechend könne er auch keinen finanziellen Ersatz verlangen. Der Arbeitgeber habe nicht die Pflicht, dem Arbeitnehmer Urlaub zu erteilen, ohne dass dieser einen Urlaubsantrag gestellt habe (LAG Düsseldorf vom 25. Juli 2016 – 9 Sa 31/16).

Anmerkung:

Das LAG Düsseldorf setzt sich in dieser Entscheidung ausführlich mit der Rechtsprechung von EuGH und BAG auseinander. Das BAG hat bislang offengelassen, ob der Arbeitgeber aus dem Unionsrecht verpflichtet sei, auch ohne Aufforderung des Arbeitnehmers den vollen Urlaubsanspruch im Urlaubsjahr zu erfüllen. Auch der EuGH hat noch nicht abschließend geurteilt, inwieweit Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 Unternehmen verpflichtet, den Mitarbeitern im Hinblick auf den Schutz der Sicherheit und der Gesundheit bei der Arbeitszeitgestaltung Urlaub bis zum Ablauf des Kalenderjahrs bzw. des maßgeblichen Übertragungszeitraums zu gewähren, ohne dass der Mitarbeiter einen Urlaubsantrag gestellt habe. Dementsprechend fühlten sich die Richter des LAG Düsseldorf frei, entsprechend zu entscheiden. Allerdings ist diese Rechtsauffassung in der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte stark umstritten. Die Gegenauffassung vertritt beispielsweise das LAG München (Urteil vom 6. Mai 2015 – 8 Sa 982/14). ■

Einsatz von Detektiven im Arbeitsrecht künftig nur noch zur Aufdeckung von Straftaten rechtmäßig?

Es entspricht gängiger Praxis, dass Arbeitgeber sich der Hilfe von Detektiven bedienen, um Fehlverhalten von Mitarbeitern aufdecken und nachweisen zu können. Oftmals geht es darum, nachzuweisen, dass ein krankgemeldeter Arbeitnehmer tatsächlich gar nicht krank ist. Eine aktuelle Entscheidung des LAG Baden-Württemberg stellt dieses Vorgehen jedoch teilweise infrage.

Ein Mitarbeiter war seit dem 20. Januar 2015 dauerhaft arbeitsunfähig erkrankt. Er erhielt Entgeltfortzahlung bis zum 2. März 2015. Sein Arbeitgeber hatte den Verdacht, dass der Arbeitnehmer während der Zeit der Krankmeldung einer Konkurrenztätigkeit im Unternehmen seiner Söhne nachging und mithin nicht wirklich erkrankt war. Der Verdacht rührte daher, dass die Söhne mit der Erfahrung ihres Vaters für das Unternehmen warben. Im Juni 2015 engagierte das Unternehmen daher einen Detektiv zur Aufklärung des Sachverhalts. Dieser bestätigte den Verdacht, weil er den vermeintlich erkrankten Mitarbeiter am Montagetisch im Unternehmen seiner Söhne antraf.

Das Unternehmen sprach dem Arbeitnehmer unverzüglich die Kündigung aus. Er warf ihm vor, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschlichen, unberechtigt Entgeltfortzahlung erhalten und damit einen Betrug nach § 263 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) zulasten des Arbeitgebers begangen zu haben. Ferner warf man ihm wegen der wettbewerbswidrigen Konkurrenztätigkeit eine schwerwiegende Vertragsverletzung vor. Im Kündigungsschutzprozess berief sich das Unternehmen auf die Ermittlungsergebnisse des Detektivs aus Juni 2015. Der Arbeitnehmer stritt die Tätigkeit ab und gab an, während der Erkrankung nur ab und zu seine Söhne in deren Unternehmen besucht zu haben.

Im Ergebnis hatte die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers Erfolg. Die Richter urteilten, dass die Erkenntnisse des Detektivs aus Juni 2015 unter Verstoß gegen das BDSG gewonnen worden seien. Sie seien damit rechtswidrig erlangt worden und dürften im Prozess nicht verwertet werden. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG schreibe nämlich vor, dass eine Datenerhebung nur zur Aufdeckung von Straftaten erlaubt sei. Wettbewerbstätigkeiten erfüllten aber keinen Straftatbestand. Da der Detektiveinsatz erst im Juni 2015 und damit nach Ende des Entgeltfortzahlungszeitraums erfolgte, habe das Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit im zu entscheidenden Fall ebenfalls keinen Straftatbestand mehr dargestellt, da der Arbeitnehmer im Juni 2015 bereits keine Lohnfortzahlung mehr bezogen habe. Dementsprechend habe der Mitarbeiter seinen Arbeitgeber nicht getäuscht bzw. ihn nicht geschädigt (LAG Baden-Württemberg vom 20. Juli 2016 – 4 Sa 61/15). ■

Tipp für die Praxis:

Was den Wenigsten bewusst ist: Nach § 32 Abs. 2 BDSG kann eine Datenerhebung im Sinne von § 32 Abs. 1 BDSG auch eine nicht automatisierte Datenerhebung sein. Sammelt also ein Detektiv personenbezogene Daten eines Beschäftigten oder macht Fotos von dieser Person, ist der Anwendungsbereich des BDSG nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung eröffnet (siehe etwa BAG vom 19. Februar 2015 – 8 AZR 1007/13).

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Rechtsfrage ist die Revision zugelassen worden. Es bleibt also spannend, ob auch das BAG den Einsatz von Detektiven nur noch zur Aufklärung von Straftaten erlaubt. Für Arbeitgeber würde es zukünftig dann noch schwerer, Vertragsverletzungen nachzuweisen. Bis dahin kann nur zu größter Vorsicht geraten werden, wenn erwogen wird, einen Detektiv einzusetzen.

Benachteiligung von Arbeitnehmern in Elternzeit bei Massenentlassungen

Unternehmen sind verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor sie eine bestimmte – in § 17 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) geregelte – Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb von 30 Kalendertagen entlassen. Vor der Massenentlassungsanzeige muss der Arbeitgeber den Betriebsrat über die beabsichtigte Massenentlassung unterrichten und mit ihm über die Möglichkeiten beraten, diese zu vermeiden oder einzuschränken (sog. Konsultationsverfahren, § 17 Abs. 2 KSchG). Kündigungen, die der Arbeitgeber ohne Konsultationsverfahren und ohne eine nach § 17 KSchG wirksame Massenentlassungsanzeige ausgesprochen hat, sind nichtig.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hatte unlängst über die Verfassungsbeschwerde einer Arbeitnehmerin zu entscheiden, die als Mitglied des Bodenpersonals bei einer Fluggesellschaft angestellt war. Die Arbeitgeberin stellte sämtliche Flüge von, nach und in Deutschland ein und kündigte in diesem Zusammenhang allen in Deutschland beschäftigten Mitarbeitern. Nachdem das Unternehmen den örtlichen Betriebsrat angehört und eine Massenentlassungsanzeige für alle Arbeitsverhältnisse vor Ort erstattet hatte, sprach es im Dezember 2009 und Januar 2010 die geplanten Kündigungen aus. Das BAG erklärte diese für unwirksam, weil das Konsultationsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden war.

Als die ersten Kündigungen im Dezember 2009 und Januar 2010 ausgesprochen wurden, befand sich die Mitarbeiterin gerade in der Elternzeit. Ihre Kündigung bedurfte daher der Zustimmung der obersten Landesbehörde und konnte gemäß § 18 Abs. 1 S. 3 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) (noch) nicht ausgesprochen werden. Nachdem die fehlende Zustimmung erteilt wurde, kündigte die Fluggesellschaft im März 2010 auch dieses Arbeitsverhältnis. Die von der Arbeitnehmerin hiergegen eingelegte Kündigungsschutzklage ging bis vor das BAG. Die Richter entschieden, die Kündigung sei nicht anzeigepflichtig gewesen, da keine Massenentlassung vorgelegen habe. Die Kündigung habe nicht im Zusammenhang mit den Kündigungen der anderen Beschäftigten gestanden und falle damit nicht in die 30-Tage-Frist des § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügte die Mitarbeiterin, sie werde durch das Urteil des BAG aufgrund ihrer Elternzeit diskriminiert. Wenn ihre Kündigung nicht der Zulässigkeitserklärung durch die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde bedurft hätte, wäre ihr gleichzeitig mit den anderen Beschäftigen im zeitlichen Zusammenhang mit der Massenentlassung gekündigt worden und ihre Kündigung wäre ebenfalls wegen Mängeln im Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG unwirksam gewesen.

Die Richter des BVerfG gaben ihr recht. Das Urteil verletze den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Das BAG habe seine Entscheidung ausschließlich nach dem Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ausgerichtet. Insbesondere in Fällen der Betriebsstilllegung ergebe sich hieraus ein geringeres Schutzniveau für Personen, die nach dem Willen des Gesetzgebers schutzwürdig seien und deshalb besonderen Kündigungsschutz genössen. Denn im Falle einer Betriebsstilllegung erkläre die zuständige oberste Landesbehörde die Kündigungen trotz der Elternzeit regelmäßig für zulässig. Die Verzögerung durch das Abwarten auf diese Erklärung führe aber dazu, dass die Kündigung erst außerhalb des für eine Massenentlassung relevanten 30-Tage-Zeitraums ausgesprochen werden könne. Somit griffen diese Schutzmechanismen nicht. Die Gestaltungsoption des Betriebsrates und die frühzeitige Einschaltung der Agentur für Arbeit vor Ausspruch der Kündigung würden denjenigen genommen, die aufgrund besonderer Schutznormen aus dem Verfahren der Massenentlassung herausfielen. Dieser Nachteil werde auch nicht dadurch kompensiert, dass es aufgrund des Verwaltungsverfahrens regelmäßig zu einem späteren Kündigungstermin komme.

Weiterhin – so die Richter des BVerfG – führe das Urteil des BAG zu einer faktischen Benachteiligung wegen des Geschlechts und verstoße somit gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Zwar knüpfe die Schlechterstellung an die Elternschaft an, sie treffe jedoch Frauen in erheblich höherem Maße als Männer, weil Elternzeit jedenfalls bislang in evident höherem Maße von Frauen in Anspruch genommen werde (BVerfG vom 8. Juni 2016 – 1 BvR 3634/13). ■

Tipp für die Praxis:

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung des BVerfG, dass der Arbeitgeber vorsorglich auch alle Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz in das Massenentlassungsverfahren einbeziehen muss, auch wenn solche Kündigungen außerhalb des 30-Tage-Zeitraums zugehen. Was genau das bedeutet – ob bei Beschäftigten mit Sonderkündigungsschutz der 30-Tage-Zeitraum nach § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG nur dann eingreift, wenn die Antragstellung auf Zustimmung zur Kündigung bei der zuständigen Behörde innerhalb dieses Zeitraums erfolgt ist, oder ob das Massenentlassungsverfahren auch bei einer späteren Antragstellung durchzuführen ist –, bleibt abzuwarten.

Kündigung und Kündigungsschutz

Voraussetzungen einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrates

Beabsichtigt der Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer zu kündigen, so hat er nach § 102 Abs. 1 S. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) den Betriebsrat vorher anzuhören. Hat der Betriebsrat gegen die Kündigung Bedenken, so muss er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitteilen (§ 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG). Der Betriebsrat muss mit seiner Äußerung allerdings nicht bis zum Fristablauf warten. Er kann bereits vor diesem Zeitpunkt zur mitgeteilten Kündigungsabsicht des Arbeitgebers abschließend Stellung nehmen und das Anhörungsverfahren damit vorzeitig beenden. Einer Äußerung des Betriebsrates während der Wochenfrist kommt jedoch nur dann fristverkürzende Wirkung zu, wenn ihr der Arbeitgeber unzweifelhaft entnehmen kann, dass es sich um eine abschließende Stellungnahme handelt. Ist dies nicht eindeutig, ist der Inhalt der Mitteilung des Betriebsrates durch Auslegung zu ermitteln. Der Arbeitgeber muss davon ausgehen können, dass der Betriebsrat unter keinen Umständen weitere Äußerungen tätigen möchte.

Die Kriterien für eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrates konkretisierte das BAG unlängst in einer aktuellen Entscheidung. In dem zugrunde liegenden Fall hörte der Arbeitgeber den Betriebsrat mit Schreiben vom 20. November 2012 zu einer von ihm geplanten Kündigung an. Die Wochenfrist wäre also am 27. November 2012 um 24.00 Uhr abgelaufen. Mit Schreiben vom 26. November 2012 erklärte die Betriebsratsvorsitzende, der Betriebsrat habe „beschlossen, gegen die beabsichtigte Änderungskündigung Widerspruch einzulegen". Zur Begründung führte sie u. a. aus, der Betriebsrat halte das Änderungsangebot mit der signifikanten Abschmelzung des Gehalts nicht für zumutbar. Im Schlusssatz des Schreibens hieß es:

„Um eine abschließende Abwägung der Gehaltseinbußen durchführen zu können, bittet der Betriebsrat um weitere Informationen: wie hoch ist das derzeitige Bruttojahresgrundgehalt des Klägers?"

Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. November 2012, das dem Arbeitnehmer noch am selben Tag und damit vor Ablauf der Wochenfrist übergeben wurde. Gegen die Kündigung legte der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage ein, die schließlich in letzter Instanz dem BAG zur Entscheidung vorlag. Nach Auffassung der Richter ist die Kündigung unwirksam, da das Anhörungsverfahren zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs noch nicht beendet gewesen sei. Besondere Anhaltspunkte für eine abschließende Stellungnahme lägen regelmäßig vor, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber mitteile, er stimme der beabsichtigten Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zu oder erkläre, von einer Äußerung zur Kündigungsabsicht abzusehen. In anderen Fällen werde der Arbeitgeber nur von einer abschließenden Stellungnahme ausgehen können, wenn aus seiner Sicht eine weitere Äußerung des Betriebsrats zur Kündigungsabsicht ausgeschlossen sei. Dazu sei es nicht ausreichend, dass der Betriebsratsvorsitzende dem Arbeitgeber das Ergebnis der Beschlussfassung des Gremiums mitgeteilt habe. Dies schließe für sich allein eine erneute Beschlussfassung

des Betriebsrats oder eine Ergänzung der mitgeteilten Beschlussgründe durch den Vorsitzenden nicht aus. Fehle es an sicheren Anhaltspunkten dafür, dass sich der Betriebsrat in keinem Fall mehr zur Kündigungsabsicht äußern werde, müsse der Arbeitgeber, sofern er die Kündigung vor Ablauf der Wochenfrist erklären wolle, beim Betriebsratsvorsitzenden nachfragen und um entsprechende Klarstellung bitten. Auf dessen Erklärung dürfe er sich verlassen (BAG vom 25. Mai 2016 – 2 AZR 345/15). ■

Tipp für die Praxis:

Das Urteil zeigt erneut, dass die Auslegung der Stellungnahme des Betriebsrates als „abschließend" tückisch ist. Der Arbeitgeber ist gut beraten, die Wochenfrist vorsichtshalber abzuwarten oder aber – wenn die Zeit drängt – vorsichtshalber beim Betriebsrat bzw. Betriebsratsvorsitzenden nachzufragen und um eindeutige schriftliche Klarstellung zu bitten.

Kündigung und Kündigungsschutz

Grobe Beleidigung von Vorgesetzten mittels Emoticons rechtfertigt nicht unbedingt eine Kündigung

Das BAG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass grobe Beleidigungen des Arbeitgebers, dessen Vertreter und Repräsentanten oder der Kollegen als erheblicher Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB einzuordnen und „an sich" geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu stützen (BAG vom 10. Dezember 2009 – 2 AZR 534/08; BAG vom 7. Juli 2011 – 2 AZR 355/10). Ob eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Loyalitätspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB vorliegt, ist anhand einer Abwägung der betroffenen (Grund-) Rechtspositionen und Interessen der Parteien zu bestimmen. Aufseiten des Arbeitnehmers ist hierbei Art. 5 Grundgesetz (GG) zu berücksichtigen, sofern weder eine Schmähkritik noch eine unwahre Tatsachenbehauptung vorliegt. Aufseiten des Arbeitgebers sind häufig dessen unternehmerische Betätigungsfreiheit aus Art. 12, 14 GG und das Recht der persönlichen Ehre aus Art. 2 Abs. 1 GG tangiert.

Soweit es um die Beurteilung sogenannter Postings bei Facebook geht, muss neben Inhalt und Kontext berücksichtigt werden, dass Äußerungen bei Facebook unter Umständen einem besonders großen Empfängerkreis zugänglich gemacht werden. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Äußerung in einem „privaten Chatbereich" kundgetan wurde, der nur den „Facebook-Freunden" zugänglich war.

Das LAG Baden-Württemberg hatte unlängst über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Arbeitnehmer sich an einem Gespräch auf der öffentlich einsehbaren Facebook-Chronik eines Kollegen beteiligte, der über seine Krankschreibung wegen eines Arbeitsunfalls berichtet hatte. In diesem Gespräch wurden überwiegend nur Spitznamen gebraucht. Unter anderem äußerte sich der Mitarbeiter auf der Facebook-Seite wie folgt:

„Das fette (Emoticon: Schwein) dreht durch!!! (Emoticons: gehässig lachende Smileys) (…) und der (Emoticon: Bär)kopf auch!!! (Emoticons: gehässig lachende Smileys)"

Der Arbeitgeber ging davon aus, dass mit den so bezeichneten Personen zwei Vorgesetzte des Mitarbeiters gemeint waren, darunter einer, der sehr korpulent ist, und ein anderer, der krankheitsbedingt eine sehr breite Stirnfront sowie eine breite

Nase und breitere Hände hat. Er kündigte das Arbeitsverhältnis wegen dieser Äußerungen auf Facebook fristlos und hilfsweise fristgerecht.

Die Richter hielten die Kündigung für unwirksam. Sowohl vor Ausspruch einer außerordentlichen als auch einer ordentlichen Kündigung hätte der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer erst eine Abmahnung aussprechen müssen. Zwar liege – unterstellt, es seien die beiden Vorgesetzten gemeint gewesen – eine grobe Beleidigung vor, die an sich eine außerordentliche Kündigung rechtfertige. Die Interessenabwägung falle jedoch zugunsten des Mitarbeiters aus. Angesichts der tatsächlichen Gesamtumstände sei davon auszugehen, dass dem Arbeitnehmer die Tragweite seines Tuns und die Reichweite seiner Beleidigungen nicht bewusst waren. Er sei offenkundig davon ausgegangen, dass die von ihm verwendeten Codes und Spitznamen nicht allgemein verständlich seien, sondern nur für Eingeweihte, insbesondere für den Chronikinhaber. Die Beleidigungen seien zudem Ausdruck des vielfach zu beobachtenden Phänomens, dass unter dem Schutz der Anonymität der sozialen Netzwerke deutlich heftiger „vom Leder gezogen" werde als in einem persönlichen Gespräch. Dies rechtfertige das Verhalten des Arbeitnehmers zwar nicht, mache aber deutlich, dass eine Abmahnung nicht von vornherein aussichtslos gewesen wäre. Es sei vielmehr zu erwarten gewesen, dass eine Abmahnung dem Mitarbeiter die Außenwirkung seiner Beleidigungen deutlich gemacht und er künftig solche Beleidigungen voraussichtlich unterlassen hätte. Schließlich sei auch zu berücksichtigen, dass der Mitarbeiter 16 Jahre lang beanstandungsfrei für das Unternehmen tätig gewesen sei und daher einen Vertrauensbonus aufgebaut habe (LAG Baden-Württemberg vom 22. Juni 2016 – 4 Sa 5/16). ■

Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung zeigt, dass es bei Beleidigungen des Arbeitgebers auf Facebook keinerlei Gewissheit gibt, ob eine Kündigung vor Gericht standhält. Grundsätzlich stellen derartige Beleidigungen zwar einen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Im Rahmen der Interessenabwägungen und der Betrachtung des Einzelfalles kann das Ergebnis dann aber doch wieder ganz anders ausfallen. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob eine Abmahnung hier nicht entbehrlich gewesen wäre, weil die Zusammenarbeit dem Arbeitgeber nicht mehr zumutbar war.

Ab- und Rückmeldepflicht für freigestellte Betriebsratsmitglieder

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind nicht freigestellte Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Ein Betriebsratsmitglied, das seinen Arbeitsplatz verlässt, um Aufgaben nach dem BetrVG wahrzunehmen, hat sich nach ständiger Rechtsprechung des BAG beim Arbeitgeber abzumelden. Es ist auch verpflichtet, sich zurückzumelden, sobald es nach Beendigung der Betriebsratstätigkeit seine Arbeit wieder aufnimmt.

Die Ab- und Rückmeldepflicht sowie die Pflicht zur Information des Arbeitgebers über die voraussichtliche Dauer der Abwesenheit vom Betrieb gehören auch bei den nach § 38 Abs. 1 BetrVG von der Arbeitsleistung freigestellten Betriebsratsmitgliedern zu den Nebenpflichten. Dies bestätigte der 7. Senat des BAG erneut in einer aktuellen Entscheidung über drei freigestellte Betriebsratsmitglieder, die beabsichtigten, ihren Anwalt in seiner Kanzlei zwecks Rechtsberatung aufzusuchen. Die Arbeitgeberin verlangte von ihnen, dass sie sich ab- und zurückmelden. Darüber hinaus bestand sie darauf, dass ihr die genaue Dauer sowie der Ort der externen Betriebsratstätigkeit mitgeteilt werde. Nur so könne festgestellt werden, ob Aufgaben nach dem BetrVG wahrgenommen würden. Der Betriebsrat und die freigestellten Betriebsratsmitglieder weigerten sich, die gewünschten Angaben zu machen. Nach ihrer Auffassung bestand kein berechtigtes Interesse der Arbeitgeberin an der An- und Abmeldung freigestellter Betriebsratsmitglieder.

Das BAG gab der Arbeitgeberin im Wesentlichen recht. Die Pflicht zur Ab- und Rückmeldung für freigestellte Betriebsratsmitglieder ergebe sich aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gem. § 2 BetrVG und als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis nach § 241 BGB.

Die Richter stellten in erster Linie einen Vergleich zu nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern an. Bei Letzteren sei die Auskunftspflicht erforderlich, da der Arbeitgeber bei ihrer Abwesenheit Organisationsmaßnahmen treffen müsse, um den Arbeitsausfall kompensieren zu können. Bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern bestehe dieses Organisationserfordernis zwar nicht, der Arbeitgeber müsse aber trotzdem darüber Bescheid wissen, wann und wie lang diese Betriebsratsmitglieder abwesend sind, um sich bei mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten an andere Betriebsratsmitglieder wenden zu können. Im Ergebnis bejahten die Richter eine Pflicht der freigestellten Betriebsratsmitglieder zur An- und Abmeldung sowie zur Angabe des genauen Abwesenheitszeitraums. Die Betriebsräte seien indes nicht gehalten, den Ort der externen Betriebsarbeit anzugeben. Um Dispositionen während der Abwesenheit der Betriebsratsmitglieder treffen zu können, sei diese Information nicht erforderlich. Damit bestünde kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers (BAG vom 24. Februar 2016 – 7 ABR 20/14). ■

Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung vom BAG hat durchaus wegweisenden Charakter, da sie die schon seit Jahren bestehende Rechtsprechung über die Ab- und Rückmeldepflicht nicht freigestellter Betriebsratsmitglieder nun auf alle Mitglieder des Betriebsrates ausweitet.

Klarstellend erwähnen die Richter, dass zur etwaigen Kostenerstattung von Anreise- oder Beratungskosten solcher externen Betriebsratstätigkeiten nach wie vor – wenn auch nachträglich – die Angabe des Ortes oder der genauen Betriebsratstätigkeit erforderlich sein wird.

Kein umfassendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim betrieblichen Eingliederungsmanagement

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG i. V. m. § 84 Abs. 2 S. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) IX gemeinsam mit dem Arbeitgeber Verfahrensgrundsätze zur Klärung der Möglichkeiten der Überwindung der Arbeitsunfähigkeit und zur Vorbeugung neuer Arbeitsunfähigkeit aufzustellen, wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind. Ihm obliegen mithin Ausgestaltungsrechte beim BEM. Soweit es dann aber um die Umsetzung konkreter Maßnahmen des Gesundheitsschutzes geht, endet das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dies ist allein Aufgabe des Arbeitgebers. Folglich darf auch eine Einigungsstelle nicht über derartige Umsetzungsmaßnahmen entscheiden, so das BAG in einem Beschluss aus diesem Frühjahr.

Im zu entscheidenden Fall stritten die Betriebsparteien über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs. Dieser sah für die Durchführung des BEM die Bildung eines Integrationsteams vor. Letzteres sollte sich aus je einem Vertreter des Arbeitgebers und des Betriebsrats zusammensetzen. Der Spruch der Einigungsstelle schrieb zudem vor, dass das Team mit dem betroffenen Arbeitnehmer

— das BEM durchzuführen,
— konkrete Maßnahmen zu beraten und dem Arbeitgeber vorzuschlagen sowie
— den nachfolgenden Prozess zu begleiten habe.

Die Richter des 1. Senats entschieden, dass die Einigungsstelle ihre Zuständigkeit überschritten habe. Der Spruch habe sich nicht auf die Ausgestaltung eines BEM beschränkt. Vielmehr habe er die Beteiligung des Integrationsteams an der allein dem Arbeitgeber obliegenden Umsetzung der Maßnahmen vorgesehen. Insbesondere sei die Bildung des Integrationsteams unwirksam gewesen, da diesem – und damit auch dem Betriebsrat – verbindliche Entscheidungsbefugnisse übertragen wurden, die nach dem Gesetz allein dem Arbeitgeber zustünden. Im Einzelnen stünden dem Betriebsrat/Integrationsteam folgende Rechte ausdrücklich NICHT zu:

— stete Teilnahme an einem Erstgespräch mit dem betroffenen Mitarbeiter ohne Zustimmung des Arbeitnehmers,
— Umsetzung und Überprüfung von Maßnahmen des BEM,
— verbindliches Vorschlagsrecht für konkrete arbeitsplatzbezogene Maßnahmen in Bezug auf erkrankte Mitarbeiter (BAG vom 22. März 2016 – 1 ABR 14/14). ■

Tipp für die Praxis:

In der Praxis sollte genau geprüft werden, wie weit die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beim BEM tatsächlich reichen. Soweit es um die Umsetzung von Maßnahmen geht, enden in aller Regel die Rechte des Betriebsrats. Wird ein Mitarbeiter zu einem Erstgespräch gebeten, sollte in dem Einladungsschreiben der Hinweis enthalten sein, dass dieses Gespräch auch ohne Betriebsratsbeteiligung durchgeführt werden kann.

Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG – Abgrenzung von Ordnungs- und Arbeitsverhalten bezüglich Ordnung und Sauberkeit am Arbeitsplatz

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht, wenn Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer betroffen sind. Maßnahmen, die ausschließlich das Arbeitsverhalten regeln, kann der Arbeitgeber einseitig anweisen. Sofern eine Anordnung beides berührt, bestimmt sich die Mitbestimmungspflicht danach, welcher Bereich schwerpunktmäßig betroffen ist.

Wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern Weisungen erteilen möchte, die die Gestaltung des Arbeitsplatzes oder das Verhalten am Arbeitsplatz betreffen, so muss er sich folglich zuvor die Frage stellen, ob es sich um mitbestimmungsfreie Arbeitsanweisungen handelt oder ob Angelegenheiten der Ordnung des Betriebs geregelt werden, die der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen.

Das Arbeitsgericht Würzburg hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Arbeitgeber an seine Mitarbeiter eine E-Mail mit dem Betreff „Rundschreiben Sauberkeit und Ordnung – Facility Management" richtete. Das Rundschreiben leitete ein mit dem Satz:

„Aus gegebenem Anlass möchten wir Sie über Reglungen bezüglich des persönlichen Verhaltens am Arbeitsplatz insbesondere hinsichtlich Sauberkeit und Aufgeräumtheit informieren, welche ab sofort zu beachten sind."

Im Weiteren hatte der Arbeitgeber konkrete Regelungen, insbesondere zu den Punkten „Sauberkeit und Ordnung" aufgestellt, die von den Beschäftigten sofort beachtet und eingehalten werden sollten. Der Betriebsrat war der Auffassung, der Arbeitgeber habe mit diesen Regelungen die betriebliche Mitbestimmung verletzt. Er beantragte beim Arbeitsgericht, derartige einseitige Anordnungen zu unterlassen, solange nicht die Zustimmung des Betriebsrats eingeholt oder durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt worden sei.

Die Richter des Arbeitsgerichts gaben dem Betriebsrat teilweise recht. Sie entschieden, dass folgende Weisungen das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer und die Frage des Zusammenlebens im Betrieb jedenfalls überwiegend betrafen, sodass insoweit ein Mitbestimmungsrecht bestand:

- die Anordnung, dass persönliche Gegenstände nicht mehr als 10 % der Schreibtischfläche einnehmen dürfen,
- die Vorgabe, dass Arbeitsplätze der Kollegen nicht mitbenutzt werden dürfen,
- die Anordnung, dass alle unnötigen Gegenstände von den Schrankoberseiten entfernt und ggf. archiviert werden sollen sowie
- die Weisung, wie persönlich mitgebrachte Pflanzen zu behandeln sind.

Kein Mitbestimmungsrecht habe bezüglich folgender Anweisungen bestanden:

- das Verbot des Beklebens von Möbeln und Glasflächen,
- die Anordnung, Gespräche so zu führen, dass dadurch Kollegen nicht gestört werden können, da sie das Arbeitsverhalten betreffe,
- die Weisung, den Müll zu trennen, da sie auf gesetzlicher Verpflichtung beruhe, und
- die Anordnung, den Arbeitsplatz bei Verlassen des Büros aufzuräumen. Diese Weisung betreffe zwar das Ordnungsverhalten, eine Mitbestimmung bestehe aber nicht, da die Reinigung der Arbeitsplätze durch einen externen Dienstleister sonst nicht erfolgen könne.

Der Betriebsrat legte gegen den Beschluss Beschwerde zum LAG Nürnberg ein, soweit die Anträge zurückgewiesen wurden (ArbG Würzburg vom 8. Juni 2016 – 12 BV 25/15).

Das LAG Berlin-Brandenburg hatte sich mit einem ähnlich gelagerten Fall zu befassen. Es ging um eine Anordnung des Arbeitgebers, mit

der den Arbeitnehmern das Essen am Arbeitsplatz untersagt werden sollte.

Ein Callcenter informierte seine Arbeitnehmer per E-Mail darüber, dass „das Essen am Arbeitsplatz untersagt" sei. Hierfür und für die Vorbereitung von Speisen stehe die Küche zur Verfügung. Der Betriebsrat wies noch am gleichen Tag auf die Notwendigkeit seiner Beteiligung hin. Nachdem der Arbeitgeber hierauf lediglich mit einem Hinweis auf Hygiene- und Gesundheitsschutzüberlegungen reagierte, schaltete der Betriebsrat das Arbeitsgericht ein. Das Arbeitsgericht Berlin gab dem Antrag statt und erließ die begehrte einstweilige Verfügung. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Callcenters hatte vor dem LAG keinen Erfolg.

Die Richter entschieden, dem Betriebsrat habe ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zugestanden. Das Essensverbot betreffe das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb und nicht deren – mitbestimmungsfreies – Arbeitsverhalten. Mit dem Verbot solle das Verhalten der Mitarbeiter untereinander koordiniert und außerdem verhindert werden, dass arbeitende Beschäftigte dem Essverhalten der Kollegen oder Essensgerüchen ausgesetzt würden. Ein Bezug zum Arbeitsverhalten ergebe sich auch nicht daraus, dass der Arbeitgeber mit dem Essverbot am Arbeitsplatz zudem eine Beschmutzung oder Beschädigung von Tastaturen und anderen in seinem Eigentum stehenden Geräten verhindern wolle. Auch dieses Anliegen ziele allein oder wenigstens prioritär auf das Zusammenwirken der Arbeitnehmer und damit auf die Ordnung im Betrieb ab (LAG Berlin-Brandenburg vom 12. Juli 2016 – 7 TaBVGa 520/16). ■

Tipp für die Praxis:

Mitbestimmungsrechte bestehen nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung z. B. bei Alkohol- und Rauchverboten (BAG vom 19. Januar 1999 – 1 AZR 499/98), bei der Nutzung von Parkflächen, bei Modalitäten der zugelassenen privaten Internetnutzung sowie bei Fragen der Berufskleidung (BAG vom 17. Januar 2012 – 1 ABR 45/10). Mitbestimmungsfrei sind hingegen mögliche Anordnungen zum Ausfüllen von Überstundennachweisen oder auch Dienstreiseordnungen mit Regelungen zum Aufwendungsersatz.

Die Abgrenzung zwischen Ordnungs- und Arbeitsverhalten ist im Einzelfall schwierig und die bislang bestehende Rechtsprechung ist noch nicht ausgeprägt. Die Entscheidungen geben insofern nur eine erste Orientierungshilfe.

Aktuell

Vorträge

Dr. Alexander Bissels, „Gesetzliche Änderungen bei Arbeitnehmerüberlassung, Werkvertrag & Co.“, Vortrag für Datakontext am 14. März 2017 in Frankfurt/Main und am 21. März 2017 in Köln

Dr. Angela Emmert, „Haftungsfallen beim Nachunternehmereinsatz! Risikobegrenzung und Praxistipps; Update“, Vortrag für die Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen am 1. Februar 2017 in Mannheim

Dr. Andreas Hofelich, „Neue Spielregeln bei der betrieblichen Altersversorgung durch die EU-Mobilitäts-Richtlinie“, Vortrag für Datakontext am 15. März 2017 in Berlin

HR Fitness Club, „Mergers, Akquisition und andere Wertvernichter – Organisationsentwicklung braucht Methode“

— 1. Februar 2017, Köln
— 13. Februar 2017, Frankfurt / Main
— 21. Februar 2017, Hamburg
— 22. Februar 2017, Berlin

Aktuell

Veröffentlichungen

Dr. Alexander Bissels / Dr. Kathrin Schroeders, LL. M., „Aktuelles Arbeitsrecht in Krise und Insolvenz – Mai 2016 bis Juli 2016“, Aufsatz in „Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht“, 2016, S. 680 ff.

Dr. Alexander Bissels, „‚Reizthema‘ Arbeitszeitkonto: Minusstunden bei andauerndem Einsatz“, Aufsatz in der Zeitschrift „Aktueller Informationsdienst für Personaldienstleister“, 2016, Heft 10, S. 3 ff.

Dr. Angela Emmert / Dr. Johannes Traut, Mitautoren des Buches „Mergers & Acquisitions im Krankenhaussektor“, Kapitel „Arbeitsrechtliche Besonderheiten in der Post Merger Integration“, Timmreck (Hrsg.), Verlag Kohlhammer, 1. Auflage 2016

Martina Hidalgo, „Zielbonus und Zielbonussysteme – wie man sie gestaltet und welche rechtlichen Rahmenbedingungen gelten“, Handbuch Kulturmanagement, Ausgabe Nr. 52 / 2016

Impressum

Das Update Arbeitsrecht wird verlegt von CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB.

CMS Hasche Sigle
Lennéstraße 7
10785 Berlin

Verantwortlich für die fachliche Koordination:

Dr. Alexander Bissels
CMS Hasche Sigle
Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18
50678 Köln

Dr. Jessica Blattner
CMS Hasche Sigle
Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18
50678 Köln

Martina Hidalgo
CMS Hasche Sigle
Nymphenburger Straße 12
80335 München

Dr. Stefanie Klein-Jahns
CMS Hasche Sigle
Kranhaus 1 | Im Zollhafen 18
50678 Köln

C/M/S/ Law-Now™
Law . Tax

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu
vielfältigen juristischen Themen.
www.cms-lawnow.com

C/M/S/ e-guides
Law . Tax

Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche
und juristisches Expertenwissen nach Maß.
eguides.cmslegal.com

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozietäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking, Shanghai und Teheran für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozietäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozietäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozietäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozietäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozietät“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozietäten oder deren Büros beziehen.

CMS-Standorte:
Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt / Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.
cms.law

© CMS Hasche Sigle (Dezember 2016) – UMR

Your World First

C/M/S/
Law.Tax

Sonderbeilage zum Update Arbeitsrecht: Was erwartet uns 2017?

Die Legislaturperiode neigt sich langsam dem Ende zu und letzte Gesetzgebungsvorhaben aus dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD werden noch umgesetzt. Im Folgenden geben wir Ihnen einen Überblick über die im nächsten Jahr zu erwartenden Gesetzesänderungen. Wiedergegeben wird der Stand der Gesetzgebung bei Redaktionsschluss.

1. Koalitionsausschuss einigt sich auf Lohngleichheitsgesetz

Die Spitzen der Großen Koalition haben am 6. Oktober 2016 den ersten Entwurf eines „Gesetzes für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Männern und Frauen" (Lohngleichheitsgesetz) verabschiedet. Danach sollen Beschäftigte in Betrieben mit mehr als 200 Arbeitnehmern künftig ein einklagbares Recht auf Offenlegung der Gehälter haben und so in Erfahrung bringen können, ob sie genauso viel verdienen wie vergleichbare Beschäftigte. Sollte dies nicht der Fall sein, besteht ein Anspruch auf Nachzahlung. Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten sollen sich darüber hinaus künftig mindestens alle fünf Jahre einem „betrieblichen Prüfverfahren" unterziehen müssen. Geprüft werden soll insbesondere, ob und wo Frauen systematisch benachteiligt werden.

Für tarifgebundene Unternehmen mit Betriebsrat sieht das Gesetzesvorhaben Erleichterungen vor. So soll hier etwa das „betriebliche Prüfverfahren" entfallen. Ferner kann auf die tarifliche Entgeltregelung verwiesen werden. Der Auskunftsanspruch soll hier nicht direkt durch die Beschäftigten, sondern vom Betriebsrat oder bei Fehlen eines Betriebsrats durch Vertreter, die die Tarifpartner festlegen, wahrgenommen werden. In Betrieben ohne Tarifbindung und mit Betriebsrat nimmt grundsätzlich der Betriebsrat den Auskunftsanspruch wahr. Betriebsrat und Arbeitgeber haben das Recht, festzustellen, dass der Auskunftsanspruch stattdessen unmittelbar gegenüber dem Arbeitgeber gilt. Gibt es keinen Betriebsrat, wird der Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers direkt gegenüber dem Arbeitgeber wahrgenommen. Wann das Gesetz in Kraft treten soll, steht noch nicht fest. Geplant ist, dass das Gesetz noch im Dezember in den Bundestag eingebracht und im Sommer 2017 verabschiedet wird.

2. Neuregelung des Mutterschutzes

Am 4. Mai 2016 hat das Bundeskabinett den Gesetzesentwurf zur Neuregelung des Mutterschutzrechts beschlossen, Bundestag und Bundesrat haben den Entwurf im Wesentlichen begrüßt. Die Reform des 65 Jahre alten Gesetzes soll den Mutterschutz an die heutige Arbeitswelt anpassen und neue gesundheitswissenschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen berücksichtigen. Die wesentlichen Neuerungen bestehen in der Einbeziehung von Schülerinnen und Studentinnen, der Anpassung der Schutzfristen nach der Geburt eines behinderten Kindes (zwölf Wochen statt bisher acht Wochen) sowie der Einführung eines Kündigungsschutzes bei Fehlgeburten. Gleichzeitig soll der Mutterschutz bezüglich Sonn- und Feiertagsarbeit flexibler gestaltet werden, indem die werdende Mutter entscheiden kann, ob sie auch solche Arbeit verrichten möchte oder nicht. Für den Arbeitgeber statuiert der Gesetzesentwurf jedoch erhöhte Dokumentations- und Informationspflichten sowie strenge Vorgaben hinsichtlich der Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen. Er erlegt Unternehmen in § 9 MuSchG n. F. gezielt die Pflicht einer generellen Gefährdungsbeurteilung auf. Im Rahmen der Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 5 ArbSchG hat der Arbeitgeber danach für jede Tätigkeit die Gefährdung zu beurteilen, denen eine schwangere oder stillende Frau ausgesetzt sein kann. Das Ergebnis dieser generellen Gefährdungsbeurteilung hat er zu dokumentieren und alle Personen, die bei ihm beschäftigt sind, hierüber und über den Bedarf an Schutzmaßnahmen zu informieren. Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände laufen aus diesem Grund bereits Sturm gegen den bestehenden Gesetzesentwurf. Im Rahmen der Beratung im Bundestag bliebe noch die Möglichkeit, den Gesetzesentwurf weiter auszubessern. Das Gesetz soll noch dieses Jahr verabschiedet werden und zum 1. Januar 2017 in Kraft treten.

3. AÜG-Reform passiert den Bundestag

Der Bundestag hat in der Sitzung vom 21. Oktober 2016 über die Reform des AÜG in zweiter und dritter Lesung beraten und das Gesetz beschlossen. Die grundsätzliche Struktur der AÜG-Reform ist im Bundestag nicht mehr verändert worden: Es bleibt bei einer arbeitnehmerbezogen zu bestimmenden Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten, von der durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche oder eine darauf aufsetzende Betriebsvereinbarung nach oben oder nach unten abgewichen werden kann. Es wird die zwingende Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes ab dem 9. Monat festgeschrieben, ohne dass in das Gesetz eine genaue Definition oder Formel aufgenommen wird, was Equal Pay eigentlich darstellt oder wie dieses in der Praxis zu bestimmen ist. Durch sog. Branchenzuschlagstarifverträge kann weiterhin vom Equal Pay abgewichen werden.

Die Fallschirmlösung wird durch die Einführung einer Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht zukünftig ausgeschlossen sein. Auch das grundsätzliche Streikverbot von Zeitarbeitnehmern bleibt unverändert. Im Übrigen zählen diese weiterhin bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung mit.

Auf der Zielgeraden wurden aufgrund der Empfehlung des federführenden Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 19. Oktober 2016 (BT-Drucksache 18/10064) jedoch noch einige Änderungen an dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 18/9232) vorgenommen. Erheblichen Anpassungen ist dabei v. a. die sog. Festhaltenserklärung des Zeitarbeitnehmers unterworfen worden, durch die dieser die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kunden bei einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung, einer Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer und einer Verletzung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht verhindern konnte. Diese Erklärung soll nach § 9 Abs. 2 AÜG n. F. nur wirksam sein, wenn

— der Zeitarbeitnehmer diese vor ihrer Abgabe persönlich in einer Agentur für Arbeit vorlegt,
— die Agentur für Arbeit die abzugebende Erklärung mit dem Datum des Tages der Vorlage und dem Hinweis versieht, dass sie die Identität des Zeitarbeitnehmers festgestellt hat, und
— die Erklärung spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Personaldienstleister oder dem Kunden zugeht.

Das Gesetz soll am 1. April 2017 in Kraft treten. Dies bedeutet, dass die im Rahmen der Reform eingeführten Neuerungen, u. a. Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 5, 6 AÜG n. F. auch erst ab diesem Zeitpunkt zu beachten sind.

Konsequenterweise wurde § 19 Abs. 2 AÜG n. F. angepasst: Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1 b AÜG n. F. und der Berechnung der Überlassungszeiten nach § 8 Abs. 4 S. 1 AÜG n. F. nicht berücksichtigt. Dies bedeutet, dass die gesetzliche Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten frühestens ab 1. Oktober 2018 erreicht sein kann. Die zwingende Anwendung des Equal-Pay-Grundsatzes ohne Abweichungsmöglichkeit muss damit (frühestens) ab dem 1. Januar 2018 beachtet werden.

Voraussichtlich am 25. November 2017 wird sich der Bundesrat mit dem Gesetz befassen müssen; es ist jedoch davon auszugehen, dass die Länderkammer dieses ohne weitere Änderungsvorschläge durchwinken wird. Die Reform wird also – wie vom Bundestag verabschiedet – kommen, allerdings erst später und mit einigen überraschenden Änderungen auf der Zielgerade.

4. Rentenreform Flexi-Rente

Schon jetzt gibt es Möglichkeiten, trotz bevorstehender Rente im Beruf zu bleiben. Die steigende Lebenserwartung, geringere Altersrenten und der Fachkräftemangel führen aber dazu, dass immer mehr Menschen über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus berufstätig sein möchten. Am 27. September 2016 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben (Flexi-Rentengesetz) beschlossen, der die bestehenden Möglichkeiten deutlich erweitert und mehr Flexibilität bei der Ausgestaltung gibt. Der Bundestag hat das Gesetz am 21. Oktober 2016 verabschiedet. Es soll Anfang 2017 in Kraft treten. Das Gesetz hat vor allem zwei Ziele:

1. Das flexible Arbeiten bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze soll gefördert werden und
2. ein Weiterarbeiten über die Regelaltersgrenze hinaus soll attraktiver gemacht werden.

Hier nun die wesentlichen Änderungen im Überblick:

— Kombination von Teilzeitarbeit und Teilrente: Die jetzt schon grundsätzlich bestehende Möglichkeit, vor Erreichen der Regelaltersgrenze eine Teilzeitarbeit durch eine Teilrente zu ergänzen, soll verbessert werden. Insbesondere sollen Teilrente und Hinzuverdienst flexibel und individuell miteinander kombiniert werden können. Hinzuverdienst soll im Rahmen einer Jahresbetrachtung stufenlos bei der Rente berücksichtigt werden. Gleiches soll für Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit gelten.
— Weiterarbeit bei vorgezogener Vollrente: Wer eine vorgezogene Vollrente wegen Alter bezieht und weiterarbeitet, soll dadurch künftig regelmäßig seinen Rentenanspruch erhöhen können. Auch Vollrentner sollen fortan in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig sein, bis sie die Regelaltersgrenze erreichen.
— Weiterarbeit nach Erreichen der Regelaltersgrenze: Um einen Anreiz für eine Beschäftigung auch nach Erreichen der Regelaltersgrenze zu setzen, soll die Möglichkeit geschaffen werden, auf die dann bestehende Versicherungsfreiheit zu verzichten. Die Beschäftigten sollen so weitere Entgeltpunkte in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben und ihren Rentenanspruch erhöhen können.

— Einzahlungsmöglichkeit für zusätzliche Rentenversicherungsbeiträge: Versicherte können früher und flexibler als bisher zusätzliche Beiträge in die Rentenversicherung einzahlen, um Rentenabschläge auszugleichen, die mit einer geplanten vorzeitigen Inanspruchnahme einer Altersrente einhergehen würden.
— Wegfall des Arbeitgeberbeitrags zur Arbeitslosenversicherung: Die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer soll für Arbeitgeber attraktiver werden, indem der bisher anfallende gesonderte Arbeitgeberbeitrag zur Arbeitslosenversicherung für Beschäftigte, die die Regelaltersgrenze erreicht haben und somit versicherungsfrei sind, für fünf Jahre entfällt.
— Information über Gestaltungsmöglichkeiten: Versicherte sollen gezielt über ihre Gestaltungsmöglichkeiten des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und die Auswirkungen auf ihre Rentenansprüche informiert werden.

5. Entwurf einer Verordnung zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen

Das Bundeskabinett hat die novellierte Arbeitsstättenverordnung beschlossen. Zum einen wurden Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) und Arbeitsschutzverordnung zu künstlichen optischen Strahlen (OStrV) geändert, zum anderen hat man die Bildschirmarbeitsverordnung (BildscharbV) in die ArbStättV integriert.

Wichtigste Neuerungen sind:

— Der Gesundheitsbegriff des § 3 ArbStättV umfasst nun sowohl die physische als auch die psychische Gesundheit. Beide Faktoren sind bei der Gewährleistung des Arbeitsschutzes zu berücksichtigen.
— § 3 a ArbStättV ordnet an, dass mit der ergonomischen Ausstattung des Arbeitsplatzes nicht nur einzelne Arbeitsmittel gemeint sind, sondern dass die gesamte Gestaltung des Arbeitsplatzes und des Arbeitsraumes diesem Ziel gerecht werden muss.
— Es wurden klare Regelungen für Telearbeitsplätze in die Arbeitsstättenverordnung aufgenommen (§ 2 Abs. 7 ArbStättV). Telearbeitsplätze sind vom Arbeitgeber für einen festgelegten Zeitraum eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, die klare Rahmenbedingungen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten erfordern. Grundlage ist eine Vereinbarung mit dem Beschäftigten über die Einrichtung eines Bildschirmarbeitsplatzes im Privatbereich, über die Arbeitszeit und die Arbeitsbedingungen/Arbeitsplatzgestaltung. Mit der gesetzlichen Neuregelung wird – laut Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 2. November 2016 – gleichzeitig klargestellt, dass beruflich bedingte „mobile Arbeit", z. B. das gelegentliche Arbeiten mit dem Laptop in der Freizeit oder das ortsungebundene Arbeiten, wie unterwegs im Zug, nicht vom Anwendungsbereich der ArbStättV erfasst wird.
— § 5 Abs. 2 ArbStättV stellt klar, dass Schutzmaßnahmen auch zugunsten von nichtrauchenden Beschäftigten in Bereichen mit Publikumsverkehr zu ergreifen sind.
— Regelungen zur Unterweisung der Beschäftigten, die bislang sowohl in § 6 ArbStättV als auch im Anhang der Verordnung zu finden sind, werden nun einheitlich in § 6 ArbStättV geregelt. Durch die Arbeitsschutz-Unterweisung werden die Beschäftigten in die Lage versetzt und aktiv dazu angehalten, sich bei der Arbeit und in Notsituationen sicherheitsgerecht zu verhalten. Die Pflicht zu einer solchen Unterweisung bestand bereits bisher. Jedoch fehlten die entsprechenden Hinweise, über welche Gefährdungen die Beschäftigten unterwiesen werden müssen (z. B. Brandschutzmaßnahmen, Erste Hilfe, Fluchtwege und Notausgänge). Der neue § 6 ArbStättV konkretisiert die Pflichten.
— Nummer 3.4 des Anhangs der ArbStättV bestimmt, dass Arbeitgeber als Arbeitsräume nur solche Räume betreiben dürfen, die möglichst ausreichend Tageslicht erhalten und die eine Sichtverbindung nach außen haben. Es werden allerdings zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz formuliert (etwa für Teeküchen, Einkaufszentren, Tiefgaragen, Gasthäuser).
— Die Regelung in Nummer 6 des Anhangs der ArbStättV entspricht künftig den Vorschriften der BildscharbV. Die BildscharbV wird aufgehoben.

Nach dem Kabinettsbeschluss vom 2. November 2016 wird die Verordnung alsbald im Bundesgesetzblatt verkündet und am Tag nach der Verkündung in Kraft treten.

6. Experimentierphase flexibles Arbeiten

Das Bundesarbeitsministerium hat angekündigt, eine Öffnungsklausel in das Arbeitszeitgesetz einzufügen, die in einer zweijährigen Experimentierphase flexibles Arbeiten in Deutschland ermöglichen soll. Die Klausel soll den Tarifpartnern die Möglichkeit geben zu überlegen, für welche Gruppen und unter welchen Bedingungen Öffnungen des Arbeitszeitgesetzes für flexibles Arbeiten denkbar sind.

7. Rückkehrrecht in Vollzeit

Der schon lange angekündigte Gesetzesentwurf zum Rückkehrrecht in Vollzeit lag bei Redaktionsschluss noch nicht vor. Wir informieren Sie zu gegebener Zeit darüber.

Achtung: Ab dem 1. Januar 2017 steigt der gesetzliche Mindestlohn in Deutschland von EUR 8,50 auf EUR 8,84 pro Stunde an. Der Mindestlohn ist branchenunabhängig, gilt grundsätzlich für alle in Deutschland tätigen Arbeitnehmer und ist unabdingbar. Allerdings gehen bis 31. Dezember 2017 einige wenige abweichende tarifvertragliche Regelungen unter bestimmten Voraussetzungen dem Mindestlohn vor, so z. B. in der Fleischwirtschaft, in der Land- und Forstwirtschaft, in der Gartenbau-Branche oder bei den Zeitungszustellern. Hier gilt im Jahr 2017 ein gesetzlicher Mindestlohn von EUR 8,50. Ab dem 1. Januar 2018 sind aber auch in diesen Branchen keine Ausnahmen mehr möglich.

8. Rechengrößen der Sozialversicherung 2017

	2016				2017			
	West Monat	**Jahr**	**Ost Monat**	**Jahr**	**West Monat**	**Jahr**	**Ost Monat**	**Jahr**
Beitragsbemessungsgrenze (Rentenversicherung)*	EUR 6.200	EUR 74.400	EUR 5.400	EUR 64.800	EUR 6.350	EUR 76.200	EUR 5.700	EUR 68.400
Beitragsbemessungsgrenze (Knappschaft)*	EUR 7.650	EUR 91.800	EUR 6.650	EUR 79.800	EUR 7.850	EUR 94.200	EUR 7.000	EUR 84.000
Beitragsbemessungsgrenze (Arbeitslosenversicherung)*	EUR 6.200	EUR 74.400	EUR 5.400	EUR 64.800	EUR 6.350	EUR 76.200	EUR 5.700	EUR 68.400
Beitragsbemessungsgrenze (Kranken- und Pflegeversicherung)*	EUR 4.237,50	EUR 50.850	EUR 4.237,50	EUR 50.850	EUR 4.350	EUR 52.200	EUR 4.350	EUR 52.200
Versicherungspflichtgrenze (Kranken- und Pflegeversicherung)**	EUR 4.687,50	EUR 56.250	EUR 4.687,50	EUR 56.250	EUR 4.800	EUR 57.600	EUR 4.800	EUR 57.600
Bezugsgröße in der Sozialversicherung*	EUR 2.905	EUR 34.860	EUR 2.520	EUR 30.240	EUR 2.975	EUR 35.700	EUR 2.660	EUR 31.920
Geringfügigkeitsgröße	EUR 450		EUR 450		EUR 450		EUR 450	

* Hierbei handelt es sich um den Maximalbetrag, bis zu dem in der jeweiligen Sozialversicherung Beiträge erhoben werden dürfen. Der Einkommensanteil, der über diesem Grenzbetrag liegt, ist beitragsfrei.
** Eine private Krankenversicherung darf gewählt werden, wenn im vergangenen Jahr die Versicherungspflichtgrenze überschritten wurde und auch im aktuellen Kalenderjahr noch überschritten wird.
*** In der gesetzlichen Krankenversicherung ist diese Bezugsgröße beispielsweise Grundlage für die Festsetzung der Mindestbeitragsbemessungsgrundlage für freiwillige Mitglieder und das Mindestarbeitsentgelt. In der gesetzlichen Rentenversicherung stellt die Bezugsgröße die Grundlage für die Beitragsberechnung versicherungspflichtiger Selbstständiger dar.

9. Sozialabgaben

Versicherung		**Gesamtkosten mtl.** (Höchstbetrag)	**Arbeitgeberanteil** (Höchstbetrag)	**Arbeitnehmeranteil** (Höchstbetrag)
Rentenversicherung	18,7 %	EUR 1.187,45 (West) EUR 1.065,90 (Ost)	EUR 593,73 (West) EUR 532,95 (Ost)	EUR 593,73 (West) EUR 532,95 (Ost)
Arbeitslosenversicherung	3,0 %	EUR 190,50 (West) EUR 171 (Ost)	EUR 95,25 (West) EUR 85,50 (Ost)	EUR 95,25 (West) EUR 85,50 (Ost)
Krankenversicherung	14,6 % + X****	EUR 635,10	EUR 317,55 (7,3 %)	EUR 317,55 (7,3 %+X)
Pflegeversicherung für Beitragszahler mit Kind	2,55 %	EUR 110,93	EUR 55,46	EUR 55,46
Pflegeversicherung für Beitragszahler ohne Kind	2,55 % + 0,25 % für AN	EUR 121,80	EUR 55,46	EUR 66,34

**** 14,6 % paritätisch finanzierter Beitragssatz + zusätzlicher Beitragssatz von X %, der von den Arbeitnehmern allein zu tragen ist. Arbeitgeberbeitrag wird auf 7,3 % festgeschrieben.