

ARBEITSRECHT

Newsletter

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

um das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ besser zur Geltung zu bringen, will die Bundesregierung mit einem Gesetz zur Lohngerechtigkeit Entgeltdiskriminierungen zwischen Frauen und Männern beseitigen. Dies soll durch mehr Transparenz bei „geschlechtsspezifischen Entgeltstrukturen“ erreicht werden. Der Entwurf sieht unter anderem eine Ausweitung der Mitbestimmung der betrieblichen Interessenvertretungen, einen Auskunftsanspruch für Arbeitnehmer/-innen, ein verbindliches Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit und eine Berichtspflicht zur Frauenförderung für Unternehmen mit in der Regel mindestens 500 Beschäftigten vor. Dass dies für Arbeitgeber erheblichen Bürokratieaufwand mit sich bringt, liegt auf der Hand. Doch klagen hilft nichts. Worauf sich die Unternehmen genau einstellen müssen, zeigt der nebenstehende Blickpunkt-Beitrag.

Nicht nur der Gesetzgeber, der im Bereich Leiharbeit/Werkverträge vorangekommen ist (vgl. Kurznachrichten, Seite 9), auch die Arbeitsgerichte sind derzeit wieder äußerst aktiv, allen voran das Bundesarbeitsgericht. In unserem Rechtsprechungsteil (ab Seite 3) finden Sie zahlreiche praxisrelevante Entscheidungsbesprechungen, insbesondere zum Vergütungs-, Kündigungs- und zum Betriebsverfassungsrecht.

Besonders hinweisen möchten wir auf die 3. Deutsche Arbeitsrechtkonferenz am 13. Oktober 2016 in der Allianz Arena München, vgl. Seite 12. Wir würden uns sehr freuen, Sie dort und vielleicht auch schon am Vorabend in unseren Kanzleiräumen begrüßen zu dürfen. Prof. Dr. Heribert Prantl, Mitglied der Chefredaktion der Süddeutschen Zeitung, wird dort im Rahmen des „Get-together“ referieren.

Wir wünschen eine informative Lektüre und stehen für Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit besten Grüßen

Dr. Christopher Melms
Leiter der Praxisgruppe Arbeitsrecht

Inhalt

Im Blickpunkt	Seite 1
Rechtsprechung	Seite 3
Kurzmeldungen	Seite 9

Im Blickpunkt

Gesetzesentwurf für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern – ein unnötiges Bürokratiemonster?

Mindestens einmal im Jahr wird vehement auf den Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern aufmerksam gemacht – am so genannten „Equal Pay Day“. Circa 20 Prozent, so viel betrage der durchschnittliche Unterschied. Der Gesetzgeber will die Unternehmen nun in die Pflicht nehmen, über die Entgelte, die sie ihren Beschäftigten zahlen, Auskunft zu erteilen. Er hat seinen Entwurf für ein „Entgeltgleichheitsgesetz“ mit weitreichenden Regelungen vorgelegt. Hiernach darf in einem Beschäftigungsverhältnis allein aufgrund des Geschlechts für gleiche oder gleichwertige Arbeit kein geringeres Entgelt vereinbart bzw. ausgezahlt werden. Zur Förderung und Durchsetzung dieses Gebots sieht das Gesetz u. a. eine umfangreiche Ausweitung der Mitbestimmung der betrieblichen Interessenvertretungen, einen individuellen Auskunftsanspruch für Arbeitnehmer/-innen, ein verbindliches Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit im Betrieb und eine Berichtspflicht zur Frauenförderung und Entgeltgleichheit für Unternehmen mit in der Regel mindestens 500 Beschäftigten vor.

Pflichten der Arbeitgeber, Tarifvertragsparteien und betrieblichen Interessenvertretungen

Der Gesetzesentwurf regelt verschiedene Aufgaben von Arbeitgebern, Tarifvertragsparteien und betrieblichen Interessenvertretungen zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit. Hervorzuheben ist eine Regelung, die ein neues Recht für den Betriebsrat vorsieht: Er kann den Arbeitgeber zur Überprüfung der Eingruppierung eines Beschäftigten auffordern, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, auf Grund derer ein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgesetz



ARBEITSRECHT

zu vermuten ist. Bei einem groben Verstoß greift das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ein, der Betriebsrat hat einen Unterlassungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber.

Individueller Auskunftsanspruch

Nach dem Gesetzesentwurf können Beschäftigte zur Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebotes von ihrem Arbeitgeber Auskunft verlangen über

- die Kriterien und Verfahren für die Festlegung des eigenen Entgelts,
- die Kriterien und Verfahren für die Festlegung des Entgelts einer gleichen Tätigkeit und deren Entgeltgruppe oder einer gleichwertigen Tätigkeit, die überwiegend von Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts ausgeübt wird, sowie deren Entgeltgruppe,
- den statistischen Mittelwert des monatlichen Entgelts einer Gruppe von mindestens fünf Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts, die die gleiche oder eine gleichwertige Tätigkeit ausüben.

Auskunftspflicht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Auskünfte innerhalb eines Monats nach Zugang des Verlangens in Textform zu erteilen. Es genügt insoweit, dass das Unternehmen mitteilt, wenn es tariflichen oder gesetzlichen Entgeltregelungen genügt, zum Beispiel dem Entgeltrahmenabkommen (ERA). Kommt der Arbeitgeber seiner Auskunft aber nicht oder nicht vollständig nach, wird eine Benachteiligung vermutet – der Arbeitgeber trägt im Rechtsstreit die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt.

Erweiterte Aufgaben der betrieblichen Interessenvertretungen

Nach dem Gesetzesentwurf kann der Beschäftigte den Betriebsrat jederzeit an seinem Auskunftsverlangen beteiligen; der Arbeitgeber hat die Auskunft auch dem Betriebsrat zuzuleiten. Der Beschäftigte kann sich beim Betriebsrat beschweren, wenn er die Auskunft des Arbeitgebers für fehlerhaft erachtet oder sich benachteiligt fühlt.

Betriebliches Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit

Der Gesetzesentwurf führt für Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Mitarbeitern die Pflicht ein, ihre Entgeltbestandteile und -bedingungen auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgesetzes zu überprüfen. Es wird davon ausgegangen, dass Unternehmen dieser Größenordnung auf Grund ihrer Organisation in der Lage sind, diese Pflichten ohne weiteres zu erfüllen.

Berichtspflichten

Im Gesetzesentwurf werden auch Berichtspflichten für die Arbeitgeber geregelt, die das betriebliche Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit durchführen müssen. Hiernach müssen diese Arbeitgeber ihre Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern im Unternehmen und deren Wirkung, ihre Entgeltregelungen, Bewertungsverfahren sowie ihre Maßnahmen zur Sicherung der Entgeltgleichheit für Frauen und Männer darstellen. Dazu gehören insbesondere auch Angaben über die Gesamtzahl der Beschäftigten, zur Zahl der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten, zu den Tätigkeiten, die zu mindestens 60% von Beschäftigten eines Geschlechts ausgeübt werden und zu dem nach Vollzeitäquivalenten umgerechneten durchschnittlichen Bruttomonatslohn der Beschäftigten.

Änderungen im Betriebsverfassungsgesetz

Der Arbeitgeber wird verpflichtet, in den regelmäßigen Abteilungs- und Betriebsversammlungen über die Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern im Betrieb zu berichten. Er muss den Betriebsrat zudem über die Durchführung des betrieblichen Prüfverfahrens unterrichten und die Ergebnisse betriebsöffentlich zu machen. Der Aufgabenkatalog des Betriebsrates nach § 80 BetrVG wird insoweit ergänzt, als es nun auch Aufgabe des Betriebsrates ist, auf die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei gleicher und gleichwertiger Arbeit hinzuwirken. Zur Durchsetzung der tatsächlichen Entgeltgleichheit sieht eine neue Nr. 12 des § 87 Abs. 1 BetrVG ein neues Mitbestimmungsrecht auch bei der Durchführung von Maßnahmen im Sinne der Nummern 10 und 11 (Fragen der betrieblichen Lohngestaltung – Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze etc.) vor. Diese Maßnahmen sollen immer auch unter dem Aspekt des Entgeltgleichheitsgebotes zu werten sein.

Fazit

Anlass des Gesetzes soll der Verdienstunterschied zwischen Frauen und Männern sein, zuletzt ca. 20 Prozent. Tatsächlich besteht dieser Anlass aber – zumindest wenn man dem Institut der Deutschen Wirtschaft glaubt – nicht (vom 16. März 2015: „Äpfel-Birnen-Vergleich legitimiert kein Entgeltgesetz.“). Denn der Verdienstunterschied reduziert sich merklich, wenn Faktoren wie Entscheidungen über den Umfang der Arbeitszeit und Erwerbspausen sowie Berufs- und Arbeitgeberwahl, Merkmale der Arbeitsplätze berücksichtigt werden – die Entgeltlücke lässt sich nahezu vollständig durch diese Faktoren erklären, so das Institut. Insbesondere ist ein Grund für den Lohnunterschied, dass Frauen häufiger in Teilzeit arbeiten, insbesondere in der Phase, in der Kinder betreut werden. Der Staat sollte lieber an den immer noch unzureichenden Möglichkeiten arbeiten, Familie und Beruf in Einklang zu bringen. Der Gesetzesentwurf führt zu viel Bürokratie und



ARBEITSRECHT

hohen Kosten. Die Mitbestimmung der Betriebsräte wird extrem ausweitert. Er wird auch zu Unfrieden in der Belegschaft führen. Insbesondere wird der Gesetzesentwurf auch die Wettbewerbsfähigkeit einschränken und könnte womöglich sogar den Abbau von Arbeitsplätzen zur Folge haben: Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, besonders engagierten, leistungsstarken und einsatzbereiten Mitarbeitern mehr zu zahlen als anderen.



Dr. Nina Springer, LL.M.
(University of Edinburgh),
Rechtsanwältin und Fachanwältin
für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München

Hinweis: Der Beitrag ist in ähnlicher Form im „Deutschen Anwalt-Spiegel“, Ausgabe 5/2016, Seite 12 ff. erschienen.

Rechtsprechung

Vertrauen ist gut – Kontrolle ist besser, oder?

Bundesarbeitsgericht vom 20. April 2016 – 7 ABR 50/14

Sachverhalt: Die Arbeitgeberin ist eine konzernangehörige Gesellschaft, in der konzernweit Telefonanlagen verwendet werden. Sie sind so einstellbar, dass die Daten mit vollständigen Zielnummern gespeichert und personenbezogen ausgewertet werden können. Auch das Betriebsratsbüro ist anhand eines Nebenstellentelefonanschlusses über diese Anlage geschaltet. Das dem Betriebsrat zur Verfügung gestellte Handy ist ebenfalls auf diesen Nebenstellenanschluss geschaltet. Außerdem verfügt der Betriebsrat in seinem Büro über einen PC und über einen Laptop samt dazugehörigem Internetzugang. Dieser wird konzernweit über einen Proxy-Server bei der Konzernmuttergesellschaft vermittelt, so dass der Internetzugang verwaltet und überwacht werden kann. Das verschafft der Arbeitgeberin die Möglichkeit, User- und IP-Adressen sowie alle Browserzugriffe zu protokollieren und personenbezogen auszuwerten. Darüber hinaus kann die Arbeitgeberin das E-Mail-Postfach, auch im Hinblick auf gelöschte E-Mails, einsehen. Offenbar misstraute der Betriebsrat der Arbeitgeberin aufgrund dieser umfassenden Kontrollmöglichkeiten. Angesichts globaler Datenüberwachungsaffären und getreu dem Motto „Vertrauen ist gut – Kontrolle ist besser“ stellte sich der Betriebsrat auf den Standpunkt, ihm stehe die Einrichtung eines Telefon- und Internetanschlusses zu, der vom Anschluss der Arbeitgeberin getrennt ist und somit eine Überwachung nicht mehr zulässt, und klagte schließlich auf Zurverfügungstellung eines solchen Anschlusses.

Entscheidung: Das BAG teilte diese Auffassung des Betriebsrats nicht. Wie in den Vorinstanzen blieben die Anträge des Betriebsrats auf Einrichtung eines unabhängigen Internetzugangs sowie auf einen separaten Telefonanschluss erfolglos. Grundsätzlich steht dem Betriebsrat zwar nach § 40 Abs. 2 BetrVG unter anderem die Einrichtung von Informations- und Kommunikationstechnik im erforderlichen Umfang zu. Davon umfasst ist nach der Rechtsprechung auch ein Telefonanschluss und ein Internetzugang inklusive E-Mail-Adressen, ohne dass der Betriebsrat die Erforderlichkeit der Kommunikationsmittel für seine Betriebsratsstätigkeit im Einzelnen konkret darlegen muss. Allerdings – so entschied das BAG – ist allein die abstrakte Gefahr der Überwachung durch den Arbeitgeber für die Bejahung der Erforderlichkeit separater Anschlüsse nicht ausreichend.

Konsequenzen für die Praxis: Mit diesem Urteil herrscht nun insoweit Klarheit, dass Arbeitgeber nicht verpflichtet sind, dem Betriebsrat einen vom Kommunikationssystem des Unternehmens unabhängigen Telefonanschluss und Internetzugang zur Verfügung zu stellen. Das hätte in der Konsequenz für die Arbeitgeber zu erheblichen Zusatzkosten und Sicherheitslücken geführt, insbesondere bei der Kommunikation per E-Mail mit dem Betriebsrat. Der Betriebsrat kann lediglich die Einrichtung eines Telefonanschlusses sowie eines Internetzugangs im Rahmen des von allen Mitarbeitern genutzten Arbeitgebernetzwerks fordern.

Praxistipp: Um das Vertrauen des Betriebsrats in eine kontrollfreie Kommunikation zu stärken und damit unnötige sowie zeitaufwendige Streitereien zu vermeiden, sollten die Arbeitgeber mit ihrem Betriebsrat in einer Betriebsvereinbarung regeln, dass die Aufzeichnung der Verkehrsdaten des Telefonanschlusses des Betriebsrats unterdrückt und zugleich die Auswertung verboten ist. Dasselbe gilt hinsichtlich der Internetnutzung. In einer Betriebsvereinbarung sollten sich die Arbeitgeber verpflichten, auf eine Kontrolle des E-Mail-Verkehrs des Betriebsrats zu verzichten. In diesem Zusammenhang ist zu empfehlen, außerdem in aller Ausführlichkeit die Rechte und Pflichten im Hinblick auf die Bereitstellung von Informations- und Kommunikationsmitteln zu regeln, da im konkreten Einzelfall oft nicht ganz klar feststeht, in welchem Maße diese Bereitstellung der Mittel erforderlich ist. Eine verbindliche Regelung wirkt solchen Unklarheiten entgegen und ist deshalb ein geeignetes Instrumentarium, um einem unnötigen Disput mit dem Betriebsrat vorzubeugen, der nur Zeit und Nerven kostet.



Gerd Kaindl,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München



ARBEITSRECHT

Gehaltsanpassung bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern – Anforderungen an die Darlegung des Anspruchs

Bundesarbeitsgericht vom 4. November 2015 – 7 AZR 972/13

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer war seit 2000 als Lead (Teamleiter) angestellt. Seit dem Jahr 2006 gehörte er dem Betriebsrat an, seit 2010 als freigestelltes Betriebsratsmitglied. Das Unternehmen verfügt über Stellen von Acting Area Managern (kommissarischen Abteilungsleitern), die jeweils höher als die Stelle des Lead vergütet werden. Der Arbeitnehmer verlangte Auskunft über die einzelnen Gehaltssteigerungen vom Lead zum Acting Area Manager und die Auszahlung der Vergütung entsprechend eines Acting Area Managers.

Entscheidung: Das BAG wies die Klage wie auch die Vorinstanzen vollumfänglich ab. Zwar bejahte es grundsätzlich einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber, wenn ein Betriebsratsmitglied eine betriebsübliche Steigerung der Vergütung von mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmern geltend machen will. Das Betriebsratsmitglied müsse aber darlegen, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines solchen Gehaltsanpassungsanspruchs nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG gegeben ist. Hierfür müsse es zunächst unter Berücksichtigung der ihm zugänglichen Tatsachen vortragen, mit welchen Arbeitnehmern es aus seiner Sicht vergleichbar ist. Ebenfalls darzulegen sei, aus welchen Umständen auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit zu schließen ist, dass die Mehrzahl der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer die behauptete Gehaltsentwicklung genommen hat, d. h. die behauptete Gehaltsentwicklung betriebsüblich ist. Sollte das Betriebsratsmitglied nicht über ausreichende Erkenntnismöglichkeiten verfügen, genüge es, Referenzfälle schlüssig darzulegen, aus denen sich auf eine betriebsübliche Beförderungspraxis unter Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung schließen lässt. Der abstrakte und ohne jeden konkreten Beispielfall „ins Blaue hinein“ behauptete Vortrag des Mitarbeiters erfüllte diese Anforderungen nach Ansicht des BAG nicht.

Das BAG verneinte auch einen Auskunftsanspruch für eine Gehaltsanpassung nach § 78 Satz 2 BetrVG. Zwar könne ein Betriebsratsmitglied den Arbeitgeber auf Zahlung einer höheren Vergütung in Anspruch nehmen, wenn es nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist. Hierfür müsse es vortragen, dass seine Bewerbung auf die betreffende Stelle gerade wegen seiner Freistellung und/oder seiner Betriebsrats Tätigkeit erfolglos geblieben ist. Sofern keine Bewerbung vorliege, müsse das Betriebsratsmitglied darlegen, dass es eine Bewerbung aufgrund seiner Freistellung unterlassen hat und eine Bewerbung ohne die Freistellung erfolgreich gewesen wäre. Würde eine tatsächliche oder fiktive Bewerbung an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen scheitern, müsse dargelegt

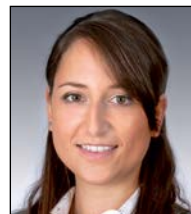
werden, dass das Fehlen von feststellbarem aktuellen Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist. Nach Ansicht des BAG ist ein Betriebsratsmitglied zu einem solchen Vortrag fähig, ohne auf Auskünfte des Arbeitgebers angewiesen zu sein.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung betrifft ein in der Praxis durchaus häufig vorkommendes Streitthema. Denn ein Betriebsratsmitglied darf weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden. Nicht selten verlangen daher vor allem freigestellte Betriebsratsmitglieder die Anpassung ihrer Vergütung. Das BAG bestätigt mit der vorliegenden Entscheidung die bisherigen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast und entwickelt sie konsequent weiter.

Praxistipp: Um „substantiiert“ auf ein derartiges (Zukunfts-) Begehren des Betriebsratsmitglieds erwidern zu können, sollten Arbeitgeber „für sich“ bereits mit Beginn der Übernahme des Betriebsratsamts eine Reihe vergleichbarer Arbeitnehmer definieren; deren etwaige zukünftige Beförderung bzw. deren etwaige zukünftigen Gehaltserhöhungen sollten sorgfältig dokumentiert werden. Darüber hinaus kann die Berücksichtigung von (dokumentierten) individuellen Sachverhalten bei Beförderungen geeignet sein, eine geltende betriebsübliche Beförderungspraxis zu erschüttern oder erst gar nicht entstehen zu lassen. Arbeitgeber sollten die Thematik „Vergütung/Beförderung von Betriebsratsmitgliedern“ ernst nehmen, da das gesetzlich verankerte Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot eine Straftat darstellt.



Dr. Wolfgang Lipinski,
Rechtsanwalt und Fachanwalt
für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München



Katharina Domni,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

In der Probezeit kein Präventionsverfahren – und auch kein BEM?

Bundesarbeitsgericht vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14

Sachverhalt: Die schwerbehinderte Arbeitnehmerin war seit dem 1. Oktober 2012 im Unternehmen beschäftigt. Die Schwerbehinderung war dem Arbeitgeber bekannt. Die Parteien hatten eine



ARBEITSRECHT

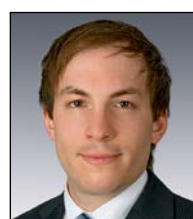
Probezeit von sechs Monaten vereinbart. Am 11. Februar 2013 fand ein Personalgespräch statt. Der Arbeitgeber teilte mit, dass er das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Probezeit beenden werde. Grund hierfür sei, dass die Arbeitnehmerin die fachlichen Anforderungen und Erwartungen nicht erfüllen würde. Die Arbeitnehmerin verzichtete auf eine Kündigungsschutzklage. Allerdings machte sie einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz geltend. Sie war der Ansicht, sie sei wegen ihrer Schwerbehinderung diskriminiert worden. Grund hierfür sei, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IX) nicht durchgeführt habe. Hierdurch sei ihr die Möglichkeit genommen worden, etwaige behinderungsbedingte Fehlleistungen zu beheben und somit einer Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses während der Probezeit entgegenzuwirken.

Entscheidung: Das BAG lehnte wie die Vorinstanzen einen Entschädigungsanspruch ab. Es stellte klar, dass die Mitarbeiterin nicht wegen ihrer Schwerbehinderung diskriminiert worden sei. Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet gewesen, vor Ausspruch der Kündigung innerhalb der Probezeit ein Präventionsverfahren durchzuführen, um eine Diskriminierung zu vermeiden. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hatte bereits in der Vorinstanz darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung zur Durchführung eines Präventionsverfahrens im Widerspruch zu der dem Arbeitgeber durch die Probezeit eingeräumten Kündigungsfreiheit stehe. Das Präventionsverfahren sei ein fachlich anspruchsvolles und zeitlich aufwendiges Verfahren. Wäre der Arbeitgeber gehalten, ein Präventionsverfahren durchzuführen, um eine Benachteiligung bzw. Diskriminierung des Arbeitnehmers auszuschließen, wäre er meist wegen Zeitablaufs nicht mehr in der Lage, eine ggf. dennoch erforderlich werdende Kündigung innerhalb der Probezeit auszusprechen. Die Rechtsordnung dürfe dem Arbeitgeber keine Verpflichtungen auferlegen, die er bei ordnungsgemäßer Handlungsweise nicht erfüllen kann und die zum faktischen Wegfall seiner Kündigungsfreiheit im Rahmen der Probezeit führen würde.

Konsequenzen für die Praxis: Mit diesem Urteil setzt das BAG seine Rechtsprechung zum Präventionsverfahren konsequent fort. Das Gericht hatte in der jüngsten Vergangenheit in mehreren Entscheidungen betont, dass dem Arbeitgeber beim Ausspruch einer Kündigung während der Probezeit keinerlei Nachteile entstehen dürfen, wenn er das Präventionsverfahren nicht durchgeführt hat. Anderenfalls würde die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers während der Probezeit in unangemessenem Umfang beschnitten.

Praxistipp: Das Urteil grenzt den Anwendungsbereich des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX klar ab. Eine ähnlich deutliche Entscheidung zum Anwendungsbereich des in der Praxis noch relevanteren betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)

nach § 84 Abs. 2 SGB IX steht noch aus, ein ähnlicher Ausgang wäre jedoch nur konsequent. Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers während der Probezeit genießt auch hier Vorrang. Nach Ablauf der Probezeit müssen die Vorschriften des § 84 SGB IX zum Präventionsverfahren bzw. zum BEM jedoch beachtet werden. Unterlässt der Arbeitgeber die Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. eines BEM, obliegt es ihm im späteren Gerichtsverfahren darzulegen und zu beweisen, dass auch bei einem rechtzeitig durchgeführten Präventionsverfahren bzw. BEM die Kündigung des Arbeitnehmers unvermeidbar gewesen wäre. Gelingt dem Arbeitgeber dies nicht, ist die Kündigung regelmäßig unwirksam.



Sebastian Bölinger,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
München

Rechtssicherheit nun auch bei einzelvertraglichen Altersgrenzen

Bundesarbeitsgericht vom 9. Dezember 2015 – 7 AZR 68/14

Sachverhalt: Der Arbeitsvertrag des 1947 geborenen Mitarbeiters enthielt eine Klausel, nach der das Anstellungsverhältnis mit Vollendung des 65. Lebensjahres enden sollte, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Der Kläger bezog seit 2012 die Regelaltersrente. Er wandte sich mit seiner Klage gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses, da die Befristung nicht sachlich gerechtfertigt und eine Anknüpfung an die Regelaltersgrenze für ihn nicht erkennbar gewesen sei.

Entscheidung: Der Arbeitnehmer verlor auch in letzter Instanz vor dem BAG. Die Klausel ist nach Ansicht des Gerichts dahingehend auszulegen, dass der Befristungszeitpunkt in dem Moment eintritt, in dem der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze für den Bezug einer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht. Der Arbeitnehmer könne eindeutig erkennen, dass es sich mit der Formulierung des 65. Lebensjahres um die Regelaltersgrenze in der Rentenversicherung handelt. Nach fast 100 Jahren unveränderter gesetzlicher Altersgrenze bestand – im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – aus damaliger Sicht keine Veranlassung zu einer abweichenden Formulierung. Die Befristung ist nach Auffassung des BAG zudem sachlich gerechtfertigt, da auch bei der einzelvertraglichen Vereinbarung einer Altersgrenze das Interesse des Arbeitgebers an einer berechenbaren Personalpolitik überwiege. Das wirtschaftliche und ideelle Interesse des Arbeitnehmers an der fortdauernden Teilnahme am Berufsleben ist dadurch abgesichert, dass an die Stelle des Entgelts der Rentenbezug tritt. Außerdem

ARBEITSRECHT

hat der Kläger schließlich selbst die Vorteile einer berechenbaren Personalplanung aufgrund der Altersbefristung genossen, da ihm verbesserte Aufstiegschancen zuteilwurden.

Konsequenzen für die Praxis: Wie mit seinen vorhergehenden Entscheidungen zur Auslegung von Altersgrenzen setzt das BAG seine Rechtsprechung konsequent fort. Die letzten Unsicherheiten hinsichtlich der Übertragung des Auslegungsergebnisses auch auf Individualverträge sind nun ausgeräumt, wodurch die flexible Altersgrenzenklausel mit Rentenbezug auch diesem strengeren Prüfungsmaßstab im Vergleich zu kollektiven Regelungen standgehalten hat.



Sarah-Denise van der Walt, LL.M.,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf

Befristung von Arbeitsverträgen im Profifußball („Fall Heinz Müller“)

Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 17. Februar 2016 – 4 Sa 202/15

Sachverhalt: Der ehemalige Torhüter des Fußball-Bundesligisten FSV Mainz 05, Heinz Müller, hatte zum Ende seiner aktiven Laufbahn noch einen – wie im Profisport üblich – befristeten Arbeitsvertrag unterschrieben. Nachdem der Torhüter im letzten Vertragsjahr längerfristig krankheitsbedingt ausgefallen war und danach vom Spielbetrieb der ersten Mannschaft ausgeschlossen und in die zweite Mannschaft (Regionalliga) versetzt worden war, hatte er u. a. gegen das Auslaufen seines Vertrags zum 30. Juni 2014 geklagt und darüber hinaus die Zahlung der Prämien für die von der Erstliga-Mannschaft erspielten Punkte geltend gemacht. Das zuständige Arbeitsgericht Mainz hatte in seinem erstinstanzlichen Urteil die Befristung als unwirksam angesehen, jedoch die Zahlungsansprüche abgelehnt (vgl. hierzu den Beitrag von *Bitsch* im BEITEN BURKHARDT [Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe Juni 2015](#), Seite 5). Gegen diese aufsehenerregende Entscheidung hatte der Verein Berufung eingelegt.

Entscheidung: Das LAG Rheinland-Pfalz hob das erstinstanzliche Urteil auf und sah die Befristung des Lizenzspielervertrags als wirksam an. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage der wirksamen Befristung von Arbeitsverhältnissen im Profisport ließ das es die Berufung zum Bundesarbeitsgericht ausdrücklich zu. Es ist unstrittig, dass Profisportler, wie der klagende Fußballtorwart Müller, Arbeitnehmer sind und damit grundsätzlich die Schutzvorschriften für Arbeitsverhältnisse auch im Fußballsport

anzuwenden sind. Konkret ging es um die Frage, ob die Befristung durch einen sachlichen Grund i.S.v. § 14 Abs. 1 S. 1 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) gerechtfertigt sein kann. Denn eine reine Zeitbefristung (ohne Sachgrund) kam wegen einer Vorbeschäftigung nicht mehr in Betracht. Konkret ging es um die Frage, ob ein sachlicher Grund nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG vorliegt (Rechtfertigung durch die Eigenart der Arbeitsleistung).

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts Mainz hat das LAG Rheinland-Pfalz diesen Sachgrund bejaht und die Befristung daher als wirksam angesehen. Dabei hat es sich auf die Parallelen zu den in der Rechtsprechung bereits anerkannten Fällen im Rundfunk- und Bühnenbereich bezogen, bei denen zur Eigenart eines Arbeitsverhältnisses auch der Gesichtspunkt des Abwechslungsbedürfnisses des Publikums herangezogen werden kann. Darüber hinaus hat das Gericht auch berücksichtigt, dass befristete Verträge mit Blick auf lukrative Vereinswechsel und der typischerweise außergewöhnlichen Höhe der im Profifußball gezahlten Vergütung auch dem Interesse der Lizenzspieler dienen. Zudem bestehe im Profisport aus Sicht der Vereine die besondere Notwendigkeit einer ausgewogenen, der sportlichen Zielsetzung gerecht werdende Altersstruktur des Spielerkaders, wodurch der Abschluss befristeter Arbeitsverträge ebenfalls gerechtfertigt erscheint.

Konsequenzen für die Praxis: Nachdem die erstinstanzliche Entscheidung gegen die Wirksamkeit von Befristungsabreden im Profisport in der Presse ein mittleres Erdbeben ausgelöst hatte, ist durch die nachvollziehbare und argumentativ gut vertretbare Entscheidung zugunsten der Befristung durch die Eigenart der Arbeitsleistung wieder merklich Ruhe eingetreten. Da Heinz Müller aber Revision gegen das Urteil eingelegt hat, ist abzuwarten, wie das BAG in dieser Sache entscheiden wird. Es bleibt daher weiter spannend, so wie es sich für den Profisport auch gehört.



Peter Weck,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Düsseldorf

Überführt mit Browserverlauf

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 14. Januar 2016 – 5 Sa 657/15

Sachverhalt: Der Arbeitnehmer (beschäftigt auf Basis einer 40-Stunden-Woche mit Zeiterfassung) hatte vom Arbeitgeber einen Rechner zur dienstlichen Nutzung erhalten. Die private Nutzung des Internets war nur in Ausnahmefällen während der Pausen



ARBEITSRECHT

erlaubt. Nachdem das Unternehmen Hinweise auf eine erhebliche Privatnutzung erhalten hatte, wertete es das Datenvolumen aus und stellte fest, dass der Verbrauch massiv war. Zur Rede gestellt räumte der Arbeitnehmer die Privatnutzung des Internets in gewissem Umfang ein. Der Arbeitgeber kündigte daraufhin außerordentlich, hilfsweise ordentlich und wertete zu Beweis-zwecken im Kündigungsschutzverfahren den Browserverlauf aus, ohne den Mitarbeiter zu beteiligen. Durch die Auswertung konnte dem Arbeitnehmer eine private Nutzung während der Arbeitszeit u. a. auf pornografischen Seiten in einem Umfang von fast fünf Arbeitstagen in einem Zeitraum von 30 Arbeitstagen nachgewiesen werden. Der Mitarbeiter erhob Kündigungsschutzklage und behauptete, dass die Erkenntnisse aus der Auswertung des Browserverlaufs rechtswidrig erlangt seien und nicht verwertet werden dürften. Zudem sei er durch die Auswertung in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt, weshalb er Schmerzensgeld verlangte.

Entscheidung: Das LAG wies die Klage ab. Die außerordentliche Kündigung sei wirksam, da durch die Auswertung des Browserverlaufs erwiesen sei, dass der Mitarbeiter das Internet extensiv und massiv pflichtwidrig zu privaten Zwecken während der Arbeitszeit genutzt hatte. Ein Beweisverwendungsverbot lehnte es ab. Zwar hatte die Auswertung des Browserverlaufs und die Nutzung der so gewonnenen Daten ohne die Zustimmung des Arbeitnehmers oder eine legitimierende Betriebsvereinbarung stattgefunden. Sie sei zur Missbrauchskontrolle und zu Beweis-zwecken aber erforderlich gewesen, da nur so die Pflichtverletzung habe nachgewiesen werden können. Dass der Arbeitnehmer bei der Auswertung nicht hinzugezogen worden sei, sei unerheblich, da die Auswertung aufgrund der ungenauen Erinnerung des Mitarbeiters so oder so in der durchgeführten Weise hätte erfolgen müssen. Ein Verstoß gegen das Telekommunikationsgesetz (TKG) liege nicht vor, da der Arbeitgeber kein Dienstanbieter i. S. d. Gesetzes sei. Selbst wenn die Daten rechtswidrig gespeichert und ausgewertet worden seien, folge daraus kein Beweisverwendungsverbot, da die Interessenabwägung zugunsten des Unternehmens ausgehen müsse. Mangels rechtswidriger Persönlichkeitsverletzung wurde auch kein Schmerzensgeld zugesprochen. Es ist Revision beim BAG eingelegt.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung trägt der „Not“ des Arbeitgebers Rechnung, eigentlich offensichtliche Pflichtverletzungen auch beweisen zu müssen. Leider wurde in ähnlichen Fällen aber schon anders entschieden und erdrückende Beweise wurden unberücksichtigt gelassen. So erachtete das BAG (Urteil vom 20. Juni 2013 – 2 AZR 546/12) die Erkenntnisse des Unternehmens aus der Öffnung eines auch zur Privatnutzung überlassenen Spinds ohne den Arbeitnehmer als nicht verwertbar. Der Mitarbeiter hätte beteiligt werden müssen, u.a. weil er den Spind eventuell freiwillig geöffnet und das Diebesgut herausgegeben

hätte. Vorliegend hat das LAG nicht erwogen, dass der Arbeitnehmer seine Pflichtverletzungen und die Kündigung ggf. eingeräumt hätte, wenn er bei der Auswertung der Daten beteiligt worden wäre. Wahrscheinlich war dies nicht Gegenstand der Verteidigungslinie des Mitarbeiters. Es bleibt abzuwarten, ob das BAG dies in der Revision anders beurteilt. Vom BAG ist auch noch nicht geklärt, ob Arbeitgeber Dienstanbieter i.S.d. TKG ist, und wenn ja, welche Folgen dies für eine Verwertung von Verlaufsdaten hat.

Praxistipp: Um das Risiko eines Beweisverwendungsverbots auszuschließen, sollte die Einwilligung des Arbeitnehmers zur Auswertung der Daten bereits im Vorfeld eingeholt oder eine entsprechende Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden. Liegt beides nicht vor, sollte der Mitarbeiter bei der Auswertung der Daten vorsorglich beteiligt werden. Er könnte nachher sonst behaupten, er hätte ein Geständnis abgegeben, ehe weitere Details, wie z. B. der Besuch pornografischer Seiten, ans Licht gekommen wären.



Christina Kampeter, LL.M.,
Rechtsanwältin und Fachanwältin
für Arbeitsrecht,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

Hinweis: Der Beitrag ist ähnlicher Form in der Zeitschrift „Der Betrieb“ 2016, Seite 777 f., veröffentlicht worden.

Den Mindestlohn „zurechtgemogelt“?

LAG Berlin-Brandenburg vom 12. Januar 2016 – 19 Sa 1851/15

Sachverhalt: Die Arbeitnehmerin war in der Cafeteria mit einem Grundgehalt von 1.391 EUR tätig, was einer Stundenvergütung von weniger als 8,50 EUR entsprach. Laut ihrem Arbeitsvertrag erhielt sie neben dem Grundgehalt ein nicht näher bezeichnetes „zusätzliches“ Urlaubs- und Weihnachtsgeld in Höhe je eines halben Monatsgehalts. Die Auszahlung dieser Sonderzahlungen war jedoch an keine besonderen Bedingungen geknüpft, wie etwa das tatsächliche Nehmen von Urlaub oder die Länge der Betriebszugehörigkeit. Es wurde jeweils einmal jährlich ausgezahlt. Der Arbeitgeber zwölfte die Auszahlung entsprechend einer zu diesem Zweck geschlossenen Betriebsvereinbarung und zahlte sie monatlich zusätzlich zum Grundgehalt aus. Nur durch diese Vorgehensweise überschritt die Stundenvergütung das vom Mindestlohngesetz vorgesehene Minimum von 8,50 EUR/Stunde. Mit ihrer Klage verlangte die Arbeitnehmerin unter anderem Zahlung der Differenz zwischen ihrem Stundenlohn (ohne Anrechnung des Urlaubs- und Weihnachtsgeldes) und dem gesetzlichen Mindestlohn.



ARBEITSRECHT

Entscheidung: Das LAG wies die Klage der Arbeitnehmerin ab, weil das Urlaubs- und Weihnachtsgeld in diesem Fall auf den gesetzlichen Mindestlohn angerechnet werden dürfe. Ausschlaggebend sei, dass diese Sonderzahlungen jeweils zu dem für den Mindestlohn geltenden Fälligkeitsdatum unwiderruflich an die Arbeitnehmerin ausbezahlt werden. Im Ergebnis handele es sich bei den als Weihnachts- und Urlaubsgeld bezeichneten Leistungen schlicht um eine Gegenleistung für die erbrachte Arbeit. Das Gericht sah es in diesem Fall auch als zulässig an, die Sonderzahlungen – entgegen der arbeitsvertraglichen Regelung – nicht jährlich, sondern monatlich auszubezahlen. Die geschlossene Betriebsvereinbarung stelle die hierfür notwendige Grundlage dar.

Konsequenzen für die Praxis: Die namentliche Bezeichnung einer Leistung ist für die Frage der Anrechenbarkeit auf den Mindestlohn grundsätzlich irrelevant. Vielmehr kommt es darauf an, dass diese die Normalleistung des Arbeitnehmers kompensieren soll und die Zahlung spätestens am letzten Bankarbeitstag des nächsten Monats tatsächlich und unwiderruflich erfolgt. So verneinte das gleiche Gericht in einem ähnlichen Fall die Anrechenbarkeit, weil in diesem das „Urlaubsgeld“ der Kompensation von Urlaubsausgaben gedient habe (LAG Berlin-Brandenburg vom 2. Oktober 2015 – 9 Sa 570/15). Dies ist letztlich eine Frage der Auslegung. Ob das vorliegende Urteil vor dem BAG bestehen wird (Termin: 25. Mai 2016), ist vor allem auch im Hinblick auf die Betriebsvereinbarung, die die (vertragswidrige) Zwölfteilung der Jahresleistungen erst möglich machte, abzuwarten. Jedenfalls in Branchen, in denen die Auszahlungstermine dieser Sonderzahlungen tatsächlich (oder üblicherweise) in Tarifverträgen geregelt werden, erscheint die Wirksamkeit einer solchen Betriebsvereinbarung zweifelhaft.

Praxistipp: Die Anrechnung von Sonderzahlungen wie Urlaubs- oder Weihnachtsgeld auf den Mindestlohn ist trotz dieser Entscheidung mit großer Vorsicht zu genießen – vor allem ohne eine Regelung im Arbeitsvertrag zur monatlichen Auszahlung. Der Zweck einer Leistung wird von den Instanzgerichten vielfach unterschiedlich und je nach Einzelfall interpretiert. Arbeitgeber sollten daher bei Bedarf die einschlägigen arbeits- und tarifvertraglichen Regelungen genau überprüfen.



Alex Worobjow,
Rechtsanwalt,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

Hinweis: Das BAG wird wie erwähnt vermutlich zu diesem Fall am 25. Mai 2016 entscheiden. Bei Drucklegung dieses Newsletters war der Ausgang des Verfahrens noch ungewiss.

Zugang einer Kündigung – Verpflichtung, am Sonntag in den Hausbriefkasten zu sehen?

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vom 13. Oktober 2015 – 2 Sa 149/15

Sachverhalt: Arbeitgeber und Arbeitnehmerin streiten über den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Arbeitnehmerin war seit dem 1. September 2014 bei einer Rechtsanwaltskanzlei beschäftigt. Zwischen den Parteien war eine Probezeit von drei Monaten, also bis zum 30. November 2014, einem Sonntag, vereinbart. Während der Probezeit sollte eine Kündigungsfrist von zwei Wochen gelten. Im Anschluss fand die gesetzliche Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende des Kalendermonats Anwendung. Der Arbeitgeber kündigte mit Schreiben vom Sonntag, den 30. November 2014 zum 15. Dezember 2014 und warf das Kündigungsschreiben noch am gleichen Tag (gegen 9:30 Uhr) in den Hausbriefkasten der Arbeitnehmerin ein. Diese entnahm das Schreiben aber erst am Folgetag, dem 1. Dezember 2014. Die Arbeitnehmerin erhob Klage und berief sich auf den Zugang der Kündigung am 1. Dezember 2014, was eine längere Kündigungsfrist zur Folge hätte. Dem war auch die Vorinstanz gefolgt, das Arbeitsgericht Lübeck. Der Arbeitgeber meinte aber, dass Kündigungen auch an Sonntagen zugehen können. Darüber hinaus habe die Arbeitnehmerin auch mit einer etwaigen Kündigung rechnen müssen, da es sich bei dem fraglichen Tag um den letzten Tag ihrer Probezeit handelte. Als weiteres Argument trug der Arbeitgeber vor, dass Rechtsanwalt R., ein Gesellschafter der Rechtsanwaltskanzlei, auch unbestritten regelmäßig sonntags arbeite. Schließlich stellte der Arbeitgeber auch noch darauf ab, dass Wochenblätter ebenfalls an Samstagen und Sonntagen verteilt werden. Daher sei es üblich, Briefkästen auch an Wochenenden zu sichten und zu leeren. Der Arbeitgeber legte aus all diesen Gründen Berufung ein.

Entscheidung: Das LAG gab der Arbeitnehmerin Recht und verneinte den Zugang der Kündigung am Sonntag, den 30. November 2014. Die Erklärung ist erst am Montag, den 1. Dezember 2014 zugegangen und hat das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der längeren gesetzlichen Kündigungsfrist außerhalb der Probezeit erst zum 31. Dezember 2014 beenden können. Selbst wenn die Kündigung bereits am Sonntag in den Briefkasten gelegt wurde, entfaltet eine Kündigung als „einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung“ ihre Wirkung erst mit „Zugang“ beim Empfänger. Zugegangen ist die Kündigungserklärung, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser sich unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann und wenn die Kenntnisnahme nach den Gepflogenheiten des Verkehrs von ihm erwartet werden muss. Das LAG führte aus, dass selbst, wenn am Wochenende sog. Wochenblätter verteilt werden,



an einem Sonntag verkehrsüblich nicht damit gerechnet werden kann, dass der Adressat seinen Briefkasten leert.

Konsequenzen für die Praxis: Es ist bekannt, dass bei Ausspruch und Zustellung einer Kündigung mehrere Fallstricke lauern. Aus diesem Grund sollten vor Erklärung der Kündigung sorgfältig das weitere Vorgehen sowie der Kündigungstermin überlegt werden. Gleichzeitig empfiehlt es sich auch – anders als im der Entscheidung zugrunde liegenden Fall – mit der Kündigung nicht bis zum letzten in Betracht kommenden Zeitpunkt abzuwarten, sondern sie zeitnah auszusprechen. Für die Zustellung der Kündigung ist nach wie vor die persönliche Übergabe, d. h. die Zustellung unter Anwesenden zu favorisieren. Sofern dies nicht möglich oder nicht gewünscht ist, sollte die Zustellung durch Boten oder einen Kurierdienst gewählt werden. In jedem Fall müssen bei der Zustellung unter Abwesenden die üblichen Zustellzeiten für Briefstücke mit-einberechnet werden, d. h. eine Zustellung am Nachmittag wirkt u. U. wie eine Zustellung am Folgetag. Unabhängig von der Wahl der Zustellung empfiehlt es sich, ein Zustellprotokoll zu führen, das sowohl Zustellversuche als auch die tatsächliche Zustellung dokumentiert, um in einem möglichen nachfolgenden Prozess auch der Darlegungs- und Beweislast nachkommen zu können.



Dr. Kathrin Bürger, LL.M.,
Rechtsanwältin,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
München

Kein Personalgespräch bei Arbeitsunfähigkeit

Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 1. September 2015 – 7 Sa 592/14

Sachverhalt: Kern der Auseinandersetzung war die Frage, ob eine arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmerin verpflichtet ist, während der „AU“ an einem Personalgespräch teilzunehmen. Der Arbeitgeber hatte sie wiederholt zu einer Gesprächsteilnahme aufgefordert, aber das vorgesehene Gesprächsthema auch auf Nachfrage nicht mitgeteilt. Da sie einer entsprechenden Anordnung wiederholt nicht nachgekommen war, erhielt sie zunächst eine Abmahnung und schließlich eine Kündigung.

Entscheidung: Das LAG hielt die Kündigung wegen Verweigerung der Gesprächsteilnahme für unwirksam. Während der AU bestehe generell keine Pflicht zur Gesprächsteilnahme, und zwar auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer gesundheitlich zu einem Gespräch in der Lage gewesen wäre. Ob ggf. etwas anderes zu gelten hat,

wenn es um Nebenpflichten und dringenden Gesprächsbedarf geht, konnte das LAG offen lassen. Vorliegend habe der Arbeitgeber bei der Gesprächsaufforderung sein Ermessen jedenfalls nicht zutreffend ausgeübt. Wegen generellen Klärungsbedarfs wurde die Revision zugelassen und auch eingelegt (2 AZR 855/15).

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung ist im Zusammenhang mit der „Nachtschwester-Entscheidung“ des BAG zu sehen (vom 9. April 2014, 10 AZR 637/13). Dort verneinte das Gericht die Arbeitsunfähigkeit einer Krankenschwester, die zwar nachts nicht arbeiten, sonst aber ihre Tätigkeit ausüben konnte. Unter Verweis auf diese Entscheidung hält das LAG fest, dass es eine teilweise Arbeitsunfähigkeit nicht gebe. Insoweit war es aber ein nachvollziehbarer Gedanke, dass trotz Arbeitsunfähigkeit eine Gesprächsteilnahme möglich sein kann und daher auch eine Teilnahme-pflicht bestehe.

Praxistipp: Ordnet der Arbeitgeber ein Gespräch an, muss diese Anordnung billigem Ermessen i. S. d. § 106 Gewerbeordnung entsprechen. Danach kann der Arbeitgeber Weisungen zu einer Vielzahl von Pflichten des Arbeitnehmers erteilen und grundsätzlich auch die Teilnahme an einem Gespräch anordnen. Mit Blick auf die vorliegende Entscheidung muss der Arbeitgeber aber das Thema mitteilen und darlegen können, warum gerade während der Arbeitsunfähigkeit Gesprächsbedarf besteht. Andernfalls kann eine Verweigerung der Teilnahme nicht mit Abmahnung oder gar Kündigung geahndet werden.



Dr. Franziska v. Kummer, LL.M., M.C.L.,
Rechtsanwältin und Fachanwältin
für Arbeitsrecht,
Dipl.-Kffr., Dipl.-Vw.,
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Berlin

Kurzmeldungen

Einigung beim Gesetzentwurf zu Leiharbeit und Werkverträgen

In der Koalitionsrunde am 10. Mai 2016 haben sich die Koalitionspartner auf den von Arbeitsministerin Andrea Nahles vorgelegten Gesetzentwurf zu Leiharbeit und Werkverträgen geeinigt. Nach Medienberichten sollen Leiharbeiter künftig grundsätzlich höchstens 18 Monate lang überlassen werden können. In Tarifverträgen können jedoch abweichende Regelungen getroffen werden. Neu ist, dass auch nicht tarifgebundene Unternehmen ohne Decke-



ARBEITSRECHT

lung von tariflichen Öffnungsklauseln Gebrauch machen können. Leiharbeitnehmer sollen nach neun, in eng definierten Ausnahmefällen nach 15 Monaten den gleichen Lohn wie die Stammbeschäftigte bekommen („Equal Pay“). Sie dürfen keine Aufgaben von Streikenden mehr übernehmen, dürfen also nicht als „Streikbrecher“ eingesetzt werden. Einen ausführlichen Beitrag zum letzten Gesetzentwurf, von dem damit kaum abgewichen worden ist, lesen Sie im BEITEN BURKHARDT [Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe Februar/März 2016](#), Seiten 1ff.

(Meldung der Redaktion)

Reform des Mutterschutzgesetzes ist auf dem Weg

Das Kabinett hat die Reform des Mutterschutzgesetzes beschlossen. Schwangere, frischgebackene Mütter und ihre Kinder sollen besser geschützt werden. Erstmals werden auch Schülerinnen und Studentinnen einbezogen. Die Schutzfrist nach der Geburt eines behinderten Kindes kann nun von acht auf zwölf Wochen verlängert werden. Der Gesetzgeber erkennt dabei an, dass die Geburt für die Mutter in solchen Fällen häufig mit besonderen körperlichen und psychischen Belastungen verbunden ist. Dazu kommt der höhere Pflegebedarf von behinderten Kindern. Neu eingeführt wird auch ein Kündigungsschutz für Frauen, die eine Fehlgeburt nach der zwölften Woche erlitten haben.

Der Mutterschutz galt bislang für alle Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen. Für Schülerinnen und Studentinnen hingegen gab es keine einheitlichen Regelungen. Das ändert sich nun, denn erstmals werden auch sie in den Mutterschutz einbezogen.

Das Gesetz soll im Jahr 2016 verabschiedet werden. Es ist geplant, dass es am 1. Januar 2017 in Kraft tritt. Der Gesetzentwurf geht nun zur Beratung in den Bundestag. Auch der Bundesrat muss noch zustimmen.

(Bundesregierung online, Meldung vom 4. Mai 2016)

BAG: Anspruch auf rauchfreien Arbeitsplatz

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) hat der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die nicht rauchenden Beschäftigten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt werden. Die ArbStättV geht damit davon aus, dass Passivrauchen die Gesundheit gefährdet. Bei Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr hat der Arbeitgeber nach § 5 Abs. 2 ArbStättV nur insoweit Schutzmaßnahmen zu treffen, als die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung es zulassen.

Der Kläger arbeitet in dem von der Beklagten in Hessen betriebenen Spielcasino als Croupier. Er hat hierzu im Durchschnitt wöchentlich zwei Dienste (jeweils sechs bis zehn Stunden) in einem

abgetrennten Raucherraum zu arbeiten. Nur dort und im Barbereich ist den Gästen das Rauchen gestattet. Der Raucherraum ist mit einer Klimaanlage sowie einer Be- und Entlüftungsanlage ausgestattet. Der Kläger verlangt von der Beklagten, ihm ausschließlich einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem BAG keinen Erfolg. Zwar hat der Kläger nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbStättV grundsätzlich Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz. Die Beklagte macht in ihrem Spielcasino jedoch von der Ausnahmeregelung in § 2 Abs. 5 Nr. 5 des Hessischen Nichtraucherschutzgesetzes Gebrauch, die das Rauchen in Spielbanken ermöglicht. Sie muss deshalb Schutzmaßnahmen nur insoweit treffen, als die Natur ihres Betriebs und die Art der Beschäftigung dies zulassen. § 5 Abs. 2 ArbStättV verpflichtet sie allerdings, die Gesundheitsgefährdung zu minimieren. Diese Verpflichtung hat sie mit der baulichen Trennung des Raucherraums, seiner Be- und Entlüftung sowie der zeitlichen Begrenzung der Tätigkeit des Klägers im Raucherraum erfüllt.

(Bundesarbeitsgericht vom 10. Mai 2016 – 9 AZR 347/15 – Quelle: Pressemitteilung des Gerichts)

BAG: Inanspruchnahme von Elternzeit – Schriftformerfordernis

Wer Elternzeit für den Zeitraum bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes beanspruchen will, muss sie nach § 16 Abs. 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) spätestens sieben Wochen vor Beginn der Elternzeit schriftlich vom Arbeitgeber verlangen und gleichzeitig erklären, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren Elternzeit genommen werden soll. Bei der Inanspruchnahme handelt es sich um eine rechtsgestaltende empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die das Arbeitsverhältnis während der Elternzeit – vorbehaltlich der Vereinbarung einer Teilzeitbeschäftigung – zum Ruhen gebracht wird. Einer Zustimmung des Arbeitgebers bedarf es nicht. Das Elternzeitverlangen erfordert die strenge Schriftform i. S. v. § 126 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Es muss deshalb von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Ein Telefax oder eine E-Mail wahrt die von § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG vorgeschriebene Schriftform nicht und führt gemäß § 125 Satz 1 BGB zur Nichtigkeit der Erklärung. Allerdings kann sich ein Arbeitgeber aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falls treuwidrig verhalten, indem er sich darauf beruft, das Schriftformerfordernis des § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG sei nicht gewahrt (§ 242 BGB).

(Bundesarbeitsgericht vom 10. Mai 2016 – 9 AZR 145/15 – Quelle: Pressemitteilung des Gerichts)



Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an Markus.Bauer@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2016.

Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
www.beitenburkhardt.com/impressum

Redaktion (verantwortlich)

Markus Bauer, Rechtsanwalt



Weitere interessante Themen und Informationen zum Arbeitsrecht finden Sie in unserem Onlinebereich.

BEITEN BURKHARDT · RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

BERLIN · KURFÜRSTENSTRASSE 72-74 · 10787 BERLIN · DR. THOMAS PUFFE, RECHTSANWALT · THOMAS.PUFFE@BBLAW.COM

DÜSSELDORF · CECILIENALLEE 7 · 40474 DÜSSELDORF · CHRISTIAN VON BUDDENBROCK, RECHTSANWALT · CHRISTIAN.VONBUDDENBROCK@BBLAW.COM

FRANKFURT · WESTHAFEN TOWER · WESTHAFENPLATZ 1 · 60327 FRANKFURT AM MAIN · DR. THOMAS DROSDECK, RECHTSANWALT · THOMAS.DROSDECK@BBLAW.COM

MÜNCHEN · GANGHOFERSTRASSE 33 · 80339 MÜNCHEN · DR. CHRISTOPHER MELMS, RECHTSANWALT · CHRISTOPHER.MELMS@BBLAW.COM



3. Deutsche Arbeitsrechtskonferenz

Miteinander – Gegeneinander: Brennpunkte im betrieblichen Alltag

Fachliche Leitung: RA/FAArbR **Dr. Wolfgang Lipinski** und RA/FAArbR **Dr. Christopher Melms**,
beide Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

13. Oktober 2016 | Allianz Arena München

12. Oktober 2016 | Get-together auf Einladung von Beiten Burkhardt

Themen:

- AÜG – nach der Reform ist vor der Reform
 - Arbeit 4.0 – Wie sieht die Zukunft der Arbeit aus?
Arbeitszeit – Arbeitsort – Homeoffice – Matrix-Strukturen
 - Flüchtlinge und Arbeit

Zur Halbzeit:

Erfolg beginnt im Kopf – was wir von
Spitzensportlern übernehmen können!

Prof. Dr. Hans-Dieter Hermann,
Sportpsychologe der deutschen Fußball-Nationalmannschaft

