

# ARBEITSRECHT

## Liebe Leserin, lieber Leser,

das Bundesverfassungsgericht hat kürzlich für einen arbeitsrechtlichen Paukenschlag gesorgt. Es hat die „3-Jahres-Rechtsprechung“ des Bundesarbeitsgerichts zur Vorbeschäftigung bei einer sachgrundlosen Befristung für verfassungswidrig erklärt. Nach dem Gesetz dürfen Arbeitnehmer nicht „zuvor“ bei demselben Arbeitgeber beschäftigt gewesen sein, wenn dieser sie befristet ohne Sachgrund einstellen möchte. Das Bundesarbeitsgericht hatte vor mehreren Jahren entschieden, dass „zuvor“ nicht endlos in die Vergangenheit reichen kann, sondern dass Anstellungen, die länger als drei Jahre zurückliegen, unbeachtlich sein sollen. Diese Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht nun gekippt und den Unternehmen damit erneut Rechtsunsicherheit beschert. Lesen Sie alles Wichtige zu dieser bedeutenden Entscheidung im nebenstehenden Beitrag.

In den letzten Monaten hat die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) hohe Wellen geschlagen. Eine Flut von Informations-E-Mails und Einwilligungs-Bitten ist über die Republik hereingebrochen. Aber auch für die Personalabteilungen hatte die DSGVO gravierende Auswirkungen, über die wir schon berichtet haben. Gut drei Monate, nachdem die Verordnung ihre volle Wirkung entfaltet hat, ist es sinnvoll nachzuprüfen, ob wirklich alles Erforderliche umgesetzt worden ist. Einen „checklistenartigen“ Beitrag zu diesem Thema finden Sie in unserer Rubrik „Im Blickpunkt“ auf [Seite 13](#).

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

Mit besten Grüßen



**Dr. Christopher Melms**  
für die Praxisgruppe Arbeitsrecht

## INHALT

RECHTSPRECHUNG	Seite 1
IM BLICKPUNKT	Seite 13
KURZMELDUNGEN	Seite 17
HINWEISE UND IMPRESSUM	Seite 20

## RECHTSPRECHUNG

### BVerfG kippt Rechtsprechung des BAG zur sachgrundlosen Befristung: „Nicht zuvor“ heißt meist „niemals zuvor“

*Bundesverfassungsgericht vom 6. Juni 2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvL 1375/14*

Eine sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich nur möglich, wenn der Arbeitnehmer nicht bereits zuvor in einem Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber gestanden hat. Die diesen Grundsatz einschränkende 3-Jahres-Rechtsprechung des BAG ist verfassungswidrig.

#### SACHVERHALT

In zwei Verfahren beriefen sich Arbeitnehmer darauf, in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber zu stehen, obwohl sie eigentlich nur sachgrundlos befristet eingestellt worden waren. Grund: Sie hatten bereits in der Vergangenheit schon einmal bei demselben Arbeitgeber gearbeitet. Nach § 14 Absatz 2 Satz 2 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) sind sachgrundlose Befristungen zwischen denselben Vertragsparteien auf die erstmalige Begründung eines Arbeitsverhältnisses beschränkt; jede erneute sachgrundlos befristete Beschäftigung

bei demselben Arbeitgeber ist verboten und hat ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zur Folge. Das BAG hatte die genannte Regelung jedoch seit 2011 einschränkend dahingehend ausgelegt, dass nicht niemals zuvor ein Arbeitsverhältnis zum selben Arbeitgeber bestanden haben darf, sondern nur in den letzten drei Jahren nicht. Wurde ein Arbeitnehmer also nach einer Unterbrechung von drei Jahren oder länger wieder eingestellt, konnte sein Arbeitsvertrag nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG ohne Vorliegen eines Sachgrundes (erneut) wirksam befristet werden. Die beiden Arbeitnehmer wandten sich gegen diese Rechtsprechung des BAG und stellten sich auf den Standpunkt, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht noch einmal wirksam hätte sachgrundlos befristet werden können, da die gesetzliche Regelung diese 3-Jahresgrenze gerade nicht vorsieht, das BAG durch seine einschränkende Rechtsprechung den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers missachtet und seine Kompetenzen überschritten habe.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BVerfG stellte zunächst fest, dass das grenzenlose Vorbeschäftigungsverbot in § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG grundsätzlich verfassungskonform ist. Es verletzt weder die Berufsfreiheit der Beschäftigten noch die berufliche und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Arbeitgeber. Auch das BVerfG sieht aber die Notwendigkeit, das strikte Vorbeschäftigungsverbot im Einzelfall einzuschränken, wenn keine Gefahr des Rechtsmissbrauchs besteht, so dass weiterhin eine (erneute) sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung zulässig sein kann. Dies insbesondere, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer war. Das können bestimmte geringfügige Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder der Familienzeit sein, die Tätigkeit von Werkstudenten oder die lang zurückliegende Beschäftigung von Menschen, die sich später beruflich völlig neu orientieren. Die Arbeitsgerichte können und müssen in solchen Fällen den Anwendungsbereich von § 14 Absatz 2 Satz 2 TzBfG einschränken. Die bisher vom BAG angenommene zeitliche Grenze von drei Jahren für die Unbeachtlichkeit einer Zuvorbeschäftigung widerspricht jedoch der klaren gesetzgeberischen Konzeption und ist verfassungswidrig.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung hat unabhängig von den geplanten Änderungen des Befristungsrechts, die im Koalitionsvertrag der Bundesregierung vereinbart worden sind, weitreichende Konsequenzen für die Praxis und sorgt für erhebliche Rechtsunsicherheit. Klar ist, dass die 3-Jahres-Rechtsprechung des BAG obsolet ist. Das gilt auch für bereits laufende sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse, weshalb vermehrt mit Klagen auf Entfristung zu rechnen ist. Ob bzw. inwieweit Arbeitgeber u. U. Vertrauensschutz in die bisherige Rechtsprechung des BAG beanspruchen können, ist derzeit unklar. Gleiches gilt für die Frage, wann konkret eine Vorbeschäftigung im Licht der Rechtsprechung des BVerfG noch unschädlich sein kann.

### PRAXISTIPP

Vor diesem Hintergrund sollten alle sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisse auf etwaige Risiken überprüft werden. Im Fall einer Zuvorbeschäftigung sollte untersucht werden, ob die Befristung ggf. durch die Darlegung eines Sachgrundes oder eine vom BVerfG anerkannte Ausnahme „gerettet“ werden kann oder ob man z. B. durch den Abschluss eines neuen, mit Sachgrund befristeten Vertrags das Ende des Arbeitsverhältnisses absichern kann. Denn es wird immer nur die letzte Befristung eines Arbeitsverhältnisses auf ihre Wirksamkeit hin überprüft. Um bei künftigen sachgrundlos befristeten Einstellungen etwaige Vorbeschäftigungen auszuschließen, sollte vom Bewerber eine Erklärung verlangt werden, dass er noch nie zuvor beim selben Arbeitgeber beschäftigt war. Gibt der Bewerber eine unzutreffende Erklärung ab, kann das Arbeitsverhältnis später eventuell angefochten oder gekündigt werden.



### Christina Kampeter, LL.M.

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Schwangerschaft schützt nicht vor Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung

*Europäischer Gerichtshof vom 22. Februar 2018 – C-103/16*

Auch bei einer Massenentlassung gibt es keinen besonderen Kündigungsschutz für schwangere Frauen aus der Richtlinie 92/85/EWG (Mutterschutzrichtlinie).

### SACHVERHALT

Im Jahr 2013 nahm der spanische Arbeitgeber die Verhandlungen mit der zuständigen Arbeitnehmervertretung für den Ausspruch von Kündigungen auf. In einer Vereinbarung wurden Auswahlkriterien für die zu kündigenden Arbeitnehmer festgelegt. Zum Jahresende kündigte der Arbeitgeber gemäß dieser Vereinbarung einer schwangeren Arbeitnehmerin. Im Kündigungsschreiben wurde ausgeführt, dass weitreichende Personalanpassungen erforderlich seien und dass nach dem Bewertungsverfahren, das der Arbeitgeber in der Konsultationsphase durchgeführt habe, das Ergebnis der Arbeitnehmerin zu dem niedrigsten in der Provinz zähle.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das oberste Gericht von Katalonien legte dem EuGH die Frage vor, ob das in der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG geregelte Verbot der Kündigung schwangerer Arbeitnehmerinnen in einem Massenentlassungsverfahren im Sinne der Massenentlassungs-

richtlinie 98/59/EG angewendet werden darf. Der EuGH meint, dass eine nationale Regelung, die eine derartige Möglichkeit eröffnet, nicht gegen die Mutterschutzrichtlinie verstoße. Unzulässig sei nur eine Kündigung, die **aufgrund** der Schwangerschaft ausgesprochen wird. Eine Kündigung könne jedoch aus anderen Gründen ausgesprochen werden, sofern der Arbeitgeber die Kündigungsgründe schriftlich in der Kündigung aufführt und die Kündigung nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedsstaats grundsätzlich zulässig ist.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Auch der deutsche Gesetzgeber hat die Mutterschutzrichtlinie umgesetzt und das Mutterschutzgesetz (MuSchG) dabei (umfassend) überarbeitet. Art. 10 der Mutterschutzrichtlinie enthält ein „Verbot der Kündigung“. Dementsprechend müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen, um die Kündigung Schwangerer vom Beginn der Schwangerschaft an bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs zu verbieten. Die Kündigung ist nur dann zulässig, wenn ein nicht mit der Schwangerschaft in Zusammenhang stehender Ausnahmefall eingreift, für den die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften bzw. Gepflogenheiten heranzuziehen seien und ggf. eine zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilen muss. Das MuSchG sieht in § 17 Absatz 1 ein umfassendes Kündigungsverbot für den gesamten Zeitraum der Schwangerschaft vor. Die Möglichkeit zur Kündigung besteht nur bei vorheriger Zustimmung einer für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde, wobei diese auch nur dann erteilt wird, wenn die Kündigung keinen Bezug zur Schwangerschaft aufweist. Gleichwohl muss die Schriftform gewahrt sein und, wie in dem durch den EuGH entschiedenen Fall, der Kündigungsgrund angegeben sein.

Erfasst ist im neuen § 17 Absatz 1 Satz 3 MuSchG aber auch eine Unzulässigerklärung von vorbereitenden Handlungen im Hinblick auf die Kündigung einer Schwangeren. Eingefügt wurde dieses Verbot ausweislich der Gesetzesbegründung aufgrund des EuGH-Urteils vom 11. November 2007 (C-460/06 – „Paquay“), wonach dann ein Verstoß gegen Artikel 10 der Mutterschutzrichtlinie vorliegt, wenn vor Ablauf des Kündigungsschutzes in Vorbereitung einer Kündigung beispielsweise die Suche und Planung eines endgültigen Ersatzes für die Betroffene in Angriff genommen worden sind.

Zum Inkrafttreten des neuen MuSchG wurde aufgrund der vorgenannten Regelung vertreten, dass auch die Aufnahme einer schwangeren Mitarbeiterin in eine Massenentlassungszeige nicht zulässig sei, da es sich um eine die Kündigung vorbereitende Maßnahme handle. Damit wird allerdings die Regelung des § 17 Absatz 2 MuSchG konterkariert, wonach nach Zulässigerklärung eine Kündigung auch während der Schwangerschaft ausgesprochen werden kann. Diese Schlussfolgerung bestätigt nun auch der EuGH. Außerdem wird deutlich, dass eine Schwangere bei einer betriebsbedingten Kündigung keine Vorrangstellung hat.

### PRAXISTIPP

Das deutsche Recht hat den nun durch den EuGH vorgegebenen Standard bereits umgesetzt. Schwangere können weiterhin auch im Rahmen anstehender Maßnahmen gekündigt werden. Lediglich die Anforderungen an die Wirksamkeit sind höher. Einen absoluten Kündigungsschutz gibt es daher nicht – auch nicht während der Schwangerschaft.

### Dr. Kathrin Bürger, LL.M.

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

### Dr. Anne Dziuba

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

### HINWEIS

Der Beitrag ist in ähnlicher Form bei Haufe.de erschienen.

## Sachgrundbefristung – Vertreter kann auch sein, wer nicht den Vertretenen vertritt

*Bundesarbeitsgericht vom 21. Februar 2018 – 7 AZR 696/16*

Wird die Tätigkeit einer vorübergehend ausfallenden Stammkraft nicht vom Vertreter, sondern von einem oder von mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt und deren Tätigkeit dem Vertreter übertragen („mittelbare Vertretung“), hat der Arbeitgeber grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen. Eine schriftliche Dokumentation der Vertretungskette bei Vereinbarung der Befristung ist bei mittelbarer Vertretung zur Gewährleistung des Kausalzusammenhangs zwischen dem vorübergehenden Ausfall der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft nicht zwingend erforderlich.

### SACHVERHALT

Die Arbeitnehmerin A wurde aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags an der G-Schule beschäftigt, weil die ebenfalls an der G-Schule tätige Stammkraft R durch ein sog. Sabbatjahr vorübergehend ausfiel. Hierbei übertrug die Arbeitgeberin die Aufgaben der vorübergehend ausfallenden Stammkraft R nicht der Arbeitnehmerin A, die als Vertreterin befristet eingestellt wurde, sondern einer bereits bei ihr beschäftigten Mitarbeiterin M. Der als Vertreterin befristet eingestellten Arbeitnehmerin A wurden wiederum die bisherigen Aufgaben der Mitarbeiterin M übertragen.

Eine schriftliche Dokumentation dieser „Vertretungskette“ fand nicht statt.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG führt aus, die Befristung sei gerechtfertigt. Der Sachgrund der Vertretung setze einen Kausalzusammenhang zwischen dem vorübergehenden Ausfall der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft voraus. Es müsse sichergestellt sein, dass die Vertretungskraft gerade wegen des vorübergehenden Ausfalls der Stammkraft eingestellt worden sei. Der Kausalzusammenhang könne auch bestehen, wenn der Vertreter nicht unmittelbar die bislang von der vorübergehend ausfallenden Stammkraft ausgeübten Tätigkeiten übernehme (mittelbare Vertretung). Der Arbeitgeber habe in diesem Fall die Vertretungskette zwischen der vorübergehend ausfallenden Stammkraft und dem Vertreter darzulegen, was hier geschehen sei. Einer schriftlichen Dokumentation hingegen bedürfe es nicht. Dies sei nur in den Fällen der sog. „gedanklichen Zuordnung“ erforderlich, in denen der befristete eingestellte Vertreter überhaupt keine Tätigkeiten der vorübergehend ausfallenden Stammkraft übernehme. In diesen Fällen müsse die „gedankliche Zuordnung“ von Tätigkeiten durch schriftliche Fixierung (z. B. im Arbeitsvertrag mit dem Vertreter) äußerlich erkennbar gemacht werden. Andernfalls bestünde in diesen Fällen aufgrund der bloß „gedanklichen Zuordnung“ von Tätigkeiten die Gefahr des Rechtsmissbrauchs. Demgegenüber erfolge bei der mittelbaren Vertretung eine tatsächliche Übertragung von Tätigkeiten, die als solche bereits nachprüfbar sei.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das BAG erteilt damit dem Versuch des Landesarbeitsgerichts Hamburg (Vorinstanz), die mittelbare Vertretung unter die zusätzliche Voraussetzung der sog. „gedanklichen Zuordnung“ von Tätigkeiten und damit deren schriftlicher Fixierung (z. B. im Arbeitsvertrag mit dem Vertreter) zu stellen, zu Recht eine Absage und hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. In der Praxis sind daher weiterhin drei Kategorien im Fall der „Vertretung“ als Sachgrund der Befristung zu unterscheiden: Unmittelbare Vertretung, Mittelbare Vertretung, und die Fälle der sog. „gedanklichen Zuordnung“.

#### PRAXISTIPP

Die mittelbare Vertretung ist die flexibelste Kategorie für den Arbeitgeber. Es bedarf keiner vorherigen schriftlichen Fixierung der Zuordnung von Tätigkeiten. Die Übertragung und die daraus folgende Vertretungskette müssen zwar zur Zeit des Vertragsschlusses mit dem Vertreter erforderlich sein. Diese müssen aber erst in einem etwaigen Gerichtsverfahren schlüssig dargelegt (und gegebenenfalls bewiesen) werden. Die Darlegung einer geschlossenen Vertretungskette erfordert, dass der Arbeitgeber die bisher der vorübergehend ausfallenden Stammkraft zugewiesenen Aufgaben zunächst darstellt. In einem zweiten Schritt hat er die Neuverteilung dieser Aufgaben zu schildern. In einem letzten Schritt ist darzulegen, dass sich die der Vertretungskraft zugewiesenen Tätigkeiten aus der geänderten Aufgabenzuweisung ergeben (vgl. BAG vom 6. Oktober 2010 – 7 AZR 397/09). Eine Dokumentation der Tätigkeitszuordnung durch den Arbeitgeber kann al-

erdings hilfreich sein, um dem Risiko einer nicht schlüssigen Darlegung einer geschlossenen Vertretungskette in einem etwaigen Gerichtsverfahren zu entgehen.



#### Florian Denninger

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
München

## Außerordentliche Kündigung eines tariflich Unkündbaren aus krankheitsbedingten Gründen

*Bundesarbeitsgericht vom 25. April 2018 – 2 AZR 6/18*

### SACHVERHALT

Der 1966 geborene Arbeitnehmer war seit 1992 bei seinem Arbeitgeber tätig. Das Arbeitsverhältnis war nach den einschlägigen Tarifregelungen ordentlich unkündbar. Seit September 2011 bis einschließlich März 2013 fehlte der Arbeitnehmer ununterbrochen krankheitsbedingt. Im weiteren Verlauf des Jahres 2013 fehlte er krankheitsbedingt an insgesamt acht, im Jahr 2014 an 62 Arbeitstagen und im Jahr 2015 an 139 Arbeitstagen. Nachdem der Arbeitnehmer bis zum 31. Juli 2016 an mehr als 60 Arbeitstagen arbeitsunfähig war, kündigte der Arbeitgeber nach Zustimmung des Personalrats außerordentlich mit sozialer Auslauffrist im August 2016 mit Wirkung zum 31. März 2017.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Nach Ansicht des BAG war die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar. Ausgehend von einem rückwirkenden Referenzzeitraum von drei Jahren (berechnet ab dem Zeitpunkt der Anhörung des Personalrats) ergebe sich eine durchschnittliche Fehlzeitenquote von 93 Arbeitstagen pro Kalenderjahr. Derartige krankheitsbedingte Fehlzeiten seien auch in Zukunft zu erwarten. Bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern, so das BAG, könne allein die zu erwartende Belastung des Arbeitgebers mit Entgeltfortzahlungskosten für mehr als ein Drittel der Arbeitstage im Kalenderjahr einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen. In diesem Fall sei ein gravierendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben, ohne dass es noch auf (weitere) fehlzeitenbedingte Betriebsablaufstörungen ankäme. Der Umfang der wertbaren Restarbeitszeit des Arbeitnehmers sei im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass der Arbeitgeber an diesem, im Kernbereich gestörten, Arbeitsverhältnis bis zum Erreichen der Regelaltersrente noch für lange Jahre festhalten müsste.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung des BAG ist aus Arbeitgebersicht sehr zu begrüßen, schafft das Gericht doch nun Klarheit bezüglich der Frage, wann von einem „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnis bei wiederholt erkrankten Arbeitnehmern ausgegangen werden kann. Gerade

bei tariflich unkündbaren Arbeitnehmern scheiterten viele Kündigungen bereits daran, dass die Instanzgerichte eine negative Gesundheitsprognose trotz immenser Fehlzeiten verneinten.

#### PRAXISTIPP

Auch wenn bei jeder Kündigung die Umstände des Einzelfalls entscheiden, können sich Arbeitgeber bei der Beurteilung, ob und wann eine Kündigung wegen erheblicher Fehlzeiten ausgesprochen werden sollte, an den vom BAG festgestellten Maßstäben orientieren. Dabei wird dieses Urteil nicht nur für Arbeitnehmer, die wie hier im öffentlichen Dienst tätig sind, relevant sein.



#### Inka Adam

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt

## Wann ist ein Interessenausgleich bei einer Betriebsstilllegung so hinreichend versucht worden, dass ein Nachteilsausgleich ausscheidet?

*Bundesarbeitsgericht vom 7. November 2017 – 1 AZR 186/16*

Der Unternehmer bzw. Insolvenzverwalter hat vor Durchführung einer Betriebsänderung im Zusammenhang mit einem Interessenausgleichsversuch grundsätzlich die Einigungsstelle anzufragen.

#### SACHVERHALT

Ein ehemaliger Arbeitnehmer machte gegen den Insolvenzverwalter als Arbeitgeber die Gewährung eines Nachteilsausgleichs als Abfindung geltend. Zeitlich vor der Insolvenz war die Betriebstätigkeit (Spielbank) bereits eingestellt. Die Arbeitnehmer waren von der Arbeitsverpflichtung freigestellt worden. Auch die Konzession zum Betrieb der Spielbank war bereits widerrufen. Nach Insolvenzeröffnung und Bestellung zum Insolvenzverwalter hatte der Gesamtbetriebsrat dem Insolvenzverwalter mitgeteilt, dass die Verhandlungen über den Interessenausgleich gescheitert seien, und dass er beschlossen habe, die Einigungsstelle anzurufen. Danach kündigte der Insolvenzverwalter sämtliche Arbeitsverhältnisse.

#### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat geurteilt, dass es sich um eine nach Insolvenzeröffnung stattgefundenen Betriebsstilllegung und damit um eine sog. Masseverbindlichkeit handelt. Der Insolvenzverwalter hat eine Betriebsänderung als Betriebsstilllegung nach Insolvenzeröffnung durchgeführt und keinen ausreichenden Interessenausgleich versucht. Das BAG hat definiert, die Umsetzung der

Betriebsstilllegung erfolge, sobald der Unternehmer unumkehrbare Maßnahmen zur Auflösung der betrieblichen Organisation ergreife. Diesen Zeitpunkt hat das BAG erst mit dem nach Insolvenzeröffnung stattgefundenen Ausspruch der Kündigungen als erreicht erachtet und hierin die die Nachteilsausgleichsverpflichtung auslösende Handlung des Insolvenzverwalters gesehen. Den Umstand, dass die Betriebstätigkeit schon vor Insolvenzantragstellung eingestellt und die Konzession bereits vor Insolvenzeröffnung widerrufen war, hat das BAG noch nicht als Beginn der Durchführung der Betriebsstilllegung bewertet. Trotz der Ankündigung des Gesamtbetriebsrats, die Einigungsstelle anrufen zu wollen, trifft den Arbeitgeber die Initiativlast. Ein Interessenausgleich ist nur dann ausreichend versucht, wenn der Arbeitgeber bis in die Einigungsstelle geht. Gleiches gilt in der Insolvenz.

#### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Damit bestätigt das BAG seine Rechtsprechung zur Frage, wann die die Nachteilsausgleichsverpflichtung auslösende Durchführung einer Betriebsänderung beginnt. Es unterscheidet zwischen reinen Vorbereitungshandlungen und dem Beginn der eigentlichen Betriebsänderung, der spätestens im Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen liegt.

#### PRAXISTIPP

Es sollte sichergestellt werden, dass spätestens vor dem Ausspruch der Kündigungen ein Interessenausgleich hinreichend versucht worden ist. Weiter hat sich die Praxis darauf einzustellen, dass Nachteilsausgleichsansprüche drohen, wenn beim Scheitern des Interessenausgleichs kein solcher Versuch bis in die Einigungsstelle hinein stattgefunden hat. Das BAG bestätigt die beim Arbeitgeber liegende Initiativlast. Insbesondere im Insolvenzverfahren sollte auf die Einhaltung des Verfahrens nach § 112 Absatz 2 BetrVG geachtet werden, weil das BAG der Begrenzung des Nachteilsausgleichs i.S.d. § 123 Insolvenzordnung (Begrenzung des Gesamtbetrags der Sozialplanabfindungen auf 2,5 Monatsverdienste) eine klare Absage erteilt hat. Zwar dürfen Nachteilsausgleichsansprüche auf vereinbarte Sozialplanansprüche angerechnet werden. Es besteht aber die Gefahr, dass Nachteilsausgleichsansprüche erheblich über den Sozialplanansprüchen liegen, was in der Insolvenz von besonderer Relevanz sein dürfte. Auch vor dem Hintergrund der möglichen persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters sollte mit Bedacht vorgegangen werden.



#### Maike Pflästerer

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt

#### HINWEIS

Der Beitrag ist in einer etwas ausführlicheren Form im DB Arbeitsrecht 2018, Seite 186 erschienen.



## Tarifliche Ausschlussfrist für Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kann nicht gesetzlichen Mindestlohn umfassen

*Bundesarbeitsgericht vom 20. Juni 2018 – 5 AZR 377/17*

Die Geltendmachung des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kann trotz seiner Unabdingbarkeit einer tariflichen Ausschlussfrist unterworfen werden. Eine tarifliche Ausschlussfrist ist jedoch unwirksam, soweit sie auch den während Arbeitsunfähigkeit fortzuzahlenden gesetzlichen Mindestlohn erfasst.

### SACHVERHALT

Der Arbeitnehmer war seit 2012 bei einem Bauunternehmen beschäftigt. Sein Stundenlohn betrug zuletzt 13,00 EUR brutto. Mit Schreiben vom 17. September 2015 kündigte die Arbeitgeberin ordentlich zum 31. Oktober 2015. Nach Erhalt der Kündigung meldete sich der Arbeitnehmer arbeitsunfähig krank und legte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Während die Arbeitgeberin für September 2015 Vergütung zahlte, verweigerte sie die Entgeltfortzahlung für den Folgemonat. Mit einem der Arbeitgeberin am 18. Januar 2016 zugestellten Schriftsatz hat der Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung für Oktober 2015 verlangt. Er hat vorgetragen, in dieser Zeit arbeitsunfähig krank gewesen zu sein und behauptet, sein Anspruch sei nicht verfallen. Die Ausschlussfristenregelung des für allgemeinverbindlich erklärten § 14 Abs. 1 BRTV-Bau, wonach zusammengefasst alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden, sei insgesamt unwirksam, weil sie den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausnehme. Das Arbeitsgericht hat die Klage bezüglich des den Mindestlohn übersteigenden Anteils der Forderung abgewiesen. Der Anspruch sei insoweit verfallen. Im Umfang des Mindestlohns hat es der Klage entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Arbeitgeberin zurückgewiesen.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Die Revision der Arbeitgeberin hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des BAG habe der Arbeitgeber entsprechend den Regelungen im Entgeltfortzahlungsgesetz für die Zeit, die infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausfällt, das Entgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall bei Erbringung der Arbeitsleistung erhalten hätte. Damit habe der Arbeitnehmer auch während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns. Der Anspruch folge jedoch nicht unmittelbar aus § 1 des Mindestlohngesetzes (MiLoG), weil hiernach der Mindestlohn nur für tatsächlich geleistete Arbeit zu entrichten sei. Da der Arbeitnehmer im Falle der Arbeitsunfähigkeit jedoch so zu stellen sei, als hätte er gearbeitet, bleibe ihm auch der Mindestlohn als untere Grenze des fortzuzahlenden Entgelts erhalten. Zugleich gebiete es der Schutzzweck des MiLoG, den Entgeltfortzahlungsanspruch in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns zu sichern. Das habe zur Folge, dass Vereinbarungen,

die die Geltendmachung des fortzuzahlenden Mindestlohns beschränken, unwirksam sind. Zu solchen Vereinbarungen gehören auch tarifliche Ausschlussfristen.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Anwendung von tariflichen Ausschlussfristen, die den gesetzlichen Mindestlohnanspruch nicht ausdrücklich ausnehmen, wird lediglich eingeschränkt, ohne dass die tarifliche Ausschlussfristregelung an sich unwirksam wird. Da tarifliche Ausschlussfristen keiner AGB-Kontrolle unterliegen, kann hierbei eine sog. geltungserhaltende Reduktion erfolgen. Mit seiner Entscheidung hat das BAG bestätigt, dass auch unabdingbare Arbeitnehmerschutzvorschriften wie der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch tarifvertragliche Ausschlussfristen verfallen können. Der Verfall ist aber zugunsten des Arbeitnehmers in Höhe des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs ausgeschlossen, so dass ihm dieser immer als Basis bleibt. Somit unterliegt der Vergütungsanspruch bis zur Höhe des Mindestlohns lediglich der regelmäßigen dreijährigen Verjährung. Es ist davon auszugehen, dass auch sonstige nach dem Entgeltausfallprinzip berechnete Fortzahlungsansprüche (z. B. Annahmeverzugslohn) in Höhe des Mindestlohns nicht von einer (tarifvertraglichen) Ausschlussfrist erfasst werden können.

### PRAXISTIPP

Die umstrittene Frage, ob eine arbeitsvertragliche Ausschlussfrist insgesamt unwirksam ist, wenn sie den Mindestlohn nicht explizit ausnimmt, hat das BAG in der vorliegenden Entscheidung sowie in seiner weiteren aktuellen Entscheidung zur Hemmung einer Ausschlussfrist bei Vergleichsverhandlungen (vgl. den nachfolgenden Beitrag von *Kaindl*) offen gelassen. Bis zu einer höchstgerichtlichen Klärung sollten Arbeitgeber in ihren Ausschlussfristenklauseln beim Neuabschluss von Arbeitsverträgen eine ausdrückliche Ausnahme für Mindestlohnansprüche aufnehmen, um eine Unwirksamkeit der gesamten Klausel zu vermeiden.



### Nadine Radbruch

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Alles Verhandlungssache

*Bundesarbeitsgericht vom 20. Juni 2018 – 5 AZR 262/17*

Verhandeln Arbeitgeber und Arbeitnehmer über einen Vergleich betreffend ausstehender Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, kommen arbeitsvertragliche Ausschlussfristen zur gerichtlichen Geltendmachung während dieser Zeit zum Stillstand.

## SACHVERHALT

Der Arbeitnehmer war vom 1. Januar 2014 bis 31. Juli 2015 beim Arbeitgeber beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthielt eine Ausschlussklausel, die verlangt, dass Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten ab Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden müssen. Ferner sind bei Ablehnung die Ansprüche innerhalb von weiteren drei Monaten ab Zugang der Ablehnung bei Gericht einzufordern. Andernfalls sind die Ansprüche verfallen. Der Verfall von Mindestlohnansprüchen war in der Klausel nicht ausgeschlossen. Mit Schreiben vom 14. September 2015 verlangte der Arbeitnehmer die Abgeltung der Urlaubstage sowie die Bezahlung seiner Überstunden. Mit Schreiben vom 28. September 2015 lehnte der Arbeitgeber die Ansprüche ab. Die Anwälte beider Parteien verhandelten daraufhin bis Januar 2016 über einen außergerichtlichen Vergleich. Die Vergleichsverhandlungen blieben jedoch ergebnislos, woraufhin der Arbeitnehmer im Januar 2016 Klage erhob. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Auch die vom Arbeitnehmer eingelegte Berufung blieb erfolglos. Das Landesarbeitsgericht war der Auffassung, dass die Ansprüche verfallen seien, weil der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig innerhalb von drei Monaten Klage erhoben habe.

## DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG hob das Urteil auf. Der Arbeitnehmer habe entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts die dreimonatige Ausschlussfrist für die klageweise Geltendmachung gewahrt. Die Frist sei für die Dauer der Vergleichsverhandlungen entsprechend § 203 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) gehemmt gewesen.

## KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Streitigkeiten und Verhandlungen über Ansprüche sind im Arbeitsleben keine Seltenheit. Die Arbeitsvertragsparteien bleiben jedoch über längere Zeit im Ungewissen, ob und welche Ansprüche geltend gemacht werden. Vor dem Hintergrund langjähriger Verjährungsfristen sind dreimonatige Ausschlussfristen im Arbeitsvertrag üblich, um schneller Rechtssicherheit zu schaffen. Das mit Spannung erwartete Urteil des BAG brachte aber überraschend keinerlei Aufklärung zur umstrittenen Frage, ob die Ausschlussklausel insgesamt unwirksam ist, weil von ihr im vorliegenden Fall Mindestlohnansprüche nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurden. Das BAG hat aber zumindest Klarheit darüber geschaffen, dass arbeitsvertragliche Ausschlussfristen zur gerichtlichen Geltendmachung während der Zeit von Vergleichsverhandlungen zum Stillstand kommen.

## PRAXISTIPP

Die Hemmung der arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist wird erst dann beendet, wenn der Arbeitgeber klar und eindeutig zu erkennen gibt, dass er die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Wollen also Arbeitgeber nach erfolgten Verhandlungen die dreimonatige Ausschlussfrist wieder zum Laufen bringen, ist ein „doppeltes Nein“ erforderlich: kein Anspruch, keine weiteren Verhandlungen. Das bloße „Einschlafenlassen“ der Verhandlungen bedeutet nicht zwangsläufig eine Verweigerung. Arbeitgeber sollten außerdem im Arbeitsvertrag Mindestlohn-

ansprüche vom Anwendungsbereich der Ausschlussklausel herausnehmen, damit die Klausel sicher wirksam ist, da in dieser Frage nach wie vor keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt.



## Gerd Kaindl

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
München

## Rückzahlungsverpflichtung von Sonderzuwendungen bei Kündigung im Folgejahr – zulässig in Tarifverträgen?

*Bundesarbeitsgericht vom 27. Juni 2018 – 10 AZR 290/17*

Durch die Gewährung von Sonderzuwendungen möchten viele Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer an das Unternehmen binden. Nicht selten finden sich daher Regelungen, wonach Sonderzuwendungen vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Stichtag im Folgejahr abhängig sein sollen. In Tarifverträgen können solche Regelungen wirksam vereinbart werden.

## SACHVERHALT

Der Arbeitnehmer kündigte sein Arbeitsverhältnis im Oktober 2015 zum 14. Januar 2016. Im November 2015 zahlte der Arbeitgeber eine tarifliche Sonderzuwendung. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangte der Arbeitgeber die Rückzahlung dieser Sonderzuwendung. Dabei berief er sich auf eine Rückzahlungsregelung in einem Tarifvertrag, der aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fand. Die Regelung sah vor, dass der Arbeitnehmer die Sonderzuwendung zurückzahlen hat, wenn er bis zum 31. März des Folgejahres auf eigenen Wunsch oder aus eigenem Verschulden aus dem Beschäftigungsverhältnis ausscheidet. Der Arbeitnehmer war der Ansicht, er sei nicht zur Rückzahlung verpflichtet, da die tarifvertragliche Rückzahlungsregelung unwirksam sei.

## DIE ENTSCHEIDUNG

Der Arbeitnehmer verlor in allen drei Instanzen und wurde zur Rückzahlung der Sonderzuwendung verpflichtet. Das BAG entschied, dass die tarifvertragliche Rückzahlungsregelung wirksam ist. Dabei führte das Gericht zwar zunächst aus, dass eine solche Regelung unwirksam wäre, wenn sie als Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) der Inhaltskontrolle nach § 307 Absatz 1 BGB unterliege. Da es sich im vorliegenden Fall jedoch um eine Regelung in einem Tarifvertrag handelte, der in seiner Gesamtheit arbeitsvertraglich in Bezug genommen wurde, scheidet eine solche Inhaltskontrolle von Gesetzes wegen aus. Nach Ansicht des Gerichts stelle die Rückzahlungsregelung auch keinen unzulässig-

gen Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers dar. Der Eingriff sei verhältnismäßig. Die Tarifvertragsparteien hätten von ihrem weiten Gestaltungsspielraum, der ihnen aufgrund ihrer grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie zustehe, in noch zulässiger Weise Gebrauch gemacht.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Arbeitgebern wird nochmals vor Augen geführt, dass Stichtags- und Rückzahlungsklauseln bei Sonderzuwendungen mit reinem Entgelt- oder Mischcharakter (Vergütung, die sowohl die erbrachte Arbeitsleistung als auch die Betriebstreue honorieren soll) nicht wirksam in Arbeitsverträgen vereinbart werden können. Denn diese unterliegen nach der bisherigen BAG-Rechtsprechung der AGB-Kontrolle und benachteiligen den Arbeitnehmer unangemessen. Auch in Betriebsvereinbarungen sind solche Regelungen nach dem BAG unwirksam. Einzig den Tarifvertragsparteien wird dieses Recht zuerkannt. So hatte das BAG bereits im Jahr 2012 entschieden, dass eine tarifvertragliche Sonderzuwendung (mit reinem Entgelt- oder Mischcharakter) vom Bestand des Arbeitsverhältnisses innerhalb des Bezugszeitraums (z. B. 1. Dezember) abhängig gemacht werden kann (vgl. BAG vom 12. Dezember 2012 – 10 AZR 718/11). Auch damals begründete dies das BAG mit dem weiten Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien. Bislang ungeklärt war aber die Frage, ob der weite Gestaltungsspielraum so groß ist, dass tarifvertragliche Sonderzuwendungen von einem Bestand des Arbeitsverhältnisses auch außerhalb des Bezugszeitraums (z. B. 31. März des Folgejahres) abhängig gemacht werden können. Hierzu hat sich das BAG nun erstmals geäußert und klargestellt, dass jedenfalls ein Stichtag drei Monate nach Ablauf des Bezugszeitraums als noch verhältnismäßig anzusehen ist.

#### PRAXISTIPP

Zu den Grenzen der Verhältnismäßigkeit hat das BAG sich jedoch nicht klar positioniert. Ein Zeitpunkt über den 31. März des Folgejahres hinaus bleibt daher selbst in Tarifverträgen mit Rechtsunsicherheit verbunden. Arbeitgeber sollten daher Tarifverträge sorgfältig prüfen und sich über ihren tatsächlichen Inhalt bewusst sein, bevor sie diese arbeitsvertraglich in Bezug nehmen. Auch sollten Arbeitgeber darauf achten, in Haustarifverträgen keine Stichtagsklauseln für Sonderzuwendungen mit reinem Entgelt- oder Mischcharakter aufzunehmen, die einen Stichtag nach dem 31. März des Folgejahres festlegen. Soweit Sonderzuwendungen ausschließlich Betriebstreue honorieren sollen, können Arbeitgeber hingegen auch in Arbeitsverträgen und Betriebsvereinbarungen entsprechende Stichtags- und Rückzahlungsklauseln vorsehen. Dabei ist eine sorgfältige Formulierung angezeigt. Denn diese hat entscheidenden Einfluss darauf, ob eine Sonderzuwendung nicht doch als Sonderzuwendung mit Mischcharakter zu werten ist.



#### Elisabeth Miesen

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Keine Umdeutung einer (unwirksamen) Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage

*Bundesarbeitsgericht vom 23. Januar 2018 – 1 AZR 65/17*

Die Umdeutung einer unwirksamen Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage ist nur dann möglich, wenn Umstände außerhalb der Betriebsvereinbarung vorliegen, die auf den Willen des Arbeitgebers schließen lassen, sich auch unabhängig von ihrer Geltung zur Leistung zu verpflichten.

### SACHVERHALT

Bis April 2008 war das beklagte Einzelhandelsunternehmen tarifgebundenes Mitglied im Landesverband des Hamburger Einzelhandels e.V., dessen Tarifverträge u. a. Regelungen über Tarifentgelte enthielten. Das Unternehmen schloss darüber hinaus mit seinem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung, die eigene – für die Arbeitnehmer günstigere – Entgeltregelungen enthielt. Zum einen regelte die Betriebsvereinbarung eigene Gehaltsgruppen mit Tabellenwerten und eine automatische Gehaltserhöhung für den Fall, dass die Tariflöhne durch die Tarifvertragsparteien erhöht werden. Zum anderen sah sie die Zahlung von Weihnachts- und Urlaubsgeld vor. Diese Betriebsvereinbarung wurde mit Wirkung zum 31. Dezember 2014 vom Unternehmen gekündigt. Die Zahlungen wurden eingestellt. Ein Lagerist klagte auf Zahlung der Differenzvergütung sowie auf das Weihnachts- und Urlaubsgeld auf Basis der Betriebsvereinbarung mit dem Argument, diese stelle eine sogenannte Gesamtzusage dar oder sei in eine solche umzudeuten. Von einer Gesamtzusage spricht man, wenn der Arbeitgeber einseitig bekanntgibt, den Arbeitnehmern bestimmte Leistungen unter von ihm festgelegten Voraussetzungen zu gewähren.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG wies die Klage ab. Aus den Vergütungsregelungen der gekündigten Betriebsvereinbarung lässt sich kein Zahlungsanspruch begründen. Die Betriebsvereinbarung ist wegen des Verstoßes gegen die Regelungssperre des § 77 Absatz 3 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) unwirksam. Danach können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Die Sperrwirkung entfaltet sich daher nicht nur bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers. Sie gilt auch dann, wenn diese Regelungen tarifüblich sind, was bei den Vergütungsregelungen im vorliegenden Fall zutraf. Die Regelungssperre führt sogar zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung, wenn ihre Regelung für den Arbeitnehmer günstiger als diejenige der Tarifvertragsparteien ist. Auch ein vertraglicher Zahlungsanspruch besteht nicht. Die unwirksame Betriebsvereinbarung kann nicht in eine inhaltsgleiche Gesamtzusage „umgedeutet“ werden (§ 140 BGB). Wenngleich eine Umdeutung nach der BAG-Rechtsprechung nicht gänzlich ausgeschlossen ist, sind besondere Umstände außerhalb der Betriebsvereinbarung erforderlich, die die Annahme rechtfertigen, der Arbeitgeber habe die Leistungen losgelöst von der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung gewähren wollen. Ein derartiger Wille kann nicht ohne weiteres angenommen werden. Im Gegensatz zu



einer Betriebsvereinbarung, von der sich der Arbeitgeber durch Kündigung lösen kann, ist die Beseitigung einer Gesamtzusage, die Inhalt eines Arbeitsvertrags wird, nur einvernehmlich oder durch Änderungskündigung möglich.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das BAG führt die bisherige Rechtsprechung zu den Kriterien einer Umdeutung unwirksamer Betriebsvereinbarungen fort. Die Umdeutung in eine Gesamtzusage ist demnach nicht ausgeschlossen, sie kann allerdings nicht isoliert aus der Betriebsvereinbarung heraus erfolgen. Vielmehr müssen wie erwähnt konkrete Umstände außerhalb der Betriebsvereinbarung hinzutreten.

#### PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten sich vor Abschluss einer Betriebsvereinbarung die Regelungssperre des § 77 Absatz 3 Satz 1 BetrVG in Erinnerung rufen. Diese untersagt eine konkurrierende Regelung von Arbeitsentgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag festgelegt sind oder üblicherweise in Betriebsvereinbarungen festgelegt werden. Somit kann der mit dem Abschluss einer Betriebsvereinbarung verbundene und dann eventuell nutzlose finanzielle und zeitliche Aufwand vermieden werden. Ferner besteht bei unwirksamen Betriebsvereinbarungen das Risiko einer Umdeutung in eine Gesamtzusage mit der Folge einer individualvertraglichen Bindungswirkung.

schaften keine Leitungsfunktionen aus. Vielmehr berichten die Geschäftsführer der operativen Tochtergesellschaften an die Konzernmuttergesellschaft in der Schweiz und erhalten von der Konzernmutter verbindliche Weisungen in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten. Die in den operativen Tochtergesellschaften bestehenden Betriebsräte errichteten einen Konzernbetriebsrat auf Ebene der inländischen Holdinggesellschaft.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Die Arbeitgeberseite war mit ihrem Antrag auf Feststellung, dass kein Konzernbetriebsrat besteht, in allen drei Instanzen erfolgreich. Das BAG entschied, dass der Konzernbetriebsrat nicht wirksam errichtet worden sei, da sich die Konzernmuttergesellschaft als herrschendes Unternehmen in der Schweiz befinde und im Inland keine Teilkonzernspitze bestehe, die über wesentliche Leitungsaufgaben in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten verfüge. Insbesondere die in Deutschland ansässige Holdinggesellschaft übe derartige Funktionen gegenüber ihren Tochtergesellschaften nicht aus.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Mit diesem bislang nur als Pressemitteilung veröffentlichten Beschluss hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung bestätigt. Der Beschluss macht außerdem deutlich, dass für das Arbeitsrecht wegen des Territorialitätsprinzips im Grundsatz entscheidend ist, an welcher Stelle die maßgebenden Entscheidungen getroffen werden und an welchem Ort die Arbeitnehmer schwerpunktmäßig tätig sind.



#### Isabelle Woidy

Rechtsanwältin  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg

## Kein Konzernbetriebsrat bei Konzernspitze im Ausland

*Bundesarbeitsgericht vom 23. Mai 2018 – 7 ABR 60/16*

Es kann kein Konzernbetriebsrat errichtet werden, wenn das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat und keine im Inland ansässige Teilkonzernspitze besteht, die über wesentliche Entscheidungsbefugnisse in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten verfügt.

### SACHVERHALT

Die beteiligten Unternehmen gehören einer weltweit tätigen Unternehmensgruppe an, deren Konzernmuttergesellschaft ihren Sitz in der Schweiz hat. Deren Tochtergesellschaft ist eine in Deutschland ansässige Holdinggesellschaft ohne eigene Geschäftstätigkeit. Diese Holdinggesellschaft hat wiederum selbst mehrere operative Tochtergesellschaften mit Sitz in Deutschland. Die Holdinggesellschaft übt gegenüber diesen Tochtergesell-

#### PRAXISTIPP

Unabhängig davon, ob sich die Konzernspitze im In- oder Ausland befindet, ist für die Praxis bedeutsam, dass die wirksame Errichtung eines Konzernbetriebsrats an diversen weiteren Punkten scheitern kann: Zunächst muss ein Unterordnungskonzern im Sinne des § 18 Absatz 1 Aktiengesetz vorliegen. Außerdem setzt die Errichtung eines Konzernbetriebsrats voraus, dass in mindestens zwei Konzernunternehmen jeweils ein Gesamtbetriebsrat oder zumindest ein Betriebsrat existiert. Des Weiteren muss die Zustimmung der Gesamtbetriebsräte bzw. Betriebsräte zur Errichtung des Konzernbetriebsrats vorliegen, die insgesamt mehr als 50 % der Arbeitnehmer der betroffenen Konzernunternehmen repräsentieren. Falls eine oder mehrere der vorgenannten Voraussetzungen für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats nachträglich entfällt bzw. entfallen, erlischt auch ein wirksam gebildeter Konzernbetriebsrat, da er keine feststehende Amtszeit hat. Im Übrigen ist zu beachten, dass den Betriebsräten die Errichtung eines Konzernbetriebsrats freisteht – im Gegensatz zur Errichtung des Gesamtbetriebsrats, der in einem Unternehmen mit mehreren Betriebsräten errichtet werden muss.



#### Dr. Andreas Reuther

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Neues zur Betriebsratsvergütung

*Bundesarbeitsgericht vom 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16*

Voraussetzung für den Anspruch eines Betriebsratsmitglieds auf Anpassung seiner Vergütung ist nicht, dass die Mehrheit der relevanten Vergleichsgruppe eine Gehaltserhöhung erhält. Bei zeitgleichen Gehaltserhöhungen ist zwischen Tarifangestellten und OT-Angestellten keine Durchschnittsbetrachtung vorzunehmen.

### SACHVERHALT

Der Mitarbeiter begehrt die Anpassung seiner Vergütung nach § 37 Absatz 4 BetrVG. Er hatte zunächst regelmäßig als Ersatzmitglied an Betriebsratssitzungen teilgenommen, bevor er dem Betriebsrat als ordentliches Mitglied angehörte. Die Bemessung seines Arbeitsentgelts hält er für unzutreffend, weil er im Verhältnis zu vergleichbaren Arbeitnehmern in geringerem Umfang an Gehaltserhöhungen partizipiert habe. Das Anpassungsverfahren der Arbeitgeberin sah eine – durchschnittliche – Gehaltsanpassung für Betriebsratsmitglieder erst vor, wenn die Mehrzahl der Vergleichspersonen im jährlichen Betrachtungszeitraum eine Gehaltserhöhung erhalten hatte.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Bei der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern ist das in § 37 Absatz 4 BetrVG geregelte Benachteiligungsverbot zu beachten. Danach darf das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern (einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit) nicht geringer bemessen werden als das vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Folglich sind auch Gehaltserhöhungen zu gewähren, die das Betriebsratsmitglied ohne sein Mandat erhalten hätte. Das BAG bestätigt zunächst seine bisherige Rechtsprechung zur Durchschnittsbetrachtung bei kleineren Vergleichsgruppen. Bei der Ermittlung der Erhöhung müsse für jede Vergleichsperson der prozentuale Anteil individueller Lohnerhöhungen berechnet werden. Das Ausgangsgehalt des Betriebsratsmitglieds sei um den durchschnittlichen Prozentsatz der gewährten Gehaltssteigerungen zu erhöhen. Das Neue an der Entscheidung ist: Befinden sich in der Vergleichsgruppe Tarifangestellte und übertariflich vergütete OT-Angestellte und fallen deren Gehaltserhöhungen unterschiedlich aus, ist zwischen diesen keine Durchschnittsbetrachtung anzustellen; es ist vielmehr maßgeblich, ob das Betriebsratsmitglied Tarif- oder OT-Angestellter wäre. Voraussetzung für einen Anspruch des Betriebsratsmitglieds sei nicht, dass die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer in einem bestimmten Zeitraum eine Gehaltserhöhung erhalten habe. Mit Blick auf den Bemessungszeitraum sei bei vorherigen Einsätzen als Ersatzmitglied zudem nicht auf den Anfangszeitpunkt einer nachfolgenden Vollmitgliedschaft abzustellen; vielmehr müsse der gesamte Zeitraum beginnend mit dem erstmaligen Nachrücken berücksichtigt werden, sofern bei Beachtung des maßgeblichen Jahres-Zeitraums zwischen den jeweilige Einsätzen ein durchgängiger betriebsverfassungsrechtlicher Schutz bestanden habe.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Das BAG hat für Arbeitgeber gute und schlechte Nachrichten. Zwar hat es einer möglichen Umgehung des Anpassungsanspruchs durch eine Rotation mit jährlich wechselnden Gehalts-

erhöhungen innerhalb der Vergleichsgruppe eine Absage erteilt, da eine Gehaltsanpassung gegenüber einem Betriebsratsmitglied auch dann vorzunehmen ist, wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer keine Gehaltserhöhung erhalten hat. Jedoch können Betriebsratsmitglieder keine (durchschnittliche) Partizipation an Tarifierhöhungen verlangen, der eine Durchschnittsbetrachtung von Tarifangestellten und OT-Angestellten zu Grunde gelegt wird. Vielmehr ist auf die Gehaltsentwicklung entsprechend dem jeweiligen Status abzustellen. Fallstricke können sich bei der konkreten Berechnung der Anpassung ergeben, insbesondere in zeitlicher Hinsicht. Etwaige Einsätze als Ersatzmitglied sind dabei im Blick zu behalten. Auf den ersten Einsatz als Ersatzmitglied ist dann abzustellen, wenn bis zur Vollmitgliedschaft ein durchgängiger betriebsverfassungsrechtlicher Schutz bestanden hat. Voraussetzung hierfür ist, dass die einzelnen Einsatzzeiten jeweils über den einjährigen nachwirkenden Schutz verklammert sind. Um eine Ungleichbehandlung des Betriebsratsmitglieds auszuschließen, sollten Arbeitgeber bei kleinen Vergleichsgruppen zudem alle vergleichbaren Arbeitnehmer in die Durchschnittsbetrachtung einbeziehen.

### PRAXISTIPP

Gerichtliche Auseinandersetzungen über die Betriebsratsvergütung sind zeit- sowie kostenintensiv und belasten die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Daher ist zu empfehlen, im Hinblick auf Gehaltsanpassungen ein sinnvolles Maß an Transparenz zu wahren und die Betriebsratsmitglieder insbesondere über die zu Grunde gelegte Zusammensetzung der jeweils relevanten Vergleichsgruppe zu informieren. Dies kann darüber hinaus ein vertrauensvolles Miteinander mit dem Betriebsrat fördern.



### Benjamin Butz

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg

## Mitbestimmungsausschluss des Betriebsrats bei der betrieblichen Entgeltgestaltung aufgrund Tarifvorbehalts

*Bundesarbeitsgericht vom 20. Februar 2018 – 1 ABR 53/16*

Ein Arbeitgeber ist nach einer Betriebsübernahme nicht zur Fortführung der dort bestehenden Vergütungsordnung verpflichtet, sofern die Vergütungsordnung eines von ihm geschlossenen Haustarifvertrags nach dessen Geltungsbereich auch in diesem Betrieb unmittelbar und zwingend anwendbar ist.

## SACHVERHALT

Die Arbeitgeberin betreibt ein Fachkrankenhaus. Sie schloss mit der zuständigen Gewerkschaft einen sog. Haustarifvertrag. Dieser gilt als Sondertarifvertrag nur zwischen dem einzelnen Unternehmen und der zuständigen Gewerkschaft. Nach dessen letzter Änderung aus dem Jahr 2012 sollte er für alle Beschäftigten des „Klinikums“ gelten. Ein Jahr später erwarb die Arbeitgeberin im Wege eines Betriebsübergangs ein Allgemeinkrankenhaus in unmittelbarer Nähe. Für die dortigen Arbeitnehmer galt ein mit derselben Gewerkschaft geschlossener Haustarifvertrag aus dem Jahr 2007. Nach erfolgtem Betriebsübergang wandte die Arbeitgeberin den ihrerseits mit der Gewerkschaft geschlossenen Haustarifvertrag auf alle Beschäftigten und somit auch auf die Beschäftigten des Allgemeinkrankenhauses an. Dies stimmte sie nicht mit dem dort bestehenden Betriebsrat ab. Der Betriebsrat sah sich hierdurch in seinem Mitbestimmungsrecht zur betrieblichen Lohngestaltung nach § 87 Absatz 1 Nr. 10 BetrVG verletzt. Er war der Ansicht, die Arbeitgeberin hätte auf die Mitarbeiter des Allgemeinkrankenhauses weiterhin den dort geschlossenen Haustarifvertrag anwenden müssen.

## DIE ENTSCHEIDUNG

Das BAG sah dies anders. Der Betriebsrat habe zwar grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Änderung eines betrieblichen Vergütungssystems. Dieses Mitbestimmungsrecht könne aber durch den gesetzlich geregelten Tarifvorbehalt ausgeschlossen sein. Ein solcher Ausschluss liege nach § 87 Absatz 1 Eingangshalbsatz BetrVG vor, wenn eine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht, die eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zwingend und abschließend inhaltlich regelt. Dafür reiche bereits die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers, ohne dass diese Tarifgebundenheit zugleich bei den betriebszugehörigen Arbeitnehmern vorliegen müsse. Folglich müsse ein Betriebserberwerber, der an einen von ihm geschlossenen Haustarifvertrag unmittelbar und zwingend gebunden ist, sich auch an diesen Haustarifvertrag inklusive dessen Vergütungsordnung halten, sofern der Geltungsbereich dieses Tarifvertrags auch den erworbenen Betrieb erfasst. Dies sei vorliegend durch den maßgebenden Begriff „Klinikum“ der Fall. Hierunter sei ein (Groß-) Krankenhaus zu verstehen, in dem mehrere Kliniken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst seien. Der Tarifvertrag gelte dementsprechend auch für das übernommene Allgemeinkrankenhaus.

## KONZEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Die Rechtsprechung bestätigt die grundsätzliche Pflicht des Arbeitgebers, bei einem Betriebserwerb die im erworbenen Betrieb bestehende Vergütungsordnung fortzuführen. Eine Ausnahme hiervon soll nur dann gelten, wenn der Arbeitgeber bereits einen unmittelbar und zwingend geltenden Haustarifvertrag mit der zuständigen Gewerkschaft abgeschlossen hat und dieser Haustarifvertrag auch die Arbeitnehmer des erworbenen Betriebs umfasst. Aufgrund des Tarifvorbehalts ist der Arbeitgeber nicht dazu verpflichtet, eine Einigung über die Anwendung dieses Tarifvertrags mit dem Betriebsrat eines dazu erworbenen Betriebs zu erzielen. Vielmehr darf der bereits ausgehandelte Tarifvertrag mit der darin enthaltenen Vergütungsordnung ohne Mitbestimmung des Betriebsrats auf den neu erworbenen Betrieb angewendet werden. Eine Ausnahme von der Ausnahme besteht bei Tarifverträgen, die gerade betriebliche Regelungen mit dem Betriebsrat vorsehen.

## PRAXISTIPP

Dementsprechend muss in jedem Einzelfall durch Auslegung der einschlägigen tariflichen Normen geprüft werden, ob das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Absatz 1 Nr. 10 BetrVG im Geltungsbereich eines Haustarifvertrags aufgrund des Tarifvorbehalts gesperrt ist.



### Johannes Schäfer

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Hamburg

## Keine Verpflichtung für Arbeitnehmer, die private Mobilfunknummer an Arbeitgeber herauszugeben

*Landesarbeitsgericht Thüringen vom 16. Mai 2018 – 6 Sa 442/17*

Die Forderung des Arbeitgebers, die private Mobilfunknummer eines Arbeitnehmers gegen seinen Willen herauszugeben, ist ein schwerwiegender Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und datenschutzrechtlich regelmäßig unzulässig.

## SACHVERHALT

Ein Arbeitnehmer arbeitete als Sachbearbeiter im Bereich Hygiene und Infektionsschutz. Im Rahmen seiner Tätigkeit konnte er auch außerhalb von Dienstzeiten, insbesondere bei akuten Gefährdungslagen wie z. B. beim Ausbruch von hoch infektiösen Krankheiten, zum Dienst herangezogen werden. Der Arbeitgeber hatte bis zum Jahr 2016 eine Rufbereitschaft über mobile Diensttelefone organisiert. Aus Kostengründen schaffte er die mobilen Diensttelefone ab. Die Arbeitnehmer sollten neben ihrer privaten Festnetz- auch ihre private Mobilfunknummer herausgeben, so dass im Notfall die entsprechenden Arbeitnehmer nach dem Zufallsprinzip kontaktiert werden konnten. Der Arbeitnehmer verweigerte die Herausgabe seiner privaten Mobilfunknummer. Der Arbeitgeber mahnte ihn deswegen ab. Der Arbeitnehmer wandte sich gerichtlich dagegen.

## ENTSCHEIDUNG

Das LAG Thüringen urteilte, dass der Arbeitgeber keinen Anspruch auf Herausgabe der privaten Mobilfunknummer habe und die Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen sei. Denn ein arbeitsvertraglicher Anspruch, der die Herausgabe der privaten Mobilfunknummer rechtfertigen würde, bestehe nicht. Auch eine Einwilligung liege nicht vor. Das Gericht prüfte und verneinte auch einen datenschutzrechtlichen Anspruch. Es wies darauf hin, dass keine datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm bestehe. Vielmehr handle es sich bei einer solchen Datenerhebung um einen außerordentlich schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers. Es stellte dabei besonders darauf ab, dass die Möglichkeit bestehen würde, den Arbeitnehmer jederzeit und an

jedem Ort kontaktieren zu können. Eine selbstbestimmte Freizeitgestaltung wäre nicht mehr möglich, wenn der Arbeitnehmer zu jeder Zeit mit einem Anruf seines Arbeitgebers rechnen müsste. Daher sei die private Mobilfunknummer auch eine sehr sensible Information. Allein der Arbeitnehmer habe aufgrund seines informationellen Selbstbestimmungsrechts zu verfügen, wer seine private Mobilfunknummer erhält. Das Gericht wies auch zu Lasten des Arbeitgebers auf die Umorganisation der Rufbereitschaft hin, die erst das Bedürfnis herbeigeführt hatte, auf die privaten Mobilfunknummern zurückzugreifen.

### KONSEQUENZEN FÜR DIE PRAXIS

Arbeitgeber haben es durch die Organisation der Arbeitsläufe selbst in der Hand, Bereitschaftsdienste so zu organisieren, dass nicht auf die privaten Daten der Arbeitnehmer zurückgegriffen werden muss. Möchte ein Unternehmen darauf zurückgreifen, ist zwingend der neue Beschäftigtendatenschutz zu beachten. Nach der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) müssen Arbeitgeber für jede Art der Datenerhebung eine Erlaubnisgrundlage vorweisen können. Kann eine Erlaubnisgrundlage nicht nachgewiesen werden, ist die Datenerhebung rechtswidrig. Es drohen horrend Bußgelder und Schadensersatzansprüche der betroffenen Arbeitnehmer sowie der Aufsichtsbehörden.

#### PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten bei der Organisation von Bereitschaftsdiensten nicht auf die Nutzung von privaten Mobilfunkgeräten der Arbeitnehmer zurückgreifen. Vielmehr sollten Unternehmen mobile Diensttelefone zur Verfügung stellen, um datenschutzrechtliche Risiken einzudämmen. Aber auch hier ist Vorsicht geboten: Arbeitgeber sollten auch bei der Verwendung von dienstlichen Mobiltelefonen sowie anderen dienstlichen IT-Geräten und Anwendungen vorab die datenschutzrechtlichen Vorschriften beachten und beispielsweise die private Nutzung ausschließen. Denn auch hier bestehen datenschutzrechtliche Risiken, die mitunter unter Einbeziehung des Betriebsrats zu berücksichtigen sind. Vor dem Hintergrund der drohenden Bußgelder ist eine umfassende datenschutzrechtliche Beratung dringend zu empfehlen.



#### Dr. Dominik Sorber

Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Unwirksame Kündigung wegen fehlerhafter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Arbeitsgericht Hagen vom 6. März 2018 – 5 Ca 1902/17

### SACHVERHALT

Der Arbeitgeber beantragte am 27. Juni 2017 beim Integrationsamt

die Zustimmung zur beabsichtigten Änderungskündigung einer schwerbehinderten Arbeitnehmerin. Am 29. Juni 2017 hörte er den Betriebsrat hierzu an und übersandte diesem am selben Tag ein inhaltlich mit der Betriebsratsanhörung identisches Schreiben zur Weitergabe an die Schwerbehindertenvertretung. Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Änderungskündigung, die Schwerbehindertenvertretung nahm keine Stellung. Nach Zustimmung des Integrationsamts sprach der Arbeitgeber am 16. Oktober 2017 die ordentliche Änderungskündigung aus. Die Klägerin nahm im Rahmen der Änderungskündigungsschutzklage das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt an, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Das Gericht überprüft in diesem Fall lediglich, ob für das Arbeitsverhältnis die vertraglichen Bedingungen gelten, die mit der Änderungskündigung angeboten wurden, oder ob der Arbeitnehmer zu den alten Bedingungen weiterarbeiten kann.

### DIE ENTSCHEIDUNG

Die Klage war erfolgreich. Das ArbG Hagen verwies in seinen Urteilsgründen auf die Neuregelung in § 95 Absatz 2 Satz 3 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX; seit 1. Januar 2018: § 178 Absatz 2 Satz 3 SGB IX). Demnach ist die Anhörung und Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung seit dem 30. Dezember 2016 als zusätzliches Wirksamkeitserfordernis für die Kündigung schwerbehinderter und diesen gleichgestellten Menschen gesetzlich normiert. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts Hagen hatte der Arbeitgeber die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß im Sinne dieser Vorschrift durchgeführt. Es sei keine unverzügliche und umfassende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung erfolgt. Der Arbeitgeber sei verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung ohne schuldhaftes Zögern zu unterrichten und anzuhören, sobald er sich entschlossen hat, eine Kündigung auszusprechen. Sinn und Zweck dieser Anhörung sei die Mitwirkung der Interessenvertretung an der Willensbildung des Arbeitgebers. Eine Beteiligung in diesem Sinne könne aber nicht mehr erfolgen, wenn der Arbeitgeber den Prozess der Willensbildung abgeschlossen und die Zustimmung beim Integrationsamt bereits beantragt hat. Es sei auch keine nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung möglich. Hieraus ergebe sich nach Ansicht des Arbeitsgerichts, dass die Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bereits abgeschlossen sein müsse, bevor der Antrag beim zuständigen Integrationsamt auf Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung gestellt bzw. der Betriebsrat angehört wird.

#### PRAXISTIPP

Soweit ersichtlich, hatte sich bisher ausschließlich das ArbG Hagen mit der Neuregelung im SGB IX befassen müssen. Solange höchstrichterlich nicht geklärt ist, wie § 178 Absatz 2 Satz 1 SGB IX bezüglich der unverzüglichen Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung auszulegen ist, sollten Arbeitgeber auf „Nummer sicher“ gehen und bei einer beabsichtigten Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zuerst die Schwerbehindertenvertretung beteiligen, um zu vermeiden, dass die Kündigung bereits aus formellen Gründen unwirksam ist. Erst, wenn die Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung abgeschlossen ist, sollten der Betriebs- bzw. Personalrat und das Integrationsamt beteiligt werden. Allerdings bietet die Neuregelung weitere Rechtsunsicherheit insbesondere dann, wenn sich die Schwer-



behindertenvertretung nicht oder erst nach einiger Zeit äußert. Denn im SGB IX ist nicht geregelt, wann das Beteiligungsverfahren beendet ist, wenn sich das Gremium nicht geäußert hat. Bisher wird allgemein davon ausgegangen, das Verfahren sei in entsprechender Anwendung von § 102 Absatz 2 BetrVG abgeschlossen, wenn innerhalb einer Woche keine Stellungnahme vorliegt. Wie die Arbeitsgerichte diese gesetzlichen Unklarheiten handhaben werden, bleibt ebenso abzuwarten wie die Entscheidung des LAG Hamm, das über die Berufung des Arbeitgebers zu entscheiden haben wird.



### Inka Adam

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt

## IM BLICKPUNKT

### Update DSGVO – alles fit im Personalbereich?

Seit dem 25. Mai 2018 entfalten die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sowie das diese flankierende neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG n. F.) ihre volle Wirkung. Da zahlreiche Anforderungen der DSGVO auch den Personalbereich betreffen, lohnt es sich, die folgenden Punkte zu prüfen, um Haftungsrisiken und Bußgelder zu vermeiden.

#### 1. Zur Erinnerung: Die wichtigsten Regelungen im Überblick

Im BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht haben wir bereits mehrere Male über die DSGVO und das BDSG n. F. berichtet (vgl. grundlegend Ausgabe September 2016, Seiten 2 ff. zur DSGVO, und Ausgabe März 2017, Seiten 8 f. zum BDSG n. F.). Hier zur Erinnerung die wichtigsten Regelungen für die Personalpraxis:

Herzstück der DSGVO sind erhöhte Transparenz-, Rechenschafts- und Dokumentationspflichten, die Ausweitung der Betroffenenrechte, erhöhte Informationspflichten für den Arbeitgeber sowie – im Vergleich zum früheren BDSG – erhöhte Bußgelder. Die DSGVO knüpft nahezu an den Verstoß gegen jede ihrer Regelungen Bußgelder (bis zu 4 % des Jahresumsatzes des Konzerns).

Eine der wichtigsten Neuerungen ist die Rechenschaftspflicht der DSGVO. Als deren direkte Auswirkung ergibt sich die Verpflichtung, **jederzeit die Befolgung aller Vorschriften der DSGVO nachweisen zu können**. Insbesondere auch die Personalabteilungen müssen deutlich mehr dokumentieren als vorher. Die erhöhten Rechenschaftspflichten bewirken de facto eine Beweislast-

umkehr. In einem Verfahren oder auch vor der Aufsichtsbehörde muss der Arbeitgeber nachweisen, dass er die Anforderungen der DSGVO eingehalten hat.

Zwar gelten auch die alt bekannten Prinzipien des BDSG a. F., wie z. B. Treu- und Glauben, Rechtmäßigkeit, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung und Datensicherheit. Diese werden z. T. verschärft und im Gegensatz zu früher mit Sanktionen belegt (z. B. bei der Datensicherheit). Die DSGVO ist – ebenso wie das BDSG a. F. – ein Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt, d. h. das Verarbeiten personenbezogener Daten ist grundsätzlich verboten, sofern nicht eine Rechtsvorschrift oder eine Betriebsvereinbarung dies erlaubt oder der Betroffene einwilligt. An die Einwilligung (insbesondere im Beschäftigtenkontext) werden erhöhte Anforderungen gestellt.

Die Betroffenen haben erweiterte Auskunftsrechte in Bezug auf die Herkunft und Verarbeitungszwecke ihrer Daten und ihnen werden Schadensersatzansprüche zubilligt, wenn gegen eine Vorschrift der DSGVO verstoßen wurde. Es sind auch vermehrte Prüfungen durch die Datenschutzbehörden zu erwarten.

Dies alles zeigt, dass insbesondere die Transparenz- und Dokumentationspflichten auch für den Personalbereich relevant werden, um die Einhaltung der DSGVO nachweisen zu können. Vor diesem Hintergrund sollten insbesondere folgende Punkte geprüft werden:

#### 2. Die wichtigsten Prüfungspunkte für die Personalpraxis

##### DIE BETROFFENENRECHTE

Sind die Beschäftigten (Neueingestellte und Bestandsmitarbeiter) sowie auch Bewerber nach **Artikel 13, 14 DSGVO** darüber informiert worden, zu welchen Zwecken ihre personenbezogenen Daten erhoben werden, wer Datenschutzbeauftragter ist, an welche Empfänger die Daten gehen und welche Betroffenenrechte die Arbeitnehmer nach der DSGVO haben?

Die Informationspflicht gilt im Zeitpunkt der Datenerhebung, bei Arbeitnehmern also bei der Einstellung. Für Bestandsmitarbeiter gilt, dass diese so schnell wie möglich nach Inkrafttreten der DSGVO informiert werden müssen. Hier ist die Informationspflicht nicht anders umsetzbar. Unterbleibt die Information, drohen Bußgelder.

##### PRAXISTIPP

Die Information kann schriftlich oder in einer anderen Form, d. h. auch elektronisch erfolgen. Sie kann z. B. über Informationsblätter (sollten aus Beweisgründen von den Mitarbeitern gegengezeichnet werden) oder auch über das Intranet (sofern alle Mitarbeiter über einen Zugang verfügen und vorher darauf hingewiesen wurden) erfolgen. Bei Bewerbern bietet sich z. B. eine Umsetzung der Information mit der Eingangsbestätigung der Bewerbung an.

## DAS DATENGEHEIMNIS

Sind die Arbeitnehmer neu nach den Vorschriften der DSGVO auf den Datenschutz (früher auf das Datengeheimnis nach § 5 BDSG) verpflichtet worden?

### PRAXISTIPP

Auch wenn sich letztlich nur die Vorschriften ändern und sich die Verpflichtung aus **Artikel 29 DSGVO, Artikel 32 Absatz 4 und Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben b und f DSGVO** nur mittelbar ergibt, sollte die Verpflichtung auf das Datengeheimnis an die DSGVO angepasst werden. Dies ist jedenfalls vor dem Hintergrund der besonderen Rechenschaftspflicht der DSGVO sinnvoll.

## BETRIEBSVEREINBARUNGEN

Sind die bestehenden Betriebsvereinbarungen auf DSGVO-Konformität überprüft worden?

Eine Betriebsvereinbarung ist nach der DSGVO weiterhin Erlaubnisgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Zudem erfüllt sie die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Betriebsvereinbarungen müssen insbesondere transparent sein; die Beschäftigten, deren Daten verarbeitet werden, müssen wissen,

- warum und zu welchem Zweck dies geschieht,
- wie lange genau und welche Informationen verarbeitet werden,
- welche Wege sie gehen,
- wie sie gespeichert und geschützt werden.

Dies alles muss in klarer und verständlicher Sprache in der Betriebsvereinbarung zum Ausdruck kommen.

### PRAXISTIPP

Bei Missachtung besteht die Gefahr, dass eine Betriebsvereinbarung als datenschutzrechtliche Erlaubnisgrundlage nicht ausreicht. Dann ist die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ohne Erlaubnisgrundlage erfolgt, sofern sie nicht im Einzelfall bereits durch ein Gesetz (z. B. **§ 26 Absatz 1 BDSG**) gedeckt ist. Dies kann wiederum zu Bußgeldern führen.

## EINWILLIGUNGSERKLÄRUNGEN

Sind Einwilligungserklärungen auf DSGVO- / BDSG-Konformität überprüft worden?

Die Einwilligung nach der DSGVO muss **gemäß Artikel 7 DSGVO i.V.m. § 26 Absatz 2 BDSG n. F.**

- informiert erfolgen, d. h. der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer zuvor in klarer und einfacher Sprache, getrennt von anderen Sachverhalten (insbesondere dem Arbeitsvertrag) über den Zweck der Datenerhebung und **ihre jederzeitige Widerruflichkeit (mindestens in Textform)** zwingend aufklären,

- sie muss sich auf die konkret zu verarbeitenden Daten und den konkreten Verwendungszweck beziehen, sie darf **nicht pauschal** und muss grundsätzlich durch **eigenhändige schriftliche Namensunterschrift** des Arbeitnehmers erklärt werden.

- Die Einwilligung muss **freiwillig** sein. Die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person ist zu berücksichtigen. Wann z. B., wie **§ 26 Absatz 2 BDSG** fordert, ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil mit der Datenverarbeitung erreicht wird (laut Gesetzesbegründung z. B. bei Einführung eines betrieblichen Gesundheitsmanagements) oder rechtlich gleichgelagerte Interessen verfolgt werden (dies soll z. B. bei der Aufnahme von Name und Geburtsdatum in eine Geburtstagsliste der Fall sein), ist allerdings im Einzelfall noch unklar. Es muss die Rechtsprechung dazu abgewartet werden.

### PRAXISTIPP

Im Ergebnis sollte auf die Einwilligung als **alleinige Rechtfertigungsgrundlage** nur abgestellt werden, wenn andere Rechtfertigungsgründe ersichtlich ausscheiden. Als **Rechtfertigungsgrundlage** sollte sie nur genutzt werden, wenn die Freiwilligkeit der Einwilligung zweifelsfrei feststeht. Besteht keine Freiwilligkeit der Einwilligung, könnte die Datenverarbeitung ggf. auch nicht mehr auf andere, bestehende Rechtfertigungsgründe gestützt werden.

## 3. Wechselwirkungen mit anderen Fachbereichen

Auch bei Vorgaben der DSGVO, die eventuell nicht direkt durch die Personalabteilung umzusetzen sind, bestehen aufgrund der Transparenz- und Dokumentationspflichten erhebliche Wechselwirkungen mit dem Personalbereich. Im Zusammenspiel zwischen Fachbereichen, Datenschutzbeauftragten und Personalbereich ist daher z. B. darauf zu achten, dass Datenverarbeitungsprozesse sauber beschrieben werden, ein sauberes Verzeichnisse mit allen Datenverarbeitungsprozessen geführt wird, Softwareprodukte ausschließlich notwendige Daten verarbeiten, ein dokumentiertes Rechtekonzept (Zugriffskonzept) vorliegt, technisch-organisatorische Sicherheitsmaßnahmen etabliert, fristgerechte Datenlöschungen sichergestellt und bei Einsatz von Dienstleistern Auftragsverarbeitungsverträge auf DSGVO-Konformität überprüft werden.

## 4. Ausblick

In der Praxis führt die DSGVO zu einer Verstärkung der Verantwortung aller Führungskräfte, für ihre Einhaltung in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich zu sorgen und ggf. auch bereichsübergreifend zusammenzuarbeiten. Datenschutz soll nach dem Willen der DSGVO Teil der Unternehmenskultur werden. Hierfür ist ein Management-Commitment erforderlich. Zudem sind –

unter Einbindung des Datenschutzbeauftragten – wiederkehrende Trainings für die Mitarbeiter zur Einhaltung der DSGVO – abgestuft nach Risikobereich – zu implementieren. Angesichts der zahlreichen Neuerungen ist deshalb zu empfehlen, schnell zu identifizieren, welche Anforderungen der DSGVO bereits erfüllt sind und welche Maßnahmen noch notwendig sind, um etwaige Lücken zu schließen.



### Dr. Anja Branz

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Berlin

#### HINWEIS

Der Beitrag ist in einer etwas ausführlicheren Form im Personalmagazin, Ausgabe 9/2018, Seiten 80 ff. erschienen.

## Assessment-Center optimal ausgestalten – Was ist zu beachten?

Assessment-Center sind seit vielen Jahren ein fester Bestandteil in der täglichen Personalauswahlpraxis, da sie bei richtiger Anwendung sehr aussagekräftige Test- und Auswahlresultate liefern können. Dieser Beitrag gibt Hinweise, was Arbeitgeber bei der fachlichen sowie rechtlichen Ausgestaltung – insbesondere auch wegen der neuen europäischen Datenschutzgrundverordnung – beachten sollten.

### ASSESSMENT-CENTER ALS AUSWAHLMETHODE – WAS STECKT DAHINTER?

Unter dem Begriff Assessment-Center (AC) versteht man eine komplexe Personalauswahlmethode, bei der ein bestimmter Kreis von Bewerbern ein standardisiertes Verfahren durchläuft. Kennzeichnend für ein sogenanntes Auswahl-AC sind verschiedene Übungen, bei denen die Bewerber entweder allein oder in der Gruppe Aufgaben durchlaufen und lösen müssen, bei denen typisierende und spezifische Eigenschaften sowie Reaktionen der Bewerber von sogenannten Beobachtern verfolgt und anhand von vorab definierten Auswertungsmaßstäben analysiert werden. Ziel eines solchen AC ist es also, Bewerber multidimensional zu analysieren und so eine gut vorbereitete Prognoseentscheidung zu treffen, welcher Bewerber die bestmögliche Eignung für eine bestimmte Position aufweist. Aufgrund der Komplexität dieses Verfahrens sind bereits im Stadium der Planung wichtige Punkte zu beachten, um eine möglichst genaue Auswahlentscheidung zu erhalten.

#### HINWEIS

Fehler im Vorbereitungsstadium eines AC werden die Endergebnisse und somit auch die Personalauswahl beeinflussen. Die Vorbereitung eines AC beginnt bereits mit der richtigen und umfassenden Analyse des Stellenprofils sowie den weiteren persönlichen und fachlichen Anforderungen an den „richtigen“ Bewerber.

#### PRAXISTIPP

Binden Sie in den Recruiting-Prozess bereits frühzeitig spezialisierte Personaler, Psychologen sowie interne Mitarbeiter der betroffenen Fachabteilung ein, um Fehler in diesem Stadium zu vermeiden.

### WAS KANN IN EINEM ASSESSMENT-CENTER AUF WELCHE WEISE GETESTET WERDEN?

Ein Standard-AC existiert nicht. Für jede neue Position, die mit Hilfe eines AC besetzt werden soll, ist ein individuell geplantes AC zu konzipieren. Daher zählt sich die Vorbereitung – und hierzu zählen vor allem die Zeit sowie die Personalkosten für die Erstellung eines exakten Stellenprofils – besonders aus.

#### PRAXISTIPP

Auch hier gilt: Entscheidend ist das „richtige“ Stellenprofil. Dieses ist die Vorlage, um fachgemäße Aufgabenstellungen sowie die korrekten Eigenschaften der Bewerber testen zu können, die ein optimaler Kandidat mitbringen soll. Schleichen sich hier Fehler ein, sind negative Auswirkungen auf das Endergebnis nicht zu vermeiden. Die damit einhergehenden wirtschaftlichen Risiken sind in der Vorbereitung nicht zu unterschätzen. Der Fokus muss also bereits auf die Vorbereitungs- und Durchführungsphase gelegt werden. Wer in diesen Phasen Geld sparen will, erhöht gleichzeitig Risiken, die eine falsche Personalauswahlentscheidung nach sich ziehen können. Dies sind beispielsweise Kosten, die durch einen Produktivitätsverlust in einer Fachabteilung durch einen suboptimal ausgewählten Mitarbeiter entstehen können oder zusätzliche Kosten, die für einen Trennungsprozess mit diesem aufgewendet werden müssen.

Um Bewerber während eines AC optimal kennenzulernen, sind realitätsnahe Situationen zu simulieren. Methodisch können hierfür beispielsweise Gruppenarbeiten, Gruppendiskussionen, Selbstpräsentationen, Konfliktlösungsgespräche, Einzelinterviews, Intelligenztests oder auch „Postkorbübungen“ eingesetzt werden. In Postkorbübungen müssen Bewerber in sehr kurzer Zeit eine Fülle von Terminen und Aufgaben koordinieren und in einen Terminkalender eintragen. Hierbei müssen sie sich entscheiden, welche Aufgabe und welcher Termin Priorität hat, so dass die Koordinations- sowie Organisationsfähigkeiten nachvollzogen werden können.

In jeder dieser Übungen werden andere Eigenschaften der Bewerber getestet, beispielsweise Konfliktfähigkeit, Teamfähigkeit, Überzeugungsfähigkeit, Zielorientierung, Analysefähigkeit und Organisationsfähigkeit. Jede dieser Fähigkeiten wird in zwei unterschiedlichen Testsituationen analysiert. Erst eine Überprüfung bzw. Bestätigung von Testergebnissen führt zu vergleichbaren und damit objektiveren Ergebnissen. Wenn die Tests standardisiert durchgeführt werden, können am Ende eines AC die ausgewerteten Persönlichkeitsprofile miteinander abgeglichen werden.

#### PRAXISTIPP

AC sind fehleranfällig, wenn sie nicht von ausgebildeten und geschulten Psychologen und Personalverantwortlichen oder auch Fachbereichsleitern durchgeführt und geleitet werden. Das „Beobachten“ und „Analysieren“ der einzelnen Bewerber muss unter Beachtung von wissenschaftlichen (psychologischen) Standards durchgeführt werden. Ohne entsprechende Fachexpertise, Durchführungsstandards und ausgebildeten Beobachtern besteht die Gefahr, dass die Endergebnisse nicht aussagekräftig sind. Beziehen Sie also ausgesuchtes Fachpersonal in die Leitung und Durchführung eines AC ein oder schulen Sie hierfür ausgewählte Mitarbeiter.

#### NEUE RECHTLICHE VORGABEN DURCH DIE DSGVO

Vor dem 25. Mai 2018 gab es beinahe ähnliche gesetzliche Vorgaben, die bei der Durchführung von AC zu beachten waren, allerdings bestand im Unterschied zur Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) auf der Rechtsfolgenseite kein wirkungsvolles Sanktionssystem. Dies hat sich grundlegend geändert, da mit Inkrafttreten der DSGVO Arbeitgeber für jede Datenerhebung eine Legitimationsgrundlage nachweisen müssen. Personenbezogene Daten und vor allem deren Verknüpfung zu einem Persönlichkeitsprofil sind das Ziel eines jeden AC. Bewerber sind auch nicht vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgenommen. Es bestehen bei der Auswahl von Bewerbern keine datenschutzrechtlichen Privilegien für Arbeitgeber, dass sie Daten ohne jede rechtliche Grundlage sammeln und verarbeiten dürfen, um eine Einstellungsentscheidung treffen zu können. Denn das erklärte Ziel der DSGVO ist, die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf personenbezogene Daten umfassend zu schützen.

Damit verbunden sind weitere Pflichten, die lediglich sehr genau definierte Gestaltungsspielräume für Datenerhebungen im Rahmen von AC zulassen.

#### HINWEIS

Ohne eine tragfähige datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage ist eine Datenerhebung auch in Form von AC rechtswidrig. Eine rechtswidrige Datenerhebung kann für Arbeitgeber sehr hohe Bußgelder, die von der zuständigen datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörde festgesetzt wird, und Schadensersatzansprüche der betroffenen Person zur Folge haben. Die DSGVO sieht bei einem Verstoß Bußgelder von bis zu 20 Millionen EUR oder bis 4 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes eines Unternehmens vor. Aus diesem Grund sollten bei der Planung von AC auch die arbeits- und insbesondere die datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlagen kritisch geprüft werden. Hierdurch können entsprechende Risiken minimiert werden.

#### WELCHE RECHTLICHEN VORGABEN SIND ZU BEACHTEN?

Die DSGVO regelt beispielsweise, dass in den Fällen, in denen personenbezogene Daten erhoben werden dürfen, diese rechtmäßig und transparent erhoben werden müssen, dass die Datenerhebung an einen bestimmten Zweck gebunden und auf das notwendige Maß zu begrenzen ist. Weiterhin müssen die Daten richtig sein und dürfen nicht unbegrenzt gespeichert werden. Ferner sind auch die Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu beachten.

Als weitere Voraussetzung tritt hinzu, dass Daten von Bewerbern nach § 26 BDSG nur dann erhoben werden dürfen, wenn der Arbeitgeber diese Daten benötigt, um eine Einstellungsentscheidung treffen zu können. Das Gesetz spricht in § 26 Abs. 1 BDSG davon, dass die Daten „erforderlich“ sein müssen. Das heißt, Arbeitgeber dürfen auf Grundlage dieser Norm und unter Beachtung der weiteren datenschutzrechtlichen Grundsätze ausschließlich Daten erheben, die ihnen eine aussagekräftige Einstellungsentscheidung erlauben. Alle weiteren Daten dürfen nicht erhoben werden.

#### PRAXISTIPP

Ob ein Bewerber geeignet ist, entscheidet sich danach, wie viele der Anforderungen und Eigenschaften er aufweist, die das Stellenprofil voraussetzt. Das heißt, dass das Stellenprofil der Schlüssel dafür ist, welche Daten in rechtmäßiger Weise erhoben werden dürfen. Daher zahlt es sich auch hier wieder aus, ein möglichst detailliertes Anforderungsprofil zu erstellen.

#### FAZIT

Das Anforderungsprofil ist für eine neu zu besetzende Position somit nicht nur der Garant für ein erfolgreiches, sondern auch für ein datenschutzrechtlich zulässiges Einstellungsverfahren und legt den Umfang der zu erhebenden Daten fest. Auf eine Einwilligung sollten Arbeitgeber bei der Durchführung von AC nicht zurückgreifen, da diese grundsätzlich nicht als zulässige Legitimationsgrundlage angesehen wird. Eine Betriebsvereinbarung könnte jedoch nach dem neuen Datenschutzrecht als Legitimationsgrundlage herangezogen werden. Hier existieren



bereits Beispiele und Regelungsmöglichkeiten, auf die Arbeitgeber zurückgreifen könnten. Eine strukturierte Vorbereitung und Durchführung eines AC ist einer der wichtigsten Erfolgsfaktoren, um eine vakante Position nachhaltig und erfolgreich zu besetzen.



### Dr. Dominik Sorber

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

#### HINWEIS

Vertiefend kann in der Dissertation des Autors, „Die Rechtsstellung des Bewerbers im Einstellungsverfahren – eine arbeitsrechtliche Untersuchung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Datenerhebungen und Assessment-Center“, Nomos-Verlag 2017, nachgelesen werden.

geber in einem betrieblichen Aushang allen Arbeitnehmern, die sich nicht am Streik beteiligen und ihrer regulären Tätigkeit nachgehen, die Zahlung einer Streikbruchprämie. Diese war zunächst pro Streiktag in Höhe von 200 EUR brutto und in einem zweiten betrieblichen Aushang in Höhe von 100 EUR brutto zugesagt. Der Kläger, der ein Bruttomonatseinkommen von 1.480 EUR bezog, folgte dem gewerkschaftlichen Streikaufruf und legte an mehreren Tagen die Arbeit nieder. Mit seiner Klage hat er die Zahlung von Prämien – insgesamt 1.200 EUR brutto – verlangt und sich hierfür vor allem auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gestützt. Der Kläger hatte vor dem BAG keinen Erfolg. In der Zusage der Prämienzahlung an alle arbeitswilligen Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber liegt zwar eine Ungleichbehandlung der streikenden und der nicht streikenden Beschäftigten. Diese ist aber aus arbeitskampfrechtlichen Gründen gerechtfertigt. Der Arbeitgeber wollte mit der freiwilligen Sonderleistung betrieblichen Ablaufstörungen begegnen und damit dem Streikdruck entgegenwirken. Vor dem Hintergrund der für beide soziale Gegenspieler geltenden Kampfmittelfreiheit handelt es sich um eine grundsätzlich zulässige Maßnahme. Für diese gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Danach war die ausgelobte Streikbruchprämie – auch soweit sie den Tagesverdienst Streikender um ein Mehrfaches überstieg – nicht unangemessen.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG)

## KURZMELDUNGEN

### Streikverbot für Beamte verfassungsgemäß

Das Streikverbot für Beamtinnen und Beamte ist als eigenständiger hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums vom Gesetzgeber zu beachten. Das hat das Bundesverfassungsgericht am 12. Juni 2018 entschieden (2 BvR 1738/12, 2 BvR 646/15, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 1395/13). Das Streikverbot steht auch mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes im Einklang und ist insbesondere mit den Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar. Mit dieser Begründung hat das Gericht vier gegen das Streikverbot für Beamte gerichtete Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

(Quelle: Pressemitteilung des BVerfG)

### Streikbruchprämien sind zulässiges Arbeitskämpfungsmittel

Ein bestreikter Arbeitgeber ist grundsätzlich berechtigt, zum Streik aufgerufene Arbeitnehmer durch Zusage einer Prämie (Streikbruchprämie) von einer Streikbeteiligung abzuhalten. Das hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einer Entscheidung vom 14. August 2018 festgestellt (1 AZR 287/17). Der Kläger ist beim beklagten Einzelhandelsunternehmen als Verkäufer beschäftigt. In den Jahren 2015 und 2016 wurde der Betrieb, in dem er eingesetzt ist, an mehreren Tagen bestreikt. Vor Streikbeginn versprach der Arbeit-

### Offene Videoüberwachung – Verwertungsverbot

Die Speicherung von Bildsequenzen aus einer rechtmäßigen offenen Videoüberwachung, die vorsätzliche Handlungen eines Arbeitnehmers zulasten des Eigentums des Arbeitgebers zeigen, wird nicht durch bloßen Zeitablauf unverhältnismäßig, solange die Ahndung durch den Arbeitgeber arbeitsrechtlich möglich ist. Das hat das BAG am 23. August 2018 entschieden (2 AZR 133/18).

Die Klägerin war in einem vormals vom Beklagten betriebenen Tabak- und Zeitschriftenhandel mit angeschlossener Lottoannahmestelle tätig. Dort hatte der Beklagte eine offene Videoüberwachung installiert. Mit den Aufzeichnungen wollte er sein Eigentum vor Straftaten sowohl von Kunden als auch von eigenen Arbeitnehmern schützen. Nach dem Vortrag des Beklagten wurde im 3. Quartal 2016 ein Fehlbestand bei Tabakwaren festgestellt. Bei einer im August 2016 vorgenommenen Auswertung der Videoaufzeichnungen habe sich gezeigt, dass die Klägerin an zwei Tagen im Februar 2016 vereinnahmte Gelder nicht in die Registrierkasse gelegt habe. Der Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis fristlos. Die Vorinstanzen haben der dagegen gerichteten Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat gemeint, die Erkenntnisse aus den Videoaufzeichnungen unterlägen einem Verwertungsverbot. Der Beklagte hätte die Bildsequenzen unverzüglich, jedenfalls deutlich vor dem 1. August 2016 löschen müssen.

Auf die Revision des Beklagten hat das BAG das Berufungsurteil hinsichtlich des Kündigungsschutzantrags aufgehoben und die

Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Sollte es sich – was das BAG nach den bisherigen Feststellungen nicht beurteilen kann – um eine rechtmäßige offene Videoüberwachung gehandelt haben, wäre die Verarbeitung und Nutzung der einschlägigen Bildsequenzen nach § 32 Absatz 1 Satz 1 BDSG alter Fassung zulässig gewesen. Der Beklagte musste das Bildmaterial nicht sofort auswerten. Er durfte hiermit solange warten, bis er dafür einen berechtigten Anlass sah. Sollte die Videoüberwachung rechtmäßig erfolgt sein, stünden auch die Vorschriften der DSGVO einer gerichtlichen Verwertung der erhobenen personenbezogenen Daten der Klägerin im weiteren Verfahren nicht entgegen.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG)

## Rückforderung von Fortbildungskosten

Das Landesarbeitsgericht Hamm hat in einem Urteil vom 18. Mai 2018 (1 Sa 49/18) über die Wirksamkeit einer Rückzahlungsklausel in einer Fortbildungsvereinbarung entschieden. Danach gilt: Lässt eine solche Klausel auch für den Fall einer berechtigten personenbedingten Kündigung durch den Arbeitnehmer einen Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers entstehen, benachteiligt sie den Arbeitnehmer unangemessen und ist unwirksam.

### PRAXISTIPP

Arbeitgeber werden daher zukünftig in Rückzahlungsklauseln aufnehmen müssen, dass im Fall einer berechtigten personenbedingten Eigenkündigung des Arbeitnehmers keine Rückzahlungspflicht besteht. Eine Eigenkündigung kann z. B. dann berechtigt sein, wenn die Tauglichkeit des Arbeitnehmers für die Ausübung des Berufs in Zukunft unwiederbringlich aufgehoben ist. Daher sollten Arbeitgeber in Fortbildungsvereinbarungen zukünftig folgende Formulierung aufnehmen:

„Ein Rückzahlungsanspruch entfällt bei einer berechtigten personenbedingten Eigenkündigung durch den Arbeitnehmer.“

Werden unwirksame Klauseln verwendet, ist die gesamte Rückzahlungsklausel gegenstandslos, so dass kein Rückzahlungsanspruch besteht. Eine sogenannte geltungserhaltende Reduktion auf ein noch zulässiges Maß der Klausel lässt die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung nicht zu. Daher ist eine sorgsame Formulierung wichtig.



### Dr. Dominik Sorber

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
München

## Kein Zuschuss zum Mutterschaftsgeld für Tagesmütter

Wird eine selbständige „Tagesmutter“, die nach §§ 22 ff., § 43 SGB VIII als Tagespflegeperson Kinder in der Kindertagespflege betreut, schwanger, hat sie keinen Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG). Ein Anspruch folgt auch nicht aus Unionsrecht. Das hat das BAG am 23. Mai 2018 entschieden (5 AZR 263/17). Die Klägerin ist als Tagespflegeperson in der Kindertagespflege tätig. Der beklagte Landkreis erteilte ihr als örtlich zuständiger Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe die Erlaubnis zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden fremden Kindern in der Kindertagespflege. Die Betreuungszeiten wurden in Absprache zwischen der Klägerin und den Eltern festgelegt. Für die Betreuung gewährte der beklagte Landkreis der Klägerin laufende Geldleistungen nach § 23 SGB VIII in Höhe von 3,90 EUR pro Kind und Betreuungsstunde. Dieser Anerkennungsbetrag wurde pro Betreuungsjahr für bis zu sechs Wochen Urlaub und bis zu zwei Wochen Krankheit weitergezahlt. Die Klägerin gebar im März 2014 ein Kind. Sie verlangt vom beklagten Landkreis für den Zeitraum der Mutterschutzfristen von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt die Zahlung von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld in Höhe der durchschnittlichen wöchentlichen laufenden Geldleistungen. Sie meint, sie sei Arbeitnehmerin des beklagten Landkreises, jedenfalls sei sie als eine solche zu behandeln. Der Anspruch ergebe sich bei unionsrechtskonformer Auslegung des MuSchG, des § 23 SGB VIII sowie unmittelbar aus der Richtlinie 2010/41/EU des EU-Parlaments und des Rats vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben.

Das BAG hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin ist als Tagespflegeperson keine Arbeitnehmerin des beklagten Landkreises, auch nicht im Sinne des Unionsrechts. Sie verrichtet für diesen nicht Tätigkeiten nach dessen Weisung. Aus der Richtlinie 2010/41/EU folgt kein unmittelbarer Anspruch auf die begehrte Zahlung gegen den beklagten Landkreis, denn die Richtlinie bestimmt den Schuldner nicht hinreichend konkret. Gleiches gilt für die UN-Frauenrechtskonvention.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG)

## Dividendenabhängige Tantieme – „Verwässerungsausgleich“ bei effektiven Kapitalerhöhungen

Die Regelung des „Verwässerungsschutzes“ bei nominellen Kapitalerhöhungen in § 216 Absatz 3 Satz 1 Aktiengesetz (AktG) ist nicht entsprechend auf Fälle effektiver Kapitalerhöhung anwendbar. Das hat das BAG am 27. Juni 2018 entschieden (10 AZR 295/17). Die Vorschrift lautet:

„Der wirtschaftliche Inhalt vertraglicher Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten, die von der Gewinnausschüttung der Gesellschaft, dem Nennbetrag oder Wert ihrer Aktien oder ihres Grundkapitals oder sonst von den bisherigen Kapital- oder Ge-

winnverhältnissen abhängen, wird durch die Kapitalerhöhung nicht berührt.“

Die Beklagte ist eine deutsche Großbank in der Rechtsform einer AG. Dort arbeitete der Kläger von 1963 bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand im Jahr 2011. Ab dem Jahr 1991 sagte die Beklagte dem Kläger eine Tantieme zu, deren Höhe unter anderem von der Dividende abhängig war, die pro ausgegebener Aktie der Beklagten gezahlt wurde. Diese Zusage wurde zuletzt im Jahr 1999 modifiziert. Von 1999 bis 2010 erhöhte sich die Zahl der von der Beklagten ausgegebenen Aktien im Rahmen sogenannter effektiver Kapitalerhöhungen um 74,4 %. Das gezeichnete Kapital erhöhte sich entsprechend. Die Beklagte zahlte an den Kläger für das Geschäftsjahr 2010 eine dividendenabhängige Tantieme in Höhe von 31.146,00 EUR brutto. Der Kläger machte geltend, die an ihn auf Basis der letzten Zusage von 1999 gezahlte dividendenabhängige Tantieme für das Geschäftsjahr 2010 sei angesichts der Erhöhung der Zahl ausgegebener Aktien um 74,4 % als Verwässerungsausgleich ebenfalls um diesen Prozentsatz zu erhöhen. Ihm stehe der Verwässerungsausgleich in entsprechender Anwendung des für nominelle Kapitalerhöhungen geltenden § 216 Absatz 3 Satz 1 AktG zu.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem BAG keinen Erfolg. § 216 Absatz 3 Satz 1 AktG gilt aufgrund seiner systematischen Stellung im AktG unmittelbar nur für sogenannte nominelle Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln. Eine analoge Anwendung auf effektive Kapitalerhöhungen, die mit einer Erhöhung des gezeichneten Kapitals verbunden sind, kommt nicht in Betracht. Für dividendenabhängige Rechte Dritter besteht keine für eine analoge Anwendung erforderliche planwidrige Gesetzeslücke, wie sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelung ergibt. Es führt ferner nicht zu Wertungswidersprüchen, wenn die Verwässerungsschutzregelungen für nominelle Kapitalerhöhungen nicht auf Fälle effektiver Kapitalerhöhungen übertragen werden. Auch für eine ergänzende Vertragsauslegung fehlt eine planwidrige Regelungslücke.

(Quelle: Pressemitteilung des BAG)

## BEITEN BURKHARDT-Team übernimmt Schriftleitung einer arbeitsrechtlichen Fachzeitschrift des Beck-Verlags

Der führende Verlag für juristische Fachliteratur C.H.BECK und BEITEN BURKHARDT arbeiten seit August bei einer seit mehr als 20 Jahren erscheinenden Zeitschrift zusammen. Inka Adam, Dr. Thomas Barthel, Markus Bauer, Jörn Manhart und Dr. Erik Schmid übernehmen die Schriftleitung des „Schnellbrief für Personalmanagement und Arbeitsrecht“. Damit verbunden sind eine inhaltliche Umstrukturierung, ein ambitioniertes Vertriebskonzept und ein moderner, neuer Name: „SPA – Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht“. Die SPA erscheint weiterhin alle zwei Wochen. Mehr Informationen sowie ein kostenloses Probeabo finden Sie unter [beck-shop.de/cal](http://beck-shop.de/cal).

## BAG-Terminvorschau – 3. Quartal (nur September)

6. September 2018	9.00 Uhr	6. Senat	Stufenzuordnung im TVöD (VKA) unter Berücksichtigung entsprechender früherer befristeter Arbeitsverhältnisse – Schädlichkeit von Unterbrechungen?
18. September 2018	10.00 Uhr	4. Senat	Einstufung und Reklamation von „Endprüfern“ in das Vergütungsgruppensystem des ERA-TV Baden-Württemberg – Verfahren der erweiterten Paritätischen Kommission – Abstimmung der erweiterten Paritätischen Kommission

## Impressum

### BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

### REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Markus Bauer | Rechtsanwalt  
Redaktionsschluss dieser Ausgabe ist der 16. August 2018.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten.

### HINWEIS

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](mailto:Markus.Bauer@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

### IHRE ANSPRECHPARTNER

#### BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin  
Dr. Dietmar Müller-Boruttau | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 30 26471-319 | [Dietmar.Mueller-Boruttau@bblaw.com](mailto:Dietmar.Mueller-Boruttau@bblaw.com)

#### DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf  
Christian von Buddenbrock | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 211 518989-190 | [Christian.vonBuddenbrock@bblaw.com](mailto:Christian.vonBuddenbrock@bblaw.com)

#### FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main  
Dr. Thomas Drosdeck | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 69 756095-115 | [Thomas.Drosdeck@bblaw.com](mailto:Thomas.Drosdeck@bblaw.com)

#### HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg  
Dr. Thomas Lambrich | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 40 688745-144 | [Thomas.Lambrich@bblaw.com](mailto:Thomas.Lambrich@bblaw.com)

#### MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München  
Dr. Christopher Melms | Rechtsanwalt  
Tel.: +49 89 35065-1143 | [Christopher.Melms@bblaw.com](mailto:Christopher.Melms@bblaw.com)

# FRÜHSTÜCKSSMINARE

## Tatort Internet

### Die verhaltensbedingte Kündigung und Social Media

<b>Berlin</b>	Donnerstag, 13. September 2018
<b>Düsseldorf</b>	Donnerstag, 27. September 2018
<b>Frankfurt am Main</b>	Donnerstag, 20. September 2018
<b>Hamburg</b>	Donnerstag, 20. September 2018
<b>München</b>	Donnerstag, 13. September 2018

Weitere Informationen zu dieser Veranstaltung gibt es auch auf unserer Website unter: [www.beiten-burkhardt.com/de/veranstaltungen](http://www.beiten-burkhardt.com/de/veranstaltungen)



**BEITEN  
BURKHARDT**