

## Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

auf der Zielgerade der Legislaturperiode scheint sich der Gesetzgeber geradezu zu überschlagen. Rückkehrrecht von Teil- zu Vollzeit, Entgelttransparenzgesetz, Weißbuch Arbeiten 4.0 bzw. Experimente mit dem Arbeitszeitgesetz, Datenschutz, Betriebsrentenstärkungsgesetz – man weiß fast gar nicht, wo man anfangen soll. Und so stehen in dieser Newsletter-Ausgabe auch so viele Themen „Im Blickpunkt“ (vgl. ab Seite 6) wie schon seit über zehn Jahren nicht mehr. Ob das gut ist oder nicht – Personalpraktiker werden dazu bei den meisten Themen eine klare Meinung haben.

Obwohl die Rechtsprechung auch wieder interessante Entscheidungen zu bieten hat (z. B. zu einer fristlosen Kündigung eines LKW-Fahrers wegen der Einnahme von Crystal Meth außerhalb der Arbeitszeit, vgl. rechts), wirkt sie dagegen direkt wie ein „Waisenknabe“. Oft genug in den letzten Jahren war es eher anders herum. Dennoch gibt es auch in unserer Rechtsprechungsrubrik sehr viel zu berichten: Im Zentrum steht dabei neben dem Kündigungs- auch das Betriebsverfassungsrecht (vgl. hierzu die Beiträge ab den Seiten 2 ff.).

Wir hoffen, dass Sie trotz dieser zahlreichen Rechtsänderungen den Durchblick behalten, einen kühlen Kopf bewahren und wünschen eine informative Lektüre.

Für Rückfragen stehen wir wie immer gerne zur Verfügung.

Mit besten Grüßen



Dr. Christopher Melms  
für die Praxisgruppe Arbeitsrecht

## Inhalt

Rechtsprechung	Seite 1
Im Blickpunkt	Seite 6
Kurzmeldungen	Seite 13
Hinweise und Impressum	Seite 14

## Rechtsprechung

### Drogenkonsum in der Freizeit kann fristlose Kündigung rechtfertigen

*Bundesarbeitsgericht vom 20. Oktober 2016 - 6 AZR 471/15*

#### Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war beim Unternehmen als LKW-Fahrer beschäftigt. An einem Wochenende konsumierte er in seiner Freizeit Amphetamin und Methamphetamin (Crystal Meth). Am darauffolgenden Montag erbrachte er fehlerfrei seine Arbeitsleistung. Einen Tag später geriet er mit seinem privaten PKW in eine polizeiliche Verkehrskontrolle, bei der der Drogenkonsum festgestellt wurde. Aufgrund des positiven Drogentests wurde sein Führerschein einbehalten. Daraufhin informierte der Arbeitnehmer den Arbeitgeber, dass er am nächsten Tag nicht zur Frühschicht antreten könne, da sein Führerschein nicht auffindbar sei und er nach Auskunft der Polizei kein Fahrzeug im Straßenverkehr führen dürfe. Zwei Wochen später räumte der Mitarbeiter gegenüber dem Arbeitgeber den Drogenkonsum und die Vorkommnisse rund um die Verkehrskontrolle ein. Daraufhin kündigte das Unternehmen fristlos wegen des Drogenkonsums und wegen des Versuchs, diese Umstände vor dem Arbeitgeber geheim zu halten. Der Arbeitnehmer ging gerichtlich gegen die Kündigung vor. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

#### Entscheidung

Die Revision des Arbeitgebers zum BAG war erfolgreich. Die fristlose Kündigung wegen des Drogenkonsums ist gemäß § 626 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) gerechtfertigt. Das Gericht stellte fest, dass ein Berufskraftfahrer seine Fahrtüchtigkeit nicht durch die Einnahme von Amphetamin oder Methamphetamin gefährden darf. Ein Verstoß gegen diese Pflicht kann eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Unerheblich, so die Richter, sei insbesondere, ob die Drogen vor oder während der Arbeitszeit konsumiert wurden. Im Rahmen der stets vorzunehmenden konkreten Interessenabwägung anhand aller Umstände des Einzelfalls muss in diesen Fällen berücksichtigt werden, welche typischen abstrakten Gefahren sich daraus ergeben, dass ein Berufskraftfahrer „harte“ Drogen einnimmt. Im Streitfall spielte es daher keine Rolle, ob die Fahrtüchtigkeit des Arbeitnehmers bei den dienstlichen Fahrten überhaupt konkret beeinträchtigt war. Die abstrakte Gefährdung für den Straßenverkehr war aus Sicht des Gerichts ausreichend. Aufgrund einer kurzen Betriebszugehörigkeit fiel die Interessenabwägung daher eindeutig zu Lasten des Arbeitnehmers aus.

#### Konsequenzen für die Praxis

Das Gericht stellt fest, dass bereits die abstrakte Gefährdung ausreichend ist und der Pflichtverstoß des Arbeitnehmers bei Drogenkonsum bereits in der massiven Gefährdung der Fahrtüchtigkeit zu sehen ist.

**Praxistipp**

Das Urteil gibt klare Verhaltensrichtlinien vor und hat dabei nicht nur Bedeutung für den Bereich der Speditionsunternehmen. Vielmehr passt die Argumentation des BAG auch auf andere Bereiche, in denen Menschen für Leib, Leben und Gesundheit anderer Personen verantwortlich sind. Zu denken ist hier an den Gesundheitsbereich sowie an die Luftfahrtbranche. Dort müssen bereits abstrakte Gefährdungen ausgeschlossen sein.



**Martin Biebl,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## Manipulierte Pfandauszahlung – Zufallsfund bei verdeckter Mitarbeiterüberwachung

*Bundesarbeitsgericht vom 22. September 2016 – 2 AZR 848/15*

**Sachverhalt**

Ein Supermarkt hatte in der Vergangenheit dramatische Inventurverluste im Bereich Tabak/Zigaretten zu verzeichnen. Sämtliche Ermittlungen zur Überführung des/der Täter/s blieben erfolglos. Der Verdacht verdichtete sich auf zwei Kassiererinnen. Als letztes Mittel zur Aufklärung führte der Supermarkt eine verdeckte Videoüberwachung des Kassensbereichs für einen Zeitraum von 14 Tagen durch. Sie erfolgte unter Zustimmung des Betriebsrats. Die Auswertung der Videoaufzeichnungen ergab zufälligerweise, dass die stellvertretende Filialeiterin und Kassiererin dabei gefilmt wurde, wie sie mehrmals eine „Musterpfandflasche“ einscannte und so einen Bon im Gegenwert von 3,25 EUR generierte. Im Anschluss öffnete sie die Kasse und entnahm den entsprechenden Geldbetrag. Daraufhin kündigte der Supermarkt ihr außerordentlich. Die Mitarbeiterin klagte gegen die Kündigung und berief sich auf ein Beweisverwertungsverbot wegen Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

**Die Entscheidung**

Das BAG wies die Klage zurück und entschied, dass kein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Videoaufnahmen bestand. Der zufällig im Rahmen der verdeckten Videoüberwachung aufgedeckte Sachverhalt konnte im Kündigungsschutzprozess verwertet werden. Und zwar auch, obwohl die begangene Tat (Manipulation der Kasse) der gekündigten Mitarbeiterin nicht der Anlass für die verdeckte Videoüberwachung war. Dies war bislang durchaus nicht unumstritten, da vielfach vertreten wurde, dass die Ergebnisse einer Videoüberwachung nur im Rahmen des ursprünglich vorgesehen Zwecks verwendet werden dürfen. Die Besonderheit lag im vorliegenden Fall darin, dass die verdeckte Videoüberwachung zur Aufklärung der Inventurverluste im Bereich Tabak/Zigaretten unter datenschutzrechtlichen Aspekten zulässig war. Daher waren auch die unvermeidbaren Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte aller mitbetroffenen Arbeitnehmer durch den Aufklärungszweck

gerechtfertigt. Die dabei zufälligerweise aufgedeckte Manipulation der Kasse durch die Arbeitnehmerin unterlag nach Ansicht des BAG keinem Beweisverwertungsverbot.

Weiter entschied das Gericht, dass die Manipulation eines Kassenvorgangs zum Zweck der eigenen Bereicherung ein wichtiger Kündigungsgrund ist, der eine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigt. Dies gilt trotz des geringen Schadens von lediglich 3,25 EUR. Der Vertrauensbruch wog aufgrund der Funktion als stellvertretende Filialeiterin und Kassiererin, die mit Geldangelegenheiten ihres Arbeitgebers betraut war, besonders schwer.

**Konsequenzen für die Praxis**

Das Urteil ist in zweifacher Hinsicht interessant: zum einen in Bezug auf die Verwertung sämtlicher, auch der unerwarteten Ergebnisse der verdeckten Videoüberwachung und zum anderen in Bezug auf die Bedeutung der geringen Schadenshöhe. Inhaltlich erinnert der Sachverhalt an den Fall der Kassiererin „Emmely“ (BAG vom 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09), in dem es ebenfalls um die außerordentliche Kündigung bei einer geringen Schadenshöhe ging. Im Ergebnis hielt das BAG in der Emmely-Entscheidung die außerordentliche Kündigung für unwirksam. Die aktuelle Entscheidung zeigt, dass auch nach der Emmely-Entscheidung Vermögensdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers mit nur geringem Schadensumfang durchaus eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen können.

**Praxistipp**

Arbeitgeber sollten vor der Durchführung von verdeckten Videoüberwachungen, die einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter darstellen, darauf achten, dass die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür eingehalten sind. Auch nach dem aktuellen Urteil des BAG bleibt die verdeckte Videoüberwachung nur unter strengen Voraussetzungen als „letztes Mittel“ zulässig. Danach muss ein Verdacht auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern bestehen. Eine allgemeine Mutmaßung, dass Straftaten begangen werden könnten, genügt hierfür nicht. Zudem müssen alle anderen zumutbaren Aufklärungsmaßnahmen bereits durchgeführt worden sein.



**Dr. Michaela Felisiak, LL.M.,**  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## Ist Betriebsratstätigkeit Arbeitszeit?

*Bundesarbeitsgericht vom 18. Januar 2017 – 7 AZR 224/15*

**Sachverhalt**

Im Vorfeld einer von 13.00 bis 15.30 Uhr stattfindenden Betriebsratsitzung war ein Betriebsratsmitglied verpflichtet, am Vortag von 22.00

bis 6.00 Uhr am Tag der Betriebsratsitzung zu arbeiten. Das Betriebsratsmitglied beendete seine Tätigkeit vor dem Ende der Schicht, um „ausgeruht seinen Betriebsratsaufgaben nachkommen zu können“. Es entstand Streit um die Vergütung der nicht geleisteten Arbeitsstunden.

### Entscheidung

Nach der bisher nur als Pressemitteilung veröffentlichten Entscheidung verurteilte das BAG den Arbeitgeber zur Vergütung der nicht geleisteten Arbeitsstunden. Nach der Rechtsprechung zu § 37 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) sind Mitglieder des Betriebsrats auch dann von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung ihrer Vergütung zu befreien, wenn eine außerhalb der Arbeitszeit liegende erforderliche Betriebsrats Tätigkeit die Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar macht. Dem Betriebsratsmitglied sei – so das BAG – die Erbringung der Arbeitsleistung jedenfalls ab 3.00 Uhr wegen der um 13.00 Uhr beginnenden Betriebsratsitzung unzumutbar gewesen, weil ihm bei Fortsetzung der Arbeit bis zum Schichtende keine durchgehende Erholungszeit von 11 Stunden bis zur Betriebsratsitzung zur Verfügung gestanden habe (was allerdings bereits tatsächlich ab 2.00 Uhr der Fall war). Dahinstehen könne, so das BAG, ob Betriebsrats Tätigkeit Arbeitszeit i.S.d. Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) ist. Jedenfalls seien bei der Konkretisierung der Unzumutbarkeit die Wertungen des § 5 Abs. 1 ArbZG zu berücksichtigen.

### Konsequenzen für die Praxis

Die bisher überwiegend und auch von der Vorinstanz verneinte Frage, ob Betriebsrats Tätigkeit Arbeitszeit i.S.d. ArbZG ist, hat das BAG stets – wie hier – dahinstehen lassen, da es insoweit nur mittelbar bei der Konkretisierung des Unzumutbarkeitsbegriffs im Kontext des § 37 Abs. 2 BetrVG Stellung beziehen musste. Nach der Auffassung des BAG waren und sind bei der Frage der Unzumutbarkeit die Wertungen des ArbZG zu berücksichtigen. In der Vergangenheit hat das BAG allerdings Ruhezeiten von deutlich weniger als 11 Stunden zwischen der Arbeitsleistung im eigentlichen Sinn und der Betriebsrats Tätigkeit akzeptiert und damit Betriebsrats Tätigkeit nicht als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG angesehen. Nun wendet das BAG aber erstmals Normen des ArbZG in der Form an, dass es Betriebsrats Tätigkeit mit Arbeitszeit zur Ermittlung der Einhaltung der Ruhezeit gleichstellt.

Es bleibt abzuwarten, ob das Gericht am 21. März 2017 konkreter wird. Dann wird über die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen (12 TaBV 76/14) verhandelt, nach dem Betriebsrats Tätigkeit keine Arbeitszeit i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 ArbZG ist.

### Praxistipp

Im Kontext des § 37 Abs. 2 BetrVG sind Arbeitgeber gut beraten, ab sofort Betriebsrats Tätigkeit als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG zu behandeln, auch wenn bisher überwiegend vertreten wurde, dass Betriebsrats Tätigkeit keine Arbeitszeit i.S.d. ArbZG ist. Der gute Glaube in diese Auffassung ist durch die Entscheidung des BAG jedenfalls erschüttert. Spannend bleibt die Frage, ob Arbeitgeber zukünftig auch verpflichtet sind, die Einhaltung der übrigen arbeitszeitrechtlichen Vorschriften, z. B. Einhaltung der Höchstarbeitszeit von zehn Stunden, bei Betriebsratsmitgliedern im Zusammenhang mit deren Betriebsratsaufgaben sicherzustellen. Dies wäre in Fortführung der neuen Rechtsprechung

des BAG nur konsequent, aber mit praktischen Unwägbarkeiten verbunden. Insbesondere ist das Spannungsfeld zwischen der Pflicht des Arbeitgebers, auf die Einhaltung des ArbZG zu drängen, einerseits und dem Vorwurf der Behinderung der Betriebsratsarbeit andererseits zu beachten. Das BAG wird sich hierzu zeitnah positionieren müssen.



**Dr. Thomas Barthel,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Berlin



**Dr. Roman Parafianowicz,**  
Rechtsanwalt  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Berlin

## BAG: Vorsicht bei Ausspruch einer Kündigung vor Ablauf der Anhörungsfrist

*Bundesarbeitsgericht vom 25. Mai 2016 – 2 AZR 345/15*

### Sachverhalt

Ein langjähriger Arbeitnehmer war zuletzt als Sales Director beschäftigt. Diese Aufgabe sollte künftig von der Konzernobergesellschaft übernommen werden. Mit Schreiben vom 20. November 2012 hörte die Arbeitgeberin daher den Betriebsrat zu der Absicht an, dem Mitarbeiter zu kündigen und ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf einer anderen Position anzubieten. Die Vorsitzende des Betriebsrats erklärte hierauf am 26. November 2012 schriftlich, dass der Betriebsrat beschlossen habe, gegen die beabsichtigte Änderungskündigung Widerspruch einzulegen. Ergänzend führte sie aus, dass der Betriebsrat die Abschmelzung des Gehaltes, die mit dem Änderungsangebot verbunden sei, nicht für zumutbar halte und bat daher um weitere Informationen u.a. zum Bruttojahresgrundgehalt, um eine abschließende Abwägung der Gehaltseinbußen durchführen zu können. Dieser Aufforderung kam die Arbeitgeberin nicht nach. Vielmehr wurde das Kündigungsschreiben am 27. November 2012 und damit noch vor Ablauf der dem Betriebsrat zustehenden Wochenfrist dem Arbeitnehmer übergeben.

### Die Entscheidung

Das BAG stellt in seiner Entscheidung klar, dass eine abschließende, das Anhörungsverfahren vorzeitig beendende Stellungnahme des Betriebsrats nur dann vorliegt, wenn der Arbeitgeber sich aufgrund besonderer Anhaltspunkte darauf verlassen darf, dass der Betriebsrat sich bis zum Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nicht mehr äußern werde. Einer Äußerung des Betriebsrats während des Anhörungsverfahrens komme nur dann fristverkürzende Wirkung zu, wenn der Arbeitgeber unzweifelhaft annehmen könne, dass es sich um

eine abschließende Stellungnahme handelt. Es muss sich eindeutig ergeben, dass sich der Betriebsrat bis zum Ablauf der Anhörungsfrist nicht noch einmal, und sei es nur zur Ergänzung der Begründung seiner bereits eröffneten Entschließung, äußern möchte. Hierfür bedürfe es besonderer Anhaltspunkte, denn der Betriebsrat habe die gesamte Anhörungsfrist zur Verfügung und sei nicht auf eine einmalige Äußerung beschränkt. Nicht ausreichend sei es, wenn der Betriebsratsvorsitzende dem Arbeitgeber das Ergebnis der Beschlussfassung des Gremiums mitgeteilt hat. Dies schließe für sich allein genommen eine erneute Beschlussfassung oder eine Ergänzung der mitgeteilten Beschlussgründe durch den Vorsitzenden nicht aus.

### Konsequenzen für die Praxis

Entgegen früherer Entscheidungen reicht es nach dieser Rechtsprechung nicht mehr aus, wenn der Betriebsrat in der Stellungnahme äußert, er wünsche keine weitere Erörterung des Falls mehr, um eine vorzeitige Beendigung des Anhörungsverfahrens annehmen zu können. Besondere Anhaltspunkte für eine abschließende Stellungnahme liegen dann vor, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber mitteilt, er stimme der beabsichtigten Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zu oder erklärt, von einer Äußerung zur Kündigungsabsicht abzusehen. In anderen Fällen wird der Arbeitgeber nur von einer abschließenden Stellungnahme ausgehen können, wenn aus seiner Sicht eine weitere Äußerung des Betriebsrats zu Kündigungsabsicht ausgeschlossen ist.

### Praxistipp

Auf die Betriebsratsanhörung ein besonderes Augenmerk zu legen lohnt sich, da Fehler im Anhörungsverfahren zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Grundsätzlich muss der Arbeitgeber daher die Anhörungsfrist abwarten, bevor er die Kündigung ausspricht. Nur wenn der Betriebsrat eine vorzeitige abschließende Stellungnahme abgegeben hat, kann ausnahmsweise eine Kündigung auch schon vor Ablauf der Frist ausgesprochen werden. Dies sollte jedoch nur dann geschehen, wenn sichere Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der Betriebsrat in keinem Fall mehr zur Kündigungsabsicht äußern wird. Im Zweifelsfall sollte der Arbeitgeber daher beim Betriebsratsvorsitzenden nachfragen und um eine entsprechende Klarstellung bitten.



Lisa Kimmig,  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## Höchstrichterlich geklärt: Strenge Anforderungen bei betriebsübergreifender Versetzung von Mandatsträgern

Bundesarbeitsgericht vom 27. Juli 2016 – 7 ABR 55/14

### Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war in der IT-Abteilung am Standort B beschäftigt

und als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen gewählt. Das Unternehmen beschloss, die IT-Abteilung von B an den Sitz des Unternehmens in K zu verlegen. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Interessenausgleich beinhaltete eine Namensliste, die auch den Arbeitnehmer als Betroffenen auflistete. Das Unternehmen bat den Betriebsrat am Standort B um Zustimmung zur Versetzung und wies auf die vorläufige Durchführung der Maßnahme hin. Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung. Im daraufhin eingeleiteten Gerichtsverfahren wurde zuletzt durch das Landesarbeitsgericht (LAG) der Antrag des Unternehmens auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zurückgewiesen.

### Die Entscheidung

Das BAG hob diesen Beschluss auf und wies die Sache an das LAG zurück. Dabei führte es aus, dass die Versetzung in den Betrieb in K beim betroffenen Arbeitnehmer zum Verlust des Amtes als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen geführt hätte. Er würde daher über eine Brückennorm im 9. Buch des Sozialgesetzbuchs dem Schutzbereich des § 103 Abs. 3 BetrVG unterfallen, der für Betriebsratsmitglieder gilt. Aus Sicht der Bundesrichter hatte die Vorinstanz nicht ausreichend geprüft, ob andere Möglichkeiten bestehen, den betroffenen Mandatsträger im bisherigen Betrieb sinnvoll weiterzubeschäftigen; es konnte daher nicht festgestellt werden, ob die Versetzung nach § 103 Abs. 3 Satz 2 BetrVG aus „dringenden betrieblichen Gründen“ notwendig ist. Das Vorliegen dringender betrieblicher Gründe konnte trotz der namentlichen Nennung des Betroffenen im Interessenausgleich nicht nach § 1 Abs. 5 des Kündigungsschutzgesetzes per Gesetz vermutet werden, da diese Regelung auf Versetzungen keine Anwendung finde.

### Konsequenzen für die Praxis

Mit der Entscheidung ist erstmals das Verhältnis zwischen den Beteiligungsrechten des Betriebsrats nach § 99 und nach § 103 BetrVG in Bezug auf betriebsübergreifende Versetzungen höchstrichterlich geklärt. Danach geht im Falle von Versetzungen von Mandatsträgern, die zum Verlust des Amtes oder der Wählbarkeit führen würden, das Zustimmungsverfahren nach § 103 Abs. 3 BetrVG mit den strengen Anforderungen an das Vorliegen dringender betrieblicher Gründe für die Zustimmungsersetzung dem Verfahren nach § 99 Abs. 1, 4 BetrVG vor. Eine Ersetzung der Zustimmung kommt danach nur in Betracht, wenn keine gleich geeigneten und für die Kontinuität der Mandatsführung weniger einschneidenden Maßnahmen als die Versetzung möglich sind.

### Praxistipp

Soll ein Mandatsträger gegen seinen Willen betriebsübergreifend versetzt werden, was regelmäßig zum Verlust des Amtes führt, muss der Betriebsrat nach § 103 Abs. 3 BetrVG seine Zustimmung erteilen. Der Umfang der Unterrichtung durch den Arbeitgeber richtet sich hierbei nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Um bei Weigerung des Betriebsrats die Zustimmung gerichtlich ersetzen zu lassen, ist seitens des Arbeitgebers vorab zu überprüfen, ob eine Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers im Ursprungsbetrieb nicht mehr sinnvoll möglich ist; Beschäftigungsmöglichkeiten müssen aber nicht neu geschaffen werden. Zu beachten ist auch, dass laut BAG in diesem Zusammenhang die vorläufige Durchführung der Versetzung nach § 100 BetrVG ausscheidet, da dies der Si-

cherung der Amtskontinuität widerspricht. In solchen Fällen ist auch zu beachten, dass der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist, da die betriebsübergreifende Versetzung für diesen als Einstellung i.S.d. § 99 Abs. 1 BetrVG zu werten ist. Soll der Mandatsträger nur innerbetrieblich versetzt werden, ist das Verfahren nach § 103 Abs. 3 BetrVG nicht einschlägig und es bleibt bei der Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG.



**Katharina Domni,**  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## 40-Euro-Verzugspauschale auch im Arbeitsverhältnis

*Landesarbeitsgericht Köln vom 25. November 2016 – 12 Sa 524/16*

### Sachverhalt

Ein Arbeitgeber hatte zu wenig Vergütung gezahlt und wurde vom Arbeitnehmer auf Pauschal-Schadensersatz nach § 288 Abs. 5 BGB in Anspruch genommen. Diese Regelung sieht eine Verzugspauschale von 40,00 EUR vor, die grundsätzlich neben Verzugszinsen gefordert werden kann. Damit sollen typische Aufwendungen ausgeglichen werden, die anfallen, wenn rückständige Zahlungen verfolgt werden. Umstritten ist, ob ein solcher Anspruch auch im Arbeitsverhältnis besteht. Da vor dem Arbeitsgericht jede Seite ihre Kosten selbst trägt, wurde teilweise angenommen, dass man dann auch die Kosten für die Verfolgung rückständiger Zahlungen aus dem Arbeitsverhältnis selbst zu tragen hat, dass also die Verzugspauschale im Arbeitsrecht zumindest in einem Verfahren erster Instanz nicht anwendbar ist.

### Entscheidung

Das LAG sprach dem Arbeitnehmer die Schadensersatzpauschale zu. Die Regelung sei auch im Arbeitsrecht nicht systemfremd, da ein wesentlicher Zweck darin liege, den Druck auf den Schuldner zu erhöhen. Das sei auch im Verhältnis zum Arbeitgeber sachgerecht. Genau so hatte es bereits das LAG Baden-Württemberg am 13. Oktober 2016 (3 Sa 34/16) gesehen.

### Konsequenzen für die Praxis

Nicht nur säumige Zahler müssen sich mit dem Thema befassen – die Verzugspauschale kann grundsätzlich auch in Fällen einer zu geringen Zahlung (und sei es im Centbereich, da es keine Bagatellgrenze gibt) anfallen. Ebenso wird man sich auf ihre – ggf. mehrfache – Geltendmachung einstellen müssen, wenn mehrere Zahlungen streitig sind, beispielsweise allmonatliche Leistungen verschiedenster Art bei laufenden Bestandsstreitigkeiten. Derzeit gibt es keine Rechtssicherheit, wofür und wie oft die Pauschale anfallen kann.

### Praxistipp

Es zeichnet sich ab, dass Arbeitnehmer zunehmend auch die neue Ver-

zugspauschale geltend machen werden. Werden Zahlungen zurückgehalten, muss man daher gut begründen können, warum man sich für nicht zahlungspflichtig hält. Ist man nämlich nicht für den Verzug verantwortlich (z. B., weil es einem wegen einer unklaren Rechtslage nicht vorzuwerfen ist, dass man fälschlicherweise annimmt, keine Zahlung zu schulden), fällt auch die Pauschale nicht an. Bei mehreren Leistungsbestandteilen sollte die Nichtzahlung auf einer einheitlichen Begründung beruhen, damit die Verzugspauschale nach Möglichkeit nur einmal anfällt. Ausschlussfristen werden regelmäßig nicht helfen, da eine Vorab-Beschränkung des Anspruchs auf die Verzugspauschale gesetzlich verboten ist.



**Dr. Franziska von Kummer, LL.M., M.C.L.,**  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht, Dipl.-Kffr., Dipl.-Vw.,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Berlin

## Überwachung durch „Keylogger“

*Landesarbeitsgericht Hamm vom 17. Juni 2016 – 16 Sa 1711/15*

### Sachverhalt

Einem Webentwickler gegenüber wurde eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung ausgesprochen. Grund war, dass der Mitarbeiter über Monate hinweg in erheblichem Umfang während seiner Arbeitszeiten außerdienstlichen Aktivitäten nachgegangen und entgegen der internen Vorgaben die Betriebs-IT privat genutzt hatte. Diese Informationen hatte der Arbeitgeber durch Auswertung der Daten eines sog. Keyloggers erlangt (ist ein Keylogger installiert, protokolliert dieser Tastatureingaben und erstellt regelmäßig Screenshots). Vor der Installation dieses Programms wurden die Mitarbeiter auf die Installation des Keyloggers aufmerksam gemacht und zugleich dazu aufgefordert, sich zu melden, sollten sie mit der Installation nicht einverstanden sein. Der Webentwickler willigte nicht ausdrücklich ein.

### Entscheidung

Das LAG Hamm entschied, dass sowohl die außerordentliche als auch die hilfsweise ordentliche Kündigung unwirksam war. Der vorgeworfene Sachverhalt sei zwar an sich geeignet sei, eine außerordentlichen Kündigung zu rechtfertigen, jedoch habe der Arbeitgeber keinen verwertbaren Beweis dafür erbracht, dass der Mitarbeiter tatsächlich im von ihm behaupteten zeitlichen Umfang während seiner Arbeitszeit privaten Aktivitäten nachgegangen sei.

### Konsequenzen für die Praxis

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis außerordentlich und fristlos gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Auch der dringende, auf objektive Tatsachen gestützte Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung

kann einen wichtigen Grund bilden. Der Sachverhalt, auf den die Kündigungsgründe gestützt werden, kann sich jedoch nicht auf Informationen stützen, die man durch die heimliche Installation eines sog. Keyloggers erlangt hat. „Heimlichkeit“ war hier deswegen anzunehmen, da keine Einwilligung vorlag. Schweigen auf den Hinweis der Installation kann nicht als Einwilligung gewertet werden. Dies verstößt gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, weshalb die erlangten Ergebnisse einem Verwertungsverbot unterliegen.

### Praxistipp

Bei der Überwachung von Arbeitnehmern ist zu bedenken, dass damit das Risiko einhergeht eine Ordnungswidrigkeit zu verwirklichen, wenn personenbezogene Daten erhoben werden, die nicht allgemein zugänglich sind. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Arbeitnehmer auch am Arbeitsplatz. Die heimliche Überwachung hat zudem häufig die Unverwertbarkeit der erlangten Informationen zur Folge, weshalb zum Nachweis, bspw. eines Arbeitszeitbetruges, wenn möglich, lediglich auf ohnehin anfallende Daten zurückgegriffen werden sollte. Weiterhin könnte auch in Erwägung gezogen werden, die private Nutzung des Computers und des betrieblichen Internets zu untersagen, um die Überprüfung zu erleichtern.



**Lisa Kimmig,**  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## Im Blickpunkt

### Gesetzentwurf zum Rückkehrrecht von einem Teilzeit- in ein Vollzeitverhältnis

Die Bundesarbeitsministerin Andrea Nahles hat schon zahlreiche arbeitsrechtliche Vorhaben aus dem Koalitionsvertrag umgesetzt. Hierzu zählen beispielsweise der allgemeine Mindestlohn oder die Reform des Leiharbeitsgesetzes. Im Koalitionsvertrag ist auch vereinbart, dass ein Rückkehrrecht auf Vollzeit eingeführt werden soll, falls ein Arbeitnehmer die Arbeitszeit zuvor reduziert hat und in ein Teilzeitarbeitsverhältnis gewechselt ist. Die bisherigen Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sehen in einem derartigen Fall lediglich vor, dass der Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen soll, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen. Allerdings räumt diese Regelung keinen Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit ein, wie dies im Hinblick auf die Verringerung der Arbeitszeit der Fall ist. Folglich kam es in den Fällen von gegen den Willen des Arbeitgebers erzwunge-

ner Teilzeit vor, dass sich die Teilzeit als Einbahnstraße erwies, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitszeit wieder verlängern wollte, da er diese Verlängerung nicht gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen konnte.

### Die Inhalte des geplanten Gesetzes

Das Bundesarbeitsministerium hat im Januar 2017 einen Gesetzentwurf veröffentlicht, dessen Ziel es ist, dass Beschäftigte, die ihre Arbeitszeit zeitlich begrenzt verringern möchten, nach der Teilzeitphase wieder zur ursprünglichen Arbeitszeit zurückkehren können. Dieser Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit soll – wie der bereits bestehende Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit – davon abhängig sein, dass beim Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Das Arbeitsverhältnis muss dabei zudem mehr als sechs Monate bestanden haben.

Der Gesetzentwurf sieht auch vor, dass die Arbeitgeber mit ihren Arbeitnehmern einen unabhängigen Verlängerungswunsch erörtern müssen. Dieser Erörterungsanspruch soll unabhängig von der Betriebsgröße sein. Außerdem sieht der Gesetzentwurf eine Beweislastverlagerung auf den Arbeitgeber vor. Wenn der Arbeitnehmer die Arbeitszeit verlängern wollte, musste er bisher – ggf. bei Gericht – nachweisen, dass ein entsprechender Arbeitsplatz mit einem höheren Arbeitsvolumen beim Arbeitgeber zur Verfügung steht und dass er für diesen geeignet ist. Dies soll nun dahingehend abgeändert werden, dass im Falle eines Verlängerungswunschs das Unternehmen das Fehlen eines Arbeitsplatzes oder eine nicht bestehende Eignung darlegen muss.

### Kritik aus der Praxis

Sollte dieser Gesetzentwurf tatsächlich noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden, ist aus Unternehmenssicht zu befürchten, dass ein weiterer Anspruch für Arbeitnehmer eingeführt wird, der entgegen der operativen Notwendigkeiten Einfluss auf die betriebliche Gestaltung nehmen kann. Bisher hatten Arbeitgeber und Arbeitnehmer entsprechend der betrieblichen Bedürfnisse miteinander einvernehmlich die Lösungen über eine Verlängerung der Arbeitszeit abzustimmen. Nun ist zu befürchten, dass Arbeitnehmer den Verlängerungsanspruch durchsetzen, auch wenn tatsächlich kein ausreichender Beschäftigungsbedarf besteht. Derartige starre Regelungen schaden der Wettbewerbsfähigkeit und sind daher abzulehnen. Im Übrigen könnte durch das Rückkehrrecht die Attraktivität der zeitlich befristeten Teilzeitarbeit – gegen den Willen des Arbeitgebers – erheblich zunehmen. Hatten bislang Arbeitnehmer Zweifel, ob sie sie nach einer Verkürzung der Arbeitszeit wieder verlängern können, würde sich diese Situation nun verändern. Die Attraktivität der „erzwungenen“ Teilzeitarbeit könnte sich so zum Nachteil für die Unternehmen erhöhen.



**Martin Fink,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München

## Entgelttransparenzgesetz - Jetzt wird es ernst!

Nachdem der ursprüngliche Gesetzesentwurf zur Entgeltgleichheit in den vergangenen Monaten wegen erheblicher Widerstände gegen die ursprünglich vorgesehenen Regelungen (vgl. [BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht, Ausgabe Juni 2016](#), Seite 1 ff.) mehrfach geändert worden ist, ist am 11. Januar 2017 ein nochmals geänderter Gesetzesentwurf beschlossen worden. Er wird nun dem Bundestag zugeleitet; das Inkrafttreten des Gesetzes ist für Mitte dieses Jahres geplant. Nach seinem Inhalt darf in einem Beschäftigungsverhältnis allein aufgrund des Geschlechts für gleiche oder gleichwertige Arbeit kein geringeres Entgelt vereinbart bzw. ausgezahlt werden. Zur Förderung und Durchsetzung dieses Gebots sieht das Gesetz in seiner jetzigen Fassung u. a. einen individuellen Auskunftsanspruch für Arbeitnehmer/-innen in Unternehmen mit in der Regel mindestens 200 Beschäftigten, ein (fakultatives) Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit im Betrieb und eine Berichtspflicht zur Frauenförderung und Entgeltgleichheit für Unternehmen mit in der Regel mindestens 500 Beschäftigten vor.

### Individueller Auskunftsanspruch

Nach dem Gesetzesentwurf können Beschäftigte zur Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebotes von Arbeitgebern mit mehr als 200 Beschäftigten Auskunft verlangen über

- die Kriterien und Verfahren für die Festlegung des eigenen Entgelts
- die Kriterien und Verfahren für die Festlegung des Entgelts einer gleichen Tätigkeit und deren Entgeltgruppe oder einer gleichwertigen Tätigkeit, die überwiegend von Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts ausgeübt wird sowie deren Entgeltgruppe
- den statistischen Mittelwert des monatlichen Entgelts einer Gruppe von mindestens sechs Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts, die die gleiche oder eine gleichwertige Tätigkeit ausüben. Beispiel: In der Vergleichsgruppe arbeiten fünf Frauen und 15 Männer; eine Frau macht den Auskunftsanspruch geltend. Es wird der statistische Mittelwert des Entgelts der 15 Männer als Vergleichswert gebildet.

Die Auskunft beschränkt sich auf das monatliche Bruttoentgelt bzw. zwei zusätzliche einzelne Entgeltbestandteile. Des Weiteren ist eine „Sperrfrist“ von zwei Jahren vorgesehen; das heißt, vor Ablauf der 2-Jahres-Frist nach Antragsstellung können Mitarbeiter keine erneute Auskunft verlangen.

### Auskunftspflicht des Arbeitgebers

In Betrieben ohne Tarifbindung, in denen es keinen Betriebsrat gibt, richtet sich der Auskunftsanspruch direkt gegen den Arbeitgeber, in Betrieben mit Tarifbindung und ohne Betriebsrat kann er auch gegenüber den Vertretern der Tarifparteien geltend gemacht werden. In tarifgebundenen/tarifanwendenden Betrieben, in denen es einen Betriebsrat gibt, ist grundsätzlich der Betriebsrat Adressat des Auskunftsanspruchs. Der Betriebsrat hat dem Arbeitgeber das Auskunftsverlangen in anonymi-

sierter Form und umfassend weiterzuleiten. Der Betriebsrat kann aber auch dem Arbeitgeber die Adressatenstellung zuweisen bzw. es kann der Arbeitgeber auch beim Betriebsrat die Adressatenstellung beantragen (befristet auf die Amtsperiode des Betriebsrats).

Auch in nicht tarifgebundenen/nicht tarifanwendenden Betrieben ist der Betriebsrat grundsätzlich Adressat des Auskunftsanspruchs; hier gelten die gleichen Grundsätze. Aufgrund der fehlenden Tarifbindung sind aber zusätzliche Regelungen zu beachten: Wendet sich der Betriebsrat in der Folge an den Arbeitgeber und verneint dieser eine vergleichbare Tätigkeit, ist eine Begründung und eine Auskunft über eine alternativ vergleichbare Tätigkeit erforderlich. Zudem ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Auskünfte innerhalb eines Monats nach Zugang des Verlangens in Textform zu erteilen. Kommt das Unternehmen seiner Auskunft aber nicht oder nicht vollständig nach, wird eine Benachteiligung vermutet - der Arbeitgeber trägt im Rechtsstreit die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot vorliegt.

Die Rechtsfolge bei Verstößen gegen die Auskunftspflicht ist ein Erfüllungsanspruch auf die vorenthaltene Leistung. Unerheblich ist insoweit, ob eine ungleiche Entlohnung aufgrund diskriminierender Tarifverträge, weiterer kollektivrechtlicher Regelungen und/oder aufgrund mittelbarer oder unmittelbarer Benachteiligung erfolgt. Daneben bestehen Entschädigungs- bzw. Schadensersatzansprüche nach § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Der Anspruch besteht auch nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis fort.

### Aufgaben des Betriebsrats

Die ursprünglich im Gesetzesentwurf vorgesehene Erweiterung der Mitbestimmung des Betriebsrats ist nicht mehr vorgesehen. Der Aufgabekatalog des Betriebsrats nach § 80 BetrVG wird nur insoweit ergänzt, als es nun auch seine Aufgabe ist, auf die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei gleicher und gleichwertiger Arbeit hinzuwirken. Er ist, wie gesehen, grundsätzlich Adressat des Auskunftsanspruchs und hat, um seine Aufgabe ordnungsgemäß erfüllen zu können, ein Einblicksrecht in die nach Geschlecht aufgeschlüsselten Bruttolohn-/ Gehaltslisten sowie in alle Entgeltbestandteile (übertarifliche / individuell ausgehandelte Zulagen, Sachleistungen).

### Betriebliches Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit

Das Gesetz fordert Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten auf, ihre Entgeltbestandteile und -bedingungen auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgesetzes zu überprüfen. Es wird davon ausgegangen, dass Unternehmen dieser Größenordnung aufgrund ihrer Organisation in der Lage sind, diese Pflichten zu erfüllen. Die Einführung eines derartigen Prüfverfahrens ist freiwillig. Der Arbeitgeber hat im Übrigen, entscheidet er sich für die Durchführung des Verfahrens, eine Wahlfreiheit bei der Wahl der Analysemethoden und des Arbeitsbewertungsverfahrens. Eine betriebsinterne Veröffentlichung des Prüfergebnisses ist möglich, aber nicht verpflichtend. Die Prüfung wird in Zeitabständen von fünf Jahren empfohlen. Der Betriebsrat ist über die Auswahl der Prüfungsinstrumente rechtzeitig in Kenntnis zu setzen.

## Berichtspflichten

Jeder lageberichtspflichtige (§§ 264, 289 Handelsgesetzbuch) Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten hat sog. Berichtspflichten: Danach müssen diese Arbeitgeber ihre Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern im Unternehmen und deren Wirkung sowie ihre Entgeltregelungen, Bewertungsverfahren sowie ihre Maßnahmen zur Sicherung der Entgeltgleichheit für Frauen und Männer darstellen. Hierzu gehören insbesondere auch Angaben über die Gesamtzahl der Beschäftigten sowie zur Zahl der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten, zu den Tätigkeiten, die zu mindestens 60 Prozent von Beschäftigten eines Geschlechts ausgeübt werden und zu dem nach Vollzeitäquivalenten umgerechneten durchschnittlichen Bruttomonatslohn der Beschäftigten. Tarifgebundene Arbeitgeber sind verpflichtet, alle fünf Jahre zu berichten, tariflose Arbeitgeber alle drei Jahre.

## Fazit

Es mag dahinstehen, ob das neue Gesetz tatsächlich geeignet ist, einen Verdienstunterschied zwischen Frauen und Männern auszugleichen. Fakt ist jedenfalls, dass es in Kraft treten, zu viel Bürokratie und hohen Kosten führen wird. Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Gesetz Unfrieden in der Belegschaft hervorruft und deren Wettbewerbsfähigkeit einschränkt. Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, besonders engagierten, leistungsstarken und einsatzbereiten Mitarbeitern mehr zu zahlen als anderen. Sie sollten daher bei neu zu besetzenden Stellen im Betrieb die Stellen individuell bezeichnen und Stellenausschreibungen individuell formulieren, um eine Vergleichbarkeit von Mitarbeitern zu vermeiden. Zudem empfiehlt es sich, stets sachliche Gründe wie arbeitsmarkt-, leistungs- und arbeitsergebnisbezogene Kriterien für die höhere Bezahlung zu dokumentieren. Dies können zum Beispiel sein: Höheres Dienstalter (Honorierung der Berufserfahrung), körperliche Anforderungen, Geschicklichkeit und Stressbelastung. Bei Vergütungsverhandlungen sollte der Arbeitgeber Voraussetzungen suchen, wonach eine sachgrundgerechte Mehrbezahlung erfolgen soll, etwa Fahrtkosten, Umzugskosten, Kindergartenzulage und Boni.



**Dr. Nina Springer, LL.M.,**  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## Gesetzesentwurf zum Beschäftigtendatenschutz – nur „alter Wein in neuen Schläuchen“ oder echte Neuerungen?

In unserem [BEITEN BURKHARDT Newsletter Arbeitsrecht – Ausgabe September 2016](#), S. 2 f. haben wir über die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung (nachfolgend „DS-GVO“) berichtet. *Olga Morasch* hat dabei darauf hingewiesen, dass aufgrund der DS-GVO auch mit

Anpassungen des deutschen Beschäftigtendatenschutzes zu rechnen ist. Mittlerweile hat die Bundesregierung einen neuen Gesetzesentwurf zur Anpassung des Datenschutzrechts an die DS-GVO beschlossen, der insbesondere den Beschäftigtendatenschutz in Deutschland neu regeln soll. Bisher ist der Beschäftigtendatenschutz in Deutschland in § 32 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) geregelt. Der neue Gesetzesentwurf sieht einen neuen § 26 BDSG (nachfolgend „§ 26 BDSG-neu“) vor.

## Was bleibt bestehen?

Auch nach dem neuen Gesetzesentwurf soll die bisherige Grundstruktur im Beschäftigtendatenschutz beibehalten werden: Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen also auch künftig für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nur verarbeitet werden, wenn

- dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist;
- Kollektivvereinbarungen (z. B. Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge) dies zulassen;
- die betroffene Person in wirksamer Weise eingewilligt hat  
oder
- tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat.

## Was ist neu?

Nur vermeintlich neu ist, dass personenbezogene Daten von Beschäftigten nach § 26 BDSG-neu auch dann verarbeitet werden dürfen, wenn dies „zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist“. Dadurch soll also eine datenschutzrechtliche Grundlage dafür geschaffen werden, dass der Arbeitgeber z. B. gegenüber dem Betriebsrat im Rahmen einer Betriebsratsanhörung personenbezogene Daten des betroffenen Beschäftigten weitergibt, soweit dies erforderlich ist. Damit wird allerdings lediglich die bisherige Rechtslage klargestellt. Lediglich vermeintlich neu ist zudem die Regelung in § 26 Abs. 7 BDSG-neu, wonach der Beschäftigtendatenschutz auch auf solche personenbezogenen Daten Anwendung findet, die nicht in einem Dateisystem gespeichert werden und nicht gespeichert werden sollen. Dies betrifft etwa handschriftliche Aufzeichnungen des Arbeitgebers während eines Personalgesprächs, die für die Ablage in einer körperlichen Personalakte bestimmt sind. Auch dies stellt aber nur die bisher schon bestehende Rechtslage nach § 32 BDSG dar.

Ebenfalls nicht wirklich neu ist, dass eine datenschutzrechtliche Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis im Grundsatz zulässig ist. Dies stellt § 26 BDSG-neu jetzt klar. Durchaus neu ist allerdings die Präzi-

sierung, dass bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen sind. Nach § 26 Abs. 2 BDSG-neu kann Freiwilligkeit insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleich gelagerte Interessen verfolgen. Die damit erfolgende Konkretisierung des Begriffs der Freiwilligkeit der Einwilligung ist aus praktischer Sicht zwar zu begrüßen; aufgrund der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe, die § 26 Abs. 2 BDSG-neu verwendet, werden allerdings Rechtsunsicherheiten bleiben. Klärungsbedürftig wird etwa sein, ob ein unmittelbarer „wirtschaftlicher Vorteil“ für die beschäftigte Person gegeben sein muss oder ein mittelbarer „wirtschaftlicher Vorteil“ ausreicht (siehe zur Gestaltung von Einwilligungen auch den Beitrag von Morasch in der genannten [Newsletterausgabe September 2016](#), Seite 2 f.).

Neu sind im Vergleich zum bisherigen § 32 BDSG auch die zahlreichen Verweisungen im Rahmen des § 26 BDSG-neu auf die DS-GVO:

- So haben z. B. die Parteien einer Betriebsvereinbarung, die als Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten dienen soll, künftig Art. 88 Abs. 2 der DS-GVO zu beachten. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen müssen danach insbesondere „angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person“ umfassen. Was darunter im Einzelnen zu verstehen ist, hat der europäische Gesetzgeber leider nicht mitgeteilt. Auch der deutsche Gesetzgeber scheint die ihm nach der DS-GVO zustehende Möglichkeit, dies zu spezifizieren, nicht ergreifen zu wollen. Die Praxis (namentlich die Gerichte) wird es also am Ende wieder richten müssen (siehe zu Praxistipps bei der Gestaltung von Betriebsvereinbarungen den genannten Beitrag von Morasch).
- Der für die Verarbeitung personenbezogener Daten Verantwortliche (also in der Regel der Arbeitgeber) muss zudem sicherstellen, dass die in Art. 5 DS-GVO festgelegten Datenschutzprinzipien beachtet und umgesetzt werden. Diese betreffen Grundsätze der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung, der Verarbeitung nach Treu und Glauben, der Transparenz, der Zweckbindung, der Datenminimierung, der Richtigkeit der Speicherbegrenzung, der Integrität und der Vertraulichkeit personenbezogener Daten sowie die in Art. 5 Abs. 2 DS-GVO normierte Rechenschaftspflicht. Auch hier bleiben sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber (bisher) jegliche Spezifizierung schuldig – mit entsprechenden Rechtsunsicherheiten für die Praxis.

## Fazit

Bleibt es nur bei diesem neuen deutschen Beschäftigtendatenschutz, wird für die Praxis nicht viel gewonnen sein. Abgesehen von einigen Präzisierungen der bestehenden Regelungen bleibt es im Wesentlichen bei der bisherigen Struktur. Damit könnten Arbeitgeber durch-

aus leben, wäre nicht das Verhältnis zwischen DS-GVO und deutschem Beschäftigtendatenschutz sowie der Umfang vieler Pflichten nach der DS-GVO noch teilweise ungeklärt (siehe hierzu der genannte Beitrag von Morasch auf S. 2). Da bei Verstößen gegen die DS-GVO, die ab dem 25. Mai 2018 europaweit unmittelbar und zwingend gilt, Geldbußen in Höhe von bis zu vier Prozent des gesamten weltweiten erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres drohen, wäre eine entsprechende Spezifizierung der Pflichten nach der DS-GVO durch den nationalen Gesetzgeber wünschenswert gewesen. Bleibt zu hoffen, dass die Bundesregierung ihre Ankündigung in der Begründung des neuen Gesetzesentwurfs wahr macht und die Pflichten nach der DS-GVO für Arbeitgeber doch noch spezifiziert – vielleicht im Rahmen eines gesonderten und lange angekündigten Beschäftigtendatenschutzgesetzes.



**Dr. Daniel Hund, LL.M.,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München



**Dr. Anja Branz,**  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Berlin

## Arbeitszeitgesetz: Nahles plant Experimentierphase

Seit Ende 2016 steht fest: Die große Reform des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) wird weiter auf sich warten lassen. Gleichwohl bewegt sich etwas, da Arbeitsministerin Andrea Nahles „mittelfristig“ die Öffnung des ArbZG zu Experimentierzwecken angekündigt hat. Der nachfolgende Beitrag soll den Hintergrund erklären und zeigen, was bereits heute über das Experiment bekannt ist und welche Chancen es für Unternehmen bietet.

### Hintergrund

Digitalisierung und Industrie 4.0 verändern Geschäftsmodelle massiv. Disruptive Gefahren, die aus der Entwicklung neuer Technologien resultieren und lang bewährte Geschäftsmodelle von heute auf morgen zerstören können, sind größer denn je. Dies zeigen Schicksale von ehemaligen Weltmarktführern eindrucksvoll. Unternehmen müssen daher mit den Anforderungen des digitalen Wandels Schritt halten, um nicht vom Markt verdrängt zu werden. Dazu braucht es zwingend mehr Arbeitszeitflexibilität, führt man sich das derzeit enge Korsett mit der werktäglichen Höchstarbeitszeit von acht Stunden, den elf-

stündigen Mindestruhezeiten und dem Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit vor Augen. Arbeitgeberverbände, allen voran die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), fordern deshalb schon lange, das ArbZG zu öffnen. Dabei geht es nicht darum, die Rahmenbedingungen des Gesetzes in Frage zu stellen. Viel geholfen wäre der Wirtschaft bereits, wenn das ArbZG an die gegenwärtige Realität angepasst werden würde.

### Dialogprozess

Das von Andrea Nahles geführte Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) sowie einige Tarifpartner, wie METALL NRW und die IG Metall NRW, haben das Arbeitszeitdilemma erkannt. So hielten die genannten Tarifpartner bereits in einer gemeinsamen Erklärung im Juni 2015 fest, dass die Industrie 4.0 mit ihren technischen Neuerungen zu neuen Flexibilitätsanforderungen an die Beschäftigten führen werde. Dies erfordere auch eine größere zeitliche Flexibilität betrieblicher Prozesse, wobei diese Prozesse die erhöhte Flexibilität der individuellen Arbeitszeitbedürfnisse berücksichtigen sollen. Das BMAS integrierte das Thema Arbeitszeit in seinen im April 2015 gestarteten Dialogprozess zum Thema „Arbeiten 4.0“, der Ende 2016 mit dem sog. Weißbuch sein vorläufiges Ende fand (abrufbar unter [www.arbeitenviernull.de](http://www.arbeitenviernull.de)).

### Experimentierphase

Das Resultat des Dialogprozesses klingt zunächst ernüchternd. So will Andrea Nahles weder grundsätzlich am Achtstundentag rütteln noch eine große Reform auf den Weg bringen. Vielmehr möchte sie experimentieren und kündigt ein auf zwei Jahre befristetes Wahlarbeitszeitgesetz an. Dieses soll den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zum einen mehr Wahlmöglichkeiten in Bezug auf die Dauer der Arbeitszeit, deren Lage und den Arbeitsort geben, zum anderen aber auch die Möglichkeit zur Abweichung von bestehenden Regelungen des ArbZG schaffen. Wie weitgehend derartige Abweichungen ausgestaltet werden können, ist noch nicht bekannt, wohl aber, dass das Wahlarbeitszeitgesetz enge Voraussetzungen für die Teilnahme am Experiment aufstellen wird:

1. Ein Tarifvertrag muss die Abweichungen zulassen.
2. Es muss eine Betriebsvereinbarung über Wahlarbeitszeitkonzepte vorliegen.
3. Betroffene Arbeitnehmer müssen den Abweichungen individuell zustimmen.

Außerdem müssen sich die Unternehmen dazu verpflichten, die Auswirkungen des Experiments zu evaluieren und die Ergebnisse der Bundesregierung zur Verfügung zu stellen. Diese sollen, so das Weißbuch, schließlich nach zwei Jahren ausgewertet und dann ggf. in dauerhafte Regelungen im Wahlarbeitszeit- sowie im ArbZG festgeschrieben werden.

### Bewertung und Chancen

Es ist aus Arbeitgebersicht unglücklich, dass Andrea Nahles sich nicht gleich an die große Reform wagt und Teilnahme am Experiment unter Tarifvorbehalt stellt. So verspielt sie wertvolle Zeit und versperrt durch den Tarifvorbehalt die Möglichkeit rein betrieblicher Lösungen.

Des Weiteren bleibt abzuwarten, ob das Experiment überhaupt noch in der aktuellen Legislaturperiode starten kann. In der Online-Ausgabe der FAZ vom 20. November 2016 wurde sie zuletzt optimistisch zitiert: „*Ich bin sicher, dass nächstes Jahr [also 2017] der Startschuss kommt.*“ Wenn er kommt, bleibt zu hoffen, dass auch die Sozialpartner ihre Tarifverträge zügig für das Experiment öffnen.

Geschieht dies, bietet das Experiment allerdings durchaus Chancen. Unternehmen können mit der Teilnahme und der Etablierung flexibler Arbeitsbedingungen werben und sich damit nach außen als innovativ und wettbewerbsfähig zeigen. Dies spricht Geschäftspartner, Mitarbeiter und Bewerber gleichermaßen an. Ferner ist eine Reform des ArbZG langfristig nur dann realistisch, wenn sich viele Unternehmen am Experiment beteiligen und so beweisen, dass eine Arbeitszeitgestaltung im Interesse aller Beteiligten auch abweichend zu den derzeitigen Vorgaben des ArbZG möglich ist. Tarifgebundene Unternehmen sollten den politischen Prozess daher wachsam verfolgen und sich, wenn es so weit ist, experimentierfreudig zeigen.



**Henrik Lütge,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Düsseldorf

### Berechnung des Arbeitslosengelds bei unwiderruflicher Freistellung von Arbeitnehmern

Aufgrund einer neuen Verwaltungspraxis der Agentur für Arbeit drohen Arbeitnehmern, die im Zusammenhang mit einer ordentlichen Kündigung unwiderruflich freigestellt werden, Einbußen bei der Höhe des Arbeitslosengelds. Widerrufliche Freistellungen sind von der geänderten Verwaltungspraxis bislang nicht betroffen. Die neue Praxis könnte dazu führen, dass sich Arbeitnehmer Vereinbarungen über eine unwiderrufliche Freistellung in Zukunft vermehrt verschließen. Für die Arbeitgeber wäre eine solche Entwicklung vor allem im Hinblick auf die Gewährung von Resturlaub nachteilhaft.

### Ausgangslage bei der Berechnung des Arbeitslosengelds

Nach derzeitiger gesetzlicher Regelung beträgt das Arbeitslosengeld im allgemeinen Leistungssatz grundsätzlich 60 Prozent des pauscha-

lierten Nettoentgelts. Letzteres wird aus dem Bruttoentgelt ermittelt, das die oder der Arbeitslose im relevanten Bemessungszeitraum erzielt hat. Der Bemessungszeitraum umfasst dabei die beim Ausscheiden aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen, der grundsätzlich ein Jahr umfasst und der mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs endet.

### Beispiel

Endete die versicherungspflichtige Beschäftigung am 30. Juni 2016 und erfolgte am 5. Juli 2016 die Arbeitslosmeldung, so käme es für die Berechnung des Arbeitslosengeldes in erster Linie auf dasjenige Entgelt an, das der betroffene Arbeitnehmer im Zeitraum zwischen dem 1. Juli 2015 und dem 30. Juni 2016 erzielt hat.

### Neue Verwaltungspraxis der Agentur für Arbeit

Per Geschäftsanweisung vom 20. Juli 2016 hat die Bundesagentur für Arbeit ihren örtlichen Agenturen die Anweisung erteilt, „Zeiten einer unwiderruflichen Freistellung“ bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums nicht mehr zu berücksichtigen. Die geänderte Praxis kann zu einer deutlichen Reduzierung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld führen. Eine solche Reduzierung droht insbesondere, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Abwicklungsverträgen oder in einem (arbeitsgerichtlichen) Vergleich nach dem Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung lange Auslaufzeiten von mindestens einem Jahr vereinbaren. Wird zum Beispiel vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis mit einer langen Kündigungsfrist von zwölf Monaten endet und der Arbeitnehmer in diesem Zeitraum unter Fortzahlung der Vergütung unwiderruflich freigestellt werden soll, würde ein solcher Entgeltabrechnungszeitraum für die Bestimmung des Bemessungszeitraums nicht mehr berücksichtigt.

### Kritik und Verhältnis zur Rechtsprechung

Die neue Weisungslage ist bisher in der juristischen Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen. Erste Klagen gegen Arbeitslosengeldbescheide, in denen die Zeit der Freistellung aus dem Bemessungszeitraum ausgeklammert wurde, sollen bereits anhängig sein. Rechtlich dürfte die Nichtberücksichtigung von Entgeltabrechnungszeiträumen während der Freistellung kaum haltbar sein. So hat das Bundessozialgericht (BSG) bereits im Jahr 2008 entschieden, dass das Beschäftigungsverhältnis eines Arbeitnehmers aufgrund einer unwiderruflichen Freistellung grundsätzlich nicht endet, sofern der Arbeitgeber während der Freistellungsphase das Gehalt weiter zahlt. Die bis dahin bestehende, durch ein Besprechungsergebnis der Sozialversicherungsträger aus dem Jahr 2005 ausgelöste Rechtspraxis, zur Vermeidung des Verlusts des Sozialversicherungsschutzes unwiderrufliche Freistellungen nur noch einseitig auszusprechen oder auf widerrufliche Freistellungen auszuweichen, wurde durch diese Entscheidung des BSG erst überholt. Nun stellt sich die Frage unter geänderten Vorzeichen erneut.

### Konsequenzen für die Praxis

Arbeitnehmer, die die geänderte Verwaltungspraxis der Agentur für Arbeit kennen, werden in Zukunft womöglich zurückhaltender sein, einer unwiderruflichen Freistellung durch den Arbeitgeber in einer Aufhebungsvereinbarung oder einem Vergleich zuzustimmen. Arbeitgeber könnten zudem gehalten sein, Arbeitnehmer vor einer entsprechenden Einigung auf die besagten Auswirkungen der neuen Weisungslage hinzuweisen, wobei in Bezug auf die Einzelheiten der Berechnung ein Verweis an die zuständige Agentur für Arbeit ausreichend sein dürfte. Rechtsprechung zum Umfang entsprechender Hinweispflichten in diesem Zusammenhang besteht bislang – soweit ersichtlich – nicht.

Für die Arbeitgeber bleiben unwiderrufliche Freistellungen unterdessen grundsätzlich erste Wahl. Insbesondere besteht für Arbeitgeber allein bei einer unwiderruflichen Freistellung die Möglichkeit, einen etwaigen (Rest-)Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers noch vor der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu gewähren und somit Abgeltungsansprüche des Mitarbeiters zum Beendigungstermin weitestgehend auszuschließen. Die Möglichkeiten des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer ohne dessen Zustimmung freizustellen, sind dagegen begrenzt. Aus dem Arbeitsverhältnis ergibt sich für den Mitarbeiter nicht nur die Pflicht, die Arbeitsleistung zu erbringen, sondern auch ein Anspruch auf Beschäftigung. Daher lässt die Rechtsprechung – auch innerhalb der Kündigungsfrist – eine einseitige Freistellung nur zu, wenn eine Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters mit Rücksicht auf überwiegende, schutzwürdige Belange des Arbeitgebers für diesen unzumutbar ist (z. B. wegen der Gefahr des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei einem Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen oder bei einer Gefährdung der betrieblichen Ordnung durch eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers).



Dr. Johannes Allmendinger, M.A.,  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main

### Betriebsrentenstärkungsgesetz vor dem Start

Die Bundesregierung ist auf der Zielgerade der 18. Legislaturperiode. Kurz vor Schluss will das SPD-geführte Arbeitsministerium noch einen Punkt der Agenda der großen Koalition abhaken – die Stärkung der betrieblichen Altersversorgung. Das vom Bundeskabinett im Dezember beschlossene Gesetzgebungsvorhaben hat im Februar ohne großartige Anmerkungen den Bundesrat durchlaufen und beinhaltet ein umfassendes Maßnahmenpaket zur weiteren Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung. Es soll sich mit seinen

„Erleichterungen“ vornehmlich an kleine und mittlere Unternehmen und Beschäftigte mit geringem Einkommen richten.

### Reine Beitragszusage

Die für die meisten Arbeitgeber wohl interessanteste Regelung dürfte die Einführung einer „reinen Beitragszusage“ im sogenannten Sozialpartnermodell sein. Dies insbesondere, nachdem das BAG mit seiner Entscheidung vom 30. August 2016 (3 AZR 361/15) erhebliche Zweifel an – bei größeren Arbeitgebern zuletzt eher verbreiteten – wertpapiergebundenen Zusagen geweckt hat. Bislang jedenfalls wollte das Betriebsrentengesetz Arbeitgeber im Regime der betrieblichen Altersversorgung nicht bzw. nur eingeschränkt aus der Verantwortung für biometrische Risiken und Kapitalanlageerfolge entlassen. Daher kannte das Gesetz neben der reinen Leistungszusage nur die beitragsorientierte Leistungszusage und die Beitragszusage mit Mindestleistung.

Bei der **beitragsorientierten Leistungszusage** muss der Arbeitgeber bestimmte Beiträge in eine Anwartschaft auf Versorgungsleistungen umwandeln. Der Arbeitgeber muss einen Beitrag und die sich hieraus resultierende Versorgungsleistung sowie die Umwandlungslogik von Beitrag in Leistung zusagen. Bei der **Beitragszusage mit Mindestleistung** muss der Arbeitgeber mit der Zusage den Beitrag und eine Mindestleistung bestimmen. Diese ist aber nur in beaufsichtigten Durchführungswegen möglich.

Seit der Einführung dieser Zusagearten vor ca. 20 Jahren war aber in der Literatur und Rechtsprechung der genaue Inhalt beider Zusageformen bzw. die genaue Grenzziehung zwischen den Zusagearten umstritten. Eindeutig war allein, dass der Arbeitgeber mehr garantieren muss als nur die Abführung von Beiträgen.

Nun soll das sogenannte **Sozialpartnermodell** Unternehmen erlauben, auf der Grundlage von Tarifverträgen gemeinsame Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung zu schaffen und hierüber **reine Beitragszusagen** durchzuführen. Die Pflichten des Arbeitgebers beschränken sich hiernach auf die Entrichtung der zugesagten Beiträge (z. B. Entgeltumwandlung) an einen externen Versorgungsträger (Pensionskasse, Direktversicherung oder Pensionsfonds). Eine bestimmte Versorgungsleistung wird vom Arbeitgeber nicht zugesagt und darf auch vom Versorgungsträger nicht zugesagt werden. Die Höhe der Betriebsrente und deren Entwicklung soll dann alleine abhängig von der Vermögens- und Ertragslage bzw. -entwicklung der Versorgungseinrichtung sein. Der Preis hierfür ist aus Arbeitgebersicht die Überwachung durch den Tarifvertragspartner und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sowie die Zahlung eines Risikoaufschlags (mindestens 15 Prozent des umgewandelten Entgelts). Nichttarifgebundene Arbeitgeber und Beschäftigte sollen vereinbaren können, dass die einschlägigen Tarifverträge auch für sie gelten.

### Opting Out

Streitig war zudem seit längerem, ob durch Tarifvertrag oder Be-

triebsvereinbarung eine grundsätzliche Verpflichtung zur Teilnahme der Arbeitnehmer an der Entgeltumwandlung vorgesehen werden konnte. Eine Nichtteilnahme sollte hiernach nur nach Inanspruchnahme einer Ausstiegserklärung (sogenanntes „opting out“) möglich sein. Die Richter des Betriebsrentensenats des BAG hatten zu Gestaltungen auf betrieblicher Ebene an verschiedener Stelle ihre Ablehnung erkennen lassen. Diese Unsicherheit soll nun überwunden werden. Denn im Betriebsrentengesetz soll die rechtssichere Ausgestaltung von Modellen der automatischen Entgeltumwandlung durch Anwendung von Tarifverträgen verankert werden.

### Anreize für Arbeitnehmer

Anreize zur Altersversorgung für Arbeitnehmer sollen durch das Gesetz an verschiedenen Stellen eingefügt werden. Betriebs- und Riester-Renten sollen nach dem Gesetzgebungsvorschlag künftig bis zu 202 EUR pro Monat in der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nicht mehr angerechnet werden. Zudem sollen über den Arbeitgeber organisierte Riester-Renten in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung in der Verrrentungsphase beitragsfrei bleiben. Zuletzt soll mit dem Gesetz auch die Grundzulage zur Riester-Rente angehoben werden.

### Anreize für Arbeitgeber

Für Unternehmen sollen zusätzliche Beiträge in eine betriebliche Altersversorgung des Arbeitnehmers steuerlich gefördert werden. Der Förderbetrag soll hierbei 30 Prozent betragen und wird an den Arbeitgeber im Wege der Verrechnung mit der abzuführenden Lohnsteuer ausgezahlt werden. Der Förderbetrag nach dem Entwurf richtet sich an Beschäftigte mit einem Bruttoeinkommen von bis zu 2.000 EUR.

### Änderungen des steuerrechtlich anerkannten Dotierungsrahmens

Geändert werden soll im Wesentlichen auch der steuerfreie Dotierungsrahmen für Zahlungen des Arbeitgebers gemäß § 3 Nr. 63 Einkommensteuergesetz (EStG). Der Beitrag an Pensionskassen, Pensionsfonds oder Direktversicherungen soll zu einer einheitlichen prozentualen Grenze zusammengefasst und auf acht Prozent der Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung erhöht werden. Unverändert soll die Möglichkeit einer Pauschalbesteuerung nach § 40b EStG bestehen bleiben für

- Beiträge zu einer Direktversicherung, die vor dem 1. Januar 2005 abgeschlossen wurde,
- Beiträge zu einer umlagefinanzierten Pensionskasse sowie
- Beiträge zu einer kapitalgedeckten Pensionskasse, wenn der Vertragsabschluss vor dem 1. Januar 2005 erfolgte und für Zeiten ab 1. Januar 2005 der Steuerfreibetrag nach § 3 Nr. 63 EStG bereits ausgeschöpft wurde.

Etwaige pauschalbesteuerte Beträge sollen aber auf den steuerfreien Dotierungsrahmen von acht Prozent angerechnet werden.



**Jörn Manhart,**  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Düsseldorf

## Kurzmeldungen

### Neu seit dem 1. Januar 2017: Wirksame Kündigung schwerbehinderter Menschen erfordert die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung

Von der Praxis bisher fast unbemerkt, hat der Gesetzgeber mit dem Bundesteilhabegesetz zum 1. Januar 2017 eine weitere formelle Hürde bei der Kündigung schwerbehinderter Menschen aufgestellt. Ab diesem Zeitpunkt ist es zwingend erforderlich, dass der Arbeitgeber vor der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen auch die Schwerbehindertenvertretung anhört (siehe § 95 Abs. 2 Satz 3 des Neunten Buchs Sozialgesetzbuch). Missachtet der Arbeitgeber dies, ist die Kündigung unwirksam.

Unternehmen müssen jetzt also mindestens drei Verfahren beachten, bevor sie schwerbehinderten Menschen kündigen: Neben der Anhörung der Schwerbehindertenvertretung muss wie bisher die Zustimmung des Integrationsamts eingeholt werden, außerdem ist der Betriebsrat anzuhören. Als wäre dies nicht genug, kommt bei den hier häufigen krankheitsbedingten Kündigungen als viertes Verfahren die Verpflichtung hinzu, ein sog. betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) durchzuführen. Die Durchführung ist zwar keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Da der Arbeitgeber bei Nichtdurchführung aber nach der Rechtsprechung des BAG nachweisen muss, dass das bEM „objektiv nutzlos“ gewesen wäre, kommt die Durchführung einer Wirksamkeitsvoraussetzung gleich. Auch kann der Arbeitgeber nicht darauf vertrauen, dass das bEM-Verfahren bei der Kündigung schwerbehinderter Menschen wegen der erteilten Zustimmung des Integrationsamts entbehrlich ist. Denn das BAG hat diese Frage zuletzt offen gelassen (Urteil v. 20. November 2014 – 2 AZR 664/13) und die Instanzgerichte sowie die Literatur sind sich hier uneins.

Der Gesetzgeber hat keine Fristen vorgesehen, innerhalb derer die Schwerbehindertenvertretung bei der Anhörung nach § 95 Abs. 2 SGB IX Stellung nehmen muss. Es kann daher nur empfohlen werden, sich einstweilen mindestens an den Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG zu orientieren, d.h. Arbeitgeber sollten nach der Anhörung bei ordentlichen Kündigungen mindestens eine Woche und bei au-

ßerordentlichen Kündigungen mindestens drei Tage warten, bevor eine Kündigung ausgesprochen wird. Offen ist auch, was in der Anhörung genau mitzuteilen ist. Insoweit ist anzuraten, umfassend und schriftlich zu informieren. Denn es ist zu befürchten, dass die Rechtsprechung hohe inhaltliche Anforderungen an die Anhörung stellen wird, wie sie es zum Leidwesen der Arbeitgeber bei der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG praktiziert.

**Henrik Lüthge,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Düsseldorf

### Verfall von Urlaubsansprüchen – verstößt die deutsche Regelung gegen EU-Recht?

Bislang gilt nach dem Bundesurlaubsgesetz, dass Urlaubsansprüche grundsätzlich mit dem Ablauf des Urlaubsjahres entfallen, wenn nicht ausnahmsweise Gründe für eine Übertragung auf das nächste Jahr gegeben sind. Es liegt dabei am Mitarbeiter, seinen Urlaubsanspruch geltend zu machen. Die Unternehmen sind nicht verpflichtet, ohne einen Urlaubsantrag oder Wunsch des Arbeitnehmers Urlaub zu gewähren oder den Mitarbeiter gar zum Urlaub zu zwingen.

Ob das auch künftig gilt, ist ungewiss, denn hierüber hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) nun aufgrund einer Vorlage des BAG zu entscheiden (9 AZR 541/15 (A)). Hintergrund ist, dass Unionsrecht der Regelung des Bundesurlaubsgesetzes entgegenstehen könnte. Der Arbeitgeber könnte nach Unionsrecht dazu verpflichtet sein, den Urlaub auch einseitig festzulegen. Damit würde der Urlaub nicht mit Ablauf des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraums verfallen, auch wenn der Arbeitnehmer in der Lage gewesen wäre, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, den Urlaub jedoch nicht geltend gemacht hat. Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH hierzu Stellung nimmt.

**Lisa Kimmig,**  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

### BAG: Schadensersatz wegen unterbliebener Erhöhung der Wochenarbeitszeit - Benachteiligung wegen der (Schwer-)Behinderung ?

Ein Arbeitnehmer, der seit Dezember 2011 mit einem Grad der Schwerbehinderung von 50 als schwerbehinderter Mensch anerkannt ist, war bei einem Express-Versand und Transport-Service in einer Station als Kurier mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von

27,5 Stunden beschäftigt. Im Juni 2013 verteilte der Arbeitgeber ein Stundenvolumen von insgesamt 66,5 Stunden – unbefristet – an 14 teilzeitbeschäftigte Kurier und schloss mit ihnen entsprechende Änderungsverträge ab. Dabei wurden bis auf den behinderten Mitarbeiter, der mehrfach um eine Erhöhung seiner Wochenstundenzahl nachgesucht hatte, und einen weiteren Arbeitnehmer, der erst im Januar 2013 in die Station gewechselt war, sämtliche Teilzeitarbeitnehmer mit Wunsch auf eine Stundenerhöhung berücksichtigt. Mit einer Klage hat der schwerbehinderte Mitarbeiter eine Erhöhung seiner wöchentlichen Arbeitszeit mit entsprechender Vertragsänderung gefordert. In der Berufungsinstanz hat er seine Klage erweitert und zusätzlich hilfsweise einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in Höhe der ihm entgangenen Vergütung geltend gemacht. Zur Begründung hat er sich darauf berufen, das Unternehmen habe ihn bei der Vergabe der Stundenerhöhungen wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Arbeitnehmers hat das Landesarbeitsgericht ihm – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen – Schadensersatz in Höhe des ihm entgangenen Verdienstes zugesprochen. Die hiergegen gerichtete Revision hatte vor dem BAG Erfolg.

Das Landesarbeitsgericht durfte der Klage nicht mit der Begründung stattgeben, es lägen Indizien im Sinne von § 22 AGG vor, die eine Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung vermuten ließen und das Unternehmen habe diese Vermutung nicht widerlegt. Das Landesarbeitsgericht habe verkannt, dass die Vermutung einer Benachteiligung wegen eines Benachteiligungsgrunds nach dem AGG nur besteht, wenn Indizien vorliegen, die mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ darauf schließen lassen, dass ein solcher Grund ursächlich für die Benachteiligung war und dass damit die vom Landesarbeitsgericht angenommene „Möglichkeit“ einer Ursächlichkeit nicht ausreicht.

Aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen konnte das BAG den Rechtsstreit allerdings nicht abschließend entscheiden. Die Sache wurde deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

*(Urteil vom 26. Januar 2017 - 8 AZR 736/15; Quelle: Pressemitteilung des BAG)*

## Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

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

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2017.

## Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)

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

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

## Redaktion (verantwortlich)

Markus Bauer, Rechtsanwalt

Redaktionsschluss dieser Ausgabe: 23. Februar 2017

## Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 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)

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



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



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)



**Betriebs  
Berater**

# 4. Deutsche **Arbeitsrechtskonferenz**

**Miteinander – Gegeneinander:  
Brennpunkte im betrieblichen Alltag**

Fachliche Leitung: Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



**16. November 2017**  
**Allianz Arena München**

[www.arbeitsrechtskonferenz.de](http://www.arbeitsrechtskonferenz.de)

**dfv** Mediengruppe

# Kreative Lösungen im Arbeitsrecht

## DIE REFERENTEN



**Markus Künzel**  
Rechtsanwalt und Fachanwaltschaft für Arbeitsrecht  
**Beiten Burkhardt**



**Dr. Dietmar Müller-Borutttau**  
Rechtsanwalt und Fachanwaltschaft für Arbeitsrecht  
**Beiten Burkhardt**



**Christian Freiherr von Buddenbrock**  
Rechtsanwalt  
**Beiten Burkhardt**



**Dr. Thomas Drosdeck**  
Rechtsanwalt  
**Beiten Burkhardt**



**Dr. Wolfgang Lipinski**  
Rechtsanwalt und Fachanwaltschaft für Arbeitsrecht  
**Beiten Burkhardt**

## DIE THEMEN

### **Gleicher Lohn für gleiche Arbeit?! – Neue Spielregeln bei der Gestaltung des Entgelts** **9.15 – 10.00 Uhr**

Fragen der Ungleichbehandlung und Diskriminierung bei der Vergütung sind Dauerbrenner in Rechtsprechung und Gesetzgebung. Jetzt soll auch noch die Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern durch ein eigenes Entgelttransparenzgesetz sichergestellt werden. Der Referent erläutert die Auswirkungen der geplanten Neuregelungen auf die tägliche Praxis und zeigt auf, wo weiterhin individuelle Differenzierungen bei der Vergütung möglich bleiben.

### **Talent Development – wie ist der Betriebsrat zu beteiligen?** **10.30 – 11.15 Uhr**

Die betriebliche Aus- und Weiterbildung stellt einen Kernbereich der Personalentwicklung dar. Arbeitgeber haben oft konkrete Vorstellungen, wie sie ihre Talente weiterentwickeln wollen. Dr. Dietmar Müller-Borutttau zeigt in seinem Vortrag die wesentlichen Mitwirkungsrechte der Betriebsräte auf und gibt Tipps für ein erfolgreiches Talent Development.

### **Betriebsrentenstärkungsgesetz: Neue Chancen für Arbeitgeber?** **11.45 – 12.30 Uhr**

Der Vortrag stellt die Neuerungen des Betriebsrentenstärkungsgesetzes, die Auswirkungen auf die Arbeitgeber sowie praktische Handlungsempfehlungen im Umgang mit der Gesetzesnovelle dar. Zudem wird der Vortragende einen Überblick über die aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung des BAG zur betrieblichen Altersversorgung geben.

### **Leistung und Gegenleistung**

#### **14.00 – 14.45 Uhr**

Krankheitsbedingte Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis sind durch das Entgeltfortzahlungsgesetz und das Krankengeld sozial abgemildert. Das betriebliche Eingliederungsmanagement will darüber hinaus gewährleisten, dass langfristig erkrankte Arbeitnehmer in die Arbeitswelt re-integriert werden. Betriebsräte bestimmen dabei mit. Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer stehen dazu potentiell im Widerspruch. Ökonomische Interessen der Arbeitgeber und der Gesichtspunkt der Planungssicherheit sind ebenso zu berücksichtigen. Der Referent erörtert das Spannungsfeld der krankheitsbedingten Kündigung und diskutiert Lösungsmöglichkeiten.

### **Drohende Revolution beim Betriebsübergang? Neue Perspektiven für Unternehmen?** **15.15 – 16.00 Uhr**

Folgt der EuGH den Schlussanträgen des Generalanwalts Yves Bot vom 19.01.2017, werden - entgegen der Rechtsprechung des BAG - sog. dynamische arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln durch einen Betriebsübergang statisch. Dr. Wolfgang Lipinski stellt die sich hieraus dann für Unternehmen ergebenden Gestaltungsspielräume dar.

## MODERATION



**Armin Fladung**  
Verantwortlicher Redakteur Arbeitsrecht  
**Betriebs-Berater**



**Dr. Roland Abele**  
Schriftleiter **Recht der Internationalen Wirtschaft** und Programmleiter **R&W-Buch**

## TERMINE UND ORTE (bitte ankreuzen)

- München, Donnerstag, 22.06.2017**  
**Münchner Künstlerhaus**  
Lenbachplatz 8 | 80333 München  
(U-Bahn-Station: Karlsplatz)
- Frankfurt a. M., Dienstag, 27.06.2017**  
**Beiten Burkhardt**  
Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
- Düsseldorf, Mittwoch, 28.06.2017**  
**Hyatt Regency Düsseldorf**  
Speditionstraße 19 | 40221 Düsseldorf
- Berlin, Donnerstag, 29.06.2017**  
**Sofitel Berlin Kurfürstendamm**  
Augsburger Straße 41 | 10789 Berlin

**Beginn 9.00 Uhr | Ende ca. 17.30 Uhr**

## PREISE

- 358,- € (zzgl. MwSt.) inklusive Seminarunterlagen, Mittagsbuffet, Schlussimbiss und Getränke
- 328,- € (zzgl. MwSt.) für jeden 2. Teilnehmer eines Unternehmens

## ANMELDUNG

per Fax **069/7595-2770**

Teilnehmer (Name/Vorname) \_\_\_\_\_

Firma/Kanzlei \_\_\_\_\_

Straße/Postfach \_\_\_\_\_

PLZ/Ort \_\_\_\_\_

Telefon/Fax \_\_\_\_\_

E-Mail \_\_\_\_\_

Datum/Unterschrift \_\_\_\_\_