

Newsletter

Arbeitsrecht Deutschland



KONTAKTPERSONEN

Rechtsanwälte
Dr. Christian Bloth, Fachanwalt für
Arbeitsrecht,
Frankfurt (Editor)
Bettina Kreimer, Fachanwältin für
Arbeitsrecht, Frankfurt
Alper Ardali, Frankfurt
Ulf Christoph Lohrum, LL.M, Berlin
Dr. Kerstin Kamp-Wigforss, LL.M.
Stockholm

E-MAIL

MannheimerSwartling
Arbeitsrechts-News@msa.se

MANNHEIMER SWARTLING FRANKFURT AM MAIN

Bockenheimer Landstraße 51-53
D-60325 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 97 40 12 0
Fax: +49 69 97 40 12 10

BERLIN

Mauerstraße 83/84
D-10117 Berlin
Tel: +49 30 22 66 99 0
Fax: +49 30 22 66 99 10

STOCKHOLM

Norrlandsgatan 21
Box 1711, 111 87 Stockholm
Tel: +46 8 595 065 00
Fax: +46 8 595 065 01

www.mannheimerswartling.de

**DIESER NEWSLETTER
ERFOLGT ZU INFORMATIONS-
ZWECKEN UND NICHT ZUR
RECHTSBERATUNG. UNTER
ANGABE DER QUELLE DÜRFEN
DIE BEITRÄGE VERBREITET UND
ZITIERT WERDEN.**

Editorial

SEHR GEEHRTE DAMEN UND HERREN,

im Folgenden berichten wir Ihnen wie immer über einige aktuelle Entscheidungen, die nach unserem Eindruck von praktischem Interesse im Arbeitsrecht sind. Gleich anfangs schildern wir die Entscheidung des EuGH zur Zulässigkeit der Altersgrenze von 60 für Lufthansa Piloten. Die immer wieder gestellte Frage nach der Zulässigkeit einer Erkundigung nach der Schwerbehinderteneigenschaft eines Bewerbers, die insbesondere nach Inkrafttreten des AGG in die Diskussion gekommen ist, war Gegenstand eines Urteils des BAG. Ob das Vorliegen einer HIV-Infektion wegen eventuellen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot zur Unzulässigkeit der Kündigung in der Probezeit führt, hatte das Arbeitsgericht Berlin zu entscheiden. Auch die Verhandlung von Interessenausgleich und Sozialplan wird immer wieder von „Diskriminierungsfragen“ begleitet. Frage war, ob Arbeitnehmer, die eine dauerhafte Erwerbsminderungsrente beziehen, von Ansprüchen des Sozialplans völlig ausgeschlossen werden können. Dass eine Namensliste, die zum Teil eines Interessenausgleichs gehören kann, nicht ohne Weiteres die Vermutungsfiktion zum Wegfall des Arbeitsplatzes auslöst, wie es § 1 Abs. 5 KSchG vorsieht, zeigt ein Urteil des LAG Hamm und mahnt, bei der Formulierung eines solchen Interessenausgleichs Sorgfalt walten zu lassen. Ein weiteres Urteil des LAG Hamm setzt sich mit der Frage auseinander, wann eine unberechtigte Strafanzeige gegen den Arbeitgeber evtl. Schadensersatzansprüche des Unternehmens auslösen kann, wenn es aufgrund Bekanntwerdens der Anzeige zu erheblichen Umsatzverlusten kommt. Wie schwierig die Frage ist, wann ein Arbeitgeber berechtigt ist, auf Mitarbeiteremails zuzugreifen, so zum Beispiel wenn der Mitarbeiter aufgrund längerer Krankheit nicht am Arbeitsplatz erscheint, zeigt eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg, die – im Sinne der Arbeitgeber – durchaus als positiv zu werten ist.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre und stehen Ihnen gerne für Fragen zur Verfügung.

DR. CHRISTIAN BLOTH



**MANNHEIMER
SWARTLING**

Zu Unrecht vom Himmel geholt!

Eine tarifliche Regelung nach der Piloten nicht über das vollendete 60. Lebensjahr hinaus ihrer Tätigkeit nachgehen dürfen, stellt eine Diskriminierung wegen des Alters dar und verstößt gegen EU-Recht. Dies entschied aktuell der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Urteil vom 13. September 2011, Az. C-447/09.

Im zugrunde liegenden Fall hatten sich drei Flugkapitäne der Deutschen Lufthansa gegen die tariflich vorgesehene automatische Beendigung ihrer Arbeitsverträge mit Vollendung des 60. Lebensjahrs gewandt.

Die Kläger sahen hierin eine unzulässige Diskriminierung wegen ihres Alters und klagten unter anderem auf Fortsetzung ihrer Arbeitsverträge. Nachdem die Klagen vom Arbeitsgericht Frankfurt am Main und dem LAG Hessen abgelehnt worden waren (wir berichteten), setzte das BAG das Verfahren zunächst aus und legte dem EuGH die Frage, ob die Regelung des Tarifvertrags mit Unionsrecht zu vereinbaren sei, zur Vorabentscheidung vor. Das BAG war bis zum Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes der Meinung, dass Bestimmungen wie die in Frage stehende wirksam seien, da § 14 Abs. 1 TzBfG eine Befristung des Arbeitsvertrags erlaube, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Dieser könne sich bei Piloten in einer Sicherung der ordnungsgemäßen Berufsausübung und aus einer Verpflichtung zum Schutz von Leib und Leben der Besatzung, der Passagiere und der Bewohner der überflogenen Gebiete, ergeben.

Der EuGH stellte fest, dass die tarifliche Regelung gegen das in der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2000/78/EG) vom 27. November 2000 verankerte Verbot der Altersdiskriminierung verstoße. Hierzu bemerkte das Gericht zunächst, dass die tarifvertragliche Klausel in den Geltungsbereich der Richtlinie falle und auch eine Ungleichbehandlung wegen des Alters enthielte. Das Gericht prüfte dann weiter, ob die festgestellte Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein könnte.

Eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals – hier des Alters – ist nach der Richtlinie dann gerechtfertigt, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

Für die Ausübung des Berufs des Verkehrspiloten ist das Vorhandensein besonderer körperlicher Fähigkeiten eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78. Unbestreitbar nehmen diese Fähigkeiten mit zunehmendem Alter ab. Allerdings ist der Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Einer solchen engen Auslegung hält das im Tarifvertrag vereinbarte vollständige Verbot jedoch nach Ansicht des Gerichtshofs nicht stand, da es über das Notwendige hinausgeht.

Sowohl nationale als auch internationale Regelungen lassen Verkehrspiloten die Möglichkeit offen, zwischen dem vollendeten 60. und dem 65. Lebensjahr unter bestimmten Beschränkungen

weiter ihrem Beruf nachzugehen. dies zeige, dass die entsprechenden Stellen der Ansicht seien, dass Piloten in diesem Lebensabschnitt grundsätzlich noch die körperlichen Fähigkeiten haben, ein Flugzeug zu führen, auch wenn dies ggfls. unter bestimmten Beschränkungen erfolgen muss. Demnach wird den Piloten durch die tarifvertragliche Klausel eine im Sinne der Richtlinie unverhältnismäßige Beschränkung auferlegt.

Das Urteil zeigt, dass tarifliche Vorschriften mehr und mehr einer strengen Prüfung unterzogen werden und sich an den unionsrechtlichen Vorschriften messen lassen müssen. Tarifvertragsparteien und Arbeitgeber sollten sorgfältig prüfen, ob sich Klauseln, die mittel- oder unmittelbar zu einer Altersdiskriminierung führen, nach oben genannten Grundsätzen durch die Art der Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung mit stichhaltigen Argumenten, nicht ungefähren Annahmen, rechtfertigen lassen. Gleichzeitig ist darüber nachzudenken, ob Gesundheitschecks von ihrer Art und Häufigkeit im Alter verändert werden, aber auch Einsatzregeln der Piloten (Besatzung des Cockpits, Altersstruktur, Strecken, etc.) angepasst werden.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE; STEPHAN RAUCH

Falsche Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung (BAG vom 7. Juli 2011 – 2 AZR 396/10)

Gespräche über die Einstellung eines neuen Arbeitnehmers sind häufig geprägt von dem Dilemma, dass der Arbeitgeber etwas erfahren, der Bewerber hingegen etwas nicht preisgeben möchte. Auf diese Weise kommt dem Fragerecht des Arbeitgebers eine zentrale Bedeutung zu. Der Arbeitgeber hat nur insoweit ein Fragerecht, als er ein „berechtigtes, billigeswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Fragen im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis“ hat. Sein Interesse muss so gewichtig sein, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers zurückzutreten hat, seine persönlichen Lebensumstände zum Schutz seines Persönlichkeitsrechts und zur Sicherung der Unverletzlichkeit seiner Individualsphäre geheim zu halten. Unzulässige Fragen braucht der Bewerber nicht zu beantworten, faktisch hat er ein „Recht zur Lüge“.

Beantwortet der Arbeitnehmer bei der Einstellung aber eine zulässige Frage falsch, kann der Arbeitgeber deswegen berechtigt sein, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Dazu muss die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags aber ursächlich gewesen sein. Wirkt sich die Täuschung im Arbeitsverhältnis weiterhin aus, kann zudem eine Kündigung gerechtfertigt sein.

Dieser Beitrag befasst sich mit einer Entscheidung des BAG über eine Frage nach einer anerkannten Schwerbehinderung, die die Bewerberin falsch beantwortet hatte.



I. SACHVERHALT

Die Klägerin ist seit 1998 anerkannte Schwerbehinderte mit einem Grad der Behinderung von 50. Im Jahr 2007 stellte die Beklagte, ein Softwareunternehmen, sie im Geschäftsbereich Business Unit Information ein. Die Klägerin war dort schwerpunktmäßig mit IT-Service-Management betraut, was entsprechende Reisen und Dienstfahrten mit sich brachte. In einem Personalfragebogen zum Arbeitsvertrag verneinte die Klägerin die Frage nach einer Schwerbehinderung. Ihre Anerkennung als Schwerbehinderte teilte die Klägerin der Beklagten im Oktober 2008 mit, nachdem ihr unter Hinweis auf betriebsbedingte Gründe nahegelegt worden war, gegen Abfindung aus dem Arbeitsverhältnis auszuscheiden. Daraufhin focht die Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen arglistiger Täuschung an und sprach eine fristlose, hilfswise ordentliche Kündigung aus. In der Kündigungsschutzklage begehrte die Klägerin unter anderem eine Entschädigung wegen einer Diskriminierung nach § 15 AGG in Höhe von mindestens EUR 96.000,00. Im Prozess trug die Beklagte vor, sie habe nach der anerkannten Schwerbehinderung gefragt, um die Eingliederung von Behinderten im Unternehmen zu fördern. Eine wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage hätte die Chancen der Klägerin auf die Einstellung sogar erhöht.

2. ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat entschieden, dass die Anfechtung und Kündigung des Arbeitsverhältnisses unwirksam war, da die Täuschung für die Einstellung der Klägerin nicht ursächlich gewesen sei.

Gemäß § 123 Abs. 1 BGB kann derjenige, der zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, diese Erklärung anfechten.

Im Bereich der Fragerechte des Arbeitnehmers liegt eine arglistige Täuschung nur dann vor, wenn eine zulässigerweise gestellte Frage falsch gestellt worden ist.

Die Frage nach einer anerkannten Schwerbehinderung wurde in der Vergangenheit im Wandel der Gesetzesgrundlagen unterschiedlich beantwortet. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG wird die „tätigkeitsneutrale“ Frage des Arbeitgebers als zulässig angesehen. „Tätigkeitsneutral“ bedeutet, dass die Frage keinen Bezug zur vorgesehenen Beschäftigung hat, sondern nur darauf zielt, zu erfahren, ob eine Schwerbehinderung festgestellt ist, unabhängig davon, welche Auswirkungen sie konkret für die in Aussicht gestellte Tätigkeit hat. Die Zulässigkeit der Frage hatte das BAG ursprünglich damit begründet, dass der Gesetzgeber im Vergleich zur Zulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft hier kein dem § 611a BGB vergleichbares Diskriminierungsverbot normiert habe. Seit dem 1. Juli 2001 verbietet allerdings § 81 SGB XI die Benachteiligung Schwerbehinderter. Nach der alten Fassung des § 81 SGB durfte ein Schwerbehinderter grundsätzlich bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Behinderung war jedoch zulässig, soweit eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit ist. Die neue Fassung verbietet eine Benachteiligung schwerbehinderter Beschäftigter und verweist im Einzelnen hierzu auf die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Dieses ist im August 2006 in Kraft getreten. Die überwiegende Meinung in der Literatur geht daher von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit der Frage nach einer anerkannten Schwerbehinderung aus.



Das Hessische Landesarbeitsgericht ist dieser Auffassung in der Vorinstanz gefolgt und hielt die Frage, weil sie sich ausdrücklich auf eine anerkannte Schwerbehinderung bezog und tätigkeitsneutral war, für unzulässig.

Das BAG hat die Frage der Zulässigkeit einer Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft offen gelassen. Es hielt die Anfechtung und die Kündigung des Arbeitsverhältnis bereits aus einem anderen Grund für unwirksam.

Die Anfechtung setzte nämlich auch voraus, dass die Täuschung für die Begründung des Arbeitsverhältnisses ursächlich geworden ist. Das ist dann der Fall, wenn der Getäuschte die Willenserklärung bei wahrheitsgemäßer Beantwortung nicht oder mit einem anderen Inhalt abgegeben hätte. Hierbei reicht es auch, wenn die Täuschung zumindest mitursächlich für den Entschluss des Getäuschten war.

Das BAG und das LAG hielten die Täuschung – unabhängig davon, ob sie rechtswidrig war oder nicht – für nicht ursächlich für den Abschluss des Arbeitsvertrags. Wer vorgibt, er wolle die Einstellung von Behinderten fördern, habe keinen Anfechtungsgrund, wenn er unerkannt einen behinderten Bewerber als „Besten“ ausgewählt und eingestellt hat. Die Einstellung der Klägerin beruhte nicht auf einer arglistigen Täuschung, weil der Beklagte explizit erklärt habe, er hätte sie bei positiver Beantwortung der Frage erst recht eingestellt.

Offen gelassen hat das BAG ferner die Frage, ob ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG überhaupt im Falle einer diskriminierenden Kündigung in Betracht kommt. Hiernach kann der Beschäftigte im Fall eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot eine Entschädigung für immaterielle

Schäden verlangen. Ob eine solche Sanktion auch bei diskriminierenden Kündigungen – zusätzlich zu deren Unwirksamkeit – in Betracht kommt, ist fraglich. Denn gemäß § 2 Abs. 4 AGG sind die Regelungen des KSchG im Fall von Kündigungen abschließend. Demnach wird diskutiert, ob diese Vorschrift den Entschädigungsanspruch bei unwirksamen Kündigungen „sperrt“. Dabei ist umstritten und höchstrichterlich bislang noch nicht entschieden, ob § 2 Abs. 4 AGG gemeinschaftsrechtskonform ist.

Dass BAG brauchte jedoch auch diese Frage nicht zu entscheiden. Der Entschädigungsanspruch bestand schon deshalb nicht, weil die Klägerin keine ausreichenden Indizien für eine Benachteiligung im Sinne von § 22 AGG wegen der Behinderung vorgetragen hatte.

3. PRAXISHINWEIS

Auf den ersten Blick erscheint es verwunderlich, dass die Beklagte vorträgt, sie hätte die Klägerin auch bei Bejahung der Frage nach der Schwerbehinderung eingestellt, entzieht dieser Vortrag doch ihrer Anfechtung und Kündigung den Boden. Zu beachten ist jedoch, dass der Rechtsstreit zahlreiche ungeklärte Fragen berührt. Wäre das Gericht zu der Auffassung gelangt, der Klägerin stehe ein Entschädigungsanspruch wegen einer diskriminierenden Kündigung zu, ist die Höhe eines solchen Anspruchs nicht abzuschätzen. Eine verlässliche Rechtsprechung müsste sich hierzu erst entwickeln. Aus der dem AGG zugrundeliegenden Richtlinie geht jedoch hervor, dass die Entschädigungspflicht für den Arbeitgeber eine abschreckende Wirkung haben soll.

Unsicherheiten herrschen jedoch weiterhin bezgl. der Kernfrage – und lassen sich vielleicht auch nicht vermeiden – wann eine Frage nach der Schwerbehinderung zulässig ist. Zu empfehlen

wäre, gegebenenfalls den Bewerber danach zu fragen, ob körperliche Einschränkungen oder Erkrankungen bestehen, durch die die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeiten eingeschränkt oder verhindert werden könnte. Eine Frage, die offensichtlich darauf abzielt, sicher zu stellen, dass der Bewerber in der Lage ist, die in Aussicht gestellte Tätigkeit auszuüben, dürfte durch ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers auch im Sinne von § 8 AGG gerechtfertigt sein, was alleine die Frage nach Bestehen einer Schwerbehinderteneigenschaft ohne Eingrenzung auf deren Auswirkung auf die zu besetzende Stelle nicht sein kann.

DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE ; MARTINA BOTZ

Diskriminierung durch krankheitsbedingte Kündigung in der Probezeit?

Eines der erklärten Ziele des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ist es, Benachteiligungen aus Gründen einer Behinderung zu verhindern oder zu beseitigen. Im Zusammenhang mit kündigungrechtlichen Fragestellungen kommt dieses Ziel jedoch eher selten zum Tragen, da die Rechtmäßigkeit einer Kündigung vorrangig an den Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) sowie der sozialen Rechtfertigung gemessen wird, das AGG eben nicht anwendbar sein soll. Innerhalb der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses kann der Mitarbeiter den allgemeinen Kündigungsschutz jedoch noch nicht in Anspruch nehmen.

Am 21. Juli 2011 hatte das ArbG Berlin (Az.: 17 Ca 1102/11) einen solchen Fall zur Entscheidung vorliegen. Ein chemisch-technischer Assistent ist noch keine sechs Monate beschäftigt gewesen, als ihm aus Gründen seiner HIV-Infektion die Kündigung ausgesprochen wurde. Der Arbeitgeber begründete sein Vorgehen mit der Arbeitssicherheit, welche in anderer Weise nicht gewährleistet werden könne.

Bei Anwendbarkeit des KSchG wäre der Arbeitgeber zur Rechtfertigung seiner Kündigung auf die Darlegung von in der Person oder dem Verhalten des Mitarbeiters liegenden Gründen oder dringender betrieblicher Gründe angewiesen. Vorliegend hätte eine Kündigung aus personenbedingten Gründen in Betracht kommen können, wenn die HIV-Infektion eine in der Person des Mitarbeiters liegende Ursache wäre, welche es ihm regelmäßig unmöglich gemacht hätte, seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachzukommen. Solche sah man im Zusammenhang mit HIV-Infektionen insbesondere dann, wenn der erkrankte Mitarbeiter zunehmend häufig arbeitsunfähig krankgeschrieben wurde und dem Arbeitgeber nicht mehr zuzumuten war, den Ausfall der Arbeitskraft dauerhaft anderweitig zu kompensieren. In einer frühen Phase des Krankheitsverlaufs ist dies jedoch regelmäßig nicht zu erwarten, da die Arbeitsfähigkeit eines am HI-Virus erkrankten Mitarbeiters in der Regel nicht wesentlich herabgesetzt wird. Vorliegend kam es hierauf jedoch nicht an, da das KSchG zweifellos keine Anwendung fand.

Der Mitarbeiter musste daher in seinem Bestreben gegen die Kündigung vorzugehen auf andere Unwirksamkeitsgründe

zurückgreifen. Vorliegend stützte er sich auf das aus § 1 AGG resultierende Verbot, eine Person aus Gründen einer Behinderung zu benachteiligen. Im Gegensatz zu den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen hat das AGG den großen Vorteil für den Mitarbeiter, dass er gemäß § 22 AGG lediglich Indizien beweisen muss, die eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung auch nur vermuten lassen. Dementsprechend trug der Mitarbeiter vor, dass der Arbeitgeber ihn durch die Kündigung und die Bezugnahme auf die HIV-Infektion aufgrund einer Behinderung diskriminiert habe. Das ArbG Berlin teilte diese Ansicht jedoch nicht (eine schriftliche Urteilsbegründung liegt gegenwärtig noch nicht vor).

Um die Entscheidung des ArbG Berlin nachvollziehen zu können, ist eine nähere Betrachtung des Tatbestandsmerkmals der Behinderung geboten, denn nur eine solche wird von dem Regelungsbereich des § 1 AGG umfasst. Dabei ist die Behinderung insbesondere von einer bloßen Krankheit abzugrenzen. Die Unterscheidungskriterien liegen zum Einen in der Dauer des Leidens und zum Anderen in deren Heilbarkeit. Da eine HIV-Infektion dauerhaft besteht und zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch nicht geheilt werden kann, sind die Grundvoraussetzungen für eine Behinderung gegeben. Allerdings muss darüber hinaus auch ein arbeitsrechtlicher Bezug hergestellt werden, d.h. das Grundleiden müsste dem Mitarbeiter die Beteiligung am Arbeitsleben erschweren und der Arbeitgeber müsste gerade deshalb die Kündigung ausgesprochen haben. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn sich der Arbeitgeber auf eine stark eingeschränkte Belastbarkeit des Mitarbeiters berufen hätte.

Letzteres ist vorliegend jedoch nicht geschehen. Weder war zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine eingeschränkte Belastbarkeit des Mitarbeiters zu erwarten, noch hat sich der Arbeitgeber bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf eine solche berufen. Das AGG schied damit als Anspruchsgrundlage für den Mitarbeiter aus.

Folglich sah sich der Mitarbeiter auf die allgemeinen Bestimmungen aus §§ 138 und 242 BGB verwiesen. Danach ist eine Kündigungserklärung unwirksam, wenn sie im Hinblick auf ihr Motiv oder ihren Zweck als sittenwidrig zu erachten wäre. Eine Beweislastumkehr findet nicht statt, diese liegt vollständig beim Mitarbeiter.

Die an die Sittenwidrigkeit zu stellenden Anforderungen sind jedoch hoch, insbesondere ist nicht jede Kündigung, die im Falle der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes als rechtsunwirksam beurteilt werden müsste, zugleich auch sittenwidrig. Das ArbG Berlin sah in der Kündigungserklärung des Arbeitgebers keinen sittenwidrigen Umstand. Auch bloße Willkür schloss es aus, da nach dem Vortrag des Arbeitgebers dessen Entscheidung aus Gründen der Arbeitssicherheit getroffen wurde und eine solche Motivation nicht als vollkommen sachfremd erachtet wurde. Auf das tatsächliche Vorliegen eines die Arbeitssicherheit beeinträchtigenden Umstandes kam es – außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes – nicht an.

Das ArbG Berlin hat damit, unbenommen der persönlich schwierigen Situation des Mitarbeiters, eine auf der Grundlage des geltenden Rechts korrekte Entscheidung getroffen.

ULF C. LOHRUM, UCL@MSA.SE

Differenzierungen in Sozialplänen: Keine Abfindung bei Bezug einer Erwerbsminderungsrente

Dieser Beitrag hat eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Gegenstand, Urteil vom 7. Juni 2011, 1 AZR 34/10, bei dem das Gericht über das Bestehen eines Abfindungsanspruchs aus einem Sozialplan zu entscheiden hatte. Im Sozialplan waren Mitarbeiter, die eine Erwerbsminderungsrente und Betriebsrente beziehen, von Ansprüchen gänzlich ausgeschlossen.

Die Beklagte betrieb ein Werk zur Herstellung von Illustrations- und Katalogpapier. Sie entschloss sich Ende 2006, ihr Werk zum Ende des Jahres 2007 vollständig zu schließen. Mit dem Betriebsrat schloss sie im März 2007 einen Sozialplan ab. Unter anderem war darin geregelt, dass Beschäftigte aus dem Geburtsjahrgang 1951 mit einer Mindestbetriebszugehörigkeit von 15 Jahren eine nach einer bestimmten Formel zu berechnende Abfindung erhalten. Schwerbehinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 und deren Gleichgestellte sollten eine zusätzliche Abfindung gemessen am Grad der Behinderung erhalten. Im Oktober schlossen die Betriebsparteien eine Betriebsvereinbarung zur Ergänzung des Sozialplans ab. Hiernach sollten Arbeitnehmer, die durch eine Erwerbsminderungsrente wirtschaftlich abgesichert sind und bei denen nicht damit zu rechnen ist, dass ihre Arbeitsunfähigkeit in absehbarer Zeit behoben werden kann, keine Abfindung erhalten. Für hiervon betroffene Arbeitnehmer wurde ein Härtefonds errichtet.

Der Kläger war von diesen Regelungen betroffen. Er ist im Jahr 1951 geboren und war seit 2001 nicht mehr beschäftigt, bezog seit 2003 eine zunächst befristete Erwerbsminderungsrente, seit 2004 eine betriebliche Invalidenrente und war mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehindert. Die Beklagte kündigte ihm betriebsbedingt am 10. Dezember 2007. Der Kläger erhielt einen Betrag aus dem Härtefonds in Höhe von EUR 10.000. Mit seiner Klage machte der Kläger die Zahlung einer Sozialplanabfindung geltend. Er vertrat die Auffassung, in der Ergänzungsvereinbarung vom Oktober 2007 liege eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Merkmals der Behinderung. Ferner sah er sich ungerechtfertigt benachteiligt im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern seiner Altersgruppe.

Plant ein Arbeitgeber eine Betriebsänderung, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben könnte, muss er einige Beteiligungsrechte des Betriebsrats berücksichtigen. Insbesondere sollen die Betriebsparteien versuchen, im Wege eines Sozialplans eine Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile zu finden, die den betroffenen Arbeitnehmern durch die geplante

Betriebsänderung entstehen. Der Sozialplan bezweckt die zukünftige wirtschaftliche Absicherung der Arbeitnehmer im Überbrückungszeitraum bis zur Aufnahme einer neuen Tätigkeit. Bei der Gestaltung des Sozialplans hat der Gesetzgeber den Betriebsparteien einen weiten Spielraum eingeräumt. Sie sind lediglich an allgemeine Ermessensgrenzen gebunden. Eine gerichtliche Kontrolle erfolgt aber dahingehend, ob der Sozialplan mit höherrangigen Vorschriften, wie z.B. dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder den Diskriminierungsverboten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vereinbar ist. Seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes im August 2006 bestehen bei der Ausgestaltung von Sozialplänen daher erhebliche Unsicherheiten, sofern Differenzierungen nach Alter, Behinderung u.ä., erfolgen. Um die Zulässigkeit einer solchen Differenzierung ging es auch hier.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat der Klage teilweise stattgegeben. Es war der Ansicht, der Kläger falle in den Anwendungsbereich des Sozialplans vom März 2007 und sei durch die Ergänzungsvereinbarung nicht wirksam von den Leistungen ausgenommen worden. Der Ausschluss des Klägers in der Ergänzungsvereinbarung stelle eine Benachteiligung Behinderter und damit eine unmittelbare Diskriminierung dar.

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf, wie sodann auch das BAG, Urteil vom 7. Juni 2011, 1 AZR 34/10, wiesen die Klage hingegen mit im Wesentlichen gleicher Begründung ab. Die Herausnahme des Klägers verstoße weder gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen Diskriminierungsverbote.

Die Gestaltung des Sozialplans verstieße nicht gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Hiernach müssen Personen in vergleichbaren Sachverhalten gleich behandelt werden, Gruppen dürfen nicht gleichheitswidrig gebildet werden. Gruppenbildungen in Sozialplänen müssen sich an den wirtschaftlichen Nachteilen orientieren, die durch die Sozialplanleistungen ausgeglichen oder abgemildert werden sollen. Dabei ist die Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion des Sozialplans zu beachten, er ist eine Hilfe für die Zukunft. Bei der Beurteilung der Hilfsbedürftigkeit dürfen die Betriebsparteien eine eigene, typisierende Einschätzung zugrunde legen. Sie dürfen davon ausgehen, dass rentenberechtigte Arbeitnehmer im Regelfall wirtschaftlich stärker abgesichert sind als rentenferne Arbeitnehmer. Daher sei es zulässig, solche Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen auszuschließen, die wegen des Bezugs – oder auch möglichen Bezugs – einer Rente bereits abgesichert sind. Arbeitnehmer, die wegen des Bezugs einer Erwerbsminderungsrente nicht beschäftigt sind und bei denen damit zu rechnen ist, dass die Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit fortbesteht, erleiden durch die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses keine wirtschaftlichen Nachteile. So verhielt es sich im Fall des Klägers. Mit aktiven Mitarbeitern seiner Altersgruppe sei er nicht zu vergleichen, da bei ihnen ein anderes Schutzbedürfnis bestehe.

Entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts stelle die Ausschlussregelung auch keine Diskriminierung wegen

einer Behinderung dar. Nach der bisherigen Rechtsprechung sei es zulässig, Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen auszuschließen, die eine Rente wegen ihrer Schwerbehinderung beziehen. Denn hierbei wird nicht unmittelbar an die Behinderung angeknüpft, sondern die Rente wird als Absicherung im Rahmen der Prüfung des wirtschaftlichen Nachteils berücksichtigt. Etwas anderes gelte auch nicht seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

Das Bundesarbeitsgericht hält mit dieser Entscheidung an seiner vor Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz bestehenden Rechtsprechung fest. Auch mit Blick auf die darin enthaltenen Diskriminierungsverbote hat das Bundesarbeitsgericht ebenfalls den Ausschluss von Arbeitnehmern, die einen Anspruch auf Altersrente haben, als zulässig anerkannt.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang allerdings ein Urteil des EuGH vom 12. Oktober 2010 – Az. C-499/08 – Ingeniørforeningen i Danmark/Region Syddanmark. Der EuGH hat es mit den Vorgaben der Richtlinie 2000/78, auf der das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz beruht, für unvereinbar gehalten, Arbeitnehmer von einem Abfindungsanspruch auszuschließen, wenn ein Anspruch auf Altersrente besteht. Allerdings hatte diese Entscheidung einen gesetzlichen Abfindungsanspruch nach dänischem Recht zum Gegenstand, dem eine andere Zwecksetzung zugrunde lag. Wenngleich die Entscheidung also nicht ohne Weiteres auf die Sozialplanpraxis in Deutschland übertragbar ist, wird teilweise befürchtet, dass es zu einem Konflikt der Rechtsprechung des BAG und des EuGH kommen wird.

DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE ; MARTINA BOTZ

Interessenausgleich mit Namensliste - Arbeitgeber muss trotzdem zu betriebsbedingten Gründen vortragen

Bei Personalabbaumaßnahmen erleichtert ein Interessenausgleich mit Namensliste den Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen erheblich, weil ihre soziale Rechtfertigung gemäß § 1 Abs. 5 KSchG vermutet wird. Die Erfolgsaussichten der von Arbeitnehmern erhobenen Kündigungsschutzklagen werden so eingeschränkt. Grundsätzlich muss bei einer Kündigungsschutzklage der Arbeitgeber die Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich der Kündigungsgrund ergibt. Bei einer Betriebsänderung wird allerdings das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse gemäß § 1 Abs. 5 KSchG vermutet, wenn die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet werden. Eine solche Namensliste muss teil des Interessenausgleichs sein, ggf. als Anhang mit dem Interessenausgleich auch körperlich verbunden und unterschrieben sein.

Dass bei der Gestaltung eines solchen Interessenausgleichs besondere Sorgfalt geboten ist, zeigt eine Entscheidung des LAG Hamm vom 1. Juni 2011, 4 Sa 1772/10. Obwohl im hier vorliegenden Kündigungsschutzverfahren ein Interessenausgleich mit Namensliste vorlag, hat das Landesarbeitsgericht vom Arbeitgeber verlangt, zu den betriebsbedingten Gründen der Kündigung vorzutragen, nachdem der Arbeitnehmer bestritten hatte, dass seine Beschäftigungsmöglichkeit weggefallen sei.





Die Beklagte ist ein Unternehmen der Metallindustrie. Vor Auspruch der streitgegenständlichen Kündigung beschäftigte sie ca. 700 Arbeitnehmer. Das Unternehmen hat einen Betriebsrat. Der Kläger war seit 2000 bei der Beklagten als Werkzeugkontrollleur beschäftigt. Im Juni 2009 war bei der Beklagten Kurzarbeit angeordnet worden. Auf Vorschlag der Beklagten nahm der Kläger neben 38 weiteren Mitarbeitern ab August 2009 an einer außerbetrieblichen Qualifizierungsmaßnahme teil, die bis Juli 2011 andauern sollte.

Anfang 2010 verschlechterte sich die wirtschaftliche Lage der Beklagten weiter. Sie schloss am 1. April 2010 mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich, der einen Abbau von bis zu 240 Arbeitsplätze vorsah.

Der Interessenausgleich enthielt zunächst allgemeine Aussagen zur ungünstigen wirtschaftlichen Lage der Beklagten. Ihm ist zu entnehmen, dass eine Unternehmensberatung ein Strukturkonzept erarbeitet hat, Einzelheiten zu dem Konzept werden aber nicht dargelegt. Weiter werden verschiedene organisatorische Maßnahmen angesprochen, wie den Wechsel von Drei- auf Zwei-Schicht-Betrieb und die Zusammenlegung zweier Werke. Der Interessenausgleich enthält jedoch keine Angaben, in welchen Bereichen dies wann zu welchen Auswirkungen für die Beschäftigungsmöglichkeiten führt, sondern stellt lediglich fest, dass der Maßnahmenplan zu einer Personalreduzierung von bis zu 240 Mitarbeitern führen wird. Er sieht die Bildung von Vergleichsgruppen vor, dabei fallen

sämtliche Teilnehmer der Umschulungsmaßnahme in eine gesonderte Vergleichsgruppe. Hinsichtlich der Teilnehmer dieser Maßnahme wird die Prognose gestellt, dass für diese Mitarbeiter nach Ende der Umschulung der Beschäftigungsbedarf dauerhaft entfallen sein werde. Weiter wird im Interessenausgleich auf einen zukünftigen Stellenplan Bezug genommen, der die Grundlage für die vorzunehmenden Entlassungen bilden soll. Dieser Stellenplan wurde allerdings erst einen Monat nach dem Interessenausgleich erstellt und von der Beklagten erst nach Durchführung der mündlichen Verhandlung vorgelegt. Der Kläger war in dem Interessenausgleich namentlich bezeichnet.

Nach Anhörung des Betriebsrats sprach die Beklagte dem Kläger und allen anderen Teilnehmern der Qualifizierungsmaßnahme Ende April 2010 die betriebsbedingte Kündigung zum 31. Juli 2011 aus.

Gegen die Kündigung hat der Kläger Klage erhoben. Er macht geltend, sein Arbeitsplatz sei nicht weggefallen und rügte die von der Beklagten getroffene soziale Auswahl. Das Arbeitsgericht wies die Klage unter Hinweis auf § 1 Abs. 5, S. 2 KSchG ab. Es ging davon aus, dass wegen des Interessenausgleichs mit Namensliste das Vorliegen eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes gem. § 1 Abs. 5 KSchG vermutet werde.

Das Landesarbeitsgericht Hamm (Urteil vom 1. Juni 2011, 4 Sa 1772/10) hat der Klage dagegen stattgegeben.

Der Interessenausgleich mit Namensliste erfülle zwar die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 KSchG. Grundsätzlich braucht der Arbeitgeber dann nur noch darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG vorliegt, die für die Kündigung des Arbeitnehmers kausal ist und der Arbeitnehmer in dem Interessenausgleich ordnungsgemäß benannt wurde. Um diese Vermutung zu widerlegen, muss der Arbeitnehmer substantiiert darlegen, wieso der Arbeitsplatz trotz der Betriebsänderung noch vorhanden ist oder wo er sonst im Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann. Sein Vortrag muss den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel ziehen, sondern ausschließen.

Hier lag aber die Besonderheit vor, dass der Kläger seit geraumer Zeit nicht mehr im Betrieb der Beklagten tätig war. Er hatte somit keine Möglichkeit, sich Kenntnis über die maßgeblichen Tatsachen zu verschaffen. Auch im Bereich der Vermutung des § 1 Abs. 5 KSchG können sich aus § 138 Abs. 1 und 2 ZPO Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers ergeben. Wenn eine darlegungspflichtige Partei – dies wäre wegen der Vermutungsregelung des § 1 Abs. 5 KSchG der Kläger – außerhalb des von ihr dazulegenden Geschehensablauf steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besetzt, es dem Prozessgegner – hier also der Beklagten – aber zumutbar ist, nähere Angaben zu machen, obliegt dem primär nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG beweisbelasteten Arbeitgeber eine sekundäre Behauptungslast. Auf einfaches Bestreiten des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber dann die entsprechenden Tatsachen wahrheitsgemäß vortragen.

Da die Beklagte es hier unterlassen hat, das unternehmerische Konzept, dessen Umsetzung und die Auswirkungen auf die Beschäftigung im Interessenausgleich darzulegen, war die Kündigung als sozialwidrig anzusehen. Aus dem Interessenausgleich selbst ließen sich die dringenden betrieblichen Erfordernisse auch nicht ableiten, die Angaben waren zu allgemein gehalten. Der Stellenplan, auf den im Interessenausgleich Bezug genommen wurde, war erst nachträglich erstellt worden. Er war damit nicht zum Bestandteil des Interessenausgleichs geworden.

Für die Praxis zeigt sich anhand dieser Entscheidung, dass ein Interessenausgleich möglichst klare Angaben enthalten sollte, welche Maßnahmen im Rahmen der Restrukturierung ergriffen werden und wie und an welchen Stellen sich diese konkret auf den Beschäftigungsbedarf auswirken werden. Es genügt nicht, auf ein externes Strukturierungsprogramm zu verweisen und die geplanten Maßnahmen nur in groben Zügen zu schildern. Ein Stellenplan ist nur dann eine sinnvolle Ergänzung, wenn sich aus ihm konkret ergibt, welche Stellen nach der Umstrukturierung wegfallen.

**DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE ;
MARTINA BOTZ, MABO@MSA.SE**

Schadensersatz bei Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber

Im Rahmen der aktuellen, auch europaweit geführten, Debatte um das sog. „Whistleblowing“ (Hinweise auf Missstände in Unternehmen und Organisationen), insbesondere jedoch in Deutschland in Erwartung einer gesetzlichen Regelung hierzu, ergingen in letzter Zeit einige beachtenswerte Urteile. Insbesondere die Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) vom 21. Juli 2011 dürfte erheblichen Einfluss auf die künftige Rechtsprechung haben.

In dieser Entscheidung hat der EMGR entschieden, dass die Erstattung von Strafanzeigen, soweit sie nicht willkürlich sind und insbesondere die Beseitigung aufgegriffener Missstände im öffentlichen Interesse liegen, eine Kündigung nicht zu begründen vermag. Eine daraufhin ausgesprochene Kündigung eines Arbeitnehmers könne einen unzulässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit begründen (dazu später vertiefend unserer Beitrag im Jahrbuch des Deutschen Anwaltsspiegels, den Sie bei Erscheinen gesondert erhalten werden).

Einen ähnlichen Sachverhalt hatte nun das LAG Hamm am 21. Juli 2011 (11 Sa 2248/10) zu entscheiden, in dem es jedoch um Schadensersatzforderungen im Zusammenhang mit unberechtigten Strafanzeigen ging, die auf Grund des Umstandes, dass sie öffentlich wurden, nach Auffassung des klagenden Universitätsklinikums zu hohen Verlusten führten.

SACHVERHALT

Dieser bisher nur in einer Pressemitteilung vorliegenden Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

Die Beklagten waren eine Chefärztin und ihr Lebensgefährte. Die Beklagte war als Chefärztin in der Universitätsklinik Münster, der Klägerin, im Bereich Thorax-, Herz- und Gefäßchirurgie tätig. Im Laufe der Tätigkeit kam es zu Auseinandersetzungen zwischen dem Klinikdirektor und der Chefärztin sowie ihrem Team. Mit Schreiben vom 14. November 2007 wurde das Arbeitsverhältnis der Chefärztin mit Wirkung zum 31. Dezember 2007 gekündigt.

Seit Ende Februar gingen bei der Klägerin – teils anonyme – Beschwerden über Qualitätsmängel und unklare Todesfälle ein. Auch Angehörige von in dem Krankenhaus verstorbenen Patienten sowie Patienten, die kurz vor einer Herzoperation standen, erhielten anonyme Schreiben, in denen behauptet wurde, dass der Tod von Patienten vermeidbar gewesen sei und der Klinikdirektor sich wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht habe. Dazu wurde gegen den Klinikdirektor anonym Strafanzeige wegen fahrlässiger Tötung erstattet. Dieses Verfahren wurde mangels hinreichende Tatverdächtigung eingestellt. Nach einiger Zeit gelangten ähnliche Informationen an den Südwestfunk. Im September 2008 schließlich offenbarte sich der Lebensgefährte der Chefärztin als Verfasser der anonymen Schreiben.

Die Klägerin begehrte mit ihrer Klage von der Chefärztin und ihren Lebensgefährten Schadensersatz in Höhe von zunächst ca. EUR 3,7 Mio.. Zur Begründung führte die Klägerin aus, dass neben dem

Lebensgefährten aufgrund der Details und Art der Informationen, welche nur intern bekannt sind, auch die Beklagte Chefärztin Urheberin der Schreiben sein müsse. Aufgrund der negativen Berichterstattung sei es zu einem dramatischen Rückgang von Patientenzahlen gekommen, was die Beklagte mit Fallzahlen und Operationen belegt und damit zu dem geltend gemachten Schaden.

DIE ENTSCHEIDUNG

Wie schon bereits in der Vorinstanz wurde die Klage auch vor dem LAG Hamm vollständig abgewiesen, allerdings mit teilweise divergierender Begründung.

Während das Arbeitsgericht Münster, Urteil vom 29. Oktober 2010, AZ 4 Ca 272/10, eine Verursachung durch die anonymen Schreiben und Anzeigen zumindest des Lebensgefährten noch für möglich hält und die Klage letztlich deswegen abgewiesen hat, weil der Schaden nicht beziffert werden könne, stellt das LAG eher auf die Frage der Kausalität ab. Das LAG Hamm, Urteil vom 21. Juli 2011, AZ 11 Sa 2248/10, stellt fest, dass es offenbleiben kann, inwieweit die Beklagte für die Schreiben verantwortlich ist und sich damit pflichtwidrig verhalten hat, denn es fehle bereits die erforderliche Kausalität zwischen einem etwaigen pflichtwidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden.

Das LAG Hamm führt weiter aus, dass zum einen der Lebensgefährte bei anonymen Anzeigen an die Staatsanwaltschaft und Polizei nicht damit rechnen musste, dass ein derartiger Fall in medienwirksamer Weise in die Öffentlichkeit getragen würde und zum anderen sei die Erstattung einer Strafanzeige grundsätzlich ein rechtlich geschütztes Verhalten im Rahmen der Meinungsfreiheit. Eine Verpflichtung zum Schadensersatz kann sich im Falle von Strafanzeigen allerdings dann ergeben, wenn diese mutwillig bzw. leichtfertig und wider besseren Wissens getätigt werden, womöglich sogar in der Absicht zu schädigen. Allein der Umstand, dass Strafanzeigen nach einer Kündigung erfolgen, begründet eine Mutwilligkeit bzw. Schädigungsabsicht jedoch nicht, insbesondere dann nicht, wenn objektive Umstände Anlass für den Verdacht von Gesetzesverstößen bieten.

FAZIT

Ein Novum in dieser Entscheidung ist insbesondere der Einbezug des Lebensgefährten in den Schutzbereich von „Whistleblowern“. Insofern ist diese Entscheidung – soweit ersichtlich – die erste in diese Richtung.

Die Entscheidung zeigt, mit welchen Risiken die Arbeitnehmer, aber auch deren Berater zu rechnen haben und auch sachgerecht umgehen müssen, um Risiken wie fristlose Kündigung oder



Schadensersatzansprüche zu vermeiden. Arbeitgeber und deren Berater haben vor Aussprache einer fristlosen Kündigung, gerade im öffentlich sensiblen Gesundheitsbereich, auch das Risiko der breitenöffentlichen Behandlung (Solidarisierungseffekt) richtig einzuschätzen und damit umzugehen.

Nun ist der Gesetzgeber gefordert, neben den klaren Entscheidungen der Gerichte für eine valide gesetzliche Grundlage für Whistleblower zu sorgen, die einerseits Missbrauch vorbeugt, jedoch Hinweisgeber im Falle vorliegender Verstöße auch schützt. Eine Möglichkeit kann ein Compliancebeauftragter sein. Durch eine solche Stelle, die in den Betrieb integriert ist, die auch über eine besonders geschützte Position verfügen muss, ist eher der Rahmen einer sachgerechten Behandlung solcher Vorwürfe zu sehen als im sofortigen Gang zu Staatsanwaltschaft, ein Weg, der natürlich nicht verboten sein darf.

DR. CHRISTIAN BLOTH, CBL@MSA.SE
ALPER ARDALI, ALP@MSA.SE

Der Balanceakt: Zugriffe des Arbeitgebers auf Mitarbeiter Emails

Nicht nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auch bei längerer krankheitsbedingter Abwesenheit eines Mitarbeiters, sieht sich der Arbeitgeber vor die Frage gestellt, ob und inwieweit ein Zugriff auf den Email-Account des Mitarbeiters zulässig ist.

Relativ unproblematisch ist diese Frage lediglich, wenn die Nutzung des Email-Accounts auf dienstliche Zwecke beschränkt ist. In diesem Fall darf der Arbeitgeber grundsätzlich auch ohne Einwilligung des Mitarbeiters auf dessen Email-Account zugreifen, um die eingehenden E-Mails zu bearbeiten.

Anders ist dies jedoch bislang zu beurteilen gewesen, wenn die private Nutzung des Email-Accounts entweder gestattet oder jedenfalls geduldet war. In diesem Fall kann der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern als Telekommunikations- bzw. Telemediendienstanbieter qualifiziert werden und hat als solcher das Fernmeldegeheimnis zu wahren. Ein Zugriff auf den Email-Account während Abwesenheit des Mitarbeiters ist entsprechend nur schwer möglich. Ob dies auch in Zukunft so sein wird, ist hier fraglich.

Für den Fall der krankheitsbedingten Abwesenheit hat das LAG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung vom 16. Februar 2011 (Az.: 4 Sa 2132/10) nun befunden, dass ein Arbeitgeber nicht allein dadurch zum Dienstanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes wird, dass er seinen Beschäftigten gestattet, einen dienstlichen Email-Account auch privat zu nutzen.

Im zugrunde liegenden Fall stritten die Parteien darüber, ob die klagende Mitarbeiterin dem Unternehmen den Zugriff auf das ihrer Emailanschrift zugeordnete elektronische Postfach, insbesondere auch auf dienstliche Emails vollständig verweigern konnte.

Eine Betriebsvereinbarung im Betrieb sah vor, dass mit Zustimmung des Vorgesetzten Email im geringen Umfang auch für private

interne und externe Kommunikation genutzt werden konnte, wobei private Korrespondenz mit dem Zusatz „privat“ in der Betreffzeile zu kennzeichnen war. Solche als privat gekennzeichneten Emails durften laut der Betriebsvereinbarung nur kontrolliert werden, wenn Betriebsrat und Datenschutzbeauftragter beteiligt wurden und es tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht einer missbräuchlichen Nutzung gab. Eine inhaltliche Kontrolle sollte grundsätzlich nur mit Zustimmung des Mitarbeiters oder veranlasst durch die Strafverfahrensbehörden möglich sein. Die klagende Arbeitnehmerin nutzte ihren dienstlichen Email-Account auch für private Emails und kennzeichnete diese entsprechend der Betriebsvereinbarung.

Im Fall von Abwesenheiten, etwa aufgrund von Krankheit oder Urlaub, hatten die Arbeitnehmer des Unternehmens organisatorisch sicherzustellen, dass die Arbeitgeberin weiteren Zugriff auf den Email-Account haben konnte, damit die dienstlichen Mails weiterbearbeitet werden können.

Die Klägerin war vom 28. November 2008 bis in den Januar 2009 arbeitsunfähig erkrankt. Sie hatte während dieser Zeit nicht für eine Stellvertretung gesorgt und so hatte der Arbeitgeber keinen Zugriff auf ihr Postfach. Der Stellvertreter und auch die Arbeitgeberin versuchten mehrfach vergeblich die Klägerin telefonisch zu erreichen. Auch Emails mit dem Hinweis, dass ein Zugriff für die dienstliche Bearbeitung notwendig sei, blieb unbeantwortet, sodass die IT-Abteilung der Beklagten im Beisein des Betriebsrates und der Sozialbetreuerin des Werkes das elektronische Postfach der Klägerin schließlich öffneten.

Die Klägerin bestritt die Berechtigung dieses Zugriffs und hat Unterlassungsklage erhoben. Sie vertrat die Auffassung, dass die Öffnung ihres elektronischen Postfaches gegen datenschutzrechtliche Bestimmung und ihr Persönlichkeitsrecht verstießen. Die beklagte Arbeitgeberin beantragte Klageabweisung und trug insbesondere vor, dass der Zugriff notwendig gewesen war, um dem Stellvertreter der Klägerin die Fortführung deren Arbeit ermöglichen zu können.

Das Arbeitsgericht wies die Klage ab und urteilte, dass sich die Klägerin weder auf eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses noch auf strafrechtliche Vorschriften stützen könne. Eine lediglich sichtende Kenntnisaufnahme privater Emails zur Ermöglichung einer Feststellung, welche Emails dienstlich sind, beeinträchtigt auch das Recht der Klägerin auf informelle Selbstbestimmung nicht in einem verfassungsrechtlich bedenklichen Maße.

Dieser Ansicht schloss sich das LAG Berlin-Brandenburg im Ergebnis an. Die Arbeitgeberin sei schon kein Dienstanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG), da sie weder geschäftsmäßig Telekommunikationsdienstleistung erbringe, noch an dieser mitwirke. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Klägerin in den Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes fiele, so wäre das Fernmeldegeheimnis im Sinne des § 88 TKG bzw. Artikel 10 Absatz 1 Grundgesetz (GG) hier nicht verletzt worden. Das Fernmeldegeheimnis schütze die unkörperliche Ermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs. Der Schutz erstreckte sich jedoch nicht auf außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherte Inhalte und Umstände der Kommunikation. Nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des

Kommunikationsteilnehmers gespeicherte Verbindungsdaten also etwa die Daten im Posteingang – würden deswegen nicht durch das Fernmeldegeheimnis geschützt. Entsprechend unterlege der Zugriff des Arbeitgebers oder Dritter auf die schon im Posteingang befindlichen Datenbestände nicht den Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses.

Eine Erweiterung des Schutzbereiches auf die gespeicherten Emails auf Grund der Umstände des Einzelfalls sah das Gericht nicht als gegeben an und bezog hier insbesondere in die Überlegung mit ein, dass die beklagte Arbeitgeberin mehrmals versucht hatte, die Klägerin wegen der fehlenden Zugriffsmöglichkeit zu erreichen.

Auch einen Anspruch wegen unbefugten Zugriffs auf Daten sah das Gericht nicht gegeben, da jedenfalls nach Erkenntnis des Gerichts, ersichtlich allein ein Zugriff auf dienstliche Emails der Klägerin erfolgt war. Private Emails wären nicht geöffnet und auch nicht ausgedruckt worden. Dies wurde auch seitens eines der anwesenden Betriebsratsmitglieder bestätigt. Dienstliche Emails seien jedoch allein der beklagten Arbeitgeberin zuzuordnen und könnten von ihr eingesehen werden.

Ebenso wenig bejahte das Gericht einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerin. Hier vertrat es die Auffassung, dass selbst wenn ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vorgelegen habe, dieser durch das überwiegend schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers gerechtfertigt wäre. Das durch Artikel 14 GG geschützte Interesse des Unternehmens an der Aufrechterhaltung des ungestörten Arbeitsablaufs müsse hinter dem Interesse der Klägerin, dass ein Zugriff auf ihren Account gänzlich unterbleibt, zurückstehen. Dabei berücksichtigte das Gericht insbesondere auch, dass die Notwendigkeit eines Zugriffs allein durch das Verhalten der Klägerin entstanden war, da sie die arbeitsvertragliche Verpflichtung im Falle ihrer Abwesenheit, eine Stellvertreterregelung zu finden, ignoriert hatte. An der Verhältnismäßigkeit des Zugriffs hatte das Gericht keine Zweifel,

da die Beklagte vorher versucht hatte, die Klägerin zu kontaktieren, dann weiter abwartete und während des Zugriffs die formellen Voraussetzungen wahrte. Sie hatte den Beauftragten für den Datenschutz rechtzeitig zuvor eingeschaltet und dafür gesorgt dass während des Zugriffs auf den Account ein Betriebsratsmitglied anwesend war. So habe die Beklagte ihre eigene Überwachung gewährleistet, gerade auch, um durch die Kontrolle durch den Betriebsrat einen Zugriff auf private Emails zu verhindern.

Ob diese Entscheidung im Hinblick auf die Qualifikation des Arbeitgebers als Telekommunikationsdienstanbieter als Grundsatzentscheidung herangezogen werden kann, bleibt abzuwarten. Sowohl Stimmen in der Literatur als auch seitens der Datenschutzbehörden haben diesbezüglich bisher eine anderslautende Meinung vertreten.

Insbesondere wenn es der Beschäftigte im Falle der Beendigung des Anstellungsverhältnis gerade nicht mehr in der Hand zu entscheiden, ob und welche Mails bei Nutzung des Arbeitsplatzrechners im Posteingang ankommen oder verbleiben und es nicht die Möglichkeit gibt, die private Korrespondenz eindeutig als solche zu kennzeichnen, wie hier, wird weiterhin sorgfältig zu prüfen sein, ob ein Zugriff tatsächlich ohne Verletzung der Rechte des Betroffenen möglich ist. Es bleibt daher, nach wie vor in erster Linie zu empfehlen, die Nutzung von Internet und Email auf die dienstliche zu beschränken bzw. die Zugriffsmöglichkeiten im Falle der privaten Nutzung im Rahmen von kollektivrechtlichen Abreden oder durch individuelle Einwilligung soweit zu konkretisieren, dass ein Zugriff bei Abwesenheit und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglich – jedenfalls aber erleichtert wird, um zu gewährleisten, dass dienstliche Abläufe nicht gestört werden und die Gefahr, sich einer Strafanzeige oder Unterlassungsverfügung ausgesetzt zu sehen, zu reduzieren.

BETTINA KREIMER, BEK@MSA.SE



Arbeitsrecht bei Mannheimer Swartling – praxisgerecht – individuell – lösungsorientiert

UNSERE HERANGEHENSWEISE:

Der Bereich „Arbeitsrecht“ wird in Deutschland von einer Gruppe von insgesamt fünf Rechtsanwälten in Frankfurt und Berlin betreut. Unser internationaler Hintergrund, aber gerade auch die regelmäßige und langjährige Betreuung unserer Mandanten, hilft uns, die jeweiligen betrieblichen Fragestellungen zu erkennen und praxisorientierte Lösungen zu ermitteln.

Basierend auf der sehr nahen und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit unseren Mandanten verfügen wir über ein tiefes Verständnis für deren geschäftliche Herausforderungen und betriebliche Fragestellungen.

Unser internationaler Hintergrund ermöglicht es uns, die Besonderheiten des deutschen Arbeitsrechts auch Mandanten im Ausland nahezubringen und die Kommunikation zwischen ausländischen Konzernen und ihren deutschen Gruppenunternehmen zu erleichtern.

UNSER SERVICE FÜR SIE:

Regelmäßige arbeitsrechtliche Updates durch unseren Newsletter (deutsch), Focus (englisch) und Mandantenseminare.

Unseren Newsletter sowie den Focus können Sie unter Mannheimer-SwartlingArbeitsrechts-News@msa.se bestellen und abbestellen.

Alle Ausgaben sind auf unserer Homepage unter <http://mannheimerswartling.de/en/Offices/Germany/Newsletters-Germany/> hinterlegt.

Auf Wunsch bieten wir auch maßgeschneiderte Workshops und Schulungen bei Ihnen im Unternehmen zu Themen zur Verfügung, die Sie besonders interessieren!

BERATUNGSSPEKTRUM:

- Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen
- Arbeitsgerichtliche Prozesse
- Maßgeschneiderte Geschäftsführerdienstverträge
- Gestaltung von Bonusplänen
- Tägliche Beratung in allen arbeitsrechtlichen Fragestellungen im Betrieb
- Betriebliches Mitbestimmungsrecht
- Arbeitsrechtliche Begleitung von Umstrukturierungen und Transaktionen
- Gestaltung und Verhandlung betrieblicher Interessenausgleiche und Sozialpläne
- Arbeitsrechtliche „Due Diligence“ und Umsetzung von hierbei gewonnenen Schlussfolgerungen im Unternehmen
- Restrukturierungen und Umwandlungen in Bezug auf Konsequenzen für Arbeitnehmer und betriebliche Vertretung
- Compliance
- Anti-Diskriminierung

MANNHEIMER SWARTLING FRANKFURT

Bockenheimer Landstraße 51–53
60325 Frankfurt/Main
Tel.: +49 69 97 40 12 0
Fax.: +49 69 97 40 12 10

MANNHEIMER SWARTLING BERLIN

Mauerstr. 83–84
10117 Berlin
Tel.: +49 30 22 66 99 0
Fax.: +49 30 22 66 99 10



DR. CHRISTIAN BLOTH
Rechtsanwalt, Partner
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Frankfurt a. M.
cbl@msa.se

CLAUDIA EICHLER
Assistentin
Frankfurt am Main
cei@msa.se



BETTINA KREIMER
Rechtsanwältin, Senior Associate
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Frankfurt a. M.
bek@msa.se



ULF LOHRUM, LL.M.
Rechtsanwalt, Associate
Berlin
ucl@msa.se



ALPER ARDALI
Rechtsanwalt, Associate
Frankfurt a. M.
alp@msa.se



DR. KERSTIN KAMP-WIGFORSS, LL.M.
Rechtsanwältin, Senior Associate
Stockholm
kka@msa.se

Mannheimer Swartling is the leading Nordic commercial law firm. Our clients range from many of Sweden's and the world's leading companies to medium-sized businesses and organizations. Common to all our clients is that the law plays an integral role in their commercial success. This drives us to continuously maintain our position at the forefront of our industry and attuned to the needs of our clients.

We are a full-service firm with approximately 400 lawyers who are specialized in different practice areas of commercial law. Our teams are also organized by industry groups to ensure that we are fully knowledgeable about industry-specific needs and challenges.

By combining the highest quality legal skills with industry knowledge, we offer our clients commercial legal advice with added value.

Mannheimer Swartling has offices in Stockholm, Göteborg, Malmö, Helsingborg, Frankfurt, Berlin, Moscow, St. Petersburg, Shanghai, Hong Kong, Brussels and New York.