

# Luther.

## Newsletter Arbeitsrecht

4. Ausgabe 2019



# Inhalt

## ■ LEITARTIKEL

Mitbestimmung des Betriebsrats bei technischen Einrichtungen | [Seite 4](#)

## ■ URTEILSBESPRECHUNGEN

Zugang einer Kündigungserklärung | [Seite 10](#)

Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen Unterstützung einer diskriminierten Bewerberin | [Seite 11](#)

Massenentlassungsanzeige – Zugang der Kündigungserklärung | [Seite 13](#)

Zustimmungsersetzung bei personeller Einzelmaßnahme | [Seite 15](#)

Überstundenprozess – Darlegungslast – Arbeitszeiterfassung | [Seite 17](#)

Zulässigkeit der Datenerhebung bei offener Videoüberwachung – Beweisverwertungsverbot | [Seite 20](#)

## ■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

Anforderungen an eine Rückzahlungsvereinbarung für vom Arbeitgeber übernommene Lehrgangskosten | [Seite 22](#)

Verpflichtung des nicht berücksichtigten Bewerbers Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen | [Seite 22](#)

Kein Anspruch auf Urlaubsgewährung für einen Zeitraum nach Ablauf der Kündigungsfrist | [Seite 22](#)

Reisekostenentschädigung grundsätzlich nur ab der Dienststelle und nicht ab dem Wohnort des Arbeitnehmers | [Seite 23](#)

Ausdehnung der Monatsfrist für den Ausspruch einer Kündigung nach der Zustimmung des Integrationsamtes | [Seite 23](#)

Unterlassung von Wettbewerb bei nichtigem Aufhebungsvertrag | [Seite 23](#)

## ■ ALLGEMEINE HINWEISE

Autoren dieser Ausgabe | [Seite 25](#)

Veranstaltungen und Veröffentlichungen | [Seite 26](#)





Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen noch rechtzeitig zum Weihnachtsfest die Weihnachtsausgabe unseres Newsletters übersenden zu können. Nun steht erstmal Weihnachten vor der Tür, Zeit zum Durchatmen, Zeit für fröhliche Lieder und Zeit für gutes Essen. Wer an den Feiertagen oder den Tagen zwischen den Jahren etwas Ruhe und spannende Lektüre sucht, findet in dieser Weihnachtsausgabe unseres Newsletters die passende Begleitung.

In der letzten Ausgabe des Jahres widmen wir uns einem Thema, das die betriebliche Praxis zunehmend beschäftigt: Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei technischen Einrichtungen. Dieses Mitbestimmungsrecht gewinnt vor dem Hintergrund der Einführung von komplexen Software-Lösungen wie Workday oder Office 365 zunehmend an Bedeutung. Klaus Thönnissen beleuchtet daher die sich in diesem Zusammenhang ergebenden Fragen in seinem Beitrag.

Daneben geben wir Ihnen natürlich auch den gewohnten Überblick über die aktuelle Entscheidungspraxis der deutschen Arbeitsgerichte.

Wir wünschen Ihnen eine friedliche und besinnliche Weihnachtszeit.

Kommen Sie gut ins neue Jahr!

Ihre

Paul Schreiner

Achim Braner



**Paul Schreiner**

Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen, Köln



**Achim Braner**

Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a. M.



■ LEITARTIKEL



## Mitbestimmung des Betriebsrats bei technischen Einrichtungen

Die richtige Beteiligung des Betriebsrats bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen ist ein Dauerbrenner in der betrieblichen Praxis und wird mit der fortschreitenden Digitalisierung immer wichtiger. Gerade im Umgang mit alltäglicher Software darf die betriebliche Mitbestimmung nicht unterschätzt werden. Daneben sind zudem regelmäßig datenschutzrechtliche Aspekte zu beachten.

### Digitalisierung und Modernisierung des Unternehmens

Im Januar 2019 veröffentlichte Microsoft einen Quartalsbericht, nach welchem die Zahl der geschäftlichen Office 365-Nutzer um 27 Prozent auf 197 Millionen gestiegen sei. Die Beliebtheit der Office Anwendungen bei den Unternehmen begründet sich unter anderem damit, dass Microsoft die Wartung und Aktualisierung der jeweiligen Software übernimmt. Zudem wird über die Cloud eine Vernetzung verschiedener Standorte des Unternehmens problemlos möglich. Dies vereinfacht die im heutigen Zeitalter notwendige Digitalisierung und Modernisierung des Unternehmens.

Ebenfalls eine zunehmende Rolle bei der Modernisierung des Unternehmens spielt mittlerweile die Social Media-Präsenz. Soziale Netzwerke wie Facebook, Instagram oder Twitter ermöglichen es den Unternehmen, einen schnellen und unmittelbaren Kontakt zu (potenziellen) Kunden herzustellen. Auch um

die Relevanz der eigenen Marke zu erhalten, ist ein Social Media-Kanal nicht mehr wegzudenken.

Bei der notwendigen Weiterentwicklung des Betriebs bzw. des Unternehmens muss allerdings die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats berücksichtigt werden. Das trifft aufgrund der seit Jahrzehnten unzutreffenden BAG-Rechtsprechung mit Blick auf die „Bestimmtheit“ der Nutzung auf nahezu jede technische Einrichtung (d. h. auch jede Software) zu (ausgenommen: Stoppuhren und Google Maps bei der Reisekostenerfassung).

### § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG im Wortlaut und Geschichte

Rechtsgrundlage der betrieblichen Mitbestimmung bei technischen Einrichtungen ist § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Nach der Vorschrift ist der Betriebsrat zu beteiligen, bei der „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu be-

*stimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.*“ Die tatsächliche Reichweite des Mitbestimmungstatbestands lässt sich vom Wortlaut ausgehend noch nicht errahnen. So war auch bei Inkrafttreten der Vorschrift im Jahr 1971 seine heutige Bedeutung nicht absehbar. Eingefügt wurde die Nr. 6 des § 87 Abs. 1 BetrVG, da bei der Überwachung durch technische Einrichtungen die Besonderheit besteht, dass – anders als bei menschlicher Überwachung – eine Vielzahl von Daten erhoben und verarbeitet werden kann. Für die Arbeitnehmer ist oft nicht ersichtlich, ob und wie eine technische Einrichtung ihr Verhalten überwacht. In der Gesetzesbegründung stellt der Gesetzgeber darauf ab, dass diese Gefahr von technischen Kontrolleinrichtungen ausgehe, die **den Zweck haben** das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

Nach dem Wortlaut ist es klar: die Arbeitnehmerüberwachung muss ureigene Bestimmung der Einrichtung sein. Darüber hinaus dürfte der Anwendungsbereich dann nur eröffnet sein, wenn der Arbeitgeber eine Einrichtung zum Zwecke der Überwachung einsetzen möchte (auch wenn die Einrichtung per se nicht zur Überwachung bestimmt ist).

### Die Rechtsprechung des BAG: Bestimmtheit = Möglichkeit!

Seine weitreichende Bedeutung hat der Tatbestand erst durch die extensive Auslegung des BAG erhalten. Allen voran eine Grundsatzentscheidung (BAG, Beschl. v. 9. September 1975 – 1 ABR 20/74), die bis heute nachwirkt. In dieser stellte das BAG fest, dass eine Bestimmung zur Überwachung bereits dann vorliege, wenn die technische Einrichtung dazu geeignet sei, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Es ist weder eine Überwachungsabsicht des Arbeitgebers noch eine tatsächliche Auswertung der leistungs- oder verhaltensbezogenen Daten notwendig. Das BAG stützt seine Auslegung auf die Erwägung, dass es für den Arbeitnehmer keinen Unterschied mache, ob die Überwachung das vom Arbeitgeber verfolgte Ziel sei oder nur einen Nebeneffekt darstelle. Inwiefern mit dieser Begründung die Umdeutung des Wortlauts „bestimmt“ zum Begriff „geeignet“ gerechtfertigt werden kann, ist nicht nur fraglich, sondern falsch. So steht die Rechtsprechung des BAG seitdem zu recht stark in der Kritik.

Das BAG legt den Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bis heute falsch aus. Zusammengefasst führt die Rechtsprechung des BAG dazu, dass der Betriebsrat bei nahezu jeder Einführung einer technischen Einrichtung zu beteiligen ist. In der Folge stellen selbst Microsoft-Excel oder ein Outlook-Gruppenkalender solche Überwachungseinrichtungen dar.

## Social Media

Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats beim Betrieb von Social Media-Seiten. In einer nicht unumstrittenen Entscheidung (BAG, Beschl. v. 13. Dezember 2016 – 1 ABR 7/15) bejahte das BAG 2017 ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einrichtung einer Facebook-Seite. Begründet wurde dies damit, dass registrierte Nutzer Kommentare einstellen können, die unter Umständen Rückschlüsse auf die Leistung einzelner Mitarbeiter zulassen könnten. Bemerkenswert ist die Entscheidung vor allem deshalb, da die Überwachung nicht durch Facebook, also die technische Einrichtung selbst, vorgenommen wird. Die relevanten Daten werden durch menschliche Nutzer eingegeben. Aus diesem Grund hatte noch die Vorinstanz, das LAG Düsseldorf, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats abgelehnt (Beschl. v. 12. Januar 2015 – 9 TaBV 51/14). Das BAG stellte dagegen auf die dauerhafte Speicherung und zeitlich unbegrenzte Zugriffsmöglichkeit der Daten sowie den erhöhten Überwachungsdruck durch die öffentliche Zugänglichkeit ab.

Als Folge dieser Entscheidung ist der Betriebsrat beim Betrieb von Social Media-Seiten zu beteiligen, soweit diese eine öffentliche Kommentarfunktion anbieten. Neben Facebook wurde dies ebenfalls für Twitter durch das LAG Hamburg bejaht (Beschl. v. 13. September 2018 – 2 TaBV 5/18). Vermieden werden kann die Mitbestimmung des Betriebsrats somit nur durch Ausschalten der Kommentarfunktion, sofern die jeweilige Social Media-Seite dies zulässt.

## Die Mitbestimmung bei Software-Allroundern

Da nach der Rechtsprechung des BAG bereits das Sammeln von verhaltensbezogenen Daten den Mitbestimmungstatbestand auslöst, ist auch die Einführung von Office-Software betroffen. Bereits eine in Microsoft Excel geführte Anwesenheitsliste ist zur Überwachung geeignet. Die in Excel hinterlegte Summenformel mache eine Verarbeitung der leistungsbezogenen Daten möglich (LAG Hamm, Beschl. v. 10. April 2018 – 7 TaBV 113/16; ungeachtet dessen sah das LAG Hamm die Voraussetzungen selbst ohne hinterlegte Summenformel bereits als erfüllt an). Die Anwendung des Outlook-Gruppenkalenders erlaube dem Arbeitgeber eine Auswertung im Hinblick auf die Koordination der Termine oder der Termindichte des Arbeitnehmers (LAG Nürnberg, Urt. v. 21. Februar 2017 – 7 Sa 441/16).

Besonders problematisch wird es bei technisch komplexen Lösungen wie Workday, SAP Success Factors oder das oben bereits angesprochene Office 365. Hierbei muss ich es als Unternehmen schaffen, den Betriebsrat frühzeitig einzubinden,

um – wenn im BR selbst nicht schon vorhanden – das erforderliche technische Know-how aufzubauen. Andernfalls läuft die Einführung solcher umfassender Systeme oft in die Einigungsstelle.

## Einführung einer technischen Einrichtung: die Falle Update

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass regelmäßig Updates für die jeweilige Software anstehen. Zwar dienen die meisten Aktualisierungen einer Verbesserung der Systemsicherheit oder der Benutzerfreundlichkeit, sie können aber unter Umständen eine erneute Beteiligung des Betriebsrats notwendig machen. Denn ändert sich durch das Update die Qualität der Überwachung, stellt dies eine (erneute) Einführung einer technischen Einrichtung und somit eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme dar. Das Gleiche gilt natürlich auch dann, wenn bei großen HR-Tools nach Einführung verschiedene Elemente bzw. Pakete zusätzlich gebucht werden.

Besondere Vorsicht ist daher insbesondere beim sog. „SaaS-Modell“ („software as a service“) geboten. Kennzeichnend für SaaS ist, dass die komplette IT-Administration der Software von einem externen Dienstleister übernommen wird. Dieser führt auch Wartungsarbeiten und Softwareaktualisierungen durch, zum Teil, ohne dass der Auftraggeber etwas davon erfährt. Somit kann es unbemerkt zum Entstehen eines mitbestimmungswidrigen Zustands kommen.

## Abstimmung mit dem BR

Zur Verhinderung dessen empfiehlt es sich für den Arbeitgeber frühzeitig Maßnahmen zu ergreifen, um den Betriebsrat abzuholen und bereits in die *geplante* Anschaffung einer Software einzubinden. Andernfalls kann sich die Einführung von Software-Lösungen erheblich verzögern; im worst case können solche Projekte sogar gänzlich scheitern. In der



Praxis hilft es dabei oft, wenn Vertreter des Betriebsrates bereits mit in die Werbe-Workshops der verschiedenen Anbieter kommen. Eine flankierende Maßnahme im Umgang mit Software kann der Abschluss einer Rahmenbetriebsvereinbarung sein. In dieser kann im Vorhinein bspw. der Umgang mit späteren Softwareaktualisierungen geregelt werden.

## Technische Einrichtungen und Datenschutz

Sowohl Betriebsvereinbarungen als auch Tarifverträge können nach § 26 Abs. 4 BDSG als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung durch technische Einrichtungen dienen, sofern diese ordnungsgemäß ausgestaltet sind. Dabei müssen stets die Vorgaben der DSGVO beachtet und beispielsweise Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen sowie der Grundrechte von betroffenen Personen sowie Regelungen zur Transparenz der Datenverarbeitung (z. B. Informationspflichten), zum Austausch von Daten (innerhalb einer Unternehmensgruppe, mit anderen oder ausländischen Unternehmen) sowie eine etwaige Überwachung am Arbeitsplatz konkret und der DSGVO entsprechend geregelt werden.

Darüber hinaus müssen auch technische Einrichtungen selbst auf ihren datenschutzkonformen Einsatz geprüft werden. Vor der Einführung neuer oder der Aktualisierung vorhandener technischer Einrichtungen muss gegebenenfalls eine sog. Datenschutzfolgenabschätzung (DSFA) durchgeführt werden. Hierdurch sollen die datenschutzrechtlichen Risi-

ken der technischen Einrichtung erkannt, dokumentiert und schlussendlich durch die Umsetzung konkreter technischorganisatorischer Schutzmaßnahmen (TOM) adressiert und verringert werden. Im Rahmen der TOM kann z. B. die Abschaltung oder Einschränkung datenschutzkritischer Funktionen (bspw. Datensammlung im Hintergrund) vorgenommen werden. Je nach Art der technischen Einrichtung und dem Anbieter kann es zudem zielführend sein, durch die konkrete Vertragsgestaltung datenschutzrechtlichen Bedenken zu begegnen (so z. B. geschehen zwischen den Niederlanden und Microsoft hinsichtlich des Einsatzes von Office 365). So muss u. a. die Verantwortlichkeit der Beteiligten genau bestimmt werden, um darauf aufbauend die richtigen Vereinbarungen (Auftragsverarbeitungsvertrag, Joint Controllershship-Vereinbarung, Regelungen zum Datentransfer außerhalb der EU) treffen zu können. Ergibt eine DSFA nach der Umsetzung der TOM jedoch, dass weiterhin ein hohes Risiko besteht, sollte die technische Einrichtung grundsätzlich nicht eingesetzt werden.

Die Einhaltung dieser datenschutzrechtlichen Vorgaben ist umso wichtiger, als dass die deutschen Aufsichtsbehörden sich mit einem neuen Bußgeldkonzept von ihrer bisherigen Zurückhaltung bei der Verhängung von Geldstrafen verabschiedet haben. Dies gilt sogar noch stärker für Arbeitsverhältnisse, da hier regelmäßig sog. „Unfriendly Leaver“ auftreten. In diesen Fällen versuchen gekündigte Mitarbeiter, ihren ehemaligen Unternehmen, z. B. durch die Meldung von Datenschutzmängeln, Probleme zu bereiten. Die beste Gegenmaßnahme ist eine solide Umsetzung der Anforderungen der DSGVO und des BDSG.

→ Autor

Klaus Thönnissen  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen



# Datenschutzkonformer Einsatz von Microsoft Office 365

## Hintergrund

Der Einsatz von Microsoft Produkten (angefangen bei Windows 10, über klassische Anwendungen wie Word, Excel und Powerpoint bis hin zu modernen Working-Tools wie Skype und Teams) wurde bisher von den Datenschutzaufsichtsbehörden sehr kritisch gesehen. Insbesondere die von den einzelnen Anwendungen erhobenen diagnostischen Daten (sog. Telemetriedaten) sowie Daten aus den „Connected Services“ (Rechtschreibprüfung, Übersetzungsmodul, etc.) und die weitere Verarbeitung und Auswertung dieser Daten durch Microsoft selbst und sogar durch Dritte werden als nicht datenschutzkonform angesehen.

## Vorreiter Niederlande und technische Änderungen von Microsoft

Die Aufsichtsbehörden in den Niederlanden haben für den flächendeckenden

Einsatz von Office 365 in der gesamten Verwaltung sogenannte Datenschutzfolgenabschätzungen (DSFA) nach Art. 35 DSGVO durchgeführt. In der ersten DSFA, die Anfang des Jahres veröffentlicht wurde, wurden noch erhebliche datenschutzrechtliche Risiken festgestellt. Danach waren weitreichende Änderungen am Produkt notwendig, um es im Einklang mit der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nutzen zu können. Die Niederlande und Microsoft verhandelten hiernach intensiv miteinander, schlussendlich machte Microsoft diverse Zugeständnisse: es wurden einige (technische) Änderungen vorgenommen, um den Datenfluss bei Verwendung von Office 365 auf ein datenschutzkonformes Maß zu begrenzen. Eine erneute Einschätzung ergab, dass der Einsatz von Office 365 aufgrund der vorgenommenen Änderungen geringere Risiken mit sich bringt.

## Sonderrolle mobile Version und Office Online

Zu beachten ist allerdings, dass derzeit weder die mobilen Versionen der Office-Apps, die per Apple App Store bzw. Google Play Store, noch die Dienste von Office Online ausreichend datenschutzkonform betrieben werden können. Von einer Benutzung dieser Dienste sollte da-

her gegebenenfalls abgesehen werden, solange es hierzu keine Anpassungen seitens Microsoft oder eine neue Einschätzung gibt.

## Akuter Handlungsbedarf

Gerade mit Blick auf die mit dem neuen Bußgeldmodell zu erwartende deutliche Erhöhung von Strafen für Datenschutzverstöße sollten Unternehmen den Einsatz von Office 365 und Windows 10 kritisch hinterfragen und auf eine sichere Basis stellen. Dies erfordert die Auseinandersetzung mit den technischen Neuerungen und die Implementierung entsprechender (auch organisatorischer und vertraglicher) Maßnahmen.

Gerne stehen wir Ihnen bei der Einführung von Microsoft Office 365 mit unseren Experten zur Seite. Durch unsere umfassende Erfahrung und Expertise im Datenschutz und IT-Recht können wir Sie umfassend beraten. Nehmen Sie hierzu einfach jederzeit [Kontakt](#) mit uns auf.

# Checkliste zur Einführung von Microsoft Office 365

✓	<p><b>Datenschutzfolgenabschätzung</b></p> <p>Führen Sie eine Datenschutzfolgenabschätzung durch, um die im Unternehmen bestehenden oder potentielle Risiken im Umgang mit Windows 10 und Office 365 zu identifizieren und zu dokumentieren.</p>
✓	<p><b>Besonderheiten bei technischer Ausgestaltung</b></p> <p>Es müssen organisatorische und technische Änderungen im Zusammenhang mit den Microsoft-Produkten vorgenommen werden (u. a. Updates auf aktuellere Versionen für datenschutzrelevante Einstellmöglichkeiten; Einführung zusätzlicher Verschlüsselung). Diese Änderungen und Einstellungen müssen ebenfalls in der Datenschutzfolgenabschätzung dokumentiert werden. Übrigens muss auch die Entscheidung gegen die Durchführung einer Datenschutzfolgenabschätzung oder einzelner Maßnahmen begründet dokumentiert werden.</p>
✓	<p><b>Vertragsgestaltung</b></p> <p>Die Verträge mit Microsoft müssen überprüft und gegebenenfalls neu verhandelt werden. Denn die Neubewertung von Office 365 und Windows 10 basiert auch auf der Änderung vertraglicher Regelungen. Die Erfolgsaussichten hierfür sind abhängig von der Größe des Unternehmens, mit den Ergebnissen aus den Niederlanden und dem zunehmenden Druck der Aufsichtsbehörden in der EU bestehen jedoch gewichtige Argumente für (Nach)Verhandlungen.</p>
✓	<p><b>Änderungen bei Datenschutzverträgen</b></p> <p>Die Verantwortlichkeiten in Bezug auf den Datenschutz müssen geprüft und gegebenenfalls festgelegt werden. Es ist derzeit unklar, ob Microsoft als Auftragsverarbeiter oder sogar als gemeinsamer Verantwortlicher mit dem jeweiligen Unternehmen tätig wird. Jedenfalls ist der Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung erforderlich.</p>
✓	<p><b>Drittstaatentransfer</b></p> <p>Die Übermittlung von Daten in Drittländer außerhalb der EU (insbesondere die USA) muss abgesichert werden. Microsoft ist zwar nach dem Privacy-Shield zertifiziert und bietet auch EU-Standard-Vertragsklauseln an, die eine Übermittlung zulässig machen würden. Diese Instrumente werden derzeit jedoch durch den europäischen Gerichtshof (EuGH) geprüft und können gegebenenfalls für ungültig erklärt werden. Eine Lösung könnte künftig die Nutzung der neuen Deutschland-Cloud von Microsoft sein.</p>
✓	<p><b>Betrieblicher Datenschutz</b></p> <p>Mitarbeiter müssen in den Datenschutzhinweisen auf den Einsatz von Microsoft-Produkten und die Folgen hingewiesen werden. Interne Datenschutzrichtlinien müssen angepasst, Mitarbeiter gegebenenfalls entsprechend geschult werden.</p>
✓	<p><b>Betriebsvereinbarungen</b></p> <p>Sofern ein Betriebsrat vorhanden ist, muss der Einsatz von Microsoft-Produkten mit diesem abgestimmt und eine entsprechende Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden. Sofern bestimmte Dienste nicht deaktiviert werden können, müssen entsprechende Dienstanweisungen zur Nichtbenutzung erlassen werden.</p>
✓	<p><b>Schutz von Geschäftsgeheimnissen</b></p> <p>Es bietet sich an, beim „Upgrade“ auf Microsoft Office 365 auch dem <u>Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen</u> (GeschGehG) Beachtung zu schenken, das seit April 2019 in Kraft ist. Microsoft bietet zahlreiche Funktionalitäten, die Teil eines Schutzkonzeptes für Geschäftsgeheimnisse sein können.</p>

→ Autor

Gerrit Feuerherdt  
 Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
 Köln





## Zugang einer Kündigungserklärung bei Einwurf in den Hausbriefkasten

Entscheidend für den Zeitpunkt des Zugangs einer Kündigung durch Einwurf in den Briefkasten ist, wann nach der Verkehrsanschauung mit der Leerung des Briefkastens zu rechnen ist.

■ BAG, Urteil vom 22.08.2019 – 2 AZR 111/19

### Der Fall

Die Beklagte ließ durch eigene Mitarbeiter am 27. Januar 2017, einem Freitag, gegen 13:25 Uhr am Wohnort des Klägers im Département Bas-Rhin in Frankreich eine außerordentliche Kündigung in den Briefkasten des Klägers einwerfen. Die Postzustellung am Wohnort des Klägers ist in der Regel gegen 11:00 Uhr vormittags beendet. Der Kläger legte am 20. Februar 2017 Kündigungsschutzklage ein und erklärte, er habe das Kündigungsschreiben erst am 30. Januar 2017 (Montag) in seinem Briefkasten vorgefunden. Die Kündigung sei ihm mithin nicht bereits am 27. Januar 2017 sondern frühestens am Folgetag zugegangen. Der An-

trag des Klägers auf Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung wurde durch das Arbeitsgericht und das LAG Baden-Württemberg abgewiesen. Die Klageabweisung wurde damit begründet, dass mit der Kenntnisnahme von Schriftstücken, welche in den Briefkasten eines Arbeitnehmers eingeworfen werden, noch bis 17:00 Uhr gerechnet werden könne. Auf den Zeitpunkt der Beendigung der Postzustellung vor Ort komme es nicht an, denn dieser lasse sich heutzutage ohnehin nicht mehr feststellen. Die Kündigungsschutzklage sei daher erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist gemäß § 4 S. 1 KSchG erhoben worden und damit verfristet.

### Die Entscheidung

Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das LAG Baden-Württemberg. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist im Hinblick auf den Zugang eines Kündigungsschreibens darauf abzustellen, wann nach den gewöhnlichen Verhältnissen und den Gepflogenheiten des Verkehrs davon ausgegangen werden kann, dass der Arbeitnehmer diese zur Kenntnis nimmt. Der Einwurf der Kündigung in den Briefkasten bewirkt den Zugang daher sobald mit der nächsten Leerung des Briefkastens zu rechnen ist. Hierbei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse beim

Arbeitnehmer, sondern auf eine generalisierende Betrachtung abzustellen. In der Vergangenheit war es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu beanstanden, wenn die Verkehrsanschauung sich an der Beendigung der üblichen postalischen Zustellzeiten orientierte. Die Ausführungen des LAG genügten nach der Auffassung des BAG den Anforderungen an die Darlegung einer (gewandelten) Verkehrsanschauung hingegen nicht. Das LAG sei irrig davon ausgegangen, dass die Arbeitszeiten eines erheblichen Teils der Bevölkerung bereits einen Rückschluss auf die verkehrsüblichen Leerungszeiten eines Hausbriefkastens zulassen. Es habe verkannt, dass nur eine Minderheit der Bevölkerung voll erwerbstätig sei und zudem eine Leerung untertags auch durch andere Mitglieder des Haushalts erfolgen könne. Zudem habe das LAG nicht bedacht, dass der Kläger nicht in Deutschland sondern in Frankreich ansässig sei und damit auf die Gepflogenheiten in Frankreich abgestellt werden müsse. Das BAG erteilte auch der Auffassung eine Absage, dass in heutiger Zeit aufgrund der Vielzahl der privaten Zustellunternehmen nicht mehr damit gerechnet werden könne, dass die Postzustellung bereits am Vormittag abgeschlossen sei und eine Hausbriefkastenleerung daher auch nur am Vormittag zu erwarten sei. Hierzu fehle es bisher an Feststellungen.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG ist nicht zu beanstanden, zeigt jedoch einmal mehr, wie heikel das Thema der Zustellung von Kündigungen ist. Besonders relevant wird die Frage des Zeitpunkts der Zustellung einer Kündigung immer dann, wenn Fristen gewahrt werden müssen, z. B. die Frist nach § 626 BGB im Falle einer außerordentlichen Kündigung. In diesem Fall muss die Kündigung vor dem Ablauf der Frist zugehen und leider ist es nicht mit dem bloßen Einwurf in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers ge-

tan. Vielmehr muss sichergestellt sein, dass der Einwurf des Kündigungsschreibens in den Hausbriefkasten zu einem solch frühen Zeitpunkt erfolgt, dass nach der Verkehrsanschauung davon ausgegangen werden kann, dass der Hausbriefkasten auch noch innerhalb der Frist geleert wird. Ob die Leerung des Briefkastens durch den Empfänger des Kündigungsschreibens, d.h. den Arbeitnehmer selbst, erfolgt oder durch eine andere Person, ist hingegen unbeachtlich. Gegenwärtig dürfte – zumindest mit Blick auf Deutschland – bei dem Einwurf eines Kündigungsschreibens in einen Hausbriefkasten bis 12:00 Uhr mittags in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Kündigung noch am Tag des Einwurfs zugeht. Da die Deutsche Post in manchen Regionen Deutschlands mitunter jedoch nicht mehr täglich Postzustellungen vornimmt, ist auch hier Vorsicht geboten. Ist zum Beispiel bekannt, dass am Wohnort des Arbeitnehmers an Montagen keine Post zugestellt wird, ist dies im Hinblick auf eine fristwahrende Zustellung einer Kündigung im Auge zu behalten.

In jedem Fall sollte eine Kündigung, wenn sie dem Arbeitnehmer nicht persönlich übergeben werden kann oder

soll, durch einen Boten zugestellt werden, damit der Einwurf des Kündigungsschreibens in den Hausbriefkasten dokumentiert werden kann und der Bote im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung als Zeuge für den erfolgten Zugang benannt werden kann. Absehen sollte man hingegen davon, den Boten das Kündigungsschreiben persönlich übergeben zu lassen. Zum einen ist nicht sichergestellt, dass überhaupt jemand vor Ort ist und die Tür öffnet. Zum anderen kann der Nachweis des Zugangs der Kündigung problematisch sein, wenn nicht der Arbeitnehmer selbst die Kündigung entgegennimmt, sondern eine andere Person. Je nachdem, in welchem Verhältnis die Person zu dem zu kündigenden Arbeitnehmer steht, kann es sein, dass der Zugang der Kündigung dann erst in dem Zeitpunkt bewirkt ist, in welchem die Person das Kündigungsschreiben tatsächlich an den zu kündigenden Arbeitnehmer weiterreicht. Und auf diesem Weg können noch zahlreiche Unwägbarkeiten lauern...

### → Autorin

Nadine Ceruti  
Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Frankfurt a. M.





## Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen Unterstützung einer diskriminierten Bewerberin

Dem Urteil des EuGH liegt ein Vorabentscheidungsersuchen der Arbeitsrechtbank Antwerpen (Arbeitsgericht Antwerpen, Belgien) zugrunde, das über eine Klage auf Schadensersatz anlässlich einer Kündigung zu entscheiden hatte.

■ EuGH, Urteil vom 20. Juni 2019 – C-404/18

### Der Fall

Dem Urteil des EuGH liegt ein Vorabentscheidungsersuchen der Arbeitsrechtbank Antwerpen (Arbeitsgericht Antwerpen, Belgien) zugrunde, das über eine Klage auf Schadensersatz anlässlich einer Kündigung zu entscheiden hatte.

Die klagende Arbeitnehmerin war als Leiterin eines Bekleidungsgeschäftes bei der Beklagten beschäftigt. In dieser Funktion führte sie am 24. Juni 2015 ein Vorstellungsgespräch mit einer Bewerberin für eine Stelle als Verkäuferin. Dabei informierte die Bewerberin die Klägerin über ihre bestehende Schwangerschaft. Am 5. Juli 2015 teilte die Klägerin der be-

klagten Arbeitgeberin mit, in der Bewerberin eine geeignete Kandidatin gefunden zu haben. Diese unterrichtete die Klägerin jedoch darüber, dass die Bewerberin wegen ihrer Schwangerschaft nicht eingestellt werde. Diesbezüglich wies die Klägerin die Beklagte in einer E-Mail vom 7. Juli 2015 darauf hin, dass sie damit gegen geltendes belgisches Recht verstoße. Gleichwohl bestätigte die Arbeitgeberin die Ablehnung der Bewerberin aus diesem Grund. In der Folge erklärte die Klägerin der Bewerberin, dass ihre Bewerbung aufgrund ihrer Schwangerschaft nicht erfolgreich gewesen sei. Dagegen reichte die Bewerberin beim Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen (Institut für die Gleichheit von Frauen und

Männern) Beschwerde gegen die Beklagte ein. In einem Gespräch am 5. Oktober 2015 hielt die Beklagte der Klägerin vor, sie habe die eingereichte Beschwerde der Bewerberin zu verantworten. Fast neun Monate nachdem sich die Klägerin gegen die Ablehnung der Bewerberin wegen der bestehenden Schwangerschaft ausgesprochen hatte, beendete die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin. Als Begründung führte sie unter anderem die mangelhafte Ausführung übertragener Aufgaben, die Nichtbefolgung von Sicherheitsvorschriften, die unzureichende Instandhaltung des Geschäfts und fehlende Ordnung an.

Sowohl die Klägerin als auch die Bewerberin forderten die Beklagte mit Schreiben vom 10. Oktober 2016 auf, ihnen jeweils eine Entschädigung in Höhe von sechs Monaten Lohn zu zahlen. Mangels außergerichtlicher Einigung nahmen sie die Beklagte sodann gerichtlich auf Zahlung der Entschädigung in Anspruch.

In Bezug auf die Bewerberin sprach das Arbeitsgericht Antwerpen Schadensersatz zu, da es von einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts ausging.

In Bezug auf die Klägerin hat das Arbeitsgericht Antwerpen das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob Art. 24 der Richtlinie 2006/54/EG dahingehend auszulegen sei, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach in einer Situation, in der sich eine Person als Opfer einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sieht, ein Arbeitnehmer, der sie in diesem Zusammenhang unterstützt hat, vor Viktimisierung durch den Arbeitgeber nur dann geschützt ist, wenn er als Zeuge im Rahmen der Untersuchung dieser Beschwerde aufgetreten ist und seine Zeugenaussage den in dieser Regelung vorgesehenen Formerfordernissen entspricht. Denn die Klägerin beruft sich auf den besonderen Schutz vor Vergeltungsmaßnahmen nach Art. 22 IX des Gendergesetzes als Zeugin im Rahmen der Untersuchung der durch die Bewerberin eingelegten Beschwerde. Dem vorlegenden Arbeitsgericht zufolge seien jedoch dessen Voraussetzungen nicht erfüllt, da die Klägerin kein datiertes und unterzeichnetes Dokument über ihre Zeugenaussage vorlegen könne.

## Rechtlicher Hintergrund

Art. 24 der Richtlinie 2006/54/EG lautet insoweit wie folgt:

### „Art. 24 Viktimisierung

*Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnungen die erforderlichen Maßnahmen, um die Arbeitnehmer sowie die aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten vorgesehenen Arbeitnehmervertreter vor Entlassung oder anderen Benachteiligungen durch den Arbeitgeber zu schützen, die als Reaktion auf eine Beschwerde innerhalb des betreffenden Unternehmens oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen.“*

Im Übrigen hat nach Belgischem Recht die Einlegung einer Beschwerde wegen eines – hier in Betracht kommenden – Ver-

stoßes gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Frauen und Männern („Gendergesetz“) u.a. zur Folge, dass keine nachteilige Maßnahme gegenüber der Person ergriffen werden darf, welche eine Beschwerde eingereicht hat bzw. zugunsten welcher eine Beschwerde eingereicht worden ist. Insoweit werden gemäß Art. 22 des Gendergesetzes diejenigen Personen geschützt, die Beschwerden gegen diskriminierende Maßnahmen einreichen oder im Rahmen eines solchen Beschwerdeverfahrens als Zeugen auftreten.

## Die Entscheidung

Der EuGH hat die Vorlagefrage bejaht. Art. 24 der Richtlinie 2006/54/EG sei dahingehend auszulegen, dass die nicht wegen des Geschlechts diskriminierten Arbeitnehmer vor Diskriminierungen durch den Arbeitgeber wegen Unterstützung von diskriminierten Personen geschützt werden müssen, unabhängig von der Erfüllung der im Verfahren vorgesehenen Formerfordernisse.

Zunächst bestätigte der EuGH, dass die Nichteinstellung der Bewerberin eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2006/54/EG darstelle.

Weiter wies er darauf hin, dass die Kategorie von Arbeitnehmern die vom Schutz des Art. 24 der Richtlinie 2006/54/EG umfasst sei, bereits dem Wortlaut nach weit auszulegen ist. Erfasst seien alle Arbeitnehmer, gegen die der Arbeitgeber als Reaktion auf eine wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eingereichte Beschwerde Vergeltungsmaßnahmen ergreifen könne. Eine Beschränkung auf den Beschwerdeführer, dessen Vertreter oder auf Personen, die bestimmte Formerfordernisse einhalten, sei nicht vorgesehen. Zudem solle auch nach dem 32. Erwägungsgrund der Richtlinie ein Arbeitnehmer, der eine nach dieser Richtlinie zu schützende Person verteidigt oder für sie als Zeuge aussagt, den selben Schutz wie die unmittelbar geschützte Person genießen. Diese weite Auslegung stimme mit dem Ziel dieser Richtlinie überein, wonach die Gleichberechtigung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen verwirklicht werden soll. Die Erreichung eines wirksamen Schutzes gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wäre stark gefährdet, wenn Arbeitnehmer, die sich in einer idealen Position befinden, um die diskriminierte Person zu unterstützen und Kenntnis von Fällen der Diskriminierung durch ihren Arbeitgeber zu erlangen, aus Angst davor, dass sie selbst nicht geschützt sind, wenn sie bestimmte Formerfordernisse wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht einhalten, davon abgehalten werden, zugunsten dieser Person aufzutreten. Art. 24 der Richtlinie 2006/54/EG sei daher so auszulegen, dass nicht diskriminierte Arbeitnehmer,

die eine wegen ihres Geschlechts diskriminierte Person formell oder informell unterstützen, von dieser Norm ebenfalls geschützt werden müssen.

Folglich begrenzt die einschlägige Norm des Art. 22 des belgischen Gendergesetzes den geschützten Personenkreis auf eine restriktivere Art, als es Art. 24 der Richtlinie 2006/54/EG vorsieht. Damit steht die Richtlinie einer entsprechenden nationalen Regelung entgegen.

## Unser Kommentar

Auch nach deutschem Recht würde die verweigerte Einstellung einer Schwangeren wegen ihrer Schwangerschaft eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz („AGG“) darstellen. Der Arbeitgeber wäre daher nach § 15 Abs. 1, 2 AGG zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet.

Darüber hinaus ist zu erwarten, dass auch die deutschen Arbeitsgerichte eine vergleichbare Kündigung der Klägerin – sollte es zukünftig dazu kommen – zur effektiven Durchsetzung des Europarechtes als unwirksam ansehen würden. Da das vorliegende Arbeitsgericht offensichtlich davon ausging, dass der wahre Kündigungsgrund die Unterstützung der diskriminierten Bewerberin war und nicht die von der Beklagten vorgebrachten Umstände, würde diese Begründung eine Kündigung vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH unter keinem denkbaren Gesichtspunkt stützen. Insoweit bekräftigt der EuGH, dass ein Arbeitnehmer, der einen diskriminierten Bewerber unterstützt, im selben Umfang durch die Richtlinie geschützt wird, wie die diskriminierte Person selbst. Übertragen auf das deutsche Arbeitsrecht müsste daher die Kündigung des unterstützenden Arbeitnehmers dasselbe Schicksal tragen, als wäre dieser Arbeitnehmer aus einem diskriminierenden Grund gekündigt worden. Es bleibt jedoch zu beachten, dass ein dem belgischen Recht entsprechender besonderer Kündigungsschutz nach deutschem Recht nicht besteht. Insbesondere besteht keine vergleichbare Regelung hinsichtlich der erforderlichen Zeugeneigenschaft im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens, sodass ein bereits vergleichbares Vorabentscheidungsverfahren nach deutschem Recht kaum denkbar ist.

### → Autorin

Ines Gutt  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen

# Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige bei vorheriger Entscheidung zur konkreten Kündigung

Für eine wirksame Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung genügt es, den Betriebsrat im Rahmen des Konsultationsverfahrens ergänzend zu den Mitteilungen im Zusammenhang von Interessen- und Sozialplan zu informieren. Die Massenentlassungsanzeige selbst setzt bereits eine Entscheidung des Arbeitgebers zur konkreten Kündigung voraus, hat jedoch vor deren Zugang bei dem Arbeitnehmer zu erfolgen.

■ BAG, 13.06.2019 - 6 AZR 459/18

## Zum Fall

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung. Der Kläger ist bei einer Produktionsfirma (Schuldnerin) beschäftigt, als deren Insolvenzverwalter der Beklagte bestellt wurde. Der Beklagte informierte im April 2017 den Betriebsrat der Schuldnerin über die zu befürchtende vollständige Einstellung des Betriebes. Ab Mai 2017 verhandelte der Beklagte mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan. Am 21. Juni 2017 übersandte der Beklagte dem Betriebsrat ein anwaltliches Schreiben zur Unterrichtung über die finale Entscheidung zur Betriebsstilllegung, die Freisetzung aller verbliebenen Arbeitnehmer und die Vorbereitung der Massenentlassungsanzeige gegenüber der Agentur für Arbeit. Am Folgetag übergab der Beklagte dem Betriebsrat die finale Fassung des Interessenausgleichs, welcher die Klausel enthielt, dass eine Unterrichtung des Betriebsrats und eine Beratung der Parteien entsprechend § 17 Abs. 2 KSchG stattgefunden habe und abgeschlossen sei. Der Interessenausgleich bilde gleichzeitig die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG. Nach Unterzeichnung des Interessenausgleichs durch den Betriebsrat reichte der Beklagte die Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit ein. Am Tag des Eingangs dieser Anzeige erklärte der Beklagte

schriftlich die Kündigung aller bei der Schuldnerin verbliebenen Arbeitsverhältnisse. Die Kündigung ging dem Kläger am darauf folgenden Tag zu. Der Kläger vertritt die Auffassung, die Entscheidung zur konkreten Kündigung hätte erst nach Eingang der Massentlassungsanzeige erfolgen dürfen und der Beklagte habe im Rahmen des Konsultationsverfahrens gegen seine umfassenden Informationspflichten verstoßen.

Das Arbeitsgericht hatte die Wirksamkeit der Kündigung festgestellt. Auf die Berufung des Klägers hat das LAG Baden-Württemberg das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Kündigung für unwirksam erklärt.

## Die Entscheidung

Die Revision des Beklagten hat Erfolg, soweit sie die Massentlassungsanzeige und das Konsultationsverfahren betrifft. Im Übrigen wurde der Rechtsstreit an das LAG zurückverwiesen.

Mit Blick auf die Massentlassung sei eine Konkretisierung der Kündigung auf den einzelnen Arbeitnehmer für die ordnungsgemäße Anzeige erforderlich und stehe der Wirksamkeit einer im Anschluss zugegangenen Kündigung nicht entgegen. § 17 Abs. 1 KSchG sehe für eine wirksame Kündigung im Rahmen einer Massentlassung vor, dass der Arbeitgeber diese gegenüber der Agentur für Arbeit anzeige, *bevor* er die Arbeitnehmer entlässt. Zwar stelle die Kündigungserklärung eine Entlassung iSd § 17 Abs. 1 KSchG dar. Diese werde jedoch erst mit Zugang der Erklärung bei dem Empfänger wirksam, § 130 Abs. 1 BGB. Zudem setze eine ordnungsgemäße Massentlassungsanzeige ihrerseits voraus, dass die Entscheidung zur Kündigung sich bereits auf den einzelnen Arbeitnehmer konkretisiert habe. Dies ergebe sich aus der Auslegung des § 17 KSchG. Dessen Wortlaut enthalte nicht, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Anzeige der Massentlassung noch nicht zur Kündigung entschlossen sein dürfe. Hierfür spreche auch die Systematik des § 17 KSchG. Aus den Zeitpunkten zur Konsultation des Betriebsrates sowie der Anzeige der Massentlassung gegenüber der Behörde ergebe sich jeweils ein unterschiedlicher Inhalt. Im Rahmen der Massentlassungsanzeige unmittelbar vor dem Ausspruch der Kündigung seien konkrete Angaben zu z. B. Geschlecht, Alter und Beruf des zu kündigenden Arbeitnehmers zwingend erforderlich, sodass eine Individualisierung der Kündigungsentscheidung bereits stattgefunden haben müsse. Die Konsultation des Betriebsrates hingegen habe bereits zu erfolgen, wenn der Arbeitgeber die Entlassung einer entsprechenden Anzahl an Arbeitnehmern nur „beabsichtigt“, sodass zu diesem Zeitpunkt noch keine Konkretisierung stattgefunden haben könne. Auch Sinn und Zweck der jeweiligen Verfahren ließen keinen anderen Schluss zu. Während das Konsultationsverfahren der Verhandlung mit dem



Betriebsrat über die konkret zu kündigenden Arbeitnehmer dienen, werde die Behörde im Anzeigeverfahren lediglich auf den zeitnah anfallenden Beratungs- und Vermittlungsbedarf vorbereitet. Hierzu bedürfe es einer Konkretisierung der Kündigung, um die vermittlungsrelevanten Daten wie Alter und Beruf mitteilen zu können.

Das BAG stellt weiter fest, dass eine ordnungsgemäße Anhörung nicht voraussetze, dass alle Informationen bereits zu Beginn des Konsultationsverfahrens dem Betriebsrat vorliegen. Hinsichtlich des Umfangs der vorzulegenden Informationen sei vielmehr der Einzelfall entscheidend. Habe der Betriebsrat bereits durch den Informationsaustausch im Rahmen eines vorgeschalteten Interessenausgleichs oder in anderer Weise Kenntnis über die Umstände der Massentlassung erlangt, so genüge im Rahmen des Konsultationsverfahrens eine ergänzende Mitteilung von Informationen sofern noch keine unumkehrbaren Maßnahmen getroffen wurden. Dies sei spätestens mit dem Anwaltsschreiben vom 21. Juni 2017 erfolgt. Das BAG weist jedoch darauf hin, dass die bloße Aufnahme einer Klausel in den Interessen- und Sozialplan als Konsultation nicht genüge.

## Unser Kommentar

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Das BAG nimmt eine den praktischen Abläufen des Massentlassungsanzeigeverfahrens entsprechende Wertung vor. Die Entscheidung zeigt jedoch deutlich die Risiken für Arbeitgeber im Rahmen einer Massentlassung. Bereits kleinste Fehler bei der Massentlassungsanzeige können die Unwirksamkeit der Kündigungen zur Folge haben. Dies gilt insbesondere auch für die zeitliche Abfolge des Konsultationsverfahrens mit dem Betriebsrat sowie der Erstattung der Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit. Für die Praxis ist in jedem Fall zu empfehlen, die

schriftliche Bestätigung des Eingangs der Massenentlassungsanzeige bei der Behörde abzuwarten, bevor die Kündigungen gegenüber den Arbeitnehmern auf den Weg gebracht werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der umfassenden Mitteilungspflichten des Arbeitgebers im Rahmen der Anzeigeformulare der Agentur für Arbeit. Bereits geringe Abweichungen können zu einer Unwirksamkeit der Anzeige oder der Mitteilung ergänzender Informationen gegenüber der Agentur führen. Verzögerungen des Verfahrens bei der Behörde sind daher als Risikofaktor zu bedenken. Hinsichtlich des Konsultationsverfahrens mit dem Betriebsrat gilt es in der Praxis zu beachten, dass der Betriebsrat jedenfalls im Laufe des Verfahrens alle wesentlichen Informationen erhält. Insoweit ist eine einheitliche Mitteilung aller Informationen im Rahmen des Konsultationsverfahrens dringend anzuraten. Zwar mag der Betriebsrat im Rahmen der Verhandlungen von Interessenausgleich- und Sozialplan

die wesentlichen Informationen betreffend die Massenentlassung bereits erhalten haben. Die Komplexität des Gesamtverfahrens einer Massenentlassung birgt jedoch die Gefahr, dass einzelne Informationen an den Betriebsrat nicht übermittelt werden oder aufgrund von Zeitdruck die zeitliche Abfolge von Konsultationsverfahren und Massenentlassungsanzeige aus dem Auge verloren wird. Zur Vermeidung von Risiken sollte daher durch umfassende Mitteilung im Rahmen des Konsultationsverfahrens sichergestellt werden, dass der Betriebsrat auch tatsächlich alle das Konsultationsverfahren betreffenden Informationen erhalten hat.

→ Autorin

Cyrielle Therese Ax  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a. M.



## Zustimmungsersetzung bei personeller Einzelmaßnahme

Zustimmungsersetzung bei personeller Einzelmaßnahme nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist nur bei ordnungsgemäßer Unterrichtung möglich.

■ BAG, Beschluss vom 12. Juni 2019 – 1 ABR 39/17

### Der Fall

Die Parteien streiten sich über die Ersetzung der Zustimmung der Personalvertretung zu einer personellen Einzelmaßnahme. Bei der Arbeitgeberin, einem Luftverkehrsunternehmen, ist für die im Flugbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer eine Personalvertretung errichtet. Auf die Personalvertretung findet das Betriebsverfassungsgesetz Anwendung.

Die Arbeitgeberin hatte von der Personalvertretung die Zustimmung zu einer beabsichtigten Einstellung und Eingruppierung eines Mitarbeiters als „Capitän (CPT) + Type Rate Examiner (TRE) für den Flugzeugtyp Airbus“ mit der Abteilung/Dienstort „Flugbetrieb DUS (Düsseldorf)“ erbeten. Hilfsweise bat die Arbeitgeberin die Personalvertretung um die Zustimmung zur Einstellung und Eingruppierung zur Position „CPT + TRE für den Flugzeugtyp CRJ“. Die Arbeitgeberin hatte mit dem

Mitarbeiter vereinbart, dass dieser als Flugzeugkapitän in der Flotte eingesetzt wird und seine weiteren Funktionen als TRE CRJ niederlegt. TREs führen Simulatoren- und Supervisionstätigkeiten sowie Check-Flüge durch. Die Funktion als TRE löst Zulagen aus. Als CPT ist der Mitarbeiter Kapitän in der Flotte.

Die Personalvertretung verweigerte die Zustimmung wegen Verstoßes gegen tarifvertragliche Vorgaben. Die Arbeitgeberin teilte der Personalvertretung daraufhin mit, dass sie die verweigernde Zustimmung als CPT durch das Arbeitsgericht ersetzen lasse und die Maßnahme vorläufig gemäß § 100 BetrVG durchführen werde. Dem widersprach die Personalvertretung. Schließlich beantragte die Arbeitgeberin beim Arbeitsgericht die fehlende Zustimmung der Personalvertretung zur Einstellung des Mitarbeiters als CPT zu ersetzen.

## Die Entscheidung

Das BAG hat in seinem Beschluss den Zustimmungsersetzungsantrag als unbegründet abgewiesen. Das BAG stellte fest, dass es sich bei der streitigen Einstellung und Eingruppierung als CPT um eine zustimmungsbedürftige Einzelmaßnahme handelt. Es hob hervor, dass eine von der Personalvertretung verweigernde Zustimmung von den Gerichten nach § 99 Abs. 4 BetrVG nur ersetzt werden kann, wenn die Stellungnahmefrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in Gang gesetzt wurde. Dies setzt eine ordnungsgemäße Unterrichtung der Personalvertretung durch die Arbeitgeberin voraus.

Im Fall fehlte es aus Sicht des BAG an einer ordnungsgemäßen Unterrichtung. Nach Ansicht des BAG hatte die Arbeitgeberin die Personalvertretung nicht über die tatsächlich in Aussicht genommene Position unterrichtet. In dem Zustimmungersuchen der Arbeitgeberin wurde über eine andere personelle Einzelmaßnahme informiert als über die, die nach dem streitbefangenen Antrag ersetzt werden sollte. Das BAG führte aus, dass das Schreiben vom 7. April 2015 ausschließlich über eine Einstellung und Eingruppierung als CPT mit der Funktion TRE Airbus unterrichtet; gleiches gilt für den Hilfsantrag für den Flugzeugtyp CRJ. Es fehle an einem Zustimmungersuchen für die Einstellung ausschließlich als CPT, ohne die Funktion als TRE. Entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin ist eine Einstellung als CPT Airbus kein „weniger“, sondern ein „aliud“ gegenüber der Einstellung als CPT + TRE Airbus. Es handle sich um verschiedene Arbeitsbereiche. Die Stellung als TRE stelle eine andere funktionale Stellung in der betrieblichen Organisation dar, die sich auch hierarchisch von der eines Kapitäns unterscheide.

Auch die Mitteilung der Arbeitgeberin, die verweigernde Zustimmung gerichtlich ersetzen zu lassen oder der Schriftsatz mit

dem Zustimmungsersetzungsantrag stellten keine ordnungsgemäße Unterrichtung der Personalvertretung dar. Diesen Schriftstücken sei nicht zu entnehmen, dass die Arbeitgeberin ihre beabsichtigte Einzelmaßnahme aufgibt und nun die Zustimmung zu einer Einstellung (ausschließlich) als CPT ersucht.

## Unser Kommentar

Trotz der branchenspezifischen Besonderheiten ist der Beschluss für die gesamte arbeitsrechtliche Praxis von Bedeutung. Die Entscheidung hebt die Wichtigkeit einer ordnungsgemäßen Unterrichtung des Betriebsrates nach § 99 Abs. 1 BetrVG zu einer personellen Einzelmaßnahme hervor. Das BAG unterstreicht, dass ein Zustimmungsersetzungsverfahren nur erfolgreich sein kann, wenn die einwöchige Stellungnahmefrist des Betriebsrates infolge einer ordnungsgemäßen Unterrichtung zu laufen begonnen hat. Gleiches gilt für die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG, die auch nur nach einer ordnungsgemäßen Unterrichtung des Betriebsrates eingreifen kann.



Ferner führt die Entscheidung vor Augen, welche hohen Anforderungen das BAG an die Unterrichtung des Betriebsrates stellt. Auch wenn die Aufgaben- und Verantwortungsbereiche bei den streitgegenständlichen Positionen teilweise deckungsgleich waren, enthielt die Unterrichtung die in Aussicht genommene (konkrete) Position aus Sicht des BAG nicht. Das BAG erinnert in seinem Beschluss daran, dass der Arbeitgeber vor Einstellungen und Versetzungen dem Betriebsrat insbesondere den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz mitzuteilen hat, § 99 Abs. 1 S. 2 BetrVG. Die Angaben zu dem vorgesehenen Arbeitsplatz oder dem vorgesehenen Einsatzbereich umfassen aus Sicht des BAG dabei nicht nur die Unterrichtung über den räumlichen Ort, an dem die Arbeit geleistet wird, sondern auch die Funktion, in die der Arbeitnehmer in den jeweiligen Betrieb eingegliedert werden soll, also den Arbeitsbereich. Unter dem Begriff des „Arbeitsbereiches“ versteht das BAG grundsätzlich



Aufgabe und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie die Art seiner Tätigkeit und gegebenenfalls seine Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs. Das umfasst aus Sicht des BAG neben der Arbeitsleistung auch den gegebenen Platz in der betrieblichen Organisation.

Arbeitgeber kann bei Versetzungen und Einstellungen in Betracht dieser vom BAG genau skizzierten Anforderungen an die Inhalte der Unterrichtung nur dringend empfohlen werden, den Betriebsrat umfassend und detailliert über den in Aussicht

genommenen, konkreten Arbeitsplatz zu informieren. Bei Zweifeln an der Ordnungsmäßigkeit der Unterrichtung des Betriebsrates sollte diese schnellstmöglich nachgeholt werden, um die formalen Voraussetzungen eines Zustimmungseretzungsverfahrens zu erfüllen.

→ Autorin

Kerstin Belovitzer  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Stuttgart



## Überstundenprozess – Darlegungslast – Arbeitszeiterfassung

1. Bei einer Gesamtbetriebsvereinbarung fordert das Gebot der Bestimmtheit und Normenklarheit, dass sich eine pauschale Vergütung von Überstunden hinreichend klar aus der betriebsverfassungsrechtlichen Norm selbst ergibt. Eine gegen die-

ses Gebot oder den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßende Pauschalierung der Überstundenvergütung ist unwirksam.

2. Wird die Arbeitszeit des Arbeitnehmers (elektronisch) erfasst und zeichnet der Arbeitgeber oder für ihn ein Vorgesetzter des Arbeitnehmers die entsprechenden Arbeitszeitanzeige ab, kann der Arbeitnehmer im Überstundenprozess der

ihm obliegenden Darlegungslast für die Leistung von Überstunden schon dadurch genügen, dass er schriftsätzlich die vom Arbeitgeber abgezeichneten Arbeitsstunden und den sich ergebenden Saldo vorträgt.

3. Darauf muss der Arbeitgeber im Rahmen der abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern, dass, aus welchen Gründen und in welchem Umfang die von

ihm oder einem für ihn handelnden Vorgesetzten des Arbeitnehmers abgezeichneten Arbeitsstunden nicht geleistet wurden oder der behauptete Saldo sich durch konkret darzulegenden Freizeitausgleich vermindert hat. Andernfalls gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragene Arbeitsstunden als zugestanden.

■ BAG, Urteil vom 26. Juni 2019 – 5 AZR 452/18

## Der Fall

Die Parteien streiten über die Vergütung von Überstunden. Der Kläger ist bei der Beklagten als Gewerkschaftssekretär beschäftigt, zuletzt mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden. Der Kläger arbeitet im Rahmen von „Vertrauensarbeitszeit“. Dies bedeutet, dass er Beginn und Ende seiner täglichen Arbeitszeit grundsätzlich selbst bestimmen kann. Auf das Arbeitsverhältnis finden die in Form einer Gesamtbetriebsvereinbarung abgeschlossenen „Allgemeinen Arbeitsbedingungen für die ver.di-Beschäftigten“ (AAB) Anwendung. Diese sehen in § 10 – zusammengefasst – vor, dass Gewerkschaftssekretäre, „unter der Voraussetzung regelmäßiger Mehrarbeit“, pauschal einen Ausgleich von neun Arbeitstagen im Jahr erhalten. Gewerkschaftssekretäre, die nicht regelmäßig Mehrarbeit leisten oder Beschäftigte anderer Berufe sollen hingegen für jede geleistete Überstunde Anspruch auf einen Freizeitausgleich von einer Stunde und 18 Minuten (entspricht 30 % Überstundenzuschlag) bzw. entsprechende Überstundenvergütung haben.

Nach Vorgabe der Beklagten hat der Kläger für die Monate Januar bis April 2016 seine Arbeitszeit jeweils in Zeiterfas-

sungsbögen festgehalten. Diese enthalten neben der täglichen Arbeitszeit die Sollarbeitszeit, die erbrachte Arbeitszeit und einen Saldo. Insgesamt belief sich der Saldo für diese vier Monate auf 255,77 Überstunden. Die Zeiterfassungsbögen wurden in den ersten beiden Monaten vom Bezirksgeschäftsführer des ver.di-Bezirks M, in den Folgemonaten von dessen Stellvertreterin unter „Datum, Unterschrift: Vorgesetzte/r“ gezeichnet.

Der Kläger erhielt von der Beklagten für das Jahr 2016 den pauschalen Freizeitausgleich von neun Tagen.

Er vertritt die Ansicht, dass er Anspruch auf (weitere) Vergütung von 255,77 Überstunden habe. Eine andere Auslegung des § 10 AAB verletze den Bestimmtheits- und Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Beklagte hat sich auf den Standpunkt gestellt, bei Gewerkschaftssekretären wie dem Kläger, der regelmäßig Mehrarbeit leiste, seien sämtliche Überstunden mit den neun Ausgleichstagen abgegolten. Zudem bestreitet sie, dass der Kläger Überstunden in dem von ihm behaupteten Umfang überhaupt geleistet habe und diese von ihr angeordnet, gebilligt oder geduldet worden seien.

## Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hatte die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Revision des Klägers vor dem Bundesarbeitsgericht war nun erfolgreich.

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts habe der Kläger Anspruch auf Zahlung einer „spitz“ gerechneten Überstundenvergütung. § 10 der AAB sei hinsichtlich der Regelung zur Pauschalvergütung für Überstunden wegen Verstoßes sowohl gegen das Bestimmtheits- als auch des Gleichbehandlungsgebots unwirksam.

Die normunterworfenen Arbeitnehmer müssen unschwer erkennen können, ob sie Anspruch auf eine nach der tatsächlichen Leistung berechnete Überstundenvergütung haben oder auf eine Pauschalvergütung verwiesen sind. Die für die Pauschalvergütung vorgesehene Voraussetzung einer „regelmäßigen Mehrarbeit“ lasse ihrem Wortlaut nach jedoch vielfache Deutungsmöglichkeiten zu. Da die Norm selbst keine „Regel“ enthalte, wonach sich bestimmen ließe, unter welchen Voraussetzungen „regelmäßig“ Mehrarbeit geleistet werde, sei für Gewerkschaftssekretäre nicht hinreichend

klar ersichtlich, wann ihnen eine „spitz“ gerechnete Überstundenvergütung oder ein pauschaler Freizeitausgleich zustehe. Zudem sei durch die unterschiedliche Verwendung der Begrifflichkeiten „Mehrarbeit“ (in Bezug auf den pauschalen Freizeitausgleich) und „Überstunde“ (mit Blick auf die „spitz“ gerechnete Überstundenvergütung) nicht ersichtlich, ob damit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass „Mehrarbeit nicht gleich „Überstunde“ sei.

Mit der Pauschalierung der Überstundenvergütung für gewisse Gewerkschaftssekretäre verstoße § 10 ABB zudem gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Bei einer personenbezogenen Ungleichbehandlung sei der Gleichheitsgrundsatz bereits dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass diese die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Die unterschiedliche Vergütung von Überstunden verstoße gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn der Arbeitgeber wegen des Fehlens einer Obergrenze – wie hier – auch bei einer vorübergehend ungewöhnlich hohen Zahl von Überstunden dem Arbeitnehmer nur die Zahlung einer Pauschale schuldet, die deutlich unter der „spitz“ berechneten Überstundenvergütung liegt und der Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit hat, einen wesentlichen Teil der Überstunden durch bezahlte Freizeit auszugleichen. Hieran ändere auch die Tatsache nichts, dass der Kläger in Vertrauensarbeitszeit arbeite. Denn Vertrauensarbeitszeit könne die ungleiche Vergütung von Überstunden allenfalls dann rechtfertigen, wenn die Gruppe derer, die „regelmäßig“ Überstunden leisten, es tatsächlich in der Hand hätten, „übermäßigen“ Überstundenanfall zu vermeiden.

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts habe der Kläger die Leistung der geltend gemachten Überstunden ausreichend dargelegt. Im Überstundenprozess gelte eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Hierbei genüge es dem Arbeitnehmer auf der ersten Stufe, wenn er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten habe. In einem zweiten Schritt sei es Aufgabe des Arbeitgebers, im Einzelnen vorzutragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen habe und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen – nicht – nachgekommen sei.

Mit der Abzeichnung der vom Arbeitnehmer behaupteten Überstunden auf den von ihm zur Verfügung gestellten Zeiterfassungsbögen habe der Arbeitgeber die Überstundenleistung zudem zunächst streitlos gestellt. Durch die Darlegung der vom Arbeitgeber gezeichneten Stunden und dem sich daraus ergebenden Saldo sei der Arbeitnehmer auf der ersten Stufe bereits seiner ihm obliegende Darlegungslast nachgekommen. Es sei nun Sache des Arbeitgebers substantiiert zu erwidern, dass, aus welchen Gründen und in welchem Umfang die von ihm oder einem für ihn handelnden Vorgesetzten des Arbeitnehmers abgezeichneten Stunden nicht geleistet wurden bzw. der behauptete Saldo sich konkret durch Freizeitausgleich vermindert habe.

### Unser Kommentar

Die pauschale Abgeltung von Überstunden bleibt auch nach dieser Entscheidung zulässig. Entsprechende Vereinbarungen müssen allerdings so klar und verständlich formuliert sein, dass für den Arbeitnehmer unschwer erkennbar ist, auf was er sich einzustellen hat. Zudem ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten.

Besondere Aufmerksamkeit verlangt die Abzeichnung von durch den Arbeitnehmer behaupteten Überstunden. Aufgrund der dargelegten abgestuften Darlegungs- und Beweislast werden an den Arbeitgeber hohe Anforderungen gestellt, die einmal abgezeichneten Stunden des Arbeitnehmers effektiv zu bestreiten. Der Arbeitgeber tut also gut daran, behauptete Überstunden genauestens zu überprüfen. Sind Überstunden durch gewährten Freizeitausgleich ausgeglichen worden, sollte dies entsprechend vermerkt werden.

Das Bundesarbeitsgericht erwähnt, dass das Prinzip der abgestuften Darlegungs- und Beweislast nicht nur im Überstundenprozess, sondern auch im Prozess auf Vergütung tatsächlich geleisteter Arbeit in der Normalarbeitszeit gilt.

Nach der bisherigen Gesetzeslage ist der Arbeitgeber nach § 16 Abs. 2 Arbeitszeitgesetz lediglich dazu verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Zur Verpflichtung der Zeiterfassung gab es jedoch jüngst eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshof (Urt. vom 14. Mai 2019 - C 55/18), die den nationalen Gesetzgeber dazu verpflichtet, die systematische Pflicht zur Arbeitszeiterfassung einzuführen. Hierzu verlangt der EuGH die Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen System, um die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit aufzuzeichnen. Tatsache ist, dass zuerst der Gesetzgeber konkrete Regeln zur Arbeitszeiterfassung setzen muss, bevor für den Arbeitgeber eine Pflicht zur Umsetzung besteht. Inwiefern die – wie im vorliegenden Fall – vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten (elektronischen) Zeiterfassungsbögen, die jeweils von ihm oder einer von ihm hiermit betrauten Person handschriftlich abgezeichnet werden, ein objektives und verlässliches System darstellen, geleistete Arbeitszeit zu erfassen, darf bereits

jetzt bezweifelt werden. Hier gilt es, die weitere Rechtsprechung abzuwarten. Ein anderes System hätte im vorliegenden Fall den Streit über geleistete Überstunden möglicherweise verhindert.

→ Autor

Andre Schüttauf  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen



## Zulässigkeit der Datenerhebung bei offener Videoüberwachung – Beweisverwertungsverbot

Eine lückenlose, dauerhafte sowie sehr detaillierte Erfassung des Verhaltens von Arbeitnehmern durch eine offene Videoüberwachung stellt eine die verdeckte Videoüberwachung vergleichbar eingriffsintensive Maßnahme dar und ist damit unverhältnismäßig nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F.

■ BAG, Urteil vom 28. März 2019 – 8 AZR 421/17

### Der Fall

Die Klägerin war bei dem Beklagten als Verkäuferin in einer Lottoannahmestelle beschäftigt. Die Annahmestelle, in der neben Artikeln des Lottogeschäfts auch Tabakwaren und Zeitungen verkauft wurden, war mit vier Videokameras ausgestattet, von denen drei Kameras das Ladenlokal filmten und für jedermann sichtbar angebracht waren. Eine vierte Kamera überwachte den im hinteren Bereich der Lottoannahmestelle liegenden, dem Publikumsverkehr nicht zugänglichen Büroraum, der zum Geldzählen und zum Deponieren des Geldbestandes in einem dort befindlichen Tresor genutzt wurde.

Aufgrund stichprobenartiger Kontrollen wurde festgestellt, dass Waren, insbesondere Rubellose und Tabakwaren, in deutlicher Menge fehlten. Vor diesem Hintergrund wertete der Beklagte die Aufzeichnungen der Videokameras aus. Aus diesen ergab sich, dass die Klägerin Käufe nicht ordnungsgemäß abgerechnet, sowie Waren und Geldbeträge entwendet hatte. Die Beklagte kündigte der Klägerin daraufhin fristlos. Nach Rücknahme ihrer Kündigungsschutzklage machte die Klägerin nur noch ausstehende Vergütung für den Monat Februar 2016 geltend. Der Beklagte nahm die Klägerin widerklagend auf Zahlung von Schadenersatz für die von der Klägerin begangenen Pflichtverletzungen in Anspruch.

Das LAG Hamm nahm ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Videoaufzeichnungen nach § 6b Abs. 5 BDSG a.F. an und wies die Widerklage des Beklagten ab.

## Die Entscheidung

Die Revision des Beklagten war teilweise erfolgreich. Mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen der Vorinstanz hat das BAG die Sache jedoch an das LAG zurückverwiesen.

In seinem Urteil stellt das BAG zunächst fest, dass § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F. grundsätzlich eine Erlaubnisnorm für die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten eines Beschäftigten darstellt, die der Arbeitgeber durch eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume erlangt hat. Der mit der Datenerhebung verbundene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer müsse aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit standhalten.

Für den Fall einer verdeckten Videoüberwachung oder einer vergleichbar eingriffsintensiven Maßnahme sei die Datenerhebung nur bei Vorliegen eines auf konkrete Tatsachen begründeten Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung von § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F. zulässig. Eine Ermittlung „ins Blaue hinein“ sei dagegen unzulässig.

Bei weniger intensiven Eingriffen, wie bei offenen Überwachungsmaßnahmen, sei dagegen ein Anfangsverdacht nicht notwendig. Bei derartigen Datenerhebungen handelte es sich nach dem BAG um präventive Maßnahmen, die der Verhinderung von Pflichtverletzungen dienen sollten.

Einschränkend stellt das BAG jedoch fest, dass offene Überwachungsmaßnahmen dann einen unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers darstellen könnten, wenn die Videoaufzeichnungen beim Arbeitnehmer einen solchen psychischen Anpassungs- oder Leistungsdruck erzeugten, dass sie als eine der verdeckten Videoüberwachung vergleichbar intensive Maßnahme anzusehen wären. Dies sei der Fall, wenn das Verhalten der Klägerin lückenlos, dauerhaft sowie sehr detailliert erfasst worden wäre, sodass sie davon ausgehen musste, dass jede ihrer Bewegungen überwacht würde. Denn in diesem Fall hätte für die Klägerin keine Möglichkeit einer unbewachten und ungestörten Wahrnehmung ihres Persönlichkeitsrechts bestanden.

Ob ein solcher unverhältnismäßiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Klägerin vorlag, wird nun das LAG Hamm zu beurteilen haben.

## Unser Kommentar

Mit seiner Entscheidung bestätigt das BAG die Rechtsprechung des 2. Senats aus August 2018 (Urteil vom 23. August 2018 – 2 AZR 133/18) zu Beweisverwertungsverböten bei offener Videoüberwachung und führt diese fort. Obgleich sich die Urteilsfeststellungen auf den nur bis zum 24. Mai 2018 geltenden § 32 Abs. 1 S. a.F. des BDSG beziehen, sind diese auf den nahezu identischen § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG ohne Weiteres übertragbar.

Für Arbeitgeber als erfreulich zu werten sind die Feststellungen des BAG zur Speicherdauer von Videoaufzeichnungen. Auch insoweit hält das BAG an seiner bisherigen Rechtsprechung (Urteil vom 23. August 2018; a.a.O.) fest und „zwingt“ den Arbeitgeber nicht zu einer regelmäßigen Auswertung und Löschung des Bildmaterials. Vielmehr dürfen Arbeitgeber auch weiterhin auf ältere Aufzeichnungen zurückgreifen, um die ihnen obliegende Darlegungs- und Beweislast in einem potentiellen Rechtsstreit zu erfüllen, wenn sich der Verdacht einer Pflichtverletzung erst zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber beabsichtigen, die Aufzeichnungen nicht allein zur Rechtsverfolgung, sondern z. B. als Druckmittel gegen den Arbeitnehmer zu verwenden.

Aufgrund der vorliegenden Entscheidung sollten allerdings diejenigen Arbeitgeber, die in ihren Geschäftsräumen ein offenes Videoüberwachungssystem verwenden, tätig werden und prüfen, ob ihr Überwachungssystem den vom BAG aufgestellten Voraussetzungen entspricht. Insbesondere sollten sie sicherstellen, dass sie ihre Arbeitnehmer nicht lückenlos, dauerhaft und sehr detailliert überwachen, sodass bei den betroffenen Arbeitnehmern ein „unzulässiger psychischer Anpassungs- und Leistungsdruck“ erzeugt wird. Empfehlenswert ist daher, die Videoüberwachung auf den Kassenbereich oder sonstige sensible Bereiche zu beschränken, um im Fall eines Rechtsstreits das Risiko eines Beweisverwertungsverbotes der Videoaufzeichnungen zu reduzieren. Sollten keine überwachungsfreien Räume (z. B. Pausenräume) vorhanden sein, sollten diese spätestens nach dem vorliegenden Urteil eingerichtet werden.

→ Autorin

Johanna Schobeß  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Leipzig

## ■ RECHTSPRECHUNG IN KÜRZE

### Anforderungen an eine Rückzahlungsvereinbarung für vom Arbeitgeber übernommene Lehrgangskosten

#### ■ LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 21.08.2019 – 3 Sa 67/19

Um im Rahmen einer Fortbildungsvereinbarung eine Rückzahlungspflicht der Arbeitnehmerin wirksam zu vereinbaren, muss das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB beachtet werden.

#### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über die Rückzahlung von Lehrgangskosten, die von den Klägern gezahlt wurden. Die Beklagte, die Arbeitnehmerin in der Steuerberatungskanzlei der Kläger war, nahm an den Lehrgängen zur Vorbereitung auf die Steuerberaterprüfung teil. Die Kläger erklärten sich bereit, die Kosten für die Kurse zu zahlen, wobei eine Rückzahlungspflicht der Beklagten nicht besprochen wurde.

Das LAG bestätigte das Urteil des ArbG, das die Klage abgewiesen hatte. Zwischen den Parteien sei kein Darlehensvertrag vereinbart worden, sondern eine mündliche Fortbildungsvereinbarung. Selbst wenn eine mündliche Rückzahlungsvereinbarung vorgelegen hätte, sei diese aufgrund eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Für die Beklagte sei bei Beginn der Weiterbildung noch vollkommen unklar gewesen, welche Verhaltens- und Rückzahlungspflichten auf sie zukommen könnten. Ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB bestehe nicht, da mit der Fortbildungsvereinbarung ein Rechtsgrund für die Leistung vorgelegen habe.

### Verpflichtung des nicht berücksichtigten Bewerbers Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen

#### ■ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 01.08.2019 – 5 Sa 420/18

Ein nichtberücksichtigter Bewerber kann einen etwaigen Schadensersatzanspruch nicht beanspruchen, wenn er es zuvor unterlassen hat, den ihm zumutbaren Primärrechtsschutz zur Abwendung des Schadens in Anspruch zu nehmen.

#### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche wegen der Nichtberücksichtigung des Klägers bei zwei Stellenausschreibungen der Beklagten, die sich nur an Arbeitnehmer mit unbefristetem Arbeitsvertrag oder Beamte richtete. Der Kläger war im Rahmen eines befristeten Arbeitsvertrags bei der Beklagten beschäftigt gewesen und hatte sich für den Zeitraum nach dem Ende des Vertrages um eine neue Stelle bei der Beklagten bemüht. Mehr als ein Jahr nach dem Zugang der Ablehnungen für die beiden Stellen beim Kläger, erhob er Klage auf Zahlung von Schadensersatz, ohne zuvor weitere rechtliche Schritte eingeleitet zu haben.

Das LAG hat der Entscheidung des ArbG entsprechend entschieden, dass dem Kläger schon deshalb kein Schadensersatzanspruch zustehe, weil er es unterlassen habe, ihm zumutbaren Primärrechtsschutz zur Abwendung des Schadens in Anspruch zu nehmen. Der Kläger hätte die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes angreifen müssen. Da er dies nicht getan hatte, könne er sich nicht darauf berufen, dass die Beklagte ihn wegen seiner befristeten Beschäftigung diskriminiert hätte.

### Kein Anspruch auf Urlaubsgewährung für einen Zeitraum nach Ablauf der Kündigungsfrist

#### ■ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 12.09.2019 – 5 SaGa 6/19

Ist der Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Kündigungsschutzklage im Streit, kann der Arbeitnehmer im Wege einer einstweiligen Verfügung regelmäßig keine Urlaubsgewährung für einen Zeitraum nach Ablauf der Kündigungsfrist durchsetzen.

#### Entscheidungsgründe

Die Klägerin begehrte mit einer einstweiligen Verfügung eine Urlaubsgewährung für einen Zeitraum nach Ablauf der Kündigungsfrist. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis wurde arbeitgeberseitig gekündigt. Die Klägerin erhob Kündigungsschutzklage, deren Ausgang zum Zeitpunkt der Beantragung des Eilrechtsschutzes noch offen war. Aufgrund eines zwischenzeitlich erfolgten außergerichtlichen Vergleichs, musste das LAG auf die Frage der Urlaubsgewährung nur noch im Rahmen der Kostenentscheidung eingehen. Dabei vertrat das LAG, entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung, die Ansicht, dass der Klägerin kein Anspruch auf

Gewährung von Urlaub für den Zeitraum nach Ablauf der Kündigungsfrist zustehe. Zum Zeitpunkt der Antragstellung, sei die Klägerin für den fraglichen Zeitraum nicht zur Erbringung einer Arbeitsleistung verpflichtet gewesen. Sie könne demnach auch nicht von dieser freigestellt werden. Selbst eine Rücknahme der Kündigung durch den Arbeitgeber, hätte sie nicht einseitig zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichten können.

### Reisekostenentschädigung grundsätzlich nur ab der Dienststelle und nicht ab dem Wohnort des Arbeitnehmers

#### ■ LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 03.09.2019 – 5 Sa 162/18

Bei der Berechnung der Fahrkostenerstattung für eine vom Arbeitnehmer vorzunehmende Dienstreise sind nur die dienstlich veranlassten Mehraufwendungen zugrunde zu legen.

#### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten darüber, ob die Wegstreckenentschädigung für Dienstreisen vom Wohnort oder vom Dienstort aus zu berechnen ist. Der bei der Beklagten beschäftigte Kläger erbringt einen Anteil seiner Arbeitsleistung im Außendienst und den übrigen Anteil in der Dienststelle. Die Dienstreisen tritt der Kläger regelmäßig von seinem Wohnort aus an. Die Beklagte erstattete nur die Kilometer von der Dienststelle und nicht vom Wohnort des Klägers.

Das LAG hat entschieden, dass die Beklagte nur die dienstlich veranlassten Mehraufwendungen abzugelten habe. Nicht ersetzt würden solche Aufwendungen, die auch ohne die dienstliche Veranlassung entstanden wären. Die Kosten der Fahrten zwischen Wohnung und Dienststelle seien dem Bereich der allgemeinen Lebensführung zuzuordnen und somit gerade keine dienstlich veranlassten Mehraufwendungen. Dies sei nicht deswegen anders zu bewerten, weil die Beklagte dem Kläger grundsätzlich gestattet hatte, die Dienstreisen von seiner Wohnung aus vorzunehmen.

### Ausdehnung der Monatsfrist für den Ausspruch einer Kündigung nach der Zustimmung des Integrationsamtes

#### ■ LAG Köln, Urteil vom 05.09.2019 – 6 Sa 72/19

Die Monatsfrist des § 171 Abs. 3 SGB IX im Rahmen der Zustimmung des Integrationsamtes zu einer außerordentlichen Kündigung kann bis zum Abschluss eines im öffentlichen Dienst gegebenenfalls notwendigen Mitbestimmungsverfahrens ausgedehnt werden; die Kündigung muss dann aber unverzüglich erklärt werden.

#### Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Mehr als drei Monate nachdem die Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt worden war, erklärte der Beklagte dem einem schwerbehinderten gleichgestellten Kläger die Kündigung. Die vom Gesamtpersonalrat begehrte Zustimmung hatte dieser verweigert, weswegen in der Zwischenzeit die Einigungsstelle tagte, die sich für eine Empfehlung der Aussprache der Kündigung entschied. Die Kündigung erfolgte jedoch erst zehn Tage nach der Zustellung der Begründung des Einigungsstellenbeschlusses an den Beklagten.

Der gegen die Kündigung gerichteten Kündigungsschutzklage hat das LAG stattgegeben. Zwar könne die Frist des § 171 Abs. 3 SGB IX bis zum Abschluss eines im öffentlichen Dienst gegebenenfalls notwendigen Mitbestimmungsverfahrens ausgedehnt werden, dann müsse die Kündigung aber unverzüglich ausgesprochen werden. Hier markiere allerspätestens der Zugang des begründeten Einigungsstellenspruchs bei dem Beklagten das Ende des Mitbestimmungsverfahrens. Die erst zehn Tage nach diesem Zeitpunkt erfolgte Kündigungserklärung sei hier nicht mehr als unverzügliches Handeln des Beklagten zu werten gewesen.

### Unterlassung von Wettbewerb bei nichtigem Aufhebungsvertrag

#### ■ LAG Hamm, Urteil vom 12.08.2019 – 18 SaGa 45/19

Liegt beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages ein kollusives Zusammenwirken zum Nachteil des Arbeitgebers zwischen seinem Vertreter und der Arbeitnehmerin vor, ist dieser aufgrund Verstoßes gegen die guten Sitten gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

## Entscheidungsgründe

Die Parteien streiten über die Unterlassung von Wettbewerb. Die Arbeitnehmerin hatte ihr Arbeitsverhältnis gekündigt. Vor Ablauf der Kündigungsfrist schloss sie zudem einen Aufhebungsvertrag mit dem Vertreter der Arbeitgeberin, der zugleich ihr Ehemann ist, ab. Im Monat nach dem Abschluss des Aufhebungsvertrags, noch während der laufenden Kündigungsfrist, nahm die Arbeitnehmerin operative Tätigkeiten im Geschäftsfeld und gegenüber Kunden der Arbeitgeberin auf.

Das LAG untersagte der Arbeitnehmerin die weitere Ausführung der Wettbewerbshandlungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Sie sei gem. § 60 Abs. 1 HGB verpflichtet solche Handlungen zu unterlassen. Der Arbeitsvertrag sei nicht durch den zwischen ihr und ihrem Ehemann abgeschlossenen Aufhebungsvertrag beendet worden. Ihr Ehemann habe gegen die guten Sitten verstoßen, indem er absichtlich einen für seine Arbeitgeberin nachteiligen Vertrag abgeschlossen hatte. Als Ehemann seien ihm nach der Lebenserfahrung die Pläne der Arbeitnehmerin bekannt gewesen. Der Aufhebungsvertrag sei somit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.



## Autoren dieser Ausgabe



**Achim Braner**

Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a. M.  
Telefon +49 69 27229 23839  
achim.braner@luther-lawfirm.com



**Ines Gutt**

Associate, Rechtsanwältin  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen  
Telefon +49 201 9220 24845  
ines.gutt@luther-lawfirm.com



**Paul Schreiner**

Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen, Köln  
Telefon +49 201 9220 11691  
paul.schreiner@luther-lawfirm.com



**Cyrielle Therese Ax**

Associate, Rechtsanwältin  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a. M.  
Telefon +49 69 27229 27460  
cyrielle.ax@luther-lawfirm.com



**Klaus Thönnißen**

Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen  
Telefon +49 201 9220 24659  
klaus.thoenissen@luther-lawfirm.com



**Kerstin Belovitzer**

Senior Associate, Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Stuttgart  
Telefon +49 711 9338 16709  
kerstin.belovitzer@luther-lawfirm.com



**Gerrit Feuerherdt**

Associate, Rechtsanwalt  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Köln  
Telefon +49 221 9937 27059  
gerrit.feuerherdt@luther-lawfirm.com



**Andre Schüttauf**

Associate, Rechtsanwalt  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Essen  
Telefon +49 201 9220 24620  
andre.schuettauf@luther-lawfirm.com



**Nadine Ceruti**

Senior Associate, Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Frankfurt a. M.  
Telefon +49 69 27229 24795  
nadine.ceruti@luther-lawfirm.com



**Johanna Schobeß**

Associate, Rechtsanwältin  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Leipzig  
Telefon +49 341 5299 10759  
johanna.schobess@luther-lawfirm.de

# Veranstaltungen und Veröffentlichungen



Eine Übersicht mit unseren Veranstaltungen finden Sie [hier](#)



Eine Liste unserer aktuellen Veröffentlichungen finden Sie [hier](#)

## Impressum

**Verleger:** Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0  
Telefax +49 221 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)  
**V.i.S.d.P.:** Achim Braner, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt a.M., Telefon +49 69 27229 23839,  
[achim.braner@luther-lawfirm.com](mailto:achim.braner@luther-lawfirm.com)

**Copyright:** Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Arbeitsrecht“ an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto:unsubscribe@luther-lawfirm.com)

**Bildnachweis:** Fotolia: Seite 1; Valery Kachae/fotolia: Seite 4, wildpixel/iStock: Seite 7; Stadtrate/iStock: Seite 10; vege/fotolia: Seite 13, Nuthawut Somsuk/iStock: Seite 15; Lightstar59/iStock: Seite 16, Zmaj88/iStock: Seite 18, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH: Seite 3, Seite 21

## Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand.

Berlin, Brüssel, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig,  
London, Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon

Luther Corporate Services: Delhi-Gurugram, Kuala Lumpur, Shanghai, Singapur, Yangon

Ihren Ansprechpartner finden Sie auf [www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com).

**Auf den Punkt. Luther.**

