



Newsletter Arbeitsrecht

Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis

Betriebliches Eingliederungsmanagement

EU-Datenschutz Grundverordnung

IT-Kontrolle am Arbeitsplatz

April 2016

Inhalt

Editorial	1
Interview	2
Betriebliches Eingliederungsmanagement: Ein wirksames Mittel gegen krankheitsbedingte Störungen des Arbeitsverhältnisses?	4
Sonderbeitrag: Neues EU-Datenschutzrecht verabschiedet! Unternehmen drohen Millionenbußgelder	9
Aktuelles Urteil Arbeitsrecht	12
Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung	14
Veranstaltungskalender	16
Newsletterarchiv	18
Hogan Lovells e-Newsletter	19
Ihre Ansprechpartner	20

Editorial

Liebe Leserin,
lieber Leser,

den richtigen "Ton" zu treffen, ist nicht immer einfach – sei es im Umgang miteinander und ganz besonders natürlich im Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitskollegen und zwischen Arbeitnehmern mit ihrem Vorgesetzten. Dabei steht oft die Frage im Raum, welche Äußerungen sich Arbeitgeber von Arbeitnehmern gefallen lassen müssen und welche nicht. Dieser Frage geht unsere Kollegin Dr. Sabrina Gäbeler aus dem Frankfurter Büro von Hogan Lovells im Interview dieser Newsletterausgabe einmal nach und erläutert anhand aktueller Fälle die Grenzen der Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis.

Im Blickpunkt dieses Newsletters steht jedoch die Frage, inwieweit ein betriebliches Eingliederungsmanagement ein wirksames Mittel gegen krankheitsbedingte Störungen des Arbeitsverhältnisses sein kann. Noch immer bestehen im Zusammenhang mit dessen Durchführung etliche Unsicherheiten. Unklar ist zum Teil nicht nur, wie das Verfahren zu gestalten ist. Auch welche Personen zu beteiligen oder welche Maßnahmen zu ergreifen sind, führen in der Praxis häufig zu Unsicherheiten. Nicht vergessen werden dürfen an dieser Stelle auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, sofern ein solcher besteht.

Aus ganz aktuellem Anlass stellt Ihnen unser Experte für Mitarbeiterdatenschutz, Tim Wybitul, die am 14. April 2016 vom EU-Parlament verabschiedete EU-Datenschutz Grundverordnung vor und gibt Ihnen erste Hinweise zur Umsetzung der neuen Regelungen.

In der Rubrik "Aktuelles Urteil Arbeitsrecht" stellen Ihnen die Kollegen Tim Wybitul und Dr. Wolf-Tassilo Böhm, ebenfalls aus unserem Frankfurter Büro, eine aktuelle Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg über die Wirksamkeit der Kontrolle eines Browserverlaufs durch den Arbeitgeber bei gestatteter Privatnutzung des Internets ohne die Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers vor. Diese Entscheidung hat in ihrer Konsequenz auch umfassende Auswirkungen auf die Kontrolle von E-Mails und anderen IT-Systemen am Arbeitsplatz.

Denn das LAG stellt sich damit klar gegen die Auffassung der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden, dass Arbeitgeber bei erlaubter Privatnutzung des Internets Telekommunikationsdiensteanbieter i.S.v. § 88 Abs. 3 TKG seien und das Fernmeldegeheimnis beachten müssen.

Unsere Experten des Betriebsrentenrechts stellen Ihnen in dieser Ausgabe eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Umdeutung einer unwirksamen Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage vor, eine Entscheidung, die sicherlich auch über die Grenzen des Betriebsrentenrechts hinaus von Bedeutung ist.

Last, but not least möchten wir Sie in dieser Ausgabe auch noch einmal auf die Frühjahrsveranstaltung unserer bewährten Veranstaltungsreihe "Update Arbeitsrecht" hinweisen, zu der wir Sie nochmals ganz herzlich einladen. Die Termine und Themen sowie alle weitere Einzelheiten zu den Veranstaltungen entnehmen Sie bitte Seite 16 dieses Newsletters. Wir würden uns sehr freuen, Sie im Rahmen dieser Veranstaltungsreihe an einem unserer vier Hogan Lovells Standorte in Deutschland persönlich begrüßen zu dürfen.

Eine interessante Lektüre wünscht Ihnen

Ihre Hogan Lovells Praxisgruppe Arbeitsrecht

Interview

Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis – Wo sind die Grenzen?



Dr. Sabrina Gäbeler
Senior Associate, Frankfurt am Main
T +49 (69) 96236 358
sabrina.gaebeler@hoganlovells.com

Frau Dr. Gäbeler, in jüngerer Vergangenheit häufen sich Meldungen über Auseinandersetzungen am Arbeitsplatz. Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitskollegen oder zwischen Arbeitnehmern mit ihren Vorgesetzten sind offenbar keine Ausnahme. Dabei wird auch mal gerne über die Stränge geschlagen. Können Sie das bestätigen?

Dr. Sabrina Gäbeler: Leider ja. Fälle dieser Art sind nicht selten. Sie sind wohl das natürliche Resultat menschlichen Miteinanders. Dies spiegelt sich auch in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte wieder. Ehrverletzende und herabwürdigende Äußerungen sind dabei die am häufigsten vorkommende Fallgruppe. Insbesondere in unserer heutigen Zeit, in der, bedingt durch die immer enger werdende Vernetzung der internationalen Wirtschafts- und Arbeitswelt, eine Vielzahl von Nationalitäten, Kulturen, Religionen und Weltanschauungen am Arbeitsplatz aufeinandertreffen, scheinen Konflikte quasi "vorprogrammiert". Auch das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Machtgefälle kann zu Auseinandersetzungen führen. Immer häufiger lassen Arbeitnehmer ihren Ärger öffentlich raus, nicht zuletzt in den sozialen Netzwerken.

Letztes Jahr im November wurde dem Bundesarbeitsgericht (BAG) ein diesbezüglich brisanter Fall zur Entscheidung vorgelegt. Können Sie uns darüber berichten?

Dr. Sabrina Gäbeler: Sehr gerne. In dem von Ihnen angesprochenen Fall beschwerte sich eine Angestellte in einer E-Mail an den Vorstandsvorsitzenden darüber, dass es im Verlauf ihres Arbeitsverhältnisses vielfach zu Diskriminierungen durch ihren Vorgesetzten wegen ihres Geschlechts und

ihrer afghanischen Herkunft gekommen sei. Unter anderem führte sie in ihren E-Mails aus, dass es seit Jahren zu "Guerilla-Aktionen" gegen sie gekommen sei und sie an ihrem Arbeitsplatz eine "himmelschreiende Ausländer- und Frauenfeindlichkeit" vorgefunden habe. Sie erleide "solche seelischen Qualen, die kein Jude in diesem Land jemals erleiden musste." Ihren Vorgesetzten nannte sie einen "unterbelichteten Frauen- und Ausländerhasser." Es dauerte nicht lange und sie erhielt die Kündigung. Gegen diese wehrte sich die Arbeitnehmerin mit einer Kündigungsschutzklage. Leider steht noch nicht abschließend fest, ob die Kündigung wirksam war oder nicht. Das BAG verwies die Sache zurück an das Landesarbeitsgericht.

Die Wortwahl dieser Arbeitnehmerin war alles andere als zurückhaltend. Darf der Arbeitnehmer sich denn gegenüber seinem Arbeitgeber tatsächlich in einer derartigen Weise äußern?

Dr. Sabrina Gäbeler: Das BAG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass grobe Beleidigungen des Arbeitgebers, dessen Vertreter oder von Kollegen als erheblicher Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB einzuordnen ist. Damit sind solche Äußerungen auch "an sich" geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Ob eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht vorliegt, ist anhand einer Abwägung der betroffenen Rechtspositionen und Interessen der Parteien im Einzelfall zu bestimmen. Auf Seiten des Arbeitnehmers ist hierbei die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit zu berücksichtigen, zumindest sofern weder Schmähkritik noch unwahre Tatsachenbehauptungen vorliegen. Die Meinungsfreiheit wird allerdings nicht schrankenlos gewährt. Sie findet diverse Einschränkungen zum Beispiel durch die unternehmerische Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers oder dessen Recht der persönlichen Ehre, dem sogenannten allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Ist eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht festgestellt, ist weiterhin zu prüfen, ob diese Pflichtverletzung unter Beachtung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls die (ggf. fristlose) Beendigung des Arbeits-

verhältnisses rechtfertigt oder ob eine vorherige Abmahnung erforderlich ist.

Für die Frage, ob die von der Arbeitnehmerin getätigten Äußerungen noch von ihrem Recht auf freie Meinungsäußerung geschützt waren, kommt es also darauf an, ob sie eine Schmähkritik darstellen? Wann spricht man von einer solchen?

Dr. Sabrina Gäbeler: Das ist richtig. Die Arbeitsgerichte erlauben es dem Arbeitnehmer zwar, sich in überspitzter und übertriebener Form zu äußern. Die Grenze zur Schmähkritik wird allerdings überschritten, wenn es zu einem im groben Maße unsachlichen Angriff auf den Arbeitgeber oder seine Vertreter kommt. Dies ist der Fall bei massiv ehrverletzenden und diffamierenden Äußerungen, bei denen von einer feindlichen Gesinnung ausgegangen werden kann und wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Äußerungen des Arbeitnehmers in irgendeiner Weise nachvollziehbar sind. Hierbei muss immer auf den konkreten Anlass der Äußerung abgestellt werden. In einem Urteil von Oktober 2012 sah das LAG Hamm beispielsweise die Bezeichnung eines Arbeitgebers als *"Menschenschinder und Ausbeuter"* als eine nicht mehr von der Meinungsfreiheit geschützte Kritik an und bejahte die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Auszubildenden.

Wenn die Arbeitnehmerin im oben geschilderten Fall von ihrem Vorgesetzten als *"unterbelichteten Frauen- und Ausländerhasser"* spricht, wird man wohl von einer Schmähkritik ausgehen dürfen?

Dr. Sabrina Gäbeler: Das denke ich auch, ohne allerdings alle Einzelheiten des Falles zu kennen. Aber auch das BAG ließ in seiner Entscheidung anklingen, dass hier ein grober Angriff auf die Ehre des Vorgesetzten vorliegt.

Wie verhält es sich denn mit dem von der Arbeitnehmerin angedeuteten Vergleich ihrer Arbeitssituation mit der Situation der Juden im Dritten Reich? Ist das gerade mit Blick auf die deutsche Geschichte nicht ein "Tabubruch"?

Dr. Sabrina Gäbeler: Aus rechtlicher Sicht nicht unbedingt. Die Arbeitsgerichte fordern für einen unzulässigen Vergleich mit dem NS-Regime einen konkreten, unmittelbaren Bezug hierauf. Aus der Äußerung müsse sich klar und deutlich ergeben, dass auf die Zeit während des NS-Regimes hingewiesen wird und diese mit den Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers verglichen wird. An den erforderlichen Bezug werden hohe Anforderungen gestellt. Im vorliegenden Fall zog das BAG ihn in Zweifel, denn die Arbeitnehmerin habe lediglich ihre seelische Verfassung, nicht aber ihre Arbeitsbedingungen mit dem nationalsozialistischen Regime verglichen. Nach dem LAG Rheinland-Pfalz ist ein Bezug ebenfalls nicht hinreichend konkret, wenn ein Arbeitnehmer ein Gespräch mit den Worten beendet: *"Jawohl, mein Führer."* Hingegen verwehrte das LAG Hessen im Jahr 2010 der Äußerung *"Wie sie mit Menschen umgeht, da komme ich mir vor wie im Dritten Reich"*, den Schutz Meinungsfreiheit.

Dass derartige Äußerungen an sich unangebracht und geschmacklos sind, steht außer Frage!

Heutzutage nutzt fast jeder soziale Netzwerke wie Facebook oder Twitter. Wie sind Meinungsäußerungen dort zu bewerten?

Dr. Sabrina Gäbeler: Durch die Eigenheiten der sozialen Netzwerke können sogenannte Postings innerhalb kürzester Zeit einen äußerst großen, kaum kontrollierbaren Empfängerkreis erreichen. Dadurch kann die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der kritisierten Arbeitskollegen oder Vorgesetzten verstärkt werden. Das ArbG Hagen beispielsweise bewertete in einer Entscheidung von Mai 2012 die Kundgabe beleidigender Äußerungen auf einer Facebook-Pinnwand als quasi betriebsöffentlich, vergleichbar einem Aushang am "Schwarzen Brett" im Betrieb. Anlass für diese Bewertung war, dass von 70 "Facebook-Freunden" des gekündigten Arbeitnehmers, 36 im gleichen Betrieb arbeiteten. Hätte der Arbeitnehmer die Äußerungen allerdings nur im "Chat-Modus" getätigt, so das ArbG Hagen, wäre dies einem vertraulichen "Vier-Augen-Gespräch" gleichgekommen.

Betriebliches Eingliederungsmanagement

Ein wirksames Mittel gegen krankheitsbedingte Störungen des Arbeitsverhältnisses?

Das betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM) ist bereits seit dem Jahr 2004 in § 84 Abs. 2 SGB IX normiert. Dennoch bestehen im Zusammenhang mit seiner Durchführung nach wie vor viele Unsicherheiten. Oftmals weiß der Arbeitgeber nicht, wie etwa eine Einladung an den Arbeitnehmer zum bEM zu formulieren ist, wie das weitere Verfahren gestaltet werden soll, wann welche Personen zu beteiligen sind und welche Maßnahmen er dulden muss. In Betrieben mit Betriebsrat stellt sich zudem die Frage, ob der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht beim bEM hat und falls ja, in welchem Umfang.

I. Krankheit im Arbeitsverhältnis

Arbeitnehmer, die lange krank sind oder häufig fehlen, stellen eine Belastung für das Unternehmen dar: Ohne Gegenleistung muss der Lohn für jeden Krankheitsfall bis zu sechs Wochen weitergezahlt werden. Zudem kann es zu Ablaufschwierigkeiten im Betrieb kommen. Zusätzliche Kosten können für den Einsatz von Vertretungskräften oder durch die Ableistung von Überstunden entstehen. Die Erkrankung eines Arbeitnehmers kann sich daher auch auf die Motivation der Kollegen auswirken. Arbeitgeber haben damit ein eigenes Interesse daran, dass ihre Arbeitnehmer gesund sind und möglichst wenig krankheitsbedingte Fehlzeiten aufweisen.

Es liegt allerdings in der Natur des Menschen, dass Erkrankungen nicht immer vermieden werden können. Nach dem Fehlzeitenreport deutscher Krankenversicherungen lag der Krankenstand im Jahr 2014 im Durchschnitt bei etwa 5%. Im Vergleich zum Jahr 2004 hat sich dieser Durchschnittswert um ca. 1,5% erhöht. Auffällig ist insbesondere die Zunahme von Arbeitsunfähigkeit aufgrund psychischer Erkrankungen.

II. Betriebliches Eingliederungsmanagement

Vor diesem Hintergrund ist der Sinn und Zweck des bEM zu sehen: Dem Gesetzgeber ging es mit Einführung des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht darum, den Ausspruch krankheitsbedingter Kündigungen zu erschweren. Er wollte vielmehr nur verhindern, dass solche Kündigungen ohne vorherige Präven-

tions- und Prüfungsmaßnahmen vorschnell ausgesprochen werden.

1. Voraussetzungen

Ein bEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Zeitraums von 365 Tagen länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war. Das Gesetz sieht vor, dass der Arbeitgeber in diesem Fall mit dem Arbeitnehmer und, soweit vorhanden, mit der betrieblichen Interessenvertretung, bei schwerbehinderten Menschen auch mit der Schwerbehindertenvertretung, gegebenenfalls mit dem Betriebs- oder Werksarzt und den gemeinsamen Servicestellen oder dem Integrationsamt die Möglichkeiten zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit und zum Erhalt des Arbeitsplatzes klärt. Ziel dieses Verfahrens ist dabei, Optionen zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit und zum Erhalt des Arbeitsplatzes erkennbar zu machen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) beschreibt das bEM daher als einen unverstellten, verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess, dessen Verlauf und Ergebnis sich nach den Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalls zu richten habe und den Beteiligten jeden denkbaren Spielraum belasse.

2. Anwendungsbereich

Das bEM ist bei allen Arbeitnehmern durchzuführen, die innerhalb der vergangenen 365 Tage mehr als sechs Wochen aufgrund Krankheit arbeitsunfähig waren. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer schwerbehindert oder einem Schwerbehinderten gleichgestellt ist. Auch auf die Ursachen der Arbeitsunfähigkeit kommt es nicht an.

Nach der Rechtsprechung besteht eine Pflicht zur Durchführung des bEM jedoch nicht, wenn der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes für den erkrankten Arbeitnehmer nicht eröffnet ist – sei es, weil er noch nicht länger als sechs Monate bei seinem Arbeitgeber beschäftigt ist oder weil in der Regel weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden.

3. Durchführung des bEM

Sind diese Grundvoraussetzungen gegeben, muss der Arbeitgeber aktiv werden. Er hat die Pflicht, ein bEM einzuleiten, sobald dessen Voraussetzungen vorliegen (Initiativlast).

3.1 Kontaktaufnahme und Hinweispflicht

Zumeist erfolgt als erster Schritt eine Kontaktaufnahme der Personalabteilung mit dem betroffenen Arbeitnehmer. Es findet ein Erstgespräch statt, in dem der Arbeitnehmer informell über die Möglichkeit des bEM informiert wird. Sodann folgt in der Regel ein formelles Anschreiben an den Arbeitnehmer, in dem er über die Ziele des bEM sowie über die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten informiert wird (Hinweispflicht nach § 84 Abs. 2 S. 3 SGB IX). Der Hinweis erfordert eine Darstellung der Ziele des bEM, die inhaltlich über eine bloße Bezugnahme auf die Vorschrift des § 84 Abs. 2 SGB IX hinausgeht.

Hier gibt das BAG dem Arbeitgeber Folgendes auf: Zu den Zielen des bEM gehört die Klärung, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und wie das Arbeitsverhältnis erhalten werden kann. Dem Arbeitnehmer muss verdeutlicht werden, dass es um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht und dass hierzu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, in das auch er Vorschläge einbringen kann und soll. Daneben ist ein Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung erforderlich, der klarstellt, dass nur solche Daten erhoben und verwendet werden, soweit deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes bEM durchführen zu können (vgl. BAG, Urteil v. 20. November 2014 – 2 AZR 755/13).

3.2 Freiwilligkeit des bEM

Durch die Information soll der Arbeitnehmer in die Lage versetzt werden, für sich selbst zu entscheiden, ob er ein Eingliederungsmanagement durchführen möchte oder nicht. Denn unabhängig davon, wie sinnvoll ein bEM im Einzelfall auch sein mag, hängt seine Durchführung stets von der Zustimmung des Arbeitnehmers ab. Eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Teilnahme am bEM besteht näm-

lich nicht. Daher kann sich der Arbeitnehmer von vorneherein der Durchführung eines bEM verschließen oder es währenddessen jederzeit abbrechen.

3.3 Mindestanforderungen für die Durchführung

Erteilt der Arbeitnehmer seine Zustimmung zur Durchführung des bEM, hat der Arbeitgeber es einzuleiten. Vorgaben, wie das bEM abzulaufen hat, macht das Gesetz nicht. Nach der Rechtsprechung sind aber zwei Mindestanforderungen zu erfüllen, um von einem ordnungsgemäßen bEM-Verfahren ausgehen zu können:

- Zum einen müssen alle nach § 84 Abs. 2 SGB IX notwendigen Stellen und Personen vom bEM und seiner Einleitung unterrichtet und in Folge beteiligt werden. Hierbei handelt es sich neben Arbeitgeber und Arbeitnehmer um die betriebliche Interessenvertretung (Betriebsrat) und die Schwerbehindertenvertretung, sofern das bEM einen schwerbehinderten Arbeitnehmer betrifft. Soweit erforderlich sind zudem der Betriebsarzt, die örtlichen gemeinsamen Servicestellen und das Integrationsamt zu beteiligen. Der Sachverstand dieser Personen und Stellen soll genutzt werden, um Mittel zur Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeit zu finden.
- Zum anderen müssen im bEM-Verfahren alle von den Beteiligten eingebrachten Vorschläge hinreichend erörtert werden. Kein vernünftigerweise in Betracht zu ziehendes Ergebnis darf ausgeschlossen werden. Nur von vornherein unvernünftige Vorschläge können ausgeschlossen werden, wie beispielsweise Vorschläge, durch die das Ziel des bEM nicht erreicht werden kann oder deren Umsetzung einen unverhältnismäßigen technischen oder finanziellen Aufwand bedeutet. Hervorzuheben ist, dass die Erörterung bestimmter Mittel zur Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeit für die Ordnungsmäßigkeit des bEM nicht erforderlich ist. Vielmehr hat es jeder Beteiligte selbst in der Hand, alle ihm sinnvoll zu erscheinenden Lösungsvorschläge zu unterbreiten.

Genügt das bEM diesen Mindestanforderungen, entspricht das Verfahren nach Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung den gesetzlichen Erfordernissen. Seine Durchführung ist als ordnungsgemäß anzusehen.

4. Mögliche Mittel

Üblicherweise kommen folgende Mittel in Betracht, um Arbeitsunfähigkeit in Zukunft zu vermeiden:

- Umgestaltung des Arbeitsplatzes,
- Versetzung,
- Heranziehung technischer Arbeitshilfen,
- stufenweise Wiedereingliederung,
- Arbeitszeitverkürzung.

Letztlich sind alle Möglichkeiten in Erwägung zu ziehen, die es ermöglichen, eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten. Hierzu kann auch gehören, dass ein "leidensgerechter" Arbeitsplatz, der besetzt ist, für den erkrankten Arbeitnehmer "freigemacht" werden muss. Zu einer "Freikündigung" ist der Arbeitgeber in der Regel aber nicht verpflichtet. Er muss den Arbeitsplatz nur "freimachen", wenn er den darauf beschäftigten Arbeitnehmer mittels Weisungsrecht versetzen kann. Zudem ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, einen bisher nicht bestehenden, zusätzlichen Arbeitsplatz zu schaffen.

5. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Hinsichtlich der Frage der Mitbestimmungspflichtigkeit des bEM ist zunächst wie folgt zu unterscheiden:

5.1 Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Schon nach der gesetzlichen Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX sind betriebliche Interessenvertretungen am Eingliederungsmanagement eines Arbeitnehmers im konkreten Einzelfall zu beteiligen. Nach § 84 Abs. 2 S. 7 SGB IX hat der Betriebsrat zudem darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber die ihm nach § 84 Abs. 2 SGB IX obliegenden Aufgaben erfüllt. Nach der Rechtsprechung beinhaltet diese Überwachungsaufgabe das Recht des Betriebsrats, vom Arbeitgeber die Mitteilung der Namen der für

die Durchführung eines bEM in Betracht kommenden Arbeitnehmer verlangen zu können.

5.2 "Echte" Mitbestimmung

Das bEM betrifft darüber hinaus aber auch einen kollektiven Tatbestand, der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, insbesondere nach § 87 BetrVG, auslösen kann. Je nach Ausgestaltung des Eingliederungsmanagements kann beispielsweise das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer mit der Folge berührt sein, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eingreift. Unabhängig davon dient das betriebliche Eingliederungsmanagement der Überwindung einer Arbeitsunfähigkeit, vor allem aber der Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeiten. Es betrifft damit den Gesundheitsschutz § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.

Wie weit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim bEM tatsächlich reicht, ist noch nicht abschließend geklärt. In einem Beschluss vom 22. März 2016 hat das BAG jedoch klargestellt, dass das Mitbestimmungsrecht nur die Aufstellung von Verfahrensgrundsätzen zur Klärung der Möglichkeiten erfasst, wie die Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann. Die Umsetzung der im Rahmen des bEM gefundenen Maßnahmen obliegt dagegen alleine dem Arbeitgeber.

III. Konsequenzen bei Nichtdurchführung oder nicht ordnungsgemäßer Durchführung des bEM

§ 84 Abs. 2 SGB IX stellt eine Rechtspflicht des Arbeitgebers dar. Er ist bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Durchführung eines bEM verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer seine Zustimmung hierzu erteilt.

1. Keine unmittelbaren Folgen

Sollte der Arbeitgeber gegen diese Pflicht verstoßen, knüpft das Gesetz hieran keine unmittelbaren Folgen, wie beispielsweise die Verhängung eines Bußgeldes o.ä. Dennoch ist die Missachtung der Pflicht aus rechtlicher Sicht nicht empfehlenswert.

2. Kündigungsrechtliche Folgen

Die Durchführung des bEM führt im Idealfall dazu, dass ein milderer Mittel gefunden wird, so dass eine Kündigung des Arbeitnehmers vermeidbar ist. Wenn es doch zur Kündigung kommt, ist die Durchführung eines bEM zwar keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung. Im Fall einer Nichtdurchführung oder einer nicht ordnungsgemäßen Durchführung des bEM drohen dem Arbeitgeber jedoch erhebliche Nachteile, sollte der Arbeitnehmer – wie in nahezu allen Fällen – die Kündigung gerichtlich überprüfen lassen. Denn das BAG stellt erhöhte Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers, der gegen seine Pflicht zur Durchführung eines bEM verstoßen hat.

2.1 Kündigung wegen Krankheit

Eine krankheitsbedingte Kündigung kann sozial gerechtfertigt sein, wenn zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs auf Grund der objektiven Umstände auf eine Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit zu schließen ist und gerade diese Ungewissheit zu unzumutbaren betrieblichen oder wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers führt. Hier wird zwischen den folgenden Fallgruppen unterschieden:

- häufige Kurzerkrankungen,
- lang andauernde Erkrankung,
- krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit,
- völlige Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit,
- krankheitsbedingte Leistungsminderung.

An eine sozial gerechtfertigte krankheitsbedingte Kündigung werden nach ständiger Rechtsprechung drei kumulativ vorliegende Voraussetzungen gestellt.

a) Negative Gesundheitsprognose

Auf der ersten Stufe ist für die sozial gerechtfertigte Kündigung zunächst eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Diese Prognose ist anhand von objektiven Kriterien und nicht etwa nach der subjektiven Einschätzung von Arbeitgeber oder

Arbeitnehmer zu erstellen. Es müssen demnach Tatsachen vorliegen, die es als sehr wahrscheinlich erachten lassen, dass nach dem Beendigungszeitpunkt mit weiteren Erkrankungen des Arbeitnehmers zu rechnen ist, die dazu führen, dass es zu einer weiteren Nicht- oder Schlechtleistung im Rahmen der geschuldeten Arbeitstätigkeit kommt.

b) Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Des Weiteren ist für die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen oder wirtschaftlichen Interessen erforderlich. Diese liegt dann vor, wenn die häufige Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu nicht vermeidbaren konkreten Störungen des Betriebsablaufs führt, oder sonstige, mit zusätzlichen Kosten verbundene Maßnahmen zur Überbrückung des Produktionsausfalls verursacht werden.

c) Verhältnismäßigkeit

Zuletzt ist zu fragen, ob die Kündigung wirklich erforderlich, also verhältnismäßig ist. Hier ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer nicht auf einen anderen (freien) Arbeitsplatz, sei es in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens versetzt werden könnte. Auch ist vor einer krankheitsbedingten Beendigungskündigung stets eine Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen zu prüfen.

Im Ergebnis ist maßgeblich, ob die erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen oder wirtschaftlichen Interessen ein solches Ausmaß erreicht haben, dass der Arbeitgeber die Belastung billigerweise nicht mehr hinnehmen muss. Dabei gibt es für die umfassende Interessenabwägung keine klaren Vorgaben, vielmehr sind unter Zugrundelegung der Umstände des Einzelfalls die allgemeinen Merkmale heranzuziehen. Solche Kriterien sind – nicht abschließend – etwa die Ursache(n) der Erkrankung, die Beurteilung des Zeitraums, indem keine krankheitsbedingte Einschränkung der Arbeitsleistung vorlag, das Alter und der Familienstand sowie Unterhaltspflichten des Arbeitneh-

mers, die Lage des Arbeitsmarktes oder etwa die Höhe der Entgeltfortzahlungskosten.

2.2 Auswirkungen der Nichtdurchführung oder nicht ordnungsgemäßen Durchführung eines bEM

Hat der Arbeitgeber gegen seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Durchführung eines bEM verstoßen, kann dies zu seiner Erweiterung seiner Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess führen. Für sich genommen ist das bEM zwar kein milderes Mittel, das dem Ausspruch einer Kündigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit voranzugehen hat. Das bEM konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, denn mit seiner Hilfe können mildere Mittel erkannt und entwickelt werden.

a) Objektive Nutzlosigkeit eines bEM

Will sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess darauf berufen, dass das bEM objektiv nutzlos gewesen wäre, hat er die objektive Nutzlosigkeit darzulegen und zu beweisen. Dazu muss er umfassend und konkret vortragen, warum weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen wären und der Arbeitnehmer nicht auch auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden hätte können.

b) Möglichkeit eines positiven Ergebnisses genügt

Ist es denkbar, dass ein bEM ein positives Ergebnis gebracht hätte, darf sich der Arbeitgeber im Prozess nicht auf den pauschalen Vortrag beschränken, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer. Er muss vielmehr von sich aus mögliche Alternativen würdigen und darlegen, aus welchen Gründen weder eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung auf einem anderen "leidensgerechten" Arbeitsplatz in Betracht kamen.

IV. Schlussfolgerung

Die ordnungsgemäße Durchführung eines bEM stellt den Arbeitgeber zwar vor (rechtliche) Schwie-

rigkeit. Sie lohnt sich aber doppelt: Ergibt das bEM eine leidensgerechte Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer, ist dies nicht zuletzt im Hinblick auf Personalkosten auch für den Arbeitgeber ein begrüßenswertes Ergebnis. Sollte eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung nicht möglich sein, ist die ordnungsgemäße Durchführung des bEM zumindest im Hinblick auf die Erfolgsaussichten in einem möglichen Kündigungsschutzprozess von wesentlicher Bedeutung.



Dr. Sabrina Gäbeler

Senior Associate, Frankfurt am Main
T +49 (69) 96236 358
sabrina.gaebeler@hoganlovells.com

Sonderbeitrag: Neues EU-Datenschutzrecht verabschiedet! Unternehmen drohen Millionenbußgelder

EU-Parlament verabschiedet umfassende Reform des europäischen Datenschutzrechts

Die DS-GVO bringt umfangreiche neue Anforderungen für Unternehmen. Jan Philipp Albrecht, der Berichterstatter des EU-Parlaments bewertete die Neuregelung so: "Die Datenschutz-Grundverordnung schafft ein hohes einheitliches Maß an Datenschutz in der EU. Dies ist ein großer Erfolg für das Europäische Parlament und ein entschiedenes europäisches 'Ja' zu starken Verbraucherrechten und Wettbewerb im digitalen Zeitalter." Die Pressemeldung des EU-Parlaments finden Sie [hier](#). Eine übersichtlich gestaltete Druckversion des vorliegenden Beitrags können Sie [hier](#) abrufen, wegen eines umfassenden Skripts zur EU-DSGVO mit Checklisten, Beispielen, Schaubildern können Sie sich direkt an tim.wybitul@hoganlovells.com wenden.

Die Verordnung tritt nach einer Umsetzungsfrist von zwei Jahren im Mai 2018 in Kraft. Die deutsche Fassung der vom EU-Rat am 8. April bereits gebilligten EU-Verordnung finden Sie [hier](#).

Die wichtigsten Änderungen durch die DS-GVO finden Sie hier im Überblick:

- **Wen betrifft die Neuregelung:** Alle Unternehmen, die personenbezogene Daten verarbeiten (z.B. Kunden- oder Mitarbeiterdaten) müssen die Vorgaben der DS-GVO umsetzen. Das gilt beispielsweise für sämtliche Unternehmen, die Gerichtsverfahren führen, CRM- oder Personaldaten-systeme vorhalten oder interne Ermittlungen durchführen.
- **Was ändert sich:** Zu den wichtigsten Neuerungen zählen Ansprüche auf immateriellen Schadensersatz mit einer Beweislast des Unternehmens, **Bußgelder von bis zu vier Prozent des globalen Unternehmensumsatzes** beziehungsweise bis zu **20 Millionen für betroffene Manager** oder andere Entscheidungsträger. Zusätzliche Informationen zu den Bußgeldrisiken nach der DS-GVO finden Sie [hier](#). Weitgehend jede maßgebliche Vorgabe der DS-GVO ist bußgeldbeehrt. Das wirkt sich beispielsweise auch auf IT-Security und Cybersecurity aus. Fehler bei der Datensicherheit ziehen Bußgelder von bis zu 2 Prozent des globalen Umsatzes nach sich. Die Verordnung wird auch über die EU hinaus extraterritorial wirken. Einen **Überblick über die wichtigsten Änderungen** und einen **Ablaufplan** für die Implementierung im Unternehmen finden Sie [hier](#). Hinzu kommen vor allem noch umfassende Transparenz-, Informations- und Dokumentationspflichten.
- **Compliance-Folgen:** Durch die ausgesprochen hohen Bußgelder wirkt sich die DS-GVO auch auf Compliance-Abläufe aus. Zum einen müssen mögliche Fehler beim Datenschutz wegen der hohen Bußgelder und möglichen Schadensersatzansprüche im Rahmen von Gefährdungsanalysen neu bewertet werden. Zum anderen werden auch Compliance-Kontrollen und interne Ermittlungen durch die neuen Anforderungen und Sanktionen komplexer. Weitere Informationen finden zu den Auswirkungen auf unsere Compliance-Beratung finden Sie [hier](#).
- **Arbeitnehmerdatenschutz:** Viele Regelungen der DS-GVO betreffen den Datenschutz am Arbeitsplatz. Beispielsweise wird es nicht leicht für Arbeitgeber, die neuen Anforderungen zur Transparenz bei der Datenverarbeitung auch im Rahmen des Beschäftigtendatenschutzes zu erfüllen. Auch bei Betriebsvereinbarungen gibt es teilweise erheblichen Änderungsbedarf. Weitere Einzelheiten hierzu finden Sie [hier](#).
- **Was sollten Unternehmen jetzt tun:** Firmen sollten die einzelnen Phasen der Umsetzung der neuen Anforderungen in der Praxis zügig planen. Sie sollten analysieren, welche Veränderung die DS-GVO gegenüber dem bisherigen Datenschutz bringt und wie sich dies in der Praxis auswirkt. Projekte zur Implementierung des neuen EU-Datenschutzrechts sollten von der ersten Budgetplanung ("Wieviel geben andere Unternehmen hier aus?") über eine Gap-Analyse und eine Risikobewertung bis hin zur Umsetzung neuer Datenschutz Management Strukturen und der Kontrolle einzelner Prozesse professionell geplant sein.

- **Fazit:** Die Änderungen sind gravierend. Trotzdem haben manche Unternehmen noch nicht begriffen, was da im Einzelnen auf sie zukommt: Millionenbußgelder, eine verschärfte zivilrechtliche Haftung auch für immaterielle Schäden mit Beweislastumkehr und einem Verbandsklagerecht, umfassende Pflichten bei der Unterrichtung über Datenverarbeitungen oder der Dokumentation von Datenschutzprozessen sowie weitgehende Meldepflichten bei Datenpannen. Die zweijährige Umsetzungsfrist ist kurz. Die Neuregelung betrifft jeden Unternehmensbereich, der personenbezogene Daten verarbeitet. In der Praxis sind das vor allem Informationen über Kunden oder Mitarbeiter. Unternehmen müssen ihre IT-Strukturen und Geschäftsprozesse teilweise erheblich umstellen. Tun sie dies nicht, drohen Unternehmen neben Schadensersatzprozessen **Bußgelder von bis zu vier Prozent des globalen (Konzern-)Umsatzes**. Entscheidungsträger müssen bei Datenschutzverstößen künftig mit **Geldbußen von bis zu 20 Millionen Euro rechnen**. Viele Firmen haben ihre Budgets bereits beantragt und entsprechende Projekte aufgesetzt. Hierbei sind nicht nur die **Bereiche Datenschutz und IT** betroffen, sondern auch **Personal, Recht, Revision** und vor allem die **operativen Unternehmensfunktionen**, da gerade diese oft auf umfangreiche Datenverarbeitungen angewiesen sind. Neben einer professionellen Projektplanung ist es für die Umstellung auf das neue Datenschutzrecht entscheidend, die komplexen rechtlichen Anforderungen zu verstehen und in praktikable und wirksame Lösungen umzusetzen.

Konkrete Maßnahmen zur Umsetzung der DS-GVO

Wir verfügen über umfangreiche Erfahrung mit der Einführung von Großprojekten im Datenschutz. Gerne beraten wir Sie bei der Umsetzung der neuen Anforderungen der DS-GVO. Wir unterstützen Sie dabei, die für Ihr Unternehmen maßgeblichen Änderungen zu identifizieren und umzusetzen.

Wie unterstützen wir Sie?

Wir helfen unseren Mandanten bei allen Phasen der Umsetzung der neuen Anforderungen in der Praxis. Wir zeigen etwa, welche Veränderung die DS-GVO

gegenüber dem bisherigen Datenschutz bringt und wie sich dies in der Praxis auswirkt. Projekte zur Implementierung des neuen EU-Datenschutzrechts können wir von der ersten Budgetplanung ("Wieviel geben andere Unternehmen hier aus?") über eine Gap-Analyse und eine Risikobewertung bis hin zur Umsetzung neuer Datenschutz Management Strukturen und der Kontrolle einzelner Prozesse begleiten.

Welche konkreten Hilfestellungen bieten wir Ihnen?

Wir haben bereits umfassende Präsentationen, Checklisten und weiteres Material vorbereitet, auf das unsere Mandanten schnell zurückgreifen können. Beispielsweise führen wir regelmäßig mit großen Mandanten Quickchecks und Workshops zur Implementierung der DS-GVO durch, die sehr gut aufgenommen werden. Hierbei arbeiten wir auch mit einem umfangreichen Skript für Mandanten, in dem wesentliche Anforderungen und Projektschritte im Detail erläutert sind. Neben einem Überblick über für die Praxis wichtigen Änderungen enthält das Skript auch viele Checklisten, Beispiele und Praxistipps.

Bei Interesse an dem Skript wenden Sie sich bitte direkt an tim.wybitul@hoganlovells.com.

Hintergrundinformationen

- Die Pressemeldung des EU-Rats zur Verabschiedung der EU-Datenschutz-Grundverordnung finden Sie hier: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/04/08-data-protection-reform-first-reading/>
- Die vom EU-Rat verabschiedete englische Fassung der Verordnung können Sie hier abrufen: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5419-2016-INIT/en/pdf>
- Die deutsche Fassung der vom EU-Rat verabschiedeten EU-Datenschutz-Grundverordnung finden Sie hier: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5419_2016_INIT&from=EN

- Die Agenda für die Sitzung des EU-Parlaments am 14. April 2016 können Sie hier abrufen: <http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/agenda/2016-W15-By-Day#plenarysession-14-04-2016>
- Die verabschiedeten Texte werden hier verfügbar sein (unter folgendem Datum: 14.04.2016): <http://www.europarl.europa.eu/plenary/de/texts-adopted.html>
- Video der Debatte (unter folgendem Datum: 13.04.2016): <http://www.europarl.europa.eu/eplive/de/plenary/search-by-date>
- Video der Pressekonferenz (12.04.2016) : <http://www.europarl.europa.eu/eplive/de/otherevents/>
- Audiovisuelles Material für Medienschaffende: <http://audiovisual.europarl.europa.eu/default.aspx>
- EP-Hintergrund: "Data Protection Reform Package: Final steps" (auf Englisch): http://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document.html?reference=EPRS_ATA%282016%29580908
- Europäische Kommission – Factsheet: Fragen und Antworten – Datenschutzreform: [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-15-6385_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6385_de.htm)



Tim Wybitul

Partner, Frankfurt am Main

T +49 (69) 96236 321

tim.wybitul@hoganlovells.com

Aktuelles Urteil Arbeitsrecht

Datenschutz am Arbeitsplatz: IT-Kontrollen auch bei erlaubter Privatnutzung zulässig

Für Unternehmen ist es oftmals von entscheidender Bedeutung, auf geschäftliche E-Mails oder andere auf Firmenservern gespeicherte Daten zuzugreifen. Dies gilt etwa für Gerichtsverfahren, aber auch bei Compliance-Kontrollen oder der Aufklärung fraglicher Sachverhalte im Unternehmen. Allerdings vertreten die Aufsichtsbehörden für den Datenschutz bereits seit Jahren den Standpunkt, dass Unternehmen nicht oder nur eingeschränkt auf die im Betrieb geführte elektronische Kommunikation zugreifen können sollen, sofern sie ihren Mitarbeitern auch die private Nutzung der IT-Systeme erlauben oder dulden. Die Gerichte erteilten dieser Auffassung schon bislang eine Absage. Das LAG Berlin-Brandenburg geht nun sogar noch einen Schritt weiter: In einer aktuellen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kontrolle eines Browserverlaufs durch den Arbeitgeber ohne die Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers hielten die Landesarbeitsrichter die Auswertung der Internet-Browserdaten für zulässig und verwertbar (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 14. Januar 2016 – 5 Sa 657/15). Diese Entscheidung hat auch umfassende Auswirkungen auf die Kontrolle von E-Mails und anderen IT-Systemen am Arbeitsplatz. Denn das LAG stellt sich damit klar gegen die Auffassung der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden, dass Arbeitgeber bei erlaubter Internet-Privatnutzung Telekommunikationsdiensteanbieter i.S.v. § 88 Abs. 3 TKG seien und das Fernmeldegeheimnis beachten müssen.

Der Fall

In dem vom LAG Berlin-Brandenburg entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Dienstrechner zur Verfügung gestellt. Der Arbeitgeber hatte die private Nutzung des Internets im Betrieb nur in Ausnahmefällen und nur während der Pausen gestattet. Nach konkreten Hinweisen auf eine Privatnutzung in größerem Maße wertete der Arbeitgeber ohne Zustimmung des Arbeitnehmers dessen Browserverlauf aus. Hierbei stellte sich heraus, dass der Arbeitnehmer innerhalb von

30 Arbeitstagen mindestens 40 Stunden damit verbracht hatte, privat im Internet zu surfen. Selbst nach Abzug der Pausenzeiten hatte der Arbeitnehmer nach den späteren Feststellungen des LAG mindestens 10% seiner Arbeitszeit mit privater Internetnutzung verbracht. Der Arbeitgeber kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer außerordentlich.

Die Entscheidung

Die Richter bewerteten die außerordentliche Kündigung als rechtmäßig. Hierbei hielten sie sowohl die Speicherung der Browserdaten als auch deren Auswertung für rechtmäßig. Zwar handele es sich bei dem Browserverlauf um personenbezogene Daten, in deren Kontrolle der Arbeitnehmer nicht eingewilligt habe. Allerdings sei eine derartige Datenverwertung nach § 32 Abs. 1 BDSG erlaubt gewesen. Hierbei bewerteten die Landesarbeitsrichter die Datenspeicherung und die anschließende Auswertung als geeignetes, erforderliches und verhältnismäßiges Mittel, um den vorliegenden Verdacht auf Missbrauch des betrieblichen Internetzugangs zu überprüfen.

Insbesondere erkannte das LAG an, dass der Arbeitgeber im konkreten Fall keine andere Möglichkeit hatte, mit anderen, gleich geeigneten und weniger einschneidenden Mitteln den Umfang der unerlaubten Internetnutzung nachzuweisen. Denn der Arbeitnehmer konnte den Umfang der Internetnutzung aus der eigenen Erinnerung nicht mehr präzise rekonstruieren. Pauschale, auf Schätzungen beruhende Angaben genügen dabei nicht.

Zwar hoben die Landesarbeitsrichter hervor, dass in Abwesenheit des Arbeitnehmers oder sogar heimlich durchgeführte Kontrollen besonders schwerwiegend in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmers eingreifen können. Allerdings sei eine in Anwesenheit des Arbeitnehmers durchgeführte Auswertung des Browserverlaufs auch kein grundsätzlich milderes Mittel gegenüber einer in dessen Abwesenheit durchgeführten Kontrolle. Denn der Arbeitnehmer hat in beiden Fällen keine beachtliche Möglichkeit, den Verlauf oder das Ergebnis der Auswertung zu beeinflussen.

Ein Beweisverwertungsverbot wegen einer denkbaren Übertretung datenschutzrechtlicher Vorschriften oder des TKG lehnte das LAG ab. Zwar könnten datenschutzrechtswidrig ermittelte Informationen unter bestimmten Voraussetzungen als Beweismittel ausgeschlossen sein. In dem hier entschiedenen Fall sahen die Richter die Ermittlungsmaßnahmen des Arbeitgebers allerdings als datenschutzrechtskonform an.

Auch einem Beweisverwertungsverbot wegen eines möglichen Verstoßes gegen das TKG erteilten die Richter eine klare Absage. Denn nach Auffassung des LAG wird selbst ein Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer die private Internet- und E-Mail-Nutzung gestattet, nicht zu einem Telekommunikationsdiensteanbieter i.S.v. § 88 TKG. Es fehle in dieser Fallkonstellation an einem geschäftsmäßigen Erbringen von Telekommunikationsdiensten.

Fazit

Das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg ist eine ausgewogene Entscheidung. Sie zeigt Unternehmen Grenzen und Wege auf, rechtssicher auf betriebliche Internet- und Kommunikationssysteme zuzugreifen. Die Entscheidung zeigt aber auch, dass Unternehmen weiterhin gut beraten sind, klare Vorgaben und Verhaltensregeln für die private Nutzung betrieblicher IT-Systeme aufzustellen, um Unklarheiten von Beginn an zu beseitigen. So weiß der Arbeitnehmer genau, welche Nutzungen, in welchem Umfang, er vornehmen darf. Dadurch entsteht durch ein hohes Maß an Transparenz auch ein gewisser Abschreckungseffekt in Bezug auf missbräuchliche Nutzung der betrieblichen IT-Systeme.

Liegen einem Arbeitgeber Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen ein Verbot der Privatnutzung oder gegen verbindliche Verhaltensregeln zur erlaubten Privatnutzung vor, sollte er diesen Anhaltspunkten auch nachgehen. Hierzu sind Unternehmen häufig schon aufgrund ihrer gesetzlichen Aufsichtspflichten angehalten. Zudem erfordert jedes wirksame Compliance-Konzept auch wirksame Kontrollen.

Bevor ein Arbeitgeber mit Kontrollmaßnahmen beginnt, sollte er genau prüfen, ob und welche Aufklärungsmaßnahmen datenschutzrechtlich zulässig sind. Hierbei müssen die Ermittler auch beurteilen, ob es für den Arbeitnehmer weniger belastend und für die Ermittlungen gleich erfolgsversprechend ist, den Arbeitnehmer vor oder bei den Ermittlungen einzubinden. Unüberlegtes "Drauf-los-Ermitteln" kann zu erheblichen Strafbarkeitsrisiken oder dazu führen, dass der Arbeitgeber einen klaren Pflichtverstoß des Arbeitnehmers in einem anschließenden Kündigungsschutzverfahren nicht nachweisen kann.

Das Urteil ist auch deswegen für Unternehmen erfreulich, weil die Richter hervorgehoben haben, dass ein Arbeitgeber nicht zum Telekommunikationsdiensteanbieter wird, wenn er den Arbeitnehmer die private Nutzung der betrieblichen E-Mail- und Internetzugänge erlaubt. Andernfalls könnten Arbeitgeber selbst auf dienstliche E-Mails ihrer Arbeitnehmer kaum noch rechtssicher zugreifen und wären erheblichen strafrechtlichen Risiken ausgesetzt.

Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung sind Unternehmen aber weiterhin gut beraten, die private Internetnutzung entweder vollständig zu verbieten oder rechtliche Risiken durch geeignete Regelungen zu reduzieren oder auszuschließen. Hierzu bietet es sich insbesondere an, eine Betriebsvereinbarung zur E-Mail- und Internetnutzung abzuschließen oder eine entsprechende Richtlinie zu erlassen.



Tim Wybitul

Partner, Frankfurt am Main

T +49 (69) 96236 331

tim.wybitul@hoganlovells.com



Dr. Wolf-Tassilo Böhm

Senior Associate, Frankfurt am Main

T +49 (69) 96236 331

wolf.boehm@hoganlovells.com

Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung

Umdeutung einer unwirksamen Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat sich jüngst zu den Gemeinsamkeiten einer Zusage auf betriebliche Altersversorgung durch Betriebsvereinbarung oder Gesamtzusage geäußert und auf dieser Grundlage eine unwirksame Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage umgedeutet (BAG, Urteil v. 23. Februar 2016 – 3 AZR 960/13).

Der Fall

Der Kläger war rückwirkend mit Wirkung zum 1. Juli 1976 in das betriebliche Versorgungswerk aufgenommen worden. Dieses betriebliche Versorgungswerk beruhte auf einer "Gemeinsamen Erklärung" in Verbindung mit einer Versorgungsordnung aus dem Jahr 1977, die vom "Gesamtbetriebsrat" und der "Geschäftsleitung" unterzeichnet wurden.

Dieser so genannte "Gesamtbetriebsrat" war ein Verhandlungsgremium, das sich aus den Betriebsräten in verschiedenen Betrieben unterschiedlicher Gesellschaften zusammensetzte. Da es also ein Gremium von verschiedenen Gesellschaften war, handelte es sich nicht um einen Gesamtbetriebsrat im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes.

Am 30. Juni 1993 schloss dieser "Gesamtbetriebsrat" mit den Gesellschaften der Unternehmensgruppe eine "Betriebsvereinbarung". Diese "Betriebsvereinbarung" regelte, dass ab Januar 1993 die Höhe der Versorgungsleistung nur noch in geringerem Maße zunehmen sollte als nach der Gemeinsamen Erklärung aus dem Jahr 1977. Der Kläger forderte gleichwohl die höhere Versorgungsleistung nach Maßgabe der Gemeinsamen Erklärung.

Die Entscheidung

Anders als die Vorinstanz stellt das BAG klar, dass die Gemeinsame Erklärung eine wirksame Rechtsgrundlage für die betriebliche Altersversorgung ist, auf die sich der Kläger grundsätzlich berufen kann. Die Gemeinsame Erklärung ist zwar keine wirksame Betriebsvereinbarung, weil auf Betriebsratsseite mit dem "Gesamtbetriebsrat" ein Gremium gehandelt hat, das vom Betriebsverfassungsgesetz nicht vorgesehen ist. Sie stellt aber eine wirksame Gesamtzusage dar.

Das BAG leitete aus den konkreten Umständen einen entsprechenden Bindungswillen des Arbeitgebers ab. Insbesondere betonte es, dass sich die Möglichkeiten des Arbeitgebers, sich von einer Gesamtzusage über Leistungen der betrieblichen Altersversorgung einerseits und einer Betriebsvereinbarung über solche Leistungen andererseits zu lösen, nicht wesentlich unterscheiden.

Die Richter erläutern, dass das Recht der Kündigung einer Betriebsvereinbarung über betriebliche Altersversorgung (§ 77 Abs. 5 BetrVG) mithilfe der Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit begrenzt werde. Eingriffe in Anwartschaften seien nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Den abgestuften Besitzständen der Arbeitnehmer müssten entsprechend abgestufte, unterschiedlich gewichtete Eingriffsgründe des Arbeitgebers gegenübergestellt werden.

Nichts anderes gelte regelmäßig für Gesamtzusagen. Auch diese könnten vom Arbeitgeber grundsätzlich unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit geändert werden. Der Arbeitgeber sage mit einer Gesamtzusage im Regelfall nur eine Versorgung nach den jeweils bei ihm geltenden Versorgungsregeln zu. Ihm stehe daher auch ohne Änderungskündigung eine Neuregelung offen. Eine gegebene Änderungsmöglichkeit berechne aber den Arbeitgeber ebenso wenig wie die Betriebsparteien zu beliebigen Eingriffen in die Besitzstände der Arbeitnehmer, sondern auch hier seien die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Daher konnte die unwirksame Betriebsvereinbarung in eine wirksame Gesamtzusage umgedeutet werden. Wie das Gericht darlegt, durfte der Arbeitgeber im Jahr 1993 diese Gesamtzusage grundsätzlich auch ändern. Das BAG konnte allerdings nicht feststellen, ob diese Änderung den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit entsprach. Diese Frage wurde zur Prüfung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Fazit

Die betriebliche Altersversorgung ist teilweise mitbestimmungspflichtig. Der Betriebsrat kann bei der Ausgestaltung eines Versorgungswerkes mitbestimmen, die Entscheidung über die Höhe der zugesagten Leistung obliegt jedoch allein dem Arbeitgeber. Wie die dargestellte Entscheidung zeigt, wird sich im Regelfall gleichwohl auch aus einer unwirksamen Betriebsvereinbarung die Verpflichtung ergeben, Versorgungsleistungen zu erbringen. Um Rechtssicherheit im Unternehmen zu haben, sollte darauf geachtet werden, dass die betriebsverfassungsrechtlich vorgesehenen Instrumentarien rechtskonform umgesetzt werden.

Auch bei der Änderung einer Gesamtzusage ist die Wahl des richtigen "Werkzeugs" entscheidend. Eine Änderung durch Betriebsvereinbarung ist nur dann möglich, wenn die Gesamtzusage "betriebsvereinbarungsoffen" ist. Dies wird zwar in vielen Fällen so sein. Doch gerade wenn der Rechtscharakter – wie hier – nicht eindeutig ist, sollte vor einer Änderung eine sorgfältige Prüfung der erforderlichen Schritte erfolgen.

Keinesfalls darf vergessen werden, dass die Rechtsprechung bei jeder negativen Änderung prüft, ob diese auch den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes entspricht. Die Gründe für eine solche Änderung sollten daher dokumentiert werden, denn ein Rechtsstreit kann sich – wie in diesem Fall – auch erst Jahrzehnte später ergeben.



Dr. Thomas Frank
Senior Associate, München
T +49 (89) 29012 171
thomas.frank@hoganlovells.com

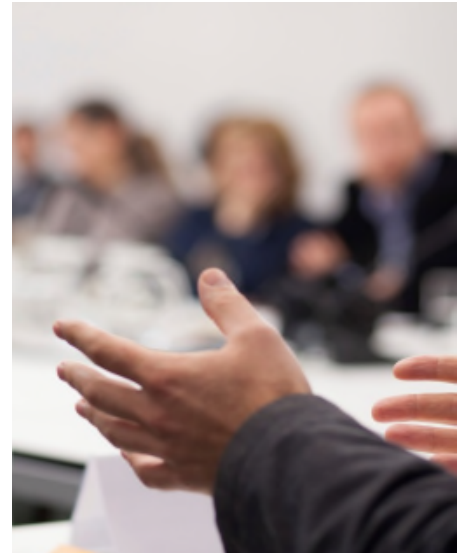
Veranstungskalender

Update Arbeitsrecht Frühjahr 2016

Die Veranstaltung

In gewohnter Art und Weise bringen wir Sie mit unserer Veranstaltungsreihe "Update Arbeitsrecht" an allen deutschen Hogan Lovells Standorten auf den neuesten Stand von Rechtsprechung und Gesetzgebung. Sie erhalten komprimierte Informationen und Handlungsempfehlungen für die betriebliche Praxis u.a. zu folgenden Themen:

- Bericht aus Berlin: Entgeltgleichheit und andere Gesetzesvorhaben der Bundesregierung
- Chancen geben und Perspektiven schaffen – Wie gelingt die Integration von Flüchtlingen in den deutschen Arbeitsmarkt?
- Industrie 4.0 und Digitalisierung: (Global) Virtual Teams
- Aktuelle Rechtsprechung
- Neues aus der betrieblichen Altersversorgung



Teilnehmerkreis

Unsere Veranstaltungsreihe richtet sich an Geschäftsführer, Vorstände und deren Mitarbeiter, Leiter und Mitarbeiter von Personal-, Stabs- und Rechtsabteilungen sowie Führungskräfte mit Personalverantwortung.

Je nach Ihrer zeitlichen und lokalen Präferenz können Sie unsere Veranstaltung in Düsseldorf, München, Hamburg und Frankfurt besuchen:

Datum und Veranstaltungsbeginn	Ort	Veranstaltungsort
Dienstag, 26. April 2016, 18.00 Uhr	Frankfurt	Hogan Lovells, Untermainanlage 1, 60329 Frankfurt
Mittwoch, 27. April 2016, 18.00 Uhr	Düsseldorf	Hogan Lovells, Kennedydamm 24, 40476 Düsseldorf
Donnerstag, 28. April 2016, 18.00 Uhr	Hamburg	Hogan Lovells, Alstertor 21, 20095 Hamburg
Montag, 2. Mai 2016, 18.00 Uhr	München	Hogan Lovells, Karl-Scharnagl-Ring 5, 80539 München

Im Anschluss an den Vortrag laden wir Sie ab ca. 19.30 Uhr zu einem Get-Together ein, bei dem es die Gelegenheit zum Austausch mit anderen Teilnehmern und den Referenten geben wird.

Teilnahme und Anmeldung

Die Teilnahme ist selbstverständlich kostenlos. Bitte melden Sie sich spätestens bis fünf Tage vor Beginn der jeweiligen Veranstaltung unter arbeitsrecht@hoganlovells.com (bitte unter Hinweis, dass Ihre Anmeldung über den Newsletter erfolgt) oder mit dem beigefügten Formular an. Bitte geben Sie dabei an, in welchem unserer Büros Sie an der Veranstaltung teilnehmen möchten. Eine Anmeldung per Newsletter erfordert keine weitere Anmeldung per Einladungskarte, sofern Ihnen eine solche in den nächsten Wochen zugehen sollte.

Wir behalten uns ausdrücklich vor, Anmeldungen zurückzuweisen, etwa weil das maximale Fassungsvermögen unserer Räumlichkeiten erreicht ist.

Update Arbeitsrecht Frühjahr 2016

Ich nehme gerne teil und melde mich hiermit über den Newsletter für folgende Veranstaltung an:

- Frankfurt:** Dienstag, 26. April 2016
- Düsseldorf:** Mittwoch, 27. April 2016
- Hamburg:** Donnerstag, 28. April 2016
- München:** Montag, 2. Mai 2016

Absender (bitte angeben):

Name, Vorname: _____
Firma: _____
Position/Abteilung: _____
Straße: _____
PLZ/Ort: _____
E-Mail: _____

- Ich kann leider nicht teilnehmen.
- Statt meiner wird/werden teilnehmen:
- Ich werde begleitet von:

Name, Vorname: _____
Firma: _____
Position/Abteilung: _____
Straße: _____
PLZ/Ort: _____
E-Mail: _____

Antwort an: Hogan Lovells International LLP
Sebastian Müller
Karl-Scharnagl-Ring 5
80539 München

F: +49 89 / 290 12 222

Newsletterarchiv

2014	Schwerpunktthema
Juli	Gestaltung von Arbeitsverträgen – wichtige Klauseln im Überblick
August	Fremdpersonaleinsatz – quo vadis? Die Reformvorhaben der Großen Koalition im Überblick
September	Arbeitsmedizinische Eignungsuntersuchungen – Beraten Sie noch oder begutachten Sie schon?
Oktober	Das neue Mindestlohngesetz
November	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Update zur allgemeinen Rechtsprechung
Dezember	Betriebsrentenanpassung – BAG eröffnet neue Spielräume für Rentnergesellschaften
2015	Schwerpunktthema
Januar	Sicherheit bei E-Mail-Kontrollen: Einwilligung von Mitarbeitern und Betriebsvereinbarungen zur Durchführung von E-Mail-Kontrollen
Februar	Vom Plan zur Realität: Neue Spielregeln für die (Familien-) Pflegezeit
März	Neues vom Gesetzgeber: Mindestlohn, Frauenquote und Tarifeinheit
April	BEEG-Reform: Das neue Recht zu Elternzeit und Elterngeld – Worauf sich Arbeitgeber einstellen müssen
Mai	Die Ferien stehen vor der Tür: Fragen rund um den Urlaub
Juni	Reform des Betriebsrentenrechts zur Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie
Juli	Flexibler Übergang in den Ruhestand und Beschäftigung von Rentnern – ein Überblick
August	Compliance und Betriebsrat – typische Konfliktfelder und praktische Lösungen
September	Datenschutz am Arbeitsplatz – Was sind die aktuellen Vorgaben der Rechtsprechung?
Oktober	Sonderheft Safe Harbor: Nach dem Ende von Safe Harbor: Wie man Risiken bei der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten in die USA oder andere Drittstaaten vermeidet
November	Beschäftigung von Flüchtlingen in Deutschland – Arbeit als Schlüssel zur Integration
Dezember	Der AÜG-Referentenentwurf – Neue Einschränkungen bei Leiharbeit sowie Werk- und Dienstverträgen geplant
2016	Schwerpunktthema
Januar	Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland
Februar	Mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern – Was bringt der Referentenentwurf des Entgeltgleichheitsgesetzes?
März	Im Dickicht der Zuständigkeiten der Betriebsräte – Zwischen Einzel-, Gesamt- und Konzernbetriebsrat: den richtigen Verhandlungspartner suchen und finden

Hogan Lovells e-Newsletter

Wenn Sie oder Ihre Mitarbeiter anderer Fachabteilungen an weiteren, kostenlosen e-Newslettern von Hogan Lovells interessiert sind, bitten wir um kurze Mitteilung per Fax oder eine E-Mail an unseren Client Service:

Hogan Lovells International LLP

Sebastian Müller

F: +49 89 / 290 12 222

E: sebastian.mueller@hoganlovells.com

Bitte senden Sie mir den e-Newsletter*	Wie sind Sie auf uns aufmerksam geworden?
<input type="checkbox"/> Arbeitsrecht <input type="checkbox"/> Automotive <input type="checkbox"/> Capital Markets <input type="checkbox"/> Chemicals <input type="checkbox"/> Commercial <input type="checkbox"/> Corporate <input type="checkbox"/> Energy <input type="checkbox"/> Financial Services <input type="checkbox"/> Immobilienrecht <input type="checkbox"/> Infrastructure, Public and Project Finance <input type="checkbox"/> Intellectual Property (IP) <input type="checkbox"/> Public Sector <input type="checkbox"/> TMT	<input type="checkbox"/> Empfehlung durch Kollegen <input type="checkbox"/> Veranstaltung von Hogan Lovells <input type="checkbox"/> Newsletter anderer Praxisgruppen <input type="checkbox"/> Internetseite von Hogan Lovells <input type="checkbox"/> Eigene Online-Recherche <input type="checkbox"/> Andere, welche _____

Name, Vorname: _____

Firma: _____

Position/Abteilung: _____

Straße: _____

PLZ/Ort: _____

E-Mail (zwingend): _____

(Bitte in Druckbuchstaben ausfüllen)

*Diese Newsletter von Hogan Lovells International LLP erscheinen kostenlos in regelmäßigen Abständen per E-Mail in deutscher Sprache. Wenn Sie am Weiterbezug eines e-Newsletters nicht mehr interessiert sein sollten, können Sie jederzeit eine E-Mail an Ihren Ansprechpartner bei Hogan Lovells oder die Absenderadresse des jeweiligen Newsletter-Versenders schicken. Sie werden dann umgehend aus den Verteilerlisten genommen.

Ihre Ansprechpartner

Düsseldorf

Kennedydamm 24
40476 Düsseldorf

T +49 (0)211 136 8 0
F +49 (0)211 136 8 100

Dr. Tim Gero Joppich

tim.joppich@hoganlovells.com

Stefan Richter

stefan.richter@hoganlovells.com

Charlotte Neubauer

charlotte.neubauer@hoganlovells.com

Justus Frank

justus.frank@hoganlovells.com

Frankfurt

Untermainanlage 1
60329 Frankfurt am Main

T +49 (0)69 962 36 0
F +49 (0)69 962 36 100

Dr. Kerstin Neighbour

kerstin.neighbour@hoganlovells.com

Tim Wybitul

tim.wybitul@hoganlovells.com

Dr. Wolf-Tassilo Böhm

wolf.boehm@hoganlovells.com

Dr. Sabrina Gäbeler

sabrina.gaebeler@hoganlovells.com

Marlien Telöken

marlien.teloecken@hoganlovells.com

Hamburg

Alstertor 21
20095 Hamburg

T +49 (0)40 419 93 0
F +49 (0)69 419 93 200

Dr. Eckard Schwarz

eckard.schwarz@hoganlovells.com

Matthes Schröder

matthes.schroeder@hoganlovells.com

Dr. Leif Hansen

leif.hansen@hoganlovells.com

Marco Neugeboren

marco.neugeboren@hoganlovells.com

Hamburg

Dr. Claus Asbeck

claus.asbeck@hoganlovells.com

Dr. Sven Schulze

sven.schulze@hoganlovells.com

Julia Jeschke

julia.jeschke@hoganlovells.com

München

Karl-Scharnagl-Ring 5
80539 München

T +49 (0)89 290 12 0
F +49 (0)89 290 12 222

Dr. Ingrid Ohmann

ingrid.ohmann@hoganlovells.com

Dr. Hendrik Kornbichler

hendrik.kornbichler@hoganlovells.com

Bernd Klemm

bernd.klemm@hoganlovells.com

Dr. Lars Mohnke

lars.mohnke@hoganlovells.com

Dr. Thomas Frank

thomas.frank@hoganlovells.com

Dr. Silvia Lang

silvia.lang@hoganlovells.com

Dr. Johannes Wedekind

johannes.wedekind@hoganlovells.com

Moritz Langemann

moritz.langemann@hoganlovells.com

Werner Thienemann

werner.thienemann@hoganlovells.com

Felix Wilking

felix.wilking@hoganlovells.com

Anna Huber

anna.huber@hoganlovells.com

Alicante
Amsterdam
Baltimore
Brüssel
Budapest
Caracas
Colorado Springs
Denver
Dschidda
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt am Main
Hamburg
Hanoi
Ho Chi Minh Stadt
Hongkong
Houston
Johannesburg
London
Los Angeles
Luxemburg
Madrid
Mailand
Mexiko-Stadt
Miami
Minneapolis
Monterrey
Moskau
München
New York
Northern Virginia
Paris
Peking
Perth
Philadelphia
Riad
Rio de Janeiro
Rom
San Francisco
São Paulo
Schanghai
Silicon Valley
Singapur
Sydney
Tokio
Ulaanbaatar
Warschau
Washington, D.C.
Zagreb

Unsere Büros
Kooperationsbüros

www.hoganlovells.com

"Hogan Lovells" oder die "Sozietät" ist eine internationale Anwaltssozietät, zu der Hogan Lovells International LLP und Hogan Lovells US LLP und ihnen nahestehende Gesellschaften gehören.

Die Bezeichnung "Partner" beschreibt einen Partner oder ein Mitglied von Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP oder einer der ihnen nahestehenden Gesellschaften oder einen Mitarbeiter oder Berater mit entsprechender Stellung. Einzelne Personen, die als Partner bezeichnet werden, aber nicht Mitglieder von Hogan Lovells International LLP sind, verfügen nicht über eine Qualifikation, die der von Mitgliedern entspricht.

Weitere Informationen über Hogan Lovells, die Partner und deren Qualifikationen, finden Sie unter www.hoganlovells.com.

Sofern Fallstudien dargestellt sind, garantieren die dort erzielten Ergebnisse nicht einen ähnlichen Ausgang für andere Mandanten. Anwaltswerbung. Abbildungen von Personen zeigen aktuelle oder ehemalige Anwälte und Mitarbeiter von Hogan Lovells oder Models, die nicht mit der Sozietät in Verbindung stehen.

©Hogan Lovells 2016. Alle Rechte vorbehalten.