

DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



INHALT

EDITORIAL

BAG Aktuell:

- Auskunftsanspruch hinsichtlich anderweitigen Erwerbs während Annahmeverzugs

Aus der Rechtsprechung:

- Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge
- Arbeitszeiterfassung per Fingerabdruck-Scanner
- Einsichtsrecht des Betriebsrats in elektronische Personalakte
- Inkrafttreten einer Betriebsvereinbarung in Abhängigkeit von Belegschaftsquorum
- Präsenzsitzung des Gesamtbetriebsrats trotz Corona

EDITORIAL

Wir möchten Sie wieder über einige wichtige aktuelle Entscheidungen des BAG und der Instanzgerichte zu besonders relevanten Themen für Ihre Personalarbeit informieren.

Hinweisen möchten wir Sie insbesondere auf die Entscheidung des BAG vom 27.05.2020, nach der bei Geltendmachung von Annahmeverzugslohn ein Anspruch des Arbeitgebers auf Auskunft über Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters besteht, wodurch Arbeitgebern der Einwand des böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes erleichtert wird.

Wir hoffen, der ARBEITSRECHTSREPORT findet wieder Ihr Interesse.

BAG AKTUELL:

Auskunftsanspruch hinsichtlich anderweitigen Erwerbs während Annahmeverzugs BAG, Urteil vom 27.05.2020 (Az.: 5 AZR 387/19)

Nachdem der Kläger im Kündigungsschutzprozess gegen die beklagte Arbeitgeberin obsiegte, erhob er Klage auf Zahlung von Annahmeverzugslohn. Die Arbeitgeberin erhob den Einwand, der Kläger habe es böswillig unterlassen, anderweitig Verdienst zu erzielen und forderte mit einer Widerklage Auskunft über die dem Kläger von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter während des Annahmeverzugszeitraums übermittelten Stellenangebote. Das Arbeitsgericht gab der Widerklage statt. Das LAG hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Auch die Revision blieb erfolglos.

Nach der Entscheidung des BAG ist der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Auskunft über Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, wenn er Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert und die Einwendung böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs wahrscheinlich begründet ist. Das BAG begründet seine geänderte Rechtsprechung damit, dass der Arbeitnehmer mittlerweile aufgrund der Regelung des § 2 Abs. 5 SGB III zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit angehalten und verpflichtet ist. Ihm könne arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was ihm das Gesetz ohnehin abverlangt.

Inhaltlich habe der Kläger Auskunft über die Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des Jobcenters unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung zu erteilen, und zwar in Textform i.S.v. § 126b S. 1 BGB.

Mit dieser neuen Rechtsprechung des BAG reduziert sich das Annahmeverzugsrisiko für Arbeitgeber in Kündigungsschutzprozessen, können doch Arbeitnehmer nicht mehr auf eine volle Vergütung wegen Annahmeverzug vertrauen, sollten sie zumutbare Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit nicht annehmen.

[Auskünfte über Vermittlungsvorschläge in Textform.](#)

AUS DER RECHTSPRECHUNG: Kündigungsfrist für Geschäftsführerdienstverträge BAG, Urteil vom 11.06.2020 (Az.: 2 AZR 374/19)

Die Beklagte übernahm im Wege eines Betriebsübergangs eine Reha-Klinik. Die Klägerin, die in der Klinik zuvor als Verwaltungsleiterin angestellt war, wurde im Juli 2009 zur Geschäftsführerin bestellt und erhielt einen neuen Anstellungsvertrag, der ein Jahresentgelt von Euro 100.000,00 vorsah. Eine eigenständige Regelung der Frist für die ordentliche Kündigung des Vertrags war nicht enthalten, sondern es wurde lediglich auf „die gesetzliche Kündigungsfrist“ Bezug genommen.

Am 28.02.2018 beschloss die Gesellschafterversammlung, das Anstellungsverhältnis ordentlich zu kündigen und die Klägerin mit Wirkung zum 01.03.2018 abzurufen. Das Anstellungsverhältnis wurde daraufhin mit dem auf den 27.02.2018 datierenden, der Klägerin am Folgetag übergebenen Kündigungsschreiben zum 31.05.2018 gekündigt.

Das Arbeitsgericht gab der Klage gegen die Kündigung statt, das LAG wies sie im Wesentlichen ab. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Nach Auffassung des BAG bedurfte die Kündigung keiner sozialen Rechtfertigung, da die Klägerin zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch Geschäftsführerin war und daher eine Anwendung von § 1 Abs. 2 KSchG ausschied. Das BAG sah das Anstellungsverhältnis der Klägerin nicht als Arbeitsvertrag, sondern als freien Dienstvertrag an. Die nach dem Anstellungsvertrag einschlägige „gesetzliche Kündigungsfrist“ ergebe sich daher aus § 621 Nr. 4 BGB und nicht aus § 622 Abs. 2 BGB. Zwar habe der BGH in älteren Entscheidungen § 622 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. für anwendbar gehalten. Nach der Gesetzesreform 1993 finde jedoch nicht § 622 Abs. 2 BGB, sondern § 621 BGB auf Anstellungsverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern Anwendung, die keine Arbeitsverhältnisse seien. Für die Kündigungsfrist sei daher maßgeblich, nach welchen Zeitabschnitten die Vergütung bemessen ist. Aufgrund des vereinbarten Jahresgehaltes finde § 621 Nr. BGB mit einer Frist von sechs Wochen zum Schluss eines Kalendervierteljahres Anwendung.

Damit entschied das BAG erstmals ausdrücklich, woraus sich die gesetzliche Kündigungsfrist für Dienstverträge von GmbH-Geschäftsführern ergibt. Die bislang herrschende Meinung ging davon aus, dass jedenfalls für Fremdgeschäftsführer § 622 Abs. 1, Abs. 2 BGB Anwendung findet. Diese Auffassung lehnte das BAG nun ausdrücklich ab. Es bleibt abzuwarten, ob sich der BGH dieser Auffassung anschließen wird.

Datenschutzbeauftragter: Kündigungsschutz bei Unterschreiten des Schwellenwertes BAG, Urteil vom 05.12.2019 (Az.: 2 AZR 223/19)

Der Kläger arbeitete seit 2010 bei der Beklagten und war als Datenschutzbeauftragter bestellt. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 31.07.2017. Zum Zeitpunkt der Kündigung beschäftigte die Beklagte nur noch acht Mitarbeiter.

Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage und berief sich auf den Sonderkündigungsschutz nach § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F.

Das BAG urteilte, dass die Kündigung nicht wegen des Sonderkündigungsschutzes gemäß § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F. unwirksam ist. Der Kläger könne sich nicht auf diesen Sonderkündigungsschutz berufen, da die Beklagte bei Zugang der Kündigung in der Regel nicht mehr als neun Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigte.

Das Absinken der Anzahl der Beschäftigten unter den Schwellenwert des § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F. führe dazu, dass der Sonderkündigungsschutz entfällt, ohne dass es eines Widerrufs der Bestellung durch den Arbeitgeber bedarf. Dies folge aus der Auslegung der Norm, die nicht an die ursprüngliche Bestellung, sondern an die gegenwärtige Pflicht zur Bestellung anknüpft.

Endet durch ein Unterschreiten des Schwellenwerts die Funktion als verpflichtender Beauftragter für Datenschutz, beginnt der nachwirkende Sonderkündigungsschutz gemäß § 4f Abs. 3 S. 6 BDSG

Für Arbeitsverhältnisse
geltende Kündigungsfristen
nicht auf Geschäftsführer-
dienstverhältnis anwendbar.

Sonderkündigungsschutz
entfällt automatisch
mit Unterschreiten des
Schwellenwerts.



a.F., da es sich insoweit um eine Abberufung im Sinne der Bestimmung handele. Da sich aus den Feststellungen des LAG nicht feststellen ließ, ob zum Zeitpunkt der Kündigung die Jahresfrist bereits abgelaufen war, wurde der Rechtsstreit an das LAG zurückverwiesen.

Hinweis: Der Gesetzgeber hat inzwischen kleinere Betriebe von der Verpflichtung zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten ausgenommen. Gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG n.F. ist ergänzend zu den Vorgaben der DSGVO ein Datenschutzbeauftragter zu benennen, soweit in der Regel mindestens 20 Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind.

Neuregelung:
Datenschutzbeauftragter
erst in Betrieben ab 20
Personen.

Arbeitszeiterfassung per Fingerabdruck-Scanner LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.06.2020 (Az.: 10 Sa 2130/19)

Der Arbeitgeber betreibt eine radiologische Praxis und führte ein Zeiterfassungssystem ein, das mit einem Fingerabdruck-Scanner bedient wird. Das verwendete System verarbeitet nicht den Fingerabdruck als Ganzes, sondern die Fingerlinienverzweigungen (Minutien). Der als Medizinisch-Technischer Assistent bei der Arbeitgeberin tätige Kläger lehnte eine Benutzung dieses Systems ab. Der Arbeitgeber erteilte ihm deshalb eine Abmahnung, gegen die sich der Kläger wandte. Die Klage hatte vor dem LAG Erfolg.

Das LAG entschied, dass der Kläger die Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte verlangen kann.

Auch wenn das System nur die Fingerlinienverzweigungen verarbeite, handele es sich um biometrische Daten, deren Verarbeitung nach Art. 9 Abs. 2 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nur ausnahmsweise möglich sei. Für den vorliegenden Fall konnte das LAG - auch ausgehend von der Bedeutung der Arbeitszeiterfassung - nicht feststellen, dass eine solche Erfassung unter Einsatz biometrischer Daten im Sinne der Bestimmungen erforderlich sei. Da eine Erfassung ohne Einwilligung des Arbeitnehmers daher nicht zulässig sei, stelle die Weigerung der Nutzung keine Pflichtverletzung dar.

Verarbeitung von
Fingerabdruck nur
ausnahmsweise
zulässig.

Einsichtsrecht des Betriebsrats in elektronische Personalakte LAG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.2020 (Az.: 3 TaBV 65/19)

In einer Gesamtbetriebsvereinbarung über die Einführung und Nutzung von elektronischen Personalakten heißt es in Ziffer 8.3:

„Der Gesamtbetriebsratsvorsitzende und der örtliche Betriebsratsvorsitzende erhält permanenten Zugriff auf die elektronische Personalakte mit Ausnahme der Akten der Leitenden Mitarbeiter und der Mitarbeiter des Personalbereichs. Die örtlichen Betriebsratsvorsitzenden erhalten Zugriff auf die Akten des Wahlbetriebs, für den sie zuständig sind. Der Gesamtbetriebsratsvorsitzende erhält Zugriff auf die Akten des gesamten Unternehmens.“

Als die Arbeitgeberin dem Betriebsrat den Zugriff verwehrte, leitete der Gesamtbetriebsrat ein Beschlussverfahren ein, mit dem er die Einräumung eines Einsichtsrechts in die elektronischen Personalakten für die örtlichen Betriebsratsvorsitzenden, hilfsweise die Feststellung der Unwirksamkeit der Gesamtbetriebsvereinbarung insgesamt geltend machte.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das LAG haben die Anträge zurückgewiesen.

Nach Ansicht des LAG verletzt das generelle Einsichtsrecht der Betriebsratsvorsitzenden in die elektronischen Personalakten der Arbeitnehmer, das nicht von deren Zustimmung abhängig ist, die Arbeitnehmer in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, welches die Betriebsparteien gemäß § 75 Abs. 2 BetrVG bei ihren Regelungen hätten beachten müssen.

Einsichtsrecht des
Betriebsrats nicht ohne
Zustimmung der Arbeit-
nehmer.

Ein derart weitreichendes Einsichtsrecht sei auch zur Kontrolle der Regelungen aus der Gesamtbetriebsvereinbarung weder geeignet noch erforderlich, so dass die Regelung in Ziffer 8.3 unwirksam sei.

Inkrafttreten einer Betriebsvereinbarung in Abhängigkeit von Belegschaftsquorum BAG, Beschluss vom 28.07.2020 (Az.: 1 ABR 4/19)

Die Betriebsparteien schlossen eine Betriebsvereinbarung zu variablen Vergütungsbestandteilen der im Lager beschäftigten Mitarbeiter. Diese sollte unter der Bedingung in Kraft treten, dass 80 % der abgegebenen Stimmen der in den Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung fallenden Arbeitnehmer bis zum Ablauf einer von der Arbeitgeberin gesetzten Frist „einzelvertraglich“ schriftlich zustimmen. Für den Fall des Unterschreitens des Zustimmungsquorums sollte die Arbeitgeberin dies dennoch für ausreichend erklären können.

Der Betriebsrat machte die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung geltend. Arbeitsgericht und LAG haben das Begehren abgewiesen. Die Rechtsbeschwerde vor dem BAG war erfolgreich.

Das BAG entschied, dass die normative Wirkung einer Betriebsvereinbarung nicht von einem Zustimmungsquorum abhängig gemacht werden könne. Eine solche Regelung widerspreche den Strukturprinzipien der Betriebsverfassung, wonach der gewählte Betriebsrat Repräsentant der Belegschaft sei und als Organ der Betriebsverfassung im eigenen Namen kraft Amtes tätig werde und dabei weder an Weisungen der Arbeitnehmer gebunden sei noch sein Handeln deren Zustimmung bedürfe. Eine von ihm abgeschlossene Betriebsvereinbarung gelte kraft Gesetzes unmittelbar und zwingend. Sie gestalte unabhängig vom Willen und der Kenntnis der Parteien eines Arbeitsvertrags das Arbeitsverhältnis und erfasse auch später eintretende Arbeitnehmer. Daher könne die Geltung einer Betriebsverfassung nicht an das Erreichen eines Zustimmungsquorums verbunden mit dem Abschluss einzelvertraglicher Vereinbarungen geknüpft werden.

Geltung einer Betriebsvereinbarung nicht von Zustimmung der Arbeitnehmer abhängig.

Präsenzsitzung des Gesamtbetriebsrats trotz Corona LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24.08.2020 (Az.: 12 TaBVGa 1015/20)

Wegen der mit den überregionalen Zusammentreffen der Betriebsräte aufgrund der Covid-19-Pandemie verbundenen Risiken verbot der Arbeitgeber dem bei ihm gebildeten Gesamtbetriebsrat Präsenzsitzungen und verwies diesen auf die Durchführung der Sitzungen als Video- bzw. Telefonkonferenz. Hiergegen wandte sich der Gesamtbetriebsrat und hielt an der Durchführung der Präsenzveranstaltungen unter Einhaltung der am Veranstaltungsort geltenden gesetzlichen Maßgaben zum Infektionsschutz fest.

Das LAG entschied, dass Präsenzsitzungen der Betriebsräte vom Arbeitgeber hinzunehmen sind. Nach dem Betriebsverfassungsgesetz entscheide der Vorsitzende des Gesamtbetriebsrats über die Einberufung der Sitzung und damit auch über den Sitzungsort. Der Gesamtbetriebsrat könne für die konkret anstehende Sitzung nicht auf eine nach § 129 BetrVG mögliche Sitzung in Form einer Video- oder Telefonkonferenz verwiesen werden, da geheime Wahlen anstünden, deren Durchführung im Rahmen einer Video- oder Telefonkonferenz nicht möglich sei. Eine Risikosteigerung trotz der zu erwartenden Beachtung der Maßgaben zum Infektionsschutz berechtige nicht zur Untersagung der Präsenzveranstaltung. Ob sich für zukünftige Sitzungen ohne anstehende Wahlen etwas andere ergebe, ließ das LAG offen. Es müsse stets im Einzelfall abgewogen werden. Den Antrag des Gesamtbetriebsrats auf eine generelle Erlaubnis von Präsenzsitzungen wies das LAG daher zurück.

Präsenzsitzung des Betriebsrats abhängig vom Einzelfall.

GLAUBER & PARTNER

Rathausstraße 13 | D - 20095 Hamburg
Tel. + 49 - 40 - 32 33 99 - 0 | Fax + 49 - 40 - 32 33 99 - 11
rechtsanwaelte@glauber.de | www.glauber.de

Ihre Ansprechpartner im Arbeitsrecht sind:

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Dirk Uhlmannsiek

Rechtsanwältin

Anja Krüger