

DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



INHALT EDITORIAL

BAG Aktuell:

- Update: Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

Aus der Rechtsprechung:

- Anzahl der Schwerbehinderten sinkt – Schwerbehindertenvertretung bleibt im Amt
- Verhaltensbedingte Kündigung wegen Schlechtleistung
- Tätigkeit als Führungskraft als Befristungsgrund ungeeignet
- Außerordentliche Kündigung eines Hinweisgebers
- Videoüberwachung und Beweisverwertungsverbote

AUS DER GESETZGEBUNG:

- Änderung des Entgeltfortzahlungsgesetzes

EDITORIAL

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

Hinweisen möchten wir Sie insbesondere auch auf die zum 01.01.2023 in Kraft tretende **Änderung des Entgeltfortzahlungsgesetzes**. Hierdurch wird die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für gesetzlich Versicherte nun obligatorisch und zugleich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Papierform weitgehend abgeschafft. Um diesen gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden, empfiehlt sich eine Anpassung Ihrer bestehenden Arbeitsvertragsmuster. Hierbei sind wir Ihnen gerne behilflich.

Geprägt durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie und des Krieges in der Ukraine geht in wenigen Tagen ein Jahr zu Ende, das für uns alle viele Veränderungen und Herausforderungen gebracht hat. Umso mehr wünschen wir Ihnen und Ihrer Familie ein frohes Weihnachtsfest und für das Jahr 2023 Glück und Gesundheit.

BAG AKTUELL:

Update: Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

BAG, Beschluss vom 13.09.2022 (Az.: 1 ABR 22/21)

Das BAG hat seine vielbeachtete Entscheidung zur Arbeitszeiterfassung (siehe ARBEITSRECHTSREPORT Nr. 50) nunmehr begründet. Danach sind Arbeitgeber nach unionsrechtskonformer Auslegung von § 3 Abs. 2 Nr. 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) verpflichtet, ein System zur Erfassung der von ihren Arbeitnehmern geleisteten täglichen Arbeitszeit einzuführen, das „objektiv und verlässlich“ Beginn und Ende und damit die Dauer der Arbeitszeit einschließlich Überstunden umfasst. Es bestehe eine objektive Handlungspflicht, d.h. die Verpflichtung besteht bereits aktuell und bezieht sich auf alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG.

Offen bleibt nach der Entscheidung des BAG, ob die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung auch bezüglich der leitenden Angestellten gilt, was nach derzeit wohl überwiegender Auffassung allerdings verneint wird.

Die Pflicht zur Einführung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung beschränkt sich nach Auffassung des BAG nicht darauf, den Arbeitnehmern ein solches System zur freigestellten Nutzung zur Verfügung zu stellen. Der Arbeitgeber müsse hiervon auch Gebrauch machen, es also verwenden. Zudem müsse die Arbeitszeit nicht nur erhoben, sondern auch aufgezeichnet werden.

Wie die Arbeitszeit zu erfassen ist, definiert das BAG hingegen nicht. Es hat in seiner Entscheidung stattdessen ausdrücklich klargestellt, dass – solange vom Gesetzgeber keine konkretisierenden Regelungen getroffen wurden – ein gewisser Gestaltungsspielraum bestehe. Die Zeiterfassung müsse nicht ausnahmslos und zwingend elektronisch erfolgen, sondern könne beispielsweise – je nach Tätigkeit und Unternehmen – auch in Papierform erfolgen. Zudem sei nicht ausgeschlossen, die Aufzeichnung der betreffenden Zeiten an die Arbeitnehmer zu delegieren.

Es ist ein System einzuführen, dass Beginn und Ende der Arbeitszeit erfasst.

Arbeitszeit muss nicht nur erhoben, sondern auch aufgezeichnet werden.



Im Falle einer Verletzung der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung drohen bis auf weiteres unmittelbar keine Geldbußen, da Verstöße gegen § 3 ArbSchG keine Ordnungswidrigkeit nach § 25 ArbSchG begründen. Mittelbar kommt eine Bußgeldfestsetzung jedoch in dem Falle in Betracht, dass die Arbeitsschutzbehörde Auflagen zur Arbeitszeiterfassung (§ 22 Abs. 3 ArbSchG) erteilt, die sodann nicht erfüllt werden.

Vertrauensarbeitszeitmodelle dürften weiterhin möglich sein, allerdings nur, soweit hierunter selbstbestimmtes Arbeiten mit eigener, freier Zeiteinteilung verstanden wird und der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit selbst aufzeichnet.

Vertrauensarbeitszeit in Grenzen weiter möglich.

Das Arbeitsministerium hat bereits angekündigt, im kommenden Jahr eine gesetzliche Regelung zur Zeiterfassung auf den Weg zu bringen. Welche Anforderungen diese dann an Zeiterfassungssysteme stellen wird, bleibt abzuwarten.

AUS DER RECHTSPRECHUNG:

Anzahl der Schwerbehinderten sinkt – Schwerbehindertenvertretung bleibt im Amt BAG, Beschluss vom 19.10.2022 (Az.: 7 ABR 27/21)

Nachdem die Anzahl der schwerbehinderten Beschäftigten und ihnen Gleichgestellten in seinem Betrieb unter die gemäß § 177 Abs.1 S. 1 SGB IX zur Gründung einer Schwerbehindertenvertretung maßgebliche Schwelle von fünf abgesunken war, hatte der Arbeitgeber dieser schriftlich mitgeteilt, dass sie aus seiner Sicht nicht mehr existiere. Daraufhin verlangte die Schwerbehindertenvertretung gerichtlich die Feststellung, dass ihr Amt nicht vorzeitig beendet sei.

Das BAG schloss sich der Auffassung der Schwerbehindertenvertretung an. Das Gesetz enthalte keine ausdrückliche Regelung, wonach die Schwerbehindertenvertretung erlösche, sobald die Anzahl der schwerbehinderten Menschen im Betrieb unter den Schwellenwert des § 177 Abs. 1 S.1 SGB IX gefallen ist. Auch sei es weder aus gesetzessystematischen Gründen noch im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Schwellenwertes geboten, dass die Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung bei einem relevanten Absinken der Anzahl schwerbehinderter Menschen im Betrieb vorzeitig ende.

Amt der Schwerbehindertenvertretung endet nicht vorzeitig.

Verhaltensbedingte Kündigung wegen Schlechtleistung LAG Köln, Urteil vom 03.05.2022 (Az.: 4 Sa 762/21)

Nach einem Wechsel seines Arbeitsplatzes erreichte ein Kommissionierer in einem Großhandelslager in keinem Monat der darauffolgenden Jahre die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Rahmen einer Betriebsvereinbarung zur Prämienentlohnung vereinbarte Basisleistung. Die Arbeitgeberin führte daher mit dem Arbeitnehmer im Jahr 2019 zwei Personalgespräche und erteilte ihm im Januar und im März 2020 jeweils eine Abmahnung wegen bewusster Zurückhaltung seiner Arbeitsleistung. Da sich die Arbeitsleistung nicht besserte und die Durchschnittsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer um mehr als ein Drittel unterschritt, kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis ordentlich.

Sowohl Arbeitsgericht als auch LAG wiesen die hiergegen gerichtete Klage ab. Das LAG führte aus, auch auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen seien geeignet, eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Der Inhalt der Leistungspflicht eines Arbeitnehmers richte sich nach seinem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen. Ein objektiver Maßstab könne nicht angelegt werden. Jedoch sei das von der Arbeitgeberin dargelegte deutliche und längerfristige Unterschreiten des Mittelwertes ein erkennbarer Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer seine Reserven nicht ausschöpfe. Daher sei es Sache des Arbeitnehmers, auf den Vortrag der Arbeitgeberin substantiiert zu entgegnen. Er müsse das Zahlenwerk und seine Aussagefähigkeit im Einzelnen bestreiten und/oder darlegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpfe. Dies hatte der Arbeitnehmer im vorliegenden Fall nicht getan.

Slechtleistung kann Kündigung rechtfertigen.

Tätigkeit als Führungskraft als Befristungsgrund ungeeignet BAG, Urteil vom 01.06.2022 (Az.: 7 AZR 151/21)

Der Kläger war bei dem beklagten Klinikum seit dem 01.07.2013 auf der Grundlage eines bis zum 30.06.2018 befristeten Dienstvertrages als geschäftsführender Direktor tätig. Mit einem Änderungsvertrag vom 29.06.2015 vereinbarten die Parteien eine Befristung bis zum 31.12.2019 sowie eine



Erhöhung der Vergütung. Nach einer Änderung der Hauptsatzung der Beklagten war der Kläger sodann als kaufmännischer Direktor tätig. Der Kläger machte die Unwirksamkeit der im Änderungsvertrag vereinbarten Befristung geltend.

Das BAG erklärte die Befristung des Arbeitsvertrags als unwirksam. Sie sei nicht durch den sachlichen Grund der Eigenart der Arbeitsleistung gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt. Auch wenn das Gesetz nicht näher bestimme, welche Eigenarten der Arbeitsleistung die Befristung eines Arbeitsvertrags rechtfertigen, so solle die Vorschrift insbesondere den verfassungsrechtlichen Besonderheiten der Rundfunkfreiheit und der Freiheit der Kunst Rechnung tragen, sei hierauf aber nicht beschränkt. Eine Befristung sei nur möglich, wenn die Arbeitsleistung Besonderheiten aufweise, aus denen sich ein berechtigtes Interesse der Parteien, insbesondere des Arbeitgebers, ergebe, statt eines unbefristeten einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen. Diese besonderen Umstände müssten das Interesse des Arbeitnehmers an der Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses überwiegen. Für die Beurteilung maßgebend seien hierbei die Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dies gelte auch dann, wenn sich die Tätigkeit des Arbeitnehmers während der Dauer des (befristeten) Arbeitsverhältnisses ändere.

An einem solchen überwiegenden Interesse der Beklagten an einer Befristung fehlte es vorliegend. Weder eine „Weisungsfreiheit“ des Klägers noch eine möglicherweise mit seiner Position einhergehende Stellung als „Gegenorgan zum Vorstand“ reiche für ein anerkanntes Befristungsinteresse aus. Auch eine geschäftsführerähnliche Stellung oder der Umstand, dass ein Arbeitnehmer leitender Angestellter i.S.d. § 14 Abs. 2 KSchG sei, seien keine die Befristung rechtfertigenden Sachgründe.

Interesse des Arbeitgebers an Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags muss überwiegen.

Führungsposition rechtfertigt keine Befristung.

Außerordentliche Kündigung eines Hinweisgebers LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.05.2022 (Az.: 2 Sa 349/21)

Die Klägerin, Sachbearbeiterin in der Buchhaltung der Beklagten, äußerte wiederholt gegenüber Kollegen, dass die Beklagte ihr kündigen wolle. Zudem äußerte sie, dass sie sich von der Beklagten beobachtet fühle und glaube, dass diese eine Software einsetze, um sie zu überwachen. Die Beklagte wies die Anschuldigungen zurück und verlangte deren Unterlassung. Hierauf erstattete die Klägerin Anzeige gegen die Beklagte wegen offensichtlich ungerechtfertigter Beobachtung ihrer Person, woraufhin die Beklagte der Klägerin außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich kündigte. Das von der Staatsanwaltschaft eingeleitete Ermittlungsverfahren wurde mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt und die Kündigungsschutzklage der Klägerin vom Arbeitsgericht abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Das LAG führte aus, dass die Klägerin mit ihrer Anzeige die ihr obliegende arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten nach § 241 Abs. 2 BGB erheblich verletzt habe. Dies sei ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche Kündigung. Die Einschaltung der Staatsanwaltschaft durch einen Arbeitnehmer wegen eines vermeintlich strafbaren Verhaltens des Arbeitgebers als Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte stelle zwar im Regelfall noch keine Pflichtverletzung dar, die eine Kündigung rechtfertigen würde. Sollte der Arbeitnehmer dabei jedoch wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben machen, gelte dieser Grundsatz nicht. Vorliegend habe die Klägerin weder in räumlicher, zeitlicher noch in inhaltlicher Hinsicht hinreichende Anhaltspunkte vorgetragen, um ihre Vorwürfe zu untermauern. Da die Haltlosigkeit der Vorwürfe ohne Weiteres erkennbar gewesen sei, sei die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auch schuldhaft und damit der Klägerin vorwerfbar. Eine Abmahnung sei aufgrund des rücksichtslosen Verhaltens der Klägerin entbehrlich gewesen.

Wissentlich oder leichtfertig falschen Angaben bei Strafanzeige können fristlose Kündigung rechtfertigen.

Videoüberwachung und Beweisverwertungsverbote LAG Niedersachsen, Urteil vom 06.07.2022 (Az.: 8 Sa 1150/20)

Nachdem eine Arbeitgeberin ihre Videoüberwachungsaufnahmen und ihr Zeiterfassungssystem ausgewertet hatte, sah sie es als erwiesen an, dass ein Arbeitnehmer an mehreren Tagen die Erbringung seiner Arbeitsleistung lediglich vorgetäuscht hatte. Daher kündigte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer außerordentlich, hilfsweise ordentlich.

Das LAG gab der hiergegen gerichteten Kündigungsschutzklage statt, da die behaupteten Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers nicht erwiesen seien und diesbezüglich auch kein hinreichend dringender Verdacht bestehe. Die Arbeitgeberin habe keine Beweise für ihre Behauptungen erbracht, da es ihr verwehrt sei, Daten, die sie mithilfe der elektronischen Anwesenheitserfassung gewonnen hat, in

>

das Verfahren einzuführen. In der Betriebsvereinbarung über die Einführung einer elektronischen Anwesenheitserfassung sei ausdrücklich geregelt, dass keine personenbezogene Auswertung von Daten erfolge. Diese Regelung gelte unmittelbar und zwingend und räume den betroffenen Arbeitnehmern eigene Rechte ein. Videoaufzeichnungen und die angebotenen Aussagen von Zeugen, die diese Aufzeichnungen angesehen und ausgewertet hätten, seien ebenfalls nicht verwertbar, da die Beklagte in einem Betriebskonzept und auf der Beschilderung einer Videoüberwachungsanlage erklärt hatte, Videodateien lediglich 96 Stunden aufzubewahren, wogegen sie verstoßen habe.

Kündigung scheitert, obwohl Videoaufnahme Arbeitszeitbetrug zeigt.

Zudem greife auch ein allgemeines Beweisverwertungsverbot, da die prozessuale Verwertung der Daten das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers verletze. Denn zur Kontrolle geleisteter Arbeitszeiten sei eine Videoüberwachungsanlage an den Eingangstoren eines Betriebsgeländes in der Regel weder geeignet noch erforderlich.

Allgemeines Beweisverwertungsverbot.

Die Heranziehung, Betrachtung und Auswertung von Videoaufzeichnungen der an den Toreingängen angebrachten Kameras zum Zwecke der Prüfung des Kündigungsvorwurfs stelle eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten von Beschäftigten gemäß § 26 Abs. 1 BDSG dar. Diese sei jedoch weder für die Durchführung oder die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses noch für die Aufdeckung einer Straftat erforderlich gewesen. Das Beweisverwertungsverbot erstreckte sich hierbei auch auf die Vernehmung von Zeugen über die bei der Sichtung der Videoaufzeichnungen gemachten Beobachtungen.

Es bleibt abzuwarten, wie das BAG über die anhängige Revision (Az.: 2 AZR 299/22) entscheiden wird.

AUS DER GESETZGEBUNG: Änderung des Entgeltfortzahlungsgesetzes

Zum 01.01.2023 tritt die Neufassung des § 5 EFZG in Kraft. Damit wird die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) im Rahmen des Arbeitsverhältnisses obligatorisch eingeführt und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (AU) in Papierform weitestgehend abgeschafft. So entfällt die Verpflichtung gesetzlich versicherter Arbeitnehmer, ihren Arbeitgebern eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Papierform vorzulegen, sofern sie sich von einem Arzt krankschreiben lassen, der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt. Stattdessen sind Arbeitgeber zukünftig verpflichtet, die AU-Daten elektronisch bei den Krankenkassen selbst abzurufen, nachdem sie von ihren Arbeitnehmern über deren Arbeitsunfähigkeit informiert wurden. Ein regelmäßiger oder pauschaler Abruf von eAU-Daten durch Arbeitgeber ist dagegen nicht zulässig.

Elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ersetzt Papierform.

Für privat versicherte Arbeitnehmer oder für AU-Bescheinigungen durch Ärzte, die nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, gelten weiterhin die bisherigen Regelungen.

Keine Änderungen für privat Versicherte.

Da bislang übliche arbeitsvertragliche Regelungen (gleiches gilt für Betriebsvereinbarungen), die Arbeitnehmer dazu verpflichten, ihrem Arbeitgeber eine AU-Bescheinigung in Papierform vorzulegen, ab dem 01.01.2023 wegen eines Gesetzesverstößes gemäß § 134 BGB unwirksam sein dürften, sollten Sie Ihre Musterarbeitsverträge auf Anpassungsbedarf hin überprüfen. Hierbei sind wir Ihnen gerne behilflich.

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