

DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



INHALT EDITORIAL

BAG AKTUELL:

- Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung ersetzt kein bEM

AUS DER RECHTSPRECHUNG:

- Darlegungslast bezüglich Fortsetzungs-erkrankungen
- Kündigung wegen diskriminierender Beleidigung
- Betriebsbedingte Kündigung wegen Aufgabenverlagerung
- Kündigung einer Home-Office-Vereinbarung
- Auswirkung von Krankheit auf Urlaubsansprüche in der Altersteilzeit
- Nicht jeder Verstoß gegen die DSGVO führt zu Schadensersatz

AUS DER GESETZGEBUNG:

- Hinweisgeberschutzgesetz tritt zum 02.07.2023 in Kraft

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 auf eine Entscheidung des BAG, wonach die Durchführung eines bEM-Verfahrens nicht von der vorherigen Unterzeichnung einer Datenschutzerklärung abhängig gemacht werden darf und die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung die Durchführung eines bEM-Verfahrens nicht entbehrlich macht.

Darüber hinaus möchten wir Sie über das neue **Hinweisgeberschutzgesetz** informieren, das bereits am 02.07.2023 in Kraft treten wird. Hierdurch werden Arbeitgeber mit mindestens 50 Beschäftigten zur Errichtung einer internen Meldestelle verpflichtet.

Wir hoffen, dass der ARBEITSRECHTSREPORT wieder Ihr Interesse findet.

BAG AKTUELL:

Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung ersetzt kein bEM
BAG, Urteil vom 15.12.2022 (Az.: 2 AZR 162/22)

Eine über mehrere Jahre arbeitsunfähig erkrankte und einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Arbeitnehmerin nahm die Einladung zu einem betrieblichen Eingliederungsmanagement (bEM) an, unterließ es jedoch, die von der Arbeitgeberin vorformulierte Datenschutzerklärung über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen sowie Gesundheitsdaten zu unterzeichnen. Dies trotz mehrmaliger Aufforderung und Hinweis darauf, dass die Durchführung des bEM ohne die Unterzeichnung der Datenschutzerklärung nicht möglich sei. Daraufhin entschied sich die Arbeitgeberin zur Kündigung und beantragte die Zustimmung des Integrationsamtes zu dieser. Nach Erteilung der Zustimmung kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis krankheitsbedingt.

Das BAG hielt die Kündigung für unwirksam. Denn die Arbeitgeberin habe die Durchführung des bEM nicht von der Unterzeichnung der Datenschutzerklärung abhängig machen dürfen. Es sei der Arbeitgeberin auch ohne unterzeichnete Erklärung möglich und zumutbar gewesen, zunächst mit dem beabsichtigten bEM zu beginnen. Datenschutzrechtliche Fragen seien erst dann von Bedeutung, wenn sich die Beteiligten im Rahmen des bEM darüber verständigt hätten, welche Angaben bezüglich des Gesundheitszustands für eine Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten voraussichtlich erforderlich sind. Aufgrund des nicht durchgeführten bEM oblag der Arbeitgeberin im Prozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein bEM nicht dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten der Arbeitnehmerin entgegenzuwirken oder diese zumindest zu vermindern und so das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Dieser Darlegungs- und Beweislast konnte die Arbeitgeberin nicht nachkommen. Auch der Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes begründe keine Vermutung, dass ein bEM eine Kündigung nicht hätte verhindern können.

bEM nicht von Unterzeichnung der Datenschutzerklärung abhängig.

AUS DER RECHTSPRECHUNG:**Darlegungslast bezüglich Fortsetzungserkrankungen
BAG, Urteil vom 18.01.2023 (Az.: 5 AZR 93/22)**

Nach wiederholter Erkrankung eines Arbeitnehmers verweigerte der Arbeitgeber diesem die Entgeltfortzahlung mit der Begründung, es handle sich bei den Erkrankungen des Arbeitnehmers um Folgeerkrankungen gemäß § 3 I 2 EFZG und der Entgeltfortzahlungszeitraum sei überschritten. Mit seiner Klage machte der Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung für zehn Krankheitstage geltend. Die Klage blieb ohne Erfolg.

Das BAG stellte mit seiner Entscheidung klar, dass Arbeitgeber in den ersten sechs Wochen einer Erkrankung das Arbeitsentgelt von Arbeitnehmern fortzuzahlen haben und dies beliebig oft geschehen könne, sofern die Arbeitsunfähigkeit nicht wiederholt auf „derselben Krankheit“ beruht. Andernfalls seien die Sperrfristen des § 3 I 2 EFZG zu beachten. Komme es zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Streitigkeiten darüber, ob eine Folgeerkrankung vorliegt, gelte eine abgestufte Darlegungslast. Zunächst müsse der Arbeitnehmer etwa durch ärztliche Bescheinigung darlegen, dass keine Folgeerkrankung vorliege. Bestreitet der Arbeitgeber daraufhin das Nichtvorliegen einer Folgeerkrankung, habe der Arbeitnehmer vorzutragen, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben. Ein bloßer Verweis auf Diagnoseschlüssel nach der ICD-10-Klassifikation genüge insoweit nicht. Zudem müsse der Arbeitnehmer seine behandelnden Ärzte nennen und diese von der Schweigepflicht entbinden. Andernfalls könne der beweisbelastete Arbeitgeber nicht substantiiert vortragen. Diese Anforderungen hatte der Arbeitnehmer jedoch nicht erfüllt und zudem nur zu ausgewählten Fehlzeiten vorgetragen.

Bestreiten des Arbeitgebers erfordert Offenlegung gesundheitlicher Beeinträchtigungen.

**Kündigung wegen diskriminierender Beleidigung
LAG Hamburg, Urteil vom 17.11.2022 (Az.: 1 Sa 40/22)**

Der 56-jährige schwerbehinderte Kläger war seit 23 Jahren ohne Zwischenfälle bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt am Empfang. Kurz vor Schichtwechsel meldete sich ein ausländischer Kollege, der die ebenfalls ausländische Kollegin des Klägers an diesem Tag ablösen sollte, dass er sich um ein paar Minuten verspäte. Daraufhin äußerte der Kläger laut: „Ich hasse die scheiß Ausländer“. Als der Mitarbeiter dann ca. 10 bis 15 Minuten später am Empfang erschien, begrüßte der Kläger diesen mit den Worten: „Du bist zu spät, Arschloch“. Die Äußerungen des Klägers wurden hierbei neben seinen Arbeitskollegen auch von einem externen Kurierfahrer wahrgenommen. Nachdem die Beklagte von den Äußerungen des Klägers Kenntnis erlangt hatte, hörte sie diesen zu den Vorfällen an. In der Anhörung bestritt der Kläger die Vorwürfe, woraufhin die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos kündigte. Sowohl ArbG als auch LAG wiesen die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage ab.

Das LAG führte aus, dass im Rahmen der Interessenabwägung hohe Maßstäbe an die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung anzulegen seien. Insbesondere die lange abmahnungsfreie Betriebszugehörigkeit sowie die durch Alter und Schwerbehinderung bedingten schlechten Chancen des Klägers auf dem Arbeitsmarkt seien zu seinen Gunsten zu beachten. Trotzdem sei der Beklagten eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, nicht zumutbar gewesen, denn dafür wögen die diskriminierenden Äußerungen des Klägers zu schwer.

Dass der Kläger sich nie für sein Verhalten entschuldigt habe, sondern dieses bis zuletzt bestritt, erhöhe zudem die Wiederholungsgefahr und daher auch die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung. Auch die Örtlichkeit der Äußerungen in einem öffentlichen Bereich wirkten sich zu Ungunsten des Klägers aus, da die Äußerungen von Dritten wahrgenommen werden konnten. Zudem schloss das Gericht eine Affekthandlung des Klägers aus, da zwischen den beiden Äußerungen mindestens zehn Minuten gelegen hätten.

Fehlende Entschuldigung kann Wiederholungsgefahr erhöhen.

**Betriebsbedingte Kündigung wegen Aufgabenverlagerung
BAG, Urteil vom 28.02.2023 (Az.: 2 AZR 227/22)**

Nachdem eine Arbeitgeberin bestimmte Aufgaben an eine Schwestergesellschaft im Konzern übertragen hatte, hatte diese keine Verwendung mehr für die Arbeitsleistung des Klägers. Daher kündigte sie diesem aus betriebsbedingten Gründen. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage blieb in allen Instanzen erfolglos.

Nach Auffassung des BAG war die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Denn durch die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung der Beklagten, die Stelle des Klägers zu streichen und dessen Aufgaben an ein konzernangehöriges Drittunternehmen zu vergeben, sei das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen. Arbeitgeber seien bis zur Grenze der Willkür nicht gehindert, auch wirtschaftlich nicht zwingend notwendige Organisationsentscheidungen zu treffen. Unternehmerische Entscheidungen seien lediglich daraufhin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind. Dies sei hier nicht der Fall. Auch das Recht festzulegen, ob bestimmte Arbeiten weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Drittunternehmen vergeben werden, gehöre zur unternehmerischen Freiheit. Dies gelte auch für die Aufgabenverlagerung zwischen Konzernunternehmen, sofern es sich nicht um abhängige (Tochter-)Unternehmen handele. Ob hierdurch tatsächlich Kosten gespart würden, sei irrelevant.

Wirtschaftlich nicht zwingende Organisationsentscheidungen bis zur Willkürgrenze möglich.

Kündigung einer Home-Office-Vereinbarung LAG Hamm, Urteil vom 16.03.2023 (Az.: 18 Sa 832/22)

Auf Grundlage eines bereits bestehenden Arbeitsvertrags schloss eine Arbeitgeberin mit einem ihrer Arbeitnehmer eine Home-Office-Vereinbarung, die beiden Seiten das Recht einräumte, die Vereinbarung mit einer Frist von einem Monat schriftlich zu kündigen. Aufgrund eines veränderten Aufgabenprofils kündigte die Arbeitgeberin die Home-Office-Vereinbarung fristgemäß und verlangte von dem Arbeitnehmer, seine Arbeitsleistung fortan wieder im Betrieb zu erbringen. Hiergegen klagte der Arbeitnehmer und machte geltend, dass die Home-Office-Vereinbarung als Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) einer Inhaltskontrolle unterläge, die darin enthaltene Kündigungsklausel gegen das Transparenzgebot verstoße und eine Umgehung kündigungsrechtlicher Vorschriften darstelle.

Nachdem das ArbG der Klage stattgegeben hatte, wies das LAG Hamm diese ab.

Das LAG führte aus, dass eine Teilkündigung, also eine Kündigung, die nur einzelne Bestandteile des Arbeitsverhältnisses betrifft, grundsätzlich unzulässig sei, da Vertragsbedingungen nicht einseitig gegen den Willen des Vertragspartners geändert werden könnten. Anders verhalte es sich jedoch, wenn dem Kündigenden ein Recht zur Teilkündigung eingeräumt worden sei. In diesem Fall erfolge die Teilkündigung nicht gegen den Willen des Vertragspartners, sondern aufgrund des eingeräumten Teilkündigungsrechts. Vor diesem Hintergrund erachtete das LAG das zwischen den Parteien geschlossene beiderseitige Teilkündigungsrecht als wirksam, selbst wenn die Home-Office-Vereinbarung AGB darstelle. Die Home-Office-Vereinbarung beträfe nicht die wechselseitigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, sondern lediglich den Ort der Arbeitsleistung. Dieser sei kündigungsrechtlich nicht besonders geschützt, sondern unterläge dem Direktionsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 GewO. Daher stelle die Regelung keine unzulässige Umgehung von Kündigungsschutzvorschriften dar und halte auch im Übrigen der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB stand.

Zulässige Teilkündigung aufgrund vereinbarten Teilkündigungsrechts.

Auswirkung von Krankheit auf Urlaubsansprüche in der Altersteilzeit EuGH, Urteil vom 27.04.2023 (Az.: C-192/22)

Nachdem ein Arbeitnehmer krankheitsbedingt einen Teil seines Urlaubs nicht vor Beginn der zwischen ihm und der Arbeitgeberin vereinbarten Freistellungsphase seiner Altersteilzeit nehmen konnte, verlangte er hierfür Abgeltung. Die Arbeitgeberin hielt dem entgegen, dass der Urlaubsanspruch gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG am 31. März des auf das Entstehungsjahr des Urlaubsanspruchs folgenden Jahres verfallen sei.

Sowohl ArbG als auch LAG wiesen die Klage ab und folgten der Argumentation der Arbeitgeberin. Im Zuge der anschließenden Revision hatte das BAG Zweifel, ob § 7 BUrlG und dessen Auslegung durch die Vorinstanzen mit dem Europarecht vereinbar ist und legte den Sachverhalt dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

Der EuGH führte aus, dass § 7 BUrlG nicht mit dem Europarecht vereinbar sei. Dem Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub komme als tragender Grundsatz des Sozialrechts der Union nicht nur besondere Bedeutung zu, sondern er sei auch in Art. 31 II der Charta ausdrücklich verankert. Der Jahresurlaub stelle hierbei nur einen der zwei Aspekte des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub dar. Denn Art. 7 II der Richtlinie 2003/88 sehe vor, dass Arbeitnehmer Anspruch auf eine finanzielle Vergütung haben, wenn es ihnen aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmöglich >

geworden ist, tatsächlich bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Dies solle verhindern, dass dem Arbeitnehmer wegen der Unmöglichkeit jeder Genuss des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub, selbst in finanzieller Form, verwehrt bleibt. Daher sei Art. 7 der Richtlinie 2003/88 in Verbindung mit Art. 31 II der Charta dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die vorsieht, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, den ein Arbeitnehmer durch die Ausübung seiner Arbeit im Rahmen einer Altersteilzeit erworben hat, mit Ablauf des Urlaubsjahres oder zu einem späteren Zeitpunkt erlischt, wenn der Arbeitnehmer vor der Freistellungsphase wegen Krankheit daran gehindert war, diesen Urlaub zu nehmen. Dies gelte auch bei langen krankheitsbedingten Abwesenheiten.

Urlaub, der vor der Freistellungsphase krankheitsbedingt nicht genommen werden kann, verfällt nicht.

Nicht jeder Verstoß gegen die DSGVO führt zu Schadensersatz EuGH, Urteil vom 04.05.2023 (Az.: C-300/21)

Die österreichische Post hatte unter Einsatz eines Algorithmus demografische Merkmale ausgewertet und so Informationen zu Präferenzen für politische Parteien ermittelt. Da der hiervon betroffene Kläger hierin nicht eingewilligt hatte, machte er einen immateriellen Schaden geltend und forderte Schadenersatz in Höhe von 1.000 €.

Der EuGH lehnte den Anspruch des Klägers ab und stellte klar, dass ein Verstoß gegen die DSGVO alleine nicht für die Begründung eines Schadenersatzanspruches genüge. Für das Bestehen eines Schadenersatzanspruches müsse ein feststellbarer Schaden entstanden sein, für den der Verstoß gegen die DSGVO zudem kausal sein müsse. Das Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle sei für das Bestehen eines Anspruches hingegen nicht erforderlich. Sofern ein Schaden vorliege, sei es Sache der nationalen Gerichte, Kriterien für die Ermittlung des Umfangs des Schadenersatzes zu entwickeln.

Verstoß gegen die DSGVO muss kausal für Schaden sein.

AUS DER GESETZGEBUNG: Hinweisgeberschutzgesetz tritt zum 02.07.2023 in Kraft

In (verspäteter) Umsetzung der EU-Whistleblower-Richtlinie in nationales Recht tritt zum 02.07.2023 das Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) in Kraft. Die darin enthaltenen Bußgeldandrohungen treten aufgrund einer Übergangsfrist jedoch erst zum 02.12.2023 in Kraft.

Das HinSchG findet Anwendung bei Meldung und Offenlegung von Verstößen gegen Straf- und Bußgeldvorschriften sowie gegen ausgewählte Landes-, Bundes und europarechtliche Vorschriften (Whistleblower-Schutz). Es verpflichtet Arbeitgeber mit mindestens 50 Beschäftigten u.a. zur Einführung eines Hinweisgeberverfahrens („interne Meldestelle“). Arbeitgeber mit mehr als 250 Beschäftigten sind verpflichtet, eine solche interne Meldestelle umgehend, also bereits ab dem 02.07.2023 einzurichten, Arbeitgeber mit weniger Beschäftigten erst ab dem 17.12.2023.

Pflicht zur Einführung eines Hinweisgeberverfahrens („interne Meldestelle“).

Unternehmen können die interne Meldestelle selbst betreiben oder aber einen „Dritten“ mit deren Aufgaben beauftragen. Da die erforderliche Unabhängigkeit der eigenen Mitarbeiter nur schwer zu gewährleisten ist und auch der Zugriff von nicht berechtigten Personen auf Daten des Hinweisgebers kaum verhindert werden kann, dürfte sich eine interne Meldestelle mit eigenen Mitarbeitern in der Regel verbieten.

Das HinSchG kann eine Anpassung bestehender Arbeitsvertragsmuster erforderlich machen, damit darin enthaltene Regelungen - z.B. zu Versetzung und Freistellung - auch künftig ihre Gültigkeit behalten. Gerne sind wir Ihnen bei der Einrichtung einer internen Meldestelle, der Anpassung von Vertragsmustern, der Erstellung einer verbindlichen Meldewegregelung und bei sonstigen Fragen zum neuen HinSchG 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

www.der-arbeitsrechtsreport.de