

# DER ARBEITSRECHTSREPORT

herausgegeben von den Rechtsanwälten der Sozietät

GLAUBER & PARTNER



## INHALT

### EDITORIAL

#### BAG Aktuell:

- Frage nach Bestehen einer Schwerbehinderung

#### Aus der Rechtsprechung:

- Verfall von Urlaubsansprüchen langzeiterkrankter Arbeitnehmer
- Anspruch auf Sonderzahlung trotz Freiwilligkeitsvorbehalt
- Löschung persönlicher Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer von der Homepage
- Vor Zugriff durch den Arbeitgeber geschützte Dateien des Betriebsrats

#### Aus der Gesetzgebung:

- Gesetzesänderung: Smartphones und Software dürfen Arbeitnehmern steuerfrei überlassen werden

## EDITORIAL

Mit der ersten Ausgabe des ARBEITSRECHTSREPORTS im Jahre 2012 möchten wir Sie wieder über einige wichtige instanz- und höchstrichterliche Entscheidungen der Arbeitsgerichte sowie des EuGH informieren.

Aufmerksam machen möchten wir Sie insbesondere auf die nach der Rechtsprechung des BAG zulässige Frage nach einer Schwerbehinderung, sofern das Arbeitsverhältnis bereits sechs Monate bestanden hat. Des Weiteren ist auf die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Verfall von Urlaubsansprüchen langzeiterkrankter Arbeitnehmer hinzuweisen.

Wir würden uns freuen, wenn der ARBEITSRECHTSREPORT wiederum Ihr Interesse findet.

### BAG AKTUELL:

Frage nach Bestehen einer Schwerbehinderung  
BAG, Urteil vom 16.02.2012 (Az.: 6 AZR 553/10)

Bereits mit Urteil vom 07.07.2011 (DER ARBEITSRECHTSREPORT Ausgabe 3/2011) hatte sich das BAG mit den rechtlichen Folgen der falschen Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung auseinandergesetzt. Hierbei bestätigte das BAG seine Rechtsprechung, nach der die falsche Beantwortung zulässiger Fragen bei der Einstellung den Arbeitgeber zur Anfechtung des Arbeitsvertrages berechtigen kann. Ob auch die unrichtige Beantwortung der Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung zur Anfechtung berechtigen kann, ließ das BAG allerdings leider unbeantwortet.

Mit seiner aktuellen Entscheidung hat das BAG hinsichtlich der Folgen einer falschen Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung nun allerdings klargestellt, dass im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach Ablauf von sechs Monaten, also nach dem Erwerb des Sonderkündigungsschutzes für behinderte Menschen, die Frage des Arbeitgebers nach einer Schwerbehinderung zulässig ist und deren falsche Beantwortung zum Verlust des Sonderkündigungsschutzes führen kann. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der schwerbehinderte Kläger wurde aufgrund eines bevorstehenden Personalabbaus aufgefordert, u.a. Angaben zum Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. einer Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten zu machen. Der Arbeitnehmer verneinte seine Schwerbehinderung. Sodann kam es zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Mit einer hiergegen erhobenen Kündigungsschutzklage machte der Arbeitnehmer geltend, die Kündigung sei unwirksam, weil das Integrationsamt dieser nicht zugestimmt habe.

In seiner Entscheidung führt das BAG aus, dass die Frage nach der Schwerbehinderung im Vorfeld einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung aufgrund der Anforderungen des § 1 Abs. 3 KSchG, der die Berücksichtigung der Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl verlangt, sowie aufgrund des Sonderkündigungsschutzes nach § 85 SGB IV, wonach eine Kündigung der vorherigen

Frage nach einer Schwerbehinderung ist zulässig im Arbeitsverhältnis, das zumindest sechs Monate besteht.



Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, jedenfalls nach dem Eingreifen dieser Anforderungen und Voraussetzungen, mithin nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses, zulässig sei. Die Frage nach einer Schwerbehinderung im Vorfeld einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung solle dem Arbeitgeber ermöglichen, sich rechtstreu zu verhalten. Die Frage diskriminiere den behinderten Arbeitnehmer daher nicht gegenüber anderen Arbeitnehmern ohne Behinderung. Auch datenschutzrechtliche Belange stünden der Zulässigkeit der Frage nicht entgegen.

Keine Diskriminierung durch Frage nach Schwerbehinderung.

Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass es dem Arbeitnehmer infolge einer wahrheitswidrigen Beantwortung der Frage nach seiner Schwerbehinderung unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt ist, sich im folgenden Kündigungsschutzprozess auf seine Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen.

#### AUS DER RECHTSPRECHUNG:

##### Verfall von Urlaubsansprüchen langzeiterkrankter Arbeitnehmer EuGH, Urteil vom 22.11.2011 (Az.: C-214/10)

Nach der wegweisenden so genannten Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH vom 20.01.2009 musste arbeitgeberseits berücksichtigt werden, dass Urlaub von Arbeitnehmern, die langanhaltend arbeitsunfähig erkrankt sind, auch mit Ablauf des Übertragungszeitraums am 31.03., der auf das für den Urlaubsanspruch maßgebliche Kalenderjahr folgt, nicht verfällt. Hierdurch können sich also erhebliche Urlaubsansprüche „aufbauen“, die bei einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegebenenfalls abgegolten werden müssen.

Grundsätzlich kein Verfall von Urlaubsansprüchen bei langanhaltender Arbeitsunfähigkeit.

Der EuGH hat mit Urteil vom 22.11.2011 – C-214/10 – dem Urlaubsrecht nun eine relevante neue Weichenstellung gegeben. Denn mit dieser Entscheidung hat der EuGH darauf erkannt, dass Urlaubsansprüche langzeiterkrankter Arbeitnehmer unter Umständen doch verfallen können, und zwar 15 Monate nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem diese entstanden sind.

Der neueren Entscheidung des EuGH lag allerdings eine besondere Fallkonstellation zugrunde, nämlich ein einschlägiger Tarifvertrag, der eine zwölfmonatige Verfallfrist nach Ablauf des dreimonatigen gesetzlichen Übertragungszeitraums vorsah. Der gesamte Zeitraum bis zum Verfall des Urlaubsanspruchs war damit also wesentlich länger als der nur dreimonatige Übertragungszeitraum des § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG, den der EuGH zuvor in Bezug auf wegen Arbeitsunfähigkeit nicht in Anspruch genommenen Urlaub als europarechtswidrig angesehen hatte.

Tarifvertrag kann Verfallfrist von 15 Monaten nach Ende des Kalenderjahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, vorsehen.

Für die betriebliche Praxis ist aus dieser neueren Entscheidung des EuGH so viel zu entnehmen, dass das Unionsrecht den Verfall von Urlaubsansprüchen langzeiterkrankter Arbeitnehmer jedenfalls 15 Monate nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, erlaubt. Dieser Verfall bezieht sich auch auf den gesetzlichen Mindesturlaub. Allerdings ist aus unserer Sicht aus dieser Entscheidung kein automatischer Verfall des Urlaubsanspruchs herzuleiten. Ein solcher würde vielmehr eine ausdrückliche entsprechende Vereinbarung voraussetzen.

Ob der Gesetzgeber die hiernach eröffnete Möglichkeit zu einer europarechtskonformen Neugestaltung des Urlaubsrechts ergreift, bleibt abzuwarten. Jedenfalls dürfte durch die neuere Rechtsprechung des EuGH die angesprochene Möglichkeit einer vertraglichen Gestaltung eröffnet sein. Wir empfehlen daher, eine hierauf bezogene Ergänzung der arbeitsvertraglichen Urlaubsregelung in Neuverträge aufzunehmen. Sofern wir Ihnen bei der Formulierung einer entsprechenden Klausel behilflich sein können, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Aufnahme einer 15-monatigen Verfallfrist in Arbeitsverträgen ist zu empfehlen.

##### Anspruch auf Sonderzahlung trotz Freiwilligkeitsvorbehalt BAG, Urteil vom 14.09.2011 (Az.: 10 AZR 526/10)

Bereits in seiner Entscheidung vom 08.12.2010 (DER ARBEITSRECHTSREPORT Ausgabe 4/2010) hatte sich das BAG mit der Wirksamkeit von arbeitsvertraglichen Klauseln auseinanderzusetzen, die eine Verknüpfung von Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt vorsehen. Hierzu hatte das BAG entschieden, dass derartige als Allgemeine Geschäftsbedingung formulierte Klauseln nach § 307 BGB unwirksam sind, da für den Arbeitnehmer durch die Verknüpfung von Freiwilligkeitsvorbehalt und Widerrufsvorbehalt nicht hinreichend deutlich wird, dass trotz mehrfacher, ohne weitere

Verknüpfung von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt unwirksam.



Vorbehalte erfolgreicher Sonderzahlungen ein Rechtsbindungswille des Arbeitgebers für die Zukunft ausgeschlossen bleiben soll. Mit seiner aktuellen Entscheidung hat das BAG die Anforderungen an einen wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt weiter erhöht. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Arbeitnehmer erhielt mehr als 20 Jahre lang jeweils mit dem Entgelt für den Monat November ein 13. Monatsgehalt, ohne dass im Zusammenhang mit den einzelnen Zahlungen ein ausdrücklicher Freiwilligkeitsvorbehalt erklärt worden war. Die Arbeitgeberin verweigerte sodann eine Zahlung für das Jahr 2008 unter Hinweis auf eine Klausel im schriftlichen Arbeitsvertrag. Diese Klausel lautete:

*„Sonstige, in diesem Vertrag nicht vereinbarte Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer sind freiwillig und jederzeit widerruflich. Auch wenn der Arbeitgeber sie mehrmals und regelmäßig erbringen sollte, erwirbt der Arbeitnehmer dadurch keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.“*

Mit seiner Klage begehrte der Arbeitnehmer die Zahlung eines 13. Monatsgehalts für das Jahr 2008 und berief sich hierbei auf einen Anspruch aus betrieblicher Übung.

In seiner Entscheidung bekräftigt das BAG zunächst seine Rechtsprechung, nach der die Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt zur Unwirksamkeit der Klausel führt, da für den Arbeitnehmer nicht erkennbar sei, ob jegliche Bindung für die Zukunft ausgeschlossen oder lediglich das Recht geschaffen werden soll, sich später einseitig von einer begründeten Bindung loszusagen. Darüber hinaus gelangt das BAG hinsichtlich des Freiwilligkeitsvorbehalts zu dem Ergebnis, dass dieser den Arbeitnehmer unangemessen im Sinne von § 307 BGB benachteiligt (und deshalb unwirksam ist), da er alle zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfasst. Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt beziehe unzulässigerweise auch laufende Leistungen ein und verstoße daher gegen den Allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass vertragliche Regelungen einzuhalten sind.

Das BAG gelangt daher zu dem Ergebnis, dass der im Arbeitsvertrag enthaltene Freiwilligkeitsvorbehalt zum einen aufgrund der Kombination mit einem Widerrufsvorbehalt nicht transparent, zum anderen aufgrund der Einbeziehung aller zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund, auch unangemessen und mithin unwirksam sei, weshalb er dem Entstehen einer betrieblichen Übung zu Gunsten des Arbeitnehmers und damit auch des Anspruchs nicht entgegenstehe.

Mit dieser Entscheidung hat das BAG zudem grundsätzliche Bedenken geäußert, dass ein genereller Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag dauerhaft den Erklärungswert von ohne jeden Vorbehalt und ohne den Hinweis auf die vertragliche Regelung erfolgenden Zahlungen so erschüttern kann, dass der Arbeitnehmer das spätere konkludente Verhalten des Arbeitgebers entgegen seinem gewöhnlichen Erklärungswert nicht als Angebot zur dauerhaften Leistungserbringung verstehen dürfe.

Als Konsequenz aus dieser Entscheidung sollte neben dem Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag nach Möglichkeit bei jeder Leistung, für die sich nicht aus einer bestehenden individual- oder kollektivvertraglichen Regelung ein Rechtsanspruch ergibt, ein Hinweis auf die Freiwilligkeit der Leistung erfolgen. Bei der Formulierung eines entsprechenden Hinweises sind wir Ihnen gerne behilflich.

#### **Löschung persönlicher Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer von der Homepage LAG Hessen, Urteil vom 24.01.2012 (Az.: 19 SaGa 1480/11)**

In diesem vom LAG Hessen entschiedenen Fall stritten die Parteien darüber, ob eine aus dem Betrieb ausgeschiedene Arbeitnehmerin die Löschung ihrer auf der Homepage des Arbeitgebers veröffentlichten Daten verlangen kann.

Hierzu gelangte das LAG Hessen zu dem Ergebnis, dass ein Arbeitgeber auf seiner Homepage veröffentlichte Daten des Arbeitnehmers (z.B. Name oder Fotos) umgehend löschen muss, wenn der Arbeitnehmer aus dem Betrieb ausscheidet. Denn die Veröffentlichung solcher Daten greife nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses unberechtigt in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein. Die Veröffentlichung habe werbenden Charakter. Bewusst werden hierdurch die individuelle Persönlichkeit und die berufliche Qualifikation des Arbeitnehmers herausgestellt. Damit entstehe unzutreffend der Eindruck, dass der Arbeitnehmer nach wie vor für den Arbeitgeber tätig sei. Zudem gebe es auch kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Veröffentlichung der Daten des Arbeitnehmers nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses.

Genereller Freiwilligkeitsvorbehalt kann unter Umständen das Vertrauen in eine dauerhafte Leistungserbringung nicht ausschließen.

Der Arbeitgeber hat die Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer von seiner Homepage zu löschen.

## Vor Zugriff durch den Arbeitgeber geschützte Dateien des Betriebsrats LAG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2012 (Az.: 4 Ta BV 87/11 u. 11/12)

Die Arbeitgeberin hatte den Verdacht geschöpft, dass ein nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied während seiner Arbeitszeit eine mehrseitige Stellungnahme zu einem Kündigungsschutzverfahren erstellt hatte. Um den hiermit vermuteten Arbeitszeitbetrug nachweisen zu können, beantragte die Arbeitgeberin die gerichtliche Feststellung, dass sie die vollständige Dokumentenhistorie zurückverfolgen dürfe, um festzustellen, wann die betreffende Datei durch wen bearbeitet wurde.

Das mit dieser Fragestellung befasste LAG Düsseldorf gelangte in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass ein Anspruch des Arbeitgebers auf Einsichtnahme in die Dateien des Betriebsrats nicht besteht. Vielmehr sei die Betriebsverfassung durch eine autonom gestaltete Interessenwahrnehmung geprägt. Daher verwalte der Betriebsrat seine Dateien genauso wie seine sonstigen schriftlichen Unterlagen eigenverantwortlich, so dass die Frage, wem die betreffenden Datenlaufwerke gehören, irrelevant sei.

Gleichzeitig entschied das LAG zu Gunsten des Arbeitgebers, dass ein Rechtsschutzinteresse des Betriebsrats fehle, um von dem Arbeitgeber die Protokolldateien zu verlangen. Ein berechtigtes Interesse zu erfahren, wo die „undichte Stelle“ für die an den Arbeitgeber gegangene Information zu dem betreffenden Laufwerk ist, habe der Betriebsrat nicht.

Kein Anspruch des Arbeitgebers auf Einsichtnahme in Dateien des Betriebsrats.

## AUS DER GESETZGEBUNG:

Gesetzesänderung: Smartphones und Software dürfen Arbeitnehmern steuerfrei überlassen werden

Der Finanzausschuss des Bundestages hat am 29.02.2012 eine Gesetzesänderung beschlossen, die in das Änderungsgesetz zum Gemeindefinanzreformgesetz aufgenommen wurde. Hiernach ist die private Nutzung von Computer-Software des Arbeitgebers nunmehr für den Arbeitnehmer steuerfrei gestellt. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern Smartphones oder Tablet PC überlässt.

Die Überlassung von Computer-Software auch zur privaten Nutzung durch den Arbeitnehmer löst keinen steuerpflichtigen Sachbezug aus.

Begründet wurde diese Rechtsänderung mit einer notwendigen Steuervereinfachung sowie der erleichterten Schaffung von Heimarbeitsplätzen. Relevant ist diese Gesetzesänderung jedoch vor allem auch hinsichtlich der Klarstellung, dass die Überlassung eines Smartphones etc. an einen Arbeitnehmer auch zur privaten Nutzung nicht zu einem steuerlich zu berücksichtigenden Sachbezug führt, was bislang umstritten war.

## 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:

Rechtsanwälte und  
Fachanwälte für Arbeitsrecht

**Dr. Dirk Uhlmannsiek**  
**Dr. Andreas Wiegrefe**