

Fachreferent/in Arbeitsrecht

Schriftlicher Zertifikats-Lehrgang

Modul 2

Durchführung von Arbeitsverhältnissen

Lektion 5

Rechte und Pflichten



Haben Sie Fragen?
Dann kontaktieren Sie einfach unsere Lehrgangsbetreuung:

sfra@akademie-herkert.de

AKADEMIE HERKERT
FORUM VERLAG HERKERT GMBH
Mandichostraße 18
86504 Merching
Tel.: 08233/381-123
Fax: 08233/381-222
service@akademie-herkert.de

Aktuelle Informationen erhalten Sie auf unserer Homepage:
www.akademie-herkert.de

Autor: Dr. Carmen Hergenröder

Objektleitung: Senta A. Sanders

Satz: verlagsservice volker mollekkopf · 81375 München

Druck: Offsetdruckerei Pohland · 86165 Augsburg

Gestaltung des Einstecktittels: FORUM VERLAG HERKERT GMBH

Alle Rechte vorbehalten. Abdruck, datentechnische Vervielfältigung (auch auszugsweise) oder Veränderung über den vertragsgemäßen Gebrauch hinaus bedürfen der schriftlichen Zustimmung des Verlages.

Die Texte, Formulare und Mustervorlagen beruhen auf einer sorgfältigen Recherche. Eine Gewähr oder Haftung für die Vollständigkeit oder Richtigkeit kann aber auf Grund des ständigen Wandels und der Komplexität der rechtlichen Grundlage nicht übernommen werden.

Eine Garantie und Haftung ist ebenfalls für die Internetseiten ausgeschlossen, die über Links aufgerufen werden können. Für den Inhalt dieser Websites – mit Ausnahme der verlagseigenen Sites – ist die FORUM VERLAG HERKERT GMBH nicht verantwortlich.

Bei den Informationen, Angaben und Verfahren handelt es sich nur um Hinweise und Empfehlungen, die als Musterbeispiele zu verstehen sind und keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit, Vollständigkeit und Richtigkeit erheben können. Für die richtige Anwendung der Informationen, Empfehlungen und Verfahren im konkreten Einzelfall hat der Anwender selbst Sorge zu tragen. Die Anwendung im konkreten Einzelfall bedarf daher der individuellen Prüfung.

Hinweis zu den Rechtsvorschriften:

Nur die Papierausgabe des jeweiligen Verkündungsblattes enthält nach geltendem Recht die amtliche Fassung eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung. Die Rechtsvorschriften sind in der Regel in vollem Umfang wieder gegeben. Bei Formularen, Tabellen, Abbildungen, Zeichnungen, komplexen sowie umfangreichen Anlagen oder Ähnlichem kann von einer Wiedergabe abgesehen werden. In diesem Fall wird auf die gedruckte Fassung verwiesen.

Änderungen des geltenden Rechts werden in Änderungsgesetzen und Änderungsverordnungen verkündet. Die Änderungsanweisungen werden in die bestehenden Stammgesetze und -verordnungen von der Forum Verlag Herkert GmbH eingearbeitet (Konsolidierung). Die Dokumentation wurde mit der größtmöglichen Sorgfalt erstellt. Der Verlag behält sich vor, Rechtsvorschriften aus technischen Gründen hinsichtlich der Darstellungsform und der Rechtschreibung redaktionell zu bearbeiten.

Diese allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten für sämtliche Warenlieferungen der FORUM VERLAG HERKERT GmbH.

Stand September 2018

Inhaltsverzeichnis

A	Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers	5
1	Allgemeines.....	5
2	Hauptpflichten	5
2.1	Die Hauptpflicht auf Arbeitgeberseite besteht darin, die nach dem Vertrag geschuldete Vergütung (Arbeitsentgelt) zu zahlen.	5
2.2	Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz	7
2.3	Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist die Arbeitspflicht, welche folgende Rechtsgrundlage hat	8
3	Nebenflichten	9
3.1	Nebenflichten des Arbeitnehmers.....	9
3.2	Nebenflichten des Arbeitgebers.....	9
3.2.1	Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.....	9
3.2.2	Schutzpflichten	10
3.2.3	Sorgfaltspflichten	10
3.2.4	Auskunfts- und Hinweispflichten.....	10
4	Die Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer.....	11
4.1	Arbeitspflichtverletzungen	11
4.2	Nebenflichtverletzungen	11
4.3	Verschuldensmaßstab und Haftungsprivileg im Arbeitsverhältnis...	11
4.4	Haftung für Personenschäden	12
5	Direktionsrecht	12
6	Krankheit	17
6.1	Die Anzeige- und Nachweispflicht	17
6.2	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.....	19
6.3	Beschäftigung während der Arbeitsunfähigkeit	20
7	Behinderung	21
8	Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM).....	22
8.1	Das betriebliche Eingliederungsmanagement.....	22
8.2	Tatbestandsvoraussetzungen des § 84 Abs. 2 SGB IX.....	24
8.3	Am BEM beteiligte Personen und Stellen.....	25
8.3.1	Die Rolle des Arbeitgebers	25
8.3.2	Die Rolle des betroffenen Beschäftigten	28
8.3.3	Die Rolle der Interessenvertretung.....	29
8.3.4	Die Rolle der Schwerbehindertenvertretung	30
8.3.5	Die Rolle der Mediziner.....	31
8.3.6	Die Rolle des Integrationsamts	31
8.3.7	Die Rolle der Rehabilitationsträger	32
8.3.8	Maßnahmen innerhalb des BEM.....	32
8.3.9	Datenschutzrechtliche Aspekte des BEM.....	33
8.4	Rechtsfolgen der fehlerhaften Durchführung oder der Unterlassung eines BEM.....	34
8.5	Prämien und Boni gem. § 84 Abs. 3 SGB IX.....	36

9	Datenschutz.....	37
9.1	Einführung.....	37
9.2	Allgemeines.....	40
9.3	Überwachung der Arbeitnehmer	40
9.3.1	Kontrollen der Privatnutzung Telekommunikation/Internet.....	40
9.3.2	Internet.....	40
9.3.3	E-Mail.....	44
9.3.4	Telefon	46
9.3.5	Kontrollen im Bereich der Suchtmittel und Krankheit	48
9.3.6	Rauchverbot	48
9.3.7	Torkontrollen.....	49
9.3.8	Einsatz von Detektiven.....	50
B	Fallbeispiele und Lösungen	51
1	Fallbeispiele	51
2	Lösungen der Fallbeispiele	52

A Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers

1 Allgemeines

Im Vordergrund stehen bei den Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer die wechselseitigen Hauptpflichten. Dies sind die Pflichten, die unmittelbar die nach dem Arbeitsvertrag im Austauschverhältnis stehenden Leistungen betreffen. Daneben ergibt sich aber aus der Tatsache, dass die Parteien in einer Dauerrechtsbeziehung stehen, eine ganze Reihe von Nebenpflichten.

2 Hauptpflichten

Je nachdem, wie konkret eine bestimmte Tätigkeit/Funktion nach Inhalt, Zeit und Ort vertraglich vereinbart ist, verbleibt ein mehr oder minder weiter Spielraum, den der Arbeitgeber durch die Zuweisung eines konkreten Arbeitsplatzes mit konkreten Arbeiten gestalten kann und muss. Diese Konkretisierung hat im Einzelfall durch Ausübung des sog. Direktionsrechts bzw. Weisungsrechts des Arbeitgebers zu geschehen, welches seine gesetzliche Verankerung in § 106 Gewerbeordnung (GewO) sowie in § 315 BGB findet.

2.1 Die Hauptpflicht auf Arbeitgeberseite besteht darin, die nach dem Vertrag geschuldete Vergütung (Arbeitsentgelt) zu zahlen.

→ Hinweis

Seit 2015 gilt in Deutschland ein flächendeckender Mindestlohn. Dieser beträgt ab dem 01.01.2017 pro Zeitstunde 8,84 Euro und muss grundsätzlich allen in Deutschland tätigen volljährigen Beschäftigten gezahlt werden. Selbst geringfügige Arbeitsverhältnisse – die sog. Minijobs – sind in vollem Umfang vom Mindestlohngesetz erfasst. Dies gilt auch für alle Voll- und Teilzeitarbeitsverhältnisse. Der Mindestlohn soll zum 01.01.2019 auf 9,19 Euro und zum 01.01.2020 auf 9,35 Euro pro Zeitstunde steigen.

Der Mindestlohn ist vom Arbeitgeber nach § 2 MiLoG wie folgt zu zahlen:

- zum Zeitpunkt der vereinbarten Fälligkeit
- spätestens am letzten Bankarbeitstag (Frankfurt am Main) des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde.

→ Hinweis

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 13.05.2015 – 10 AZR 191/14) ist Mindestlohn nicht nur für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden und für Zeiten des Urlaubs zu zahlen, sondern auch an Feiertagen sowie im Falle einer Arbeitsunfähigkeit. Gleiches gilt für Zeiten eines Bereitschaftsdienstes (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 29.06.2016 – 5 AZR 716/15). Der Mindestlohn gilt zudem für Nachtzuschläge und Feiertage (BAG, Urteil vom 20.09.2017 – 10 AZR 171/16).

Keinen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn haben

- Auszubildende,
- Praktikanten unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 MiLoG,
- Personen, die noch nicht 18 Jahre alt sind und über keine abgeschlossene Berufsausbildung verfügen sowie
- ehrenamtlich Tätige.

→ Hinweis

Für Arbeitnehmer, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung langzeitarbeitslos i. S. d. § 18 Abs. 1 des Dritten Buchs Sozialgesetzbuch waren, gilt eine Besonderheit: Diese erhalten den gesetzlichen Mindestlohn erst, wenn das Beschäftigungsverhältnis sechs Monate bestanden hat. Nach § 17 MiLoG müssen Arbeitgeber bei Minijobbern sowie von bestimmten Branchen, die hier nicht einschlägig sind, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit bis spätestens zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertags aufzeichnen. Diese Aufzeichnungen müssen zwei Jahre aufbewahrt werden.

→ Hinweis

Der Zoll kontrolliert die Einhaltung der Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht. Bei einem Verstoß hiergegen drohen Bußgelder in empfindlicher Höhe. Hierbei überprüft der Zoll auch, ob die höchstzulässige Arbeitszeit eingehalten wurde.

Bußgeld für Arbeitgeber?

Das MiLoG beinhaltet in § 21 diverse Bußgeldvorschriften. Eine solches fällt z. B. an, wenn

- Mindestlohn nicht spätestens am letzten Bankarbeitstag (Frankfurt am Main) des Monats, der auf den Monat folgt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde, bezahlt wird;



- Aufzeichnungspflichten nach § 17 MiLoG (Aufzeichnungspflicht betreffend Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit) verletzt werden;
- die aufgezeichneten Unterlagen nicht mindestens zwei Jahre aufbewahrt werden.

2.2 Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz

Der Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz

Am 06.07.2017 ist das Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen (Entgelttransparenzgesetz) in Kraft getreten. Ziel des Gesetzes ist die Schaffung von mehr Transparenz über die Entlohnung von Männern und Frauen, wodurch mehr Lohngerechtigkeit erzielt werden soll. So ist nach § 3 Abs. 1 EntgTranspG eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit verboten.

Kernpunkt der Regelung ist ein individueller Auskunftsanspruch von Frauen und Männern in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten. Dazu haben die Beschäftigten in zumutbarer Weise eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit (Vergleichstätigkeit) zu benennen. Sie können Auskunft über das durchschnittliche monatliche Bruttoentgelt und bis zu zwei einzelnen Entgeltbestandteilen (z. B. Bonuszahlungen, Überlassung eines Dienstwagens etc.) verlangen. Der Auskunftsanspruch bezieht sich dabei nicht auf das konkrete Entgelt einzelner Mitarbeiter, sondern auf das durchschnittliche monatliche Bruttoentgelt einer Vergleichsgruppe des anderen Geschlechts, die mit gleichen oder gleichwertigen Tätigkeiten betraut sind. Die Vergleichsgruppe muss aus mindestens sechs Beschäftigten bestehen.

Das Auskunftsverlangen hat in Textform zu erfolgen. Vor Ablauf von zwei Jahren nach Einreichen des letzten Auskunftsverlangens können Beschäftigte nur dann erneut Auskunft verlangen, wenn sie darlegen, dass sich die Voraussetzungen wesentlich verändert haben (§ 10 Abs. 2 EntgTranspG).

Der Auskunftsanspruch ist bei tarifgebundenen und tarifanwendenden Arbeitgebern an den Betriebsrat zu richten (§ 14 Abs. 1 Satz 1 EntgTranspG), es sei denn, der Arbeitgeber hat die Erfüllung der Auskunftsverpflichtung generell oder in bestimmten Fällen übernommen und dies dem Betriebsrat erläutert (§ 14 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG). Besteht kein Betriebsrat, wenden sich die Beschäftigten direkt an den Arbeitgeber (§ 14 Abs. 3 Satz 1 EntgTranspG).

Beschäftigte nicht tarifgebundener und nicht tarifanwendender Betriebe verlangen die Auskunft direkt vom Arbeitgeber (§ 15 Abs. 1 EntgTranspG).

Arbeitgeber und Betriebsrat sind verpflichtet, die Auskunft innerhalb von drei Monaten nach Zugang des Auskunftsverlangens zu erteilen (§ 15 Abs. 3 EntgTranspF). Wird die Auskunft nicht erteilt, trägt der Arbeitgeber im Streitfall die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot gegeben ist.

→ Hinweis

Der Auskunftsanspruch kann frühestens sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes, also ab 06.01.2018, geltend gemacht werden.

Hierbei ist zu beachten, dass das Gesetz nicht die ungleiche Bezahlung verbietet, sondern die unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts (§ 3 Abs. 1 EntgTranspG). Es gilt weiterhin der Grundsatz der Arbeitsvertragsfreiheit, wonach Arbeitgeber nicht zur Lohngleichheit verpflichtet sind, sondern einen Spielraum für die freie Vertragsgestaltung haben. Das Gesetz möchte vielmehr eine Diskriminierung bei unterschiedlicher Vergütung verhindern, wenn die unterschiedliche Bezahlung auf das Geschlecht zurückzuführen ist und nicht gerechtfertigt ist. Für tarifliche Entgeltregelungen gilt eine Angemessenheitsvermutung (§ 4 Abs. 5 Satz 1 EntgTranspG).

Zudem sieht das Gesetz keinen Anspruch auf ein höheres Entgelt vor. Es erfolgt auch keine automatische Entgelterhöhung.

Sonderregelungen für Betriebe mit mehr als 500 Beschäftigten

Private Arbeitgeber mit i. d. R. mehr als 500 Beschäftigten sind aufgefordert, mithilfe betrieblicher Prüfverfahren ihre Entgeltregelungen und die verschiedenen gezahlten Entgeltbestandteile sowie deren Anwendung regelmäßig auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots zu überprüfen (§ 17 EntgTranspG).

Arbeitgeber mit i. d. R. mehr als 500 Beschäftigten, die zur Erstellung eines Lageberichts nach den §§ 264, 289 HGB verpflichtet sind, erstellen einen Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit nach Maßgabe von § 21 EntgTranspG.

2.3 Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist die Arbeitspflicht, welche folgende Rechtsgrundlage hat

- Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung
- Arbeitsvertrag
- Direktionsrecht

3 Nebenpflichten

3.1 Nebenpflichten des Arbeitnehmers

Als zentrale Nebenpflicht auf Arbeitnehmerseite ist die sog. Treuepflicht zu nennen. Des Weiteren zählen u. a. zu den Nebenpflichten: die Pflicht zum sorgsamem Umgang mit dem Eigentum des Arbeitgebers, die Verschwiegenheitspflicht im Hinblick auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und das Wettbewerbsverbot.

3.2 Nebenpflichten des Arbeitgebers

Die Nebenpflichten auf Arbeitgeberseite sind die Gleichbehandlungspflicht, die Beschäftigungspflicht und die Fürsorgepflicht.

→ Hinweis

Die Nebenpflichten von Arbeitgeber und -nehmer lassen sich klassifizieren.

Auf **Arbeitnehmerseite** sind folgende Nebenpflichten zu erfüllen:

- Treuepflicht
- Handlungspflichten:
Mitteilungs- und Anzeigepflichten bei Mängeln der Betriebsmittel oder der Betriebsorganisation
- Unterlassungspflichten:
Geheimhaltungspflichten
unternehmensschädigende Äußerungen (Social Media)
grds. Verzicht auf Anzeige von Straftaten (Whistleblowing)

Die Nebenpflichten auf **Arbeitgeberseite** sind wie folgt:

- Beschäftigungspflicht
- Fürsorgepflicht
- Schutzpflichten:
§ 618 BGB, um öffentlich-rechtliche Vorschriften des Arbeitsschutzes ergänzt (z. B. Arbeitsstättenverordnung, Nichtraucherschutz, Gefahrstoffverordnung, Gerätesicherheitsgesetz etc.)
- Auskunfts- und Hinweispflichten

3.2.1 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Verletzt der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht, so kommen verschiedene Rechtsfolgen in Betracht:

- Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung, notfalls durch Zwangsmittel durchsetzbar
- Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers (Verweigerung einer geschuldeten Leistung)
- Schadensersatzanspruch

3.2.2 Schutzpflichten

Abgeleitet aus seiner Fürsorgepflicht trifft den Arbeitgeber insbesondere eine Reihe von Schutzpflichten, so z. B. hinsichtlich:

- Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers, § 618 BGB, ergänzt um öffentlich-rechtliche Vorschriften des Arbeitsschutzes (z. B. Arbeitsstättenverordnung, Gefahrstoffverordnung, Gerätesicherheitsgesetz etc.)
- eingebrachter Sachen des Arbeitnehmers. Als Ausfluss der Fürsorgepflicht trifft den Arbeitgeber die Verpflichtung, Vorsorgemaßnahmen zum Schutz der von dem Arbeitnehmer in den Betrieb mitgebrachten Sachen zu treffen.
- Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers. So gehören in diesen Bereich beispielsweise der Umgang des Arbeitgebers mit der Personalakte und z. B. das Recht des Arbeitnehmers, in diese Unterlagen Einsicht nehmen zu können. Bedeutung hat der Persönlichkeitsschutz auch bei der Erteilung von Auskünften an Dritte während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlangt.

3.2.3 Sorgfaltspflichten

Der Arbeitgeber ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus Fürsorgegesichtspunkten verpflichtet, die Lohnabzüge richtig zu berechnen und abzuführen.

3.2.4 Auskunfts- und Hinweispflichten

Das Bundesarbeitsgericht hat darauf erkannt, dass bei einer einvernehmlichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses je nach Lage des Einzelfalls eine Pflicht zur Aufklärung des Arbeitnehmers über die Auswirkungen der Vertragsbeendigung auf den Arbeitslosengeldanspruch bestehen kann.

4 Die Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer

4.1 Arbeitspflichtverletzungen

Da das Arbeitsvertragsrecht im Gegensatz zum Werkvertragsrecht keine Gewährleistungsvorschriften kennt und der Arbeitnehmer nur seine Dienste, nicht einen konkreten Erfolg schuldet, ist es ausgeschlossen, im Hinblick auf eine Schlecht- oder Minderleistung das Arbeitsentgelt zu kürzen.

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer wegen der aus einer mangelhaften Arbeitsleistung erwachsenden weiteren Schäden in Anspruch nehmen. Darüber hinaus kann er das schadensverursachende Fehlverhalten des Arbeitnehmers zum Gegenstand einer Abmahnung machen und ggf. im Wiederholungsfall auch die Kündigung aussprechen.

4.2 Nebenpflichtverletzungen

Neben dieser Erfüllungspflicht können sich im Einzelfall für den Arbeitnehmer arbeitsvertragliche Nebenpflichten wie Obhuts- und Bewahrungspflichten, besondere Auskunfts-, Überwachungs- sowie Rechnungslegungspflichten ergeben, z. B. die Einhaltung der einschlägigen Straßenverkehrsvorschriften durch einen Kraftfahrer.

4.3 Verschuldensmaßstab und Haftungsprivileg im Arbeitsverhältnis

Die Rechtsprechung hat Haftungserleichterungen entwickelt. Nach der Rechtsprechung greift die arbeitsrechtliche Haftungsmilderung bei jeder Art von betrieblich veranlasster Tätigkeit. Die Haftung des Arbeitnehmers bemisst sich nach dem Grad des Verschuldens bei der Herbeiführung des Schadens.

Vorsatz setzt das Wissen und Wollen des Schadens voraus; der Arbeitnehmer haftet in diesem Fall voll.

Grobe Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in solch schwerem Maße verletzt worden ist, dass sich der Arbeitnehmer – auch unter Berücksichtigung seiner persönlichen Umstände und Fähigkeiten – den Vorwurf gefallen lassen muss, selbst einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt und selbst das nicht beachtet zu haben, was im gegebenen Fall jedem ohne Weiteres hätte einleuchten müssen. Bei grober Fahrlässigkeit handelt es sich um eine Sorgfaltspflichtverletzung in ungewöhnlich hohem Maße.

Auch bei grober Fahrlässigkeit sind Haftungserleichterungen nicht generell ausgeschlossen. Grundsätzlich haftet bei grober Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer.

Die Entscheidung ist jedoch nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu treffen, wobei es entscheidend darauf ankommen kann, dass der Verdienst des Arbeitnehmers in einem deutlichen Missverhältnis zum Schadensrisiko der Tätigkeit steht, sodass die Existenz des Arbeitnehmers bei voller Inanspruchnahme bedroht ist. Im Einzelfall kann nur eine Quote gebildet werden.

Mit der sog. mittleren Fahrlässigkeit ist das weite Feld zwischen leichtester und grober Fahrlässigkeit angesprochen. In diesem Bereich erfolgt eine Schadensaufteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch Bildung einer Haftungsquote. Die Bestimmung dieser Haftungsquote hat unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen, denen wiederum je nach Lage des Einzelfalls ein unterschiedliches Gewicht untereinander beizumessen ist. Generelle Aussagen lassen sich nicht treffen.

Leichte Fahrlässigkeit liegt schließlich vor, wenn es sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls um eine völlig geringfügige und leicht entschuldbare Pflichtwidrigkeit handelt, die jedem Arbeitnehmer im Laufe der Zeit unterlaufen könnte (z. B. verschreiben, vergreifen u. Ä.). Hier haftet der Arbeitgeber.

4.4 Haftung für Personenschäden

Erleidet der Arbeitnehmer einen Personenschaden, hat er grundsätzlich keinen Ersatzanspruch gegen den Arbeitgeber.

Insoweit gelten die §§ 104 ff. SGB VII. Eine Verpflichtung zum Ersatz eines Personenschadens besteht nur, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsunfall vorsätzlich herbeigeführt hat oder wenn der Arbeitsunfall bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr eingetreten ist. In allen anderen Fällen tritt die gesetzliche Unfallversicherung ein.

5 Direktionsrecht

Unter dem arbeitgeberseitigen Direktions- oder Weisungsrecht wird nach allgemeiner Ansicht das Recht des Arbeitgebers verstanden, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Art, Ort und Zeit einseitig näher zu bestimmen.

§ 106 GewO Weisungsrecht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung,

eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

Mit dieser Regelung wurde das sog. Direktions- oder Weisungsrecht des Arbeitgebers erstmals ausdrücklich gesetzlich verankert.

Die bis dahin maßgebenden – insbesondere von der Rechtsprechung des BAG entwickelten – Grundsätze zum arbeitgeberseitigen Direktions- oder Weisungsrecht gelten allerdings auch nach dem Inkrafttreten des § 106 GewO unverändert weiter, da diese Vorschrift keinen darüber hinausgehenden Regelungsgehalt aufweist.

? Ist das Direktionsrecht übertragbar?

Das Direktionsrecht kann vom Arbeitgeber auf andere Personen übertragen werden, die es dann als Vorgesetzte gegenüber den ihnen unterstellten Arbeitnehmern ausüben.

? Welche Weisungen müssen vom Arbeitnehmer akzeptiert werden?

Ob und in welchen Grenzen der Arbeitnehmer Weisungen des Arbeitgebers zu befolgen hat, richtet sich in erster Linie nach dem Arbeitsvertrag.

Praxisfall Nr. 1:

Kann ein Arbeitnehmer, der als Verkäufer eingestellt wurde, von der Kinder- in die Herrenabteilung versetzt werden?

Die Umschreibung der Tätigkeit im Arbeitsvertrag ist in diesem Zusammenhang von entscheidender Bedeutung. Hier einige Beispiele:

- „Sachbearbeiter“, „kaufmännischer Angestellter“ oder „Lagerarbeiter“

Wird die zu leistende Tätigkeit wie hier nur generalisierend umschrieben, so können dem Arbeitnehmer im Wege des Direktionsrechts alle Arbeiten zugewiesen werden, die innerhalb des Betriebs von der bezeichneten Personengruppe zu leisten sind.

So ist der Arbeitgeber auch befugt, einen kaufmännischen Angestellten von der Arbeitsvorbereitung in die Buchhaltung zu versetzen und umgekehrt.

- „Verkäufer“, „Mechaniker“ o. Ä.

Bei dieser fachlichen Umschreibung der Tätigkeit des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber dem Mitarbeiter aufgrund des Weisungsrechts nur die Arbeiten zuweisen, die dem üblichen Berufsbild entsprechen.

Ist ein Arbeitnehmer in eine bestimmte Vergütungsgruppe eines Lohn- oder Gehaltstarifvertrags eingruppiert, so kann ihm vom Arbeitgeber grundsätzlich jede zumutbare Beschäftigung im Rahmen dieser Vergütungsgruppe zugewiesen werden.

→ Hinweis

Im öffentlichen Dienst sind bezüglich des Direktionsrechts die Merkmale der Vergütungsgruppen maßgeblich. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers erstreckt sich somit regelmäßig auf die Zuweisung solcher Tätigkeiten, die den Merkmalen der Vergütungsgruppe entsprechen, für die der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag eingestellt worden ist. Danach können dem Arbeitnehmer grundsätzlich auch andere Tätigkeiten zugewiesen werden, soweit sie den Merkmalen dieser Vergütungsgruppe entsprechen. Unerheblich ist, ob aus der einschlägigen Fallgruppe ein Bewährungsaufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe möglich ist oder nicht.

Erfolgt die Einstellung nach dem Arbeitsvertrag für eine bestimmte Tätigkeit, kommt eine Zuweisung anderer Tätigkeiten auf der Grundlage des Direktionsrechts nicht in Betracht. So kann etwa einem Verkäufer, der ausschließlich für die Warengruppe „Sport“ eingestellt worden ist, nicht einseitig vom Arbeitgeber der Verkaufsbereich „Schuhe“ zugewiesen werden.

→ Hinweis

Erweiterungen des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts können sich unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag ergeben, soweit dieser eine sog. Versetzungsklausel enthält. Üblich ist die Formulierung:
„Dem Mitarbeiter können – unter Berücksichtigung der Ausbildung und der Fähigkeiten – jederzeit (zusätzlich) auch andere gleichwertige Tätigkeiten übertragen werden.“

Lösung Praxisfall Nr. 1:

Die Umsetzung eines Arbeitnehmers von der Kinder- in die Herrenabteilung ist möglich, wenn er im Arbeitsvertrag ohne weitere vertragliche Spezifizierung als Verkäufer eingestellt wurde.

? Kann einem Arbeitnehmer eine geringwertige Tätigkeit zugewiesen werden, wenn dasselbe Gehalt gezahlt wird?

Die Zuweisung geringwertiger Tätigkeiten wird nicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt, selbst wenn dem Arbeitnehmer die bisherige Arbeitsvergütung fortgezahlt wird.

Die Gleichwertigkeit der Tätigkeit bestimmt sich bei Fehlen anderer Anhaltspunkte grundsätzlich aus der auf den Betrieb abgestellten Verkehrsauffassung und dem sich daraus ergebenden Sozialbild.

Lediglich in Notfällen (zum Begriff des „Notfalls“ siehe § 14 ArbZG) ist der Arbeitgeber berechtigt, dem Mitarbeiter zum Zweck der Schadensabwendung vom Unternehmen vorübergehend Tätigkeiten zuzuweisen, die sich nicht im Rahmen des vertraglich vereinbarten Tätigkeitsbereichs halten.

Keine Notfälle sind jedoch voraussehbare, betriebliche Engpässe, wie etwa Organisationsmängel, Transportprobleme oder Auftragsspitzen.

? Darf der Arbeitgeber die tägliche Arbeitszeit einseitig bestimmen?

Die Lage der täglichen Arbeitszeit kann vom Arbeitgeber – unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – aufgrund des Direktionsrechts einseitig festgesetzt oder verändert werden, wenn im Arbeitsvertrag allein die Dauer der Arbeitszeit rahmenmäßig festgelegt ist.

So umfasst das arbeitgeberseitige Direktionsrecht u. a. die Bestimmung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, die Festsetzung der Pausen und die Verteilung des zeitlichen Umfangs der geschuldeten Arbeitsleistung auf die einzelnen Wochentage, wenn es im Arbeitsvertrag lediglich heißt: *„Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 37,5 Stunden.“*

Werden dagegen arbeitsvertraglich der Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit ausdrücklich festgelegt, kann der Arbeitgeber aufgrund des Weisungsrechts keine hiervon abweichenden Anordnungen treffen.

? Darf der Arbeitgeber den Ort der zu leistenden Arbeit einseitig bestimmen?

Der Ort der zu leistenden Arbeit richtet sich nach der entsprechenden Regelung im Arbeitsvertrag. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so ist der Arbeitsort im Zweifel der Betrieb.

Die Zuweisung von Tätigkeiten in einem anderen Betrieb ist regelmäßig nicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt, selbst wenn es sich um einen Betrieb desselben Unternehmens handelt.

Ausnahmsweise kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf der Grundlage des Direktionsrechts einseitig andere Beschäftigungsorte zuweisen, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aus der Natur der Sache heraus an wechselnden Arbeitsorten zu verrichten hat (z. B. Kundendienstmitarbeiter, Handelsreisende, Verkaufsfahrer, Außenmonteure, Bauarbeiter, Reinigungspersonal).

→ Hinweis

Das arbeitsvertragliche Direktionsrecht kann auch hier erweitert werden, soweit der Arbeitsvertrag eine sog. Mobilitätsklausel enthält, so z. B.:
„Der Mitarbeiter kann auch in allen anderen Niederlassungen des Unternehmens (des Konzerns) innerhalb (und außerhalb) der Bundesrepublik eingesetzt werden.“

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst letztlich auch – wie durch § 106 Satz 2 GewO ausdrücklich gesetzlich klargestellt wurde – Anordnungen zum sog. „arbeitsbegleitenden Verhalten“ der Arbeitnehmer, wobei das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu beachten ist.

GewO § 106

Weisungsrecht des Arbeitgebers

¹Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. ²Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. ³Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 1

Mitbestimmungsrechte

(1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:

1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb;

[...]

(2) Kommt eine Einigung über eine Angelegenheit nach Absatz 1 nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

Achtung Rechtsprechungsänderung!

Nach bisheriger Rechtslage mussten auch unbillige Weisungen des Arbeitgebers bis zu einer gerichtlichen Entscheidung befolgt werden. Nunmehr hat das BAG seine Rechtsprechung geändert und entschieden, dass ein Arbeitnehmer an unbillige Weisungen nicht gebunden ist (BAG, Urteil vom 14.09.2017 – 5 AS 7/17). Dies bedeutet für Arbeitnehmer jedoch, dass sie auf ihr Risiko handeln, wenn sie Weisungen des Arbeitgebers, die er im



Rahmen seines Direktionsrechts erteilt, nicht befolgen. Sollte ein Arbeitsgericht im Streitfall die Rechtmäßigkeit der erteilten Weisung feststellen, würde eine Arbeitsverweigerung vorliegen, die mit einer Abmahnung und im Wiederholungsfall mit einer Kündigung geahndet werden kann.

6 Krankheit

Beim Thema Krankheit ergeben sich die Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien weitestgehend aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG).

→ Hinweis

Auf einen Blick: Relevante Paragraphen im EntgFG zum Thema Krankheit:

§ 3 Anspruch

§ 4 Höhe der Entgeltfortzahlung

§ 5 Anzeige- und Nachweispflicht

6.1 Die Anzeige- und Nachweispflicht

Im Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit obliegen dem Arbeitnehmer Anzeige- und Nachweispflichten (§ 5 EntgFG).

Nach Ansicht des BAG kann die wiederholte Verletzung der Anzeigepflicht gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 EntgFG nach vergeblicher Abmahnung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer seiner Nachweispflicht gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 EntgFG (rechtzeitige Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung) nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt.

Praxisfall Nr. 2:

a) Der Arbeitnehmer erkrankt (für eine Woche) montags vor Dienstantritt. Er arbeitet gemäß Arbeitsvertrag in einer Fünf-Tage-Woche.

Wann muss sich der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber krankmelden?

b) Der Arbeitnehmer ist teilzeitbeschäftigt und arbeitet Montag, Mittwoch und Freitag. Montags erkrankt er (für eine Woche). Bis wann muss er die AU-Bescheinigung vorlegen?

§ 5 Abs. 1 EntgFG

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen ...

Der Erkrankte ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer „unverzüglich“ mitzuteilen (§ 5 Abs. 1 EntgFG). Die Anzeige kann in jeder geeigneten Form erfolgen: durch Telefonat, schriftlich oder per Fax, durch dritte Personen usw. Dauert die Erkrankung voraussichtlich länger als drei **Kalendertage**, hat der Arbeitnehmer spätestens an dem ersten **Arbeitstag** nach Ablauf der drei Kalendertage (= „darauf folgender Arbeitstag“) eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dem Arbeitgeber unaufgefordert vorzulegen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EntgFG).

Für die Einhaltung der Frist („Vorlage spätestens an dem darauf folgenden Arbeitstag“) ist nicht die Absendung maßgeblich, sondern der Zugang der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beim Arbeitgeber.

Nach herrschender Meinung ist der erste Tag der Arbeitsunfähigkeit bei der Fristberechnung dann mitzurechnen, wenn an diesem Tag krankheitsbedingt überhaupt keine Arbeitsleistung erbracht wurde (vgl. § 187 Abs. 2 BGB). Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss in diesem Fall am vierten Tag nach Beginn der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vorgelegt werden, wenn es sich um einen Arbeitstag handelt (= „darauf folgender Arbeitstag“).

Beispiel

Der Arbeitnehmer bleibt ab Dienstag wegen Krankheit zu Hause. Am Freitag (= der „darauf folgende“, d. h. auf den dritten Tag der Absenz folgende Arbeitstag) muss er eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen.

Tritt die Arbeitsunfähigkeit am Freitag vor Aufnahme der Arbeit ein, hat die Vorlage am Montag (= der „darauf folgende“ Arbeitstag) zu erfolgen.

Lösung Praxisfall Nr. 2:

a) Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern) anzeigen.

b) Er muss die AU freitags vorlegen, da Freitag erst der darauf folgende Arbeitstag i. S. d. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG ist.

Wenn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit erst nach Arbeitsbeginn (z. B. kurz vor Ende der Arbeitsschicht) eintritt, dürfte es unter Anwendung des § 187 Abs. 1 BGB richtig sein, diesen Tag bei der Berechnung der Frist nicht mitzuzählen (strittig).

Beginnt die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit an einem Mittwoch oder Donnerstag und fällt der vierte Tag deshalb auf einen Samstag oder Sonntag, verlängert sich die Frist nach § 193 BGB auf den nächsten Werktag. Das heißt, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss erst am folgenden Montag (= „darauf folgender Arbeitstag“) vorgelegt werden. Entsprechendes gilt, wenn der vierte Tag auf einen Feiertag fällt.

Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, dass der „darauf folgende Arbeitstag“ dann ein Samstag/Sonntag/Feiertag sein kann, wenn der Betroffene nach seinem Schichtplan an diesen Tagen hätte arbeiten müssen (zweifelhaft).

Bei kürzeren Erkrankungen besteht keine Vorlagepflicht, es sei denn, der Arbeitgeber verlangt Vorlage nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EntgFG. Nach diesem Paragraphen kann der Arbeitgeber die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon früher, ggf. schon am ersten krankheitsbedingten Fehltag verlangen.

Vgl. hierzu die Entscheidung des BAG vom 14.11.2012 – 5 AZR 886/11:
Nach Auffassung des BAG kann die AU-Bescheinigung von einzelnen Arbeitnehmern bereits am ersten Tag verlangt werden, ohne dass ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gegeben ist.

6.2 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Im Fall krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und bei Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber Anspruch auf Entgeltfortzahlung für höchstens sechs Wochen.

Im Anschluss an die sechswöchige Entgeltfortzahlung erhält der arbeitsunfähig kranke Arbeitnehmer von seiner Krankenkasse Krankengeld, §§ 44 ff. SGB V. Es beträgt 70 % des sog. Regelentgelts, jedoch nicht mehr als 90 % des letzten Nettoarbeitsentgelts.

Solange der Beschäftigte seine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht vorgelegt hat, kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigern, § 7 Abs. 1 EntgFG.

Er ist aber zur Nachzahlung verpflichtet, wenn der Erkrankte seiner Nachweispflicht – wenn auch verspätet – nachkommt.

Wenn der Beschäftigte an einem Feiertag arbeitsunfähig erkrankt ist, ist er in Bezug auf das Arbeitsentgelt zu behandeln wie die gesunden Beschäftigten. Hätte der Erkrankte am Feiertag nicht arbeiten müssen, erhält er das nach § 4 Abs. 2 i. V. m. § 2 EntgFG zu berechnende Arbeitsentgelt, das er ohne Krankheit und ohne feiertagsbedingten Arbeitsausfall bekommen hätte. Hätte er dagegen – z. B. nach einem Schichtplan – an dem Feiertag arbeiten müssen, dann sind ihm nach richtiger Auffassung auch die dann ggf. angefallenen – tariflichen – Feiertagszuschläge zu zahlen.

→ Hinweis

LAG Köln, Urteil vom 15.11.2016 – 12Sa 435/16

Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht wegen ein und derselben Krankheit für sechs Wochen. Bei Beginn einer neuen Erkrankung muss die vorherige vollständig ausgeheilt sein, sonst liegt ein „einheitlicher Verhinderungsfall“ vor, d. h. eine ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen. In diesem Fall endet die Zahlungspflicht des Arbeitgebers.

Verlangt der Arbeitnehmer weiterhin Entgeltfortzahlung, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Entgeltfortzahlungsanspruchs nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG.

6.3 Beschäftigung während der Arbeitsunfähigkeit

Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung trifft eine Aussage darüber, wie lange der Mitarbeiter voraussichtlich krank bzw. arbeitsunfähig sein wird. Fühlt sich der Mitarbeiter vorher wieder fit genug, um zur Arbeit zu kommen, freuen sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

→ Hinweis

Wie bereits erläutert, gibt die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit an. Diese Prognose bedeutet per se kein Arbeitsverbot für den bescheinigten Zeitraum. Fühlt sich der Arbeitnehmer früher wieder arbeitsfähig, so kann er grundsätzlich seine Arbeit wieder aufnehmen, ohne seinen Versicherungsschutz zu verlieren.

Trotz dieser Regelung kann eine frühzeitige Rückkehr des Arbeitnehmers riskant sein. Die umfassende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern hat zur Folge, dass der Arbeitgeber grundsätzlich dafür Sorge zu tragen hat, dass erkrankte Mitarbeiter ihre Erkrankung vollständig auskurieren. Es besteht zudem die Gefahr, dass die Versicherungsträger oder Ärzte den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers anders bewerten als der Arbeitnehmer selbst.

→ Hinweis

Kann eine Krankenschwester aus gesundheitlichen Gründen keine Nachschichten im Krankenhaus mehr leisten, ist sie deshalb nicht arbeitsunfähig krank. Sie hat Anspruch auf Beschäftigung, ohne für Nachschichten eingeteilt zu werden. Der Arbeitgeber muss bei der Schichteinteilung auf das gesundheitliche Defizit der Arbeitnehmerin Rücksicht nehmen, BAG, Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 6387/13.



Beispiel aus der Rechtsprechung:

Ein durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verminderter Arbeitnehmer ist regelmäßig nicht verpflichtet, im Betrieb zu erscheinen, um dort an einem Gespräch zur Klärung seiner weiteren Beschäftigungsmöglichkeit teilzunehmen, es sei denn, dass dies ausnahmsweise aus betrieblichen Gründen unverzichtbar und der Arbeitnehmer gesundheitlich hierzu in der Lage ist (BAG, Urteil vom 02.11.2016 – 10 AZR 596/15).

7 Behinderung

Gegen Ende des Jahres 2016 ist das Bundesteilhabegesetz verkündet worden, welches für behinderte Menschen von erheblicher Bedeutung ist, soweit es um arbeits- und sozialrechtliche Zusammenhänge geht. Es tritt gestuft bis zum Jahr 2023 in Kraft.

Im Jahre 2018 ist das geänderte SGB IX in Kraft getreten, welches u. a. umfangreiche Umbenennungen (regelmäßig ohne inhaltliche Änderungen) beinhaltet.

Nach § 2 SGB IX liegt bei Menschen eine Behinderung vor, wenn sie in ihren körperlichen Funktionen, geistigen Fähigkeiten oder ihrer seelischen Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate eingeschränkt sind und dabei von jenem Allgemeinzustand abweichen, der für das Lebensalter als typisch angesehen wird.

Neben dem Begriff der Behinderung nennt das SGB IX in § 2 aber auch die drohende Behinderung. Diese liegt bei einem Menschen vor, wenn eine drohende Behinderung, sprich eine Beeinträchtigung der Teilhabe an verschiedenen Bereichen des Lebens, zwar noch nicht besteht, aber zu erwarten ist.

§ 2 SGB IX neu

(1) Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können. (2) Eine Beeinträchtigung nach Satz 1 liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht. (3) Menschen sind von Behinderung bedroht, wenn eine Beeinträchtigung nach Satz 1 zu erwarten ist.

Das SGB IX hat das Ziel, Behinderte oder von Behinderung bedrohte Menschen in ihrer Selbstbestimmung und in der gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern. Mit der Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft sind folgende Regelungen verbunden:

- Schwerbehinderte Menschen können vorzeitig Altersrente in Anspruch nehmen (vgl. §§ 37, 236a SGB VI).
- Schwerbehinderte Menschen haben einen besonderen Kündigungsschutz. Sie können nur mit vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes gekündigt werden (§ 168 SGB IX). Ohne diese vorherige Zustimmung ist eine Kündigung eines schwerbehinderten Menschen unwirksam.
- Gleiches gilt für den Fall, dass die Schwerbehindertenvertretung nicht vor Ausspruch der Kündigung angehört wurde (§ 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).
- Darüber hinaus beträgt für schwerbehinderte Menschen die Kündigungsfrist mindestens vier Wochen (§ 169 SGB IX neu).
- Schwerbehinderte Menschen sind nach § 207 IX auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freizustellen.
- Nach § 208 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen zusätzlichen bezahlten Urlaubsanspruch von fünf Arbeitstagen.
- Bei behinderten Menschen, die infolge der Behinderung hilflos sind, sowie für Blinde erhöht sich der Pauschbetrag auf 3.700 Euro.

Weitere „Vorteile“ sind weiterhin technische Arbeitshilfen, Zuschuss zur Erhaltung der Arbeitskraft und Maßnahmen zur Erhaltung und Erweiterung beruflicher Kenntnisse und Fertigkeiten.

8 Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

8.1 Das betriebliche Eingliederungsmanagement

In Satz 1 des § 167 Abs. 2 SGB IX findet sich eine sog. „Legaldefinition“ (d. h. eine Erklärung des Begriffs im Gesetz selbst) dessen, was der Gesetzgeber unter einem „betrieblichen Eingliederungsmanagement“ versteht. Gemeint ist demnach die Ermittlung der Möglichkeiten einer Überwindung von Arbeitsunfähigkeit, der Vorbeugung von Arbeitsunfähigkeit und zum Erhalt des Arbeitsplatzes.

Die Vorschrift des § 167 Abs. 2 SGB IX lautet:

§ 167 SGB IX Prävention

(2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176 SGB, bei

schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement). Soweit erforderlich wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen. Die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter ist zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen. Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX erbracht werden. Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, können die Klärung verlangen. Sie wachen darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt.

? Gilt § 167 Abs. 2 SGB IX nur für schwerbehinderte und gleichgestellt behinderte Menschen oder für alle Beschäftigte?

Der Wortlaut lässt deutlich erkennen, worauf es der Gesetzgeber abgesehen hat. Die Norm hat eindeutig einen Schwerpunkt auf der Prävention. Frei nach dem Motto „Vorsicht ist besser als Nachsicht“ sollen die im Gesetz benannten Beteiligten dafür sorgen, dass bestimmte Arbeitnehmer rechtzeitig die notwendige Hilfe bekommen, um künftig ohne gesundheitliche Beschwerden und ohne Gefahr für die körperliche Unversehrtheit arbeiten zu können.

Im Vordergrund stehen dabei zwei Dinge. Zum einen soll natürlich die Gesundheit der Arbeitnehmer gewahrt bzw. verbessert werden. Zum anderen bezweckt das BEM, die Arbeitsplätze von kranken oder von Krankheit bedrohten Menschen zu erhalten, sodass sie auch weiterhin in der Lage sind, selbst für ihren Lebensunterhalt zu sorgen.

Nach einhelliger Auffassung gilt § 167 Abs. 2 SGB IX für alle Beschäftigte.

? § 167 Abs. 2 SGB IX legt fest, dass der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement initiiert, wenn Beschäftigte „innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig“ sind. Was genau bedeutet in diesem Zusammenhang „innerhalb eines Jahres“?

Bei der Jahresfrist ist nicht auf das Kalenderjahr, sondern darauf abzustellen, ob die betroffene Person in den letzten zwölf Monaten insgesamt länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war.

8.2 Tatbestandsvoraussetzungen des § 167 Abs.2 SGB IX

Ein BEM ist einzuleiten, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- *Beschäftigte*: Subjekt eines BEM können alle bei einem Arbeitgeber beschäftigten Personen sein. § 167 Abs. 2 SGB IX zielt also nicht nur – wie es bei einer Norm aus dem Schwerbehindertenrecht zu erwarten sein könnte – auf schwerbehinderte Menschen und ihnen gleichgestellte Menschen ab.
- *Arbeitsunfähigkeit von länger als sechs Wochen Dauer innerhalb eines Jahres*: Die betroffene Person muss entweder seit einem Zeitraum von sechs Wochen „am Stück“ oder insgesamt sechs Wochen lang arbeitsunfähig gewesen sein. Gemessen wird die Dauer der Arbeitsunfähigkeit nicht am Maßstab eines Kalenderjahres. Vielmehr ist das „Zeitjahr“ gemeint, also die seit der ersten Krankmeldung vergangenen zwölf Monate.

Der Sechswochenzeitraum hat in Fällen der Arbeitsunfähigkeit eine wesentliche Bedeutung. Zum einen endet bei einer fortgesetzten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nach sechs Wochen der Krankengeldanspruch. Der Arbeitgeber wird hier nach Maßgabe des § 3 EntFG aus der Pflicht genommen, muss also nicht mehr für die Arbeitsunfähigkeit seines Arbeitnehmers zahlen. Zum anderen beginnt bei häufigen Kurzzeiterkrankungen hier die für den Arbeitnehmer gefährliche Grenze, an der eine krankheitsbedingte Kündigung drohen kann. Freilich gilt dies nicht im ersten Jahr, in dem sich die kurzzeitigen Krankmeldungen häufen. Die Rechtsprechung erkennt aber häufige, kurze Arbeitsunfähigkeitsmeldungen durchaus als Indiz an, das bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen eine krankheitsbedingte Kündigung rechtfertigen kann.

! Achtung

Der Beschäftigte muss einverstanden sein mit der Einleitung des BEM. Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, muss der Arbeitgeber vor allem anderen die Zustimmung des Betroffenen einholen. Hierzu muss er ihn umfassend aufklären über das geplante BEM und seine Hintergründe. Willigt der Betroffene nicht ein, muss das Engagement des Arbeitgebers hier schon enden. Allerdings sollte der Arbeitgeber einen Vermerk in der Personalakte des Arbeitnehmers machen, dass ihm die Durchführung eines BEM angeboten worden ist.

8.3 Am BEM beteiligte Personen und Stellen

§ 167 Abs. 2 SGB IX zählt mehrere Stellen auf, die an einem BEM beteiligt sein können:

- Arbeitgeber
- Beschäftigte
- Interessenvertretung
- Schwerbehindertenvertretung
- Ärzte
- Rehabilitationsträger
- Integrationsamt
- gemeinsame Servicestellen

Die Aufzählung zeigt deutlich, dass an einem umfangreichen BEM zahlreiche Stellen einbezogen werden können, die weder zu dem betroffenen Unternehmen gehören noch ggf. im konkreten Fall einen Bezug zu dem betroffenen Beschäftigten haben.

Als Beispiel kann hier das Integrationsamt dienen, das grundsätzlich für schwerbehinderte Menschen und ihnen gleichgestellte Personen zuständig ist. Eine Zuständigkeit für den bisher gesunden Arbeitnehmer ist nicht zu erkennen. Wie oben gesagt, hat das BEM aber einen stark präventiven Charakter. Dies erklärt, warum auch anscheinend unzuständige Stellen beteiligt werden können und zuweilen auch sollten: So kann u. U. verhindert werden, dass diese Stellen durch Krankheitsfälle künftig zuständig werden.

→ Hinweis

Für alle genannten Stellen gilt: Die Einschaltung darf nur mit Zustimmung des betroffenen Beschäftigten erfolgen.

8.3.1 Die Rolle des Arbeitgebers

? Muss jeder Arbeitgeber ein BEM durchführen?

Das Gesetz trifft nach SGB IX keine Differenzierungen etwa nach der Größe des Unternehmens. So muss auch ein Arbeitgeber, der aufgrund seiner Betriebsgröße keine Beschäftigungspflicht hätte, ein BEM aus präventiven Gründen durchführen.

Den Arbeitgeber trifft nach Intention des Gesetzgebers eine Hauptrolle in dem BEM-Verfahren.

Ihm obliegt nach dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 SGB IX die:

- Ermittlung der Beschäftigten mit langen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit,
- Prüfung, ob die Bedingungen für die Durchführung eines BEM gegeben sind (nämlich die oben erwähnte ununterbrochene oder wiederholte Arbeitsunfähigkeit in den letzten zwölf Monaten von mindestens sechs Wochen),
- Kontaktaufnahme mit dem erkrankten Beschäftigten,
- Einholung seines Einverständnisses sowie
- Einleitung der erforderlichen Schritte.



Praxistipp

Es empfiehlt sich hier, eine Art „Frühwarnsystem“ in der EDV-Erfassung einzurichten, das dann anschlägt, wenn ein Beschäftigter die Sechs-Wochen-Grenze erreicht hat. Ist dieser Fall eingetreten, kann anhand eines zuvor aufgestellten Schemas die Initiative ergriffen werden. Die ersten vier Schritte der vorstehenden Liste können hier problemlos in eine solche „Vorgehensanleitung“ übernommen werden, handelt es sich doch um recht einfach durchzuführende Schritte.

Mithilfe jeweils eines Vordrucks zur Kontaktaufnahme und eines zur Einholung des Einverständnisses können schnell und effektiv die ersten Maßnahmen des BEM getroffen werden.

Die erforderlichen weiteren Maßnahmen können dann je nach Einzelfall mit dem Betroffenen und ggf. weiteren Stellen vereinbart werden.

Praxisfall Nr. 3:

Im Zusammenhang mit der Einleitung des BEM stellen sich Arbeitgeber häufig die Frage, ob sie den Arbeitnehmer schon während der Arbeitsunfähigkeit auf ein BEM ansprechen dürfen oder können.

Die Antwort ergibt sich aus der Formulierung des § 167 Abs. 2 SGB IX:

(2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung

und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement). [...]

Lösung Praxisfall Nr. 3:

Arbeitgeber müssen Arbeitnehmer schon während der Arbeitsunfähigkeit auf ein BEM ansprechen. Nach dem Gesetz dient das BEM auch – und vielleicht sogar vor allem – der Beantwortung der Frage, „wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden“ kann. Der Gesetzgeber hat also konkret darauf abgestellt, dass der Arbeitgeber während der Arbeitsunfähigkeit des Betroffenen handelt.

Praxisfall Nr. 4:

Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarten am 10.01.2008 eine „Betriebsvereinbarung über die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 167 Abs. 2 SGB IX“. Nach dessen § 4 Abs. 1 erhält der Betriebsrat quartalsmäßig ein Verzeichnis der Mitarbeiter, die die Voraussetzungen für ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) erfüllen. In der Folgezeit verweigerte der Arbeitgeber die Erfüllung dieser Verpflichtung und berief sich zur Begründung auf datenschutzrechtliche Belange.

Darf der Arbeitgeber den Betriebsrat/Personalrat oder die Schwerbehindertenvertretung vor der Zustimmung der betroffenen Person informieren?

In dem zu entscheidenden Fall (BAG, Urteil vom 07.02.2012 – 1 ABR 46/10) stritten Arbeitgeber und Betriebsrat über Auskunftsansprüche. Der Betriebsrat beantragte in seiner Klage, den Arbeitgeber zu verpflichten, dem Betriebsrat quartalsmäßig ein Verzeichnis der Mitarbeiter, die die Voraussetzungen für ein betriebliches Eingliederungsmanagement erfüllen, zu übergeben.

Der Arbeitgeber hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Eine Pflicht zur Übergabe des Mitarbeiterverzeichnisses an den Betriebsrat bestehe nur bei einem zuvor erklärten Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmer. Über die Erfüllung der Pflichten aus § 167 Abs. 2 SGB IX bezüglich des BEM könne der Betriebsrat auch dann wachen, wenn der Arbeitgeber ihm die Anzahl derjenigen Mitarbeiter zunächst nur anonymisiert mitteile, deren Arbeitsunfähigkeitszeiten länger als sechs Wochen betragen haben.

Grundsätzlich kann der Betriebsrat verlangen, dass ihm der Arbeitgeber jene Arbeitnehmer benennt, welche nach § 167 Abs. 2 SGB IX die Voraussetzungen für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements erfüllen.

Die Benennung der Arbeitnehmer ist für den Betriebsrat zur Durchführung seiner Überwachungsaufgabe gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, § 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX erforderlich. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Namen der Arbeitnehmer mit Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen im Jahreszeitraum auch dann mitteilen, wenn diese der Weitergabe nicht zugestimmt haben. Die Überwachungsaufgabe des Betriebsrats ist weder seitens des BetrVG noch seitens des SGB von einer vorherigen Einwilligung der Arbeitnehmer abhängig.

Der Übermittlung der Namen stehen keine datenschutzrechtlichen Gründe entgegen. Das Erheben von Daten über die krankheitsbedingten Fehlzeiten durch den Arbeitgeber und ihre Übermittlung an den Betriebsrat ist auch bei fehlender Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer nach § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG zulässig.

Lösung Praxisfall Nr. 4:

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Betriebsrat/Personalrat oder die Schwerbehindertenvertretung zu informieren, selbst wenn die betroffene Person dem (noch) nicht zugestimmt hat. Diese Verpflichtung ergibt sich für den Arbeitgeber aus § 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX.

Vgl. hierzu BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13:

Ein Arbeitgeber muss von sich aus die Durchführung eines BEM anbieten. Tut er dies nicht, kann die Kündigung unverhältnismäßig und damit unwirksam sein.

8.3.2 Die Rolle des betroffenen Beschäftigten

Wie sich aus dem Erfordernis einer Einwilligung ergibt, kann der Betroffene an einem BEM teilnehmen, muss es aber nicht. Das BEM ist für den Beschäftigten also freiwillig. Diese Freiwilligkeit endet auch nicht mit der Zustimmung zur Einleitung des BEM. Der Beschäftigte kann jederzeit während des Verlaufs eines BEM seine Teilnahme abbrechen. In dem Moment ist der Arbeitgeber gehalten, seinerseits alle Aktivitäten einzustellen.

Will der Beschäftigte an einem BEM teilnehmen, kann er sich nicht einfach zurücklehnen und dem Arbeitgeber alle Maßnahmen überlassen. Den Betroffenen als das Subjekt des BEM treffen gewisse Mitwirkungsobliegenheiten. Schließlich ist er derjenige, der am meisten von den Erfolgen des BEM profitiert. So ist er z. B. gehalten, die der Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegende Diagnose mitzuteilen.



Wohl gemerkt: Er ist nicht verpflichtet, sein Krankheitsbild offenzulegen. Sinnvollerweise muss aber der das BEM Durchführende um die Probleme wissen, um sie lösen zu können. Daher kann ein BEM nur gelingen, wenn zumindest die Grundzüge der Erkrankung bekannt sind. Selbstverständlich muss sich der Beschäftigte dann aber darauf verlassen können, dass der Arbeitgeber vertraulich mit den sensiblen Daten umgeht.

Unabhängig von der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften sollte der Arbeitgeber etwa auch freiwillig darauf achten, dass nicht mehr andere Arbeitnehmer oder Stellen mit den Daten arbeiten, als unbedingt notwendig.

8.3.3 Die Rolle der Interessenvertretung

Hierzu eines vorweg: Die genauen Rechte und Pflichten des Betriebsrats oder anderer Interessenvertretungen bei einem BEM sind derzeit noch höchst unklar. Es ist daher nicht möglich, an dieser Stelle ganz klar zu vermitteln, welche Ansprüche diese Gremien haben und wie sie durchgesetzt werden können.

Der Betriebsrat, Personalrat oder die sonstigen ständigen Interessenvertretungen werden voraussichtlich keine tragende Rolle im BEM-Verfahren haben, andererseits aber auch nicht unberücksichtigt bleiben können. Dies ergibt sich schon aus dem Gesetz: § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX sieht vor, dass der Arbeitgeber mit den Interessenvertretern den Bedarf nach einem BEM klärt, wenn er festgestellt hat, dass die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Eine Einbeziehung der Interessenvertretung ist also schon in einem relativ frühen Stadium des BEM gewollt.

Weiterhin erklärt § 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX die Interessenvertretung als Überwacherin darüber, ob der Arbeitgeber seinen Pflichten zur Einleitung und Durchführung eines BEM nachkommt. Um diese Aufgabe ordnungsgemäß erfüllen zu können, gewährt § 167 Abs. 2 Satz 6 SGB IX den Interessenvertretern das Recht, vom Arbeitgeber „die Klärung“ zu verlangen. Gemeint ist damit einerseits das Recht, den Arbeitgeber zur Ermittlung eines Bedarfs nach BEM anzuhalten, also ein Initiativrecht hinsichtlich dieser Maßnahme. Andererseits kann man aus der Vorschrift auch ein Recht auf Information über die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit der Beschäftigten ableiten. Das Recht des Betriebsrates zur Aufforderung und Kontrolle des Arbeitgebers liefe sonst ins Leere, wenn die Arbeitnehmervertretung gar keinen Einblick in das Vorliegen entsprechender Voraussetzungen nehmen dürfte.

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Einführung oder Durchführung von BEM ist hingegen aller Voraussicht nach nicht gegeben. Zumindest aus § 167 Abs. 2 SGB IX lässt sich ein solches nicht ableiten. Im konkreten Fall wird es jedenfalls i. d. R. an einem kollektiven Bezug des BEM

und damit an einer wesentlichen Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 87 BetrVG oder vergleichbarer Normen fehlen.

Bei allgemeineren Maßnahmen hingegen, etwa der Einführung eines formalisierten BEM-Systems, ist es durchaus denkbar, dass die Voraussetzungen des BetrVG vorliegen, z. B. § 87 Abs. 1 Nr. 1 (Fragen der Ordnung des Betriebs), Nr. 6 (Technische Einrichtungen, die geeignet sind, das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen) oder Nr. 7 (Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften).

Unabhängig von der rechtlichen Verpflichtung empfiehlt es sich häufig schon aus taktischen Gründen, den Betriebsrat bei der Angelegenheit „BEM“ ins Boot zu holen und eine Betriebsvereinbarung darüber zu schließen. Eine solche Vereinbarung kann eine gewisse Einheitlichkeit der Vorgehensweise und Transparenz bringen, was auch die Entscheidungen und Arbeitsschritte des Arbeitgebers vereinfacht.

Auch unter den Arbeitnehmern wird sich voraussichtlich eine größere Akzeptanz des BEM durchsetzen, wenn der Betriebsrat mit dem einheitlichen Ablauf einverstanden ist und nicht befürchten muss, dass die vom Arbeitgeber ergriffenen Maßnahmen darauf abzielen, ihn in seiner Krankheit zu verfolgen und eventuell sogar dafür zu bestrafen.

Inhalt einer solchen Betriebsvereinbarung sollte zumindest sein:

- eine Präambel mit einer Erklärung zu Sinn und Zweck des BEM
- Ziele des BEM
- Geltungsbereich
- Ablauf des BEM
- Beteiligte und Verantwortliche
- denkbare Maßnahmen eines BEM
- Datenschutz

Beispiel aus der Rechtsprechung:

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Maßnahmen des Gesundheitsschutzes nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfasst aufgrund der Rahmenvorschrift des § 167 Abs. 2 Satz 1 SG IX nur die Aufstellung von Verfahrensprinzipien zur Klärung von Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann (BAG, Urteil vom 22.03.2016 – 1 ABR 14/14).

8.3.4 Die Rolle der Schwerbehindertenvertretung

§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nennt die Schwerbehindertenvertretung explizit als eine Beteiligte des BEM. Ihr wird die gleiche Funktion zugebilligt wie der betrieblichen Interessenvertretung. Allerdings muss sie nur beteiligt werden, wenn der betroffene Beschäftigte schwerbehindert ist. Für Mitarbeiter ohne Behinderung ist die Schwerbehindertenvertretung nicht zuständig.

8.3.5 Die Rolle der Mediziner

Unter Umständen muss auch daran gedacht werden, den Betriebsarzt bei dem BEM zu beteiligen. Seine Teilhabe kann einerseits darin bestehen, mit Einverständnis des Betroffenen dessen Gesundheit zu analysieren. Andererseits kommt aber auch eine allgemeinere Einbeziehung des Betriebsarztes in Betracht, weil er die im Betrieb vorhandenen Arbeitsplätze aus medizinischer Sicht gut beurteilen und daher den anderen Beteiligten die Augen öffnen kann für die evtl. vorhandenen Gefahren der einzelnen Arbeitsplätze.

Es kann auch sinnvoll sein, den Hausarzt oder andere Vertrauensärzte des betroffenen Beschäftigten mit einzubeziehen. Das Einverständnis des Betroffenen vorausgesetzt, können sich hier wertvolle Hinweise darauf ergeben, auf welche speziellen Bedürfnisse des Beschäftigten künftig besonders geachtet werden muss. Dies ist insbesondere dann hilfreich, wenn der Beschäftigte ungern seine Krankheitsgeschichte offenlegen, andererseits aber von einem erfolgreichen BEM profitieren möchte. Der private Arzt wird oftmals in der Lage sein, die Besonderheiten des Einzelfalls verallgemeinernd darzustellen, ohne Einzelheiten zu verraten.

8.3.6 Die Rolle des Integrationsamts

Wie oben bereits erwähnt, kann das Integrationsamt eine wichtige Rolle spielen im Prozess um das BEM. Es ist zu beteiligen, wenn der betroffene Beschäftigte schwerbehindert oder gleichgestellt ist und Leistungen des Integrationsamts in Betracht kommen (§ 167 Abs. 2 Satz 5 SGB IX).

Je nach Einzelfall kann das Integrationsamt folgende Hilfen zur Verfügung stellen:

- Kurse zu Besonderheiten des BEM bei schwerbehinderten Betroffenen
- Schulungen für Führungskräfte
- sog. „begleitende Hilfen im Arbeitsleben“, etwa finanzielle Unterstützung und psychosoziale Beratung
- persönliche Beratung
- Broschüren und weiteres Infomaterial

- umfangreiche Internetangebote, etwa die BIH (Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen), Online-Akademie mit weiteren Informationen und Foren zum Austausch von Erfahrungen und Ideen

8.3.7 Die Rolle der Rehabilitationsträger

Gemeint sind hier die Krankenkassen, Rentenversicherungsträger, Arbeitsagentur und die Unfallversicherungsträger. Je nach den besonderen Anforderungen des Einzelfalls können z. B. heranzuziehen sein:

- der medizinische Dienst der Krankenkassen zur Begutachtung der Arbeitsfähigkeit
- die Berufsgenossenschaft zur Begutachtung einer Berufsunfähigkeit
- die Rentenversicherungsträger zur Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit
- der Integrationsfachdienst zur Einschätzung allgemeiner Fähigkeiten des Beschäftigten

Alle diese öffentlichen Stellen können bei Bedarf aus umfangreichen Maßnahmenkatalogen Förderungen anbieten, die das BEM vorantreiben und zuweilen vielleicht sogar erst ermöglichen können.

Welche Förderungen in Betracht kommen, ist eine Frage des Einzelfalls. Arbeitgeber sollten sich an die sog. Gemeinsamen Servicestellen der Rehabilitationsträger wenden (www.reha-servicestellen.de). Diese ermitteln, welche öffentlich geförderten Maßnahmen in Betracht kommen, und helfen bei der Auswahl der richtigen Ansprechpartner.

8.3.8 Maßnahmen innerhalb des BEM

Der Gesetzestext liefert nur wenige Informationen darüber, welche Maßnahmen ein Arbeitgeber konkret ergreifen sollte, um seinen gesetzlichen Pflichten nachkommen zu können.

Aus dem Sinn und Zweck des BEM, nämlich der Förderung der Gesundheit der Beschäftigten und dem Erhalt des Arbeitsplatzes, ergeben sich wichtige Anhaltspunkte für das genaue Vorgehen des Arbeitgebers.

Zu seinen Aufgaben gehören demnach z. B.:

- das Erkennen von arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren durch Befragung der Mitarbeiter, Mediziner, sonstiger Gutachter und durch Analysen der Einzelarbeitsplätze und der Arbeitsabläufe oder durch Veranlassung einer Gefährdungsanalyse

- das Abstellen der erkannten Gefahren durch Umgestaltung des Arbeitsplatzes und der Arbeitsumgebung, ggf. auch durch Vermittlung von psychologischer Hilfe oder Umsetzung des betroffenen Beschäftigten, die stufenweise Wiedereingliederung des Beschäftigten nach langer Erkrankung, Veränderung der Arbeitszeiten usw.
- die Früherkennung eines Rehabilitationsbedarfs und das Ergreifen entsprechender Reha-Maßnahmen

Diese Beispiele beinhalten zuweilen Beurteilungen, die ein nicht ausreichend fachkundiger Arbeitgeber überhaupt nicht zu erbringen in der Lage ist. Genau für diese Fälle bietet das Gesetz jedoch die Möglichkeit, weitere Stellen und Personen an dem Prozess zu beteiligen (siehe Kapitel 8.3).

Es besteht sogar die Möglichkeit, den gesamten BEM-Prozess in fremde Hände zu geben. Hier ist allerdings sorgfältig abzuwägen, ob die Arbeitersparnis auf Arbeitgeberseite erstens die finanziellen Aufwendungen für die Fremdhilfe rechtfertigt und, was viel wichtiger ist, ob aus Vertrauensgesichtspunkten vielleicht doch die Umsetzung des BEM „im eigenen Hause“ vorzuziehen ist. Außerdem muss bei der Fremdvergabe des Auftrags unbedingt strengstens auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften geachtet werden. Diese Verantwortung kann der Arbeitgeber nicht abgeben. Er muss also einerseits selbst die Beachtung des Datenschutzes sicherstellen, andererseits selbiges bei der Fremdfirma überwachen.

8.3.9 Datenschutzrechtliche Aspekte des BEM

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Beschäftigte zunächst sein Einverständnis geben muss, bevor ein BEM eingeleitet werden kann. Dieses Erfordernis wird einem wichtigen Grundsatz des Datenschutzrechts gerecht: keine Weitergabe und Benutzung von fremden Daten ohne die Einwilligung des Betroffenen. Gerade im Bereich des BEM wird mit sensiblen Daten „gehandelt“, etwa der Anzahl der Krankheitstage des Betroffenen, der der Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegenden Diagnose und sonstige höchstpersönliche Angaben. Daher muss der erste Schritt des Arbeitgebers sein, das Einverständnis des betroffenen Beschäftigten zu erhalten. Dies ergibt sich auch aus § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX („mit Zustimmung der betroffenen Person“).

Außerdem muss der Arbeitgeber gem. § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX darauf achten, dass dem Betroffenen genau erklärt wird, welche Ziele das BEM verfolgt und welche Daten hierzu erhoben und verwandt werden.

Auch diese Vorschrift ist auf ein bedeutsames Prinzip des Datenschutzrechts zurückzuführen. Es besagt: keine verwertbare Zustimmung ohne ordnungsgemäße Aufklärung.

Der Betroffene muss nämlich zunächst in die Lage versetzt werden, zu entscheiden, ob er der Erhebung und Verwertung seiner Daten zustimmt oder nicht. Ohne vollständige und richtige Information kann diese Entscheidung niemandem abverlangt werden.

Die einmal erteilte Zustimmung zum BEM ist jederzeit widerruflich. Der betroffene Beschäftigte kann in jedem Stadium des BEM die Zusammenarbeit abbrechen. Ein Weiterbetreiben des Verfahrens ist dem Arbeitgeber ab diesem Zeitpunkt untersagt.

Weiterhin gilt nicht das „Alles-oder-nichts-Prinzip“, was die Beteiligung von anderen Stellen als der Betriebsparteien und der Arbeitsvertragsparteien angeht. Der Beschäftigte kann auch z. B. die Einschaltung der Krankenkasse verweigern, sodass das BEM ohne diese Behörde ablaufen muss.

? Kommen Einzelheiten des BEM in die Personalakte?

Selbstverständlich sollte sein, dass die im Rahmen des BEM erlangten Daten auch **nur** für das BEM verwendet werden. Der Arbeitgeber sollte unbedingt davon absehen, die Daten anderweitig zu verwerten oder gar zu verbreiten, etwa bei einem Kündigungsschutzverfahren. Es gilt hier der strenge Grundsatz der Zweckbindung der für das Verfahren des BEM erhobenen Daten.

Außerdem sollte darauf geachtet werden, dass die Informationen des BEM nicht in der Personalakte aufbewahrt werden. Denn diese dient der Verfolgung arbeitsvertragsrechtlicher Ziele und hat damit eine völlig andere Intention als das Verfahren nach § 167 Abs. 2 SGB neu. In der Personalakte darf lediglich ein kurzer Hinweis auf das durchgeführte BEM enthalten sein.

Im Übrigen empfiehlt sich, alle Vereinbarungen gesondert schriftlich festzuhalten und zusammen mit der schriftlichen Zustimmung des Betroffenen in der Sonderakte aufzubewahren. Dies kann erhebliche Beweisprobleme im Streit um den Datenschutz und auch in anderen Verfahren (zum Kündigungsschutz siehe sogleich) verhindern.

Ärztliche Aussagen und Gutachten, Stellungnahmen der Rehaträger oder des IFD u. Ä. gehören also nicht in die Personalakte, sondern z. B. in die Akte beim betriebsärztlichen Dienst.

8.4 Rechtsfolgen der fehlerhaften Durchführung oder der Unterlassung eines BEM

Beim Lesen des § 167 Abs. 2 SGB IX neu drängt sich die Frage auf, welche Konsequenzen es haben kann, wenn der Arbeitgeber entgegen dem Wortlaut nicht „klärt“, was ihm vom Gesetz aufgetragen wird.

Nach der Einführung der Vorschrift zum BEM im Jahr 2004 herrschte in Literatur und Rechtsprechung ein reger Meinungs austausch über die Rechtsqualität des § 167 Abs. 2 SGB IX neu und damit über die Folgen seiner Nichtbeachtung.

Mittlerweile hat das Bundesarbeitsgericht umfassend Stellung beziehen können. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei der Norm um eine gesetzliche Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitsrecht, genauer gesagt des Kündigungsschutzrechts. Denn i. d. R. werden sich Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtem in diesem Rahmen abspielen, wenn der Beschäftigte aus gesundheitlichen Gründen seiner Arbeit nicht mehr nachkommen kann und deswegen vom Arbeitgeber gekündigt wird.

Die Richter des BAG haben früher betont, dass die Durchführung eines BEM nicht Voraussetzung ist, um eine wirksame Kündigung aussprechen zu können. Diese Rechtsprechung wurde aufgegeben. Nunmehr stehen die Richter des BAG auf dem Rechtsstandpunkt, dass der Arbeitgeber von sich aus das BEM anbieten müsse. Tut er dies nicht, kann die Kündigung unverhältnismäßig und damit unwirksam sein (BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13).

Der Arbeitgeber muss daher im Kündigungsschutzverfahren darlegen und ggf. beweisen, dass

- er ein BEM durchgeführt hat, dieses aber erfolglos war,
- oder
- er ein solches angeboten hat, der Arbeitnehmer dessen Durchführung indes nicht gewünscht hat.

Eingeschränkt gilt das Vorstehende natürlich in den Fällen, in denen sich der gekündigte Arbeitnehmer überhaupt nicht auf einen Kündigungsschutz berufen kann. Denn bei fehlender Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes – entweder wegen Nichterfüllung der Wartezeit von sechs Monaten oder im Kleinbetrieb – wird i. d. R. nicht die Verhältnismäßigkeit einer Kündigung geprüft. Zwar kann es u. U. zur Prüfung der Kündigung unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) kommen, wenn der Anschein besteht, dass der Arbeitgeber willkürlich oder unter grober Verletzung seiner Pflichten gekündigt habe. Dies kann auch der Fall sein, wenn der Arbeitgeber krankheitsbedingt kündigt, ohne sich um eine andere Lösung bemüht zu haben. In dem Fall muss aber zumindest ein Indiz auf das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 242 BGB gegeben sein. Wenn das Kündigungsschreiben keine Begründung enthält (was grundsätzlich zu empfehlen ist), wird es der Arbeitnehmer in aller Regel schwer haben, den Richter von der Treuwidrigkeit der Kündigung überzeugen zu können.

Weiterhin kann der gekündigte Arbeitnehmer sich umso weniger auf seine Schutzbedürftigkeit berufen, als der Arbeitgeber sich um Lösungen bemüht

hat, er – der Arbeitnehmer selbst – aber die Teilnahme an einem BEM verweigert hat. Die fehlende Zustimmung zum BEM kann also, wie oben gesagt, zwar ein BEM verhindern. Diese Verweigerung hat für den Arbeitnehmer aber u. U. weitreichende Folgen. Denn erstens werden sich sein Gesundheitszustand und seine Arbeitszufriedenheit auf Dauer nicht verändern ohne Verbesserungsmaßnahmen. Zweitens erleichtert er dem Arbeitgeber eine krankheitsbedingte Kündigung.

Prozessuale Folgen kann die Unterlassung eines BEM auch im Streit um den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers haben. Im Extremfall kann der Arbeitnehmer auf Sozialleistungen verwiesen werden, wenn er seiner Arbeit nicht mehr nachkommen und damit auch keinen Entgeltanspruch erwerben kann, gleichzeitig auch keine Entgeltfortzahlung und kein Krankengeld mehr beansprucht werden können. Es besteht zwar die Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer einen leidensgerechten Arbeitsplatz zu verschaffen, sodass der Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch auf einen anderen Arbeitsplatz geltend machen kann.

Rechtlich gesehen setzt er den Arbeitgeber dadurch in Verzug und kann sich den sog. Annahmeverzugslohn sichern, weil der Arbeitgeber ihn trotz Beschäftigungsmöglichkeit nicht sein Geld verdienen lässt. Kann der Arbeitgeber jedoch nachweisen, dass er trotz Durchführung eines BEM keinen anderen Arbeitsplatz anbieten kann, wird die Beschäftigungsklage des Arbeitnehmers keinen Erfolg haben. Hat der Arbeitgeber hingegen kein Verfahren nach § 167 Abs. 2 SGB IX eingeleitet, wird ihm der Nachweis fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten schwerfallen.

8.5 Prämien und Boni gem. § 167 Abs. 3 SGB IX

§ 167 Abs. 3 SGB IX lautet:

„Die Rehabilitationsträger und die Integrationsämter können Arbeitgeber, die ein betriebliches Eingliederungsmanagement einführen, durch Prämien oder einen Bonus fördern.“

Die öffentlichen Kassen bieten also finanzielle Anreize für Arbeitgeber, ein BEM-System einzuführen. Das Gesetz macht keine Ausführungen dazu, worin die Prämien und Boni bestehen können. Auch die Träger und Ämter selbst halten sich mit allgemeinen Angaben zu den Förderungen bedeckt und verweisen auf den Einzelfall.

Wie der Wortwahl „können“ zu entnehmen ist, besteht außerdem kein Anspruch auf solche Leistungen.

Es empfiehlt sich jedoch dringend, sich von den örtlich zuständigen Ämtern beraten zu lassen und dementsprechend das weitere Vorgehen zu planen.

9 Datenschutz

9.1 Einführung

Einleitung

Am 25.05.2016 ist die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in Kraft getreten und wird gem. Art. 99 Abs. 2 DSGVO ab dem 25.05.2018 für alle EU-Mitgliedstaaten gelten. Gleichzeitig findet auch das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG n. F.) Anwendung. Sinn und Zweck ist es, das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Betroffenen bei der Verarbeitung von Daten zu schützen.

Begriffsklärung

Die Definitionen vieler Begriffe finden sich in der DSGVO und im BDSG n. F. selbst; daher folgen hier nur einige wichtige Begriffe zur Veranschaulichung.

• Personenbezogene Daten

Die DSGVO und das BDSG n. F. schützen personenbezogene Daten. Gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO bezeichnet der Ausdruck „*personenbezogene Daten*“ *alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden ‚betroffene Person‘) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind*“.

Beispiele für personenbezogene Daten: Name, Adresse, Kontaktdaten, Personalnummer oder Kfz-Kennzeichen

• Verarbeitung

Nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO versteht man unter „*Verarbeitung*“ *jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung*“.

• Speicher- und Löschfristen

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist bei Bewerberdaten auch die Beachtung von Speicher- und Löschfristen. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO sind personenbezogene Daten zu löschen, sobald die Identifizierung der betroffenen Person für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist.

Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten wird weiterhin der Grundsatz gelten, dass es sich hier um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt.

Nach den Vorschriften der DSGVO und des BDSG n. F. gilt: Der Arbeitgeber darf auf solche Daten zugreifen, die für die Durchführung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses „erforderlich“ sind. Was genau „erforderlich“ ist, sagt der Gesetzestext allerdings nicht. Zu den erforderlichen Daten, die der Arbeitgeber verarbeiten darf, gehören z. B. alle Stammdaten der Mitarbeiter.

- Name und Adresse
- Kontoverbindung
- Ausbildung bzw. Qualifikationen
- Arbeitszeiterfassung

Art. 26 Abs. 1 DSGVO

*Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für **Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses** verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach **Begründung** des Beschäftigungsverhältnisses für dessen **Durchführung oder Beendigung** oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist.*

Soweit der Arbeitgeber personenbezogene Daten verarbeiten will, die nicht zwingend erforderlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind, wie z. B. das private Kfz-Kennzeichen der Beschäftigten, benötigt er hierfür von den Beschäftigten eine wirksame Einwilligung.

Einwilligung

Auch Beschäftigte können gegenüber dem Arbeitgeber in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten einwilligen, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a, 7 DSGVO i. V. m. § 26 Abs. 2 BDSG n. F.

Die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung sind jedoch hoch. Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten über den Zweck sowie den Umfang der Datenverarbeitung zu informieren. Das heißt, der Umfang der Datenverarbeitung muss **transparent** und in **klarer Sprache** beschrieben werden. Bei Konzernen gilt, dass die Gesellschaften, denen Informationen bereitgestellt werden, konkret zu benennen sind. Mithin darf keine Pauschalaussage wie „unsere Unternehmensgruppe“ gewählt werden.

Dem Beschäftigten muss die Einwilligung nachweislich durch entsprechenden Hinweis freigestellt sein (Kriterium Freiwilligkeit). Zudem muss er auf sein jederzeit bestehendes Widerrufsrecht hingewiesen werden. Soweit ein Zugriff aus Drittländern (USA, Schweiz etc.) erfolgt, muss ein Hinweis auf

ein Angemessenheitsniveau und auf die Maßnahmen zur Sicherung ergänzt werden.

Die Einwilligung bedarf gem. § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG n. F. der **Schriftform**, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person gem. § 26 Abs. 2 Satz 4 BDSG n. F. über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht mindestens in Textform aufzuklären, wenn nicht sowieso sämtliche Informationen in gleicher Weise zur Verfügung gestellt werden.

Besondere Kategorien von Daten

Die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgeht, sowie die Verarbeitung von genetischen oder biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person ist untersagt, vgl. Art. 9 Abs. 1 DSGVO.

Verpflichtung auf das Datengeheimnis bzw. auf die Vertraulichkeit

Soweit der Bewerbungsprozess abgeschlossen ist und die Person eingestellt wird, war es nach dem bisherigen Datenschutzrecht in § 5 BDSG a. F. Pflicht, eine sog. „Verpflichtung auf das Datengeheimnis“ einzuholen. Eine vergleichbar klare und eindeutige Regelung ist in der DSGVO nicht mehr enthalten. Eine Verpflichtung zum Datengeheimnis besitzt jedoch eine deutliche Warn- und Belehrungsfunktion, sodass diese gute Routine nicht aufgegeben werden sollte. Stattdessen sollte sie im Rahmen der Dokumentations- und Nachweispflichten des Art. 5 Abs. 2 DSGVO weiterhin als probates Mittel eingesetzt werden.

Datenpannen

Eine Datenpanne – also die Verletzung des Schutzes von personenbezogenen Daten – muss binnen 72 Stunden gemeldet werden, vgl. Art. 33 DSGVO. Eine solche liegt nach Art. 4 Nr. 12 DSGVO stets vor bei einer „*Verletzung der Sicherheit, die, ob unbeabsichtigt oder unrechtmäßig, zur Vernichtung, zum Verlust oder zur Veränderung, oder zur unbefugten Offenlegung von beziehungsweise zum unbefugten Zugang zu personenbezogenen Daten führt, die übermittelt, gespeichert oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden*“. Mit der Meldung der Datenpanne geht auch eine umfassende Dokumentationspflicht einher, vgl. Art. 33 Abs. 5 DSGVO. Gegebenenfalls ist nach Art. 34 DSGVO der betroffene Personenkreis zu informieren.

Aufgaben und Rechte des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat bei der Speicherung, Nutzung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten ein umfassendes Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Es gibt neben der allgemeinen Vorschrift des § 26 BDSG n. F. (bzw. § 32 BDSG a. F.) noch weitere Erlaubnistatbestände, die dem Arbeitgeber die Erlaubnis geben, Daten der Mitarbeiter zu erheben. Von großer praktischer Bedeutung sind die Einwilligung und die Betriebsvereinbarung als sog. Erlaubnisnorm. Viele Betriebsvereinbarungen entsprechen nicht den Vorgaben der ab dem 25.05.2018 geltenden DSGVO. Kurzfristig helfen kann ggf. eine „Rahmenbetriebsvereinbarung DSGVO“.

9.2 Allgemeines

Adressat bezogen auf datenschutzrechtliche Regelungen ist die „verantwortliche Stelle“, d. h. die Leitung des Unternehmens, das personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt. Darüber hinaus betrifft es auch die dort eingesetzten Mitarbeiter, die mit der Verarbeitung betraut sind. Durch geeignete Maßnahmen sind diese Personen mit dem Datenschutz vertraut zu machen.

Dies ist einerseits Aufgabe der verantwortlichen Stelle, andererseits ist im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) eine Kontrollfunktion durch einen Beauftragten für den Datenschutz aufgegeben. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die verantwortliche Stelle bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die im BDSG aufgegebenen Regeln einhält und die Einhaltung auch kontrolliert wird. Diese Kontrollfunktion ist dem Datenschutzbeauftragten zugeordnet.

9.3 Überwachung der Arbeitnehmer

9.3.1 Kontrollen der Privatnutzung Telekommunikation/Internet

Die Privatnutzung von Betriebsmitteln ist das präsenteste Problem im Bereich der Mitarbeiterkontrolle. Zu denken ist hier an das private Surfen im Internet, die private Nutzung von E-Mail und Privattelefonate.

*Dienstliche vs. private
Telekommunikation*

Im Bereich der Telekommunikation ist zwischen der dienstlichen und der privaten Nutzung zu unterscheiden. Der Arbeitgeber hält die Telekommunikationseinrichtungen als Betriebsmittel für die Arbeitnehmer vor. Entweder stehen diese in seinem Eigentum, oder er stellt diese durch Miete, Pacht, Leasing usw. Diese Betriebsmittel dienen den Arbeitnehmern dazu, ihre Dienstverpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag zu erfüllen. Dies gilt ebenso für Mobiltelefone. Diese werden für bestimmte Arbeitsplätze angeschafft, damit bestimmte Arbeitnehmer ihre Dienstpflichten erfüllen können, so z. B. für Handwerker, die an ihren Einsatzorten mit dem Unternehmen in Verbindung stehen sollen.

Diese dienstliche Nutzung der Telekommunikationsanlagen dient der Erfüllung der Dienstverpflichtung der Arbeitnehmer. Daher ist der Arbeitgeber frei darin, wo und für welchen Mitarbeiter er welche Telekommunikations-einrichtung bereitstellt und in welchem Maße und in welcher Art und Weise der einzelne Arbeitnehmer diese Einrichtungen für dienstliche Zwecke nutzen darf. Dies ist ein Ausfluss des Weisungsrechts des Arbeitgebers. Er alleine entscheidet, welche Maßnahmen er für sinnvoll erachtet und welche Verteilung der Ressourcen seinen Betrieb fördert.

9.3.2 Internet

Heutzutage haben die meisten Firmen einen Online-Zugang. In Bereichen, in denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Computer zur Verfügung stellt, ist dieser häufig für den Zugang zum Internet ausgestattet. Aufgrund der weiten Verbreitung empfinden Arbeitnehmer häufig die Nutzung des Arbeitscomputers zum Surfen oder für E-Mail-Korrespondenzen als Komfortmerkmal. Aus einer privaten Nutzung können dem Arbeitgeber aber auch beträchtliche Nachteile erwachsen. So kann der Arbeitnehmer durch das Surfen Viren in das Firmennetzwerk einschleusen, die auf das EDV-System verheerende Auswirkungen haben können. Des Weiteren kann durch die Möglichkeit, die individuelle Kennung des Computers durch seine IP-Adresse herauszufinden, das Surfen auf Seiten mit strafbarem oder zumindest zweifelhaftem Inhalt den Ruf einer Firma schädigen, da das Surfverhalten eines einzelnen Mitarbeiters dem Firmenrechner zugeschrieben werden kann.

Zunächst soll darauf eingegangen werden, in welchem Umfang private Nutzung von Internet und E-Mail zulässig sind und in welche Bahnen man diese seitens des Arbeitgebers lenken kann. Schließlich soll gezeigt werden, wie es um die Zulässigkeit von Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers bestellt ist. Inwieweit sich Kontrollmaßnahmen technisch umsetzen lassen, soll nicht Gegenstand dieses Skripts sein.

Grundsätzlich ist eine private Surfnutzung nicht gestattet. Gerade bei der Nutzung des Internets mag es aber schwierig sein, die private von der dienstlichen Nutzung zu trennen. Dienstliche Nutzung liegt immer dann vor, wenn der Arbeitnehmer durch seinen Internetzugriff die eigene Arbeit fördern möchte. Nicht maßgeblich ist, ob der Internetzugriff die Arbeit optimal fördert. So ist es auch eine dienstliche Nutzung, wenn der Arbeitnehmer statt der von ihm gewählten eine andere Suchmaschine hätte einsetzen können, bei der er die Informationen zielgenauer bekommen hätte.

Ein Sonderfall, bei dem dienstliche und private Nutzung zusammenfallen, ist die Nutzung, um sich die Fähigkeiten des Mediums anzueignen. Hier kommt es dem Arbeitgeber gerade darauf an, dass sich ein Arbeitnehmer, der sich nicht mit dem Medium Internet und den dazugehörigen Programmen (Browser etc.) auskennt, innerhalb kurzer Zeit die Fähigkeiten aneignet, um durch eine effiziente und schnelle Internetnutzung seine Arbeit besser zu gestalten. Hierbei ist dann auch die Beschäftigung mit rein privaten Seiten ein dienstliches Surfen, da es dem Arbeitgeber auf die Tätigkeit des Surfens an sich ankommt.

Private Internetnutzung

Eine private Internetnutzung ist grundsätzlich nicht zulässig. Sollte der Arbeitgeber jedoch eine private Internetnutzung durch die Arbeitnehmer zulassen wollen, so sollte er die Grenzen der privaten Nutzung klar festlegen. Zudem sollte der Arbeitgeber eine private Nutzung, sofern er diese nicht gestatten möchte, unterbinden, da sich nach einem Zeitraum von einem halben bis zu einem Jahr eine betriebliche Übung ergeben kann. Um die private Internetnutzung zu regulieren, empfiehlt sich eine einzelvertragliche Nebenabrede oder eine Betriebsvereinbarung. In dieser sollte sich der Arbeitgeber aber nicht an die Gestattung der privaten Internetnutzung binden. Regelt er darin lediglich Art und Umfang der Nutzung, so kann er seine Zustimmung zur privaten Nutzung jederzeit frei widerrufen. Trotzdem sollte in der Praxis ein Widerrufsvorbehalt in die Regelung mit hineingenommen werden. Inwieweit der Arbeitgeber eine Ausgestaltung vornehmen möchte richtet sich immer auch nach den konkreten Verhältnissen in den Betrieben. Um Verstöße besser ahnden zu können, empfiehlt es sich, eine örtliche und zeitliche Begrenzung, eine Bestimmung der Art und Weise der privaten Nutzung sowie die Ahndung bei Verstößen zu regeln. So können sich keine Grauzonen ergeben, die in der Rückschau Probleme bei der Beurteilung schaffen.

Bei der zeitlichen Komponente wäre an die Festlegung des Nutzungszeitpunktes oder eines Rahmens zu denken, sodass eine private Nutzung z. B. nur in den Arbeitspausen gestattet ist. Zudem kann man damit auch den Datenverkehr steuern, sodass bei Stoßzeiten der Internetnutzung und des Datentransfers die private Nutzung ausgeschlossen ist, um so die Funktionsfähigkeit des Netzwerks sicherzustellen.

Bei der örtlichen Komponente kann die Nutzung z. B. auf den eigenen Arbeitsplatz des Arbeitnehmers beschränkt werden. Zudem gäbe es hier auch die Möglichkeit, die Nutzung auf Rechner in einem Pausenraum zu beschränken.

Bei Art und Umfang der Nutzung empfiehlt es sich, einen Katalog mit Inhalten zu erstellen, die vom Arbeitnehmer auf keinen Fall abgerufen werden dürfen. Dieser Katalog soll Seiten mit pornografischen, gewaltverherrlichenden, rassistischen und kriminellen Inhalten enthalten. Da die Verarbeitung dieser Inhalte auch zu einer Belästigung von Mitarbeitern führen kann, empfiehlt es sich, die entsprechenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen einer Zuwiderhandlung in diesen Teil der Vereinbarung mit aufzunehmen.

Zulässigkeit der Kontrolle

Die Zulässigkeit der Kontrolle richtet sich an den Überlegungen für den Bereich der Telefonie aus, da die Internetnutzung im Bereich des Surfens der Telefonie ähnlich ist. Sofern der Arbeitgeber die Privatnutzung erlaubt, wird er gern. § 88 Telekommunikationsgesetz zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses sowie nach den §§ 91 ff. Telekommunikationsgesetz zum Datenschutz verpflichtet. Er bietet seinem Arbeitnehmer nämlich die Möglichkeit, die von ihm bereitgestellten Betriebsmittel zur nichtdienstlichen Telekommunikation zu nutzen. Damit ist er bereits Telekommunikationsanbieter. Es ist hierbei unerheblich, dass der § 91 Telekommunikationsgesetz im Wortlaut von einer

„geschäftsmäßigen Erbringung“ der Telekommunikationsdienstleistung spricht. Eine geschäftsmäßige Erbringung setzt nämlich keine auf Gewinn ausgerichtete Tätigkeit voraus.

Diese Konsequenz aus der Erlaubnis der privaten Nutzung schlägt sich auch in der Kontrollverbot nieder. Wurde die private Nutzung erlaubt, ist diese Nutzung von einem Kontrollverbot erfasst. Der Arbeitgeber darf weder über die Inhalte noch über die äußeren Daten Protokolle anfertigen. Der Arbeitgeber darf lediglich, sofern er die Nutzung gegenüber dem Arbeitnehmer kostenpflichtig gemacht hat, die zur Abrechnung notwendigen Daten bis zur Abrechnung aufbewahren. In Fällen des strafbaren Verhaltens des Arbeitnehmers (Besitz und Verbreitung von Kinderpornografie/Geheimnisverrat etc.) ist an ein Kontrollrecht aus dem Notwehrrecht, § 227 BGB, zu denken. Bei einem solchen Verdacht sollten jedoch sofort die Strafverfolgungsbehörden mit ihren umfassenden Befugnissen eingeschaltet werden.

Somit darf der Arbeitgeber das Internetnutzungsverhalten der Arbeitnehmer nur kontrollieren, wenn er die private Nutzung nicht erlaubt hat. Dies hat nämlich zur Folge, dass der Arbeitgeber in Beziehung zu seinem Arbeitnehmer keine Telekommunikationsdienstleistungen erbringt, und er somit nicht mehr an die Einschränkungen des Telekommunikationsgesetzes und Telemediendatenschutzgesetzes gebunden ist.

Auch hier ist die Kontrolle des Surfverhaltens und die Intensität der Kontrolle geprägt von der Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers mit den grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitgebers. Auch hier sind die Kontrollmaßnahmen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auszurichten.

Um das Surfverhalten des Arbeitnehmers genau zu kontrollieren, bedarf es daher eines Verdachts auf einen erheblichen Verstoß gegen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. Die Kontrolle muss das mildeste Mittel darstellen, um dem Arbeitnehmer seine Pflichtverletzung nachzuweisen. Sofern es sich lediglich um eine Gelegenheitsnutzung handelt, reichen offene Kontrollen und ein Verbot der Nutzung. Auch angekündigte Stichproben können hier einschlägig sein. Bei schwerem Missbrauch kann auch eine heimliche Protokollierung vorgenommen werden.

Die Folge einer unzulässigen Nutzung durch den Arbeitnehmer reicht je nach Schwere des Verstoßes bis hin zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung. Für die außerordentliche fristlose Kündigung nach übermäßiger Internetnutzung durch einen Arbeitnehmer sind folgende Nutzerverhalten von der Rechtsprechung als Umstände der Pflichtverletzung anerkannt:

- Herunterladen erheblicher Datenmengen auf betriebliche Datensysteme, sowohl wegen Viren- und Trojanergefahr als auch wegen der möglichen Rufschädigung durch den Download von strafbaren oder pornografischen Darstellungen oder Dateien

- private Nutzung als solche, wegen Kosten und unberechtigter Inanspruchnahme von Betriebsmitteln
- Arbeitspflichtverletzung durch Surfen während der Arbeitszeit

Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung an sich kann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer das Internet während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken in erheblichem zeitlichen Umfang („ausschweifend“) nutzt und damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Im konkreten Fall hatte der Arbeitnehmer entgegen einem Verbot auf der Startseite des Intranets jeweils Ausflüge von bis zu 134 Minuten am Stück gemacht und zudem Seiten mit erotischen und pornographischen Inhalten besucht.

Der Arbeitnehmer darf bei solch einem Surfverhalten nicht darauf vertrauen, dass der Arbeitgeber damit einverstanden ist, wenn sein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in dieser Zeit nicht erbringt und gleichwohl eine entsprechende Vergütung dafür beansprucht. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber keine klarstellenden Nutzungsregelungen für den Betrieb aufgestellt hat. Bei einer fehlenden ausdrücklichen Gestattung oder Duldung des Arbeitgebers ist eine private Nutzung des Internets grundsätzlich nicht erlaubt. Weist in diesen Fällen die Nichtleistung der vertraglich geschuldeten Arbeit einen erheblichen zeitlichen Umfang auf, kann der Arbeitnehmer in keinem Fall ernsthaft mit einer Duldung bzw. Gestattung durch den Arbeitgeber rechnen.

Deshalb muss es jedem Arbeitnehmer klar sein, dass er mit einer exzessiven Nutzung des Internets während der Arbeitszeit seine arbeitsvertraglichen Haupt- und Nebenpflichten erheblich verletzt. Es bedarf daher in solchen Fällen auch keiner Abmahnung.

9.3.3 E-Mail

Die Überwachung der E-Mail-Korrespondenz richtet sich ebenso danach, ob die Nutzung des Arbeitnehmers dienstlich oder privat ist. Die E-Mail-Korrespondenz ist ihrer Natur nach sowohl teils dem Briefverkehr als auch in der privaten Kommunikation dem Telefonat ähnlich. Daher sind die Überlegungen hinsichtlich der Kontrolle auch beeinflusst durch die Überlegungen zur Kontrolle des Briefverkehrs. Um die Kontrollbefugnis des Arbeitgebers bei dienstlicher Nutzung einzuschätzen, ist es entscheidend, welche Art der E-Mail-Adresse (allgemeine Firmenadresse, Abteilungsadresse oder individualisierbare Adresse) der Arbeitnehmer zur Nutzung zugewiesen bekommt.



Praxistipp

Generell ist auch hier eine Privatnutzung durch den Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zu genehmigen. Die Möglichkeiten für die Genehmigung richten sich nach den Möglichkeiten für die Gewährung der Internetnutzung. Jedoch kann sich aus der Art der zur Verfügung gestellten E-Mail-Adresse eine gewisse Privatheit des E-Mail-Kontos des Mitarbeiters ergeben, die in der Praxis eine Regelung erforderlich machen. Somit sollte ein privater Gebrauch ausgeschlossen werden.

Sofern es in einer Firma nur ein E-Mail-Postfach gibt (z. B. info@beispiel.de), ist dieses wie der Briefposteingang einer Firma zu behandeln. Daher darf der Arbeitgeber jederzeit vollen Zugriff auf dieses Postfach nehmen. Die ankommenden E-Mails sind als dienstlich zu bewerten. Nur wenn – wie bei einem physischen Brief auch – ein Vermerk „Vertraulich“, „Persönlich“ oder dergleichen angefügt ist oder aus der E-Mail hervorgeht, dass sie vertraulich für einen Arbeitnehmer gedacht ist, ist diese vertraulich zu behandeln und aus einem möglichen Umlauf zu nehmen.

Sofern die E-Mail-Adresse einen größeren Empfängerkreis anspricht (z. B. musterabteilung@beispiel.de), ist die Nutzung dienstlich, und das Postfach unterliegt wie die singuläre Firmenadresse dem vollen Zugriff des Arbeitgebers. Anderes kann sich nur dadurch ergeben, dass eine Abteilung lediglich mit einem Arbeitnehmer besetzt ist. Dann wäre dieses Postfach dem einzelnen Mitarbeiter trotz einer allgemeinen Kennung zuzuordnen.

Anders ist das E-Mail-Postfach zu bewerten, wenn es eindeutig einem Arbeitnehmer zuzuordnen ist (z. B. max.mustermann@beispiel.de). Die auf diesem Postfach eingehende Post kann nicht automatisch als dienstbezogen gewertet werden. Diese E-Mails sind eindeutig für einen Empfänger bestimmt. Im Gegensatz zu den anderen E-Mail-Adressen ist hier die Kommunikation dem Telefon angenähert, da sich in E-Mails durch die einfache und direkte Art der Kommunikation der Wortsprache angenäherte Formulierungen finden. In diesen E-Mails ist der Inhalt oft sehr persönlicher Natur und gibt Meinungen und Einschätzungen wieder, die in einer anderen Form der Kommunikation so nicht festgehalten werden würden. Somit sind diese Postfächer nicht durch den Arbeitgeber ohne Weiteres einsehbar. Es müssen weitere Voraussetzungen für eine zulässige Kontrolle erfüllt sein.

Auch hier kollidiert das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers mit den Interessen des Arbeitgebers. Daher decken sich die Kontrollmöglichkeiten mit den Kontrollmöglichkeiten bezüglich des Internets. Eine Kontrolle muss aus einem konkreten Verdacht eines Verstoßes das mildeste Mittel sein, um diesen Verstoß zu belegen, und es darf insgesamt nicht unverhältnismäßig sein. Auch hier ist somit in der Abstufung von offener zu verdeckter Kontrolle vorzugehen. Zudem ist bezüglich des Eingriffs bei lediglich dienstlich erlaubter Nutzung die oben genannte Einteilung der E-Mail-Adressen zu berücksichtigen.

Aus der Kontrolle des E-Mailverkehrs völlig auszuschließen sind die E-Mail-Konten von Betriebsräten und Betriebsärzten und -psychologen sowie allen Geheimnisträgern. Diese dürfen ihre Stellungnahmen per E-Mail abgeben. Dies wird in der Praxis vor allen Dingen dann geschehen, wenn die ursprüngliche Anfrage per E-Mail an die Geheimnisträger gerichtet wurde. Aufgrund der ausdrücklichen Sonderstellung dieser Mitarbeiter darf der Arbeitgeber hier noch nicht einmal erfassen, wer Absender und Adressat der jeweiligen Korrespondenz ist.

9.3.4 Telefon

Eine wichtige Telekommunikationseinrichtung ist das Telefon, sowohl als festinstalliertes Telefon am Arbeitsplatz, als auch als Mobiltelefon. Die dienstliche Nutzung ist frei gestaltbar durch den Arbeitgeber. Im Folgenden wird differenziert zwischen der privaten und der dienstlichen Nutzung, da sich auch hier Unterschiede in den Kontrollmöglichkeiten ergeben.

Ausgeschlossen von dieser Betrachtung bleibt die private Nutzung von privaten Mobiltelefonen am Arbeitsplatz. Die rechtliche Beurteilung ist keine des Verhaltens am Arbeitsplatz, d. h. keine zweckfremde Benutzung von Betriebsmitteln, sondern unterliegt der Beurteilung der Kommunikation während der Arbeitszeit.

Die Privatnutzung der Betriebstelefone ist grundsätzlich nicht gestattet. Der Arbeitgeber entscheidet alleine darüber, ob und in welchem Umfang die Arbeitnehmer die von ihm bereitgestellten Telefone privat nutzen dürfen. Auch der Betriebsrat hat kein Initiativrecht hinsichtlich der Erlaubnis der Nutzung. Dem Arbeitgeber ist es zudem freigestellt, die Privatnutzung der Telefone ausdrücklich zu untersagen.

Nur in Notfällen, bei Pflichtenkollisionen und bei der privaten Nutzung aus dienstlichem Anlass sowie bei einem privaten Austausch am Arbeitsplatz besteht ausnahmsweise ein Recht auf Privatnutzung für den Arbeitnehmer.

Private Nutzung

Die Privatnutzung der Telefone kann aber ausdrücklich, konkludent oder möglicherweise durch betriebliche Übung gestattet sein. Die Gestattung durch betriebliche Übung ist umstritten.

Auch hier hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, individualvertraglich mit jedem Arbeitnehmer eine Vereinbarung zu treffen. Dies ist der Idealfall. Ebenso wie bei der Internetnutzung sollte hier Art und Umfang der Nutzung festgelegt werden. Auch hier schafft eine Vereinbarung Klarheit über die Pflichten des Arbeitnehmers. Zudem kann in einer Vereinbarung auch eine Einwilligung in Überwachungsmaßnahmen erfolgen. Die Einwilligung in diese Überwachungsmaßnahmen sollte gern. §§ 91 ff. Telekommunikationsgesetz in gesetzlicher Schriftform erfolgen sowie möglichst mit einer hervorgehobenen Typografie dem Arbeitnehmer besonders kenntlich gemacht werden.

Daher ist in der Praxis eine individuelle Vereinbarung mit jedem Arbeitnehmer zusätzlich zu einer etwaigen Betriebsvereinbarung absolut empfehlenswert und kann schon bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses im Arbeitsvertrag abgeschlossen werden.

Sofern die private Nutzung erlaubt ist, ist für Routinekontrollen hier zu unterscheiden:

Der Arbeitgeber darf die Verbindungsdaten wie Tag, Beginn und Ende des Telefonats sowie die angefallenen Gebühren sowie den Anfang der Zielrufnummer lediglich speichern, wenn er sich eine Kostenerstattung des Arbeitnehmers für die privaten Telefonate vorbehalten hat.

Sofern der Arbeitgeber den Arbeitnehmern die Privattelefonate kostenfrei gestattet, darf er diese Daten nicht erheben, speichern und verarbeiten. Nach einer Ansicht dürfen daher bei einer sowohl dienstlichen als auch privaten Nutzung der Diensttelefone auch die Verbindungsdaten hinsichtlich der dienstlichen Gespräche nicht kontrolliert werden.

Sofern sich hier aber der Verdacht der missbräuchlichen Privatnutzung durch den Arbeitnehmer ergibt, darf der Arbeitgeber auf die beim externen Telefonanbieter gespeicherten Daten zurückgreifen, da dieser die Daten zulässigerweise erhebt.

Bei einer privaten Nutzung ist es lediglich erlaubt, den Anfang einer Rufnummer, insoweit sie zur Aufschlüsselung der anfallenden Telefongebühren notwendig ist, zu kontrollieren, zu speichern und auszuwerten.

Eine Kenntnisnahme, Speicherung oder Nutzung des Inhalts von privaten Telefongesprächen ist unzulässig. Eine Ausnahme kann hier lediglich vorliegen, wenn sich der Arbeitgeber in einer Notstands- oder Notwehrlage befindet.

Sofern der Arbeitnehmer die Telefone ausschließlich für dienstliche Zwecke nutzen darf, richtet sich die Zulässigkeit der Überwachung nach dem Bundesdatenschutzgesetz sowie mittelbar nach den Grundrechten des Arbeitnehmers. Danach ist eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dieses erlaubt oder anordnet oder der Betroffene ein-gewilligt hat. Somit ist die Datenerhebung, -nutzung und -verarbeitung nur zulässig, insoweit sie den berechtigten Interessen des Arbeitgebers oder dem Zweck des Arbeitsverhältnisses dient.

Hier ist eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Überwachung der Telefonkommunikation vorzunehmen. In die Abwägung ist hier auf Arbeitnehmerseite zusätzlich das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf Routinekontrollen, die nicht auf einem Verdacht der Pflichtverletzung beruhen, hat sich in der Praxis folgende Differenzierung herausgebildet:

Verbindungsdaten wie Datum und Uhrzeit (Beginn wie Ende) des Telefonats oder die Anzahl der angefallenen Gebühreneinheiten können grundsätzlich zulässig überwacht werden. Die Kontrolle dieser Daten greift nicht in das Recht des Arbeitnehmers am eigenen Wort ein, da keine Gesprächsinhalte aufgezeichnet werden. Zudem wird das Fernmeldegeheimnis nach Ansicht

Zulässige Überwachung

der Rechtsprechung nicht berührt. Anders könnte dies zu beurteilen sein, wenn der zu überwachende Arbeitsplatz ein reiner Telefonarbeitsplatz ist, da dann durch die Erhebung dieser Daten eine Dauerkontrolle des Arbeitnehmers ermöglicht werden würde. Dann müsste wiederum ein Verdacht auf Pflichtverletzung bestehen, und diese Kontrolle im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sein.

Um eine Missbrauchskontrolle zu ermöglichen, kann nach der Rechtsprechung die komplette Zielrufnummer erfasst werden, da nur so eine Unterscheidung möglich wird, ob ein Anruf dienstlicher oder privater Natur ist. In der Praxis empfiehlt es sich jedoch, um einen zu weit gehenden Eingriff zu vermeiden, nur so viele Stellen der Zielrufnummer zu erfassen, wie notwendig sind, um die Unterscheidung zu treffen. Wenn sich dann ein konkreter Verdacht ergeben hat, kann sich der Arbeitnehmer entlasten, indem er die vollständige Rufnummer angibt. Damit ist auch dem grundrechtlichen Schutz des Telefonpartners des Arbeitnehmers ausreichend Rechnung getragen.

Das Aufzeichnen des Gesprächsinhalts eines Diensttelefonats ist grundsätzlich ein unzulässiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers in Form des Rechts am eigenen Wort sowie in das Fernmeldegeheimnis. Jedoch kann zu Ausbildungszwecken oder zu dienstlichen Kontrollzwecken von Arbeitnehmern, die weit überwiegend mit dem Telefon arbeiten (z. B. im Callcenter), eine Überwachung durch Mithören im Einzelfall zulässig sein, wenn dem Arbeitnehmer diese Möglichkeit der Kontrolle bekannt ist.

Der Betriebsrat ist sowohl bei der Einführung der Telekommunikationsanlagen als auch bei der Anwendung von Kontrollmaßnahmen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz zu beteiligen.

9.3.5 Kontrollen im Bereich der Suchtmittel und Krankheit

Suchtmittel können in einem Betrieb Schaden anrichten, wenn Arbeitnehmer durch die Einnahme derselben zu einer Gefahr für die anderen Mitarbeiter werden.

9.3.6 Rauchverbot

Nach § 5 Arbeitsstättenverordnung hat der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die nichtrauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt sind. Dieses Erfordernis gilt grundsätzlich in allen Bereichen, auch im öffentlichen Dienst sowie bei den freien Berufen. Es erstreckt sich jedoch nicht so weit, dass ein generelles Rauchverbot erlassen werden muss. Sofern es verhältnismäßig ist, sind den Rauchern entsprechende Pausenräume o. Ä. einzurichten.



Betriebsrat

Der Betriebsrat ist nur insoweit einzubinden, wie das Gesetz einen Spielraum zur Ausgestaltung belässt. Auch durch Betriebsvereinbarung kann ein Rauchverbot erlassen werden, selbst wenn nur Belästigungen ausgeschlossen werden sollen. Dies kann sich auch auf alle geschlossenen Innenräume beziehen, sofern den Rauchern auf dem Freigelände eine Rauchmöglichkeit verbleibt.

Wird das Rauchverbot missachtet, kann der Arbeitgeber eine Betriebsbuße verhängen oder eine Abmahnung aussprechen. Wiederholte Verstöße können selbst bei langjähriger Betriebszugehörigkeit nach vorheriger Abmahnung eine verhaltensbedingte, bei krankhafter Nikotinabhängigkeit eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen. Ist aus Sicherheitsgründen ein Rauchverbot verhängt, kommt auch eine fristlose Kündigung in Betracht.

9.3.7 Torkontrollen

Torkontrollen können ein probates Mittel darstellen, um sowohl Suchtmittelverbote durchzusetzen, als auch Diebstähle und ähnliche Delikte aufzuklären. Die Torkontrollen können durch eine Vereinbarung im Individualarbeitsvertrag oder durch eine Betriebsvereinbarung eingeführt werden.

Torkontrollen ohne Leibesvisitationen, die der Personenkontrolle und rein äußerlichen Überprüfung der mitgeführten Gegenstände dienen, sind nur nach Maßgabe der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zulässig. Diese Erforderlichkeit kann sich aus der Häufigkeit von Diebstählen ebenso ergeben wie aus der Branchenüblichkeit. Verhältnismäßig ist die Torkontrolle nur dann, wenn sie sowohl das Ehrgefühl des Betroffenen und die Zeitdauer als auch die Intensität des Verdachts ausreichend berücksichtigt. Wichtig ist insbesondere für die Zulässigkeit von Torkontrollen, dass diese nach einem Zufallsprinzip durchgeführt werden. Kein Arbeitnehmer darf häufiger als andere Arbeitnehmer durch die Torkontrollen betroffen sein. Andernfalls verstößt die Torkontrolle gegen das Gebot der Gleichbehandlung und wird unzulässig.

Intensivere Torkontrollen mit Leibesvisitationen und Taschenkontrollen greifen in besonderer Weise in das Grundrecht des Arbeitnehmers gem. Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz ein. Hier sind entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an die Durchführung der Kontrollen höhere Anforderungen im Rahmen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu stellen, je intensiver in das Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird. Deshalb ist in der Regel nur das Öffnen der mitgeführten Taschen und allenfalls das Abtasten der Oberbekleidung zulässig. Eine körperliche Durchsuchung des Arbeitnehmers kann grundsätzlich nur bei hohen Verdachtsmomenten und unter weitgehender Beachtung seines Ehrgefühls erfolgen. Umfang und Intensität der Kontrollen müssen vorhersehbar, d. h. im Einzelnen geregelt sein. Eine ausdrückliche Regelung im Einzelvertrag ist unbedenklich, da der Grundrechtsschutz vertraglich verzichtbar ist.

Der Betriebsrat ist bei der Einrichtung von Torkontrollen gemäß seiner Mitbestimmungsrechte zu beteiligen. Routinemäßige Torkontrollen sind mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz.

9.3.8 Einsatz von Detektiven

Sowohl im Bereich der Suchtmittelkontrolle als auch im Bereich Krankheit kann sich der Arbeitgeber zum Nachweis der Arbeitsfähigkeit auch der Ermittlungsergebnisse von Detektiven bedienen.

Dies bietet sich für den Arbeitgeber an, da ein fristloser Kündigungsgrund vorliegen kann, wenn sich ein Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit unlauteren Mitteln erschleicht, oder wenn der Arbeitnehmer unter Vorlage seines Attests der Arbeit fernbleibt und sich Lohnfortzahlung gewähren lässt, obwohl es sich um eine vorgetäuschte Krankheit handelt. Da das ärztliche Attest der gesetzlich vorgesehene und wichtigste Beweis für die Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers ist, ist es in der Regel notwendig, mit den Ergebnissen eines Detektivs diese hohe Beweiskraft zu erschüttern, sodass die Beweislast hinsichtlich der Krankheit wieder beim Arbeitnehmer liegt.

Diese Überwachungen sind zulässig. Jedoch dürfen die Detektive bei ihrer Arbeit nicht die Intimsphäre des Arbeitnehmers verletzen. Zudem muss der Einsatz von Detektiven auch aufgrund eines Anfangsverdachts als mildestes Mittel im Rahmen der Verhältnismäßigkeit geschehen.

Werden Detektive zur Überwachung vorübergehend als Mitarbeiter eingestellt, ist der Betriebsrat nach § 99 Betriebsverfassungsgesetz zu beteiligen und über deren Kontrollaufgaben zu unterrichten. Mitbestimmungsbefugnisse aus § 87 Abs. 1 Nrn. 1, 6, 7 Betriebsverfassungsgesetz bestehen dagegen nicht.

Sofern der Detektiv dem Arbeitnehmer die Pflichtverletzung nachweisen kann, werden die Ergebnisse der Überwachung in der Regel in den Prozess eingeführt, indem die seitens der Detektive erstellte Abschlussdokumentation als Urkunde vorgelegt und die Richtigkeit des Inhalts unter Zeugenbeweis der Detektive gestellt wird. Gegen die Verwertung der Ermittlungsergebnisse bestehen im Normalfall keine rechtlichen Bedenken.

Zudem gibt es die weitere Besonderheit, dass in der Konstellation, dass der Arbeitgeber zulässigerweise einen Detektiv aufgrund eines konkreten Verdachts einen Arbeitnehmer überwachen lässt, und dieser dem Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung nachweisen kann, der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber als Schadensersatz die Kosten für die Beauftragung des Detektivs bezahlen muss.



B Fallbeispiele und Lösungen

1 Fallbeispiele

Frage 1:

In dem Theater der AG Schell hatte sich während einer Probe eine Beleuchtung von der Aufhängung gelöst und ist nach unten gestürzt. Dies war nicht der erste Vorfall dieser Art. Der Bühnenarbeiter Schmidt weigert sich daraufhin, weiterzuarbeiten, verlangt aber trotz allem weiter Lohnzahlung. Zu Recht?

Frage 2:

Schmidt ist Leiter der Sparkasse Böblingen. In seinem Privatleben ist er im FKK-Bereich aktiv und leitet Werbeabende, in denen er auch selbst hüllenlos zu sehen ist. Einige Kunden in Böblingen meiden aufgrund dessen die Sparkasse. Die Geschäftsleitung verwarnt Schmidt und möchte dessen Aktivität unterbinden. Schmidt ist erbost und beruft sich auf seine freie Meinungsäußerung, Art. 5 GG. Seine Arbeit verrichtet er zu aller Zufriedenheit, was er in seiner Freizeit mache, gehe keinen etwas an. Ist ihm zuzustimmen?

2 Lösungen der Fallbeispiele

Lösung Frage 1:

Zu Recht; der Arbeitgeber verletzt hier seine Fürsorgepflicht.

Lösung Frage 2:

Grundsätzlich kann sich der Arbeitnehmer in seinem Privatbereich frei entfalten; Ausnahme: Geschäftsschädigung oder Betriebsablaufstörung im Unternehmen.