



Werte Mandantinnen, werte Mandanten,
geneigte Leserinnen, geneigte Leser,

eigentlich sollte man glauben, dass in einem Wahljahr die Regierungsadministration eher verhalten ist und abwartet. Nicht so im Jahr 2017. Gradmesser für diese Beurteilung ist die Anzahl der Gesetze und Verordnungen, die im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden. Bis Anfang September 2017 war der Gesetzgeber in einem Umfang tätig, wie es in der Vergangenheit bislang nicht zu verzeichnen war. Während der letzten 15 Jahre gab es bis zu diesem Zeitpunkt keine so große Anzahl von Gesetzes- und Verordnungserlassen wie im Jahr 2017. Bis zum 07.09.2017 sind schon über 3966 Seiten Gesetzespapier bedruckt worden. Soviel wie im 21. Jahrhundert nur in den Jahren 2001 (4272 Seiten), 2002 (4744 Seiten) und 2013 (4388 Seiten). Es spricht viel dafür, dass das Spitzenreiterjahr 2002 nicht unerheblich übertroffen wird, da oft in kaum überschaubarem Maß in den letzten Tagen eines Jahres eine große Anzahl von neuen Gesetzen veröffentlicht wird. Das Gebot des Bürokratieabbaus, - auch hierüber gibt es einige Gesetze -, wird nicht nachhaltig und effektiv eingehalten und kann nicht annähernd mit der Masse der neu geschaffenen Regeln Schritt halten.

Wenn man die Vielzahl der im Jahr 2017 bislang erlassenen Gesetze näher betrachtet, kommt man aber nicht umhin deren Notwendigkeit anzuerkennen. Hier eine kleine Kostprobe, die keine Spezialgesetze erwähnt, wie beispielsweise ein Umwelt-Rechtsbehelfgesetz oder das Schornsteinfeger-Handwerksgesetz usw.:

- Gesetz zur Sicherung der tarifvertraglichen Sozialkassenverfahren und der Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes
- Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens
- Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentenstärkungsgesetz)
- Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts
- Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters
- Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften
- Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen
- Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs



- Gesetz zur Bevorrechtigung des Carsharings
- Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts
- Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe
- Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts
- Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes
- Gesetz zur Stärkung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung

Dieser Überblick lässt auch einen Schluss auf die Relevanz dieser Gesetze zu. Beratungsbedarf ist angesagt. Im Bedarfsfall stehen wir gerne zur Verfügung.

In der Hoffnung, Ihre Urlaubserholung ist nicht schon aufgebraucht, wünschen wir Ihnen einen guten Start in einen goldenen Herbst.

In gewohnter Weise finden Sie nachstehend einige aktuelle, praxisrelevante und lesenswerte Entscheidungen.

Ihr Loof-Team



Rechtsprechung:

Arbeitsrecht

1) Kündigung in der Probezeit

Ein in der Praxis nicht so selten auftretender Fall war Grundlage einer Entscheidung des BAG vom 23.03.2016, 6 AZR 705/15. In einem zwischen den Arbeitsvertragsparteien verwendeten Arbeitsvertragsmuster war in § 3 „Beginn und Dauer“ des Arbeitsverhältnisses festgehalten:

„Die ersten 6 Monate nach Beginn des Arbeitsverhältnisses werden als Probezeit vereinbart.“

Eine weitere Regelung fand sich sodann in § 8 dieses Arbeitsvertrages, der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelte; dort war Folgendes niedergelegt:

„Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gilt eine Kündigungsfrist von 6 Wochen zum Monatsende. Die nach den gesetzlichen Bestimmungen für den Arbeitgeber geltenden längeren Kündigungsfristen gelten auch für eine Kündigung durch den Mitarbeiter. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Arbeitsantritt ist ausgeschlossen.“

Begonnen hatte dieses Arbeitsverhältnis am 28.04.2014. Mit einem Schreiben vom 05.09.2014 hat der Arbeitgeber dieses Arbeitsverhältnis „innerhalb der Probezeit zum 20.09.2014, hilfsweise zum nächst möglichen Termin“ gekündigt. Der Arbeitnehmer hatte hiergegen Klage erhoben und darauf verwiesen, dass die Kündigungsfrist nicht eingehalten sei. Seiner Meinung nach sei nicht die gesetzliche Probezeitkündigungsfrist maßgeblich, sondern es könne nur mit der arbeitsvertraglich festgelegten Kündigungsfrist von 6 Wochen zum Monatsende gekündigt werden. Während das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hat, hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf der Klage stattgegeben. Die Revision des Arbeitgebers hatte keinen Erfolg und es wurden folgende Orientierungssätze, die, soweit sie relevant sind, wiedergegeben sind, aufgestellt:



- „1. *Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so auszulegen, wie sie von einem durchschnittlichen nicht rechtskundigen Arbeitnehmer verstanden werden.*

3. *Ein durchschnittlicher nicht rechtskundiger Arbeitnehmer kann allein der Vereinbarung einer Probezeit in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag nicht entnehmen, dass in der Probezeit die zweiwöchige Kündigungsfrist des § 622 III BGB gelten soll, wenn in einer anderen Klausel des Arbeitsvertrags unter der Überschrift „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ eine längere Kündigungsfrist festgelegt ist, aus der nicht ersichtlich wird, dass diese einzige ausdrückliche Kündigungsfristenreglung erst nach Ablauf der Probezeit gelten soll.*

Wird in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag in einer Klausel eine Probezeit und in einer anderen Klausel eine Kündigungsfrist festgelegt, ohne dass unmissverständlich deutlich wird, dass diese ausdrücklich genannte Frist erst nach dem Ende der Probezeit gelten soll, ist dies von einem durchschnittlichen Arbeitnehmer regelmäßig dahin zu verstehen, dass der Arbeitgeber schon von Beginn des Arbeitsverhältnisses an nur mit dieser Kündigungsfrist, nicht aber mit der zweiwöchigen Kündigungsfrist des § 622 III BGB kündigen kann.“

2)

Kann ein Arbeitgeber mittels Feststellungsklage eine Wirksamkeit einer Befristung verlangen?

Der vom BAG mit Urteil vom 15.02.2017, 7 AZR 153/15, getroffenen Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Arbeitgeberin war eine Krankenhausbetreiberin, die eine Krankenschwester mit einem Behinderungsgrad von GdB 50 beschäftigte. Auf dieses Arbeitsverhältnis fanden die Richtlinien für Arbeitsverträge in Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR) in der jeweils gültigen Fassung Anwendung. Dort ist niedergelegt, dass ein Arbeitsverhältnis ohne Kündigung mit Ende des Monats endet, in dem der Mitarbeiter das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen einer abschlagsfreien Regelaltersrente vollendet. Die Arbeitgeberin teilte der Krankenschwester mit einem Schreiben vom 08.10.2013 mit, dass unter Bezugnahme auf diese Regelung das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 30.06.2014 sein Ende finden werde, weil sie ab dem 01.07.2014 eine ungekürzte Altersrente beziehen könne. Die Mitarbeiterin hingegen meinte, dass ihr Arbeitsverhältnis bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze, dies war der 30.11.2016, fortbestehe und sie deshalb keine Veranlassung sehe vorher auszuschneiden. Daraufhin hat das Krankenhaus eine Feststellungsklage erhoben. Es wollte gerichtlich geklärt wissen, dass das Arbeitsverhältnis am 30.06.2016 endet. Das BAG als letzte Instanz hat mit



den nachstehenden Orientierungssätzen entschieden. Die Klage war als unzulässig zurückgewiesen worden.

1. *Nach § 17 S. 1 TzBfG muss ein Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist, wenn er geltend machen will, dass die Befristung des Arbeitsvertrags unwirksam ist. Eine derartige Befristungskontrollklage, die ausschließlich dem Arbeitnehmer eröffnet ist, erfasst nicht nur den Streit über die Wirksamkeit der Befristung, sondern – im Fall der Zweckbefristung – auch den Streit über den Eintritt der Zweckerreichung und den Streit über den in der Befristungsabrede vorgesehenen Beendigungszeitpunkt.*
2. *§ 17 TzBfG schließt in seinem Anwendungsbereich eine allgemeine Feststellungsklage des Arbeitgebers nach § 256 I ZPO aus. Der Arbeitgeber kann eine Klage auf Feststellung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Befristung nur dann erheben, wenn die Parteien darüber streiten, ob eine Befristung vereinbart wurde. Er hat nicht die Möglichkeit, mit einer allgemeinen Feststellungsklage klären zu lassen, ob die Befristung wirksam ist oder – im Fall einer Zweckbefristung – ob die Zweckerreichung eingetreten ist oder zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aufgrund der vereinbarten Befristung geendet hat.“*

3) Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten des § 38 BetrVG

Ein häufiger Streit ist, ob bei der Ermittlung einer Belegschaftsstärke Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen sind. Das Bundesarbeitsgericht hat mit einem nunmehr veröffentlichten Beschluss vom 18.01.2017, 7 ABR 60/15, hierzu eine weitere Entscheidung erlassen, die hohe Praxisrelevanz hat.

Bei dieser Entscheidung ging es um die Anzahl der freizustellenden Mitarbeiter. In einem Betrieb der kunststoffverarbeitenden Industrie war ein Betriebsrat gebildet worden und im Rahmen der konstituierenden Sitzung hatte der Betriebsrat einen Vorsitzenden und dessen Stellvertreter als freigestellte Betriebsratsmitglieder gewählt. Vor dieser Sitzung hatte der Betriebsrat die Arbeitgeberin über die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder informiert. Die Arbeitgeberin hat einer Freistellung eines zweiten Betriebsratsmitglieds widersprochen und gemeint, dass aufgrund der Belegschaftsstärke höchstens ein Betriebsratsmitglied freigestellt sein könne, da sich dies aus § 38 Abs. 1 BetrVG ergebe. Beschäftigt wurden bei dieser Arbeitgeberin 488 Stammarbeiter inkl. der Auszubildenden sowie 22 Arbeitnehmer, die im



Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung tätig waren. Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, dass, weil der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern durch Hinzurechnung der Leiharbeitnehmer überschritten sei, zwei Betriebsratsmitglieder freizustellen wären. Dies wurde schließlich gerichtlich geklärt und das Bundesarbeitsgericht hat festgestellt, dass bei der Feststellung der für die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke im Entleiherbetrieb Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen sind, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand zählen. Folgende Orientierungssätze wurden hierbei festgelegt:

1. *Leiharbeitnehmer sind bei der Feststellung der für die Anzahl freizustellender Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke im Entleiherbetrieb mitzurechnen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs zählen. Dies ergibt die normzweckorientierte Auslegung des § 38 I BetrVG. Die Vorschrift bezweckt – wie die Regelungen in § 9 BetrVG zur Größe des Betriebsrats – die sachgerechte Erfüllung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben des Betriebsrats, deren Umfang typischerweise von der Anzahl regelmäßig beschäftigter Arbeitnehmer geprüft wird. Der Arbeitsaufwand des Betriebsrats wird nicht nur durch die Stammbeslegschaft, sondern maßgeblich auch durch Leiharbeitnehmer bestimmt.*
2. *Für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist die Personalstärke maßgeblich, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Für die entsprechende Feststellung ist eine rückblickende Betrachtung anzustellen, für die ein Zeitraum zwischen sechs Monaten bis zwei Jahren als angemessen erachtet wird, als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen zu berücksichtigen sind. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, das heißt länger als sechs Monate, beschäftigt werden. Das gilt auch für Leiharbeitnehmer, wenn Leiharbeit längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb genutzt wird.“*

4)

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und fehlende Karenzentschädigung.
Heilung durch salvatorische Klausel?

In einem Arbeitsvertrag war ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot enthalten und es war der dort betroffenen Mitarbeiterin untersagt, für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise für ein Wettbewerbsunternehmen tätig zu werden. Es war ferner eine Vertragsstrafe in Höhe von € 100.000,00 für den Fall der Zuwiderhandlung festgelegt und in dem Vertrag



war abschließend mit der Überschrift „Nebenbestimmungen“ noch eine salvatorische Klausel enthalten. Eine Karenzentschädigung war nicht zugesagt worden. Die Mitarbeiterin, die seit Mai 2008 als Industriekauffrau tätig war, verlangte nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 31.12.2013 infolge Kündigung des Arbeitgebers eine Karenzentschädigung für die Dauer von zwei Jahren, beginnend ab dem 01.01.2014. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 22.03.2017, 10 AZR 448/15, die Klage abgewiesen, da ein gesetzwidriges Wettbewerbsverbot, weil es keine Karenzentschädigung enthält, nichtig ist und auch nicht durch eine salvatorische Klausel geheilt wird. Folgender Leitsatz ist hierzu aufgestellt worden:

„Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, das entgegen § 74 Abs. 2 HGB keine Karenzentschädigung enthält, ist kraft Gesetzes nichtig. Eine salvatorische Klausel ist nicht geeignet, diese Folge zu beseitigen oder zu heilen.“

5)

Außerordentliche Kündigung wegen Verweigerung, ein elektronisches Waren- und Berichtssystem zu verwenden

Das BAG hat in einer Entscheidung vom 17.11.2016, 2 AZR 730/15, die Anfang Juli veröffentlicht worden war, Leitlinien für den Einsatz von Leistungs- und Verhaltenskontrollen mittels technischer Systeme und Einrichtungen gegeben. Folgender Sachverhalt lag dieser Entscheidung zugrunde:

Der klagende Arbeitnehmer war bei dem Arbeitgeber mehrjährig als Busfahrer beschäftigt gewesen. Im Oktober 2014 war der Einsatz eines elektronischen Waren- und Berichtsystems auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung eingeführt worden, welches Fahrereignisse elektronisch auswertete und den Busfahrer mittels einer Warnleuchte darauf aufmerksam machte, wenn er hochtourig fuhr, Leerlaufzeiten überschritt oder Geschwindigkeitsüberschreitungen beging. Auch eine überhöhte Beschleunigung und ein scharfes Abbremsen wurde datentechnisch mit einem sogenannten RIBAS-System erfasst. Vor Fahrtantritt musste gem. der Betriebsvereinbarung jeder Busfahrer sich bei dem System anmelden. Der Kläger hatte sich gegen den Einsatz dieses Systems gewehrt und keine Veranlassung gesehen, sich anzumelden. Es bestand für ihn, wie auch für seine Busfahrerkollegen die Möglichkeit, die Datenerfassung nicht nur personalisiert, sondern auch in anonymisierter Form zu gestalten, so dass keine Rückschlüsse auf ein Fahrverhalten möglich waren. Trotz eindringlicher Hinweise widersetzte sich der Kläger eine Anmeldung in dem System vorzunehmen, so dass er zunächst



mehrfach abgemahnt worden ist. Schließlich hat die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis außerordentlich wegen Verweigerung an dieser Datenerfassung (sei es in personalisierter oder anonymisierter Form) teilzunehmen. Während das Arbeitsgericht noch der Kündigungsschutzklage stattgegeben hat, hat das LAG Hamm die fristlose Kündigung für begründet erachtet. Dies wurde auch vom BAG so gesehen und folgender Leitsatz aufgestellt:

„Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist immer wieder Anlass für Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmern und sich technischer Systeme bedienenden Arbeitgebern. Nicht selten unterliegt der Arbeitgeber vor den Arbeitsgerichten angesichts der hohen Anforderungen des BDSG. Das BAG zeigt, wenn eine „zwingend erforderliche“ technische Datenerhebung zur Kontrolle der Leistungen oder des Vorhaltens des Arbeitnehmer zulässig sein kann und die Grenzen der informationellen Selbstbestimmung überschritten sind.“

6)
Schadensersatz wegen nicht gewährter Urlaubstage?

Eine Entscheidung, die das BAG am 16.05.2017, 9 AZR 572/16, fällte, befasst sich mit einem Urlaubsabgeltungsanspruch. Folgender Sachverhalt lag dieser Entscheidung zugrunde:

Eine Arbeitnehmerin verlangte von ihrer Arbeitgeberin Schadensersatz, weil sie während eines Altersteilzeitverhältnisses, und dort in der Arbeitsphase, nicht ihren gesamten Urlaub einbringen konnte. Für den Zeitraum vom 01.04.2012 bis 31.03.2018 hatten die Arbeitsvertragsparteien auf der Grundlage eines Tarifvertrages über die Altersteilzeitarbeit im hessischen Rundfunk ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell vereinbart. Die Arbeitsphase endete mit Ablauf des 31.03.2015. Mit einem Schreiben vom 12.12.2014 hatte die Klägerin für das Kalenderjahr 2015 31 Urlaubstage beantragt. Ihr wurden von der Arbeitgeberin unter Ablehnung ihres Antrages im Übrigen 8 Urlaubstage gewährt. Am 14.08.2015 hatte sodann die Klägerin klageweise von der Beklagten wegen Nichtgewährung von 23 Urlaubstagen für das Jahr 2015 Schadensersatz verlangt. Die Klägerin hatte geltend gemacht, dass ihr ein ungekürzter Urlaubsanspruch für das Jahr 2015 zugestanden hätte und wegen der Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung in der Freistellungsphase sie Schadensersatz in Geld verlangen könne. Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, dass die Klägerin lediglich einen Urlaubsanspruch in Höhe von 8 Arbeitstagen habe erwerben können, weil im Jahr des Übergangs von der Arbeits- in die Freistellungsphase der Urlaubsanspruch entsprechend den Regeln zu einem Teilzeitarbeitsverhältnis mit



wöchentlich weniger Arbeitstagen umzurechnen sei. Das BAG hat als letzte Instanz den Anspruch auf Schadensersatz zurückgewiesen und sich hierbei auf den Umfang des Urlaubsanspruches überhaupt nicht eingelassen, weil festgestellt wurde, dass vor der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und hier in der Form der Altersteilzeit, weder ein beanspruchter Schadensersatz in Geld noch die Abgeltung von 23 Arbeitstagen Ersatzurlaub der Klägerin zustehen. Folgender Orientierungssätze wurden hierbei aufgestellt:

- „1. Hat der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt, wandelt sich der im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch gem. §§ 275 I und IV, 280 I und III, 283 S. 1, 286 I 1, 287 S. 2 und § 249 I BGB in einen Schadensersatzanspruch um, der die Gewährung von Ersatzurlaub zum Inhalt hat.
2. Der Ersatzurlaubsanspruch tritt als Schadensersatzanspruch an die Stelle des ursprünglichen Urlaubsanspruchs.
3. Dies hat zur Folge, dass der Ersatzurlaubsanspruch – mit Ausnahme des Fristenregimes – den Modalitäten des verfallenen Urlaubsanspruchs unterliegt. Dies gilt sowohl für die Inanspruchnahme als auch für die Abgeltung des Ersatzurlaubs.
4. Der Anspruch auf Abgeltung von Ersatzurlaub richtet sich nach den Vorgaben des § 7 IV BUrlG und nicht nach § 251 I BGB.“

7)

Vergütung freigestellte Betriebsratsmitglieder

Wenn Betriebsratsmitglieder freizustellen sind, stellt sich häufig die Frage nach der Vergütung während der Freistellungsphase. Bedeutsam wird dies, wenn eine Freistellungsphase über mehrere Wahlperioden geht und Mitarbeiter in vergleichbaren Positionen Vergütungserhöhungen erhalten, sei es aufgrund einer gewissen Automatik oder auch aufgrund individueller Vereinbarungen. Bei der Festlegung der Vergütung eines freigestellten Betriebsratsmitglieds ist große Sorgfalt geboten, da schnell der Vorwurf erhoben werden kann, ein Betriebsratsmitglied wäre in unzulässiger Weise begünstigt worden. Das BAG hat mit einer Entscheidung vom 18.01.2017, 7 AZR 205/15, hierzu entschieden, dass das Arbeitsentgelt eines freigestellten Betriebsratsmitglieds nicht geringer bemessen werden darf als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer, die eine betriebsübliche berufliche Entwicklung bei dem Arbeitgeber aufweisen. Das Gericht hat auch zur Vergleichbarkeit Stellung bezogen und Arbeitnehmer als vergleichbar definiert, die im Zeit-



punkt der Amtsübernahme im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben. In eine vorzunehmende Vergleichbarkeitsprüfung ist auch aufzunehmen, wie die zukünftige Entwicklung von Vergleichspersonen sich im Verhältnis zu dem freigestellten Betriebsratsmitglied darstellt. Der Leitsatz, den das BAG hierzu erlassen hat, finden Sie nachstehend:

1. *Nach § 37 IV 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Vergleichbar im Sinne von § 37 IV 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren. Bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit ist nicht auf den Zeitpunkt der Freistellung, sondern auf den Zeitpunkt der Übernahme des Betriebsratsamts abzustellen.*
2. *Vergütungserhöhungen vergleichbarer Arbeitnehmer, die das Betriebsratsmitglied ohne sein Mandat nicht beanspruchen könnte, haben bei der Bemessung der Vergütung nach § 37 IV BetrVG außer Betracht zu bleiben. Daher kann ein Betriebsratsmitglied, das bei der Amtsübernahme bereits die höchste Steigerungsstufe der höchsten tariflichen Vergütungsgruppe erreicht hat, einen Anspruch auf eine Vergütungserhöhung, die die regelmäßigen Tarifierhöhungen übersteigt, nach § 37 IV BetrVG nur erwerben, wenn ein Aufstieg der bei Amtsübernahme vergleichbaren Arbeitnehmer in den Kreis der außertariflichen Mitarbeiter betriebsüblich ist.*
3. *Die Betriebsparteien können konkretisierende betriebliche Vereinbarungen zu § 37 IV BetrVG – zum Beispiel zur Ermittlung vergleichbarer Arbeitnehmer – treffen. Solche Regelungen müssen sich allerdings im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben in § 37 IV BetrVG und § 78 S. 2 BetrVG bewegen.“*

8)

Immer wiederkehrendes Thema ist die Überwachung und Kontrolle von Arbeitnehmern. Eine brandaktuelle Pressemitteilung des BAG vom 27.07.2017, 2 AZR 681/16, gibt praxistaugliche Hinweise. Sie finden sie nachstehend in vollständiger Fassung:

**Pressemitteilung Nr. 31/17
Überwachung mittels Keylogger - Verwertungsverbot**

Der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, ist nach § 32 Abs. 1 BDSG* unzulässig, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht



einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 2011 als „Web-Entwickler“ beschäftigt. Im Zusammenhang mit der Freigabe eines Netzwerks teilte die Beklagte ihren Arbeitnehmern im April 2015 mit, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werde. Sie installierte auf dem Dienst-PC des Klägers eine Software, die sämtliche Tastatureingaben protokollierte und regelmäßig Bildschirmfotos (Screenshots) fertigte. Nach Auswertung der mit Hilfe dieses Keyloggers erstellten Dateien fand ein Gespräch mit dem Kläger statt. In diesem räumte er ein, seinen Dienst-PC während der Arbeitszeit privat genutzt zu haben. Auf schriftliche Nachfrage gab er an, nur in geringem Umfang und in der Regel in seinen Pausen ein Computerspiel programmiert und E-Mail-Verkehr für die Firma seines Vaters abgewickelt zu haben. Die Beklagte, die nach dem vom Keylogger erfassten Datenmaterial davon ausgehen konnte, der Kläger habe in erheblichem Umfang Privattätigkeiten am Arbeitsplatz erledigt, kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

Die Vorinstanzen haben der dagegen gerichteten Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die durch den Keylogger gewonnenen Erkenntnisse über die Privattätigkeiten des Klägers dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden. Die Beklagte hat durch dessen Einsatz das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt. Die Informationsgewinnung war nicht nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässig. Die Beklagte hatte beim Einsatz der Software gegenüber dem Kläger keinen auf Tatsachen beruhenden Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung. Die von ihr „ins Blaue hinein“ veranlasste Maßnahme war daher unverhältnismäßig. Hinsichtlich der vom Kläger eingeräumten Privatnutzung hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, diese rechtfertige die Kündigungen mangels vorheriger Abmahnung nicht.

Gesellschaftsrecht/Haftungsrecht

Geschäftsführer/Vorstandshaftung

Es ist Handlungsbedarf angesagt, nachdem das Oberlandesgericht Celle in einem Beschluss vom 01.04.2016, 8 W 20/16, eine Entscheidung der Vorinstanz (Landgericht Hannover) im Ergebnis bestätigt hat. Dieses Gericht hatte entschieden, dass eine Haftung eines GmbH-Geschäftsführers für Zahlungen nach der Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung nicht von einer D&O-Versicherung (Directors-and-Officers-Versicherung) gedeckt ist. Das Landgericht und folgend das Oberlandesgericht hatte entschieden, dass Ansprüche gegen einen Geschäftsführer aus § 64 GmbHG Ersatzansprüche eigener Art sind, die nicht als versicherter Schadenersatzanspruch innerhalb



der D&O-Versicherung zu bewerten seien. Mit dieser Begründung wurde der Anspruch eines Geschäftsführers einer insolvent gegangenen GmbH auf Freistellung von der ihm gegenüber erhobenen Forderung zurückgewiesen. Die D&O-Versicherung hatte eingewandt, dass sie nur für Vermögensschäden gem. den allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschadenshaftpflichtversicherung eintrittspflichtig sei, nicht aber für Ersatzansprüche, die aus § 64 GmbHG resultieren. Der Geschäftsführer musste damit aus eigener Tasche die Millionenforderung gegenüber dem Insolvenzverwalter begleichen.

Eine höchstrichterliche Entscheidung gibt es bislang hierzu nicht, allerdings muss aufgrund der Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle im eigenen Interesse jeder in eine D&O-Versicherung einbezogene Geschäftsführer/Vorstand überprüfen, ob die in Rede stehenden Haftungsansprüche in der Versicherung inkludiert sind. Nachdem die Versicherung auf die allgemeinen Versicherungsbedingungen verweisen wird, dürfte dies regelmäßig nicht der Fall sein, so dass in jedem Falle Klärungs- und Handlungsbedarf angezeigt ist.

Unfallversicherungsrecht

Ist ein nächtlicher Besuch der Hotelbar im Anschluss an eine betrieblich veranlasste Abendveranstaltung versichert? Mit dieser Frage hatte sich das Bundessozialgericht am 30.03.2017, B 2 U 15/15, beschäftigt und folgenden Leitsatz hierzu aufgestellt:

- „1. *Wege, die Beschäftigte während der Arbeitszeit zum Aufsuchen der Toilettenräume zurücklegen, sind grundsätzlich in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert.*
2. *Dies gilt nicht bei einem nächtlichen Besuch der Hotelbar, wenn das offizielle Tagungsprogramm abgeschlossen wurde.*
3. *Die Teilnahme bei Besprechungen und Zusammenkünften steht unter dem Versicherungsschutz der gesetzlichen Unfallversicherung, wenn sich eine Verpflichtung zur Teilnahme aus arbeitsvertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten ergibt.*
4. *Eine bloße subjektive rechtsirrigte Vorstellung, dass der Barbesuch im Interesse des Arbeitgebers sein könnte, ist nicht ausreichend, wenn dies nicht durch objektive Umstände belegt wird.*



5. *Eine betriebliche Gemeinschaftsveranstaltung setzt unter anderem ein Einvernehmen des Arbeitgebers voraus, das im Interesse der Rechtssicherheit durch objektive Anhaltspunkte wie Protokolle, Einladungsschreiben oder eindeutig feststellbare mündliche Vorgaben bestätigt wird.“*