

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

die deutsche Justiz wird mannigfach gescholten und jeder, der mit ihr schon zu tun hatte, hat seine Erfahrungen gemacht: gute, schlechte oder überraschende. Es wird beklagt, Richter seien weltfremd, voreingenommen und ihre Urteile unberechenbar. Um die scheinbare Hilflosigkeit im Umgang mit Recht und Gesetz zu beschreiben, wird gerne die römische Juristenweisheit zitiert, vor Gericht und auf hoher See seien wir in Gottes Hand. Der Insider kann sich dem nicht ganz verschließen, weil in der Tat oft richterliche Meinungen vertreten werden, denen schon der Fachmann kaum folgen kann, geschweige denn der juristische Laie. Das erwähnte Zitat können wir jedoch nicht uneingeschränkt stehen lassen, da Risiken durchaus einschätzbar und bewertbar sind. Etwa anhand von Erhebungen: Wenn man die Entscheidungsstatistiken der Eingangsgerichte analysiert, kann man erste Trends erkennen. Bei zweitinstanzlichen Verfahren werden etwa 25 bis 30 % der angegriffenen Entscheidungen aufgehoben. Dies erlaubt, insbesondere wenn man sich auf Beklagtenseite befindet, eine Wahrscheinlichkeitsprognose.

Etwa 10 % der Verfahren enden nicht durch ein streitiges Urteil oder einen Vergleich, sondern erledigen sich auf andere Weise, sei es weil die Klage zurückgenommen wird oder, weil ein Verfahren (aus welchen Gründen auch immer) ruhend gestellt und nicht mehr weiterbetrieben wird. Ein ganz erheblicher Anteil von Rechtsstreitigkeiten wird auf dem Wege des Vergleichs erledigt, was regelmäßig, wenn die Prozessbeteiligten vernünftig sind, ein gutes Ergebnis ist. Natürlich muss vorher geklärt werden, ob sich ein Streit überhaupt lohnt – in wirtschaftlicher, ökonomischer und rechtlicher Hinsicht.

Befindet man sich auf der Anspruchstellerseite, tritt mithin als Kläger auf, wird man im Rahmen einer Prozessrisikoanalyse Sachverhalts- und Rechtsanwendungsvarianten durchspielen. Nach diesem ersten Schritt wird jede einzelne Variante nach ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit zu bewerten sein. Im Anschluss hieran lässt sich durch schlichte Mathematik, nämlich Multiplikation der angenommenen Eintrittswahrscheinlichkeiten mit dem vermuteten Ergebnis, ein Resultat ermitteln, welches eine Entscheidung über das weitere Vorgehen erleichtert.

Diese Analyse ist im Rahmen von Forderungsdurchsetzungen ein bewährtes Mittel, das jeder Anwalt praktizieren sollte. Im Bereich des Arbeitsrechts, des Gesellschaftsrechts und in allen Spezialgebieten, in welchen

die Rechtsprechung prägend ist, benötigt man neben der Fähigkeit der Gesetzesanwendung die einschlägigen Rechtsprechungskennntnisse, um eine Prozessanalyse zum Nutzen des Mandanten durchführen zu können. Ohne diese Kenntnisse wird man Wahrscheinlichkeiten nicht konkret ermitteln und dem Mandanten keinen verlässlichen Rat geben können. Die Frage nach der Erfolgsaussicht wird dann oft mit dem eingangs erwähnten Zitat beantwortet. Dass trotz aller Bemühungen Urteile nicht immer erwartungsgemäß ausfallen, liegt aber auch daran, dass Richter auch nur Menschen sind, die nicht fehlerfrei entscheiden, Mindermeinungen vertreten oder der Partei zuneigen – im Arbeitsrecht ist das nicht selten die sozial schwächere –, die ihnen sympathischer ist oder von der sie meinen, sie hätte sein Ergebnis eher verdient.

Trotz aller Beschwerden über Richtersprüche liegt die deutsche Justiz im weltweiten Ranking weit vorn. Es gibt den „Rule of Law“-Index, der seit einigen Jahren eine Aussage über die Rechtsstaatlichkeit in der Justiz trifft. Dabei geht es insbesondere um den Zugang zu den Gerichtsbarkeiten, um die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung und die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben durch die Ziviljustiz. Deutschland belegt aktuell (2019) Platz 6 in der internationalen, 113 Staaten umfassenden Liste. Vor Deutschland liegen die skandinavischen Länder (Dänemark, Norwegen, Finnland, Schweden) und die Niederlande. Unmittelbar hinter Deutschland folgt Österreich. Die USA liegen auf Platz 20. So schlecht ist unsere Justiz also gar nicht.

In gewohnter Weise bieten wir nachstehend wieder einige interessante Entscheidungen zur Kenntnisnahme an, die für die tägliche Praxis Relevanz haben. Eine frohe vorweihnachtliche Zeit im frostigen und trüben Spätherbst wünscht

Ihr Loof Team

# **Aktuelle Rechtsprechung zum Arbeitsrecht**

## **Inhalt**

<b>1) Bürgerhaftung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, BAG-Urteil vom 16.10.2019 – 5 AZR 241/18 – .....</b>	<b>4</b>
<b>2) Sachgrundlose Befristung/Vorbeschäftigung, BAG-Urteil vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17 – .....</b>	<b>4</b>
<b>3) Zulässigkeit einer Massenentlassungskündigung unmittelbar nach Eingang der Massenentlassungsanzeige, BAG-Urteil vom 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 – .....</b>	<b>6</b>
<b>4) Überstundenprozess Darlegungslast, BAG-Urteil vom 26.06.2019 – 5 AZR 452/18 – .....</b>	<b>7</b>
<b>5) Auskunftsanspruch des Betriebsrats über personenbezogene Arbeitnehmerdaten, BAG-Beschluss vom 09.04.2019 – 1 ABR 51/17 – .....</b>	<b>7</b>
<b>6) Kein Urlaubsverfall ohne ausdrücklichen Hinweis des Arbeitgebers auf bestehenden Urlaub, BAG-Urteil vom 19.02.2019 – 9 AZR 541/15 – .....</b>	<b>9</b>
<b>7) Ordentliche Verdachtskündigung: Sachvortragsverwertungsverbot, BAG-Urteil vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18 – .....</b>	<b>10</b>
<b>8) Unterrichtung des Betriebsrats über Arbeitsunfälle Dritter, Beschluss des BAG vom 12.03.2019 – 1 ABR 48/17 – .....</b>	<b>11</b>
<b>9) Überstunden allein durch Freistellung nicht abgegolten, BAG-Urteil vom 20.11.2019 – 5 AZR 578/18 – .....</b>	<b>12</b>
<b>10) Öffentliches Dienstrecht: Schadensersatz eines Behördenleiters, VG Regensburg, Urteil vom 18.01.2019 – RN 1 K 14.2132 – .....</b>	<b>13</b>
<b>HINWEIS für entgeltsberichtspflichtige Unternehmen.....</b>	<b>14</b>

## **1) Bürgenhaftung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, BAG-Urteil vom 16.10.2019 – 5 AZR 241/18 –**

Das BAG hat in einer Entscheidung vom 16.10.2019 den Unternehmerbegriff im Sinne des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes definiert. Ein Bauträger in Berlin führte ein größeres Bauvorhaben durch und hat für die Errichtung einen Generalunternehmer, der wiederum eine Reihe von Subunternehmern einschaltete, beauftragt. Ein Subunternehmer hatte einem Mitarbeiter in dem zu entscheidenden Fall den Lohn nicht bezahlt. Der Subunternehmer wurde daraufhin von diesem Mitarbeiter verklagt und war auch unterlegen. Gleichwohl konnte der Arbeitnehmer, trotz rechtskräftiger Entscheidung, seinen Lohnanspruch nicht realisieren. In der Folgezeit war so dann auch der Generalunternehmer, der von der Bauträgerfirma beauftragt worden war, in die Insolvenz gegangen und der Mitarbeiter des Subunternehmers hatte dann den Bauträger auf Bezahlung des Lohns, den sein Arbeitgeber (der Subunternehmer) schuldete, in Anspruch genommen und sich dabei auf die Bürgenhaftung des Unternehmers nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz gestützt. Der Kläger hatte mit seinem Anspruch keinen Erfolg. In der Pressemitteilung wurde dabei u.a. Folgendes ausgeführt:

*„Die Revision des Klägers hatte vor dem Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Die Beklagte unterliegt als bloße Bauherrin nicht der Bürgenhaftung des Unternehmers nach § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AentG). Der Begriff des Unternehmers ist im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Vorgängerregelung in § 1a AentG aF nach dem vom Gesetzgeber mit dieser Bestimmung verfolgten Sinn und Zweck einschränkend auszulegen. Erfasst wird nur der Unternehmer, der sich zur Erbringung einer Werk- oder Dienstleistung verpflichtet hat und dies nicht mit eigenen Arbeitskräften erledigt, sondern sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung eines oder mehrerer Subunternehmer bedient. Gibt er auf diese Weise die Beachtung der zwingenden Mindestarbeitsbedingungen aus der Hand, ist es gerechtfertigt, ihm die Haftung für die Erfüllung der Mindestlohnansprüche der auch in seinem Interesse auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmer aufzuerlegen. Dies trifft auf die Beklagte nicht zu. Sie hat lediglich als Bauherrin den Auftrag zur Errichtung eines Gebäudes für den betrieblichen Eigenbedarf an einen Generalunternehmer erteilt und damit nicht die Erfüllung eigener Verpflichtungen an Subunternehmer weitergegeben. Mit der Vergabe des Bauauftrags schaffte sie nur die Grundlage dafür, ihrem Geschäftszweck, der Vermietung und Verwaltung des Gebäudes, nachgehen zu können.*

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16. Oktober 2019 – 5 AZR 241/18 –*

## **2) Sachgrundlose Befristung/Vorbeschäftigung, BAG-Urteil vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17 –**

Am 21.08.2019 – Az. 7 AZR 452/17 – hat das BAG präzisiert, wann eine Vorbeschäftigung einer Befristung im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegensteht. Im konkreten Fall lag zwischen einer erstmaligen Beschäftigung und einer befristeten Neueinstellung ein Zeitraum von 22

Jahren. Das erste Arbeitsverhältnis war im November 1992 beendet worden. Eine befristete Neueinstellung war im Juni 2015 eingegangen worden. Diese Befristung endete am 30.06.2016. Die Klägerin hatte die Auffassung vertreten, die Befristung sei wegen der Zuvorbeschäftigung unwirksam und begehrte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. In der Pressemitteilung (die vollständige Begründung liegt noch nicht vor) hat das BAG u.a. Folgendes ausgeführt:

*„Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten hatte Erfolg. Die Befristung des Arbeitsvertrags ist ohne Sachgrund wirksam. Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes zwar nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juni 2018 ( – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 –) können und müssen die Fachgerichte jedoch durch verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken, soweit das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar ist, weil eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung kann danach u.a. dann unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend, da die Vorbeschäftigung bei der erneuten Einstellung 22 Jahre zurücklag. Besondere Umstände, die dennoch die Anwendung des in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bestimmten Verbots gebieten könnten, liegen nicht vor.*

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21. August 2019 – 7 AZR 452/17 –*

## **Vorbeschäftigungszeit acht Jahre und neun Monate und Verbot der sachgrundlosen Befristung**

Bereits im März (Urteil vom 20.03.2019, 7 AZR 409/16) hat das BAG folgenden Leitsatz zu einer Vorbeschäftigung, die knapp 9 Jahre betrug, veröffentlicht:

*„Die Anwendung des in § 14 II 2 TzBfG geregelten Verbots einer sachgrundlosen Befristung im Falle einer Vorbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber ist in verfassungskonformer Auslegung auszuschließen auf Fälle, in denen das Verbot für die Parteien unzumutbar wäre, weil eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist (Rn. 23 ff.). Liegt ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis acht Jahre und neun Monate zurück, ist dies kein sehr langer Zeitraum in diesem Sinne (Rn. 32).*

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.03.2019 – 7 AZR 409/16 –*

Zu den vorbezeichneten Entscheidungen passt auch das Urteil des BAG vom 17.04.2019, 7 AZR 323/17, welches zu einer 15 Jahre zurückliegenden Vorbeschäftigungszeit Stellung bezieht. Hierzu Leitsatz 2:

*„Liegt ein vorangegangenes Arbeitsverhältnis ca. 15 Jahre zurück, ist dies kein sehr langer Zeitraum in diesem Sinne (Rn. 24 f.).*

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17.04.2019 – 7 AZR 323/17 –*

### **3) Zulässigkeit einer Massentlassungskündigung unmittelbar nach Eingang der Massentlassungsanzeige, BAG-Urteil vom 13.06.2019 – 6 AZR 459/18 –**

In dieser Entscheidung hat das BAG § 17 Abs. 1 KSchG präzisiert und festgestellt, dass eine Kündigung im Massentlassungsverfahren auch dann wirksam ist, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Eingangs der Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit bereits zur Kündigung entschlossen gewesen ist. Für die Wirksamkeit der Kündigung kommt es in dieser Hinsicht alleine darauf an, dass die Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingeht, bevor dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben zugegangen ist.

Ein von einer Kündigung im Rahmen eines Massentlassungsverfahrens betroffener Kläger hatte u.a. eingewandt, ein Kündigungsschreiben bereits zu einem Zeitpunkt erhalten zu haben, zu welchem die Massentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit noch nicht vorgelegen hat. Das Arbeitsgericht hatte das Begehren auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung zurückgewiesen. Das Landesarbeitsgericht indessen (LAG Baden-Württemberg) hat das Urteil des Arbeitsgerichts aufgehoben und zur Begründung ausgeführt, dass die Anzeige die Agentur für Arbeit zu einem Zeitpunkt erreichen müsse, bevor die Kündigungsentscheidung getroffen sei und die Kündigung dem Kläger zugegangen sei. Die Entscheidung des LAG wurde durch das Bundesarbeitsgericht aufgehoben und hierbei Folgendes im Rahmen einer Pressemitteilung festgehalten:

*„Die Revision des Beklagten hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg und führte zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Das selbständig neben dem nach § 17 Abs. 2 KSchG durchzuführende Konsultationsverfahren stehende, in § 17 Abs. 1, Abs. 3 Sätze 2 bis 5 KSchG geregelte Anzeigeverfahren dient beschäftigungspolitischen Zwecken. Die Agentur für Arbeit soll rechtzeitig über eine bevorstehende Massentlassung unterrichtet werden, um sich auf die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern vorbereiten und ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können. Das setzt voraus, dass bereits feststeht, wie viele und welche Arbeitnehmer konkret entlassen werden sollen. Auf den Willensentschluss des Arbeitgebers zur Kündigung kann, soll und will die Agentur für Arbeit – anders als der Betriebsrat im Rahmen des Konsultationsverfahrens – keinen Einfluss nehmen. Die Kündigung darf allerdings erst dann erfolgen, d.h. dem Arbeitnehmer zugehen (§ 130 Abs. 1 BGB), wenn die Massentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingegangen ist. Dies ist durch die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 und Art. 4 der Richtlinie 98/59/EG (Massentlassungsrichtlinie) geklärt, so dass der Senat von einer Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV abgesehen hat.*

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13. Juni 2019 – 6 AZR 459/18 –*

#### **4) Überstundenprozess Darlegungslast, BAG-Urteil vom 26.06.2019 – 5 AZR 452/18 –**

Vorausgegangen waren Entscheidungen des Arbeitsgerichts und Landesarbeitsgerichts Nürnberg, die sich mit einer Überstundenforderung eines Gewerkschaftssekretärs befassen musste. Dieser Gewerkschaftssekretär, der bei Geltung der 35-Stunden-Woche und einem Bruttomonatseinkommen von € 5.542,00 beschäftigt war, verlangte die Vergütung von Mehrarbeit, die in Zeiterfassungsbögen aufgelistet war und auch von dem Vorgesetzten abgezeichnet worden war. Im Zeitraum von Januar bis April 2016 sind hierbei 255,77 Überstunden aufgeschrieben worden. Das Arbeitsgericht hat die Klage des Gewerkschaftssekretärs zurückgewiesen, das LAG hat diese Entscheidung bestätigt. Das BAG hingegen hat mit den nachstehenden Leitsätzen die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben:

- „1. Wird die Arbeitszeit des Arbeitnehmers (elektronisch) erfasst und zeichnet der Arbeitgeber oder für ihn ein Vorgesetzter des Arbeitnehmers die entsprechenden Arbeitszeitnachweise ab, kann der Arbeitnehmer im Überstundenprozess der ihm obliegenden Darlegungslast für die Leistung von Überstunden schon dadurch genügen, dass er schriftsätzlich die vom Arbeitgeber abgezeichneten Arbeitsstunden und den sich ergebenden Saldo vorträgt.*
- 2. Darauf muss der Arbeitgeber im Rahmen der abgestuften Darlegungslast substantiiert erwidern, dass, aus welchen Gründen und in welchem Umfang die von ihm oder einem für ihn handelnden Vorgesetzten des Arbeitnehmers abgezeichneten Arbeitsstunden nicht geleistet wurden oder der behauptete Saldo sich durch konkret darzulegenden Freizeitausgleich vermindert hat. Anderenfalls gelten die vom Arbeitnehmer vorgetragene Arbeitsstunden als zugestanden (§ 138 Abs. 2 ZPO).“*

#### **5) Auskunftsanspruch des Betriebsrats über personenbezogene Arbeitnehmerdaten, BAG-Beschluss vom 09.04.2019 – 1 ABR 51/17 –**

Eine Entscheidung von hoher Praxisrelevanz, bei welcher es um die Weitergabe von Daten über schwangere Arbeitnehmerinnen an den Betriebsrat ging. Ab Mitte des Jahres 2015 hatte eine Arbeitgeberin, die in München ansässig ist, Daten über Schwangerschaften erfasst. Dies war bereits in der vorausgegangen Zeit der Fall und diese Daten waren auch dem Betriebsrat zur Kenntnis gegeben worden. Man hatte dann jedoch Präzisierungen vorgenommen und es war in einem Formblatt der voraussichtliche Entbindungstermin und die berechneten Mutterschutzfristen aufgenommen worden. Die in dieses Formblatt aufgenommenen Arbeitnehmerinnen wurden darauf hingewiesen, dass die Daten, sofern sie nicht einen Widerspruch einlegen, an den Betriebsrat weitergeben würden.

Der Betriebsrat hat sich hiergegen gewandt, er hatte verlangt, dass ihm jede Schwangerschaft angezeigt werde, weil er nur so darüber wachen könne, dass die zu Gunsten der jeweiligen Arbeitnehmerin anwendbaren

Gesetze (z.B. Mutterschutzgesetz) arbeitgeberseitig beachtet würden. Er meinte, dass sein Informations- und Kontrollrecht gegenüber dem Vertraulichkeitsinteresse einer widersprechenden Arbeitnehmerin vorrangig sei. Das Arbeitsgericht München als Eingangsgericht hat dem Betriebsrat Recht gegeben. Das LAG München hat die Entscheidung des Arbeitsgerichts bestätigt. Auf Beschwerde des Arbeitgebers wurde allerdings der Beschluss des LAG München aufgehoben und das Gericht hat dabei folgende Leitsätze, die aufgrund ihrer Relevanz in vollem Umfange nachstehend wiedergegeben sind, aufgestellt:

- „1. *Der allgemeine Auskunftsanspruch des Betriebsrats nach § 80 II 1 BetrVG ist aufgabengebunden und in seiner Reichweite durch das Erforderlichkeitsprinzip bestimmt.*
2. *Der Betriebsrat genügt seiner im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs bestehenden Vortragslaste nicht, wenn er pauschal auf seine Aufgabe der Überwachung der Durchführung zugunsten der Arbeitnehmer geltender (Arbeitsschutz-)Gesetze verweist. Vielmehr hat er die konkrete (Arbeitsschutz-)Vorgabe, deren Durchführung er überwachen will und die sein Auskunftsverlangen tragen soll, ebenso aufzuzeigen wie die Gründe, warum er die erstrebte Auskunft für die Wahrnehmung dieser Aufgabe benötigt.*
3. *Das mit einem auf die Unterrichtung über eine besondere Kategorie personenbezogener Daten (sensitive Daten im datenschutzrechtlichen Sinn) verbundene Auskunftsverlangen des Betriebsrats ist an dem datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand des § 26 II 1 und 3 in Verbindung mit § 22 II BDSG zu messen. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber in zulässiger Weise von der Öffnungsklausel des Art. 9 II Buchst. b DS-GVO Gebrauch gemacht.*
4. *Beansprucht der Betriebsrat vom Arbeitgeber eine Unterrichtung darüber, welche Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft mitgeteilt hat, betrifft dies ein sensibles Datum.*
5. *Die damit verbundene Datenverarbeitung ist erforderlich im Sinne von § 26 III 1 BDSG, wenn die Anspruchsvoraussetzungen des § 80 II 1 BetrVG erfüllt sind. Diese Annahme geben die Bindung der vom Betriebsrat begehrten Auskunft an eine von ihm aufzuzeigende Aufgabe und die Prüfung, ob die verlangte Information für die Wahrnehmung der Aufgabe erforderlich ist, vor.*
6. *Eine nach § 26 III 1 BDSG zulässige Verarbeitung sensibler Daten setzt allerdings weiter voraus, dass kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Diesem Erfordernis ist im Zusammenhang mit der Erfüllung einer sich aus dem Gesetz ergebenden Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Betriebsrats durch die von § 26 III 3 BDSG angeordnete entsprechende Geltung des § 22 II BDSG Rechnung getragen. Danach sind zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person angemessene und spezifische Maßnahmen vorzusehen.*
7. *Der Betriebsrat hat bei der Geltendmachung eines auf sensitive Daten gerichteten Auskunftsbegehrens das Vorhalten solcher angemessener und spezifischer Maßnahmen darzulegen. Fehlen sie oder sind sie unzulänglich, steht das seinem Auskunftsbegehren entgegen.“*



## **6) Kein Urlaubsverfall ohne ausdrücklichen Hinweis des Arbeitgebers auf bestehenden Urlaub, BAG-Urteil vom 19.02.2019 – 9 AZR 541/15 –**

Die vorbezeichnete Entscheidung wurde jetzt mit ihren Gründen veröffentlicht. Ein Arbeitnehmer hatte Urlaubsabgeltung für die Jahre 2012 und 2013 aus einem zum 31.12.2013 beendeten Arbeitsverhältnis geltend gemacht. Auf dieses Arbeitsverhältnis fand der TVÖD Anwendung, der auch übergesetzliche Urlaubsansprüche vorsieht. Im Mai 2019 hatte der Arbeitgeber alle Mitarbeiter per E-Mail darüber informiert, dass Urlaubsansprüche bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht ausbezahlt würden und nicht genommener Urlaub verfalle. Im konkreten Falle war sogar noch im Oktober 2013 der Arbeitnehmer darauf aufmerksam gemacht worden, dass Urlaub in jedem Falle bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses einzubringen sei. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Kläger die Abgeltung von 51 Urlaubstagen geltend gemacht und die Auffassung vertreten, dass die Arbeitgeberin ihren Mitwirkungspflichten bei der Urlaubsnahme nicht nachgekommen sei und es nicht ausreiche, wenn nur ein Hinweis über noch einzubringenden Urlaub abgegeben wird. Mit seiner Meinung hatte er zwar vor dem Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht Erfolg, scheiterte aber vor dem Bundesarbeitsgericht, welches die folgenden Orientierungssätze aufstellte:

- „1. Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub (§§ 1, 3 I BUrlG) erlischt bei einer mit Art. 7 der RL 2003/88/EG konformen Auslegung von § 7 BUrlG nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 III 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7 III 3 u. 4 BUrlG), wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.*
- 2. Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 III BUrlG setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber seinen (...) Mitwirkungsobliegenheiten bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs genügt, indem er den Arbeitnehmer (...) auffordert, seinen Urlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilt, dass der Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres oder Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt.*
- 3. Tarifvertragsparteien können Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche, die den (...) Anspruch auf Mindestjahresurlaub von vier Wochen übersteigen, frei regeln. (...).*
- 4. Für den Willen der Tarifvertragsparteien, den Verfall des Urlaubs abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu regeln, müssen deutliche Anhaltspunkte vorliegen. Fehlen solche, ist von einem Gleichlauf des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und des Anspruchs auf tariflichen Mehrurlaub auszugehen.“*

## **7) Ordentliche Verdachtskündigung Sachvortragsverwertungsverbot, BAG-Urteil vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18 –**

In diesem entschiedenen Fall ging es vorwiegend um die Wirksamkeit einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung vom 15.12.2016. Dem in diesem Verfahren beteiligten schwerbehinderten Kläger stand zur Privatnutzung ein Dienst-PKW zur Verfügung. Ihm war eine Tankkarte zur Verfügung gestellt worden. Am 02.05.2013 hatte die interne Revision festgestellt, dass der Verdacht bestehe, er habe Inhalte eines Audit-Berichts an Dritte in unerlaubter Weise weitergegeben. Es war von ihm gefordert worden, seine Dienst-Laptop zur Untersuchung zu übergeben. Dem folgte der Kläger, verwies allerdings darauf, dass sich auch als „privat“ bezeichnete Dateien auf dem PC befänden. Die Arbeitgeberin hat eine computerforensische Begutachtung der Festplatte vorgenommen und es war dabei eine Datei mit einer Aufstellung über die vom Kläger mit der Tankkarte durchgeführten Betankungen ausfindig gemacht worden. Hieraus hatte die Arbeitgeberin nach näherer Überprüfung den dringenden Verdacht geschöpft, dass auf ihre Kosten Tankvorgänge, die mit dem Dienstfahrzeug nicht in Verbindung stehen konnten, vorgenommen worden sind. Man stellte fest, dass im Zeitraum von 11 Monaten der Kläger 89x seine Tankkarte eingesetzt hat und in 14 Fällen mehr als 93 Liter (dies war das Tankvolumen des überlassenen Dienstfahrzeuges) getankt worden waren, so u.a. einmal 99,7 Liter und in zwei Fällen mehr als 100 Liter. Insgesamt 11 von 14 Betankungen mit einem Volumen von mehr als 93 Litern fanden jeweils an Wochenenden, Feiertagen und während des Urlaubs statt. Auch gab es noch einige weitere Ungereimtheiten, weil mehrfach an anderen als den vorgegebenen Tankstellen getankt worden war. Die Arbeitgeberin hatte am 13.08.2013 außerordentlich und hilfsweise ordentlich gekündigt und zum gleichen Zeitpunkt eine schriftliche Anhörung initiiert. Dabei erfuhr sie dann von der Schwerbehinderung des Klägers. Sie hat daraufhin die behördliche Zustimmung zu einer weiteren außerordentlichen und hilfsweise ordentlichen Kündigung beantragt. Der Kläger hatte in einem Anhörungsschreiben zu den Verdachtsmomenten Stellung bezogen. Das Integrationsamt hat die Zustimmung nach dem Anhörungsverfahren erteilt. Daraufhin war noch einmal außerordentlich und hilfsweise ordentlich gekündigt worden. Der Kläger hatte hiergegen Klage erhoben. Die Kündigungen waren wegen formeller Mängel für unwirksam erachtet worden. Währenddessen hatte die Arbeitgeberin ein weiteres Verfahren zum Ausspruch einer ordentlichen Tat- und Verdachtskündigung eingeleitet und nach Durchführung der Formalien (Anhörung Integrationsamt/Betriebsrat) mit Schreiben vom 15.12.2016 die ordentliche Kündigung erklärt. Der Kläger hat erneut Klage erhoben und zur Kenntnis gegeben, dass die Ergebnisse der Untersuchung seines Dienstrechners nicht verwertet werden durften, weil er die Datei als „privat“ bezeichnet hatte und im Übrigen die Untersuchung ohne Verdachtsmomente ins Blaue hinein abgegeben worden sei. Erstinstanzlich hatte der Kläger erneut obsiegt, in zweiter Instanz jedoch vor dem Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg verloren. Seine einge-

legte Revision wurde zurückgewiesen. Dabei hat das BAG folgende Orientierungssätze aufgestellt:

- „1. Der Verdacht einer Pflichtverletzung stellt gegenüber dem verhaltensbezogenen Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die „Tat“ begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Der Verdacht kann eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers im Sinne von § 1 II KSchG sozial rechtfertigen. Der durch den Verdacht bewirkte Verlust der vertragsnotwendigen Vertrauenswürdigkeit kann einen Eignungsmangel begründen (Rn. 20 f).*
- 2. Eine ordentliche Verdachtskündigung ist nur dann durch den bloßen Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens im Sinne von § 1 II KSchG aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers „bedingt“, wenn das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist, - wäre es erwiesen - sogar eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt hätte (Rn. 29).*
- 3. Anders als für eine außerordentliche Verdachtskündigung besteht keine starre Frist, innerhalb derer der Arbeitgeber das Recht zur ordentlichen Verdachtskündigung ausüben müsste. Allerdings kann ein längeres Zuwarten zu der Annahme berechtigen, die Kündigung sei nicht im Sinne von § 1 II KSchG durch den Verlust des vertragsnotwendigen Vertrauens „bedingt“ (Rn. 30). Daneben kommt eine Verwirkung des Kündigungsrechts nach § 242 BGB in Betracht (Rn. 81).*
- 4. Weniger intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreifende Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen können nach § 32 I 1 BDSG aF ohne Vorliegen eines durch Tatsachen begründeten Anfangsverdachts - zumal einer Straftat oder anderen schweren Pflichtverletzungen - zulässig sein. So kann es liegen, wenn der Arbeitgeber aus einem nicht willkürlichen Anlass prüfen möchte, ob der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten vorsätzlich verletzt hat, und er - der Arbeitgeber - dazu auf einem Dienstrechner gespeicherte Dateien einsieht, die nicht als „privat“ gekennzeichnet sind. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Maßnahme offen erfolgt und der Arbeitnehmer zuvor darauf hingewiesen worden ist, welche Gründe eine Einsichtnahme in - vermeintlich - dienstliche Dateien erfordern können und dass er Dateien durch eine Kennzeichnung als „privat“ von einer Einsichtnahme ohne „qualifizierten“ Anlass ausschließen kann (Rn. 54).“*

## **8) Unterrichtung des Betriebsrats über Arbeitsunfälle Dritter, Beschluss des BAG vom 12.03.2019 – 1 ABR 48/17 –**

In diesem Fall ging es um Unterrichtungs- und Vorlageansprüche des Betriebsrats im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen von Fremdpersonal. Die Arbeitgeberin, ein Kurier- und Expressdienst, setzt auf der Grundlage von Serviceverträgen neben eigenem Personal auch Fremdpersonal ein. Diese nutzen auch Betriebsmittel der Arbeitgeberin. Nach Arbeitsunfällen von solchen Beschäftigten verlangte der Betriebsrat Unfallanzeigen vorzulegen und von allen Arbeitsunfällen von Fremdpersonalmitarbeitern unterrichtet zu werden. Hierbei hatte der Betriebsrat den Antrag gestellt, alle Unfallanzeigen, die gegenüber der Berufsgenossenschaft abzugeben waren, vorzulegen, über jeden Arbeitsunfall von Beschäftigten der Servicepartner auf

dem Betriebsgelände unterrichtet zu werden und dabei Namen der Beschäftigten des Servicepartners anzugeben und für die Zukunft jede Unfallanzeige im Zusammenhang mit einem Arbeitsunfall unter Beteiligung von Fremdpersonal vor Weitergabe an die Berufsgenossenschaft zum Zweck der Überprüfung und Mitunterzeichnung zu erhalten. Das BAG hat den erstgenannten und letztgenannten Antrag als unbegründet zurückgewiesen, jedoch den Unterrichtungsantrag (Antrag 2) für begründet erachtet und dabei folgenden Leitsatz aufgestellt:

*„Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber verlangen, über Arbeitsunfälle unterrichtet zu werden, welche Beschäftigte eines anderen Unternehmens im Zusammenhang mit der Nutzung der betrieblichen Infrastruktur des Arbeitgebers erleiden.“*

## **9) Überstunden allein durch Freistellung nicht abgegolten, BAG-Urteil vom 20.11.2019 – 5 AZR 578/18 –**

So entschied jüngst das BAG im Fall einer Sekretärin, die nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses auf Überstundenabgeltung klagte. Vorausgegangen war ein Kündigungsschutzverfahren. Diesbezüglich konnten sich die Parteien im Wege eines Prozessvergleichs auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.01.2017 verständigen. Der Vergleich sah darüber hinaus die Freistellung bis zum Beendigungszeitpunkt unter Fortzahlung der vereinbarten Vergütung sowie unter Einbringung des Resturlaubs vor. Eine allgemeine Abgeltungs- oder Ausgleichsklausel enthielt der Vergleich jedoch nicht. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses klagte die Arbeitnehmerin dann auf Zahlung von 1.317,28 EUR für die Abgeltung von 67,10 Überstunden, die ihr Guthabekonto im Zeitpunkt der Kündigung aufwies. Die Arbeitgeberseite vertrat die Auffassung, durch die Freistellung im gerichtlichen Vergleich seien auch die Freizeitausgleichsansprüche erledigt worden. Während das Arbeitsgericht Münster der Klage dennoch mit der Begründung stattgab, der Vergleich sei dahingehend auszulegen, dass Ansprüche auf Freizeitausgleich durch die Freistellung nicht erfüllt worden seien, hat sich das LAG Hamm im Berufungsverfahren der Ansicht des Arbeitgebers angeschlossen und die Klage abgewiesen.

Auf die Revision der Arbeitnehmerin hin folgte das BAG nun doch etwas überraschend der Argumentation des Arbeitsgerichts Münster und stellte das erstinstanzliche Urteil wieder her. In der Pressemitteilung 40/19 des BAG vom 20.11.2019 heißt es hierzu:

*„Endet das Arbeitsverhältnis und können Gutstunden auf dem Arbeitszeitkonto nicht mehr durch Freizeit ausgeglichen werden, sind sie vom Arbeitgeber in Geld abzugelten. Die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht in einem gerichtlichen Vergleich ist nur dann geeignet, den Anspruch auf Freizeitausgleich zum Abbau von Gutstunden auf dem Arbeitszeitkonto zu erfüllen, wenn der Arbeitnehmer erkennen kann, dass der Arbeitgeber ihn zur Erfüllung des Anspruchs auf Freizeitausgleich von der Arbeitspflicht freistellen will. Daran fehlte es vorliegend. In dem gerichtlichen Vergleich ist weder ausdrücklich noch konkludent hinreichend deutlich festgehalten, dass die Freistellung auch dem Abbau des Arbeits-*

*zeitkontos dienen bzw. mit ihr der Freizeitausgleichsanspruch aus dem Arbeitszeitkonto erfüllt sein soll.*

*Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20. November 2019 – 5 AZR 578/18 –.*"

Für die Praxis sei einmal mehr darauf hingewiesen, wie bedeutsam es bei der vergleichsweisen Beendigung von Arbeitsverhältnissen (gilt auch für die Beendigung durch Aufhebungsvertrag) ist, das Schicksal der sich aus dem Arbeitsverhältnis möglicherweise noch ergebenden Ansprüche im Blick zu haben und diese im Vergleich zu berücksichtigen; sei es durch ausdrückliche Formulierung oder durch eine umfassende Abgeltungsklausel, nach der mit Erfüllung des Vergleichs alle wechselseitigen Ansprüche erledigt sind. Anderenfalls droht Gefahr, aus einem für beendet erachteten Rechtsverhältnis weiterhin in Anspruch genommen zu werden.

### **10) Öffentliches Dienstrecht: Schadensersatz eines Behördenleiters, VG Regensburg, Urteil vom 18.01.2019 – RN 1 K 14.2132 –**

Eine interessante Entscheidung hat das Verwaltungsgericht Regensburg am 18.01.2019 – RN 1 K 14.2132 – im Hinblick auf den Abschluss von Scheinverträgen erlassen. Es ging hierbei um das öffentliche Dienstrecht und Haftungsansprüche von privatrechtlichen Arbeitgebern gegenüber dem eigenen Führungspersonal. Kläger war der Freistaat Bayern, der von einem Behördenleiter Schadensersatz wegen nachzuzahlender Sozialversicherungsbeiträge aufgrund von Dienstpflichtverletzungen verlangte. Dieser Behördenleiter hatte, nachdem kein Stammpersonal zur Verfügung stand und Neueinstellungen nicht vorgenommen worden sind, auf Fremdpersonal mittels Werkvertrags zurückgegriffen. Aufgrund eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens war bereits im Jahr 2010 festgestellt worden, dass der Einsatz von Fremdpersonal unzulässig ist und es sich hierbei um Arbeitsverträge handelte. Aufgrund dessen war der Behördenleiter darauf hingewiesen worden, keine weiteren Werkverträge mehr abzuschließen; dennoch hat er über 90 solcher Verträge abgeschlossen. Die Deutsche Rentenversicherung Bund erließ gegenüber dem Freistaat Bayern im Rahmen einer Betriebsprüfung einen Bescheid, der eine Nachforderung über € 1.693.707,20 zum Gegenstand hatte. Dieser Nachforderung kam der Freistaat nach und verlangt nunmehr Schadensersatz von dem Behördenleiter. Dieser wurde zur Zahlung von € 729.657,08 wegen grob fahrlässiger Dienstpflichtverletzung gem. § 48 Beamtenstatusgesetz verurteilt. Das Verwaltungsgericht hatte dabei die Auffassung vertreten, dass diese Nachforderungen nicht entstanden wären, wenn der Beklagte befristete Arbeitsverträge oder tatsächliche Werkverträge unter Änderung seiner Durchführungspraxis abgeschlossen hätte. Folgende Leitsätze wurden hierbei aufgestellt:

- „1. *Ein Behördenleiter verletzt grob fahrlässig Dienstpflichten beim Abschluss weiterer Werkverträge, wenn ihm vor deren Abschluss arbeitsgerichtliche Entscheidungen hinsichtlich des Status als Arbeitnehmer bekannt waren*

*und er von sachkundigen Mitarbeitern und Behörden vor einer entsprechenden Gestaltung des Fremdpersonaleinsatzes gewarnt wurde.*

2. *Der Schaden des Dienstherrn liegt in der Nachentrichtung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung und in den festgesetzten Säumniszuschlägen. Bei den Arbeitgeberbeiträgen handelt es sich um „Sowieso-Kosten“ und damit nicht um einen Schaden.*
3. *Zur Reichweite einer Schadensminderungspflicht des Dienstherrn durch Einlegung weiterer Rechtsbehelfe.“*

## **HINWEIS für entgeltsberichtspflichtige Unternehmen**

Für diejenigen, die davon betroffen sind, soll ausdrücklich auf die Entgelttransparenzberichterstattung nach §§ 21f, 25 Entgelttransparenzgesetz verwiesen werden. Unternehmen/Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten sind entgeltsberichtspflichtig gem. § 21 Abs. 1 Entg-TranspG. Hierzu hat der Fachausschuss Unternehmensberichterstattung entsprechende Hinweise gegeben (vgl. IDW FN 9/19, S. 563).