

ARBEITSRECHT

September 2017

UPDATE



Pfändungsschutzrecht

Keine Pfändung von Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszulagen

BAG Urteil vom 23.08.2017 – 10 AZR 859/16

Erschwerniszulagen sind gemäß § 850a Nr. 3 Zivilprozessordnung unpfändbar, sofern sie sich im Rahmen des Üblichen halten.

Erstaunlicherweise hat erstmals 2016 der Bundesgerichtshof über die Pfändbarkeit von Nachtzuschlägen entschieden. Jetzt hat sich auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) positioniert:

Zulagen für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit sind Erschwerniszulagen im Sinne der ZPO und damit unpfändbar. Zulagen für Schicht-, Samstags-, oder sogenannte Vorfestarbeit sind dagegen keine Erschwerniszulagen und der Pfändung daher nicht entzogen.

Als Begründung führt das BAG an, dass Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz ausgleichspflichtig ist, der Gesetzgeber sie somit als besonders erschwerend gewertet

hat. Sonntage und gesetzliche Feiertage stehen kraft Verfassung unter besonderem Schutz.

Da § 9 Abs. 1 ArbZG an diesen Tagen ein grundsätzliches Beschäftigungsverbot anordnet, geht der Gesetzgeber auch bei Arbeit an diesen Tagen von einer Erschwernis aus. Eine entsprechende Regelung gibt es für Schicht-, Samstags- und Vorfestarbeit jedoch nicht.

Praxistipp:

Das Urteil ist unbedingt zu beachten: Werden die der Pfändung entzogenen Zulagen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit an einen Gläubiger bzw. einen Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren ausgezahlt, so hat diese Zahlung keine Erfüllungswirkung und der Arbeitgeber muss diese Zuschläge erneut an den Arbeitnehmer auszahlen. Umgekehrt sind die Zulagen für Schichtarbeit oder Samstagsarbeit an den Gläubiger bzw. Treuhänder abzuführen.

Kündigungsschutzrecht

Keine verdachtsunabhängige Kontrolle mittels Keylogger

BAG, Urteil vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16

Das BAG hat den anlasslosen Einsatz eines sog. Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, für unzulässig erklärt.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 2011 als Web-Entwickler beschäftigt. Im Jahr 2015 teilte die Beklagte ihren Arbeit-

nehmern mit, dass der gesamte „Internet-Traffic“ und die Benutzung ihrer Systeme „mitgeloggt“ werde. Die Beklagte installierte daraufhin auch auf dem Dienst-PC des Klägers eine Software, die sämtliche Tastatureingaben protokollierte und regelmäßig Bildschirmfotos anfertigte. In einem Personalgespräch räumte der Kläger 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 tatsächlich in erheblichem Umfang Privattätigkeiten am Arbeitsplatz erledigt, kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

Das BAG hat der Kündigungsschutzklage ebenso wie die Vorinstanzen stattgegeben. Zur Begründung führt das Gericht aus, 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 verletzt. Die Informationsgewinnung war nicht nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässig. Voraussetzung für den Einsatz der Software wäre ein auf Tatsachen beruhender Ver-

dacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung gegenüber dem Kläger gewesen. Die „ins Blaue hinein“ veranlasste Maßnahme war daher unverhältnismäßig. Hinsichtlich der vom Kläger eingeräumten Privatnutzung hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, diese rechtfertige die Kündigung mangels vorheriger Abmahnung nicht.

Praxistipp:

Die Entscheidung des BAG ist sicherlich nicht überraschend, aber dennoch interessant. In der Pressemitteilung betont das BAG, dass die anlasslose Kontrolle „ins Blaue hinein“ unzulässig sei. Zu der Frage, ob eine auf einen Verdacht gegen einen bestimmten Mitarbeiter hin vorgenommene Kontrolle dieses Arbeitnehmerszulässig sein könnte, hat das BAG – zumindest in der Pressemitteilung – keine Stellung genommen. Der durch Tatsachen begründete Verdacht des Arbeitszeitbetruges könnte daher möglicherweise die Kontrolle legitimieren, wenn es keine anderen Kontrollmöglichkeiten gibt.

Weisungsrecht

Rechtsprechungsänderung in Bezug auf die Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung

BAG, Beschlüsse vom 14.06.2017 – 10 AZR 330/16 und vom 14.09.2017 – 5 AS 7/17

Bislang hat das Bundesarbeitsgericht die Auffassung vertreten, dass ein Arbeitnehmer eine Weisung seines Arbeitgebers, die unbillig ist, zunächst einmal befolgen muss, bis ein Gericht ihre Unwirksamkeit festgestellt hat. Sofern sich der Arbeitnehmer über eine solche Weisung hinweg setzte, konnte der Arbeitgeber abmahnen und im Wiederholungsfalle sogar kündigen – auch wenn sich im Nachhinein die Weisung als ermessensfehlerhaft herausstellte.

Schon länger wird diese Rechtsprechung kritisiert und jetzt vom Bundesarbeitsgericht aufgegeben. Der zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts musste über einen Fall entscheiden, bei dem der Arbeitgeber einen Mitarbeiter aufgrund von Schwierigkeiten im Team von Dortmund nach Berlin versetzt hatte. Da der Mitarbeiter der Versetzung nicht folgte, mahnte die Arbeitgeberin ab und stellte die Lohnzahlungen ein. Dagegen klagte der Mitarbeiter. Der zehnte Senat hält die Versetzung wie schon die Vorinstanzen für unbillig, u.a. weil die Arbeitgeberin sich nicht ausreichend um eine Behebung des Konflikts bemüht hatte. Er vertritt zudem die Auffassung, dass der Mitarbeiter Anspruch auf Entfernung der Abmahnung und auf Zahlung seiner Vergütung hatte, weil er nicht verpflichtet gewesen sei, diese unbillige Weisung zunächst zu befolgen und ihre Unverbindlichkeit gerichtlich feststellen zu lassen.

Aufgrund der Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung mussten die Senate diese Frage zunächst intern klären.

Nunmehr hat der fünfte Senat des BAG, der bisher anders geurteilt hatte, erklärt, dass er sich dieser Auffassung anschließt. Damit steht der Rechtsprechungswechsel fest.

Praxistipp:

Bei Weisungen, die aus anderem Grund unwirksam waren, etwa wegen Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz oder gegen andere Rechtsnormen, galt schon immer, dass der Arbeitnehmer sie nicht befolgen musste. Insofern ist die Änderung der Rechtsprechung konsequent.

Für Arbeitnehmer bleibt jedoch ein hohes Risiko bestehen, wenn sie Weisungen nicht beachten: verschätzen sie sich und hält das Arbeitsgericht die Weisung für rechtmäßig, dann waren Abmahnungen und Kündigung wirksam. Der Arbeitgeber muss also seinerseits nach wie vor nicht mit dem Ausspruch einer Kündigung warten, bis ein Gericht die Rechtmäßigkeit seiner Arbeitsanweisungen bestätigt hat. Er kann vielmehr sofort Sanktionen ergreifen. Sollte die ursprüngliche Weisung unwirksam sein, sind natürlich auch diese Sanktionen zurückzunehmen.

Befristungsrecht

Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers

BAG vom 18.01.2017 – 7 AZR 236/15 –

Die sachgrundlose Befristung sorgt immer wieder für politische Diskussionen. Zuletzt wurden zwei Anträge der Linken und von Bündnis 90/die Grünen zur Abschaffung der sachgrundlosen Befristung abgelehnt. Aufgrund der immer wieder aufkommenden Kontroverse lohnt es sich, über Alternativen nachzudenken. § 14 Abs. 1 Nr. 6 Teilzeit- und Befristungsgesetz sieht unter anderem die Möglichkeit vor, ein Arbeitsverhältnis aufgrund eines in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grundes zu befristen. Hierzu gehört anerkanntermaßen auch der Wunsch des Arbeitnehmers nach einer Befristung. Mit der Frage, wann man von einem „Wunsch“ sprechen kann, hatte sich das BAG in einem Urteil vom 18.01.2017 auseinanderzusetzen.

Grundlage der Entscheidung war eine vom Arbeitgeber beabsichtigte Umstellung der betrieblichen Altersversorgung und der Altersgrenzen für seine Führungskräfte auf ein „Konzept 60+“. Führungskräften wie dem Kläger, dessen Arbeitsvertrag auf das Erreichen des 65. Lebensjahres befristet war, wurde Mitte 2003 eine vertragliche Absenkung der Altersgrenze auf das 60. Lebensjahr angeboten und eine Einmalzahlung zur Überbrückung bis zur gesetzlichen Rente. Zudem wurde die betriebliche Altersversorgung entsprechend umgestellt. Der Kläger unterzeichnete erst nach einer zweijährigen Bedenkzeit. Mit Erreichen des 60. Lebensjahres im September 2013 machte er dann allerdings geltend, dass diese Befristung unwirksam sei.

Das BAG gab ihm Recht. Es handele sich um eine Befristung und nicht um einen Aufhebungsvertrag, weil die Beendigung weit in der Zukunft lag. Der für die Befristung notwendige Sachgrund existiere nicht.

Insbesondere liege nicht der Sachgrund „Wunsch des Arbeitnehmers“ vor. Dass er nach 2-jähriger, also reiflicher Überlegung den neuen Vertrag unterzeichnete, reicht dafür nicht aus. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses müssten vielmehr objektive Anhaltspunkte vorliegen, aus denen ein Interesse des Arbeitnehmers gerade an einer befristeten Beschäftigung folgt. Entscheidendes Kriterium ist allein, ob der Arbeitnehmer auch bei einem Angebot eines unbefristeten Vertrages nur ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart hätte.

Die Tatsache, dass der neue befristete Arbeitsvertrag eine Altersversorgung und eine Abfindung vorsah, war für das BAG nicht entscheidend. Die Initiative zur Änderung sei vom Arbeitgeber ausgegangen. Er habe eine Frist zur Annahme seines Angebots gesetzt, damit er Planungssicherheit erhielt. Von einem Wunsch des Arbeitnehmers hätte man daher allenfalls ausgehen können, wenn der Arbeitgeber es den Führungskräften offen gelassen hätte, sich erst kurz vor dem 60. Geburtstag für den vorzeitigen Ausstieg zu entscheiden.

Praxistipp:

Der Befristungsgrund „Wunsch des Arbeitnehmers“ hat somit sehr hohe Anforderungen, die in der Praxis wohl nur sehr selten eingehalten werden können. Er spielt dann eine Rolle, wenn der Arbeitgeber selbst einen unbefristeten Vertrag anbietet, der Mitarbeiter jedoch z.B. aufgrund familiärer Verpflichtungen, der geplanten Aufnahme eines Studiums oder des Wunschs nach Rückkehr in eine frühere Heimat die Befristung vorzieht.

Im vorliegenden Fall hätte der Arbeitgeber wohl auf die Bedenkzeit verzichten müssen – was allerdings das Modell nicht mehr kalkulierbar gemacht hätte.

Recht der Arbeitnehmerüberlassung

Keine Kündigung von Leiharbeitnehmern bei schlichten „Auftragslücken“

LAG Berlin-Brandenburg vom 20.01.2017 – 2 Sa 1188/16 und 2 Sa 1805/16

Auftragslücken können nur dann eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn diese dauerhaft sind und der Arbeitnehmer nicht anderweitig eingesetzt werden kann. Das gilt erst recht in der Arbeitnehmerüberlassung, weil es zum typischen Wirtschaftsrisiko eines Verleihers gehört, Mitarbeiter nicht dauerhaft einsetzen zu können.

Die Anforderungen an eine betriebsbedingte Kündigung in dieser Branche werden durch ein Urteil des LAG Berlin-Brandenburg konkretisiert: Die Beklagte ist eine Personaldienstleisterin, die überwiegend Pflegekräfte und nur ausnahmsweise Mitarbeiter mit anderen Qualifikationen vermittelt. Die Klägerin war als Verwaltungsangestellte an einen Kunden überlassen worden. Als dieser Auftrag auslief, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt. Sie begründete die Kündigung damit, dass über einen Zeitraum von drei Wochen keine neuen Aufträge vorlagen.

Laut LAG könne der Auftragsverlust eine betriebsbedingte Kündigung grundsätzlich rechtfertigen. Allerdings muss der Arbeitgeber anhand seiner Auftrags- und Personalplanung darstellen, warum es sich nicht nur um eine kurzfristige Auftragschwankung, sondern um einen dauerhaften Auftragsrückgang handelt und ein Einsatz des Arbeitnehmers

bei einem anderen Kunden – auch gegebenenfalls nach entsprechenden Fortbildungen – nicht in Betracht komme. Dies gelte umso mehr, als es dem Wesen der Arbeitnehmerüberlassung entspreche, Arbeitnehmer – oft kurzfristig – bei verschiedenen Auftraggebern einzusetzen und zu beschäftigen. Es sei nicht ausgeschlossen, dass bereits einen Tag nach Ausspruch der Kündigung ein neuer Kunde kurzfristig Bedarf für einen Arbeitnehmer und dessen Einsatz anmelde. Deshalb müsse der Arbeitgeber dezidiert die Tatsachen darstellen, auf denen die Prognose des zukünftigen Beschäftigungsvolumens beruht. Das Vorliegen von möglicherweise nur kurzen Auftragschwankungen müsse ausgeschlossen sein.

Praxistipp:

Das Urteil verdeutlicht noch einmal, wie hoch die Anforderungen an ein Leiharbeitsunternehmen sind, um einen Mitarbeiter betriebsbedingt kündigen zu können.

Das gelingt am ehesten, wenn der Geschäftszweig insgesamt eingestellt wird. Anderenfalls müssen dezidiert die Bemühungen um neue Einsatzmöglichkeiten, die Gründe für ihr Scheitern und die Auswirkungen auf die unternehmerische und personelle Planung dargestellt werden. 3 Wochen Ungewissheit und 3 Wochen ohne Einsatzmöglichkeit sind nach Auffassung des Gerichts hinzunehmen.

Aufgrund der Aktualität können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine Rechtsberatung.

AULINGER IM ARBEITSRECHT

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



DR. ACHIM TEMPELMANN

achim.tempelmann@aulinger.eu



INKEN HANSEN

inken.hansen@aulinger.eu



DR. BASTIAN-PETER STENSLIK

bastian-peter.stenslik@aulinger.eu



DR. FLORIAN ZAHN

florian.zahn@aulinger.eu



DR. RALF HEINE, M.M.

ralf.heine@aulinger.eu



LUDGER TUCHLINSKI

ludger.tuchlinski@aulinger.eu



KATRIN BUCHHOLZ

katrin.buchholz@aulinger.eu

AULINGER Rechtsanwälte | Notare

BÜRO BOCHUM

Josef-Neuberger-Straße 4
44787 Bochum
Telefon 0234 68779-0
Telefax 0234 68779-993

BÜRO ESSEN

Frankenstraße 348
45133 Essen
Telefon 0201 95986-0
Telefax 0201 95986-99

www.aulinger.eu