

Inhalt

Schadensersatz wegen Verstoßes gegen EU-Arbeitszeit-Richtlinie

Vergütungsansprüche von Arbeitnehmern bei mitbestimmungswidriger Änderung der Vergütungsgrundsätze durch den Arbeitgeber

Klagefrist von 3 Wochen für Kündigungsschutzklage bei vorzeitiger Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses

Ausnahmsweise längere als 6-monatige Probezeit möglich

Rote Karte wegen Beleidigung eines Kundenvertreters ?

Whistleblowing - arbeits- und datenschutzrechtliche Vorgaben

*Höchstrichterliche**Entscheidungen***Schadensersatz wegen Verstoßes gegen EU-Arbeitszeit-Richtlinie****EuGH, Urteil vom 25.11.2010, Az.: C-429/09**

Die EU-Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG („RL“) setzt für die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit einschließlich geleisteter Überstunden eine Obergrenze von 48 Stunden fest, von der auch mit Zustimmung des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden kann. Zur Arbeitszeit gehören nach gefestigter Rechtsprechung Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit am Arbeitsort. Der Arbeitnehmer hat einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Entschädigung in Form von Freizeitausgleich oder finanzieller Abgeltung. Der Geschädigte hat zwar die Verpflichtung, sich in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs zu bemühen; es ist ihm aber nicht zuzumuten, systematisch von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen.

Der Fall betrifft einen Feuerwehrmann aus Halle, der auf der Basis einer Verordnung des Landes Sachsen-Anhalt im Schichtdienst im Schnitt je Woche 54 Stunden zu arbeiten hatte. Voraussetzung laut Verordnung war, dass der Arbeitnehmer damit einverstanden war und der Dienstherr einen Nachweis über die geleistete Arbeitszeit führte. Der Feuerwehrmann hatte bereits Ende 2006 vergeblich beantragt, die Arbeitszeit auf 48 Stunden herabzusetzen und machte später Ausgleichsansprüche geltend, die für die Vergangenheit abgelehnt wurden, da nach nationaler Rechtsprechung ein Anspruch auf Freizeitausgleich erst mit Antragsstellung ausgelöst werde. Das dagegen angerufene Verwaltungsgericht legte dem EUGH eine Reihe von Vorlagefragen vor.

Der EuGH bezeichnete die Obergrenze der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit als besonders wichtige Regel des Sozialrechts der Union; Ansprüche könnten durch Geschädigte direkt auf der Basis der RL gegen Träger öffentlicher Gewalt, also auch öffentliche Arbeitgeber geltend gemacht werden. Die Landesverordnung habe zudem offenkundig und erheblich das Gemeinschaftsrecht verletzt. Weiter dürfe die Erlangung der Entschädigung nicht von einer an den Verschuldensbegriff geknüpften Voraussetzung abhängig gemacht und nicht übermäßig erschwert werden. Zwar müsse sich der Geschädigte in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen, es widerspreche aber dem Grundsatz der Effektivität, wenn solche Maßnahmen für den Arbeitnehmer als die schwächere Partei des Arbeitsvertrages übermäßig schwierig seien oder ihm nicht

zugemutet werden könnten. Als Indiz für eine Benachteiligung wurde vorliegend gewertet, dass der Feuerwehrmann nach seinem Antrag auf Herabsetzung der Arbeitszeit für einen bestimmten Zeitraum gegen seinen Willen in eine andere Dienststelle versetzt worden war. Der Entschädigungsanspruch bestehe demnach auch für die Zeit vor der Antragsstellung. Die Berechnung der Entschädigung habe nach nationalem Recht zu erfolgen; das gelte für die Form (Freizeitausgleich oder finanzielle Entschädigung) ebenso wie für die Berechnung der Höhe der Entschädigung. Sie muss aber angemessen sein.

Praktikerhinweis:

Der EuGH setzt seine Rechtsprechung konkretisierend fort, die auch bereits die Feuerwehr Hamburg bzw. den Bereich des Zivilschutzes betraf. Öffentliche Arbeitgeber sind gehalten, nicht nur die Obergrenze, sondern auch die anderen inhaltlichen und formalen Voraussetzungen der RL 2003/88/EG (etwa Listenführung, Unterrichtung der zuständigen Behörden) strikt zu beachten.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit Wirkung zum 22.07.2009 § 7 ArbZG an die Vorschriften der RL 2003/88/EG angepasst. Danach darf die zulässige Verlängerung der Arbeitszeit nicht dazu führen, dass die Arbeitszeit wöchentlich im Durchschnitt von 12 Kalendermonaten 48 Stunden überschreitet. In der Literatur werden Zweifel an der Richtlinienkonformität der generellen Festsetzung des 12-monatigen Ausgleichszeitraumes erhoben; der EuGH wird vermutlich in absehbarer Zeit mit dieser Frage nochmals beschäftigt werden.

Reinhold Kopp

Vergütungsansprüche von Arbeitnehmern bei mitbestimmungswidriger Änderung der Vergütungsgrundsätze durch den Arbeitgeber

BAG, Urteil vom 22.06.2010, 1 AZR 853/08

Ändert ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber die im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze und beachtet er dabei das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) nicht, so können die betroffenen Arbeitnehmer eine Vergütung auf Grundlage der zuletzt mitbestimmten Entlohnungsgrundsätze fordern.

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien streiten über die Höhe einer Sonderzuwendung. Die beklagte Arbeitgeberin ist nicht tarifgebunden. Seit dem 01.01.1989 galt bei der Beklagten für die Arbeitsbedingungen eine Betriebsvereinbarung, aus der sich unter anderem die jährliche Gewährung einer sogenannten „Monatzuwendung“ i.H. eines Bruttomonatsgehalts ergibt. Die Beklagte kündigte diese Betriebsvereinbarung mehrfach, letztmalig zum 31.12.2003. Im Jahr 2005 zahlte die Beklagte ihren Beschäftigten eine Monatszuwendung in Höhe von 41,7 % des maßgeblichen Bruttomonatsgehalts. Der Kläger macht mit der Klage den über den gezahlten Teil hinausgehenden Anspruch auf Monatszuwendung geltend.

Das BAG gelangt zu der Auffassung, dass sich der Anspruch des Klägers aus seinem Arbeitsvertrag in Verbindung mit den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen ergibt. Die Beklagte sei daher verpflichtet, eine Vergütung nach den zuletzt mit dem Betriebsrat vereinbarten Entlohnungsgrundsätzen zu zahlen.

Das BAG geht davon aus, dass die einseitige Änderung der Vergütungsordnung durch die Beklagte unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfolgte. Zwar ist grundsätzlich anerkannt, dass die Festlegung der konkreten Höhe des Arbeitsentgelts nicht Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist. In Betrieben ohne Tarifbindung kann das Beteiligungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG jedoch das gesamte Entgeltsystem erfassen. Der Mitbestimmung steht insbesondere nicht entgegen, wenn durch diese mittelbar auch die Höhe der Vergütung festgelegt wird. Vielmehr kann eine solche Wirkung mit der Regelung von Entlohnungsgrundsätzen untrennbar verbunden sein.

Nach Ansicht des BAG wurde vorliegend nicht allein die Höhe des Arbeitsentgelts geregelt, sondern vielmehr Entlohnungsgrundsätze aufgestellt, aus denen sich die Vergütung der Arbeitnehmer des Betriebs in abstrakter Weise ergibt. Hierzu gehört auch die Festlegung einer bestimmten Stückelung des jährlichen Gesamtentgelts, z.B. in Gestalt mehrerer gleich hoher oder verschieden hoher Monatsbeträge.

Die Kündigung der Betriebsvereinbarung durch den Arbeitgeber führte nicht zum ersatzlosen Fortfall der bisher im Betrieb der Beklagten geltenden Vergütungsstruktur, sondern hat lediglich die Beendigung der zwingenden Wirkung des § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG zu Folge. Eine Änderung dieser Entlohnungsgrundsätze kann nur mittels einer Beteiligung des Betriebsrats erfolgen.

Das BAG hält mit dieser Rechtsprechung an der Auffassung fest, den Anwendungsbereich des Mitbestimmungsrechts bei Entlohnungsgrundsätzen weit auszulegen. Eine mitbestimmungsfreie einseitige Änderung, insbesondere Kürzung der Vergütung durch den Arbeitgeber kommt daher nur in Betracht, wenn hierdurch die Verteilungsgrundsätze nicht geändert werden. Nur die Kürzung der Vergütung unter Beachtung dieser Verteilungsgrundsätze („Rasenmäherprinzip“: einheitliche Kür-

zung aller Vergütungsbestandteile unter Aufrechterhaltung des Verhältnisses) kann ohne Beteiligung des Betriebsrats erfolgen.

Praxishinweis:

1. Die Kündigung einer Betriebsvereinbarung beendet nur deren zwingende Wirkung. Auch nach Beendigung der Betriebsvereinbarung bedarf die Änderung der einst aufgestellten Entlohnungsgrundsätze der Zustimmung des Betriebsrats.
2. Eine Kürzung der Vergütung ist dann mitbestimmungspflichtig, wenn sich dadurch das Verhältnis der Gesamtbezüge zueinander und somit die Verteilungsgrundsätze ändern.
3. Im Falle einer mitbestimmungswidrigen Änderung der Vergütung kann der betroffene Arbeitnehmer eine Vergütung auf Grundlage der zuletzt mitbestimmten Entlohnungsgrundsätze verlangen.

Thomas Krebs

Klagefrist von 3 Wochen für Kündigungsschutzklage bei vorzeitiger Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses

BAG, Urteil vom 22.07.2010, 6 AZR 480/09

Die Klagefrist des § 4 KSchG ist auch einzuhalten, wenn die ordentliche Kündigung gegen das Kündigungsverbot des § 15 Absatz 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) verstößt, weil der befristete Vertrag weder die Möglichkeit vorsieht, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen noch die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags vereinbart ist.

Der Sachverhalt:

Ein Arbeitgeber hatte ein befristetes Arbeitsverhältnis noch vor dem vereinbarten Befristungsende ordentlich gekündigt. Nach § 15 Absatz 3 TzBfG darf ein befristetes Arbeitsverhältnis jedoch nur dann ordentlich gekündigt werden, wenn im Vertrag oder in einem anwendbaren Tarifvertrag eine solche Möglichkeit vorgesehen ist. Dies war im vorliegenden Fall nicht gegeben. Der Kläger klagte drei Monate nach Erhalt des Kündigungsschreibens den Annahmeverzugslohn bis zum ursprünglich vereinbarten Befristungsende ein. Die Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.

Die Entscheidung:

Das BAG hat entschieden, dass die Kündigung trotz Verstoßes gegen das Kündigungsverbot des § 15 Absatz 3 TzBfG volle Rechtswirksamkeit erlangt hat, weil es der Kläger versäumt habe, rechtzeitig innerhalb der 3-Wochen-Frist gemäß § 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) Klage zu erheben. Grundlage sei auch hier die Fiktionswirkung des § 7 KSchG, der festlege, dass eine Kündigung als von Anfang an wirksam anzusehen sei, wenn nicht innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG Klage gegen die Kündigung erhoben werde. Das BAG meint, dies folge aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Der Gesetzgeber wollte im Interesse einer raschen Klärung der Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet habe oder nicht, für die Geltendmachung aller Unwirksamkeitsgründe eine einheitliche Klagefrist von drei Wochen vorsehen. Dadurch sollte die Ungewissheit, wann das Recht zur Erhebung der Kündigungsschutzklage im Einzelfall verwirkt ist, beendet werden.

Praktikerhinweis:

Die Entscheidung schafft für die Praxis Rechtssicherheit. Auch ein befristet eingestellter Arbeitnehmer muss fristgerecht Kündigungsschutzklage erheben, wenn er entgegen der vereinbarten Befristung (mit automatischer Beendigung des Arbeitsverhältnisses) vor Ablauf der Befristungsperiode ordentlich gekündigt wird. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Arbeitnehmer gegen die Wirksamkeit der Kündigung mit der Begründung wehren will, dass ein ordentliches Kündigungsrecht überhaupt nicht bestanden habe. Der Arbeitgeber hat also nichts zu verlieren, wenn er bei einem offensichtlich unergiebigen befristeten Arbeitsverhältnis eine Kündigung zu dessen vorzeitiger Beendigung ausspricht.

Ute Bilger-Jung

Ausnahmsweise längere als 6-monatige Probezeit möglich**BAG, Urteil vom 02.06.2010, 7 AZR 85/09**

Die Erprobungszeit muss immer in einem angemessenen Verhältnis zur vereinbarten Tätigkeit stehen, wobei im Allgemeinen sechs Monate ausreichen. Besondere Einzelfallumstände können längere Befristungen zur Erprobung der Eignung eines Arbeitnehmers rechtfertigen.

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis auf Grund Befristung geendet hat. Der Kläger war ursprünglich unbefristet mit einer Probezeit von sechs Monaten bei einer Behörde als Sachbearbeiter eingestellt worden. Er hat einen Grad der Behinderung von 30 und ist einem Schwerbehinderten gleichgestellt. Der Behinderung liegt ein sog. Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom zugrunde, was erst später bekannt wurde. Das hinzugezogene Integrationsamt befürwortete dann einen sog. Job-Coach für drei, besser sechs Monate und lehnte eine kürzere Einarbeitungszeit ab. Deshalb vereinbarten die Parteien eine Auflösung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses und begründeten ein befristetes Probearbeitsverhältnis für weitere sechs Monate, um nach der ersten nicht bestandenen Probezeit mit Hilfe der Arbeitsassistenz doch noch eine erfolgreiche Einarbeitung zu erreichen und das Arbeitsverhältnis danach unbefristet fortsetzen zu können.

Das BAG hält die Befristung durch den Sachgrund der Erprobung für gerechtfertigt. Die Dauer der Erprobung spricht vorliegend nicht dagegen. Zwar fehlt es grundsätzlich an einem sachlichen Grund der Erprobung, wenn der Arbeitnehmer bereits ausreichende Zeit bei dem Arbeitgeber mit den von ihm zu erfüllenden Aufgaben beschäftigt war und der Arbeitgeber die Fähigkeiten des Arbeitnehmers hinreichend beurteilen konnte (so das BAG, Urteil vom 23. 6. 2004, NZA 2004, S. 1333). Da aber das Gesetz keine konkrete zeitliche Vorgabe zur Erprobungsdauer nennt, sind längere Befristungen zur Erprobung auf Grund besonderer Einzelfallumstände möglich.

Praxishinweis

Auch wenn hier das BAG eine weit über 6 Monate hinaus gehende Probezeit für möglich hält, sollte sich jeder Arbeitgeber grundsätzlich an einer Maximaldauer einer Erprobung von sechs Monaten orientieren. Nur ganz außergewöhnliche Einzelfallumstände, die dokumentiert und belegbar sind, lassen bei einer Sachbearbeiter-Tätigkeit eine derart lange Erprobung und eine darauf basierende Sachgrund-Befristung zu.

Klaus Uwe Benneter

*Entscheidungen der
Instanzgerichte***Rote Karte wegen Beleidigung eines Kundenvertreters („Arschloch“)?****Abmahnung statt Kündigung bei verbaler Entgleisung****Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 08.04.2010, 4 Sa 474/09**

Bezeichnet ein Kraftfahrer einen Kundenvertreter mehrfach als „Arschloch“, rechtfertigt dies nicht immer eine Kündigung. Die notwendige Einzelfallprüfung und Interessenabwägung kann zu dem Ergebnis führen, dass trotz eines gravierenden Verstoßes gegen arbeitsvertragliche Pflichten eine Abmahnung als Sanktion ausreicht.

Der Sachverhalt

Der Kläger war seit sechs Jahren im Logistikzentrum des beklagten Arbeitgebers als Kraftfahrer tätig. Er hatte in der Vergangenheit bereits mehrfach einen Kunden über eine extrem enge Einfahrt mit einer sehr knapp bemessenen Durchfahrtshöhe jeweils unfallfrei beliefert. Bei einer solchen Anlieferung wurde er eines Tages von einer ihm unbekannt Person, letztlich dem Liegenschaftsverwalter des Beklagten, in gereiztem Ton gestoppt und aufgefordert, nicht weiter zu fahren. Nach der Antwort des Klägers „Ich liefere hier seit Jahren und jetzt aus dem Weg, du Arsch“ ergab sich ein Wortgefecht, in dem der Kläger sein Gegenüber noch mehrfach als „Arschloch“ bezeichnet hatte. Der Kläger hatte ihn für einen „Wichtiguer“ gehalten und nicht damit gerechnet, dass es sich bei ihm um einen Repräsentanten des Kunden handelte. Der Kunde erteilte dem Kläger nach dem Vorfall ein sechsmonatiges Hausverbot. Der Arbeitgeber kündigte das bisher insoweit unbeanstandete Arbeitsverhältnis darauf fristlos, hilfsweise fristgerecht. Das Landesarbeitsgericht hielt die Kündigungen für unwirksam und gab der Klage statt. Das Urteil ist rechtskräftig.

Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht sah ebenso wie das Arbeitsgericht Neumünster zuvor keinen ausreichenden Kündigungsgrund. Nach der Entscheidung kann das grob beleidigende Verhalten des Klägers zwar grundsätzlich einen erheblichen Verstoß gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis darstellen, zumal dafür schriftlich festgelegt war, dass der Arbeitgeber besonderen Wert auf eine „freundliche Kundenbedienung“ legte. Dennoch führte die Einzelfallprüfung und Interessenabwägung durch das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine Abmahnung als Sanktion ausreichend gewesen wäre. Trotz der Gefährdung der Geschäftsbeziehung des Arbeitgebers zu dem Kunden sei zugunsten des Klägers zu berücksichtigen, dass er nicht gewusst habe, dass sein Gegenüber ein Repräsentant des Kunden war und er die beengten Verhältnisse in der Vergangenheit stets ohne Schäden gemeistert habe.

Praktikerhinweis:

Verbale Entgleisungen eines Arbeitnehmers sind nach den Umständen der jeweiligen Situation zu würdigen. Vor dem Ausspruch einer Kündigung ist dringend anzuraten, die jeweilige Sichtweise des beleidigten Arbeitnehmers nachzuvollziehen. Unter Berücksichtigung des bisherigen Verlaufs des Arbeitsverhältnisses ist abzuwägen, ob eine bloße Abmahnung als ‚milderes Mittel‘ das künftige Verhalten des Arbeitnehmers derart beeinflussen kann, dass es nicht mehr zu ähnlichem Fehlverhalten kommen kann.

Ute Bilger-Jung

Ich verpfeife meine Kollegen - oder: Whistleblowing im Lichte arbeits- und datenschutzrechtlicher Vorgaben

Unter einem **Whistleblower** versteht man

- eine **Person**, die in einer besonderen Beziehung zu einer Organisation steht (insbesondere Arbeitsbeziehung) und
- die über spezifische, d.h. nicht allgemein bekannte oder bewusste, **Informationen** verfügt oder zu verfügen glaubt, welche sich beziehen auf
- einen tatsächlichen oder vermeintlichen **Verstoß, kritische Äußerung, Missstand, Risiko** oder **Gefahr** innerhalb oder mit engem Bezug zu der Organisation,
- diese **Information weitergibt** (offen, vertraulich oder anonym, direkt oder über Dritte)
- an eine Person oder Gruppe (Adressat) innerhalb oder außerhalb der Organisation (Unterscheidung internes-externes Whistleblowing),
- von der sie sich erhofft, dass diese aufklärend oder bekämpfend tätig werden kann.

Über die Zulässigkeit von Whistleblowing existieren nur vereinzelte gesetzliche Regelungen (§ 37 Abs. 2 Nr. 3 Beamtenstatusgesetz, § 87 Abs. 2 Nr. 3 Bundesbeamtengesetz, § 85 Betriebsverfassungsgesetz).

Zunächst besteht Einigkeit dahingehend, dass Arbeitnehmer verpflichtet sind, jegliche **Straftaten**, die das Arbeitsverhältnis betreffen, dem Arbeitgeber zu melden (BAG, NZA 2008, S. 1248). Fraglich ist jedoch, inwieweit ein Arbeitnehmer berechtigt oder gar verpflichtet ist, gesetzeswidriges Verhalten seiner Kollegen oder seines Arbeitgebers Dritten, wie z.B. Behörden, zu melden. Dabei besteht ein **Inte-**

ressenkonflikt zwischen der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber in Abwägung zu seinem Anspruch auf Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten. Auf den Punkte gebracht: Hat das „Anschwärzen“ von Arbeitgeber und/oder Kollegen individualarbeitsvertragliche Konsequenzen?

Das Anschwärzen des Arbeitgebers bei Behörden bzw. die leichtfertige Strafanzeige gegen den Arbeitgeber wird grundsätzlich als treuwidriges, das **Vertrauen beeinträchtigendes Verhalten** des Arbeitnehmers gewertet. Eine Grenze sieht die Rechtsprechung allerdings in der **Wahrnehmung staatsbürgerlicher Aufgaben**. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit entschieden, dass die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten – soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden – im Regelfall nicht dazu führen kann, daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten (BVerfG, NZA 2001, S. 888). Eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung liegt dann vor, wenn sich eine Strafanzeige gegen den Arbeitgeber als eine unverhältnismäßige Reaktion darstellt. In der Regel ist eine vorherige innerbetriebliche Meldung und Klärung seitens des Arbeitnehmers vorzunehmen.

So hat das LAG Köln ausgeführt, dass ein Lkw-Fahrer, der den ihm zugewiesenen verkehrsuntüchtigen Lkw bei der Polizei vorführt, hierdurch nicht den Arbeitgeber anschwärzt. Eine Kündigung könne hierauf nicht gestützt werden. Allerdings muss der Arbeitnehmer zuvor vergeblich versucht haben, den Arbeitgeber zur Herstellung der Verkehrstüchtigkeit zu veranlassen (LAG Köln, BB 1996, S. 2411).

Eine vorherige innerbetriebliche Klärung ist dem Arbeitnehmer aber dann unzumutbar, wenn er Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde. Gleiches gilt bei schwerwiegenden oder vom Arbeitgeber selbst begangenen Straftaten. Bei Pflichtverletzungen oder Straftaten von Mitarbeitern wird hingegen in der Regel verlangt, dass diese Kenntnisse dem Arbeitgeber zunächst mitgeteilt werden (BAG, NZA 2004, S. 427). Das gilt unabhängig von der Position des Arbeitnehmers im Unternehmen („schlichter Kraftfahrer“). Denn das staatsbürgerliche Recht zur Erstattung von Strafanzeigen besteht unabhängig von der beruflichen oder sonstigen Stellung und ihrer sozialen Bewertung durch den Arbeitgeber (BAG, NZA 2007, S. 502).

Des Weiteren wird diskutiert, inwieweit dem Arbeitnehmer arbeitsvertragliche Pflichtverstöße, welche im Kollegenkreise kundgetan und anschließend an den Arbeitgeber weitergetragen werden, zur Last gelegt werden können. Solange diese in vertraulichen Gesprächen geäußert werden, darf der Arbeitnehmer regelmäßig darauf vertrauen, dass seine Äußerungen auch in diesem Kreis verbleiben (BAG, NZA 2003, S. 1295). Bei Äußerungen über strafrechtlich relevantes Verhalten kann

der Arbeitnehmer wohl aber nicht damit rechnen, dass entsprechende Inhalte vertraulich bleiben.

In erster Linie wird der Arbeitgeber die durch die Überwachung erlangten Informationen dazu verwenden, arbeitsrechtliche Konsequenzen einzuleiten. In bestimmten Fällen stellt sich für den Arbeitgeber aber auch die Frage, ob diejenigen Arbeitnehmer, die rechtswidrig andere Arbeitnehmer überwacht haben, hierfür abgemahnt oder sogar gekündigt werden können. Das Arbeitsgericht Berlin hatte sich mit der Kündigung eines leitenden Mitarbeiters im Bereich „Compliance“ wegen von ihm veranlasster Überwachungsmaßnahmen und Datenabgleichungen auseinanderzusetzen. Dabei stellte dieses fest, dass eine Kündigung nur dann zulässig sei, wenn der betreffende Arbeitnehmer objektiv rechtswidrig gehandelt und subjektiv um die Rechtswidrigkeit der Maßnahme gewusst hat (ArbG Berlin, BB 2010, S. 2309).

Und nun zu den **Whistleblowing-Hotlines**: In seiner Entscheidung vom 22.07.2008 hatte das BAG über die Einführung einer entsprechenden Hotline zu entscheiden. Danach ist die Einführung einer solchen Hotline **grundsätzlich zulässig** (BAG, NZA 2008, S. 1248). Es scheint auch nicht geboten, den Anwendungsbereich derartiger Hotlines auf das Rechnungs- oder Finanz- und Bankwesen zu beschränken (LAG Düsseldorf, NZA-RR 2006, S. 81). Meldepflichtige Straftaten, die das Arbeitsverhältnis betreffen, dürfen auch über eine entsprechende Hotline gemeldet werden.

Die über die Hotlines kommunizierten Informationen betreffen typischerweise das persönliche Verhalten der Mitarbeiter und sind somit personenbezogene Daten i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG. Durch den anschließenden Gebrauch der über die Hotlines mitgeteilten Daten durch das Unternehmen liegt eine Datennutzung i.S.d. § 3 Abs. 3 bis 5 BDSG vor. Die Nutzung personenbezogener Daten ist nur erlaubt, sofern der Betroffene eingewilligt hat oder eine gesetzliche Erlaubnis vorliegt, § 4 Abs. 1 BDSG. Nachdem eine Einwilligung des Betroffenen (zumindest der beschuldigten Person) realitätsfremd und daher nicht in Erwägung zu ziehen ist, bedarf es einer gesetzlichen Erlaubnis. Die gesetzliche Erlaubnis kann sich nunmehr aus § 32 BDSG ergeben.

Sofern die Mitarbeiter lediglich dazu aufgefordert werden, kriminelles Verhalten anderer Mitarbeiter, das deren Arbeitsbereich betrifft, über eine solche Hotline zu melden, dürfte dies der Zweckbestimmung des Beschäftigungsverhältnisses i.S. des § 32 Abs. 1 BDSG dienen. Die Meldung von darüber hinausgehendem unehrlichem Verhalten dürfte jedoch über die Beschäftigungszwecke hinausgehen.

Mit diesem Thema hat sich auch die Art. 29-Gruppe befasst, die sich aus den Datenschutzbeauftragten der EU-Mitgliedstaaten zusammensetzt und am 01.02.2006

eine Stellungnahme zu datenschutzrechtlichen Anforderungen an "Whistleblowing-Systeme" verabschiedet hat. Folgende **Empfehlungen** wurden seitens dieser Expertengruppe erarbeitet:

- (1) Klare Information über das "Whistleblowing-System": Es obliegt dem Unternehmen, die Mitarbeiter über die Existenz eines "Whistleblowing-Systems" sowie über dessen Sinn und Zweck zu informieren. Insofern soll auch deutlich kommuniziert werden, dass kein Interesse an nicht konkretisierten Beschuldigungen besteht. Die Gestaltung des Datenverarbeitungssystems soll sich an dem Ziel ausrichten, so wenig wie möglich (aber so viel wie nötig) personenbezogene Daten zu erheben und zu nutzen. Unmaßgebliche Daten müssen umgehend gelöscht oder berichtigt werden.

- (2) Einschränkung des "Whistleblowing-Systems"

Die Art. 29-Gruppe rät, den Kreis der potentiellen "Whistleblower" zu begrenzen. Die Größe des ermächtigten Personenkreises soll dabei je nach betroffenem Bereich variieren, wobei die Begrenzung beispielsweise an bestimmten Fachbereichen festgelegt werden kann. Wie die Ausgestaltung solch einer Regelung aussehen sollte, ist jedoch fraglich. Es ist nicht auszuschließen, dass ein Mitarbeiter einen anderen Mitarbeiter aus einem anderen Fachbereich bei einem kriminellen Verhalten beobachtet. Dürfte er diesen Hinweis dann nicht an die "Crime Line" weitergeben, entspräche dies wohl nicht Sinn und Zweck einer derartigen Vorrichtung.

Eine Begrenzung soll auch dahingehend erfolgen, dass nur bestimmte Verstöße, die tatsächlich kriminelles Verhalten darstellen können, zu melden sind. Die Mitarbeiter sollten nicht dazu aufgefordert oder angeregt werden, jegliche arbeitsrechtliche Verstöße (z.B. Überschreiten der Mittagspause) zu melden.

Auch wenn die Hotline für alle Mitarbeiter eines Unternehmens zugänglich ist, sollte den Mitarbeitern anhand bestimmter Regeln aufgezeigt werden, für welche Fälle eine solche Hotline zur Verfügung steht. Nachdem erfahrungsgemäß für die meisten Mitarbeiter die Entscheidung schwer zu treffen ist, ob ein Fehlverhalten der Hotline zu melden ist, sollten hierfür Beispiele genannt werden oder Schulungen erfolgen. Dies könnte auch die Akzeptanz einer solchen Hotline erhöhen.

- (3) Anonymität der Anzeige

Im Hinblick auf eine drohende Unkultur anonymer böswilliger Meldungen und der fehlenden Möglichkeit, eine Meldung zu überprüfen, ist davon auszugehen, dass die Aufforderung zur anonymen Meldung in "Whistleblowing-

Regelungen" als unzulässig anzusehen oder zumindest nur in Ausnahmefällen zu akzeptieren ist.

Im Hinblick auf die weitere Aufklärung des gemeldeten Vorfalls ist eine derartige Regelung auch sinnvoll. Ohne Rückfragen wird es dem Arbeitgeber meist nur schwer möglich sein, einen möglichen Rechtsverstoß aufzuklären und arbeitsrechtliche Schritte einzuleiten. Dies bedeutet zugleich, dass die Identität des Whistleblowers ausreichend geschützt sein muss. Der Hinweisgeber sollte aber darauf aufmerksam gemacht werden, dass eine Enthüllung seiner Identität im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung in Betracht zu ziehen ist, sofern andere Beweismittel nicht vorliegen. Auch die Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden kann seitens des Arbeitgebers nicht ausgeschlossen werden.

(4) Unterrichtungs- und Auskunftspflichten

Werden erstmals personenbezogene Daten für eigene Zwecke ohne Kenntnis der betroffenen Person gespeichert, ist diese von der Speicherung, der Art der Daten, der Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und der Identität der verantwortlichen Stelle zu benachrichtigen, § 33 Abs. 1 BDSG. Gefährdet jedoch eine solche Unterrichtung die wirksame Untersuchung des Vorwurfs erheblich, kann die Information der beschuldigten Person so lange aufgeschoben werden, wie diese Gefahr besteht. Eine dauerhafte Geheimhaltung kommt angesichts einer möglichen Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte der beschuldigten Person hingegen nicht in Betracht.

Des Weiteren müssen die Mitarbeiter über ihr Auskunftsrecht gemäß § 34 BDSG aufgeklärt werden. Gemäß § 34 Abs. 4 BDSG besteht jedoch in den Fällen des § 33 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BDSG (Gefährdung der Untersuchung) keine derartige Auskunftspflicht.

(5) Löschung der Daten

Werden personenbezogene Daten für eigene Zwecke verarbeitet, sind sie zu löschen, sobald ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zweckes der Speicherung nicht mehr erforderlich ist, § 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG. Grundsätzlich sollten Daten innerhalb von 2 Monaten nach Abschluss der Untersuchung gelöscht werden. Eine darüber hinausgehende Speicherung ist nur für die Dauer der Klärung erforderlicher weiterer rechtlicher Schritte wie Disziplinarverfahren oder Einleitung von Strafverfahren zulässig.

(6) Beteiligung der betrieblichen Datenschutzbeauftragten

Soweit automatisierte Verarbeitungen besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen aufweisen, unterliegen sie nach § 4d Abs. 5 BDSG der Prüfung vor Beginn der Verarbeitung (Vorabkontrolle) unter Einbeziehung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten.

Abschließend noch ein Blick auf die **kollektivrechtliche Ebene**: Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber durch Ethik-Richtlinien in einem Verhaltenskodex das sogenannte Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer regeln will (BAG NZA 2008, S. 1248). Der seitens des Arbeitgebers in der sog. *Honeywell*-Entscheidung eingeführte Verhaltenskodex enthielt u.a. die Aufforderung an die Mitarbeiter, Verstöße durch ihre normalen Berichterstattungskanäle an den Kontrollbeauftragten ihrer Geschäftseinheit, an ein Mitglied der Compliance-Abteilung oder an die Rechtsabteilung zu melden. Zudem sollten die Mitarbeiter Zugang zu einer oder mehreren Telefon-Helplines haben. Entsprechend hat das LAG Düsseldorf entschieden (NZA – RR 2006, S. 81): *Ordnet der Arbeitgeber an, dass ihm jeglicher Verstoß gegen die Ethik-Richtlinie entweder über den Vorgesetzten, über eine anonyme Telefonhotline oder über ein Ethikbüro mitgeteilt werden muss, unterliegt dieses Verfahren der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Ob der Betriebsrat auch darüber mitbestimmen muss, bei welchen Verstößen eine Unterrichtung zu erfolgen hat, bleibt offen.* Das LAG Düsseldorf stellt insbesondere fest, dass eine Verpflichtung der Mitarbeiter, Verstöße gegen bestehende Vorgaben anzuzeigen, nicht mehr das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten, sondern das **betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer** und damit die **betriebliche Ordnung** i.S. des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betreffen.

Prof. Dr. Renate Dendorfer

Über diesen Newsletter

Die Autoren dieser Ausgabe sind in der Praxisgruppe Employment and Human Resources unserer Kanzlei tätig.

Mit unserem Newsletter möchten wir unsere Mandanten und interessierte Dritte über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur informieren. Sollten Sie an diesen Informationen nicht interessiert sein, bitten wir Sie, uns dies per E-Mail mitzuteilen.

Sofern Sie zu bestimmten Themen oder zum Newsletter insgesamt Fragen oder Anregungen haben, können Sie sich jederzeit gerne an die Ihnen bekannten Ansprechpartner wenden. Gerne greifen wir auch Ihre Ideen für künftige Beiträge oder weitere Empfänger des Newsletters auf. Bitte wenden Sie sich an: reinhold.kopp@heussen-law.de (Büro Berlin), ralf.busch@heussen-law.de oder renate.dendorfer@heussen-law.de (Büro München), harald.guha@heussen-law.de (Büro Frankfurt) oder ute.bilger-jung@heussen-law.de (Büro Stuttgart).

Weitere Informationen

Besuchen Sie auch unsere Homepage unter der URL <http://www.heussen-law.de>

Herausgeber

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
 Amtsgericht Frankfurt am Main, HRB: 46524

Geschäftsführung:

Dr. Christof Schmidt, Christoph Hamm

Verantwortlich i.S.d. MDStV und des Presserechts:

Dr. Ralf Busch
 Prof. Dr. Renate Dendorfer LL.M. MBA
Büro München:
 Brienner Straße 9 / Amiraplatz
 80333 München
 Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0
 Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200

Dr. Harald Guha
Büro Frankfurt:
 Platz der Einheit 2
 60327 Frankfurt am Main
 Telefon: +49 (0) 69 15 242-0
 Telefax: +49 (0) 69 15 242-111

Ute Bilger-Jung
Büro Stuttgart:
 Friedrichstraße 14
 70174 Stuttgart
 Telefon: +49 (0) 711 2 28 40-0
 Telefax: +49 (0) 711 2 28 40-111

Reinhold Kopp
Büro Berlin:
 Lise-Meitner-Straße 1
 10589 Berlin
 Telefon: +49 (0) 30 7009 49-10
 Telefax: + 49 (0) 30 7009 49-89

Haftungsausschluss

Dieser Newsletter stellt ausgewählte Themen aus dem Arbeitsrecht im Überblick dar und ersetzt nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall. Wir bitten um Ihr Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Angaben trotz sorgfältiger Recherche keine Haftung übernehmen.