

## **Inhalt**

**Neue sozialversicherungsrechtliche Möglichkeiten bei Entsendung und grenzüberschreitender Tätigkeit - Neuregelung der Koordination der Europäischen Sozialversicherungssysteme**

**Vorschau: Emmelys überraschender Siegeszug in Erfurt  
BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09**

**Karenzentschädigung und "überschießendes" nachvertragliches Wettbewerbsverbot**

**Sonntagszuschlag oder höherer Feiertagszuschlag bei Arbeit am Ostersonntag?**

**Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Gewährung von Aktienoptionen an Führungskräfte**

**Kündigung wegen außerdienstlicher Straftat eines nicht hoheitlich tätigen Arbeitnehmers des öffentlichen Dienstes**

**Private Internetnutzung während der Arbeitszeit rechtfertigt selbst bei ausdrücklichem Verbot nicht immer eine ordentliche Kündigung.**

**Arbeitnehmerdatenschutz und Korruptionsbekämpfung – Kündigung einer Compliance-Beauftragten**

*Gesetzgebung*

**Neue sozialversicherungsrechtliche Möglichkeiten bei Entsendungen und grenzüberschreitender Tätigkeit - Neuregelung der Koordination der Europäischen Sozialversicherungssysteme**

**VO (EG) Nr. 883/04 und VO (EG) Nr. 987/09**

Zur Vereinfachung und Erweiterung sind zum 01.05.2010 die Verordnungen des Europäischen Parlaments und des Rates (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und die Verordnung (EG) Nr. 987/09 als Ersatz für die bisherigen Verordnungen Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 in Kraft getreten.

**Grundsätzlich kommen nun nur die Rechtsvorschriften zur sozialen Sicherheit des Mitgliedsstaates zur Anwendung, in dem der EU-Bürger seine Tätigkeit ausübt. Sonderregelungen gibt es für drei Fälle: bei Entsendungen, bei gleichzeitiger Tätigkeit in zwei oder mehreren Mitgliedsstaaten sowie bei freiwilliger Versicherung. Ausnahmereinbarungen können allerdings nach wie vor beantragt werden.**

Hinweisen möchten wir aufgrund der praktischen Relevanz insbesondere auf die neuen Sondervorschriften für Entsendungen und grenzüberschreitende Tätigkeiten:

### **1. Entsendungen**

Die neuen Verordnungen führen dazu, dass bei einer Entsendung auf Antrag der Verbleib im Sozialversicherungssystem des Herkunftslandes möglich ist.

Eine Entsendung liegt nach den neuen Regelungen vor, wenn der entsendende Arbeitgeber gewöhnlich eine nicht ausschließlich verwaltende Geschäftstätigkeit in dem Land ausübt, aus dem heraus die Entsendung erfolgt. Hierfür gilt als Anhaltspunkt, dass der Arbeitgeber mindestens 25 % des Umsatzes in dem Land erwirtschaftet, aus dem der Arbeitnehmer entsendet wird.

Zudem darf die Entsendung 24 Monate (statt wie bisher 12) nicht überschreiten. Erforderlich ist ferner, dass die arbeitsvertragliche Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem entsendeten Arbeitnehmer während der Gesamtdauer der Entsendung fortbesteht und keine Ablösung eines anderen vorher entsendeten Arbeitnehmers desselben Arbeitgebers vorliegt. Letzteres ist dann gegeben, wenn dieser seine Entsendung vorzeitig beendet hat und die neue Entsendung nur zur Überbrückung des restlichen Zeitraums erfolgt.

## 2. Grenzüberschreitende Tätigkeit

Die Sonderregelungen für den Fall, dass ein Arbeitnehmer in mehreren EU-Mitgliedsstaaten für mehrere Arbeitgeber gleichzeitig tätig ist, die zudem ihren Sitz in verschiedenen EU-Mitgliedsstaaten haben, sieht vor, dass für diesen Arbeitnehmer die Rechtsvorschriften seines Wohnstaates und damit Lebensmittelpunktes gelten. Ist der Arbeitnehmer für nur einen Arbeitgeber in mehreren EU-Mitgliedsstaaten tätig, unterliegt er den Rechtsvorschriften seines Wohnstaates nur dann, wenn er mindestens 25 % seiner Arbeit dort leistet; ansonsten gelten die Sozialgesetze des EU-Mitgliedsstaates, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz hat.

Übt ein EU-Bürger eines EU-Mitgliedsstaats seine Erwerbstätigkeit teilweise in einem anderen Staat der Europäischen Union aus und gelten für ihn die deutschen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit, benötigt er künftig als Nachweis einen **Vordruck A 1**, welcher unter [www.dvka.de/oeffentlicheseiten/arbeitenAusland/AntragA1.htm](http://www.dvka.de/oeffentlicheseiten/arbeitenAusland/AntragA1.htm) auf der Homepage der Deutschen Verbindungsstelle Krankenversicherung-Ausland (DVAK) abgerufen werden kann.

## 3. Ausnahmereinbarung

Auch im Rahmen der neuen Verordnungen kann, wenn keine Entsendung oder grenzüberschreitende Tätigkeit in mehreren EU-Mitgliedsstaaten vorliegt, eine Ausnahmereinbarung zum Verbleib im Sozialversicherungssystem eines Landes beantragt werden, obwohl die berufliche Tätigkeit vorübergehend in einem anderen EU-Mitgliedsstaat oder der Schweiz ausgeübt wird. Hierfür muss jedoch ein individuell zu begründendes Interesse vorliegen.

Die Ausnahmereinbarung wird nach Ermessen der jeweils zuständigen Behörde der beteiligten Mitgliedsstaaten abgeschlossen. In Deutschland sind hierfür der Spitzenverband der gesetzlichen Krankenversicherungen (GKV) und die deutsche Verbindungsstelle Krankenkasse-Ausland (DVKA) zuständig.

## 4. Fortgeltung und Übergangsregelungen

Die bisherigen Verordnungen gelten zunächst weiterhin im Verhältnis zu den EWR-Staaten Island, Lichtenstein und Norwegen im Rahmen des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sowie im Verhältnis zur Schweiz bezüglich des Abkommens über den freien Personenverkehr vom 21.06.1999. Auch gilt die Verordnung (EG Nr. 859/03) für die vom Europarecht erfassten Drittstaatsangehörigen fort, bis eine Anpassung der jeweiligen Rechtsgrundlagen an die neuen Verordnungen erfolgt. Dies bedeutet vor allem, dass bei einer grenzüberschreitenden Tä-

tigkeit in diesen Ländern der bisherige Schwellenwert für die Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften des Wohnstaates von 50% und nicht der neue Schwellenwert von 25% gilt.

Auch führt die Rom I Verordnung weiterhin dazu, dass durch Rechtswahl nicht von den zwingenden Vorschriften des Landes abgewichen kann, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeit für gewöhnlich verrichtet. Zudem gewährleistet die Entsendungsrichtlinie nach wie vor, dass Arbeitnehmer, die längere Zeit in einem anderem EU-Mitgliedsstaat für ihre Arbeitgeber tätig werden, dort nicht zu schlechteren Konditionen arbeiten müssen als vergleichbare Arbeitnehmer im Zielland.

Die Verordnung Nr. 883/04 regelt in Artikel 87 Abs. 8 eine Übergangszeit für den Fall, dass es nach den Neuregelungen zu einer Veränderung der anzuwendenden Rechtsordnung kommen würde. Die nach der Verordnung Nr. 1408/71 anwendbare Rechtsordnung wird bei gleichbleibendem Sachverhalt höchstens für einen Zeitraum von 10 Jahren angewandt, sofern der Betroffene nicht beantragt, unter die Neuregelungen zu fallen.

Die bisherigen E 101-Formulare, die bis zum 30.04.2010 ausgegeben wurden, gelten auch nach diesem Zeitpunkt fort. Ab 2012 werden diese durch die elektronische Datenübertragung zwischen den Institutionen, den Zugangs- oder Kontaktstellen ersetzt, die in einem gemeinsamen Sicherheitsrahmen koordiniert werden.

#### **Praktikerhinweis:**

Arbeitgeber haben die Aufgabe, ihre Arbeitnehmer im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht auf sozialversicherungs- und steuerrechtliche Besonderheiten im Fall der Entsendung und der grenzüberschreitenden Tätigkeit aufmerksam zu machen.

Es ist zu beachten, dass nur noch die bis zum 30.04.2010 ausgestellten Formulare E-101 Gültigkeit haben. Bescheinigungen über die Anwendung der Deutschen Rechtsvorschriften sind künftig mit dem Vordruck A-101 zu beantragen.

Arbeitnehmer, die vor dem 01.05.2010 in mehreren EU-Staaten tätig waren und für die die Rechtsvorschriften eines andern Staates galten, haben die Möglichkeit, bei gleichbleibender Tätigkeitssituation diesen weiterhin für maximal 10 Jahre zu unterfallen. Ist dies gewünscht, sollten sich diese Arbeitnehmer an den Träger wenden, der ihre E-101 Bescheinigung zuletzt ausgestellt hat.

Ansonsten kann beantragt werden, den nach der neuen Verordnung Nr. 883/04 anwendbaren Rechtsvorschriften unterstellt zu werden. Wird der Antrag bis zum

31.07.2010 gestellt, erfolgt der Wechsel rückwirkend zum 01.05.2010, ansonsten erst ab dem auf die Antragstellung folgenden Monat.

Insbesondere für fahrendes oder fliegendes Personal enthalten die neuen Verordnungen eine erhebliche Vereinfachung, da sie nicht wie bisher mindestens 50 % ihrer Tätigkeit in ihrem Wohnsitzstaat ausüben müssen, damit die dortigen Sozialgesetze Anwendung finden. Eine Erleichterung stellt auch der Wegfall der Ausnahmeregelungen dar.

Schlussendlich stellen die Neuregelungen für Entsendungen eine erhebliche sozialversicherungsrechtliche Verbesserung der bisherigen Rechtslage dar, da ein Verbleib im Sozialversicherungssystem des Herkunftslandes bei einer Entsendung innerhalb der EU einfacher geworden ist.

*Claudine Gemeiner*

***Höchstrichterliche  
Entscheidungen***

**Vorschau: Emmelys überraschender Siegeszug in Erfurt**

**BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09**

Wie kaum ein anderes arbeitsrechtliches Verfahren hat der "Fall Emmely" die Gemüter erregt. Zur Erinnerung: Die als „Emmely“ bekannt gewordene Kassiererin Barbara Emme hatte zwei ihr nicht gehörende Pfandbons im Wert von insgesamt € 1,30 bei ihrer Arbeitgeberin Kaiser's Tengelmann eingelöst. Anders als die Vorinstanzen hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts am 10.06.2010 der Revision stattgegeben und die ausgesprochene Kündigung für unwirksam erklärt.

Zwar hat das BAG – nach den bisher vorliegenden Informationen – in diesem Verhalten eine schwerwiegende Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten gesehen. Auch hat es sich – erneut – gegen eine Geringwertigkeitsgrenze für Vermögensstraftaten ausgesprochen. Vielmehr hat es den Vertragsverstoß als schwerwiegend und den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses einer Kassiererin beeinträchtigend angesehen, wodurch das Vertrauensverhältnis der Parteien objektiv erheblich belastet worden sei.

Die Wirksamkeit der Kündigung scheiterte jedoch im Ergebnis an der Abwägung der beiderseitigen Interessen: Dazu gehöre insbesondere – so das BAG – die über drei Jahrzehnte ohne rechtliche relevante Störungen verlaufene Beschäftigung,

durch die sich die Klägerin ein hohes Maß an Vertrauen erworben habe. Dieses Vertrauen sei durch den einmaligen Kündigungssachverhalt nicht vollständig zerstört worden. Im Rahmen der Abwägung sei auch auf die vergleichsweise geringfügige wirtschaftliche Schädigung Rücksicht zu nehmen, so dass eine Abmahnung als milderes Mittel gegenüber einer Kündigung angemessen und ausreichend gewesen wäre.

Wohl erstmals hat das BAG in diesem Zusammenhang entschieden, dass ein unangemessenes Prozessverhalten nach Ausspruch einer Kündigung im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden kann. Die Klägerin hatte sich vor der Kündigung sowie im Laufe des Prozesses mit wechselhaften und widersprüchlichen Schutzbehauptungen verteidigt und war auch nicht davor zurückgeschreckt, Familienangehörige und andere Mitarbeiter zu belasten: Unter anderem hatte sie zeitweise argumentiert, die Pfandbons könnten ihr durch eine ihrer Töchter oder eine Kollegin zugesteckt worden sein. Letztendlich hat das BAG dieses Prozessverhalten nicht zu Lasten der Klägerin gewertet, sondern es als eine "möglicherweise ungeschickte und widersprüchliche Verteidigung" angesehen.

Die detaillierte Begründung des Revisionsurteils darf mit Spannung erwartet werden. Eines dürfte jedoch bereits heute feststehen: Die Entscheidung unterbewertet den Vertrauenslust auf Seiten geschädigter Arbeitgeber in Fällen von Vermögensstraftaten. Es ist zu befürchten, dass in der öffentlichen Wahrnehmung haften bleiben wird, bei einer längeren Betriebszugehörigkeit werde ein "Vertrauenkapital" erworben, zu dessen Lasten das "Mitgehenlassen" des einen oder anderen Pfandbons, von Büromaterial oder der einen oder anderen Maultasche "nicht so schlimm" sei.

Wir werden im nächsten Newsletter nochmals ausführlich über diese Entscheidung berichten.

*Renate Dendorfer*

**Karenzentschädigung und „überschießendes“ nachvertragliches Wettbewerbsverbot****BAG, Urteil vom 21.04.2010, 10 AZR 288/09**

**Dient ein Wettbewerbsverbot nur teilweise den berechtigten geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers und ist es daher gemäß § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB nur teilweise verbindlich, so steht dem Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber ein Anspruch auf Karenzentschädigung auch dann zu, wenn er das Wettbewerbsverbot nicht vollumfänglich beachtet. Die Beachtung des zulässigen Teils des Verbotes reicht aus, um die vereinbarte volle Karenzentschädigung in Höhe von mindestens 50 % der zuletzt bezogenen Gesamtvergütung verlangen zu können.**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einer sehr aktuellen Entscheidung festgestellt, dass der Anspruch auf Karenzentschädigung nicht voraussetzt, dass der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot insgesamt beachtet, sondern dass die Einhaltung des verbindlichen Teils genügt.

Nach § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB ist ein Wettbewerbsverbot insoweit unverbindlich, als es nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient. Unter Berücksichtigung der grundgesetzlich geschützten Berufsausübungsfreiheit des Arbeitnehmers sind bei der Bestimmung des berechtigten Arbeitgeberinteresses strenge Maßstäbe anzulegen.

Das HGB regelt allerdings nicht ausdrücklich den Anspruch auf Karenzentschädigung bei einem teilweise verbindlichen und teilweise unverbindlichen Wettbewerbsverbot. Nach bisherigem Verständnis hatte der Arbeitnehmer in einem solchen Fall die Wahl: Entweder konnte er sich für die Einhaltung des kompletten Wettbewerbsverbots entschließen und damit die Karenzentschädigung kassieren oder er konnte sich auf die Unverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots berufen unter Verzicht auf den Bezug der Karenzentschädigung. Diese Lage hat sich durch das Urteil des BAG nunmehr geändert.

**Der Sachverhalt:**

Der Kläger war bei der Beklagten, die Türen und Fenster herstellt und diese ausschließlich an den **Fachhandel** verkauft, als Marketingleiter/Produktmanager beschäftigt. Nach dem vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot durfte der Kläger während der Dauer von zwei Jahren ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht für Unternehmen in Deutschland tätig werden, die mit der Beklagten in Konkurrenz stehen. Als Konkurrenzunternehmen sollte jedes Unternehmen gelten, das

Fenster und Türen herstellt sowie vertreibt. Nach seinem Ausscheiden war der Kläger als selbständiger Handelsvertreter für ein Unternehmen tätig, das Fenster und Türen an **Endverbraucher** verkauft. Mit seiner Klage begehrte er die Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung. Dabei machte er geltend, dass das Wettbewerbsverbot nur im Hinblick auf Wettbewerber, die den gleichen Kundenkreis bedienen wie die Beklagte, wirksam sei. An diesen wirksamen bzw. verbindlichen Teil des Wettbewerbsverbots habe er sich gehalten.

#### **Die Entscheidung:**

Nach Abweisung der Klage durch das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht hob das Bundesarbeitsgericht (BAG) auf die Revision des Klägers die Vorentscheidungen auf und gab der Klage statt. Das BAG war der Ansicht, dass das Verbot, Fenster und Türen direkt an den Endverbraucher zu vertreiben, nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses der Beklagten diene, weil sie selbst nur den Fachhandel belieferte. Das Wettbewerbsverbot war insoweit unverbindlich. In seinem verbindlichen Teil hat der Kläger das Wettbewerbsverbot beachtet. Daher kann er von der Beklagten die Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung verlangen.

#### **Praktikerhinweis:**

Bei der Formulierung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten ist streng darauf zu achten, dass das Verbot nicht zu weit gefasst ist. Nach § 74a Abs. 1 HGB ist das Wettbewerbsverbot insoweit unverbindlich, als es nicht von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckt ist. Ist das Wettbewerbsverbot zu weit gefasst, findet eine sogenannte ‚geltungserhaltende Reduktion‘ statt. Diese in § 74a Abs. 1 HGB vorgesehene Rechtsfolge gilt auch nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform. Trotz dieser Reduzierung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots hat der Arbeitnehmer, wenn er sich an den verbindlichen Teil der Absprache hält, Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Karenzentschädigung. Die Karenzentschädigung wird nicht entsprechend gekürzt. Der Arbeitgeber muss sich also im Vorfeld der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots fragen, ob er bereit ist, auch für ein gegebenenfalls reduziertes Wettbewerbsverbot die gesetzlich vorgesehene Höhe der Karenzentschädigung von mindestens 50 % der zuletzt bezogenen Gesamtvergütung (einschließlich variabler Gehaltsbestandteile, geldwerter Vorteile von Sachbezügen, Einberechnung von Weihnachts- und Urlaubsgeld, etc.) zu zahlen.

*Ute Bilger-Jung*

**Sonntagszuschlag oder höherer Feiertagszuschlag bei Arbeit am Ostersonntag?****BAG, Urteil vom 17.03.2010, 5 AZR 317/09**

**Ostersonntag ist kein gesetzlicher Feiertag. Sieht ein Tarifvertrag besondere Zuschläge bei der Vergütung von Arbeit an gesetzlichen Feiertagen vor, haben Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Zahlung eines Feiertags-zuschlags für Arbeit am Ostersonntag.**

**Der Sachverhalt:**

Die Kläger sind seit Jahren bei der Beklagten beschäftigt. Auf die Arbeitsverhältnisse findet der Manteltarifvertrag für die Brot- und Backwarenindustrie Niedersachsen/Bremen Anwendung. Nach dessen Bestimmungen ist für Arbeit an Feiertagen ein Zuschlag in Höhe von 175 % zu zahlen. Der Manteltarifvertrag definiert die Feiertagsarbeit als Arbeit, die an gesetzlichen Feiertagen geleistet wird.

In der Vergangenheit hatte die Beklagte für die Arbeit am Ostersonntag stets einen Zuschlag in Höhe von 175 % gezahlt und die Zahlung in den Lohnabrechnungen als Feiertagsvergütung ausgewiesen. Im Jahr 2007 leistete sie jedoch nur den ‚normalen‘ tariflichen Sonntagszuschlag von 75 %.

Mit ihrer Klage forderten die Kläger die Zahlung des höheren Feiertagszuschlages. Sie vertraten die Auffassung, Oster- und Pfingstsonntag seien Feiertage im Sinne des Manteltarifs.

**Die Entscheidung:**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat die Klage entgegen der Urteile der Vorinstanzen abgewiesen. Nach Ansicht des BAG ist der Ostersonntag kein gesetzlicher Feiertag, so dass ein tariflicher Anspruch auf den Feiertagszuschlag nicht besteht. Ein Anspruch aus betrieblicher Übung scheidet ebenfalls aus, weil die Beklagte in der Vergangenheit aus Sicht der Belegschaft einschließlich der Kläger lediglich ihre vermeintliche tarifliche Verpflichtung erfüllte und mit der erhöhten Bezahlung keine übertariflichen Leistungen gewähren wollte.

**Praktikerhinweis:**

Feiertage, die regelmäßig auf einen Sonntag fallen, wie Ostern und Pfingsten, sind keine gesetzlichen Feiertage, für die ein erhöhter Feiertagszuschlag bei der Arbeitsvergütung beansprucht werden kann. Auch wenn in der Vergangenheit für diese Tage ein über den Sonntagszuschlag hinausgehender Zuschlag gezahlt worden sein sollte, steht dies einer künftig geänderten Praxis nicht entgegen. Es empfiehlt

sich daher zum Zweck der Reduzierung der Lohnkosten, die Gehaltsabrechnung und insbesondere die dabei verwendeten Softwareprogramme darauf hin zu prüfen, ob Oster- und Pfingstsonntag irrtümlich als ‚gesetzliche Feiertage‘ mit erhöhtem Feiertagszuschlag behandelt wurden bzw. werden. Ist dies der Fall, kann es ab sofort mit der Zahlung des normalen Sonntagszuschlags für die Arbeit an Oster- und Pfingstsonntagen sein Bewenden haben.

*Ute Bilger-Jung*

#### **Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Gewährung von Aktienoptionen an Führungskräfte**

**BAG, Urteil vom 21.10.2009, 10 AZR 664/08**

**Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln. Wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten und generalisierenden Prinzip sowie nach bestimmten Voraussetzungen und einem bestimmten Zweck gewährt, ist eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer ebenso untersagt wie eine sachfremde Gruppenbildung. Wird ein Arbeitnehmer sachfremd benachteiligt, kann er verlangen, so behandelt so werden wie ein begünstigter Arbeitnehmer.**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine Aktiengesellschaft hatte weltweit eine einheitliche Führungsstruktur mit zwei Führungsebenen (F 1 / F 2) unterhalb der Vorstandsebene gebildet. Der Führungsebene F 2 ordnete sie über den definierten Personenkreis hinaus nach bestimmten Kriterien auch andere Mitarbeiter zu. 1999 führte der Vorstand ein Aktienoptionsprogramm (AOP) für die erste und zweite Führungsebene ein, wobei nur durch den Aufsichtsrat bzw. den Vorstand ausgewählte Führungskräfte mit unterschiedlich hohen Optionswerten berücksichtigt wurden. In drei Tranchen bis 2001 erhielten die Vorstände und ca. 250 Führungskräfte Optionen, die im Zeitpunkt der Gewährung einen Wert von 20.000 € hatten. In 2003 ergab sich auf der Basis eines Barabfindungswertes pro Aktie von 40,38 € ein Ausübungsgewinn in Höhe von

520.761,00 €. Der Kläger hatte geltend gemacht, er gehöre zwar nicht formell den beiden Führungsebenen an, sei aber von Funktion und Verantwortung direkt vergleichbar mit einer in der Rechtsabteilung der Zentrale beschäftigten Führungskraft, die am AOP beteiligt worden sei.

Das BAG bestätigte die Vorinstanz und sprach dem Kläger den vollen Ausübungsgewinn zu. Gemäß dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz dürften einzelne Arbeitnehmer von der Leistung nur ausgenommen werden, wenn die Ausnahme sachlichen Kriterien entspreche. Aus dem Zweck der Leistung müssten sich Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigten, diesen Arbeitnehmern die den anderen Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten. Voraussetzung sei allerdings, dass die Besserstellung nach bestimmten Kriterien vorgenommen werde, die bei allen Begünstigten vorliegen und so eine Gruppenbildung darstellten. Die Vertragsfreiheit gehe hingegen vor, wenn die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer unabhängig von abstrakten Differenzierungsmerkmalen erfolge. Diese Grundsätze wandte das BAG auf den AOP an, der prinzipiell an die weltweit einheitliche Führungsstruktur gekoppelt sei. Dem stehe nicht entgegen, dass individuelle Kriterien als zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung von Aktienoptionen maßgebend gewesen seien. Der Gleichbehandlungsgrundsatz beziehe sich nur auf Arbeitnehmer, die hinsichtlich ihrer Tätigkeit in vergleichbarer Lage seien und z.B. im Hinblick auf Qualifikation, erworbene Fähigkeiten, Verantwortung und Belastbarkeit wechselseitig ausgetauscht werden könnten. Dies ist durch einen Gesamtvergleich der Tätigkeiten zu ermitteln.

#### **Praktikerhinweis:**

Das BAG bestätigt seine ständige Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und definiert Aktienoptionsprogramme als Teil der Vergütung. Gleichwertige Arbeit ist bei allen Vergütungsbestandteilen gleich zu behandeln. Zwar kann ein Unternehmen ähnlich wie bei der Versorgungszusage nur bestimmte Hierarchiebereiche begünstigen; es muss in diesem Fall aber die Gruppe der Bezugsberechtigten klar abgrenzen und darf keine Ausnahmen zulassen, damit die willkürliche Auswahl der Bezugsberechtigten ausgeschlossen ist. Auch wenn der Arbeitgeber im Betrieb nebeneinander mehrere Vergütungssysteme anwendet, bedarf er dafür eines sachlichen Grundes.

*Reinhold Kopp*

**Kündigung wegen außerdienstlicher Straftat eines nicht hoheitlich tätigen Arbeitnehmers des öffentlichen Dienstes****BAG, Urteil vom 10.09.2009 – 2 AZR 257/08****Für nicht hoheitlich tätige Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gelten nach dem Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst (TVöD) keine weitergehenden vertraglichen Nebenpflichten als für die Beschäftigten in der Privatwirtschaft.**

Der Entscheidung des BAG lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger ist bei der Beklagten als Arbeiter in einem kommunalen Bauhof beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet seit dem 1. Oktober 2005 der TVöD Anwendung. Von November bis Dezember 2005 befand sich der Kläger wegen Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz in Untersuchungshaft. Mit Schreiben vom 24. März 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. Juni 2006. Der Kläger hat gegen die Kündigung Klage erhoben. Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das LAG der Klage stattgegeben. Auf Nichtzulassungsbeschwerde der beklagten Stadt hat das BAG die Revision zugelassen.

Das BAG wies die Revision der Beklagten zurück. Der Kläger hat seine vertraglichen Pflichten nicht missachtet, da er weder eine vertragliche Hauptpflicht noch eine arbeits- oder tarifvertragliche Nebenpflicht verletzt hat.

Nach dem seit dem 1. Oktober 2005 geltenden Tarifwerk des öffentlichen Dienstes sind im Rahmen des Arbeitsvertrags die geschuldeten Leistungen (nur noch) gewissenhaft und ordnungsgemäß auszuführen. Beschäftigte, die hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, müssen sich überdies durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen. Darüber hinausgehende Anforderungen an die private Lebensführung stellt der TVöD nicht.

Die Kündigung ist auch nicht durch Gründe in der Person des Klägers bedingt. Der Kläger ist weiterhin geeignet, seine Arbeitsaufgaben zu erfüllen. Zwar kann die außerdienstliche Begehung von Straftaten Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit begründen. Dies hängt von der Art des Delikts und den konkreten Arbeitspflichten des Arbeitnehmers und seiner Stellung im Betrieb ab. Die Öffentlichkeit verbindet aber bei der Erledigung der Aufgaben eines Bauhofmitarbeiters im Gegensatz zu einem hoheitlich tätigen Mitarbeiter keine besonderen Erwartungen an rechtlich korrektes außerdienstliches Verhalten.

**Praktikerhinweis:**

Mit der Neuregelung im TVöD wurde das Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst dem Arbeitsverhältnis in der Privatwirtschaft angeglichen. Dies stellt eine Abwendung von der bisherigen Orientierung an dem Beamtenrecht dar. Somit bestehen für den nicht hoheitlich tätigen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes keine weitergehenden Verhaltenspflichten als jene, die auch für den Beschäftigten in der Privatwirtschaft gelten. Außerdem bestätigt das BAG seine Rechtsprechung zur Bedeutung von außerdienstlichen Straftaten für das Arbeitsverhältnis.

*Dr. Harald Guha*

**Andere  
Arbeitsgerichte**

**Private Internetnutzung während der Arbeitszeit rechtfertigt selbst bei ausdrücklichem Verbot nicht immer eine ordentliche Kündigung.**

**LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.02.2010, 6 Sa 682/09**

Der Arbeitnehmer hatte hinsichtlich der Nutzung von Internet und PC folgende Anweisung unterschrieben:

*„Der Zugang zum Internet und E-Mail ist nur zu dienstlichen Zwecken gestattet. Jeder darüber hinausgehende Gebrauch – insbesondere zu privaten Zwecken – ist ausdrücklich verboten. Verstöße gegen diese Anweisung werden ohne Ausnahme mit arbeitsrechtlichen Mitteln sanktioniert und führen – insbesondere bei Nutzung von kriminellen, pornographischen, rechts- oder linksradikalen Inhalten – zur außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“*

Entgegen dieser von ihm unterschriebenen Erklärung griff der Arbeitnehmer in der Folge mehrfach privat auf das Internet zu. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die darauf gestützte ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers für unwirksam erachtet und dabei insbesondere auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 verwiesen. Danach muss die erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im Einzelnen dargelegt und beispielsweise durch den Arbeitgeber vorgetragen werden, wie lange der Arbeitnehmer jeweils im Internet verweilte und damit seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung nicht erbrachte.

Im Übrigen scheiterte die verhaltensbedingte Kündigung nach Ansicht des LAG auch an der fehlenden Abmahnung, die trotz der vom Arbeitnehmer unterzeichneten Erklärung grundsätzlich nicht entbehrlich ist.

**Praktikerhinweis:**

Auch bei privaten Zugriffen während der Arbeitszeit muss die erhebliche arbeitsvertragliche Beeinträchtigung detailliert nachgewiesen und dargelegt werden, wann, wie lange, welche eindeutig privaten Internet-Zugriffe erfolgten. Und selbst bei einem klaren Verstoß gegen ein Internet-Zugriffsverbot sollte immer zuerst dieses Verhalten im Einzelfall abgemahnt werden, bevor gekündigt wird.

*Klaus Uwe Benneter*

**Arbeitnehmerdatenschutz und Korruptionsbekämpfung – Kündigung einer Compliance-Beauftragten**

**Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 18.02.2010 – 38 Ca 12879/09**

**Die Kündigung eines leitenden Mitarbeiters im Bereich "Compliance" wegen von ihm veranlasster Überwachungsmaßnahmen oder Datenabweichungen ist nur zulässig, wenn der betreffende Arbeitnehmer objektiv rechtswidrig gehandelt und subjektiv um die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen gewusst hat.**

Das Arbeitsgericht Berlin stellt in seiner Entscheidung fest, dass es in Einzelfällen auch erforderlich sein kann, dass ein personenbezogener Datenabgleich seitens des Arbeitgebers erfolgt.

Der Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Klägerin war als Leiterin "Korruptionsbekämpfung und Ermittlungen" bei der Beklagten, der Deutschen Bahn AG, beschäftigt. Im Zuge der sogenannten Datenschutzaffäre bei der Beklagten erfolgte seitens dieser eine Sonderuntersuchung, aus der Vorwürfe gegenüber der Klägerin abgeleitet wurden. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin wurde infolgedessen außerordentlich, vorsorglich ordentlich gekündigt. Dabei wurde ihr insbesondere vorgehalten, sie habe unter Verletzung von Datenschutzbestimmungen und anderen rechtlichen Vorgaben Mitarbeiter der Beklagten rechtswidrig überwachen lassen.

Das Arbeitsgericht Berlin stellt in seiner Entscheidung zunächst fest, dass es der Beklagten nicht möglich ist, der Klägerin aus heutiger Sicht vorzuhalten, sie habe Überwachungen von Arbeitnehmern veranlasst, die damals gewollt waren, heute aber – möglicherweise – nicht mehr opportun erscheinen. Insbesondere kann hieraus kein Kündigungsgrund abgeleitet werden. Ein Kündigungssachverhalt könnte insoweit nur dann vorliegen, wenn die Klägerin zum damaligen Zeitpunkt objektiv rechtswidrig gehandelt haben sollte und sie zudem subjektiv um die Rechtswidrigkeit gewusst hätte. Zur Bejahung der subjektiven Vorwerfbarkeit wäre es des Weiteren notwendig gewesen, dass die Klägerin als Nichtjuristin besser als die anderen Mitglieder des Lenkungskreises Compliance, darunter zahlreiche Juristen, hätte wissen müssen, dass bestimmte Überwachungsmaßnahmen rechtswidrig gewesen sein sollen. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass seitens der Beklagten zuvor ein Rechtsgutachten hinsichtlich der Zulässigkeit der erfolgten Überwachungsmaßnahmen eingeholt worden war.

Das Arbeitsgericht Berlin stellt weiterhin fest, dass es der Beklagten nicht gelungen sei, einen tatsächlichen Verstoß gegen das Datenschutzrecht nachzuweisen. Bei dieser Gelegenheit verweist das Gericht auch darauf, dass im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Korruption oder Wirtschaftsstraftaten es im Unternehmen in Einzelfällen auch erforderlich sein kann, personenbezogene Daten abzugleichen. Das Gericht geht davon aus, dass bei einer Vielzahl analytischer Prüfungshandlungen gar nicht die Normen des Bundesdatenschutzgesetzes Anwendung finden, da es sich bei vielen Datenanalysen nur um die Auswertung von Transaktionsdaten handelt. Aber auch für den Fall der Anwendung der Normen des Bundesdatenschutzgesetzes ist nicht stets davon auszugehen, dass entsprechende Datenabgleiche rechtswidrig sind. Ein berechtigtes Interesse des Unternehmens an der Datenanalyse lässt sich insbesondere aus der hohen Schadenswahrscheinlichkeit, den hohen unmittelbaren Schäden wie auch den weiteren Begleitschäden einerseits und aus den rechtlichen Verpflichtungen zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität und Korruption andererseits, ableiten. Zumindest in Fällen, in denen Anhaltspunkte für rechtswidriges Verhalten vorliegen, dürfte das berechtigte Interesse des Unternehmens an der Durchführung von Datenanalysen häufig grundsätzlich zu bejahen sein. In solchen Fällen ist es auch nicht zu beanstanden, dass externe Firmen beauftragt werden, Überwachungsmaßnahmen zu veranlassen.

#### **Praktikerhinweis:**

1. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin zeigt, dass Compliance-Beauftragte arbeitsrechtlich nur dann zur Rechenschaft gezogen werden können, wenn sie gegen die bestehenden straf- und datenschutzrechtlichen Bestimmungen nachweislich und in Kenntnis dieser verstoßen haben.

2. Nachdem nach Einführung des § 32 Bundesdatenschutzgesetz vielfach vermutet wurde, dass Datenanalysen seitens des Arbeitgebers in Zukunft grundsätzlich unzulässig sein dürften, lässt das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin darauf schließen, dass auch im präventiven Bereich ein berechtigtes Interesse an der Durchführung von Datenanalysen bestehen kann. Die Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen ist daher nicht von vorneherein ausgeschlossen. Nichtsdestotrotz werden auch zukünftig an die Zulässigkeit solcher Maßnahmen hohe Anforderungen zu stellen sein.

*Thomas Krebs*

### 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](mailto:reinhold.kopp@heussen-law.de) (Büro Berlin), [ralf.busch@heussen-law.de](mailto:ralf.busch@heussen-law.de) oder [renate.dendorfer@heussen-law.de](mailto:renate.dendorfer@heussen-law.de) (Büro München), [harald.guha@heussen-law.de](mailto:harald.guha@heussen-law.de) (Büro Frankfurt) oder [ute.bilger-jung@heussen-law.de](mailto: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:

RA Dr. Christof Schmidt

### 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.