

*Gesetze/  
Gesetzesentwürfe*

**Mit einem Gesetzesentwurf über das Verfahren des elektronischen Entgeltnachweises („ELENA-Verfahrensgesetz“) hat die Bundesregierung einen ersten Schritt für den Wegfall entgeltrelevanter Auskunfts-, Melde- und Bescheinigungspflichten der Arbeitgeber ab 01.01.2012 geschaffen. Ab dem 01.01.2010 können die Arbeitgeber monatlich einen festgelegten Datensatz an das zentrale Register melden.**

Arbeitgeber haben nach Angaben der BDA rund 45 Entgeltbescheinigungspflichten; insgesamt werden jährlich 60 Mio. Bescheinigungen ausgestellt. Sie dienen den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zur Vorlage für die Beantragung von Sozialleistungen wie Arbeitslosen-, Eltern- oder Wohngeld. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.06.2008 sieht vor, dass die Bescheinigungen schrittweise durch einen Datenabruf durch die jeweils zuständige Behörde ersetzt werden. Voraussetzung ist, dass die Bürgerinnen und Bürger eine qualifizierte Signaturkarte gemäß § 2 Nr. 3 SigG besitzen, die den Abruf legitimiert. Signaturen werden künftig beispielsweise auf Bankkarten und dem digitalen Personalausweis aufgebracht. Der Gesetzentwurf sieht einen Anspruch auf Erstattung der angemessenen Kosten für das qualifizierte Zertifikat durch die Behörde vor, soweit es auf ihr Verlangen vorzulegen ist. Die Signaturkarte wird zunehmend auch privat für rechtsverbindliche Aktionen im Internet, wie Kommunikation mit Banken und für Online-Einkäufe genutzt werden.

Der Aufbau der Infrastruktur für das ELENA-Verfahren soll 2009 abgeschlossen sein. Ab dem 01.01.2012 sollen zunächst 6 Bescheinigungen aus Arbeitslosengeld I, Bundeserziehungsgesetz und Wohngeld abgeschafft werden. Das Verfahren soll schrittweise ausgebaut werden; erst 2015 sollen alle weiteren Auskünfte, Bescheinigungen und Nachweise nach dem Sozialgesetzbuch einbezogen sein.

Für das ELENA-Verfahren gelten die Bestimmungen zum Sozialdatenschutz des SGB X. Der Arbeitgeber wird dann nicht mehr erfahren, ob und welche Sozialleistungen seine Mitarbeiter beantragen. Die Sozialbehörden werden künftig nur noch die gesetzlich vorgesehenen Einkommensdaten erfahren.

*Reinhold Kopp*

*Höchstrichterliche  
Entscheidungen***EuGH erleichtert Anwendung der Antidiskriminierungsrichtlinie im Arbeitsrecht****EuGH, Urteil vom 10. 07. 2008 (C 54-07)**

**Eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Richtlinie 200/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft setzt nicht voraus, dass eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, identifizierbar ist. Eine öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er stelle Arbeitnehmer einer bestimmten Herkunft nicht ein, da dies seine Kunden nicht wünschen würden, ist ein Verstoß gegen die Richtlinie und ermöglicht es Verbänden nach den nationalen Gesetzen auf Unterlassung und Schadensersatz zu klagen.**

Die Entscheidung des EuGH in einem Rechtsstreit eines belgischen Verbandes gegen eine Montagefirma für Garagentore und Rollläden vom 10. Juli 2008 (C-54/07) zeigt die entschlossene Umsetzung der Motive der Richtlinie, günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarktes zu schaffen, der die soziale Integration fördert. Dies werde schwerlich erreicht durch eine Auslegung, die sich nur auf diejenigen Fälle beschränke, in denen ein erfolglos gebliebener Bewerber wegen Diskriminierung gerichtliche Schritte gegen einen Arbeitgeber einleite. Die Äußerung des betreffenden Arbeitgebers aus dem Jahre 2005 reiche aus, um eine Vermutung für das Vorliegen einer unmittelbar diskriminierenden Einstellungspolitik zu begründen und demnach dem Arbeitgeber die Beweislast für das Nichtbestehen einer Diskriminierung oder für eine spätere Änderung seiner Einstellungspraxis aufzuerlegen.

Auch wenn die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht gemäß § 23 AGG anders als in vielen EU-Mitgliedsstaaten den Antidiskriminierungsverbänden und der Antidiskriminierungsstelle des Bundes kein allgemeines Klagerecht einräumt, hat das Urteil Signalwirkung, zumal die EU-Kommission noch in der jetzigen Amtsperiode eine Verschärfung der EU-Richtlinien zur Antidiskriminierung plant. Immerhin haben die Verbände in Deutschland die Befugnis zur Rechtsberatung und zum Prozessbeistand potentieller Opfer von Benachteiligung und können sich auch deren Ansprüche zur klageweisen Durchsetzung abtreten lassen.

Das richtungsweisende Urteil ruft in Erinnerung, dass die Diskriminierungsverbote im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts zahlreich sind und vom EuGH jeweils ausdehnend interpretiert werden. Stichworte sind Staatsangehörigkeit, Religion/Weltanschauung, Behinderung, Alter, Geschlecht und sexuelle Ausrichtung. Beachten muss man auch mittelbar benachteiligende Umstände bei Befristung und

Teilzeitbeschäftigung. Mit Wirkung vom 15.08.2009 werden verschiedene Richtlinien, wie z.B. die Lohnleichheitsrichtlinie und die Richtlinie Betriebliche Sicherungssysteme durch die Neufassung der Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen abgelöst.

**Praktikerhinweis:**

Zur Vermeidung von Verstößen gegen die EU-Richtlinien und das AGG sind die Personalarbeit und die Kommunikation des Unternehmens sorgfältig mit den rechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen. Zur Vermeidung von Haftungsrisiken verlangt die arbeitsrechtliche Compliance bei größeren Unternehmen eine angemessene Schulung und Kontrolle durch die Geschäftsleitung. Bei ausländischen Niederlassungen ist zu berücksichtigen, dass zahlreiche Mitgliedsstaaten für Diskriminierungen ein Verbandsklagerecht eingeführt haben.

*Reinhold Kopp*

**Doppelt genäht hält nicht immer besser!**

**BAG, Urteil vom 20.05.2008, 9 AZR 382/07**

**Doppelte Schriftformklauseln in Formularverträgen können in bestimmten Fällen den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen und daher unwirksam sein.**

In Arbeitsverträgen sind doppelte Schriftformklauseln sehr verbreitet. Sie lauten etwa wie folgt: „Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind nur wirksam, wenn sie schriftlich getroffen und von beiden Parteien unterzeichnet sind. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis.“

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in Abkehr von seiner früher vertretenen Meinung entschieden, dass eine doppelte Schriftformklausel in einem Formularvertrag gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist. Die Klausel erwecke beim Arbeitnehmer entgegen der Schutzvorschrift des § 305b BGB (Vorrang von Individualabreden) den falschen Eindruck, dass mündliche individuelle Vertragsabreden wegen Nichteinhaltung der Schriftform unwirksam seien. Der Arbeitnehmer werde durch die doppelte Schriftformklausel entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger war bei der Beklagten als Büroleiter in China beschäftigt. Nach dem zugrundeliegenden Formulararbeitsvertrag bedürfen Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sowie der Verzicht auf das Schriftformerfordernis der Schriftform.

Die Beklagte erstattete dem Kläger und den anderen in China tätigen Mitarbeitern die Mietkosten, ohne dass eine entsprechende schriftliche Vereinbarung existierte. Ab August 2005 verweigerte die Beklagte gegenüber dem mittlerweile gekündigten Kläger die Erstattung der Mietkosten unter Berufung auf die Schriftformklausel des Arbeitsvertrags. Im folgenden Kündigungsschutzprozess einigten sich die Parteien auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.03.2006. Der Kläger verlangte daraufhin die Zahlung der Miete für die Monate bis zum vereinbarten Vertragsende.

Das BAG gab dem Kläger recht und verurteilte die Beklagte zur Erstattung der bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses entstandenen Mietkosten. Nach dem BAG folgt die Erstattungspflicht aus den Grundsätzen der betrieblichen Übung, der die doppelte Schriftformklausel ebenso wenig entgegen stehe wie die fehlende schriftliche Vereinbarung über die Mietkostenerstattung.

Unter einer „betrieblichen Übung“ versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen der Arbeitnehmer darauf schließen kann, dass ihm eine bestimmte Leistung oder Vergünstigung dauerhaft zukommen soll. Eine „betriebliche Übung“ kann nach dem Urteil verstanden werden als eine besondere Form der einvernehmlichen formfreien Vertragsergänzung mit individuellem Charakter im Sinne von § 305b BGB. Diese hat als Individualabrede stets den Vorrang vor vorformulierten allgemeinen Vertragsbedingungen wie etwa der doppelten Schriftformklausel.

*Offen ist derzeit noch, ob die Unwirksamkeit bzw. Folgenlosigkeit der doppelten Schriftformklausel nur in Bezug auf eine entstandene betriebliche Übung anzunehmen ist oder generell für alle mündlichen Abreden gilt. Weiterer Abklärung bedarf auch die Frage, ob die anspruchsbegründende Entstehung einer Betriebsübung ausgeschlossen werden kann durch eine explizit darauf rekurrende Schriftformklausel.*

#### **Praktikerhinweis:**

Arbeitgeber sollten künftig auf doppelte Schriftformklauseln verzichten bzw. diese durch Regelungen ersetzen, die der neuesten BAG-Rechtsprechung Rechnung tragen. In unserem nächsten Newsletter Arbeitsrecht (Dezember 2008) werden Sie

Formulierungsvorschläge finden, die aus den bisher noch nicht publizierten Entscheidungsgründen des BAG abgeleitet sind.

*Ute Bilger-Jung*

### **Vorsicht bei der Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags!**

**BAG, Urteil vom 20.02.2008, 7 AZR 786/06**

**BAG, Urteil vom 16.01.2008, 7 AZR 603/06**

**Die grundsätzlich bis zu dreimal mögliche Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses bis zur Gesamtdauer von 2 Jahren gemäß § 14 Absatz 2 Satz 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) begegnet nicht zu unterschätzenden Restriktionen.**

Die ständige Rechtsprechung des 7. Senats des BAG setzt voraus, dass die Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts noch vor dem Ende des bisherigen Vertrags schriftlich vereinbart wird und der Vertragsinhalt ansonsten unverändert bleibt. Jegliche Änderungen des Vertragsinhalts neben der des hinausgeschobenen Fristablaufs sind schädlich, und zwar unabhängig davon, ob es sich um materielle, wesentliche oder arbeitnehmerfreundliche/-unfreundliche Änderungen handelt oder nicht. Begründet wird dies mit dem Gebot der Rechtssicherheit.

Die missliche Folge der schädlichen Änderung der Arbeitsbedingungen anlässlich der an sich zulässigen Verlängerung des befristeten Arbeitsverhältnisses ist, dass die Vereinbarung rechtlich grundsätzlich als Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags gilt. Ein solcher ist jedoch nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG nur mit Sachgrund zulässig. Daran wird es in der Praxis häufig fehlen. Fehlt der Sachgrund, dann verstößt die im Anschlussvertrag enthaltene neue Befristung gegen das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG und ist damit unwirksam. Eine Befristungskontrollklage (auch Entfristungsklage genannt) wird somit Erfolg haben.

Im zuletzt entschiedenen Fall des BAG ging es um eine Klausel, die die ordentliche Kündigung und die geltende Kündigungsfrist regelte. Die Klausel war im Ausgangsvertrag ebenso wie im ersten Verlängerungsvertrag enthalten. In einer weiteren „Verlängerungsvereinbarung“ für die Dauer eines halben Jahres bis zur Ausschöpfung der Zwei-Jahres-Grenze fehlte sie hingegen. Vermutlich hatten die Parteien aufgrund der bisherigen guten Zusammenarbeit und der Überschaubarkeit des verbleibenden Zeitraums keinen Regelungsbedarf für eine ordentliche Kündigung mehr gesehen. Das BAG hat wegen der Abweichung von den bisherigen Vertragstexten eine Verlängerung im Sinn von § 14 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 TzBfG negiert

und erkannt, dass der Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags vorliege. Da kein Sachgrund vorgetragen wurde, stand der Kläger demgemäß in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis.

Im vorangegangenen Fall des BAG hatte sich die Klägerin um eine Vollzeitstelle beworben. Sie wurde von der Beklagten, zunächst auf ein Jahr befristet, mit einer Arbeitszeit von 20 Stunden pro Woche eingestellt. Rechtzeitig vor Ablauf der Befristung vereinbarten die Parteien einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag wiederum für die Dauer eines Jahres mit einer Wochenarbeitszeit von allerdings 30 Stunden. Auch diese Veränderung der Arbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmerin hat das BAG nicht als zulässige Verlängerungsvereinbarung anerkannt.

**Praktikerhinweis:**

Arbeitgeber sollten sich darauf einstellen, dass sie bei der Verlängerung eines sachgrundlosen befristeten Arbeitsvertrages auf jede noch so geringfügige Änderung der Arbeitsbedingungen verzichten müssen. Die Verlängerungsvereinbarung muss sich auf die Vereinbarung eines neuen Beendigungszeitpunkts beschränken.

*Ute Bilger-Jung*

**Kein Widerspruch bei Betriebsübergang, wenn der bisherige Rechtsträger durch Verschmelzung erlischt**  
BAG, Urteil vom 21. Februar 2008, 8 AZR 157/07

**Kommt es im Zuge einer Verschmelzung zu einem Betriebsübergang und erlischt der bisherige Rechtsträger durch diese Verschmelzung, steht der Widerspruch des Arbeitnehmers dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betriebsinhaber nicht entgegen. Es spielt dabei keine Rolle, um welche Art von Umstrukturierung (z.B. Anwachsung oder umwandlungsrechtliche Verschmelzung) es sich handelt, sofern nur der bisherige Rechtsträger liquidationslos erlöscht. Die Interessenlage sei in allen Fällen die gleiche.**

Der Kläger war bei der K GmbH & Co. KG beschäftigt. Komplementärin war die K Verwaltungs-GmbH, einzige Kommanditistin die M GmbH. Diese beiden Gesellschafter der K GmbH & Co. KG vereinbarten, dass die K Verwaltungs GmbH austreten und ihr gesamtes Vermögen mit allen Aktiva und Passiva auf die M GmbH übergehen sollte. Die M GmbH wurde gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolgerin der K GmbH & Co. KG, die gemäß den Vereinbarungen ihrer beiden Gesellschafter erlosch. Zuvor hatte sie den Kläger - wie die übrigen Arbeitnehmer -

darauf hingewiesen, dass sein Arbeitsverhältnis auf die M GmbH übergehe. Dem könne er nach § 613a Abs. 6 BGB schriftlich widersprechen. In diesem Fall würde das Arbeitsverhältnis jedoch mit dem Zeitpunkt des Erlöschens der K GmbH & Co. KG automatisch enden. Der Kläger widersprach, hielt jedoch später diesen Widerspruch für unwirksam und beantragte die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der M GmbH, nunmehr H GmbH.

Das BAG gab dem Kläger recht. Orientiert am Sinn und Zweck des § 613a Abs. 6 BGB kommt das BAG zu dem Ergebnis, dass ein Widerspruch den Übergang zu dem neuen Betriebsinhaber nicht verhindert, wenn der bisherige Rechtsträger erlischt. Dies begründet das BAG mit dem doppelten Schutzzweck des § 613a Abs. 6 BGB. § 613 a Abs. 6 BGB schütze den Arbeitnehmer nicht nur dagegen, dass ihm ein neuer Arbeitgeber aufgedrängt werde. Vielmehr bezwecke die Norm ebenfalls, dass der Arbeitnehmer nach Ausübung des Widerspruchs sein altes Arbeitsverhältnis fortsetzen könne. Beide Rechtsfolgen ließen sich nicht voneinander trennen.

Sei hingegen der bisherige Arbeitgeber erloschen, bedürfe es auch mit Blick auf die durch Art. 2 und Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertrags- und Berufsfreiheit des Arbeitnehmers keines Widerspruchsrechts zur Abwehr eines aufgedrängten Vertragspartners. Vielmehr könne der Arbeitnehmer ohne Rechtsverlust von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen, wolle er das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber nicht fortsetzen.

Im Rahmen des dargestellten Falles prüft das BAG weiter, ob der Widerspruch als Kündigung oder Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags ausgelegt werden könne und verneint dies. Auch eine Umdeutung schlägt im konkreten Fall fehl, da die Rechtsfolge der Umdeutung des Widerspruchs in eine Eigenkündigung oder das Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags weiter reichen würde als der Widerspruch selbst, was eine Umdeutung ausschließe.

#### **Praktikerhinweis:**

Ungeachtet der Existenz des § 324 UmwG, wonach trotz Verschmelzung das Recht zum Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses gegeben sein soll, klärt das BAG die jahrelange Ungewissheit über die Rechtsfolgen eines Widerspruchs im Falle des Erlöschens des bisherigen Rechtsträgers. Ein Stück Rechtssicherheit ist gewonnen. Allerdings bleibt abzuwarten, ob tatsächlich in jeder Fallgestaltung die Auslegung gem. § 133, 157 BGB zur Ablehnung der Annahme führen wird, mit dem Widerspruch sei eine Eigenkündigung oder das Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags gemeint gewesen. Gleiches gilt für die Umdeutung gem. § 140 BGB.

*Dr. Harald Guha*

**Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Ethik-Richtlinien:  
Beschluss des BAG vom 22.07.2008 – 1 ABR 40/07**

**Ethik-Richtlinien spielen in der Praxis eine immer größere Rolle. Gegenstand solcher Richtlinien sind Verhaltensbestimmungen des Arbeitgebers, die an die Beschäftigten des Unternehmens adressiert sind. Ihren Ursprung haben sie in den USA, wo börsennotierte Unternehmen Verhaltensstandards schufen, die bald über den unmittelbaren Kapital- und Anlegerschutzrahmen hinaus gingen, der nach US-amerikanischem Recht Voraussetzung für die Listung eines Unternehmens an der amerikanischen Börse ist. Über deutsche Tochtergesellschaften US-amerikanischer Konzerne finden Ethik-Richtlinien zunehmend Einzug in den deutschen Rechtsraum. Die Einführung von Ethik-Richtlinien ist aber wegen Konflikten mit dem deutschen Arbeitsrecht, insbesondere mit der betrieblichen Mitbestimmung, nicht ganz einfach und kann zu Streitpunkten zwischen Betriebsräten und Arbeitgebern führen.**

Mit Beschluss vom 22.07.2008 – 1 ABR 40/07 – hat sich nunmehr das BAG in einer bislang nur als Pressemitteilung (Nr. 58/08) zusammengefassten Entscheidung mit der Mitbestimmung des Betriebsrates bei Ethik-Richtlinien beschäftigt. Gegenstand der BAG- Entscheidung ist das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bei der Einführung und Anwendung eines Verhaltenskodexes, wenn ausländische Vorschriften dessen Einführung vorsehen, und der Umfang des Mitbestimmungsrechts im Hinblick auf eine Klausel, die den Arbeitnehmern vorschreibt, Interessenskonflikte zu melden.

Das BAG hatte über eine Beschwerde der „Honeywell Deutschland Holding GmbH“ mit Sitz im Hessischen Offenbach gegen die Entscheidung des Hessischen LAG aus dem Jahr 2007 zu entscheiden. Bei der „Honeywell Deutschland Holding GmbH“, einem Zulieferer für Luftfahrt- und Verteidigungsunternehmen mit knapp 6000 Mitarbeitern, handelt es sich um das deutsche Tochterunternehmen der US-amerikanischen „Honeywell“. Die Muttergesellschaft hatte im Jahr 2004 einen Verhaltenskodex (Code of Business Conduct) für alle 115.000 weltweit im Konzern beschäftigten Mitarbeiter aufgestellt, den sie auch für Deutschland einführen wollte. In diesem waren u.a. Regelungen zum Umgang mit Interessenskonflikten, Verschwiegenheitspflichten und sonstige moralische Anforderungen an die Mitarbeiter formuliert. Abschließend war eine „Whistleblower-Klausel“ enthalten, eine Regelung, die fordert, dass mutmaßliche Verstöße gegen das Regelwerk umgehend zu melden sind. Der Konzernbetriebsrat betrieb ein Beschlussverfahren mit dem Ziel, festzustellen, dass die Einführung und Anwendung des „Code of Business Conduct“

insgesamt der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt. Hilfsweise verfolgte er diese Feststellung für nur einzelne Klauseln des Kodex.

Das BAG hat -wie der Pressemitteilung zu entnehmen ist- anders als die Vorinstanz ein Mitbestimmungsrecht an der Gesamtheit der Ethik-Richtlinien abgelehnt. Es hat zunächst entschieden, dass der Betriebsrat mitzubestimmen hat, wenn der Arbeitgeber durch Ethik-Richtlinien das Verhalten der Beschäftigten und die betriebliche Ordnung regeln will. Kein Mitbestimmungsrecht besteht hingegen bei Vorgaben, mit denen lediglich die geschuldete Arbeitsleistung konkretisiert werden soll. Das BAG entschied weiter, dass zwar solche Angelegenheiten der Mitbestimmung entzogen sind, die gesetzlich abschließend geregelt sind, dies führt aber nicht dazu, dass ausländische Vorschriften, die die Einführung von Ethik-Richtlinien für börsennotierte Unternehmen vorsehen, Mitbestimmungsrechte nach dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz ausschließen. Das BAG führt ferner aus, dass dann, wenn eine Ethik-Richtlinie sowohl mitbestimmungspflichtige, als auch mitbestimmungsfreie Teile enthält, nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk besteht. Eine Klausel, die Arbeitnehmer verpflichtet, Interessenskonflikte anzuzeigen, hält es aber für mitbestimmungspflichtig.

Damit hat das BAG den Beschluss des Hessischen LAG vom 18.01.2007 (Az. 5 TaBV 31/05) aufgehoben, mit dem das LAG ein Mitbestimmungsrecht am Verhaltenskodex als Gesamtwerk festgestellt hatte. Das LAG hielt zunächst die „Whistleblower- Klausel“ für mitbestimmungspflichtig. Die in dieser Klausel enthaltene Anzeigepflicht grenzte das LAG von einer bloßen Konkretisierung der allgemeinen Schadensabwendungspflicht, einer Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, die dem Arbeitnehmer die Anzeige drohender Schäden auferlegt, ab und sah darin eine Regelung des Ordnungsverhaltens gem. § 87 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG. Nach § 87 Abs. 1 Nr.1 BetrVG hat der Betriebsrat bei Angelegenheiten mitzubestimmen, die die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer betreffen. Weil sich die Anzeigepflicht aber auf sämtliche im Kodex normierten Pflichten beziehe und keine reine Verfahrensvorschrift sei, entstehe –so das LAG- durch diese Klausel eine Klammerwirkung, die den gesamten Kodex mitbestimmungspflichtig mache. Soweit dies aus der Pressemitteilung zu entnehmen ist, hat das BAG die vom Hessischen LAG angenommene „Klammerwirkung“ der „Whistleblower-Klausel“ und ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk abgelehnt. Die Beteiligung des Betriebsrates an einzelnen, mitbestimmungspflichtigen Regelungen besteht aber. Das BAG bestätigt damit auch die in der Literatur überwiegend vertretene Auffassung. Da das BAG das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aber auf einzelnen Regelungen beschränkt hat, darf man den vollständigen Entscheidungsgründen des Beschlusses

des BAG vom 22.07.2008 aus Arbeitgebersicht wohl durchaus positiv entgegenzusehen.

*Judith Rackwitz*

*Andere  
Arbeitsgerichte*

**Neues Urteil zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz: Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung wegen Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages aufgrund von Schwangerschaft**

**Arbeitsgericht Mainz vom 02. 09. 2008 (Az. 3 Ca 1133/08)**

**Mit diesem bemerkenswerten Urteil hat das Arbeitsgericht Mainz festgestellt, dass eine Arbeitnehmerin Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des entgangenen Arbeitseinkommens sowie auf angemessene Entschädigung wegen Benachteiligung aufgrund ihres Geschlechts zusteht, weil der Arbeitgeber das befristete Arbeitsverhältnis wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin nicht verlängert hat. Darin liegt nach Auffassung des Arbeitsgerichtes Mainz ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz.**

Die klagende Arbeitnehmerin war aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrages beschäftigt und wurde im Laufe dieses Vertragsverhältnisses schwanger. Nachdem der Arbeitgeber die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses abgelehnt hatte, hätte sich nach dem Vortrag der Klägerin aus einem Telefongespräch zwischen ihrer Mutter und dem Arbeitgeber ergeben, dass der Grund für die Nichtverlängerung die Schwangerschaft der Klägerin sei.

Daraufhin verlangte die Arbeitnehmerin mit der Klage Schadensersatz und eine Entschädigung wegen Benachteiligung aufgrund ihres Geschlechts. Zur Begründung machte sie geltend, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis lediglich aufgrund ihrer Schwangerschaft nicht verlängert habe.

Das Gericht sah darin einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 15 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AGG. Es hat der Klägerin einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des entgangenen Arbeitseinkommens sowie auf Entschädigung in Höhe ihres immateriellen Schadens zugesprochen, weil der Arbeitgeber gegen das Verbot der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts gem. §§ 1, 2 AGG verstoßen hat, indem er das befristete Arbeitsverhältnis nur wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin nicht verlängert hat.

Von besonderer Bedeutung sind insoweit auch die Ausführungen des Arbeitsgerichtes Mainz zur Beweislast: Grundsätzlich muss zwar die klagende Arbeitnehmerin darlegen und beweisen, dass Grund für die Nichtverlängerung tatsächlich ihre Schwangerschaft war. Hat sie jedoch eine Indiztatsache dafür bewiesen, dass die Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsvertrages auf ihrer Schwangerschaft und damit auf einer Benachteiligung wegen ihres Geschlechts beruhte, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorgelegen hat.

Im Streitfall hatte die Arbeitnehmerin bewiesen, dass der Arbeitgeber in einem Telefongespräch mit ihrer Mutter die Schwangerschaft als Grund für die Nichtverlängerung des befristeten Arbeitsvertrages angegeben hat. Die damit indizierte Benachteiligung der Arbeitnehmerin wegen ihres Geschlechts hat der Arbeitgeber nicht widerlegt.

**Praktikerhinweis:**

Für die Praxis bedeutet dies, dass sich der Arbeitgeber künftig weder gegenüber dem Arbeitnehmer noch Dritten über die Gründe der Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages schriftlich oder mündlich äußern sollte, ohne die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu berücksichtigen, welches u.a. die Verhinderung von Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, wegen ethnischer Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zum Ziel hat.

*Claudine Krüger*

*Arbeitsrecht  
in der Praxis*

**Private Internetnutzung am Arbeitsplatz:****Sozial adäquates Verhalten oder Kündigungsgrund?**

Die Vorteile des Internet in puncto Informationsaustausch, Informationsbeschaffung und Kostensenkung sind inzwischen unbestritten. Die Kehrseite der Medaille ist aus Arbeitgebersicht jedoch schnell ausgemacht: Immer mehr Arbeitnehmer klicken während der Arbeitszeit fleißig eFinanzdienste, Sport-News aber auch pornografische Seiten an, verschicken eMails an Freunde und betreiben in diversen Chat-Rooms Konversation. Der Blick in die einschlägigen Nachrichtenplattformen oder

die Überprüfung der privaten Mailbox gehören schon zum Tagesauftakt vieler Arbeitnehmer.

Die private Internet-Nutzung während der Arbeitszeit wird in Deutschland deutlich zunehmen. Zu dieser Einschätzung gelangten führende IT-Manager auf einem Zukunftsgipfel des IT-Wirtschaftsmagazins CIO. Bereits heute bezeichnen die CIOs Themen wie Online-Banking oder das Buchen von Urlaubsreisen im Web als gängige oder zumindest geduldete Praxis an den meisten Büroarbeitsplätzen in Unternehmen.

Es liegt auf der Hand, dass das private Surfen am Arbeitsplatz problematisch ist. Eine Studie des Software-Anbieters Surfwatch bei Betrieben in den USA, Südamerika und Europa hat ergeben, dass fast ein Viertel der Online-Zeit während der Arbeit für private Zwecke genutzt wird. Dass darunter die Produktivität der Mitarbeiter leidet und Arbeitsmittel – letztendlich Kosten – unnötig verbraucht werden, ist offensichtlich. Weitaus schwerer wiegt jedoch, dass das Unternehmen juristisch für jedes Bit verantwortlich ist, das auf dem Unternehmens-Server liegt. Durch das Surfen der Mitarbeiter können zudem Viren und Trojaner in die EDV-Systeme des Arbeitgebers gelangen. Es verwundert deshalb nicht, dass immer mehr Arbeitgeber zu relativ harten Maßnahmen greifen, um das Surfverhalten ihrer Angestellten zu überprüfen und zu sanktionieren.

In vielen Fällen gibt es in den Unternehmen keine – arbeitsvertraglichen oder kollektivrechtlichen – Regelungen zur privaten Internetnutzung hinsichtlich Erlaubnis, Umfang und anderer Einschränkungen. Vor diesem Hintergrund stellt sich immer wieder die Frage, ob die private Internetnutzung am Arbeitsplatz als sozial adäquates Verhalten vom Arbeitgeber hinzunehmen ist oder eine Kündigung rechtfertigt?

### **I. Außerordentliche Kündigung**

Voraussetzung für jede außerordentliche Kündigung ist gemäß § 626 Abs. 1 BGB das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“. Damit sind Tatsachen gemeint, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.

Nach der Rechtsprechung des BAG kann die aus der privaten Internetnutzung resultierende Verletzung der Arbeitspflicht einen wichtigen Grund i. S. von § 626 Abs. 1 BGB darstellen. Das BAG führte in seinem Urteil vom 07.07.2005 dazu aus: *„Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung an sich kann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer das Internet während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken*

*in erheblichem zeitlichen Umfang („ausschweifend“) nutzt und damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt“ (BAG v. 07.07.2005 - 2 AZR 581/04). Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass der Arbeitnehmer während der privaten Internetnutzung seiner Hauptleistungspflicht zur Arbeit nicht nachkommt und ohne eine entsprechende Leistung für diese Zeit Arbeitsentgelt erhält.*

### **Der Fall**

Im Jahr 2002 ermöglichte ein Unternehmen allen Mitarbeitern den Zugang zum Internet. Strittig war, ob dies die private Nutzung einschloss und inwieweit Zugriffsverbote gelten sollten. Ein Mitarbeiter des Unternehmens arbeitete in der Produktion. Seine Tätigkeit erforderte keine Internetnutzung. Er surfte jedoch innerhalb von drei Monaten vom Arbeitsplatz aus mehr als 18 Stunden privat im Internet – teilweise auch während der Arbeitszeit. Fast fünf Stunden bewegte er sich insgesamt auf pornografischen Seiten, deren Inhalt er teilweise auf den Rechner herunter lud. Nachdem das Unternehmen den Mitarbeiter anhörte, kündigte es ihm außerordentlich – hilfsweise ordentlich.

### **Das Urteil**

Anders als vom Arbeitsgericht Ludwigshafen und vom Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz angenommen, verwies das Bundesarbeitsgericht den Rechtsstreit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das Berufungsgericht zurück. Der Sachverhalt sei „an sich geeignet“, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Auch ohne ausdrückliches Verbot sei Arbeitnehmern die private Internetnutzung nicht gestattet. Hierdurch entstehen dem Arbeitgeber zusätzliche Kosten, Arbeitsmittel werden unberechtigt in Anspruch genommen. Einen weiteren Pflichtverstoß stelle das Herunterladen von Dateien dar, weil eine Vireninfiltration oder andere Störungen des betrieblichen Betriebssystems drohen. Beim Surfen auf pornografischen Seiten oder auf Seiten mit strafbaren Inhalten drohe zudem eine Rufschädigung des Arbeitgebers, die zu einem Imageverlust führen könne. Auch dies sei ein eigenständiger Pflichtenverstoß, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könne.

Surfen während der Arbeitszeit wiege umso schwerer, so die Entscheidung der höchsten Arbeitsrichter weiter, je länger es dauert (ebenso BAG v. 27.04.2006 - 2 AZR 386/05). Wenn kein ausdrückliches Verbot zur Nutzung besteht, „mag allenfalls eine kurzfristige private Nutzung“ während der Arbeitszeit „gerade noch als hinnehmbar angesehen werden“. Da die Arbeitsleistung allerdings die Hauptleistungspflicht eines Mitarbeiters ist, dürfe das Internet auch dann grundsätzlich nicht

außerhalb der Pausen lang anhaltend und intensiv genutzt werden, wenn die Internetnutzung erlaubt ist oder geduldet wird. Im konkreten Fall jedoch konnte der Arbeitnehmer nicht damit rechnen, dass sein Verhalten vom Arbeitgeber gebilligt werde.

Das LAG Rheinland-Pfalz (12.02.2004 – 7 Sa 1243/03) hatte die Internetnutzung zu privaten Zwecken während der Arbeitszeit hingegen als „sozialadäquate“ Nutzung und daher vom Arbeitgeber hinzunehmende Verhaltensweise bewertet. Diese Wertung wurde vom BAG ausdrücklich abgelehnt.

### Übersicht

Nachstehende Pflichtverletzungen hat das Bundesarbeitsgericht in seinen Entscheidungen vom 07.07.2005 (2 AZR 581/04) und vom 12.01.2006 (2 AZR 179/05) im Zusammenhang mit der privaten Nutzung des Internets als **wichtigen Grund i. S. des § 626 BGB** qualifiziert:

- Private Nutzung des betrieblichen Internetanschlusses als solche;
- Privatnutzung des Internetanschlusses während der Arbeitszeit;
- Verletzung eines ausdrücklichen Verbots der Privatnutzung des Internets bzw. der betrieblichen IT-Mittel;
- Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme;
- unerlaubte Installation einer Anonymisierungssoftware.

Das **Vorliegen eines wichtigen Grundes** wurde **in folgenden Fällen verneint**:

- Lediglich kurzfristige und nur für unverfängliche Zwecke unbefugte Privatnutzung des Internetzugangs (LAG Rheinland-Pfalz v. 02.03.2006 – 4 Sa 958/05)
- Herunterladen erheblicher Datenmengen mit einigen pornographischen Daten, wenn dieses nicht wissentlich durch den Arbeitnehmer erfolgt ist (LAG Rheinland-Pfalz v. 13.11.2006 – 7 Sa 618/06).
- Private Nutzung des Internets in Zeiten sehr geringen Arbeitsaufwandes (LAG Rheinland-Pfalz v. 13.11.2006 – 7 Sa 618/06).

Die **Erheblichkeit der Pflichtverletzung** wurde **in folgenden Fällen bejaht**:

- Ausdrückliche und fortlaufende Missachtung des wiederholten Verbots des Arbeitgebers, das Internet privat zu nutzen und privates Internetsurfen innerhalb von mehr als zwei Monaten fast täglich, insgesamt in erheblichem Umfang (LAG Rheinland Pfalz v. 13.11.2006 - 7 Sa 618/06)
- Verbotswidrige private Internetnutzung über mehr als zwei Monate lang fast täglich in einem Umfang zwischen ca. 15 Minuten und knapp drei Stunden (BAG v. 27.04.2006 - 2 AZR 386/05)
- Internetnutzung trotz ausdrücklichen Verbots und das Herunterladen und Speichern von kinderpornographischen Dateien unter der dienstlichen eMail-Adresse (LAG München v. 14.04.2005 - 4 Sa 1203/04)
- Umfangreiche Nutzung des dienstlichen Internetzugangs für private Zwecke trotz eindeutigen Verbots oder einschlägiger Abmahnung zur Einhaltung der diesbezüglichen Verpflichtungen durch den Dienstherrn (LAG Nürnberg v. 26.10.2004 - 6 Sa 348/03)

### **Abmahnung**

Eine Abmahnung ist gemäß § 314 Abs. 2 BGB auch vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung erforderlich. Diese sollte aus Beweisgründen schriftlich, kann jedoch auch mündlich erfolgen. Für den Arbeitnehmer muss durch die Abmahnung erkennbar werden, was ihm vorgeworfen wird, wie er sein Verhalten in Zukunft einzurichten hat und welche Sanktionen ihm bei Nichteinhaltung drohen. **In Ausnahmefällen kann eine Abmahnung entbehrlich sein.** Im Zusammenhang mit der privaten Internetnutzung ist insoweit an die folgenden Fallgestaltungen zu denken:

- Herunterladen von Daten pornographischen Inhalts aus dem Netz auf die Festplatte des betrieblichen PCs während der Arbeitszeit, insbesondere wenn der Arbeitnehmer wusste, dass eine derartige private Nutzung nicht geduldet wird (LAG Niedersachsen v. 26.04.2002 - 3 Sa 726/01 B)
- Ausschweifendes privates Surfen im Internet und privates Telefonieren während der Arbeitszeit - hier 217 Minuten private Internetnutzung und 156,72 Minuten privates Telefonieren innerhalb von drei Tagen (LAG Schleswig-Holstein v. 27.06.2006 - 5 Sa 49/06).

## II. Ordentliche Kündigung wegen Privatnutzung des Internets

Eine ordentliche Kündigung wegen privater Internetnutzung am Arbeitsplatz kommt aus verhaltensbedingten Gründen i. S. von § 1 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) in Betracht. Damit diese sozial gerechtfertigt ist, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen (BAG v. 12.01.2006 - 2 AZR 179/05):

1. Erhebliche Verletzung einer Vertragspflicht durch das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten (hier der privaten Internetnutzung);
2. dadurch konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses;
3. keine zumutbare Möglichkeit einer anderen Beschäftigung;
4. die Lösung des Arbeitsverhältnisses muss in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile billigenwert und angemessen scheinen und
5. Abmahnung des Arbeitnehmers.

Bei der Prüfung dieser Bedingungen gilt das **Prognoseprinzip**: Es geht um die Vermeidung des Risikos weiterer erheblicher Pflichtverletzungen. Um feststellen zu können, ob sich die Pflichtverletzung noch in der Zukunft belastend auswirkt, besteht für den Arbeitgeber wiederum die Pflicht, dem Arbeitnehmer eine Abmahnung auszusprechen. Liegt eine ordnungsgemäße Abmahnung vor und verletzt der Arbeitnehmer erneut seine vertraglichen Pflichten, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen.

Eine Abmahnung ist vor dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung für die Zukunft nicht erwartet werden kann oder es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit für den Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar war. Dies hat das BAG bejaht bei exzessiver Nutzung des Internets (BAG v. 07. Juli 2005 - 2 AZR 581/04) oder bei der unerlaubten Installation einer Anonymisierungssoftware auf einem dienstlichen Rechner (BAG v. 12.01.2006 – 2 AZR 179/05).

### Praktikerhinweis:

Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollten die private Internetnutzung am Arbeitsplatz im Arbeitsvertrag oder in einer Zusatzvereinbarung regeln. Alternativ können die Betriebsvertragsparteien im Rahmen einer Betriebsvereinbarung hierzu Regelungen treffen. Schwierig wird es, wenn eine gewisse oder aber auch uneingeschränkte private Nutzung erlaubt sein soll. Die Vorgaben sollten deshalb entweder von den Mitarbeitern abgezeichnet oder in sonstiger Weise nachweislich bekannt gemacht

werden. Arbeitsrechtliche Konsequenzen sollten eindeutig benannt sein. Klarheit schafft Rechtssicherheit.

*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](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 <b>Büro München:</b> Brienner Straße 9 / Amiraplatz 80333 München Telefon: +49 (0) 89 29 09 7-0 Telefax: +49 (0) 89 29 09 7-200	Ute Bilger-Jung <b>Büro Stuttgart:</b> Friedrichstraße 14 70174 Stuttgart Telefon: +49 (0) 711 2 28 40-0 Telefax: +49 (0) 711 2 28 40-111
Dr. Harald Guha <b>Büro Frankfurt:</b> Platz der Einheit 2 60327 Frankfurt am Main Telefon: +49 (0) 69 15 242-0 Telefax: +49 (0) 69 15 242-111	Reinhold Kopp <b>Büro Berlin:</b> 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.