3. QUARTAL 2009

ARBEITSRECHT NEWS

ÄNDERUNGEN DES BUNDESDATENSCHUTZGESETZES IN BEZUG AUF ARBEITNEHMER: VIEL RAUCH UM NICHTS

von ***Jörg Rehder***

Frankfurt
Rechtsanwalt; Attorney at Law (Maryland und Minnesota); Solicitor (England und Wales)
jrehder@jonesday.com
++49 69 9726 3122

Gerade vor dem Hintergrund von Datenschutzskandalen, die Deutschland in den letzten Monaten erschütterten (und von denen einer die Deutsche Bahn betraf und in unserer letzten Ausgabe der Arbeitsrecht News besprochen wurde), halten die Diskussionen darüber an, ob es eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes bedarf. Vielfach ist zu hören, dass die Skandale der jüngeren Vergangenheit eigentlich hinreichenden Beleg dafür bieten, dass das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) Arbeitnehmer nicht hinreichend gegen illegale Überwachung durch den Arbeitgeber oder die unzulässige Nutzung von Arbeitnehmerdaten durch den Arbeitgeber schützt, und dass das Gesetz Hinweisgebern—sog. Whistleblowern—keinen Schutz bietet.

ZEHN JAHRE OHNE NENNENSWERTE ÄNDERUNGEN

Die Einführung eines Datenschutzgesetzes ganz konkret für Arbeitnehmer wurde seit fast 10 Jahren diskutiert, und zwar sowohl auf nationaler wie auch europäischer Ebene. Trotz der jüngsten Skandale und der Munition, die diese Skandale den Befürwortern eines solchen eigenständigen Datenschutzgesetzes lieferten, hat sich in der deutschen Gesetzgebung beim Erlass eines solchen Gesetzes wenig getan.

INHALT

Änderungen des Bundesdatenschutzgesetzes in Bezug auf Arbeitnehmer: Viel Rauch um Nichts 1
Arbeitsvergütung bei Krankheit 3
Massenentlassungen nach neuester Rechtsprechung 5

Zyniker haben schon verlauten lassen, es wäre ja auch naiv, von der deutschen Gesetzgebung zu erwarten, dass ein derart wichtiges Gesetz im Jahre 2009 verhandelt und verabschiedet wird, d.h. kurz vor den Bundestagswahlen im September.

Trotzdem wurden Änderungen zum Bundesdatenschutzgesetz mit Wirkung zum 1. September 2009 verabschiedet. Der Bundesinnenminister wurde zitiert mit der Aussage, dass diese vorgenommen wurden, um klarzustellen, dass das Bundesdatenschutzgesetz auch auf Arbeitnehmer Anwendung findet. Natürlich findet es auf Arbeitnehmer Anwendung, einer Änderung hätte es nicht bedurft, um dies klarzustellen.

KAUM AUSWIRKUNGEN DURCH DIE ÄNDERUNGEN

Obwohl das Bundesdatenschutzgesetz kürzlich geändert wurde, werden die praktischen Auswirkungen dieser Novellierungen auf den Datenschutz am Arbeitsplatz gering bleiben. Konkret wurde § 32 BDSG eingefügt, der besagt, dass ein Arbeitgeber die Daten eines Bewerbers verarbeiten oder nutzen darf, wenn diese für die Entscheidung erforderlich sind, ob eine Einstellung der Person erfolgen soll, oder wenn die Daten zur Durchführung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind, oder zur Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses. Diese Bestimmung fügt den bereits vorhandenen Bestimmungen nichts hinzu, die die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten erlauben, wenn “es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient.” Der Unterschied besteht darin, dass das geänderte Gesetz anstelle von einem Vertragsverhältnis nun konkret auf ein Beschäftigungsverhältnis Bezug nimmt.

Die geänderte Gesetzesfassung fügt eine Regelung ein, wonach ein Arbeitgeber personenbezogene Daten eines Beschäftigten verarbeiten darf, um festzustellen, ob dieser Beschäftigte eine Straftat begangen hat, sofern tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat und die Verarbeitung der Daten nicht unverhältnismäßig ist. Letzteres ist tatsächlich eine neue Bestimmung und gibt in den seltenen Situationen, in denen der Arbeitnehmer in Straftaten verstrickt ist, etwas mehr Klarheit.

ZUSÄTZLICHER SCHUTZ DES DATENSCHUTZBEAUFTRAGTEN

Bestimmte Arbeitnehmergruppen genießen in Deutschland einen besonderen Kündigungsschutz. Hervorzuheben sind insoweit Behinderte, schwangere Frauen und Betriebsratsmitglieder. Auf diese Liste wurden nun auch Datenschutzbeauftragte gesetzt. Unternehmen müssen im Wesentlichen einen Datenschutzbeauftragten bestellen—dies kann entweder ein Arbeitnehmer oder ein externer Berater sein—wenn wenigstens 10 Arbeitnehmer mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten befasst sind (oder wenn wenigstens 20 Arbeitnehmer mit der nichtautomatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten befasst sind), oder (ab 1. September 2009) wenn Arbeitnehmer personenbezogene Daten automatisiert für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung verarbeiten.

Handelt es sich beim Datenschutzbeauftragten um einen Arbeitnehmer, kann ihm nicht gekündigt werden, es sei denn, es wäre aus wichtigem Grund. Dafür bestehen allerdings hohe Anforderungen, die ein Arbeitgeber nicht leicht erfüllt. Nach Beendigung der Eigenschaft als Datenschutzbeauftragter besteht der zusätzliche Kündigungsschutz für den betreffenden Arbeitnehmer noch ein Jahr weiter.

Die Logik hinter der Gewährung zusätzlichen Kündigungsschutzes besteht darin, dass das deutsche Recht den Datenschutzbeauftragten vor Repressalien schützen möchte, denen er bei gewissenhafter Durchsetzung des Datenschutzes im Betrieb ausgesetzt sein könnte. Die praktische Konsequenz ist jedoch, dass Unternehmen in Zukunft externe Berater bevorzugen werden, da solche Berater einfacher zu kündigen sind, da sie nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegen. Nebenbei sei erwähnt, dass Datenschutzbeauftragte mittlerweile einen gesetzlichen Anspruch darauf haben, auf Kosten des Arbeitgebers Fortbildungen und Konferenzen zu besuchen, um sich im Datenschutzbereich auf dem Laufenden halten zu können.

WAS KÖNNTE DIE ZUKUNFT BRINGEN?

Den Arbeitgeberinteressenverbänden war es bisher gelungen, den Erlass eines eigenständigen Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes herauszuzögern, von dem sie höheren bürokratischen Aufwand und, in der Folge, auch höhere Kosten erwarten. Gegenwärtig zeichnet sich jedoch laut Aussagen der CDU/FDP-Koalition ab, dass ein spezieller Arbeitnehmerdatenschutz im BDSG in nicht allzu ferner Zukunft verankert werden soll.

ARBEITSVERGÜTUNG BEI KRANKHEIT

von ***Friederike Göbbels***

München
Rechtsanwältin/Fachanwältin f. Arbeitsrecht
fgoebbels@jonesday.com
++49 89 2060 42 200

Das Entgeltfortzahlungsgesetz verpflichtet den Arbeitgeber, für die Zeit einer unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, das Arbeitsentgelt bis zur Dauer von sechs Wochen fortzuzahlen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Erkrankung länger als sechs Wochen an, so entfällt die Fortzahlungspflicht. Der Arbeitnehmer ist ab diesem Zeitpunkt auf das von der Kasse oder einer privaten Versicherung zu leistende Krankentagegeld angewiesen. Diese Regelung erscheint einfach und ist im Hinblick auf die monatliche Fixvergütung des Arbeitnehmers auch in der praktischen Umsetzung in der Regel unproblematisch. Diskussionsstoff gibt es aber immer wieder im Hinblick auf vertraglich geregelte Sonder- und Nebenleistungen.

PRIVATNUTZUNG DES FIRMENWAGENS

Wie verhält es sich beispielsweise mit dem Dienstwagen, der einem Mitarbeiter auch zur privaten Nutzung überlassen wird? Muss dieser nach dem sechswöchigen Lohnfortzahlungszeitraum herausgegeben werden, wenn eine Dauererkrankung des Arbeitnehmers vorliegt? Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hat hierzu im Rahmen der Begründung seines Urteils vom 27. Juli 2009 (15 Sa 25/09) Stellung genommen. In dem entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber nach Ablauf des sechswöchigen Lohnfortzahlungszeitraums die Herausgabe des Firmenwagens gefordert. Der Arbeitnehmer sah dies als ungerechtfertigt an und machte gerichtlich einen Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung geltend.

Das Gericht hat die Klage auf Entschädigung als unbegründet abgewiesen. Zwar wurde mit dem Urteil bestätigt, dass wegen des Vergütungscharakters des privaten Nutzungsrechts eines Firmenwagens die Sachleistung während Zeiten der gesetzlichen Lohnfortzahlung weiter gewährt werden muss. Das heißt, es ist einem Arbeitgeber nicht möglich, die Herausgabe wegen Krankheit während gesetzlicher Lohnfortzahlungszeiten zu verlangen. Sofern aber die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung von Arbeitsentgelt nicht mehr besteht, entfällt auch die Pflicht zur Gebrauchsüberlassung des Firmenwagens. Dies ist zumindest die gesetzliche Ausgangssituation.

Der Arbeitgeber kann natürlich darüber hinaus vertraglich die Zusage erteilen, dass die private Nutzungsmöglichkeit unabhängig von gesetzlichen Lohnfortzahlungszeiträumen für die gesamte Zeit einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gewährt wird. Insoweit ist Vorsicht angesagt, weil eine derartige Zusage auch konkludent oder im Wege der betrieblichen Übung erfolgen kann. Um jeden Zweifel zu vermeiden, ist es ratsam, im Rahmen der ver-

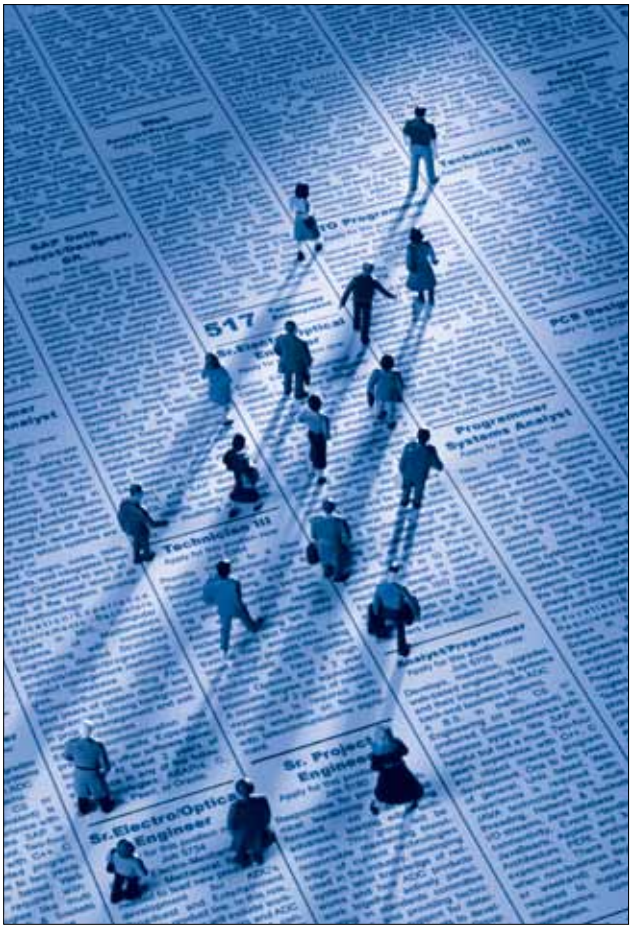
traglichen Regelung über das private Nutzungsrecht eines Firmenwagens ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der Arbeitnehmer außerhalb gesetzlicher Lohnfortzahlungszeiten zur Herausgabe verpflichtet ist.

URLAUBSGELD BEI ARBEITSUNFÄHIGKEIT

Wird dem Arbeitnehmer die Zahlung eines Urlaubsgeldes zugesagt, ist bei Langzeiterkrankung zu ermitteln, welchen Charakter das Urlaubsgeld im konkreten Fall nach dem Willen der Parteien hat. Wenn es praktisch gesehen ein 13. Gehalt für den Arbeitnehmer darstellt, das zur typischen Urlaubszeit zur Zahlung fällig wird, dann richtet sich die Fortzahlungsverpflichtung nach den Regeln des § 4 Entgeltfortzahlungsgesetz. Das bedeutet, dass grundsätzlich eine Verringerung der Zahlung im Verhältnis zur Dauer des Krankenstandes erfolgen kann, soweit diese über die Lohnfortzahlungspflicht hinausreicht.

Sofern das Urlaubsgeld aber erkennbar mit dem Urlaubsanspruch verknüpft wird und von dessen Verwirklichung abhängt, steht die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs unter der Voraussetzung, dass der Urlaub gewährt und vom Arbeitnehmer tatsächlich genommen wird. So hat das BAG mit Urteil vom 19. Mai 2009 (9 AZR 477/07) bezüglich eines Urlaubsgeldes entschieden, das explizit als „zusätzliches Urlaubsgeld“ bezeichnet worden war. Außerdem enthielt die einschlägige Regelung den Hinweis, dass der Anspruch „gleichzeitig mit dem Urlaubsanspruch“ entsteht. Der Arbeitnehmer, der wegen Langzeiterkrankung den kompletten Urlaub eines Kalenderjahres noch nicht hatte nehmen können, verlangte Zahlung dieses zusätzlichen Urlaubsgeldes. Das BAG wies den Zahlungsanspruch ab, weil der mit dem Urlaubsgeld gekoppelte Urlaub noch nicht genommen worden war.

Häufig liegt daher die Antwort im Detail und insbesondere in der gewählten Formulierung im Rahmen der arbeitsvertraglichen Regelungen. Ein Grund mehr, der Ausgestaltung arbeitsvertraglicher Klauseln mit der gebotenen Vorsicht zu begegnen.



MASSENENTLASSUNGEN NACH NEUESTER RECHTSPRECHUNG

von ***Georg Mikes***

Frankfurt
Rechtsanwalt/Fachanwalt f. Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com
++49 69 9726 3939

MASSENENTLASSUNG UND KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ

Auch wenn vielfach zu vernehmen ist, dass sich die Stimmung in der deutschen Wirtschaft aufhellt—das Phänomen der Massenentlassung ist noch immer gegenwärtig. Doch wann liegt eine Massenentlassung eigentlich vor, und was ist zu beachten?

Der Sache nach handelt es sich um eine Zusammenballung von typischerweise betriebsbedingten Kündigungen, die innerhalb eines 30-Tages-Zeitraums erfolgen. Geregelt ist die Materie in den §§ 17 und 18 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG), welches jedoch von „Entlassungen“ spricht. Die Massenentlassung ist eine relative Größe, die—etwas vereinfacht dargestellt—von der Größe des jeweiligen Arbeitgeberbetriebs abhängt:

- in Betrieben mit 21–59 Arbeitnehmern muss es um die Entlassung von mehr als 5 Arbeitnehmern gehen,

- bei Betrieben mit 60—499 Arbeitnehmern um entweder 10 % der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mindestens 25 Arbeitnehmer,

- und bei Betrieben ab 500 Arbeitnehmern müssen mindestens 30 Arbeitnehmer von der Entlassung betroffen sein.

In der Vergangenheit bereitete aber der Begriff der Entlassung Schwierigkeiten. Traditionell war darunter in Deutschland nicht etwa der Ausspruch der Kündigung, sondern das tatsächliche Ausscheiden im Rechtssinne verstanden worden. Dieses Verständnis hatte für Arbeitgeber den Vorteil, dass in vielen Fällen der Ausspruch einer Vielzahl von Kündigungen nicht als Massenentlassung gewertet wurde. Oft gab es dann wegen unterschiedlich langer Kündigungsfristen in keinem 30-Tages-Zeitraum so viele Ausscheidende, dass noch die Schwelle zur Massenentlassung erreicht worden wäre. Ein derartiges Gesetzesverständnis entsprach jedoch nicht der EU-Massenentlassungsrichtlinie, die für Mitgliedsstaaten der EU verbindlich ist. Folglich hat denn auch der EuGH im sog. *Junk*-Urteil im Jahre 2005 der bisherigen deutschen Auffassung eine Absage erteilt. Er ging vielmehr davon aus, dass nicht das Ausscheiden, sondern die Kündigungserklärung entscheidend ist. Dem schloss sich das BAG an. Dies hat aber nicht dazu geführt, dass der Wortlaut des KSchG geändert werden musste. Vielmehr war das BAG der Auffassung, dass trotz der nicht unerheblichen Änderung im Verständnis eine richtlinienkonforme Auslegung genügt —es reichte vielmehr, den Begriff der Entlassung nun mit Kündigungserklärung gleichzusetzen.

DAS JUNK-URTEIL WAR NICHT DAS ENDE DER ZWEIFELSFÄLLE ...

Das KSchG sieht jedoch vor, dass Massenentlassungen vorab der Agentur für Arbeit mitzuteilen sind. Geschieht dies nicht, sind die Kündigungen unwirksam. Zudem werden jedoch anzeigepflichtige Entlassungen nach dem klaren Gesetzeswortlaut „vor Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit nur mit deren Zustimmung wirksam“. Auch die Bedeutung dieser Monatsfrist —der sog. Sperrfrist—bereitete Auslegungsprobleme. Einzelne Meinungen in der Literatur, vor allem aber auch ein Landesarbeitsgericht, haben zuletzt die Auffassung vertreten, dass innerhalb dieser Monatsfrist die ansonsten einschlägige vertragliche, tarifliche oder gesetzliche Kündigungsfrist nicht läuft. Namentlich das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte in einer Entscheidung vom 23. Februar 2007 die Meinung vertreten, dass die einschlägige Kündigungsfrist erst mit Ablauf der Sperrfrist in Gang gesetzt wird. Diese Auffassung würde also in der Praxis bedeuten, dass die Arbeitsverhältnisse mindestens einen Monat länger bestehen, weil sich einschlägige Kündigungsfrist und Sperrfrist nicht überlappen. Ausnahmen kämen demnach nur dann in Betracht, wenn die Agentur für Arbeit antragsgemäß die Sperrfrist verkürzt, oder, im umgekehrten Fall, eigenständig die Sperrfrist auf zwei Monate verlängert.

Zum Glück für die Arbeitgeber erteilte das BAG dieser Auffassung im Urteil vom 6. November 2009 (2 AZR 935/07) eine Absage. Nicht zuletzt wiederum auf Grund einer Wertung innerhalb des *Junk*-Urteils, auf welches ausdrücklich Bezug genommen wurde, kam das BAG zum Ergebnis,

dass sich die individuelle Kündigungsfrist und die Sperrfrist sehr wohl überlappen können.

Damit ist erst recht einer noch extremeren Auffassung als der des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg, nach der womöglich schon das Zustellen der Kündigung innerhalb der Sperrfrist unzulässig ist, der Boden entzogen.

Damit liegt ein insgesamt arbeitgeberfreundliches Urteil vor, welches im Ergebnis Klarstellung zu nachfolgenden Gesichtspunkten enthält:

- § 18 des KSchG verbietet den Ausspruch einer Kündigung vor dem Ablauf der Sperrfrist nicht, auch wenn man unter „Entlassung" im Sinne dieser Vorschrift die Kündigung versteht.

- Dem Gesetz lässt sich lediglich entnehmen, dass die Entlassung — auch bei ordnungsgemäßer Anzeige — grundsätzlich nicht ohne Einhaltung einer Mindestfrist von einem Monat vollzogen werden kann.

- Faktisch bedeutet dies, dass bei Massenentlassungen eine Art tatsächliche Mindestkündigungsfrist von einem Monat besteht. Diese wirkt sich aber nur bei einer eher kleinen Zahl von Kündigungen aus, da die einschlägigen vertraglichen, tariflichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen meist ohnehin länger sind.

- Ganz ausdrücklich hat das BAG auch ausgesprochen, dass es nicht den Auffassungen folgt, die in § 18 KSchG lediglich eine aufschiebende Rechtsbedingung sehen oder eine schwebende Unwirksamkeit der Kündigung mit der Folge annehmen, dass die Kündigungsfrist erst mit Ablauf der Sperrfrist in Gang gesetzt wird.

Weitere Zweifelsfälle bei der Anwendung der §§ 17, 18 KSchG hingen mit der Einbeziehung des Betriebsrats zusammen. Dass hier Fragen auftraten, ist nicht allzu verwunderlich, da das Vorliegen einer Massenentlassung praktisch zwingend bedeutet, dass auch eine Betriebsänderung im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes vorliegt. In diesem Zusammenhang hatten einzelne Kläger versucht, daraus Kapital zu schlagen, dass eine der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Massenentlassungsanzeige die Stellungnahme des Betriebsrates ist. Sie wollten daraus ableiten, dass eine Massenentlassungsanzeige erst nach erfolgter Einigung

mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich möglich wäre. Doch auch in dieser Hinsicht entschied das BAG gegenteilig und damit arbeitgeberfreundlich. Es stellte im Urteil vom 21. Mai 2008 (8 AZR 84/07) fest, dass auch nach der aus dem *Junk*-Urteil folgenden Rechtsprechungsänderung der Betriebsrat nur ordnungsgemäß konsultiert werden muss, dass aber eine Einigung mit ihm über einen Interessenausgleich nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Massenentlassungsanzeige ist, zumal auch die Massenentlassungsrichtlinie keine Einigung fordere, sondern nur eine Konsultation eingeleitet sein muss. Auch der Europäische Gerichtshof habe an keiner Stelle von einer Pflicht zur Einigung gesprochen. Dass es im deutschen Arbeitsrecht allerdings aus ganz anderen Gründen meist keine gute Idee ist, eine Betriebsänderung noch vor Abschluss des zugehörigen Interessenausgleichs durchzuführen, steht auf einem anderen Blatt.

IHRE ANSPRECHPARTNER

FRANKFURT
Hochhaus am Park
Grüneburgweg 102
60323 Frankfurt am Main
Tel.: ++49 69 9726 3939
Fax: ++49 69 9726 3993

Georg Mikes
Rechtsanwalt/Fachanwalt
für Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com

MÜNCHEN
Prinzregentenstraße 11
80538 München
Tel.: ++49 89 2060 42 200
Fax: ++49 89 2060 42 293

Friederike Göbbels
Rechtsanwältin/Fachanwältin
für Arbeitsrecht
fgoebbels@jonesday.com

JONES DAY BÜROS WELTWEIT

ATLANTA
BEIJING
BRÜSSEL
CHICAGO
CLEVELAND
COLUMBUS
DALLAS
DUBAI
FRANKFURT
HONG KONG
HOUSTON
IRVINE
LONDON
LOS ANGELES
MADRID
MAILAND
MEXIKO-STADT
MOSKAU
MÜNCHEN
NEU DELHI
NEW YORK
PARIS
PITTSBURGH
SAN DIEGO
SAN FRANCISCO
SHANGHAI
SILICON VALLEY
SINGAPUR
SYDNEY
TAIPEH
TOKYO
WASHINGTON

Die hier dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten sind nicht als fallspezifische juristische Beratung gedacht und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Jones Day haftet nicht für die Richtigkeit des Inhalts.

© 2009 Jones Day. All rights reserved. Printed in the U.S.A.