

ARBEITSRECHT NEWS

DIE SIEMENS / BEN-Q-ENTSCHEIDUNG DES BUNDESARBEITSGERICHTS

von **Claudia Röthlingshöfer**

München
 Rechtsanwältin; Mediatorin
 croethlingshoefer@jonesday.com
 ++49 89 20 60 42 252

Alter und / oder neuer Arbeitgeber müssen vor einem Betriebsübergang gem. § 613 a BGB die betroffenen Arbeitnehmer durch ein sog. „Unterrichtungsschreiben“ über diverse Details in Textform unterrichten. Genügt das Unterrichtungsschreiben nicht den gesetzlichen Anforderungen, so kann ein Arbeitnehmer über die gesetzlich vorgesehene Frist von einem Monat hinaus dem Betriebsübergang widersprechen. Wie die Siemens/BenQ Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes erneut zeigt, sind die Anforderungen an dieses Unterrichtungsschreiben hoch. Siemens hat im Fall des Betriebsüberganges seiner Mobilfunksparte auf BenQ diverse Fehler gemacht und sich so im Ergebnis viele Probleme eingehandelt. Zu der bisherigen BAG-Rechtssprechung hatten wir bereits im Newsletter I/2007 informiert.

INHALT

Die Siemens / BenQ-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts	1
Einigungsstelle: Ergreifen Sie die Initiative, wenn sich ein Konflikt mit dem Betriebsrat anbahnt	3
Die steuerliche Behandlung aufgeteilter Abfindungszahlungen	6
Gendiagnostikgesetz	6

■ DIE FAKTEN

2005 bietet Siemens seine wenig lukrative Mobilfunksparte „Com MD“ (Mobile Devices) zum Verkauf an. Die BenQ Corp., ein taiwanesischer Anbieter von Consumer-Electronic-Produkten, ist interessiert. Die BenQ Corp. war zu diesem Zeitpunkt bereits weltweit aufgestellt, Weltmarktführer bei Scannern und auch im Bereich von LCD-Monitoren und Beamern an der Spitze. Das bis zu diesem Zeitpunkt lediglich 16 % des Gesamtumsatzes ausmachende Mobilfunkgeschäft

sollte durch den Zukauf der Siemens Mobilfunksparte deutlich ausgebaut werden.

■ ABWICKLUNG DES VERKAUFS

Um den Betriebsübergang vorzubereiten, gründet die BenQ-Corp. im August 2005 in Deutschland die BenQ Mobile-GmbH & Co. OHG. Gleichzeitig findet die organisatorische Trennung von Com MD und Siemens statt. Das Master Sales and Purchase Agreement sieht vor, dass Siemens – der Verkäufer – an BenQ – den Käufer – zum Ausgleich für die vom BenQ-Konzern übernommenen Verbindlichkeiten einen negativen Kaufpreis von rund 350 Millionen Euro zahlt.

Zudem wird ein Großteil der Patente der Com MD – insbesondere die werthaltigen Patente – an die Konzernmutter in Taiwan übertragen.

Die Arbeitnehmer werden mit Schreiben vom 29. August 2005 von dem Verkauf unterrichtet. Im September wird der Teilbetrieb Com MD und ein wesentlicher Teil der Betriebsmittel übertragen. Die Arbeitsverhältnisse sollen zum 1. Oktober 2005 auf BenQ übergehen.

■ INSOLVENZ DER BEN-Q MOBILE-GMBH & CO. OHG

Bilder von protestierenden Ex-Siemensianern füllen fast täglich die Zeitungen im Herbst 2006. Der frisch verkaufte Mobilfunksparte geht es wirtschaftlich schlechter und schlechter. Geldspritzen des BenQ-Konzerns gibt es nicht oder nicht ausreichend – am 1. Januar 2007 wird das Insolvenzverfahren über dem Betrieb der BenQ Mobile-GmbH & Co. OHG eröffnet.



■ DER RECHTSSTREIT

Noch im Herbst 2006 – das heißt ein Jahr nach dem durchgeführten Betriebsübergang – widersprechen über 1.500 Mitarbeiter nachträglich dem Betriebsübergang von Siemens auf BenQ Mobile. Wie sich herausstellen wird, mit Erfolg.

Einige Mitarbeiter erheben Feststellungsklage gegen Siemens. Die Kläger vertreten die Ansicht, auch noch nach dem Insolvenzantrag der BenQ Mobile dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse widersprechen zu können, da die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 BGB durch die mangelhafte Unterrichtung über den Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 5 BGB nicht in Gang gesetzt worden sei. Die Unterrichtung habe nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprochen.

Die Arbeitgeber behalten in allen drei Instanzen Recht. Zuletzt entscheidet das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 23. Juli 2009, dass auch die Revision der beklagten Siemens AG ohne Erfolg bleibt.

Die Arbeitsrichter urteilen, dass der Widerspruch gegen den Betriebsübergang wirksam und nicht verspätet erhoben wurde, die Unterrichtung über den Betriebsübergang fehlerhaft war und folglich die einmonatige Widerspruchsfrist nicht in Gang gesetzt wurde.

Im Ergebnis – so das BAG – führe der auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurückwirkende Widerspruch dazu, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien über den 1. Oktober 2005 hinaus unverändert fortbestehe.

■ FEHLER DES UNTERRICHTUNGSSCHREIBENS

Das Bundesarbeitsgericht bemängelte die schlechte Information der betroffenen Mitarbeiter über den Erwerber, die fehlerhafte Information über den Grund des Übergangs und die unzureichende Information über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs.

■ MANGELHAFTE INFORMATION ÜBER DEN ERWERBER

Mit dem Informationsschreiben vom 29. August 2005 hat Siemens seine Arbeitnehmer im Rahmen des § 613 a Abs. 5 BGB nicht so informiert, dass diese sich über die Person des Übernehmers und über die in § 613 a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen konnten. Das BAG urteilte, dass die bloße Nennung der Firma des Betriebserwerbers nicht

genüge, um über die Identität der Betriebsübernehmerin zu informieren.

Die Unterrichteten müssen gem. § 613 a Abs. 5 BGB vielmehr in der Lage sein, Erkundigungen über den künftigen Betriebserwerber einzuholen. Dazu gehören die Angabe eines Firmensitzes, einer Geschäftsadresse und bei Gesellschaften, sofern eine vollständige gesetzliche Vertretung nicht angegeben wird, die Nennung einer identifizierbaren natürlichen Person mit Personalkompetenz als Ansprechpartner.

■ FEHLERHAFTER INFORMATION ÜBER DEN GRUND FÜR DEN ÜBERGANG

Mit dem „Grund“ ist in erster Linie die Angabe des Rechtsgrundes für den Betriebsübergang wie Kaufvertrag, Pachtvertrag, Umwandlung etc. gemeint. Die Angabe des dem Betriebsübergang zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts allein reicht nach dem Urteil der Arbeitsrichter jedoch nicht aus. Den betroffenen Arbeitnehmern müssen vielmehr jene unternehmerischen Gründe für den Betriebsübergang zumindest schlagwortartig mitgeteilt werden, die sich beim Betriebserwerber, im Falle eines Widerspruchs beim Betriebsveräußerer auf den Arbeitsplatz auswirken können.

Das Unterrichtungsschreiben von Siemens blieb hier in vielen Punkten ungenau: beispielsweise wurde die Terminologie „Kaufvertrag“ benutzt, obwohl kein Kaufpreis entrichtet wurde. Zudem wurde nicht erwähnt, dass Schlüsselpatente nicht zusammen mit den Arbeitnehmern auf die BenQ Mobile, sondern vielmehr auf die Konzernmutter in Taiwan übertragen wurden.

■ KEINE AUSREICHENDE INFORMATION ÜBER RECHTLICHE FOLGEN

Gem. § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB ist über „die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs“ zu unterrichten. Die Rechtsfolgen müssen präzise angegeben werden, es darf kein juristischer Fehler enthalten sein. Es genügt nicht mehr (so die frühere Rechtsprechung des BAG), dass die Belehrung über die rechtlichen Folgen nur „im Kern“ richtig ist und lediglich eine „ausreichende“ Unterrichtung erfolgen muss.

Das Unterrichtungsschreiben von Siemens hatte zu viele Ungenauigkeiten, was die Beendigung der Haftung des Veräußerers und die Haftung von Siemens für Ansprüche, die vor Betriebsübergang entstanden sind, betraf. Im Rahmen der Ablösung von Tarifvereinbarungen und Betriebsvereinbarungen blieb die individualrechtliche oder kollektivrechtliche Weitergeltung zudem völlig offen.

■ FAZIT

Das Unterrichtungsschreiben von Siemens enthielt zwar tatsächlich einige grobe „Schnitzer“. Das BAG hat den Fall jedoch zum Anlass genommen, seine bisherige Rechtsprechung zur Reichweite der Unterrichtungserfordernisse nochmals deutlich auszuweiten.

Durch die Forderung, dass ein Arbeitnehmer in der Lage sein müsse, „Erkundigungen“ über den neuen Arbeitgeber einzuholen, wird die Menge der erforderlichen Informationen nahezu uferlos. Ein umsichtiges und sorgfältig erstelltes Unterrichtungsschreiben ist daher im Rahmen von Unternehmensverkäufen unerlässlich.

EINGANGSSTELLE: ERGREIFEN SIE DIE INITIATIVE, WENN SICH EIN KONFLIKT MIT DEM BETRIEBSRAT ANBAHNT

von **Jörg Rehder**

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

Bereits in früheren Ausgaben unseres Arbeitsrechts Newsletters haben wir über die Kündigungsmöglichkeit aus betriebsbedingten Gründen berichtet. (z.B. in der vierten Ausgabe des Jahres 2008 „Neuere Rechtsprechung zum Thema Kündigungsrecht“). Haben die Arbeitnehmer bereits einen Betriebsrat gewählt oder beschließen sie aufgrund ausstehender Kündigungen, dieses Gremium zu errichten (was relativ schnell umsetzbar ist) und bewirken die geplanten Kündigungen eine „Betriebsänderung“, so verpflichtet das Gesetz den Arbeitgeber, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich und ggf. einen Sozialplan zu verhandeln.



■ **SOZIALPLAN VS. INTERESSENAUSGLEICH**

Ein Sozialplan bestimmt unter anderem, wie hoch eine Abfindung sein muss, die der Arbeitgeber einem gekündigten Arbeitnehmer bezahlen muss. Dagegen hat ein Interessenausgleich einen anderen Zweck. In dieser Vereinbarung bestimmen der Betriebsrat und der Arbeitgeber das "wer, wann und wie" von Kündigungen, d.h., wie wird der geplante Personalabbau durchgeführt, wann sollen die geplanten Kündigungen wirksam und welche Arbeitnehmer entlassen werden. Der Arbeitgeber und der Betriebsrat können im Rahmen einer Namensliste als Anlage zum Interessenausgleich festlegen, welche Mitarbeiter gekündigt werden sollen. Dies soll aber heute nicht im Fokus dieses Artikels stehen.

Angesichts der zahlreichen offenen Fragen und Probleme, die bei dem Aushandeln dieser beiden Vereinbarungen geklärt werden müssen, sowie aufgrund der zumeist stark aufgeladenen Emotionen auf beiden Seiten, überrascht es nicht, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat nicht selten keine Einigung finden. In diesem Fall können die Parteien die Einigungsstelle anrufen. Das Ziel einer Einigungsstelle ist es, eine Vereinbarung über die offenen Punkte der geplanten „Betriebsänderung“ zu treffen.

■ **WELCHE FOLGEN HAT ES, WENN ES NICHT ZU EINEM INTERESSENAUSGLEICH KOMMT?**

Neben den verschiedenen Zwecken die Sozialplan und Interessenausgleiche verfolgen, unterscheiden sich beide Vereinbarungen vor allem auch hinsichtlich des Verfahrens. Können die Parteien keine Vereinbarung über einen Sozialplan treffen und rufen daraufhin die Einigungsstelle an, so wird diese Stelle als Schiedsrichter tätig und hat sogar die Befugnis, über den Inhalt des Sozialplans zu entscheiden – der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Umgekehrt ist es bei einem Interessenausgleich die Aufgabe der Einigungsstelle, als Mediator aufzutreten, d.h. wenn es der Einigungsstelle nicht gelingt, die Streitigkeiten zwischen den Parteien zu schlichten, wird einfach kein Interessenausgleich abgeschlossen.

Dies wirft schließlich die Frage auf, warum sich ein Arbeitgeber dann überhaupt die Mühe machen sollte, einen Interessenausgleich auszuhandeln. Die Antwort lautet wie so oft: des Geldes wegen. Beteiligt sich der Arbeitgeber an den Verhandlungen zum Abschluss eines Interessenausgleiches nicht im erforderlichen Maße (wie es das Gesetz vorsieht), so können Arbeitnehmer vom

Arbeitgeber gerichtlich eine Abfindung einklagen. Dies kann den Arbeitgeber ziemlich teuer zu stehen kommen, da als Abfindung für einen Arbeitnehmer ein Betrag von bis zu zwölf Monatsverdiensten festgesetzt werden kann (ist der Arbeitnehmer älter als 50 Jahre und hat das Arbeitsverhältnis mindestens 15 Jahre bestanden, so ist sogar ein Betrag von bis zu 15 Monatsverdiensten möglich und ab dem 55. Lebensjahr und einer Betriebszugehörigkeit von mehr als 20 Jahren, kann vom Gericht sogar eine Abfindung von bis zu 18 Monatsverdiensten festgesetzt werden). Die tatsächliche Höhe des Abfindungsbetrages wird vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen festgelegt.

Den Arbeitgeber damit unter Druck zu setzen, hat zwei Gründe. Zum einen soll die Missachtung der Verpflichtung, ernsthafte Verhandlung über einen Interessenausgleich zu führen, sanktioniert werden. Zum anderen sollen Arbeitnehmer, die wirtschaftliche Einbußen durch den Verlust ihrer Stelle erleiden, finanziell entschädigt werden.

■ ERNENNUNG DES VORSITZENDEN EINER EINIGUNGSSTELLE

Die Einigungsstelle besteht aus einer gleichen Anzahl von Beisitzern, die vom Arbeitgeber und vom Betriebsrat bestellt werden. Die Beisitzer einigen sich über einen unparteiischen Vorsitzenden, wobei dieses Amt niemand aus den Reihen der Beisitzer übernehmen darf. Damit ist auch klar, dass sich der Vorsitzende zunächst der Stimme zu enthalten hat. Statt dessen nimmt dieser die Rolle eines Schlichters ein und übt Druck auf beide Seiten der Vertreter aus, um eine Einigung herbeizuführen. Da die gleiche Anzahl arbeitgeberfreundlicher wie betriebsratsfreundlicher Vertreter als Beisitzer bestellt sind, kommt es häufig zu einer Pattsituation. Kommt eine Stimmenmehrheit letztlich nicht zustande, so nimmt der Vorsitzende nach weiterer Beratung an der erneuten Beschlussfassung teil. Es leuchtet ein, dass die Person des Vorsitzenden in diesem Fall streitentscheidend sein kann.

■ MÖGLICHKEITEN DER ERNENNUNG EINES EINIGUNGSSTELLENVORSITZENDEN

Kommt eine Einigung über die Person des Vorsitzenden unter den Vertretern der Einigungsstelle nicht zustande, so bestellt ihn das Arbeitsgericht. Es verwundert, dass die Frage, ob der Vorsitzende im Ergebnis tatsächlich „neutral“ ist, davon abhängen wird, in welchem der 16 Bundesländer die Auseinandersetzung angesiedelt ist, da die Anfechtung der Entscheidung über die Ernennung des Vorsitzenden nur

im Rahmen einer Beschwerde an das Landesarbeitsgericht stattfindet und nicht zum Bundesarbeitsgericht geht. Landesarbeitsgerichte entscheiden nicht immer zwingend konform – wie beispielsweise bei der Art und Weise der Auswahl eines Einigungsstellenvorsitzenden. In diesem Zusammenhang haben die Landesarbeitsgerichte von Schleswig-Holstein und Baden-Württemberg entschieden, dass ein Dritter (das Arbeitsgericht) die Entscheidung über die Person des Vorsitzenden trifft, sollten die Vertreter der Einigungsstelle zu keiner Einigung kommen. Im Gegensatz dazu haben die Landesarbeitsgerichte von Hamburg und Bremen entschieden, dass der Seite, die ursprünglich die Einigungsstelle angerufen hat (typischerweise die Arbeitnehmervertreter), das Recht des ersten Vorschlages zukommt. Nur für den Fall, dass die andere Seite konkrete Nachweise über die Befangenheit des Nominierten vorlegen kann, wird diesem Vorschlag nicht zugestimmt.

In einem Fall der vom Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 04.06.2010, Az. 6 TaBV 901/10) entschieden wurde, hatte die Geschäftsleitung einer Filiale eines bundesweit tätigen Einzelhandelsunternehmens mit mehr als 300 Verkaufsfilialen und rund 15.000 Arbeitnehmern beschlossen, dass in Erfüllung eines neuen Tarifvertrages Zahlungen im Rahmen einer Aufstockung des Arbeitgeberanteils zur tariflichen Altersversorgung fließen sollten. Der Tarifvertrag sah vor, dass alle in Verkaufsstellen tätigen Arbeitnehmer im Jahre 2009 und 2010 jeweils €131,25 extra erhalten sollten, um einen Wegfall von Spätzuschlägen an Samstagen ab 14:30 Uhr zu kompensieren. Nach dem Tarifvertrag sollte der Arbeitgeber wählen können, ob er den Arbeitgeberanteil zur tariflichen Altersversorgung erhöhen oder den Betrag dem Wertguthaben eines Langzeitkontos zuführen will. Der Arbeitgeber hat sich für die erste Variante entschieden, da seiner Ansicht nach betriebliche Regelungen zu einem Langzeitkonto nicht bestanden. Der Betriebsrat war mit der Entscheidung der Geschäftsleitung nicht einverstanden und rief eine Einigungsstelle zur Lösung der Streitfrage an. Da vom Betriebsrat die Initiative zur Einschaltung der Einigungsstelle ausging und gegen den vom Betriebsrat vorgeschlagenen Vorsitzenden keine „verifizierbare Bedenken“ vorgetragen werden konnten, sah das Gericht keinen Grund, den vorgeschlagenen Vorsitzenden nicht zu bestellen. Das LAG Berlin-Brandenburg führte aus, dass die Äußerung einer Rechtsauffassung durch den Vorsitzenden, die nach Ansicht des Arbeitgebers der gegenwärtigen

Rechtsprechung widerspreche, für eine Ablehnung des Einigungsstellenvorsitzenden nicht ausreichend sei (der Arbeitgeber hatte argumentiert, dass der nominierte Vorsitzende sich in einer anderen Einigungsstelle „arbeitgeberungünstig“ geäußert hatte). Der Fall zeigt, wie wichtig es für Arbeitgeber sein kann, die Initiative zur Anrufung der Einigungsstelle selbst zu ergreifen, wenn sich ein Streit mit dem Betriebsrat anbahnt.



DIE STEUERLICHE BEHANDLUNG AUFGETEILTER ABFINDUNGSZAHLUNGEN

von **Dr. Christian Funke**

Frankfurt
Rechtsanwalt/Steuerberater
cfunke@jonesday.com
++49 69 9726 3939

Abfindungszahlungen für den Verlust des Arbeitsplatzes können der ermäßigten Besteuerung nach der sog. „Ein-Fünftel-Regel“ gemäß den §§ 24 Nr. 1 und 34 Abs. 1, 2 EStG unterliegen. In kurzen Worten bedeutet dies, dass die Begünstigung durch eine reduzierte Steuerprogression herbeigeführt wird. Diese wird dadurch erzielt, dass für die Ermittlung des Steuersatzes des Arbeitnehmers neben dem sonstigen Einkommen nur ein Fünftel der Abfindung zum Ansatz kommt. Der ermittelte Steuersatz wird allerdings natürlich auf die gesamte Abfindung angewandt, kann sich aber bei Arbeitnehmern, die damit noch unterhalb des Spitzensteuersatzes bleiben, günstig auswirken.

Grundsätzlich ist jedoch die ermäßigte Besteuerung nur anzuwenden, wenn der gesamte Abfindungsbetrag in einem Besteuerungszeitraum (also einem Kalenderjahr) an den Arbeitnehmer gezahlt wird. Nach der Entscheidung des

Finanzgericht Köln vom 9. April 2010 (Az.: 8 K 972/08) ist die ermäßigte Besteuerung aber auch dann auf den in einem Steuerjahr ausbezahlten Hauptbetrag der Abfindung anzuwenden, wenn die Auszahlung der Abfindung über einen Zeitraum von zwei Jahren erfolgt und nur ein geringfügiger Betrag in dem anderen Jahr an den Arbeitnehmer ausbezahlt wird. Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitnehmer im Jahr 2005 eine Vorauszahlung in Höhe von 5 % des gesamten Abfindungsbetrages erhalten. Die Hauptsumme erhielt der Arbeitnehmer im Jahr 2006 ausbezahlt. Nach der Entscheidung des Gerichts soll die geringfügige Zahlung in 2005 nicht die Anwendung der ermäßigten Besteuerung auf den im Jahr 2006 ausbezahlten Hauptbetrag ausschließen. Daher war die „Ein-Fünftel-Regelung“ auf die erhaltene Abfindungszahlung des Jahres 2006 anzuwenden. Das Gericht ließ aber die Revision zu.

GENDIAGNOSTIKGESETZ

von **Georg Mikes**

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

■ ALLGEMEINES ZUM NEUEN GESETZ

Die Entschlüsselung des menschlichen Erbguts und die Erforschung der mit Erbinformation verbundenen Krankheiten schreitet schnell voran. Dies kann mit großem medizinischen Nutzen, aber auch mit gewissen Risiken verbunden sein. Im Bereich der Risiken und unter juristischen Gesichtspunkten sind vor allem die Gefahren zu nennen, die sich darstellen als mögliche Benachteiligung auf Grund genetischer Eigenschaften bzw. als Gefährdung der Menschenwürde und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Aus diesem Grund wurde das Gendiagnostikgesetz (GenDG) erlassen, das ganz ausdrücklich in § 1 als Ziel die Verhinderung einer derartigen Benachteiligung und den Schutz von Menschenwürde und informationeller Selbstbestimmung nennt. Es trat in seinen wesentlichen Teilen mit dem 1. Februar 2010 in Kraft.

Eine Kernregelung besteht in § 4 GenDG, wonach niemand wegen seiner genetischen Eigenschaften, wegen der Vornahme oder Nichtvornahme einer genetischen Untersuchung oder Analyse oder eines entsprechenden Ergebnisses benachteiligt werden darf.

Hierbei ist zunächst einmal festzustellen, dass es sich nicht um ein spezifisches Arbeitsgesetz handelt, sondern diverse Lebensbereiche betrifft. Dennoch enthält das GenDG, neben allgemeinen, für verschiedene Rechtsbereiche einheitlich geltende Bestimmungen wie dem vorgenannten § 4 einen Abschnitt, der sich ganz konkret auf genetische Untersuchungen im Arbeitsleben bezieht (Abschnitt 5, §§ 19 – 22 GenDG).

■ ANWENDUNGSBEREICH

Das GenDG definiert zunächst einmal seine wesentlichen Begriffe (§ 3 GenDG). Insoweit sind vor allem zu nennen die „genetische Untersuchung“, worunter (vor allem) die genetische Analyse zur Feststellung genetischer Eigenschaften zu verstehen ist, wobei jedoch noch konkreter die „diagnostische genetische Untersuchung“ eine solche ist, die eine bereits bestehende Erkrankung oder gesundheitliche Störung abklärt oder aber abklärt, ob genetische Eigenschaften vorliegen, die zusammen mit der Einwirkung äußerer Faktoren oder Fremdstoffen eine Erkrankung oder gesundheitliche Störung auslösen können. Es ist leicht nachvollziehbar, dass unter anderem Arbeitgeber ein Interesse daran haben können, solche Informationen zu erlangen, um z.B. einschätzen zu können, wie hoch die mittel- und langfristige krankheitsbedingte Ausfallwahrscheinlichkeit eines Arbeitnehmers ist.

Der Begriff „Arbeitgeber“ ist ebenfalls definiert, bietet dabei allerdings wenig Überraschendes; Erwähnung verdient allerdings, dass bei Arbeitnehmerüberlassung sowohl der Verleiher als auch der Entleiher als Arbeitgeber gilt. Als „Beschäftigte“, auf die das GenDG Anwendung findet, gelten unter anderem Arbeitnehmer, zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, Rehabilitanden, arbeitnehmerähnliche Personen und – sehr wichtig – Bewerberinnen und Bewerber. Gerade durch die Nennung der Bewerber wird deutlich, dass das GenDG eine starke inhaltliche Nähe zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hat, das ja ebenfalls gerade für Bewerber besonders bedeutsam ist.

■ WAS DER ARBEITGEBER DARF UND NICHT DARF

Konkret auf das Arbeitsverhältnis zugeschnitten ist in § 19 GenDG geregelt, dass der Arbeitgeber von Beschäftigten – zur entsprechenden Definition siehe oben – weder vor noch nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen



verlangen darf; ebenso wenig darf er die Mitteilung bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen, solche Ergebnisse entgegennehmen oder verwenden. Letzteres muss wohl dahin gedeutet werden, dass sogar ein gar nicht angefragtes und daher unaufgefordert zugesandtes Ergebnis nicht entgegengenommen, geschweige denn verwendet werden darf.

Ferner gibt es in § 21 GenDG ein spezifisch arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot, das sehr umfassend ausgestaltet ist und daher nicht mehr viel Raum für das allgemeinere Benachteiligungsverbot des § 4 GenDG lassen dürfte. Nach § 21 GenDG darf der Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen ihrer genetischen Eigenschaften benachteiligen; dieses Verbot erstreckt sich ausdrücklich auf Vereinbarungen oder Maßnahmen, insbesondere bei der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, einer Weisung, oder der Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses.

Zur Regelung von Fragen im Zusammenhang mit arbeitsmedizinischen Vorsorgeuntersuchungen wurde auch insoweit eine Regelung getroffen. Zwar könnten genetische Untersuchungen theoretisch auch nützlich für Zwecke arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen sein, aber § 20 Abs. 1 GenDG besagt dennoch, dass im Grundsatz von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht werden darf. Dahinter steht, dass Arbeitgeber gar nicht erst in Versuchung kommen sollen, Arbeitnehmer zu selektieren, um etwa für gefährdende Tätigkeiten genetisch robuste Arbeitnehmer zu verwenden. Abweichend vom Grundsatz des Absatzes

1 sind aber unter Umständen Genproduktanalysen zulässig; dies sind Analysen der Produkte der Nukleinsäuren. Eine solche Zulässigkeit ist gegeben, wenn die Analyse erforderlich ist zur Feststellung genetischer Eigenschaften, die mitursächlich sein können für schwerwiegende gesundheitliche Störungen, welche sich bei Beschäftigung an einem bestimmten Arbeitsplatz ergeben können. Allerdings ist ausdrücklich durch das Gesetz angeordnet, dass auch in diesen Fällen die genetische Untersuchung gegenüber anderen Maßnahmen des Gesundheitsschutzes nachrangig (subsidiär) ist. Mit anderen Worten: wenn auf andere Art die Gesundheitsgefährdung vermieden werden kann, so hat dies den Vorrang vor einer Herangehensweise, nach der man aufhört, einen Arbeitnehmer einer gesundheitsgefährdenden Tätigkeit auszusetzen, weil man mittlerweile eine erste gesundheitliche Schädigung nachweisen kann. Weitere Ausnahmen vom Prinzip des Absatz 1 ergeben sich durch die Möglichkeit der Bundesregierung, eine entsprechende Rechtsverordnung zu erlassen; hierdurch kann eine gewisse Flexibilität in der Handhabung erreicht werden.

■ RECHTSFOLGEN BEI VERSTÖßEN

Im Zusammenhang mit möglichen Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 21 GenDG wird in besonderer Weise die Nähe zum AGG deutlich, denn für die zivilrechtliche Seite von Verstößen werden die §§ 15 und 22 AGG für entsprechend anwendbar erklärt. Dies bedeutet, dass die Beschäftigten gegebenenfalls Entschädigung und Schadenersatz fordern können, und dass die Beweislast so ausgestaltet ist, dass im Streitfall der Beschäftigte zwar Indizien beweisen muss, die eine Benachteiligung vermuten lassen, dass daraufhin jedoch der Arbeitgeber den Entlastungsbeweis zu führen hat.

Das GenDG sieht daneben aber auch Strafnormen (§ 25 GenDG) und Ordnungswidrigkeitstatbestände (§ 26 GenDG) vor. Die Strafnormen werden im Zusammenhang mit dem Arbeitsleben kaum relevant werden. Verstöße gegen die §§ 19 und 20 GenDG können jedoch in manchen Fällen mit Geldbußen bis 300.000 Euro geahndet werden.

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.