



# Newsletter

## Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft

**BEITEN BURKHARDT**  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

### Inhalt:

|                      |          |
|----------------------|----------|
| Im Blickpunkt .....  | Seite 1  |
| Rechtsprechung ..... | Seite 8  |
| Kurzmeldungen .....  | Seite 19 |

### Im Blickpunkt

## Was lange währt – Reform des Mutterschutzes beschlossen

Ende März hat der Bundestag die lange geplante Reform des Mutterschutzgesetzes beschlossen. Auch der Bundesrat hat Mitte Mai zugestimmt. Das Gesetz kann damit Anfang 2018 in Kraft treten.

### Ausdehnung des Geltungsbereichs

Der Geltungsbereich wird auf Heimarbeiterinnen, Auszubildende und Praktikantinnen, Beschäftigte in einer Behindertenwerkstatt, Entwicklungshelferinnen, Freiwillige des Bundesfreiwilligendienstes, Diakonissen, arbeitnehmerähnliche Personen sowie Schülerinnen und Studentinnen erweitert. Die während des Gesetzgebungsverfahrens geäußerte Kritik daran, dass auch arbeitnehmerähnliche Personen sowie Schülerinnen und Studentinnen erfasst sein sollen, wurde ignoriert. Es wird daher nicht – wie grundsätzlich erforderlich – am Arbeitsverhältnis angeknüpft, sondern am Beschäftigungsverhältnis i.S.d. § 7 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV). Ausweislich des Gesetzentwurfs der Bundesregierung sollen hiervon nun auch Fremdgeschäftsführerinnen sowie Minderheiten-Gesellschafter-Geschäftsführerinnen erfasst sein, da auch diese in einer persönlichen Abhängigkeit nach dem SGB stehen. Maßgeblich wird hier auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH vom 11. November 2010, C-232/09 „Danosa“) umgesetzt.

### Teilweise Verlängerung der Schutzfristen

Grundsätzlich werden die Schutzfristen beibehalten, d.h. die sechswöchige Schutzfrist vor der Geburt sowie das achtwöchige Beschäftigungsverbot danach. Ausnahmen vom Beschäftigungsverbot sind möglich, wenn beispielsweise eine Studentin eine wichtige Klausur schreiben möchte. Eine verlängerte Schutzfrist findet nicht nur im Fall von Früh- und Mehrlingsgeburten Anwendung, sondern auch, wenn eine Behinderung des Kindes festgestellt wird und die Frau einen entsprechenden Antrag stellt.

### Ausweitung des besonderen Kündigungsschutzes

Der besondere Kündigungsschutz (grundsätzliches Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung) bleibt bestehen, wird aber auf Frauen ausgedehnt, die nach der zwölften Schwangerschaftswoche eine Fehlgeburt erleiden. Beendet ist der besondere Kündigungsschutz dann vier Monate nach dem Tag der Fehlgeburt. Unzulässig sollen auch die Kündigung vorbereitende Handlungen sein, wie die Suche und Planung eines endgültigen Ersatzes für die betroffene Frau. Eine weitere Konkretisierung wurde nicht vorgenommen, sodass fraglich bleibt, ob die bislang während des bestehenden Kündigungsschutzes mögliche Betriebsratsanhörung oder Nennung der Frau in der Massenentlassungsanzeige weiterhin möglich sein soll. Legt man den Maßstab des EU-Gemeinschaftsrechts an, dürfte dies nicht der Fall sein, wenn selbst die Suche und Planung von Ersatz bereits unzulässig sind.

### Keine Arbeitszeitverbote

Gegen den Willen der Schwangeren soll es keine Arbeitsverbote mehr geben. Auch die Möglichkeit



## Newsletter

# Arbeits- und Lohnsteuerrecht

der Sonn- und Feiertagsarbeit soll erweitert werden, sofern die Betroffene dies möchte. Durch ein behördliches Genehmigungsverfahren kann auch Arbeit zwischen 20 und 22 Uhr für zulässig erklärt werden. Während des Genehmigungsverfahrens kann die Schwangere weiterbeschäftigt werden; soweit innerhalb von sechs Wochen keine Ablehnung erfolgt, gilt der Antrag als genehmigt.

### **Es bleibt dabei: Gefährdungsbeurteilungen sind vorzunehmen**

Der „präventive Ansatz“ wurde trotz der massiven Kritik beibehalten, aber abgewandelt: Durch das Gesetz soll die Gesundheit der Frau und ihres (ungeborenen) Kindes während der Schwangerschaft und in der Stillzeit geschützt werden. Dies erhofft man sich durch die sog. Gefährdungsbeurteilung, die feststellen soll, ob eine Gefährdung unverantwortbar ist oder nicht. Dabei wird von einer Unverantwortbarkeit ausgegangen, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gesundheitsbeeinträchtigung angesichts der zu erwartenden Schwere des möglichen Gesundheitsschadens nicht hinnehmbar ist. Die Differenzierung erfolgt nach der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, wobei die Anforderungen gering sind. Abgestellt wird nun auf die vorhandene Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Arbeitsschutzgesetz und nicht mehr auf eine gesondert zu erstellende Gefährdungsbeurteilung. Im Rahmen der Schwangerschaftsmitteilung ist diese dann zu konkretisieren. Damit fällt die arbeitsplatzunbezogene Gefährdungsbeurteilung weg und konkretisiert (lediglich) den allgemeinen Arbeitsschutz.

### **Fazit**

Das neue Mutterschutzgesetz wird zum 1. Januar 2018 in Kraft treten. Die Praxis muss die Konsequenzen tragen. Die maßgeblichen Punkte werden die Gerichte klären müssen, da sich bereits jetzt schon vor allem im Hinblick auf den Kündigungsschutz zahlreiche Folgeprobleme ankündigen.

*Dr. Kathrin Bürger, LL.M., Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

## **Bundesagentur für Arbeit erleichtert Abschluss von Aufhebungsverträgen**

Aufhebungsverträge erweisen sich aus Sicht der Unternehmen oft als schnellere und rechtssichere Alternative im Vergleich zur Arbeitgeberkündigung. Grundsätzlich droht dem Arbeitnehmer jedoch beim Arbeitslosengeldbezug eine Sperrzeit. Das Gesetz enthält eine Regelung, wonach der Mitarbeiter nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags grds. für die Dauer von zwölf Wochen kein Arbeitslosengeld I erhält. Vor diesem Hintergrund sind erfahrungsgemäß viele Arbeitnehmer nicht bereit, einvernehmlich das Arbeitsverhältnis zu beenden (bzw. sie sind es nur bei Zahlung einer noch höheren Abfindung).

Sozialrechtlich unterfällt der Arbeitnehmer allerdings keiner Sperrzeit, wenn ein wichtiger Grund für den Abschluss des Aufhebungsvertrags vorliegt. Bei der Prüfung des wichtigen Grunds sind die Mitarbeiter der Agentur für Arbeit an die Geschäftsanweisung der Bundesagentur gebunden. Diese Geschäftsanweisung änderte die Behörde zu Beginn dieses Jahres. Dadurch wird die sozialrechtliche Sperrzeitenregelung bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags entschärft. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grunds werden gelockert. Demzufolge kann das Unternehmen den Arbeitnehmer leichter zur Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags bewegen.

### **Bisherige Regelung**

Bisher wurde im Hinblick auf den wichtigen Grund u. a. vorausgesetzt, dass eine ernsthaft in Aussicht gestellte Kündigung des Arbeitgebers aus betriebsbedingten Gründen droht (z. B. wegen Betriebsstilllegung, Outsourcing etc.). Eine drohende Kündigung aus personenbedingten Gründen (z. B. Krankheit) begründete bis dato keinen wichtigen Grund. Die Geschäftsanweisung hält die Mitarbeiter der Arbeitsagentur grds. an, nur bei hypothetisch rechtmäßiger Arbeitgeberkündigung keine Sperrzeit zu verhängen. Dies hat aber zur Folge, dass die Agentur die Rechtmäßigkeit einer Kündigung prüfen muss. Dadurch entsteht für den Arbeitnehmer eine erhebliche Rechtsunsicherheit.



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Denn das Ergebnis dieser Prüfung lässt sich in der Praxis in den meisten Fällen nur schwer vorhersagen. Von der Prüfung der Rechtmäßigkeit konnte nach bislang geltender Geschäftsanweisung nur abgesehen werden, wenn eine Abfindung mit dem Faktor zwischen 0,25 bis 0,5 Brutto-Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr vereinbart wurde.

### Neue Regelung

Die geänderte Geschäftsanweisung erlaubt das Absehen von einer Sperrzeitverhängung aus wichtigem Grund nicht nur bei drohender betriebsbedingter, sondern nun auch bei einer avisierten personenbedingten Kündigung des Arbeitgebers (z. B. infolge häufiger Kurzzeiterkrankungen). Die Arbeitsagentur prüft als zweite Änderung zudem nur noch die Rechtmäßigkeit einer hypothetischen Kündigung des Arbeitgebers, sofern eine höhere Abfindung als 0,5 Brutto-Monatsgehälter pro Beschäftigungsjahr gezahlt wird. Die Mindestgrenze von 0,25 Brutto-Monatsgehältern zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer hypothetischen Kündigung ist damit entfallen.

Nach der neuen Geschäftsanweisung kann bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags (gilt auch für Abwicklungsverträge, die nach ausgesprochener Kündigung die Modalitäten zur Abwicklung des Arbeitsverhältnisses regeln) die Verhängung einer Sperrzeit aus wichtigem Grund vermieden werden, wenn nachfolgende Voraussetzungen gleichzeitig vorliegen. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen prüft die Agentur für Arbeit nicht, ob eine hypothetische Kündigung des Arbeitgebers rechtmäßig gewesen wäre:

- Eine Kündigung durch den Arbeitgeber wurde mit Bestimmtheit in Aussicht gestellt,
- die drohende Arbeitgeberkündigung wurde auf betriebliche oder personenbezogene (nicht aber verhaltensbedingte, z. B. wegen Diebstahls) Gründe gestützt,
- die ordentliche (arbeitgeberseitige) Kündigungsfrist wurde eingehalten,
- der Arbeitnehmer war nicht unkündbar

und

- es wurde eine Abfindung von bis zu 0,5 Brutto-Monatsgehältern für jedes Jahr des Arbeitsverhältnisses an den Arbeitnehmer gezahlt.

Sofern eine Abfindung von über 0,5 Brutto-Monatsgehältern vereinbart wurde, hat die Arbeitsagentur zusätzlich zu den oben genannten Voraussetzungen zu prüfen, ob eine hypothetische Arbeitgeberkündigung rechtmäßig gewesen wäre, damit ein wichtiger Grund für das Absehen von einer Sperrzeitverhängung gegeben ist.

### Praxistipp

Durch die geänderte Geschäftsanweisung wird der Abschluss von Aufhebungsverträgen vereinfacht. Jedoch sollten die Unternehmen genau darauf achten, dass die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur bei Erfüllung der oben genannten Voraussetzungen vereinbart wird, sofern die Verhängung einer Sperrzeit sicher ausgeschlossen werden soll. Ist beabsichtigt, im Aufhebungsvertrag die Höchstgrenze der Abfindung von 0,5 Brutto-Monatsgehältern zu überschreiten, kann der Abschluss im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs empfehlenswert sein. Denn ein gerichtlicher Vergleich hat nach der Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit nicht die Verhängung einer Sperrzeit zur Folge. Ohne einen gerichtlichen Vergleich bei Überschreitung der Abfindungshöhe von 0,5 Brutto-Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr besteht erhebliche Rechtsunsicherheit (auch wenn die sonstigen Voraussetzungen des wichtigen Grundes erfüllt sein sollten), ob der Arbeitnehmer Abstriche beim Bezug von Arbeitslosengeld I hinnehmen muss.

Der Arbeitgeber sollte den Mitarbeiter ausdrücklich im Aufhebungsvertrag auf eine mögliche Verhängung einer Sperrzeit (zusätzlich zur Pflicht zur unverzüglichen Meldung der Arbeitssuche) hinweisen. Dadurch kann das Unternehmen etwaige Verpflichtungen zur Zahlung von Schadensersatz gegenüber dem Arbeitnehmer vermeiden, sollte die Agentur für Arbeit ihm gegenüber kein Arbeitslosengeld I infolge der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zahlen. Ein solcher Hinweis könnte wie folgt formuliert werden:



# Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

## Musterformulierung

„Belehrung

Der Arbeitnehmer bestätigt, dass er über etwaige Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld belehrt worden ist und darüber, dass die Agentur für Arbeit verbindlich entscheidet, die zur Erteilung von Auskünften berufen und verpflichtet ist. Auf die Möglichkeit des Eintritts einer Sperrzeit und deren Folgen sowie ein mögliches Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld wurde der Arbeitnehmer hingewiesen.“

Gerd Kaindl, Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

## Massenentlassungsanzeige – das neue Formular der Agentur für Arbeit

Seit Oktober 2016 hat die Bundesagentur für Arbeit neue Formulare für die Massenentlassungsanzeige veröffentlicht (Formular „BA-KSchG 12/2015“ und Abschaffung der bisherigen Anlage „Berufsgruppen“). Statt der Anlage Berufsgruppen findet sich im neuen Formular eine Tabelle, in der u. a. jeweils die Berufsklasse (fünfstellige DEÜV-Nummer/tätigkeitsbezogene Meldung an die Sozialversicherung), die Anzahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten Personen dieser DEÜV-Nummer, die davon zu kündigende Mitarbeiterzahl, das Datum der Kündigung und die Kündigungsfrist angegeben werden sollen. Problematisch ist die Abweichung der dort verwendeten Bezeichnungen von den Erfordernissen des § 17 Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

### Vorgaben in § 17 KSchG

§ 17 Abs. 2 KSchG schreibt folgende Informationen verpflichtend vor:

1. die Gründe für die geplanten Entlassungen
2. die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer
3. die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer

4. den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen
5. die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer
6. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien

### Kündigung statt Entlassung

Das neue Formular der Agentur für Arbeit spricht nicht mehr von Entlassungen, sondern von Kündigungen. In den daneben stehenden Angaben erklärt die Agentur dann unter dem Begriff „Kün-



## Produktipp

Pollert/Spieler

### Die Arbeitnehmerüberlassung in der betrieblichen Praxis

Personaleinsatz bedarfsgerecht steuern und rechtssicher gestalten



300 Seiten. Softcover  
ISBN 978-3-8073-2553-8  
5. Auflage 2017  
€ 44,99

[\[Mehr Info\]](#)

Die Neuauflage informiert praxisnah über die aktuellen Rechtsänderungen wie beispielsweise die neuen Obergrenzen für Zeitarbeitseinsätze und liefert alle Informationen, die Sie brauchen:

- Wann und in welchem Umfang ist Arbeitnehmerüberlassung sinnvoll und zulässig? Hier liefert die Broschüre Entscheidungshilfen.
- Was muss bei der Einstellung, bei der Beschäftigung selbst und bei der Beendigung beachtet werden?
- Flankierende rechtliche Fragen bei behördlichen Verfahren und Besonderheiten für die verleihenden und entleihenden Arbeitgeber werden lösungsorientiert behandelt.
- Welche Besonderheiten gelten im öffentlichen Dienst?

Ein rechtssicherer Umgang mit der Materie wird durch zahlreiche Fallbeispiele, Checklisten, Vertragsmuster und Praxistipps gewährleistet. Vertragsmuster sind online abrufbar.





## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

digung“, dass Aufhebungsverträge und Kündigungen zusammengefasst werden sollen. Die Agentur unterschlägt jedoch, dass es sich bislang auch bei arbeitgeberveranlassten Kündigungen der Arbeitnehmer um Entlassungen im Sinne des § 17 KSchG handelte.

### **Fünfstellige Berufsgruppe statt dreistellige Berufsgruppe?**

Weiter fordert die Agentur eine fünfstellige DEÜV-Nummer, die „Berufsgruppe“. § 17 KSchG fordert jedoch die Angabe der Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten und der zu entlassenden Arbeitnehmer. Unter Berufsgruppen wurden bisher die jeweils dreistelligen DEÜV-Nummern verstanden, die im Formular „Anlage Berufsgruppen“ enthalten waren. Die neu geforderte fünfstellige DEÜV-Nummer umfasst mit den ersten drei Stellen die bisherige Berufsgruppennummer, d.h. die Agentur verlangt nun zusätzliche Angaben. Die Agentur für Arbeit ist offenbar der Ansicht, eigenständig die Anforderungen an die Massenentlassung ändern zu können. In dem „Merkblatt für Arbeitgeber – anzeigepflichtige Entlassungen“ führt sie aus:

„Mit der Erstattung der Anzeige sind Sie an Ihre Angaben zu den Berufsklassen gebunden. Entlassungen aus anderen als den angegebenen Berufsklassen sind nicht von der Anzeige gedeckt. Gleiches gilt für die mengenmäßige Verteilung auf die Berufsklassen.“

Wenn der Arbeitgeber aber – wie von § 17 KSchG gefordert – nur die Berufsgruppen angeben würde, könnte er gerade bei den Entlassungen Berufsklassen austauschen, solange sich die Zahl der Entlassungen in den jeweiligen Berufsgruppen nicht ändert.

Da der Gesetzgeber in § 17 KSchG nach wie vor nur die Angabe der Berufsgruppen, d.h. die dreistelligen DEÜV-Nummern als Pflichtvoraussetzung vorsieht, kann die Agentur für Arbeit nicht eigenmächtig die Anforderungen verschärfen. Daher kann die Änderung eines Behördenformulars nichts an den Anforderungen an die Wirksamkeit einer Massenentlassungsanzeige ändern. Aus diesem Grund muss eigentlich wie

gehabt die Angabe der dreistelligen Berufsgruppennummer ausreichen. Allerdings riskiert, wer sich den neuen Anforderungen der Agentur verweigert, Auseinandersetzungen mit den auf das neue Formular geschulten Agenturmitarbeitern oder gar eine Zurückweisung der Massenentlassungsanzeige als unwirksam. Die Zurückweisung der Anzeige als unwirksam muss – zumindest nach Aussage der Agentur für Arbeit – sogar im Betrieb bekannt gemacht werden.

### **Praxistipp**

Das Risiko kann aus Arbeitgebersicht daher nicht eingegangen werden; selbst wenn sich die Einschätzung der Agentur im Widerspruchsverfahren als falsch erweist.

### **Datum der Kündigung und Kündigungsfrist als zusätzliche Angaben?**

Darüber hinaus soll nach dem Formular nicht nur das Datum der Kündigung angegeben werden, sondern auch die Kündigungsfrist. Nach § 17 KSchG muss jedoch weder das Datum der Kündigung angeführt werden (sondern nur der Zeitraum der beabsichtigten Entlassungen), noch die entsprechende Kündigungsfrist.

### **Empfehlung**

Solange nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob die bisherigen gesetzlichen Pflichtangaben nach § 17 KSchG trotz des geänderten Formulars der Agentur noch ausreichen, sollten zur Sicherheit beide Angaben (Berufsgruppen und Berufskennzahlen) doppelt gemacht, d.h. die Anforderungen von der Agentur und das Gesetz eingehalten werden. Dies gilt sowohl bei der Konsultation des Betriebsrats als auch bei der Massenentlassungsanzeige selbst.

*Dr. Anne Dziuba,  
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München*

*Dr. Kathrin Bürger, LL.M., Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München*



# Newsletter

## Arbeits- und Lohnsteuerrecht

### Wenn das Kartellamt zweimal klingelt...

Kann Ziel einer kartellbehördlichen Durchsuchung die Personalabteilung Ihres Unternehmens sein? Sind Kartellabsprachen auf dem Arbeitsmarkt möglich? Besteht ein Bußgeldrisiko? Drohen Schadensersatzforderungen? Die schlichte Antwort auf alle Fragen lautet: Ja!

#### Unternehmen als Wettbewerber auf dem Arbeitsmarkt

Unternehmen sind Nachfrager auf dem Arbeitsmarkt. Als Nachfrager konkurrieren sie um Arbeitskräfte. Fragen Unternehmen vergleichbare

Arbeitskräfte nach, sind sie Wettbewerber auf dem Arbeitsmarkt. Dies gilt selbst dann, wenn sie als Anbieter auf verschiedenen nachgelagerten Waren- oder Dienstleistungsmärkten tätig sind. Auf dem „Einkaufsmarkt“ für Arbeitskräfte besteht zwischen ihnen ein Wettbewerbsverhältnis. Und dieses Wettbewerbsverhältnis kann durch Absprachen beschränkt werden. Mit der Folge, dass die Kartellbehörden auf solche Absprachen aufmerksam werden (können).

Sind wettbewerbsbeschränkende Absprachen auf dem Arbeitsmarkt kartellrechtlich generell verboten? Nein, nicht alle, jedoch manche. Wo aber verläuft die Grenze zwischen kartellrechtlich erlaubten und verbotenen Absprachen?

#### Kartellrechtliche Freiräume

Der Arbeitsmarkt ist durch kartellrechtliche Freiräume privilegiert. So werden arbeitsvertragliche Absprachen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vom Kartellrecht regelmäßig nicht erfasst. Arbeitnehmer sind wirtschaftlich nicht selbstständig tätig. Sie sind keine Unternehmen im Sinne des Kartellrechts. Damit fehlt es insoweit an einer notwendigen Voraussetzung für die Anwendung des Kartellverbots.

Vergleichbares gilt – zum Schutz der verfassungsrechtlich verbürgten Tarifautonomie – für Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften, soweit sie zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder tätig werden und Tarifverträge abschließen. Das Kartellrecht akzeptiert ein Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen. „Preisabsprachen“ zwischen Arbeitgebern in Vorbereitung oder durch Abschluss von Flächentarifverträgen sind daher kartellrechtlich grundsätzlich unbedenklich.

#### Kartellrechtliche Grenzen

Ein kartellrechtlicher Grenzfall sind Abwerbverbote (no poaching). Dabei kann es sich um vertragliche Sperrabreden zwischen Unternehmen handeln, die eine Abwerbung von Mitarbeitern untersagen. Oder um Absprachen, sich gegenseitig mit dem Ziel zu informieren, Bieterkämpfe zu ver-

### Produktipp

Fath/Urbitsch

#### Lexikon Altersversorgung 2017

Die Betriebsrente von A-Z



13. Auflage 2017  
XIV, 228 Seiten, Softcover,  
ISBN 978-3-8073-2594-1  
€ 39,99

[\[Mehr Info\]](#)

Jeder Arbeitnehmer hat einen gesetzlichen Anspruch auf eine betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung. Dieses Praxiswerk hilft kleinen Betrieben bei der Umsetzung. Die aktuelle Sonderbeilage informiert über die Neuregelungen zur Flexi-Rente.

#### Das Lexikon bietet folgende Vorteile:

- Lexikalische Aufbereitung in knapp 300 Stichwörtern
- Kompakte Einführung in das Grundlagenwissen
- Erläuterung aller relevanten Fachbegriffe in verständlicher Sprache
- Zahlreiche Beispiele erleichtern das Verständnis

Mit Sonderbeilage 2017: Die neue Flexi-Rente



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

meiden, falls Mitarbeiter des jeweils anderen sich bei einem bewerben. Anlasslose Abwerbeverbote verstoßen regelmäßig gegen europäisches und deutsches Kartellrecht, wenn sie den Wettbewerb um Arbeitskräfte ohne sachliche Rechtfertigung spürbar beschränken oder ganz ausschließen. Im Gegensatz dazu können anlassbezogene Abwerbeverbote kartellrechtlich zulässig sein, wenn sie als notwendige Nebenabreden der Umsetzung einer kartellrechtsneutralen Hauptvereinbarung dienen. Anerkannt sind etwa zeitlich beschränkte Abwerbeverbote anlässlich von Unternehmensverkäufen, einschließlich der vorgelagerten Durchführung einer Due Diligence, oder anlässlich der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens. Dies gilt auch für die handelsrechtliche Zulässigkeit solcher Abreden. Jüngst hat der Bundesgerichtshof die Zulässigkeit eines zweijährigen nachvertraglichen Abwerbeverbots im Rahmen einer Vertriebskooperation bestätigt.

Tarifverträge geraten in den kartellrechtlichen Graubereich, wenn sie tarifvertragsfremde Marktregelungen enthalten. So sind etwa tarifvertragliche Vereinbarungen über den Beginn und das Ende der Arbeitszeiten kartellrechtlich zulässig; tarifvertragliche Vereinbarungen über die Ladenöffnungszeiten sind dagegen kartellrechtlich unzulässig. In vergleichbarer Weise sind Streikhilfeabkommen zwischen Unternehmen kartellrechtlich relevant und bedürfen einer sachlichen Rechtfertigung.

### **Praktische Relevanz?**

Die US-Kartellbehörde ermittelte 2009-2012 wegen der Vereinbarung von Abwerbeverböten gegen mehrere Silicon-Valley-Unternehmen. Nachdem sich die Unternehmen verpflichtet hatten, zukünftig auf derartige Abwerbeverbote zu verzichten, wurden keine Geldbußen festgesetzt. Es folgten jedoch mehrere Sammelklagen. Anfang 2015 einigte man sich mit den Klägern – auf eine Schadensersatzzahlung von 415 Millionen US-Dollar.

Praktische Relevanz in Europa? Der US-Fall ist von den Medien in großem Stil aufgegriffen worden. Dies hat die Aufmerksamkeit (auch) der europäischen Kartellbehörden geweckt. Noch sind Kartellverfahren mit einem Bezug zum Arbeitsmarkt in Europa eher Einzelfälle. Das aktuelle Urteil des Bundesgerichtshofs zu den Grenzen der Zulässigkeit von Abwerbeverböten zeigt jedoch, dass sich dies jederzeit ändern kann.

### **Handlungsempfehlungen: HR-Compliance tut gut**

Im Kartellrecht gilt das Prinzip der Selbstveranlagung. Wer wettbewerbsbeschränkende Absprachen mit konkurrierenden Nachfragern auf dem Arbeitsmarkt trifft, muss selbst beurteilen, ob sie kartellrechtlich zulässig sind. Und tut gut daran, diese Beurteilung (dokumentiert) durch einen kartellrechtlich versierten Juristen vornehmen zu lassen.

Die Personalarbeit Ihres Unternehmens folgt klaren Leitlinien? Dann ergänzen Sie diese Leitlinien um einige wenige Absätze zur Vermeidung kartellrechtlicher Risiken.

Schulungen sensibilisieren. Reservieren Sie in Compliance-Schulungen der Personalabteilung ein Zeitfenster für das Kartellrecht. Dafür ist kein ganzer Tag notwendig. Web-based-Trainings können Präsenzschulungen ersetzen.

HR-Compliance ist für Ihr Unternehmen noch Neuland? Dann erschließen Sie es, indem Sie das Compliance-Programm erweitern. Damit Ihre Personalabteilung „safe“ ist, falls das Kartellamt zweimal klingelt.

*Dr. Christian Heinichen, Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

*Dr. Daniel Hund, LL.M.,  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*



## Newsletter

# Arbeits- und Lohnsteuerrecht

### Rechtsprechung

## Kopftuchverbot: EuGH legt Kriterien für Unternehmen fest

Europäischer Gerichtshof vom 14. März 2017 – C-157/15 und C-188/15

### Die Fälle

Eine Rezeptionistin in Belgien kündigte ihrem Vorgesetzten an, künftig ein islamisches Kopftuch zu tragen. Die Geschäftsleitung teilte ihr mit, dass dies nicht geduldet werde. Dies widerspreche der Neutralität des Unternehmens. Arbeitgeber und Betriebsrat passten die betriebliche Arbeitsordnung an und verboten das Zeigen religiöser und weltanschaulicher Symbole. Die Arbeitnehmerin klagte gegen die darauf folgende Kündigung. Dem EuGH wurde die Frage vorgelegt, ob das Verbot, als Muslima am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen, eine unmittelbare Diskriminierung darstellt, wenn die beim Arbeitgeber bestehende Regel dies allgemein verbietet.

Zudem hatte sich der EuGH in einem französischen Fall damit zu beschäftigen, ob der Wunsch eines Kunden, Arbeiten nicht mehr von einer Projektionieurin ausführen zu lassen, die ein islamisches Kopftuch trägt, eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt, die eine Kündigung rechtfertigen kann. Eine Arbeitnehmerin war entlassen worden, nachdem ein Kunde sich über das Kopftuch beschwert hatte.

### Die Entscheidungen

Der EuGH verweist in der Entscheidung auf die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und die Charta der Grundrechte der EU. Danach ist jede mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion unzulässig. Untersagt eine Regelung bei einem Arbeitgeber unterschiedslos das Tragen solcher Zeichen, ist darin jedoch keine unmittelbare Diskriminierung zu sehen. Eine dem Anschein nach neutrale Regelung stellt allerdings eine mittelbare Diskriminierung dar. Ein Verbot ist mit Blick auf die unternehmerische Freiheit

gerechtfertigt, wenn das Ziel der Neutralität im Verhältnis zu den Kunden verfolgt wird.

Weiterhin liege eine Diskriminierung vor, wenn nach einer Beschwerde durch einen Kunden das Nichttragen eines Kopftuches als berufliche Anforderung festgeschrieben wird. Anforderungen an einen Arbeitsplatz dürfen nicht auf subjektive Erwägungen gestützt werden.

### Konsequenzen für die Praxis

Arbeitgeber haben grundsätzlich die Möglichkeit, betriebliche Regelungen einzuführen, die das Zeigen religiöser Symbole verbieten, um gegenüber Kunden neutral aufzutreten. Kundenbeschwerden rechtfertigen hingegen kein Verbot. Mit Blick auf die Einführung von Verboten sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten. Beim Erlass ist jedoch Vorsicht geboten, da allein durch die anlasslose Einführung eine Diskriminierung ausgeschlossen wird. Liegen bereits Kundenbeschwerden vor, wird sich der Arbeitgeber dem Vorwurf ausgesetzt sehen, die Regelung nur deshalb eingeführt zu haben. Wenn auch paradox, heißt dies im Ergebnis, dass die Reaktion des Arbeitgebers auf eine Beschwerde als Diskriminierung ausgelegt werden kann. Ein Verbot ist zudem nur dort umsetzbar, wo Kundenkontakt besteht. Zu dieser Thematik wird auch auf den Beitrag von Biebl (Seite 17) verwiesen.

Die Entscheidungen der beiden nationalen Gerichte nach Beantwortung der Vorlagefragen durch den EuGH stehen noch aus. Es ist jedoch zu erwarten, dass die Kündigung im Fall aus Frankreich für unwirksam erklärt wird.

### Praxistipp

Unternehmen sollten genau abwägen, ob ein Verbot umsetzbar ist, um sich nicht dem Vorwurf einer Diskriminierung auszusetzen. Das Urteil gibt Arbeitgebern aber Rechtssicherheit, ein wirksames Verbot im Unternehmen einführen zu können, wenn noch keine Kundenbeschwerden vorliegen.

*Léon Wolters, Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München*





### **Befristete Arbeitsverträge – auf die Unterschrift kommt es an**

*Bundesarbeitsgericht vom 14. Dezember 2016 – 7 AZR 797/14*

#### **Sachverhalt**

Der Arbeitnehmer war befristet bis zum 30. September 2012 beschäftigt. Vor Ablauf der Befristung wurde ihm ein vom Arbeitgeber nicht unterzeichneter Vertrag mit weiterer Befristung zum 31. März 2013 in zweifacher Ausfertigung zur Unterschrift vorgelegt. Der Arbeitnehmer unterzeichnete beide Ausfertigungen des Vertrags, gab sie noch vor Beginn des neuen Befristungszeitraums an den Arbeitgeber zurück und setzte seine Tätigkeit wie vereinbart fort. Ein vom Arbeitgeber gegengezeichnetes Vertragsexemplar erhielt er erst am 11. Oktober 2012. Mit seiner Klage wollte der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Befristung festgestellt wissen. Das Arbeitsgericht hatte der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hingegen sah die Befristung zum 31. März 2013 als wirksam an.

#### **Die Entscheidung**

Nach Ansicht des BAG war die zwingend zu beachtende Schriftform nach § 14 Abs. 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) nicht gewahrt und die Befristung daher unwirksam. Denn die Übergabe des nicht unterzeichneten Vertrags an den Arbeitnehmer stellte lediglich eine Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots dar; ein endgültiger Bindungswille seitens des Arbeitgebers sei hiermit nicht gegeben. Der Arbeitnehmer habe dem Arbeitgeber durch Rückgabe des von ihm unterzeichneten Vertrags ein Angebot auf Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags zu den vom Arbeitgeber vorformulierten Bedingungen unterbreitet, welches der Arbeitgeber nicht erst durch Aushändigung des von ihm gegengezeichneten Vertrags am 11. Oktober 2012 angenommen hat. Vielmehr wurde das Angebot bereits vorher stillschweigend angenommen, indem dem Arbeitnehmer zum 1. Oktober 2012 ein Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt und dessen Arbeitsleistung entgegengenommen wurde. An diesem

Tag lag daher noch kein schriftlicher Arbeitsvertrag vor, mit der Folge, dass der Vertrag damit nach § 16 Satz 1 TzBfG als unbefristet geschlossen gilt.

#### **Konsequenzen für die Praxis**

Das BAG führt mit dieser Entscheidung seine Rechtsprechung zu den formellen Anforderungen an befristete Arbeitsverträge konsequent fort und begründet ausführlich die Anforderungen, die an das Zustandekommen zu stellen sind. Praktische Bedeutung erlangt die Entscheidung, da sie wieder zeigt, dass die Formunwirksamkeit bei befristeten Arbeitsverträgen zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis führt. Gerade im Hinblick auf die Personalplanung, aber auch aus monetären Gesichtspunkten ist es daher für Arbeitgeber essentiell, bei befristeten Arbeitsverträgen insbesondere etwaige Formunwirksamkeiten zu berücksichtigen.

#### **Praxistipp**

Arbeitgeber müssen sehr genau darauf achten, dass die Begründung oder Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags zwingend vor Arbeitsaufnahme von beiden Parteien unterzeichnet wird. Praxisrelevant dürfte die Situation sein, dass dem Arbeitnehmer ein Exemplar des Vertrages ausgehändigt wird und er dieses erst nach Arbeitsaufnahme unterzeichnet zurückgibt. In einem solchen Fall ist dafür zu sorgen, dass ein solcher vor Arbeitsaufnahme ausgehändigter Vertrag bereits vom Arbeitgeber unterzeichnet ist und er das Zustandekommen des befristeten Vertrags unter den Vorbehalt eines schriftlichen Vertragsabschlusses stellt. Denn nur so manifestiert der Arbeitgeber seinen endgültigen Bindungswillen und macht deutlich, dass der befristete Arbeitsvertrag nur durch eine schriftliche Annahmeerklärung des Arbeitnehmers, d. h. dessen Unterschrift auf dem Vertragsdokument, angenommen werden kann.

Hat der Arbeitgeber den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags ausdrücklich unter einen solchen Vorbehalt gestellt, ist es unschädlich, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit aufnimmt und erst danach den Arbeitsvertrag gegengezeichnet; ein unbefristetes Arbeitsverhältnis wird in einem solchen Fall durch die Arbeitsaufnahme alleine nicht be-



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

gründet. Zu Beweis Zwecken sollte der Arbeitgeber den von ihm bereits unterzeichneten Vertrag rechtzeitig vor Arbeitsaufnahme mit einem Begleitschreiben an den Arbeitnehmer übersenden, mit dem um eine zeitnahe Gegenzeichnung gebeten und der Abschluss des befristeten Vertrags von der Gegenzeichnung abhängig gemacht wird. Kann die gegenseitige Vertragsunterzeichnung erst am ersten Arbeitstag unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme stattfinden, ist darauf zu achten, dass ein Zeuge (z.B. ein Mitarbeiter der Personalabteilung) anwesend ist, der im Streitfall die bereits vor Aushändigung des Vertragsexemplars erfolgte Unterzeichnung durch den Arbeitgeber und den Vorbehalt eines schriftlichen Vertragsabschlusses bestätigen kann.

*Dr. Sarah Reinhardt, Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-  
gesellschaft mbH,  
München*

*Katharina Domni, Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-  
gesellschaft mbH,  
München*

### Vorsicht bei der Gestaltung des Facebookauftritts

*Bundesarbeitsgericht vom 13. Dezember 2016 –  
1 ABR 7/15*

#### Sachverhalt

Zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat war streitig, ob dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht beim Facebookauftritt des Arbeitgebers zusteht. Der Arbeitgeber betreibt Blutspendedienste, wobei täglich zahlreiche Spendettermine von angestellten Ärzten und Mitarbeitern durchgeführt werden. Streitig war insbesondere die Funktion des Facebookauftritts, die es Onlinebesuchern ermöglichte, beliebig Beiträge über die durchgeführten Blutspendettermine und die Qualität der Betreuung zu „posten“. Aus diesen Kommentaren ließen sich aufgrund von Namen oder Zeiten Rückschlüsse auf einzelne Mitarbeiteridentitäten ziehen. Der Betriebsrat war der Auf-

fassung, dass das Betreiben der Facebookseite als technische Einrichtung jedenfalls wegen dieser Beitragsfunktion nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) mitbestimmungspflichtig sei. Denn hierdurch werde die Leistung der Ärzte und Mitarbeiter – indirekt durch die Kommentare Dritter – elektronisch erfasst, gespeichert und durch den Arbeitgeber auswertbar. Das Unternehmen hingegen argumentierte, dass es nicht selbst die Beiträge einstelle, sondern Dritte, sodass von einer Aufzeichnung von Leistungsdaten seinerseits gar nicht gesprochen werden kann.

#### Die Entscheidung

Das BAG bejahte das Mitbestimmungsrecht – jedoch nur im Hinblick auf die Funktion „Besucher-Beiträge“. Denn erst diese ermöglichen eine Überwachung des Verhaltens und der Leistung der beschäftigten Arbeitnehmer. Bei der für jedermann eröffneten Beitragsfunktion handele es sich letztlich um eine Software und damit auch um eine technische Einrichtung. Dass der Arbeitgeber die Möglichkeit erhält, die von Dritten eingestellten Kommentare, die gleichzeitig Leistungsbewertungen individueller Mitarbeiter darstellen können, jederzeit und ggfs. sogar mit einem Suchalgorithmus auszuwerten, begründet das Vorliegen der für das Mitbestimmungsrecht erforderlichen (technischen) Überwachungsmöglichkeit. Das BAG hielt für irrelevant, dass die Beiträge nicht durch die technische Einrichtung selbst, sondern durch Dritte geschrieben werden.

#### Konsequenzen für die Praxis

Das Gericht führt mit dieser Entscheidung seine für Arbeitgeber strenge Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG fort. Da die Präsenz von Unternehmen bei sozialen Medien wie Facebook, Twitter oder Google+ weit verbreitet ist, müssen sich die Unternehmen darauf einstellen, dass Mitbestimmungsrechte ausgelöst werden können. Dies kann grundsätzlich auf jede Art von Hard- und Software (Webseiten, Apps usw.) zutreffen, die individualisierbare Verhaltensinformationen von Arbeitnehmern aufzeichnen und bereitstellen. Für § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zählt allein, was die



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

eingeführte Software kann, und nicht, was der Arbeitgeber damit tut oder tun will.

### Praxistipp

Die Technologisierung birgt jedoch auch hier nicht nur Risiken, sondern auch Chancen: Softwarelösungen oder Internetseiten können auch in einer Art und Weise programmiert oder angewendet werden, dass Mitarbeiterdaten von vornherein gar nicht erst gespeichert oder automatisch gelöscht werden. Außerdem ist denkbar, dass ein Algorithmus sie anonymisiert. Auch eine Datenerhebung durch eine Drittfirma, die nur anonymisierte Mitarbeiterdaten an den Arbeitgeber weitergeben darf, kommt in Betracht. In diesen Fällen entfällt in der Regel das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

*Alex Worobjow, Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

### Kürzere Kündigungsfrist während der Probezeit muss im Arbeitsvertrag deutlich erkennbar sein

*Bundesarbeitsgericht vom 23. März 2017 –  
6 AZR 705/15*

#### Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war seit April 2014 als Flugbegleiter tätig. Der Beschäftigung lag ein vorformulierter Arbeitsvertrag zugrunde, in dem pauschal auf den geltenden Manteltarifvertrag verwiesen wurde. Ferner wurde eine Probezeit von sechs Monaten und in einer gesonderten Klausel eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende vereinbart. Die tarifvertragliche Kündigungsfrist während der Probezeit war im Arbeitsvertrag nicht explizit benannt. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis während der Probezeit unter Berücksichtigung der tarifvertraglichen Kündigungsfrist von zwei Wochen. Der Mit-

arbeiter beehrte mit seiner Klage die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf der sechswöchigen Kündigungsfrist zum 31. Oktober 2014 ende.

#### Die Entscheidung

Das BAG gab der Klage statt. Aus dem vorformulierten Arbeitsvertrag sei nicht eindeutig zu entnehmen, dass die Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende für die Probezeit des Arbeitnehmers nicht gelten solle. Die kürzere Kündigungsfrist innerhalb der Probezeit ergebe sich lediglich aus dem Verweis auf den Manteltarifvertrag. Diese verkürzte Frist sei daher für einen durchschnittlich rechtskundigen Arbeitnehmer nicht erkennbar gewesen, so das Gericht.

#### Konsequenzen für die Praxis

Arbeitgeber, die in der Regel vorformulierte Arbeitsverträge verwenden und in denen allgemein auf geltende Tarifverträge verwiesen wird, sollten darauf achten, dass der Arbeitsvertrag eindeutige Regelungen zur Kündigungsfrist während der Probezeit enthält. Ergibt sich diese nicht eindeutig aus dem Arbeitsvertrag, sondern erst aus dem in Bezug genommenen Tarifvertrag, gehen diese Unklarheiten zu Lasten des Arbeitgebers. Diese Entscheidung zeigt einmal mehr, dass Arbeitgeber bei der Verwendung von vorformulierten Arbeitsverträgen sorgfältig vorgehen sollten.

*Nadine Kirchner, Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main*



### **Kündigung eines Busfahrers wegen Verweigerung der Teilnahme am elektronischen Warn- und Berichtssystem**

*Bundesarbeitsgericht vom 17. November 2016 – 2 AZR 730/15*

#### **Sachverhalt**

Ein Busunternehmen schloss mit seinem Betriebsrat im Jahre 2014 eine Betriebsvereinbarung (BV) über den Einsatz des sog. RIBAS-Systems in seinen Fahrzeugen ab. Dieses wertet elektronisch Fahrereignisse aus und informiert die Busfahrer durch eine Warnleuchte z.B. über Geschwindigkeitsüberschreitungen. Nach der BV sind alle Busfahrer zur Teilnahme verpflichtet. Das RIBAS-System wurde mit einem personalisierten Prämiensystem verknüpft. Bei Fahrern, die auf Prämien verzichteten, erfolgte die Aufzeichnung mittels eines anonymisierten Schlüssels. Ein Entschlüsseln war jedoch bei erheblichen Abweichungen von den Durchschnittswerten zulässig, um bei dem betreffenden Fahrer Schulungsbedarf bezüglich einer ökonomischen Fahrweise zu identifizieren. Ein Busfahrer weigerte sich, am System teilzunehmen. Auch die anonymisierte Datenerhebung über seine Fahrweise sei unzulässig. Da er auch nach mehrfacher Abmahnung bei seiner Weigerung blieb, kündigte das Unternehmen das Arbeitsverhältnis wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung fristlos.

#### **Die Entscheidung**

Das BAG entschied, dass die Anweisungen des Arbeitgebers zur (anonymisierten) Teilnahme an dem RIBAS-System nach § 32 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) rechtmäßig waren. Die Arbeitsverweigerung erfolgte zu Unrecht, die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung war wirksam. Das Recht des Mitarbeiters auf informationelle Selbstbestimmung aus dem Grundgesetz werde hierdurch nicht verletzt. Grundsätzlich bedürfe auch die zunächst anonymisierte Datenerhebung einer datenschutzrechtlichen Ermächtigung, wenn sie ohne unangemessenen Aufwand

aufgehoben werden kann. Der Busfahrer habe zwar nicht im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG eingewilligt, die anonyme Erhebung sei jedoch durch die genannte Rechtsvorschrift gestattet. Das System diene dazu, die Fahrer zu einer vorausschauenden und sparsamen Fahrweise anzuhalten. Die damit verfolgten Ziele (z.B. die Reduzierung des Kraftstoffverbrauchs) seien rechtmäßig. Mildere, gleich wirksamere Mittel zur Zielerreichung seien nicht ersichtlich. Zwar erfolge die Aufzeichnung kontinuierlich, betreffe jedoch ausschließlich einen bestimmten Aspekt der Arbeitsleistung und werde auch nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgewertet. Der Arbeitnehmer unterliege daher keinem unzulässigen Überwachungsdruck. Darauf, ob die BV eine zulässige Ermächtigung war, komme es nicht an.

#### **Konsequenzen für die Praxis**

Kontrollen der Beschäftigten durch Erhebung von personenbezogenen Daten müssen die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung betreffen, um zulässig zu sein. Zudem dürfen keine anderen zur Zielerreichung gleich wirksamen und das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer weniger einschränkenden Mittel zur Verfügung stehen. Auch muss die Erhebung einer Interessenabwägung standhalten. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist datenschutzrechtlich eine Erhebung und Auswertung personenbezogener Daten bereits gem. § 32 BDSG gerechtfertigt, einer BV oder Einwilligung des Arbeitnehmers bedarf es nicht. Der Arbeitnehmer kann sich dann grundsätzlich nicht auf eine Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen und die Arbeit verweigern. Auch kann aus einer von § 32 BDSG gedeckten Maßnahme kein Verwertungsverbot für den Prozess erwachsen.

#### **Praxistipp**

Entscheidend ist, ob eine Maßnahme die Anforderungen des § 32 BDSG erfüllt. Um dem gerecht zu werden, ist zu beachten, dass die Kontrollen immer ein legitimes Ziel verfolgen, erforderlich und vor allem unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers angemessen sein müssen. Zudem sind die Mitbestimmungsrechte des





## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Betriebsrats (insbesondere bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen) zu beachten.

*Dr. Anja Branz, Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Berlin*

*Dr. Daniel Hund, LL.M., Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
München*

### Kein Sonderkündigungsschutz als Schwerbehinderter bei verspäteter Mitteilung

*Bundesarbeitsgericht vom 22. September 2016 –  
2 AZR 700/15*

#### Sachverhalt

Am 22. Tag nach dem Zugang des Kündigungsschreibens teilte der Arbeitnehmer seiner Arbeitgeberin schriftlich mit, er habe mindestens drei Wochen vor dem Ausspruch der Kündigung einen Antrag auf die Feststellung der Behinderung gestellt. Im darauffolgenden Kündigungsschutzverfahren machte das Unternehmen unter anderem geltend, dem Mitarbeiter sei die Berufung auf den Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach dem Neunten Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) wegen „Verwirkung“ verwehrt. Denn die Mitteilung hierüber sei der Arbeitgeberin einen Tag nach Ablauf der dreiwöchigen Frist (sog. „Mitteilungsfrist“) zugegangen. Zu diesem Zeitpunkt dürfte das Unternehmen mit keinen Anzeigen des Mitarbeiters mehr rechnen, sodass die Berufung auf Schwerbehinderung im nachfolgenden Gerichtsprozess unzulässige Rechtsausübung darstelle und somit ausgeschlossen sei.

#### Die Entscheidung

Das BAG gab der Kündigungsschutzklage statt. Nach Auffassung des 2. Senats griff der Einwand

der Verwirkung deswegen nicht ein, weil die Mitteilung des Arbeitnehmers über das Bestehen des Kündigungsschutzes als schwerbehinderter Mensch die Arbeitgeberin noch innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Ausspruch der Kündigung erreichte. Das Gericht bestätigte seine bisherige Rechtsprechung, dass für die Beurteilung der angemessenen Länge der Mitteilungsfrist auf die dreiwöchige Klageerhebungsfrist nach dem Kündigungsschutzgesetz abzustellen ist und lehnte die entsprechende Heranziehung der Zwei-Wochen-Frist des § 9 Mutterschutzgesetz (MuSchG) ab. Allerdings betonte das BAG, dass diese dreiwöchige „Überlegungsfrist“ keine starre Frist sei. Vielmehr sei noch die Zeitspanne hinzuzurechnen, innerhalb der der Zugang der Anzeige beim Arbeitgeber bewirkt werden könne („Übermittlungsfrist“). Offen gelassen hat der 2. Senat jedoch die Frage, wann diese Übermittlungsfrist noch als angemessen anzusehen ist.

#### Konsequenzen für die Praxis

Die Arbeitgeber haben jedenfalls nach Ablauf von vier Wochen ab dem Zugang des Kündigungsschreibens mit keinen überraschenden Anzeigen des gekündigten Arbeitnehmers über seine besonderen Kündigungsschutzrechte zu rechnen. Das BAG schafft mit dieser Entscheidung zum Teil Rechtssicherheit bei der Frage, wann die Berufung des Arbeitnehmers auf den besonderen Kündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch verwirkt sein kann. Denn das SGB IX selbst enthält hierzu keine Vorgaben. Demgegenüber existieren im Hinblick auf andere Sonderkündigungsschutzrechte gesetzliche Fristenregelungen. So kann sich eine (schwängere) Frau grundsätzlich innerhalb von zwei Wochen nach dem Kündigungszugang auf den besonderen Kündigungsschutz nach dem MuSchG berufen. Der Sonderkündigungsschutz anlässlich Elternzeit greift frühestens acht Wochen vor dem beantragten Elternzeitbeginn ein. Geht dem Arbeitgeber allerdings erst nach dem Ausspruch der Kündigung ein schriftlicher Elternzeitantrag zu, dann besteht kein besonderer Kündigungsschutz. Das Gesetz gewährt den Arbeitnehmern insoweit keine Überlegungs- bzw. Übermittlungsfristen. Am Rande sei anzumerken, dass nach der Rechtsprechung kein



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

„treuwidriges“ Verhalten vorliegt, wenn die Arbeitnehmer Elternzeit nur deswegen beantragen, um den Sonderkündigungsschutz zu genießen.

### Praxistipp

Beruft sich der Arbeitnehmer auf den besonderen Kündigungsschutz innerhalb der Zwei- bzw. der Drei-Wochen-Frist, wird die ausgesprochene – sowohl ordentliche als auch fristlose – Kündigung unwirksam. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Übrigen rechtmäßig wäre. Die (rechtswirksame) Nachholung der erforderlichen behördlichen Zustimmung zur bereits ausgesprochenen Kündigung ist nicht möglich. Den Arbeitgebern ist in diesem Fall zu raten, nach Einholung der Zustimmung eine erneute (wiederholende) Kündigung zu erklären. Zu achten ist allerdings auf die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist im Fall der außerordentlichen Kündigung. Darüber hinaus wären die erneuten Gremienanhörungen (des Betriebs-, Personalrats bzw. der Schwerbehindertenvertretung) unter Mitteilung des besonderen Kündigungsschutzes erforderlich. Unabhängig davon besteht die Möglichkeit, jederzeit einen schriftlichen Aufhebungsvertrag abzuschließen. In diesem Fall sind weder behördliche Zustimmungen noch Gremienanhörungen erforderlich.

*Olga Morasch, Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

### Der Teufel steckt im Detail – Nichtigkeit von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten ohne Vereinbarung einer Karenzentschädigung

*Bundesarbeitsgericht vom 22. März 2017 –  
10 AZR 448/15*

#### Sachverhalt

Die Mitarbeiterin war von Mai 2008 bis Dezember 2013 als Industriekauffrau bei einem Unterneh-

men der Kühl- und Gefriertechnik tätig. Im Arbeitsvertrag war u.a. ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot für die Dauer von zwei Jahren geregelt. Eine sog. Karenzentschädigung, d.h. eine finanzielle Kompensation der Mitarbeiterin für die Zeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, wurde nicht vereinbart. Der Arbeitsvertrag enthielt in einer separaten Regelung eine „salvatorische Klausel“. In dieser war u. a. vorgesehen, dass anstelle von nichtigen oder unwirksamen Bestimmungen eine angemessene Regelung gelten soll, die – soweit rechtlich möglich – dem am nächsten kommt, was die Parteien gewollt haben oder nach dem Sinn und Zweck des Vertrags gewollt hätten, sofern sie bei Abschluss des Vertrags die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit bedacht hätten. Die Mitarbeiterin verlangte nach Beendigung des Arbeitsvertrags für den Zeitraum der Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots eine Karenzentschädigung in Höhe von 50 % des letzten Gehalts.

#### Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht Hamm hatte zunächst entschieden, dass die Mitarbeiterin einen Anspruch auf die Karenzentschädigung hat. Zwar sei ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot regelmäßig nichtig, wenn keine solche gemäß § 74 Abs. 2 Handelsgesetzbuch (HGB) vereinbart werde und sich im Arbeitsvertrag auch im Übrigen kein Hinweis auf die Zusage einer Karenzentschädigung finde bzw. auf die §§ 74 ff. HGB verwiesen werde. Die salvatorische Klausel im Arbeitsvertrag führe jedoch dazu, dass das nichtige nachvertragliche Wettbewerbsverbot durch ein wirksames ersetzt werde, indem es um eine Karenzentschädigungszusage in Höhe von 50 % des letzten Gehalts (so wie in § 74 Abs. 2 HGB vorgesehen) ergänzt werde.

Das BAG kassierte die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts. Nach Ansicht des Gerichts ist ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne die Vereinbarung einer Karenzentschädigung nichtig. Der Verstoß gegen § 74 Abs. 2 HGB könne auch nicht durch eine „salvatorische Klausel“ geheilt werden. Denn es sei notwendig, spätestens unmittelbar nach Beendigung des



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Arbeitsverhältnisses eine Entscheidung über die Einhaltung des Wettbewerbsverbots zu treffen. Daher müsse sich die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots eindeutig aus der Vereinbarung entnehmen lassen. Dies sei bei einer salvatorischen Klausel jedoch nicht der Fall.

### Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil stellt klar, dass ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer nachvertraglich eine Wettbewerbstätigkeit nicht untersagen kann, wenn keine Karenzentschädigung vereinbart ist. Auf der anderen Seite kann ein Mitarbeiter in einem solchen Fall trotz Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots keine Entschädigung verlangen. Dies mag auf den ersten Blick nicht interessengerecht sein. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass Unternehmen sich häufig darüber bewusst sind, dass grundsätzlich für die Dauer eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots eine Karenzentschädigung gezahlt werden muss. Arbeitnehmer hingegen rechnen in der Regel nicht mit einer Entschädigung, wenn diese nicht auch im Arbeitsvertrag vereinbart wurde.

### Praxistipp

Die richtige Gestaltung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten sollte dem Profi überlassen werden. Denn es sind viele Stolpersteine zu beachten. Insbesondere kann es ein böses Erwachen für den Arbeitgeber geben, sollte sich herausstellen, dass ein Wettbewerbsverbot „unverbindlich“ ist. Das kann z. B. der Fall sein, wenn bei Vertriebsmitarbeitern ein zu großer territorialer Anwendungsbereich vereinbart wird. Denn dann hat der Arbeitnehmer die Wahl: Entweder er hält sich an das Wettbewerbsverbot und beansprucht die vereinbarte Karenzentschädigung. Oder er ignoriert es. Der Arbeitgeber hat dann keine Handhabe.

*Dr. Florian Olms,  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

## Einschlägige Berufserfahrung beim selben Arbeitgeber darf privilegiert werden

*Bundesarbeitsgericht vom 23. Februar 2017 –  
6 AZR 843/15*

### Sachverhalt

Eine Erzieherin war seit 2014 beim Land Berlin angestellt. Zuvor war sie mehr als zehn Jahre ebenfalls als Erzieherin bei diversen Vereinen in Brandenburg (also einem anderen Arbeitgeber) tätig gewesen und wurde im Jahr 2014 vom Land Berlin in die Entgeltgruppe 8, Stufe 2 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) eingruppiert. Grundlage dafür war § 16 Absatz 2 TV-L. Hier heißt es insbesondere:

„Verfügen Beschäftigte über eine einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr aus einem vorherigen befristeten oder unbefristeten Arbeitsverhältnis zum selben Arbeitgeber, erfolgt die Stufenzuordnung unter Anrechnung der Zeiten der einschlägigen Berufserfahrung aus diesem vorherigen Arbeitsverhältnis. Ist die einschlägige Berufserfahrung von mindestens einem Jahr in einem Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber erworben worden, erfolgt die Einstellung in die Stufe 2...“

Danach sind also einschlägige Vorbeschäftigungszeiten bei anderen Arbeitgebern durch Einordnung in die Stufe 2 zu berücksichtigen. Demgegenüber werden einschlägige Vorbeschäftigungen bei demselben Arbeitgeber – hier dem Land Berlin – in voller Höhe anerkannt, was im Fall der Klägerin zu einer höheren Eingruppierung in Stufe 5 geführt hätte. Die Erzieherin machte geltend, dass die von § 16 Abs. 2 TV-L vorgesehene Ungleichbehandlung von Beschäftigungszeiten gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach dem EU-Recht verstoße. Die Regelung sei insofern nichtig. Ihre Beschäftigungszeiten bei privaten Trägern seien den Zeiten beim Land Berlin gleichzustellen, entsprechend sei sie seit 2014 höher in Stufe 5 einzugruppiert.



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

### Die Entscheidung

Das BAG wies die Klage ab. Wie die Vorinstanz kam der 6. Senat zum Ergebnis, dass im vorliegenden Fall der Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit gar nicht eröffnet sei. Die entsprechenden EU-Vertragsbestimmungen seien nur auf Sachverhalte anwendbar, die einen Auslandsbezug zur EU aufweisen. Daran fehle es aber im Fall der Erzieherin. Die Arbeitnehmerin berief sich ausschließlich auf im Inland vollbrachte Beschäftigungszeiten, auch sonst machte sie keinen EU-Bezug geltend, beispielsweise anhand der Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Mitgliedstaats.

Das BAG hielt die strittige Regelung nach nationalem Recht für rechtmäßig. Bereits die Vorinstanz hatte darauf hingewiesen, dass die Regelung in § 16 Abs. 2 S. 2 TV-L notwendig sei, um Arbeitnehmern mit befristeten Verträgen, wie sie im öffentlichen Dienst verbreitet üblich sind, die Möglichkeit zum Entgeltstufenaufstieg einzuräumen. Es stelle zudem ein berechtigtes Interesse des jeweiligen öffentlichen Arbeitgebers dar, bereits eingearbeitete und qualifizierte Mitarbeiter zu erhalten und wiederzugewinnen. Hierauf hatte das BAG bereits im Jahr 2010 hingewiesen, als es zum Ergebnis kam, dass der gesamte § 16 TV-L mit Art. 3 Grundgesetz vereinbar sei (Urteil vom 23. September 2010 – 6 AZR 180/09).

### Konsequenzen für die Praxis

Die öffentlichen Arbeitgeber können aufatmen; für einen Großteil der Beschäftigten kann § 16 TV-L weiterhin rechtssicher angewendet werden. Die echte europarechtliche Bewährungsprobe steht aber noch aus: Hätte die Arbeitnehmerin einen Auslandsbezug herstellen können, etwa durch Erwerb von Beschäftigungszeiten als Erzieherin im EU-Ausland, dann wäre es im vorliegenden Verfahren entscheidend auf die Auslegung des Europarechts angekommen. Sollten Arbeitnehmer einen derartigen Auslandsbezug aufweisen und gegen die Regelung klagen, muss damit gerechnet werden, dass ein Arbeitsgericht ungeachtet der jetzigen Entscheidung ein „Vorabentscheidungsverfahren“ beim EuGH einleiten wird, um die Vereinbarkeit mit EU-Recht klären zu lassen.

### Praxistipp

Arbeitgeber im Anwendungsbereich des TV-L sind gut beraten, die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung zur Eingruppierung von Arbeitnehmern zu beobachten, die einen Auslandsbezug zur EU aufweisen.

*Dr. Roland Klein, Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für  
Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Berlin*

Hinweis: Ein Beitrag des Autors zum Thema ist auch am 23. Februar 2017 bei Legal Tribune Online erschienen.

### Witwenrente auch für die zweite Ehefrau?

*Bundesarbeitsgericht vom 21. Februar 2017 –  
3 AZR 297/15*

### Sachverhalt

Der (frühere) Arbeitnehmer nimmt den Pensionsversicherungsverein als gesetzlichen Insolvenzsicherungsträger auf Feststellung in Anspruch, dass seiner zweiten Ehefrau im Falle seines Ablebens eine Witwenrente zusteht. Er ist der Auffassung, dass ihn die 1983 erteilte Versorgungszusage, die einen Anspruch auf Hinterbliebenenrente nur für die „jetzige Ehefrau“ vorsieht, unangemessen benachteilige. Er selbst war von 1974 bis 1986 bei seinem mittlerweile insolventen Arbeitgeber beschäftigt. Seine erste Ehe wurde zwischenzeitlich geschieden, er lebt seit 2006 in zweiter Ehe.

### Die Entscheidung

Das BAG sieht in der Begünstigung nur der „jetzigen Ehefrau“ (in diesem Fall aus erster Ehe) eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers, die zur Unwirksamkeit derartiger Klauseln führt. Begründet wird dies damit, dass eine Scheidung die Versorgungszusage hinfällig macht, was nicht der Begrenzung von Risiken diene, sondern





## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

allein auf persönlichen Motiven bzw. Schicksalschlägen beruhe. Die Unwirksamkeit gilt jedoch nur für Versorgungszusagen, die nach dem 1. Januar 2002 erteilt worden sind, da nur auf diese die gesetzliche Kontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach heute geltendem Recht Anwendung findet. Einschränkend für alle zuvor erteilten Alt-Zusagen führt das BAG aus, dass die Ehe mit der neuen Ehefrau zumindest schon während des Arbeitsverhältnisses bestanden haben muss, um eine Begünstigung zu rechtfertigen. Das bedeutet im Fall des Mitarbeiters, dass er trotz Bestätigung seiner rechtlichen Ansicht leer ausgeht: Die Ehe mit seiner aktuellen Ehefrau wurde erst nach seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen geschlossen.

### Konsequenzen für die Praxis

Das BAG engt nun weiter die ursprüngliche Freiheit für Arbeitgeber ein, Zusagen betrieblicher Altersversorgung auf einen von ihnen festgelegten begünstigten Personenkreis zu konkretisieren. Bisher hielt der Großteil der juristischen Fachliteratur und zweitinstanzlichen Rechtsprechung eine Festlegung der Witwenrente auf eine bestimmte Ehefrau für zulässig. Die Entscheidung reiht sich in die bunte Riege der Witwenklausel-Urteile ein, seien es Spätehen-, Wiederverheiratungs-, Haupternährer- oder Getrenntlebendklauseln. Für Arbeitgeber bedeutet dies, dass ihr Interesse, Unwägbarkeiten und (biometrische) Risiken kalkulierbar zu halten, künftig immer schwieriger zu realisieren sein wird.

### Praxistipp

Versorgungsversprechende mit einschränkenden Hinterbliebenenrenten sollten ihre Zusagen einsehen und ggf. bei neu verheirateten Versorgungsberechtigten die Notwendigkeit einer Rückstellungsanpassung überprüfen.

*Sarah-Denise van der Walt, LL.M.,  
Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Düsseldorf*

## Kopftuch als Einstellungs- hindernis?

*Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom  
9. Februar 2017 – 14 Sa 1038/16*

### Sachverhalt

Das Land Berlin suchte Lehrer für offene Stellen an Grundschulen. Die Klägerin bewarb sich auf eine der Stellen und wurde zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Dabei wurde sie gefragt, ob sie beabsichtige, das Kopftuch auch während des Unterrichts zu tragen. Sie bejahte dies. Die Bewerbung wurde abgelehnt. Die Bewerberin klagte vor dem Arbeitsgericht und forderte eine Entschädigung wegen einer Benachteiligung auf Grund der Religion nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Das Arbeitsgericht wies die Klage mit dem Hinweis auf das „Berliner Neutralitätsgesetz“ ab. Danach ist es in öffentlichen Schulen verboten, religiös geprägte Kleidungsstücke zu tragen. Daraufhin legte die Bewerberin Berufung ein.

### Die Entscheidung

Das LAG sprach der Bewerberin eine Entschädigung in Höhe von zwei Monatsgehältern, vorliegend ca. 8.500,00 EUR, zu. Zur Begründung führte es aus, dass eine Benachteiligung wegen der Religion im Sinne des AGG vorliege und ein Anspruch auf Entschädigung gegeben sei. Das Land Berlin könne sich auch nicht auf die Regelung im Berliner Neutralitätsgesetz berufen. Das Gesetz sei im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Entscheidung vom 27. Januar 2015 – 1 BvR 471/10 und vom 18. Oktober 2016 – 1 BvR 354/11) auszulegen. Ein generelles Kopftuchverbot sei jedenfalls nur dann zulässig, wenn vom Kopftuch als religiösem Symbol eine konkrete Gefahr ausgehe. Dies könne beispielsweise der Fall sein, wenn der Schulfriede gestört sei. Für eine konkrete Gefährdung hatte das Land Berlin aber keine Tatsachen vortragen können. Ein allgemeines Verbot des Tragens eines Kopftuchs sei wegen der überragenden Bedeutung der Religionsfreiheit jedenfalls nicht zulässig. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Angelegenheit hat das LAG die Revision zugelassen.

### Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil schreibt die lange Liste gerichtlicher Entscheidungen im Bereich von Diskriminierungen wegen der Religion fort. Mit einem aktuellen Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu diesem Themenbereich bei einem privaten Arbeitgeber beschäftigt sich der Beitrag von Wolters in diesem Newsletter (Seite 8). Im öffentlichen Dienst muss als Rechtfertigung für ein generelles Verbot des Kopftuchtragens stets eine konkrete Gefahr gegeben sein, die im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung selbstverständlich darzulegen und zu beweisen ist. Gesetzliche Bestimmungen, die abstrakte Verbote zulassen, sind verfassungsgemäß auszulegen oder unter Umständen sogar verfassungswidrig.

### Praxistipp

Stellenausschreibungen, Bewerbungsverfahren und Bewerbungsgespräche können für Arbeitgeber schadensträchtige Bereiche sein. Gemäß § 22 AGG greift im Streitfall sogar eine Beweislastumkehr zu Gunsten eines vermeintlich benachteiligten Bewerbers, wenn dieser Indizien für eine Diskriminierung beweisen kann. Die Beweislastumkehr hat für den Arbeitgeber zur Folge, dass er darlegen und beweisen muss, dass eben keine Diskriminierung vorlag. Dies kann selbst bei objektiv ordnungsgemäßen Verfahren erfahrungsgemäß Schwierigkeiten bereiten, wenn keine ausreichende Dokumentation vorhanden ist. Wichtig für Arbeitgeber ist deshalb eine gründliche Vorbereitung, genaue Durchführung und ordnungsgemäße Dokumentation rund um ein Bewerbungsverfahren. Bestehende Arbeitsabläufe im Unternehmen sollten regelmäßig kritisch geprüft und bei Bedarf angepasst werden.

*Martin Biebl,  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

## Änderung des XING-Profiles kurz vor Ende des Arbeits- verhältnisses: Wettbewerbs- verstoß oder zulässige Vorbereitungshandlung?

*Landesarbeitsgericht Köln vom 7. Februar 2017 –  
12 Sa 745/16*

### Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war in einer Steuerberatungskanzlei beschäftigt. Er hatte mit dem Arbeitgeber einen Vertrag über die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. März 2016 geschlossen. Ab dem 15. Februar 2016 wurde der Mitarbeiter freigestellt. Der Aufhebungsvertrag sah ausdrücklich die Fortgeltung des vertraglichen Wettbewerbsverbots bis zum Beendigungs-termin vor. Am 9. März 2016 stellte das Unternehmen fest, dass der Arbeitnehmer in seinem XING-Profil seinen aktuellen beruflichen Status mit „Freiberufler“ angegeben hatte. Gleichzeitig war aber aus dem XING-Profil das Unternehmen als aktuelle Arbeitgeberin ersichtlich. Es war sogar ein Link auf die Firmenwebseite vorhanden. Das Unternehmen kündigte das Arbeitsverhältnis noch am selben Tag außerordentlich mit der Begründung, durch die Bezeichnung des beruflichen Status als „Freiberufler“ in seinem XING-Profil habe der Mitarbeiter gegen sein vertragliches Wettbewerbsverbot verstoßen.

### Die Entscheidung

Das LAG Köln hielt die Kündigung ebenso wie die Vorinstanz mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für unwirksam. In der bloßen fehlerhaften Angabe des beruflichen Status als „Freiberufler“ sah das Gericht keinen Verstoß gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot. Eine unzulässige Wettbewerbstätigkeit wäre nach Auffassung des Gerichts erst dann gegeben gewesen, wenn der Arbeitnehmer über sein XING-Profil aktiv eine konkurrierende Tätigkeit beworben und insofern gegebenenfalls sogar versucht hätte, Mandate der Beklagten noch während des beste-



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

henden Arbeitsverhältnisses abzuwerben. Das LAG bewertete den Gesamteindruck des XING-Auftritts und stellte fest, dass dieses hierfür keine Anhaltspunkte bot. Dies insbesondere aufgrund des Hinweises auf die aktuelle Tätigkeit beim Unternehmen und den Link auf dessen Webseite, den das Gericht sogar eher als Werbung für den Arbeitgeber wertete. Auch habe der Mitarbeiter unter der auf XING ebenfalls verfügbaren Rubrik „Ich suche“ keine Angaben gemacht, also nicht aktiv nach neuen Mandaten gesucht. Das XING-Profil erwecke lediglich den fehlerhaften Eindruck einer freiberuflichen Tätigkeit für das Unternehmen.

Abschließend stellte das LAG Köln fest, dass selbst bei Annahme eines Wettbewerbsverstoßes keine Kündigung, sondern eine Abmahnung auszusprechen gewesen wäre. Eine Abmahnung sei in Fallkonstellationen mit schwieriger Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Wettbewerbsverstoß regelmäßig nicht entbehrlich.

### Konsequenzen für die Praxis

Das Urteil ergänzt die bestehende Rechtsprechung des BAG, die klar zwischen zulässiger Vorbereitungshandlung und Wettbewerbsverstoß unterscheidet. Konkurrenzaktivitäten während des bestehenden Arbeitsverhältnisses sind auch ohne ausdrückliche Vereinbarung unzulässig. Eine unzulässige Konkurrenzaktivität liegt aber erst vor, wenn die Interessen des Arbeitgebers auch tatsächlich noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses verletzt oder beeinträchtigt werden, etwa durch unmittelbare Einleitung oder den Abschluss von Konkurrenzgeschäften, oder durch Eintragung des Arbeitnehmers als Geschäftsführer seines künftigen, mit dem Arbeitgeber konkurrierenden Unternehmens. Die bloße Vorbereitung einer Wettbewerbstätigkeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist – wenn kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot besteht – aber zulässig, so wenig sie dem Noch-Arbeitgeber auch gefallen mag. Nach Ende des Arbeitsverhältnisses steht es dem Arbeitnehmer ohne nachvertragliches Wettbewerbsverbot gerade frei, in Konkurrenz zu seinem früheren Arbeitgeber zu treten. Genau diese zulässige Wettbewerbstätigkeit darf

der Arbeitnehmer auch schon während seines Arbeitsverhältnisses vorbereiten.

### Praxistipp

Schutz vor der Vorbereitung einer späteren Konkurrenzaktivität bietet nur ein wirksames nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit den unvermeidlichen Kosten für den Arbeitgeber (vgl. auch den Beitrag von Olms, Seite 14). Wer diese Kosten nicht tragen will, sollte vor Ausspruch einer Kündigung wegen einer vermeintlichen Wettbewerbstätigkeit genau prüfen, ob diese oder zumindest der dahingehende Verdacht im Prozess auch substantiiert dargelegt werden kann. Eine anschließende Kündigung ohne vorherige Abmahnung ist des Weiteren nur dann erfolgversprechend, wenn ein Wettbewerbsverstoß vorliegt, der die Grenze zur Vorbereitungshandlung deutlich überschritten hat.

*Angela Schilling, Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,  
Frankfurt am Main*

### Kurzmeldungen

## Entgelttransparenzgesetz – beschlossene Sache

Im März hat der Bundestag das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) beschlossen. Der Gesetzentwurf hat am 12. Mai 2017 auch den Bundesrat passiert. Dementsprechend ist mit einem zügigen Inkrafttreten im Sommer dieses Jahres zu rechnen. Ziel des Gesetzes ist die Durchsetzung des Gebots der gleichen Entlohnung von Frauen und Männern. In Unternehmen mit mehr als 200 Beschäftigten haben diese einen Auskunftsanspruch über Kriterien und Verfahren zur Festlegung des Entgelts und dessen Höhe. Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten sind aufgefordert, mit Hilfe betrieblicher Verfahren ihre Entgeltregelungen alle fünf Jahre auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots zu überprüfen. Bei einer Pflicht zur Erstellung eines Lageberichts



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

nach dem Handelsgesetzbuch sind Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten verpflichtet, über die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen zu berichten. Konzernunternehmen dieser Größe müssen der Prüfung nicht einzeln nachkommen, sondern jedes „herrschende“ Unternehmen dort, wo es Einfluss auf die Entgeltbedingungen nimmt. Dies wirft sowohl datenschutzrechtlich (Rechtsgrundlage für den Datentransfer zwischen Konzernunternehmen?) als auch mitbestimmungsrechtlich (Beteiligung des Konzernbetriebsrates in welcher Mitbestimmungstiefe?) komplexe Fragen auf. Daneben enthält der Gesetzentwurf ein Maßregelungsverbot. Vereinbarungen, die gegen den Entgeltgleichheitsgrundsatz verstoßen, sind unwirksam. Nach Angaben des Ministeriums betrifft das Gesetz ca. 14 Millionen Beschäftigte in Deutschland. Kleinere Unternehmen sind jedoch, anders als ursprünglich beabsichtigt, nicht mehr Adressaten dieser Regelungen. Der Gesetzentwurf beinhaltet zudem noch eine Ergänzung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch mit dem Inhalt, dass die Agentur für Arbeit bei der Berufsberatung geschlechtersensibel beraten soll.

Dr. Nina Springer, LL.M.,  
Rechtsanwältin und Fachanwältin  
für Arbeitsrecht  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München

### **Bundestag beschließt Neuregelung des Beschäftig- tendatenschutzes**

In unserem Newsletter Ausgabe März 2017 hatten wir über den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Datenschutzrechts, insbesondere des Beschäftigtendatenschutzes berichtet (siehe dort den Beitrag von Hund/Branz auf Seite 8 f.). Im Hinblick auf den Beschäftigtendatenschutz hat der Bundestag den Gesetzentwurf am 27. April 2017 nun unverändert ange-

nommen und die damit einhergehende Novelle des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) verabschiedet. Notwendig wurde die Anpassung aufgrund der neuen EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), die zum 25. Mai 2018 in Kraft tritt und auch in Deutschland unmittelbar Anwendung finden wird (siehe hierzu den Beitrag von Morasch in der Newsletterausgabe September 2016, Seite 2 f.). Entsprechend soll das neue BDSG zum 25. Mai 2018 in Kraft treten. Mit der erforderlichen Zustimmung des Bundesrats ist noch in dieser Legislaturperiode zu rechnen.

*Dr. Daniel Hund, LL.M., Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

### **Deutsche unternehmerische Mitbestimmung – mit dem Unionsrecht vereinbar?**

Bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter für den mitbestimmten Aufsichtsrat eines Tourismus-Konzerns hatten ca. 10.000 Mitarbeiter in Deutschland, nicht aber ca. 40.000 Mitarbeiter im EU-Ausland mitgewählt. Ein Anteilseigner wandte sich gegen die aus der Wahl resultierende Zusammensetzung des Aufsichtsrats und gegen den bisher üblichen „Territorialitätsgrundsatz“. Er sah einen Verstoß des deutschen Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das allgemeine Verbot der Diskriminierung. Das Kammergericht Berlin hat den Fall dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vorgelegt. Ende Januar 2017 fand die Verhandlung vor dem EuGH statt. Bislang war völlig unklar, ob das Gericht das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) als mit dem Unionsrecht vereinbar oder unvereinbar ansieht und welche Folgen eine mögliche Unvereinbarkeit hätte. Der EuGH-Generalanwalt hält im Ergebnis im Schlussantrag vom 4. Mai 2017 das MitbestG für unionsrechtskonform. Der EuGH folgt tendenziell den Schlussanträgen des Generalanwalts. Wenn das Gericht von dieser Tendenz jedoch abweichen sollte und





## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

die unternehmerische Mitbestimmung als mit dem Unionsrecht unvereinbar ansehen würde, würden viel mehr deutsche Unternehmen und Konzerne mit internationalem Bezug dem MitbestG unterfallen. Bis zur Entscheidung des EuGH (voraussichtlich im Sommer 2017) bleibt noch etwas Zeit, Maßnahmen zur „Vermeidung“ der unternehmerischen Mitbestimmung umzusetzen.

*Dr. Erik Schmid, Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

### Blog: Thema Arbeitsrecht – Fälle aus der Praxis



Dr. Erik Schmid ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei BEITEN BURKHARDT in München. Sein Tätigkeitsbereich umfasst die kollektive und individuelle arbeitsrechtliche Beratung von nationalen und internationalen Unternehmen sowie deren bundesweite gerichtliche Vertretung. Dr. Schmid berät seine Mandanten u. a. im Rahmen von Restrukturierungen und in tarif- und betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten.

[\[Direkt zum Blog\]](#)