

The background of the entire page is a blue-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various industrial structures, including what appears to be a conveyor belt system and other machinery, all slightly out of focus. The overall lighting is bright but diffused, typical of a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Februar 2018**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

Rahmenbetriebsvereinbarung als beschäftigtendatenschutzrechtliche Hilfe nach dem Inkrafttreten der DSGVO

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Jede Zuordnung einzelner Arbeitnehmer zu einem Dienstplan ist mitbestimmt

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Ankleidezeiten bei besonders auffälliger Dienstkleidung sind Arbeitszeit

Neues aus der Rechtsprechung

BSG: Außergewöhnlich hohe Honorare sprechen für Selbstständigkeit

Loschelder Praxistipp

Anhörung vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung

Neues vom Gesetzgeber

Rahmenbetriebsvereinbarung als beschäftigtendatenschutzrechtliche Hilfe nach dem Inkrafttreten der DSGVO

Die ab dem 25.05.2018 geltende EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sieht vor, dass Unternehmen durch den Abschluss von Betriebsvereinbarungen zusätzliche Ermächtigungsgrundlagen für die Erhebung personenbezogener Mitarbeiterdaten schaffen können (Art. 88 DSGVO). Dadurch lassen sich die bestehenden europarechtlichen Datenschutzvorgaben konkretisieren und auch absenken. Voraussetzung ist allerdings, dass Betriebsvereinbarungen europarechtskonform ausgestaltet sind. Was Sie bei der Anpassung datenschutzbezogener Betriebsvereinbarungen beachten sollten, erläutert unser Beitrag.

Betriebsvereinbarungen sind eine wichtige datenschutzrechtliche Rechtfertigung gemäß § 4 BDSG. Dies wird glücklicherweise auch unter Geltung der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) **ab dem 25.05.2018** bzw. der ab diesem Tag ebenfalls geltenden Neufassung des § 26 BDSG, die den 2009 eingeführten § 32 BDSG ersetzen wird, fortgelten. Ein massives Problem wird dennoch bestehen: Die meisten „alten“, also aktuell in Kraft befindlichen **IT-Betriebsvereinbarungen genügen den Anforderungen** der DSGVO sowohl in formeller als auch materieller Hinsicht **nicht**. Zudem sind ab dem 25.05.2018 die gesetzlichen Vorgaben des (neuen) § 26 Abs. 4 BDSG zu beachten. Der Umsetzungszeitraum ist nun so knapp, dass die Vielzahl alter IT-Betriebsvereinbarungen nicht mehr „nachverhandelt“ werden kann, zumal auch gerade jetzt die Betriebsratswahlen stattfinden und deshalb die Handlungsfähigkeit der Betriebsräte sehr oft eingeschränkt ist. Arbeitgeber müssen jedoch tätig werden, um Bußgeldern nach der DSGVO auszuweichen. Wir empfehlen dazu den **Abschluss einer Rahmenbetriebsvereinbarung zum Datenschutz nach der DSGVO**.

1.

Anpassungsbedarf bei bestehenden datenschutzrechtlichen IT-Betriebsvereinbarungen besteht schon in Hinblick auf § 88 Abs. 2 DSGVO. Betriebsvereinbarungen „umfassen angemessene und besondere **Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde**“ und der dazu geregelten Vorgaben. Solche datenschutzrechtlichen Maßnahmen müssen nun **ausdrücklich** in der IT-Betriebsvereinbarung geregelt werden. Teilweise ist dies geregelt, wenn beispielsweise eine Videoüberwachung nicht in Sanitäreinrichtungen oder Umkleiden erfolgen darf. Oftmals sind auch die Persönlichkeitsgrundrechte der Arbeitnehmer angemessen geschützt. Gleichwohl empfiehlt sich hier in jedem Fall eine Prüfung der „Alt-Betriebsvereinbarung“ oder die Schaffung einer allgemein gehaltenen Regelung, eben durch eine „Rahmenbetriebsvereinbarung-Beschäftigtendatenschutz“.

2.

IT-Betriebsvereinbarungen müssen nun die **Transparenz** der Datenverarbeitung beachten und ausdrückliche Regelungen dazu treffen. Die Bedeutung der Transparenz hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im vergangenen Herbst in seinem

aufsehenerregenden Urteil im Fall Barbulescu (Urteil vom 05.09.2017 – 61496/08, NZA 2017, 1443) zu Art. 8 EGMR ausdrücklich noch einmal herausgestellt.

Transparenz muss einmal im Hinblick auf die Bezeichnung als datenschutzrechtliche Rechtfertigungsgrundlage bestehen. Zum anderen müssen die Transparenzvorgaben des Artikel 5 Abs. 1a, Artikel 12 ff DSGVO als „Kernstück“ der DSGVO eingehalten werden.

Das führt bei neu abzuschließenden IT-Betriebsvereinbarungen zu einem ganz umfangreichen Katalog zu treffender Regelungen. Bei „Alt-IT-Betriebsvereinbarungen“ wird dies nicht mehr ohne weiteres nachzuarbeiten sein. Daher empfehlen wir die Schaffung einer abstrakten Regelung zur Datenverarbeitung in einer Rahmenbetriebsvereinbarung Beschäftigtendatenschutz. Damit wird im Hinblick auf Kontrollen der Datenschutzbehörden, die sich zukünftig intensivieren werden, ganz beträchtlicher Argumentationsspielraum geschaffen.

3.

Schwierigkeiten bereitet die ebenfalls unabdingbare Darstellung der konkreten **Zweckbindung**, die jede Datenverarbeitung gesondert betrifft. Die Zwecke der Beschäftigtendatenverarbeitung können durchaus unterschiedlich sein. Nach dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung, der in Artikel 5 Abs. 1b DSGVO als fundamentaler Grundsatz für die Verarbeitung personenbezogener Daten benannt ist, sind die Zwecke immer anzugeben.

In der „Rahmenbetriebsvereinbarung-Beschäftigtendatenschutz“ sollte eine Zweckbindung auf die in Artikel 88 Abs. 1 DSGVO genannten Zwecke

- der Einstellung,
- der Erfüllung des Arbeitsvertrages einschließlich der Erfüllung gesetzlicher und kollektivrechtlicher Pflichten,
- der Zwecke des Managements und der Organisation der Arbeit,
- der Gesundheit, Gleichheit und Sicherheit am Arbeitsplatz,
- des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden,
- der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sowie
- der Inanspruchnahme der Rechte der Arbeitnehmer

bezeichnet werden.

Diese Zwecke ergänzt der neue § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG darum, dass Beschäftigtendaten auch für die Rechte und Pflichten eines Tarifvertrages und – hier wird es besonders interessant – einer Betriebsvereinbarung verarbeitet werden dürfen. Schafft man eine allgemeine Regelung zur Zweckbindung, kann versucht werden, die zukünftig unbedingt notwendige strenge Zweckbindung auch für die Alt-Betriebsvereinbarungen festzuschreiben und deren Inhalt damit im Sinne der neuen europarechtlichen Vorgaben zu modifizieren.

4.

Ein weiterer wichtiger Regelungsaspekt ist die Darstellung der in Artikel 12 ff. DSGVO genannten betroffenen **Rechte**. Auf diese hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Sinne eines „arbeitsrechtlichen Beipackzettels“ schon bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses (in Bewerbungsprozessen also schon bei deren Beginn) hinzuweisen. Sinnvoll ist es daher, in der Rahmenbetriebsvereinbarung

- die **Auskunftsrechte** der Arbeitnehmer (Artikel 15 DSGVO),
- das Recht auf **Berichtigung** (Artikel 16 DSGVO),
- das Recht auf **Löschung** („Vergessenwerden“, Artikel 17 DSGVO, § 35 Abs. 1, 3 BDSG in der ab dem 25.05.2018 geltenden Fassung),
- das Recht auf **Einschränkung** der Verarbeitung (Artikel 18 DSGVO),
- die **Mitteilungspflichten** bei der Informationsweitergabe an **Dritte** (Artikel 19 DSGVO),
- das Recht auf **Datenübertragbarkeit** (Artikel 20 DSGVO),
- das Recht auf **Widerspruch** (Artikel 21 DSGVO und § 36 BDSG in der ab dem 25.05.2018 geltenden Fassung),
- den Hinweis auf das **Widerrufsrecht bei Einwilligung** (Artikel 7 Abs. 3 DSGVO) sowie
- das Bestehen eines **Beschwerderechts** bei einer Aufsichtsbehörde (Artikel 77 DSGVO)

zu regeln.

5.

Eine Bemerkung zu Verhandlungen von Beschäftigtendatenschutz Betriebsvereinbarungen noch: Beachten Sie, dass die Betriebsräte zukünftig stärker als bisher die vom verantwortlichen Arbeitgeber durchzuführende **Datenschutz-Folgenabschätzung** gemäß Artikel 35 Abs. 1 Satz 1 DSGVO vor Verhandlungen verlangen können. Diese sollten Arbeitgeber daher grundsätzlich zukünftig vor Aufnahme der Verhandlungen mit Betriebsräten vorbereitet haben, um Verzögerungen bzw. Unterbrechungen der Verhandlungen zu vermeiden.

Durch den Abschluss einer angepassten Betriebsvereinbarung kann bei etwaigen Untersuchungen der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden, mit denen in Zukunft stärker als bisher zu rechnen ist, glaubhaft gemacht werden, dass das Unternehmen schon jetzt den ernsthaften Versuch zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben nach den ab dem 25.05.2018 geltenden Normen unternommen hat. Unser Team „Beschäftigtendatenschutz“, in dem die Arbeitsrechtler und Datenschutzrechtler unserer Sozietät eng zusammenarbeiten, steht Ihnen gerne bei der Unterstützung und Begleitung zur Verfügung.



Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Jede Zuordnung einzelner Arbeitnehmer zu einem Dienstplan ist mitbestimmt

§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG normiert das mächtigste Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Nicht nur der Gesamtstruktur von Schichtmodellen und Dienstplänen muss der Betriebsrat zustimmen. Im Ausgangspunkt bedarf jede Einteilung eines einzelnen Arbeitnehmers in eine bestimmte Schicht oder einen bestimmten Dienstplan seiner Zustimmung. Dies gilt auch beim Ersteinsatz gerade erst neu eingestellter Arbeitnehmer. Dies hat das BAG durch Beschluss vom 22.08.2017 (1 ABR 5/16) nun ausdrücklich klargestellt.

Nach **§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG** bestimmt der Betriebsrat über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mit **Mitbestimmte Arbeitszeitvorgaben** darf der Arbeitgeber erst umsetzen, sobald der Betriebsrat seine Zustimmung erteilt hat. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung und lässt er sich auch im Verhandlungswege nicht überzeugen, bleibt dem Arbeitgeber nur noch die Anrufung der **Einigungsstelle**. In einem oft aufwändigen Verfahren kann die Zustimmung des Betriebsrates durch Einigungsstellenspruch ersetzt werden – vorausgesetzt der Einigungsstellenvorsitzende trägt die Arbeitgebersicht mit.

Setzt der Arbeitgeber Arbeitszeitvorgaben **ohne Beteiligung** des Betriebsrates um, kann der Betriebsrat **gerichtlich die Untersagung** der Maßnahme beantragen. Außerdem sind einseitig umgesetzte Arbeitszeitvorgaben **individualrechtlich unwirksam**: Dies bedeutet, dass Arbeitnehmer sie missachten können, ohne deshalb wirksam abgemahnt oder verhaltensbedingt gekündigt werden zu können.

In Bürobetrieben, in denen für alle Mitarbeiter einheitliche Arbeitszeiten gelten, bereitet das Mitbestimmungsrecht nur überschaubare Schwierigkeiten. Sobald der Betriebsrat die einheitliche Arbeitszeitregelung abgesegnet hat, gilt sein Mitbestimmungsrecht als ausgeübt. Enorme Bedeutung erlangt das Mitbestimmungsrecht hingegen in Betrieben, die unterschiedliche Arbeitnehmergruppen unterschiedlichen **Dienstplänen oder Schichten** zuweisen, z.B. im Einzelhandel, in der Industrie und in Krankenhäusern. Hierbei ist nicht nur das Dienst- bzw. Schichtplansystem an sich mitbestimmt. **Jede Zuteilung oder Neuzuteilung einzelner Mitarbeiter zu bestimmten Schicht- oder Dienstplänen** muss im Ausgangspunkt **durch den Betriebsrat genehmigt** werden. Einzige Ausnahme: Ein Mitarbeiter hat von sich aus eine bestimmte Arbeitszeiteinteilung gewünscht und der Arbeitgeber hat diesem Wunsch darauf nachgegeben.

Das Mitbestimmungsrecht gilt **auch bei der erstmaligen Dienstpläneinteilung** neu eingestellter Arbeitnehmer. Dies hat das **BAG durch Beschluss vom 22.08.2017** nun ausdrücklich entschieden. Im zu entscheidenden Fall stellte ein Postdienstleister für das Weihnachtsgeschäft alljährlich neue Saisonkräfte als Postzusteller ein. Der Betriebsrat versuchte diese Praxis zu blockieren und berief sich in einem gerichtlichen Unterlassungsantrag auf § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Das Argument: Jeder neu eingestellte Postzusteller werde in einen bestimmten Dienstplan arbeitszeitmäßig eingeteilt und dies dürfe nur mit Zustimmung des Betriebsrates geschehen. Mit dieser Argumentation obsiegte der Betriebsrat in allen drei Instanzen.

Praktisch gibt es für Arbeitgeber, die Dienstplan- und Schichtsysteme nutzen, drei Möglichkeiten, mit dem – rechtspolitisch bedenklich weitgefassten – Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG umzugehen:

1. In vielen Betrieben ist sich der **Betriebsrat der Bedeutung des Mitbestimmungsrechts gar nicht bewusst** oder nicht daran interessiert, es in jedem Einzelfall auszuüben. Der Arbeitgeber kann Schichtzuteilungen praktisch einseitig vornehmen und beteiligt seinen Betriebsrat einfach nicht. Das ist – rein formal betrachtet – zwar nicht ganz korrekt, macht aber vieles einfacher. Der Arbeitgeber sollte nur aufpassen, dass er „keine schlafenden Hunde weckt“, denn der Betriebsrat könnte diese Praxis jederzeit beenden. Außerdem muss sich der Arbeitgeber des Risikos bewusst sein, dass Dienstpläneinteilungen unter diesen Bedingungen individualrechtlich oft unwirksam sind.
2. In anderen Betrieben fordert der Betriebsrat ein, dass die **Personaleinsatzplanung in regelmäßigen Zeitintervallen** durch ihn **genehmigt** wird. Auch das kann gut funktionieren, wenn die Dienstplanung rechtzeitig fertiggestellt und dem Betriebsrat vorgelegt werden kann und der Arbeitgeber eine gesunde Gesprächskultur mit seinem Betriebsrat etabliert hat. Trägt der Betriebsrat die Personaleinsatzplanung des Arbeitgebers mit, werden unbeliebte Schichten auch in der Belegschaft leichter akzeptiert. Lästig wird es allerdings, wenn

der Betriebsrat querulatorisch agiert und sich mit den wirtschaftlichen Zielen des Unternehmens nicht identifiziert.

3. Der Arbeitgeber kann sich schließlich mit seinem Betriebsrat **in einer Betriebsvereinbarung** auf ein **System detaillierter Verfahrensvorgaben** verständigen, bei deren Beachtung der Arbeitgeber die Dienstplanung einseitig vornehmen kann. Stimmt der Betriebsrat einem solchen System einmalig zu, gilt sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG als „generalisierend“ ausgeübt. Der Betriebsrat muss dann nur noch beteiligt werden, wenn der Arbeitgeber von dem System abweichen will.



Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Ankleidezeiten bei besonders auffälliger Dienstkleidung sind Arbeitszeit

Ankleidezeiten bei besonders auffälliger Dienstkleidung sind Arbeitszeit und vergütungspflichtig, wenn sich der Mitarbeiter in der Betriebsstätte seines Arbeitgebers umkleidet. Was unter auffälliger Dienstkleidung zu verstehen ist, war in Rechtsprechung und juristischer Literatur lange Zeit sehr umstritten. Mit Urteil vom 06.09.2017 (5 AZR 382/16) hat das BAG nun klargestellt: Eine auffällige Dienstkleidung liegt bereits vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund ihrer Ausgestaltung in der Öffentlichkeit einem bestimmten Berufszweig oder einer bestimmten Branche zugeordnet werden kann.

Schreibt der Arbeitgeber vor, dass seine Mitarbeiter eine bestimmte Arbeitskleidung tragen müssen und das **Umkleiden zwingend in seiner Betriebsstätte** zu erfolgen hat, sind diese Umkleidezeiten immer vergütungspflichtige Arbeitszeit. Anders kann es sein, wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern das Recht einräumt, die Arbeitskleidung bereits zu Hause anzuziehen und schon auf dem Weg zur Arbeit zu tragen. In diesen Fällen entfällt die Vergütungspflicht aber nur dann, wenn die **Arbeitskleidung** nicht **besonders auffällig** ist, sodass ihr Tragen auf dem Weg zur Arbeit vom Mitarbeiter erwartet werden kann. Andernfalls hat der Arbeitnehmer das Recht, sich die Bekleidung erst in der Betriebsstätte anzuziehen und für die dafür aufgewendete Zeit Vergütung zu fordern. Fraglich war aber bisher, wann Arbeitsbekleidung als derart auffällig gilt, dass ein Tragen auf dem Weg zur Arbeit nicht mehr zu erwarten ist.

Im zu entscheidenden Fall musste ein Krankenpfleger ausschließlich weiße Oberbekleidung tragen. Diese zog er erst in der Betriebsstätte – einem Krankenhaus – an, wozu er aber nicht verpflichtet war. Die Ankleidezeiten vergütete der Arbeitgeber nicht. Mit seiner Klage forderte der Krankenpfleger Überstundenvergütung wegen Umkleide- und dadurch veranlasster innerbetrieblicher Wegezeiten. An 100 Arbeitstagen habe er durchschnittlich 12 Minuten je Arbeitstag für das An- und Ablegen der Dienstkleidung und für die Wegezeiten vom Umkleideraum zur Arbeitsstelle und zurück benötigt. Daraus ergäben sich insgesamt 20 Überstunden.

Die Vorinstanzen hatten die Klage noch abgewiesen. Das LAG Niedersachsen hielt die weiße Oberbekleidung nicht für hinreichend auffällig, da sie keinem bestimmten Berufsbild oder Arbeitgeber zugeordnet werden könne. Mit weißer Oberbekleidung könne man auch Apotheker, Physiotherapeut und Mitarbeiter einer privaten Arztpraxis sein.

Anders entschied nun das BAG: Es genügt, dass die **Bekleidung einem bestimmten Berufszweig oder einer bestimmten Branche zugeordnet** werden kann, vorliegend nämlich einem Heilberuf. Auch die Zugehörigkeit zu einer Branche brauche der Arbeitnehmer auf dem Weg zur Arbeit nicht offenzulegen.

Damit hat das BAG an die Vergütungspflicht äußerst niedrige Anforderungen gestellt. Während für die Umkleidezeiten von Berufsanzugträgern weiterhin keine Vergütung gezahlt werden muss, dürfte dies bei typischer Arbeitsbekleidung in Handwerk und Industrie bereits anders zu sehen sein.



Neues aus der Rechtsprechung

BSG: Außergewöhnlich hohe Honorare sprechen für Selbstständigkeit

Um die Abgrenzung einer selbstständigen Tätigkeit von einer sozialversicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV wird in behördlichen und gerichtlichen Verfahren seit vielen Jahrzehnten hart gekämpft. Vieles ist nach wie vor umstritten. Lange sah es so aus, als würde der Begriff der abhängigen Beschäftigung immer weiter ausgedehnt und fast alle Formen freier Mitarbeit untersagt. Zuletzt deutete sich aber eine Trendwende an: Durch Urteil vom 31.03.2017 (B 12 R 7/15 R) hat das BSG nun klargestellt, dass bei deutlich erhöhten Honoraren ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit besteht. Und so außergewöhnlich hoch müssen die Honorare dafür gar nicht sein.

Schließt ein Unternehmen mit einem Mitarbeiter einen **Arbeitsvertrag**, in dem sich der Mitarbeiter einem Weisungsrecht des Unternehmens unterwirft, liegt immer eine **sozialversicherungspflichtige Tätigkeit i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV** vor. Einigen sich Unternehmen und Mitarbeiter hingegen auf eine freie Mitarbeit, ist die Rechtslage oft unklar. Die Prüfer der Deutschen Rentenversicherung hinterfragen, ob diese freie Tätigkeit „echt“ ist oder ob sie sich im Gesamtbild als verdeckte Abhängigkeit darstellt. Im letzten Fall fordern sie Sozialbeiträge ein, auch als Nachzahlung für die Vergangenheit.

Die genaue Abgrenzung einer freien Tätigkeit von einer abhängigen Beschäftigung ist mit großer Rechtsunsicherheit behaftet. Gibt das Unternehmen dem vermeintlich freien Mitarbeiter durch Ausübung eines Weisungsrechts dessen Arbeitszeiten und Arbeitsmethoden vor, spricht dies entscheidend für eine Abhängigkeit. Aber auch bei weitgehend weisungsfrei ausgeübten Tätigkeiten kann eine sozialversicherungspflichtige Abhängigkeit bestehen. Nach dem Sprachgebrauch des BSG kann die Weisungsgebundenheit nämlich – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein. Trägt der vermeintlich freie Mitarbeiter kein Unternehmerrisiko, hat er keine eigene Betriebsstätte und arbeitet er nicht für wechselnde Auftraggeber, können deshalb auch weitgehend weisungsfrei ausgeübte Tätigkeiten als sozialversicherungspflichtig angesehen werden.

Wenn der Mitarbeiter allerdings ein im Vergleich zu ähnlich eingesetzten Arbeitnehmern **außergewöhnlich hohes Honorar** bezieht, kann in solchen Fällen eine sozialversicherungsfreie Tätigkeit vorliegen: Das **BSG** hatte am **31.03.2017** über den Fall einer Heilpädagogin zu entscheiden, die für einen öffentlichen Träger der Jugendhilfe als dessen freie Mitarbeiterin tätig war. Die Mitarbeiterin erbrachte für hilfesuchende Familien Betreuungsleistungen, die diesen zuvor durch behördlichen Bescheid des Trägers der Jugendhilfe bewilligt worden waren. Für jeden Betreuungsfall schlossen der Träger und die Mitarbeiterin einen gesonderten Honorarvertrag. Darin wurde mit der Mitarbeiterin ein Stundenhonorar von 40,00 bis 41,50 EURO vereinbart – für die Branche der Sozialarbeit außergewöhnlich viel. Einen Anspruch auf Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall erhielt die Mitarbeiterin nicht. Die Betreuungsleistungen erbrachte sie eigenständig und weisungsfrei.

Die Deutsche Rentenversicherung stufte die Mitarbeiterin durch Bescheid als abhängig beschäftigt ein und forderte Sozialversicherungsbeiträge. Der Träger der Jugendhilfe klagte gegen den Bescheid und erhielt letztlich vor dem BSG Recht: Die Mitarbeiterin sei nicht abhängig sondern selbstständig tätig. Liege das vereinbarte Honorar deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten (in diesem Fall Sozialarbeiter) und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, sei dies nämlich ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit.

Damit steigt auch in anderen Branchen für freie Mitarbeiter, die auf hohem Niveau vergütet werden, die Chance, ihren Selbstständigenstatus zu verteidigen. Spannend bleibt insbesondere, inwieweit die Wertungen des BSG-Urteils auf hochbezahlte freie IT-Entwickler, Vertriebsdienstleister und Interims-Manager übertragen werden.



Loschelder Praxistipp

Anhörung vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung

Vor dem Ausspruch einer fristlosen verhaltensbedingten Kündigung sollte der zu kündigende Arbeitnehmer stets angehört werden. Nur wenn eine Anhörung stattgefunden hat, kann die ausgesprochene Kündigung gegebenenfalls als Verdachtskündigung gerechtfertigt sein. In diesem Fall kann bereits ein auf dem Arbeitnehmer lastender Verdacht den Kündigungsausspruch rechtfertigen. Wenn der Arbeitgeber nicht angehört hat, muss er die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers hingegen vollständig beweisen.

Wenn ein Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis **schwere Pflichtverletzungen und Straftaten** begeht, die das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber unwiederbringlich beschädigen, ist der Arbeitgeber zum Ausspruch einer **fristlosen Kündigung** berechtigt. Typische Beispiele für solche Pflichtverletzungen sind

- Diebstahl von Unternehmenseigentum,
- Vortäuschen nichtgeleiteter Arbeitszeiten durch Manipulation von Arbeitszeitaufzeichnungen,
- Vortäuschen von Krankheiten, um Entgeltfortzahlung zu erschleichen,
- Wettbewerbshandlungen gegen den eigenen Arbeitgeber oder
- Untreue und Bestechlichkeit.

Dass solche Pflichtverletzungen den Ausspruch fristloser Kündigungen rechtfertigen, ist allgemein anerkannt. In einem Kündigungsschutzprozess steht der Arbeitgeber jedoch vor der großen Herausforderung, die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zu beweisen. Die **Anforderungen an den Vollbeweis** des Arbeitgebers sind **hoch**: Selbst wenn alle Begleitumstände auf die Täterschaft des Arbeitnehmers hindeuten, kann der Arbeitnehmer sein Verhalten oft noch durch eine kreative (Lügen-)Geschichte „erklären“, die für den Arbeitgeber nicht widerlegbar ist. Dies gilt insbesondere deshalb, weil der Arbeitgeber auch den Vorsatz des Arbeitnehmers beweisen muss. Selbst scheinbar sichere Kündigungen scheitern dann vor Gericht. Oft ist die Vollbeweislast eine unüberwindbare Hürde.

Vor dem ArbG Hamburg hatte sich vor einigen Jahren z.B. folgender Fall zugetragen:

Der Arbeitgeber ist ein Reinigungsunternehmen. Eine bei einem Kunden eingesetzte Reinigungskraft gerät in Streit mit ihrer Kolonnenführerin. Die Reinigungskraft läuft darauf in einen Raum beim Kunden, in dem ein Mikrofon für Notdurchsagen installiert ist und brüllt eine Schimpftirade gegen ihren Arbeitgeber. Die Tirade wird im gesamten mehrstöckigem Bürogebäude des Kunden laut übertragen. Der Arbeitgeber geht von einem scheinbar eindeutigen Fall aus und kündigt fristlos – ohne vorher die Reinigungskraft anzuhören.

Ein Fehler: Die Reinigungskraft reicht Kündigungsschutzklage ein. Vor Gericht behauptet die Reinigungskraft, sie sei nach einem Streit mit ihrer Kolonnenführerin verwirrt und überfordert gewesen und habe verzweifelt einen Ansprechpartner gesucht, der ihr hilft. Schließlich sei sie in einen Raum beim Kunden gelaufen, um mit den dort anwesenden Personen zu sprechen. Dabei sei die Schimpftirade aus ihr „herausgeplatzt“. Dass in dem Raum ein Mikrofon für Notdurchsagen installiert war, habe sie überhaupt nicht gewusst und daher nicht vorsätzlich gehandelt. Sie bricht in Tränen aus. Das Gericht kann nicht sicher ausschließen, dass diese unwahrscheinliche Geschichte vielleicht doch wahr ist und gibt der Kündigungsschutzklage nach der Beweislastregel statt. Der Arbeitgeber verliert.

Die Rechtsprechung sieht allerdings ein, dass diese Vollbeweislast Arbeitgeber oft überfordert. Zugunsten des Arbeitgebers erkennt die Rechtsprechung deshalb an, dass in bestimmten Fällen schon ein bloßer Verdacht den Ausspruch der fristlosen Kündigung rechtfertigen kann (sog. **Verdachtskündigung**). Erscheinen bei einer schweren Pflichtverletzung die Täterschaft und der Vorsatz des Arbeitnehmers nach der Indizienlage so wahrscheinlich, dass ein Arbeitgeber dem Arbeitnehmer schon wegen des deshalb bestehenden **dringenden Tatverdachts** vernünftigerweise nicht mehr trauen kann, rechtfertigt bereits dieser Vertrauensverlust die fristlose Kündigung. Eines Vollbeweises bedarf es dann nicht mehr.

Voraussetzung für jede Verdachtskündigung ist allerdings, dass sich der Arbeitgeber bemüht hat, die Tat aufzuklären. Dies setzt zwingend voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer **zumindest angehört** hat. Er muss dazu

- (a) dem Arbeitnehmer den gegen ihn gerichteten Tatvorwurf und die bestehenden Indizien (schriftlich oder mündlich) vollständig schildern und
- (b) dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben, sich vor Kündigungsausspruch (schriftlich oder mündlich) zu äußern und den Vorwurf zu entkräften.

Selbst wenn die Täterschaft des Arbeitnehmers auf den ersten Blick gewiss erscheint, so raten wir dennoch stets: Hören Sie den Arbeitnehmer erst an bevor Sie fristlos kündigen. So beugen Sie konstruierten Ausreden und kreativen Lügengeschichten vor.

Die Anhörung sollte spätestens innerhalb von einer Woche erfolgen, nachdem der Arbeitgeber von den verdachtsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hat. Dann setzt die Anhörung die **Kündigungsfrist** des § 626 Abs. 2 BGB neu in Gang. Nach Beendigung des Anhörungsverfahrens haben Sie noch einmal 14 Tage Zeit, um die Kündigung auszusprechen.



Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.kuehne@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de