

# Arbeitsrecht Highlights

Newsletter | Employment and Labor | November 2023





## November 2023 | Inhalt

---

<b>Editorial</b>	<b>03</b>
<b>Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Hinweisgeberschutzes</b>	<b>04</b>
<b>Aktuelle Entwicklungen zur Arbeitszeiterfassung</b>	<b>08</b>
<b>Beendigung von (vereinbarter) Arbeit im Homeoffice</b>	<b>10</b>
<b>Neuerungen</b>	<b>12</b>
<b>Aktuelle Rechtsprechung</b>	<b>14</b>
<b>NRF Transform: Legal Tech im Arbeitsrecht</b>	<b>22</b>
<b>Service</b>	<b>23</b>
<b>Unsere globale Präsenz</b>	<b>24</b>
<b>Termine</b>	<b>26</b>
<b>Ihre Ansprechpartner</b>	<b>27</b>

---

# Editorial

## **Liebe Leserin und lieber Leser,**

mit unserem Newsletter bieten wir Ihnen eine praxisgerechte Darstellung der wichtigsten Rechtsprechung und jüngster Entwicklungen im Bereich des Arbeits- und Betriebsverfassungsrechts.

In dieser Ausgabe befassen wir uns insbesondere mit dem neuen Hinweisgeberschutzgesetz, aktuellen Entwicklungen bei der Arbeitszeiterfassung und zur Beendigung von (vereinbarter) Arbeit im Homeoffice. Zudem stellen wir Ihnen ausgewählte neue Rechtsprechung vor.

Ziel unserer Beratung ist es, Sie und Ihre Anliegen bestmöglich zu vertreten und durchzusetzen. Wir freuen uns auf den Gedankenaustausch mit Ihnen und beantworten gerne Ihre Fragen. Wenden Sie sich bitte jederzeit gerne an ein Mitglied unseres Teams, das Sie am Ende unserer Broschüre finden.

*Viel Freude beim Lesen!*

Ihr Arbeitsrechtsteam von

**Norton Rose Fulbright**

# Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Hinweisgeberschutzes

Mit dem Inkrafttreten des „Gesetzes für einen besseren Schutz Hinweisgebender Personen“ (Hinweisgeberschutzgesetz – HinSchG) am 2. Juli 2023 gelten erstmals konkrete gesetzliche Vorgaben für Arbeitgeber bezüglich des Umgangs mit den Hinweisgebern und deren eingehenden Hinweisen. Arbeitgeber trifft demnach die Pflicht, ein Meldesystem zur Verfügung zu stellen und Hinweisgeber vor Repressalien zu schützen. Für Personalverantwortliche bedeutet dies in erster Linie einen erhöhten Verwaltungsaufwand.

## Persönlicher Anwendungsbereich

Das HinSchG schützt in persönlicher Hinsicht nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Stellenbewerber, Praktikanten, Mitarbeiter von Drittunternehmen (wie Lieferanten oder Geschäftspartner), welche im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an eine interne oder externe Meldestelle melden bzw. offenlegen (Hinweisgeber). Daneben werden auch Personen geschützt, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind oder von einer solchen betroffen sind.

Unter den persönlichen Anwendungsbereich fallen jedoch nur diejenigen Hinweisgeber, die Informationen über Verstöße an die nach dem HinSchG vorgesehenen internen oder externen Meldestellen melden. Folglich fallen beispielsweise Arbeitnehmer, die Informationen über Verstöße nicht an die eingerichteten internen oder externen Meldestellen, sondern lediglich z.B. an die Personalabteilung oder den Betriebsrat melden, nicht unter den Anwendungsbereich des HinSchG. Im vorgenannten Fall dürfte eine spätere Einbeziehung des betreffenden Arbeitnehmers in den Schutzbereich des HinSchG durch eine nachträgliche Meldung an die eingerichteten Meldestellen eher problematisch sein.

## Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich (§ 2 HinSchG) umfasst einen abschließenden Katalog an Schutzgütern, wobei nur Rechtsvorschriften erfasst werden. Unethisches oder unmoralisches Verhalten ist nicht umfasst. Zu den Rechtsvorschriften zählen insbesondere die Meldung

oder Offenlegung von Informationen über Verstöße gegen Strafvorschriften und bußgeldbewehrten Verstößen, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Arbeitnehmern und deren Vertretungsorganen dient (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG). Hierzu zählen Vorschriften des individuellen Arbeitsrechts (z.B. MiLoG, AGG, AÜG) und des kollektiven Arbeitsrechts (z.B. Nichtbeachtung von Unterrichtungspflichten des Betriebsrates beispielsweise im Zuge einer Betriebsänderung, § 121 BetrVG). Verstöße gegen Betriebsvereinbarungen oder unternehmensinterne Compliance-Regelungen sind nicht erfasst.

Daneben sind auch Meldungen oder Offenlegungen von Verstößen gegen bestimmte Vorschriften des EU- und Bundesrechts (z.B. Kartellrecht, Umweltrecht oder Vorschriften zur Produktsicherheit) geschützt.

Natürlich steht es Arbeitgebern offen, ihren Arbeitnehmern über die internen Meldekanäle auch die Meldungen von einfachen Compliance- oder arbeitsvertraglichen Verstößen zu ermöglichen, die gerade nicht die vorgenannte Qualität haben. In diesem Fall sollte jedoch ein ausdrücklicher Hinweis erfolgen, dass derartige Meldungen nicht vom Schutzbereich des HinSchG umfasst sind.

## Einrichtung und Organisation einer internen Meldestelle

Das HinSchG richtet sich grundsätzlich an alle Arbeitgeber, unabhängig von ihrer Größe. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung einer sicheren und zuverlässigen internen Meldestelle bis zum 17. Dezember 2023 besteht für Unternehmen mit in der Regel

mindestens 50 Beschäftigten. Größere Unternehmen mit 250 und mehr Beschäftigten müssen diese Vorgaben bereits seit dem Inkrafttreten des HinSchG umsetzen; spätestens ab dem 1. Dezember 2023 drohen nun aber Bußgelder bei einem Verstoß (§ 40 Abs. 2 Nr. 2, § 42 Abs. 2 HinSchG). Wer in die Berechnung der Beschäftigtenanzahl einzubeziehen ist, bestimmt sich nach § 3 Abs. 8 HinSchG. Zu beachten ist beispielweise, dass Teilzeitarbeitnehmer hier voll und nicht nur anteilig berücksichtigt werden. Unabhängig von ihrer Beschäftigtenzahl gilt die Pflicht zur Einrichtung einer internen Meldestelle für alle in § 12 Abs. 3 HinSchG genannten Unternehmen (bspw. Wertpapierdienstleistungsunternehmen, Datenbereitstellungsdienste etc.).

Für die Einrichtung einer internen Meldestelle kann nach § 14 Abs. 1 HinSchG entweder beim Beschäftigungsgeber selbst eine Arbeitseinheit gebildet werden oder indem ein Dritter mit den Aufgaben einer internen Meldestelle betraut wird. Der Arbeitgeber wird jedoch in jedem Fall verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um den Verstoß abzustellen.

Einige Regelungen zur Ausgestaltung von internen Meldekanälen enthält § 16 HinSchG. Diese Vorschrift stellt insbesondere – für viele Arbeitgeber überraschend – klar, dass die eingerichteten Meldekanäle keine anonyme Hinweisgebung ermöglichen müssen.

Bei der Ausgestaltung der internen Meldestellen muss auch das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren zum Umgang mit internen Meldungen beachtet werden (§ 17 HinSchG). Demnach muss dem Hinweisgeber der Eingang seiner Meldung nach spätestens sieben Tagen bestätigt werden. Zudem muss die Meldestelle umgehend die Stichhaltigkeit der eingegangenen Meldung überprüfen und dem Hinweisgeber innerhalb von drei Monaten nach der Eingangsbestätigung eine Rückmeldung zum aktuellen Stand geben. In diesem Zusammenhang kann die interne Meldestelle die Untersuchung auch an eine Behörde zur weiteren Untersuchung weiterleiten oder das Verfahren aus Mangel an Beweisen einstellen (§ 18 HinSchG).

Bei der Ausgestaltung der internen Meldestellen spielt auch der Datenschutz eine wichtige Rolle. Zunächst schützt das hinweisgeberschutzrechtliche Vertraulichkeitsgebot die Identitäten von Hinweisgebern und von Personen, die Gegenstand der Meldung sind, sowie von in der Meldung genannten Personen. Diese Identitäten dürfen

ausschließlich den Personen bekannt werden, die für die Entgegennahme von Meldungen oder für das Ergreifen von Folgemaßnahmen zuständig sind, sowie den sie bei der Erfüllung dieser Aufgaben unterstützenden Personen (§ 8 Abs. 1 S. 2 HinSchG). Darüber hinaus sei insbesondere auf Aspekte wie die Informationspflichten an die betroffene Person (Art. 14 DSGVO), die Einhaltung von Löschfristen (§ 11 Abs. 5 HinSchG) oder technische Maßnahmen zum Schutz der Daten hingewiesen. Der betriebliche Datenschutzbeauftragte ist bei der Einrichtung zu beteiligen.

Wird eine Meldestelle im Unternehmen selbst errichtet, hat diese unabhängig zu sein. Dies umfasst bspw. die Vorgabe, dass Meldeaufgaben grundsätzlich nicht per Direktionsrecht oder Versetzung übertragen werden können. Denkbar ist jedoch, die Meldestelle in die Compliance-Abteilung zu integrieren, sofern diese organisatorisch und personell abgegrenzt ist (§ 16 Abs. 2 HinSchG) und mithin nur die unterstützenden Arbeitnehmer Zugriff auf die eingehenden Meldungen haben.

Zu beachten ist, dass das Meldeverfahren nach dem HinSchG parallel zum Beschwerdeverfahren des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (§ 8 LkSG), des Arbeitsschutzgesetzes (§ 17 Abs. 2 S. 2 ArbSchG) und den Beschwerden zum Betriebsrat (§ 84 BetrVG) besteht. Meldeverfahren in besonders sensiblen Wirtschaftsbereichen (§ 4 Abs. 1 HinSchG) gehen allerdings als *lex specialis* dem HinSchG vor. Lediglich soweit diese spezifischen Regelungen keine Vorgaben machen, gelten die Bestimmungen des HinSchG (§ 4 S. 2 HinSchG).

## Einbindung des Betriebsrats

Da die Einrichtung einer internen Meldestelle für Unternehmen mit in der Regel mindestens 50 Beschäftigten gesetzlich vorgeschrieben ist, besteht bezüglich der Einrichtung kein betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht. Dem Betriebsrat kommt jedoch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Nr. 1 BetrVG in dem Umfang zu, in dem das HinSchG dem Arbeitgeber einen Gestaltungsspielraum lässt, d.h. bei der Ausgestaltung und Organisation der internen Meldestelle. Auch die personelle Besetzung der Meldestelle sowie die Einführung einer technischen Überwachung können Mitbestimmungsrechte auslösen.

## Meldestellen im Konzernverbund

Nach dem HinSchG ist es grundsätzlich möglich, in einem Konzernverbund bei (lediglich) einem Unternehmen eine konzernweit tätige Meldestelle einzurichten. Dies war in der Hinweisgeberrichtlinie nicht vorgesehen und entspricht auch weiterhin nicht der Auffassung der EU-Kommission (vgl. BT-Drs. 20/3442, Ziffer III 1.a). Die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission gegen Deutschland erscheint gleichwohl eher unwahrscheinlich und mithin auch das Risiko, dass Unternehmen, die ihre internen Meldestellen unter Berücksichtigung des gesetzlichen normierten Konzernprivilegs eingerichtet haben, erneut tätig werden müssen.

In jedem Fall muss im Zusammenhang mit einer konzernweit tätigen Meldestelle beachtet werden, dass den Hinweisgebern keine zusätzlichen Hürden auferlegt werden. Insbesondere muss eine Meldung in der im lokalen Unternehmen vorherrschenden Sprache möglich sein und der Hinweisgeber muss sich sicher sein können, dass die Vertraulichkeit – zugunsten der meldenden Person als auch zugunsten der Personen, die Gegenstand einer Meldung sind oder in einer Meldung genannt werden (§ 8 HinSchG) – gewährleistet wird.

## Risiko externer Meldung und Offenlegung von Informationen

Nach dem HinSchG können Hinweisgeber grundsätzlich frei wählen, ob sie sich mit ihrer Meldung an eine interne oder an eine externe Meldestelle, beispielsweise an das Bundesamt für Justiz, die BaFin oder das Bundeskartellamt, wenden (§ 7 HinSchG). Die externen Meldestellen können die gemeldeten Informationen zum Zwecke weiterer Untersuchungen an eine zuständige Behörde weitergeben (§ 29 Abs. 2 Nr. 4, § 30 HinSchG).

Nach den gesetzlichen Regelungen ist die Offenlegung von Informationen gegenüber der Öffentlichkeit für den Hinweisgeber nur ultima ratio und mithin nur erlaubt, wenn auch die vorangegangene Meldung nicht ausreichend berücksichtigt wurde (d.h. keine Folgemaßnahmen ergriffen wurden bzw. der Hinweisgeber keine Rückmeldung zur Maßnahmenergreifung erhalten hat, § 32 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG). Eine sofortige Offenlegung ist nach den gesetzlichen Vorschriften hingegen erlaubt, wenn ein Verstoß mit besonderen Gefahren für die Allgemeinheit verbunden ist (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG).

Um externe Meldungen und damit ggfs. einhergehende Reputationsschäden zu vermeiden, sollten Arbeitgeber darauf achten, ein möglichst verständliches sowie gut funktionierendes internes Hinweisgebersystem einzurichten, damit Hinweisgeber dieses auch niedrigschwellig nutzen können und idealerweise zunächst eine interne Aufarbeitung ermöglicht wird.

## Schutz des Hinweisgebers vor Repressalien

Hinweisgeber unterliegen gemäß § 33 HinSchG einem Repressalienschutz (inklusive deren Androhung und Versuch), sofern (i) die interne oder externe Meldung bzw. eine Offenlegung wie vorliegend beschrieben erfolgte, (ii) der Hinweisgeber zum Zeitpunkt der Meldung davon ausgehen konnte, dass die gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen und (iii) die Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen. Folglich ist der Hinweisgeber nicht geschützt, wenn er sich die gemeldeten Informationen beispielsweise durch eine Straftat verschafft hat (§ 35 Abs. 1 Hs. 2 HinSchG); er darf sich daher insbesondere keine Kenntnis durch für ihn verschlossene oder geschützte Daten verschaffen.

Zu den Repressalien gehören jedenfalls alle ungerechtfertigten Nachteile wie z.B. Kündigung, Versetzung, Herabstufung oder Versagung einer Beförderung. Aber auch die Aufgabenverlagerung, die Änderung des Arbeitsortes, die Versagung der Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen oder das arbeitgeberseitige Verhalten zum Zwecke der Einschüchterung oder des Mobbings können eine Repressalie darstellen.

Kommt es trotz des vorgenannten gesetzlichen Verbots zu einer rechtswidrigen Repressalie, sieht § 37 Abs. 1 HinSchG einen Schadensersatzanspruch für den Hinweisgeber vor. Umgekehrt ist der Hinweisgeber zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die Meldung oder Offenlegung auf unrichtigen Informationen basiert (§ 38 HinSchG).

## Darlegungs- und Beweislast zulasten des Arbeitgebers

Nach § 36 Abs. 2 HinSchG wird vermutet, dass – sofern ein Hinweisgeber nach oder im Zusammenhang mit seiner Meldung oder Offenlegung eine berufliche Benachteiligung erleidet – diese Benachteiligung eine Repressalie im Sinne dieses Gesetzes ist. Der Arbeitgeber kann diese

Vermutung jedoch widerlegen, indem er darlegt, dass die benachteiligende Maßnahme nicht wegen der Meldung oder Offenlegung, sondern aus anderen, objektiv nachvollziehbaren Gründen erfolgte. Zudem kann der Arbeitgeber auch darlegen, dass die benachteiligende Person (z.B. HR-Mitarbeiter oder Vorgesetzter) keine Kenntnis davon hatte, dass die benachteiligte Person ein Hinweisgeber ist und die Repressalie somit gänzlich unabhängig davon verhängt wurde.

## **Sanktionen**

Verstöße gegen die wesentlichen Regelungen des HinSchG werden als Ordnungswidrigkeiten geahndet. Als derartige Verstöße gelten insbesondere das Verhindern von Meldungen, das Ergreifen von Repressalien sowie die Verletzung der Vertraulichkeit der Identität hinweisgebender Personen (§ 40 HinSchG).

## **Fazit: Einrichtung der internen Meldestelle und Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung**

Der Verpflichtung zur Einrichtung einer internen Meldestelle nach den vorgenannten Voraussetzungen sind sich Unternehmen (mit in der Regel mindestens 50 Beschäftigten) bereits seit dem Erlass der Hinweisgeberrichtlinie bewusst.

Daneben können sich die Vorschriften des HinSchG jedoch auch auf individualvertraglicher Ebene auswirken, da gemäß § 39 HinSchG Vereinbarungen, die die Rechte von Hinweisgebern beschränken, unwirksam sind. Nach den gesetzlichen Vorschriften zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen könnte eine Verschwiegenheitsklausel als intransparent (gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB) angesehen und damit insgesamt unwirksam angesehen werden, sofern die Klausel nicht ausdrücklich vorsieht, dass ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung erlaubt ist, um eine Mitteilung bei einer internen oder externen Meldestelle zu platzieren. Es bleibt zunächst abzuwarten, wie sich die Arbeitsgerichte in diesem Zusammenhang positionieren werden. Für bis zum Inkrafttreten des HinSchG abgeschlossene Verträge gilt aber jedenfalls Vertrauensschutz und damit kein Anpassungsbedarf.

# Aktuelle Entwicklungen zur Arbeitszeiterfassung

Seit dem das BAG mit seinem Beschluss vom 13.09.2022 (Az. 1 ABR 22/21) klarstellte, dass Arbeitgeber zur Erfassung der Arbeitszeit verpflichtet sind, warten Arbeitgeber auf eine gesetzliche Neuregelung zur Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung. Während der zwischenzeitlich veröffentlichte Referentenentwurf des Bundesarbeitsministeriums zahlreiche Fragen ungeklärt lässt, nehmen Betriebsräte das Heft in die Hand und zwingen Arbeitgeber zu betrieblichen Lösungen.

Arbeitgeber, die die Zeiterfassungspflicht bislang nicht umsetzen, müssen derzeit grundsätzlich noch keine negativen Konsequenzen befürchten, da die Zeiterfassungspflicht bislang weder im Arbeitsschutzgesetz noch im Arbeitszeitgesetz gesetzlich verankert wurde. Dementsprechend sehen sich Arbeitgeber bislang unmittelbar auch keinen Bußgeldern ausgesetzt, da diese durch die Aufsichtsbehörden erst nach Missachtung einer vorangehenden behördlichen Anordnung verhängt werden können. Die arbeitgeberseitige Zurückhaltung bei der Einrichtung von Arbeitszeiterfassungssystemen dürfte angesichts einer fehlenden konkreten gesetzlichen Regelung andauern.

## Einbindung des Betriebsrates

Besteht allerdings ein Betriebsrat, dann können Arbeitgeber bereits vor Inkrafttreten einer gesetzlichen Regelung zum Handeln gezwungen werden. Nachdem bereits das BAG vergangenes Jahr entschied, dass der Betriebsrat zwar nicht bei dem „Ob“ der Einführung eines bestimmten Arbeitszeiterfassungssystems mitbestimmen könne, allerdings bei dem „Wie“, d.h. der Ausgestaltung des Zeiterfassungssystems, ein umfassendes Mitbestimmungsrecht habe, folgt nun auch das LAG München (22.05.2023 – 4 TaBV 24/23, siehe S.20) der Argumentation des BAG und bestätigt ein solches Initiativrecht bezüglich der Ausgestaltung eines im Betrieb zu verwendenden Zeiterfassungssystems.

Der Beschluss aus München behandelt praxisrelevante Fragen zu den Grenzen des Initiativrechts des Betriebsrats im Hinblick auf die Ausgestaltung eines bereits im Betrieb bestehenden Zeiterfassungssystems. Nach Ansicht des LAG handelt es sich bei der Frage der Ausweitung eines bereits

bestehenden Zeiterfassungssystems in einem Betrieb auf eine davon bislang nicht umfasste Arbeitnehmergruppe um das „Wie“ der Zeiterfassung – und nicht das „Ob“. Nach unserer Ansicht besteht jedoch durchaus ein Bewertungsspielraum, da die Grenze zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Arbeitszeiterfassung häufig fließend sein kann. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich weitere Arbeitsgerichte der Argumentationslinie des LAG München anschließen werden. Relevant wird dies jedenfalls für Betriebe mit bereits etablierten Arbeitszeiterfassungssystemen, die sich nur auf bestimmte Arbeitnehmergruppen beschränken. Sie dürften nun mit Initiativen ihrer Mitarbeitervertretungen zur Erweiterung des Arbeitszeiterfassungssystems konfrontiert werden.

## Referentenentwurf des BMAS

Der vom BMAS am 18.04.2023 veröffentlichte Referentenentwurf zur Regelung einer Arbeitszeiterfassungspflicht beinhaltet zwar einige klarstellende Regelungspunkte, enthält jedoch auch zahlreiche offene Fragen:

### a) Vertrauensarbeitszeit

Zum einen ist fraglich, ob die bisherige Vertrauensarbeit im Lichte der BAG-Entscheidung Bestand haben wird. Bisher wurde in der Praxis darunter regelmäßig sowohl ein Verzicht auf die Arbeitszeitkontrolle als auch auf die Arbeitszeiterfassung verstanden. Nach der Regelung des § 16 Abs. 4 ArbZG-E müssen Arbeitgeber allerdings, soweit sie auf die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit verzichten, durch geeignete Maßnahmen – beispielsweise durch stichprobenartige Überprüfungen der Aufzeichnungen ihrer Beschäftigten – sicherstellen, dass ihnen Verstöße gegen die Bestimmungen des ArbZG bekannt werden.



## b) Persönlicher Anwendungsbereich

Der Referentenentwurf nimmt derzeit leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG) und Nicht-Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 2 ArbZG) von der Arbeitszeiterfassungspflicht aus. Das BAG leitete in seiner Entscheidung vom September 2022 hingegen die Aufzeichnungspflicht aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ab, mit der Folge, dass aufgrund des Beschäftigtenbegriffs des ArbSchG alle Arbeitnehmergruppen sowie Beamte und Richter (§ 2 Abs. 2 ArbSchG) umfasst wären. Entsprechend stellt sich die Frage, ob das BMAS die Abweichung von der Entscheidung des BAG bewusst getroffen oder schlicht nicht bedacht hatte.

## c) Elektronische Zeiterfassung

Darüber hinaus sieht der Referentenentwurf lediglich eine elektronische Aufzeichnung der Arbeitszeit vor (§ 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E). Hierbei bleibt unklar, ob beispielsweise auch eine Excel-Tabelle ausreicht oder nur automatisierte Zeiterfassungssysteme gestattet wären. Laut der Gesetzesbegründung des BMAS soll eine elektronische Aufzeichnung zwar die Chancen einer korrekten Aufzeichnung erhöhen. Weshalb dies mit einer nicht-elektronischen Aufzeichnung nicht möglich sein soll, bleibt allerdings offen.

## d) Pausenregelung

Schließlich enthält der Referentenentwurf auch keine Regelung zur Aufzeichnungspflicht von werktäglichen Pausen. Insoweit ließe sich argumentieren, dass lediglich Beginn, Ende und Dauer der täglichen Gesamtarbeitszeit aufzuzeichnen sind. Der Wortlaut des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG-E lässt sich aber auch dahingehend auslegen, dass jede Pause mit dem Beginn eines neuen Abschnitts der täglichen Arbeitszeit gleichzusetzen ist. Folglich könnte dann mit jeder Pause eine Verpflichtung zur Dokumentation des Beginns, der Dauer und des Endes des geleisteten Arbeitszeitblocks verbunden sein. (Auch) hier wäre eine Klarstellung seitens des Gesetzgebers wünschenswert.

## Verstärkte Meldungen durch Hinweisgeberschutz

Da Hinweisgeber dem gesetzlichen Schutz des HinSchG unterfallen, dürfte die Hemmschwelle, einen Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz oder eine etwaige Aufzeichnungspflicht an eine interne oder externe Stelle zu übermitteln, mit dem neuen Hinweisgeberschutzgesetz

deutlich sinken. Wir rechnen daher in der Zukunft verstärkt mit behördlichen Untersuchungen nach dem ArbSchG oder ArbZG, die auf betriebsinterne Hinweisgeber beruhen.

Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, als einige Gewerbeaufsichtsämter in den Bundesländern bereits jetzt – meist aufgrund externer Hinweise – stichprobenartig die Einhaltung der Arbeitszeiterfassungspflicht prüfen und im Rahmen ihrer Befugnisse auch Fristen zur Umsetzung auferlegen. Wird einer solchen behördlichen Anordnung nicht Folge geleistet, droht ein Bußgeld.

## Fazit

Arbeitgeber sollten trotz ungeklärter Fragen bei der Novellierung der Arbeitszeiterfassung die Rahmenbedingungen für eine Arbeitszeiterfassung in ihren Betrieben eruieren und die Entwicklungen rund um die Arbeitszeiterfassung – insbesondere den Gesetzgebungsprozess zur Novellierung des ArbZG – im Blick behalten.

# Beendigung von (vereinbarter) Arbeit im Homeoffice

**Um die Präsenz im Betrieb zu erhöhen ist bei vielen Arbeitgebern der Trend zu beobachten, bestehende Regelungen zur Arbeit im Homeoffice neu zu verhandeln. Dabei sind die Interessen der Arbeitgeber an einer Produktivitätssteigerung und der Arbeitnehmer an flexiblen Arbeitsbedingungen in Balance zu bringen. Neben Fragen der Personalführung sind insbesondere rechtliche Hürden zu beachten, wenn Arbeitnehmer aus dem Homeoffice zurück ins Büro geholt werden sollen.**

## Hintergrund

Während und auch nach Ende der Corona-Pandemie brachte das Homeoffice für Arbeitnehmer unterschiedliche Vorteile mit sich. Hierzu zählen beispielsweise der Wegfall von Pendelzeiten oder die Vereinbarkeit von Familie und Beruf.

Viele Arbeitgeber betonen, dass im Büro arbeitende Beschäftigte engagierter und kreativer seien und sich mehr einbringen könnten. Auch entfalle der informelle Erfahrungsaustausch, soziale Kontakte und gegenseitige Hilfe auf kurzem Wege. Zudem könne die räumliche Trennung von Freizeit und Arbeit für Arbeitnehmer vorteilhafter sein. In diesem Zusammenhang könne beispielsweise das Gemeinschaftserlebnis eines gemeinsamen Arbeitsplatzes das Onboarding vor allem junger Kollegen erleichtern. Nicht zuletzt ließen sich gute Arbeitsbedingungen, wie eine gesundheitsfördernde Ausstattung oder die Einhaltung von Arbeitszeitschriften, in Präsenz besser gewährleisten. Vor diesem Hintergrund befassen sich Arbeitgeber aktuell vermehrt mit den (rechtlichen) Möglichkeiten einer Erhöhung der Präsenz ihrer Mitarbeiter im Betrieb.

Um möglichen Spannungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vorbeugend zu begegnen, sollten Arbeitgeber klare und bedarfsgerechte Strukturen für das Arbeiten im Homeoffice schaffen und hierbei den rechtlichen Rahmen einhalten. Insoweit sind insbesondere die nachfolgenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

## Reichweite des Weisungsrechts

Arbeitnehmer haben keinen (gesetzlichen) Anspruch auf Arbeiten im Homeoffice. Arbeitgebern ist es daher grundsätzlich gestattet, die Tätigkeit im Homeoffice durch Weisung einseitig zu beenden, da das Direktionsrecht dem

Arbeitgeber grundsätzlich die Bestimmung des Ortes der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen zulässt. Dies gilt im Grundsatz jedenfalls soweit der Arbeitgeber das Arbeiten im Homeoffice nur vorübergehend beispielsweise zur Erfüllung der während der Corona-Pandemie bestehenden Verpflichtung zur Arbeit im Homeoffice gestattet hat.

Wurde die Arbeit im Homeoffice seitens der Arbeitgeber lediglich geduldet, können Arbeitnehmer zur Rückkehr ins Büro aufgefordert werden. Eine entsprechende Weisung muss allerdings nach „billigem Ermessen“ erfolgen und die persönlichen Belange der Arbeitnehmer wie Betreuungsmöglichkeiten oder etwaige Erkrankungen berücksichtigen. Hat ein Arbeitnehmer bereits sehr lange ausschließlich im Homeoffice gearbeitet, kann im Einzelfall eine Ankündigungsfrist geboten sein, da eine überstürzte Rückkehr sich als unbillig und daher rechtlich unzulässig erweisen kann.

## Vertragliche Beendigungsmöglichkeiten

Allerdings ist eine Weisung zur Rückkehr ins Büro nicht zulässig, sofern ein anderer Arbeitsort (z.B. das Homeoffice) vertraglich vereinbart wurde oder die Beendigung der Tätigkeit im Homeoffice durch Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung an bestimmte Bedingungen geknüpft ist. Vor Ausübung des Weisungsrechts sind daher zunächst etwaige abgeschlossene Vereinbarungen zu prüfen. Vertragliche Beendigungsmöglichkeiten können sich für Arbeitgeber etwa aus einer Widerrufsklausel oder der Vereinbarung eines Kündigungsrechts ergeben.

Bei der Gestaltung von Widerrufsklauseln ist die Rechtsprechung des BAG zu Widerrufsvorbehalten im Sinne von § 308 Nr. 4 BGB zu berücksichtigen. Ein voraussetzungsloser Widerruf scheidet danach aus, da dies

eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen würde. Folglich sind die Gründe für eine Auslösung des Widerrufsrechts in die Klausel aufzunehmen. Denkbare Widerrufsgründe sind etwa die Nichteinhaltung von Datenschutzvorschriften im Homeoffice oder der Missbrauch des Vertrauensverhältnisses, das der Homeofficetätigkeit zu Grunde liegt. Auch sollte vor allem bei Arbeitnehmern, die ausschließlich im Homeoffice arbeiten, eine angemessene Ankündigungsfrist vorgesehen werden.

Des Weiteren bietet es sich an, in der Zusatzvereinbarung über eine Homeofficetätigkeit ein Kündigungsrecht zur Beendigung des Homeoffice zu vereinbaren. So entschied erst kürzlich das LAG Hamm, dass eine vertragliche Abrede über die Kündbarkeit einer Zusatzvereinbarung zum Homeoffice grundsätzlich zulässig sei (LAG Hamm, 16.03.2023 – 18 Sa 832/22). Wurde die Kündbarkeit wirksam vereinbart, muss neben der Kündigung eine Weisung zum neuen Arbeitsort ergehen, welche wiederum billigem Ermessen entsprechen muss.

Soll eine Homeofficetätigkeit zunächst erprobt werden, stellt eine weitere Möglichkeit die Vereinbarung einer Befristung dar, nach deren Ablauf der Arbeitnehmer automatisch wieder zur Arbeit im Betrieb verpflichtet ist.

Fehlen vertragliche Regelungen zur Beendigung der Homeoffice Arbeit, bleibt nur die Möglichkeit des Ausspruchs einer Änderungskündigung, die wiederum voraussetzt, dass die Rückkehr ins Büro zwingend notwendig ist. Die rechtlichen Hürden sind insoweit sehr hoch, weshalb vertragliche Beendigungsmöglichkeiten in jedem Fall vorzuziehen sind.

## Mitbestimmungsrechte einhalten

Eine Änderung des Arbeitsorts kann möglicherweise als Versetzung gemäß § 99 BetrVG qualifizieren zu sein, welche die Unterrichtung und Zustimmung des Betriebsrats erfordert. Unter einer Versetzung ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs zu verstehen, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet, oder die mit einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist (§ 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG). Insoweit soll nach der herrschenden Meinung eine Anordnung zur Rückkehr an den betrieblichen Arbeitsplatz eine zustimmungspflichtige Versetzung darstellen. Hiervon soll jedenfalls auszugehen sein, wenn ein Arbeitnehmer wieder ausschließlich im Büro tätig werden soll. So entschied

zumindest das BAG in einem Fall zur Beendigung von alternierender Telearbeit, welche eine ausschließliche Tätigkeit des Arbeitnehmers in der betrieblichen Arbeitsstätte zur Folge haben sollte (BAG, 20.10.2021 – 7 ABR 34/20).

Im Umkehrschluss ließe sich vertreten, dass nur eine geringfügige Erhöhung der Präsenz im Büro nicht als Versetzung zu qualifizieren ist, da sich hier nicht ausschließlich der Arbeitsort, sondern (nur) die zeitliche Verteilung der Arbeitszeit an den unterschiedlichen Arbeitsorten verändert.

Sofern Arbeitgeber bereits geschaffene Regelungen zur Homeoffice Arbeit ändern oder erst einführen möchten, ist ebenfalls an das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG zu denken. Hierbei obliegt die Entscheidung über die Einführung oder Beendigung (beispielsweise durch Kündigung der entsprechenden Betriebsvereinbarung) einer Homeofficetätigkeit nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats, da es sich insoweit um eine Frage des „Ob“ handelt. Die Frage nach der inhaltlichen Ausgestaltung der Homeoffice oder mobilen Arbeit ist als Teil des „Wie“ allerdings mitbestimmungspflichtig.

Ob dem Betriebsrat auch beim Umfang der Homeofficetätigkeit (d.h. über die Anzahl der Tage) ein Mitbestimmungsrecht zusteht ist strittig. Das Arbeitsgericht München lehnte in einer jüngeren Entscheidung (18.04.2023 – 40 BVG a 8/23) ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung einer bestimmten Anzahl an Teamtagen pro Monat trotz des Bestehens einer Betriebsvereinbarung zum Homeoffice ab.

## Fazit

Vor einer einseitigen Anordnung einer Präsenzpflcht im Betrieb sollten Arbeitgeber bestehende Vereinbarungen dahingehend prüfen, ob die arbeitgeberseitige Entscheidungsfreiheit eingeschränkt ist. Ansonsten besteht in den Grenzen billigen Ermessens eine gewisse Flexibilität. Anstelle einer ausnahmslosen Beendigung von Homeoffice oder mobiler Arbeit sind Arbeitgeber zudem gut beraten, hier einen gewissen Spielraum für Arbeitnehmer zu belassen. Immerhin ist die Möglichkeit zur Arbeit im Homeoffice mittlerweile eine wichtige Anforderung, die Arbeitnehmer an einen (neuen) Arbeitgeber stellen.

# Neuerungen

## Kommissionsbericht zur Betriebsratsvergütung

Nach der Entscheidung des BGH vom 10.01.2023 (Az. 6 StR 133/12) zur Strafbarkeit zu hoher Betriebsratsvergütungen hatte die Bundesregierung eine Kommission zur „Rechtssicherheit in der Betriebsratsvergütung“ eingesetzt mit dem Ziel, die Bezahlung von Betriebsräten „fair, nachvollziehbar und rechtssicher“ zu gestalten. Deren Bericht vom 12.07.2023 wurde nun auf der Website des BMAS veröffentlicht. Die Kommission schlägt in Klarstellung der aktuellen Rechtslage eine Fortschreibung der bisherigen gesetzlichen Bestimmungen im Sinne des Ehrenamtsprinzips vor, um die bestehenden Rechtsunsicherheiten jedenfalls teilweise zu verringern. Unter anderem sollen Arbeitgeber und Betriebsrat künftig bei der Frage der „vergleichbaren Arbeitnehmer“ das Verfahren zur Festlegung von Vergleichsgruppen und -kriterien in einer Betriebsvereinbarung regeln können (§ 37 Abs. 4 BetrVG). Eine solche Festlegung kann dann vom Gericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden, entsprechendes soll für die Festlegung von Vergleichspersonen gelten. Es ist davon auszugehen, dass die Vorschläge nun kurzfristig in das Gesetz übernommen werden.

## EU-Entgelttransparenzrichtlinie verabschiedet

Am 06.06.2023 ist die EU-Entgelttransparenzrichtlinie (EU/2023/970) in Kraft getreten. Diese muss bis spätestens 07.06.2026 in nationales Recht umgesetzt werden. Die Richtlinie sieht erweiterte Auskunftsansprüche und Berichtspflichten sowie Entschädigungsansprüche bei geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung vor.

Insbesondere sollen bereits Stellenbewerber vom künftigen Arbeitgeber das Einstiegsgehalt oder dessen Spanne und ggf. einschlägige Tarifbestimmungen genannt bekommen, um fundierte und transparente Verhandlungen über das Entgelt zu gewährleisten. Des Weiteren wird die

Auskunftspflicht der Arbeitgeber im Vergleich zum deutschen Entgelttransparenzgesetz erweitert, beispielsweise in Bezug auf die Auskunft über das individuelle Einkommen und über die durchschnittlichen Einkommen, aufgeschlüsselt nach Geschlecht und für Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten.

Darüber hinaus müssen Arbeitgeber mit mindestens 100 Beschäftigten über innerbetriebliche geschlechtsspezifische Lohngefälle berichten. Sofern die Entgeltberichterstattung ein geschlechtsspezifisches Lohngefälle von mindestens fünf Prozent ergibt, das der Arbeitgeber nicht anhand objektiver geschlechtsneutraler Faktoren rechtfertigen kann, folgt die Pflicht, in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat eine Entgeltbewertung vorzunehmen und Maßnahmen zu entwickeln, um diese Entgeltunterschiede zu beseitigen.

Arbeitnehmer werden mit mehr Rechten ausgestattet und erhalten einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung, wenn sie durch die Verletzung von Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts einen Schaden erlitten haben. Der Anspruch umfasst insbesondere die Nachzahlung entgangener Entgelte und damit verbundener Boni oder Sachleistungen, den Schadensersatz für entgangene Chancen und für immaterielle Schäden. Die Kompensation soll eine wirksame und tatsächliche Entschädigung ermöglichen und auf abschreckende Art und Weise ausgestaltet sein. Bei der Bemessung der Schadenshöhe kann die bisher ergangene Rechtsprechung zum Schadensersatz nach der DSGVO wohl zur Orientierung dienen, zumal beide Regelwerke keine Definition des immateriellen Schadens beinhalten.

Nach der Entgelttransparenzrichtlinie obliegt es dem Arbeitgeber zu beweisen, dass keine Diskriminierung in Bezug auf das Entgelt vorliegt, sofern der Arbeitnehmer glaubhaft Tatsachen vorträgt, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Entgeltdiskriminierung vermuten lassen, oder sofern der Arbeitgeber bestimmte in der Richtlinie genannte Auskunfts- und Berichtspflichten nicht erfüllt hat.

#### Tipp für die Praxis

- Die Richtlinie dürfte zu einer Verschärfung des Entgelttransparenzgesetzes führen. Arbeitgeber sollten ihre bestehende betriebliche Vergütungspraxis prüfen und gegebenenfalls an die von der Richtlinie vorgegebenen Kriterien für objektive Vergütungssysteme anpassen sowie entsprechende Prozesse zur Entgeltauskunft einrichten. Dies gilt im Besonderen für Unternehmen, die der erweiterten Nachhaltigkeitsberichterstattung (CSR-Reporting) unterliegen, das ebenfalls Berichtspflichten zu Chancengleichheit und Gleichberechtigung beinhaltet.

## Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes

Das „Gesetz zur Förderung eines inklusiven Arbeitsmarktes“ (BGBl. 2023 I Nr. 146) tritt in weiten Teilen am 01.01.2024 in Kraft und hat zum Ziel, mehr Menschen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen in Arbeit zu halten und Menschen mit Schwerbehinderung gezielter zu unterstützen. Unter anderem sieht das Gesetz eine höhere Ausgleichsabgabe vor. Arbeitgeber, die ihrer Verpflichtung nach § 154 SGB IX, mindestens fünf Prozent der Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen zu besetzen, nicht erfüllen, sollen erstmalig zum 31.03.2025 eine höhere Ausgleichsabgabe zahlen. Die bisherige Bußgeldvorschrift wird aufgehoben. Für kleinere Unternehmen mit unter 40 bzw. 60 Beschäftigten werden wie schon bisher Sonderregelungen gelten.

## Neues zum Beschäftigtendatenschutz

Seit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum Hessischen Datenschutzgesetz (EuGH, 30.03.2023 – C-34/21) bestehen erhebliche Zweifel an der Europarechtskonformität des deutschen Arbeitnehmerdatenschutzes. Nach Ansicht des EuGH dürfte der im Beschäftigungskontext wichtige § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG keine „speziellere Vorschrift“ im Sinne von Art. 88 Abs. 1 DSGVO darstellen und damit nicht mehr als taugliche eigenständige Grundlage für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten dienen. Zukünftig dürfte also Art. 6 Abs. 1 DSGVO herangezogen werden, um die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext

zu rechtfertigen. § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG (Aufdeckung von Straftaten) und § 26 Abs. 3 BDSG (Ausübung von Rechten oder Erfüllung rechtlicher Pflichten) sind vom Urteil des EuGH nicht betroffen.

Die Europäische Kommission hat am 10.07.2023 mit einem neuen Angemessenheitsbeschluss (C(2023) 4745 final) die Gleichwertigkeit des Datenschutzniveaus in den USA auf der Grundlage des „EU-US Data Privacy Framework“ festgestellt. Hierzu hat die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz) am 04.09.2023 Anwendungshinweise veröffentlicht. Arbeitgeber, die personenbezogene Daten in die USA übermitteln, sollten überprüfen, ob ihre geplanten Datenübermittlungen in den Anwendungsbereich des Angemessenheitsbeschlusses fallen, insbesondere ob der Datenempfänger eine entsprechende Zertifizierung beim US Department of Commerce besitzt und diese sich tatsächlich auch auf die Beschäftigtendaten („Human resources data“ – HR-Daten) bezieht.

## Digitalisierung der Anzeige zur Unfallversicherung

Zum 01.01.2024 tritt die neue „Verordnung über die Anzeige von Versicherungsfällen in der gesetzlichen Unfallversicherung“ (Unfallversicherungs-Anzeigeverordnung – UVAV) in Kraft (BGBl. 2023 I Nr. 192). Während bisher Arbeitsunfälle und Verdachtsfälle auf Berufskrankheiten den gesetzlichen Unfallversicherungsträgern in vorgegebenen Formularen in Papierform anzuzeigen waren, wird das Verfahren nun vollständig digitalisiert. Durch die elektronische Anzeige als ausschließlicher Meldeweg soll das Verfahren beschleunigt und vereinfacht werden. Außerdem werden die Anzeigehalte den aktuellen Entwicklungen im Bereich Homeoffice und beim Distanzunterricht angepasst.

# Aktuelle Rechtsprechung

## Beginn und Inhalt von Arbeitsverhältnissen

### Voraussetzungen für einen datenschutzrechtlichen Auskunfts- und Schadensersatzanspruch

Ein vom Arbeitnehmer gerichtlich geltend gemachter datenschutzrechtlicher Auskunftsanspruch ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der Klageantrag konkrete Angaben zu den geforderten personenbezogenen Daten enthält. Auf die Wiedergabe des gesetzlichen Wortlauts darf sich lediglich im Ausnahmefall beschränkt werden. Kommt der Arbeitgeber dem Auskunftsverlangen nicht rechtzeitig nach, muss für einen Schadensersatzanspruch gemäß Art. 82 Abs. 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ein materieller oder immaterieller Schaden konkret dargelegt werden.

Die Parteien streiten u.a. um einen Auskunftsanspruch hinsichtlich personenbezogener Daten sowie über Schadensersatzansprüche aufgrund von Verstößen gegen die DSGVO. Nach einer erfolglos gebliebenen arbeitgeberseitigen Kündigung blieb die Klägerin weiterhin für die Beklagte tätig und verlangte von ihr am 26.05.2021 Auskunft gemäß Art. 15 Abs. 1 DSGVO über gespeicherte personenbezogene Daten. Die Beklagte erteilte diese Auskunft mit außergerichtlichem Schreiben, der Klägerin zugegangen am 19.07.2021 – mithin nach Ablauf der Vier-Wochen-Frist gemäß Art. 12 Abs. 3 DSGVO. Die Klägerin hatte bereits am 15.07.2021 einen datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch über personenbezogene Daten gerichtlich geltend gemacht. Auch nach Zugang des außergerichtlichen Schreibens hielt die Klägerin an dem Auskunftsanspruch fest und begründete diesen damit, dass die Beklagte dem Auskunftsverlangen nicht vollständig nachgekommen sei und sie zudem – ungeachtet dessen – erneut Auskunft begehren könnte. In ihrem Antrag verlangte die Klägerin pauschal Auskunft über sämtliche bei der Beklagten verarbeiteten personenbezogenen

Daten und Informationen, die unter den Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 DSGVO fallen. Im Rahmen einer späteren Klageerweiterung begehrte die Klägerin Schadensersatzzahlungen wegen verspäteter Auskunft der Beklagten und begründete den Anspruch mit der Verletzung der DSGVO selbst. Die Klage blieb erstinstanzlich erfolglos.

Auch die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Aufgrund der Tatsache, dass sich der Auskunftsantrag nur am reinen Wortlaut des Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 DSGVO orientierte und keine konkreten Daten bezeichnete, hielt das LAG Hamm den klägerischen Antrag für nicht bestimmt genug und folglich unzulässig. Ein bloß abstrakter Antrag unter Wiedergabe des gesetzlichen Wortlauts der DSGVO könne lediglich dann zulässig sein, wenn noch keinerlei Auskunft erteilt wurde. Sind – wie im vorliegenden Fall – jedoch bereits einschlägige Auskünfte erteilt worden, ist es der klagenden Partei möglich und zumutbar, anzugeben, welche weiteren personenbezogenen Daten und Informationen über die bereits erteilte Auskunft hinaus genau begehrt werden.

Das LAG lehnte zudem auch einen datenschutzrechtlichen Schadensersatzanspruch ab. Alleine die Tatsache, dass die Beklagte die Auskunft erst nach Ablauf der Monatsfrist erteilte, genüge nicht zur Begründung eines Schadens. Nach den datenschutzrechtlichen Vorschriften bedarf es vielmehr eines konkreten materiellen oder immateriellen Schadens, da Art. 82 Abs. 1 DSGVO gerade keine bloße Strafvorschrift darstellt.

(LAG Hamm, 02.12.2022 – 19 Sa 756/22)

#### Weiterführende Hinweise

Hinsichtlich der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 82 Abs. 1 DSGVO herrschte bei den Gerichten zuletzt Uneinigkeit.

- Nach der vorgenannten Entscheidung des LAG Hamm vertrat das ArbG Oldenburg mit Urteil vom 09.02.2023 (Az. 3 Ca 150/21) kurze Zeit später die gegenteilige Auffassung und entschied, dass für die Begründung

des Schadenersatzanspruchs gemäß Art. 82 Abs. 1 DSGVO neben der Verletzung der DSGVO-Vorschriften kein immaterieller Schaden dargelegt werden muss. Folglich bejahte das ArbG Oldenburg einen Schadenersatzanspruch in Höhe von EUR 10.000 aufgrund der Tatsache, dass die Monatsfrist des Art. 12 Abs. 3 DSGVO um ein Vielfaches überschritten wurde.

- Zuletzt schaffte der Europäische Gerichtshof (EuGH) zu diesem Punkt jedoch Klarheit und bestätigte die Auffassung des LAG Hamm. Der EuGH stellte mit Urteil vom 04.05.2023 (Az. C-300/21) fest, dass der Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 DSGVO neben dem Verstoß gegen die DSGVO auch das Vorliegen eines kausalen „Schadens“ fordert. Aus diesem Grund kann nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Verstoß gegen die DSGVO-Bestimmungen für sich allein ausreicht, um einen Schadenersatzanspruch zu begründen. Vielmehr bedarf es zusätzlich auch eines tatsächlich entstandenen materiellen oder immateriellen Schadens. In diesem Zusammenhang stellte der EuGH weiter klar, dass es auf die Erheblichkeit des immateriellen Schadens nicht ankomme.

#### Tipp für die Praxis

- Arbeitgeber sehen sich gerade nach dem Ausspruch von Abmahnungen oder Kündigungen vermehrt mit außergerichtlichen arbeitnehmerseitigen Auskunftsansprüchen nach der DSGVO konfrontiert. Um erfolgreiche Klagen der Arbeitnehmer zu vermeiden, ist es grundsätzlich ratsam, diesen außergerichtlichen Auskunftsverlangen - soweit möglich - zeitnah nachzukommen. Durch die Rechtsprechung des EuGH sind die Risiken bei einer verspäteten Auskunftserteilung für die Arbeitgeber aber eher überschaubar, da alleine die Verletzung der datenschutzrechtlichen Vorschriften für einen Schadenersatzanspruch nicht ausreicht. Der Nachweis eines konkreten materiellen oder immateriellen Schadens wird für den Arbeitnehmer dagegen zumeist schwierig zu führen sein.

## Abgestufte Darlegungslast bei Fortsetzungserkrankungen

**Soweit ein Arbeitnehmer innerhalb der Zeiträume des § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 EFZG länger als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt, obliegt ihm die Darlegungslast für das Nichtbestehen einer Fortsetzungserkrankung. Dies gilt jedenfalls soweit der Arbeitgeber das Vorliegen einer neuen Erkrankung bestreitet. Diese abgestufte Darlegungslast ist weder unions- noch datenschutzrechtlich zu beanstanden.**

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Der Kläger war im Jahr 2020 über einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt, wobei die beklagte Arbeitgeberin bis einschließlich 13.08.2020 Entgeltfortzahlung leistete. Nachdem die Gehaltszahlungen eingestellt wurden, machte der Kläger Entgeltfortzahlung für weitere 10 Tage vom 18.08.2020 bis einschließlich 23.09.2020 geltend. Hierzu übermittelte er mehrere Erstbescheinigungen und trug vor, welche ICD-10 Codes mit welchen korrespondierenden Diagnosen oder Symptomen in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aufgeführt gewesen seien. Die Beklagte bestritt das Vorliegen einer erneuten Erkrankung, da sie von einer anrechenbaren Vorerkrankung ausging. Der Arbeitnehmer erhob daraufhin Zahlungsklage zum ArbG Frankfurt am Main, welches der Klage stattgab. Die Berufung der Beklagten zum LAG Hessen führte zur Klageabweisung.

Die hiergegen gerichtete Revision hatte keinen Erfolg. Das BAG entschied, dass der Kläger keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG habe, da mangels substantiierten Gegenvortrags vom Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung auszugehen sei. Aufgrund des Umstandes, dass die Beklagte nach Überschreiten des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums das Vorliegen einer neuen Erkrankung bestritten hatte, hätte der Kläger zum Nichtvorliegen einer Fortsetzungserkrankung substantiiert vortragen müssen. Hierfür war nicht ausreichend, dass er hinsichtlich der Diagnosen auf die ICD-10 Codes verwies und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt hatte, da sich hieraus nicht zweifelsfrei das Vorliegen einer neuen Erkrankung ergebe. Der Kläger hätte vielmehr für den gesamten maßgeblichen Zeitraum schildern müssen, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsunfähigkeit bestanden haben und hierzu die behandelnden Ärzte von der

Schweigepflicht entbinden müssen.

Die hiermit verbundene Offenlegung von Gesundheitsdaten sei datenschutzrechtlich gerechtfertigt und erforderlich, da es für den Arbeitgeber keine milderen Mittel gebe, um prozessual gegen das Entgeltfortzahlungsverlangen des Arbeitnehmers vorzugehen. Insbesondere könne nicht auf die Einschaltung der Krankenkassen zur Mitteilung des (Nicht-)Vorliegens von Fortsetzungserkrankungen verwiesen werden, da diese nicht als unparteiische Dritte angesehen werden können.

(BAG, 18.01.2023 – 5 AZR 93/22)

#### Tipp für die Praxis

- Das BAG führt mit seinem Urteil seine Rechtsprechung zur abgestuften Darlegungslast in Entgeltfortzahlungsstreitigkeiten fort. Bereits mit Urteil vom 11.12.2019 (Az. 5 AZR 505/18) entschied das BAG, dass einen Arbeitnehmer für den Fall, dass sich an eine Erkrankung in engem zeitlichen Zusammenhang eine durch eine erneute „Erstbescheinigung“ attestierte neue Erkrankung anschließt, eine gesteigerte Darlegungslast trifft. Der Arbeitnehmer hat insoweit die Tatsachen darzulegen, aufgrund derer sich ergibt, dass die neue Arbeitsunfähigkeit erst nach Beendigung der vorangegangenen Erkrankung eingetreten ist. Arbeitgeber können vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen künftig bei Zweifeln an einer neuen Ersterkrankung je nach Einzelfall überprüfen, ob eine Entgeltfortzahlung eingestellt werden kann.

## Beendigung von Arbeitsverhältnissen

### Außerordentliche Kündigung wegen Äußerungen in einer Chat-Gruppe

Beiträge in Social Media enthalten nicht selten beleidigende oder diffamierende Äußerungen über den eigenen Arbeitgeber oder über Vorgesetzte und Kollegen. Eine aktuelle Entscheidung des BAG zeigt, dass dies zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses führen kann.

Der gekündigte Arbeitnehmer war seit sechs Jahren bei der beklagten Arbeitgeberin tätig und Mitglied in einer Chatgruppe bestehend aus sechs, später sieben

Kollegen. Alle waren nach den Feststellungen der Vorinstanz "langjährig befreundet", zwei auch miteinander verwandt. Neben rein privaten Themen äußerte sich der Arbeitnehmer in der Gruppe in beleidigender und menschenverachtender Weise auch über Vorgesetzte und weitere Arbeitskollegen. Die Arbeitgeberin erhielt hiervon zufällig Kenntnis und kündigte nach Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers und des Betriebsrats dessen Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos.

Beide Vorinstanzen gaben der Kündigungsschutzklage des Betroffenen statt. Mit ihrer Revision hatte die Beklagte jedoch Erfolg. Das BAG hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das LAG Niedersachsen zurück.

Nach Auffassung des BAG hatte das LAG die Erwartung des Klägers, seine Äußerungen in der Chatgruppe würden vertraulich bleiben, rechtsfehlerhaft für berechtigt gehalten. Ausfluss des Persönlichkeitsschutzes des Klägers sei zwar, unter den Bedingungen eines besonderen Vertrauensverhältnisses Äußerungen von sich geben zu können, die gegenüber Außenstehenden bzw. der Öffentlichkeit nicht schutzwürdig sind. Doch sei eine solche Vertraulichkeitserwartung nur dann berechtigt, wenn die Mitglieder der Chatgruppe den besonderen persönlichkeitsrechtlichen Schutz einer Sphäre vertraulicher Kommunikation in Anspruch nehmen könnten. Ob das der Fall ist, sei abhängig sowohl vom Inhalt der ausgetauschten Nachrichten, als auch von Größe und personeller Zusammensetzung der Chatgruppe. Enthielten Nachrichten beleidigende und menschenverachtende Äußerungen über Betriebsangehörige, bedürfe es einer besonderen Darlegung, weshalb der Arbeitnehmer berechtigt erwarten konnte, der Inhalt werde von keinem Gruppenmitglied an Dritte weitergegeben.

Das LAG hat nun zu prüfen, ob der Kläger angesichts der Größe der Chatgruppe, ihrer geänderten Zusammensetzung, der unterschiedlichen Beteiligung der Gruppenmitglieder an den Chats und der Nutzung des Mediums an sich, eine berechtigte Vertraulichkeitserwartung haben durfte oder nicht.

(BAG, 24.08.2023 – 2 AZR 17/23)

#### Weiterführende Hinweise

Ungeachtet der Entscheidung des BAG bleibt festzustellen, dass die Instanzgerichte in dieser Hinsicht zurückhaltender sind und Kündigungen wegen



beleidigender Äußerungen nur in Ausnahmefällen oder nach bereits erfolgter Abmahnung für zulässig halten. Dies belegen die folgenden Beispiele aus der aktuellen Rechtsprechung:

- Das LAG Thüringen erachtete mit Urteil vom 29.06.2022 (Az. 4 Sa 212/21) eine außerordentliche Kündigung trotz grober Beleidigungen für unwirksam, da der Arbeitnehmerin infolge erniedrigender und schikanöser Arbeitsbedingungen der Blick dafür verstellt gewesen sei, welche Bedeutung ihre Äußerungen hätten. Es konnte nicht festgestellt werden, dass ihr klar gewesen sein musste, dass die Arbeitgeberin ihr Verhalten nicht hinnehmen würde.
- Mit weiterem Urteil vom 19.04.2023 (Az. 4 Sa 269/22) erklärte das LAG Thüringen hingegen die außerordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers für wirksam, der sich in diffamierender Art und Weise mittels Online-Veröffentlichungen im Internet über seinen Arbeitgeber geäußert hatte. Er unterstellte der Arbeitgeberin nicht zuletzt Bossing, Mobbing und rechtsbrüchiges Verhalten. Durch diese Äußerungen in der Öffentlichkeit habe der Arbeitnehmer die Grenzen der freien Meinungsäußerung überschritten. Seine arbeitsvertraglichen Pflichten verlangten eine gewisse Rücksichtnahme auf den Arbeitgeber.
- Das LAG Sachsen entschied dagegen mit Urteil vom 17.03.2023 (Az. 4 Sa 78/22), kritische Berichterstattung in sozialen Medien sei Betriebsratsmitgliedern gestattet und stelle per se noch keinen Kündigungsgrund dar. Hier hatte ein Arbeitnehmer ein Video auf Facebook veröffentlicht, in welchem er von einer „politischen Kündigung“ und einer Kündigung „mit Lügen“ sprach.

Es wird deutlich, dass die Frage der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung stets eine Einzelfallabwägung voraussetzt und selbst vermeintlich ähnlich gelagerte Fälle zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können.

## **Verwertungsverbot bei unverhältnismäßiger Auswertung von E-Mails bzw. WhatsApp-Nachrichten**

Ist dem Arbeitnehmer die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts gestattet, darf eine verdachtsunabhängige Überprüfung durch den Arbeitgeber grundsätzlich nicht verdeckt erfolgen. Dem Arbeitnehmer muss vielmehr mitgeteilt werden, dass eine Überprüfung von E-Mails geplant ist. Zudem müssen die Gründe für die Überprüfung genannt und dem Arbeitnehmer Gelegenheit gegeben werden, private Nachrichten zu entfernen bzw. geschützt anderweitig zu speichern.

Die Parteien streiten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Zur Rechtfertigung der arbeitgeberseitigen Kündigung trug die beklagte Arbeitgeberin im Kündigungsschutzverfahren zu E-Mails und WhatsApp-Nachrichten zwischen dem Kläger und seinen Freunden und Verwandten vor. An diese privaten Nachrichten war die Beklagte durch Auswertung des dienstlichen Telefons des Klägers gelangt, welches dieser auch zur privaten Kommunikation nutzte. In der Vorinstanz befand das ArbG Mannheim, die Kündigung für unwirksam. Zudem wurde die Beklagte wegen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen zur Zahlung einer Entschädigung nach § 82 Abs. 1 DSGVO verurteilt.

Das LAG Baden-Württemberg entschied in zweiter Instanz entsprechend und folgte zum Großteil den Feststellungen des Arbeitsgerichts. Der Kläger habe im konkreten Fall zurecht annehmen dürfen, dass er den dienstlichen E-Mail-Account auch privat nutzen dürfe – ihm sei das Smartphone als umfassendes Kommunikationsgerät überlassen worden; im Hinblick auf bestimmte Kommunikationsformen (z.B. Nutzung des Messenger-Dienstes WhatsApp) sei die Mischnutzung gestattet gewesen. Die Auswertung der privaten E-Mails und WhatsApp-Nachrichten durch die Beklagte sei nicht mit den Bestimmungen des BDSG vereinbar gewesen – daraus ergebe sich ein datenschutzrechtlicher Verstoß in Gestalt einer unzulässigen Datenverarbeitung. Dieser datenschutzrechtliche Verstoß führe zu einem Verwertungsverbot der unzulässig beschafften Daten und Erkenntnisse. Demzufolge konnte ein Kündigungsgrund nicht hinreichend belegt werden.

Zudem wurde der Schadenersatzanspruch des Klägers nach § 82 Abs. 1 DSGVO bestätigt. Zwar führte das LAG

Baden-Württemberg aus, dass die bloße Verletzung einer datenschutzrechtlichen Vorschrift als solche grundsätzlich nicht ausreichend für die Anerkennung eines Schadens sei. Auch seien der bloße „Ärger“ über den Kontrollverlust an den Daten sowie das schiere „Unmutsgefühl“ wegen der Nichtbeachtung dieses Rechts nicht ausreichend für das Vorliegen eines immateriellen Schadens. Im vorliegenden Fall sei aber ein immaterieller Schaden deshalb entstanden, weil sehr persönliche Daten über einen erheblichen Zeitraum ausgewertet und anschließend im Arbeitsgerichtsprozess eingebracht worden seien.

(LAG Baden-Württemberg, 27.01.2023 – 12 Sa 56/21)

#### Tipp für die Praxis

- Die dargestellte Entscheidung verdeutlicht, dass eine Auswertung auch privat genutzter dienstlicher Kommunikationsmittel erst nach sorgfältiger rechtlicher Prüfung erfolgen sollte, um einen Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen und ein Verwertungsverbot für die auf Basis der Auswertung erlangten Erkenntnisse zu vermeiden.

## Beweisverwertung von Videoüberwachungsaufnahmen im Kündigungsschutzprozess

In einem Kündigungsschutzprozess besteht grundsätzlich kein Verwertungsverbot bezüglich Aufzeichnungen aus einer offenen Videoüberwachung, die vorsätzliches vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers belegen sollen. Das gilt auch dann, wenn die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers nicht vollständig im Einklang mit den Vorgaben des Datenschutzrechts steht.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Kündigung und in diesem Zusammenhang um die Verwertung von Videoaufzeichnungen zur Darlegung der streitgegenständlichen Pflichtverletzung im Kündigungsschutzprozess. Die Beklagte hatte einen Hinweis auf regelmäßigen Arbeitszeitbetrug erhalten. Die Beklagte sichtete daraufhin die Aufzeichnungen einer durch ein Piktogramm ausgewiesenen und nicht zu übersehenden Videokamera an einem Tor zum Werksgelände. Die Aufzeichnung zeigte - nach dem Vortrag der Beklagten - deutlich, wie der Kläger an einem bereits über ein Jahr zurückliegenden Tag das Werksgelände noch vor

Schichtbeginn wieder verlassen hatte. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis wegen Arbeitszeitbetrugs fristlos. Der Kläger dagegen behauptete, er habe an dem streitgegenständlichen Tag gearbeitet und trug des Weiteren vor, dass die Erkenntnisse aus der Videoüberwachung aufgrund eines Beweisverwertungsverbots nicht verwertet werden dürften, da diese Daten unter anderem wegen der Dauer der seither vergangenen Zeit nicht mehr hätten ausgewertet werden dürfen.

Die Vorinstanzen hatten der Klage stattgegeben. Nach der Revision zum BAG verwies dieses die Sache zurück an das LAG Niedersachsen. Die Zurückweisung begründete das BAG damit, dass das LAG nicht nur den Vortrag der Beklagten zum Verlassen des Werksgeländes vor Beginn der Schicht sowie das diesbezügliche Bestreiten des Klägers, sondern daneben ggf. auch die betreffende Sequenz aus der Videoüberwachung in Augenschein habe nehmen müssen. Das BAG führte hierzu aus, dass ein Beweisverwertungsverbot selbst dann nicht vorliege, wenn die Überwachung der Arbeitnehmer z.B. im Hinblick auf die Dauer der Speicherung nicht in jeder Hinsicht den Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes und der Datenschutzgrundverordnung entsprochen habe. Auch das grundrechtlich verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung stehe der Beweisverwertung zumindest dann nicht entgegen, wenn die durch die Überwachung aufgezeichneten Daten offen erhoben wurden und ein vorsätzliches vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers im Raum stehe.

(BAG, 29.06.2023 – 2 AZR 296/22)

#### Tipp für die Praxis

- Das BAG betonte in seiner Entscheidung, dass die Verwertung der Aufnahmen vor Gericht insbesondere deshalb zulässig sei, weil es sich um eine „offene Videoüberwachung“ handelte. Arbeitgeber sollten daher bei der Einrichtung und Durchführung von Überwachungsmaßnahmen auf eine solche offene Überwachung sowie die Einhaltung von datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen achten. Werden diese beachtet, können Videoaufzeichnungen, die vorsätzliche arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen dokumentieren, auch in Kündigungsschutzprozesse eingebracht und zu Beweis Zwecken verwertet werden.

## Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im zeitlichen Zusammenhang mit einer arbeitgeberseitigen Kündigung

Eine zeitliche Koinzidenz zwischen einer Kündigung und einer Krankmeldung kann zur Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führen. Dies gilt jedoch nicht für Folgebescheinigungen, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung bereits arbeitsunfähig erkrankt war.

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlungsansprüche nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Kläger legte der beklagten Arbeitgeberin am 02.05.2022 eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) für den Zeitraum vom 02.05.2022 bis 06.05.2022 vor. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 02.05.2022, welches dem Kläger am 03.05.2022 zuzuging, mit Wirkung zum 31.05.2022. Am 06.05.2022 legt der Kläger eine Folgebescheinigung bis zum 20.05.2022 und am 20.05.2022 schließlich eine weitere Folgebescheinigung bis einschließlich 31.05.2022 vor. Die Beklagte bezweifelte aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Arbeitsunfähigkeit und der Kündigung das tatsächliche Vorliegen einer Erkrankung und verweigerte die Entgeltfortzahlung für den gesamten Zeitraum. Der arbeitnehmerseits erhobenen Zahlungsklage gab das ArbG Hildesheim statt.

Die arbeitgeberseitige Berufung blieb erfolglos. Das LAG Niedersachsen war der Ansicht, dass der Beweiswert der AU im vorliegenden Fall nicht erschüttert sei. Grundsätzlich trage der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Entgeltfortzahlungsanspruchs nach § 3 Abs. 1 EFZG. Der Beweis einer Arbeitsunfähigkeit werde dabei in der Regel durch Vorlage einer AU geführt. Aufgrund des hohen Beweiswerts der AU genüge ein schlichtes Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit durch den Arbeitgeber nicht. Es müssen vielmehr tatsächliche Umstände dargelegt werden, die Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers ergeben. Soweit die Erschütterung des Beweiswerts der AU gelingt, ist es wiederum Sache des Arbeitnehmers, die Erkrankung zu beweisen; ggfs. durch Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht.

Das BAG hatte mit Urteil vom 08.09.2021 (Az. 5 AZR 149/21) entschieden, dass eine zeitliche Koinzidenz zwischen der Dauer der Arbeitsunfähigkeit und der Dauer

der Kündigungsfrist den Beweiswert der AU erschüttern könne. Anders als in dem vom BAG entschiedenen Fall erfolgte vorliegend die Vorlage der (ersten) AU allerdings vor Ausspruch und Zugang der Kündigung. Dieser zeitliche Zusammenhang genügte nach Ansicht des LAG Niedersachsen nicht für eine Erschütterung des Beweiswerts der AU. Auch der Umstand, dass der Kläger einen Tag nach Ende des Arbeitsverhältnisses wieder arbeitsfähig war, änderte hieran nichts. Dem klagenden Arbeitnehmer wurde der Entgeltfortzahlungsanspruch mangels Erschütterung des Beweiswerts der AU daher zugesprochen. Das Urteil ist allerdings noch nicht rechtskräftig und unter dem Az. 5 AZR 137/23 beim BAG anhängig.

(LAG Niedersachsen, 08.03.2023 – 8 Sa 859/22)

### Tipp für die Praxis

- Wie in allen Fällen rund um die Einstellung oder Verweigerung der Entgeltfortzahlung kommt es bei der Erschütterung des Beweiswerts einer AU auf die Details des Einzelfalls an. Nicht jeglicher irgendwie geartete zeitliche Zusammenhang zwischen einer Kündigung und einer Erkrankung kann zu objektiven Zweifeln des Bestehens einer Arbeitsunfähigkeit führen. Einen ähnlichen Fall hatte beispielsweise auch das LAG Mecklenburg-Vorpommern (21.03.2023 – 2 Sa 156/22) zu entscheiden. Arbeitgeber sollten daher stets die zeitlichen Abläufe genau im Blick behalten.

## Betriebsverfassungsrecht

### Das Headset als technische Überwachungseinrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG regelt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Zur Überwachung bestimmt sind technische Einrichtungen dann, wenn sie nach objektiver Betrachtungsweise dazu geeignet sind, arbeitnehmerbezogene Informationen zu Verhalten oder Leistung zu erheben und aufzuzeichnen.

Die Arbeitgeberin, ein international tätiges Bekleidungsunternehmen mit Zentrale in Dublin und mehreren Betrieben in Deutschland, und einer ihrer örtlichen Betriebsräte streiten über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bei der Anordnung zum Tragen eines Headsets während der Arbeit. Die Arbeitgeberin beabsichtigte die unternehmensweite Einführung von Headsets zur Ablösung der bisher verwendeten Walkie-Talkies. Die für den Betrieb der Headsets verwendete Software wird dabei von der zentralen IT-Abteilung der Arbeitgeberin betreut. Beim Einsatz der Headsets werden Betriebsdaten und generelle Systeminformationen an die IT-Abteilung in Dublin übertragen, insbesondere kann hierbei die zuletzt ausgeführte Aktion ausgelesen werden. An dem betroffenen deutschen Standort besteht keine eigene IT-Abteilung. Mit dem Gesamtbetriebsrat war eine IT-bezogene Gesamtbetriebsvereinbarung als Rahmenvereinbarung geschlossen worden. Hierin ist insbesondere geregelt, dass die Headsets nicht zu Verhaltens- und Leistungskontrollen eingesetzt werden dürfen. In einzelnen Betrieben erfolgten entsprechende Betriebsvereinbarungen mit den örtlichen Betriebsräten. Die Arbeitgeberin regte den Abschluss einer solchen Betriebsvereinbarung auch für den betroffenen Standort an, eine Einigung mit dem örtlichen Betriebsrat konnte jedoch nicht erzielt werden.

Der örtliche Betriebsrat initiierte sodann ein arbeitsgerichtliches Verfahren zur Klärung der Mitbestimmungspflichtigkeit der Einführung von Headsets im Betrieb und stellte entsprechende Unterlassungsanträge. Das LAG wies die Anträge in zweiter Instanz als unbegründet ab und verneinte ein Mitbestimmungsrecht des örtlichen

Betriebsrates bei der Einführung der Headsets nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Es sei bereits nicht ersichtlich, dass Verhaltens- und Leistungsdaten der Arbeitnehmer überwacht würden. Eine Kontrolle des Verhaltens und der Leistung sei vielmehr objektiv gar nicht durchführbar. Dadurch, dass die Headsets nicht einzelnen Mitarbeitern zugewiesen seien, sondern die Benutzung nach dem Zufallsprinzip erfolge, entfalle die Individualisierbarkeit der Mitarbeiter. Eine Überwachung durch die Zentrale in Dublin anhand der übermittelten Daten sei nicht möglich. Das bloße Auswerten der Leistung einer ganzen Abteilung oder Gruppe reiche ferner nicht aus, um ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht zu begründen.

Der örtliche Betriebsrat sei jedenfalls auch unzuständig. Dadurch, dass die Zentrale in Dublin für die Betreuung der notwendigen Software zuständig sei, bestehe ein Bedürfnis nach einer Regelung, die alle Betriebe umfasst. Zuständig sei der Gesamtbetriebsrat. Die Rechtsbeschwerde zum BAG wurde zugelassen, eine Entscheidung steht noch aus.

(LAG Sachsen, 21.10.2022 – 4 TaBV 9/22)

#### Tipp für die Praxis

- Es bleibt abzuwarten, wie das BAG entscheiden wird und ob das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG tatsächlich mit den oben genannten Argumenten verneint werden kann. Jedenfalls soweit die Headsets in der Praxis einzelnen Mitarbeitern zugewiesen werden können, besteht die Möglichkeit einer potentiellen Leistungs- und Verhaltensüberprüfung und damit wohl ein Mitbestimmungsrecht der zuständigen Arbeitnehmervertretung.

### Mitbestimmung bei Zeiterfassung

Dem Betriebsrat steht ein Initiativrecht im Hinblick auf die Zeiterfassung im Betrieb zu, so dass dieser eine Regelung darüber erzwingen kann, wie die Arbeitszeiten im Betrieb zu erfassen sind. Auf das „Ob“ der Zeiterfassung, also die Einführung eines Zeiterfassungssystems, kann der Betriebsrat dagegen keinen Einfluss nehmen.

Das LAG München hatte über die Einsetzung einer Einigungsstelle zur Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung für Außendienstmitarbeiter zu entscheiden. In der Unternehmensgruppe der Arbeitgeberin bestand bereits eine Konzernbetriebsvereinbarung zur Arbeitszeit, welche

auch Aspekte der Arbeitszeiterfassung umfasste. Diese Konzernbetriebsvereinbarung und entsprechend auch das im Betrieb bestehende Arbeitszeiterfassungssystem beschränkte sich jedoch auf Innendienstmitarbeiter. Vor diesem Hintergrund initiierte der Betriebsrat Verhandlungen zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeiterfassung für Mitarbeiter im Außendienst. Die Arbeitgeberin lehnte dies mit der Begründung ab, der Betriebsrat sei hierfür nicht zuständig. Daraufhin beantragte der Betriebsrat beim ArbG München die Einsetzung einer Einigungsstelle betreffend die Ausgestaltung der Arbeitszeiterfassung für Außendienstmitarbeiter. Das ArbG München entsprach dem Antrag des Betriebsrats und setzte die Einigungsstelle mit der Begründung ein, dass diese - gemäß der einschlägigen Rechtsprechung des BAG - jedenfalls nicht offensichtlich unzuständig sei. Hiergegen richtete sich die Beschwerde der Arbeitgeberin. Das LAG München wies diese als unbegründet zurück und schloss sich damit der Entscheidung des ArbG München an.

Nach Auffassung des LAG München lag keine offensichtliche Unzuständigkeit der beantragten Einigungsstelle vor. Vielmehr habe der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen, die den Arbeitgeber aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift treffen. Das LAG München orientierte sich an den Feststellungen der BAG-Entscheidung vom 13.09.2022, wonach der Betriebsrat bei der Frage über die Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems an sich kein Mitbestimmungsrecht habe, da der Arbeitgeber bereits nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG gesetzlich zur Arbeitszeiterfassung verpflichtet sei. Bei der Ausgestaltung eines im Betrieb zu verwendenden Systems bestehe hingegen ein Spielraum, auf welche Weise (elektronisch oder analog, ggfs. getrennt nach Beschäftigtengruppen, etc.) die Zeiterfassung erfolgen solle. Dies begründe ein Initiativrecht des Betriebsrats.

Nach Auffassung des LAG München handelte es sich bei der Ausweitung des Zeiterfassungssystems auf die Außendienstmitarbeiter um das „Wie“, also die Art und Weise der Ausgestaltung der Zeiterfassung. Das Initiativrecht des Betriebsrats sei auch nicht davon abhängig, ob der Arbeitgeber sich selbst für die Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems entscheide und seinen gesetzlichen Pflichten nachkommen wolle oder nicht.

(LAG München, 22.05.2023 – 4 TaBV 24/23)

#### Tipp für die Praxis

- Zwar greift das LAG München die wesentlichen Feststellungen der Entscheidung des BAG vom 13.09.2022 auf. Jedoch wirft die noch nicht rechtskräftige Entscheidung des LAG ihrerseits relevante Fragen für die Praxis auf. So lässt sich trefflich darüber streiten, ob es sich im vorliegenden Fall tatsächlich um eine Frage des „Wie“ der Zeiterfassung handelte oder nicht vielmehr doch um das „Ob“ der Einführung einer Zeiterfassung für eine bestimmte Beschäftigtengruppe. Zur Rechtssicherheit wurde mit diesem Urteil leider nicht beigetragen.

# NRF Transform: Legal Tech im Arbeitsrecht

## NRF Transform – Legal Tech-Lösungen aus einer Hand

Legal Tech spielt in Rechts- und Personalabteilungen eine immer größere Rolle. Mandanten profitieren von passgenauen technologischen Lösungen, die von NRF Transform, unserer globalen Innovations-Initiative, entwickelt werden. Unsere deutschen Praxisgruppen arbeiten dabei mit unseren globalen Legal Tech-Hubs in Hamburg (Deutschland), Newcastle (UK) und Houston (USA) in interdisziplinären Teams aus Programmierern und Juristen zusammen, um schon in einem frühen Stadium unterschiedliche Aspekte identifizieren und Änderungswünsche technischer oder inhaltlicher Art berücksichtigen zu können.

## Flexibilität in der Anwendung

Im Arbeitsrecht ergeben sich bereits jetzt Handlungsfelder, insbesondere wenn dadurch wiederkehrende administrative Arbeiten automatisiert, die Ergebniskonsistenz erhöht und Zeitressourcen für komplexere Rechtsfragen aufgespart werden können.

## Digitales Vertragsmanagement

Wir bieten erstklassige Lösungen zur Steuerung komplexer Vertragslandschaften über den gesamten Vertragslebenszyklus an. Damit sind wesentliche Informationen jederzeit aktuell und schnell abrufbar, Fehler werden bei der Erstellung von Verträgen reduziert bzw. ganz vermieden. Aktuell kommt dies beispielsweise bei individuell zu vereinbarenden Remote-Working-Vereinbarungen in Betracht.

## Kollaboration und Reporting

Bei Restrukturierungen oder ähnlichen komplexen Projekten sind eine Vielzahl an Parametern zu berücksichtigen und zahlreiche Akteure einzubinden. NRF Transform bietet Lösungen z.B. zur täglichen Projektkoordination oder Ressourcenplanung. Eine nutzerfreundliche Kollaborationsplattform vereinfacht die Kommunikation und den Austausch von Informationen, bestehende Buchhaltungsdaten können z.B. über eine DATEV-Schnittstelle integriert werden und Statusberichte abgefragt werden. Mandanten können somit den Projektfortschritt in Echtzeit verfolgen und auf die Einhaltung vordefinierter Schlüsselkennzahlen (KPIs) achten, um Ressourcen zu sparen und den Unternehmenserfolg zusichern.

## Aktive Compliance

Um zunehmenden Rechtsrisiken zu begegnen, müssen Unternehmen die für sie relevanten Gesetzes- und Regulierungsänderungen beachten. Der [NRF Horizon Scanner](#) bietet maßgeschneiderte Analysen aktueller und zukünftiger rechtlicher Entwicklungen, die für Unternehmen jeweils von Bedeutung sind und gibt Handlungsempfehlungen, so dass Mandanten Prioritäten richtig setzen können.

## Legal Operations-Beratung

Darüber hinaus unterstützen wir Rechtsabteilungen und Inhouse-Teams in deren Rolle als „Business Partner“ über die Steuerung von Rechtsrisiken hinaus. Beispielsweise erlaubt unser mandantenindividuell konfigurierter *NRF Matter Hub* die einfache Verwaltung juristischer Aufgaben und schafft dadurch Transparenzgewinne in Bezug auf die Arbeit der Rechtsabteilung. Unser Angebot umfasst nicht zuletzt die strategische Rechtsberatung zur Erreichung übergeordneter Unternehmensziele, die Beratung zum Management von Legal-Operations-Funktionen oder die Unterstützung bei der Umsetzung von Projekten mit Legal-Operations-bezogenen Aufgaben.

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Gerne stehen wir für Ihre Anfragen zur Verfügung.



**Dr. Bernhard Fiedler**  
Partner, Frankfurt  
Tel +49 69 505096 216  
bernhard.fiedler@nortonrosefulbright.com



**Claudia Posluschny**  
Partnerin, München  
Tel +49 89 212148 449  
claudia.posluschny@nortonrosefulbright.com

## Service

### Norton Rose Fulbright – Managementseminare

#### „Arbeitsrecht für Führungskräfte – Rechtlich richtig führen“

Das Seminar vermittelt Ihren Führungskräften anhand konkreter Praxisbeispiele die Grundprinzipien des Arbeitsrechts und dessen Bedeutung für ihre Rolle. Neben der Erläuterung wesentlicher arbeitsrechtlicher Vorgaben erzielen die Teilnehmer praktischen Nutzen aus der Diskussion von tatsächlichen Vorkommnissen und Situationen. Durch konkrete praktische Tipps werden die Teilnehmer dafür sensibilisiert, wie sie sich rechtmäßig verhalten und zugleich den größtmöglichen Effekt bei der Führung und im Leistungs-Management erreichen.

#### „Managementaufgabe: Arbeitnehmerdatenschutz“

Der Umgang mit Beschäftigtendaten in der digitalen Arbeitswelt eröffnet Geschäftsführung und Führungskräften zahlreiche Konfliktfelder. Verletzungen der Datenschutzpflicht können zu empfindlichen Strafen für Unternehmen führen. Das Seminar behandelt praxisrelevante Fragestellungen, z.B. die Überwachung von Leistung und Verhalten der Mitarbeiter, die Aufgaben und Stellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten sowie den Export von Mitarbeiterdaten innerhalb des Unternehmensverbundes.

Es sensibilisiert die Teilnehmer für datenschutzrechtlicher Vorschriften, damit der gesetzeskonforme Umgang mit Beschäftigtendaten als Teil der Unternehmens(Datenschutz-) Kultur erlebt und vorgelebt wird.

#### „Personalabbau und Restrukturierung“

Unternehmen können zu kurzfristigen und teils drastischen Restrukturierungsmaßnahmen gezwungen sein. Unser Seminar informiert Sie darüber, welche Aspekte eine Restrukturierungs-Strategie aus arbeitsrechtlicher Sicht berücksichtigen sollte und welche Handlungsoptionen aufgrund gesetzlicher Regelungen bestehen.

Gerne erstellen wir Ihnen ein individuelles, auf die rechtlichen Bedürfnisse Ihres Unternehmens zugeschnittenes Angebot.

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Gerne stehen wir für Ihre Anfragen zur Verfügung:



**Dr. Frank Weberndörfer**  
Partner, Hamburg

Tel +49 40 970799 140

[frank.weberndoerfer@nortonrosefulbright.com](mailto:frank.weberndoerfer@nortonrosefulbright.com)



### Blog „Global Workplace Insider“

Der globale Employment and Labor Law-Blog von Norton Rose Fulbright bietet einen vielfältigen und kostenfreien Einblick in rechtliche Entwicklungen und Trends.

[www.globalworkplaceinsider.com](http://www.globalworkplaceinsider.com)

## Unsere globale Präsenz

Norton Rose Fulbright ist eine globale Wirtschaftskanzlei. Mit mehr als 3,000 Rechtsanwälten an weltweit über 50 Standorten in Europa, den USA, Kanada, Lateinamerika, Asien, Australien, Afrika und im Nahen Osten beraten wir führende national wie auch international tätige Unternehmen.

---

**7000+**

Mitarbeiter weltweit

---

**3000+**

Berufsträger weltweit

---

**50+**

Standorte weltweit

---

**Branchenschwerpunkte**

---

Financial institutions

---

Energy, infrastructure  
and resources

---

Transport

---

Technology

---

Life sciences and  
healthcare

---

Consumer markets





📍 Unsere Bürostandorte

**Europa**

Amsterdam	London
Athen	Luxemburg
Brüssel	Mailand
Düsseldorf	München
Frankfurt	Paris
Hamburg	Piräus
Istanbul	Warschau

**United States**

Austin	Minneapolis
Chicago	New York
Dallas	St Louis
Denver	San Antonio
Houston	San Francisco
Los Angeles	Washington DC

**Kanada**

Calgary	Québec
Montréal	Toronto
Ottawa	Vancouver

**Lateinamerika**

Mexico City
São Paulo

**Asia Pacific**

Bangkok
Beijing
Brisbane
Canberra
Hong Kong
Jakarta <sup>1</sup>
Melbourne
Perth
Shanghai
Singapur
Sydney
Tokio

**Afrika**

Bujumbura <sup>3</sup>
Kapstadt
Casablanca
Durban
Harare <sup>3</sup>
Johannesburg
Kampala <sup>3</sup>
Nairobi <sup>3</sup>

**Middle East**

Dubai
Riad <sup>2</sup>

1 TNB & Partners in Zusammenarbeit mit Norton Rose Fulbright Australien  
 2 Mohammed Al-Ghamdi Kanzlei in Verbindung mit Norton Rose Fulbright US LLP  
 3 Allianzen

# Termine

## „Internal Investigations – (arbeits-)rechtliche Möglichkeiten und Grenzen“

**Webinar | 30. November 2023 | 08:30 bis 09:30 Uhr**

Interne Meldekanäle für mögliches Fehlverhalten in Unternehmen sind durch das Hinweisgeberschutzgesetz zur gesetzlichen Pflicht geworden. Arbeitgeber sollten die arbeitsrechtliche Umsetzung von Compliance-Maßnahmen nicht unterschätzen und insbesondere der Feststellung und Aufklärung von Regelverstößen sowie der arbeitsrechtlichen Reaktion darauf besondere Aufmerksamkeit schenken.

In unserem Webinar zeigen unsere Referenten Dr. Alexander Cappel (Wirtschaftsstrafrecht), Claudia Posluschny und Dr. Frank Weberndörfer (beide Arbeitsrecht), welche Anforderungen an gesetzeskonforme interne Aufklärungsmaßnahmen zu stellen sind und welche arbeitsrechtlichen Instrumente und Strategien Arbeitgeber kennen sollten.

In einer anschließenden Q&A-Runde beantworten wir gerne Ihre Fragen, die Sie uns während des Webinars im Chat stellen oder bereits vorab per E-Mail zusenden können.

Für weitere Informationen zum Webinar sowie zur Anmeldung steht Ihnen Frau Deniz Poplawski per E-Mail ([deniz.poplawski@nortonrosefulbright.com](mailto:deniz.poplawski@nortonrosefulbright.com)) oder telefonisch (+49 89 212148 361) gerne zur Verfügung.

## NRF Institute – Events und Trainings

Webinare, On-Demand-Training und exklusives Premiumwissen finden Sie auf unserer Website [NRF Institute](#). Das breitgefächerte globale Wissensangebot bietet relevante Informationen wie grenzüberschreitende Leitfäden zu Ihrer Branche und zu Themen wie beispielsweise Nachhaltigkeit, Energiewende oder Disruptive Technologien.

Um Ihren kostenlosen Zugang zu Themen und Veranstaltungen zu erhalten, müssen Sie sich lediglich registrieren.

Eine Übersicht der kommenden Webinare finden Sie unter [knowledgeproducts.nortonrosefulbright.com/nrf/events](https://knowledgeproducts.nortonrosefulbright.com/nrf/events).

Ansprechpartner:



**Amanda Stoner**

Director of Market Development, London

Tel +44 20 7444 2964

[amanda.stoner@nortonrosefulbright.com](mailto:amanda.stoner@nortonrosefulbright.com)

## Bundesarbeitsgericht – öffentliche Verhandlungen

**21.11.2023 / 3. Senat**

Höhe einer betrieblichen Altersversorgung

**13.12.2023 / 5. Senat**

Einbehalt hypothetisch in Deutschland anfallender Steuern vom Einkommen bei vorübergehender Auslandsentsendung des Arbeitnehmers

**14.12.2023 / 2. Senat**

Ordentliche betriebsbedingte Kündigung - Fehlen von "Soll"-Angaben nach § 17 Abs. 3 Satz 5 KSchG in der Massenentlassungsanzeige - Übergang des Arbeitsverhältnisses infolge Betriebsübergangs

**30.01.2024 / 3. Senat**

Berücksichtigung nachträglich geschaffener tariflicher Gehaltskomponenten für die Bemessung betrieblicher Versorgungsbezüge

(Stand: 06.11.2023)

## Ihre Ansprechpartner

Für weitere Informationen zu den Themen dieses Newsletters oder für sonstige arbeitsrechtliche Fragen stehen Ihnen unsere Kolleginnen und Kollegen gerne zur Verfügung.



**Claudia Posluschny**  
Partnerin, München  
Tel +49 89 212148 449  
claudia.posluschny@nortonrosefulbright.com



**Michaela Zenkert**  
Associate, München  
Tel +49 89 212148 452  
michaela.zenkert@nortonrosefulbright.com



**Dr. Frank Weberndörfer**  
Partner, Hamburg  
Tel +49 40 970799 149  
frank.weberndoerfer@nortonrosefulbright.com



**Roman Kalitsev**  
Associate, München  
Tel +49 89 212148 307  
roman.kalitsev@nortonrosefulbright.com



**Stefanie Grosche-Radina**  
Counsel, München  
Tel +49 89 212148 369  
stefanie.grosche-radina@nortonrosefulbright.com



**Dr. Max Mahlmann**  
Associate, Hamburg  
Tel +49 40 970799 142  
max.mahlmann@nortonrosefulbright.com



**Christina Wiesel**  
Associate, München  
Tel +49 89 212148 359  
christina.wiesel@nortonrosefulbright.com



**Jörn Twisselmann**  
Associate, Hamburg  
Tel + 49 40 970799 143  
joern.twisselmann@nortonrosefulbright.com

## NORTON ROSE FULBRIGHT

Norton Rose Fulbright is a global law firm. We provide the world's preeminent corporations and financial institutions with a full business law service. We have more than 3700 lawyers and other legal staff based in Europe, the United States, Canada, Latin America, Asia, Australia, Africa and the Middle East.

### **Law around the world**

[nortonrosefulbright.com](http://nortonrosefulbright.com)

Norton Rose Fulbright Verein, a Swiss verein, helps coordinate the activities of Norton Rose Fulbright members but does not itself provide legal services to clients. Norton Rose Fulbright has offices in more than 50 cities worldwide, including London, Houston, New York, Toronto, Mexico City, Hong Kong, Sydney and Johannesburg. For more information, see [nortonrosefulbright.com/legal-notices](http://nortonrosefulbright.com/legal-notices). The purpose of this communication is to provide information as to developments in the law. It does not contain a full analysis of the law nor does it constitute an opinion of any Norton Rose Fulbright entity on the points of law discussed. You must take specific legal advice on any particular matter which concerns you. If you require any advice or further information, please speak to your usual contact at Norton Rose Fulbright.

© Norton Rose Fulbright LLP. Extracts may be copied provided their source is acknowledged.  
0172420\_EMEA - 11/23