



# Briefing 01/2011

## *Up to date im Arbeitsrecht*

Liebe Mandanten,  
liebe Geschäftsfreunde,

mit diesem arbeitsrechtlichen Briefing wollen wir Sie nunmehr regelmäßig über neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht sowie über unser Team informieren. Ein weiteres Augenmerk gilt der Information über Veranstaltungen mit unserer Beteiligung.

Wir hoffen, Ihnen hiermit eine vergnügliche, kurzweilige und informative Lektüre bieten zu können und freuen uns selbstverständlich auch über jegliche Anregungen zum Inhalt und zur Gestaltung dieses Newsletters.

Ihr Arbeitsrecht-Team

### Inhalt

#### I. Rechtsprechung

**Urteil 1:** Neue Regeln bei der Befristung

**Urteil 2:** Ausschlussfristen bei Urlaubsabgeltung

**Urteil 3:** Widerruf der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten

**Urteil 4:** Keine Kündigung nach Whistleblowing

**Urteil 5:** Keine Low-Performer-Kündigung ohne Leistungsvergleich

#### II. Gesetzesänderungen

1. Strengere Regeln bei der Arbeitnehmerüberlassung

2. Gesetzentwurf zum Beschäftigtendatenschutz

#### III. Aktuelles

#### IV. Veranstaltungen



## I. Rechtsprechung

### Urteil 1: BAG vom 06.04.2011 - 7 AZR 716/09 Neue Regeln bei der Befristung



#### Die Entscheidung

Das BAG hat entschieden, dass eine sachgrundlose Befristung bis zu zwei Jahren nunmehr auch möglich ist, wenn eine frühere Beschäftigung des Arbeitnehmers bei dem selben Arbeitgeber mehr als drei Jahre zurückliegt.

#### Folgen für die Praxis

Bislang war eine sachgrundlose Befristung nicht möglich, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt eine Vorbeschäftigung des zur Einstellung anstehenden Arbeitnehmers beim selben Arbeitgeber bestanden hat. Auf die Dauer einer Unterbrechung der Beschäftigung kam es folglich nicht an.

Dies hat in der Praxis vielfach Schwierigkeiten insbesondere im Zusammenhang mit Betriebsübergängen bereitet; auch bei Beschäftigungen, die mehr als 10 Jahre zurücklagen war es der Personalabteilung nicht möglich nachzuvollziehen, ob zuvor überhaupt eine Beschäftigung mit demselben Arbeitnehmer bestand. Das Bundesarbeitsgericht schafft hier nunmehr über den Gesetzeswortlaut hinaus durch seine Entscheidung Klarheit. Sind seit der letzten Beschäftigung mindestens drei Jahren vergangen, ist eine sachgrundlose Befristung von bis zu maximal zwei Jahren wieder möglich. Bislang wäre dies nur möglich gewesen, wenn für die erneute befristete Beschäftigung ein Sachgrund vorgelegen hätte. Befristungen werden damit erheblich vereinfacht.

### Urteil 2: BAG vom 09.08.2011 - 9 AZR 352/10 Ausschlussfristen bei Urlaubsabgeltung



#### Die Entscheidung

Mit dem Urteil vom 09.08.2011 erklärte das BAG den Urlaubsabgeltungsanspruch einer Arbeitnehmerin, die die letzten drei Jahre vor Beendigung arbeitsunfähig erkrankt war, für verfallen. Die Krankenschwester hatte die maßgebliche Ausschlussfrist von sechs Monaten versäumt.

Das BAG stellte somit klar, dass der Anspruch auf Abgeltung des Urlaubs zwar bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht und sofort fällig wird. Der Abgeltungsanspruch ist jedoch eine reine Geldforderung und unterliegt nicht nur tarifsondern auch einzelvertraglichen Ausschlussfristen.

#### Folgen für die Praxis

Mit dieser Entscheidung bestätigte das BAG die Zulässigkeit einzelvertraglicher Ausschlussfristen. Arbeitgeber haben nun die Sicherheit, dass Urlaubsabgeltungsansprüche bei Versäumung der Ausschlussfrist nicht mehr bestehen.



## Praxistipp

In Arbeitsverträge sollten daher Ausschlussfristen aufgenommen werden, die jedoch mindestens drei Monate ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses betragen sollten.

Im Übrigen sollte bei der Regelung des Urlaubsanspruchs im Arbeitsvertrag ausdrücklich zwischen dem gesetzlichen Urlaubsanspruch und dem zusätzlichen vertraglichen Urlaub unterschieden werden. Es empfiehlt sich festzulegen, dass der vertragliche Mehrurlaub im Ein- und Austrittsjahr nur anteilig gewährt wird und verfällt, wenn er im Übertragungszeitraum nicht genommen werden kann. Es sollte zudem vereinbart werden, dass der nicht genommene vertragliche Mehrurlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht abzugelten ist.

## Urteil 3: BAG vom 23.03.2011 - 10 AZR 562/09 Widerruf der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten



### Die Entscheidung

Die Unternehmensentscheidung, einen bis dahin intern bestellten Datenschutzbeauftragten durch einen Externen zu ersetzen, rechtfertigt grundsätzlich keinen Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund gemäß § 4 f Abs. 3 Satz 4 BDSG.

Arbeitgeber können bei der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten frei darüber entscheiden, ob sie einen Internen oder Externen bestellen. Dies rechtfertigt aber nicht die Abberufung eines bereits bestellten Datenschutzbeauftragten aufgrund einer geänderten Entscheidung, da sonst der Abberufungsschutz umgangen werden würde. Eine außerordentliche Kündigung der Bestellung ist nur im Ausnahmefall gerechtfertigt; einen solchen Ausnahmegrund stellt allenfalls die Stilllegung des Betriebs oder eine betriebliche Notsituation dar. Kein ausreichender Grund sind aber rein organisatorische, finanzielle oder personalpolitische Überlegungen zur Auslagerung des Datenschutzes.

### Folgen für die Praxis

Das BAG stärkt mit dem Urteil den Schutz und die Unabhängigkeit des Beauftragten für den Datenschutz. Daher sollten Unternehmen vor der Bestellung sorgfältig erwägen, wer zum Datenschutzbeauftragten bestellt wird. Bei Arbeitnehmern, die auch nicht-datenschutzbezogene Aufgaben wahrnehmen, sollte über eine Befristung der Bestellung nachgedacht werden.

Hierbei empfiehlt es sich allerdings, die Dauer der befristeten Bestellung nicht zu kurz zu bemessen, da deren Zulässigkeit bislang nicht höchstrichterlich entschieden wurde. Um nicht den Verdacht zu erwecken, die Befristung ziele darauf ab, die Unabhängigkeit des Beauftragten für den Datenschutz zu beeinträchtigen, scheint eine Befristung auf mindestens fünf Jahre angemessen.



## Urteil 4: EGMR vom 21.07.2011 - ECHR 115 (2011) Kündigungsschutz für Whistleblower



### Die Entscheidung

Eine Altenpflegerin hatte ihren Arbeitgeber wegen Betrugs und vermeintlich unzureichender Hygienezustände im Betrieb angezeigt. Zusätzlich hatte sie Missstände im Pflegeheim durch das Verfassen von Flugblättern öffentlich gemacht.

Daraufhin wurde ihr die Kündigung ausgesprochen, die vom LAG Berlin-Brandenburg auch bestätigt wurde. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gab der Pflegerin nun Recht: Sowohl die Strafanzeige gegen den eigenen Arbeitgeber als auch die Verteilung von Flugblättern sei als „Whistleblowing“ durch die Meinungsäußerungsfreiheit geschützt.

### Folgen für die Praxis

Missstände im Unternehmen muss der Arbeitnehmer auch nach dem EGMR-Urteil zunächst intern melden. Wenn das nicht möglich ist oder die Meldung des Arbeitnehmers ohne Resonanz bleibt, kann er an die Öffentlichkeit gehen. Dabei kommt es jedoch stark auf den Einzelfall an: Hat die Öffentlichkeit ein berechtigtes Interesse an der Aufdeckung, ist der Schritt an die Öffentlichkeit gerechtfertigt und darf keine Kündigung nach sich ziehen.

## Urteil 5: LAG München vom 03.03.2011 - 3 Sa 764/10 Low Performer-Kündigung nur bei Vergleichbarkeit



### Die Entscheidung

Eine Kündigung wegen qualitativer Minderleistung des Arbeitnehmers ist nur möglich, wenn der Arbeitgeber darlegen kann, dass die Leistung des Arbeitnehmers deutlich hinter der Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleibt, er also die Durchschnittsleistung erheblich und vor allem längerfristig unterschreitet.

Mit Urteil vom 03.03.2011 (3 SA 764/10) erklärte das LAG München die verhaltensbedingte Kündigung einer Arbeitnehmerin wegen qualitativer Minderleistung für unwirksam. Zwar konnte der Arbeitgeber tatsächlich erhebliche qualitative Fehler der Arbeitnehmerin darlegen. Er konnte jedoch nicht beweisen, dass die Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer besser war.

### Folgen für die Praxis

Für die Praxis bedeutet dies, dass bei einer Kündigung wegen qualitativer Minderleistung stets ein Vergleich entweder zur eigenen früheren Arbeitsleistung (langfristig dokumentierter Leistungsabfall) des Arbeitnehmers oder zur Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer anzustellen ist. Um entsprechende Vergleichsdaten zu erlangen, ist demzufolge eine gewisse Vorarbeit notwendig. Auch wird die Kündigung eines „Low Performers“ dort schwierig bis unmöglich, wo kein Vergleich nach obigen Vorgaben angestellt werden kann, bspw. bei kreativen Tätigkeiten oder wenn sonst keine Arbeitnehmer die gleiche Tätigkeit ausüben.



## II. Aktuelles

### Verstärkung im Arbeitsrecht-Team

Seit dem 1. März 2011 verstärkt Bernd Pirpamer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, das Arbeitsrecht-Team von Heisse Kursawe Eversheds. Bernd Pirpamer war über 10 Jahre für die bayerischen Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektroindustrie tätig. Dort unterstützte und beriet er Unternehmen vor allem bei betriebsverfassungs- und tarifrechtlichen Fragen und Projekten.

### Kündigungen richtig zustellen

Dass eine Kündigung auch als zugestellt gilt, wenn sie an der Haustür dem Ehepartner übergeben wird, ist von der Rechtsprechung seit Langem anerkannt. Nun hat das BAG entschieden, dass eine Kündigung dem Ehepartner auch außerhalb der Wohnung übergeben werden kann, beispielsweise an seiner Arbeitsstelle.

*Mehr dazu in den Kanzlei News 13/2011*

### Presse

„Umgang mit Low Performance—Kündigung nur als letztes Mittel“

#### **(Das Personal-Büro, September 2011)**

Leistung des Arbeitnehmers und Leistungserwartung des Arbeitgebers stimmen häufig nicht überein. Das muss jedoch keineswegs nur am Arbeitnehmer liegen. Vielen Arbeitgebern fehlt der Mut zu klarer Kommunikation und transparenten Zielvorgaben. Susanne Giesecke erläutert die vielfältigen Reaktionsmöglichkeiten auf Low Performance.

„Personalleiter im Interview“

#### **(HR-Kompass des Magazins Personalwirtschaft, Mai 2011)**

Reiner Prechtel, Personalleiter der Insight Technology Solutions GmbH in Ismaning bei München, berichtet über die Zusammenarbeit mit Heisse Kursawe Eversheds. Insight wird von Heisse Kursawe Eversheds seit nunmehr 10 Jahren umfassend arbeitsrechtlich beraten.

„Das eigene Engagement belohnen lassen“

#### **(Magazin Personalwirtschaft, April 2011)**

Das betriebliche Eingliederungsmanagement stellt Arbeitgeber vor hohe organisatorische und auch finanzielle Anforderungen. Gute Konzepte können jedoch von Integrationsämtern und Rehabilitationsträgern finanziell gefördert werden. Die Voraussetzungen der Förderung untersucht Stefan Kursawe in seinem Beitrag.

„Wenn Arbeitsrecht zur Glaubensfrage wird“

#### **(Magazin Handel, Februar 2011)**

Darf einem Mitarbeiter gekündigt werden, weil er aus Religionsgründen nicht mit Alkoholflaschen in Berührung kommen will? Ja, sagt das Bundesarbeitsgericht - knüpft diese Entscheidung aber an Bedingungen. Diese Entscheidung des BAG kommentiert Stefan Kursawe.



## III. Gesetzesänderungen

### 1. Strengere Regeln bei der Arbeitnehmerüberlassung

Ende April 2011 hat der Gesetzgeber die Arbeitnehmerüberlassung reformiert und maßgeblich erschwert. Jede Überlassung von Arbeitnehmern ist künftig **erlaubnispflichtig**, nicht mehr nur die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Das gilt nun auch für reine „Verleihgesellschaften“, deren Zweck nur darin besteht, Arbeitnehmer zum „Selbstkostenpreis“ konzernintern zu verleihen.

Der Gesetzgeber versucht zudem, die Arbeitnehmerüberlassung finanziell unattraktiv zu machen: Durch die Einführung einer sogenannten „**Drehtürklausel**“ soll verhindert werden, dass Beschäftigte entlassen und anschließend als Zeitarbeitskräfte zu schlechteren Arbeitsbedingungen wieder eingesetzt werden: Zwar ist es weiterhin zulässig, tarifvertraglich schlechtere Arbeitsbedingungen für Zeitarbeiter zu vereinbaren. Unzulässig ist die Vereinbarung schlechterer Bedingungen jedoch für diejenigen Leiharbeiter, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Entleihe als Arbeitnehmer für den Entleiher tätig waren. Für diese gelten die gleichen Bedingungen wie für die Stammbesellschaft.

Das Gesetz sieht ferner einen **Mindestlohn** für Leiharbeiter vor, der mittels einer Rechtsverordnung erlassen werden kann. Auch dauerhafte Überlassungen sind zukünftig untersagt. Leiharbeiter dürfen bei einem Entleiher nur noch **vorübergehend** eingesetzt werden. Wo genau die Grenze zwischen einer erlaubten vorübergehenden Überlassung und einer unzulässigen dauerhaften Entleihe ist, sagt das Gesetz nicht. Bis zu einer endgültigen Klärung durch die Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass eine Überlassung bis zu sechs Monaten zulässig ist. Die Änderungen treten vollumfänglich am 01.12.2011 in Kraft. Über diese und weitere Änderungen des AÜG informieren wir Sie gerne auf Anfrage.

### 2. Gesetzentwurf zum Beschäftigtendatenschutz

Die geplante Neuregelung des Arbeitnehmerdatenschutzes steht nun kurz vor ihrem Abschluss,

Der Entwurf untersagt es ausdrücklich, Informationen über Bewerber aus sozialen **Internet-Netzwerken** wie Facebook, StudiVZ oder Google+ einzuholen. Dafür dürfen Informationen aus XING, LinkedIn oder anderen Netzwerken, die der Darstellung der beruflichen Qualifikation dienen, ausdrücklich zur Informationsgewinnung genutzt werden.

Eine bedeutende Änderung ist das absolute und in jedem Fall geltende Verbot der heimlichen **Videoüberwachung**. Die Rechtsprechung des BAG, die heimliche Videoüberwachung in Ausnahmefällen zuließ, wäre somit obsolet.

Die offene, d.h. den Mitarbeitern bekannt gemachte, Videoüberwachung bleibt zwar zulässig, allerdings nur in gesetzlich ausdrücklich gestatteten Fällen, z.B. zur Zutrittskontrolle oder auch zum Schutz des Eigentums.

Auch das (heimliche) „**Datenscreening**“ ist normiert worden. Ein Arbeitgeber darf danach zur Aufdeckung schwerwiegender Pflichtverletzungen einen automatisierten Abgleich von Beschäftigendaten in anonymisierter Form mit anderen von ihm geführten Daten durchführen. Ein Hauptanwendungsfall ist die automatisierte Suche nach Schlüsselwörtern im Mailverkehr. Wenn sich ein Anfangsverdacht erhärtet, dürfen die Daten auch personalisiert werden.

Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten ist dabei nur in engen Grenzen zulässig. Eine Überwachung, die ohne Unterbrechung länger als 24 Stunden dauert, ist unzulässig, auch wenn sie durch einen Privatdetektiv geschieht. Ebenso generell unzulässig sind technische Mittel zum Abhören von Telefongesprächen oder der Einsatz von „Wanzen“.

**Achtung:** Eine extrem praxisrelevante Änderung ist das komplette **Verbot der Einwilligung** in die Datenerhebung. Daten sollen nur in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen erhoben werden können, eine Einwilligung als Rechtfertigung ist nicht mehr vorgesehen. Nimmt man diese Vorschrift wörtlich, ist unter anderem die Erhebung von Daten auch zum Abschluss einer betrieblichen Altersversorgung unzulässig, ebenso wie die Einwilligung zur Datenübermittlung im Konzern. Auch die Erhebung nicht unmittelbar arbeitsrelevanter Gesundheitsdaten, bspw. im Rahmen eines betrieblichen Gesundheits-Managements, würde unmöglich.



## IV. Veranstaltungen

17.11.2011, Berlin

### **TDS-Personaltagung: Abmahnung - eine Kunst für sich**

Referentin: Dr. Susanne Giesecke

22.11.2011, Köln

### **TDS-Personaltagung: Abmahnung - eine Kunst für sich**

Referentin: Dr. Susanne Giesecke

08.12.2011, München

### **TDS-Personaltagung: Abmahnung - eine Kunst für sich**

Referentin: Dr. Susanne Giesecke

*Das vollständige Veranstaltungsangebot entnehmen Sie bitte unserer Website [www.heisse-kursawe.com](http://www.heisse-kursawe.com).*

## Rückblick

20.09.2011, Düsseldorf

### **5. HR-Business Excellence Conference**

"Dynamisches HR-Management - Strategien zur Bewältigung der Herausforderungen im neuen Jahrzehnt", Heisse Kursawe Eversheds war erneut Sponsor der Veranstaltung, Vortrag zum „Thema Arbeitsrechtsberatung im Wandel“.

Referent: Frank Achilles

13.04.2011, München:

Am 13.04.2011 hielt Susanne Giesecke auf der Messe PERSONAL in München, wie bereits auf der Vorjahresmesse in Stuttgart, einen Vortrag zum Thema „**Umgang mit Low-Performern im Unternehmen**“. Die große Resonanz verdankt Dr. Giesecke nicht zuletzt ihrem ausgezeichneten Ruf als erfahrene Fachanwältin im Bereich Arbeitsrecht, die bereits seit Jahren Trainings im Umgang mit Low-Performern hält.



Diese Veröffentlichung hat den Stand **August 2011**. Die darin enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und ohne vorherige Beratung im Einzelfall nicht als Entscheidungsgrundlage geeignet. Insbesondere ersetzen sie keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in dieser Veröffentlichung enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.

© Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft

Redaktioneller Ansprechpartner im Sinne des § 55 RStV: Stefanie Bandau, Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft, Maximiliansplatz 5, 80333 München, Deutschland, [s.bandau@heisse-kursawe.com](mailto:s.bandau@heisse-kursawe.com)

Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft mit Sitz in München ist im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter PR 1 eingetragen. Partner von Heisse Kursawe Eversheds sind nur die im vorgenannten Partnerschaftsregister eingetragenen Anwälte.

**Heisse Kursawe Eversheds ist Mitglied von Eversheds International Limited.**

Für weitergehende Informationen kontaktieren Sie bitte:



**Dr. Stefan Kursawe**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Partner  
Tel +49 89 545 65 224  
[s.kursawe@heisse-kursawe.com](mailto:s.kursawe@heisse-kursawe.com)



**Dr. Susanne Giesecke**  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Partnerin  
+49 89 545 65 210  
[s.giesecke@heisse-kursawe.com](mailto:s.giesecke@heisse-kursawe.com)



**Frank Achilles**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Partner  
+49 89 545 65 215  
[f.achilles@heisse-kursawe.com](mailto:f.achilles@heisse-kursawe.com)



**Dr. Robert Gorschak**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Partner  
+49 89 545 65 286  
[r.gorschak@heisse-kursawe.com](mailto:r.gorschak@heisse-kursawe.com)



**Alexandra Watzlawek**  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Counsel  
+49 89 545 65 151  
[a.watzlawek@heisse-kursawe.com](mailto:a.watzlawek@heisse-kursawe.com)



**Dr. Daniel Scheerer**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Counsel  
+49 89 545 65 3851  
[d.scheerer@heisse-kursawe.com](mailto:d.scheerer@heisse-kursawe.com)



**Dr. Dirk Monheim**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Counsel  
+49 89 545 65 259  
[d.monheim@heisse-kursawe.com](mailto:d.monheim@heisse-kursawe.com)



**Cornelia Pusch**  
Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Counsel  
+49 89 545 65 3832  
[c.pusch@heisse-kursawe.com](mailto:c.pusch@heisse-kursawe.com)



**Bernd Pirpamer**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Counsel  
+49 89 545 65 141  
[b.pirpamer@heisse-kursawe.com](mailto:b.pirpamer@heisse-kursawe.com)

