



Arbeitsrecht

Newsletter zu Entwicklungen im Arbeitsrecht

/ Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen
bei Home-Office und mobiler Arbeit

/ Krankschreibung per Whatsapp

/ DSGVO-konformer Umgang mit Bewerberdaten



Liebe Leserin, lieber Leser,

nach einigen Sonderrundschreiben zu aktuellen Themen freuen wir uns, Ihnen unsere erste Newsletter-Ausgabe im Jahr 2019 zu überreichen.

Diesmal stellen wir schwerpunktmäßig die aktuellen Entwicklungen im Hinblick auf Home-Office und mobile Arbeit dar.

Auch nach gut einem Jahr Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) besteht an der Schnittstelle von Arbeitsrecht und Datenschutzrecht noch die ein oder andere Unsicherheit. Wir nehmen dies zum Anlass, Sie über den ordnungsgemäßen Umgang mit personenbezogenen Daten im Bewerbungsverfahren zu informieren.

Außerdem haben wir – wie üblich – praxisrelevante Urteile und weitere aktuelle Entwicklungen aus dem Arbeitsrecht skizziert.

Eine interessante Lektüre wünscht Ihnen Ihr

Dr. Volker Vogt

Rechtsanwalt · Fachanwalt für Arbeitsrecht

Inhalt

- 3 /** Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen bei Home-Office und mobiler Arbeit
- 5 /** Rechtsprechungsänderung des BAG: Urlaubsanspruch wird vererbt
- 6 /** BAG: Kein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers für in Privatwohnung geschlossenen Aufhebungsvertrag
- 7 /** Rechtsprechungsänderung des BAG: Kein Anspruch auf Erholungsurlaub während unbezahlten Sonderurlaubs
- 8 /** Krankschreibung per Whatsapp
- 9 /** DSGVO-konformer Umgang mit Bewerberdaten
- 11 /** Klarstellungen des BAG zur Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen bei Home-Office und mobiler Arbeit

Arbeiten von unterwegs oder von zuhause erfreut sich sowohl unter Arbeitnehmern als auch bei Arbeitgebern immer größerer Beliebtheit. Für Arbeitnehmer bedeutet die Möglichkeit außerhalb des Betriebes zu arbeiten mehr Flexibilität und eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Für Arbeitgeber entsteht die Möglichkeit, Ressourcen zu sparen. Zudem profitieren sie regelmäßig auch von einer gesteigerten Zufriedenheit auf Arbeitnehmerseite. Sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite bestehen jedoch in rechtlicher Hinsicht (insb. im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Datenschutzrecht) erhebliche Unsicherheiten. Im Folgenden stellen wir Ihnen einige Problempunkte vor, geben Hinweise zur einschlägigen Rechtsprechung und Empfehlungen zum Umgang in der Praxis.

Die oft als Synonyme verwendeten Begriffe „Home-Office“ und „mobile Arbeit“ haben tatsächlich unterschiedliche Bedeutungen. Ein „Home-Office“ liegt vor, wenn der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer einen festen externen Arbeitsplatz einrichtet und der Arbeitnehmer von diesem Arbeitsplatz aus (außerhalb des Betriebes) arbeitet. Im Unterschied hierzu bedeutet „mobiles Arbeiten“, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erlaubt, seine Arbeit auch außerhalb des Betriebes zu erbringen, ohne jedoch einen Arbeitsplatz festzulegen und einzurichten.

1. Arbeitsrechtliche Aspekte

Grundsätzlich darf ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nur von zuhause oder mobil erbringen, wenn ihm dies arbeitsvertraglich, durch eine Betriebsvereinbarung oder aber durch den Arbeitgeber im Einzelfall gestattet ist. Auch wenn dies immer wieder Bestandteil politischer Diskussionen ist, haben Arbeitnehmer derzeit keinen gesetzlichen Anspruch auf Home-Office oder mobile Arbeit.

PRAXISTIPP

Entscheidet sich der Arbeitnehmer eigenmächtig – ohne vorherige Genehmigung des Arbeitgebers – von einem anderen als dem vertraglich geregelten Arbeitsort aus tätig zu werden, so stellt dies regelmäßig eine Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten dar, die mit einer Abmahnung sanktioniert werden kann.

Mobiles Arbeiten ist unter Arbeitnehmern beliebt, weil es eine flexiblere Tagesgestaltung zulässt. Die Arbeit im Home-Office kann (insbesondere für Pendler) einen erheblichen Zeitgewinn ermöglichen, weil die Fahrten zur Arbeitsstätte und wieder nach Hause eingespart werden können. Oft übersehen wird jedoch, dass Arbeitnehmer auch bei der Arbeit von zu Hause oder von unterwegs den gleichen Arbeitsumfang und die gleiche Leistungsqualität schulden, wie bei der regulären Arbeit im Betrieb. Das Arbeitszeitgesetz gilt in gleichem Umfang auch für die mobile Arbeit oder das Home-Office. Mithin dürfen Arbeitnehmer regelmäßig nicht mehr als acht Stunden (höchstens jedoch zehn Stunden) täglich arbeiten. Darüber hinaus müssen auch Pausenzeiten und die Ruhezeit (elf Stunden zwischen Arbeitsende und erneutem Arbeitsbeginn) eingehalten werden. Gerade dies ist in Zeiten von geschäftlichen Smartphones und mobiler Arbeit aber in der Praxis derzeit schwer zu gewährleisten. Das Arbeitszeitgesetz unterscheidet insoweit nicht zwischen sehr kurzer und länger andauernder Arbeit. Wie also soll Beginn und Ende des Arbeitstages festgesetzt werden, wenn der Arbeitnehmer jederzeit – auch zu später Stunde und nach Ende der regulären Arbeitszeit – geschäftliche E-Mails empfängt und liest? Eine rechtskonforme mobile Tätigkeit ist derzeit tatsächlich in den meisten Fällen nicht möglich, ohne dass Sinn und Zweck der mobilen Arbeit torpediert werden. Eine Änderung des Arbeitszeitgesetzes erscheint notwendig.

Da der Arbeitgeber zum einen ein erhebliches Interesse an einem rechtskonformen Vorgehen hat, andererseits aber regelmäßig auch aufgrund der aktuellen Arbeitsmarktsituation

(potentiellen) Arbeitnehmern flexible Arbeitszeitmodelle anbieten muss, entsteht eine gewisse Drucksituation eine für beide Seiten vertretbare Lösung zu finden. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise auch von Bedeutung, dass der Arbeitgeber auch beim Vorliegen mobiler Arbeit dafür verantwortlich ist, die Einhaltung der Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes sicherzustellen. Dazu gehört neben den oben genannten Punkten insbesondere auch die Pflicht, die über acht Stunden hinausgehende Arbeitszeit zu dokumentieren. Zwar kann der Arbeitgeber diese Pflicht derzeit an den Arbeitnehmer delegieren, allerdings besteht hier aufgrund des jüngsten Urteils des EuGH (Az.: C-55/18), wonach Arbeitgeber die tatsächliche Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer dokumentieren müssen (wir berichteten darüber in unserem Sonderrundschreiben 5/2019) ebenfalls eine erhebliche Unsicherheit. Insoweit bleibt die derzeit angestrebte Änderung des Arbeitszeitgesetzes abzuwarten.

Richtet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Home-Office ein, so ist er außerdem dafür verantwortlich, dass der Arbeitsplatz den Anforderungen des Arbeitsschutzes genügt. Im Gegensatz hierzu muss der Arbeitgeber bei mobiler Arbeit den Arbeitnehmer lediglich auf etwaige Sicherheitsrisiken hinweisen und Arbeitsmittel zur Verfügung stellen, von denen keine Gefahren für den Arbeitnehmer ausgehen.

PRAXISTIPP

Um Unklarheiten vorzubeugen sollte die Möglichkeit zum Home-Office oder mobiler Arbeit verbindlich geregelt werden. Dies kann im Rahmen des Arbeitsvertrages oder durch unternehmensinterne Richtlinien geschehen. Regelungsinhalte sollten insbesondere die Arbeitszeit, Zugangsrechte, Ausstattung des Arbeitsplatzes, etwaige Kostentragung, Haftung für Schäden an Arbeitsmitteln und eine Widerrufsmöglichkeit des Home-Office sein.

2. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

In sozialversicherungsrechtlicher Sicht ist hinsichtlich ortsungebundener Arbeit in der Praxis insbesondere die Frage, wann ein Arbeitsunfall außerhalb des Betriebes vorliegt, hoch problematisch und beschäftigt daher auch regelmäßig die Sozialgerichte.

Gemäß § 8 Abs. 1 S.1 SGB VII ist ein Arbeitsunfall ein Unfall eines Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz begründenden Tätigkeit. Dabei sind auch sogenannte Betriebswege – d.h. Wege, die der versicherten Tätigkeit zu dienen bestimmt

sind – als Bestandteile der versicherten Tätigkeit anzusehen. Sie müssen sich der versicherten Tätigkeit nicht direkt anschließen oder ihr vorausgehen und können auch außerhalb der Betriebsstätte stattfinden.

Probleme bereitet die Frage des Unfallversicherungsschutzes jedoch regelmäßig, wenn es zu Unfällen von Arbeitnehmern in der eigenen Wohnung kommt. Im Grundsatz beginnt und endet der Unfallversicherungsschutz für Arbeitnehmer mit Durchschreiten der Außentür ihres Wohngebäudes. Diese Grenzziehung gilt jedoch ausnahmsweise dann nicht, wenn sich die Wohnung und Arbeitsstätte im selben Gebäude befinden. In diesen Fällen ist Voraussetzung für den Unfallversicherungsschutz zunächst, dass die Wohnung ganz oder teilweise der arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitsort ist. Darüber hinaus muss aber genau abgegrenzt werden, ob ein Weg oder eine Tätigkeit im betrieblichen oder im privaten Interesse des Arbeitnehmers lag.

Während das Bundessozialgericht für die Beantwortung dieser Frage in der Vergangenheit für maßgeblich hielt, ob der Unfallort überwiegend zu betrieblichen oder zu privaten Zwecken genutzt wurde bzw. wie der Unfallort gewidmet war – als Privatraum oder als Arbeitsort – und dies besonders in Fällen, in denen Arbeitnehmer z.B. bei der Wahrnehmung von Rufbereitschaft in ihrer Wohnung gestürzt waren, zu unbefriedigenden Ergebnissen führte, hat es diese Rechtsprechung inzwischen aufgegeben. Nunmehr ist das entscheidende Abgrenzungskriterium des BSG die **objektive Handlungstendenz** des Arbeitnehmers bei Ausführung der zum Unfall führenden Tätigkeit.

Nach der neueren BSG-Rechtsprechung soll ein Arbeitsunfall im häuslichen Bereich demnach vorliegen, wenn der Arbeitnehmer bei der zum Unfall führenden Verrichtung eine dem Unternehmen dienende Tätigkeit ausüben wollte und diese Handlungstendenz durch die objektiven Umstände des Einzelfalls bestätigt wird. Somit liegt ein versicherter Betriebsweg beispielsweise vor, wenn ein Arbeitnehmer von einem Messebesuch für seinen Arbeitgeber in sein Haus zurückkehrt und auf der zu seinem Arbeitszimmer führenden Treppe auf dem Weg zu einem verabredeten Telefontermin mit seinem Vorgesetzten stürzt. Begibt sich hingegen ein Arbeitnehmer beispielsweise von seinem häuslichen Arbeitsplatz in die Küche, um etwas zu trinken und kommt es dabei zu einem Unfall, so liegt kein versicherter Arbeitsunfall vor, weil die Verrichtung – etwas zu trinken – im privaten Interesse liegt.

Ein Sonderfall liegt vor, wenn Wege sowohl im privaten als auch im betrieblichen Interesse liegen und es dabei zu einem Unfall kommt – beispielsweise bei einem Gang zum Briefkasten, um private und geschäftliche Post einzuwerfen. Das BSG bejaht

einen sachlichen Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit insoweit nur, wenn der Weg hypothetisch auch ohne die private Motivation auch aufgenommen worden wäre; wenn also der Arbeitnehmer auch nur für die betriebliche Post zum Briefkasten gegangen wäre. Auch hier zeigt sich, dass die Abgrenzung zwischen privatem und betrieblichem Interesse oft problematisch ist.

3. Datenschutzrechtliche Aspekte

Auch an der Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Datenschutzrecht gilt es einige Besonderheiten zu beachten. Diese sind nach Inkrafttreten der DSGVO und des neuen BDSG noch einmal verschärft bzw. konkretisiert worden. Arbeitnehmer arbeiten auch außerhalb des Betriebs regelmäßig (spätestens sobald der dienstliche E-Mail-Zugang genutzt wird) mit personenbezogenen Daten. Verantwortlich für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften ist jedoch – auch im Home-Office oder bei mobiler Arbeit – der Arbeitgeber.

In diesem Zusammenhang ist beispielsweise die Einhaltung der erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen nach Art. 32 DSGVO zu beachten. Hiernach muss etwa gewährleistet sein, dass nur berechtigte Personen Zugang zu bzw. Einsicht in personenbezogene Daten haben. Im Home-Office hat dies zur Folge, dass beispielsweise Familienangehörigen der Zugang auf die betriebliche EDV oder betriebliche Unterlagen verwehrt werden muss. Darüber hinaus sollte – für den Fall, dass digitale Dokumente im Home-Office ausgedruckt werden – auch die Möglichkeit einer sicheren Aktenvernichtung gegeben sein.

Im Bereich der mobilen Arbeit sind ebenfalls geeignete Maßnahmen zu treffen, um Unbefugten die Einsicht in personenbezogene Daten zu verwehren. Dies ist bei der Arbeit am Laptop beispielsweise durch Anbringung einer Sicherheitsfolie oder bei kurzfristiger Abwesenheit durch Sperrung des Computers möglich. Insgesamt sollten Arbeitgeber auf datenschutzfreundliche Voreinstellungen auf mobilen Geräten achten.

Darüber hinaus ist der Arbeitnehmer auch im Home-Office und bei mobiler Arbeit zum vertraulichen Umgang mit personenbezogenen Daten verpflichtet. Diese Pflicht ergibt sich zwar bereits als Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag (§ 241 Abs. 2 BGB), allerdings sollte der Arbeitnehmer (auch zu Dokumentationszwecken) zusätzlich schriftlich auf einen entsprechenden Umgang mit personenbezogenen Daten verpflichtet werden.

PRAXISTIPP

Auch aus datenschutzrechtlicher Sicht sind Regelungen zum Home-Office bzw. mobiler Arbeit in Form von Zusatzvereinbarungen zum Arbeitsvertrag, betriebsinternen Richtlinien oder Betriebsvereinbarungen dringend anzuraten. Darüber hinaus sollten die Mitarbeiter hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Daten sensibilisiert werden. Dies ist beispielsweise durch Vertraulichkeitsverpflichtungen (mit entsprechendem Merkblatt) und Schulungen möglich.

Rechtsprechungsänderung des BAG: Urlaubsanspruch wird vererbt

Nachdem das Bundesarbeitsgericht die Vererbbarkeit des Urlaubsanspruchs stets abgelehnt hatte, schließt es sich nun der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs an. Erben haben nunmehr einen Anspruch auf Abgeltung des Urlaubes, den ein verstorbener Arbeitnehmer vor dem Tod nicht genommenen hat. Dies umfasst auch Zusatzurlaub.

Wird ein Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers beendet, so haben die Erben des Verstorbenen künftig einen Anspruch auf Zahlung von Urlaubsabgeltung. Bisher hatte das BAG einen derartigen Anspruch der Erben verneint, weil Urlaub ein höchstpersönlicher Anspruch des Arbeitnehmers sei, der nicht vererbt

werden könne. Sein Zweck – nämlich die persönliche Erholung – könne nach dem Tod des Arbeitnehmers nicht mehr erfüllt werden, so dass der Anspruch mit dem Tod untergehe. Lediglich bereits entstandene Urlaubsabgeltungsansprüche hielt das BAG für vererbbar. Der EuGH hatte die Rechtsprechung des BAG sodann im November 2018 für unionsrechtswidrig erklärt. Mit dem Urteil

vom 22.1.2019 (Az. 9 AZR 45/19) reagiert das BAG nun auf die Entscheidung des EuGH und ändert seine Rechtsprechung. Die unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 1 und 7 Abs. 4 BUrlG ergebe, dass vor dem Tod nicht genommener und nicht abgegebener Jahresurlaub Bestandteil des Vermögens des Verstorbenen ist und als solcher Teil der Erbmasse werde. Das gelte auch für Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen und für Urlaubsansprüche aus Tarifverträgen, die den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigen.

PRAXISTIPP

In aller Regel enthalten Arbeits- oder Tarifverträge Ausschlussfristen für den Urlaubsanspruch. Diese gelten auch für die Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers, da andernfalls die Erben gegenüber dem Verstorbenen selbst bessergestellt wären. Machen Erben einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung geltend, lohnt es sich für den Arbeitgeber, die Einhaltung etwaiger Ausschlussfristen zu prüfen. Gegebenenfalls können dadurch Zahlungen abgewehrt werden.

BAG: Kein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers für in Privatwohnung geschlossenen Aufhebungsvertrag

Ein in einer Privatwohnung geschlossener Aufhebungsvertrag kann vom Arbeitnehmer nicht unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes widerrufen werden, so das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 7.2.2019 (Az. 6 AZR 75/18). Möglicherweise könnten aber andere Unwirksamkeitsgründe eingreifen.

Das BAG hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem eine Reinigungskraft in ihrer Privatwohnung mit dem Lebensgefährten ihrer Arbeitgeberin einen Aufhebungsvertrag schloss. In dem Aufhebungsvertrag war die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Zahlung einer Abfindung geregelt. Die Arbeitnehmerin erklärte vor Gericht, sie sei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses krank gewesen. Sie focht den Aufhebungsvertrag an und erklärte hilfsweise den Widerruf, bevor sie dann Klage erhob. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen wies die Klage ab.

Das BAG hob das Urteil des LAG zwar auf, gab dem LAG aber insoweit Recht, dass der Widerruf eines arbeitsvertraglichen Aufhebungsvertrages nicht möglich sei. Es habe zunächst einmal gar keinen Anfechtungsgrund gegeben. Die Klägerin hatte als Arbeitnehmerin außerdem ein Verbraucherwiderrufsrecht für sich beansprucht, weil der Aufhebungsvertrag in ihrer Wohnung und somit außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden war. Das BAG führte an, dass Arbeitnehmer zwar Verbraucher seien, arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge aber nach dem Willen des Gesetzgebers nicht vom Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB erfasst seien. Der Aufhebungsvertrag könne aber unwirksam sein, wenn das Gebot fairen Verhandeln missachtet wurde. Das Ge-

bot fairen Verhandeln ist verletzt, wenn eine Vertragspartei eine psychische Drucksituation schafft und so eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners über den Abschluss des Vertrages erheblich erschwert. Denkbar sei laut BAG, dass vorliegend die krankheitsbedingte Schwäche der Arbeitnehmerin bewusst ausgenutzt wurde, um auf den Abschluss des Aufhebungsvertrages hinzuwirken. Der Rechtsstreit wurde deshalb an das LAG zurückverwiesen; dieses muss nun über die Einhaltung des Gebots fairen Verhandeln entscheiden.

PRAXISTIPP

Das Urteil ist für Arbeitgeber in zweierlei Hinsicht höchst praxisrelevant. Zum einen bestätigt das BAG, dass Aufhebungsverträge nicht widerrufen werden können. Zum anderen ist der Hinweis des Gerichts auf das Gebot fairen Verhandeln eine wichtige Erinnerung für Arbeitgeber. Es empfiehlt sich, beim Abschluss von Aufhebungsverträgen sicherzugehen, dass der Arbeitnehmer gesund und verhandlungsfähig ist, um nicht eine etwaige Unwirksamkeit des Vertrages zu riskieren.

Rechtsprechungsänderung des BAG: Kein Anspruch auf Erholungsurlaub während unbezahlten Sonderurlaubs

Das Bundesarbeitsgericht hat seine bisherige Linie zum Bestehen von Urlaubsansprüchen für Zeiten unbezahlten Sonderurlaubs aufgegeben. Bei der Berechnung des Anspruchs auf Erholungsurlaub sei zu berücksichtigen, dass die arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten während des unbezahlten Sonderurlaubs vorübergehend ausgesetzt seien. Demnach entstehe kein Urlaubsanspruch in Jahren, in denen der Arbeitnehmer sich durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet (BAG Urteil vom 19.03.2019 – 9 AZR 315/17).

Das BAG hatte über einen Fall entschieden, in dem eine Arbeitnehmerin insgesamt 24 Monate ununterbrochen unbezahlten Sonderurlaub genommen hatte und nun für die Zeit des Sonderurlaubs zusätzlich einen Anspruch auf Erholungsurlaub gegenüber ihrer Arbeitgeberin geltend machte. Nachdem das Landgericht Berlin-Brandenburg der Klage im Berufungsverfahren noch teilweise – in Höhe des gesetzlichen Mindesturlaubs – stattgegeben hatte, gab das BAG der Revision der Arbeitgeberin statt und lehnte einen Urlaubsanspruch der Arbeitnehmerin ab.

In seinem Urteil führte das BAG dazu aus, dass unbezahlter Sonderurlaub zum Ruhen der Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien führe. In Jahren, in denen sich ein Arbeitnehmer durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, entstehe mangels Arbeitspflicht auch kein Anspruch auf Erholungsurlaub. Damit gibt das BAG seine bisherige Rechtsprechung aus dem Jahr 2014 auf. Denn damals hatte es noch vertreten, dass Urlaub gerade keine Gegenleistung für erbrachte Arbeit sei. Es reiche deshalb für die Entstehung des Urlaubsanspruchs aus, dass das Arbeitsverhältnis nur bestehe. Daraus folgerte das BAG bisher, dass der Urlaubsanspruch für Zeiten des Sonderurlaubs nicht zu kürzen sei.

Das Urteil ist arbeitgeberfreundlich und sorgt für Klarheit insbesondere für sogenannte Sabbaticals, in denen der Arbeit-

nehmer über einen längeren Zeitraum unbezahlt von der Arbeit freigestellt ist. Denn nach der alten Rechtsprechung musste der Arbeitgeber neben dem unbezahlten Sonderurlaub auch noch den vollen Erholungsurlaubsanspruch gewähren, obwohl der Arbeitnehmer in dem Jahr überhaupt nicht gearbeitet hatte. Dies führte in der Praxis dazu, dass die Arbeitsvertragsparteien Aufhebungsverträge mit der Pflicht zur Wiedereinstellung nach einer vereinbarten Dauer abschlossen, damit der Urlaubsanspruch mangels bestehenden Arbeitsverhältnissen gar nicht erst entstehen konnte. Ein solcher administrativer Mehraufwand ist durch das neue Urteil künftig nicht mehr erforderlich.

PRAXISTIPP

Dauert die Abwesenheit des Arbeitnehmers aufgrund von unbezahltem Sonderurlaub kürzer an als ein ganzes Jahr, darf der Arbeitgeber den Erholungsurlaub anteilig kürzen. Diese Rechtsprechung des BAG ist jedoch nur auf Fälle unbezahlten Sonderurlaubs anwendbar. Auf andere Fälle, in denen die arbeitsvertraglichen Pflichten ruhen – z.B. bei krankheitsbedingter langfristiger Abwesenheit des Arbeitnehmers – ist das Urteil nicht übertragbar.

Krankschreibung per Whatsapp

Seit Kurzem bietet ein Hamburger Start-Up einen neuen Service an: Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung über den Messenger-Dienst Whatsapp. Das Modell ist unter Arbeitgebern, Medizinern sowie Juristen hoch umstritten und wirft zahlreiche Fragen auf.

Das Prinzip erscheint erst einmal hoch komfortabel. Zunächst muss der Erkrankte auf der Internetseite des Start-Ups ein Formular ausfüllen, in dem gängige Erkältungssymptome abgefragt werden und mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantworten sind. Der Erkrankte kann sogar selbst auswählen, wie lange er sich arbeitsunfähig fühlt – möglich sind bis zu drei Tage. Anschließend muss er über Whatsapp persönliche Daten sowie ein Foto der Versichertenkarte an das Unternehmen senden. Nach erfolgreicher Prüfung durch einen Arzt erhält der Erkrankte vorab ein Foto der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU-Bescheinigung), das Original wird dann innerhalb weniger Tage per Post versandt. Der Service des Unternehmens ist auf zwei AU-Bescheinigungen im Jahr pro Person beschränkt.

Vertreter mehrerer Ärztekammern zweifeln bereits an, ob ein Arzt die Arbeitsunfähigkeit ohne eine persönliche Untersuchung überhaupt bescheinigen darf. Selbst, wenn man unterstellt, dass dies medizinrechtlich zulässig ist, ist aus arbeitsrechtlicher Sicht fraglich, ob eine ohne Untersuchung ausgestellte und digital übermittelte AU-Bescheinigung der Nachweispflicht nach § 5 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) gerecht wird. Denn gemäß § 5 Abs. 1 EFZG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber spätestens ab dem dritten Tag der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Andernfalls kann der Arbeitgeber gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG die Fortzahlung des Arbeitsentgelts für die Dauer der Krankheit verweigern.

Arbeitgeber können eine vom Arbeitnehmer vorgelegte AU-Bescheinigung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht anzweifeln. Da die Online-AU-Bescheinigung auf dem durch den Bundesmanteltarif für Ärzte angegebenen Muster erfolgt, sind die Anforderungen insoweit wohl erfüllt. Unklar ist dagegen, ob die rein digitale Übermittlung der AU-Bescheinigung an den Arbeitgeber ausreicht, oder ob dieser das Original verlangen kann. Aus der Formulierung in § 5 Abs. 1 EFZG, die AU-Bescheinigung müsse „vorgelegt“ werden, lässt sich mit gutem Grund ein Schriftformerfordernis ableiten. Dann würde die digitale Übermittlung an den Arbeitgeber nicht ausreichen. Da aber der An-

bieter der Online-Bescheinigung das Original innerhalb weniger Tage auch per Post verschickt, wird der Arbeitnehmer dieses in der Regel rechtzeitig innerhalb von drei Tagen an den Arbeitgeber weiterleiten können. Zwar haben Arbeitgeber das Recht, vom Arbeitnehmer bereits am ersten Krankheitstag die Vorlage einer AU-Bescheinigung zu verlangen. Dann wäre es dem Arbeitnehmer bei der Nutzung des Online-Dienstes zwar nicht möglich, das Original noch am ersten Tag der Erkrankung beim Arbeitgeber vorzulegen; jedoch gilt, dass die Bescheinigung auch gescannt oder fotografiert und dem Arbeitgeber per E-Mail zugeschickt werden kann, sofern eine persönliche Übergabe nicht möglich ist. Dem Vorlageerfordernis des § 5 Abs. 1 EFZG wäre damit Genüge getan.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist das Thema dagegen hoch brisant. Für den Arbeitgeber ist es mit großem Risiko verbunden, Krankschreibungen selber per Messenger-Dienst entgegenzunehmen. Denn diese greifen oftmals auf die Telefonkontakte des Empfängers zu und übertragen sie in die USA. Hierfür ist eine Einwilligung jedes Kontaktes aus dem Telefonbuch des Empfängers erforderlich. Eine solche Einwilligung dürfte bei denjenigen Kontakten, die selbst Whatsapp nutzen, vorliegen. Fehlt die Einwilligung dagegen, begeht der Arbeitgeber einen Datenschutzverstoß und riskiert so Bußgelder nach der Datenschutzgrundverordnung aus. Das Unternehmen wirbt zwar damit, dass Whatsapp Ende-zu-Ende-verschlüsselt und die Nutzung des Dienstes daher datenschutzrechtlich unbedenklich sei; die Verschlüsselung betrifft aber nur den Inhalt der versendeten Nachrichten und löst das Problem hinsichtlich des Zugriffs auf Telefonkontakte nicht.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber sollten unbedingt darauf bestehen, dass die Krankschreibung vorab nur per E-Mail oder Telefax übermittelt wird. So riskieren sie keine Datenschutzverstöße. Außerdem sollten sie die schnellstmögliche Vorlage des Originals verlangen.

Insgesamt lassen sich über den Online-Dienst ausgestellte AU-Bescheinigungen aber vom Arbeitgeber in formeller Hinsicht nicht per se zurückweisen.

Anders sieht es in materieller Hinsicht aus. Grundsätzlich genießen AU-Bescheinigungen vor den Gerichten einen hohen Beweiswert. Dieser kann dennoch vom Arbeitgeber erschüttert werden, wenn er Tatsachen darlegt und beweist, die ernsthafte Zweifel an dem Bestehen der Arbeitsunfähigkeit verursachen. Hierbei können sich Arbeitgeber die Rechtsprechung des BAG aus dem Jahr 1976 zunutze machen: Damals hatte das BAG über einen Fall entschieden, in dem ein Arzt eine AU-Bescheinigung allein aufgrund einer telefonischen Krankmeldung durch die Ehefrau des vermeintlich Erkrankten und ohne persönliche Untersuchung ausgestellt hatte. Das BAG vertrat dort die Auffassung, dass der Beweiswert einer AU-Bescheinigung ohne vorherige Untersuchung so stark beeinträchtigt ist, dass sie in der Regel nicht als Nachweis der Arbeitsunfähigkeit dienen kann. Der Arbeitnehmer müsse die Arbeitsunfähigkeit vor Gericht mit anderen Beweismitteln darlegen. Für die AU-Bescheinigungen per Whatsapp bedeutet dies, dass der Arbeitgeber darlegen und beweisen kann, dass die Bescheinigung durch den Online-Dienst ohne persönliche Untersuchung ausgestellt wurde. Darüber hinaus wirbt das Hamburger Unternehmen selbst mit einer Krankschreibungsquo-

te von „nahezu 100 %“, was den Beweiswert der ausgestellten Bescheinigungen noch zweifelhafter erscheinen lässt.

Hat der Arbeitgeber Zweifel an der tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, so kann er auch von der Krankenkasse des Arbeitnehmers verlangen, dass diese ein Gutachten des Medizinischen Dienstes zur Überprüfung der Arbeitsfähigkeit gemäß § 275 Abs. 1a S. 3 SGB V. Sollte der Arbeitnehmer die dafür notwendige Untersuchung verweigern, so kann dies ebenfalls ein Indiz für das Nichtbestehen der Arbeitsunfähigkeit sein.

PRAXISTIPP

Kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, weil der Arbeitgeber die AU-Bescheinigung des Startups nicht anerkennt und die Entgeltfortzahlung verweigert, so kann er darlegen, dass keine persönliche Untersuchung stattgefunden hat und so den Beweiswert der Bescheinigung anzweifeln.

Bis die Arbeitsgerichte tatsächlich einmal über die Online-Bescheinigungen und deren Beweiswert entscheiden müssen, herrscht jedoch sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer Rechtsunsicherheit. Arbeitnehmern ist daher von der Nutzung des Dienstes abzuraten.

DSGVO-konformer Umgang mit Bewerberdaten

Nach Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist finden die Regelungen der DSGVO und des neuen BDSG seit Mai letzten Jahres Anwendung. Dies hat neben der Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungsverhältnis insbesondere auch Auswirkungen auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bewerbungsverfahren. .

Rechtsgrundlage für Datenverarbeitung

Nach dem Grundsatz des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ bedarf die Verarbeitung personenbezogener Daten einer Rechtsgrundlage. Diese kann neben einer gesetzlichen oder innerbetrieblichen (z.B. Betriebsvereinbarung) Regelung auch in einer Einwilligungserklärung gesehen werden. Aufgrund der erhöhten Fehleranfälligkeit von Einwilligungserklärungen sollte grundsätzlich vorrangig geprüft werden, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten im konkreten Fall auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden kann. Die Verarbeitung personenbezogener Daten im

Beschäftigungsverhältnis ist in der DSGVO nicht explizit geregelt. Art. 88 Abs. 1 DSGVO enthält jedoch eine „Öffnungsklausel“, nach der die nationalen Gesetzgeber Regelungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten im Beschäftigungsverhältnis treffen können. Hiervon hat der deutsche Gesetzgeber in § 26 des reformierten Bundesdatenschutzgesetzes (sog. „Beschäftigtendatenschutz“) Gebrauch gemacht.

Diese Regelung stellt mithin die gesetzliche Grundlage für Datenverarbeitungsvorgänge im Zusammenhang mit einem Beschäftigungsverhältnis dar, die „für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begrün-

„... erforderlich ist.“ Gemäß § 26 Abs. 8 BDSG sind Bewerberinnen und Bewerber ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Norm umfasst.

Für die grundlegenden Tätigkeiten innerhalb des Bewerbungsverfahrens, wie das Sichten der Bewerbungsunterlagen oder das Einladen zum Vorstellungsgespräch, ist daher § 26 Abs. 1 BDSG die einschlägige Rechtsgrundlage. Einer zusätzlichen Einwilligungserklärung der Bewerberin bzw. des Bewerbers bedarf es grundsätzlich nicht. Allerdings gilt dies nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur für „erforderliche“ Datenverarbeitungsvorgänge. Wenn Arbeitgeber die Bewerbungsunterlagen von Bewerberinnen und Bewerbern beispielsweise auch bei einer Absage in einen „Bewerberpool“ aufnehmen wollen, um ggf. zu einem späteren Zeitpunkt hinsichtlich einer anderen Stelle erneut Kontakt aufzunehmen, so ist dies nicht „erforderlich“ im Sinne des § 26 Abs. 1 BDSG. Mangels einschlägiger Rechtsgrundlage ist in diesem Fall eine Einwilligungserklärung notwendig.

PRAXISTIPP

Auch wenn die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit einem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig auf § 26 Abs. 1 BDSG gestützt werden kann, sollte im Hinblick auf die konkrete Verarbeitungstätigkeit gründlich geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage tatsächlich vorliegen (Stichwort: „Erforderlichkeit“).

Information der Bewerber

Der Arbeitgeber ist als „Verantwortlicher“ gem. Art. 13 und 14 DSGVO grundsätzlich verpflichtet über die Verarbeitung personenbezogener Daten zu informieren. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Daten von Mitarbeitern und Bewerbern. Im Rahmen des Bewerbungsverfahrens muss beispielsweise über die Art der personenbezogenen Daten (Bewerberstammdaten, Qualifikationen, Zeugnisse), die Quelle aus der die Daten stammen (vom Bewerber selbst oder Dienstleistern), an wen die Daten weitergegeben werden (z.B. Personalabteilung, Fachbereichsleiter oder Betriebsrat), wie lange sie gespeichert werden sollen und welche Rechte der Bewerber geltend machen kann (Löschung, Auskunft oder Recht auf Berichtigung) informiert werden.

Bei Online-Bewerbungen bietet sich die Information der Bewerber im Wege einer automatisierten Eingangsbestätigung an. Bei der Nutzung eines Online-Bewerberportals sollten die Informationen bereits dort zur Verfügung gestellt werden. Grundsätzlich kann für sämtliche Bewerbungsarten auch auf der Internetseite des Unternehmens etwa im Bereich „Karriere“ oder unter einer entsprechenden Rubrik im Rahmen der Datenschutzerklärung informiert werden.

„Social Monitoring“/„Background-Checks“

Die Suche nach Informationen zu einem Bewerber in sozialen Netzwerken ist mittlerweile ein verbreiteter Vorgang um sich einen Eindruck von seinen potentiellen Arbeitnehmern zu verschaffen. Die Zulässigkeit dieser Art des Erhebens von Bewerberdaten ist jedoch umstritten. Derzeit sollten lediglich diejenigen Daten als Grundlage einer Entscheidung über die Bewerbung herangezogen werden, die vom Bewerber in berufsorientierten Netzwerken (z.B. LinkedIn oder XING) veröffentlicht wurden.

So genannte „Background-Checks“ über Google oder Facebook sind regelmäßig nicht „erforderlich“ im Sinne des § 26 BDSG und mithin ohne Einwilligung des Bewerbers grundsätzlich auch nicht zulässig.

Führen eines Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten

Der Arbeitgeber ist als Verantwortlicher nach Art. 30 Abs. 1 DSGVO dazu verpflichtet über seine Verarbeitungstätigkeiten von personenbezogenen Daten ein Verzeichnis zu führen. In diesem Zusammenhang sind selbstverständlich auch sämtliche Verarbeitungstätigkeiten im Zusammenhang mit Bewerberdaten zu erwähnen. Hier ist auch der vorgesehene Umgang mit Bewerberdaten aufzulisten. Auch um den Rechenschaftspflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde zu genügen sollte das Verzeichnissesverzeichnis stets aktuell und lückenlos gepflegt werden.

Löschung von Daten

Grundsätzlich besteht die Pflicht, sämtliche personenbezogene Daten zu löschen, sobald sie nicht mehr benötigt werden. Demnach müssten sämtliche Bewerberdaten grundsätzlich gelöscht werden, wenn beispielsweise ein Kandidat für eine Arbeitsstelle nicht in Frage kommt. Um sich als Arbeitgeber jedoch gegen etwaige Diskriminierungsklagen nach dem AGG verteidigen zu können, wird eine Löschung der Bewerberdaten erst nach Ablauf von sechs Monaten empfohlen.

Interner Zugriff auf Bewerberdaten

Nach dem „Grundsatz der Datensparsamkeit“ dürfen Unterlagen, die zum Zwecke einer Bewerbung beim potentiellen Arbeitgeber eingehen, nur denjenigen Personen zugänglich gemacht werden, die für die Durchführung des Bewerbungsverfahrens oder der späteren Einstellungsentscheidung verantwortlich oder hiermit befasst sind. Dies sind grundsätzlich die Sachbearbeiter in der Personalabteilung und der unmittelbare Vorgesetzte des möglichen Arbeitnehmers.

PRAXISTIPP

Zur Vermeidung von Beschwerden und Repressionen durch die für den Datenschutz zuständige Aufsichtsbehörde sollte dem Thema Datenschutz grundsätzlich große Bedeutung zugemessen werden. Ein transparenter und rechtskonformer Umgang mit personenbezogenen Daten stärkt das Vertrauen von Bewerbern ebenso wie von bereits beschäftigten Mitarbeitern und der Öffentlichkeit. Darüber hinaus können etwaige Bußgelder vermieden werden.

Klarstellungen des BAG zur Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

Bisher haben die gesetzlichen Regelungen zur Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer die Unternehmen vor einige wichtige, aber ungeklärte Fragen gestellt. Nun hat das Bundesarbeitsgericht diese Fragen in einem wegweisenden Urteil beantwortet und für Klarheit unter Arbeitgebern und Schwerbehinderten wie auch deutschen Gerichten gesorgt.

Der Gesetzgeber erlaubt die Kündigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern nur unter Einhaltung von drei besonderen formalen Voraussetzungen. Arbeitgeber müssen zum einen gemäß § 168 SGB IX vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes einholen. Außerdem bedarf es der Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG; bleibt diese aus, ist die Kündigung unwirksam. Schließlich muss der Arbeitgeber auch noch unverzüglich und umfassend die Schwerbehindertenvertretung unterrichten und anhören – auch hier führt eine fehlerhaft oder überhaupt nicht erfolgte Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zur Unwirksamkeit der Kündigung, § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX. Allerdings herrschte bisher Rechtsunsicherheit bezüglich einiger Detailfragen. Mit seinem Urteil vom 13.12.2018 (Az. 2 AZR 378/18) hat das BAG zu diesen Fragen nun Stellung genommen.

1. Wie muss die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung inhaltlich ausgestaltet sein?

Aus dem Gesetz geht nicht hervor, welche inhaltlichen Anforderungen an die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung zu stellen sind. In der Vergangenheit hatte das Arbeitsgericht (ArbG) Leipzig lediglich entschieden, dass die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber der Schwerbehindertenvertretung „inhaltlich etwas hinter der Betriebsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG zurückbleibe“. Damit war immer noch unklar, welchen Inhalt die Anhörung denn nun genau haben muss. Das BAG hat nun – entgegen der Rechtsprechung des ArbG Leipzig – darauf hingewiesen, dass für den erforderlichen Inhalt der Anhörung der Schwerbehindertenvertretung die Grundsätze der Anhörung des Betriebsrates gelten.

2. Innerhalb welcher Frist hat die Schwerbehindertenvertretung Stellung zu nehmen?

Auch hinsichtlich der Frage, wie viel Zeit die Schwerbehindertenvertretung für ihre Stellungnahme hat, schweigt das Gesetz. In der Praxis wurden bisher schlicht die für die Betriebsratsanhörung gemäß § 102 BetrVG geltenden Fristen herangezogen. An diesen Fristen orientiert sich nun auch das BAG. Demnach hat die Schwerbehindertenvertretung bei einer ordentlichen Kündigung innerhalb einer Frist von einer Woche, bei einer außerordentlichen Kündigung innerhalb von drei Tagen schriftlich ihre Bedenken zu äußern.

3. In welcher Reihenfolge müssen die Anhörungen und Beteiligungen erfolgen?

Unsicherheit herrschte bislang auch hinsichtlich der Frage, ob die Reihenfolge der Beteiligung des Integrationsamtes sowie die Anhörungen von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung für

die Wirksamkeit der Kündigung von Relevanz ist. In der Vorinstanz des aktuellen BAG-Urteils hatte das LAG Sachsen eine Kündigung für unwirksam erachtet, weil die Schwerbehindertenanhörung erst nach Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes und der Betriebsratsanhörung erfolgt war (Urteil vom 8.6.2018, Az. 5 Sa 458/17). Diese Ansicht vertraten zuvor auch bereits das ArbG Leipzig und das ArbG Hagen. Grund hierfür war, dass § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX die unverzügliche Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung verlangt.

Demgegenüber entschied das BAG nun, dass eine Kündigung nicht schon deshalb unwirksam ist, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen des Wortlautes des § 178 Abs. 2 SGB IX nicht unverzüglich informiert. Die zeitliche Reihenfolge der Anhörungen und Beteiligungen ist für die Wirksamkeit der Kündigung somit ohne Belang.

Kontakt & Anfragen

Sekretariat: Telefon: (040) 37601-2419. Sprechen Sie uns bei Fragen oder weiterem Beratungsbedarf gern an – wir freuen uns über Ihre Nachricht.



Dr. Volker Vogt, LL.M.
Rechtsanwalt, Fachanwalt
für Arbeitsrecht, Partner
volker.vogt@schomerus.de



Dr. Roland Klein
Rechtsanwalt, Fachanwalt
für Arbeitsrecht, Partner
roland.klein@schomerus.de



Felix Geulen
Rechtsanwalt
felix.geulen@schomerus.de



Jannis Sothmann
Rechtsanwalt, zert. Daten-
schutzbeauftragter (TÜV)
jannis.sothmann@schomerus.de

Schomerus & Partner mbB
Steuerberater · Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer
Deichstraße 1 · 20459 Hamburg
www.schomerus.de



Alle Informationen und Angaben in diesem Rundschreiben haben wir nach bestem Wissen zusammengestellt. Sie erfolgen jedoch ohne Gewähr. Die Informationen in diesem Rundschreiben sind als alleinige Handlungsgrundlage nicht geeignet und können eine konkrete Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Wir bitten Sie, sich für eine verbindliche Beratung bei Bedarf direkt mit uns in Verbindung zu setzen. Durch das Abonnement dieses Rundschreibens entsteht kein Mandatsverhältnis. Redaktionsschluss: 21. 06. 2019