

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 1 / 2018

**Liebe Leserinnen  
und Leser,**

geht es Ihnen so wie mir? Ich kann nämlich viel besser addieren als subtrahieren. 153 plus 19 geht irgendwie viel schneller zu rechnen als 172 minus 19. Komische Sache...

In meiner Anwaltspraxis geht es mir in gewisser Hinsicht ähnlich. Häufig werde ich von Mandanten darum gebeten, einen Arbeitsvertrag zu überarbeiten. Der Vertragstext liegt mir also vollständig vor, so dass ich – eigentlich – nur noch den Rotstift zücken und hier und da ein wenig korrigieren müsste. Tatsächlich entspricht diese Aufgabe jedoch dem Schwierigkeitsgrad einer Subtraktion.

Viel einfacher und schneller geht es dagegen mit der „Addition“, wenn ich den Vertrag also ganz neu erstelle. Dann ist von vornherein eine klare Linie im Vertragstext, es gibt



keine Bruchstellen durch überholte Querverweisungen und die Diktion ist insgesamt in sich stimmig.

Aber egal, ob Addition oder Subtraktion:

Für das neue Jahr wünsche ich Ihnen jedenfalls, dass Sie immer zum richtigen Ergebnis kommen. Darauf kommt es schließlich an!

*Ihr Dr. Peter Bitzer*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

### Neue Regeln für Mutterschutz

Mit dem „Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzes“ hat der Gesetzgeber den Mutterschutz reformiert. Die meisten Bestimmungen treten zum **1.1.2018** in Kraft. Von besonderer Bedeutung sind die Ausweitung des Personenkreises

und die Verschärfung des Sonderkündigungsschutzes.

#### Personenkreis erweitert

Bislang galt das MuSchG nur für Frauen in Arbeitsverhältnissen und Heimarbeit. Künftig gilt das Gesetz auch für zahlreiche weitere Personengruppen. Die wichtigste dürfte die Einbeziehung der **arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen** sein.

Diese Personen sind arbeitsrechtlich zwar selbstständig, aber wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig. Deshalb gelten für betroffene Frauen künftig auch der Mutterschutz, die **Beschäftigungsverbote** und der **Sonderkündigungsschutz**.

**Konsequenz:** Der Dienst- oder Werkvertrag kann innerhalb der Schutzfristen nicht gekündigt werden.

**Allerdings:** Eine Vergütung für die arbeitsfreien Zeiten erhalten diese

#### Impressum:

Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393 ,  
50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2,  
homepage: bitzer-anwalt.de

Frauen – anders als Arbeitnehmerinnen - auch künftig nicht.

### Kündigungsschutz verbessert

In der Tagespresse nahezu unbeachtet geblieben ist eine Verbesserung des Kündigungsschutzes, die für Arbeitgeber mit gefährlichen Unklarheiten und Fallstricken verbunden ist.

Der Sonderkündigungsschutz für Mütter wird künftig nämlich ausgeweitet auf **Vorbereitungsmaßnahmen** des Arbeitgebers (§ 17 Abs. 1 Satz 3 MuSchG).

Während der Schwangerschaft bzw. in der kündigungrechtlich relevanten „Schutzzone“ sind künftig nicht nur Kündigungen unzulässig, sondern auch **Vorbereitungsmaßnahmen**, die der Arbeitgeber in Hinblick auf eine Kündigung der Frau trifft. Dazu gehören insbesondere

- die **Anhörung des Betriebsrats** nach § 102 BetrVG und
- die Beteiligung der **Schwerbehindertenvertretung** gemäß § 95 II SGB IX.

Unklar ist die Rechtslage jedoch, wenn der Arbeitgeber **sonstige Maßnahmen** ergreift, die einen **entfernteren Bezug** zur beabsichtigten Kündigung der Arbeitnehmerin haben. Dazu gehört zum Beispiel die erforderliche Anhörung der Arbeitnehmerin vor Ausspruch einer **Verdachtskündigung**. Klärungsbedarf besteht auch hinsicht-

lich Massentlassungsanzeigen, Interessenausgleich und Sozialplan.

### Das sagt der Anwalt

Die Einbeziehung von „**Vorbereitungsmaßnahmen**“ in das Kündigungsverbot zeugt von erschreckender Lebensferne und Feigheit des Gesetzgebers. Warum nicht einfach das Kündigungsverbot zeitlich verlängern? Dann hätten Arbeitgeber wenigstens Klarheit und könnten Kündigungen rechtssicher aussprechen. Eine **Fehleinschätzung** bei der Beurteilung von „Vorbereitungsmaßnahmen“ kann Arbeitgebern dagegen teuer zu stehen kommen. Im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung drohen Annahmeverzugsansprüche der Arbeitnehmerinnen in erheblicher Höhe.

### Betriebsvereinbarung zur Überwachung des Arbeitsverhaltens

Branchenübergreifend haben Unternehmen ein erhebliches Interesse daran, die **Arbeitsbelastung und Arbeitsleistung** ihrer Mitarbeiter zu erfassen. Andererseits liegt darin ein erheblicher Eingriff in das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** der Arbeitnehmer.

### Mitbestimmungsrecht zum Schutz der Arbeitnehmer

Zum Schutz der Arbeitnehmer sieht § 87 I Nr. 6 BetrVG ein **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** bei der Einführung von **technischen**

**Einrichtungen** vor, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Das Mitbestimmungsrecht soll Arbeitnehmer vor einer Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts mittels Einsatz **technischer Überwachungseinrichtungen** bewahren, wenn diese nicht

- durch schützenswerte Belange des Arbeitgebers gerechtfertigt oder
- unverhältnismäßig sind.

Dass Arbeitnehmer unter Umständen aber auch vor einer entsprechenden **Betriebsvereinbarung** geschützt werden müssen, zeigt eine aktuelle Entscheidung des **Bundesarbeitsgerichts** (BAG, Beschluss vom 25.4.2017, 1 ABR 46/15).

### Effizienz der Arbeitsorganisation ist legitimes Anliegen des Arbeitgebers

Das BAG erkennt zunächst ausdrücklich an, dass Arbeitgeber ein **berechtigtes Interesse** daran haben,

- eine unterschiedliche **Belastungssituation der Arbeitnehmer** und deren Ursachen in Erfahrung zu bringen,
- um eine **sach- mitarbeitergerechte Arbeitssteuerung** zu ermöglichen und
- die **Effizienz der Arbeitsorganisation** zu verbessern.

**Persönlichkeitsrecht beachten**

Doch auch mit Zustimmung des Betriebsrats darf der Arbeitgeber beim Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen **nicht überziehen**. Greift eine entsprechende **Betriebsvereinbarung** nämlich zu stark in das **Persönlichkeitsrecht** der Arbeitnehmer ein, verstößt sie gegen § 75 II BetrVG:

„Arbeitgeber und Betriebsrat haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern.“

Ein Verstoß hiergegen führt zu **Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung**.

**Die Verhältnismäßigkeit entscheidet**

Letztlich kommt es auf die **Verhältnismäßigkeit** der vorgesehenen Eingriffe an. Diese ist **nicht** mehr gewahrt, wenn

- ohne zeitliche Begrenzung
- sämtliche Arbeitsschritte der Arbeitnehmer
- durch technische Überwachungseinrichtungen erfasst, gespeichert und einer Auswertung zugeführt werden.

So lag es auch im entschiedenen Fall. Eine unbefristete, lückenlose und sehr detaillierte Erfassung sämtlicher Arbeitsschritte des Arbeitnehmers führt zu einem unzumutbaren **Überwachungs-, Anpassungs-**

**Leistungs- und Leistungsdruck** in allen Arbeitsbereichen. Ein solch schwerwiegender Eingriff wird auch nicht durch (grundsätzlich) schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers gedeckt.

**Kündigung wegen sexueller Belästigung**

Bei einer **sexuellen Belästigung** im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) handelt es sich um eine **Verletzung vertraglicher Pflichten**. Diese Pflichtverletzung rechtfertigt grundsätzlich den Ausspruch einer **außerordentlichen Kündigung** des Arbeitsverhältnisses. Das hat das Bundesarbeitsgericht in einer neuen Entscheidung klargestellt (BAG, Urteil vom 29.6.2017, Aktenzeichen: 2 AZR 302/16).

**Der Fall (erheblich verkürzt)**

Der Arbeitnehmer hatte einem im Betrieb beschäftigten Leiharbeiter während der Arbeitszeit in die Hoden gegriffen und anschließend geäußert, der Leiharbeiter habe „dicke Eier“. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis daraufhin außerordentlich fristlos. Dagegen erhob der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage.

**Auf eine sexuelle Motivation des Täters kommt es nicht an**

Der absichtliche Griff in die Genitalien des Leiharbeitnehmers stellt eine **sexuelle Belästigung** im Sinne von § 3 IV AGG dar. Das gilt **unab-**

**hängig** davon, ob eine **sexuelle Motivation** des Täters vorliegt. Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz kann nämlich auch Ausdruck von Hierarchien und Machtausübung sein und muss nicht auf sexuell bestimmter Lust beruhen.

**Streitpunkt Abmahnung**

Die **Vorinstanz** hatte der Kündigungsschutzklage gleichwohl stattgegeben, weil eine **Abmahnung** zur Ahndung der sexuellen Belästigung ausgereicht hätte. Das BAG beanstandet diese Beurteilung zwar, läßt aber letztlich offen, ob eine Abmahnung ausreichend gewesen wäre. Im Ergebnis stehe nämlich noch nicht fest, ob eine „so schwere“ Pflichtverletzung vorliege, dass ausnahmsweise der Ausspruch einer Kündigung ohne vorherige Abmahnung zulässig sei. Diese Frage muss nun vom Landesarbeitsgericht erneut geprüft werden.

Etwas unglücklich wirkt dabei die Hilfestellung des BAG: Demnach könne eine Abmahnung **dann entbehrlich** sein, wenn der betroffene Leiharbeiter dem Angriff des Täters „**aufgrund seiner Körperhaltung**“ wehrlos ausgeliefert gewesen sein sollte.

**Das sagt der Anwalt**

Sexuelle Übergriffe können mit einer außerordentlichen Kündigung gehandelt werden, auch wenn der Täter nicht zur Befriedigung seiner sexuellen Lust gehandelt hat. Das hat das BAG zurecht klargestellt.

Befremdlich ist das Urteil des BAG in Hinblick auf das Erfordernis einer Abmahnung. Angesichts der offensichtlichen Schwere der Pflichtverletzung hätte das BAG ohne Wenn und Aber entscheiden müssen, dass eine Abmahnung in diesem Fall entbehrlich war. Die Zurückweisung an die Vorinstanz zur Klärung dieser Frage stellt im Ergebnis eine weitere Demütigung des betroffenen Arbeitnehmers dar. Auch fragt sich, wie der Arbeitgeber künftig Arbeitnehmer wirksam schützen soll, wenn er selbst auf gravierendste sexuelle Übergriffe eventuell nur mit einer Abmahnung reagieren darf.

## BAG stärkt Bündnis für Arbeit

In der betrieblichen Praxis finden sich nicht selten Arbeitgeber und Betriebsrat zusammen, um im Wege einer sog. „**Regelungsabrede**“ Maßnahmen zur Rettung des Betriebs zu beschließen, die mit der Gewerkschaft nicht zu realisieren sind. Das ist das klassische „**Bündnis für Arbeit**“.

### Gehaltsverzicht für Kündigungsschutz

Der Verzicht der Mitarbeiter auf tarifliche Leistungen wird dabei häufig mit einem befristeten Verzicht des Arbeitgebers auf betriebsbedingte Kündigungen erkaufte. Die **Regelungsabrede** selbst kann dies allerdings nicht anordnen. Die praktische Umsetzung

erfolgt vielmehr durch Abschluss arbeitsrechtlicher **Änderungsverträge** mit den **einzelnen Arbeitnehmern** – und zwar auf freiwilliger Basis.

### Im Visier der Gewerkschaften

„**Tarifabtrünnige**“ Unternehmen sind den Gewerkschaften naturgemäß ein Greuel. Die Gewerkschaften versuchen daher häufig, betriebliche Bündnisse vor den Arbeitsgerichten zu verhindern. Das **Bundesarbeitsgericht** hat in einer aktuellen Entscheidung einen derartigen Unterlassungsantrag der Gewerkschaft jedoch abgewiesen (BAG, Beschluss vom 7.6.2017, Aktenzeichen: 1 ABR 32/15).

### Der Fall (verkürzt)

Die Arbeitgeberin betreibt eine Klinik. Sie war Mitglied im zuständigen Kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) und damit vom Geltungsbereich des TVöD-BT-K erfasst. Nachdem Verhandlungen mit der Gewerkschaft über eine Reduzierung ihres Personalüberhangs gescheitert waren, kündigte sie ihre Mitgliedschaft im KAV zum Ablauf des Jahres 2012.

Stattdessen vereinbarte sie die gewünschten Änderungen nun mit dem bei ihr bestehenden **Betriebsrat** im Rahmen einer sog. **Regelungsabrede**. Dieses „**Bündnis für Arbeit**“ sah u.a. eine Reduzierung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit und den Verzicht der Arbeitnehmer auf verschiedene tarifliche Leistungen vor. Im Gegen-

zug verzichtete die Klinik auf betriebsbedingte Beendigungskündigungen für einen Zeitraum von fünf Jahren. 96 Arbeitnehmer schlossen daraufhin freiwillig entsprechende **Änderungsverträge** mit dem Arbeitgeber. Die **Gewerkschaft** klagte auf **Unterlassung**.

### Rechtliche Beurteilung

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts steht der Gewerkschaft bei einer Verletzung ihrer Koalitionsfreiheit durch **tarifwidrige Regelungsabreden** und deren **einzelvertragliche Umsetzung** zwar ein **Unterlassungsanspruch** zu. Das gilt jedoch nur gegenüber **tarifgebundenen Arbeitgebern**.

Der Unterlassungsanspruch erfordert dabei eine **unmittelbare und zwingende** Tarifbindung des in Anspruch genommenen Arbeitgebers. **Das bedeutet:**

**Nach Beendigung der Tarifgebundenheit** des Arbeitgebers (also nach Ablauf der Vertragslaufzeit) kann die Gewerkschaft durch ein Betriebliches Bündnis nicht mehr beeinträchtigt werden. Zwar gelten Tarifverträge auch nach ihrer Beendigung vorläufig weiter, bis sie durch eine andere Abmachung (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag) ersetzt werden. Dieser sog. „**Nachwirkung**“ des Tarifvertrages kommt aber keine unmittelbare Geltung mehr zu (BAG, Beschluss vom 7.6.2017, 1 ABR 32/15).

### Das sagt der Anwalt

Seit Jahren vertreten viele Arbeitsrechtler die Auffassung, betriebliche Bündnisse für Arbeit seien durch die Rechtsprechung des BAG obsolet geworden. Das ist in dieser Allgemeinheit falsch.

- **Nicht tarifgebundene Arbeitgeber** können auch künftig zu diesem wichtigen Sanierungsinstrument greifen, das bestätigt auch die neue Entscheidung des BAG.
- Selbst **tarifgebundene Arbeitgeber** können unter bestimmten Voraussetzungen Bündnisse für Arbeit im Verhältnis zu den **nicht organisierten Arbeitnehmern** eingehen.

### Widerrufsvorbehalt im Arbeitsvertrag

Der Arbeitgeber kann sich im Arbeitsvertrag grundsätzlich vorbe-

halten, eine zugesagte finanzielle Leistung später einseitig zu **widerrufen**. Eine solche **Widerrufsklausel** muss aber (u.a.) die **Richtung** angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll, also zum Beispiel

- wirtschaftliche Gründe,
- die Leistung oder
- das Verhalten des Arbeitnehmers.

Das allein genügt aber noch nicht. Der Arbeitgeber als Verwender einer vorformulierten Widerrufsklausel muss die Widerrufsgründe weiter **konkretisieren** und vorgeben, **was genau** ihn zum Widerruf berechtigen soll. Das hat das Bundesarbeitsgericht entschieden (Urteil vom 24.1.2017, Aktenzeichen: 1 AZR 774/14).

Im entschiedenen Fall genügte dem BAG eine Widerrufsklausel mit im Wesentlichen folgenden Inhalt:

„Der Arbeitnehmer erhält ein Weihnachtsgeld in Höhe von 55 % eines Monatsverdienstes. Der Arbeitgeber behält sich vor, diese Leistung im Fall der **wirtschaftlichen Notlage** zu widerrufen.“

Im konkreten Fall durfte der Arbeitgeber die Leistung später auch tatsächlich widerrufen, weil das Unternehmen am Rande einer Insolvenz stand, die nur mithilfe eines Investors abgewendet werden konnte.

### Das sagt der Anwalt

Dennoch bleiben Widerrufsklauseln auch künftig unberechenbare Wundertüten. Arbeitgeber sind daher gut beraten, die Widerrufsgründe in der Vertragsklausel zumindest **beispielhaft zu präzisieren**.