

## **NEWSLETTER ARBEITSRECHT 2/2008**

### Inhaltsverzeichnis

Achtung: Das neue Pflegezeitgesetz tritt zum 01.07.2008 in Kraft .....	1
Fristlose Kündigung wegen anderweitiger Erwerbstätigkeiten während der Krankschreibung .....	2
Sittenwidrigkeit einer Praktikantenvergütung von 375,- € monatlich? .....	3
Mögliche Unwirksamkeit einer Probezeitbefristung bei einem befristeten Arbeitsvertrag .....	4
Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers – Beginn und Ende der Klagefrist .....	4
„Bespitzelung“ von Mitarbeitern per Videoüberwachung .....	5

**Achtung: Das neue Pflegezeitgesetz tritt zum 01.07.2008 in Kraft**

Weitgehend unbemerkt von der Öffentlichkeit hat der Deutsche Bundestag am 14.03.2008 das neue Pflegezeitgesetz (kurz: PflegeZG) verabschiedet. Dieses Gesetz tritt zum 01.07.2008 in Kraft und enthält einige bedeutende Änderungen des Arbeitsrechts. Die einzelnen Bestimmungen dieses Gesetzes sind im Internet auf der Website des Deutschen Bundestages ([www.bundestag.de](http://www.bundestag.de)) in der Bundestagsdrucksache (BT-Drucks.) 16/7439 auf den Seiten 27 und 28 zu finden.

Ziel dieses Gesetzes ist, Beschäftigten die Möglichkeit zu eröffnen, pflegebedürftige nahe Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen und damit die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege zu verbessern (§ 1 PflegeZG). Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen zwei unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen, gerichtet auf eine Freistellung von der Arbeitspflicht: einen Anspruch auf eine kurzzeitige Arbeitsbefreiung für eine Dauer von bis zu 10 Arbeitstagen (§ 2 PflegeZG) und einen Anspruch auf Gewährung einer Pflegezeit von einer Dauer von längstens 6 Monaten (§ 3 PflegeZG).

**1. Kurzzeitige Arbeitsverhinderung, § 2 PflegeZG**

Bei akut auftretenden Pflegesituationen haben Beschäftigte nach § 2 Abs. 1 PflegeZG das Recht, bis zu einer Dauer von zehn Arbeitstagen der Arbeit fernzubleiben, wenn dies erforderlich ist, um für einen nahen pflegebedürftigen Angehörigen eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen. Einer konkreten Zustimmung oder einer sonstigen Mitwirkungshandlung von Seiten des Arbeitgebers bedarf es dabei nicht.

Dieser Anspruch besteht unabhängig von der bisherigen Dauer des Arbeitsverhältnisses, so dass ein Arbeitnehmer schon vom ersten Arbeitstage an eine solche Freistellung geltend machen kann. Anders als bei der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG spielt die Größe des Unternehmens dabei keine Rolle.

Nach § 2 Abs. 2 PflegeZG sind die Beschäftigten verpflichtet, dem Arbeitgeber ihre Verhinderung an der Arbeitsleistung und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern) mitzuteilen. Dabei ist auf Verlangen des Arbeitgebers auch eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen und die Erforderlichkeit der Pflege durch den Beschäftigten vorzulegen.

Sofern nichts anderes vereinbart ist, besteht nach § 2 Abs. 3 PflegeZG während der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung grundsätzlich kein Anspruch auf eine Entgeltfortzahlung. Allerdings kann sich eine Verpflichtung zur Fortzahlung der Vergütung aus vertraglichen Vereinbarungen oder aufgrund gesetzlicher Vorschriften ergeben. Hier ist namentlich § 616 S. 1 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) zu berücksichtigen, wonach ein Arbeitnehmer seinen

Anspruch auf Vergütung behält, wenn er lediglich für eine kurze Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert ist. Insofern war schon unter dem bisherigen Recht die kurzzeitige Betreuung eines erkrankten eigenen Kindes oder sonstigen Angehörigen anerkannt. Zwar stellt diese Regelung in § 616 S. 1 BGB kein zwingendes Recht dar, so dass dieser Anspruch auf Lohnfortzahlung während der Dauer der Pflege naher Angehöriger theoretisch ausgeschlossen werden kann. Unklar ist aber noch, ob dieser Ausschluss auch in einem formulärmäßig vorformulierten Arbeitsvertrag vorgenommen werden kann.

**2. Pflegezeit, § 3 PflegeZG**

Bei längerfristig auftretenden Pflegesituationen haben Beschäftigte das Recht, maximal für die Dauer von 6 Monaten (vgl. § 4 PflegeZG) ganz oder teilweise mit ihrer Arbeit auszusetzen, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in der häuslichen Umgebung pflegen möchten, § 3 Abs. 1 PflegeZG. Im Unterschied zum Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbefreiung besteht ein solcher Anspruch aber nur gegenüber Unternehmen, die regelmäßig mehr als 15 Mitarbeiter beschäftigen (wobei anders als beim Kündigungsschutzrecht auch Auszubildende und auch Teilzeitbeschäftigte voll zählen). Während der Freistellung in der Pflegezeit erhält der Arbeitnehmer – ebenfalls im Unterschied zur kurzzeitigen Arbeitsbefreiung – regelmäßig keinerlei Vergütung. Der § 616 BGB findet hier keine Anwendung, da es sich nicht mehr um eine Verhinderung für eine kurze Zeit handelt.

Der § 3 PflegeZG gewährt dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Freistellung im Sinne eines einseitigen Gestaltungsrechts, so dass es einer ausdrücklichen Freistellungserklärung von Seiten des Arbeitgebers nicht bedarf. Es reicht nach § 3 Abs. 3 PflegeZG aus, wenn der Arbeitnehmer sein Freistellungsverlangen spätestens 10 Arbeitstage vor Beginn der Freistellungsphase beim Arbeitgeber schriftlich ankündigt und im Rahmen dessen erklärt, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang er mit der Arbeit aussetzen möchte.

Will der Arbeitnehmer nur teilweise aussetzen, muss er dem Arbeitgeber die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben. Nach § 3 Abs. 4 PflegeZG haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer dann eine schriftliche Vereinbarung über die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit zu treffen. Den Wünschen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber zu entsprechen. Der Arbeitgeber kann den Wunsch des Arbeitnehmers lediglich bei dringenden betrieblichen Gründen ablehnen. Welche Gründe das im Einzelnen sind, ist im Gesetz aber nicht geregelt. Hier wird man sich wohl in der Zukunft an die zur Elternteilzeittätigkeit gem. § 15 Abs. 7 Nr. 4 BEEG (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) entwickelte Grundsätze zu orientieren haben.

Die beim Angehörigen eingetretene Pflegebedürftigkeit ist vom Arbeitnehmer in jedem Falle – und

nicht nur auf Verlangen des Arbeitgebers – durch Vorlage einer Bescheinigung der Pflegekassen oder des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherungen (kurz: MdK) nachzuweisen, vgl. § 3 Abs. 2 PflegeZG.

### 3. Ergänzende Regelungen

Ergänzt werden diese beiden zentralen Regelungen in § 2 und § 3 PflegeZG zunächst durch die Begriffsdefinitionen in § 7 PflegeZG. Einen Anspruch auf Freistellung haben nach § 7 Abs. 1 PflegeZG alle Beschäftigten, wozu vor allem Arbeitnehmer, Auszubildende und arbeitnehmerähnliche Personen gehören. Als nahe Angehörige gelten nach § 7 Abs. 3 PflegeZG Eltern, Schwiegereltern, Großeltern, Ehegatten, Lebenspartner, Geschwister, Kinder (sowohl leibliche als auch angenommene) sowie Enkel. Dagegen werden Onkeln und Tanten nicht als nahe Angehörige vom Gesetz erfasst. Eine Pflegebedürftigkeit wird nach § 7 Abs. 4 PflegeZG in den Fällen angenommen, in denen der Angehörige wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht mehr in der Lage ist, die gewöhnlichen und regelmäßigen Dinge des täglichen Lebens auf Dauer alleine zu verrichten.

Für Arbeitgeber wird des Weiteren von besonderem Interesse sein, dass Beschäftigte gemäß § 5 Abs. 1 PflegeZG von dem Zeitpunkt der Ankündigung bis zum Ende der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung bzw. der Pflegezeit einen Sonderkündigungsschutz erhalten. In dieser Zeit dürfen Arbeitsverträge weder ordentlich noch fristlos gekündigt werden. Nur in besonderen Fällen kann eine Kündigung von der obersten Landesbehörde für Arbeitsschutz für zulässig erklärt werden. Gerade hier sind natürlich gewisse Missbrauchsfälle denkbar, indem Beschäftigte ein Pflegezeitverlangen stellen, nur um in den Genuss dieses Kündigungsschutzes zu gelangen. Wie die Arbeitsgerichte hier entgegenwirken werden, bleibt künftig abzuwarten.

Der Gesetzgeber möchte den Arbeitgebern andererseits dergestalt entgegen kommen, indem diese gem. § 6 PflegeZG die Möglichkeit erhalten, etwaige Pflegezeiten ihrer Mitarbeiter mit Hilfe von befristeten Arbeitsverträgen zu überbrücken. Die Regelung ist aber im Grunde genommen überflüssig, da schon unter derzeit geltendem Recht der Sachgrund der Vertretung über § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) anerkannt ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die hier beschriebenen Vorschriften des PflegeZG zwingendes Recht darstellen. Von ihnen darf weder in einzelvertraglichen Vereinbarungen, noch in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen zum Nachteil der Beschäftigten abgewichen werden. Etwaige nachteilige Vereinbarungen wären gem. § 134 BGB unwirksam und damit letztlich das Papier nicht wert, auf dem sie stünden. Abweichungen zugunsten der Beschäftigten sind indes möglich.

### 4. Fazit

Inwieweit dieses neue Gesetz in der Zukunft tatsächlich von betroffenen Arbeitnehmern angenommen wird, kann nur spekuliert werden. Denn vor allem der Anspruch auf Freistellung für die Pflegezeit gem. § 3 PflegeZG ist ohne Lohnfortzahlung ausgestaltet, so dass eine Inanspruchnahme dieser Rechte von der persönlichen finanziellen Leistungsfähigkeit der jeweiligen Arbeitnehmer abhängen wird.

Grundsätzlich ist ein solches Gesetz gesellschaftspolitisch zu begrüßen. Auf der anderen Seite wird die Personalplanung für Unternehmen ein weiteres Mal erschwert. Vor allem die kurze Ankündigungsfrist von nur 10 Tagen für die Pflegezeit wird Unternehmen künftig erhebliche Probleme bereiten, da es zumeist schwierig ist, innerhalb einer so kurzen Zeit einen Ersatz für die freigestellten Mitarbeiter zu finden. Daher ist es durchaus ratsam, wenn Arbeitgeber künftig entsprechende Vorsorgemaßnahmen betreiben (z. B. durch entsprechende Kontakte mit Leiharbeitsunternehmen). Außerdem enthält das neue Gesetz auch weitere Gefahren für Arbeitgeber, indem z. B. Mitarbeiter durch missbräuchliche Antragstellungen theoretisch den Sonderkündigungsschutz des § 5 PflegeZG erschleichen könnten.

### Fristlose Kündigung wegen anderweitiger Erwerbstätigkeiten während der Krankschreibung

Viele Arbeitgeber waren schon einmal mit folgender Situation konfrontiert: ein Mitarbeiter ist häufig krankgeschrieben und es besteht der Verdacht, dass der Mitarbeiter in der Zeit der Arbeitsunfähigkeit einer anderen Erwerbstätigkeit nachgeht.

Dies ist für den Arbeitgeber vor allem deswegen ärgerlich, weil er nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz verpflichtet ist, dem Mitarbeiter bis zu einer Dauer von sechs Wochen das Gehalt fortzuzahlen. Diese Verpflichtung besteht aber nur dann, wenn der Mitarbeiter unverschuldet arbeitsunfähig geworden ist, was bei einer anderweitigen Erwerbstätigkeit ja gerade nicht der Fall ist. Allerdings ist es in der Praxis für den Arbeitgeber äußerst schwierig, dem Mitarbeiter einen solchen Missbrauch einer Krankschreibung nachzuweisen. Denn einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wird ein hoher Beweiswert zugesprochen. Ihre „Richtigkeit“ wird von den Arbeitsgerichten unterstellt, solange von Seiten des Arbeitgebers keine stichhaltigen Zweifel am Bestehen einer Krankheit vorgetragen werden können.

Wie mit einem solchen Fall arbeitgeberseitig umgegangen werden kann, vermag ein aktuelles Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 03.04.2008 verdeutlichen. In dem zu beurteilenden Sachverhalt ging es um einen Arbeitnehmer, der seit dem Jahr 2000 als Kraftfahrer bei seinem Arbeitgeber beschäftigt war. Ab März 2004 meldete sich der Arbeitnehmer mehrfach für eine längere Zeit arbeitsunfähig. Der

Arbeitgeber hatte Zweifel an der Richtigkeit der Krankschreibungen und stellte Nachforschungen an, unter anderem durch die Zuhilfenahme von Detektiven. Die eingeleiteten Nachforschungen ergaben, dass der Arbeitnehmer während seiner Arbeitsunfähigkeit ein Café betrieb, dort Gäste bediente, den Geschirrspüler leerte und ähnliche Tätigkeiten verrichtete. Nachdem der Betriebsrat des Unternehmens von Seiten des Arbeitgebers angehört wurde, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos.

Hiergegen erhob der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage. Zunächst musste von den Gerichten die Ordnungsgemäßheit der erforderlichen Betriebsratsanhörung geklärt werden. Sodann stellten die Richter des BAG ausdrücklich fest, dass eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durchaus dann gerechtfertigt sein könne, wenn ein Arbeitnehmer während einer Krankschreibung einer anderweitigen Tätigkeit nachgeht. Denn diese anderweitige Tätigkeit könne ein stichhaltiges Indiz dafür sein, dass der Arbeitnehmer eine Krankheit nur vorgespielt hat. Zudem könne eine außerordentliche Kündigung im Falle einer anderweitigen Erwerbstätigkeit während einer Krankschreibung auch unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt werden, dass der Arbeitnehmer pflichtwidrig die Heilung seiner Krankheit verzögert hat (BAG, Urteil vom 03.04.2008, Az.: 2 AZR 965/06).

Da im konkreten Gerichtsverfahren zu dem Vorwurf der anderweitigen Erwerbstätigkeit während der Krankschreibung noch keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen getroffen worden sind, hat das Bundesarbeitsgericht die Angelegenheit an das LAG München zurückverwiesen. Schon jetzt lassen sich aber folgende Erkenntnisse aus dieser BAG-Entscheidung herleiten: die Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit und die Verrichtung einer anderweitigen Erwerbstätigkeit während der Krankschreibung kann eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

Bei konkreten Verdachtsfällen kann sich der Arbeitgeber notfalls der Hilfe von Detektiven bedienen, um derartige Verletzungen des Arbeitsvertrages nachweisen zu können. Die Detektive müssen bei ihren Ermittlungstätigkeiten aber darauf achten, dass die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer nicht verletzt werden. Zudem ist der Einsatz von Detektiven mit erheblichen Kosten für den Arbeitgeber verbunden. Diese Kosten können für den Arbeitgeber jedoch unter Umständen erstattungsfähig sein, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund einer solchen Überwachungsmaßnahme wegen einer vorsätzlichen vertragswidrigen Handlung überführt wird (BAG, Urteil vom 17.09.1998, Az.: 8 AZR 5/97).

Darüber hinaus kann sich der Arbeitgeber in solchen Fällen an die Krankenkasse des Arbeitnehmers wenden (sofern dieser gesetzlich krankenversichert ist) und die vom Arbeitnehmer behauptete Arbeitsunfähigkeit überprüfen lassen. Dabei muss der Arbeitgeber gegenüber der Krankenkasse

nur Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers äußern, begründen muss er seine Zweifel nicht. Sofern die Krankenkasse diese Zweifel teilt, ist sie verpflichtet, den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (kurz: MdK) zwecks Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einzuschalten, vgl. hierzu § 275 Abs. 1 Nr. 3 b SGB V (Sozialgesetzbuch Teil V). Dieser lädt dann den Arbeitnehmer zu einem entsprechenden Untersuchungstermin. Unter gewissen Umständen kann also auch auf einem solchen Wege ein Mitarbeiter wegen einer nur vorgetauschten Arbeitsunfähigkeit überführt werden.

### **Sittenwidrigkeit einer Praktikantenvergütung von 375,- € monatlich?**

In vielen Unternehmen werden häufig Praktikanten eingesetzt. Die Tätigkeit eines Praktikanten dient der Vorbereitung auf einen Beruf durch den Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen. Was ist aber, wenn der Ausbildungszweck – wie recht häufig in der Praxis – nicht mehr im Vordergrund steht, sondern die für einen Betrieb erbrachten Leistungen und Arbeitsergebnisse des Praktikanten? Ist ein Praktikant dann als Arbeitnehmer anzusehen? Und wie ist ein solcher zu vergüten?

Mit diesen Rechtsfragen musste sich das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nun in einem Urteil vom 08.02.2008 beschäftigen. Hintergrund der Entscheidung war folgender Sachverhalt: die Klägerin beendete im Jahr 2005 ihr Studium der Innenarchitektur. Danach schloss sie mit der Beklagten, einem Fachverlag, Ende 2005 einen Praktikantenvertrag. Nach dem Vertragsinhalt sollte die Klägerin im Rahmen einer 35-Stunden-Woche sechs Monate lang als Praktikantin mit allgemeinen Aufgaben für die Beklagte tätig werden. Des Weiteren sollte sie hierfür eine Vergütung in Höhe von 375,- € erhalten. In der Folgezeit wurde die Klägerin bei der Beklagten ausschließlich in einer Abteilung des Unternehmens eingesetzt und sie wurde dort mit der Organisation von Veranstaltungen betraut. Nachdem das sechsmonatige Praktikum beendet war, verlangte die Klägerin plötzlich die Zahlung einer angemessenen Vergütung für ihre Tätigkeit. Nach ihrer Ansicht sei sie für die Beklagte nicht als einfache Praktikantin tätig gewesen, sondern als ganz normale Arbeitnehmerin. Die ursprünglich vereinbarte Vergütung von 375,- € sei daher sittenwidrig. Mit ihrer Klage vor den Arbeitsgerichten verlangte sie von der Beklagten nun die Nachzahlung eines Betrages in Höhe von 8.455,65 € nebst zwischenzeitlich angefallener Zinsen.

Sowohl das Arbeitsgericht Stuttgart als auch das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg gaben ihrer Klage überwiegend statt. Nach der Ansicht beider Gerichte war die Klägerin nicht als Praktikantin sondern vielmehr als Arbeitnehmerin für die Beklagte tätig geworden. Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sei trotz der anderweitigen Vertragsbezeichnung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Zwar verlange ein Praktikantenverhältnis auch nach der Ansicht der Richter keine systemati-



sche Berufsausbildung. Gleichwohl müsse bei einem Praktikum der Ausbildungszweck im Vordergrund stehen, was im vorliegenden Fall nicht ersichtlich gewesen sei. Denn die Klägerin war während des gesamten sechsmonatigen Zeitraumes nur in einer Abteilung eingesetzt worden. Dort sei sie wie eine ganz normale Sachbearbeiterin tätig gewesen und habe lediglich die im Studium bereits erworbenen Kenntnisse verwertet. Die Beklagte konnte demgegenüber nicht darlegen, dass während der Tätigkeit der Klägerin eine umfassende Vermittlung praktischer Kenntnisse stattgefunden habe.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände befanden die Richter die Vergütung von 375,- € monatlich gem. § 138 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) tatsächlich als sittenwidrig, da hieraus lediglich ein Stundenlohn von 2,46 € folge. Stattdessen legten die Richter des LAG Baden-Württemberg nun die übliche Vergütung im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB zu Grunde. Hierzu nahmen sie einen Stundenlohn in Höhe von 10,00 € an (der geschätzte Stundenlohn für stundenweise gebuchte Kräfte bei Abendveranstaltungen) und ermittelten eine monatliche Vergütung in Höhe von 1.522,50 € brutto. Letztlich wurde der Klägerin eine Nachzahlung in Höhe von 7.090,65 € zugesprochen (LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 08.02.2008, Az.: 5 Sa 45/07).

Als Fazit kann aus dieser Entscheidung folgendes festgehalten werden: bei der Beschäftigung von Praktikanten sollte unbedingt darauf geachtet werden, dass der Ausbildungscharakter deutlich überwiegt. Soweit möglich, sollten Praktikanten mehrere Abteilungen eines Betriebes durchlaufen, da dieser Umstand von den Richtern als wichtiges Indiz für ein Praktikantenverhältnis gewertet wird. Je breiter das Spektrum der vermittelten praktischen Kenntnisse ist, desto einfacher lässt sich schließlich der Ausbildungszweck in einem möglichen Streitfall vor den Arbeitsgerichten nachweisen.

### **Mögliche Unwirksamkeit einer Probezeitbefristung bei einem befristeten Arbeitsvertrag**

Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses zum Zwecke der Erprobung eines Mitarbeiters ist als sachlicher Befristungsgrund über § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) anerkannt. Eine solche kann auch in einem formularmäßig vorformulierten Arbeitsvertrag vereinbart werden. Was ist aber, wenn die Probezeitbefristung in einem Arbeitsvertrag vereinbart werden soll, der seinerseits lediglich eine Laufzeit von einem Jahr haben soll, womit der Arbeitsvertrag gleich doppelt befristet ist?

Über diese Rechtsfrage hatte das BAG in einem Urteil vom 16.04.2008 zu befinden. In dem zu zugrunde liegenden Fall ging es um den auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag einer Arbeitnehmerin, der für den Zeitraum vom 01.11.2005 bis zum 31.10.2006 geschlossen wurde. Diese Befristung war in dem Arbeitsvertrag fett und durch eine grö-

ßere Schrift drucktechnisch hervorgehoben. Der nachfolgende Vertragstext enthielt darüber hinaus eine Bestimmung, dass die ersten 6 Monate als Probezeit gelten sollten und dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Probezeit endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Diese Probezeitbefristung war in dem Arbeitsvertrag dagegen nicht weiter drucktechnisch hervorgehoben. Kurz vor dem Ablauf der sechsmonatigen Probezeit teilte der Arbeitgeber der Mitarbeiterin im Schreiben vom 19.04.2006 mit, dass das Arbeitsverhältnis bereits zum 30.04.2006 endet. Die Arbeitnehmerin war nicht einverstanden und klagte vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Ablauf der Probezeit zum 30.04.2006, sondern erst mit der regulären Befristung zum 31.10.2006 geendet habe.

Und sie bekam in allen Instanzen Recht. Das BAG wies in seiner Urteilbegründung darauf hin, dass die Probezeitbefristung als eine überraschende Klausel im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) gewertet werde müsse und damit nicht Vertragsbestandteil geworden sei. Nach der optischen Hervorhebung der eigentlichen Befristung auf ein Jahr brauchte die Arbeitnehmerin nach Ansicht der Richter nicht damit rechnen, dass der Arbeitsvertrag in seinen folgenden Bestimmungen noch eine weitere Befristung zu einem früheren Zeitpunkt enthält. Im Rahmen ihrer Entscheidung berücksichtigten die Richter vor allem, dass die eigentliche, drucktechnisch hervorgehobene Befristung auf ein Jahr durch die sechsmonatige Probezeitbefristung letztlich gar nicht zum Tragen kam, weil das Arbeitsverhältnis bereits nach dem Ablauf von sechs Monaten enden sollte (BAG, Urteil vom 16.04.2008, Az.: 7 AZR 132/07).

Für die Praxis bedeutet dieses Urteil folgendes: bei einer Befristung sind neben den Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) auch die Regelungen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingung nach den §§ 305 ff. BGB zu beachten. Dabei sind drucktechnische Hervorhebungen und sonstige Gestaltungsmittel vorsichtig anzuwenden. Denn unter Umständen wäre die Entscheidung der Arbeitsgerichte im vorliegenden Fall ganz anders ausgefallen, wenn der Vertrag die einjährige Befristung gerade nicht hervorgehoben hätte.

### **Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers – Beginn und Ende der Klagfrist**

Erhält ein Arbeitnehmer die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses, hat er nach dem § 4 S. 1 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) exakt 3 Wochen lang Zeit, diese Kündigung mittels einer Schutzklage vor dem Arbeitsgericht anzugreifen. Versäumt der Arbeitnehmer diese Frist jedoch, gilt die Kündigung grundsätzlich als rechtswirksam. Diese Frist beginnt mit der Übergabe des Kündigungsschreibens zu laufen.

Etwas anderes gilt bei schwerbehinderten Arbeitnehmern. Möchte ein Arbeitgeber ihnen gegenüber eine Kündigung aussprechen, muss er zuvor – sofern das Arbeitsverhältnis mehr als 6 Monate Bestand hat – die Zustimmung des Integrationsamtes einholen, § 85 SGB IX (Sozialgesetzbuch Teil IX). Anderenfalls ist die Kündigung unwirksam. Das BAG musste nun in einem Urteil vom 13.02.2008 über die Frage entscheiden, wie lange ein schwerbehinderter Arbeitnehmer Zeit hat, die Unwirksamkeit seiner Kündigung geltend zu machen, sofern der Arbeitgeber es versäumt hat, die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen.

In dem vom BAG zu beurteilenden Fall hat ein Arbeitgeber einen taubstummen und damit zu 100 % schwerbehinderten Mitarbeiter mit Schreiben vom 13.05.2005 zum 30.05.2005 gekündigt. Obwohl der Arbeitgeber über die Schwerbehinderung des Mitarbeiters in Kenntnis war, hatte er die erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes vor der Aussprache der Kündigung nicht eingeholt. Der betroffene Mitarbeiter erhob am 21.06.2005 unter Berufung auf die fehlende Zustimmung des Integrationsamtes eine Klage vor dem Arbeitsgericht. An sich war aber die Frist von 3 Wochen zur Einreichung einer Kündigungsschutzklage bereits abgelaufen.

Die Richter des BAG befanden die von dem Mitarbeiter eingelegte Kündigungsschutzklage jedoch als rechtzeitig. Sie verwiesen insoweit auf die Sonderregelung des § 4 S. 4 KSchG, wonach die Klagefrist von 3 Wochen erst mit der Mitteilung der behördlichen Entscheidung zu laufen beginnt, sofern die arbeitsrechtliche Kündigung von der Zustimmung einer Behörde abhängig ist. Bei schwerbehinderten Arbeitnehmern kann diese Frist also erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung des Integrationsamtes zu laufen beginnen. Fehlt es hingegen an dieser behördlichen Entscheidung, weil der Arbeitgeber es versäumt hat, die Zustimmung einzuholen, wird die 3 Wochenfrist nicht in Gang gesetzt. Das BAG betonte in dem Zusammenhang, dass in solchen Fällen die Unwirksamkeit der Kündigung noch bis zur Grenze der Verwirkung gerichtlich geltend gemacht werden könne (BAG, Urteil vom 13.02.2008, Az.: 2 AZR 864/06).

Für Arbeitgeber bedeutet dies folgendes: kündigen sie einen schwerbehinderten Arbeitnehmer ohne die erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes, müssen sie damit rechnen, dass der Mitarbeiter noch eine lange Zeit nach Ablauf der 3 Wochenfrist die Unwirksamkeit der Kündigung erfolgreich geltend machen kann. Dies ist nach der Ansicht des BAG bis zur Grenze der Verwirkung möglich. Eine solche Verwirkung tritt aber nur dann ein, wenn der Arbeitgeber im Hinblick auf einen erheblichen Zeitablauf und in Anbetracht sonstiger, weiterer Umstände darauf vertrauen kann, dass der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Kündigung nicht mehr geltend macht. Wann dies der Fall ist, lässt sich allgemein nicht vorhersagen. Denn dies ist abhängig von den Gesamtumständen des konkre-

ten Einzelfalls, eine feste Zeitgrenze besteht jedenfalls nicht.

Darüber hinaus kann die unterbliebene Beteiligung des Integrationsamtes auch erhebliche finanzielle Konsequenzen haben. Denn der Arbeitgeber befindet sich im Falle einer unwirksamen Kündigung schnell im so genannten Annahmeverzug. Das bedeutet letztlich, dass er dem Mitarbeiter auch dann den zwischenzeitlich angefallenen Arbeitslohn schuldet, auch wenn der Mitarbeiter erst zu einem weit späteren Zeitpunkt eine Kündigungsschutzklage eingereicht hat und währenddessen keinerlei Arbeitsleistungen erbracht hat.

### „Bespitzelung“ von Mitarbeitern per Videoüberwachung

Die Überwachung von Mitarbeitern an ihrem Arbeitsplatz gewinnt zunehmend an Bedeutung. Denn die fortschreitende Technik ermöglicht Unternehmen immer tiefere Einblicke in das Verhalten ihrer Arbeitnehmer. Dies betrifft die Kontrolle des E-Mail- und des Telefonverkehrs der Mitarbeiter. Immer häufiger versuchen Arbeitgeber aber auch, ihre Mitarbeiter per Video zu überwachen. Gerade die aktuelle Diskussion um die gezielte Bespitzelung bei großen und namhaften Lebensmitteldiscountern durch die in den Verkaufsräumen installierte Videoüberwachungsanlage gibt einmal mehr den Anlass, die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Videokontrollen in Betrieben näher zu beleuchten.

Hierzu ist zunächst in Betracht zu ziehen, dass im Falle einer Videoüberwachung am Arbeitsplatz verschiedene Grundrechte miteinander kollidieren. Dies betrifft das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 des Grundgesetzes (GG) bzw. das Recht der Menschenwürde aus Art. 1 GG einerseits und das Grundrecht des Arbeitgebers auf Eigentum aus Art. 14 GG bzw. das Grundrecht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 GG andererseits. Die rechtliche Beurteilung ist immer von einer Interessenabwägung dieser sich hier entgegenstehenden Grundrechte geprägt. Die Zulässigkeit einer Videoüberwachungsmaßnahme ist daher weitgehend vom konkreten Einzelfall abhängig, so dass sich pauschale Antworten letztlich nicht geben lassen. Die nachstehenden Ausführungen lassen sich daher nur als erste Anhaltspunkte verstehen, wie mit der Rechtsfrage „Videoüberwachung am Arbeitsplatz“ generell umzugehen ist.

Bei der Beantwortung der vorliegenden Rechtsfrage ist ferner auch danach zu unterscheiden, ob die Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen mit Publikumsverkehr oder in Räumen erfolgen soll, wo nur die Mitarbeiter eines Unternehmens Zugang haben. Denn lediglich für öffentlich zugängliche Räume (z. B. Bankfilialen, Ladenlokale, Kaufhäuser, Tankstellen oder Eingangshallen von Unternehmen) existiert eine gesetzliche Vorschrift, welche die Zulässigkeit einer Videokontrolle regelt.

## 1. Videoüberwachung von öffentlich zugänglichen Räumen

Nach dem § 6 b Abs. 1 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz) ist eine Videoüberwachung von öffentlich zugänglichen Arbeitsräumen nur dann zulässig, sofern sie zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen, zur Wahrnehmung des Hausrechts oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist. Es dürfen im konkreten Einzelfall auch keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen der Videoüberwachung überwiegen könnten.

Solche berechnete Interessen eines Unternehmens zum Einsatz von Videokameras können sich z. B. aus der Abwehr von Diebstählen ergeben, wobei ein solches Interesse jedoch objektiv bestehen muss (entweder weil sich bereits entsprechende Straftaten in der Vergangenheit ergeben haben oder weil mit derartigen Straftaten aufgrund der Eigenart des Geschäftsbetriebs zu rechnen ist). Zudem ist bei der Frage nach der Zulässigkeit von Überwachungskameras immer zu überprüfen, ob im konkreten Einzelfall nicht auch mildere Mittel zur Verfügung stehen, die ebenfalls einen sicheren Schutz vor Diebstählen gewähren können (z. B. durch so genannte akustische Kassensicherungssysteme). Dient dagegen die Installation einer Videokamera in einem öffentlich zugänglichen Arbeitsraum allein der allgemeinen Beobachtung des Arbeitsverhaltens und der Leistung der eigenen Mitarbeiter, wird ein solches Anliegen vom Bundesdatenschutzgesetz nicht gedeckt sein.

Die gem. § 6 b Abs. 1 BDSG erhobene Daten können nach § 6 b Abs. 3 BDSG nur eingeschränkt weiter verarbeitet oder verwendet werden, wenn dies wiederum zum Erreichen des verfolgten Zwecks erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. In Fällen, in denen diese Daten einer bestimmten Person zugeordnet werden können, muss diese Person gem. § 6 b Abs. 4 BDSG über die Verarbeitung oder über die Nutzung der erhobenen Daten informiert werden.

Bei der Überwachung öffentlich zugänglicher Räume ist ferner zu beachten, dass nach § 6 b Abs. 2 BDSG der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle durch geeignete Maßnahmen (z. B. durch Vorabinformationen der Mitarbeiter sowie durch Hinweisschilder) erkennbar gemacht werden muss. Eine heimliche Überwachung scheidet insofern aus. Schließlich ist der Betreiber einer Videoanlage nach § 6 Abs. 5 BDSG verpflichtet, die im Rahmen der Videoüberwachung erhobene Daten unverzüglich zu löschen, wenn diese Daten zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer weiteren Speicherung entgegenstehen.

## 2. Videoüberwachung von nicht öffentlich zugänglichen Räumen

Handelt es sich dagegen um reine Diensträume, die wie z. B. Produktions- oder Lagerhallen, reine Büro- oder Aufenthaltsräume der Allgemeinheit nicht öffentlich zugänglich sind, gelten die von den Arbeitsgerichten hierzu entwickelten Grundsätze. Eine gesetzliche Regelung ist zwar seit einer längeren Zeit in Diskussion, jedoch ist mit einem Inkrafttreten in näherer Zukunft nicht zu rechnen.

Nach der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ist eine systematische und ständige Überwachung von Mitarbeitern durch technische Einrichtungen wie Videokameras als ein erheblicher Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Arbeitnehmer anzusehen. Eine solche Maßnahme kann daher nach Auffassung der Erfurter Richter nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein, wenn ganz konkrete und überwiegende Interessen des Arbeitgebers auf dem Spiel stehen, welche von diesem nachgewiesen werden müssen. Dies kann etwa in dem Schutz von Firmeneigentum durch Diebstahl oder Unterschlagung bestehen. Allerdings reicht eine vage Vermutung oder ein pauschaler Verdacht gegen die gesamte Belegschaft hierfür nicht aus, was die beiden nachfolgenden Urteile verdeutlichen sollen:

In einer Entscheidung vom 27.03.2003 hatte das BAG über eine heimliche Videobeobachtung einer bestimmten Kassiererin in einem Getränkemarkt zu befinden, in dem in der Vergangenheit erhebliche Inventurdifferenzen aufgetreten waren. Dabei bestätigte die Überwachung des Kassensbereiches mittels einer versteckten Videokamera den Verdacht des Arbeitgebers, dass sich die Kassiererin wegen einer Unterschlagung von Kassenbeständen schuldig gemacht hatte. Gegen die von dem Arbeitgeber ausgesprochene fristlose Kündigung erhob die Kassiererin zwar eine Kündigungsschutzklage, welcher sie letztlich jedoch unterlag.

Denn nach der Ansicht der Richter des BAG ist eine heimliche Videoüberwachung eines bestimmten Arbeitnehmers im Ausnahmefall zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht und weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung eines bestimmten Verdachts vollständig ausgeschöpft sind. Die verdeckte Videoüberwachung muss mit anderen Worten als „ultima ratio“ das einzig verbleibende Mittel darstellen und darf insgesamt nicht unverhältnismäßig erscheinen (BAG, Urteil vom 27.03.2003, Az.: 2 AZR 51/02, wobei klarstellend darauf hinzuweisen ist, dass die Entscheidung die Neuregelung des § 6 b BDSG seinerzeit noch nicht erfassen konnte).

Dagegen befand das BAG am 29.06.2004 in einem weiteren Fall, in dem es um die Zulässigkeit von Videoüberwachungsanlagen in einem Briefverteilungszentrum der Deutschen Post ging, die geplante Maßnahme als unzulässig. Dort waren in einer Halle, in der rund 650 Arbeitnehmer beschäftigt waren, in weniger als zwei Jahren 18449 Briefe

abhanden gekommen. Zur Reduzierung der Verluste plante die Deutsche Post die Einführung einer Videoüberwachung. Die Videoanlage sollte mit Hilfe der in der Halle sichtbar angebrachten Kameras verdachtsunabhängig bis zu 50 Stunden eingesetzt werden. Dabei sollte für die betroffenen Arbeitnehmer nicht erkennbar sein, ob eine Kamera eingeschaltet ist oder nicht, sondern sie sollten jederzeit damit rechnen, von der Kamera beobachtet zu werden. Die dabei gewonnenen Aufzeichnungen sollten spätestens nach acht Wochen gelöscht werden.

Der Betriebsrat, dem nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz) hierbei ein Mitspracherecht zustand, ergriff gegen die geplanten Maßnahmen rechtliche Schritte. Und dies mit Erfolg. Denn auch die Richter des BAG hielten den damit verbundenen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer für nicht gerechtfertigt, weil eine Vielzahl von Mitarbeitern ohne jeden begründeten, personenbezogenen Anfangsverdacht überwacht werden konnten. Die überwiegende Anzahl der Mitarbeiter würde einem unzulässigen ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt, was zu einer erhöhten Abhängigkeit und zu einer Behinderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit führe. Zahlreiche Arbeitnehmer wären einer Überwachung auch dann ausgesetzt, obwohl sie sich nichts zuschulden haben kommen lassen. Im konkreten Fall warfen die Richter dem Arbeitgeber zudem auch noch vor, dass er keine nähere Feststellungen darüber getroffen hatte, ob die vermissten Sendungen tatsächlich im Verteilerzentrum abhanden gekommen sind und dass er von alternativen Aufklärungs- und Abwehrmöglichkeiten keinen Gebrauch gemacht hatte (BAG, Urteil vom 29.06.2004, Az.: 1 ABR 21/03).

### 3. Fazit

Eine dauerhafte und verdachtsunabhängige Videoüberwachung wird von der Rechtsprechung als unverhältnismäßiger Eingriff in die Persönlichkeitsrechte von Arbeitnehmern abgelehnt. Bei der Frage nach der Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen kommt es demnach entscheidend darauf an, ob diese allein zur Abwehr einer konkret bestehenden Gefahr für den Arbeitgeber erfolgt und aus einer Art „Notlage“ heraus ergriffen wird, weil andere Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen.

Wird eine Videoüberwachung dagegen aus den Gründen der „Bespitzelung“ von Mitarbeitern bzw. zur Leistungskontrolle eingesetzt, ist sie nach gegenwärtiger Rechtslage unzulässig. Etwaige betroffene Mitarbeiter können sich einer solchen unzulässigen Maßnahme über einen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch erwehren. Unter Umständen kann für einen betroffenen Arbeitnehmer sogar ein Anspruch auf Zahlung eines Schadensersatzes oder eines Schmerzensgeldes in Betracht kommen.

### Haftungsausschluss

Dieser Newsletter fasst die wichtigsten gesetzgeberischen und gerichtlichen Entwicklungen des Arbeitsrechts aus dem zweiten Quartal des Jahres 2008 zusammen. Obwohl die darin enthaltenen Informationen sorgfältig recherchiert sind, wird für die Vollständigkeit und die Richtigkeit der in diesem Newsletter enthaltenen Informationen keine Haftung übernommen. Die Entwicklungen des Arbeitsrechts werden zudem nur auszugsweise und in gekürzter Form dargestellt. Der Newsletter beinhaltet daher keinen Rechtsrat und kann eine Beratung im Einzelfall auch nicht ersetzen.

Weitere Informationen zur Rechtsanwaltskanzlei Dr. Christian Salzbrunn erhalten Sie im Internet über die Homepage <http://www.ra-salzbrunn.de>.

Rechtsanwaltskanzlei  
Dr. Christian Salzbrunn  
Alt-Pempelfort 3  
40211 Düsseldorf  
Tel.: 0211 / 1752089-0  
Fax: 0211 / 1752089-9  
[info@ra-salzbrunn.de](mailto:info@ra-salzbrunn.de)