10. Jahrgang • Ausgabe 11/2021

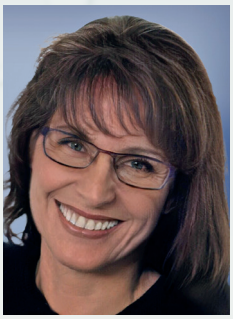
RECHTSWISSEN BetriebsRat

AKTUELL: Abfrage des Impfstatus erlaubt?

Betriebsverfassungsgesetz | Mitbestimmungsrechte | Arbeitssicherheit | Gesundheitsschutz | Datenschutz-Praxis

Beweise bitte!

Liebe Betriebsratsvorsitzende, lieber Betriebsratsvorsitzender,



stellen Sie sich vor, eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer vergisst einmal durch Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit, das betriebliche Zeiterfassungssystem zu betätigen. Ihr Arbeitgeber will sofort kündigen. Geht das?

Klare Antwort: Sagen Sie Nein in der Anhörung! Ihr Arbeitgeber muss ganz klare Indizien dafür vorlegen können, dass es sich hierbei wirklich um betrügerische Absicht handelt (bewusste Manipulation der Zeiterfassung gilt als Betrug). Das ist dann der Fall, wenn eine Kollegin oder ein Kollege heimlich Arbeitszeiten erfasst, die Zeiterfassung manipuliert oder sich durch Kolleginnen oder Kollegen ein- und ausstempeln lässt.

Fehlen solche Indizien, ist allenfalls eine Abmahnung denkbar. Das hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Rheinland-Pfalz in seinem jetzt veröffentlichten Urteil vom 3.8.2021 (Az: 8 Sa 361/20) noch einmal ganz klargestellt. Und das ist auch gut so. Fragen Sie also ruhig auch bei der oder dem Betroffenen nach. Die Wahrheit sieht oft anders aus, als Arbeitgeber denken.

Mit herzlichen Grüßen

Andrea Einziger
Chefredakteurin

Aktuelles BAG-Urteil

Wann eine unterschiedliche Überstundenregelung bei Teilzeitbeschäftigten keine Diskriminierung darstellt

„Teilzeitarbeit". Für den Volksmund bedeutet sie, dass jemand mit reduzierter Arbeitszeit tätig ist und dafür dann natürlich auch ein entsprechend kleineres Gehalt erhält. Doch tatsächlich sind damit sehr viel mehr Fragen verbunden. Eine davon betrifft die Zahlung von Zulagen. Gerade hier entsteht immer wieder Streit, ob Teilzeitbeschäftigte wie Vollzeitbeschäftigte zu behandeln sind. Und solche Streitfragen landen schließlich bei Ihnen als Betriebsrat. Das macht das Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 15.10.2021 so wichtig (Az: 6 AZR 253/19).

In dem jetzt entschiedenen Fall war eine Arbeitnehmerin seit 1999 bei ihrem Arbeitgeber tätig. Sie arbeitete in Teilzeit. Ihre wöchentliche Arbeitszeit betrug 32 Stunden. Sie leistete Wechselschichten nach dem für den jeweiligen Monat geltenden Dienstplan. Auf ihr Arbeitsverhältnis fand über den Haustarifvertrag der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst Anwendung. Das war der Streitauslöser!

Dieser Tarifvertrag sieht nämlich vor, dass Überstundenzuschläge bei geplanter Mehrarbeit erst dann zu zahlen sind, wenn die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten überschritten wird. Genauso handelte der Arbeitgeber auch:

Er zahlte für geplante Arbeitsstunden nach dem Dienstplan über die vereinbarte Teilzeittätigkeit hinaus, lediglich das tarifliche Tabellenentgelt. Die Arbeitnehmerin war damit aber nicht einverstanden. Ihrer Meinung nach hätte sie Anspruch auf Überstundenzuschläge. Es könne doch nicht darauf ankommen, dass die wöchentliche Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten überschritten werde. Eine solche Regelung würde zwangsläufig die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten bedeuten.

Lesen Sie in dieser Ausgabe

Aktuelles BAG-Urteil – Wann eine unterschiedliche Überstundenregelung bei Teilzeitbeschäftigten keine Diskriminierung darstellt . . . 1
Aktuelles ArbG-Urteil – Befristungsabreden: Elektronisch geht. Aber es kommt auf ein bestimmtes Detail an! . . . 2
Kurz und kompakt – Für alle Beschäftigten, die sie noch nicht bekommen haben. Steuer- und abgabenfreie Corona-Prämie bis 31.3.2022 möglich . . . 3
Aktuelles ArbG-Urteil – Mutterschutzlohn: So wird er bei Beschäftigten mit stark schwankendem Lohn berechnet . . . 3
Aktuelles BAG-Urteil – Mehrarbeit ist für Schwerbehinderte tabu – Rufbereitschaft nicht . . 3
Im Brennpunkt – Arbeit auf Abruf: Eine 50-%-Regelung ist unwirksam . . . 4
Aktuelles LAG-Urteil – Rückkehr von der Elternzeit: 5 wichtige Punkte, die in der Praxis oft vergessen werden . . . 5
Corona aktuell – Darf der Arbeitgeber im Fall von Lohnersatzzahlungen bei Quarantäne den Impfstatus der Beschäftigten erfragen? . . . 6
Datenschutz aktuell – Wenn ein Mitarbeiter sich Bewerberdaten besorgt und die Bewerber per WhatsApp kontaktiert . . . 7

So hat das BAG entschieden

Das BAG entschied in diesem Fall gegen die Arbeitnehmerin. Es konnte in der tariflichen Regelung keine Diskriminierung erkennen. Und begründete die Entscheidung folgendermaßen:

Die Vergütung von Überstunden wird im Tarifvertrag bei Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten völlig unterschiedlich geregelt. Damit ist eine Vergleichbarkeit hier nicht gegeben. Zwar haben die Tarifvertragsparteien ihren Gestaltungsspielraum weit ausgenutzt, aber nicht überschritten. Und diesem Tarifvertrag nach erhalte die Arbeitnehmerin daher auch für die geplanten Arbeitsstunden bei Überschreiten der vorgesehenen Teilzeittätigkeit zu Recht keinen Überstundenzuschlag.

Das ist aus Ihrer Betriebsratssicht wichtig

Mit diesem Urteil stellt das BAG sehr deutlich klar, dass beim Vergleich Vollzeit- zu Teilzeitkräften nicht jede unterschiedliche Behandlung verboten ist. Zwar darf nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer oder eine teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin aufgrund der Teilzeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer bzw. eine vergleichbar vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin. Daher erhalten natürlich auch Teilzeitbeschäftigte z. B. Entgeltfortzahlung oder betriebliche Sozialleistungen wie etwa einen Fahrtkostenzuschuss. Doch der Teufel steckt, wie so oft, im Detail:

So ist die zeitanteilige Kürzung insbesondere von Ruhegehalt, bezahltem Jahresurlaub, Kinderzulage, Urlaubsgeld oder Weihnachtsgeld zulässig. Und sie ist auch dann zulässig, wenn es sachliche Gründe hierfür gibt. Diese müssen dann allerdings deutlich machen, dass die Ungleichbehandlung sich gerade aus der verringerten Anzahl an geleisteten Stunden ergibt.

Beispiel

Schichtzulagen stellen einen Ausgleich für die Sonderform der geleisteten Arbeit dar.

Folge: Werden im Monat weniger Stunden geleistet, ist es zulässig, hierfür einen geringeren Ausgleich zu zahlen.

Andererseits kann eine Ungleichbehandlung aber aus folgenden Gründen gerechtfertigt sein

- unterschiedliche Berufserfahrung bei vergleichbaren Teil- und Vollzeitbeschäftigten,
- unterschiedliche Arbeitsplatzanforderungen bei Teil- und Vollzeitbeschäftigten.

Aktuelles ArbG-Urteil

Befristungsabreden: Elektronisch geht. Aber es kommt auf ein bestimmtes Detail an!

Inzwischen ist es in vielen Bereichen des Lebens ganz normal geworden, Vereinbarungen auf elektronischem Wege zu schließen. Doch wenn es um die Befristungsabrede bei befristeten Arbeitsverträgen geht, sind dem deutliche Grenzen gesetzt. Das zeigt ein neues Urteil des Arbeitsgerichts (ArbG) Berlin vom 28.9.2021, Az: 36 Ca 15296/20.

Im entschiedenen Fall war ein Arbeitnehmer auf Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrags bei seinem Arbeitgeber beschäftigt. Der Vertrag wurde aber nicht durch eigenhändige Namensunterschrift abgeschlossen, sondern unter Verwendung einer elektronischen Signatur. Nachdem seine Befristung abgelaufen war, erhob der Arbeitnehmer Entfristungsklage – und gewann!

Die Entscheidung

- Eine (einfache) elektronische Signatur genügt nicht dem gesetzlichen Schriftformerfordernis für Befristungsabreden.
- Es muss sich dann schon um eine qualifizierte elektronische Signatur handeln. Da das hier nicht der Fall war, war die Befristung unwirksam.

Das ist wichtig: Nach § 14 Abs. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Diese Schriftform kann durch die elektronische Form ersetzt werden (§ 126 Abs. 1 und Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Die elektronische Form des Vertrags setzt voraus, dass beide Seiten

- jeweils ihren Namen hinzufügen und
- den Vertrag mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen (§ 126a BGB).

Eine qualifizierte elektronische Signatur setzt voraus, dass das genutzte Signatursystem nach EU-Vorgaben zertifiziert ist (Art. 3 der Verordnung (EU) vom 23.7.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt). In Deutschland ist für diese Zertifizierung gemäß § 17 Vertrauensdienstgesetz (VDG) die Bundesnetzagentur zuständig.

Fazit

Ihr Arbeitgeber verwendet elektronische Signaturen auf Verträgen? Möglicherweise ist das ein Einfallstor, um befristet Beschäftigten den Arbeitsplatz dauerhaft zu sichern!

Kurz und kompakt

Für alle Beschäftigten, die sie noch nicht bekommen haben. Steuer- und abgabenfreie Corona-Prämie bis 31.3.2022 möglich

1.500 Euro. So viel kann Ihr Arbeitgeber allen Beschäftigten steuer- und beitragsfrei als Corona-Prämie zahlen. Die Regelung gibt es seit 2020. Die Prämie ist einmal pro Beschäftigtem möglich. Jetzt wurde sie verlängert.

Versteckt ist die Verlängerung im „Gesetz zur Modernisierung der Entlastung von Abzugssteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer".

Der Betrag von 1.500 Euro kann damit noch an alle Beschäftigten gezahlt werden, die sie bislang noch nicht erhalten haben. Voraussetzung: Die Zahlung erfolgt zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn.

Aktuelles ArbG-Urteil

Mutterschutzlohn: So wird er bei Beschäftigten mit stark schwankendem Lohn berechnet

Mit dem Mutterschutzlohn soll sichergestellt werden, dass Frauen, die in den Mutterschutz gehen, keinen Verdienstausfall haben. Maßgeblich für die Höhe der Zahlung ist das durchschnittliche Entgelt der letzten drei Monate. Das Arbeitsgericht (ArbG) Köln hat nun über eine wichtige Ausnahme entschieden (Urteil vom 8.9.2021, Az: 4 Sa 5421).

Bei Müttern, bei denen das Arbeitsentgelt sehr stark schwankt (zum Beispiel wegen Arbeit auf Abruf oder aufgrund der Zahlung von beschäftigungsabhängigen Zulagen), muss dieser Referenzzeitraum auf zwölf Monate ausgeweitet werden. Nur so kann die Basis für die weiteren Zahlungen ermittelt werden. Dass dann auch die beschäftigungsabhängigen Zulagen berücksichtigt werden müssen, versteht sich von selbst.

Ihr Arbeitgeber ist in der Pflicht

Greift bei Schwangeren ein gesetzliches Beschäftigungsverbot, bleibt Ihr Arbeitgeber zur Zahlung des vereinbarten Lohns, des Mutterschutzlohns, verpflichtet. Für dessen Berechnung ist das durchschnittliche Arbeitsentgelt in den letzten drei abgerechneten Kalendermonaten vor dem Eintritt der Schwangerschaft maßgeblich.

Bei unregelmäßig gezahlten Entgeltbestandteilen oder Saisonarbeit ist eine Verlängerung des Referenzzeitraums erforderlich, damit die Arbeitnehmerin am Ende nicht zu wenig Geld erhält.

Meine Empfehlung

Wenn sich eine Kollegin hilfesuchend an Sie als Betriebsrat wendet, prüfen Sie folgerichtig, ob Ihr Arbeitgeber nicht einen zu kurzen Referenzzeitraum zu Grunde gelegt hat.

Prüfen Sie aber auch, ob wirklich alle zum Mutterschutzlohn gehörenden Lohnbestandteile berücksichtigt wurden:

Bei der Berechnung des Mutterschutzlohns muss Ihr Arbeitgeber sämtliche laufenden Bezüge der Arbeitnehmerin berücksichtigen. Dazu gehören insbesondere:

- Grundvergütung,
- Zulagen (unabhängig davon, ob es sich um Leistungs-, Sozial- oder Erschwerniszulagen handelt),
- Vergütung für
  - Mehr-,
  - Nacht-,
  - Sonn- und Feiertagsarbeit,
- Provisionen, die im jeweiligen Bezugszeitraum fällig geworden sind,
- Urlaubsentgelt.

Aktuelles BAG-Urteil

Mehrarbeit ist für Schwerbehinderte tabu – Rufbereitschaft nicht

Mehrarbeit verboten, Bereitschaftszeiten erlaubt. So lässt sich das Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 27.7.2021, Az: 9 AZR 448/20 für Ihre schwerbehinderten Kolleginnen und Kollegen zusammenfassen. Konkret:

Mehrarbeit ist jede über die gesetzliche regelmäßige Arbeitszeit des § 3 Satz 1 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) hinausgehende Arbeitszeit. Diese beläuft sich auf werktäglich acht Stunden. In Summe sind das 48 Stunden pro Woche, da das ArbZG von sechs Werktagen ausgeht.

Heißt im Klartext: Wird die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden oder die Verteilung der Arbeitszeit auf sechs Tage in der Woche überschritten, liegt Mehrarbeit i. S. v. § 207 Neuntes Sozialgesetzbuch (SGB IX) vor. Diese ist verboten.

Umgekehrt gilt: Auch ein schwerbehinderter Mensch ist grundsätzlich zur Leistung von Bereitschaftszeiten in der Sechstagewoche verpflichtet, soweit damit keine Mehrarbeit verbunden ist. Der 48-Stunden-Zeitraum darf also nicht überschritten werden. Der Rest ist okay.

Im Brennpunkt

Arbeit auf Abruf: Eine 50-%-Regelung ist unwirksam

Dass Arbeitgeber ihre Beschäftigten möglichst flexibel einsetzen wollen, ist die eine Sache. Dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Möglichkeit haben müssen, ihre Arbeits- und Freizeit planen zu können, ist die andere. Umso wichtiger ist das aktuelle Urteil des Arbeitsgerichts (ArbG) Köln vom 25.8.2021, Az: 18 Ca 6855/20.

Im entschiedenen Fall musste ein Arbeitnehmer laut Arbeitsvertrag durchschnittlich rund 140 Stunden pro Monat leisten. Der Arbeitgeber behielt sich aber vor, insgesamt rund 50 % dieser Arbeitszeit bei Bedarf abrufen zu können. Hiergegen klagte der Arbeitnehmer und bekam Recht:

Nach Meinung des ArbG Köln ist eine solche Regelung unwirksam, da diese Betroffene unangemessen benachteiligt, weil eine Zeitspanne von insgesamt 50 % das Interesse des Arbeitnehmers an einer festen Regelung der Arbeitsdauer zu wenig berücksichtigt.

In der Folge heißt das: Der Arbeitgeber muss 140 Stunden pro Monat zahlen, egal ob er die Arbeit abgerufen hat oder nicht.

Das ist aus Ihrer Sicht als Betriebsrat wichtig

Mit einer Vereinbarung von Arbeit auf Abruf will Ihr Arbeitgeber den Umfang der Arbeitszeit flexibel gestalten. Das bedeutet, dass Betroffene ihre Arbeitsleistungen erst auf Anforderung Ihres Arbeitgebers entsprechend dem Arbeitsanfall erbringen müssen.

Damit eine solche Vereinbarung wirksam ist, muss Ihr Arbeitgeber aber eine Mindestarbeitszeit festlegen, für die er Ihre Kollegin oder Ihren Kollegen in jedem Fall entlohnt. Darüber hinaus braucht Ihr Arbeitgeber den Lohn aber nur zu bezahlen, wenn er Ihre Kollegin oder Ihren Kollegen auch tatsächlich beschäftigt. Die Crux aber ist:

Die abrufbare Arbeitszeit darf nur maximal einen Anteil von 25 % der Mindestarbeitszeit ausmachen. Andernfalls ist eine solche Vereinbarung über Abrufarbeit unwirksam.

Das bedeutet: Die Arbeitsgerichte unterstellen die Arbeitszeit als vereinbart, die Ihre Kollegin oder Ihr Kollege in der Vergangenheit durchschnittlich gearbeitet hat.

Auch das ist wichtig: Schauen Sie bei Ihren Kolleginnen und Ihren Kollegen genau hin, die nur Teilzeit tätig sind. Denn die eben genannten Grundsätze gelten auch, wenn Ihr Arbeitgeber mit einer oder einem Teilzeitbeschäftigten zwar nicht ausdrücklich Abrufarbeit vereinbart hat, der oder dem Betroffenen gegenüber aber dauerhaft und in erheblichem Umfang Überstunden anordnet.

Wie Sie mitbestimmen

Die Arbeit auf Abruf ist sicherlich eines der flexibelsten Modelle der Arbeitszeitverteilung. Sie gilt als ein Sonderfall der Teilzeitarbeit. Deshalb ist sie ausdrücklich im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelt. Hier nämlich in § 12.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG-Beschluss vom 28.9.1988, Az: 1 ABR 41/876) vertritt die Ansicht, dass Sie als Betriebsrat immer dann eine Mitbestimmung bei der Arbeit auf Abruf haben, wenn

- … Ihr Arbeitgeber entscheiden will, ob Teilzeitkräfte zu festen Zeiten oder aber nach Bedarf beschäftigt werden sollen (gleich Einführung und oder Abschaffung von Arbeit auf Abruf);
- … es um die konkrete Ausgestaltung der Arbeit auf Abruf – das heißt um die maximale und minimale Heranziehung von Abrufarbeitnehmern und Abrufarbeitnehmerinnen pro Tag – geht.

Nach diesem Urteil bestimmen Sie aber nicht mit, wenn es um die einzelnen Arbeitsabrufe geht.

Auch diese 3 wichtigen Regelungen zur Arbeit auf Abruf müssen Sie kennen

- Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit im Arbeitsvertrag nicht vertraglich festgelegt ist, gilt eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart.
- Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit im Arbeitsvertrag nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung der Kolleginnen oder Kollegen täglich jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden abzurufen.
- Außerdem sind Betroffene nur dann zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihnen die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt, d. h. es gilt eine gesetzliche Ankündigungsfrist von vier Tagen.

Impressum

Herausgeber: ultimo! Verlagsgesellschaft mbH, Maarstr. 213, 53227 Bonn, E-Mail: redaktion@ultimo-verlag.de
Verantwortlich für den Inhalt: Frank Fischer

Alle Angaben wurden sorgfältig recherchiert und überprüft, für die Richtigkeit kann jedoch keine Gewähr übernommen werden. Der Inhalt ist vertraulich und nur für den Empfänger bestimmt. Vervielfältigungen jeder Art nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verlags.

Im Interesse der Lesbarkeit verzichten wir in unseren Beiträgen meist auf geschlechtsbezogene Formulierungen. Selbstverständlich sind immer Frauen und Männer gemeint, auch wenn explizit nur eines der Geschlechter angesprochen wird.

© 2021 by ultimo! Verlagsgesellschaft mbH, Bonn.
Alle Rechte vorbehalten. 10. Jahrgang

Leserservice/Abonnentenbetreuung: DataM-Services GmbH, Franz-Horn-Straße 2, 97082 Würzburg, Tel.: 0931/4170-429, Fax: 0931/4170-497,
E-Mail: info@ultimo-verlag.de *Rechtswissen BetriebsRat* erscheint 18 x pro Jahr. ZKZ 82651

Aktuelles LAG-Urteil

Rückkehr von der Elternzeit: 5 wichtige Punkte, die in der Praxis oft vergessen werden

Die Elternzeit von Beschäftigten kann sehr abrupt enden. Nämlich auch im Fall einer Trennung. Wenn also ein Elternteil den gemeinsamen Haushalt verlässt und die Kinder nicht mehr bei ihm oder ihr wohnen. Damit sind die Voraussetzungen nach § 15 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) nicht mehr erfüllt (Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.9.2021, Az: 12 Sa 23/21).

Was passiert am Ende der Elternzeit?

Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis (sofern Ihre Kollegin oder Ihr Kollege nicht Elternteilzeit in Anspruch nimmt).

Nach der Elternzeit lebt das Arbeitsverhältnis wieder auf. Ihre Kollegin oder Ihr Kollege ist verpflichtet, in den Betrieb zurückzukehren – Ihr Arbeitgeber muss sie oder ihn im Gegenzug weiterbeschäftigen.

Zurück an den alten Arbeitsplatz?

Einen Anspruch auf die Rückkehr auf den alten Arbeitsplatz gibt es nicht. Im Rahmen seines Direktionsrechts kann Ihr Arbeitgeber Betroffenen einen anderen Arbeitsplatz kraft Direktionsrecht zuweisen. Dieser muss aber gleichwertig sein, insbesondere müssen

- Arbeitsentgelt,
- Arbeitszeit und
- Arbeitsort

im Wesentlichen der Tätigkeit entsprechen, die vor der Inanspruchnahme der Elternzeit ausgeübt worden ist.

Kernbereich der Tätigkeit muss gewahrt bleiben

Trotz seines Direktionsrechts darf Ihr Arbeitgeber bei aus der Elternzeit Zurückkehrenden nicht in den Kernbereich der ausgeübten Tätigkeit eingreifen. Er darf Betroffene auch keine niedriger zu bewertende Tätigkeit im Zuge des Direktionsrechts zuweisen, selbst wenn er die höhere Vergütung, die der bisherigen Tätigkeit entspricht, weiterzahlen würden (Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 19.5.2010, Az: 5 AZR 162/09).

Als Betriebsrat bestimmen Sie mit

Eine Elternzeit kann bis zu drei Jahre oder sogar länger dauern. In dieser Zeit können sich die Dinge im Betrieb Ihres Arbeitgebers drastisch ändern. Der Arbeitsplatz des Elternzeit-Rückkehrers ist weggefallen oder Ihr Arbeitgeber muss die Aufgaben dieses Mitarbeiters oder dieser Mitarbeiterin grundlegend ändern. Je nach Fallgestaltung sind Ihre Mitbestimmungsrechte unterschiedlich ausgeprägt.

Folgende Fallkonstellationen sind denkbar

1. Die Kollegin oder der Kollege kann auf ihrem bzw. seinem alten Arbeitsplatz eingesetzt werden. In diesem Fall muss Ihr Arbeitgeber Sie lediglich darüber informieren, ab wann die Kollegin oder der Kollege wieder arbeitet, und dass sie oder er die ursprünglichen Aufgaben unverändert fortsetzt.
2. Ist der Arbeitsplatz der oder des Betroffenen während der Elternzeit weggefallen und Ihr Arbeitgeber will ihr oder ihm eine anderweitige, zumutbare Weiterbeschäftigung im Betrieb anbieten, ist in jedem Fall Ihre Anhörung wegen einer Versetzung nach § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) erforderlich. Eine einseitige Umsetzung ist unzulässig.
3. Muss (oder will) Ihr Arbeitgeber den Kernbereich der Tätigkeit des Elternzeit-Rückkehrers oder der -Rückkehrerin verändern, wird er zunächst versuchen, mit der oder dem Betroffenen eine friedliche Einigung herbeizuführen. Kommt eine Einigung nicht zustande, bleibt Ihrem Arbeitgeber nur eine Änderungskündigung. Für die aber braucht er stichhaltige Gründe – und er muss Sie, wie bei jeder Kündigung, beteiligen (§ 102 BetrVG).
4. Findet Ihr Arbeitgeber (angeblich) für die Mitarbeiterin oder den Mitarbeiter keine Alternativbeschäftigung, wird er zur betriebsbedingten Kündigung greifen. Hier spielt dann die ordnungsgemäße Sozialauswahl die alles entscheidende Rolle.

Wenn eine Kollegin oder ein Kollege nach der Elternzeit nur noch in Teilzeit arbeiten möchte

Wer nach der Elternzeit nur noch in Teilzeit beschäftigt werden will, muss dies drei Monate vor Ablauf der Elternzeit schriftlich beantragen. Den Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit kann Ihr Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen ablehnen. Hierfür reichen einfache betriebliche Gründe (§ 8 Abs. 4 Satz 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)).

In dem Fall sind dann auch Sie als Betriebsrat ganz besonders gefragt. Möglicherweise können Sie vermitteln und Modelle vorschlagen, nach denen Teilzeitarbeit für die junge Mutter oder den jungen Vater doch möglich ist. Ihr Argument:

Familienfreundlichkeit ist inzwischen ein wichtiger Aspekt bei der Bewerberinnen- und Bewerbersuche. Kann es sich Ihr Arbeitgeber wirklich leisten, mit negativen Bewertungen bei Kununu und Co. zu erscheinen? Das sollte er sich in Zeiten, in denen der nächste Arbeitsplatz meist nur eine Bewerbung weit weg ist, gut überlegen. Ein deutlicher Hinweis auf diese drohende Gefahr kann sicherlich nicht schaden. ■

Corona aktuell

Darf der Arbeitgeber im Fall von Lohnersatzzahlungen bei Quarantäne den Impfstatus der Beschäftigten erfragen?

Mit der Neuregelung für Lohnersatzzahlungen im Falle einer Quarantäne taucht auch wieder die Frage auf, ob der Arbeitgeber jetzt berechtigt ist, den Impfstatus der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter abzufragen und festzuhalten.

In allen Bundesländern gilt seit dem 1.11.2021, dass für Ungeimpfte, die in Quarantäne keinen Lohnanspruch haben (was nur in Ausnahmefällen der Fall sein dürfte), keine Ersatzzahlung mehr geleistet wird.

Das bedeutet im Umkehrschluss, dass der Arbeitgeber im Falle eines Anspruchs klären soll, ob die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter geimpft ist oder nicht. Der Staat lagert damit seine Aufgabe an den Arbeitgeber aus.

So unterschiedlich argumentieren die Datenschützer

Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Herr Dr. Stefan Brink, sieht genau in diesem Umstand die Legitimation für den Arbeitgeber. Dieser erhebt die Daten stellvertretend für den Gesetzgeber und auf einer gesetzlichen Basis (das aktualisierte Infektionsschutzgesetz) – er ist damit berechtigt, den Impfstatus zu erfragen. Also alles klar?

Wie heißt es so schön: Zwei Datenschutzexperten – drei Meinungen. Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht (dessen Einschätzung Sie auf der Website der Behörde herunterladen können unter www.lda.bayern.de/de/thema_impfstatus.html) ist dagegen weiter der Meinung, dass auch Lohnersatzzahlungen *„regelmäßig keine Datenverarbeitung begründen können, die den Arbeitgeber zur allgemeinen Erhebung des Impfstatus berechtigten“.*

Was bedeutet das für Ihre Arbeit als Betriebsrat?

Wie bereits geschrieben wird eine Lohnersatzzahlung im Fall einer Quarantäne nur in Ausnahmefällen anfallen. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer dürfen beispielsweise nicht erkrankt sein und es kann auch nicht die Möglichkeit bestehen, aus dem Homeoffice zu arbeiten.

Sollte definitiv klar sein, dass eine Lohnersatzzahlung vorliegt, muss allerdings geklärt werden, ob die betreffende Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer geimpft ist oder nicht.

Als Betriebsrätin oder Betriebsrat kommen Sie ins Spiel, wenn sich jemand an Sie wendet, weil er dem Arbeitgeber diese Information nicht geben will. Was ist jetzt zu tun?

Ich neige in dieser Fragestellung sehr stark zur Meinung der Behörde aus Baden-Württemberg, dass hier ein Gesetz vorliegt, das den Arbeitgeber nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, diese Information einzuholen. Eine freiwillige Angabe halte ich ebenfalls für möglich. Doch auch hier sind die bayerischen Datenschützer anderer Meinung: *„Auch auf der Basis einer Einwilligung kommt eine Abfrage des Impfstatus grundsätzlich nicht in Betracht“.*

Sollte sich aber eine Kollegin oder ein Kollege weigern, anzugeben, ob sie oder er geimpft ist oder nicht, können Sie aus meiner Sicht nur empfehlen, diese Angabe zu machen.

Den Arbeitgeber allerdings können Sie darauf hinweisen, dass er den Impfstatus zwar kontrollieren – aber womöglich gar nicht festhalten darf. Auch nicht auf der Basis des Infektionsschutzgesetzes. Zumindest ist das die Position aus Bayern (siehe Stellungnahme der bayerischen Behörde).

Ein kurzes Zwischenfazit zur aktuellen Entwicklung der Verarbeitung von Impfdaten der Beschäftigten

Aktuell ist es immer noch so, dass es keine gesetzliche Vorgabe gibt, sich impfen zu lassen. Auch wenn ein Impfgesetz immer wieder von unterschiedlichen Seiten gefordert wird. Und weiterhin gilt damit, dass der Arbeitgeber nur in sehr speziellen Fällen berechtigt ist, den Impfstatus seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu dokumentieren.

Selbst eine freiwillige Angabe (Einwilligung) wird von den Aufsichtsbehörden kritisch gesehen, da der Arbeitgeber nun einmal meist am längeren Hebel sitzt. Bei aller Bereitschaft, an einem Strang zu ziehen, die Beschäftigten des Betriebs optimal zu schützen und die Pandemie einzudämmen, sollten Sie sich immer vor Augen führen, dass Sie als Betriebsrätin oder Betriebsrat nicht jeder Erhebung sensibler Daten im Beschäftigungsverhältnis ohne kritische Prüfung zustimmen sollten!

Selbst wenn keine Mitbestimmung vorliegen sollte, empfehle ich Ihnen, zu hinterfragen, wie lange die erhobenen Daten zum Impfstatus gespeichert werden und wer darauf Zugriff hat.

Prüfen Sie auch, ob nicht eine reine Kontrolle des aktuellen Impfstatus (im Gegensatz zum Festhalten dieser Information) ausreicht.

Praxis-Tipp

Holen Sie dazu, wenn nötig, auch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten an Bord und machen Sie sie oder ihn zu Ihrem Verbündeten.

Aus dem aktuellen Tätigkeitsbericht der Datenschutz-Aufsichtsbehörde Nordrhein-Westfalen

Wenn ein Mitarbeiter sich Bewerberdaten besorgt und die Bewerber per WhatsApp kontaktiert

Vor Kurzem hat die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen (NRW) ihren Tätigkeitsbericht für das Jahr 2020 vorgelegt (Sie können diesen auf der Website der Behörde www.ldi.nrw.de herunterladen oder als Broschüre anfordern). Die Aufsichtsbehörde schildert dort unter anderem ihr Eingreifen in Fällen, in denen Beschäftigte aus privaten Gründen auf Daten in ihrem beruflichen Umfeld zugegriffen und versucht haben, mit diesen Daten Kontakte anzubahnen.

Berichtet haben wir in der Vergangenheit bereits über männliche Polizeibeamte, die sich mit ihren dienstlichen Möglichkeiten die Daten von Frauen beschafften, um diese dann privat zu kontaktieren. Im Tätigkeitsbericht der Landesaufsichtsbehörde NRW werden ähnliche Fälle geschildert.

In einem Fall wurde ein Patient nach einem Krankenhausbesuch von einer Person aus dem behandelnden Ärzteteam auf Facebook kontaktiert. In einem anderen Fall hinterließ ein Bewerber nach einem Vorstellungsgespräch die private Handynummer. Eingestellt wurde sie oder er zwar nicht, dafür kamen aber WhatsApp-Nachrichten von einem Mitarbeiter des Betriebes – offenbar mit Zugriff auf die Bewerberdaten.

Auch wenn die Aufsichtsbehörde diese Fälle sehr neutral schildert, liegt doch der Verdacht nahe, dass Patient und Bewerber Patientin und Bewerberin waren und von männlichen Beschäftigten kontaktiert wurden. Das spielt aber natürlich für die Beurteilung der Übergriffe keine Rolle.

Was sind die Konsequenzen, wenn personenbezogene Daten aus dem beruflichen Umfeld für private Zwecke missbraucht werden?

In beiden geschilderten Fällen hat die Aufsichtsbehörde NRW eine Verwarnung ausgesprochen. Und zwar nicht gegen den Arbeitgeber als verantwortliche Stelle, sondern jeweils gegen die Beschäftigten, die im Rahmen ihrer privaten Interessen auf die Daten von Patienten beziehungsweise Bewerbern zugegriffen haben. Zwar findet die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) keine Anwendung im persönlich-familiären Bereich – doch davon kann hier auch keine Rede sein. Denn die Daten waren den Verwarnten nur im beruflichen Umfeld zugänglich.

Zusätzlich zu den Verwarnungen durch die Aufsichtsbehörde kommen natürliche mögliche Sanktionen durch den Arbeitgeber. Mitarbeiter, die Zugriffsmöglichkeiten auf personenbezogene Daten haben, müssen auf Vertraulichkeit nach DS-GVO verpflichtet werden (Art. 5, Abs. 1, f) und Art. 32, Abs. 1, b) DS-GVO).

Hier könnte es beispielsweise heißen: *„Daher ist es dem Arbeitnehmer nur gestattet, personenbezogene Daten in dem Umfang und in der Weise zu verarbeiten, wie es zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben erforderlich ist.“* Ganz sicher war das in den beiden geschilderten Fällen nicht der Fall. Eine weitere typische Formulierung aus einer Verpflichtung auf Vertraulichkeit: *„Ein Verstoß gegen die Vertraulichkeits- und Datenschutzvorschriften stellt einen Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten dar, der entsprechend geahndet werden kann.“*

Praxis-Tipp: Was bedeutet die Verpflichtung zur Vertraulichkeit für Beschäftigte, die mit personenbezogenen Daten arbeiten?

In meinen Datenschutzschulungen in Betrieben erlebe ich es regelmäßig, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sich an die unterschriebene Verpflichtung zur Vertraulichkeit personenbezogener Daten gar nicht richtig erinnern können. Geschweige denn, dass sie wissen, was das für sie und ihre Arbeit bedeutet. Die Verpflichtung der Beschäftigten ergibt sich aus den genannten Artikeln der DS-GVO.

Sie ist in meinen Augen unumgänglich – jede Mitarbeiterin und jeder Mitarbeiter eines Betriebes, deren Tätigkeit und Zugang zu oder Zugriff auf personenbezogene Daten beinhaltet, muss – am besten zusammen mit dem Arbeitsvertrag – auf diese Vertraulichkeit personenbezogener Daten verpflichtet werden.

Beispiel: Für einen Mitarbeiter im Bereich Personal wird das immer zwingend der Fall sein. Auch ein Fahrer, der Ware an Kunden liefert, arbeitet mit personenbezogenen Daten. Jemand, der in einer Werkhalle eine Maschine bedient, muss natürlich nicht speziell zur Vertraulichkeit verpflichtet werden.

Grundsätzlich bedeutet diese Verpflichtung zur Vertraulichkeit, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in ihrem jeweiligen Arbeitsbereich für einen angemessenen Datenschutz sorgen und ihren Teil dazu beitragen, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird.

Mein Tipp für Sie und Ihre Betriebsratsarbeit

Setzen Sie sich dafür ein, dass in praktisch orientierten Datenschutzschulungen klar vermittelt wird, was die gesetzlichen Anforderungen sind und was das in der betrieblichen Praxis für die Kolleginnen und Kollegen bedeutet.

Vielleicht lesen Sie auch noch einmal Ihre eigene Verpflichtungserklärung durch oder lassen sich ein Muster von der Personalabteilung geben?!

Wie lösen wir das Dilemma mit der Interessenabwägung?

Frage: *„In der Kündigungsanhörung, speziell bei fristlosen, außerordentlichen Kündigungen, haben wir es immer wieder mit der Frage zu tun, ob der Arbeitgeber eine wirklich korrekte Interessenabwägung vorgenommen hat. Schließlich darf diese ja wirklich nur das letzte Mittel sein. Gibt es eine Art Checkliste mir Prüfpunkten, anhand derer wir sicherer entscheiden können?“*

Ihre Frage bitte:
redaktion@ultimo-verlag.de

Andrea Einziger:

Eine solche Checkliste kann ich Ihnen gern an die Hand geben. Wenn Sie diese Fragen so objektiv wie möglich beantworten, haben Sie am Ende ein klares Bild, ob tatsächlich eine fristlose außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist. Es müssen, unter Abwägung aller Gesichtspunkte, die Interessen des Arbeitgebers an der Weiterbeschäftigung überwiegen.

Frage	Ihre Antwort
Wie schwer wiegt die Pflichtverletzung?	
Wie stark wäre, wenn Sie der Arbeitgeber wären, Ihr Vertrauen in die Redlichkeit der Kollegin oder des Kollegen verletzt?	
Kann man der oder dem Beschäftigten zugutehalten, dass er oder sie schon lange Jahre beanstandungsfrei bei Ihrem Arbeitgeber beschäftigt ist?	
Es gab früher auch keine Verdachtsmomente für andere Unregelmäßigkeiten / ähnliches Verhalten / Taten gegen den oder die Betroffene, die nur nicht erhärtet werden konnten.	
Sprechen weitere Umstände für Ihre Kollegin oder Ihren Kollegen, wie die Zahl der unterhaltsberechtigten Angehörigen oder sonstige soziale Gesichtspunkte?	
Falls es sich um Diebstahl oder vermeintlichen Diebstahl handelt (Verdachtskündigung): Bezieht sich die erwiesene oder vermutete Straftat auf geringwertige Ware oder Gegenstände (= Bagatelldelikte)?	
Kommen mildere Mittel als eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht, wie etwa eine Abmahnung oder Versetzung?	
Ist Ihrem Ermessen nach Ihrem Arbeitgeber eine Fortsetzung der Zusammenarbeit unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zumutbar?	
Diese Fragen reichen aus, damit Sie sich klug an die Entscheidung, zustimmen oder nicht, herantasten können.	

Zweifel an der AU-Bescheinigung: Welche Fälle gibt es neben denen aus dem neuen BAG-Urteil noch?

Frage: *„Dass das Bundesarbeitsgericht entschieden hat, dass ein AU-Bescheinigung kaum Beweiswert hat, wenn sie mit der Kündigung präsentiert wird und den Zeitraum bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses exakt abdeckt, wissen wir. In welchen anderen Fällen ist der Beweiswert von AU-Bescheinigungen erschüttert?“*

Andrea Einziger:

Ein neuer Fall: Der Arbeitgeber hatte angekündigten Betriebsurlaub gestrichen. Mehrere Beschäftigte hatten zu diesem Zeitpunkt bereits ihren Urlaub gebucht. Sie präsentierten AU-Bescheinigungen exakt für den Zeitraum des gebuchten Urlaubs. Beweiswert erschüttert, so das Landesarbeitsgericht (LAG) Nürnberg in seinem jetzt veröffentlichten Urteil vom 27.7.2021, Az: 7 Sa 359/20.

Ein Arbeitgeber hatte einen bereits angekündigten Betriebsurlaub wieder gestrichen. Prompt erhielt er die Krankschreibungen mehrerer Arbeitnehmer für die Dauer des widerrufenen Betriebsurlaubs. Auch in diesem Fall, so das LAG Nürnberg, ist der Beweiswert der AU-Bescheinigungen erschüttert. Ihr Arbeitgeber braucht also erst einmal keine Entgeltfortzahlung zu leisten. Auch Abmahnungen, wenn nicht sogar Kündigungen sind in einem solchen Fall möglich (Urteil vom 27.7.2021, Az: 7 Sa 359/20).

Weitere verdächtige Fallkonstellationen sind:

- häufige Montags-/Freitags-Erkrankungen
- Arbeitsunfähigkeit wurde von der Kollegin oder dem Kollegen angekündigt oder gar angedroht
- Arbeitsunfähigkeitszeiten unmittelbar vor oder nach einem Urlaub, bzw. Ihr Kollege oder Ihre Kollegin hat die Arbeitsunfähigkeit im Anschluss an einen Urlaub gemeldet, nachdem ihr oder ihm ein längerer Urlaub verweigert wurde
- Krankheitszeiten werden immer von demselben Arzt bescheinigt.
- AU-Bescheinigung wurde rückwirkend für mehr als drei Tage ausgestellt
- häufiger Arztwechsel durch die Kollegin oder den Kollegen
- Vorlage des Attestes im Anschluss an die Ablehnung eines Urlaubsantrags