

# Aus dem Ticker

## Unbillige Weisungen nicht mehr verbindlich

Der 5. Senat des BAG hat auf Anfrage des 10. Senats (Beschl. v. 14.6.2017 – 10 AZR 330/16 [A]) erklärt, dass er nicht mehr an seiner bisherigen Rechtsauffassung zur Verbindlichkeit von unbilligen Weisungen des Arbeitgebers im Anwendungsbereich des § 106 GewO festhält. Bisher ging der 5. Senat davon aus, dass sich ein Arbeitnehmer nicht über eine unbillige Weisung hinwegsetzen darf, wenn diese nicht aus anderen Gründen unwirksam ist. Vielmehr müsse der Betroffene entsprechend § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB das zuständige Arbeitsgericht anrufen. Der Mitarbeiter sei – so etwa die Begründung in einem Urteil vom 22.2.2012 (5 AZR 249/11, AuA 6/13, S. 373) – vorläufig weisungsgebunden, bis durch rechtskräftiges Urteil die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung feststehe.

Diese Rechtsauffassung gibt der 5. Senat nun auf.

**BAG, Antwortbeschluss vom 14. September 2017 – 5 AS 7/17**

## Überwachung von E-Mails und Chats kann doch unzulässig sein

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat entschieden, dass die Überwachung von betrieblichen Kommunikationsmitteln auch bei verbotener Privatnutzung gegen Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstoßen kann.

Bei einem Vertriebsingenieur eines privaten Unternehmens in Rumänien hatte dieses auf dem betrieblichen Rechner einen Instant-Messenger-Dienst zur Kommunikation mit Kunden für den Vertrieb von Waren eingerichtet. Der Arbeitgeber hatte in seinem Betrieb in einer Richtlinie strikt verboten, Computer, Fotokopierer, Telefone, Telex und Faxgeräte für persönliche Zwecke zu nutzen. Der Yahoo-Messenger des Ingenieurs war vom Unternehmen für acht Tage überwacht und die Kommunikation in einem 45-seitigen Chatprotokoll dokumentiert worden. Die Aufzeichnungen hatten private Nutzungen in erheblichem Umfang während der Arbeitszeit ergeben. Nach Auswertung der Chatprotokolle kündigte das Unternehmen das Arbeitsverhältnis.

Die rumänischen Gerichte bestätigten die Kündigung. Auch der EGMR (Urt. v. 12.1.2016 –

61496/08, AuA 9/16, S. 562) sah zunächst keinen Verstoß gegen die EMRK.

Vor der daraufhin vom Arbeitnehmer angerufenen großen Kammer des EGMR hatte er schließlich Erfolg. Diese bejahte nun einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK.

Danach ist das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz nicht gewahrt worden. Der EGMR kam zu dem Schluss, dass die nationalen Behörden das Recht des Beschwerdeführers auf Schutz seines Privatlebens und seiner Korrespondenz nicht auf geeignete Weise geschützt haben. Folglich war das Gleichgewicht zwischen den Interessen der Beteiligten nicht ausgewogen.

Die innerstaatlichen Gerichte versäumten es laut EGMR insbesondere, zu ermitteln, ob dem Beschwerdeführer von seinem Arbeitgeber zuvor mitgeteilt wurde, dass seine Korrespondenz überwacht werden kann. Zudem haben sie nicht berücksichtigt, dass er weder über die Art und den Umfang der Überwachung noch über das Ausmaß des Eingriffs in sein Privatleben und seine Korrespondenz informiert wurde. Schließlich haben die nationalen Gerichte auch nicht die genauen Gründe zur Rechtfertigung der Überwachungsmaßnahmen geprüft, ob der Arbeitgeber Maßnahmen hätte anwenden können, die einen geringeren Eingriff in das Privatleben und die Korrespondenz des Beschwerdeführers bedeutet hätten und ob in die Korrespondenz des Beschwerdeführers ohne dessen Wissen Einsicht genommen werden konnte.

**EGMR, Urteil vom 5. September 2017 – 61496/08 (Barbulescu)**

## Verweisklausel auch nach Betriebsübergang dynamisch

Haben der Betriebsveräußerer und ein Arbeitnehmer einzelvertraglich eine Klausel vereinbart, die dynamisch auf einen Tarifvertrag verweist, so verliert diese Vereinbarung ihre Dynamik im Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsübergang nicht wegen des Betriebsübergangs.

Im Arbeitsvertrag der seit 1986 als Stationshilfe in einem Krankenhaus beschäftigten Klägerin ist eine Verweisung auf den Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter/Arbeiterinnen gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe vom 31.1.1962 (BMT-G II) und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge vereinbart.

Zunächst war ein Landkreis (Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband [KAV]) Träger des Krankenhauses. Nach der Privatisierung wurde das Haus von einer GmbH betrieben, die auch tarifgebunden war. Als der Betriebsteil, in dem die Angestellte arbeitete, im Jahr 1997 an eine GmbH ausgegliedert wurde, die nicht KAV-Mitglied war, vereinbarte diese mit der Klägerin auf Grundlage eines mit der Veräußererin und ihrem Betriebsrat geschlossenen Personalüberleitungsvertrags, dass „der BMT-G II in der jeweils geltenden Fassung einschließlich der diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge“ für das Arbeitsverhältnis der Klägerin „weiterhin“ Anwendung findet. Sechs Jahre wurde der BMT-G II weiter dynamisch angewandt.

2008 ging das Arbeitsverhältnis auf die Beklagte über, die es weiter nach dem BMT-G II durchführte. Die Klägerin wollte sodann erreichen, dass der TVöD-VKA und TVÜ-VKA auf ihr Arbeitsverhältnis Anwendung finden. Anders als die Beklagte meinte sie, dass diese Tarifverträge den BMT-G II ersetzen und auf das Arbeitsverhältnis dynamisch anwendbar seien.

Die Vorinstanzen gaben der Klage statt. Nachdem das BAG den EuGH um eine Vorabentscheidung zur Vereinbarkeit seiner Auslegung von § 613a Abs. 1 BGB mit dem Unionsrecht ersucht hatte, erklärte Letzterer, dass die RL 2001/23/EG i. V. m. Art. 16 der EU-Grundrechtecharta der dynamischen Fortgeltung einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Betriebserber nicht entgegensteht, sofern das nationale Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht.

Die Revision der Beklagten vor dem BAG war anschließend erfolglos. Die zuvor für die Beteiligten verbindlich vereinbarte Bezugnahmeklausel wirkt auch weiterhin dynamisch. Nach nationalem Recht kann ein Betriebserber sowohl einvernehmlich (durch Änderungsvertrag) als auch einseitig (Änderungskündigung nach § 2 KSchG) Anpassungen der Arbeitsvertragsbedingungen vornehmen. Inwiefern vorliegend eine Änderungskündigung sozial gerechtfertigt gewesen wäre, bedurfte keiner Entscheidung. Eine Änderungskündigung wurde von der Beklagten nicht ausgesprochen.

**BAG, Urteil vom 30. August 2017 – 4 AZR 95/14**