

Kurz kommentiert

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp?

Mehrere Anbieter werben damit, Krankschreibungen bei Erkältungskrankheiten vom Telearzt über WhatsApp und per Post gegen eine Gebühr zu besorgen, ohne dass ein Arztbesuch erforderlich ist. Unter Arbeitsrechtlern wird darüber diskutiert, welchen Beweiswert eine solche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat und ob ein Arbeitgeber sich damit zufriedengeben muss und Entgeltfortzahlung schuldet, wenn sein Mitarbeiter wegen Krankheit zu Hause bleibt.

Das LG Hamburg (Urt. v. 3.9.2019 – 406 HK O 56/19, n. rk.) hat nun einen entsprechenden Anbieter zur Unterlassung der Werbung mit der Beschaffung ärztlicher Atteste per „Ferndiagnose“ verurteilt und für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld i. H. v. bis zu 250.000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, angeordnet. Geklagt hatte ein nach dem UWG klagebefugter Verein, dem die Ärztekammern Hamburg und Schleswig-Holstein angehören. Nach dem Urteil ist die Werbung mit der Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Wege der Ferndiagnose unlauter im Sinne des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG). Denn die Ferndiagnose verstößt gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht. § 25 der Musterberufsordnung für Ärzte regelt, dass Ärzte bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten und Zeugnisse mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen ihre ärztliche Überzeugung auszusprechen haben. Die notwendige Sorgfalt bei der Ausstellung ärztlicher Atteste erfordert grundsätzlich einen unmittelbaren Kontakt zwischen Arzt und Patient, anderenfalls kann nicht festgestellt werden, ob der Patient tatsächlich an der von ihm vermuteten oder behaupteten Erkrankung leidet. Dies gilt insbesondere auch deswegen, weil die Krankschreibung Grundlage für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist. Bei der beschriebenen Ausstellung des Attests per WhatsApp kann der Arzt jedoch weder die Angaben zur Person des Patienten noch zu seiner angeblichen Erkrankung verifizieren.

Arbeitgeber, die derartige Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erhalten, sollten also das Entgelt für die Krankheitstage einbehalten und es auf einen Streit vor den Arbeitsgerichten ankommen lassen.

Freigestellter Betriebsratsvorsitzender als Datenschutzbeauftragter?

Das Sächsische LAG (Urt. v. 19.8.2019 – 9 Sa 268/18, n. rk.) hatte zu klären, ob ein freigestellter Betriebsratsvorsitzender wirksam zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden kann.

Die Datenschutzbehörde hatte dies beanstandet, da Zweifel hinsichtlich der Zuverlässigkeit als Datenschutzbeauftragter wegen bestehender Interessenkollisionen mit dem Betriebsratsamt bestünden. Daraufhin berief das Unternehmen den Betriebsratsvorsitzenden als Datenschutzbeauftragten ab. Zu dem Zeitpunkt galt noch das BDSG in seiner alten Fassung, die DSGVO war noch nicht in Kraft getreten.

Unter Berufung auf ein Urteil des BAG vom 23.3.2011 (10 AZR 562/09, AuA 12/11, S. 729) stellten die Richter fest, dass die Mitgliedschaft im Betriebsrat eine Person nicht für das Amt des Beauftragten für den Datenschutz unzuverlässig macht, weil grundsätzlich keine Inkompatibilität zwischen diesen beiden Ämtern besteht. Dasselbe gelte für den Betriebsratsvorsitzenden. Die Bestellung als Datenschutzbeauftragter war demnach wirksam. Sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage ist für die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 BGB erforderlich. Einen solchen sah das Gericht nicht in dem Verlangen der Aufsichtsbehörde, da diese für das Unternehmen der Beklagten nicht zuständig war. Dieses führte ferner ins Feld, sie wolle das Konzept eines konzerneinheitlichen Datenschutzbeauftragten verwirklichen, wodurch die Funktion des Datenschutzbeauftragten auf Unternehmensebene ersatzlos entfällt. Darin sah das Gericht jedoch ebenfalls keinen wichtigen Grund. Die zugelassene Revision ist vor dem BAG unter dem Az. 10 AZR 383/19 anhängig.

In der Fachwelt wird diskutiert, ob der Rechtsstreit nach dem neuen Recht anders ausgegangen wäre. Nach Art. 38 Abs. 6 DSGVO kann der Datenschutzbeauftragte zwar auch andere Aufgaben und Pflichten als die eines Datenschutzbeauftragten wahrnehmen. Der Verantwortliche hat hierbei aber sicherzustellen, dass derartige Aufgaben und Pflichten nicht zu einem Interessenkonflikt führen. Nach dem Erwägungsgrund 97 Satz 3 zur DSGVO sollen Datenschutzbeauftragte ihre Pflichten und Aufgaben in voll-

ständiger Unabhängigkeit ausüben können. Dies dürfte nicht der Fall sein, wenn sie als Betriebsratsvorsitzende die Interessen der Arbeitnehmerschaft vertreten.

Mitbestimmung des Betriebsrats bei internen Untersuchungen

Aufgrund konkreter Verdachtsmomente gegen den Geschäftsführer, dass dieser sich der Untreue schuldig gemacht hatte, leitete der Betreiber des Flughafens Köln interne Ermittlungen ein. Im Zuge dessen überprüfte der Arbeitgeber den elektronischen Schriftverkehr der Geschäftsleitung, der leitenden Angestellten und weiterer Arbeitnehmer und übermittelte diesen an die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Der Betriebsrat, mit dem eine Rahmenbetriebsvereinbarung zu IT- und Kommunikationstechnischen Systemen bestand, wurde zuvor nicht beteiligt. Nach der Betriebsvereinbarung sind Leistungs- und Verhaltenskontrollen unzulässig. Dem Betriebsrat sind auf Verlangen jederzeit die für die Überwachung der Einhaltung der Betriebsvereinbarung erforderlichen Informationen und Unterlagen vorzulegen. Der Betriebsrat beantragte, den Arbeitgeber zu verpflichten, ihm die Namen und den personenbezogenen Anlass der nicht leitenden Arbeitnehmer mitzuteilen, deren elektronischer Schriftverkehr im Zusammenhang mit der internen Untersuchung überprüft, gesichtet, ausgewertet und zur Auswertung an die Rechtsanwaltskanzlei und die WirtschaftsprüfungsgmbH weitergeleitet wurden (Antrag zu 1). Außerdem nahm der Betriebsrat den Arbeitgeber auf künftige Unterlassung derartiger Handlungen in Anspruch und beantragte die physische Löschung und Vernichtung der erhobenen und weitergeleiteten Daten.

Mit dem letzten Antrag hatte der Betriebsrat keinen Erfolg, im Übrigen gab das LAG Köln den Anträgen jedoch statt (Beschl. v. 19.07.2019 – 9 TaBV 125/18, n. rk.).

Der Informationsanspruch (Antrag zu 1) ergibt sich aus § 80 Abs. 2 BetrVG. Danach hat der Betriebsrat darüber zu wachen, ob die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze eingehalten werden. Zu diesen Gesetzen gehört auch das BDSG und die DSGVO. Die Überprüfung, wann ein Arbeitnehmer eine E-Mail geschrieben und welche Informationen er wann Dritten gegenüber mitgeteilt hat, ist ein Erheben, Erfassen, Ordnen, Speichern oder Auslesen von Daten im Sinne dieser Verordnung. Die Kenntnis darüber, welche E-Mails überprüft und ausgewertet wurden, ist Voraussetzung für die Prüfung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit dieser Überwachungsmaßnahme. Die Einholung der entsprechenden Informationen gehörte somit zu den

Kontrollaufgaben des Betriebsrats. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmer steht der begehrten Auskunft nicht entgegen. Denn die Erfüllung der dem Betriebsrat von Gesetzes wegen zugewiesenen Aufgaben ist nicht von einer vorherigen Einwilligung der Arbeitnehmer abhängig (vgl. BAG, Beschl. v. 9.4.2019 – 1 ABR 51/17). Auch der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch war begründet. Der Arbeitgeber hatte das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer überwachen können) durch die Überprüfung und Weitergabe der E-Mails von Arbeitnehmern verletzt.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG steht dem Betriebsrat in einem solchen Fall ein Anspruch auf Unterlassung der mitbestimmungswidrigen Maßnahme zu. Dagegen hat der Betriebsrat keinen Anspruch auf Löschung und Vernichtung der weitergeleiteten Daten. Grundsätzlich kann er zwar verlangen, dass ein unter Verletzung seines Mitbestimmungsrechts eingetretener Zustand beseitigt wird (sog. betriebsverfassungsrechtlicher Beseitigungsanspruch). Ein solcher Anspruch erfasst jedoch nicht Daten und Dokumente, an deren Nutzung der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat, weil er sie in einer gerichtlichen Auseinandersetzung benötigt. Dies liefe auf ein faktisches Beweisverwertungsverbot hinaus. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Daten nicht in einer Weise erlangt wurden, die einen ungerechtfertigten Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen würde, weil sie den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung berührt.

Das Gericht ließ die Rechtsbeschwerde zu, die beim BAG unter dem Az. 1 ABR 31/19 anhängig ist.

Offenbarungspflicht bei Freiheitsstrafe

Das LAG Baden-Württemberg (Urt. v. 21.2.2019 – 3 Sa 65/17, n. rk.) entschied u. a. über die Anfechtung eines Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung. Das Unternehmen hatte im November 2014 einen IT-Direktor zu einem Monatsgehalt von 8.000 Euro brutto eingestellt. Im Nachgang ergaben sich Zweifel an der Echtheit der vorgelegten Abschlusszeugnisse und des Lebenslaufs. Ein in den USA durchgeführtes „Criminal Background Summary“ ergab, dass der Kläger von Januar 2004 bis Dezember 2006 wegen massiver Straftaten im IT-Bereich in den USA inhaftiert war. Das Unternehmen fühlte sich arglistig getäuscht. Der Kläger wäre nicht eingestellt worden, wenn dieser Umstand bekannt gewesen wäre, schon gar nicht als IT-Direktor.

Mit dieser Begründung drang der Arbeitgeber bei den Richtern jedoch nicht durch. Ein Arbeitsvertrag kann zwar grundsätzlich wegen arglistiger Täuschung angefochten werden, das Recht zur außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung verdrängt das Anfechtungsrecht nicht. Der Tatbestand der arglistigen Täuschung kann auch in dem Verschweigen von Tatsachen bestehen, sofern der Erklärende zur Offenbarung der fraglichen Tatsache verpflichtet ist. Den IT-Direktor traf jedoch keine Offenbarungspflicht bzgl. des Umstands, dass er eine dreijährige Freiheitsstrafe von 2004 bis 2006 in den USA verbüßt hatte. Denn im Jahr 2014 hätte der Kläger einen entsprechenden Sachverhalt wegen Ablaufs der Tilgungsfristen nach dem Bundeszentralregistergesetz nicht mehr offenbaren müssen. An der Offenbarung getilgter oder tilgungsreifer Vorstrafen hat der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse. Auf diese Weise soll der Verurteilte vom Strafmakel befreit und seine Resozialisierung gefördert oder manifestiert werden. Das Verbot erfasst alle Bereiche des Rechtslebens. Es ist auch im privatrechtlichen Bereich zu achten. Allerdings hatte die Anfechtung aus anderen Gründen Erfolg.

Das Gericht ließ die Revision zu. Diese ist beim BAG anhängig unter dem Az. 6 AZR 92/19.

Betriebsinterne Stellenausschreibung

Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu einer Einstellung verweigern, wenn eine vom Gremium verlangte Stellenausschreibung unterblieben ist (§§ 93, 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG).

In einem Unternehmen, das Dienstleistungen im Bereich Facility Management erbrachte, bestand eine Betriebsvereinbarung, die Folgendes regelte: „Neu zu besetzende Stellen sind, sofern im Unternehmen entsprechende fachqualifizierte Arbeitnehmer beschäftigt sind, generell innerhalb der X-GmbH auszuschreiben. Ausnahmen sind durch den Betriebsrat zu bestätigen.“

Im April 2018 schrieb die Arbeitgeberin die Stelle „Servicemitarbeiter/in Parkraum“ betriebsintern aus, zugleich erfolgte auch eine externe Ausschreibung der Stelle. Neben 43 externen Bewerbern bewarb sich auch Mitarbeiter K. Einer der externen Bewerber und Mitarbeiter K. erfüllten beide die für die Stelle geforderten Voraussetzungen. Das Unternehmen entschied sich für eine externe Besetzung. Der Betriebsrat weigerte sich, die Zustimmung zu erteilen. Er war der Meinung, aus der Verpflichtung, Stellen intern auszuschreiben, folge, dass die Stellen bei Vorhandensein fachlich geeigneter betriebsinterner Bewerber mit diesen zu besetzen seien. Anders könne die Betriebsvereinbarung nicht verstanden werden.

Dem folgte das LAG Mecklenburg-Vorpommern nicht (Beschl. v. 3.5.2019 – 4 TaBV 15/18, n. rk.). Nach § 93 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass Stellen vor ihrer Besetzung im Betrieb ausgeschrieben werden. Damit soll der innerbetriebliche Arbeitsmarkt aktiviert und das Stellenbesetzungsverfahren transparent ausgestaltet werden. Die betriebliche Ausschreibung bedeutet aber für sich allein weder eine Festlegung auf den Kreis der Bewerber aus dem Betrieb noch verpflichtet sie den Arbeitgeber, diesen Bewerbern bei der Besetzung des Arbeitsplatzes einen Vorrang einzuräumen. Wenn die Betriebsparteien dies möchten, müssten sie eine Auswahlrichtlinie i. S. d. § 95 Abs. 1 BetrVG vereinbaren. Ansonsten ist der Arbeitgeber frei, sich für einen betriebsfremden Bewerber zu entscheiden, wenn er ihn für den geeigneteren hält. Die Formulierung in der Betriebsvereinbarung „Ausnahmen sind durch den Betriebsrat zu bestätigen“, lässt nicht den Schluss zu, dass es dem Arbeitgeber untersagt ist, neben einer internen gleichzeitig auch eine externe Stellenausschreibung durchzuführen.

Gegen den Beschluss ist Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter dem Az. 1 ABN 76/19.

BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Fotostudio Feliksa Francer

Dr. Claudia Rid
Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
CMS Hasche Sigle, München