

## NEWSLETTER - ARBEITSRECHT November 2017

Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für November 2017 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über Rechtsentwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil unseres Newsletters musste das BAG sich mit der Frage befassen, ob der Einsatz von Detektiven bei Verdacht einer **schwerwiegenden Vertragsverletzung** und **ohne Vorliegen des Verdachts einer Straftat** vom Bundesdatenschutzgesetz umfasst ist.

Im zweiten Teil hatte das BAG aktuell zwei Fälle zu entscheiden, bei denen **Schauspieler** einer Krimiserie über viele Jahre immer wieder befristet beschäftigt wurden, bevor das Arbeitsverhältnis nicht mehr verlängert wurde. Dabei stellte sich die Frage, ob die Befristungen aufgrund der **Eigenart der Arbeitsleistung** nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt waren.

Die Tipps befassen sich im November 2017 mit dem Thema **Kündigungsschutz schwangerer Arbeitnehmerinnen**.

### Inhalt

- 1. Observation eines Arbeitnehmers durch Detektiv auch ohne Verdacht einer Straftat**  
(BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 597/16)
- 2. Zulässigkeit einer langjährigen Befristung von Schauspielern**  
(BAG vom 30.08.2017 – 7 AZR 440/16)
- 3. Tipps: Kündigungsschutz während Schwangerschaft**

## Observation eines Arbeitnehmers durch Detektiv auch ohne Verdacht einer Straftat (BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 597/16)

Personenbezogene Daten eines Arbeitnehmers dürfen von Unternehmen nur in einem sehr eingeschränkten Maße erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Die rechtlichen Vorgaben definiert dabei das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

Arbeitnehmer können in Verdacht geraten, Straftaten oder schwerwiegende Vertragsverletzungen begangen zu haben. Um dem Verdacht nachzugehen bzw. diesen aufzuklären, setzen Arbeitgeber mitunter Detektive ein.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich mit der Frage befassen, ob der Einsatz von Detektiven bei Verdacht einer **schwerwiegenden Vertragsverletzung** und **ohne Vorliegen des Verdachts einer Straftat** vom Bundesdatenschutzgesetz umfasst ist.

### **Beispiel:**

*Arbeitnehmer A ist seit knapp 40 Jahren als Monteur beschäftigt und seit Januar 2015 durchgehend arbeitsunfähig krankgeschrieben.*

*Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums und während des Bezugs von Krankengeld verdächtigte der Arbeitgeber den Mitarbeiter, dass er trotz der angeblichen Arbeitsunfähigkeit in einer von seinen Söhnen gegründeten Konkurrenzfirma seine Arbeitsleistung erbringt. Aus diesem Grund setzte der Arbeitgeber im März und Juni 2015 einen Detektiv ein, um ihn beschatten zu lassen.*

*Der Arbeitgeber hatte zuvor von einem Kunden erfahren, dass die Firma der Söhne des Mitarbeiters die Arbeitsleistung desselben in den höchsten Tönen anpriesen.*

*Nach Anhörung des Mitarbeiters zu dem Verdacht verbotener Konkurrenzfähigkeit und des Vortäuschens einer Krankheit erklärte der Arbeitgeber im Juni 2015 eine fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung.*

*Der Arbeitnehmer klagte gegen die Wirksamkeit der Kündigung, wobei der Arbeitgeber im Rahmen einer Widerklage die Erstattung von knapp € 1.000,00 an Detektivkosten geltend machte.*

### **Wie werden die Gerichte entscheiden?**

### Observation durch Detektiv

Observationen durch einen Detektiv, die von Arbeitgebern in Auftrag gegeben werden, werden in der Regel notwendigerweise heimlich durchgeführt, d.h. **ohne Wissen und Einwilligung** des betroffenen Arbeitnehmers. Damit stellen diese Überwachungsmaßnahmen einen **nicht unerheblichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht** des Arbeitnehmers dar.

Heimliche Observationen sind deshalb nur zulässig, wenn sie durch **sachliche Gründe gerechtfertigt** sind.

Nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG können personenbezogene Daten eines Arbeitnehmers

- zur **Aufdeckung von Straftaten** erhoben, verarbeitet oder genutzt werden,
- wenn zu dokumentierende **tatsächliche Anhaltspunkte** den Verdacht einer im Beschäftigungsverhältnis begangenen Straftat begründen,
- wenn die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung **erforderlich** ist und
- wenn das **schutzwürdige Interesse** des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung **nicht überwiegt**.

### Observation auch ohne Verdacht einer Straftat

Umstritten ist, ob heimliche Observationen auch dann mit dem Bundesdatenschutzgesetz in Einklang stehen, wenn der überwachte Arbeitnehmer nicht im Verdacht steht, eine Straftat begangen zu haben, sondern wenn es lediglich um den **Verdacht einer erheblichen Vertragsverletzung** ohne den Charakter eines Straftatbestandes geht.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass diese Art der Überwachung durch **§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG** gerechtfertigt ist. Nach dieser Vorschrift dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die **Begründung** eines Beschäftigungsverhältnisses oder für dessen **Durchführung oder Beendigung** erforderlich ist.

Kritische Stimmen verweisen jedoch darauf, dass die genannte Vorschrift nur auf die dem **Arbeitnehmer bekannte** – d.h. offene – **Erhebung von Daten** für die Personalverwaltung gerichtet ist, d.h. für die klassischen Fälle der Erstellung von Personalakten, Lohn- und Gehaltsabrechnungen, Arbeitsbescheinigungen, u.a.

### **BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 597/16**

Im dargelegten Beispielsfall entschied zunächst die Vorinstanz, das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, dass die Observation **nicht** vom Bundesdatenschutzgesetz umfasst ist und damit der Arbeitgeber die angefallenen Detektivkosten nicht vom Arbeitnehmer erstattet bekommen kann. Vielmehr waren die Ermittlungen **illegal** und nicht durch § 32 Abs. 1 BDSG gedeckt, da Überwachungsmaßnahmen **nur bei Verdacht einer Straftat** zulässig sind.

Das Bundesarbeitsgericht hat den Sachverhalt **anders beurteilt** und argumentiert, dass ein **Verdacht einer schwerwiegenden Vertragsverletzung** eine **rechtlich zulässige Überwachung** durch ein Detektivbüro ermöglicht.

Als Rechtsgrundlage zog das BAG die **allgemeinere Vorschrift** des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG heran, denn eine vom Arbeitgeber veranlasste verdeckte Überwachungsmaßnahme zur Aufdeckung eines auf Tatsachen gegründeten konkreten Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kann nach dieser Vorschrift **zulässig** sein.

Zur Begründung wurde auf die **Regelungsabsichten des Gesetzgebers** verwiesen, der mit § 32 BDSG im Wesentlichen nur die bisher schon bestehende arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur Arbeitnehmerüberwachung im Gesetz verankern wollte. Nach dieser war jedoch eine **verdeckte Arbeitnehmerüberwachung** nicht nur beim Verdacht von Straftaten zulässig, sondern auch beim **Verdacht einer schwerwiegenden Vertragsverletzung**.

## Zulässigkeit einer langjährigen Befristung von Schauspielern (BAG vom 30.08.2017 – 7 AZR 440/16)

Die Befristung von Arbeitsverträgen spielt in der arbeitsrechtlichen Praxis eine herausragende Rolle. Damit bei der Befristung eines Arbeitsverhältnisses die strengen Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht umgangen werden, hat der Gesetzgeber in den §§ 14 ff. TzBfG strenge Vorgaben einer zulässigen Befristung geregelt.

Neben der sachgrundlosen Befristung gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG spielen insbesondere die Befristungen **mit Sachgrund** nach § 14 Abs. 1 TzBfG eine große Rolle.

Das Bundesarbeitsgericht hatte aktuell zwei Fälle zu entscheiden, bei denen **Schauspieler** einer Krimiserie über viele Jahre immer wieder befristet beschäftigt wurden, bevor das Arbeitsverhältnis nicht mehr verlängert wurde. Dabei stellte sich die Frage, ob die Befristungen aufgrund der **Eigenart der Arbeitsleistung** nach § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG gerechtfertigt waren.

### **Beispiel:**

*Zwei Schauspieler der Krimiserie „Der Alte“ waren seit vielen Jahren für eine Produktionsfirma des ZDF aufgrund einer Vielzahl befristeter Arbeitsverträge tätig. Der eine Schauspieler besetzte seine Rolle 18 Jahre, der andere Schauspieler sogar 28 Jahre lang.*

*Dabei schlossen die Parteien jeweils sog. „Schauspielerverträge“ ab, die sich auf einzelne Folgen oder auf die in einem Kalenderjahr produzierten Folgen bezogen. Zuletzt waren die Schauspieler im Jahr 2014 für die Produktionsfirma tätig, die im Anschluss beide Rollen mit neuen Schauspielern besetzen wollte. Aus diesem Grund wurden die befristeten Verträge nicht mehr verlängert.*

*Die Schauspieler vertreten die Auffassung, die Befristung in dem zuletzt geschlossenen Arbeitsvertrag sei mangels Sachgrundes unwirksam; außerdem liege eine unzulässige „Kettenbefristung“ vor.*

**Werden sie vor dem Arbeitsgericht Recht bekommen?**

### **Sachgrund „Eigenart der Arbeitsleistung“ gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG**

Durch den in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG geregelten Sachgrund soll die Befristung von Arbeitsverhältnissen unter anderem in dem durch die **Kunsthfreiheit** nach Artikel 5 Abs. 3 GG geprägten Gestaltungsinteresse des Arbeitgebers ermöglicht werden.

Da Fernsehproduktionen, Theaterstücke und ähnliche Formate je nach Publikumsgeschmack und künstlerischer Ausrichtung des Öfteren **geändert und angepasst** werden müssen, können sich die für die künstlerische Konzeption verantwortlichen Arbeitgeber wie Fernsehproduktionsgesellschaften, Theater oder Opern nicht dauerhaft an bestimmte Schauspieler binden.

Allerdings ist fraglich, ob auch **jahrzehntelange Kettenbefristungen** mit Schauspielern durch den in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG festgelegten Sachgrund gerechtfertigt sind.

Bei der Überprüfung von befristeten Schauspielerverträgen betont das Bundesarbeitsgericht in seinen Entscheidungen immer wieder, dass die **Kunsthfreiheit des Arbeitgebers** und sein **Befristungsinteresse** bei der Interessenabwägung ein **stärkeres Gewicht** haben müsse als die **Berufsfreiheit des Schauspielers** und sein Interesse an einer **dauerhaften Beschäftigung**. Andererseits ist zu bedenken, dass auch Vertragsbefristungen mit Schauspielern ab einer sehr langen Gesamtvertragsdauer ggf. missbräuchlich sein können.

### **BAG vom 30.08.2017 – 7 AZR 864/15 u. 7 AZR 440/16**

Die beiden Schauspieler der Fernsehserie „Der Alte“ sind mit ihren Klagen zunächst vor dem Arbeitsgericht München als auch vor dem Landesarbeitsgericht München mit ihren Klagen **gescheitert**.

Auch das Bundesarbeitsgericht hat im Ergebnis die **Interessen des Arbeitgebers höher bewertet** und damit die **Befristungen für wirksam** erklärt.

Das BAG gab zunächst zu bedenken, dass bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung und Anwendung des Sachgrundes in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG **nicht allein die Kunstfreiheit** Beachtung finden dürfe; vielmehr sei auch dem nach Artikel 12 Abs. 1 GG zu gewährleistenden **Mindestbestandsschutz** des künstlerisch tätigen Arbeitnehmers Rechnung zu tragen.

Dies gebiete eine Abwägung der beiderseitigen Belange, bei der auch das Bestandschutzinteresse des Arbeitnehmers angemessene Berücksichtigung finden müsse. Insofern sei die Interessenabwägung Bestandteil der Sachgrundprüfung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG.

### **Befristungen wirksam**

Dennoch hatte die Befristungskontrollklage keinen Erfolg. Die Entscheidung der Produktionsgesellschaft, die Rollen der Kläger nur befristet zu besetzen, beruhe auf **künstlerischen Erwägungen**, die von dem Unternehmen umgesetzt wurden.

Die langjährigen Beschäftigungen der Kläger überwiegen danach nicht das Interesse an einer kurzfristig möglichen Fortentwicklung des Formats durch die Streichung der

von den Schauspielern bekleideten, im Kernbereich des künstlerischen Konzepts liegenden und die Serie mitprägenden Rollen.



### **Hinweis**

Die beiden Urteile des Bundesarbeitsgerichts machen deutlich, dass die Kunstfreiheit von Theatern und Fernsehproduktions-gesellschaften in der Regel immer Vorfahrt hat, sodass das Beschäftigungsinteresse eines langjährig mit der selben Rolle betrauten Serienschau Spielers selbst dann keine Überwiegende Bedeutung habe, wenn der Schauspieler seine Rolle über einen Zeitraum von 28 Jahren verkörpert hat.

## Tipps: Kündigungsschutz während Schwangerschaft

Bestimmte Arbeitnehmergruppen werden vom Gesetzgeber als besonders schutzwürdig angesehen, weshalb Arbeitgeber bei der Beschäftigung dieser Arbeitnehmergruppen besondere Vorgaben zu beachten hat.

Insbesondere ist der Ausspruch einer Kündigung erschwert, wenn der Mitarbeiter bzw. die Mitarbeiterin schwerbehindert, Betriebsratsmitglied oder schwanger ist. Auch während einer Elternzeit oder einer Pflegezeit kann das Arbeitsverhältnis nicht ohne Weiteres gekündigt werden.

Die Tipps befassen sich im November 2017 mit dem Thema Kündigungsschutz schwangerer Arbeitnehmerinnen.

### Zweck

Durch den besonderen Kündigungsschutz des § 9 MuSchG sollen Arbeitnehmerinnen vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes geschützt werden. Kündigt der Arbeitgeber entgegen dem bestehenden Kündigungsverbot, ist die Kündigung gemäß § 134 BGB **nichtig**.



### Hinweis

§ 9 MuSchG enthält ein **absolutes Verbot** der Kündigung mit **Erlaubnisvorbehalt**. Es gilt auch für solche Arbeitnehmerinnen, die zur Vertretung von in Mutterschutz stehenden Arbeitnehmerinnen eingestellt sind, für den Fall, dass sie selbst schwanger werden sollten.

### Geltungsbereich

Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG genießen **alle Arbeitnehmerinnen** einschließlich der zu ihrer **Ausbildung** beschäftigten Frauen. Letztere stehen zwar nicht in einem Arbeitsverhältnis, § 9 MuSchG gilt aber wegen des Verweises nach § 10 Abs. 2 BBiG.

Der Kündigungsschutz während der Schwangerschaft setzt **nicht die Erfüllung einer Wartezeit** voraus, sondern besteht vom **Beginn des Arbeitsverhältnisses** an.



**Heimarbeiterinnen**, die am Stück arbeiten (nach § 1 Nr. 2 MuSchG), genießen den gleichen Kündigungsschutz wie Arbeitnehmerinnen.

### Dauer des Kündigungsschutzes

Der Sonderkündigungsschutz besteht, wenn die Kündigung **während einer Schwangerschaft** innerhalb eines Zeitraums von 4 Monaten nach der Entbindung erfolgt. Wird die Arbeitnehmerin innerhalb der **4 Monate nach der Entbindung** erneut schwanger, besteht der Kündigungsschutz ununterbrochen bis 4 Monate nach der folgenden Entbindung.

Die Bestimmung des Beginns der Schwangerschaft erfolgt grundsätzlich durch **Rückrechnung um 280 Tage** von dem ärztlich festgestellten voraussichtlichen Entbindungstermin.



### Hinweis

Die Schwangere genügt in einem Kündigungsschutzprozess ihrer Darlegungslast für das Bestehen einer Schwangerschaft im Kündigungszeitpunkt durch Vorlage der ärztlichen Bescheinigung über den mutmaßlichen Tag der Entbindung, wenn der Zugang der Kündigung innerhalb des Zeitraums von 280 Tagen vor diesem Termin liegt.

### Kenntnis der Schwangerschaft

Voraussetzung des Sonderkündigungsschutzes ist zusätzlich, dass der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung von der Schwangerschaft oder der Entbindung **Kenntnis** hat oder ihm **binnen 2 Wochen nach Zugang der Kündigung** hiervon Mitteilung gemacht wird, § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG.

Erforderlich ist die positive Kenntnis des Arbeitgebers. Bloße **Vermutungen oder Gerüchte** genügen **nicht**. Dabei ist der Arbeitgeber auch nicht verpflichtet, sich näher zu erkundigen, da er hierdurch in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerin eingreifen würde.

Andererseits bedarf die Schwangere keines besonderen Schutzes, da sie durch **unverzüglich Mitteilung** der Schwangerschaft die Unwirksamkeit der Kündigung herbeiführen kann.

Maßgeblich ist grundsätzlich die **Kenntnis des Arbeitgebers**, d.h. bei juristischen Personen die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters. Bei Gesamtvertretung genügt die Kenntnis eines Vertreters.

Der Arbeitgeber muss sich jedoch die Kenntnis eines kündigungsberechtigten Vertreters zurechnen lassen. Die Kenntnis eines Dritten ist dem Kündigungsberechtigten nach Treu und Glauben dann zuzurechnen, wenn dessen Stellung im Betrieb nach den Umständen des Einzelfalls erwarten lässt, er werde den Kündigungsberechtigten von dem Kündigungssachverhalt unterrichten.

Ausreichend ist daher die Mitteilung an das **Personalbüro** oder auch die Ehefrau des Arbeitgebers, wenn diese im Betrieb mitarbeitet und die Frau ihr unterstellt ist.

**Nicht ausreichend** ist dagegen eine Mitteilung an den **Vorarbeiter**, auch wenn dieser kürzere Arbeitsbefreiungen erteilen darf.

### **Nachträgliche Mitteilung der Schwangerschaft**

Kannte der Arbeitgeber die Schwangerschaft nicht, etwa weil die Arbeitnehmerin eine Mitteilung nach § 5 MuSchG unterlassen hat, bleibt der Kündigungsschutz **nur erhalten**, wenn sie innerhalb einer **Ausschlussfrist von 2 Wochen** nach Zugang der Kündigung von der Schwangerschaft oder Entbindung schriftlich oder mündlich Mitteilung macht.

Die nachträgliche Mitteilung ist eine geschäftsähnliche Handlung, auf welche die Vorschriften über Willenserklärungen im Einzelfall entsprechend anzuwenden sind.

Dabei wird eine **besondere Form nicht verlangt**; die Mitteilung der Schwangerschaft kann daher durch die Arbeitnehmerin selbst oder durch bevollmächtigte Dritte wie Ehemann, Eltern, etc. erfolgen.



#### **Hinweis**

Die nachträgliche Mitteilung erhält den besonderen Kündigungsschutz nur dann, wenn sie dem Arbeitgeber innerhalb der Frist von 2 Wochen seit Zugang der Kündigung **zugeht**; die **Absendung** der Mitteilung innerhalb dieser Frist **genügt nicht!**

### **Behördliche Zustimmung zur Kündigung**

Grundsätzlich ist eine innerhalb der Fristen des § 9 MuSchG der Arbeitnehmerin zugegangene Kündigung **rechtsunwirksam**. Sie kann auch nicht mit der Maßgabe erklärt werden, sie solle erst zum Ablauf der Schutzfrist wirken. Vielmehr müsste sie nach deren Ablauf erneut (zum nächstzulässigen Termin) ausgesprochen werden.

Nach § 9 Abs. 3 MuSchG kann jedoch die zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle **in besonderen Fällen ausnahmsweise** auf **Antrag des Arbeitgebers** die Kündigung für zulässig erklären. Zweck der Regelung ist, im Falle der **Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung** die Möglichkeit einer Kündigung zu eröffnen.

## Besonderer Grund

Die Verwaltungsbehörde kann die Kündigung zulassen, wenn ein **besonderer Fall** vorliegt. Ein besonderer Fall liegt dabei jedoch nicht schon bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB vor.

Vielmehr ist er ausnahmsweise nur dann gegeben, wenn **außergewöhnliche Umstände** es rechtfertigen, die vom Gesetz als vorrangig angesehenen Interessen der Schwangeren hinter die des Arbeitgebers zurücktreten zu lassen.

Dies kann der Fall sein bei schwerwiegenden vorsätzlichen Arbeitspflichtverletzungen der Schwangeren, Diebstählen, Unterschlagungen, tätlichen Bedrohungen des Arbeitgebers, beharrlichen Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten, zerrüttetem Arbeitsverhältnis, Stilllegung des Betriebs oder auch wirtschaftlicher Gefährdung des Arbeitgebers.

Kein besonderer Fall ist hingegen gegeben, wenn die Arbeitnehmerin gegenüber der Ehefrau des Geschäftsführers ihres Arbeitgebers eine Indiskretion über dessen Privatleben vornimmt.



### Hinweis

Die nachträgliche Mitteilung erhält den besonderen Kündigungsschutz nur dann, wenn sie dem Arbeitgeber innerhalb der Frist von 2 Wochen seit Zugang der Kündigung **zugeht**; die **Absendung** der Mitteilung innerhalb dieser Frist **genügt nicht!**