

Nr. 05 / Juni 2020



Newsletter Arbeitsrecht

In dieser Ausgabe:

Rückkehr in Betrieb nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats	2
Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp rechtswidrig.....	3
Keine Entscheidung über Mitbestimmung des Betriebsrats bei Nutzung von Twitter durch den Arbeitgeber	3
Verbot technischer Überwachung zur Sicherstellung der Abstandsregelung	4
Beweislast bei Tat- und Verdachtskündigung.....	4
VERANSTALTUNGEN	6

Rückkehr in Betrieb nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats

Aufgrund der durch die Landesregierungen beschlossenen Lockerungen kehren viele Betriebe wieder zu ihren „Normalbetrieb“ zurück. Die Betriebe öffnen wieder, die Mitarbeiter werden aus dem Home-Office zurück in den Betrieb gerufen. Was einige Arbeitgeber dabei allerdings vergessen: Besteht ein Betriebsrat, ist dieser bei der Entscheidung miteinzubeziehen.

Erste Arbeitsgerichte haben bereits entschieden, dass der Rückruf der Mitarbeiter zur Arbeit ohne Beteiligung des Betriebsrats gegen dessen Mitbestimmungsrechte verstoßen. Denn dem Betriebsrat steht insbesondere ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG), der Umsetzung von Kurzarbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) und der zu ergreifenden Arbeits- und Gesundheitsschutzmaßnahmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG) zu. Solange eine solche Einigung nicht besteht, ist der Arbeitgeber faktisch gezwungen, den Betrieb wieder zu schließen.

Neben dem Arbeitsgericht Neumünster haben auch andere Arbeitsgerichte (Arbeitsgericht Berlin, Beschluss vom 27. April 2020, 46 AR 50030/20; Arbeitsgericht Stuttgart, Beschluss vom 28. April 2020, 3 BVGa 7/20) entsprechend entschieden.

Begründet wurden die Entscheidungen damit, dass wirksame Schutzmaßnahmen getroffen werden müssen, um die Risiken einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu verringern. Die Gesundheit der Mitarbeiter sei ein hohes Gut, das geschützt werden muss. Die entsprechenden Maßnahmen sind vor Aufnahme der Tätigkeit der Beschäftigten mit dem Betriebsrat zu vereinbaren.

Praxistipp: Um den Betrieb wieder öffnen zu können, sind entsprechende Hygienemaßnahmen zu ergreifen. Neben der Erstellung eines Hygienekonzeptes ist auch die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung durchzuführen. Informationen und Muster dazu halten die [Berufsgenossenschaften](#) bereit. Dort finden Sie branchenspezifische Arbeitsschutzstandards, so z.B. für Kosmetiker, Fitnessstudios oder die Verkehrswirtschaft.

Allgemein ist insbesondere Folgendes zu beachten:

- Mindestabstand zwischen Personen von 1,5 Metern
- Es sollten Regelungen für Beschäftigte mit Symptomen, die einer Risikogruppe angehören, die positiv getestet wurden oder Kontakt zu einer positiv getesteten Person hatten, getroffen werden
- Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung durch Personal und Kunden
- Regelmäßige Reinigung und Desinfektion

Auch die Mitarbeiter sollten in Bezug auf Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz unterwiesen werden und die nötigen Informationen zu Hygiene- und Verhaltensregeln in der Corona-Krise erhalten. Informationen und Flyer erhalten Sie bei der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung unter <https://www.infektionsschutz.de/>.

Auch hier ist möglichst der Mindestabstand zwischen den Beschäftigten einzuhalten. Unter Absprache mit dem Betriebsrat bieten sich rollierende Einsatzpläne, die Nutzung von Home-Office, eine Ausweitung der Öffnungszeiten/Arbeitszeiten etc. an.

Weitere Informationen zum Thema Corona finden Sie auf unserer Homepage unter www.saarland.ihk.de, [Kennzahl 2219](#).

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp rechtswidrig

Das LG Hamburg hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Werbung mit Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aufgrund einer Ferndiagnose unlauter sei und dies bejaht.

Die Beklagte bietet die Erteilung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch einen mit der Beklagten zusammenarbeitenden Arzt für Patienten an, die an einer Erkältung leiden. Der Kläger ist der Auffassung, die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen allein aufgrund einer Ferndiagnose sei unlauter. Insbesondere verstoße diese Vorgehensweise gegen § 9 HWG und bewirke und fördere Verstöße der mit der Beklagten zusammenarbeitenden Ärzte gegen § 7 Abs. 4 und § 25 der Berufsordnung für Ärzte.

Das LG ist der Ansicht, dass die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Wege der Ferndiagnose gegen die ärztliche Sorgfalt verstößt. Die Berufsordnung für Ärzte sieht vor, dass Ärzte bei der Ausstellung ärztlicher Gutachten und Zeugnisse mit der notwendigen Sorgfalt zu verfahren und nach bestem Wissen ihre ärztliche Überzeugung auszusprechen haben. Damit ist es jedenfalls nicht zu vereinbaren, über den Einzelfall hinausgehend Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen auch nur bei leichteren Erkrankungen wie Erkältungen regelhaft ohne persönlichen Kontakt zu erteilen. Erforderlich ist grundsätzlich ein unmittelbarer Kontakt zwischen Arzt und Patienten. Nur so kann der Arzt sich einen unmittelbaren Eindruck von dem Gesundheitszustand des Patienten verschaffen und diesen erforderlichenfalls näher untersuchen. Auch die Ferndiagnose per Telefon oder Video-Chat erfüllt die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht nicht.

Durch die Bewerbung der Erteilung von Krankschreibungen in einer der ärztlichen Sorgfalt widersprechenden Art und Weise, handelt die Beklagte unlauter. Das Verhalten des Verbrauchers wird derart beeinflusst, dass er eine einfachere zu erlangende Krankschreibung bei der Beklagten erwirbt, anstatt einen niedergelassenen Arzt aufzusuchen.

LG Hamburg, Urteil vom 3. September 2019, 406 HK O 56/19

Praxistipp: Seit dem 1. Juni 2020 gilt die Sonderregelung zur telefonischen Krankschreibung aufgrund der COVID-19-Epidemie nicht mehr. Seit diesem Datum gilt, dass für die ärztliche Beurteilung, ob eine Versicherte oder ein Versicherter arbeitsunfähig ist, eine körperliche Untersuchung notwendig ist.

Keine Entscheidung über Mitbestimmung des Betriebsrats bei Nutzung von Twitter durch den Arbeitgeber

Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Streitfall über das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Nutzung eines Twitter Accounts durch die Arbeitgeberseite keine Entscheidung in der Sache getroffen. Das Verfahren war von einem unternehmensübergreifend gebildeten Gesamtbetriebsrat eingeleitet worden. Der dessen Errichtung zugrunde liegende Zuordnungstarifvertrag war aus tarifrechtlichen Gründen nicht wirksam. Das Begehren des Gesamtbetriebsrats war damit bereits unzulässig.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 25. Februar 2020, 1 ABR 40/18

Verbot technischer Überwachung zur Sicherstellung der Abstandsregelung

Das Arbeitsgericht Wesel hat im Rahmen eines einstweiligen Verfahrens einem Arbeitgeber aufgegeben, es zu unterlassen, Bilder oder Videos von Arbeitnehmern aufzunehmen, um die Einhaltung der Abstandsregelungen im Rahmen der Corona-Pandemie ohne Mitbestimmung des Betriebsrates zu überwachen. Dabei ist gleichgültig, ob die Aufnahmen mittels Kameras oder anderer technischer Systeme im Betrieb verarbeitet werden.

Mittels der auf dem Betriebsgelände installierten Kameras ermittelte der Arbeitgeber, ein Logistikunternehmen, Bereiche, in denen die im Betrieb anwesenden Personen (Mitarbeiter, Auftragnehmer, Geschäftspartner und andere Besucher) die im Rahmen der Corona-Pandemie (SARS-CoV-2) empfohlenen Sicherheitsabstände nicht einhalten können. Dazu werden mittels einer Anonymisierungssoftware in einem Intervall von 5 Minuten automatisiert Standbilder (sog. Raw Images) generiert. Die Server der Anonymisierungssoftware sitzen in Irland. Die verpixelten Standbilder werden wiederum an einen Dienstleister weitergeleitet. Dieser ermittelt anhand der verpixelten Standbilder, ob ein Sicherheitsabstand von zwei Metern zwischen den abgebildeten Personen eingehalten worden ist. Ist dies nach ihrer Einschätzung nicht der Fall, wird notiert, wann und wo das Bild aufgenommen wurde und wieso ein möglicher Verstoß gegen Abstandsregelungen vorliegt. Das Ergebnis dieser Prüfung wird in einem Reporting Tool erfasst. Dieser schriftliche Bericht wird dem Geschäftsführer/Standortleiter sowie der für die Sicherheit am Standort zuständigen Person weitergeleitet. Diese können nur dann Einsicht nehmen, wenn sich nicht schon aus dem Bericht eindeutig ergibt, welche weiteren Verbesserungsmaßnahmen ergriffen werden müssen. Der Betriebsrat wurde nicht miteinbezogen.

Das Arbeitsgericht sah das Recht des Betriebsrats auf Mitbestimmung verletzt. Das Gericht stellte klar, dass die Kameraaufnahmen durch die bereits bestehende Betriebsvereinbarung abgedeckt seien. Anders stelle es sich jedoch im Hinblick auf die Verarbeitung von Kameraaufnahmen und deren Übermittlung an Dritte zum Zweck der Vornahme von Abstandsmessungen oder Abstandsüberwachungen dar. Insoweit steht dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch nach § 77 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 87 Abs. 1 BetrVG zu.

Auch die Berücksichtigung der gegenwärtigen Pandemielage führt zu keinem anderen Ergebnis. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht auch in Eilfällen. Ein Notfall, bei dem sofort gehandelt werden muss, um von dem Betrieb oder den Arbeitnehmern Schaden abzuwenden und in denen entweder der Betriebsrat nicht erreichbar ist oder keinen ordnungsgemäßen Beschluss fassen kann, liegt nicht vor.

Arbeitsgericht Wesel, Beschluss vom 24. April 2020, 2 BVGa 4/20

Beweislast bei Tat- und Verdachtskündigung

Bei der Tat- und bei der Verdachtskündigung trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast auch für das Nichtvorliegen von Tatsachen, die die Handlung des Gekündigten als gerechtfertigt erscheinen lassen, wie z. B. die Gestattung der Mitnahme. Dies entschied das Arbeitsgericht Weiden.

Der Kläger ist als Senior-Mechaniker in einem Test- und Entwicklungszentrum für Baggerprototypen beschäftigt. Der Kläger holte am 04.03. oder am 05.03.2019 ein Planierschild der Beklagten mit einem Hänger vom Betriebsgelände ab. Nach einem Gespräch mit dem Vorgesetzten des Klägers, dem Zeugen R, am 06.03.2019 brachte der Kläger dieses Schild am selben Tag wieder zurück. In einem weiteren Gespräch u.a. mit dem Geschäftsführer der Beklagten am 20.03.2019 wurde der Kläger mit dem Vorwurf des Diebstahls konfrontiert. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27.03.2019 fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.10.2019. Der Kläger erhob gegen die Kündigung Kündigungsschutzklage. Die Kündigung sei sozialwidrig. Das Schild sei zum Verschrotten gewesen. Zudem habe der Arbeitgeber die Mitnahme genehmigt.

Die Kündigung ist als fristlose unwirksam, da es an einem wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB fehlt. Ein wichtiger Grund liegt nach der ständigen Rechtsprechung des BAG insbesondere vor, wenn der dringende Verdacht einer Straftat mit Bezug zum Arbeitsverhältnis oder eines sonstigen erheblichen Fehlverhaltens besteht. An eine solche Verdachtskündigung sind strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere muss der Verdacht dringend sein, d.h. es muss eine große Wahrscheinlichkeit für die Pflichtwidrigkeit des gekündigten Arbeitnehmers bestehen. Bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen nicht aus. Im Kündigungsschutzprozess obliegt dem kündigenden Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes. Vorliegend ist der Beklagten nicht gelungen den Diebstahl darzulegen bzw. zu widerlegen, dass die Mitnahme des Schildes nicht gestattet war.

Auch die hilfsweise ordentlich erklärte Kündigung ist unwirksam, da sie sozial ungerechtfertigt ist. Eine vorherige Abmahnung ist nicht erfolgt. Zudem konnte kein ausreichender Pflichtverstoß dargelegt werden, der eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigt.

Arbeitsgericht Weiden, Urteil vom 29. Januar 2020, 3 Ca 329/19

Praxistipp: Weitere Informationen zum Thema Kündigung finden Sie in unserem Infoblatt → **A03** „[Beendigung, Kündigung, Aufhebung des Arbeitsverhältnisses](#)“, unter der [Kennzahl 890](#) unter www.saarland.ihk.de.

VERANSTALTUNGEN

Aufgrund der aktuellen Entwicklung zum Coronavirus hat die IHK Saarland alle Präsenzveranstaltungen abgesagt. Vorläufig gilt die Absage bis 30. Juni 2020. Wir sind in Vorbereitung von Webinaren, über die wir Sie rechtzeitig auf unserer Homepage unter www.saarland.ihk.de informieren.

Verantwortlich und Redaktion:

Ass. iur. Heike Cloß, Tel.: (0681) 9520-600, Fax: (0681) 9520-690
E-Mail: heike.closs@saarland.ihk.de
IHK Saarland, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken

Ihre Ansprechpartnerinnen:

Ass. iur. Heike Cloß
Tel.: (0681) 9520-600
Fax: (0681) 9520-690
E-Mail: heike.closs@saarland.ihk.de

Ass. iur. Kim Pleines
Tel.: (0681) 9520-640
Fax: (0681) 9520-690
E-Mail: kim.pleines@saarland.ihk.de

Die in dem Newsletter Arbeitsrecht enthaltenen Angaben sind mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt worden. Dennoch kann für Vollständigkeit, Richtigkeit sowie für zwischenzeitliche Änderungen keine Gewähr übernommen werden.

Impressum:

IHK Saarland, vertreten durch Präsident Dr. jur. Hanno Dornseifer und Hauptgeschäftsführer Dipl.-Volkswirt Dr. Heino Klingen, Franz-Josef-Röder-Str. 9, 66119 Saarbrücken, E-Mail info@saarland.ihk.de, Tel. + 49 (0) 6 81/95 20-0, Fax + 49 (0) 6 81/95 20-8 88, UST.- Ident.- Nummer: DE 138117020