

Editorial



„Tipps und Tricks“

Liebe Leserinnen und Leser,

in der Arbeitgeberberatung stoßen wir immer wieder auf folgendes Problem: Die Probezeit ist bald vorbei, der Arbeitgeber ist sich aber noch nicht sicher, ob er den Arbeitnehmer wirklich auf lange Sicht weiterbeschäftigen möchte, beispielsweise da der Mitarbeiter in der Probezeit über einen längeren Zeitraum erkrankt war. Soweit mehr als 10 Arbeitnehmer im Betrieb arbeiten, droht nach sechs Monaten das Kündigungsschutzgesetz (KSchG), danach ist es mit der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers vorbei. Einzig aus dem Grund kündigen, um die Anwendbarkeit des KSchG zu umgehen, ist treuwidrig, die Kündigung daher unwirksam. Was also tun?

Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts (LAG) Baden-Württemberg (Urteil vom 06.05.2015 – 4 Sa 94/14) könne der Arbeitgeber ordentlich mit einer verlängerten Kündigungsfrist von bis zu drei Monaten (in jedem Fall aber unterhalb der längstmöglichen Kündigungsfrist) kündigen, wenn dem Arbeitnehmer über eine Wiedereinstellungszusage die Chance zur Bewährung eingeräumt werde. Dabei müsse es sich nicht um eine verbindliche Wiedereinstellungszusage handeln. Es reiche aus, wenn diese von der Bewährung des Arbeitnehmers abhängig gemacht werde. In diesem Fall liege die verlängerte Kündigungsfrist nicht nur im Interesse des Arbeitgebers. Eine Umgehung des KSchG sei daher zu verneinen. Schließlich besteht für den Arbeitnehmer hier die reelle Chance, sich zu bewähren und wiedereingestellt zu werden.

Es grüßt Sie aus Nürnberg

Saskia Krusche
Rechtsanwältin

Arbeitsrecht

„Sexuelle Belästigung in Deutschland mittlerweile doch nicht ganz so schlimm?“

So, oder so ähnlich versteht der Volksmund wohl ein Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 08.04.2015. Besagtes Urteil ist jedoch noch nicht rechtskräftig. Jüngst wurde das Urteil nämlich durch die Beklagte, eine Arbeitgeberin, mit der Berufung angegriffen. Das wiederum bedeutet, dass die Entscheidungsgründe des Urteils, also die Argumentation des Richters, noch nicht als Schablone für andere Urteile herangezogen werden können. Wie so oft in der Rechtswissenschaft muss man jeden Einzelfall für sich betrachten. Der zugrundeliegende Sachverhalt, also die Geschichte, muss mit den gesetzlichen Normen gewürdigt werden.

In jüngster Vergangenheit kursierte das Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 20.11.2014 (2 AZR 651/13) in den Medien. Als sogenanntes „Busengrapscher-Urteil“ diente es dem öffentlichen Anstoß. Jedermann konnte sich aufgrund unserer facettenreichen Medienlandschaft ein eigenes Urteil bilden. Das Schwarz-Weiß Denken konnte perfekt zelebriert werden. Der Mann, der die Frau sexuell belästigt: Er wird gekündigt, klagt dagegen und bekommt Recht. Sie, das Opfer der sexuellen Belästigung muss tolerieren, dass die Kündigung unwirksam ist und der Mann weiterarbeiten darf.

Wäre der zu Grunde liegende Sachverhalt derart einfach gewesen, hätte das BAG ein fehlerhaftes Urteil gesprochen. Eine sexuelle Belästigung ist ein schwerer arbeitsrechtlicher Verhaltenspflichtverstoß, der eine außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigt. Jedoch war im vorliegenden Fall der Sachverhalt durchaus komplexer.

Der Kläger (seit 16 Jahren beschäftigt) griff der Arbeitnehmerin an ihren Busen. Daraufhin sagte die Arbeitnehmerin dem Kläger, er möge mit diesem Verhalten sofort aufhören. Sie akzeptiere ein derartiges Verhalten nicht. Infolgedessen ließ der Kläger unverzüglich von der Arbeit-

nehmerin ab. Den Vorgang schilderte die Arbeitnehmerin zeitnah dem Arbeitgeber.

Daraufhin kam es zu einer Anhörung (Voraussetzung einer Verdachtskündigung) durch den Arbeitgeber. Der Kläger gab zu, dass er sich 1 Sekunde vergessen habe. Eine derartige sexuelle Belästigung auch nicht mehr vorkommen werde. Das war dem Arbeitgeber jedoch egal. Der Kläger erhielt die außerordentlich fristlose Kündigung. Infolge der Kündigung entschuldigte sich der Kläger bei der sexuell belästigten Arbeitnehmerin und zahlte dieser im Rahmen eines Täter-Opfer-Ausgleichs ein kompensatorisches Schmerzensgeld. Die Arbeitnehmerin nahm die Entschuldigung an.

Die Kündigung war unabhängig von diesem Nachtatverhalten unwirksam. Eine Abmahnung hätte ebenso ausgereicht, das Verhalten zu sanktionieren, so die Richter.

So stellte im Ergebnis das BAG fest:

„Eine sexuelle Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Sie ist "an sich" als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Ob sie im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, u.a. von ihrem Umfang und ihrer Intensität.“

Das Gesetz zu einer außerordentlichen Kündigung:

„Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d.h. typischerweise, als wichtiger Grund geeignet ist.

Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht.“

Somit bleibt festzuhalten, dass die Kündigung 2-stufig geprüft wird.

Zunächst wird geprüft, ob ein Sachverhalt vorliegt, der eine außerordentlich fristlose Kündigung stützen würde.

In einem zweiten Schritt wird dann eruiert, ob dieser Sachverhalt im konkreten Fall eine sofortige Kündigung rechtfertigen würde. Der Jurist spricht von der Würdigung des Einzelfalls anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Man muss sich die Frage stellen, ob eine Abmahnung nicht ebenfalls ausreichend gewesen wäre, das vertragswidrige Verhalten zu sanktionieren. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen.

Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig

- **Gewicht** und
- **Auswirkungen** einer Vertragspflichtverletzung,
- **Grad des Verschuldens** des Arbeitnehmers,
- **mögliche Wiederholungsgefahr** sowie
- **Dauer des Arbeitsverhältnisses** und dessen störungsfreier Verlauf.

„Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind.“ Im Vergleich zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung kommen als mildere Mittel insbesondere die Abmahnung oder die ordentliche Kündigung in Betracht. Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen.

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Aus-

druck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten ist, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist.

Vorliegend musste somit auf der zweiten Stufe das BAG den konkreten Einzelfall würdigen. Der Kläger war insgesamt 16 Jahre beanstandungsfrei bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Im Rahmen der Anhörung gab der Kläger auch sofort die sexuelle Belästigung zu. Da lediglich er und die sexuell belästigte Arbeitnehmerin anwesend waren, hätte der Kläger ebenso gut den Vorfall leugnen können. Dies hätte zu einer Beweisschwierigkeit geführt. Weiterhin teilte der Kläger mit, er habe vermeintliche Signale der Arbeitnehmerin falsch interpretiert, was zu einem Augenblicksversagen (Busengrabscher) geführt habe. Das Verhalten nach der Tat war zwar nicht mehr ausschlaggebend für die Wirksamkeit der Kündigung, wurde jedoch marginal ebenfalls positiv für den Kläger gewertet. Dies alles waren Gründe, die zu Gunsten des Täters sprachen. Eine Abmahnung war somit erforderlich. Da diese fehlte, war die außerordentlich fristlose Kündigung somit unwirksam.

Ähnlich dürfte es sich in dem Fall vor dem Arbeitsgericht Berlin zugetragen haben. Der Sachverhalt war jedoch wiederum ein anderer:

Diesmal teilten die sexuell belästigten Opfer dem Arbeitgeber wohl erst ein halbes Jahr nach den Vorkommnissen diese auch mit. Hintergründig wurden die sexuellen Belästigungen von den vermeintlichen Opfern wohl nicht als derart gravierend empfunden, um dies sofort dem Arbeitgeber mitzuteilen. Weiterhin war der Kläger wohl offensichtlich erst seit zwei Jahren im Betrieb des Arbeitgebers beschäftigt. Infolgedessen wagen wir anzunehmen, dass der Kündigungsgrund an sich (so er denn bewiesen werden kann) gegeben sein dürfte. Im Rahmen der zweiten Stufe dürfte aufgrund der nicht erfolgten Zeugeneinvernahme und aufgrund der in der Presse kursierenden Umstände des Einzelfalles wohl mit einer für den Kläger negativen Entscheidung zu rechnen sein. Es bleibt spannend, was das Landesar-

beitsgericht und gegebenenfalls das BAG zu diesem konkreten Einzelfall sein wird.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass eine sexuelle Belästigung, gleichgültig ob durch den Mann, oder durch die Frau durchgeführt, grundsätzlich ein Kündigungsgrund ist, der das Arbeitsverhältnis sofort beenden kann. Weiterhin muss jedoch auch gewürdigt werden, was davor passiert ist, wie lange der Mitarbeiter bei dem Arbeitgeber beschäftigt ist, ob er sich bereits in der Vergangenheit derart daneben benommen hat und insbesondere, ob ein Unrechtsbewusstsein vorhanden ist.

*Dominic Baumüller
Rechtsanwalt
FA für Arbeitsrecht*

Datenschutz

„Datenschutz beim asset deal, oder: „Tipps vom Theoretiker aus Ansbach!“

Unter dem 30. Juli 2015 veröffentlichte die oberste Aufsichtsbehörde für den Datenschutz in Bayern, das bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA) in Ansbach, eine Pressemitteilung über die datenschutzrechtlichen Probleme hinsichtlich des Verkaufs von Kundendaten beim Unternehmensverkauf. Die nicht gerade als praxisnah bekannte Behörde machte dabei durch die Verhängung von Bußgeldern gegenüber Unternehmenskäufern und -verkäufern von sich Reden. Der nachfolgende Artikel skizziert Sachverhalt, Probleme und bietet Orientierung zur Problemlösung.

Unternehmenstransaktionen sind aus der heutigen Beratungspraxis von Rechtsanwälten kaum wegzudenken. So findet sich der Unternehmensverkauf sowohl in der Privatwirtschaft, als auch in der öffentlichen Daseinsvorsorge. Hierbei gilt es zwischen dem so genannten *share deal* (der Käufer erwirbt vom Verkäufer die Anteile an der zum Verkauf stehenden Online-shop) und dem *asset deal* (vom Verkäufer werden dabei sämtliche Wirtschaftsgüter, die so genannten *assets*, wie beispielsweise Grundstücke, Maschinen oder Daten, übertragen) unterschieden. In letzterem Fall muss jedes Wirt-

schaftsgut und jede Verbindlichkeit mit der Zustimmung des jeweiligen Vertragspartners einzeln an den Käufer transferiert werden.

Sachverhalt:

Ein solcher asset deal war vom BayLDA herangezogen worden, um im Wirtschaftsleben die „Sensibilität für den Datenschutz zu schärfen“. Dabei griff das BayLDA auf ein Allheilmittel zurück, um seine Position zu untermauern. Das Bußgeld.

Im Rahmen des skizzierten Unternehmenskaufs wurden E-Mail-Adressen von Kunden eines Onlineshops vom Verkäufer auf den Käufer übertragen. Für die Übertragung der personenbezogenen Daten fehlte die datenschutzrechtliche Einwilligung gemäß § 4a Abs. 1 BDSG. Die Einwilligung ist nur dann wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht und dieser Betroffene auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, auf die Verarbeitung oder Nutzung, sowie auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hingewiesen wird.

Besagte Einwilligung war in concreto entweder gar nicht oder lediglich nur für den Verkäufer eingeholt worden. Dies wiederum führte zu dem Umstand, dass ganze Datensätze mit personenbezogenen Daten, wie beispielsweise Name, E-Mail-Adresse oder Bankverbindung, ohne Einwilligung der jeweiligen Kunden auf den Unternehmenserwerber übertragen wurden. Konsequenz ist die mögliche Sanktion mittels Geldbuße bis zu 300.000 € vor.

Problem:

Problematisch war, dass die Vertragspartner offensichtlich das Problem des Datenschutzes verkannt hatten. Die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) finden immer dann Anwendung, wenn personenbezogene Daten einer natürlichen Person beeinträchtigt werden. Sollte, wie im vorliegenden Fall, eine Kundendatei auf den Erwerber übertragen worden sein, wäre zunächst eine Prüfung angebracht, ob mit den jeweiligen Daten ein Personenbezug hergestellt werden kann.

1.

Datenschutzrechtlich verhältnismäßig unproblematisch ist die Übermittlung von Namen und Postanschriften von Kunden. Diese Daten, auch als so genannte Listendaten bekannt, dürfen nach dem Willen des BayLDA grund-

sätzlich auch ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen für gewerbliche Zwecke übermittelt werden, sofern das veräußernde Unternehmen die Übermittlung dokumentiert. Daten, die grundsätzlich aus öffentlich zugänglichen Quellen gewonnen werden können, müssen demgemäß nicht unter besondere Voraussetzungen gestellt werden.

2.

Da die Unternehmen jedoch wesentlich mehr Daten über ihre Kunden, wie beispielsweise Telefonnummern, E-Mail-Adressen, Konto- und/oder Kreditkartendaten, zudem häufig auch Kaufhistorien, d.h. Informationen über vom Kunden getätigte Käufe, besitzen, erhärten sich die Listendaten recht schnell zu dem vom BDSG geschützten personenbezogenen Daten. Anhand der jeweiligen Branche ist in der Praxis zu erkennen, dass Daten dieser Art ebenfalls, teils im Vorbeigehen, teils jedoch auch gezielt, den „Inhaber“ wechseln. Eine solche Vorgehensweise ist nur dann zulässig, wenn die betreffenden Kunden in die Übermittlung solcher Daten eingewilligt haben, oder zumindest vorab der Transaktion auf die geplante Übermittlung der Datenpakete hingewiesen wurden. Die Kunden müssen somit über den anstehenden Inhaberwechsel informiert werden. Zusätzlich müssen den Betroffenen Widerspruchsrechte eingeräumt werden. Ob ein solches „Opt Out“ Verfahren zulässig ist, ist jedoch umstritten. Wird das Widerspruchsrecht ausgeübt, ist die Datenerhebung des Käufers rechtswidrig.

3.

Bei Telefonnummern und E-Mail-Adressen ergibt sich das zusätzliche Problem, dass gemäß dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb der Erwerber diese Daten nur dann zu Werbezwecken nutzen darf, wenn er eine ausdrückliche Werbeeinwilligung des jeweiligen Kunden besitzt, § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG.

Unabhängig von der datenschutzrechtlichen Einwilligung, die in diesen konkreten Konstellationen nicht ausreicht, kann ein Verstoß gegen das UWG ebenfalls nicht durch die datenschutzrechtliche Einräumung eines Widerspruchsrechts vermieden werden.

Infolgedessen bleibt festzuhalten, dass der Unternehmensverkäufer sowohl gegen Regelungen des BDSG, als auch gegen Regelungen des UWG verstößt. Soll heißen, abgesehen von

den bereits im Vorfeld einkalkulierten Kosten bezüglich des Kaufpreises, der Rechtsberatung, Notarkosten, etc., lauern weitere Fallstricke im BDSG und im UWG. Da das Gesetz der Aufsichtsbehörde einen Ermessensspielraum von bis zu 300.000 € einräumt, kann somit der angedachte asset deal schnell unrentabel werden.

Laut Ansbach tragen sowohl der Veräußerer, als auch der Erwerber als so genannte „verantwortliche Stelle“ die datenschutzrechtliche Verantwortung für die unzulässige Übergabe von Kundendaten, respektive personenbezogenen Daten. Der Verkäufer übermittelt die Daten, während der Erwerber diese Daten erhebt. Die unzulässige Übermittlung sowie die unzulässige Erhebung stellen dabei Ordnungswidrigkeiten dar. Sollte somit der Verkauf dieser personenbezogenen Daten das einzig lukrative Wirtschaftsgut sein, könnte im schlimmsten Fall der Unternehmenskauf scheitern.

Lösungsansätze:

Vorab der Durchführung des Kaufvertrages muss zunächst im Rahmen des Kaufgegenstandes differenziert werden, welche Daten übertragen werden. Es muss zwischen

- Daten von Vertragspartnern unterschieden werden, deren Verträge von dem Unternehmenskäufer fortgeführt werden sollen
- und den zu veräußernden Adressdaten differenziert werden, die für eine persönliche Werbung des Erwerbers genutzt werden sollen.

Sollen Verträge fortgeführt werden, muss ohnehin eine Einwilligung seitens der Vertragspartner des Verkäufers vorliegen. Datenschutzrechtliche Probleme sind dabei weitestgehend ausgeschlossen.

Ungleich schwieriger ist die Konstellation hinsichtlich möglicher wettbewerbsrechtlicher Verstöße. Werbemails oder Werbeanrufe dürfen nur dann durchgeführt werden, wenn der Empfänger in den Erhalt von Werbung über E-Mail und Telefonanruf ausdrücklich eingewilligt hat. Da der Vertragspartner im besten Fall zumindest eine Einwilligung gegenüber Werbeanrufen des Unternehmensverkäufers abgegeben hat, ist fraglich, ob diese Einwilligung im Rahmen des asset deals sich ebenfalls auf den Erwerber erstreckt. Höchststrichendlich noch nicht

entschieden, muss entweder eine neue Einwilligung eingeholt werden oder aber man greift auf die Briefwerbung zurück. Hierbei kann wiederum versucht werden, die besagte wettbewerbsrechtliche Einwilligung seitens des potentiellen Kunden einzuholen.

Adressdaten, als Listendaten (Name, Anschrift und Geburtsjahr) können zur Briefwerbung herangezogen werden. Bezüglich Mailadressen und Telefonnummern ist die Einholung einer Einwilligung, sowohl in datenschutzrechtlicher, als auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht unumgänglich. Sollte die besagte Einwilligung fehlen, ist allenfalls eine Werbung auf dem Postweg zulässig. Infolgedessen wäre es beispielsweise möglich, seitens des Verkäufers direkt bei der Datenerhebung im Rahmen der Einwilligungserklärung sowohl die Übermittlung der Daten im Rahmen der Unternehmensnachfolge zu regeln, als auch die werbliche Einwilligung auf einen potentiellen Käufer zu erstrecken.

Es bleibt somit zu hoffen, dass die Bußgeldbescheide gerichtlich angegriffen wurden. Wir sehen aufgrund der unsicheren Rechtslage gute Erfolgsaussichten, die Bußgeldbescheide gänzlich aus der Welt zu schaffen.

*Dominic Baumüller
Rechtsanwalt
FA für Arbeitsrecht*

Impressum

v.i.S.d.P.: Rechtsanwältin Saskia Krusche
LIEB.Rechtsanwälte
Bucher Straße 21 / 90419 Nürnberg
Fon + 49 (0)911 2179090 / Fax +49 (0)911 2179099
saskia.krusche@lieb-online.com
www.lieb-online.com

Hinweis: Dieser Newsletter kann keine Einzelfallberatung ersetzen. Alle Angaben ohne Gewähr und Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Abmeldung aus dem Verteiler schreiben Sie bitte eine E-Mail an saskia.krusche@lieb-online.com

© LIEB.Rechtsanwälte 2015