

Newsletter Januar / Februar 2023

In dieser Ausgabe:

- 1 Bundesarbeitsgericht entscheidet zur Entgeltgleichheit
- 3 Der Einsatz von Microsoft 365 bleibt datenschutzrechtlich problematisch
- 4 Kein Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte bei fehlender Benennungsverpflichtung

Bundesarbeitsgericht entscheidet zur Entgeltgleichheit

Das Bundesarbeitsgericht hat am 16.02.2023 zum Thema Entgeltgleichheit bei gleicher Arbeit entschieden (BAG, Urt. v. 16.02.2023, Az.: 8 AZR 450/21)

Sachverhalt (verkürzt):

Die Klägerin ist bei der Beklagten seit März 2017 als Vertriebsmitarbeiterin angestellt. Zu Beschäftigungsbeginn erhielt sie ein Grundgehalt i.H.v. 3.500,00 €.

Neben der Klägerin waren zwei männliche Vertriebsmitarbeiter bei der Beklagten beschäftigt. Einer von ihnen war bereits seit ca. 30 Jahren bei der Beklagten beschäftigt, während der andere Mitarbeiter nahezu zeitgleich mit der Klägerin eingestellt worden war. Dieser Mitarbeiter erhielt zunächst 4.500,00 € monatlich, weil er nicht bereit war, ein zunächst unterbreitetes Angebot der Beklagten über ebenfalls 3.500,00 € zu akzeptieren.

Im Laufe der Zeit kam es zwar zu Entgeltanpassungen, jedoch erzielte die Klägerin stets ein geringeres Entgelt als ihre beiden männlichen Kollegen.

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin von der Beklagten die Zahlung rückständiger Vergütung in Höhe der Entgeltdifferenzen zu ihren männlichen Kollegen sowie eine angemessene Entschädigungszahlung wegen der Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts.

Die Beklagte trug zur Rechtfertigung im Wesentlichen vor, dass der männliche Mitarbeiter besser verhandelt habe und insoweit der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelte.

Die Vorinstanzen hatten die Klage vollumfänglich abgewiesen.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts:

Das Bundesarbeitsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben.

Entgeltunterschiede können zukünftig wohl nur noch dann gerechtfertigt werden, wenn dafür objektive Anknüpfungspunkte vorliegen.

Neben dem Ausgleich streitiger Entgelt differenzen muss die Arbeitgeberin auch eine Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in Höhe von 2.000,00 € zahlen.

Dem Argument der Arbeitgeberin, der männliche Mitarbeiter habe besser verhandelt, folgte das Bundesarbeitsgericht nicht. Ein solcher Vortrag sei nicht geeignet, die gemäß § 22 AGG vermutete Benachteiligung wegen des Geschlechts der Klägerin zu widerlegen.

Fazit:

Bisher liegt nur die Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts vor. Für eine abschließende Einschätzung müssen die Urteilsgründe abgewartet werden.

Die Entscheidung wird gegenwärtig in den (sozialen) Medien kontrovers diskutiert.

Die Pressemitteilung deutet jedoch darauf hin, dass sich die Entscheidung in das Gefüge des AGG einfügen wird.

Grundsätzlich will das AGG jede Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern (§ 1 AGG).

Eine Ungleichbehandlung ist jedoch nicht absolut verboten. Sie kann gemäß §§ 8, 9 AGG gerechtfertigt sein, wenn es hierfür wegen der Eigenarten oder der Anforderungen an die Tätigkeit einen sachlichen Grund gibt. Ob es einen solchen Grund gibt, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle und nicht den subjektiven Ansichten der Beteiligten.

Zugunsten der Beschäftigten enthält § 22 AGG eine Beweiserleichterung. Beschäftigte müssen nur **Indizien** beweisen, die auf eine Benachteiligung schließen lassen. Ein Indiz kann beispielweise eine nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibung sein.

Liegen solche Indizien, muss der Arbeitgeber den vollen Gegenbeweis führen, dass die Benachteiligung nicht auf einem der in § 1 AGG genannten Kriterien beruht und insbesondere, dass ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt.

Das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG), auf welchem die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wesentlich beruht, ergänzt das AGG. Es verbietet eine unterschiedliche Bezahlung wegen des Geschlechts, wenn gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichtet wird (§§ 3, 7 EntgTranspG). Es gelten jedoch die oben dargestellten Grundsätze, die auch im Rahmen des AGG zu berücksichtigen sind.

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts keine Überraschung, sondern fügt sich in das Rechtfertigungssystem des AGG und des EntgTranspG ein.

Das Argument, der männliche Bewerber habe „besser verhandelt“, stellt keinen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung dar. Wenn es für die unterschiedliche Entlohnung jedoch einen solchen sachlichen Grund gibt, dürfte es nach der dargestellten Systematik auch weiterhin zulässig bleiben, unterschiedliche Gehälter zu vereinbaren.

Der Einsatz von Microsoft 365 bleibt datenschutzrechtlich problematisch

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz – DSK) hat am 24.11.2022 eine neue Festlegung zum Einsatz von Microsoft-Onlinediensten veröffentlicht: ([Festlegung der DSK](#)).

Abgerundet wird diese Festlegung durch einen weiteren Beschluss vom 31.01.2023 zur datenschutzrechtlichen Bewertung von Zugriffsmöglichkeiten öffentlicher Stellen von Drittländern auf personenbezogene Daten: ([Beschluss der DSK](#)).

Microsoft hat daraufhin seinerseits eine Stellungnahme zu seinem Cloud-Dienst veröffentlicht: ([Stellungnahme Microsoft](#)).

Darin beschreibt der Anbieter unter anderem, welche Anpassungen unter Datenschutzgesichtspunkten jüngst vorgenommen worden sind, beispielsweise hinsichtlich der Verarbeitungsvorgänge, die Microsoft für eigene Geschäftstätigkeiten vornimmt sowie im Rahmen der Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DS-GVO.

Die Kernaussagen der DSK:

Trotz umfangreicher Anpassungen ist die DSK nach wie vor der Auffassung, dass Microsoft 365 nicht datenschutzkonform eingesetzt werden könne.

Solange insbesondere die notwendige Transparenz über die Verarbeitung personenbezogener Daten aus der Auftragsverarbeitung für Microsofts eigene Zwecke nicht hergestellt und deren Rechtmäßigkeit nicht belegt werde, könnten verantwortliche Stellen einen datenschutzkonformen Einsatz von Microsoft 365 nicht nachweisen.

*Nach Ansicht der
Datenschutzkonferenz ist
ein datenschutzkonformer
Einsatz von Microsoft 365
faktisch unmöglich.*

Aus Sicht der DSK folgt daraus ein faktisches Einsatzverbot von Microsoft 365.

Im Beschluss vom 31.01.2023 zu möglichen Zugriffsmöglichkeiten öffentlicher Stellen von Drittländern (gemeint sind offenbar US-Geheimdienste) vertieft die DSK ihre Bedenken.

So soll bereits die abstrakte Gefahr eines Zugriffs (von US-Geheimdiensten) deutlich erhöhte Anforderungen an die Zuverlässigkeitsprüfung des Auftragsverarbeiters (gemeint ist Microsoft) durch die verantwortliche Stelle auslösen.

Fazit:

Die DSK schraubt die Anforderungen an einen datenschutzkonformen Einsatz von Microsoft 365 mit ihren neuesten Stellungnahmen drastisch in die Höhe. Ein Unternehmen, welches Microsoft 365 einsetzen möchte oder bereits im Einsatz hat, wird die gestellten Anforderungen kaum oder nur mit extrem hohem Aufwand erfüllen können.

Vorsichtige Unternehmen, die sich auf keine Unsicherheiten einlassen wollen, können daher nach wie vor nur auf den Einsatz von Microsoft 365 verzichten und müssen auf die lokal installierbaren Versionen des Office-Pakets von Microsoft zurückgreifen.

Im Ergebnis halten wir die Anforderung der DSK jedoch für überzogen und teilweise deutlich über die DS-GVO hinausgehend.

Kein Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte bei fehlender Benennungsverpflichtung

Betriebliche Datenschutzbeauftragte dürfen gemäß Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO aufgrund der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich – über die Vorgaben der DS-GVO hinausgehend – dazu entschlossen, betriebliche Datenschutzbeauftragte mit einem Sonderkündigungsschutz auszustatten (Vgl. §§ 6 Abs. 4, 38 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz – BDSG).

Das Landesarbeitsgericht Hamm hat kürzlich entschieden, dass dieser Sonderkündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte von nichtöffentlichen Stellen nur dann eingreift, wenn eine Benennungspflicht besteht (LAG Hamm, Urt. v. 06.10.2022, Az.: 18 Sa 271/22).

In dem vom LAG Hamm entschiedenen Fall war die beklagte Arbeitgeberin gesetzlich nicht verpflichtet, einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Die Beklagte hatte gleichwohl einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellt.

*Datenschutzbeauftragte
nichtöffentlicher Stellen
genießen nur dann
Sonderkündigungsschutz,
wenn eine gesetzliche
Pflicht zur Bestellung eines
Datenschutzbeauftragten
besteht.*

Das LAG Hamm hat zunächst betont, dass Art. 38 DS-GVO nicht vorschreibt, dass betrieblichen Datenschutzbeauftragten überhaupt Sonderkündigungsschutz eingeräumt werden müsste.

Das Gericht grenzt den Sonderkündigungsschutz von internen Datenschutzbeauftragten nichtöffentlicher Stellen systematisch anhand des Gesetzes mit Hilfe des Kriteriums der Benennungspflicht ab.

Besonderer Kündigungsschutz für solchermaßen freiwillig benannte Datenschutzbeauftragte nichtöffentlicher Stellen bestehe nicht. Sonderkündigungsschutz greife nur dann ein, wenn die verantwortliche Stelle zur Benennung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten gesetzlich verpflichtet sei.

Gegen das Urteil wurde Revision zum Bundesarbeitsgericht eingelegt.

Fazit:

Gemäß § 38 BDSG besteht eine Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten für nichtöffentliche Stellen nur dann, wenn regelmäßig mindestens 20 Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind oder wenn besonders eingriffsintensive Verarbeitungsvorgänge durchgeführt werden. Das EKD-Datenschutzgesetz sieht eine Bestellpflicht vor, wenn mindestens zehn Personen solchermaßen beschäftigt werden (§ 36 Abs. 1 Nr. 1 DSG-EKD).

Die Entscheidung des LAG Hamm ist im Ergebnis zu begrüßen. Verantwortliche Stellen, die keinen Datenschutzbeauftragten bestellen müssen, werden (sofern das Bundesarbeitsgericht die Entscheidung bestätigt) nicht mehr durch den drohenden Sonderkündigungsschutz von einer freiwilligen Bestellung abgehalten.

Konsequenterweise wird man bei verantwortlichen Stellen, die keiner gesetzlichen Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten unterliegen, im Fall der freiwilligen Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten eine Mindestvertragslaufzeit des Dienstleistungsvertrages verlangen können. Andernfalls läge ein Wertungswiderspruch im Vergleich zur freiwilligen Bestellung eines internen Datenschutzbeauftragten vor.