

# ***sfm-arbeitsrecht***

## *aktuell*

1. Halbjahr 2017

### **NEUES vom BAG**

**MB bei Facebook-Auftritt des AG – beamtenähnliche Versorgung – Personalgespräch bei AU – Befristung – betriebliche AV– fristlose Kündigung – fehlerhafte Massenentlassungsanzeige - Ausschlussfrist und Mindestlohn – Betriebsübergang – verdeckte Arbeitnehmerüberlassung – Diskriminierung Schwerbehinderter – Reinigungskosten von Arbeitskleidung – Mindestlohn für Bereitschaft – angemessene Verzinsung**

### **Weitere Themen**

- ▶ **Nebentätigkeit S. 4**
- ▶ **Verzicht auf Mitbestimmung durch BV S. 8**
- ▶ **nachvertragliches Wettbewerbsverbot S. 12**
- ▶ **Frisch am Tisch S. 13**
- ▶ **Neue Regeln zum Datenschutz S. 14**

## **(Kein) Hitzefrei am Arbeitsplatz**

Alle Jahre wieder stellt sich die Frage was man tun kann, wenn es am Arbeitsplatz heiß und stickig wird.

### **Arbeitgeber muss Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schützen**

Arbeitsrechtlicher Ausgangspunkt ist § 618 BGB, wonach der Arbeitgeber die „Räume, (...), so einzurichten und zu unterhalten (hat) (...), dass der Verpflichtete (also der Arbeitnehmer) gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.“ Ergänzt wird dies (zumindest theoretisch) durch das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB, wonach der Arbeitnehmer „die geschuldete Leistung verweigern“ kann, wenn er einen fälligen Anspruch gegen den Arbeitgeber hat und dieser noch nicht erfüllt wurde. Fälliger Anspruch in diesem Sinne könnte dann das zur Verfü-

gung stellen eines zumutbaren Arbeitsplatzes sein. Soweit die Theorie.

In der Praxis ist es so, dass trotz zahlreicher Normen eine exakte Bestimmung des unter Hitzege Gesichtspunkten Zulässigen schwer möglich ist.

### **Arbeitsschutzgesetz**

Ausgangspunkt ist § 3 Abs. 1 ArbSchG, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung von Gesundheitsaspekten zu treffen.

### **Arbeitsstättenverordnung**

Die Arbeitsstättenverordnung wiederum normiert in § 3a Abs. 1 S. 1, dass dafür zu sorgen sei, „dass Arbeitsstätten so eingerichtet und betrieben werden, dass Gefährdungen für die Sicherheit und die Gesund-

heit der Beschäftigten möglichst vermieden und verbleibende Gefährdungen möglichst gering gehalten werden.“

Der Anhang zur Arbeitsstättenverordnung beschreibt dann die Anforderungen an Arbeitsstätten schon etwas genauer. Ziff. 3.5 „Raumtemperatur“ fordert „eine gesundheitlich zuträgliche Raumtemperatur“.

### Arbeitsstättenrichtlinie

Die Arbeitsstättenrichtlinie 3.5 (ASR 3.5) definiert in 4.2. Abs. 3 dann eine Soll-Obergrenze von +26 °C. Dies wird dann aber für den Fall von Außenlufttemperaturen von über +26 °C in Ziff. 4.4 wieder relativiert. Liegen die Außenlufttemperaturen über dieser Grenze und die Innenraumtemperatur ebenfalls, so sollen (lediglich) zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden.

Als beispielhafte Maßnahmen werden angeführt:

- a) effektive Steuerung des Sonnenschutzes (z. B. Jalousien auch nach der Arbeitszeit geschlossen halten)
- b) effektive Steuerung der Lüftungseinrichtungen (z. B. Nachtauskühlung)
- c) Reduzierung der inneren thermischen Lasten (z. B. elektrische Geräte nur bei Bedarf betreiben)
- d) Lüftung in den frühen Morgenstunden
- e) Nutzung von Gleitzeitregelungen zur Arbeitszeitverlagerung
- f) Lockerung der Bekleidungsregelungen
- g) Bereitstellung geeigneter Getränke (z. B. Trinkwasser)

Bei über 30 °C müssen wirksame Maßnahmen ergriffen werden, wobei technische und organisatorische Maßnahmen personenbedingten Maßnahmen vorgehen. Schließlich ist sogar eine Tätigkeit bei über 35 °C denkbar, wobei dann jedoch Luftduschen, Entwärmungsphasen oder Hitzeschutzkleidung erforderlich wären (4.4. Abs. 3).

### Kein eigenmächtiges Hitzefrei

Da bis auf in extremen Ausnahmefällen ein gesetzliches absolutes Verbot der Tätigkeit nicht ersichtlich sein wird bzw. die persönliche Ein-

sen, welche klimatischen Bedingungen aus medizinischer Sicht eine Arbeitsleistung als unzumutbar erscheinen lassen. Dies wird aber nur in speziellen medizinisch begründeten Fällen möglich sein.

### Arbeitnehmer haben Recht aus § 17 ArbSchG

Handelt der Arbeitgeber nicht von alleine, unter anderem um die Erhöhung des Unfallrisikos einzudämmen oder aber auch dem signifikanten Abfall der Leistungsfähigkeit ab Temperaturen über 22 °C entgegenzuwirken, so kann der Arbeitnehmer

# *sfm bei twitter:*

## @sfmarbeitsrecht

schätzung des Arbeitnehmers nicht unbedingt mit der eines späteren Richters übereinstimmen muss, ist von individueller Arbeitsverweigerung dringend abzuraten.

### Bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen zum Arzt

Wenn andererseits das hitzebedingte Unwohlsein so stark wird, dass eine relevante gesundheitliche Beeinträchtigung zu konstatieren ist, sollte der Arzt aufgesucht werden, da nur ein solcher in der konkreten Situation eine Arbeitsunfähigkeit wirklich bescheinigen kann. Vorbelastete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können sich auch im Vorfeld medizinisch attestieren las-

sich nach § 17 ArbSchG mit Vorschlägen an den Arbeitgeber wenden und wenn das nichts hilft auch an die Arbeitsschutzbehörden.

### Betriebsrat hat Aufgabe und auch Mitbestimmungsrecht

Gleichzeitig hat der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG auf die Einhaltung der zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze hinzuwirken. Neben dieser Verpflichtung besteht auch die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG i.V.m. § 3a ArbStättV. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass bei akuten Handlungspflichten der Arbeitgeber nicht darauf verweisen darf, erst eine Gefährdungsbeurteilung zu erstellen.

Im Rahmen der Mitbestimmung können auch Abhilfemaßnahmen ohne vorherige Gefährdungsbeurteilung erfolgen.

RA Michael Fleischmann

### **BAG bejaht Mitbestimmung des Betriebsrats bei Facebook-Auftritt des Arbeitgebers**

Ermöglicht der Arbeitgeber auf seiner Facebook-Seite für andere Facebook-Nutzer die Veröffentlichung von sogenannten Besucher-Beiträgen (Postings), die sich nach ihrem Inhalt auf das Verhalten oder die Leistung einzelner Beschäftigter beziehen, ist die Mitbestimmung des Betriebsrats im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eröffnet.

*BAG vom 13. Dezember 2016 - 1 ABR 7/15., teilw. Aufhebung von LAG Düsseldorf vom 12. Januar 2015 - 9 TaBV 51/14, zit. nach PM des BAG Nr. 64/16*

### **Vertraglicher Verzicht auf beamtenähnliche Versorgung war wirksam - Inhaltskontrolle**

Hat der Arbeitgeber die Zusage einer an der Beamtenversorgung orientierten Gesamtversorgung streitig gestellt und den Übergang in ein anderes System angeboten, so bleibt es für diejenigen, die dem zustimmten, dabei, auch wenn sich später herausstellt, dass der ursprünglich streitig gestellte Anspruch wirklich bestand. Das BAG kam zu der Auffassung, dass mit seiner Erklärung aus dem Jahr 2010 der Kläger ein Angebot der Beklagten angenommen habe, das auch die Aufgabe des Anspruchs auf Erteilung des Versorgungsrechts enthielt. Der Inhalt der Vereinbarung war nicht unklar oder überraschend. Die Vertragsänderung unterliegt der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht. Prüfungsmaßstab ist das § 779 BGB zugrunde liegende Rechtsprinzip, welches eine Streitbeilegung durch gegenseitiges Nachgeben vorsieht. Die Inhaltskontrolle geht nach Ansicht des BAG zugunsten der Beklagten aus, da die Vertragsänderung nicht unangemessen sei und sonstige Rechtsgründe dem Kläger nicht zur Seite stünden.

*BAG vom 15. November 2016 - 3 AZR 539/15, Bestätigung von LAG München vom 6. August 2015 - 3 Sa 254/15, zit. nach PM des BAG Nr. 61/16 (ebenso: 3 AZR 507/15, 3 AZR 579/15, 3 AZR 580/15, 3 AZR 582/15, 3*

# **BAG-Splitter**

## **2. Halbjahr 2016**

Bitte beachten, dass Wiedergabe stark verkürzt ist und damit eine Übertragung auf ähnliche, nicht identische Fälle immer erst zu prüfen ist.

*AZR 729/15, 3 AZR 182/16 bis 3 AZR 184/16).*

### **Keine Teilnahmepflicht an einem Personalgespräch während der Arbeitsunfähigkeit**

Ein durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung hinderter Arbeitnehmer ist regelmäßig nicht verpflichtet, auf Anweisung des Arbeitgebers im Betrieb zu erscheinen, um dort an einem Gespräch zur Klärung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeit teilzunehmen.

Während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit ist es dem Arbeitgeber allerdings nicht schlechthin untersagt, mit dem erkrankten Arbeitnehmer in einem zeitlich angemessenen Umfang in Kontakt zu treten, um mit ihm im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen die Möglichkeiten der weiteren Beschäftigung nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit zu erörtern. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber hierfür ein berechtigtes Interesse aufzeigt. Der arbeitsunfähige Arbeitnehmer ist jedoch nicht verpflichtet, hierzu auf Anweisung des Arbeitgebers im Betrieb zu erscheinen, es sei denn, dies ist ausnahmsweise aus betrieblichen Gründen unverzichtbar und der Arbeitnehmer ist dazu gesundheitlich in der Lage.

*BAG vom 2. November 2016 - 10 AZR 596/15, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 17. Juli 2015 - 6 Sa 2276/14, zit. nach PM des BAG Nr. 59/16*

### **Tarifvertragliche Ausweitung sachgrundloser Befristungen**

Eine tarifliche Regelung, die die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren bei fünfmaliger Verlängerungsmöglichkeit zulässt, sei wirksam, so das BAG. Der durch § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG eröffnete Gestaltungsrahmen der

Tarifvertragsparteien sei jedoch aus verfassungs- und unionsrechtlichen Gründen nicht schrankenlos.

*BAG vom 26. Oktober 2016 - 7 AZR 140/15, Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 9. Dezember 2014 - 17 Sa 892/14 zit. nach PM des BAG Nr. 58/16*

### **Fristlose Kündigung eines LKW-Fahrers wegen Drogenkonsums am freien Wochenende**

Ein Berufskraftfahrer darf seine Fahrtüchtigkeit nicht durch die Einnahme von Substanzen wie Amphetamin oder Methamphetamin („Crystal Meth“) gefährden. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung kann die außerordentliche Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Droge vor oder während der Arbeitszeit konsumiert wurde, so der sechste Senat. Das LAG hatte dies noch anders gesehen. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung müssten die sich aus der Einnahme von Amphetamin und Methamphetamin für die Tätigkeit eines Berufskraftfahrers typischerweise ergebenden Gefahren strenger gewürdigt werden.

*BAG vom 20. Oktober 2016 - 6 AZR 471/15, Aufhebung von LAG Nürnberg vom 6. Juli 2015 - 7 Sa 124/15 - zit. nach PM des BAG Nr. 57/16*

### **Versicherungsmathematische Abschläge bei vorzeitigem Rentenbezug keine Benachteiligung wegen der Behinderung**

Sieht eine Versorgungsordnung bei der Inanspruchnahme der Betriebsrente vor Erreichen der üblichen, „festen Altersgrenze“ Abschläge vor, liege darin keine unerlaubte Benachteiligung wegen einer Behinderung, so der Dritte Senat des BAG. Eine unmittelbare aber auch eine mittelbare Benachteiligung nach § 3

## Nebentätigkeit erlaubt?

Viele Arbeitnehmer sind heutzutage auf einen Zusatzverdienst angewiesen oder wollen sich durch eine Nebentätigkeit schlicht einen Ausgleich schaffen. Egal aus welchem Grund, die Frage, ob man eine Nebentätigkeit neben seinem Hauptarbeitsverhältnis ausüben darf, ist eine Thema, das viele Arbeitnehmer betrifft. Wir möchten dies nachfolgend kurz darstellen und aufzeigen, was es dabei zu beachten gilt.

### Grundsatz

Aus dem Grundrecht der freien Berufswahl nach Art. 12 GG ergibt sich grundsätzlich, dass der Arbeitnehmer in der Verwendung seiner Arbeitskraft frei ist. Diese Freiheit gilt auch für die Aufnahme einer beruflichen Nebentätigkeit. Nicht „berufliche“ Tätigkeiten wie Ehrenämter können sich auf das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG stützen. Eine Nebentätigkeit ist also zunächst einmal zulässig - unabhängig davon, ob sie entgeltlich, unentgeltlich, selbständig oder unselbständig ausgeübt wird.

Das Recht, eine Nebentätigkeit aufzunehmen, besteht jedoch nicht gänzlich schrankenlos. Einschränkungen können sich aus entgegenstehenden Interessen des Arbeitgebers, Gesetz oder vertraglichen Regelungen ergeben.

### Entgegenstehende Interessen des Arbeitgebers

Eine Nebentätigkeit kann vom Arbeitgeber dann untersagt werden, wenn er hierfür ein entgegenstehendes Interesse darlegen kann. Dies setzt voraus, dass die Nebentätigkeit geeignet ist, die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers oder ein sonstiges „berechtigtes Interesse“ des Arbeitgebers wesentlich zu beeinträchtigen.

Angenommen wird dies beispielsweise dann, wenn die Nebentätigkeit den Arbeitnehmer zeitlich oder körperlich so beansprucht, dass seine Leistungsfähigkeit wesentlich eingeschränkt wird.

Ein entgegenstehendes Interesse des Arbeitgebers wurde von der Rechtsprechung auch anerkannt, wenn die Nebentätigkeit geeignet ist, die Wahrnehmung des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit negativ zu beeinträchtigen (vgl. BAG v. 28.02.2002, Az: 6 AZR 357/01: Nebentätigkeit eines Krankenpflegers als Leichenbestatter).

Vorsicht ist während einer Arbeitsunfähigkeit geboten. Die Nebentätigkeit darf den Heilungsprozess nicht gefährden. Eine körperlich stark beanspruchende Tätigkeit dürfte dem Heilungsprozess z. B. bei einem

*weiter auf nächster Seite*

Abs. 2 AGG scheidet aus. Liegen die Voraussetzungen eines frühen Renteneintritts auch bei nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern vor, so müssen diese ebenfalls Abschlüsse hinnehmen. BAG vom 13. Oktober 2016 - 3 AZR 439/15, Rückverweisung bei grundsätzlicher Bestätigung von Hessisches LAG Urteil vom 8. Juli 2015 - 6 Sa 257/14 – zit. nach PM des BAG Nr. 54/16

Anm. d. Redaktion: Ob das der EuGH auch so sieht?

### Fehlerhafte Massenentlassungsanzeige führt zur Unwirksamkeit der Kündigung

Wird in einer Massenentlassungsanzeige der Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat nicht korrekt dargelegt, ist eine dem folgende Kündigung gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG iVm. § 134 BGB nichtig.

Verhandelt der Arbeitgeber in einem weiteren – wegen der Fehlerhaftigkeit des ersten erforderlichen - Konsultationsverfahren über die Wiedereröffnung und ist der Betriebsrat im Rahmen der Verhandlungen nicht bereit, die Bedingungen zu erfüllen, darf der Arbeitgeber die entsprechenden Verhandlungen als gescheitert ansehen.

BAG vom 22. September 2016 - 2 AZR 276/16, teilw. Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 24. Februar 2016 - 15 Sa 1953/15 - zit. nach PM des BAG Nr. 52/16

### Einseitiges Recht zur Verzinsung eines Versorgungskapitals muss unter Beachtung von § 315 BGB ausgeübt werden

Bestimmt eine Betriebsvereinbarung, dass ein dem Arbeitnehmer im Versorgungsfall zustehendes Versorgungskapital in zwölf Jahresraten auszuzahlen und mit einem marktüblichen Zinssatz zu verzinsen ist, den der Arbeitgeber festlegt, hat er die Grundsätze billigen Ermessens nach § 315 BGB zu beachten. Die Bestimmung des Zinssatzes orientiert an der Rendite für Nullkuponanleihen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik (0,87 vH) ist nicht unbillig.

BAG vom 30. August 2016 - 3 AZR 272/15, Bestätigung von LAG Nürnberg vom 9. März 2015 - 7 Sa 64/14 - zit. nach PM des BAG Nr. 47/16

### Kein Betriebsübergang bei Rettungsdiensten wegen fehlender Identitätswahrung

## ... Nebentätigkeit ...

Bandscheibenvorfall wohl entgegenstehen. Anders kann die Beurteilung ausfallen, wenn es sich nur um eine geistige Tätigkeit handelt. Es kommt also auf die Art der Erkrankung und die Art sowie den Umfang der Nebentätigkeit an.

Untersagt ist schließlich eine Konkurrenz­­tätigkeit zum Arbeitgeber - wobei strittig ist, ob auch eine nur geringfügige Unterstützungshandlung für einen Wettbewerber bereits eine verbotene Konkurrenz­­tätigkeit darstellt.

### Grenze Arbeitsschutzgesetz

Bei Ausübung einer Nebentätigkeit sind die Vorgaben der Arbeitsschutz­­gesetzte, z. B. des **Arbeitszeitgesetzes** (ArbZG) und **Bundesurlaubs­­gesetzes** (BurlG) zu beachten.

Gem. § 2 I S. 1 Hs. 2 ArbZG sind Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen. Es ist also darauf zu achten, dass die Nebentätigkeit nicht zu einer Überschreitung der sich aus § 3 ArbZG ergebenden täglichen Höchst­­arbeitszeit oder zu einer Unterschreitung der Ruhezeit gem. § 5 ArbZG führt.

Während des Urlaubs darf zudem gem. § 8 BurlG keine „dem Urlaubszweck widersprechende“ Erwerbstätigkeit ausgeübt werden. Ist die Erholung des Arbeitnehmers durch die Nebentätigkeit gefährdet, ist diese zu unterlassen. Wurde die Nebentätigkeit jedoch bereits vorher über einen längeren Zeitraum neben der Haupt­­tätigkeit ausgeübt, muss nicht doppelt Urlaub beantragt werden.

### Genehmigungs-, Zustimmungs- und Anzeigepflichten

Im Weiteren können sich Einschränkungen aus gesetzlichen oder vertraglichen Regelungen durch Genehmigungs-, Zustimmungs- und Anzeigepflichten ergeben.

Besondere Regelungen finden sich im Beamtenrecht, das in verschiedenen Vorschriften ausdrücklich Genehmigungs- oder Anzeigepflichten vorsieht (vgl. §§ 99 ff BBG, Landesbeamten­­gesetze und Nebentätigkeits­­verordnungen).

Für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gilt dieser Genehmigungsver­­behalt seit der Ablösung des BAT durch den TVöD nicht mehr. Gemäß § 3 Abs. 3 TVöD / § 3 Abs. 4 TV-L muss die Nebentätigkeit gegen Entgelt dem Arbeitgeber nunmehr nur **rechtzeitig vorher schriftlich angezeigt** werden. Unentgeltliche Tätigkeiten sind hiervon also ausgenommen. Der Arbeitgeber kann die angezeigte Nebentätigkeit wiederum nur *weiter auf S. 6*

Ein Betriebs­­(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen im Rahmen einer Gesamtbewertung berücksichtigt werden, ohne dass Teilaspekte isoliert betrachtet werden dürfen. Trotz Übernahme der Beschäftigten (mit neuen Verträgen) und Nutzung der gleichen (weil eigenen) Gebäude verneinte der Achte Senat die notwendige Identitätswahrung. In der ausführlichen Begründung führte es aus, dass die Identität des Rettungsdienstes auch durch die Einsatzfahrzeuge, die nicht übernommen wurden, entscheidend mitgeprägt werde. Dies gelte selbst dann, wenn diese bereits abgeschrieben seien.

*BAG vom 25. August 2016 - 8 AZR 53/15, Bestätigung von LAG Sachsen-Anhalt vom 26. November 2014 - 4 Sa 274/13, zit. nach PM des BAG Nr. 45/16*

Anm. d. Red.: Falls jemand fragt: Nein, wir können das beim besten Willen nicht nachvollziehen.

### Standardmäßige vertragliche Ausschlussfristen kann Mindestentgeltanspruch nicht vernichten und ist daher insgesamt unwirksam

Eine vom Arbeitgeber als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte arbeitsvertragliche Ausschlussfristenregelung, die auch den Anspruch auf das Mindestentgelt nach § 2 der am 1. August 2010 in Kraft getretenen Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (PflegeArbBV) erfasst, verstößt im Anwendungsbereich dieser Verordnung gegen § 9 Satz 3 in Verbindung mit § 13 AEntG und ist deshalb unwirksam. Das gilt auch für andere Ansprüche, als das Mindestentgelt, da die Klausel nicht (teil-)aufrechterhalten werden kann; dem steht das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB entgegen.

*BAG vom 24. August 2016 - 5 AZR 703/15, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 17. September 2015 - 6 Sa 1328/14 - zit. nach PM des BAG Nr. 44/16*

Anm. d. Red. Ob dies auch auf den allgemeinen Mindestlohn übertragen werden kann, ist in der Rechtsprechung umstritten



## ... Nebentätigkeit ...

untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der vertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers oder berechnigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.

Die Nebentätigkeit ist also grundsätzlich erlaubt, solange der Arbeitgeber diese nicht berechnigt untersagt oder unter Auflagen stellt.

Zu beachten sind tarifliche Sonderregelungen für verschiedene Tätigkeitsbereiche, die weitergehende Anforderungen enthalten können. Tarifverträge und insbesondere Arbeitsverträge können neben bloßen Anzeigepflichten auch Zustimmungspflichten enthalten, wonach vor Aufnahme einer Nebentätigkeit die Zustimmung des Arbeitgebers eingeholt werden muss (**sog. Erlaubnis mit Zustimmungsvorbehalt**).

Dies bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber immer frei entscheiden kann, ob er die Zustimmung zu einer Nebentätigkeit erteilt oder nicht. Er kann die Zustimmung vielmehr nur verweigern, wenn er ein berechnigtes Interesse an der Unterlassung der Nebentätigkeit darlegen kann. Kann er dies nicht, besteht ein Rechtsanspruch auf Zustimmung.

Ein absolutes Verbot, das jede Nebentätigkeit grundsätzlich untersagt, wäre unwirksam.

Unabhängig von geregelten Anzeige- oder Zustimmungspflichten ist noch zu beachten, dass die Rechtsprechung ausnahmsweise auch dann von einer eigenständigen Pflicht zur Anzeige durch den Arbeitnehmer ausgeht, wenn die Interessen des Arbeitgebers bedroht sind.

### Fazit

Grundsätzlich ist die Ausübung einer Nebentätigkeit innerhalb der gesetzl. Vorgaben erlaubt. Gesetzliche, tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Anzeige-, Genehmigungs-, bzw. Zustimmungserfordernisse sind vor Ausübung einer Nebentätigkeit immer zu beachten, um sich keinen arbeitsrechtlichen Sanktionen auszusetzen. Wird die Nebentätigkeit zu Unrecht untersagt, oder verweigert der Arbeitgeber seine Zustimmung, kann eine Klärung durch eine Klage zum Arbeitsgericht herbeigeführt werden. Die Darlegungslast für die Untersagungs- oder Zustimmungsverweigerungsgründe trägt der Arbeitgeber.

*Angelika Daumoser, RAin*

2014 - 9 Sa 546/13 - zit. nach PM des BAG Nr. 43/16

Anm. d. Red. Auf den Dreh muss man erst mal kommen;{

### Bejahte Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG bei Nichteinladung eines schwerbehinderten Bewerbers im Öffentlichen Dienst

Nach § 82 Satz 2 SGB IX ist der öffentliche Arbeitgeber verpflichtet, schwerbehinderte Bewerber/innen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Nach § 82 Satz 3 SGB IX ist eine Einladung entbehrlich, wenn dem schwerbehinderten Bewerber/der schwerbehinderten Bewerberin die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. „Offensichtlich“ fachlich nicht geeignet ist nur, wer „unzweifelhaft“ nicht dem Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht. § 82 Satz 3 SGB IX ist nur ein Ausnahmetatbestand. Die Nichteinladung begründet dann die Vermutung, dass der Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung aus dem Auswahlverfahren vorzeitig ausgeschieden und dadurch benachteiligt wurde.

BAG vom 11. August 2016 - 8 AZR 375/15, Bestätigung von Hessisches LAGUrteil vom 2. Juni 2015 - 8 Sa 1374/14 - zit. nach PM des BAG Nr. 42/16

### Bei fehlerhafter Ermessensentscheidung des Arbeitgebers zu Bonus erfolgt Leistungsbestimmung durch das Gericht

Sieht ein Arbeitsvertrag vor, dass der Arbeitgeber über die Höhe eines Bonusanspruchs nach billigem Ermessen zu entscheiden hat, unterliegt diese Entscheidung der vollen gerichtlichen Überprüfung. Entspricht die Entscheidung nicht billigem Ermessen, ist sie gemäß § 315 Abs. 3 BGB unverbindlich und die Höhe des Bonus durch das Gericht auf Grundlage des Vortrags der Parteien festzusetzen.

Grundlage ist dafür der Sachvortrag der Parteien; eine Darlegungs- und Beweislast im prozessualen Sinn gibt es nicht. Äußert sich der bestimmungsberechtigte Arbeitgeber zu bestimmten Faktoren nicht, geht dies nicht zu Lasten des Arbeitnehmers. Von diesem kann kein Vortrag zu Umständen verlangt werden, wie zB der Höhe eines Bonustopfes, die außerhalb seines Kenntnisbereichs liegen. Auf die Erhebung einer Auskunftsklage kann er re-

### Sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis im Anschluss an ein Heimarbeitsverhältnis möglich

Ein Arbeitsvertrag kann auch dann ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren kalendermäßig befristet werden, wenn zwischen

den Parteien zuvor ein Heimarbeitsverhältnis bestanden hat. Ein Heimarbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 1 HAG sei kein Arbeitsverhältnis im Sinne von § 14 Abs. 2 TzBfG, so der siebte Senat BAG vom 24. August 2016 - 7 AZR 342/14, Bestätigung von LAG Köln vom 14. Februar

gelmäßig nicht verwiesen werden. Vielmehr ist die Leistung durch das Gericht aufgrund der aktenkundig gewordenen Umstände (zB Höhe der Leistung in den Vorjahren, wirtschaftliche Kennzahlen, Ergebnis einer Leistungsbeurteilung) festzusetzen. Eine gerichtliche Leistungsfestsetzung scheidet nur dann ausnahmsweise aus, wenn jegliche Anhaltspunkte hierfür fehlen. Dies war hier entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht der Fall.

*BAG vom 3. August 2016 - 10 AZR 710/14, Aufhebung und Rückverweisung von Hessisches LAG vom 10. April 2014 - 19 Sa 1266/13 - zit. nach PM des BAG Nr. 41/16*

### **Auch nur teilw. Verletzung der Friedenspflicht beim Streik führt zu Schadensersatzanspruch**

Ein Streik, dessen Kampfziel auch auf die Durchsetzung von Forderungen gerichtet ist, welche die in einem Tarifvertrag vereinbarte Friedenspflicht verletzen, ist rechtswidrig. Er verpflichtet bei schuldhaftem Handeln zum Ersatz der dem Kampfgegner entstandenen Schäden. Die streikführende Gewerkschaft kann nicht einwenden, die Schäden wären auch bei einem Streik ohne Friedenspflichtverletzende Forderungen entstanden. Vorliegend diente der Streik der Durchsetzung einer Schlichterempfehlung, in der aber auch die Modifizierung von ungekündigten Bestimmungen des Tarifvertrags enthalten war.

*BAG vom 26. Juli 2016 - 1 AZR 160/14, Aufhebung und Rückverweisung von Hessisches LAG vom 5. Dezember 2013 - 9 Sa 592/13 - zit. nach PM des BAG Nr. 38/16*

Anm. d. Red.: Die Ansprüche der dritt-betroffenen Fluggesellschaften hingegen wurden zurückgewiesen.

### **Ausschluss aus kollektivem Betriebsrentensystem nur wenn individuelle Zusage annähernd gleichwertig**

Arbeitnehmer, denen einzelvertraglich eine betriebliche Altersversorgung zugesagt wurde, dürfen nur dann vollständig von einem auf einer Betriebsvereinbarung beruhenden kollektiven Versorgungssystem ausgenommen werden, wenn die Betriebsparteien im Rahmen des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraums davon ausgehen können, dass diese Arbeitnehmer im Versorgungsfall typischerweise eine zumindest annähernd gleichwertige Versorgung erhalten.

*BAG vom 19. Juli 2016 - 3 AZR 134/15, Zurückverweisung von Hessisches LAG vom 22. Oktober 2014 - 6 Sa 106/14 - zit. nach PM des BAG Nr. 37/16*

**Kein Recht zur Hinzuziehung eines Rechtsanwalts bei Einsicht in die Personalakte, wenn ...** Das Recht eines Arbeitnehmers, in die über ihn geführten Personalakten Einsicht zu nehmen und hierzu ein Mitglied des Betriebsrats hinzuzuziehen begründet keinen Anspruch auf Einsichtnahme unter Hinzuziehung eines Rechtsanwalts. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erlaubt, für sich

Der gesetzliche Mindestlohn ist für jede geleistete Arbeitsstunde zu zahlen, also auch für Bereitschaftszeiten, während derer sich der Arbeitnehmer an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort - innerhalb oder außerhalb des Betriebs - bereithalten muss, um bei Bedarf die Arbeit aufzunehmen.

Der Fünfte Senat bejaht zwar den Anspruch auf gesetzlichen Mindestlohn für Bereitschaftszeit, nimmt jedoch eine monatsbezogene Gesamtberechnung vor. Zusammen mit dem Normallohn ergibt sich nämlich ein Durchschnitt der höher als der gesetzliche Mindest-

## ***sfm-rechtssprechungsdatenbank***

<http://www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/mandanteninfo.html>

Benutzername: betriebsrat / Passwort: sfm-muc

Kopien von den Schriftstücken in seinen Personalakten zu fertigen.

*BAG vom 12. Juli 2016 - 9 AZR 791/14, Bestätigung von LAG Nürnberg vom 10. Oktober 2014 - 8 Sa 138/14 - zit. nach PM des BAG Nr. 36/16*

### **Rechtsfolge verdeckter Arbeitnehmerüberlassung nach alter Rechtslage**

Besaß ein Arbeitgeber die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kam nach der bis 31.03.2017 geltenden Gesetzeslage zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem Entleiher auch dann kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers nicht als Arbeitnehmerüberlassung, sondern als Werkvertrag bezeichnet worden ist (verdeckte Arbeitnehmerüberlassung).

*BAG vom 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15, Bestätigung von LAG Baden-Württemberg vom 7. Mai 2015 - 6 Sa 78/14 - zit. nach PM des BAG Nr. 35/16*

### **Gesetzlicher Mindestlohn auch für Bereitschaftszeiten, aber schöngerechnet**

lohn ist, der Arbeitnehmer subventioniert sich also die Bereitschaftszeiten selbst. *BAG vom 29. Juni 2016 - 5 AZR 716/15, Bestätigung von LAG Köln vom 15. Oktober 2015 - 8 Sa 540/15 - zit. nach PM des BAG Nr. 33/16*

### **Kosten der Reinigung von Hygienekleidung in Schlachtbetrieben**

Ist ein Arbeitgeber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass seine Arbeitnehmer saubere und geeignete Hygienekleidung tragen (hier lebensmittelverarbeitender Betrieb) hat er die Reinigung dieser Kleidung auf eigene Kosten vorzunehmen. Er kann diese nicht einseitig dem Arbeitnehmer aufbürden.

*BAG vom 14. Juni 2016 - 9 AZR 181/15, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 3. Februar 2015 - 11 Sa 1238/14 - zit. nach PM des BAG Nr. 31/16*

### **Heilung einer fehlerhaften Unterrichtung über Massenentlassung**

Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 KSchG muss sich die Unterrichtung des Betriebsrats im Rahmen des Konsultationsverfahrens auch auf die betroffenen Berufsgruppen beziehen. Bei einer beabsichtigten Entlassung aller Arbeitnehmer wegen Stilllegung des Betriebs kann eine unterbliebene Unterrichtung

über die Berufsgruppen durch eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats wonach er seinen Beratungsanspruch als erfüllt ansieht, geheilt werden.

*BAG vom 9. Juni 2016 - 6 AZR 405/15, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 29. Juni 2015 - 8 Sa 1534/14 - zit. nach PM des BAG Nr. 30/16*

### **Einengung der Voraussetzungen des Institutionellen Rechtsmissbrauchs bei Befristungskette im Hochschulbereich**

Die Befristung eines Arbeitsvertrags kann trotz Vorliegens eines Sachgrunds für die Befristung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (sehr lange Gesamtdauer des Beschäftigungsverhältnisses und/oder eine außergewöhnlich hohe Anzahl von aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträgen) unwirksam sein. Dies gilt grundsätzlich auch für Befristungen im Hochschulbereich.

Beschäftigungszeiten im Hochschulbereich jedoch, die der wissenschaftlichen Qualifikation des Mitarbeiters dienen, sind unabhängig davon, ob diesen Arbeits- oder Beamtenverhältnisse auf Zeit zugrunde liegen, nicht zu werten.

*BAG Urteil vom 8. Juni 2016 - 7 AZR 259/14, Aufhebung und Rückverweisung von Sächsisches LAG Urteil vom 6. März 2014 - 6 Sa 676/13 - zit. nach PM des BAG Nr. 29/16*  
Bearbeitung: RA M. Fleischmann

## **Verzicht auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Betriebsvereinbarung? Wozu soll das gut sein?**

In der betrieblichen Praxis verzichten Betriebsräte viel häufiger als angenommen auf die Wahrnehmung ihrer Mitbestimmungsrechte. Und dabei geht es keineswegs um die vielen unregulierten Bereiche, in denen zwar grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht bestünde, aber sich die Dinge im Betrieb ebenso entwickelt haben, dass alle mehr oder weniger mit dem unregulierten Zustand leben können und daher niemand die Initiative zur Regelung ergreift. Nein, es geht vielmehr um Betriebsvereinbarungen, in denen Betriebsräte auf ein nach dem Gesetz bestehendes Mitbestimmungsrecht verzichten. Dies kommt häufig vor, führt keineswegs immer (jedoch gelegentlich) dazu, dass die entsprechende Bestimmung in der Betriebsvereinbarung unwirksam wird. Darüber handelt der folgende Aufsatz.

### **Vollständiger oder teilweiser Verzicht?**

„Betriebsräte, die ihre Rechte nicht wahrnehmen, taugen nichts.“ Wie jede Verallgemeinerung ist auch dieser Satz unzutreffend, trägt aber auch viel Wahrheit in sich. Natürlich ist es sinnwidrig, wenn Betriebsräte nicht das tun, für was sie gewählt wurden. Und ein Betriebsrat, der alles den Arbeitgeber alleine machen lässt, verdient den Namen nicht. So weit, so schlecht. Aber kann der Betriebsrat denn auf Rechte verzichten, wenn die Arbeitnehmer etwas davon haben?

### **Der (manchmal sinnvolle) Teilverzicht**

Der Prototyp des (durchaus sinnvollen) Verzichts auf ein Mitbestimmungsrecht ist die Betriebsvereinbarung zur gleitenden Arbeitszeit. Der Betriebsrat hat nach § 87 I 2 und 3 BetrVG das Recht, bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen und Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage sowie bei der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit mitzubestimmen. Bei der gleitenden Arbeitszeit wird typischerweise dieses Recht des Betriebsrats, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit festzulegen innerhalb bestimmter Grenzen an die Arbeitnehmer übertragen. Diese können meistens in den Grenzen eines Gleitzeitrahmens und immer noch häufig unter Beachtung einer Anwesenheitspflicht während der Kernarbeitszeit selbst entscheiden, wann sie kommen und gehen. In diesen Fällen verzichtet der Betriebsrat auf die Festlegung eines konkreten Beginns oder eines konkreten Endes der Arbeitszeit zu Gunsten der von ihm vertretenen Kolleginnen und Kollegen. Dies ist nicht zu beanstanden, vielmehr nutzt der Betriebsrat sein eingeräumtes Mitbestimmungsrecht um den Arbeitnehmern solche Freiräume in bestimmten, in der Betriebsvereinbarung festgelegten Grenzen einzuräumen.



## Der (unwirksame) vollständige Verzicht

Jedoch darf sich der Betriebsrat seiner gesetzlichen Mitbestimmungsrechte nicht in der Substanz begeben. Eine Vereinbarung, mit der er dem Arbeitgeber im Kernbereich des Mitbestimmungstatbestands die Letztentscheidungsbefugnis überlässt, ist nach der Rechtsprechung (BAG 26.04.2005 - 1 AZR 76/04, NZA 2005, 892) unwirksam. Sehr häufig finden sich solche Regelungen dort, wo der Arbeitgeber nach der vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Theorie des Dotierungsrahmens mitbestimmungsfrei entscheiden kann, ob er eine freiwillige Leistung gewährt oder nicht. Zuweilen verbinden Arbeitgeber eine Entscheidung darüber, ob sie eine solche Leistung gewähren mit dem Wunsch, dass sie selbst über die Verteilung solcher Leistungen entscheiden können. Natürlich ist eine solche Verknüpfung rechtswidrig. *„Mit einem solchen Vorgehen würde dem Betriebsrat angesonnen, sich der einseitigen Entscheidung der Arbeitgeberin bedingungslos zu unterwerfen und damit auf sein gesetzliches Mitgestaltungsrecht zu verzichten. Meinungsverschiedenheiten über die Höhe der Anrechnung bei den einzelnen Arbeitnehmern im Rahmen des von der Arbeitgeberin vorgegebenen Einsparvolumens sind im Verhandlungswege oder erforderlichenfalls durch Spruch der Einigungsstelle zu überwinden (BAG vom 26.5.1998 AP Nr. 98 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung).“* Mit dieser Begründung hatte das Arbeitsgericht München (15a BV 209/00) bereits am 18.10.2000 eine Einigungsstelle eingesetzt, die die Verteilungsgrundsätze bei der Anrechnung von übertariflichen Zulagen auf eine Tariflohnerhöhung festsetzen sollte. Was aber, wenn der Betriebsrat einer solchen Erpressung nachgibt und im Rahmen einer Betriebsvereinbarung unterschreibt, dass der Arbeitgeber die freiwillige Leistung selbst verteilen darf?

In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall ging es um eine Leistungsprämie, mit der die Erbringung einer überdurchschnittlichen Leistung honoriert werden sollte. Der Gesamtbetriebsrat war originär nach § 50 Abs. 1 BetrVG zuständig, er regelte die Verteilung der Prämien mit dem Arbeitgeber so, dass zur Ausgestaltung der zu treffenden Festlegungen eine örtliche Kommission gebildet wurde, die aus dem Vorgesetzten und dem zuständigen Betriebsrat bestand. Diese Kommissionen sollten die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten bei der Verteilung

der Leistungsprämie festlegen. Im Konfliktfall hat der Arbeitgeber bei einer Pattsituation die Letztentscheidungsbefugnis.

Das Bundesarbeitsgericht stellte die Unwirksamkeit einer solchen Betriebsvereinbarung schon wegen des darin enthaltenen unzulässigen Verzichts des Gesamtbetriebsrats auf den Kern des Mitbestimmungsrechts bei der Ausgestaltung der Leistungsprämie fest und führte weiter aus, dass es deswegen nicht mehr darauf ankäme, ob Gesamtbetriebsrat und Arbeitgeber die Ausfüllung der Rahmenregelung dann auf paritätische Kommissionen übertragen dürften (die das BAG ebenfalls für unwirksam ansah).

## Unsere Kooperationspartner in Düsseldorf und Hamburg:

silberberger.lorenz.towara, Düsseldorf  
<http://slt-arbeitsrecht.de/>

Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg  
<http://gsp.de/>

Zusammen 30 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im Arbeitsrecht auf Seiten der ArbeitnehmerInnen und ihrer Vertretungen

In seiner Entscheidung vom 03.06.2003 - 1 AZR 349/02 (NZA 2003, 1155) hatte der 1. Senat des BAG hingegen verneint, dass der Betriebsrat in unzulässiger Weise auf sein Mitbestimmungsrecht verzichtet hat, weil in der zu beurteilenden Betriebsvereinbarung über Mehrarbeit zwar dem Arbeitgeber weitgehende Freiheit eingeräumt worden war, aber das für die Abforderung von Überstunden einzuhaltende Verfahren, der insgesamt und bezogen auf die einzelnen Arbeitnehmer zulässige Höchstumfang einer Heranziehung, die Verteilung des benötigten Zeitvolumens auf die einzelnen Arbeitnehmer, die Pflicht zur Beachtung des Freiwilligkeitsgrundsatzes und der zu gewährende Ausgleich für abgerufene Überstunden im Einzelnen vorgegeben waren. Hier war die Betriebsvereinbarung nicht unwirksam, weil der Betriebsrat die für die Mitbestimmung unabdingbaren „wesentlichen Punkte mitgestaltete, insbesondere bestimmte Grundsätze und Kriterien oder im Einzelnen geregelte Voraussetzungen für die Umsetzung durch den Arbeitgeber aufstellte“ (ErfK/Kania BetrVG § 77 Rn. 42).

## Und in der Praxis?

Zuweilen ist es nur ein schmaler Grat, auf den sich der Betriebsrat bei der Formulierung einer Betriebsvereinbarung begibt. Natürlich kann man zu Gunsten der vom Betriebsrat vertretenen Kolleginnen und Kollegen auf die Wahrnehmung bestimmter Mitbestimmungsrechte verzichten, wenn und soweit dies dann zur Erweiterung des Spielraums der einzelnen Arbeitnehmer führt. Doch wo ist die Grenze? Sicher jedenfalls dort, wo dem Arbeitgeber am Ende ein Alleinentscheidungsrecht eingeräumt wird, ohne dass er sich dabei an allgemeine Regeln halten muss. Ein Beispiel:

Die früher so häufige Kernarbeitszeit wird in immer mehr Betrieben, die Gleitzeit praktizieren abgeschafft. Dennoch besteht der Bedarf, dass hin und wieder alle Arbeitnehmer eine Abteilung zusammenkommen, um z.B. Abteilungsbesprechungen durchzuführen. Wird dem Arbeitgeber dabei das Recht eingeräumt, einseitig die zeitliche Lage der Besprechung zu bestimmen und damit eine Anwesenheitspflicht während der Gleitzeit für alle ohne jede Einschränkung zu verordnen, würde dem Arbeitgeber das Recht zugestanden werden, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit jedenfalls in diesen Fällen alleine zu bestimmen. Das wäre dann ein vollständiger Verzicht auf die insoweit bestehenden Mitbestimmungsrechte.

Vereinbart der Betriebsrat hingegen, dass solche Teambesprechungen nur höchstens einmal im Monat und nach vorheriger Ankündigung von wenigstens zwei Werktagen vom Arbeitgeber einseitig angeordnet werden dürfen, verzichtet der Betriebsrat nicht in unzulässiger Weise auf sein Mitbestimmungsrecht, weil Grundsätze und Kriterien oder im Einzelnen geregelte Voraussetzungen für die Umsetzung durch den Arbeitgeber vorgegeben werden.

Letztlich kommt es also darauf an, ob der Betriebsrat sich in der Substanz seiner Mitbestimmungsrechte entäußert (das kann nie sinnvoll sein) oder ob er den von ihm vertretenen Kolleginnen und Kollegen Bewegungsfreiheit verschafft, indem er nur Rahmenregelungen schafft, innerhalb derer der einzelne Arbeitnehmer selbstbestimmte Entscheidungen treffen kann. Hier kann keine allgemeine Aussage getroffen werden: In manchen Betrieben muss der Betriebsrat die kleinste Kleinigkeit bis ins letzte Detail regeln, um so die Kollegen z.B. vor anhaltender Überlastung zu schützen. Woanders bedarf es keiner knallharten Re-

gelung, weil die Betriebskultur ein verantwortungsbewusstes und selbstständiges Handeln geschaffen hat, ohne dass dies von der Arbeitgeberseite missbraucht wird.

## Not- und Eilfälle

Immer wieder liest man in betrieblichen Regelungen, dass der Arbeitgeber im Fall von Not- und Eilfällen die erforderlichen Maßnahmen, z.B. die Anordnung von Mehrarbeit treffen kann, ohne den Betriebsrat zuvor zu beteiligen. Die Eilbedürftigkeit der Maßnahme lässt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aber nicht entfallen (BAG 02.03.1982 - 1 ABR 74/79). Dies ergibt sich schon aus der Umkehrung einer Bestimmung, die der Gesetzgeber für Betriebsräte auf Seeschiffen, die so genannte Bordvertretung in § 115 Abs. 7 Z. 4 BetrVG getroffen hat: *„In Angelegenheiten, die der Mitbestimmung der Bordvertretung unterliegen, kann der Kapitän, auch wenn eine Einigung mit der Bordvertretung noch nicht erzielt ist, vorläufige Regelungen treffen, wenn dies zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Schiffsbetriebs dringend erforderlich ist.“* Daraus kann unschwer geschlossen werden dass das, was der Kapitän zur Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Schiffsbetriebs machen darf eben keineswegs von jedem anderen Arbeitgeber auch vorgenommen werden darf. Denn eine entsprechende Anordnungsbefugnis für Arbeitgeber außerhalb eines Seeschiffes fehlt im Betriebsverfassungsgesetz. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 19.02.1991 - 1 ABR 31/90 angenommen, dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) könne entnommen werden, dass in extremen Notsituationen der Arbeitgeber das Recht habe, vorläufig zur Abwendung akuter Gefahren oder Schäden eine (mitbestimmungspflichtige) Maßnahme ohne Beteiligung des Betriebsrats durchzuführen, wenn er die Beteiligung des Betriebsrats unverzüglich nachholt.

Bei gleichliegenden, immer wieder auftretenden Eilfällen kann der Betriebsrat nach der Rechtsprechung des BAG seine Zustimmung zu den mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen hingegen auch im Voraus erteilen (BAG 02.03.1982, a.a.O.). Aber solche Eilfälle müssen hinreichend klar beschrieben werden. Nicht nur, weil die Abgrenzung zwischen Eilfall und Notfall im Einzelnen sicher nicht leicht zu treffen ist,

sondern auch, weil der Betriebsrat ohne hinreichend klare Bestimmungen, wann und unter welchen Umständen der Arbeitgeber von einer solchen Befugnis Gebrauch machen darf, sein Mitbestimmungsrecht unmittelbar und umfassend (also vollständig) aufgibt und eben keine Grundsätze und Kriterien oder im Einzelnen geregelte Voraussetzungen für die Umsetzung durch den Arbeitgeber vorgegeben werden. Ob es im Einzelfall sinnvoll ist, das Mitbestimmungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen in Eilfällen einzuschränken, muss jeder Betriebsrat nach der jeweiligen Situation im Betrieb entscheiden. Denn Eilfälle in diesem Sinn können ja nur solche Umstände sein, die der Arbeitgeber selbst nicht direkt beeinflussen kann und bei denen ein Abwarten bis zur Beteiligungsmöglichkeit des Betriebsrats so unzumutbare Folgen hätte, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen eindeutig zu Gunsten des Arbeitgebers ausgeht. Das mag in jedem Betrieb anders zu beurteilen sein.

### **Vertragsstrafenvereinbarung bei Verletzung von Mitbestimmungsrechten**

Immer wieder liest man in Prozessvergleichen zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten, dass sich der Arbeitgeber im Fall zukünftiger Verstöße gegen ein bestimmtes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verpflichtet, eine Vertragsstrafe an eine bestimmte soziale Einrichtung zu bezahlen. Das soll nach der Intention der Betriebsräte zweierlei bewirken: Die Strafzahlung soll den Arbeitgeber davon abhalten, Verletzungen des Mitbestimmungsrechts zu begehen und die Zahlung an die soziale Einrichtung soll zugleich einem guten Zweck dienen, denn das vom Gericht in der Zwangsvollstreckung zu verhängende Ordnungsgeld fließt ja „nur“ dem Staat zu. Eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, wonach der Arbeitgeber bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten an einen Dritten eine Vertragsstrafe zu zahlen hat, ist aber unwirksam. (LAG Hessen, 2. 12. 2010 – 5 TaBV 115/10 NZA-RR 2011, 302)

Nach der Rechtsprechung des BAG (19.01.2010 - 1 ABR 62/08) können die Betriebsparteien keine Vereinbarung treffen, durch die sich der Arbeitgeber verpflichtet, an den Betriebsrat im Falle der Verletzung von Mitbestimmungsrechten eine Vertragsstrafe zu zahlen, weil der Betriebsrat nicht vermögensfähig ist. Aber auch Vertragsstrafen die an Dritte (z.B. soziale

Einrichtungen) für den Fall des Verstoßes gegen Mitbestimmungsrechte zu bezahlen sind, sind unwirksam. Auch solche Vereinbarungen widersprechen zwingenden betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen zur Gewährleistung der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung. Denn der Betriebsrat vereinbart damit ja nichts anderes als dass der Arbeitgeber sich nicht an das Mitbestimmungsrecht halten muss, wenn er nur die Vertragsstrafe bezahlt. Auch dieser „Ablasshandel“ ist eine besondere (aber eben auch unwirksame) Art, auf seine Mitbestimmungsrechte als Betriebsrat zu verzichten.

### **Fazit**

Dort, wo der Betriebsrat sich seiner Mitbestimmungsrechte in der Substanz vollständig begibt, ist eine entsprechende Regelung im unwirksam. Im Einzelfall mag es sinnvoll sein, teilweise auf die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten dort zu verzichten, wo dies im wohlverstandenen Interesse der Belegschaft liegt und zu mehr Spielräumen für die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer führt. So ein teilweiser Verzicht auf Mitbestimmungsrechte sind rechtlich nicht unwirksam. Ob sie sinnvoll sind, ist eine Frage der politischen Beurteilung im Betrieb. Nur um dem Arbeitgeber das Leben zu erleichtern, sollte kein Betriebsrat auf seine Rechte verzichten.

*Krikor R. Seebacher, RA*

**Kündigungsschutz  
Abfindung  
Gehaltsforderungen  
Betriebsverfassungsrecht  
Personalvertretungsrecht**

**Arbeitsrecht pur**

[www.sfm-arbeitsrecht.de](http://www.sfm-arbeitsrecht.de)



# Nicht zur Konkurrenz!

## Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot

Ja nicht zur Konkurrenz! Immer wieder enthalten Arbeitsverträge nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die dem Mitarbeiter für eine gewisse Dauer insbesondere eine Beschäftigung bei einem Konkurrenzunternehmen, dem Wettbewerber, unmöglich machen sollen.

Hier lohnt sich oftmals eine genaue Prüfung der arbeitsvertraglichen Regelung, denn viele dieser Wettbewerbsverbote erweisen sich nach Prüfung als unbeachtlich bzw. unverbindlich.

Die einschlägigen gesetzlichen Regelungen für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot finden sich in den §§ 74 ff. Handelsgesetzbuch (HGB). Die (altmodische) Diktion ergibt sich hier aus dem Handelsrecht: Der „Handlungsgehilfe“ ist als Arbeitnehmer zu lesen, der „Prinzipal“ entspricht dem Arbeitgeber.

§ 74 HGB besagt:

*„(1) Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit*

*nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen.*

*(2) Das Wettbewerbsverbot ist nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.“*

An § 74 Abs. 2 HGB scheitern bereits viele in Arbeitsverträ-

gen vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbote: Oftmals sind überhaupt keine oder in der Höhe zu geringe Entschädigungen - die so genannte Karenzentschädigung - für die Zeit des Verbots vereinbart. Ist lediglich eine zu geringe Karenzentschädigung vereinbart, wird das Wettbewerbsverbot als unverbindlich angesehen, fehlt die Karenzentschädigung vollständig, ist es nichtig.

Gemäß § 74 a Abs. 1 HGB ist ein Wettbewerbsverbot des Weiteren unverbindlich, wenn es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesse des Arbeitgebers dient, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers enthält oder für einen länger als zwei Jahre dauernden Zeitraum gelten soll. Bei einem unverbindlichen Wettbewerbsverbot hat der Arbeitnehmer grundsätzlich ein Wahlrecht, ob er sich an das Wettbewerbsverbot bei Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung halten will oder nicht.

Und was passiert, wenn der Mitarbeiter einen neuen Job bei einem Nicht-Wettbewerber antritt? Hier erfolgt nach § 74 c HGB die Anrechnung des dort erzielten anderweitigen Verdienstes auf die Karenzentschädigung, wobei sich das Prozedere nach § 74c HGB am Besten an einem Beispiel erläutern lässt:

### Beispiel:

Monatliches Bruttogehalt beim vorherigen Arbeitgeber 6.200 € an, mithin wäre die Höhe der (Mindest-)Karenzentschädigung 3.100 € nach § 74 Abs. 2 HGB. Monatsgehalt bei neuem Arbeitgeber 4.000 € brutto.

Tatsächlichen Karenzentschädigung pro Monat:

3.100 € (Karenzentschädigung) + 4.000 € (anderweitiger Verdienst) = 7.100 €  
 110 % des vorherigen Verdienstes beim früheren Arbeitgeber (6.200 €) = 6.820 €  
 Berechnung des übersteigenden Teils: 7.100 € – 6.820 € = 280 €

Diese 280 € sind also der übersteigende Teil, d.h. die Anrechnung des anderweitigen Verdienstes auf die Karenzentschädigung beträgt vorliegend 3.100 € – 280 € = 2.820 €.

Unser Arbeitnehmer müsste im Beispiel also eine monatliche Karenzentschädigung von 2.820 € erhalten.

Ist der Arbeitnehmer durch das Wettbewerbsverbot gezwungen worden, seinen Wohnsitz zu verlegen, fällt die Entschädigung bei Anrechnung anderweitigen Erwerbs regelmäßig höher aus, da sodann als Grundlage für den „übersteigenden Teil“ nicht 110 %, sondern 125 % zu Grunde zu legen sind, vgl. § 74 c Abs. 1 S. 2 HGB.

Zu beachten ist abschließend, dass ein Wettbewerbsverbot nur insoweit unverbindlich ist, als es die Grenzen des § 74a HGB überschreitet. Soweit sich das Wettbewerbsverbot im zulässigen Rahmen hält, bleibt es wirksam und muss vom Arbeitnehmer eingehalten werden. Es findet daher eine sog. geltungserhaltende Reduktion statt (vgl. Erfurter Kommentar, § 74a HGB, Rn. 5 mit vielen Hinweisen auf die Rspr).

Ob ein arbeitsvertragliches, nachvertragliches Wettbewerbsverbot nichtig oder ob und wenn ja, in welchem Umfang es unverbindlich ist, muss daher in jedem Einzelfall exakt geprüft und ggf. sogar eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden.

*Stefanie Duffner, RAin*

## Frisch am Tisch:

### **BAG vom 14.06.2017 – 7 AZR 597/15: Befristung eines Arztes in Ausbildung nur wenn Weiterbildung für Arbeitsverhältnis prägend**

Die zeitliche Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit einer Ärztin nach § 1 Abs. 1 Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (ÄArbVtrG) nur dann zulässig, wenn im Zeitpunkt der Befristungsvereinbarung die Prognose gerechtfertigt ist, dass eine „zeitlich und inhaltlich strukturierte Weiterbildung“ die Beschäftigung prägt.

*fl*

+++

### **LAG München vom 10.05.2017 – 11 Sa 941/16: Wiederaufleben des Beamtenverhältnisses als sachlicher Grund i.S.v. § 14 Abs. 1 TzBfG**

Die auflösende Bedingung, wonach bei Wiederaufleben des ruhenden Beamtenverhältnisses, das Arbeitsverhältnis endet, ist sachlich gerechtfertigt i.S.d. § 14 Abs. 1 TzBfG wegen der gesicherten Rückkehrmöglichkeit ins Beamtenverhältnis und Vermeidung einer Pflichtenkollision. Dies gilt auch dann, wenn die anschließende Weiterbeschäftigung im Rahmen des Beamtenverhältnisses mit einer Verringerung der Vergütung verbunden ist, weil und soweit über das Beamtenverhältnis und das damit verbundene Alimentationsprinzip eine Absicherung besteht. *br*

+++

### **LAG Rheinland-Pfalz vom 27.04.2017 – 5 Sa 497/16: Annahmeverzug des Arbeitgebers bei Betriebsferien**

Der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug, wenn er noch nicht urlaubsberechtigte, aber arbeitsbereite Arbeitnehmer während der Betriebsferien nicht beschäftigt. Eine abweichende Vereinbarung ist unzulässig, wenn nicht die beiderseitigen Interessen ausführlich abgewogen wurden. Hierfür muss jedenfalls feststehen, dass der Betrieb während der Betriebsferien stillliegt und dem nicht urlaubsberechtigten Arbeitnehmer keinerlei –ggf. auch außerhalb seines vertraglich geschuldeten Aufgabenbereichs– Gelegenheit zur Weiterarbeit bietet. *br*

+++

### **BAG vom 24.01.2017 – 1 AZR 774/14: Widerrufsvorbehalt in allgemeinen Geschäftsbedingungen ist doppelt zu prüfen**

Behält sich ein Arbeitgeber in einer im Arbeitsvertrag enthaltenen allgemeinen Geschäftsbedingung vor, eine Leistung zu widerrufen, so unterliegt die Klausel neben einer Inhaltskontrolle nach den §§ BGB § 305 ff. BGB der Ausübungskontrolle nach § 315 I BGB. Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe angegeben sein. Die Vertragsklausel muss außerdem die Richtung angeben, aus welchem Grund der Widerruf möglich sein soll.) *fl*

+++

## Generalanwalt beim EuGH: Wieder einmal: Verfall des Urlaubsanspruchs? – Schlussantrag vom 08.06.2017 – EuGH C-214/16)

Der EuGH beschäftigt sich derzeit (wieder einmal) mit der Frage, inwieweit Regelungen, welche ein Erlöschen von Urlaubsansprüchen vorsehen, mit Unionsrecht konform sind (C 214/16). Eine Entscheidung des EuGH steht noch aus, am 08.06.2017 erfolgte jedoch der Schlussantrag des Generalanwalts:

Hiernach sollen nach mitgliedstaatlichem Recht angeordnete zeitliche oder sonstige Beschränkungen eines Arbeitnehmers bei der Ausübung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub erst zur Anwendung kommen können, wenn der Arbeitgeber eine Möglichkeit zur Ausübung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub geschaffen hat, und dieser nicht genommen wurde. Wenn nie eine entsprechende Möglichkeit zur Wahrnehmung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub geschaffen wurde, soll gemäß Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 eine finanzielle Vergütung für die gesamte Dauer der Beschäftigung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldet sein.

Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH entscheiden wird. Sollte dieser jedoch im Sinne des Schlussantrags urteilen, dürfte u.U. auch die Regelung des § 7 Abs. 3 BUrlG und die Lösung ggf. über einen Schadenersatzanspruch in Frage stehen. *br*

+++

## LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 19.04.2017 – 3 SaGa 7/16: Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit potentiell Wettbewerber alleine kein Wettbewerbsverstoß

Die reine Aufnahme der Arbeit bei einem potenziellen Wettbewerber während des laufenden Arbeitsverhältnisses zum alten Arbeitgeber stellt für sich genommen jedenfalls dann kein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne der §§ 60, 61 HGB dar, wenn keine sonstigen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen des Arbeitnehmers hinzutreten, insbesondere wenn Arbeitsaufgaben bei neuem und altem Arbeitgeber unterschiedlich sind. *br*

+++

# Neue Regeln zum Datenschutz ab 2018

- EU-DSGVO und BDSG neu führen zu veränderten Anforderungen -

Die neue EU- DatenschutzGrundverordnung (EU-DSGVO) regelt ab 25.05.2018 Fragen des Datenschutzes neu. Der deutsche Gesetzgeber hat am 27.04.2017 ein Anpassungsgesetz zum BDSG verabschiedet, das dann ergänzend zur EU-DSGVO Anwendung findet.

Hier kommt auf Betriebs- und Personalräte einiges an Arbeit zu. Insbesondere, weil in Zukunft dann beide Regelwerke gleichzeitig beachtet werden müssen, sollte man sich die Querverbindungen mal in Ruhe ansehen. Wir wollen hier mal die zentrale Norm für den Arbeitnehmerdatenschutz im BDSGneu und seine Bezüge in der EU-DSGVO darstellen.

## BDSG neu 2017 - § 26 und Verweise

§ 26

### Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

(1) Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die **Begründung** eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen **Durchführung** oder **Beendigung** oder **zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich** ist.

Zur **Aufdeckung von Straftaten** dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nur dann verarbeitet werden, wenn zu dokumentierende **tatsächliche Anhaltspunkte** den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung **erforderlich** ist und das **schutzwürdige Interesse** der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

(2) Erfolgt die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten auf der Grundlage einer **Einwilligung**, so sind für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen. Freiwilligkeit kann insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr **Widerrufsrecht** nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2016/679 in Textform aufzuklären.

*Art. 7 Abs. 3:*

*Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.*

(3) Abweichend von Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 ist die **Verarbeitung besonderer Kategorien** personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

*Art. 9 Abs. 1:*

*Die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person ist untersagt.*

Absatz 2 gilt auch für die Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten; die Einwilligung muss sich dabei ausdrücklich auf diese Daten beziehen. § 22 Absatz 2 gilt entsprechend.

*§ 22 Abs. 2:*

*In den Fällen des Absatzes 1 sind angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen. Unter Berücksichtigung des Stands der Technik, der Implementierungskosten und der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der mit der Verarbeitung verbundenen Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen können dazu insbesondere gehören:*

- 1. technisch organisatorische Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Verarbeitung gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 erfolgt,*
- 2. Maßnahmen, die gewährleisten, dass nachträglich überprüft und festgestellt werden kann, ob und von wem personenbezogene Daten eingegeben, verändert oder entfernt worden sind,*

3. Sensibilisierung der an Verarbeitungsvorgängen Beteiligten,
4. Benennung einer oder eines Datenschutzbeauftragten,
5. Beschränkung des Zugangs zu den personenbezogenen Daten innerhalb der verantwortlichen Stelle und von Auftragsverarbeitern,
6. Pseudonymisierung personenbezogener Daten,
7. Verschlüsselung personenbezogener Daten,
8. Sicherstellung der Fähigkeit, Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der Systeme und Dienste im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich der Fähigkeit, die Verfügbarkeit und den Zugang bei einem physischen oder technischen Zwischenfall rasch wiederherzustellen,
9. zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung die Einrichtung eines Verfahrens zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen oder
10. spezifische Verfahrensregelungen, die im Fall einer Übermittlung oder Verarbeitung für andere Zwecke die Einhaltung der Vorgaben dieses Gesetzes sowie der Verordnung (EU) 2016/679 sicherstellen. Die Sätze 1 und 2 finden in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 Buchstabe b keine Anwendung.

(4) Die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, ist auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig. Dabei haben die Verhandlungspartner Artikel 88 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 zu beachten.

*Art 88 Abs. 2:*

*Diese Vorschriften [spezifische nationale Regelungen nach Art. 88 Abs. 1] umfassen angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz.*

(5) Der Verantwortliche muss geeignete Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass insbesondere die in Artikel 5 der Verordnung (EU) 2016/679 dargelegten **Grundsätze für die Verarbeitung** personenbezogener Daten eingehalten werden.

*Art. 5*

*(1) Personenbezogene Daten müssen*

- a) *auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, **Transparenz**“);*
- b) *für **festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke** erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden; eine Weiterverarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gilt gemäß Artikel 89 Absatz 1 nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken („**Zweckbindung**“);*
- c) *dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein („**Datenminimierung**“);*
- d) *sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand sein; es sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit personenbezogene Daten, die im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung unrichtig sind, unverzüglich gelöscht oder berichtigt werden („Richtigkeit“);*



- e) *in einer Form gespeichert werden, die die **Identifizierung der betroffenen Personen nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist**; personenbezogene Daten dürfen länger gespeichert werden, soweit die personenbezogenen Daten vorbehaltlich der Durchführung geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen, die von dieser Verordnung zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gefordert werden, ausschließlich für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke oder für wissenschaftliche und historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gemäß Artikel 89 Absatz 1 verarbeitet werden („Speicherbegrenzung“);*
- f) *in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet, einschließlich **Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung** und vor unbeabsichtigtem Verlust, unbeabsichtigter Zerstörung oder unbeabsichtigter Schädigung durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen („Integrität und Vertraulichkeit“);*
- (2) *Der Verantwortliche ist für die Einhaltung des Absatzes 1 verantwortlich und muss dessen Einhaltung nachweisen können („Rechenschaftspflicht“).*

(6) Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.

(7) Die Absätze 1 bis 6 sind **auch** anzuwenden, wenn personenbezogene Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten, von Beschäftigten verarbeitet werden, **ohne** dass sie in einem Dateisystem **gespeichert** sind oder gespeichert werden sollen.

(8) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, einschließlich der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Verhältnis zum Entleiher,
2. zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte,
3. Teilnehmerinnen und Teilnehmer an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sowie an Abklärungen der beruflichen Eignung oder Arbeitserprobung (Rehabilitandinnen und Rehabilitanden),
4. in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigte,
5. Freiwillige, die einen Dienst nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz oder dem Bundesfreiwilligendienstgesetz leisten,
6. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten,
7. Beamtinnen und Beamte des Bundes, Richterinnen und Richter des Bundes, Soldatinnen und Soldaten sowie Zivildienstleistende.

**Bewerberinnen und Bewerber** für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren **Beschäftigungsverhältnis beendet** ist, gelten als Beschäftigte.

## Vorschau:

Unter dem Titel **Neuer Datenschutz – Anpassung von Betriebsvereinbarungen?! Fragen und Antworten für die Praxis** wird im Oktober in der Zeitschrift *Arbeitsrecht im Betrieb - AiB* ein Gemeinschaftsbeitrag von Wolfgang Steen, Hamburg, Michael Fleischmann, München und Dr. Frank Lorenz, Düsseldorf erscheinen.



## Service:

Den Wortlaut des neuen Bundesdatenschutzgesetzes finden Sie auf unserer Homepage unter [http://www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/downloads/bdsg\\_2017\\_neu\\_inoff\\_vorabversion\\_sfm.pdf](http://www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/downloads/bdsg_2017_neu_inoff_vorabversion_sfm.pdf)

Der Text liegt im öffentlich zugänglichen Bereich unter START / ÖFFENTLICHE INFOS Dort sind auch frühere Ausgaben von sfm-aktuell zu finden und einiges mehr. Die Rechtsprechungsdatenbank und Beschlussvorlagen sind im geschützten Bereich. Zugangsdaten

## Impressum:

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht, seidlstr. 30, 80335 münchen  
tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - mail: [kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de](mailto:kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de)

Redaktion: Michael Fleischmann (fl), (verantwortlich i.S.d.P.), Angelika Daumoser, Barbara Renkl, Stefanie Duffner, Krikor R. Seebacher, dank an die weiteren Kolleginnen und Kollegen, die das Korrekturlesen übernommen haben

Hinweis: Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden. Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

alte Ausgaben der sfm-aktuell unter <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/start/archiv.php>

mehr Entscheidungen, insbes. vom ArbG und LAG München unter: <http://www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo/mandanteninfo.html> Benutzername „Betriebsrat“ und Passwort „sfm-muc“

und noch mehr auf twitter [@sfmarbeitsrecht](https://twitter.com/sfmarbeitsrecht)

**Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet**