

# ***sfm-arbeitsrecht***

## *aktuell*

2. Halbjahr 2019 – Dez.

### **NEUES**

#### **vom BAG**

Massenentlassungsanzeige -

**Wiedereingliederung** – Beschäftigungsanspruch

schwerbehinderter Menschen

– **Einsicht in Bruttolohn- und gehaltsliste** – **Datenschutz**

**und Betriebsrat** – **Urlaubsanspruch bei Elternzeit** – **Ur-**

**laubsanspruch bei Sonderurlaub** – **Abfindung in der Insolvenz** – **Information über Arbeitsunfälle** - **Verfall von Urlaub nur nach rechtzeitigen**

**Hinweisen** – **SP und Nachteilsausgleich** – **u. V. m.**

### **Weitere Themen**

- ▶ **Neue Gesetze 2020 S. 3**
- ▶ **Bruttolohn- und Gehaltslisten S. 6**
- ▶ **Data-Breach-Policies S. 8**
- ▶ **Der kleine Alltagshelfer für den BR S. 9**
- ▶ **Das GeschGehG S. 11**
- ▶ **EntgTranspG S. 12**
- ▶ **Frisch am Tisch S. 13**

## **"Industrieuntertanen zu Industriebürgern"**

**100 Jahre Betriebsrätegesetz – immer noch aktuell**

100 Jahre Frauenwahlrecht und 8-Stunden-Tag, das war 2019, wenn gleich nicht allzu öffentlich geehrt.

100 Jahre Betriebsräte gibt's nun in 2020. Ist das „alt“? Ist das „retro“? Nein, gar nicht. Selbst Arbeitgebervertreter loben ab und an das deutsche System der betrieblichen Mitbestimmung. Es bleibt aber ein ständiges Tauziehen, den Alleinentscheidungsansprüchen von Geschäftsführern und Vorständen die demokratisch legitimierte Beteiligung der Belegschaftsvertreter gegenüber zu stellen. Dies insb. auch vor dem Hintergrund, dass bonusgetriebene Geschäftsführer und Vorstände oft kurzfristigen Aktionismus einer langfristigen Beschäftigungsstrategie vorziehen. Wer nicht haftet und bald weiterzieht, tickt halt oft so.

Betriebsräte haben da eine wichtige Funktion, nämlich stets kritisch nachzufragen und Veränderungsprozesse ebenso kritisch zu begleit-

ten. Veränderung an sich ist unausweichlich, aber die Frage „zu wessen Nutzen“ muss gestellt werden. Es geht nicht (nur) darum, etwas „rauszuschlagen“, sondern in erster Linie darum, Arbeitsplätze zu erhalten und diese zukunftsfähig zu machen.

Dabei ist die gleiche Diskussion immer wieder zu führen, wie bereits 1920: Wieviel gegeneinander, wieviel *für* das Unternehmen. Der stark kritisierte § 1 sah damals bereits vor: *„Zur Wahrnehmung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellten) dem Arbeitgeber gegenüber und zur Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke....“*.

Betriebsräte müssen tagtäglich um ihr Selbstverständnis ringen. Die ominöse „vertrauensvolle Zusammenarbeit“ gebietet nicht „Unterordnung“, sondern ein offenes Ringen, um den richtigen Weg.

*Michael Fleischmann, RA*

## Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG – Versendung der Kündigung vor Zugang der Anzeige bei Agentur für Arbeit

Die nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige kann auch dann wirksam erstattet werden, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt ihres Eingangs bei der Agentur für Arbeit

bereits zur Kündigung entschlossen ist, diese also bereits unterzeichnet und zum Arbeitnehmer unterwegs ist.

Das LAG Baden-Württemberg hat noch die Auffassung vertreten, dass die Massenentlassungsanzeige erst die Agentur für Arbeit erreichen müsse, bevor der Arbeitgeber die Kündigungsentcheidung treffe, was sich in der Unterzeichnung des Kündigungsschreibens manifestiere. Dem folgte das BAG nicht, wagte jedoch auch nicht die vom EuGH ausdrücklich gemachten Vorgaben anzugehen, wonach die Kündigung erst dann erfolgen, d.h. dem Arbeitnehmer zugehen darf, wenn die Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit eingegangen ist. *BAG, Urteil vom 13. Juni 2019 - 6 AZR 459/18, Aufhebung zur Zurückweisung von LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. August 2018 - 12 Sa 17/18 - zit nach PM des BAG Nr. 25/19*

**Hinweis:** Das nach § 17 Abs. 2 KSchG durchzuführenden Konsultationsverfahren ist gesondert von der Anzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG zu prüfen

## Bei begründeten Zweifeln kann stufenweise Wiedereingliederung abgelehnt werden

Arbeitgeber sind nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX (aF bis 31. Dezember 2017, jetzt § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX) zwar verpflichtet, an einer Maßnahme der stufenweisen Wiedereingliederung eines Schwerbehinderten/Gleichgestellten derart mitzuwirken, dass er diesen entsprechend den Vorgaben des Wiedereingliederungsplans beschäftigt, eine begründete Befürchtung des Betriebsarztes an der Geeignetheit kann dem jedoch entgegenstehen.

*BAG, Urteil vom 16. Mai 2019 - 8 AZR 530/17, Aufhebung von Hessisches LAG, Urteil vom 7. August 2017 - 7 Sa 232/17 – zit. nach PM des BAG Nr. 22/19*

# BAG-Splitter

## Berichtszeitraum: 1. Halbjahr 2019

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

**Hinweis:** in Literatur wird die Pflicht an sich pauschal abgelehnt, was aber eben nicht für Schwerbehinderte/Gleichgestellte in gleichem Maße gilt. Insofern ist die Entscheidung im Grundsatz durchaus positiv

## Organisationsänderung als unternehmerische Entscheidung kann Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen entgegenstehen

Schwerbehinderte können nach § 164 Abs. 4 SGB IX (*früher: § 81 Abs. 4 SGB IX*) von ihrem Arbeitgeber – bis zur Grenze der Zumutbarkeit – die Durchführung des Arbeitsverhältnisses entsprechend ihrer gesundheitlichen Situation verlangen. Dies führt aber nicht zu einer umfassenden Beschäftigungsgarantie. Der Arbeitgeber kann eine Organisationsänderung durchführen, die den bisherigen Arbeitsplatz des Schwerbehinderten entfallen lässt. Der besondere Schutz greift dann erst bei der Prüfung anderweitiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.

*BAG, Urteil vom 16. Mai 2019 - 6 AZR 329/18, Bestätigung von LAG Hamm, Urteil vom 5. Januar 2018 - 16 Sa 1410/16 - zit nach PM des BAG Nr. 21/19*

## Einsicht in Bruttolohn- und -gehaltsliste nicht durch Datenschutz eingeschränkt

Steht dem Betriebsrat ein Anspruch nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG zu, ist die von § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG verlangte Erforderlichkeit einer damit verbundenen Datenverarbeitung gegeben. Das Einsichtsrecht ist nicht auf anonymisierte Listen beschränkt. *BAG, Beschluss vom 7.5.2019 - 1 ABR 53/17, Bestätigung von LAG Hamm vom 19. September 2017 - 7 TaBV 43/17, zit. nach Volltext; siehe hierzu auch den Beitrag von Seebacher an anderer Stelle im Heft*

## Datenschutz und Betriebsrat – keine Anonymisierung von Auskünften

Umfasst ein allgemeiner Auskunftsanspruch des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG eine besondere Kategorie personenbezogener Daten (sensitive Daten im datenschutzrechtlichen Sinn), muss dieser zur Wahrung der Interessen der von der Datenverarbeitung betroffenen Arbeitnehmer angemessene und spezifische Schutzmaßnahmen treffen.

Eine Anonymisierung der Auskünfte (Fälle der Schwangerschaft von Arbeitnehmerinnen) darf der Arbeitgeber nicht machen, wenn die vorgenannte Voraussetzung erfüllt ist.

*BAG, Beschluss vom 9. April 2019 – 1 ABR 51/17, Rückverweisung von LAG München, Beschluss vom 27.9.2017 - 11 TaBV 36/17, zit. nach Volltext (zur Prüfung, ob hinreichende Schutzmaßnahmen im BR gegeben sind).*

## Kürzung von Urlaubsansprüchen wegen Elternzeit

Der gesetzliche Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG kann für den Zeitraum der Elternzeit vom Arbeitgeber nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG gekürzt werden. Das ist nicht unionsrechtswidrig (*EuGH 4. Oktober 2018 - C-12/17 - [Dicu] Rn. 29 ff.*).

Die Kürzungserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Es ist ausreichend, wenn dem Arbeitnehmer - abweichend von seinem Urlaubsverlangen - nur ein gekürzter Urlaub gewährt wird oder für ihn aufgrund sonstiger Umstände erkennbar ist, dass der Arbeitgeber sein Kürzungsrecht ausüben will (Rn. 31). Im bestehenden Arbeitsverhältnis kann der Arbeitgeber sein Kürzungsrecht vor, während und nach dem Ende der Elternzeit ausüben (Rn. 35). Nicht mehr kürzbar ist ein Urlaubsabgeltungsanspruch (Rn. 34). *BAG, Urteil vom 19. März 2019 - 9 AZR 362/18 –Bestätigung von LAG Hamm,*

Urteil vom 31. Januar 2018 - 5 Sa 625/17 – zit. nach PM des BAG Nr. 16/19 sowie VT

### Unbezahlter Sonderurlaub führt zu gesetzlichem Urlaubsanspruch in Höhe von Null

Das BAG hat seine bisherige arbeitnehmerfreundlichere Rechtsprechung (BAG 14.3.2017 – BAG 9 AZR 7/16, und BAG 6.5.2014 – 9 AZR 678/12) aufgegeben und kommt nun dazu, für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs bei unbezahltem Sonderurlaub den Umfang der Arbeitspflicht im Entstehungsjahr für die Berechnung heranzuziehen. Dies führt nun dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr, in dem er sich durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht. Der tarifliche Urlaub war unstrittig aufgrund einer tariflichen Kürzungsklausel nicht gegeben.

BAG, Urteil vom 19. März 2019 - 9 AZR 315/17, Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20. Juni 2017 - 11 Sa 2068/16 – zit. nach PM des BAG Nr. 15/19

### Auflösungsabfindungsanspruchs nach §§ 9, 10 KSchG - insolvenzrechtlicher Rang

Stellt erst der Insolvenzverwalter einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG und löst das Gericht das Arbeitsverhältnis daraufhin auf, ist die Abfindung nach § 10 KSchG eine Masseverbindlichkeit, die nach § 53 InsO vorweg und damit voll zu leisten ist. Das gilt auch dann, wenn die ursprüngliche Kündigung noch vom ursprünglichen Arbeitgeber erklärt worden ist. Selbst die schriftsätzliche Ankündigung des Auflösungsantrags vor Insolvenzeröffnung schadet nicht, wenn sie dem Kläger nicht zugestellt worden ist. Maßgeblich war hier der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, in der der Antrag dann (wirklich) gestellt wurde. BAG, Urteil vom 14. März 2019 - 6 AZR 4/18 - Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19. April 2017 - 4 Sa 329/16 – zit. nach PM des BAG Nr. 13/19

**Hinweis:** Normalerweise erfolgt eine Zustellung eingereichter Schriftsätze so, dass die Einreichung bei Gericht zwar nur zur Anhängigkeit, dann aber die Zustellung des Schriftsatzes zur Rechtshängigkeit führt.

## Einführung neuer Gesetze

Spektakuläre neue gesetzliche Regelungen im Bereich des Arbeitsrechts gab es in der letzten Zeit nicht und diese sind auch zu Beginn des neuen Jahres Fehlannonce. Folgende Regelungen sollen jedoch nicht unerwähnt bleiben:

### Fachkräfteeinwanderungsgesetz

Die Politik beugt sich dem Druck (insbesondere) der Wirtschaft. Am 01.03.2020 tritt das Fachkräfteeinwanderungsgesetz in Kraft. Bisher war der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt für Beschäftigte aus Nicht-EU-Staaten stark eingeschränkt. Zugang hatten im Wesentlichen nur akademisch ausgebildete Fachkräfte. Unter der Neuregelung haben Fachkräfte mit einer beruflichen Qualifikation in allen Berufen die Möglichkeit, ein Visum oder einen Aufenthaltstitel zur Beschäftigung zu erhalten. Voraussetzung ist der Nachweis der Gleichwertigkeit der Qualifikation sowie eines konkreten Arbeitsplatzangebotes. Eine Beschränkung auf Mangelberufe sowie eine Vorrangprüfung finden nicht mehr statt. Darüber hinaus sieht das Gesetz erweiterte Möglichkeiten des Aufenthalts zur beruflichen Anerkennung und zur Arbeitssuche vor.

Flankierend wird ein schnelleres Visumverfahren eingeführt, um einen beschleunigten Einsatz von Fachkräften zu ermöglichen. Hierfür müssen Arbeitgeber eine Vereinbarung mit der örtlich zuständigen Ausländerbehörde abschließen. Bei Vorliegen der vollständigen Unterlagen sowie Zustimmung der Ausländerbehörde zur Einreise, soll die Fachkraft innerhalb von drei Wochen einen Termin in der Auslandsvertretung und innerhalb weiterer drei Wochen das Visum erhalten.

### Paketboten-Schutz-Gesetz

Noch vor dem für die Beschäftigten besonders anstrengenden Weihnachtsgeschäft ist am 23.11.2019 das Paketboten-Schutz-Gesetz in Kraft getreten. Anders als der Name vermuten lässt, fällt in den Anwendungsbereich auch die stationäre Bearbeitung von Paketen, d.h. das Sortieren von Paketen in den Verteilzentren. Ziel ist es, mit einer sog. Nachunternehmerhaftung sicherzustellen, dass Unternehmen, die einen Auftrag an einen Nachunternehmer weiter vergeben, für die abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge haften. Führt der Subunternehmer keine Beiträge ab muss im Zweifel der Hauptunternehmer „einspringen“. Mit dem Gesetz soll –so das zuständige Ministerium- „der Ausbeutung ein Riegel vorgeschoben werden“. Klingt erstmal nach einem guten Plan. Ein Blick auf die Fleischbranche, bei welcher eine vergleichbare Regelung bereits 2017 eingeführt wurde, macht allerdings eher skeptisch.

*weiter auf nächster Seite*

## ... neue Gesetze

Zudem werden schon in der gesetzlichen Regelung selbst umfassende Haftungsausschlüsse definiert: Krankenkassen und Berufsgenossenschaften können einem Nachunternehmer, der die Sozialbeiträge bisher ordnungsgemäß abgeführt hat eine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ ausstellen. Wird ein Auftrag an einen Subunternehmer weitergegeben, der eine derartige Bescheinigung vorlegen kann, ist das Unternehmen von der Haftung für Sozialversicherungsbeiträge befreit, wenn der Subunternehmer diese entgegen früherem „Wohlverhalten“ doch nicht abführt. Es bleibt also abzuwarten, wie sich das neue Gesetz in der Praxis bewähren wird.

### Gesetz für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)

Die Bezahlung in der Pflegebranche soll gerechter werden. Mit diesem ehrgeizigen Ziel ist im November ist das Gesetz für bessere Löhne in der Pflege (kurz: Pflegelöhneverbesserungsgesetz) in Kraft getreten. Insbesondere in der Altenpflege sollen durch verbesserte Bedingungen dringend erforderliche Pflegekräfte gewonnen werden. Nach Angaben der Bundesregierung werden derzeit lediglich 20 % der Beschäftigten in der Altenpflege zu tariflichen Bedingungen beschäftigt. Der niedrige Pflegemindestlohn, der zudem keine Differenzierung zwischen Hilfs- und Fachkräften vornimmt, konnte hier kaum Anreize für Beschäftigte schaffen. Ein Eingreifen der Politik war also überfällig. Die Altenpflege ist mittlerweile ein ebenso gewinnträchtiger wie umkämpfter Wirtschaftszweig. Insbesondere kommerzielle Arbeitgeber in der Altenpflege stellen sich besseren Arbeitsbedingungen und Tarifverträgen entgegen. Damit sich die Arbeitsbedingungen der Pflegekräfte verbessern, kann das Bundesarbeitsministerium mit dem neuen Gesetz Tarifverträge in der Pflegebranche für allgemeinverbindlich erklären. Ver.di und der Pflegeverband BVAP führen bereits Verhandlungen über einen entsprechenden Tarifvertrag für Beschäftigte in der Altenpflege mit dem Ziel einer Allgemeinverbindlichkeit. Die nächste Verhandlungsrunde ist für Februar 2020 geplant.

Mehr unter <https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/das-aendert-sich-im-neuen-jahr.html>

RAin Barbara Renkl

### Unterrichtung des Betriebsrats auch über Arbeitsunfälle von Fremdpersonal im Betrieb

Nach § 89 Abs. 2 BetrVG muss der Betriebsrat vom Arbeitgeber bei allen im

Zusammenhang mit dem Arbeitsschutz und der Unfallverhütung stehenden Fragen hinzugezogen werden. Damit korrespondiert ein entsprechender Auskunftsanspruch des Betriebsrats, der

auch Unfälle umfasst, die Arbeitnehmer erleiden, die weder bei der Arbeitgeberin angestellt, noch deren Leiharbeiter sind. Aus den Arbeitsunfällen des Fremdpersonals können arbeitsschutzrelevante Erkenntnisse für die betriebszugehörigen Arbeitnehmer, für die der Betriebsrat zuständig ist, gewonnen werden, was für den Auskunftsanspruch genügt.

BAG, Beschluss vom 12. März 2019 - 1 ABR 48/17, Aufhebung von LAG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. Juli 2017 - 21 TaBV 15/16 zit. nach PM des BAG Nr. 12/19

### Kündigung des Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederverheiratung endgültig unwirksam

Die (vermeintliche) Loyalitätspflicht, keine nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der katholischen Kirche ungültige Ehe zu schließen, war im Hinblick auf die Art der Tätigkeiten des Klägers und die Umstände ihrer Ausübung keine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung. Die Vereinbarung im Dienstvertrag, mit der die Grundordnung des kirchlichen Dienstes in Bezug genommen wurde, ist gem. § 7 Abs. 2 AGG unwirksam, soweit dadurch das Leben in kirchlich ungültiger Ehe als schwerwiegender Loyalitätsverstoß bestimmt ist.

BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 - 2 AZR 746/14, Bestätigung von LAG Düsseldorf, Urteil vom 1. Juli 2010 - 5 Sa 996/09 nach zwischenzeitlicher Anrufung des EuGH, Urteil vom 11. September 2018 - C-68/17, zit. nach PM des BAG Nr. 10/19

### Verfall von Urlaubsansprüchen nur bei rechtzeitigen Hinweisen des Arbeitgebers

Der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt hat und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Entgegen der Annahme des LAG München zwingt § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG den Arbeitgeber zwar nicht, dem Arbeitnehmer von sich aus Urlaub zu gewähren, es obliegt ihm aber die Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Der Arbeitgeber ist gehalten, „konkret und in völliger Transpa-



renz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn - erforderlichenfalls förmlich - auffordert, dies zu tun“ (EuGH). Der Arbeitgeber hat damit klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass der Urlaub am Ende des Bezugszeitraums oder eines Übertragungszeitraums verfallen wird, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nimmt.

*BAG, Urteil vom 19. Februar 2019 - 9 AZR 541/15, Zurückweisung von LAG München, Urteil vom 6. Mai 2015 - 8 Sa 982/14 – zit. nach PM des BAG Nr. 9/19*

**Mindestehedauer ist unangemessene Benachteiligung für Hinterbliebenenversorgung**

Eine in den AGB enthaltene Versorgungsregelung, nach der die Hinterbliebenenversorgung entfällt, wenn im Zeitpunkt des Todes des Versorgungsberechtigten die Ehe nicht mindestens zehn Jahre bestanden hat, benachteiligt den unmittelbar Versorgungsberechtigten unangemessen und ist daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

Orientiert sich eine Ausschlussklausel an willkürlich ge-griffenen Zeitspannen, ohne inneren Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis und zum verfolgten Zweck, so ist eine unangemessene Benachteiligung des Versorgungsberechtigten gegeben, weil der Zweck der Hinterbliebenenversorgung durch eine solche zehnjährige Mindestehedauer gefährdet ist.

*BAG, Urteil vom 19. Februar 2019 - 3 AZR 150/18, Aufhebung von Hessisches LAG, Urteil vom 29. November 2017 - 6 Sa 486/17 zit. nach PM des BAG Nr. 8/19*

**Verrechenbarkeit von Sozialplanabfindung und (höherem) Nachteilsausgleich**

Abfindungen aufgrund eines Sozialplans und aufgrund eines gesetzlichen Nachteilsausgleichs nach § 113 Abs. 1 und Abs. 3 BetrVG sind verrechenbar, so der erste Senat des BAG. Die Zahlung eines Nachteilsausgleichs erfülle auch die Sozialplanforderung, da der Zweck beider betriebsverfassungsrechtlicher Leistungen weitgehend deckungsgleich sei. Das klingt auf den ersten Blick wie gehabt. Das „weitgehend“ und die Tatsache, dass der Nachteilsausgleich hö-

her ausgeurteilt war als der Sozialplanspruch, geben jedoch Argumente dafür, dass der Nachteilsausgleich, der ja auch einen Verstoß des Arbeitgebers sanktioniert, höher sein muss, als der Sozialplan dies für legales Handeln vorsieht. In der Entscheidungsbegründung weist das BAG erneut darauf hin, dass „das Ausmaß der Verletzung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats durch den Arbeitgeber bei der Festsetzung der Höhe des Nachteilsausgleichs Bedeutung zukommt“, auch wenn „der gesetzliche Nachteilsausgleich keine bußgeldähnliche Verpflichtung mit Strafcharakter“ sei. Eine „gewisse Entschädigung“ für den Rechtsverstoß sei aber zu zahlen. Also Verrechnung ja, aber Nachteilsausgleich muss höher sein als Abfin-

bot fairen Verhandeln“ ist eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht. Sie wird verletzt, wenn eine Seite eine psychische Drucksituation schafft, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags erheblich erschwert. Folge wäre Schadensersatz und Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

Zu klären nach Rückverweisung ist noch, ob eine krankheitsbedingte Schwäche der Klägerin bewusst ausgenutzt wurde.

*BAG, Urteil vom 7. Februar 2019 - 6 AZR 75/18, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Niedersachsen, Urteil vom 7. November 2017 - 10 Sa 1159/16, zit. nach PM des BAG Nr.6/19*

Sozialversicherungsbeiträge 2020		
	Beitragssatz	Veränderung
<b>Krankenversicherung</b>		
• allgemeiner Beitragssatz	14,60 %	unverändert
• ermäßigter Beitragssatz	14,00 %	unverändert
• durchschnittlicher Zusatzbeitrag	1,10 %	plus 0,2%
• kassenindividueller Zusatzbeitrag	je nach Kasse	
<b>Pflegeversicherung</b>		
- Zusatzbeitrag	0,25 %	unverändert
<b>Rentenversicherung</b>		
	18,60 %	unverändert
<b>Arbeitslosenversicherung</b>		
	2,40 %	minus 0,1%

dung nach Sozialplan, so unser Credo. *BAG, Urteil vom 12. Februar 2019 - 1 AZR 279/17, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29. März 2017 - 4 Sa 1619/16, zit. nach PM des BAG Nr. 7/19*

**Aufhebungsvertrag nicht einfach widerrufbar – aber „Gebot fairen Verhandeln“ zu beachten**

Bei arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen gibt es kein Widerrufsrecht nach § 355 BGB. Eine Arbeitnehmerin kann einen Vertrag, durch den das Arbeitsverhältnis beendet wird, damit auch dann nicht widerrufen, wenn er in ihrer Privatwohnung abgeschlossen wurde.

Ein Aufhebungsvertrag kann jedoch unwirksam sein, falls er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist. Das „Ge-

**Kein Anspruch auf Mindestlohn bei (echtem) kurzem Praktikum – Unterbrechungen zählen nicht**

Praktikanten ist der gesetzliche Mindestlohn nicht zu leisten, wenn das Praktikum zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums dient und es nicht länger als drei Monate dauert. Unterbrechungen können bei der Dauer herausgerechnet werden.

*BAG, Urteil vom 30. Januar 2019 - 5 AZR 556/17, Bestätigung von LAG Düsseldorf, Urteil vom 25. Oktober 2017 - 7 Sa 995/16, zit. nach PM des BAG Nr. 5/19*

**Wirksamkeit eines Kopftuchverbots im Einzelhandel**

Der zehnte Senat des BAG ruft den EuGH an, um zu klären, ob eine allge-

meine Anordnung in der Privatwirtschaft, die auch das Tragen auffälliger religiöser Zeichen verbietet, aufgrund der von Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) geschützten unternehmerischen Freiheit, diskriminierungsrechtlich stets gerechtfertigt ist oder ob die Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin berücksichtigt werden könne/müsse, die von der GRC, der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und dem Grundgesetz geschützt wird. Die Vorinstanzen hatten das Verbot des Einzelhändlers als unwirksam erachtet.

*BAG, Beschluss vom 30. Januar 2019 - 10 AZR 299/18 (A), Vorinstanz: LAG Nürnberg, Urteil vom 27. März 2018 - 7 Sa 304/17, zit. nach PM des BAG Nr. 4/19*

### Sachgrundlose Befristung - Vorbeschäftigung vor 8 Jahren ist nicht lange zurückliegend

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin bereits acht Jahre zuvor ein Arbeitsverhältnis von etwa eineinhalbjähriger Dauer bestanden hat, das eine ver-

gleichbare Arbeitsaufgabe zum Gegenstand hatte, so das BAG. Das Gesetz sieht eigentlich gar keinen Zeitraum vor der lange genug zurückliegen könnte, dass eine erneute sachgrundlose Befristung zulässig sein könnte. Das BAG hat gleichwohl 2011 gemeint, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG erfasse in verfassungskonformer Auslegung nicht solche Vorbeschäftigungen, die länger als drei Jahre zurückliegen. Diese Rechtsprechung wurde jedoch vom Bundesverfassungsgericht am 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 als verfassungswidrig kassiert. Es hat jedoch grundsätzlich eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung als möglich angesehen, wenn das Verbot unzumutbar wäre. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung kann danach insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist.

Die acht Jahre des Zurückliegens im vorliegenden Fall genügen nicht, so das BAG nun.  
*BAG, Urteil vom 23. Januar 2019 - 7 AZR 733/16, Bestätigung von LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 11. August 2016 - 3 Sa 8/16, zit. nach PM des BAG Nr. 3/19*

### Urlaubsabgeltung bei Tod im laufenden Arbeitsverhältnis

Bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis haben dessen Erben nach § 1922 Abs. 1 BGB iVm. § 7 Abs. 4 BUrlG Anspruch auf Abgeltung des von dem Erblasser nicht genommenen Urlaubs. *Der Entscheidung des EuGH 6. November 2018 - C-569/16 und C-570/16 - [Bauer und Willmeroth]* folgend nimmt das BAG eine richtlinienkonforme Auslegung von §§ 1, 7 Abs. 4 BUrlG vor, wonach die Vergütungskomponente des Anspruchs auf den vor dem Tod nicht mehr genommenen Jahresurlaub als Bestandteil des Vermögens Teil der Erbmasse wird.

Abzugelten ist nicht nur der Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG von 24 Werktagen, sondern auch den Anspruch auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen nach § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF wie auch den Anspruch auf Urlaub nach § 26 TVöD, der den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigt.

*BAG, Urteil vom 22. Januar 2019 - 9 AZR 45/16, Bestätigung von LAG Düsseldorf, Urteil vom 15. Dezember 2015 - 3 Sa 21/15, zit. nach PM des BAG 1/19*  
Bearbeitung: RA M. Fleischmann

## Einblick in die Bruttolohn- und Gehaltslisten

### Muss die Belegschaft vor dem Betriebsrat geschützt werden?

Nach der Einführung der DSGVO gab es viel Verunsicherung, was nun datenschutzrechtlich noch zulässig sei und was nicht. Eines der absurdesten Missverständnisse war die Idee, die Belegschaft vor dem Betriebsrat beim Einblicksrecht in die Bruttolohn- und Gehaltslisten zu schützen. Was war geschehen? Der Arbeitgeber verweigerte nach dem Inkrafttreten der DSGVO dem Betriebsrat die Einsicht in die Bruttolohn- und Gehaltslisten, nur anonyme Einsichtnahme war gestattet. Das Argument dazu lautete: Die Namen der Arbeitnehmer sind personenbezogene Daten und die darf der Betriebsrat nur erfahren, wenn er sie braucht. Und so stellte der Arbeitgeber nur Listen mit der Höhe der jeweiligen Gehälter ohne Namen zur Verfügung und meinte, der Betriebsrat müsse erst mal erklären, wozu er die Namen verwenden will.

Natürlich endete dies in einem Rechtsstreit. Denn was kann der Betriebsrat mit den bloßen Eurobeträgen anfangen, wenn er nicht weiß, wem der Betrag zufließt? Der Betriebsrat benötigt die Kenntnis der effektiv gezahlten Vergütungen, um sich ein Urteil darüber bilden zu können, ob insoweit ein Zustand innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit existiert oder nur durch eine andere betriebliche Lohngestaltung erreicht werden kann. Das kann er nur, wenn er die Empfänger der Zahlung kennt, andernfalls könnte er ja nicht feststellen, für welches Alter, welche Tätigkeit, welches Geschlecht die Zahlung bestimmt ist. Und zu überwachende Schutzgesetze gibt es viele: Das AGG, das EntgTranspG, den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungssatz; aber auch etwa Tarifverträge und/oder entsprechende Betriebsvereinbarungen.

Entsprechend urteilte das BAG schon im Beschluss vom 14.01.2014 - 1 ABR 54/12: Der für das Einblicksrecht in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG notwendige Aufgabenbezug ist regelmäßig schon deshalb gegeben, weil der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen hat, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze und Tarifverträge durchgeführt werden. Hierzu gehört auch die sich aus § 75 Abs. 1 BetrVG ergebende Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beachtung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Der Darlegung eines besonderen Anlasses für die Ausübung dieses Einsichtsrechts bedarf es nicht. Das hinderte Arbeitgeber nicht, es nach dem Inkrafttreten der DSGVO erneut zu versuchen. Diesmal entschied das BAG im Beschluss vom 07.05.2019 - 1 ABR 53/17: Auch datenschutzrechtliche Erwägungen gebieten es nicht, das Einsichtsrecht des § 80 II 2 Hs. 2 BetrVG auf anonymisierte Bruttoentgeltlisten zu begrenzen. Die mit der Einblicksberechtigung verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten ist nach § 26 I 1 BDSG erlaubt. Das überrascht nicht, gestattet doch § 26 Abs. 1 BDSG, dass personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses u. a. dann verarbeitet werden dürfen, wenn dies zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist. Und das ist ja gegeben.

**§ 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG:  
„Dem Betriebsrat sind auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; in diesem Rahmen ist der Betriebsausschuss oder ein nach § 28 gebildeter Ausschuss berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen.“**

Aber das hindert Arbeitgeber nicht, es immer wieder zu versuchen. Erst kürzlich musste das Arbeitsgericht München über den nächsten Versuch eines Arbeitgebers entscheiden, der u.a. mit dem Argument die Einsicht in die Listen verwehrte, er habe die Listen nicht, denn die Daten steckten in einem Personalverwaltungssystem und er könne nicht gezwungen werden, diese Daten auszudrucken. Das Arbeitsgericht München meinte dazu am 13. November 2019, Az. 24 BV 21/19 wörtlich: „Der Betriebsrat hat für den Fall, dass der Arbeitgeber (...) keine Bruttoentgeltlisten (in elektronischer Form) führt, jedenfalls ein Einblicksrecht nach § 80 Abs.

1 Satz 1 BetrVG in Form des § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG. Damit kommt es auf die streitige Frage, ob die vom Betriebsrat begehrten Listen bereits bei der Arbeitgeberin (in elektronischer Form) vorliegen oder nicht, nicht an.“ Dieser Auffassung schloss sich zuletzt das Arbeitsgericht Heilbronn am 12.12.2019 an.

Wenn nach einer rechtskräftigen Entscheidung des

Bundesarbeitsgerichts dennoch, trotz eindeutiger Rechtslage weitergestritten wird, kann dies eigentlich nur bedeuten, dass es etwas zu verheimlichen gibt. Ein guter Grund für Betriebsräte, in diesen Fällen besonders gründlich zu prüfen und die Rechte auf Einsicht in die Listen notfalls gerichtlich durchzusetzen. Dabei sollte aber kein Betriebsrat vergessen, die Kollegen zuvor zu informieren, warum das gemacht wird: Es geht nicht um die Befriedigung von Neugier, sondern darum Lohngerechtigkeit im Betrieb durchzusetzen.

*Krikor R. Seebacher, RA*

***sfm bei twitter:***

**@sfmarbeitsrecht**

## „Data-Breach-Policies“ sind mitbestimmungspflichtig

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei dem Verfahren, in welcher Art und Weise eine sog. „Data-Breach“ (Datenpanne) gemeldet wird und wie die betroffenen Beschäftigten mitzuwirken haben, mitzubestimmen.

Dies hat das LAG Schleswig-Holstein mit Beschluss vom 06.08.2019 (2 TaBV 9/19) entschieden. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitgeber eine sog. „Data-Breach-Policy“ erstellt und im Betrieb verteilt. Hierbei handelte es sich um eine Arbeitsanweisung an die Beschäftigten, im Falle einer Datenpanne einen bestimmten Meldeweg zur Feststellung und Behebung der Verletzung des Datenschutzes nach der DSGVO einzuhalten und die Verpflichtung, sich während des Prozesses der Feststellung der Datenpanne kurzfristig erreichbar zu halten.

Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und kollektive Zusammenwirken der Beschäftigten. Der Arbeitgeber ist aufgrund seines Weisungsrechts grs. berechtigt, Regelungen vorzugeben, die das Verhalten der Beschäftigten im Betrieb beeinflussen und koordinieren sollen. Solche Maßnahmen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats. Dies soll gewährleisten, dass die Beschäftigten gleichberechtigt an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens teilhaben können.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG, welche das LAG Schleswig-Holstein ausdrücklich nicht in Frage stellt, hat der Betriebsrat allerdings nur mitzubestimmen bei Maßnahmen, die das „Ordnungsverhalten“ der Arbeitnehmer betreffen. Dieses ist berührt, wenn die Maßnahme auf die Gestaltung des kollektiven Miteinanders oder die Gewährleistung und Aufrechterhaltung der vorgegebenen Ordnung des Betriebs zielt. Mitbestimmungsfrei sind dagegen Maßnahmen, die das „Arbeitsverhalten“ der Beschäftigten regeln. Darum handelt es

sich, wenn der Arbeitgeber kraft seines arbeitsvertraglichen Weisungsrechts näher bestimmt, welche Arbeiten auszuführen sind und in welcher Weise das geschehen soll. Mitbestimmungsfrei sind deshalb An-

ordnungen, bei denen lediglich die Arbeitspflicht konkretisiert wird.

Von großer Bedeutung für das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts und mitunter schwierig und hochumstritten ist daher in der Praxis die Abgrenzung zwischen Arbeits- und Ordnungsverhalten. Gerade die Rechtsprechung der Instanzgerichte tendiert hier leider häufig recht schnell dazu, einen Bezug zur Arbeitsleistung anzunehmen und eine Maßnahme dann dem (mitbestimmungsfreien) Arbeitsverhalten zuzuordnen. Dies widerspricht jedoch eigentlich dem dogmatischen Ansatz des BAG, dass § 87 Abs. 1 Nr. 1 seinem Wortlaut nach jedes Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb erfasst und das Arbeitsverhalten lediglich im Wege teleologischer Reduktion aus dem Mitbestimmungsrecht herausgenommen wird. Hieraus folgt im Grundsatz, dass ein Mitbestimmungsrecht nur für Maßnahmen zu verneinen ist, die nach ihrem objektiven Gegenstand eindeutig und ausschließlich dem Arbeitsverhalten zugeordnet werden können. Heißt: Im Zweifel besteht ein Mitbestimmungsrecht. Dabei ist es unschädlich, wenn nebenbei ein Randbereich des Arbeitsverhaltens berührt wird.

Die richterliche Praxis sieht allerdings häufig leider anders aus. Daher ist die Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein, welches im Fall der Einführung von Meldepflichten eine auf das Ordnungsverhalten der Beschäftigten abzielende Maßnahme annimmt, ausdrücklich zu begrüßen.

In der Praxis werden entsprechende (mitbestimmungspflichtige) Regelungen wohl vermehrt in den Fokus rücken, da nach Art. 33 Abs. 1 DSGVO Unternehmen verpflichtet sind, mögliche Datenschutzverletzungen binnen 72 Stunden nach Bekanntwerden an die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde zu melden. Um diese Mitteilungspflicht einhalten können, wird einem effektiven Prozess zur internen Meldung von Datenpannen besondere Bedeutung zukommen. Betriebsräte sind hier im Rahmen ihres Mitbestimmungsrechts gefordert.

*Barbara Renkl, RAin*



# Der kleine Alltagshelfer für den Betriebsrat

– Bearbeitungshinweis für alltäglich auftretende Themen –

## 4. Kündigung, §§ 102, 103 BetrVG [update 29.12.2019]

### Ablauf der Anhörungsbearbeitung:

- (1) Feststellung des Zugangszeitpunkts der Anhörung und Berechnung der 3-Tagesfrist und der Wochenfrist zur Reaktion
- (2) Prüfung der Vollständigkeit der Information und in der Regel KEINE Nachforderung
- (3) Aufnahme in Tagesordnung der Betriebsratssitzung oder des zuständigen Ausschusses
- (4) Beschlussfassung über Bedenken und Widerspruch
- (5) Ausfertigung der Bedenken und/oder des Widerspruchs mit Begründung unter Bezug auf die Fälle des § 102 Abs. 3 Ziff. 1 - 5 BetrVG, Unterschrift des Vorsitzenden und Zuleitung an Arbeitgeber binnen der Frist.

Anders bei § 103 BetrVG!

### 4.1. Ordentliche Kündigung

Ähnlich wie bei Maßnahmen nach § 99 BetrVG ist bei einer ordentlichen Kündigung der Betriebsrat **unter Angabe der Gründe**, die den Arbeitgeber zu der Maßnahme bewegen haben, anzuhören. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG stellt klar, dass eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Unter den Begriff „**ohne Anhörung**“ kann auch eine fehlerhafte Anhörung fallen, so dass der Betriebsrat in der Regel den Arbeitgeber nicht (!) dazu anleiten sollte oder müsste, seinen Fehler, der sich letztlich zu Gunsten des Arbeitnehmers auswirken kann, zu beheben. Auch sollte man als Betriebsrat

zweimal überlegen, ob man die besseren Kenntnisse, die man hat, dem Arbeitgeber wirklich übermitteln muss. Dies kann im Einzelfall einmal Sinn machen, wenn man die ernsthafte Hoffnung hat, der Arbeitgeber könnte von der Kündigung Abstand nehmen.

Die **Widerspruchsgründe** sind in **Abs. 3 abschließend** aufgeführt.

Hier ist zu beachten, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der Kündigung dort nicht als möglicher Widerspruchsgrund aufgeführt ist. Somit muss, selbst, wenn man umfangreich vortragen kann, warum die Kündigung wohl rechtswidrig ist, zwingend mindestens einer der gesetzlich vorgesehenen Widerspruchsgründe enthalten sein, um einen wirksamen Widerspruch zu erzeugen. Auch hier ist die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes nicht ausreichend.

Findet man als Betriebsrat keine formellen Widerspruchsgründe, so kann es gleichwohl angezeigt sein, einen Widerspruch zu formulieren, in dem dann zumindest signalisiert wird, dass der Betriebsrat mit der Maßnahme nicht einverstanden ist und der dem betroffenen Arbeitnehmer psychologische Unterstützung signalisiert und vielleicht auch einige Hinweise für die eigene Rechtsverteidigung gibt. Zudem sieht § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG ja auch vor, dass man auch **Bedenken** mitteilen kann, also nicht begrenzt ist, in dem was man vorbringt. Ein Unterschied ergibt sich bei den Folgen.

### Folge eines korrekt begründeten Widerspruchs nach Abs. 3:

Ein Widerspruch des Betriebsrats führt nicht dazu, dass der Arbeitgeber die Kündigung nicht aussprechen darf. Er gibt jedoch dem betroffenen Arbeitnehmer gem. § 102 Abs. 5 BetrVG die Möglichkeit während laufendem Kündigungsschutzprozess die Weiterbeschäftigung über die Kündigungsfrist hinaus zu erzwingen. Ohne Widerspruch gibt es diese Option, bis auf Ausnahmen, nicht, mit der Folge, dass das finanzielle Risiko für den Arbeitnehmer größer wird und der betroffene Arbeitnehmer sich auch mangels Eingliederung in den Betrieb oftmals psychologisch zusehends von dem Wunsch nach Weiterbeschäftigung „verabschiedet“.

Der Betriebsrat hat hier also eine hohe Verantwortung gegenüber den Kolleginnen und Kollegen.

**Beachte:** Die Wochenfrist endet vorzeitig, wenn der Betriebsrat seine Stellungnahme abgibt, also auch, wenn er dem Arbeitgeber schreibt, nicht Stellung nehmen zu wollen. Wenn dies trotz ausreichend Zeit kurz vor Monatsende erfolgt, kann die Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen. Der Betriebsrat schadet damit dem Betroffenen.

### 4.2. Außerordentliche (fristlose) Kündigung

Bei einer außerordentlichen Kündigung kann der Betriebsrat gem. § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG lediglich

Bedenken äußern und zwar innerhalb von drei Tagen. Diese Bedenken, welche ebenfalls schriftlich dem Arbeitgeber zuzustellen sind, führen nicht zum Weiterbeschäftigungsanspruch nach Abs. 5.

Gleichwohl kann dies im Kündigungsschutzprozess durchaus die Stimmung zu Gunsten oder zu Lasten des Arbeitnehmers beeinflussen, wenn hier der Betriebsrat Bedenken angemeldet hat. Bei komplexen oder schwerwiegenden Vorwürfen mag dies für den Betriebsrat schwierig sein. Dann sollte der Betriebsrat, insbesondere wenn er nur die Version des Arbeitgebers kennt, lieber schweigen, bevor er auf Basis alleine der Arbeitgeberversion eine ausdrückliche Zustimmung erteilt.

Niemand kann einen Betriebsrat zwingen, zuzustimmen. Wenn ein Betriebsrat sich nicht zur Äußerung von Bedenken oder zum Widerspruch durchringen kann, sollte er lieber schweigen.

#### **Fristproblem bei kombinierter Anhörung zu außerordentlicher und ordentlicher Kündigung:**

Kombiniert der Arbeitgeber eine Anhörung, so kann der Betriebsrat gleichwohl gesondert antworten. Der Betriebsrat muss jedoch klarstellen, dass die erste Reaktion innerhalb der 3-Tages-Frist sich nur auf die außerordentliche Kündigung bezieht und nicht der Eindruck vermittelt wird, es handele sich um eine abschließende Stellungnahme zu beiden Maßnahmen. Dies kann bei längeren Kündigungsfristen, welche z. B. zum nächsten Quartal enden, im Einzelfall dem Betroffenen ein ganzes Quartal mehr Gehalt bringen.

#### **Sonderform Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung:**

Werden sog. „tariflich Unkündbare“ Arbeitnehmer doch ausnahmsweise betriebsbedingt gekündigt, erfolgt dies als „außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit sozialen Auslaufrist“. In diesem Sonderfall gelten die Regeln der Anhörung bei ordentlicher Kündigung.

#### **4.3. Kündigung eines Betriebsratsmitglieds, § 103 BetrVG**

Mitglieder des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Wahlvorstands oder auch Wahlbewerber dürfen nur außerordentlich gekündigt werden. Hier ist die ausdrückliche Zustimmung des Betriebsrats erforderlich. Hier gibt es keine so genannte Zustimmungsfiktion, d. h. die Zustimmung gilt nicht als erteilt, wenn der Betriebsrat sich nicht (rechtzeitig) äußert. Vielmehr muss der Arbeitgeber, um dann erst kündigen zu können, die Zustimmung erwirken. Das hierzu erforderliche Gerichtsverfahren kann sich über Monate, wenn nicht Jahre hinziehen.

Es gibt noch weitere Formen des besonderen Kündigungsschutzes, die jedoch nicht hier aufgearbeitet werden, da es hier nur um das Anhörungsverfahren des BR geht.

*Michael Fleischmann, RA*

## **Das GeschGehG - Auswirkungen auf Arbeitnehmer und Betriebsräte**

### **Hinweise zum Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen**

Das zum 26.04.2019 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) ist bisher nur in Spezialistenkreisen bekannt, obwohl es durchaus Auswirkungen auf alle Arbeitsverhältnisse und wohl auch die Arbeit der Betriebsräte hat. Das Gesetz setzt die RL 2016/943/EU vom 08.06.2016 „über

*den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung“* um.

Die in der Richtlinie und dem GeschGehG genutzte unionsrechtliche Definition des Geschäftsgeheimnisses hat uneingeschränkte Geltung in den Mitgliedsstaaten erlangt und löst die von der bisherigen deutschen Rechtsprechung entwickelte Definition und auch § 17 UWG ab (vgl. Thüsing § 79 Rn. 5, der auf UWG verweist; Fitting § 79 Rn. 3, aber auch Karthaus NZA 2018, 1180ff, der auf das Element der Betriebsbezogenheit verweist). Relevant ist das GeschGehG zumindest zivil- bzw. arbeitsrechtlich, also bezogen auf das Verhältnis Arbeitnehmer-Arbeitgeber. Auch die betriebsverfassungsrechtliche Geheimhaltungspflicht nach § 79 BetrVG ist betroffen, wobei hier noch unterschiedliche Auffassungen über die Auswirkungen bestehen.

### **Neue Definition eines Geschäftsgeheimnisses in § 2 Ziff. 1 GeschGehG:**

*„§ 2 Begriffsbestimmungen*

*Im Sinne dieses Gesetzes ist*

*1. Geschäftsgeheimnis eine Information*

*a) die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und*

*b) die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und*

*c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht;  
(...)“*

Es ist also erforderlich, dass eine geheime Information einen kommerziellen Wert („valeur commerciale“) hat (Karthaus, NZA 2018, 1180 weist darauf hin, dass der Begriff „wirtschaftlicher Wert“ zu kurz gegriffen ist, sondern es um einen Marktwert gehen muss), angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen unterliegt und auch noch ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung gegeben ist.

### **Arbeitsvertragliche Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht**

Teils wird vertreten, dass das Vorliegen angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen keine Voraussetzung

für arbeitsrechtliche Sanktionen sei (Holthausen NZA 2019, 1377, 1379). Dies verkennt jedoch, dass der Begriff der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ bereits Teil der Definition eines Geschäftsgeheimnisses ist, und nicht erst noch hinzutritt. Hier wird versucht, unter Bezug auf eine vertragliche Nebenpflicht nach § 241 II BGB (Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners) zur Verschwiegenheitspflicht zu gelangen, selbst wenn die Voraussetzungen des § 2 GeschGehG nicht gegeben sind.

Unabhängig davon sehen auch Arbeitgebervertreter eine Vielzahl von Verschwiegenheits- und Geheimhaltungsklauseln als nicht mehr haltbar an. Hier wird man in Zukunft ein Auge darauf haben müssen.

### **Auswirkung auf Betriebsräte**

§ 3 I Nr. 3 GeschGehG stellt klar, dass ein Geschäftsgeheimnis „insbesondere“ auch durch „ein Ausüben von Informations- und Anhörungsrechten der Arbeitnehmer oder Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertretung“ erlangt werden darf.

Interessant ist die Frage der Auswirkung auf § 79 BetrVG. Dieser verpflichtet ja zur Beachtung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, wenn sie als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden sind. Es muss sich also objektiv um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse handeln und zusätzlich muss noch die Erklärung der Geheimhaltungsbedürftigkeit vorliegen.

Der Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wird im BetrVG nicht definiert, sondern war und ist dem Wettbewerbsrecht entnommen. Wurde nun der definitorische Anker des § 17 UWG durch das GeschGehG ersetzt, so ist dies auch bei der Begriffsdefinition zu beachten. Richtig ist, dass das bisherige Merkmal, dass es sich um mit einem Betrieb im Zusammenhang stehende Tatsachen handeln muss, nicht ausdrücklich in der Definition auftaucht (Karthaus, ebenda 1182). Im Zusammenhang mit § 79 BetrVG wird man dies aber nach wie vor so auszulegen haben.

Das GeschGehG hat also Auswirkungen auch auf § 79 BetrVG. Auch wenn die Rechte der Mitarbeitervertretungen nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG unberührt bleiben, dann aber nicht zwingend die Pflichten. Die neue Definition erfordert, wie oben bereits be-

schrieben, angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen, ohne die eben gar kein Geschäftsgeheimnis (mehr) vorliegt, das durch § 79 BetrVG zu schützen wäre (andere Ansicht Oltmanns/Fuhlrott NZA 2019, 1384, 1387).

Wenn unsere Auffassung richtig ist, dann verstärkt das GeschGehG indirekt den Schutz von Betriebsräten, die sich oft mit dem (in aller Regel) unbegründeten Vorwurf des Geheimnisverrats konfrontiert sehen.

### Weitere Regelungen

Ausnahmen vom Verbot der Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses sind in § 5 geregelt, wonach z.B.

eine Offenlegung nicht verboten ist, wenn dies zum **Schutz eines berechtigten Interesses** erfolgt, insbesondere zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien, zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, aber auch im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann. Hierunter fallen auch die sog. **Whistleblower** aber auch **Arbeitnehmer gegenüber dem Betriebsrat**.

*M. Fleischmann, RA*

## Evaluation:

# Das Entgelttransparenzgesetz

## Schritt zu fairen Entgeltstrukturen oder Rohrkrepierer?

**Gleiches Gehalt für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit – das war das ehrgeizige Ziel des Gesetzes zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen zwischen Frauen und Männern (EntgTranspG), das vor zwei Jahren in Kraft getreten ist.**

**Dabei wurde im Wesentlichen auf drei Punkte gesetzt:** Auskunftsanspruch, Prüfverfahren und Berichtspflicht.

Bereits im Rahmen des Gesetzesvorhabens waren die Zweifel groß: zu hohe Hürden für den Auskunftsanspruch (Betrieb mit mindestens 200 Angestellten, mindestens sechs Kolleginnen oder Kollegen des jeweils anderen Geschlechts die eine vergleichbare Tätigkeit ausüben wie die/der Antragsteller/in), kaum Konsequenzen bei festgestellter Benachteiligung (keine automatische Anpassung des Gehaltes, sondern lediglich Klagerecht) und Verfahrensregelungen, bei denen sich jeder juristische Laie (und nicht nur der...) herausgefordert fühlen muss.

So vermag es denn auch nicht zu überraschen, dass die von der Bundesregierung gem. § 23 EntgTranspG durchgeführte Evaluation bestätigt hat:

Das EntgTranspG entfaltet nicht die gewünschte Wirkung. Hierfür bedarf es endlich der Einführung wirksamer Instrumentarien: Der Auskunftsanspruch muss für alle Beschäftigten gelten, unabhängig von der Größe des Betriebs. Denn zwei Drittel der Frauen arbeiten in kleinen und mittleren Unternehmen und sind vom Gesetz bisher ausgeschlossen. Daneben bedarf es einer verpflichtenden Durchführung zertifizierter Prüfverfahren und Berichte anstatt einer Appellwirkung und Sanktionen bei Nichtumsetzung. Nicht zuletzt müssen Konsequenzen geregelt werden, damit die betroffenen Beschäftigten nicht auf ein langes und unwägbares Individualverfahren vor dem Arbeitsgericht angewiesen sind.

Auch wenn das zuständige Ministerium betont, mit dem Gesetz seien „faire betriebliche Entgeltstrukturen zu einem breit diskutierten Thema geworden“ und das Gesetz sei „ein erster wichtiger Schritt hin zu mehr Transparenz“ zeigt der Evaluationsbericht eindringlich: Zu Entgelttransparenz und erst recht zu Entgeltgleichheit ist es nach wie vor noch ein weiter Weg.

*Barbara Renkl, RAin*



## Frisch am Tisch:

### **LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 05.11.2019 – 5 Sa 73/19: Beweiskraft eines Arbeitszeitkontos**

Guthabenstunden ohne Vorbehaltsvermerk auf einem vom Arbeitgeber geführten Arbeitszeitkonto gelten als erbracht, wenn nicht der Arbeitgeber im Einzelnen darlegt, aufgrund welcher Umstände der ausgewiesene Saldo unzutreffend ist oder sich bereits wieder reduziert hat. Anders verhält es sich bei durch den Arbeitnehmer selbst gefertigten Arbeitszeitaufstellungen. Hier sind die den behaupteten Saldo begründenden Tatsachen im Einzelnen darzulegen.

+++

### **LAG Schleswig-Holstein vom 06.08.2019 – 2 TaBV 9/19: Data-Breach-Policy mitbestimmungspflichtig**

Arbeitsanweisungen, im Falle einer Datenpanne einen bestimmten Meldeweg zur Feststellung und Behebung der Verletzung des Datenschutzes nach der DSGVO einzuhalten und die Verpflichtung, während des Prozesses der Feststellung der Datenpanne kurzfristig erreichbar zu sein, unterliegen der Mitbestimmung des

Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.(fl) siehe oben bereits den Beitrag von Renkl

+++

### **LAG Hessen vom 13.6.2019 – 5 Sa 751/18: Besonderer Kündigungsschutz Schwangerer**

Die Kündigung einer Schwangeren nach Vertragsschluss aber vor Dienstantritt ist gem. § BGB § 134 BGB nichtig, wenn die behördlicher Zustimmung gem. § 17 II MuSchG nicht vorliegt. Das von 1 II MuSchG vorausgesetzte Arbeitsverhältnis beginnt mit wirksamen Abschluss des Arbeitsvertrages und nicht erst mit dem vertraglich vereinbarten Termin für die tatsächliche Arbeitsaufnahme. (fl)

+++

### **ArbG Gießen vom 10.05.2019 – 3 Ca 433/17: Schadensersatz für Betriebsrätin**

Das Erarbeiten eines Strategiekonzeptes zur Entfernung unliebsamer Betriebsratsmitglieder mittels Fingieren von Kündigungsgründen und Bespitzelung nebst – zumindest – teilweiser Umsetzung begründet Entschädigungsansprüche. Verurteilt wurden Arbeitgeber und dessen Rechtsanwalt(soweit ersichtlich keine Berufung eingelegt) (fl)

**Kündigungsschutz +++ Abfindung +++ Gehaltsforderungen +++ Betriebsverfassungsrecht +++ Personalvertretungsrecht +++ Arbeitsrecht pur +++**

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

**Unsere Kooperationspartner in Düsseldorf und Hamburg:**

**silberberger.lorenz.towara, Düsseldorf - [www.slt-arbeitsrecht.de](http://www.slt-arbeitsrecht.de)**

**Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg - [www.gsp.de](http://www.gsp.de)**

Zusammen sind wir mehr als 30 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im Arbeitsrecht auf Seiten der ArbeitnehmerInnen und ihrer Vertretungen



## 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.), Barbara Renkl (br), Krikor R. Seebacher (see);  
Dank auch an die weiteren Kolleginnen und Kollegen für Anregungen und das Korrekturlesen.

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.

Hinweis: Unser Archiv steht derzeit leider nicht online zur Verfügung. Alte Ausgaben der sfm-aktuell können direkt bei uns angefordert werden.

**Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet**