

sfm-arbeitsrecht

aktuell

1. Halbjahr 2021 – Juni

NEUES vom BAG

Vergütung Leiharbeitnehmer -
Nacharbeitszuschlag – Ver-
 sorgungszusage und WGG –
Crowdworker – Mehrarbeit
 bei Teilzeit – **Verfall und Ver-
 jähmung von Urlaub** – Betrieb-
 liche Altersversorgung – **Ar-
 beitsvorgang und Eingruppie-
 rung** – Berliner Kopftuchver-
 bot – **Mitbestimmung in SE** –
 Plebiszit über **BV** – **Entgelt-
 transparenzG** – **BR** und **Twit-
 ter**

Weitere Themen

- ▶ **Neue Gesetze für BRe/ PRe S. 3**
- ▶ **sfm im Stern S. 4**
- ▶ **Corona-ArbSchVO S. 5**
- ▶ **Mobile Arbeit S. 6ff**
- ▶ **Sommer, Sonne,... S. 7**
- ▶ **BPersVG neu S. 8ff**
- ▶ **TZ in Elternzeit S. 9f**
- ▶ **Datenschutz und BR - § 79a BetrVG S. 11ff**
- ▶ **Ausblick S. 12**
- ▶ **Rausblick S. 12**
- ▶ **EuGH und Mindestlohn bei Leiharbeit S. 13**
- ▶ **EuGH und AZ S. 14**
- ▶ **Frisch am Tisch S. 15**

Modern oder nur Modernistisch?

Das Betriebsrätestärkungsgesetz ist tot, es lebe das Betriebsrätemodernisierungsgesetz

Das Betriebsrätestärkungsgesetz bzw. der Entwurf dazu hatte es nicht über die Ressortabstimmung hinaus geschafft, Stärkung von Betriebsräten war dann doch zu viel für die Union. Als Betriebsrätemodernisierungsgesetz kam dann die Light-Version des eh schon nicht sehr mutigen Entwurfs noch mal auf den Markt der Gesetzgebung und hat es tatsächlich durch's Ziel geschafft. Wir haben hierzu bereits Anfang Juni eine Sonderausgabe der *sfm-aktuell* veröffentlicht, verfügbar auf unserer Homepage.

Einiges an diesem Gesetz ist eher für die Galerie des Zeitgeistes, wie der Fokus auf Künstliche Intelligenz, die von den bisherigen Regelungen bei richtiger Auslegung eh schon umfasst war. Anderes stellt aber wirklich eine Verbesserung dar. So wird der Kündigungsschutz von sog. Vorfeld-Initiator*innen von Wahlen in betriebsratslosen Betrieben verbessert, die vereinfachte Wahl in mehr Betrieben ermöglicht

und (oft missbräuchlich genutzte) Wahlanfechtungsmöglichkeiten eingeschränkt. Das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat kann ab dem 16. Lebensjahr ausgeübt werden und als Azubi gibt's keine Höchstalter mehr zur Wahl in die JAV.

Gremien können Geschäftsordnungen so gestalten, dass Sitzungen unter bestimmten Umständen weiterhin auch virtuell oder teilvirtuell stattfinden können. Die Präsenz Sitzung bleibt aber das Leitbild.

Für den Abschluss von BVen und Einigungsstellenbeschlüssen gibt's ein bisschen Modernismus, indem die elektronische Signatur Einzug hält und bei KI – Künstlicher Intelligenz soll die Hinzuziehung von Sachverständigen erleichtert werden. Auch die §§ 90 und 95 bekommen ein bisschen KI.

Der neue § 79a BetrVG klärt eine immer wieder aufkommende Frage zugunsten der Betriebsräte, indem er klarstellt, dass diese nicht

Verantwortliche im Sinne des Datenschutzes sind (siehe hierzu weiter unten). Schließlich wird noch ein (etwas verkümmertes) Mitbestimmungsrecht zur Mobilen Arbeit eingeführt (auch hierzu unten).

Alles in allem zwar kein großer Wurf aber ein paar Verbesserungen, mit denen wir fast nicht mehr gerechnet hätten.

Michael Fleischmann, RA

https://sfm-arbeitsrecht.de/html/wp-content/uploads/sfm-aktuell_2021_SonderBRModG.pdf

Kein halbiertes Nachtarbeitszuschlag für Schichtarbeit

Eine Regelung in einem Tarifvertrag, nach der sich der Zuschlag für Nachtarbeit halbiert, wenn sie innerhalb eines Schichtsystems geleistet wird, ist unwirksam, wenn keine sonstigen spezifischen Differenzierungsgründe für die Tarifnorm sprechen. Dieser Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG führt dazu, dass der höhere Betrag verlangt werden kann.

BAG vom 09.12.2020 - 10 AZR 334/20, Aufhebung zugunsten des Klägers von LAG Hamburg vom 18.06.2020 - 1 Sa 6/20 (ebenso 10 AZR 335/2), zit. nach PM des BAG Nr. 47/20

Versorgungszusage – keine Störung der Geschäftsgrundlage durch BilMoG

Die Änderung von bilanzrechtlichen Bestimmungen rechtfertigt die Anpassung von Versorgungsregelungen wegen Störung der Geschäftsgrundlage nicht. Die Anpassungsregelungen in der Ruhegeldzusage bleiben auch nach Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes 2010 (BilMoG) gültig. Eine bestimmte bilanzielle Behandlung war nicht Geschäftsgrundlage.

BAG vom 8.12.2020 - 3 AZR 64/19, Aufhebung zugunsten der Klägerin von LAG Rheinland-Pfalz vom 7.05.2018 - 3 Sa 102/17, zit. nach PM des BAG Nr. 45/20

BAG-Splitter

Berichtszeitraum: 2. Halbjahr 2020

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

Arbeitnehmereigenschaft von „Crowdworkern“

Die tatsächliche Durchführung von Kleinstaufträgen („Mikrojobs“) durch Nutzer einer Online-Plattform („Crowdworker“) auf der Grundlage einer mit deren Betreiber („Crowdsourcer“) getroffenen Rahmenvereinbarung kann ergeben, dass die rechtliche Beziehung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.

BAG vom 1.12.2020 - 9 AZR 102/20, teils Aufhebung und Obsiegen zugunsten des Klägers, teils Zurückverweisung und teils Abweisung, Vorinstanz: LAG München vom 4.12.2019 - 8 Sa 146/19, zit. nach PM des BAG Nr. 43/20

Der **Podcast zum Thema** unter <https://www.boeckler.de/de/podcasts-22421-Plattformoekonomie-Plattformarbeit-Braucht-Crowdwork-Regulierung-28940.htm>

Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten bei der Vergütung für Mehrarbeit

Die Frage, ob eine tarifvertragliche Regelung, die eine zusätzliche Vergütung davon abhängig macht, dass eine bestimmte, für Teilzeit- und Vollzeitbe-

Anforderung an Tarifverträge zur Vergütung von Leiharbeitnehmern

Tarifverträge für Leiharbeiter*innen, die eine Unterschreitung von Equal Pay (Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammarbeitnehmern) ermöglichen, dürfen nicht schrankenlos sein. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG verlangt für diese Tarifverträge aber die Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern beim Arbeitsentgelt und den sonstigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Da Inhalt und die Voraussetzungen dieser „Achtung“ im Schrifttum umstritten ist, legt das BAG diese Frage dem EuGH zur Klärung vor. *BAG vom 16.12.2020 - 5 AZR 143/19 (A) zur Vorlage an den EuGH, Vorinstanz LAG Nürnberg vom 07.03.2019 - 5 Sa 230/18, zit. nach PM des BAG Nr. 48/20*

Verschieden hohe Zuschläge bei regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit

Die Frage, ob tarifvertragliche Regelungen, die für unregelmäßige Nachtarbeit höhere Zuschläge (50 %) vorsehen als für regelmäßige Nachtarbeit (20 %) mit dem Unionsrecht vereinbar sind, hat der 10. Senat des BAG mit Beschluss vom 09.12.2020 dem EuGH vorgelegt. Dies unter dem Gesichtspunkt der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG und von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta).

BAG vom 9.12.2020 - 10 AZR 332/20 (A), Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg vom 12.06.2020 - 8 Sa 2030/19; (ebenso 10 AZR 333/20 (A), zit. nach PM des BAG Nr. 46/20

schäftigte gleiche Zahl von Arbeitsstunden überschritten wird, mit dem Unionsrecht vereinbar ist, hat der 10. Senat dem EuGH vorgelegt. Das Arbeitsgericht hatte die Regelung als diskriminierend angesehen, das LAG als zulässig. BAG vom 11.11.2020 - 10 AZR 185/20 (A); Vorinstanz: LAG München vom 19.11.2019 - 6 Sa 370/19, zit. nach PM Nr. 40/20

Keine Verwirkung der Prüfung einer BV zur Betrieblichen Altersversorgung

Der Anspruch eines Versorgungsempfängers auf richtige Berechnung seiner Ausgangsrente und dabei die Prüfung der Wirksamkeit der Ablösung einer früheren, günstigeren Versorgungsordnung durch eine folgende schlechtere BV verwirkt nicht, § 77 Abs. 4 Satz 3 BetrVG.

BAG vom 13.10.2020 - 3 AZR 246/20, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Saarland vom 13.11.2020 - 1 Sa 1/19, zit. nach PM Nr. 36/20

Vorlage an EuGH - Verjährung von Urlaubsansprüchen bei Unterlassener Mitwirkung des AG

Wie wir bereits in unserer letzten Ausgabe berichtet haben, haben sowohl der 2. wie auch der 9. Senat wieder Fragen zum Urlaub dem EuGH vorgelegt. Jetzt geht es um die Frage, ob der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, der aufgrund unterlassener Mitwirkung des Arbeitgebers nicht bereits nach § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen konnte (siehe BAG 19.02.2019 - 9 AZR 541/15), dann trotzdem der Verjährung gemäß § 194 Abs. 1, § 195 BGB unterliegt.

BAG vom 29.09.2020 - 9 AZR 266/20 (A), Vorinstanz: LAG Düsseldorf vom 21.02.2020 - 10 Sa 180/19, zit. nach PM des BAG Nr. 34/20

Betriebliche Altersversorgung - Auslegung bei Übergang von Befristung in unbefristete Beschäftigung

Ist in einer Allgemeinen Geschäftsbedingung bezüglich einer Betrieblichen

Neue Regeln für Betriebs- und Personalräte

BetrVG geändert

Das vom Bundestag am 21.05.2021 und am 28.05.2021 vom Bundesrat beschlossene Gesetz dürfte zeitnah veröffentlicht und damit in Kraft gesetzt werden. Hierzu haben wir bereits mit einer Sonderausgabe von sfm-aktuell informiert, zu finden unter

https://sfm-arbeitsrecht.de/htmlwp/wp-content/uploads/sfm-aktuell_2021_Sonder-BRModG.pdf

Dort sind die geänderten Regelungen dargestellt und erste Hinweise zu Handhabung/Bedeutung. **Mehr dazu auch in diesem Heft.**

SGB VII geändert

Quasi huckepack mit dem BetrVG wurde der Unfallversicherungsschutz bei Mobiler Arbeit in § 8 SGB VII verbessert.

BPersVG geändert

Seit 15.06.2021 gilt ein neues Bundespersonalvertretungsgesetz. Der Wortlaut des Gesetzes wurde am 14.06.2021 im Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 31 ab Seite 1614 veröffentlicht:

[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=/*\[@attr_id=%27bgbl121s1710.pdf%27\]#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s1614.pdf%27%5D__1623834120233](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=/*[@attr_id=%27bgbl121s1710.pdf%27]#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s1614.pdf%27%5D__1623834120233)

Auf den ersten Blick viel Verwirrung durch eine völlig neue Nummerierung, inhaltlich aber kein echter Fortschritt. In der Juni-Ausgabe von Der Personalrat finden sich dazu Darstellungen und Bewertungen. Z.B. Baden, Erste Eindrücke – das neue BPersVG 2021 und Spilker, Einen Schritt nach vorn, zwei zurück. **Mehr dazu auch in diesem Heft.**

BayPVG geändert

Bereits am 19.02.2021 wurde im Rahmen des Gesetzes „zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes und weiterer Rechtsvorschriften“ im BayPVG ein neuer Art. 96a BayPVG eingefügt, wonach bei einem bis zu 18 Monate dauernden vorübergehenden pandemiebedingte Einsatz bei einer anderen Dienststelle die Dienststellenzugehörigkeit nicht verloren geht.

Altersversorgung geregelt, dass befristet Beschäftigte nicht versorgungsberechtigt sind und unbefristete Beschäftigte nur, wenn sie bei Eintritt das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, dann ist das so auszulegen, dass bei Übergang von einer befristeten in eine unbefristete Beschäftigung das Alter bei Beginn der befristeten Beschäftigung gewertet wird.

BAG vom 22.09.2020 - 3 AZR 433/19, Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 5.09.2019 - 4 Sa 5/19 B, zit. nach PM des BAG Nr. 33/20

Keine Atomisierung von Arbeitsvorgängen im ÖD - Eingruppierung in Serviceeinheit bei einem Amtsgericht (TV-L)

Die Tätigkeit einer Beschäftigten in einer Serviceeinheit bei einem Amtsgericht (Sachgebiet Verkehrsstrafsachen) kann nur einen einheitlichen Arbeitsvorgang darstellen, da für die Bestimmung des Arbeitsvorgangs allein das Arbeitsergebnis maßgeblich ist, nicht die tarifliche Wertigkeit der Einzeltätigkeiten. Der Arbeitgeber hatte nur bei einigen der 11 vermeintlichen Arbeitsvorgänge, die 25,17 % der Arbeitszeit repräsentierten das Merkmal „schwierige Tätigkeiten“ angenommen.

Das BAG hat unter Verweis auf seine seit 2013 bestehende Rechtsprechung festgestellt, dass alle Tätigkeiten in der Serviceeinheit einheitlich zugewiesen sind und zu einem (einzigen) Arbeitsergebnis führen. Sie stellen deshalb lediglich einen Arbeitsvorgang dar, innerhalb dessen die Klägerin in rechts-erheblichem Ausmaß schwierige Tätigkeiten erbringt.

Bei der Bewertung eines Arbeitsvorgangs genügt es für die Erfüllung einer tariflichen Anforderung (hier der "schwierigen Tätigkeiten"), wenn diese innerhalb des jeweiligen Arbeitsvorgangs in rechtlich erheblichem Umfang anfällt. Hier gibt es nicht die quantitative Anforderung von 50, 33 oder 25 %. Erst wenn dann die Arbeitsvorgänge aufad-

diert werden, kommen quantitative Anforderungen zu Tragen. Dadurch, dass das BAG nur von einem Arbeitsvorgang ausgeht und nicht mehr von 11, wie die Vorinstanzen, ergibt sich die höhere Eingruppierung.

BAG vom 09.09.2020 - 4 AZR 195/20, Aufhebung zugunsten der Klägerin von LAG Berlin-Brandenburg vom 12.02.2020 - 15 Sa 1260/19, zit. nach PM des BAG Nr. 30/20 (siehe auch 4 AZR 196/20)

Kein pauschales Kopftuchverbot im Schuldienst

Unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat das BAG entschieden, dass eine Regelung, die das Tragen eines sog. islamischen Kopftuchs durch eine Lehrkraft im

Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg vom 27.11.2018 - 7 Sa 963/18, zit. nach PM des BAG Nr. 28/20

Folgen für Unternehmensmitbestimmung bei Umwandlung von AG in SE

Der Erste Senat des BAG hat den EuGH angerufen, um die Reichweite des Mitbestimmungsschutzes nach § 21 Abs. 6 SEBG zu klären.

Ausgangspunkt: Eine deutsche AG (Aktiengesellschaft), für die das Mitbestimmungsgesetz galt (paritätisch besetzter Aufsichtsrat, davon 2 Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer von Gewerkschaften vorgeschlagen) wurde in eine SE (Societas Europaea) umgewandelt. Im Einklang mit § 21 Abs. 6 SEBG („in Bezug auf alle Komponenten der Ar-

Andere über uns:

Der **Stern** hat auch dieses Jahr wieder eine Empfehlungsliste aufgelegt. sfm ist wieder unter „Beste Anwaltskanzleien 2021 – Arbeitsrecht (für Arbeitnehmer“ gelistet

<https://sfm-arbeitsrecht.de/stern-besten-anwaltskanzleien-2021-arbeitsrecht-fuer-arbeitnehmer-sfm-wieder-dabei/>

Dienst ohne Weiteres, also schon wegen der bloß abstrakten Eignung zur Begründung einer Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität in einer öffentlichen bekenntnisoffenen Schule verbietet (§ 2 Berliner Neutralitätsgesetz), zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Religionsfreiheit nach Art. 4 GG führt, sofern das Tragen des Kopftuchs nachvollziehbar auf ein als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen sei. Die Norm sei verfassungskonform dahin auszulegen, dass das Verbot nur im Fall einer konkreten Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität gilt. Hierfür gab es aber keinen Anlass, die Entschädigung nach AGG war vom LAG zurecht ausgeurteilt.

BAG vom 27.08.2020 - 8 AZR 62/19,

beitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet“) wurde durch eine sog. Beteiligungsvereinbarung ein Aufsichtsrat gebildet, bei dem das Vorschlagsrecht ebenso gestaltet war. Strittig ist jedoch eine Klausel, wonach der AR verkleinert werden kann und dann das gewerkschaftliche Vorschlagsrecht entfallen würde.

Vorlagebeschluss des BAG vom 18.08.2020 - 1 ABR 43/18 (A), Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, vom 09.10.2018 - 19 TaBV 1/18, zit. nach PM des BAG Nr. 27/20

Kein Plebiszit über Betriebsvereinbarungen

Die Geltung einer Betriebsvereinbarung darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass die betroffenen Arbeitnehmer zustimmen. Der gewählte Betriebsrat ist

Corona-ArbSchVO verlängert

Die Corona-Arbeitsschutzverordnung wird bis einschließlich 10.09.2021 – allerdings verändert – verlängert (siehe PM des BMAS 23.06.2021).

Die grundlegenden Arbeitsschutzregeln gelten weiterhin:

- **Verpflichtung der Arbeitgeber**, in ihren Betrieben **mindestens zweimal pro Woche** für alle in Präsenz Arbeitenden die Möglichkeit für **Schnell- oder Selbsttests** anzubieten (Ausnahmen für vollständig geimpfte bzw. genesene Beschäftigte). Die Beschäftigten sind weiterhin nicht verpflichtet, die Testangebote wahrzunehmen sowie dem Arbeitgeber Auskunft über ihren Impf- bzw. Genesungsstatus zu geben.
- **Betriebliche Hygienepläne** sind weiterhin zu erstellen, umzusetzen sowie in geeigneter Weise zugänglich zu machen. Zur Umsetzung sind weiterhin die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel und die branchenbezogenen Praxishilfen der Unfallversicherungsträger heranzuziehen.
- **Betriebsbedingte Kontakte und die gleichzeitige Nutzung von Räumen** durch mehrere Personen müssen aber auf das **notwendige Minimum** reduziert bleiben. Dazu kann auch weiterhin das Arbeiten im **Homeoffice** wichtige Beiträge leisten (**verbindliche Vorgabe einer Mindestfläche von 10 m² pro Person** in mehrfach belegten Räumen und **strikte Vorgabe von Homeoffice entfällt**)
- Verpflichtung der Arbeitgeber **mindestens medizinische Gesichtsmasken** zur Verfügung stellen, wo andere Maßnahmen keinen ausreichenden Schutz gewähren.
- Gewährleistung von **Infektionsschutz** auch während der **Pausenzeiten und in Pausenbereichen**

br

Repräsentant der Belegschaft. Ein Zustimmungsquorum bei Betriebsvereinbarungen widerspricht den Strukturprinzipien der Betriebsverfassung und ist damit unzulässig.

BAG vom 28.07.2020 - 1 ABR 4/19, Aufhebung von LAG München vom 15.06.2018 - 3 TaBV 6/18, zit. nach PM des BAG Nr. 25/20

Einschränkung der Rechte des BR aus Entgelttransparenzgesetz

Das Einsichts- und Auswertungsrecht des Betriebsausschusses nach § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG besteht nach Auffassung des BAG nicht, wenn der Arbeitgeber die Erfüllung der Auskunftspflicht gegenüber Mitarbeiter*innen an sich gezogen hat und selbst erfüllt.

BAG vom 28.07.2020 - 1 ABR 6/19, Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 23.10.2018 - 8 TaBV 42/18, zit. nach PM des BAG Nr. 24/20; zur Kritik siehe

bereits Seebacher in *sfm-aktuell* 2020, 2. Halbjahr.

Keine Untersagung der Äußerungen des Betriebsrats zu betrieblichen Angelegenheiten über Twitter

Nach Rücknahme der Rechtsbeschwerde durch den Arbeitgeber ist der Beschluss des LAG Niedersachsen vom 6. Dezember 2018 - 5 TaBV 107/17 nun rechtskräftig.

BAG, Mitteilung vom 28.07.2020 zu dem Verfahren 7 ABR 9/19, zit. nach PM des BAG Nr. 23/20

Vorlage an EuGH - Verfall des Urlaubsanspruchs bei Krankheit nach 15 Monaten auch ohne Mitwirkung des AG?

Der 9. Senat legt dem EuGH die Frage vor, wie die Kombination zweier neuerer Entwicklungen im Urlaubsrecht zu behandeln ist.

Zunächst hatte das BAG am 7.08.2012 im Nachgang zu EuGH vom 22.11.2011 (- C-214/10 - [KHS] entschieden, dass gesetzliche Urlaubsansprüche bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit 15 Monate nach dem Ende des Urlaubsjahres erlöschen. Zwischenzeitlich hat er im Anschluss EuGH vom 6.11.2018 (- C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften]) zu Art. 7 RL 2003/88/EG (Arbeitszeitrichtlinie) sowie zu Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union am 19.02.2019 entschieden, dass der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub grundsätzlich nur dann nach § 7 Abs. 3 BUrlG am Ende des Kalenderjahres oder eines zulässigen Übertra-

gungszeitraums erlischt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor konkret aufgefordert hat, seinen Urlaub rechtzeitig im Urlaubsjahr zu nehmen, und ihn darauf hingewiesen hat, dass dieser andernfalls verfallen kann, und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Nun stellt sich die Frage, ob der Verfall nach 15 Monaten (Fall 1) auch dann erfolgt, wenn die Aufforderung des Arbeitgebers (Falls 2) nicht vorlag. BAG vom 07.07.2020 - 9 AZR 401/19 (A), Vorinstanz: LAG Hamm vom 24.07.2019 - 5 Sa 676/19, zit. nach PM des BAG Nr. 20/20, weitere Vorlage am gleichen Tag durch Beschluss vom 7. Juli 2020 - 9 AZR 245/19 (A), Vorinstanz: Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 7. März 2019 - 9 Sa 145/17; siehe auch BAG vom 29.09.2020 - 9 AZR 266/20 weiter oben

Bearbeitung: RA M. Fleischmann

Mobile Arbeit

Was bringt der neue § 87 Abs. 1 Ziff. 14 BetrVG

Mit dem Betriebsräte-Modernisierungsgesetz erweitert sich der Katalog der Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten um die Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird, § 87 Abs. 1 Ziff. 14 BetrVG.

Um was geht es dabei und welche Chancen bringt das Gesetz?

Ist „Mobile Arbeit“ Telearbeit?

Der Begriff der Telearbeit im Sinne der Arbeitsstättenverordnung ist eng. Nach § 2 Abs. 7 ArbStättV sind Telearbeitsplätze vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Ein Telearbeitsplatz ist es nach dem Wortlaut des Gesetzes nur, wenn der Arbeitgeber die benötigte Ausstattung des Telearbeitsplatzes mit Mobiliar, Arbeitsmitteln einschließlich der Kommunikationseinrichtungen bezahlt. Tut er es nicht, ist es kein Telearbeitsplatz i.S. § 2 Abs. 7 ArbStättV. Und dann findet die ArbStättV auf diesen Arbeitsplatz keine Anwendung.

Der neue Mitbestimmungsstatbestand des § 87 Abs. 1 Ziff. 14 BetrVG geht weiter. *Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin arbeitet mobil, wenn er oder sie die geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik außerhalb der Betriebsstätte von einem Ort oder von Orten seiner oder ihrer Wahl oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem*

der Gesetzgeber den Versicherungsschutz im § 8 Abs. 1 SGB VII wie folgt erweitert: *Wird die versicherte Tätigkeit im Haushalt der Versicherten oder an einem anderen Ort ausgeübt, besteht Versicherungsschutz in gleichem Umfang wie bei Ausübung der Tätigkeit auf der Unternehmensstätte.* Damit wird der Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung auch auf mobile Arbeit ausgedehnt.

§ 87 Abs. 1 BetrVG wurde ergänzt:

14. Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird.

Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringt. (BT-Drucks. 19/29819). Damit wird klargestellt, dass grundsätzlich jede Arbeit außerhalb der Betriebsstätte damit umfasst ist, wenn sie nur *unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik* erfolgt.

Erfasst von dem neuen Mitbestimmungsrecht ist aber nur die Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die Entscheidung darüber, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang mobile Arbeit außerhalb des Betriebs erbracht wird, bleibt weiterhin mitbestimmungsfrei dem Arbeitgeber überlassen (so auch Däubler, Extra zum Betriebsräte Modernisierungsgesetz, Bund Verlag 6/21 S.11). Ergänzend zum Mitbestimmungsrecht bei mobiler Arbeit hat

Was kann alles durch Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts vereinbart werden?

In der Begründung des Gesetzgebers finden sich neben bereits bestehenden Mitbestimmungsrechten auch neue Gesichtspunkte. So werden bei der mobilen Arbeit stets Regelungen über den zeitlichen Umfang mobiler Arbeit, über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit zu treffen sein, die auch bisher bereits dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Z. 2 und 3 BetrVG unterlagen. Denn die Ausgestaltung der mobilen Arbeit birgt Chancen und Risiken. Zum einen verbessert

Was im Zusammenhang mit der mobilen Arbeit oft noch zu regeln ist

Häufig versuchen Arbeitgeber, mit der Einführung von mobiler Arbeit gleichzeitig die im Betrieb zur Verfü-

mobile Arbeit natürlich die Vereinbarkeit von Beruf und Familie, eine entsprechende Regelung zur Arbeitszeit vorausgesetzt ermöglicht es, am Nachmittag die Kinder zu betreuen und den Rest der täglichen Arbeitszeit auf den Zeitpunkt zu verlegen, nachdem die Kinder ins Bett gebracht worden sind. Insoweit kann ein erweiterter Arbeitszeitrahmen diesem Ziel dienen. Andererseits muss bei jeder Erweiterung auch die Gefahr bedacht werden, dass mit der mobilen Arbeit eine weitere Entgrenzung des Arbeitslebens entsteht, der durch den Betriebsrat Einhaltung geboten werden muss. Nach der Entscheidung des EuGH vom 14.5.2019 – C 55/18 wird der Betriebsrat auch auf die Einführung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems der Arbeitszeiterfassung in der mobilen Arbeit bestehen.

Als neue, bisher noch nicht vom Mitbestimmungsrecht umfasste Aufgaben können etwa Regelungen zum Ort, von welchem aus mobil gearbeitet werden kann und darf getroffen werden. Hier kommt es auf die konkrete Tätigkeit an, die in mobiler Arbeit geleistet wird. Dass das Bierzelt nicht zur konzentrierten Arbeit geeignet ist, leuchtet ein. Aber welche Anforderungen sind an die Ungestörtheit des Arbeitsorts oder die Wahrung der Vertraulichkeit zu stellen? Darf an einem sonnigen Tag auch am Baggersee gearbeitet werden? Oder an einem verregneten Freitag im Ferienhaus in Öster-

reich? Das wird letztlich darauf ankommen, was genau in mobiler Arbeit zu tun ist, sollte aber vom Betriebsrat geregelt werden.

Wichtig sind auch Regelungen zu konkreten Anwesenheitspflichten in der Betriebsstätte des Arbeitgebers, denn es wird gerade bei mobi-

Sommer - Sonne - Arbeitsplatz:

Alle Jahre wieder stellt sich die Frage, was man tun kann oder auch muss, wenn es am Arbeitsplatz heiß und stickig wird. Wir hatten dazu zuletzt in sfm-aktuell 1. Halbjahr 2019 ab Seite 11 Hinweise für Arbeitnehmer*innen und Betriebs- und Personalräte gegeben.

Hier der link zum Dokument:

https://sfm-arbeitsrecht.de/htmlwp/wp-content/uploads/2020/06/sfm-aktuell_2019_1HJ.pdf

ler Arbeit Fälle geben, in denen alle Arbeitnehmer einer Abteilung in Präsenz zusammenkommen müssen. Menschen, die in mobiler Arbeit familiäre und berufliche Pflichten in Deckung bringen müssen, brauchen Planungssicherheit und müssen sich darauf verlassen können, dass sie nicht von jetzt auf sofort in den Betrieb gerufen werden.

Der Gesetzgeber nennt ferner Regeln zur Erreichbarkeit, zum Umgang mit Arbeitsmitteln der mobilen Arbeit und über einzuhaltende Sicherheitsaspekte als Gegenstand des Mitbestimmungsrechts bei der mobilen Arbeit. Gerade die Erreichbarkeit bei der mobilen Arbeit muss eingeschränkt werden, um der zunehmenden Entgrenzung von Arbeit entgegenzutreten.

Regelungen zur Unfallversicherung bei mobiler Arbeit sind nach der Änderung von § 8 Abs. 1 SGB VII hingegen nicht mehr erforderlich.

Stehenden Arbeitsplätze zu reduzieren. Das Argument ist an sich einleuchtend: Wenn mehr Beschäftigte außerhalb des Betriebes arbeiten, müssen nicht mehr so viele Arbeitsplätze im Betrieb zur Verfügung stehen. Dies führt aber regelmäßig dazu, dass die dann noch vorhandenen Arbeitsplätze unter den Arbeitnehmern zu verteilen sind, die auch in mobiler Arbeit gelegentlich den Betrieb aufsuchen.

Dabei sind zum einen Fragen des betrieblichen Gesundheitsschutzes bei der Reinhaltung dieser Arbeitsplätze, aber auch ganz generell bei der mobilen Arbeit an anderen Orten zu regeln. Dabei hat der Betriebsrat im Rahmen der bestehenden Gesetze ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Z. 7 BetrVG.

Stehen weniger Arbeitsplätze zur Verfügung als Arbeitnehmer des Betriebs vorhanden sind, muss andererseits festgelegt werden, wie diese verringerten Arbeitsplätze ver-

teilt werden und was noch im Betrieb an persönlichen Gegenständen dauerhaft aufbewahrt werden kann und was nicht. In diesen Fällen besteht schon seit langem ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG als Frage der Ordnung des Betriebs.

Wie geht der Betriebsrat mit dem neuen Mitbestimmungsrecht um?

Spätestens nach dem Inkrafttreten des Gesetzes werden sich in jedem Betrieb schnell mehrere Gruppen bilden. Es wird immer Kolleginnen und Kollegen geben, die von mobiler Arbeit ausgiebig Gebrauch machen wollen, andererseits gibt es in jedem Betrieb eine Gruppe von Menschen, die den unmittelbaren Kontakt mit Kolleginnen und Kollegen schätzen und gerne aus verschiedenen Gründen auch in der Betriebsstätte arbeiten. Der Betriebsrat wird beiden Interessen Rechnung tragen und das beginnt

mit einer Befragung der Belegschaft nach deren Wünschen. Natürlich ist der Betriebsrat berechtigt, die Arbeitnehmer des Betriebs im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben zu befragen. Eine solche gesetzliche Aufgabe ergibt sich jetzt auch nach § 87 Abs. 1 Ziff. 14 BetrVG. Trotz fehlender expliziter Benennung im BetrVG hat der Betriebsrat grundsätzlich das Recht, Arbeitnehmerbefragungen durchzuführen. (NZA 2013, 1169) Wie soll der Betriebsrat Wünsche der Belegschaft erfüllen, wenn er sie nicht kennt?

Aus der Befragung der Belegschaft und einer intensiven Diskussion im Betriebsrat werden sich Forderungen für die Ausgestaltung der mobilen Arbeit ergeben, die der Betriebsrat sinnvollerweise in einen eigenen Regelungstext einfließen lässt und auf dieser Grundlage mit dem Arbeitgeber verhandelt. Neu ist jetzt, dass die Einigungsstelle im Fall der Nichteinigung über die Ausgestaltung der mobilen Arbeit sogar streitig entscheiden kann; der Betriebsrat ist daher nicht mehr auf

das Wohlwollen und das Eigeninteresse des Arbeitgebers bei der Regelung angewiesen.

Fazit

Die neuen Aufgaben des Betriebsrats bei der Ausgestaltung von mobiler Arbeit bringen eine große Verantwortung für den Betriebsrat mit. Das Interesse der Kolleginnen und Kollegen, sich den täglichen Weg von und zur Arbeit zu ersparen und mehr Möglichkeiten für die work-life balance zu nutzen, steht der Gefahr der zunehmenden Entgrenzung der Arbeit gegenüber. Hier wird der Betriebsrat nur dann eine mehrheitsfähige Lösung finden, wenn die Belegschaft von Anfang an in die Überlegungen des Betriebsrats einbezogen wird und der Betriebsrat seine neuen Möglichkeiten nach § 87 Abs. 1 Ziff. 14 BetrVG konsequent nutzt.

RA Krikor R. Seebacher

Novelle des Bundespersonalvertretungsgesetzes

Am 09.06.2021 ist das neue BPersVG in Kraft getreten. Die Modernisierung des BPersVG war lange erwartet worden, nachdem es seit der letzten Reform im Jahr 1974 im Wesentlichen unverändert geblieben ist. Im Gesetzesentwurf war u.a. der Anspruch formuliert, eine Rechtsangleichung an das im Jahr 2001 reformierte BetrVG herbeiführen zu wollen. Auch wenn sich einiges getan hat, wurde dieser Anspruch aber leider nicht erfüllt.

Neben der sprachlichen Modernisierung ist eine völlig neue Strukturierung des Gesetzes erfolgt. Um das erste Zurechtfinden zu erleichtern, ein Überblick über die wesentlichen Änderungen:

- Absenkung Wahlalter von 18 auf 16 Jahren, Ausweitung zulässiger Abwesenheitszeiten der Beschäftigten auf 12 Monate, § 14 BPersVG (a.F. § 13)
- Wegfall der Altersgrenze für Auszubildende beim aktiven Wahlrecht zur JAV, § 100 BPersVG (a.F. § 58)

- Stichtagsgenaue Amtszeit des Personalrats zum 01. Juni des Jahres, § 27 Abs. 2 BPersVG (a.F. § 26)
- Bei Wahlanfechtung vorzeitige Neuwahl statt Wiederholungswahl, § 28 Abs. 2 Nr. 4 BPersVG (neu)
- Schaffung von Übergangsmandaten bei Umstrukturierungen, verspäteter Wahl oder Konstituierung, § 29 BPersVG (neu)
- Ausschluss eines PR-Mitgliedes bei Befangenheit von Beratung und Beschlussfassung, § 41 BPersVG (neu)
- Option Durchführung von PR-Sitzungen u. Teilnahme mittels Video- u. Telefonkonferenzen, § 38 Abs. 3 BPersVG (a.F. § 35)
- Weitere Möglichkeiten von Video- oder Telefonkonferenzen: Sprechstunden nach GO, § 45 Abs. 3 BPersVG; Verhandlung und Beschlussfassung in Einigungsstellen, § 74 Abs. 5 BPersVG; Übertragung von Personalversammlung mittels Video-Konferenz, § 58 Abs. 1 BPersVG
- Freistellung: Möglichkeit von Teilfreistellungen bei mind. 20 %, § 52 Abs. 3 BPersVG (a.F. § 46 Abs. 3); Auswahl der Freistellung durch Vorschlagsliste bei weiteren Freistellungen, § 53 Abs. 2 BPersVG (a.F. § 46 Abs. 3)
- Regelung zum Datenschutz, § 69 BPersVG (neu)
- Gleichsetzung Schriftform mit elektronischer Form: § 70 Abs. 2 u. 3 BPersVG - Mitbestimmung (a.F. § 69 Abs. 2); § 77 Abs. 1 BPersVG - Initiativrecht (a.F. § 70); Bekanntmachungen, Anhänge und Mitteilungen, § 48 S. 2 BPersVG (a.F. § 44 Abs. 3)
- Zeitliche Flexibilisierung im Beteiligungsverfahren durch einvernehmliche Fristabsprachen, § 70 Abs. 3 S. 3 BPersVG (a.F. § 69 Abs. 2)
- Einführung von Reaktionsfristen der übergeordneten Dienststelle im Stufenverfahren von 6 Wochen, § 71 Abs. 2 BPersVG (a.F. § 69 Abs. 3). und bei Initiativanträgen des PR, § 77 Abs. 2 BPersVG (a.F. § 70)- allerdings nur Sollvorschriften
- Wegfall der eigenständigen MB für Beamte (a. F. § 76) , nun integriert in Neufassung § 78 BPersVG
- Tatbestände der MB nunmehr unterteilt in Personalangelegenheiten, soziale und organisatorischen Angelegenheiten §§ 78-80 BPersVG geregelt (a.F. § 75 Abs 1 bis 3, § 76)
- Ergänzung bei Beteiligungsrechten:
 - MB über Anordnung von Dienstbereitschaft, Bereitschaftsdienst, Rufbereitschaft, Mehrarbeit und Überstunden, § 80 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG (a.F. § 75 Abs. 3)

Teilzeit während Elternzeit

eine Mut machende Entscheidung des LAG Köln

Zwischen 30% und 40% der Frauen gehen während der Elternzeit einer Teilzeittätigkeit nach. Seit 2001 besteht hierauf in Betrieben mit mehr als 15 Arbeitnehmer*innen ein Rechtsanspruch (jetzt § 15 Abs. 5-7 BEEG). In der Praxis waren Beschäftigte aber auch in der Folge faktisch angewiesen auf den guten Willen ihres Arbeitgebers. Wollte man nämlich den Anspruch auf Teilzeit während der Elternzeit gerichtlich durchsetzen, erledigte sich das Verfahren häufig durch Zeitablauf: bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung war die Elternzeit oft vorbei.

Bei einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung muss die/der Beschäftigte einen neben dem Verfügungsanspruch einen Verfügungsgrund, d.h. eine Eilbedürftigkeit, darlegen und glaubhaft machen. Da der Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung gem. § 894 ZPO gerichtet ist (nämlich das Einverständnis des Arbeitgebers zur Teilzeittätigkeit) und somit die Gefahr besteht, dass die Arbeitszeit irreversibel reduziert wird, obwohl der Arbeitnehmer darauf keinen Anspruch hat, haben die Gerichte zumeist sehr hohe Anforderungen an diese Eilbedürftigkeit gestellt.

Ein Teil der Literatur lehnt vor diesem Hintergrund den Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Elternzeitbegehren sogar generell ab bzw. lässt sie nur in ganz besonderen Notfällen zu, da eine einstweilige Verfügung im Erfolgsfall die endgültige Befriedigung der/des Beschäftigten zur Folge hätte, obwohl die Fiktion des § 894 ZPO eine rechtskräftige Entscheidung im ordentlichen Verfahren voraussetze (so z.B. LAG ->

- MB bei Einführung, Änderung und Aufhebung von Arbeitszeitmodellen, § 80 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG (a.F. § 75 Abs. 3)
- MB über Aufstellen allgemeiner Urlaubsgrundsätze, § 80 Abs. 1 Nr. 6 BPersVG (a.F. § 75 Abs. 3)
- MB über Maßnahmen der Gleichstellung, Familienfreundlichkeit und Vermeidung von Benachteiligungen, § 80 Abs. 1 Nr. 13 (a.F. § 75 Abs. 3)
- MB über Grundsätze des behördlichen oder betrieblichen Gesundheits- und Eingliederungsmanagements (a.F. § 75 Abs. 3)
- Mitwirkung bei Privatisierung von Aufgaben, § 84 Abs. 1 Nr. 3 (a.F. § 78)
- Einschränkung der Mitbestimmung:
 - MB Umsetzung bei Dienortwechsel erst bei einer Dauer von über drei Monaten, § 78 Abs.1 Nr. 6 BPersVG (a.F. 75 Abs. 1)
 - Ausweitung der Fälle in denen die Einigungsstelle nur eine Empfehlung aussprechen kann (Fälle der eingeschränkten Mitbestimmung), § 75 Abs. 3 BPersVG (a.F. § 69 Abs. 4)
 - Möglichkeit der Aufhebung der Entscheidung der Einigungsstelle und Ersetzung der Entscheidung durch oberste Dienstbehörde in Angelegenheiten, die im Einzelfall wegen ihrer Auswirkungen auf das Gemeinwesen wesentlicher Bestandteil der Regierungsgewalt sind, § 75 Abs. 2 BPersVG (neu, früher in Rahmenvorschrift für Landesgesetzgebung § 104 a.F.)
- Institutionalisation der Arbeitsgemeinschaft der Hauptpersonalräte mit Stellungnahmerecht bei ressortübergreifenden Digitalisierungsmaßnahmen, §§ 96-98 BPersVG

... Teilzeit während Elternzeit

Hamburg vom 04.09.2006 - 4 Sa 41/06). Jedenfalls aber musste die/der Beschäftigte im Rahmen der Eilbedürftigkeit regelmäßig schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile glaubhaft machen (vgl. ArbG Hamburg vom 19.06.2008 - 17 Ga 12/08). In der Prozessvertretung häufig eine kaum zu lösende Herausforderung. ...->

Mut macht jetzt eine neue Entscheidung des LAG Köln vom 04.06.2021 - 5 Ta 71/21:

Das LAG hat dem Antrag einer Beschäftigten auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bzgl. Teilzeit während der Elternzeit stattgeben: An den Verfügungsgrund seien weder wegen einer Vorwegnahme der Hauptsache "besonders strenge Anforderungen" zu stellen noch genüge der Hinweis auf den bloßen Zeitablauf oder dass der Arbeitnehmer dringend auf den Verdienst angewiesen sei. Es bedürfe vielmehr wie stets bei der einstweiligen Verfügung einer umfassenden Interessenabwägung. Regelmäßig komme als Verfügungsgrund nur ein konkretes ideelles Interesse des Arbeitnehmers an seiner Beschäftigung in Betracht. Dieses habe die Klägerin vorliegend glaubhaft gemacht. Sie müsse bei einer weiteren Abwesenheit konkret befürchten, dass an ihrer Stelle andere Arbeitnehmer gefördert würden und sie auf ein Abstellgleis gerate.

Der Titel ist auch nicht zeitlich begrenzt: Seien die Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung gegeben, ist dem Arbeitgeber laut LAG aufzugeben, den Arbeitnehmer mit der von ihm angestrebten Stundenzahl tatsächlich zu beschäftigen. Eine zeitliche Begrenzung des Beschäftigungstitels etwa "bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts in der Hauptsache" sei in aller Regel nicht vorzunehmen. (Quelle: PM des LAG Köln Nr. 5/2021 v. 18.06.2021).

RAin B. Renkl

RAin A. Daumoser

Verpflichtung zum Datenschutz, § 79a BetrVG

Was der neue § 79a BetrVG für den Betriebsrat bedeutet: BR ist nicht Verantwortlicher im Sinne des DSGVO – gegenseitige Unterstützung -

Das neue Gesetz beendet einen alten Konflikt, nämlich die Frage, ob ein Betriebsrat „**Verantwortlicher**“ im Sinne des Datenschutzes ist oder nicht. Im Beschluss vom 11.11.1997 - 1 ABR 21/97 hatte das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass zwar das Bundesdatenschutzgesetz auch für die Datenverarbeitung durch Betriebsräte gilt, der **Betriebsrat aber nicht Verantwortlicher** im Sinne des Datenschutzes ist. Allerdings sollte für die Datenverarbeitung des Betriebsrats keine Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestehen. Das Gericht begründete seine Entscheidung damals mit der Überlegung, dass die Ausübung der Kontrollrechte des Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Betriebsrat dessen gesetzlich vorgeschriebene Unabhängigkeit von der Arbeitgeberin beeinträchtigen würde. Die Kontrollmaßnahmen wären der Arbeitgeberin zuzurechnen. Der betriebliche Datenschutzbeauftragte nimmt keine „neutrale Stellung“ zwischen Arbeitgeberin und Betriebsrat ein. Dies blieb nicht unumstritten und wurde immer wieder in Frage gestellt, insbesondere nach Einführung der DSGVO.

Der mit dem Betriebsräte-Modernisierungsgesetz eingefügte § 79a BetrVG will nun den Streit über die Verantwortlichkeit beenden, indem klargestellt wird, dass ein Betriebsrat nicht Verantwortlicher im Sinne der DSGVO ist (Drs. 19/28899 unter „A. Problem und Ziel“).

Auch wenn der Betriebsrat personenbezogene Daten verarbeitet, ist der Arbeitgeber (wie auch bisher) der für die Verarbeitung Verantwortliche im Sinne der datenschutzrechtlichen Vorschriften. Ergänzt wird dies

durch eine **gegenseitige Unterstützungspflicht**, was man bisher bereits aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit abgeleitet hat. Da im Rahmen der wechselseitigen Unterstützung der betriebliche Datenschutzbeauftragte durchaus Informationen erlangen könnte, die der Arbeitgeber nicht erhalten soll, wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens noch eine Ergänzung aufgenommen, wonach *„Die oder der Datenschutzbeauftragte (...) gegenüber dem Arbeitgeber zur Verschwiegenheit verpflichtet über Informationen (ist), die Rückschlüsse auf den Meinungsbildungsprozess des Betriebsrats zulassen. (...)“*

Es dürfte nur eine Frage der Zeit sein, bis einschlägige Autoren die Erwähnung des DSB zum Anlass nehmen, die 1997 verworfene These wieder aufzunehmen, der **betriebliche Datenschutzbeauftragte** dürfe die Beachtung datenschutzrechtlicher Vorschriften durch den Betriebsrat kontrollieren.

Das wäre aber falsch: Zwar wird im neuen Gesetz der Datenschutzbeauftragte gegenüber dem Arbeitgeber zur Verschwiegenheit verpflichtet über Informationen, die Rückschlüsse auf den Meinungsbildungsprozess des Betriebsrats zulassen. Auch wird das Zeugnisverweigerungsrecht des Datenschutzbeauftragten über den Verweis auf §§ 6 Absatz 5 Satz 2, 38 Absatz 2 BDSG auf das Verhältnis der oder des Datenschutzbeauftragten zum Arbeitgeber übertragen. Aber das gilt nur, sofern der Datenschutzbeauftragte entsprechende Informationen hat. Die Begründung der Bundesregierung (Drs. 19/28899) dazu: *„Die Stellung und die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten richten sich nach der Datenschutz-Grundverordnung (Artikel*

Ausblick...

Anstehende Entscheidungen

- ❖ Mitbestimmungspflicht der Zuordnung von Arbeitnehmern im Home-Office zu neuen Dienstorten, BAG 14.10.2021 – 7 ABR 13/20
- ❖ Ausschluss von ATZ-MA aus IA mit Folge entgangener Sozialplanleistung BAG 30.09.2021 - 8 AZR 303/20
- ❖ Gewerkschaftlicher Durchführungsanspruch hinsichtlich Tarifvertrag, BAG 14.07.2021 - 4 AZR 403/20

38 und 39) und bestehen somit auch gegenüber dem Betriebsrat als Teil der verantwortlichen Stelle. Soweit erforderlich, sollte der Betriebsrat die Beratung durch den Datenschutzbeauftragten in Anspruch nehmen.“

Aus der Empfehlung des Gesetzgebers, „soweit erforderlich“ Beratung in Anspruch zu nehmen, kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass sich der Betriebsrat gegen seinen Willen kontrollieren lassen muss.

Zuvor wird auf **die „innerorganisatorische(n)**

Selbständigkeit und Wei-

sungsfreiheit des Betriebs-

rats“ hingewiesen, ergänzt um die Feststellung: „Schließlich hat der Betriebsrat innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs eigenverantwortlich die Umsetzung technischer und organisatorischer Maßnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit im Sinne der Artikel 24 und 32 der Datenschutz-Grundverordnung sicherzustellen.“

Die finale Beschlussempfehlung (Drs. 19/29819), in der dann die **„Klarstellung“ der Verschwiegenheitspflicht** des DSB ergänzt wird, hält ebenfalls fest: „Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers besneidet nicht die institutionelle Unabhängigkeit des Betriebsrats. Der Gesetzentwurf verpflichtet den Betriebsrat deshalb, selbst die datenschutzrechtlichen Vorschriften einzuhalten und verpflichtet Arbeit-

geber und Betriebsrat zur gegenseitigen Unterstützung in datenschutzrechtlichen Angelegenheiten.“

Datenschutz tut auch im Betriebsrat not

Auch Betriebsräte verarbeiten zunehmend personenbezogene Daten von Arbeitnehmern. Das neue Gesetz stellt unmissverständlich klar, dass auch der Betriebsrat bei der

Verarbeitung personenbezogener Daten die Vorschriften über den Datenschutz einzuhalten hat. Tut er es nicht, kann er im Extremfall seinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber gefährden.

Das BAG hat im Beschluss vom 09.04.2019 – 1 ABR 51/17 ausgeführt: „Umfasst ein allgemeiner Auskunftsanspruch des Betriebsrats nach § 80 II 1 BetrVG eine besondere Kategorie personenbezogener Daten (sensitive Daten im datenschutzrechtlichen Sinn), ist

... und Rausblick

oder: sfm schreibt (auch) auswärts

Krikor R. Seebacher bespricht in der Mai-Ausgabe der **AiB – Arbeitsrecht im Betrieb** die Entscheidung des BAG vom 28.7.2020 – 1 ABR 6/19 zum Auskunftsanspruch des Betriebsrats aus dem Entgelttransparenzgesetz. In der März-Ausgabe der **CuA – Computer und Arbeit** erläutert **Michael Fleischmann** „Wie Sie Mitarbeiterkontrolle kontrollieren“ in der März-Ausgabe der **AiB – Arbeitsrecht im Betrieb** kommentiert er das Urteil des BAG vom 28.07.2020 – 1 AZR 590/18 zu Benachteiligung Schwerbehinderter bei Sozialplanabfindung.

Zwischenzeitlich erschienen ist der **Nomos-(Groß-)Kommentar zum Arbeits- und Sozialstrafrecht**. Hier sind u.a. Beiträge von **Krikor R. Seebacher**, **Andreas Müller** (JArbSchG), **Barbara Renkl** (MuSchG, BEEG, FPfZG) und **Michael Fleischmann** (BetrAVG, Alt-TZG) zu finden.

Ebenfalls erschienen ist **„Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten – Betriebsänderung“** des **Verlags Fachmedien Recht und Wirtschaft**, bei der **Michael Fleischmann** ein Kapitel zum Begriff der Betriebsänderung aus Arbeitnehmersicht beisteuert.

Anspruchsvoraussetzung, dass der Betriebsrat zur Wahrung der Interessen der von der Datenverarbeitung betroffenen Arbeitnehmer angemessene und spezifische Schutzmaßnahmen trifft.“ Das folgt der Linie der eingangs erwähnten Entscheidung aus 1997.

In dem 2019 entschiedenen Fall wollte der Betriebsrat vom Arbeitgeber Informationen darüber, welche der Kolleginnen schwanger ist, um die Durchführung der Vorschriften des Mutterschutzgesetzes überwachen zu können. Das ist zwar die Aufgabe des Betriebsrats, aber der erste Senat des Bundesarbeitsgerichts verlangte für die Verarbeitung solcher sensibler Daten, dass der Betriebsrat dem Arbeitgeber die für den Schutz dieser Daten erforderlichen Sicherungsmaßnahmen nachweist. Gelingt ein solcher Nachweis nicht, soll der Arbeitgeber von der Mitteilung solcher Daten gegenüber dem Betriebsrat befreit sein. Der Betriebsrat wird also schon im eigenen Interesse auf die Beachtung datenschutzrechtlicher Pflichten Wert legen.

Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz mit seinem § 79a BetrVG stellt das noch einmal klar. Der Betriebsrat hat im Rahmen seiner eigenen Geschäftsführung die Dinge selbst in die Hand zu nehmen und die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften bei der eigenen Datenverarbeitung sicher zu stellen. Diese Aufgabe kann einem Ausschuss übertragen werden, manche Betriebsräte haben heute schon Mitglieder bestimmt, die diese Aufgabe aufgrund eines Beschlusses des Betriebsrats wahrnehmen. Ein eigener (formeller) Datenschutzbeauftragter des Betriebsrats im datenschutzrechtlichen Sinn ist das nicht, aber niemand verbietet es dem Betriebsrat, aus seinen eigenen Reihen Verantwortliche zu bestimmen, die als Betriebsratsmitglieder über die Wahrung der Datenschutzvorschriften wachen, wenn der Betriebsrat zur Erfüllung seiner Aufgaben Daten der Kolleginnen und Kollegen verarbeiten muss.

K. Seebacher, RA

Mindestlohn für nach Deutschland entsandte Leiharbeiternehmer

EuGH unterbindet „forum shopping“ bei Leiharbeit (EuGH vom 3.6.2021 – C-784/19)

Im zugrunde liegenden Fall hatte ein in Bulgarien ansässiges Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitnehmer nach Deutschland verliehen und wollte für diesen weiter bulgarisches Recht zur Anwendung bringen. Dies obwohl das Leiharbeitsunternehmen in Bulgarien keine nennenswerte Tätigkeit ausübt.

Der EuGH hat diesem Ansinnen mit seiner Entscheidung einen klaren Riegel vorgeschoben. Der EuGH legt Art. 14 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit enger aus. Dort ist nämlich die Möglichkeit eröffnet, dass auf Arbeitnehmer, die zur Ausführung einer Arbeit in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, weiterhin die arbeits-/sozialrechtlichen Bestimmungen des Mitgliedsstaates des Verleiherunternehmens angewandt werden.

Diese Vorschrift sei aber als Ausnahmeregelung

eng auszulegen. Sie könne nicht von Leiharbeitsunternehmen beansprucht werden, deren Tätigkeit ausschließlich oder hauptsächlich auf die Überlassung von Leiharbeit-

nehmern in einen oder mehrere andere Mitgliedstaaten ausgerichtet sei. Andernfalls würde für Leiharbeitsunternehmen ein Anreiz für ein "forum shopping" geschaffen. Dies könne dazu führen, dass sich Leiharbeitsunternehmen in dem Mitgliedstaat niederlassen, dessen Rechtsvorschriften im Bereich der sozialen Sicherheit für sie am günstigsten sind. Auf längere Sicht könnte eine solche Lösung zu einer Verringerung des von den Systemen der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten gebotenen Schutzniveaus führen. Zudem könne eine Wettbewerbsverzerrung zugunsten der Inanspruchnahme von Leiharbeit die Folge sein.

Der EuGH setzt mit dieser Entscheidung erneut ein wichtiges Zeichen zur Verbesserung des Schutzes von ausländischen Leiharbeitnehmern und gegen den Abbau von Arbeits- und Sozialstandards in den Mitgliedsstaaten der Entleiherunternehmen (vgl. auch Beitrag zu den EuGH-Entscheidungen betreffend die Klagen von Ungarn und Polen zu ArbN-Entscheidung in sfm-aktuell, 2. HJ 2020).

Barbara Renkl, RAin

Rufbereitschaft kann Arbeitszeit sein

(EuGH vom 9.3.2021 – C-580/19)

gen, ob der Beschäftigte mit einer speziellen Ausrüstung/ Kleidung am Arbeitsplatz erscheinen muss, ob ihm ein Dienstfahr-

Im deutschen Arbeitszeitrecht wird gerne abgegrenzt zwischen Bereitschaftsdienst (= Aufenthalt an einem vom AG vorgegebenen Ort = Arbeitszeit) und Rufbereitschaft (= Aufenthalt an einem vom Beschäftigten wählbaren Ort = keine Arbeitszeit). Dass diese pauschale Bewertung ggf. problematisch sein kann, macht (erneut) eine Entscheidung des EuGH deutlich.

Nur Abgrenzung Ruhezeit - Arbeitszeit

Das EU-Recht kennt die in Deutschland üblichen Differenzierungen nicht, sondern unterscheidet nur zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit

Gesamtumstände wesentlich

Der EuGH macht mit seiner Entscheidung vom 09.03.2021 (Vorlage des VG Darmstadt) deutlich, dass für die Bewertung als Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie, nicht auf Begrifflichkeiten, sondern auf eine Gesamtbetrachtung abzustellen ist.

Als Kriterien führt der EuGH zum einen die Zeit an, innerhalb derer der Beschäftigte seine Tätigkeit aufnehmen muss. Starre Zeiten können hier nicht angenommen werden, unter anderem sei auch zu berücksichti-

zeug zur Verfügung steht, mit dem er gegebenenfalls Sonderrechte in Anspruch nehmen kann. Als weiteres Kriterium sei zu berücksichtigen, wie häufig Einsätze während der Rufbereitschaftsdienste im Durchschnitt tatsächlich vorkommen und von welcher Dauer sie durchschnittlich sind. Letztlich ist eine Gesamtschau vorzunehmen, wie stark die Möglichkeit die Zeit, in der beruflichen Leistungen nicht in Anspruch genommen werden, frei zu gestalten und sie eigenen Interessen zu widmen, eingeschränkt werde. Seien ganz erhebliche Einschränkungen festzustellen, sei die Zeit als Arbeitszeit zu qualifizieren.

Anmerkung:

1. Die Entscheidung des EuGH betrifft lediglich die Frage der Arbeitszeit im arbeitszeitrechtlichen Sinne, Fragen der Vergütung unterliegen nicht der Arbeitszeitrichtlinie, sondern den Vorschriften des Rechts der Mitgliedsstaaten.

2. Der EuGH verfolgt hier seine bereits in der Entscheidung vom 21.2.2018, C-518/15 Matzak angedeutete Linie im Arbeitszeitrecht konsequent weiter.

Barbara Renkl, RAin

NEU gestaltet:

www.sfm-arbeitsrecht.de

Infos und Service aus dem Arbeitsrecht, z. B.:

<https://sfm-arbeitsrecht.de/beschlusstexte-fuer-betriebsraete/>

<https://sfm-arbeitsrecht.de/beschlusstexte-fuer-personalraete/>

Frisch am Tisch:

ArbG Hamm vom 09.03.2021 – 1 BV 10/20 – Unzulässige Videoüberwachung

Das Arbeitsgericht Hamm erinnert uns: „Indem § 75 II 1 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat verpflichtet, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen, „implantiert“ die Bestimmung die sich aus Art. 2 I GG ergebenden Bindungen der staatlichen Gewalt in das Betriebsverfassungsrecht.“

+++

LAG Nürnberg vom 23.02.2021 – 6 TaBV 1/21 – Einigungsstelle zur Verteilung von Boni eines ausländischen Konzerns

Entscheidet die im Ausland befindlichen Konzernobergesellschaft über die Gewährung von Boni an in inländischen Betrieben beschäftigte Mitarbeiter, ist die Mitbestimmung des Einzelbetriebsrats nach § 87 BetrVG nicht offensichtlich ausgeschlossen.

Daher war die Einigungsstelle einzusetzen.

+++

ArbG Kiel vom 30.03.2021 – 3 Ca 1779e/20 – Keine wirksame Kurzarbeit durch ununterzeichnete Anlage zu einer Anlage zu einer BV

Eine BV zur Kurzarbeit verstößt gegen das Gebot der Rechtsnormenklarheit, wenn die Betroffenheit der Arbeitnehmer in einer Anlage zu einer Anlage der Betriebsvereinbarung geregelt ist und letztere nur den jeweiligen Führungskräften bekannt ist.

+++

ArbG Osnabrück vom 08.06.2021 – 3 Ca 108/21 – Keine Kürzung von Urlaub wegen Kurzarbeit

Das Arbeitsgericht Osnabrück hat entschieden, dass Zeiten von Kurzarbeit „Null“ nicht zur Kürzung des Urlaubsanspruchs berechtigen, wie es das LAG Düsseldorf in der Entscheidung vom 12.03.2021 – 6 Sa 824/20 meint. Eine Kürzung bedarf einer Rechtsgrundlage, die schlicht nicht gegeben ist, so das Arbeitsgericht richtig.

(f1)

Kündigungsschutz +++ Abfindung +++ Gehaltsforderungen +++ Betriebsverfassungsrecht +++ Personalvertretungsrecht +++ Arbeitsrecht pur
+++ www.sfm-arbeitsrecht.de +++



Unsere Kooperationspartner in Düsseldorf, Köln und Hamburg:

silberberger.lorenz, Düsseldorf - www.sl-arbeitsrecht.de

Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg - www.gsp.de

TowaRA, Köln - www.towara.com

Zusammen sind wir mehr als 30 Rechtsanwält*innen im Arbeitsrecht
auf Seiten der Arbeitnehmer*innen 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

Redaktion: Michael Fleischmann (fl), (verantwortlich i.S.d.P.), Barbara Renkl (br), Krikor R. Seebacher (see), Angelika Daumoser (dau); Dank auch an die weiteren Kolleginnen und Kollegen für Anregungen und für 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