

# sfm-aktuell

2. Halbjahr 2024 – Dezember

## NEUES vom BAG

**MDK als Gutachter eigener Mitarbeiter – Provisionsansprüche freigestellter Betriebsratsmitglieder – Freistellung wegen Leistungshindernis – Fehler bei Massenentlassungsanzeige – zu wenig Kandidat:innen für Betriebswahl? – Urlaubsgeld kraft Gesamtzusage – (Präsenz-)Schulungsanspruch des BR – Kündigung nach Kirchenaustritt – kirchliche Körperschaft kein öffentlicher AG i. S. v. § 165 S. 3 SGB IX –**

## Weitere Themen

- ▶ **BAG-shorties ..... S. 2ff**
- ▶ **Das ist 2025 neu .. S. 3ff**
- ▶ **Annahmeverzug.....S. 8f**
- ▶ **Kurzarbeit nutzen....S. 9f**
- ▶ **Cybersecurity .....S. 11f**
- ▶ **MB bei Gefährdungsbeurteilungen ..... S. 12ff**
- ▶ **Was das Christkind nicht gebracht hat ..... S. 15ff**
- ▶ **Alltagshelfer für BR - Einstellung .....S. 18f**
- ▶ **EuGH-Report..... S. 20ff**
- ▶ **Ausblick .....S. 21**
- ▶ **Frisch am Tisch .....S. 22**
- ▶ **Rausblick.....S. 24**

## Wohin?

„...dann bin ich um den Schlaf gebracht“

Die Ampel-Koalition ist geplatzt, es gibt Neuwahlen. Und dann? Blindwette: Es wird nicht leichter werden.

Ein Rückblick: Bereits zu Beginn der „Ampel“ war klar, dass da unterschiedlichste Interessen vertreten werden, Plan war, dass jeder Partner auch was durchsetzen darf, also auch mal jeder in den sauren Apfel beißen muss, was mitzutragen, was er eigentlich nicht möchte. Realiter hat ein Partner seine Daseinsberechtigung darin gesehen, Dinge zu verhindern. Am Ende sollte dann noch ein glorreicher Abgang her, für den man intern geschichtsvergessen den Begriff „D-Day“ nutzte.

Was es im arbeitsrechtlichen Zusammenhang nicht mehr über die Ziellinie geschafft hat, beschreibt Krikor R. Seebacher auf S. 15ff.

Die Union war in der Zeit plötzlich gegen Gesetze, die sie selbst mit verabschiedet hatte, weil die Ampel ja an Allem Schuld zu haben hatte. Selbst wenn der Ursprung manch einer Entwicklung in der Zeit der unionsgeführten Regierung lag.

Fakten sind zwischenzeitlich Nebensache. Versucht da jemand Trump zu kopieren?

Sich unter diesen Vorzeichen vorzustellen, dass andere, welche Partei(en) auch immer, in Zukunft was Vernünftige hinkriegen könnten, fällt nicht leicht. Die, die erleichtert waren, als die Ampelregierung zerfallen ist, werden spätestens nach der Wahl verstehen, dass „gegen die Ampel“ noch kein Konzept für die Zukunft ist. Diejenigen, die schon immer „wir nehmen`s den Armen und geben`s den oberen 2 - 3 %“ geschrien haben, werden das auch nach der Wahl tun. Dagegen werden sich nicht nur die Gewerkschaften stellen müssen, sondern Alle, die den Gedanken an eine solidarische Gesellschaft nicht über Bord geworfen haben.

Konkrete Wahlempfehlungen gibt`s von uns nicht, außer:

1. Wählen gehen
2. Keine Nazis wählen.

Wer Rassisten und Antidemokraten wählt, weiß was er/sie tut. Da darf es kein ei-tei-tei oder Appeasement geben.

Daher als Mindestanforderung:

Wählt demokratisch und paktiert nicht mit Nazis.

Und jetzt die Kurve zu eher Profanem: Wir haben wieder Beiträge aus verschiedenen Bereichen des Arbeitsrechts zusammengestellt, dass für Jede und Jeden was dabei sein sollte. In diesem Sinne wünschen wir einen guten Rutsch und ein bisschen Erkenntnisgewinn beim Lesen.

M. Fleischmann, RA

11.03.2020 – 12 Sa 186/19, zit. nach PM des BAG Nr. 18/24

**BAG 19.06.2024 – 5 AZR 167/23  
Kein Urlaubsanspruch bei berechtigter unbezahlter Freistellung**

Hatten Arbeitnehmer:innen während der Geltungsdauer des vormaligen § 20a IfSG aF die dortigen Voraussetzungen zur Erbringung der Ar-

Die im Jahr 2022 trotz Aufforderung durch den Arbeitgeber unterlassenen Vorlage eines Immunitätsnachweises (§ 20a Abs. 2 IfSG aF) berechnete auch bei sog. Bestandsmitarbeitern zur unbezahlten Freistellung. Eine Abmahnung sei aber in der spezifischen Situation unverhältnismäßig, da sie ja weitere Konsequenzen androht, als die reine Freistellung ohne Lohn.

BAG vom 19.06.2024 – 5 AZR 192/23, Aufhebung hinsichtlich Vergütung, Bestätigung hinsichtlich Abmahnung von LAG Baden-Württemberg – Kammern Freiburg vom 28.02.2023 – 11 Sa 51/22, zit. nach PM des BAG Nr. 16/24

# BAG-Splitter

## Berichtszeitraum: 1. Halbjahr 2024

Bitte beachten, dass die Wiedergabe der Entscheidungen stark verkürzt ist und damit eine Übertragung auf ähnliche, nicht identische Fälle immer erst zu prüfen ist. Basis der Auswertung sind sowohl die in Pressemitteilungen des BAG mitgeteilten Entscheidungen, aber auch weitere, die wir für interessant erachten.

**BAG 20.06.2024 – 8 AZR 253/20  
MDK darf eigene Mitarbeiter „als MDK“ begutachten**

Auch für seine eigenen Beschäftigten kann ein MDK (Medizinischer Dienst der Krankenkassen) als MDK zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit tätig werden. Der Schutz des Betroffenen und die Garantien des Art. 9 Abs. 3 DSGVO sei gewahrt, da sämtliche Mitarbeiter des Beklagten, die Zugang zu Gesundheitsdaten des Klägers hatten, einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht bzw. jedenfalls dem Sozialgeheimnis, das die Mitarbeiter auch untereinander zu beachten haben, unterlagen.

BAG vom 20.06.2024 – 8 AZR 253/20, Bestätigung von LAG Düsseldorf vom

beitsleistung nicht erfüllt, stand diesen auch nur ein entsprechend kürzerer Urlaubsanspruch zu. Dieser Fall der Nichterfüllung der Voraussetzungen nach § 20a Abs. 1 IfSG aF unterscheidet sich von anderen Fällen einer Freistellung durch den Arbeitgeber, z. B. nach einer von ihm ausgesprochenen Kündigung. Bei letzteren Fällen wäre keine Kürzung des Urlaubs gerechtfertigt gewesen.

BAG vom 19.06.2024 – 5 AZR 167/23, Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 19.04.2023 – 12 Sa 621/22, zit. nach PM des BAG Nr. 17/24 -

**BAG 19.06.2024 – 5 AZR 192/23  
Unbezahlte Freistellung bei fehlender Vorlage des einrichtungsbezogenen Immunitätsnachweises ja, Abmahnung (hier) nein**

**BAG 12.06.2024 - 7  
AZR 141/23  
Provisionsansprüche freigestellter BR-Mitglieder**

Die Zahlung von Provisionsansprüchen an freigestellte Betriebsratsmitglieder richtet sich nach § 37 Abs. 2, nicht nach § 37 Abs. 4 BetrVG. § 37 Abs. 2 BetrVG regelt die Fortzahlung des vereinbarten Arbeitsentgelts für die Dauer der Arbeitsbefreiung zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben, § 37 Abs. 4 BetrVG gewährt einem Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Erhöhung seines Entgelts in dem Umfang, in dem das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt.

Provisionsansprüche sind eine Frage des Entgeltausfalls, nicht der Entwicklung. Für eine hypothetische Berechnung kann ein Rückschluss aus der Vergangenheit auf die Zukunft erfolgen wobei dies nicht die

einzig grundsätzlich zu berücksichtigende Hilfsfatsache sein muss. Letztlich erfolgt eine (durch die Hilfsfatsachen gestützte) Schätzung durch das Gericht.

*BAG Urteil vom 12.06.2024 7 AZR 141/23, Teilaufhebung und Rückverweisung an LAG Hamburg vom 26.04.2023 – 3 Sa 29/22*

**23.05.2024 23.05.2024 – 6 AZR 152/22 (A)**

**Fehler im Anzeigeverfahren bei Massenentlassungen – welcher Senat darf arbeitgeberfreundlicher sein?**

Bis vor einiger Zeit hat das BAG bei fehlerhaften Massenentlassungsanzeigen nach § 17 KSchG angenommen, dass die Rechtsfolge für solche Fehler § 134 BGB zu entnehmen ist, Kündigungen also nichtig sind. Eine ausdrückliche Sanktion enthält das Kündigungsschutzgesetz selbst nicht, war wegen der allgemeinen Regeln des BGB auch nicht nötig. Diese Rechtsprechung war Arbeitgebervertretern stets ein Dorn im Auge. Zwei Senate des BAG überbieten sich jetzt darin, vom EuGH die Erlaubnis zu bekommen, diese Fehler weitestgehend konsequenzlos zu stellen.

Jetzt der Teil für den Gossip: Der 6. Senat hat einen Fall, muss den 2. Senat fragen, ob man die bisherige gemeinsame Rechtsprechung kippt, der 2. antwortet nicht gleich, sondern fragt den EuGH. Jetzt kommt der 6. Senat und schreibt dem EuGH, dass der 2. Senat gar nicht fragen durfte, sondern der 6. Senat das nur darf, da der eigentliche Fall ja bei ihm läge.

*BAG vom 23.05.2024 – 6 AZR 152/22 (A), Vorinstanz: LAG Düsseldorf vom 28.10.2021 – 5 Sa 47/21, zit. nach PM des BAG 13/24 sowie dem Volltext nebst eigener Interpretation*

**BAG 24.04.2024 – 7 ABR 26/23 Betriebsratswahl auch wenn weniger Kandidat:innen als Sitze nach § 9 BetrVG**

Gibt es bei einer Betriebsratswahl weniger Kandidat:innen als nach der

Staffel des § 9 BetrVG vorgesehen, so ist der Betriebsrat trotzdem zu wählen und rechtmäßig. Das BAG weist ausdrücklich auf den in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ausgedrückten Willen des Gesetzgebers, dass in Betrieben mit in der Regel min-

**Gesetzesänderungen:**

## Das ist 2025 neu

**Das Jahr 2025 bringt auch im Arbeitsrecht wieder einige Änderungen mit sich.**

### 1. Mindestlohn, Minijob und Ausgleichsabgabe

Ab dem 1.1.2025 erhöhen sich der gesetzliche Mindestlohn von € 12,41 auf € 12,82 und die Minijobgrenze auf € 556. Auch die am 31.03.2025 fällige Ausgleichsabgabe im Schwerbehindertenrecht ändert sich.

### 2. ArbStättVO

Im Zuge des Inkrafttretens des Cannabiskonsumgesetzes (KCanG) am 1.4.2024 ist auch die Arbeitsstättenverordnung in § 5 Abs. 1 ArbStättV im Hinblick auf den Nichtraucherchutz entsprechend angepasst und um den Schutz vor Cannabisprodukten ergänzt worden.

### 3. Arbeitsrechtliche Auswirkungen des Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag

Arbeitsrechtliche Auswirkungen hat auch das am 01.11.2024 in Kraft getretene Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG). Gem. § 2 SBGG können volljährige Menschen durch eine Erklärung gegenüber dem Standesamt die Änderung ihres Geschlechtseintrags und die Änderung ihrer Vornamen bewirken. Nach § 10 Abs. 2 SBGG kann die Person zudem verlangen, dass Zeugnisse und andere Leistungsnachweise und damit vergleichbare Dokumente sowie Ausbildungs- und Dienstverträge, soweit diese Angaben zum Geschlecht oder zu den Vornamen enthalten, mit dem geänderten Geschlechtseintrag und den geänderten Vornamen neu ausgestellt werden, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht werden kann.

(... weiter nächste Seite ...)

destens fünf ständig wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt werden, hin. Bei der Betriebsratsgröße ist bei zu wenig Kandidat:innen auf die (jeweils) nächstniedrigere Stufe des § 9 BetrVG so lange

zurückzugehen, bis die Zahl von Bewerbern für die Errichtung eines Gremiums mit einer ungeraden Anzahl an Mitgliedern ausreicht.

*BAG vom 24.04.2024 – 7 ABR 26/23, Bestätigung von LAG Hamburg vom 01.02.2023 – 5 TaBV 7/22, zit. nach PM des BAG Nr. 11/24*

#### 4. Viertes Gesetz zur Entlastung der Bürgerinnen und Bürger, der Wirtschaft sowie der Verwaltung von Bürokratie, sog. Bürokratieentlastungsgesetz

Eine Vielzahl von Änderungen bringt das 4. Bürokratieentlastungsgesetz mit sich, das überwiegend am 1.1.2025 in Kraft tritt und für Formerleichterungen sorgen soll.

Insbesondere wird in vielen Bereichen das gesetzliche Schriftformerfordernis durch ein Textformerfordernis ersetzt:

**Schriftform** bedeutet gemäß § 126 Abs.1 BGB, dass eine Urkunde ein handschriftliches Namenszeichen -also eine Originalunterschrift- enthalten muss.

**Textform** hingegen setzt gemäß § 126 b BGB (nur) voraus, dass eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird.

- **Lesbar** ist die Erklärung, wenn sichergestellt ist, dass ihr der Empfänger den durch Schriftzeichen dargestellten Sinn ohne Weiteres optisch entnehmen kann. Sprachnachrichten fallen daher nicht darunter, ebenso wenig Symbole, Piktogramme etc.
- Die Erklärung muss darüber hinaus die **Angabe ihres Verfassers** bzw. die Bezeichnung der Person des Erklärenden enthalten, z. B. durch eine Namensnennung des Erklärenden. (keine Unterzeichnungen wie „der Betriebsrat“ ohne Namenszusatz!)
- Ein **dauerhafter Datenträger** ist jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder so zu speichern, dass sie während eines angemessenen Zeitraums zugänglich ist.
- Darüber hinaus muss das Medium geeignet sein, die Erklärung **unverändert** wiederzugeben, z.B. durch die Möglichkeit, die Erklärung auszudrucken oder elektronisch zu speichern. Nicht ausreichend ist, wenn die Erklärung auf einer Website enthalten ist, ohne dass für den Empfänger die Möglichkeit eines Downloads mit individueller Speichermöglichkeit besteht.
- Auch die Erklärung in Textform muss dem Empfänger **zugehen**. Dabei ist es aber möglich, dass sie ihm in elektronischer Form (z. B. per E-Mail) zugeht. Bei einer Website ist dies hingegen regelmäßig nicht der Fall.

(... weiter nächste Seite ...)

#### BAG 20.03.2024– 5 AZR 234/23 SARS-CoV-2-Infektion auch ohne Symptome Krankheit, die zur Entgeltfortzahlung führen kann

Ein weiterer Nachklapp aus der Pandemiephase 2021/2022: Das BAG hat einem Produktionsmitarbeiter Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalls zugesprochen, dessen SARS-CoV-2-Infektion teils symptomlos verlaufen war, dem es aber infolge einer behördlichen Absonderungsanordnung rechtlich unmöglich war, die geschuldete Tätigkeit im Betrieb zu erbringen und eine Erbringung in der häuslichen Umgebung nicht in Betracht kam. Für den Zeitraum der festgestellten Symptome hatte der Arzt eine AUB ausgestellt, der Arbeitgeber hat unstreitig gezahlt. Später hat der Arzt dann die Ausstellung einer Folge-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit der Begründung abgelehnt, das positive Testergebnis und die Absonderungsanordnung würden zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit ausreichen. Der Arbeitgeber sah das anders.

Das BAG hat das LAG darin bestätigt, dass der Kläger der Beklagten durch Vorlage der Ordnungsverfügung der Gemeinde N. in anderer, geeigneter Weise nachgewiesen hat, infolge seiner Corona-Infektion (regelwidriger Körperzustand und damit Krankheit) objektiv an der Erbringung seiner Arbeitsleistung verhindert gewesen zu sein.

*BAG vom 20.03.2024 – 5 AZR 234/23, Bestätigung von LAG Hamm vom 24.08.2023 – 15 Sa 1033/22, zit. nach PM des BAG Nr. 8/24*

#### BAG 21.02.2024 - 10 AZR 345/22 Urlaubsgeld – Gesamtzusage und Mitbestimmung

Eine Gesamtzusage ist die an alle Arbeitnehmer:innen des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche Willenserklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen.

Eine ausdrückliche Annahme bedarf es nicht. Das in der Zusage liegende Angebot wird gemäß § 151 Satz 1 BGB angenommen und damit ergänzender Inhalt des Arbeitsvertrags. Es genügt, wenn es so kommuniziert wird, dass die einzelnen Beschäftigten typischerweise in die Lage versetzt werden, davon Kenntnis zu nehmen; auf die konkrete Kenntnis kommt es nicht an. Die Arbeitnehmer:innen – auch die nachträglich in den Betrieb eintretenden – erwerben einen einzelvertraglichen Anspruch auf die Leistungen, wenn sie die Anspruchsvoraussetzungen erfüllen.

Eine Vorbehaltsklausel, wonach eine bestimmte Zahlung (hier Urlaubsgratifikation) eine freiwillige und jederzeit widerrufliche soziale Leistung“ sei, ist intransparent und stellt damit eine zur Unwirksamkeit der Klausel führende unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB dar.

Die Gewährung von Urlaubsgeld nach bestimmten Regeln gehört zu den Entlohnungsgrundsätzen i.S.v. § 87 Abs. 1 Ziff. 10 BetrVG. Damit sind auch Änderungen mitbestimmungspflichtig. In Fortführung der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung können Arbeitnehmer:innen bei einer unter Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht vorgenommenen Änderung eine Vergütung auf der Grundlage der zuletzt mitbestimmungsgemäß eingeführten Entlohnungsgrundsätze fordern.

Den „klassischen“ Fall der Textform stellen **E-Mail, Telefax, PDF-Dokumente** dar. Möglich sind aber auch Papier-Dokumente ohne Unterschrift, die einen abschließenden Namenszug des Erklärenden enthalten. Daneben kommen auch SMS oder Nachrichten über einen Messengerdienst in Betracht, wenn der Erklärende erkennbar ist und die Nachricht vom Absender nachträglich nicht verändert werden kann. (Dies ist grs. nicht bei allen Messengerdiensten der Fall.)

Für die **Kündigung**, den **Aufhebungsvertrag** und die **Befristungsvereinbarung** bleibt es allerdings bei den Regelungen des § 623 BGB bzw. § 14 Abs. 4 TzBfG, wonach diese der **Schriftform** -also einer **eigenhändigen Unterschrift**- bedürfen.

## Was bringt das 4. Bürokratieentlastungsgesetz im Einzelnen?

### a) Änderung in § 109 GewO (Zeugniserteilung), Art. 36

Anders als bisher kann das Zeugnis mit Einwilligung des Arbeitnehmers künftig auch in elektronischer Form erteilt werden. Die elektronische Form ist in § 126a BGB geregelt und erfordert eine sogenannte qualifizierte elektronische Signatur. Einfache Signaturen, wie sie häufig im Zusammenhang mit PDF-Dokumenten verwendet werden, reichen nicht aus.

Darüber hinaus sind auch weiterhin die besonderen Anforderungen eines Arbeitszeugnisses zu berücksichtigen. Da die qualifizierte elektronische Signatur immer eine Zeitangabe enthält, können nachträglich erteilte Zeugnisse praktisch nicht qualifiziert elektronisch signiert werden.

Darüber hinaus muss das Zeugnis von der Person elektronisch signiert sein, die auch im Fall der schriftlichen Erstellung das Zeugnis zu unterzeichnen hat (Personalleitung, Vorgesetzte oder Geschäftsführung).

### b) Änderungen im Nachweisgesetz (NachwG) Art. 50

Nachweise, d.h. die zu erteilende Niederschrift über den wesentlichen Inhalt der getroffenen Vereinbarungen und andere arbeitsrechtliche relevante Punkte, § 2 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1-15 NachwG, können künftig in Textform erteilt werden. Entscheidend ist allerdings, dass eine Übermittlung an den Beschäftigten erfolgt. Dabei kann die Übermittlung elektronisch erfolgen (z.B. per Email) oder aber auch durch Übergabe eines in Textform verfassten Dokuments. Eine allgemeine Bekanntmachung oder die bloße Einstellung ins Internet oder Intranet genügt hingegen nicht. Die Arbeitnehmer haben daneben weiterhin das Recht, einen schriftlichen Nachweis zu verlangen.

Eine Ausnahme gilt zudem im Geltungsbereich des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes. Hier besteht weiterhin ein gesetzliches Schriftformerfordernis.

(... weiter nächste Seite ...)



Arbeitsverträge selbst unterliegen -wie bisher- keinem Formerfordernis.

Der Nachweis nach § 2 Abs. 1 NachwG kann auch durch einen schriftlichen oder in Textform gefassten Arbeitsvertrag ersetzt werden, soweit der die notwendigen Angaben enthält.

Berufsausbildungsverträge können gem. § 11 Abs. 1 BBiG bereits seit dem 1.8.2024 in Textform statt wie zuvor in Schriftform geschlossen werden.

### **c) Änderungen im Mutterschutzgesetz (Gefährdungsbeurteilung), Art. 54**

In § 10 Abs. 1 MuSchG wird nunmehr klargestellt, dass der Arbeitgeber eine Beurteilung der Arbeitsbedingungen unter dem Gesichtspunkt der Gesundheitsgefahren für schwangere Arbeitnehmerinnen dann nicht vorzunehmen braucht, wenn gemäß einer zu diesem Zweck nach § 30 Abs. 4 MuSchG veröffentlichten Regel oder Erkenntnis des Ausschusses für Mutterschutz eine schwangere oder stillende Frau die Tätigkeit nicht ausüben oder einer Arbeitsbedingung nicht ausgesetzt sein darf.

Hierdurch werden Arbeitgeber von der Pflicht entbunden, Gefährdungsbeurteilungen für Arbeitsplätze vorzunehmen, auf denen von vornherein die Beschäftigung von schwangeren oder stillenden Frauen ausgeschlossen ist.

### **d) Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), Art. 55**

Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher über die Arbeitnehmerüberlassung bedarf zukünftig nur noch der Textform, nicht mehr der Schriftform. Dem Betriebsrat muss nach § 14 Abs. 3 Satz 2 AÜG die Erklärung des Verleihers über den Besitz der Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr zwingend schriftlich, sondern „in geeigneter Weise“ vorgelegt werden.

### **d) Änderungen im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG), Art. 57**

Künftig wird hier an mehreren Stellen anstelle der Schriftform lediglich die Textform von Erklärungen verlangt. Die Neuregelungen gelten jedoch nach § 28 Abs. 1b BEEG erst für Kinder, die nach dem 30.4.2025 geboren werden, d.h. es wird für die nächsten Jahre ein Nebeneinander von Schriftform und Textform bei der Inanspruchnahme und Ablehnung von Teilzeit in der Elternzeit bestehen.

Beschäftigte können Elternzeit zukünftig in Textform statt bisher in Schriftform verlangen, § 16 Abs. 1 S. 1 BEEG. Darüber hinaus kann sowohl das Verlangen nach Teilzeitarbeit während der Elternzeit als auch die Ablehnung der Teilzeitarbeit bzw. die Ablehnung der gewünschten Verteilung der Arbeitszeit in Textform erfolgen.

(... weiter nächste Seite ...)

BAG vom 21.02.2024 - 10 AZR 345/22, Aufhebung von LAG Hamm vom 25. August 2022 – 5 Sa 994/21, – 5 Sa 1003/21, – 5 Sa 1004/21, zit. nach Auswertung Volltext

### **BAG 07.02.2024 – 7 ABR 8/23 Arbeitgeber kann Betriebsräte nicht auf Webinar statt Präsenzschulung verweisen**

Betriebsräte haben Anspruch auf erforderliche Schulungen, deren Kosten der Arbeitgeber zu tragen hat. Davon können Übernachtungs- und Verpflegungskosten für ein auswärtiges Präsenzseminar auch dann erfasst sein, wenn derselbe Schulungsträger ein inhaltsgleiches Webinar anbietet. Ein Betriebsrat hat bei der Beurteilung, zu welchen Schulungen sie ihre Mitglieder entsendet, einen Beurteilungsspielraum. Dieser umfasst grundsätzlich auch das Schulungsformat.

In den Entscheidungsgründen führt das BAG aus: „Der Beurteilungsspielraum eines Betriebsrats (...) bezieht sich neben dem Inhalt der Schulungsveranstaltung (...) auf Format und Methoden sowie Art und Weise der Wissens- und Kenntnisvermittlung und umfasst in diesem Sinn auch die Einschätzung der Gleichwertigkeit verschiedener Schulungsangebote. Werden – wie vorliegend – thematisch identische Schulungsinhalte von einem Schulungsträger in unterschiedlichen Schulungskonzepten und/oder -formaten angeboten, obliegt es grundsätzlich der betrieblichen Interessenvertretung zu entscheiden, von welcher Schulungsform sie sich im Einzelfall den größeren Schulungserfolg verspricht.“

BAG vom 07.02.2024 – 7 ABR 8/23, Bestätigung von LAG Düsseldorf vom 24.11.2022 – 8 TaBV 59/21. Zit. nach PM des BAG 5/24 sowie Volltext der Gründe



Hinsichtlich der Ablehnung der vorzeitigen Beendigung der Elternzeit nach § 16 Abs. 3 Satz 2 BEEG, bleibt es allerdings dabei, dass diese schriftlich (innerhalb von 4 Wochen) erfolgen muss.

#### e) Änderung des § 41 SGB VI, Art. 63

Abweichend von § 14 Abs. 4 TzBfG gilt für die Befristung von Arbeitsverhältnissen auf das Erreichen der Regelaltersgrenze kein Schriftformerfordernis mehr.

§ 41 SGB VI wird um einen Abs. 2 erweitert wie folgt:

*„Eine Vereinbarung, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vorsieht, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Textform. § 14 Absatz 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes gilt nicht.“*

Ausweislich des klaren Gesetzeswortlauts gilt dies nur für die Regelaltersgrenze, nicht aber z.B. für eine Beendigung durch eine vorgezogene Rente oder eine Erwerbsminderungsrente.

#### f) Änderung des Pflegezeitgesetzes (PflegeZG) und des Familienpflegezeitgesetzes (FPfZG), Art. 68, 69

Die Inanspruchnahme von Pflegezeit nach § 3 Abs. 3 PflegeZG oder Familienpflegezeit nach § 2a Abs. 1 FPfZG kann zukünftig auch in Textform erfolgen.

Die Vereinbarung von Teilzeitarbeit während einer Pflegezeit bzw. Familienpflegezeit ist nach § 3 Abs. 4 PflegeZG bzw. § 2a Abs. 2 Satz 1 FPfZG aber weiterhin an die Schriftform gebunden.

*RAin Barbara Renkl*

#### Kirchenaustritt bei katholischem Verein als Kündigungsgrund

Nachdem sich ein früheres Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH erledigt hatte, bekommt der EuGH eine neue Chance, sich zu positionieren.

Vorliegend war es für die Aufnahme des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich, Mitglied der katholischen Kirche zu sein, der Austritt aus dieser führte aber zur Kündigung. Die Vorinstanzen erklärten die Kündigung für unwirksam. Das BAG will nun vom EuGH wissen, ob die Ungleichbehandlung der Klägerin mit Arbeitnehmern, die niemals Mitglied der Kirche waren, vor dem Hintergrund des durch Art. 10 Abs. 1, Art. 21 der Grundrechtscharta der EU und der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf gewährleisteten Schutzes vor Diskriminierungen u. a. wegen der Religion gerechtfertigt sein kann.

*BAG vom 01.02.2024 – 2 AZR 196/22 (A), Vorinstanz: Hessisches LAG vom 01.03.2022 – 8 Sa 1092/20, zit. nach PM des BAG Nr. 3/24*

#### BAG 25.01.2024 – 8 AZR 318/22 Evangelischer Kirchenkreis kein öffentlicher Arbeitgeber i.S.v. § 165 Satz 3 SGB IX

§ 165 Satz 3 SGB IX sieht eine grundsätzliche Einladungspflicht schwerbehinderter Bewerber:innen nur für öffentliche Arbeitgeber vor. Eine kirchliche Körperschaft des öffentlichen Rechts ist kein öffentlicher Arbeitgeber und damit nicht zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch verpflichtet.

#### BAG 01.02.2024 – 2 AS 22/23 (A) Fehler im Anzeigeverfahren bei Massenentlassungen – Vorlage an EuGH die Erste

Nachdem der 6. Senat des BAG am 14.12.2023.- 6 AZR 157/22 (B) nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG den 2. Senat angefragt hatte, ob dieser an seiner Rechtsauffassung festhält, dass eine im Rahmen einer Massenentlassung erklärte Kündigung nichtig ist, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs keine oder eine fehlerhafte Anzeige nach § 17 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG vorliegt, fragt der 2. Senat erst mal den EuGH. Er halte es für

möglich, dass die Nichtigkeit einer ohne ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige erklärten Kündigung nach § 134 BGB eine unverhältnismäßige Rechtsfolge sei und wolle dies geklärt haben bevor er dem 6. Senat antwortet. Die Auffassung des 2. Senats gehe auch weniger weit, als die des 6. Senats. *BAG vom 01.02.2024 – 2 AS 22/23 (A), Vorgehend: BAG vom 14. Dezember 2023 – 6 AZR 157/22 (B), zit. nach PM des BAG Nr. 4/24 und Volltext (Anmerkung: im Mai zieht dann der 6. Senat nach).*

#### BAG 01.02.2024 – 2 AZR 196/22 (A)

# Annahmeverzugslohn nur bei Bewerbungsbemühungen im laufenden Kündigungsschutzprozess?!

BAG vom  
25.01.2024 – 8  
AZR 318/22, Be-  
stätigung von LAG  
Rheinland-Pfalz  
vom 21.07.2022 –  
5 Sa 10/22, zit.  
nach PM des BAG  
Nr. 2/24 fl

• § 11 KSchG  
wiederholt dies

*In letzter Zeit wird immer mehr darüber gestritten, ob für Zeiten der Nichtbeschäftigung während Kündigungsschutzprozessen nachträglich Vergütung zu zahlen ist, wenn der Arbeitgeber die Kündigungsschutzklage verliert. Es wird immer wieder versucht, dem Annahmeverzugslohnanspruch zu entgehen.*

## Ausgangspunkt

Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bestehen die beidseitigen Leistungspflichten unstrittig. Stellt der Arbeitgeber Arbeitnehmer:innen frei, begibt es sich in sog. Annahmeverzug. Nach Ablauf der Kündigungsfrist befindet sich der Arbeitgeber ebenfalls im Annahmeverzug, aber nur für den Fall, dass die Kündigung unwirksam ist. Die dann ausstehende Vergütung hat der Arbeitgeber bei endgültig festgestellter unwirksamer Kündigung nachträglich zu bezahlen. Im Streitfall ist neben der Klage auf Kündigungsschutz Klage auf Zahlung des Annahmeverzugslohns zu betreiben. Im Laufe eines längeren Kündigungsschutzprozesses ergeben sich da nicht unerhebliche Beträge.

## Verweigerung oder Reduktion des Annahmeverzugslohns

Dem Arbeitgeber kommen aber zwei Normen zugute: § 615 S. 2 BGB und § 11 KSchG.

- § 615 S. 2 BGB formuliert allgemein, dass die Arbeitnehmer:innen, die Anspruch auf Annahmeverzugslohn haben „den Wert desjenigen anrechnen lassen müssen, was sie infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwerben oder zu erwerben böswillig unterlassen.“

für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist und gewonnenem Kündigungsschutzverfahren in einer sprachlich leicht anderen Version und ergänzt um die Anrechnung von öffentlich-rechtlichen Leistungen infolge der (zwischenzeitlich angenommenen) Arbeitslosigkeit.

Die Rechtsprechung gesteht hier dem Arbeitgeber einen Auskunftsanspruch über die Bewerbungsbemühungen zu, um ihn in die Möglichkeit zu versetzen, ungenügende Bemühungen oder die Ablehnung zumutbarer Zwischenbeschäftigung einzuwenden.

## Dokumentation

Es ist daher wichtig, alle Bewerbungsbemühungen ordentlich zu dokumentieren, da das Monate später bei Streit über das Entgelt wichtig werden kann. Welche Auskünfte am Ende genau zu geben sind, wird aktuell noch kontrovers diskutiert.

Das BAG hat 2020 (Urteil vom 27.05.2020 – 5 AZR 387/19) eine Auskunftspflicht hinsichtlich der Vorschläge der Agentur für Arbeit und des Jobcenters bejaht. Insofern hat die Einhaltung der Meldepflicht bei der Agentur für Arbeit Relevanz. Ob darüber hinaus auch über eigene Bemühungen Auskunft zu erteilen ist, hat es offengelassen. Das LAG Köln (Urteil vom 27.04.2023 – 8 Sa 793/22) hat 2023 entschieden, dass man nicht über Einzelheiten sämtlicher eigener Bewerbungsbemühungen Auskunft geben müsste (wohl aber über Bewerbungen an sich und den Verlauf).

Das BAG gesteht dem Arbeitgeber Auskünfte grundsätzlich zu, um ihn in die Lage zu versetzen, Indizien für die Zumutbarkeit der Arbeit und eine mögliche Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Erwerbs vorzutragen. Dann nämlich müsste der/die Arbeitnehmer:in dem entgegnetreten und darlegen, weshalb es



**Eigenwerbung:****gekündigt?**

**Unsere Expert:innen helfen**  
**kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de**  
**+49 89 23 000 50**

nicht zu einem Vertragsschluss gekommen ist bzw. ein solcher unzumutbar war.

In 2022 (BAG Urteile vom 12.10.2022 - 5 AZR 30/22 und vom 07.02.2024 – 5 AZR 177/23) präzisierte das BAG, dass wenn der Arbeitgeber dann die zumutbare Tätigkeit darlegen kann, der/die Arbeitnehmer:in ihre ernsthaften Bemühungen darlegen müsste oder aber, dass die Tätigkeit gar nicht zumutbar war. Dann wiederum könnte der Arbeitgeber noch einmal präzisieren, dass die Bemühungen nicht ausreichend gewesen wären.

Mit zwei Urteilen aus 2024 hat das BAG dann ausufernde Interpretationen wieder etwas eingefangen. Im Urteil vom 24.01.2024 (BAG, Urteil vom 24.01.2024 – 5 AZR 331/22) hat es entschieden, dass ein Arbeitnehmer es böswillig i. S. d. § 11 Nr. 2 KSchG unterlässt, anderweitigen Verdienst zu erzielen, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und

Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert. Im Urteil vom 07.02.2024 (BAG, Urteil vom 07.02.2024 – 5 AZR 177/23) hat es ergänzt, dass man nicht verpflichtet ist, sich unermüdlich um zumutbare Arbeit zu kümmern.

## Streit über genauen Umfang der Bemühungen noch nicht ausgestanden

Da über Feinheiten der Interpretation aktuell viel gestritten wird, ist es dringend anzuraten, die eigenen Bemühungen ordentlich zu dokumentieren. Dabei sollte insbesondere den Vermittlungsangeboten der Agentur für Arbeit nachgegangen werden und Schreiben selbstredend ordentlich und der Stellensuche angemessen verfasst werden. Ob man auch verpflichtet ist, Stellenangeboten nachzugehen, die durch den bisherigen Arbeitgeber übermittelt werden, ist strittig. Will man sich aber absichern, sollte auch dies erfolgen.

Sollten Stellenangebote als unzumutbar ausscheiden, raten wir ebenfalls dringend zu einer Dokumentation, um dies später in einem eventuellen Prozess im Einzelnen darlegen zu können.

*Michael Fleischmann, RA, FAArbR*

# Arbeitsplätze erhalten, Kurzarbeit nutzen

Es geht bergab mit der Wirtschaft. Die Phase ständigen Wachstums scheint in vielen Branchen vorbei zu sein und die Arbeitgeber suchen nach Möglichkeiten, Lohnkosten zu sparen, wenn die Aufträge ausbleiben.

Die am wenigsten intelligente Art dazu ist die Massenentlassung, die wir auch gerade verstärkt in der Kanzlei erleben. Denn: Geht es wieder bergauf, fehlen die Fachkräfte, das hat der Zustand nach Corona deutlich gezeigt.

## Kurzarbeit als Instrument der Erhaltung von Arbeitsplätzen.

Liegt ein unvermeidbarer und vor allem vorübergehender Arbeitsausfall vor, der mindestens ein Drittel der Belegschaft im Umfang von mehr als 10 % des Bruttoentgelts betrifft (§ 96 Abs. 1 SGB III), bietet sich die Kurzarbeit als Instrument der vorübergehenden Absicherung

an. Eben hat das Bundesarbeitsministerium die Bezugsdauer von 12 auf 24 Monate verlängert, aber das betrifft bereits laufende Zahlungen. Die Verlängerung der Bezugsdauer ist befristet bis Ende 2025. Anschließend gilt wieder die reguläre Bezugsdauer von maximal zwölf Monaten. Ein Anspruch, der über zwölf Monate hinausgehen würde, verfällt mit dem 31. Dezember 2025.

Das Kurzarbeitergeld muss vom Arbeitgeber oder dem Betriebsrat bei der Bundesagentur für Arbeit beantragt werden, wird es genehmigt, entspricht es in der Höhe dem Arbeitslosengeld, wird aber nicht auf ein späteres etwaiges Arbeitslosengeld angerechnet. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne Unterhaltspflichten für Kinder erhalten 60 %, solche mit Unterhaltspflichten 67 % der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum (§ 105 SGB III).

## Mitbestimmung wahrnehmen

Weil Kurzarbeit immer mit der Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit verbunden ist, entsteht ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats daran. Deutlich gesagt: Gibt es einen Betriebsrat, gibt es keine Kurzarbeit ohne seine Unterschrift. Und diese Unterschrift ist für den Arbeitgeber etwas wert, er verliert seine Stammkräfte nicht für die Dauer der Kurzarbeit und spart dabei Lohnkosten. Daher wird jeder Betriebsrat im Rahmen der Verhandlungen über Kurzarbeit eine angemessene Aufzahlung auf das Kurzarbeitergeld verlangen, die so bemessen ist, dass die Menschen in Kurzarbeit keine allzu großen wirtschaftlichen Einschnitte erleiden.

Üblich sind Aufzahlungen, die zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 70% - 90% des Nettoeinkommens ergeben. Solche Aufzahlungen sind mit Mitteln der Mitbestimmung nicht erzwingbar, aber wenn der Arbeitgeber dazu bereit ist, entsteht ein Mitbestimmungsrecht an der Verteilung, etwa dann, wenn untere Lohngruppen höhere Aufzahlungen erhalten sollen als besser Bezahlte.

## Kurzarbeit für Berufsbildung nutzen

Zeiten des Arbeitsausfalls können sinnvoll genutzt werden. Die Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen

während der ausgefallenen Arbeitszeit hilft oft beim weiteren beruflichen Aufstieg und die Zeit ist sinnvoll genutzt.

Natürlich hat der Betriebsrat auch ein Mitbestimmungsrecht bei diesen Maßnahmen, §§ 96 ff BetrVG. Der Betriebsrat fängt dabei am besten damit an, den Bedarf an beruflicher Bildung ermitteln zu lassen (§ 96 Abs. 1 S. 2 BetrVG), auf dieser Grundlage können dann Vorschläge für Maßnahmen der beruflichen Bildung vom Betriebsrat unterbreitet und ggfs. durchgesetzt werden. Besonnene Arbeitgeber werden dies als Chance verstehen.

## Urlaubsansprüche erhalten

Kurzarbeit ist kein Urlaub, insbesondere dann, wenn die Arbeit nicht vollständig ausfällt und die Belegschaft damit rechnen muss, wieder zur Arbeit gerufen zu werden.

Nach der Entscheidung des BAG 30.11.2021 – 9 AZR 225/21 sollen während der Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage mit dem Anspruch auf Urlaub verrechnet werden. Dem kann der Betriebsrat entgegenreten, indem er (vorab) in der Betriebsvereinbarung über die Kurzarbeit die Vorschrift durchsetzt: *„Arbeitstage, die wegen der in dieser Betriebsvereinbarung vereinbarten Kurzarbeit ausfallen, sind bei der Berechnung des Jahresurlaubs als Zeiten mit Arbeitspflicht gleichzustellen.“*

## Fazit

So lange noch Aussicht auf Besserung besteht, kann es in der Auftragsflaute keine Massenentlassung geben, ohne dass zuvor sorgfältig geprüft wurde, ob nicht Kurzarbeit der sinnvollere Weg zur Überwindung der Flaute ist. Dabei trägt der Betriebsrat eine hohe Verantwortung:

Der Betriebsrat kann durch Wahrnehmung seines Initiativrechts Kurzarbeit notfalls durch Anrufung der Einigungsstelle erzwingen. Davon hätte dann auch der Arbeitgeber etwas, nämlich, dass er auf eine kompetente Stammsbelegschaft zurückgreifen kann, wenn die Konjunktur wieder anzieht.

*Krikor R. Seebacher, RA, Off Counsel*



# Cybersecurity

## Neue Anforderungen durch den Digital Operational Resilience Act (DORA) an Cybersecurity für den Finanzsektor

Neben den Auswirkungen auf die Ausgestaltung technischer Systeme kommen veränderte Arbeitsabläufe nach § 90 BetrVG aber ggf. auch der Ordnung im Betrieb nach § 87

Der Digital Operational Resilience Act (DORA) / Verordnung (EU) 2022/2554 ist eine europäische Verordnung, die ab dem 17. Januar 2025 anzuwenden ist. Sie soll den europäischen Finanzmarkt (das ist weiter als nur Banken selbst) gegen Cyberrisiken und Vorfälle der Informations- und Kommunikationstechnologie (IKT) stärken.

### Die Verordnung gilt unmittelbar

Im Gegensatz zu Richtlinien sind Verordnungen direkt anzuwenden, benötigen also keine ausdrückliche nationale Umsetzung. Während wir also noch auf die Umsetzung der NIS-2-Richtlinie 2022/2555 und der Richtlinie über die Resilienz kritischer Einrichtungen 2022/2557 u.a. durch Änderung des BSI-Gesetzes BSI-G und Erlass des KRITIS-Dachgesetzes warten, ist DORA und (manche) weitere damit zusammenhängende Rechtsakte schon da.

Die Inhalte sollen zwar wohl noch in ein „Gesetz über die Digitalisierung des Finanzmarktes“ überführt werden, gelten aber ab Januar auch ohne das FinmaDiG (das am 18.12.2024 vom Bundestag in erster Lesung beschlossen wurde) bereits.

### Relevanz für BRe

Mitbestimmungsrechtlich relevant sind diese Sicherheitsanforderungen primär bei Fragen der Mitbestimmung bei technischen Einrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG. Gesetzliche Anforderungen müssen ja umgesetzt werden, bzw. gehen – sofern eindeutig und ohne Gestaltungsspielraum – der Mitbestimmung vor. Die Einhaltung untergesetzlicher Regelungen wie bisher MARisk, BAIT und VAIT stellen zumindest in der Regel berechnete Interessen des Arbeitgebers dar.

Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG in Betracht.

### DORA-Paket

Die DORA-Verordnung wird ergänzt durch sog. delegierte Verordnungen, Durchführungsstandards, sowie Leitlinien (Guidelines). Einiges davon ist bereits fertig, einiges noch im Werden. Insofern wird man bei pauschalen Aussagen zu DORA ruhig mal nachfragen können, ob das in DORA selbst oder in einem weiteren Dokument verankert ist und ob das schon fix oder nur in Planung ist.

Bereits fertig und wichtig als Anforderung an IKT-Systeme ist die delegierte Verordnung (EU) 2024/1774, auch RTS RMF genannt. RTS steht dabei für regulatory technical standard.

### Für Mitbestimmung wichtige Inhalte

Die DORA-VO selbst definiert Gegenstand und Geltungsbereich, enthält in Art. 3 zahlreiche Definitionen und in Art. 4 den wichtigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der klar macht, dass bei risikobasiertem Vorgehen immer eine konkrete Betrachtung der Erforderlichkeit von Maßnahmen zu erfolgen hat.

Dem folgen dann die Sachkapitel zu IKT-Risikomanagement, Behandlung, Klassifizierung und Berichterstattung IKT-bezogener Vorfälle, Testen der digitalen operationellen Resilienz einschließlich Threat-led Penetration Testing (TLPT), Management des IKT-Drittparteienrisikos, Überwachungsrahmen für kritische IKT-Drittdienstleister, Vereinbarungen über den Austausch von Informationen sowie Cyberkrisen- und Notfallübungen.

Zum Kapitel Risikomanagement (u.a. Anforderungen an Leitungsorgan, IKT-Risikokontrollfunktion, Berichts- und Schulungspflichten sowie Risikobewertung)

gesellt sich dann die VO (EU) 2024/1774 (RTS RMF). Hier werden dann die Anforderungen noch einmal detaillierter dargestellt. Insbesondere die Anforderungen an Daten- und Systemsicherheit (Art. 11), Datenaufzeichnung (Art. 12), Netzwerksicherheit (Art. 13) und Sicherung von Informationen bei der Übermittlung (Art. 14) Identitätsmanagement (Art. 20), Zugangskontrolle (Art. 21) aber auch das Kapitel III zur Erkennung IKT-bezogener Vorfälle und Reaktion (Art. 22ff) ist dabei zu nennen.

Die dort enthaltenen Anforderungen sind aber auch nicht so eindeutig, dass sie keinen Raum mehr für Mitbestimmung lassen. Der Eingangssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG mit seinem Gesetzesvorbehalt schließt die Mitbestimmung nur dort aus, wo gesetzliche oder tarifliche Regeln einen Sachverhalt abschließend und ohne weitere Gestaltungsmöglichkeiten beschreiben. Daher sollten Anforderungen an technische Systeme und insbesondere Kontrollen der Mitarbeiter:innen, die sich auf DORA beziehen, immer kritisch hinterfragt werden.

*Michael Fleischmann, RA, FAArbR*

## Grundlagenwissen BetrVG

### - Mitbestimmung des Betriebsrats bei Gefährdungsbeurteilungen -

Die Geschichte des Arbeitsschutzes ist länger als man vermuten könnte. Aus Sorge um die Wehrfähigkeit der Armee wurde am 9. März 1839 das „Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken“ verabschiedet, das als erstes deutsches Gesetz zum Arbeitsschutz gilt. Ging es zunächst nur um Mindeststandards, so wurde in den 1950er-Jahren zunehmend der technische Arbeitsschutz entwickelt (insbesondere Verhinderung von Arbeitsunfällen, Sicherung der Maschinen, Umgang mit gefährlichen Stoffen).

Im 21. Jahrhundert stellen sich zusätzliche Herausforderungen: insbesondere der Umgang mit psychischen Belastungen, Arbeitsverdichtung, Flexibilisierung und Entgrenzung der Arbeitszeit aufgrund der Digitalisierung der Arbeitswelt. Arbeitsschutz ist und bleibt damit eines der zentralen Themen und eine wichtige Aufgabe auch für Betriebsräte.

Die europäische Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG betont in den Erwägungsgründen und in Art. 11 die große Bedeutung der betrieblichen Arbeitnehmervertretung für die Durchführung des Arbeitsschutzes. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat der Betriebsrat bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift Maßnahmen zu treffen hat und ihm bei der Gestaltung

Handlungsspielräume verbleiben. Der Begriff des Gesundheitsschutzes in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG umfasst das gesamte öffentliche Arbeitsschutzrecht.

Dreh- und Angelpunkt des modernen Arbeitsschutzrechts ist die Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG. Der Arbeitgeber muss für jeden Arbeitsplatz in seinem Betrieb ermitteln, welche Gefährdungen dort bestehen, die Risiken bewerten und festlegen, welche Schutzmaßnahmen zu treffen sind, um diese Gefährdungen zu vermeiden oder zumindest zu minimieren. Dass dem Betriebsrat bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht zusteht, hat das BAG bereits 2004 entschieden (vgl. BAG vom 08.06.2004 - 1 ABR 13/03): Das ArbSchG regelt das Verfahren der Beurteilung nicht im Detail, sondern überlässt dieses der Gestaltung durch den Arbeitgeber. Die Arbeitsschutzverordnungen enthalten einzelne ergänzende Vorgaben, aber auch keine abschließenden Regelungen. Dies eröffnet den von den Betriebsparteien auszufüllenden Regelungsspielraum.

Nach den Ausführungen des BAG besteht daher ein Mitbestimmungsrecht bei der Frage

**–welche Arbeitsplätze**

**–mit welchen Methoden**

**–auf welche möglichen Gefahrenursachen hin** untersucht werden.

## 1. Zu untersuchende Arbeitsplätze und Tätigkeiten

Alle Tätigkeiten, die Beschäftigte im Rahmen ihrer Arbeit verrichten, sind gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 ArbSchG in die Beurteilung einzubeziehen, ebenso alle Arbeitsplätze im Betrieb, an denen Beschäftigte tätig werden. Ein Regelungsspielraum besteht dabei an sich nicht, so dass der Betriebsrat hier auch nicht mitzubestimmen hätte. Dies würde allerdings voraussetzen, dass in einem Betrieb tatsächlich jeder einzelne Arbeitsplatz und die dort ausgeübten Tätigkeiten separat untersucht und beurteilt werden. In größeren Betrieben ist dies kaum praktikabel. Es besteht daher die Möglichkeit, bei gleichartigen Arbeitsbedingungen gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 ArbSchG eine Zusammenfassung vorzunehmen und nur jeweils einen Arbeitsplatz oder eine Tätigkeit zu beurteilen. Die Gleichartigkeit ist eine Rechtsfrage: gleichartig sind nur Tätigkeiten, bei denen die gleichen Gefährdungen auftreten, weil nur dann die exemplarische Betrachtung eines Arbeitsplatzes übertragbare Erkenntnisse liefert. Insoweit umfasst das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 diesbezüglich ein Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats.

## 2. Gefährdungsfaktoren

Ein solches Mitbeurteilungsrecht besteht auch hinsichtlich der zu untersuchenden Gefährdungsfaktoren. Grundsätzlich sieht das ArbSchG die Einbeziehung aller arbeitsbedingten Gefahren für Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten vor.

In § 5 Abs. 3 ArbSchG sind aufgeführt:

- Gestaltung und Einrichtung der Arbeitsstätte und des Arbeitsplatzes
- physikalische, chemische und biologische Einwirkungen
- Gestaltung, Auswahl und Einsatz von Arbeitsmitteln, insbesondere von Arbeitsstoffen, Maschinen, Geräten und Anlagen sowie den Umgang damit
- Gestaltung von Arbeits- und Fertigungsverfahren, Arbeitsabläufen und Arbeitszeit und deren Zusammenwirken
- unzureichende Qualifikation und Unterweisung der Beschäftigten
- psychische Belastungen bei der Arbeit.

Die Aufzählung in § 5 Abs. 3 ArbSchG ist ausdrücklich nicht abschließend, dasselbe gilt für konkretisierende Regelungen in den Arbeitsschutzverordnungen. Die Betriebsparteien müssen daher als Vorfrage klären, welche Gefährdungen auftreten können, weil hiervon insbesondere auch die Auswahl der Untersuchungsmethoden abhängt.

## 3. Untersuchungsmethoden

Das ArbSchG und die Arbeitsschutzverordnungen eröffnen einen weiten Spielraum, wie Gefährdungen zu ermitteln sind. Je nach Art der Gefährdung stehen hierfür unterschiedliche Methoden zur Wahl. Die Exposition gegenüber bestimmten Gefahrenstoffen wird man in erster Linie durch Messungen feststellen können. Den Betriebsparteien obliegt hier die Auswahl eines geeigneten Messverfahrens. Besonders groß ist der Entscheidungsspielraum, wenn es um die Untersuchung arbeitsbedingter psychischer Belastungen geht. So ist für die meisten psychosozialen Risiken ein Soll-Ist-Abgleich auf Grundlage allgemeinverbindlicher Messstandards und Schutzvorgaben nicht möglich. Diese lassen sich vor allem durch anonymisierte Mitarbeiterbefragungen, in einem Beobachtungsverfahren oder durch moderierte Analyseworkshops feststellen. Die Entscheidung, welche Methode für welche Gefährdung im Betrieb zur Anwendung kommen soll, ist ein ganz wesentlicher Bestandteil des Mitbestimmungsrechts.

## 4. Risikobewertung

Nach Ermittlung der auftretenden Gefährdungen müssen diese bewertet werden, um den konkreten Handlungsbedarf festzustellen. Dabei ist im Rahmen eines Soll-Ist-Vergleichs die Schwere des drohenden Schadens und die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts einzuschätzen und im Anschluss festzustellen, wie intensiv die Schutzmaßnahmen zur Risikovermeidung oder -minimierung sein müssen. Für den ersten Schritt bietet sich die Verwendung einer sog. Risikomatrix an. Hier werden der Schwere des drohenden Schadens sowie der Eintrittswahrscheinlichkeit jeweils Punktwerte zugeordnet und das Produkt beider Faktoren gebildet. Im zweiten Schritt werden, um den Handlungsbedarf zu ermitteln, Risikogruppen gebildet, welchen das konkrete Risiko jeweils anhand des ermittelten Punktwerts zugeordnet wird.

Gegenstand der Mitbestimmung ist hier sowohl die konkrete Ausgestaltung der Risikomatrix als auch die Einteilung der Risikogruppen. Der Handlungsbedarf lässt sich dann jeweils aufgrund der Einschätzung von Schadensschwere und Eintrittswahrscheinlichkeit aus dem Schema ablesen.

Es steht den Betriebsparteien jedoch auch offen, ein anderes Verfahren zur Risikobewertung zu wählen.

## 5. Verantwortliche Personen

Ebenfalls der Mitbestimmung unterliegen die Anforderungen an die Qualifikation der Personen, welche die Gefährdungsbeurteilung durchführen sollen (Einzelne Arbeitsschutzverordnungen machen hierzu allerdings verbindliche Vorgaben). Entsprechend hat der Betriebsrat auch darüber mitzuentcheiden, welcher Personenkreis die Gefährdungsbeurteilung durchführen soll (z.B. welche konkrete Führungsebene im Betrieb oder externe Beauftragte). Dies ist eine (mitbestimmungspflichtige) Frage der Arbeitsorganisation. Mitbestimmungsfrei ist lediglich die sich in der Folge ergebende konkrete Aufgabenübertragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG auf konkrete Einzelpersonen (kein kollektiver Tatbestand).

## 6. Verfahrensregelungen

Darüber hinaus besteht ein ausfüllungsbedürftiger Regelungsspielraum zum allgemeinen Verfahrensablauf der Gefährdungsbeurteilung.

Von den Betriebsparteien gemeinsam zu regeln sind hier insbesondere:

- das Beurteilungsverfahren (z.B. mittels Betriebsbegehung und/oder Checklisten, softwaregestützt, ggf. mit welcher Software),
- das Durchführungskonzept (z.B. Reihenfolge der zu beurteilenden Arbeitsplätze, Untergliederung in Grob- und anschließende Feinanalyse)
- der Zeitplan

## 7. Ermittlung der Gefährdungen

Die Ermittlung der Gefährdungen selbst (d.h. die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung an sich) nach diesen o.g. mitbestimmten Regeln hingegen ist alleinige Aufgabe des Arbeitgebers. Sofern die Modalitäten zur Erstellung der Gefährdungsbeurteilung abschließend

geregelt sind, besteht bei der Prüfung, ob Schutzmaßnahmen erforderlich sind, kein Regelungsspielraum mehr.

Ein Mitbestimmungsrecht kommt daher erst wieder zum Tragen bei der Ausgestaltung des „Wie“, also der Auswahl der geeigneten Maßnahmen.

## 8. Dokumentation

Strittig ist, inwieweit die Frage, wie die Gefährdungsbeurteilung dokumentiert wird, der Mitbestimmung unterliegt. Eine Dokumentationspflicht ergibt sich zwingend aus § 6 ArbSchG. Lediglich über das „Wie“ besteht ein Regelungsspielraum. Hieraus soll sich z.B. nach Auffassung des LAG Hamburg (21.09.2000 - 7 TaBV 3/98, NZA-RR 2001, 190; ebenso DKK-Klebe, § 87 Rn. 31) ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ergeben. Nach anderer Ansicht soll dieses ausscheiden, mit dem Argument, die Art der Dokumentation beeinflusse weder unmittelbar noch mittelbar den Gesundheitsschutz.

## 9. Auswahl der Schutzmaßnahmen

Hinsichtlich der Schutzmaßnahmen, die er zur Vermeidung festgestellter Gefährdungen trifft, steht dem Arbeitgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu. § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG verpflichtet ihn lediglich, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, also Maßnahmen, welche die festgestellten Gefährdungen möglichst vermeiden und verbleibende Gefährdungen minimieren (§ 4 Nr. 1 ArbSchG). Der Gestaltungsspielraum eröffnet die Mitbestimmung des Betriebsrats. Der kollektive Bezug ergibt sich bereits daraus, dass Gefährdungen immer arbeitsplatz- und nicht arbeitnehmerbezogen sind.

Achtung: Die Mitbestimmung des Betriebsrats über konkrete Schutzmaßnahmen setzt voraus, dass im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung (nach den mitbestimmten Regeln) eine Gefährdung festgestellt wurde. Vorgelagert ist also immer die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung.

Mit Entscheidung vom 28.03.2017 - 1 ABR 25/15 hat das BAG klargestellt, dass die Mitbestimmung im Rahmen des § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG keine konkrete Gesundheitsgefahr, sondern lediglich die Feststellung konkret benannter Gesundheitsgefährdungen im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung voraussetzt. Der Arbeitgeber muss Maßnahmen treffen, um festgestellte Gefährdungen zu vermeiden bzw. zu minimieren, auch wenn noch keine konkrete Gefahr besteht.

## 10. Aktualisierung und Fortschreibung der Gefährdungsbeurteilung

Mit der einmaligen Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung ist es nicht getan. Die durchgeführte Gefährdungsbeurteilung muss vielmehr beständig an sich ändernde Gegebenheiten angepasst werden (§ 3 Abs. 1 S. 2 ArbSchG), und zwar nicht nur anlassbezogen (wie etwa infolge gehäufter Arbeitsunfälle), sondern routinemäßig im Rahmen einer regelmäßigen Kontrolle. Zu prüfen ist hierbei u.a., ob sich die bisherigen Schutzmaßnahmen bewährt haben, ob sich die Gefährdungslage verändert hat, oder ob neue arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die eine Neubewertung erforderlich machen.

Wann eine Überprüfung turnusmäßig erfolgen soll, ist von den Betriebsparteien unter Beachtung des Ver-

hältnismäßigkeitsgrundsatzes festzulegen, wobei im Regelfall die Obergrenze bei drei Jahren liegen dürfte (vgl. Kollmer/Klindt/Schucht § 3 ArbSchG Rn. 30 m.w.N.). Daneben sind anlassbezogene Überprüfungen erforderlich.

Eine Betriebsvereinbarung zur Erstellung von Gefährdungsbeurteilungen ist mithin ein komplexes Regelwerk, welches nicht „mal eben nebenbei“ abgeschlossen werden kann. Angesichts der immensen Bedeutung der Gefährdungsbeurteilung als Voraussetzung für die Festlegung von Arbeitsschutzmaßnahmen, sollte sich hiervon aber kein Betriebsrat abschrecken lassen. Ist der Arbeitgeber hier zögerlich, kann der Betriebsrat von seinem Initiativrecht Gebrauch machen.

*Barbara Renkl, RAin*

## Was das Christkind nicht gebracht hat

**Über die unerledigten Gesetzesvorhaben dieser Legislaturperiode und ihre Folgen für Arbeitnehmer und Betriebsräte.**

Groß waren die Erwartungen, als die Ampelkoalition 2021 ihre Pläne veröffentlichte: „Die Mitbestimmung werden wir weiterentwickeln.“, so heißt es in Zeile 2341 im Koalitionsvertrag der Ampelkoalition. Viele der wichtigen Vorhaben sind stecken geblieben und es droht das vollständige Aus nach den Wahlen. Hier ein Überblick über das, was jetzt wohl nicht mehr kommt, aber dringend kommen müsste.

### Beschäftigtendatenschutz

Die Digitalisierung ist inzwischen so weit vorangeschritten, dass kaum ein Arbeitsverhältnis denkbar ist, in dem die personenbezogenen Daten von Arbeitnehmern nicht

maschinell verarbeitet werden. Auch das Datenschutzrecht nach Inkrafttreten der DSGVO bietet wenig Schutz vor der ständig zunehmenden Dauerüberwachung. Das Problem: Neben der absolut sinnvollen und notwendigen Verarbei-

tung von Daten, die zur Durchführung von Schutzgesetzen (Arbeitszeitgesetz, Jugendarbeitsschutzgesetz, Mutterschutzgesetz etc.) unverzichtbar sind, können dieselben Daten eben auch zu ganz anderen Zwecken missbraucht werden. Das Bundesarbeitsgericht hatte in mehreren Entscheidungen die Verwertung von rechtswidrig erlangten Erkenntnissen als Beweismittel akzeptiert (so schon BAG vom 13.12.2007 - 2 AZR 537/06) und im Beschluss vom 29.06.2023 - 2 AZR 296/92 entschieden, dass Betriebsvereinbarungen Gerichte nicht binden können, rechtswidrig erlangte Daten von Arbeitnehmern in ihren Entscheidungen nicht als Beweis zu verwerten (ausführlich dazu AiB 10/23, S. 16 ff). Das BAG hatte u.a. erklärt, es würde eine Rechtsgrundlage für die Vereinbarung von Schutznormen in Betriebsvereinbarungen fehlen. Dringend notwendig wäre daher ein Gesetz, um die Spreu vom Weizen zu trennen, also um die rechtmäßige Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten zu ermöglichen, jedoch die rechtswidrige Verwendung

von Arbeitnehmerdaten in gerichtlichen Verfahren zu unterbinden.

In dem Referentenentwurf vom 08.10.2024 legten BMAS und das BMI eine Regelung vor, die vorsieht, dass datenschutzwidrig erlangte Daten in arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden dürfen und auch Betriebsvereinbarungen Verwertungsverbote regeln können. Damit wären die Rechte der Beschäftigten gestärkt und die oben genannte Entscheidung des BAG hinfällig. Dann scheiterte die Ampel. So, wie es zum Jahresende aussieht, wird dieser Referentenentwurf wohl nicht mehr vom deutschen Bundestag beschlossen.

## Tariftreuegesetz

Nun zu unserem Wackelkandidaten: Seit 01.01.2015 gibt es mit Ausnahme von Bayern und Sachsen in allen Bundesländern Tariftreue- und Vergabegesetze. Für den Bund gilt diese Rechtslage aber bisher nicht.

Mit dem (Bundes-)Tariftreuegesetz sollte sichergestellt werden, dass größere öffentliche Aufträge des Bundes nur an Unternehmen vergeben werden, die die maßgebenden Tarifverträge insgesamt anwenden. Tarifverträge sind bekanntlich mehr als nur der Lohn; die wesentlichen Entgelt- und Arbeitsbedingungen, wie Arbeitszeiten oder Urlaub gehören dazu. Das Gesetz sollte bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen des Bundes ab 30.000 Euro Auftragswert sowie für die Vergabe von Bauaufträgen des Bundes ab 50.000 Euro Auftragswert angewendet werden.

Das hat die (Rest-)Bundesregierung so am 27.11.2024 beschlossen. Im Ergebnis würde ein solches Gesetz wohl dazu führen, dass Unternehmen, die sich mit Dumping-Löhnen Wettbewerbsvorteile verschaffen, nicht auch noch aus öffentlichen Mitteln des Bundes dafür belohnt werden. Ein solches Gesetz liegt auch zugleich im Interesse derjenigen Unternehmen, die sich an die Regeln halten und die ihrerseits Schutz vor Schmutzkonkurrenz verdienen.

Jetzt ist wohl nicht mehr damit zu rechnen, dass dieses Gesetz (das auch noch die Zustimmung des Bundesrats benötigt) im Bundestag vor der nächsten Bundestagswahl eine Mehrheit findet. Die unternehmerische Freiheit war der ehemaligen Ampelpartei FDP wohl wichtiger, auch wenn es im Koalitionsvertrag von

2021 mit Zustimmung der FDP wörtlich (Zeile 2331) hieß: „Zur Stärkung der Tarifbindung wird die öffentliche Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages der jeweiligen Branche gebunden.“ Und so bleibt es wohl bis auf weiteres dabei, dass öffentliche Aufträge in den allermeisten Bundesländern nur an Unternehmen vergeben werden, die sich an Tarifverträge halten, der Bund aber Aufträge an Unternehmen vergeben kann, die diese Standards unterlaufen.

## Arbeitszeitgesetz und Arbeitszeiterfassung

Die Rechtslage ist eigentlich klar: Seit der Entscheidung des EuGH vom 14.05.2019 (C-55/18 (CCOO)), spätestens aber mit der Entscheidung des BAG vom 13.09.2022 - 1 ABR 22/21, muss in Deutschland die gesamte Arbeitszeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgezeichnet werden. Arbeitgeber sind nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG in unionskonformer Auslegung der Norm verpflichtet, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann (ausführlich dazu AiB 12/22, S. 21 ff). Nur wie diese Aufzeichnung zu erfolgen hat, ist weiterhin nicht gesetzlich geregelt. Das BMAS legte am 18.04.2023 einen Referentenentwurf zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes vor, mit dem die Aufzeichnungspflicht ausgestaltet werden sollte. Auch dieses Gesetzesvorhaben scheiterte bis zum Bruch der Koalition an der FDP und hat wohl jetzt keine Aussicht mehr, eine Mehrheit im Deutschen Bundestag zu finden. Es ist nur ein kleiner Trost, dass Betriebsräte nach der Entscheidung des BAG vom 13.09.2022 zwar kein Initiativrecht haben, ob eine Zeiterfassung eingeführt wird (denn das ist eine gesetzliche Pflicht, daran gibt es nichts mitzubestimmen), aber bei der Ausgestaltung der Art und Weise wie die Zeit erfasst wird sehr wohl mitbestimmen können und dazu auch ein Initiativrecht haben. Nur: In Betrieben ohne Betriebsrat bleibt es bei der Entscheidung des Arbeitgebers, wie die Zeit erfasst wird. Und häufig genug wird das dann den Arbeitnehmern in einer denkbar ungünstigen Weise auferlegt. Nach dem Referentenentwurf des Gesetzes wäre



es weiterhin Pflicht des Arbeitgebers gewesen sicherzustellen, dass ihm Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten bekannt werden. Diese Chance ist vorerst vertan.

## Behinderung der Betriebsratsarbeit

„Die Behinderung der demokratischen Mitbestimmung stufen wir künftig als *Offizialdelikt ein*“ heißt es im Koalitionsvertrag der Ampelparteien in Zeile 2348. Zwar ist schon jetzt die Behinderung der Betriebsratsarbeit eine Straftat, die nach § 119 Abs. 1 BetrVG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden kann. Allerdings ist dafür ein Strafantrag vorausgesetzt und gerade dann, wenn es um die Gründung eines Betriebsrats geht, versuchen bestimmte Arbeitgeber häufig, diese Gründung des Betriebsrats zu verhindern. Das ist eine Straftat nach § 119 Abs. 1 BetrVG, aber ein solcher Strafantrag ist für die Strafverfolgung eine hohe Hürde, denn es sind ja im Regelfall Kolleginnen und Kollegen aus dem Betrieb, die einen solchen Strafantrag stellen müssten, sofern keine Gewerkschaft im Betrieb vertreten ist. Gelingt die Wahl eines Betriebsrats nicht, macht man sich mit einem solchen Strafantrag das weitere Leben im Betrieb nicht eben leichter. Was ist aus dieser Absicht im Koalitionsvertrag geworden? Die für den Wegfall des Strafantragserfordernisses erforderliche Streichung des § 119 Abs. 2 BetrVG wurde in den Entwurf des Tarifreuegesetzes gepackt, mit geringer Aussicht auf Realisierung (s.o.).

## Digitalisierung und Onlinewahl des Betriebsrats

„Betriebsräte sollen *selbstbestimmt entscheiden, ob sie analog oder digital arbeiten*. Im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen Maßstäbe werden wir Online-

*Betriebsratswahlen in einem Pilotprojekt erproben. Wir schaffen ein zeitgemäßes Recht für Gewerkschaften auf digitalen Zugang in die Betriebe, das ihren analogen Rechten entspricht*“ (Zeilen 2342 bis 2344 des Koalitionsvertrags). Geschickt versteckt im Tarifreuegesetz sollte mit einem neu eingefügten § 18a BetrVG die Online-Wahl von Betriebsräten zur Erprobung ermöglicht werden. Jetzt teilt diese Idee das gleiche Schicksal wie das ganze Tarifreuegesetz. Ob es in Kraft tritt, steht damit in den Sternen. Und eine ausdrückliche Bestätigung des „zeitgemäßen Rechts für Gewerkschaften auf digitalen Zugang in die Betriebe“ war zwar zunächst in der Vorlage enthalten, wurde aber wieder gestrichen, vielleicht in der Hoffnung, so noch eine Mehrheit im Deutschen Bundestag zu finden. Ob das gelingt, steht in den Sternen. So enden hochfliegende Pläne für die Zukunft.

## Außer Spesen nichts gewesen?

„Wir haben es verkackt“, so formulierte es der SPD-Politiker Michael Roth im Sonntags-Stammtisch des BR Fernsehens am 10.11.2024. Dem Autor fällt es schwer, alle Teilnehmer an dem Ampel-Experiment in einen Sack zu stecken und drauf zu hauen, es waren sicher auch redlich Denkende dabei, die eine Verbesserung der Situation von Arbeitnehmern, Gewerkschaften und Betriebsräten bewirken wollten. Gescheitert ist das Experiment offensichtlich am neoliberalen Irrglauben, dessen Protagonisten es selbst nach dem D-Day Disaster gewagt haben, öffentlich zu empfehlen, mehr Milei und Musk zu wagen. Elon Musk, ein erbitterter Gegner der Gewerkschaften und der Mitbestimmung, Javier Milei, Präsident von Argentinien, in dessen bisheriger einjähriger Amtszeit die Armutsquote im Land um 11 Prozent auf rund 53 Prozent gestiegen ist. Mit Koalitionspartnern, die solche Leitbilder haben, ist Fortschritt nicht zu erwarten. Die Leidtragenden sind, einmal mehr, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dieses Landes. Sie sollten diese Erfahrung bei der nächsten Bundestagswahl nicht vergessen.

Krikor R. Seebacher  
RA, Of Counsel

# Der kleine Alltagshelfer für den Betriebsrat

– Bearbeitungshinweis für alltäglich auftretende Themen -

## 1. Einstellung, § 99 BetrVG (Stand 23.12.2024)

### Standardfall:

Der Arbeitgeber beabsichtigt eine/n Arbeitnehmer/in einzustellen und legt dem Betriebsrat einen Antrag nach § 99 Abs. 1 BetrVG vor.

### Ablauf der Antragsbearbeitung:

- (1) Feststellung des Zugangszeitpunkts des Antrags und Berechnung der Wochenfrist zur Reaktion
- (2) Prüfung der Vollständigkeit der Information und ggf. Nachforderung
- (3) Aufnahme in Tagesordnung der Betriebsratssitzung oder des zuständigen Ausschusses
- (4) Beschlussfassung über Zustimmungsverweigerung
- (5) Ausfertigung der Zustimmungsverweigerung mit Begründung unter Bezug auf die Fälle des § 99 Abs. 2 Ziff. 1 – 6 BetrVG und Zuleitung an Arbeitgeber innerhalb Wochenfrist.

### Begriff:

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt eine mitbestimmungspflichtige Einstellung vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen.

### Ergänzende Hinweise:

- Unter die Mitbestimmung bei Einstellung fallen auch Leiharbeiter:innen
- Die Verlängerung befristeter Beschäftigungen ist betriebsverfassungsrechtlich eine abermalige Einstellung
- Es geht nicht um den Vertragsschluss, sondern die reale Arbeitsaufnahme

### Frist:

Die Frist endet mit dem gleichen Wochentag der Folgewoche an dem der Antrag zugegangen ist. Ist der Antrag zum Beispiel am Montag, den 02. Februar, zugegangen, so endet die Frist am Montag den 09. Februar. Fällt das Fristende (nicht der Beginn) auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, so endet die Frist am darauffolgenden Werktag.

### Form der Zustimmungsverweigerung:

Schriftlich bedeutete hier nach herrschender Meinung lange Zeit, dass die Zustimmungsverweigerung im Original unterschrieben sein muss. In einer Entscheidung 2002 hat das BAG ein Telefax genügen lassen, und schließlich im Beschluss vom 10.03.2009 - 1 ABR 93/07 die Einhaltung der Textform nach § 126b BGB, da es sich nicht um eine Willenserklärung, sondern nur um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung handelt. Damit kann auch eine E-Mail genügen, wenn der richtige Absender erkenntlich handelt und die Erklärung erkenntlich zugeordnet werden kann (also bitte klarer Absender und am Ende Name und Funktion). ACHTUNG: das gilt nicht automatisch für andere Themen, wenn Schriftlichkeit gefordert ist.

### Begründung:

Die Begründung der Zustimmungsverweigerung muss sich auf Gründe beziehen, welche in § 99 Abs. 2 Ziff. 1 bis 6 BetrVG angegeben sind. Die Begründung muss sich zumindest den gesetzlichen Tatbeständen zuordnen lassen. Bei Ziff. 3 und 6 verlangt der Wortlaut des Gesetzes bereits die Angabe von Tatsachen. Aber auch im Übrigen ist es angezeigt, die Gründe nicht zu knapp zu halten, da die Angaben in der Zustimmungsverweigerung den Rahmen bilden für eine spätere Überprüfung. Also: Texten, texten, texten ist die Devise.

Ob die Verweigerungsgründe des Betriebsrats berechtigt und ob alle Angaben hundertprozentig richtig sind, ist erst in einem eventuellen späteren Zustimmungsersetzungsverfahren zu klären. Nach herrschender Auffassung können geltend gemachte Verweigerungsgründe später zwar näher beschrieben werden, es können aber keine Verweigerungsgründe mehr thematisiert werden, die nicht im Zustimmungsverweigerungsschreiben bereits erwähnt waren.

Der Arbeitgeber hat zwar kein Vorprüfungsrecht im Hinblick auf die Stichhaltigkeit der Begründung, darf jedoch eine Begründung, welche sich offensichtlich nicht auf gesetzliche Verweigerungsgründe bezieht oder nur den Wortlaut des Gesetzes wiedergibt, ignorieren. Die „Nicht-Begründung“ führt zur Zustimmungsfiktion.

### **Fristverlängerung:**

Nach herrschender Meinung ist es zulässig, dass Arbeitgeber und Betriebsrat vor Ablauf der gesetzlichen Frist eine Verlängerung vereinbaren (BAG vom 06.10.2010 - 7 ABR 80/09).

Die unvollständige Information des Arbeitgebers verlängert die Frist nicht, sondern lässt sie gar nicht beginnen. Da die Frage der vollständigen Information jedoch oftmals streitig sein kann, sollte in der Regel eine vorsorgliche Zustimmungsverweigerung innerhalb der Wochenfrist ab Zugang des Antrags erfolgen. Spätestens gleichzeitig damit sollte der Betriebsrat die ausstehenden Informationen einfordern. Vervollständigt der Arbeitgeber die Information, hat der Betriebsrat ab diesem Zeitpunkt (vorsorglich) binnen einer weiteren Woche noch einmal zu reagieren, nämlich abschließend Stellung zu nehmen.

Sicherheitshalber sollte diese abschließende Stellungnahme sämtliche Kriterien einer korrekten Zustimmungsverweigerung (noch einmal) erfüllen. Dies vermeidet Interpretationsstreit über die später zu prüfenden Punkte.

### **Aussetzungsantrag nach § 35 BetrVG:**

Haben Jugend- und Auszubildenden- oder Schwerbehindertenvertretung einen Aussetzungsantrag gestellt, so ist die Zustimmungsverweigerung dem Arbeitgeber dennoch innerhalb der Frist mitzuteilen, da der Aussetzungsantrag die Frist nicht hemmt.

### **Weiteres Verfahren:**

Die Entscheidung zur Zustimmungsverweigerung kann jederzeit aufgehoben werden z. B., wenn eine Einigung mit dem Arbeitgeber erzielt wird. Der Arbeitgeber seinerseits kann auf die Durchführung der beantragten Maßnahme verzichten. Da nach Ablauf der Wochenfrist die Zustimmung als erteilt gilt, wenn keine Zustimmungsverweigerung vorliegt (Zustimmungsfiktion), muss diese auch erfolgen, wenn bereits Gespräche mit dem Arbeitgeber über eine einvernehmliche Lösung laufen.

Möchte der Arbeitgeber die Maßnahme trotz Zustimmungsverweigerung durchführen, so hat er beim Arbeitsgericht ein so genanntes Zustimmungsersetzungsverfahren einzuleiten. Erst mit rechtskräftiger Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht darf der Arbeitgeber die Maßnahme vollziehen, sofern er nicht zum Mittel der vorläufigen personellen Maßnahme nach § 100 BetrVG greift.

### **Vorläufige personelle Maßnahme nach § 100 BetrVG:**

Der Arbeitgeber kann bereits vor Ablauf der Wochenfrist oder, was die Regel ist, nach verweigerter Zustimmung die personelle Maßnahme vorläufig durchführen, wenn er das Verfahren nach § 100 BetrVG einhält.

### **Ablauf gemäß § 100 BetrVG:**

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat unverzüglich und unter Angabe der Gründe, warum aus seiner Sicht die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, von der vorläufigen Maßnahme zu unterrichten. Reagiert der Betriebsrat hierauf nicht seinerseits unverzüglich, kann der Arbeitgeber trotz laufenden Zustimmungsersetzungsverfahrens die Maßnahme (vorläufig) durchführen. Der Betriebsrat kann und sollte in der Regel aber dem Arbeitgeber seinerseits unverzüglich mitteilen, dass er bestreitet, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.

Hier hat der Betriebsrat keine detaillierte Begründung anzugeben. Der Arbeitgeber wiederum muss dann innerhalb von drei Tagen den Zustimmungsersetzungsantrag beim Arbeitsgericht einreichen sowie den Antrag auf Feststellung der Dringlichkeit. Tut er dies nicht, darf

er die Maßnahme nicht vorläufig durchführen oder muss eine bereits begonnene Maßnahme aufheben.

### **Reaktionsmöglichkeit des Betriebsrats, wenn der Arbeitgeber die Regeln nicht einhält:**

Wurde der Betriebsrat gar nicht gefragt oder hat er die Zustimmung zu einem Antrag verweigert, ohne dass ein korrekter Antrag nach § 100 BetrVG des Arbeitgebers vorliegt, kann der Betriebsrat seinerseits ein Verfahren beim Arbeitsgericht einleiten, mit dem dem Arbeitgeber geboten wird, eine gleichwohl vollzogene personelle Maßnahme aufzuheben (siehe § 101 BetrVG)

(f)

# EuGH-Report

von RAin Barbara Renkl

## **Überstunden bei Teilzeit**

*Das Thema Mehrarbeitsvergütung von Teilzeitbeschäftigten geht in die nächste Runde (EuGH vom 29.07.2024, C-184/22).*

***Eine nationale Regelung, die Überstundenzuschläge für Teilzeitbeschäftigte nur gewährt, wenn sie die regelmäßige Arbeitszeit von Vollzeitkräften überschreiten, stellt eine ungerechtfertigte Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten dar.***

Dies hat der EuGH am 29.07.2024 - C-184/22 auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts klargestellt und damit weitere Klarheit in einer höchst umstrittenen Rechtsfrage geschaffen. Eine solche Regelung verstößt deshalb gegen § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (RL 97/81/EG), da sie eine „schlechtere“ Behandlung von Teilzeitkräften darstellt und nicht durch das Ziel, Überstunden zu begrenzen und Vollzeitkräfte nicht schlechter zu stellen, gerechtfertigt werden kann. Außerdem kann eine entsprechende Regelung auch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach Art. 157 AEUV sowie RL 2006/54/EG darstellen, wenn (wie in der Praxis häufig) tatsächlich überwiegend Frauen betroffen sind.

Der EuGH hat damit auch der Argumentation eine Absage erteilt, die Regelung solle den Arbeitgeber davon abhalten, Überstunden anzuordnen, und verhindern, dass Vollzeitbeschäftigte gegenüber Teilzeitbeschäftigten schlechter behandelt werden.

Das Ziel, den Arbeitgeber von der Anordnung von Überstunden abzuhalten, wird nach Auffassung des EuGH schon dadurch unterlaufen, dass der Arbeitgeber für die von Teilzeitbeschäftigten erbrachten zusätzlichen Arbeitszeiten einer geringeren finanziellen Belastung ausgesetzt ist. Dies schaffe gerade einen Anreiz, bei Teilzeitbeschäftigten eine Überschreitung ihrer individuellen Arbeitszeit anzuordnen. Darüber hinaus verwirft der EuGH die verbreitete These, die Gewährung von Überstundenzuschlägen an Teilzeitbeschäftigte schon beim Überschreiten ihrer arbeitsvertraglich festgelegten Arbeitszeit führe zu einer Schlechterstellung von Vollzeitbeschäftigten. Diese sind durch die Anordnung von über ihre vereinbarte Arbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistungen genauso in ihrem Interesse, über ihre Freizeit disponieren zu können, betroffen.

Der EuGH hat allerdings auch klargestellt, dass die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung von Überstunden Teil- und Vollzeitbeschäftigter davon abhängt, welches Ziel die Tarifvertragspartei mit einer Überstundenregelung verfolgen. Damit bleibt die Frage weiter offen, welche Gründe ggf. einen ausreichenden sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten darstellen könnten.

### **Anmerkung:**

Mit Entscheidung vom 05.12.2024 - 8 AZR 370/20 (zu der bisher nur eine Pressemitteilung vorliegt), hat der vorliegende 8. Senat des BAG bestätigt, dass die dem Streitfall zugrundeliegende tarifliche Regelung wegen

Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten unwirksam ist, da sie bei Teilzeitbeschäftigung keine der Teilzeitquote entsprechende anteilige Absenkung der Stundengrenze für die Gewährung eines Überstundenzuschlags vorsieht. Einen sachlichen Grund konnte der Senat nicht erkennen. Daneben hat er eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zugesprochen, weil auch eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts vorliege. In der Gruppe der beim Arbeitgeber in Teilzeit Beschäftigten sind zu mehr als 90% Frauen vertreten. Die Entschädigung sei erforderlich, um einerseits den der Arbeitnehmerin durch die mittelbare Geschlechtsbenachteiligung entstandenen immateriellen Schaden auszugleichen und andererseits gegenüber dem Arbeitgeber die gebotene abschreckende Wirkung zu entfalten. Ob allerdings der zugesprochene Betrag von € 250 tatsächlich eine Abschreckungswirkung entfaltet, darf bezweifelt werden. Inwieweit das BAG in seiner Entscheidungsbegründung - die bisher noch nicht vorliegt - Ausführungen zu möglichen sachlichen Gründen für eine Ungleichbehandlung machen wird und diesbezüglich weiteres Licht in diese Frage bringen wird, bleibt abzuwarten. Praktisch könnte die Entscheidung erhebliche Auswirkungen haben. Eine Regelung, nach der die Vergütung von Überstunden pauschal davon abhängig gemacht wird, dass die regelmäßige Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten überschritten wird, findet sich in vielen Tarifverträgen.

## Kündigungsschutz bei Schwangerschaft

**Zwei-Wochen-Frist für nachträgliche Zulassung einer Kündigungsklage bei verspäteter Kenntnis von einer Schwangerschaft ist zu kurz (EuGH vom 27.06.2024 – C-284/23).**

Eine nationale Regelung, nach der eine schwangere Arbeitnehmerin, die von ihrer Schwangerschaft erst nach

# Ausblick...

## Anstehende Entscheidungen

- ❖ Am 09.01.2025 entscheidet der EuGH in der Sache C-416/23 über die Frage, ob Beschwerden gleichzeitig Anfragen im Sinne des Art. 57 Abs. 4 DSGVO sind mit der Folge, dass bei „exzessiver“ Nutzung Verwaltungsgebühren erhoben werden können.
- ❖ Das BAG entscheidet am 15.01.2025 in zwei Verfahren (5 AZR 135/24 und 5 AZR 273/24) wieder mal zu Annahmeverzugsvergütung und ggf. böswilligem Unterlassen anderweitigen Verdienstes
- ❖ Die Wirksamkeit von Betriebsratswahlen steht am 22.01.2025 auf der Sitzungsliste des BAG (7 ABR 1/24, 7 ABR 3/24 und 7 ABR 23/23). Es geht um Briefwahl, falsch gefaltete Stimmzettel, Betriebszugehörigkeit bei betriebsfremdem Vorgesetzten sowie
- ❖ Ärztliche Arbeit während festgelegter Pausen ist am 12.02.2025 unter dem AZ 5 AZR 51/24 das Thema (TVÄrzte/VKA).
- ❖ Immaterieller Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO ist das Thema des BAG am 20.02.2025 - 8 AZR 61/24
- ❖ Am 25.02.2025 beschäftigt sich der erste Senat mit dem Ausschluss eines befristet Beschäftigten von Sozialplanleistungen, 1 AZR 34/24.

Ablauf der für die Erhebung einer Klage gegen ihre Kündigung vorgesehenen Frist Kenntnis erlangt hat, eine solche Klage nur dann erheben kann, wenn sie binnen zweier Wochen einen Antrag auf Zulassung der verspäteten Klage stellt, ist europarechtswidrig.

Dies hat der EuGH mit Urteil vom 27.06.2024 - C-284/23 auf Vorlage des ArbG Mainz 24.04.2023 - 4 Ca 1424/22 entschieden. Im Ausgangsverfahren wurde bei der Klägerin erst nach Ausspruch der Kündigung sowie Verstreichen der dreiwöchigen Frist für die Kündigungsschutzklage festgestellt, dass sie bereits zum Zeitpunkt der Kündigung schwanger war.

Gem. § 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 KSchG kann eine Arbeitnehmerin in derartigen Fällen innerhalb einer Zwei-Wochen-Frist eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage beantragen. Dies ist nach Auffassung des EuGH zu kurz. In Anbetracht der besonderen Situation, in der sich eine Frau zu Beginn der Schwangerschaft befindet, sei dies eine unangemessene Frist, die zudem kürzer sei als die ordentliche Frist von drei Wochen für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage. Somit habe eine Arbeitnehmerin, die unverschuldet erst nachträglich von ihrer Schwangerschaft erfährt, eine

kürzere Frist zur Klage als eine Arbeitnehmerin, die ihre Schwangerschaft schon bei Zugang der Kündigung kannte. Dass der Beginn der in § 5 Abs. 3 KSchG vorgesehenen Frist von zwei Wochen, d.h. der Zeitpunkt der „*Behebung des Hindernisses*“ für die Klageerhebung, nicht völlig eindeutig sei, könne weiter dazu beitragen, die Wahrnehmung der durch die Mutterschutz-RL gewährleisteten Rechte zu erschweren. Außerdem, so der EuGH, werde das durch die streitgegenständliche Regelung geschaffene Fristensystem noch zusätzlich komplex, weil die Arbeitnehmerin darüber hinaus dem Arbeitgeber unverzüglich – und damit wiederum innerhalb einer anderen Frist – Mitteilung über die Schwangerschaft zu machen habe.

Eine abschließende Prüfung überlässt der EuGH den nationalen Gerichten. Es ist jedoch keine Grundlage ersichtlich, aufgrund derer Arbeitsgerichte nach dieser Entscheidung noch von einer Vereinbarkeit von § 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 KSchG mit Unionsrecht ausgehen könnten. Offen ist lediglich, wie die hierdurch entstehende Regelungslücke geschlossen werden kann, d.h. ob die dreiwöchige Frist für die Kündigungsschutzklage gem. § 4 KSchG analog anzuwenden ist oder ob hier der Gesetzgeber gefordert ist.

## Schadensersatzansprüche bei DSGVO-Verstößen

***Bereits der Kontrollverlust bei personenbezogenen Daten infolge eines DSGVO-Verstoßes kann einen immateriellen Schaden darstellen (EuGH vom 04.10.2024 - C-200/23).***

Der EuGH betont erneut, dass bereits der reine Kontrollverlust einen ersatzfähigen Schaden im Sinne der DSGVO darstellt. Der EuGH prägt damit die in seiner Entscheidung vom 14.12.2023 - C-340/21, aufgestellten Grundsätze (siehe *sfm-aktuell 2023\_2.HJ*) weiter aus.

Er macht nochmals deutlich, dass von einem DSGVO-Verstoß Betroffene nicht nachweisen müssten, dass ihre Daten tatsächlich unrechtmäßig weitergegeben und missbraucht wurden. Begründete Befürchtungen, Ängste und Sorgen vor einem solchen Missbrauch reichten aus, um einen Schaden anzunehmen. Ferner gebe es keine ‚Erheblichkeitsschwelle‘, der Schaden muss also keine bestimmte Schwere erreichen, um ersatzfähig zu sein.

Das sagt noch Nichts zur Höhe eines potentiellen Schadensersatzes aus, den deutsche Gerichte sehr gering halten (siehe dazu z.B. BGH, Urteil vom 18.11.2024 – VI ZR 10/24 zu sog. *scraping-Fällen*).

## Unterlassungsansprüche bei DSGVO-Verstößen - Gesundheitsdaten

***In einer weiteren Entscheidung stellt der EuGH klar, dass neben Schadensersatzansprüchen auch Unterlassungsansprüche bestehen und geltend gemacht werden können (EuGH vom 04.10.2024, C-21/23).***

Der BGH wollte im Rahmen einer Vorlage wissen, ob Klagen gegen Konkurrenten wegen Verletzungen des Datenschutzes auch auf das Wettbewerbsrecht und damit auf das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken gestützt werden können.

Der EuGH bejahte dies. Durch ein Nebeneinander von datenschutzrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Rechtsbehelfen sei keine Gefahr für die einheitliche Durchsetzung der DSGVO zu befürchten. Im Gegenteil trage dies dazu bei, die Rechte der betroffenen Personen zu stärken und ihnen ein hohes Schutzniveau zu gewährleisten. Zahlreiche Verstöße gegen die DSGVO könnten so möglicherweise sogar verhindert werden.

Interessant an der Entscheidung ist auch, dass es sich bei den Daten, die Kunden bei der Online-Bestellung von apothekenpflichtigen Arzneimitteln angeben, aus Sicht des EuGH um Gesundheitsdaten iSv Art 9 Abs. 1 DSGVO handelt. Denn, so der EuGH, aus Namen, Lieferadresse sowie der konkreten Auswahl der Präparate könne „*mittels gedanklicher Kombination oder Ableitung*“ auf den Gesundheitszustand einer identifizierten (oder identifizierbaren) natürlichen Person geschlossen werden. Dabei werde eine Verbindung zwischen ihr und einem Arzneimittel, seinen therapeutischen Indikationen und Anwendungen hergestellt. Dabei spiele es keine Rolle, ob diese Informationen den Kunden oder jemanden anders betreffen, für den die Bestellung aufgegeben wird.

## DSGVO-Verstoß

***Datenschutzbehörden müssen nicht zwingend Sanktionen verhängen (EuGH vom 26.09.2024 - C-768/21).***

Erlangt eine Datenschutzbehörde Kenntnis von einem DSGVO-Verstoß ergibt sich hieraus nicht, dass diese auch zwingend Sanktionen verhängen muss, zum Beispiel eine Geldbuße.

Eine Beschäftigte einer Sparkasse hatte mehrfach unbefugt auf personenbezogene Kundendaten zugegriffen. Die Sparkasse informierte den betreffenden Kunden hierzu nicht, da der Datenschutzbeauftragte kein hohes Risiko für die Rechte des Kunden sah. Die Beschäftigte hatte schriftlich versichert, die Daten nicht kopiert, gespeichert oder an Dritte weitergegeben zu haben und dies auch künftig zu unterlassen.

Die Sparkasse machte dennoch eine Meldung an den Landesdatenschutzbeauftragten. Der Kunde, der lediglich zufällig von dem Datenschutzvorfall erfuhr, legte beim Landesdatenschutzbeauftragten eine Beschwerde ein. Der Landesdatenschutzbeauftragte teilte nach ent-

die Verletzung abgestellt wird und sich diese nicht wiederholt, könne eine Ahndung unterbleiben. Die Überprüfung, ob im vorliegenden Fall diese Grenzen eingehalten wurden, sei wiederum Aufgabe des nationalen Gerichts.

## Datenschutzrechtliche Anforderungen an Kollektivvereinbarungen:

***Kollektivvereinbarungen unterliegen hinsichtlich der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung der vollen gerichtlichen Kontrolle (EuGH vom 19.12.2024 - C-65/23).***

Eine spannende Entscheidung aus Luxemburg gab es noch am 19.12.2024, C-65/23. Hier hatte sich der EuGH mit der Frage zu beschäftigen, welche Voraussetzungen Kollektivvereinbarungen (d.h. insb. Betriebsvereinbarungen, Dienstvereinbarungen, Tarifverträge) erfüllen müssen, um eine wirksame Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigungsdaten sein zu können.

Bereits in seiner Entscheidung vom 30.03.2023 - C-34/21, hat der EuGH eine ganze Reihe richtungsweisender Ausführungen rund um das Verständnis von Art. 88 DSGVO gemacht. Nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO können die Mitgliedsstaaten durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften

## ... und Rausblick

### oder: sfm schreibt (auch) auswärts

In der Ausgabe 11/2024 der **CuA – Computer und Arbeit** schreibt **Michael Fleischmann** zu „Dienstpläne – 11 Fragen zum Datenschutz“. **Krikor R. Seebacher** beschreibt im Heft 9 der **AiB – Arbeitsrecht im Betrieb** unter dem Titel „L’amour toujours im Betrieb?“ was man im Betrieb gegen Rassismus tun kann, **Michael Fleischmann** stellt in Heft 10 die Frage „Laptops für Alle?“ und gibt rechtliche Hinweise zu Anspruch auf technische Ausstattung des Betriebsrats.

sprechender Prüfung dem Kunden mit, dass er Abhilfemaßnahmen gegen die Sparkasse nicht für erforderlich halte. Der Kunde erhob hierauf Klage beim VG Wiesbaden mit dem Ziel, den Landesdatenschutzbeauftragten zu einem Einschreiten gegen die Sparkasse zu verpflichten, insbesondere eine Geldbuße zu verhängen.

Auf Vorlage des VG Wiesbaden stellte nun der EuGH klar, dass die Datenschutzbehörde nur dann entsprechend tätig werden müsse, wenn dies erforderlich sei, um der festgestellten Unzulänglichkeit abzuwehren und die umfassende Einhaltung der DSGVO zu gewährleisten. Aufsichtsbehörden hätte ein Ermessen hinsichtlich der Art und Weise, wie sie auf festgestellte Unzulänglichkeit reagieren. Wenn der für die Verarbeitung Verantwortliche, sobald er von der Verletzung Kenntnis erlangt, die erforderlichen Maßnahmen ergreife, damit

zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorsehen. Indessen enthält Art. 88 Abs. 1 DSGVO keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, ob die „spezifischeren Vorschriften“, nur die in Art. 88 Abs. 2 DSGVO genannten Anforderungen einhalten müssen oder auch die Einhaltung der Anforderungen in anderen Bestimmungen der DSGVO gewährleistet sein muss.

Der EuGH hatte in seinem viel diskutierten Urteil vom 30.03.2023 entschieden, dass diese „abweichenden nationalen Normen“ neben den Anforderungen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO auch die in Art. 5, 6 DSGVO geregelten sowie die übrigen Grundsätze der Datenverarbeitung aus dem Kapitel II – etwa Art. 9 DSGVO – und die Betroffenenrechte aus dem Kapitel III, also Art. 12 ff.

DSGVO einhalten müssen. Offen blieb, inwiefern das verbleibende Ermessen die gerichtliche Kontrolldichte einzuschränken vermag.

Diese Frage hat nun der EuGH am 19.12.2024 auf Grundlage eines Vorlagebeschlusses des 8. Senats des BAG entschieden.

Der EuGH bekräftigte zunächst nochmals, dass eine nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO erlassene nationale Rechtsvorschrift bewirken muss, dass nicht nur die Anforderungen erfüllt werden, die sich aus Art. 88 Abs. 2, sondern auch diejenigen, die sich aus Art. 5, Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 9 Abs. 1 und 2 DSGVO ergeben. Darüber hinaus stellt er klar, dass der Spielraum der Parteien einer Kollektivvereinbarung bei der Bestimmung der „Erforderlichkeit“ einer Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne von Art. 5, Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 9 Abs. 1 und 2 DSGVO das nationale Gericht nicht daran hindere, eine umfassende gerichtliche Kontrolle

auszuüben. Zwar verfügten (hierauf hatte der vorliegende 8. Senat explizit hingewiesen), die Betriebsparteien im Allgemeinen über gute Grundlagen für die Beurteilung, ob eine Datenverarbeitung in einem konkreten beruflichen Kontext erforderlich ist, da diese Parteien gewöhnlich umfangreiche Kenntnisse in Bezug auf die spezifischen Bedürfnisse im Beschäftigungsbereich und im betreffenden Tätigkeitsbereich haben. Dies dürfe jedoch nicht dazu führen, dass diese Parteien aus Gründen der Wirtschaftlichkeit oder Einfachheit Kompromisse schließen, die das Ziel der DSGVO, ein hohes Schutzniveau der Freiheiten und Grundrechte der Beschäftigten zu gewährleisten, in unzulässiger Weise beeinträchtigen könnten.

Dies wird künftig bei Abschluss entsprechender kollektiver Regelungen zu beachten sein.

Barbara Renkl, RAin

## Frisch am Tisch:

### **BAG 16.07.2024 – 1 ABR 16/23 – Mitbestimmung bei Headset-Systemen**

Ein Headset-System, das es Vorgesetzten ermöglicht, die Kommunikation der Nutzergruppe mitzuhören ist selbst dann mitbestimmungspflichtig, wenn der Personenbezug nicht durch die Technik selbst sondern durch den mithörenden Vorgesetzten hergestellt wird.

Die Geeignetheit der technischen Einrichtung zusammen mit der Wahrnehmung durch den Vorgesetzten Mitarbeiter:innen zu überwachen genügt.

+++

### **LAG Niedersachsen 08.05.2024 – 8 Sa 688/23 – doch Verwertungsverbot bei rechtswidriger Datenerhebung – Vorlage an EuGH**

Das LAG Niedersachsen hat ein Verfahren zunächst ausgesetzt und den EuGH angerufen. Dieser soll vorab klären, ob die Interpretation des 2. Senats des BAG im Urteil vom 29.06.2023 – 2 AZR 297/22 zur Verwertung auch rechtswidrig erhobener Daten wirklich mit DSGVO und Grundrechtscharta übereinstimmt.

+++

### **BGH 18.11.2024 – VI ZR 10/24 – Schadensersatz bei sog. scraping-Fällen**

Auch der bloße und kurzzeitige Verlust der Kontrolle über eigene personenbezogene Daten infolge eines Verstoßes gegen die Datenschutz-Grundverordnung kann zu immateriellem Schaden im Sinne des Art. 82 I DSGVO führen. Weder muss eine konkrete missbräuchliche Verwendung dieser Daten zum Nachteil des Betroffenen erfolgt sein noch bedarf es sonstiger zusätzlicher spürbarer negativer Folgen. Ohne es schon final zu entscheiden erklärt er, dass





in solchen Fällen keine Bedenken gegen einen Schadensersatz in einer Größenordnung von € 100 bestünden. Gibt es individuelle Argumente müsse

man diese hören und ggf. dann den Schadensersatz höher bewerten.

(fl)

**frühere Ausgaben von sfm-aktuell finden sich auf  
[www.sfm-arbeitsrecht.de](http://www.sfm-arbeitsrecht.de)**

**dort auch Beschlussvorlagen für BRe- und PRe:**

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

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

**Kündigungsschutz +++ Abfindung +++ Gehaltsforderungen +++ Betriebsverfas-  
sungsrecht +++ Personalvertretungsrecht +++ Schulungen +++**

**+++ Arbeitsrecht pur +++**

**+++ [www.sfm-arbeitsrecht.de](http://www.sfm-arbeitsrecht.de) +++ (ex) twitter: @sfmarbeitsrecht +++**

**bluesky: [sfm-arbeitsrecht.bsky.social](https://bsky.app/profile/sfm-arbeitsrecht.bsky.social) +++**

**Unsere Kooperationspartner:**

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

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

**TowaRA, Köln - [www.towara.com](http://www.towara.com)**

**Krebühl, Biere, Frankfurt a. M. – [www.kbr-arbeitsrecht.de](http://www.kbr-arbeitsrecht.de)**

Zusammen sind wir fast 50 Rechtsanwält\*innen im Arbeitsrecht  
auf Seiten der Arbeitnehmer\*innen und ihrer Vertretungen

## Impressum:

*sfm-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  
unser Sekretariatsteam für das Korrekturlesen.

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

Hinweis: Die letzten Ausgaben der sfm-aktuell können unter [www.sfm-arbeitsrecht.de](http://www.sfm-arbeitsrecht.de) heruntergeladen werden.

**Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet**