



**Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
sehr geehrte Damen und Herren,**

am 01. April 2017 tritt das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) für die knapp eine Million Leiharbeiter in Kraft. Auf Seite 3-8 des Newsletters geben wir auf die wichtigsten neuen Regelungen der Gesetzesreform und deren voraussichtlichen Auswirkungen auf die Praxis einen ersten „**Ein-Blick**“.

Viele Arbeitgeber nutzen soziale Medien zur Selbstdarstellung. Wenn der Arbeitgeber eine Facebook-Seite mit Kommentarfunktion, Gästebuch und abrufbaren Informationen betreibt, stellt sich die Frage, ob diese Funktionen Beteiligungsrechte des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 BetrVG auslösen. Mit diesem spannenden Thema hat sich das BAG in seiner Entscheidung vom 13.12.2016 (Az. 1 ABR 7/15) beschäftigt. Die Entscheidung „Facebook-Auftritt und Zustimmung des Betriebsrats“ besprechen wir ausführlich in unserer Rubrik „**Betriebsräte**“.

Mit der Frage, ob es gerechtfertigt ist, wenn ein Arbeitgeber einen Detektiv zur Überführung von Arbeitnehmern einsetzt, wenn „nur“ der Verdacht einer schwerwiegenden Vertragsverletzung vorliegt, nicht aber der einer Straftat, hatte sich das LAG Baden-Württemberg in seinem Urteil vom 20.07.2016 (Az. 4 Sa 61/15) zu beschäftigen. Der Arbeitnehmer hatte gegen die Verdachtskündigung geklagt, weil er meint, die durch die Beobachtungen des Detektivs gewonnenen Erkenntnisse seien unter Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) erlangt worden und nicht verwertbar. In der Rubrik „**Arbeitnehmer**“ stellen wir die Entscheidung mit dem Titel „Verwertungsverbot bei Einsatz von Privatdetektei“ vor.

Neben den oben genannten Entscheidungen haben wir wie immer auch weitere praxisrelevante Gerichtsentscheidungen zum Individual- wie auch zum Kollektiv-arbeitsrecht in Kurzform aufbereitet.

Wir wünschen viel Vergnügen bei der Lektüre des Newsletters.

**Eure/Ihre**  
**schwegler rechtsanwälte**



<b>„Ein-Blick“</b>	<b><i>Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)</i></b>	<b>3</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Facebook-Auftritt des Arbeitgebers kann „technische Einrichtung“ i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sein, die der Zustimmung des Betriebsrats bedarf</i></b>	<b>9</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- <i>Günstigkeitsprinzip bei Betriebsrente</i></li><li>- <i>Umgehung der Mitbestimmung durch kurzfristigen Einsatz von Leiharbeitnehmern</i></li><li>- <i>Ungenügende Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 BetrVG</i></li></ul>	<b>13</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Verwertungsverbot bei Einsatz von Privatdetektei</i></b>	<b>17</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>- <i>Betriebsratstätigkeit – Arbeitszeit</i></li><li>- <i>Inhaltskontrolle von Arbeitsvertragsänderungen</i></li><li>- <i>Entschädigungsanspruch für abgelehnte Lehramtsbewerberin mit muslimischem Kopftuch</i></li><li>- <i>Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern</i></li></ul>	<b>20</b>
<b>Veranstaltungen</b>		<b>24</b>
<b>Veröffentlichungen</b>		<b>25</b>
<b>Impressum</b>		<b>26</b>

## Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Am 1. April 2017 tritt das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) in Kraft. Die Kernpunkte der Gesetzesreform sind die Verhinderung des Missbrauchs durch Abschluss von Scheinwerkverträgen, die Einführung einer Überlassungshöchstdauer und des Grundsatzes der gleichen Behandlung und Entlohnung sowie die Beschränkung von Einsätzen in bestreikten Betrieben und die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beim Entleiher. Wir geben einen ersten „Ein-Blick“ auf die wichtigsten neuen Regelungen und deren voraussichtliche Auswirkungen auf die Praxis.

### Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten

In der bisherigen Fassung des AÜG heißt es, die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend. Umstritten war, ob im Begriff "vorübergehend" eine konkrete zeitliche Begrenzung hineingelesen werden kann oder ob die Überlassung nur irgendwie befristet sein muss. Die Rechtsprechung des BAG war hier wenig hilfreich, machte lediglich eine Negativabgrenzung möglich. Denn es hat entschieden, dass eine ohne jegliche zeitliche Begrenzung vorgenommene Einstellung eines Leiharbeitnehmers anstelle einer Stammkraft jedenfalls nicht mehr als "vorübergehende" Überlassung angesehen werden kann; nach Ansicht des BAG wäre der Begriff anderenfalls sinnentleert (vgl. BAG v. 30.07.2013 – 7 ABR 91/11).

Der Streit um den Begriff "vorübergehend" hat sich nunmehr erledigt. In § 1 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. Abs. 1b der AÜG-Neufassung ist eine Überlassungshöchstdauer geregelt, nach der derselbe Leiharbeitnehmer künftig nur noch bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten bei dem Entleiher eingesetzt werden darf. Zur Vermeidung einer Umgehung der Überlassungshöchstdauer werden Zeiten desselben Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher angerechnet, wenn die Unterbrechung zwischen den Folgeinsätzen nicht mehr als drei Monate beträgt. Allerdings können in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche oder einer Betriebsvereinbarung **abweichende Regelungen** getroffen werden, insbesondere also auch längere Überlassungszeiten. Im Geltungsbereich eines solchen **Tarifvertrages** können zudem auch nicht tarifgebundene Entleiher die tarifvertraglichen Regelungen zur Überlassungshöchstdauer **inhaltsgleich durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung** übernehmen. Sofern der Tarifvertrag eine Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen enthält, können auch nicht tarifgebundene Entleiher davon Gebrauch machen; jedoch nur bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten, wenn nicht der Tarifvertrag selbst eine Überlassungshöchstdauer festlegt. Durch diese Regelungen soll ein Anreiz zur

Tarifbindung gesetzt und gleichzeitig die Flexibilität der Arbeitnehmerüberlassung gestärkt werden.

Auch Kirchen und die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften, wozu auch deren karitative und erzieherische Einrichtungen gehören, können die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten ausdehnen, wenn sie dieses in ihren Regelungen vorsehen. Als Übergangsfrist ist vorgesehen, dass für die Überlassungshöchstdauer nur die Überlassungszeiten ab 01. April 2017 zählen.

Während das BAG bisher die Ansicht vertrat, dass bei einem Verstoß gegen das Gebot der vorübergehenden Überlassung zumindest kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiherunternehmen fingiert wird (vgl. BAG v. 10.12.2013 – 9 AZR 51/13) und der betroffene Leiharbeiter auch keine Ansprüche auf "Equal Pay" oder Schadensersatz – weder gegenüber dem Personaldienstleister, noch gegenüber dem Entleiher – hat, sieht das neue AÜG nun diese Rechtsfolgen vor: Wird die Überlassungshöchstdauer überschritten, wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert, wenn der Leiharbeiter dem nicht binnen eines Monats entsprechend den strengen neuen Formvorschriften widerspricht (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a und 2 AÜG n.F.).

Ob die Neuregelung in der Praxis dazu führen wird, dass der Entleiher nach Ende der Überlassungsdauer einen Arbeitsvertrag mit dem (ehemaligen) Leiharbeiter abschließt, darf bezweifelt werden. Die Überlassungshöchstdauer ist nach dem Gesetzeswortlaut arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Entleiher nach Auslauf der Überlassungshöchstdauer einen anderen Leiharbeiter auf dem betroffenen Arbeitsplatz einsetzt. Das bedeutet wiederum, dass über einen regelmäßigen Austausch derselbe Arbeitsplatz uneingeschränkt und dauerhaft mit Leihararbeitern besetzt werden kann.

Damit ist auch das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats beim Einsatz von Leihararbeitern auf Dauerarbeitsplätzen ausgehebelt. Der Betriebsrat kann zukünftig seine Zustimmung nur noch verweigern, wenn der Entleiher den Leiharbeiter unter Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer einsetzen will. Die Verleihunternehmen werden verstärkt auf die Überlassungshöchstdauer befristete Verträge mit ihren Arbeitnehmern abschließen, um deren Arbeitsverhältnisse bei Bedarf nach Ende der Überlassungshöchstdauer problemlos beenden zu können. Auch ist zu erwarten, dass in der Praxis von den Abweichungsmöglichkeiten durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung Gebrauch gemacht wird, so dass eine Überlassungshöchstdauer von mindestens 24 Monaten der Regelfall sein wird. Letztlich darf man gespannt sein, was die Gesetzesänderung im Detail bringen wird. Bei Anwendung der tarifvertraglichen Abweichungsmöglichkeit ist aber wohl erst ab 2019 mit den ersten einschlägigen Fällen zu rechnen.

### **Scheinwerkverträge und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung**

Die bedeutendste Form von Fremdfirmenarbeit ist die Auftragsvergabe durch einen Werkvertrag. Die Grenzen zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung sind fließend, die rechtliche Einordnung hängt allein von der tatsächlichen Gestaltung und vom objektiven Geschäftsinhalt ab. Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung ist die arbeitsrechtliche Organisationsgewalt. Während bei der Arbeitnehmerüberlassung die Arbeitnehmer für die Zeit der Überlassung dem Weisungsrecht des Entleiher unterliegen und voll in dessen Betriebsabläufe integriert sind, ist dieses beim Outsourcing über Werkverträge gerade nicht der Fall.

Vielfach handelte es sich in der betrieblichen Praxis bei den Werkverträgen um eine **verdeckte Arbeitnehmerüberlassung** mit dem Zweck, die Regelungen des AÜG auszuhebeln. Rechtsfolge solcher Scheinwerkverträge war, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher fingiert wurde, wenn der vermeintliche Werkauftragsnehmer (Verleiher) keine Überlassungserlaubnis hatte. Nach der Rechtsprechung des BAG (v. 12.07.2016 – 9 AZR 352/15) sollte dieses aber gerade dann nicht gelten, wenn der Werkvertragsnehmer des Scheinwerkvertrags eine vorsorglich beantragte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt („**Vorratserlaubnis**“).

**Nach der Neuregelung** ist eine vorsorgliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis unzulässig. Nach § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG n.F. führt die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung durch Scheinwerkverträge in jedem Fall zu einem **Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher**. Allerdings hat der Leiharbeiter ein Wahlrecht. Er kann gem. § 9 Abs. 2 AÜG n.F. – wie auch in Fällen der fehlenden Überlassungserlaubnis – bis Ablauf des ersten Monats der Überlassung oder binnen eines Monats nach der Unwirksamkeit der Überlassung, schriftlich erklären, an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten zu wollen (**Festhaltungserklärung**). In diesem Fall kommt **kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher** zustande. Die Regelung über die Ausübung des Wahlrechts in Form der Festhaltungserklärung ist sehr bürokratisch und an strenge Fristen gebunden, deren Einhaltung der Leiharbeiter zu verantworten hat. Dieses ist dadurch bedingt, dass eine vom Entleiher oder Verleiher formulierte formularmäßige Festhaltungserklärung „auf Vorrat“ verhindert werden soll. § 9 Abs. 1 AÜG n.F. macht deutlich, dass Scheinwerkverträge politisch unerwünscht und daher gesetzlich verboten sind. Das ist ein Ansatzpunkt für die zukünftige Rechtsprechung.

## Equal Pay

Seit 2004 gilt für Leiharbeitnehmer der Gleichstellungsgrundsatz (vgl. §§ 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG). Dieser Grundsatz besagt, dass Leiharbeitnehmer während eines Einsatzes zu denselben Arbeitsbedingungen beschäftigt werden müssen, wie die vergleichbaren Stamarbeitnehmer im Betrieb des Entleihers (Equal Treatment), hierzu gehört insbesondere auch das gleiche Arbeitsentgelt (Equal Pay). Von dem Grundsatz der gleichen Bezahlung von Leiharbeitnehmern und Arbeitnehmern des Entleiherbetriebs gibt es eine Ausnahme: Ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Diese abweichenden Regelungen gelten nicht für Leiharbeitnehmer, die innerhalb der letzten sechs Monate aus einem Arbeitsverhältnis bei dem Entleiher ausgeschieden sind („Drehtür-Klausel“).

Die neue gesetzliche Regelung in § 8 AÜG n.F. sieht vor, dass Leiharbeitnehmer künftig **nach neunmonatigem Einsatz** beim Entleiher hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stamarbeitnehmern **gleichgestellt** werden. Allerdings sind auch hier **Abweichungen** möglich, wenn **durch Tarifvertrag** sichergestellt ist, dass Leiharbeiter nach spätestens 15 Monaten stufenweise das Arbeitsentgelt der Stammebelegschaft erreichen. Dabei kann zusätzlich noch vereinbart werden, dass die stufenweise Heranführung an das Entgelt der Stammebelegschaft erst nach einer Einarbeitungszeit von sechs Wochen beginnt (vgl. § 8 Abs. 4 AÜG n.F.). Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden bei der Berechnung der Dauer der zulässigen Abweichung von Equal Pay auf Grundlage eines Tarifvertrags nicht berücksichtigt. Die Verleihunternehmen erhalten damit eine Übergangsfrist. Der Equal Pay-Anspruch kann daher frühestens ab dem 1. Januar 2018 entstehen.

Der Anwendungsbereich der Neuregelung wird in der Praxis nur für diejenigen Leiharbeitnehmer von Bedeutung sein, die eine Einsatzdauer von mehr als neun Monaten erreichen. Zudem kann vom Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ (Equal Pay) auch in Zukunft durch Tarifvertrag abgewichen werden. Der Leiharbeitnehmer kann, bei Anwendbarkeit des entsprechenden Tarifvertrags, seinen Equal Pay-Anspruch erst nach einem Zeitraum von über 15 Monaten geltend machen. Ein Nachteil für alle Leiharbeitnehmer, die gar nicht so lange im Entleiherbetrieb eingesetzt werden. Streitig bleibt weiterhin, welche Gehaltsbestandteile zum Equal Pay gehören. Hier hätte die von vielen Sachverständigen geforderte Definition die Umsetzung des Equal Pay-Anspruchs in der Praxis erleichtert. Dennoch ist die Neuregelung ein erster Schritt in die richtige Richtung.

### **Beschränkung von Einsätzen in bestreikten Betrieben**

Nach bisheriger Regelung hat der Verleiher bei einem Arbeitskampf im Betrieb des Entleihers den Leiharbeiter auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen. Es obliegt dann der Entscheidung des Leiharbeiters, ob er als Streikbrecher eingesetzt wird oder er von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht (vgl. § 11 Abs. 5 AÜG). In der Vergangenheit wurden dennoch Leiharbeiter häufig als Ersatz für die streikende Stammebelegschaft eingesetzt. § 11 Abs. 5 AÜG n.F. soll das Streikrecht stärken und **verbietet** nunmehr den **Einsatz** von Leiharbeitern **als Streikbrecher**, und zwar selbst dann, wenn der Leiharbeiter einem Einsatz zustimmt. Allerdings gibt es auch hier **Ausnahmen**: So soll ein Einsatz von Leiharbeitern während eines Streiks zulässig sein, wenn der Leiharbeiter **keine Tätigkeiten** ausübt, die bisher von **der streikenden Stammebelegschaft** verrichtet wurden. Dasselbe gilt, wenn dem Leiharbeiter keine Tätigkeiten übertragen werden, die bisher von nicht im Arbeitskampf befindlichen Arbeitnehmern ausgeübt wurden, welche aber ihrerseits die Tätigkeiten von streikenden Arbeitnehmern übernommen haben.

Es wird sich zeigen, ob trotz der Regelung und des bei Verstößen drohenden Ordnungsgeldes von bis zu € 500.000 im Einzelfall, Leiharbeiter zukünftig weiter als Streikbrecher eingesetzt werden und wie in der Praxis die Abgrenzung der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit kontrolliert und nachvollzogen wird.

### **Mitbestimmungs- und Informationsrechte des Betriebsrats im Entleiherbetrieb**

Leiharbeiter werden zukünftig bei der Berechnung der betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte, z.B. für die Bestimmung der Größe eines Betriebsrats im Entleiherbetrieb oder für die Schwellenwerte nach den Wahlordnungen, grundsätzlich berücksichtigt. Die Rechtsprechung des BAG wird insoweit vom Gesetzgeber umgesetzt (vgl. § 14 Abs. 2 AÜG n.F.). Eine weitere Änderung ergibt sich in Bezug auf die Informationsrechte des Betriebsrats im Entleiherbetrieb. So wird in § 80 Abs. 2 und in § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Inhalt des Informationsrechts des Betriebsrats über den Einsatz von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs stehen, erweitert. In Zukunft ist der Betriebsrat vor dem Einsatz von Leiharbeitern umfassend zu informieren (Einsatzdauer, Aufgaben, Einsatzort etc.). Somit kann ein aktiver Betriebsrat ggf. dahingehend mitwirken, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden und andernfalls aktiv Gegenmaßnahmen ergreifen.

## Fazit

Die Änderungen werden in der Praxis für die knapp eine Million Leiharbeiter wohl weniger spürbar sein, als vom Gesetzgeber beabsichtigt, da es viel Gestaltungsspielraum für die gewerblichen Leiharbeitsunternehmen und die Entleiher gibt.



**Ariane Mandalka, Frankfurt am Main**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



**Facebook-Auftritt des Arbeitgebers kann „technische Einrichtung“ i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sein, die der Zustimmung des Betriebsrats bedarf**

– BAG, Beschluss v. 13.12.2016 - 1 ABR 7/15 –

Die rasante Entwicklung im Internet wirkt sich nicht zuletzt auf die Kommunikationswege und das Marketing von Unternehmen aus. Entsprechend ist das sogenannte „Social Media Marketing“ bei der Bindung von Kunden oder Geschäftspartnern nicht mehr wegzudenken. Marketingelemente wie Public Relations oder die unmittelbare Kommunikation zwischen Vertrieb und/oder Verkauf beim Kunden werden immer häufiger und intensiver auf Social Media Plattformen wie Facebook oder Google+ verlagert.

Auch das Arbeitsrecht muss sich mit dieser Entwicklung auseinandersetzen, wie der zugrunde liegende Sachverhalt zeigt.

## **Problemstellung**

Nutzt der Arbeitgeber im Rahmen seines Facebook-Auftritts die Kommentarfunktion, kann dies dazu führen, dass er Erkenntnisse über die Leistung und das Verhalten seiner Beschäftigten erlangt. Gleichzeitig kann der Arbeitgeber die Leistung und das Verhalten derjenigen Beschäftigten nachvollziehen, die er als Administratoren für seinen Facebook-Auftritt einsetzt, wenn diese durch Administrator Kennungen identifizierbar sind. Sowohl mit Blick auf die Administratoren als auch mit Blick auf Beschäftigte, die in Kommentaren genannt werden können, stellt sich die Frage, ob nicht ein Mitbestimmungsrecht i.S.d. § 87 Abs. 1, Nr. 6 BetrVG zugunsten des Betriebsrats ausgelöst wird. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn der Facebook-Auftritt als „technische Einrichtung“ zu qualifizieren wäre, die dazu geeignet ist, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

## **Sachverhalt**

Die Arbeitgeberin nimmt an mehreren Transfusionszentren Blutspenden entgegen, die sie verarbeitet und veräußert. Im Rahmen ihres Facebook-Auftritts war es Facebook-Nutzern möglich, Kommentare abzugeben, die dann von anderen Facebook-Nutzern gelesen und weiter kommentiert werden konnten. Unter den Kommentaren befanden sich auch solche, die Rückschlüsse auf das Verhalten und/oder die Leistung der Beschäftigten der Arbeitgeberin zuließen.



Der Konzernbetriebsrat verlangte die Abmeldung der Facebook-Seite. Er war der Auffassung, ihm stehe ein Unterlassungsanspruch zu, da die Arbeitgeberin ihr zustehende Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verletzt habe, indem sie die Facebook-Seite ohne Information und Beteiligung des Konzernbetriebsrats eröffnet habe.

## **Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts**

In erster Instanz entsprach das Arbeitsgericht dem Antrag des Konzernbetriebsrats in vollem Umfang und bestätigte einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Nach dieser Vorschrift hat der Betriebsrat bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, mitzubestimmen.

Das Landesarbeitsgericht allerdings verneinte ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats und gab der anschließenden Beschwerde der Arbeitgeberin statt.

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen die Abweisung seiner Anträge durch das Landesarbeitsgericht hatte vor dem Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts teilweise Erfolg. Insoweit heißt es in der Pressemitteilung des BAG:

„Der Mitbestimmung unterliegt die Entscheidung der Arbeitgeberin, Postings unmittelbar zu veröffentlichen. Soweit sich diese auf das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern beziehen, führt das zu einer Überwachung von Arbeitnehmern durch eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.“

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts macht deutlich, dass die Einordnung einer Anwendung als „technische Einrichtung“ i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht davon abhängt, ob die Arbeitgeberin Daten willentlich erhebt oder das Erheben der Daten zum Zweck der Kontrolle oder Steuerung ihrer Beschäftigten erfolgt. Vielmehr dürfte – auch mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung – unerheblich sein, ob eine Auswertung gewonnener Daten tatsächlich vorgesehen ist oder bereits geschieht. Das Mitbestimmungsrecht wird bereits dann ausgelöst, wenn sich durch die konkrete Nutzung Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung einzelner Arbeitnehmer ziehen lassen.



## **Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung überzeugt. Das Bundesarbeitsgericht knüpft in seiner Entscheidung nicht pauschal an die Nutzung von Social Media Plattformen an, sondern macht seine Entscheidung von der konkreten Verwendung abhängig, und zwar davon, ob die konkrete Nutzung Rückschlüsse auf Mitarbeiterleistung oder Mitarbeiterverhalten ziehen lässt. Das Gericht richtet seinen Blick damit vor allem auf die Folgen der konkreten Nutzung von Social Media für die betroffenen Mitarbeiter.

Dies dürfte auch die einzig richtige Herangehensweise sein, um den Besonderheiten von Facebook und Co. gerecht zu werden, obgleich aufgrund des Wortlauts des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch eine restriktivere Auslegung denkbar wäre. Denn anders als bei den üblichen (betriebsinternen oder betriebsexternen) „technischen Einrichtungen“ bzw. Kommunikationsmedien wird bei der Verwendung von Facebook samt Kommentarfunktion in ganz besonderem Maße in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingegriffen. Bei der Kommunikation über Facebook werden Kommentare Dritter auf der Pinnwand veröffentlicht und möglicherweise von weiteren Nutzern beantwortet. Damit ist jeder Kommentar öffentlich für jedermann und zeitlich unbegrenzt zugänglich. Die dortigen Daten werden zwar nicht von der Arbeitgeberin, aber von Facebook über Jahre, möglicherweise endlos, gespeichert und können jederzeit von der Arbeitgeberin ausgewertet werden. Dabei werden die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Mitarbeiter vor allem dadurch ganz besonders gefährdet, dass Kommentare auf der Facebook-Seite über öffentliche Suchmaschinen und über die facebookinterne Suchfunktion recherchiert werden können. Zudem besteht die Gefahr, dass Mitarbeiter, die selber Facebook-Nutzer sind, in einem Kommentar markiert werden, so dass ein unmittelbarer Zugriff durch Dritte oder durch die Arbeitgeberin auf die private Facebook-Seite des betroffenen Mitarbeiters erfolgen kann. Damit wären nicht nur die Leistung und das Verhalten des Mitarbeiters in seinem Beruf betroffen, sondern möglicherweise auch sein Verhalten im privaten Leben.

## **Praxishinweis**

Bei der Verwendung von Social Media durch die Arbeitgeberin sollte der Betriebsrat prüfen, ob hierdurch personenbezogene Daten ermittelt werden können. In solchen Fällen kann der Betriebsrat den Abschluss einer Betriebsvereinbarung verlangen und diesen notfalls durch die Einigungsstelle erzwingen. Dies gilt auch für den Fall, dass eine entsprechende Internetpräsenz bereits besteht.



Aber auch ohne Betriebsrat dürfte der einzelne Arbeitnehmer bezogen auf seine Daten und seine Persönlichkeit nicht völlig ungeschützt sein. Denn auch ohne Betriebsrat gilt das Datenschutz- und das Persönlichkeitsrecht jedes einzelnen Mitarbeiters. Entsprechend wäre bereits die Veröffentlichung personenbezogener Postings auf einer Facebook-Seite der Arbeitgeberin höchst bedenklich, wenn nicht zuvor die ausdrückliche Zustimmung des betroffenen Mitarbeiters eingeholt wurde.



**Özer Arslan, Köln**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Günstigkeitsprinzip bei Betriebsrente**

- BAG, Urteil vom 19.07.2016 - 3 AZR 134/15 -

Die Parteien streiten darüber, ob die beklagte Arbeitgeberin zukünftig eine Altersrente nach der D-Versorgung 2007 (Betriebsrente) zu gewähren hat. Der klagende Arbeitnehmer hatte bei seinem ehemaligen Arbeitgeber eine Versorgungszusage beim B-Verein erworben und im Weiteren mit der neuen Arbeitgeberin D eine individualrechtliche Vereinbarung geschlossen, aufgrund derer diese bezüglich der freiwilligen Weiterversicherung des Klägers Versicherungsnehmerin des B-Vereins wurde. Aufgrund einer danach abgeschlossenen Betriebsvereinbarung trat bei der beklagten Arbeitgeberin die „D-Versorgungsordnung“ (VO 2007) in Kraft, in der solche Mitarbeiter bereits vom Geltungsbereich ausgeschlossen sind, die – wie der Kläger – *eine einzelvertragliche Zusage erhalten haben*. Der Kläger sah in dieser Regelung einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Artikel 3 Abs. 1 GG, weil Arbeitnehmer mit individuellen Zusagen ohne sachlichen Grund schlechter gestellt seien und hielt die Regelung u. a. deswegen für unwirksam; er falle daher unter den persönlichen Anwendungsbereich der VO 2007. Der Kläger verlangte nun Feststellung, dass er ab Eintritt in die gesetzliche Altersrente Anspruch auf die betriebliche Altersversorgung aus der VO 2007 habe.

Das Bundesarbeitsgericht hat zunächst festgestellt, dass die beanstandete Regelung nicht bereits deshalb unwirksam sei, weil sie gegen das Günstigkeitsgebot verstoße. Die Betriebsparteien seien grundsätzlich berechtigt, Arbeitnehmer, denen bereits eine individuelle Zusage auf Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge erteilt wurde, von einem kollektiven Versorgungswerk auszunehmen und diese Gruppe von Arbeitnehmern aus dem persönlichen Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung auszuschließen. Der vollständige Ausschluss solcher Arbeitnehmer setze aber voraus, dass die Arbeitnehmer mit individuellen Zusagen im Versorgungsfall eine zumindest annähernd gleichwertige Versorgung wie nach dem kollektiven Versorgungswerk erhalten. Grundsätzlich gelte aber für die ausgeschlossene Arbeitnehmergruppe das Günstigkeitsprinzip: Kollidiere eine nicht günstigere individualvertragliche Versorgungszusage mit den Regelungen einer Betriebsvereinbarung, führe dies grundsätzlich dazu, dass die Individualzusage für die Dauer der Geltung der Betriebsvereinbarung verdrängt wird und damit nicht zur Anwendung gelangt. Auch konnte der Kläger auf künftige Ansprüche aus einem kollektiven Versorgungswerk der Beklagten nicht verzichten. Dieser wäre gem. § 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG i. V. m. § 134 BGB wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats unwirksam. Komme eine Rückabwicklung einer individualvertraglichen Versorgungszusage nicht in Betracht, müssten die daraus erworbenen Leistungen auf die Leistungen aus der günstigeren Versorgungszusage angerechnet werden, so das BAG.



## **Umgehung der Mitbestimmung durch kurzfristigen Einsatz von Leiharbeitnehmern**

- Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.05.2016 - 1 TaBV 59/15 -

Die Beteiligten streiten darüber, ob es der Arbeitgeberin erlaubt ist, Leiharbeitnehmer durch stetig wiederholte Kurzeinsätze auf sogenannten Dauerarbeitsplätzen zu beschäftigen.

Im vorliegenden Fall begrenzte die Arbeitgeberin den Leiharbeitereinsatz regelmäßig auf drei Monate und führte jeweils das Verfahren nach § 99 Abs. 4, § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG durch. Der Betriebsrat hatte seine Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigert und die Dringlichkeit gemäß § 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG bestritten. Die personellen Maßnahmen hatten sich aber wegen der Kürze immer erledigt, bevor das Gericht über die Zulässigkeit der (vorläufigen) personellen Maßnahme entscheiden konnte. Der Betriebsrat wandte sich daher mit Unterlassungsanträgen dagegen, dass die Arbeitgeberin auf diesen Dauerarbeitsplätzen wiederholt kurzzeitig befristet Leiharbeitnehmer einsetzt. Die in den Unterlassungsanträgen genannten Mitarbeiter waren seit mehr als zwei Jahren als Leiharbeitnehmer eingesetzt. Die Arbeitgeberin missbrauche die Möglichkeit zu „Kurzeinsätzen“ von Leiharbeitnehmern, da sie diese nutze, um ihre Mitbestimmungsrechte ins Leere laufen zu lassen. Die angewandte Praxis der Arbeitgeberin sei rechtsmissbräuchlich gemäß § 242 BGB und stelle einen Verstoß gegen die Betriebsverfassung gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG dar.

Dem ist das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein nicht gefolgt. Das LAG erkennt zwar die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelungen, verweist aber darauf, dass sich der Betriebsrat im Falle kurzfristiger personeller Maßnahmen nicht wehren könne, solange die Arbeitgeberin die Verfahren gemäß § 99 und § 100 BetrVG durchführe. Die Möglichkeit des Vorgehens nach § 23 Abs. 3 BetrVG sei nur dann eröffnet, wenn die Arbeitgeberin den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß nach § 99 und § 100 BetrVG beteiligt.



## **Ungenügende Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG**

- BAG, Urteil vom 22.09.2016 - 2AZR 700/15 -

Die Parteien streiten um die inhaltliche Anforderung einer Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG im Rahmen einer fristlosen, hilfsweise ordentlichen Tat- und Verdachtskündigung der Arbeitgeberin. Ein Personalgespräch zur Klärung der gegen ihn erhobenen Vorwürfe hatte der Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit abgelehnt. Im Rahmen der Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG begründete die Arbeitgeberin ihren Kündigungsentschluss am 09.09.2013 u. a. damit, der Kläger habe von der Möglichkeit, den gegen ihn bestehenden Verdacht auszuräumen, keinen Gebrauch gemacht, wodurch sie sich in ihrer Auffassung bestätigt sehe, dass er dieses Fehlverhalten begangen habe, jedenfalls habe sich der dahingehende Verdacht bestätigt. Sie habe Zweifel am Wahrheitsgehalt der Aussage (des Arbeitnehmers) zur Krankheit. Nach Ablauf der Stellungnahmefrist wisse sie, dass er dem Verdacht nichts entgegensetzen kann oder will. Nach Erhalt der Kündigungen stellte der Arbeitnehmer einen Antrag auf Schwerbehinderteneigenschaft.

Nach Zugang des Feststellungsbescheids über die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers beantragte die Arbeitgeberin die Zustimmung beim zuständigen Integrationsamt und hörte mit Schreiben vom 16.09.2013 den Betriebsrat erneut unter Beifügung des o. g. Anhörungsschreibens vom 09.09.2013 zu einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung an. Der Betriebsrat antwortete hierauf mit Schreiben vom 19.09.2013. Ebenfalls am 19.09.2013 erhielt die Arbeitgeberin bei einer Anhörung vor dem Integrationsamt vom Arbeitnehmer eine 26-seitige Stellungnahme zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen sowie Kenntnis von dessen tatsächlicher Arbeitsunfähigkeit. Nach Erhalt der Zustimmung des Integrationsamts kündigte die Arbeitgeberin am 26.09.2013 erneut fristlos, hilfsweise am 28.10.2013 ordentlich, ohne jedoch dem Betriebsrat mitzuteilen, dass sie nun von der tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers Kenntnis erlangt habe sei und ohne dem Betriebsrat die 26-seitige Stellungnahme des Arbeitnehmers nachzureichen.

Das BAG entschied, dass diese Kündigungen vom 26.09.2013 und 28.10.2013 mangels ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs.1 Satz 3 BetrVG unwirksam seien. Die Arbeitgeberin müsse den Betriebsrat über eine vor Zugang der Kündigung eingetretene Änderung des mitgeteilten Sachverhalts unterrichten und diesem erneut die Möglichkeit zur Stellungnahme eröffnen, wenn die Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG anderenfalls irreführend wäre.



Die am 16.09.2013 eingeleitete Anhörung war so zu verstehen, dass die Arbeitgeberin den Umstand, dass der Arbeitnehmer keine Stellungnahme abgegeben habe, zu seinen Lasten werte und sie im Weiteren auch deshalb an der Kündigung festhalten wolle, weil sie Zweifel an seiner Erkrankung habe. Nachdem die Arbeitgeberin jedoch erfahren hatte, dass der Kläger tatsächlich schwer krank war und der Arbeitnehmer nunmehr auch eine ausführliche Stellungnahme zu den Vorwürfen abgegeben hatte, hätte sie den Betriebsrat auf diese veränderte Sachlage hinweisen müssen. Dies gelte auch dann, wenn das Anhörungsverfahren durch die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats bereits abgeschlossen sei, denn es lag eine wesentliche Änderung des von der Beklagten selbst bisher für ihren Kündigungsentschluss maßgeblichen Sachverhalts vor. Dies hätte mitgeteilt werden müssen. Somit waren die Kündigungen wegen der ungenügenden Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Verwertungsverbot bei Einsatz von Privatdetektei**

– Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 20.07.2016 - 4 Sa 61/15 –

### **Sachverhalt:**

Im vorliegenden Fall war der Arbeitnehmer bei seiner Arbeitgeberin 37 Jahre als Mitarbeiter im Stanzformenbau beschäftigt. Er war in den zwei Jahren vor Ausspruch der Kündigungen mehrfach mit Unterbrechungen und zuletzt durchgehend arbeitsunfähig krankgeschrieben. Auf Grund der langen Krankheit war er bereits im Krankengeldbezug.

Während eines laufenden Rechtsstreits über zwei ordentliche Kündigungen aus krankheitsbedingten Gründen kündigte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer erneut außerordentlich und hilfsweise ordentlich.

Die Arbeitgeberin trug als Kündigungsgrund für die zuletzt ausgebrachte außerordentliche hilfsweise ordentliche Kündigung vor, sie habe den Verdacht, der Arbeitnehmer habe während seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eine Tätigkeit in der Firma seines Sohnes ausgeübt. Des Weiteren habe die Arbeitgeberin den Verdacht, der Arbeitnehmer habe sich ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschlichen.

Der Arbeitnehmer trug vor, er habe mehrere schwerwiegende Erkrankungen und sei während seiner Arbeitsunfähigkeit nicht für eine Konkurrenzfirma tätig gewesen.

Die Arbeitgeberin trug vor, sie habe eine Privatdetektei beauftragt, den Sachverhalt für sie aufzuklären.

Die Privatdetektei habe ermittelt. Dabei habe man sich als Kunde ausgegeben und eine Stanzform bei der Firma des Sohnes des Arbeitnehmers bestellt. Bei Abholung der bestellten Stanzform sei man dem Arbeitnehmer, der an zwei Stanzformen gearbeitet habe, in der Firma begegnet. Der Arbeitnehmer habe mit dem Hinweis „Dies ist ein Familienbetrieb“ die Räumlichkeiten der Firma vorgeführt. Später habe der Arbeitnehmer dann auch die bestellte Stanzform nach Computerzeichnung seines Sohnes für den angeblichen Kunden erstellt.

Auf Grund des Vortrages der Arbeitgeberin kam das Arbeitsgericht hinsichtlich der außerordentlichen hilfsweise ordentlichen Kündigung zu dem Ergebnis, dass diese als außerordentliche Kündigung hinsichtlich der unerlaubten Wettbewerbstätigkeit durch den Arbeitnehmer gerechtfertigt sei. Das Arbeitsgericht hörte die von der Arbeitgeberin benannten Zeugen jedoch nicht.



Der Arbeitnehmer wandte sich gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts und trug vor dem Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg unter anderem vor, die Beobachtungen der Privatdetektei hätten bei der Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden dürfen, da es sich um Erkenntnisse aus einer rechtswidrigen Überwachung handeln würde, die wegen Verstoßes gegen § 32 Absatz 1 BDSG nicht gegen ihn verwertet werden dürften.

## **Entscheidung des Landesarbeitsgerichts:**

Das Landesarbeitsgericht kam zu dem Ergebnis, dass die außerordentliche bzw. hilfsweise ordentliche Kündigung unwirksam sei.

In seiner Entscheidung stellte es klar, dass eine Konkurrenztaetigkeit in einem bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich zur Begründung einer außerordentlichen Kündigung ausreiche.

Vorliegend dürfe jedoch dem Vortrag der Arbeitgeberin hinsichtlich der Ermittlung der Privatdetektei und der behaupteten Ermittlungsergebnisse nicht über eine Beweiserhebung nachgegangen werden, da die sich hieraus ergebenden Beweismittel auf Grund Verstoßes gegen den § 32 Absatz 1 BDSG nicht verwertet werden dürfen.

Dies habe zur Folge, dass der von der Arbeitgeberin geäußerte Verdacht einer Pflichtverletzung als Kündigungsgrund mangels verwertbarer Beweise nicht nachgewiesen werden kann.

Das Landesarbeitsgericht führte hinsichtlich des angenommenen Verwertungsverbots aus, dass die auch für das Arbeitsrecht geltende Zivilprozessordnung kein ausdrückliches Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Informationen und Beweismittel kenne, jedoch die Gerichte als Institutionen, die staatlich hoheitliche Rechte ausüben, verpflichtet seien, Grundrechte einzuhalten. Aus der Einhaltung der Grundrechte kann sich im Einzelfall ein Verwertungsverbot ergeben, insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 GG, der unter anderem auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung umfasse. Aus diesem kann sich ein Verwertungsverbot hinsichtlich heimlich beschaffter persönlicher Daten und Erkenntnisse im Einzelfall ergeben. Eine Verwendung solcher Daten sei gemäß BDSG nur zulässig, wenn eine Einwilligung des Betroffenen oder eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorliege.

Das Landesarbeitsgericht prüfte mangels Einwilligung des Arbeitnehmers den § 32 Abs. 1 S.2 BDSG als Ermächtigungsgrundlage bzw. als Voraussetzung für die Verwertbarkeit der von der Arbeitgeberin vorgetragene Beweismittel.



Dieser lautet:

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

Das Landesarbeitsgericht sah in der Beobachtung durch den Detektiv einen rechtswidrigen Eingriff in die Privat- und Intimsphäre des Arbeitnehmers in Form einer rechtswidrigen Datenerhebung.

Zulässig wären die Ermittlungen der Privatdetektei nur gewesen, wenn der Verdacht einer Straftat vorgelegen hätte. Zum Zeitpunkt der Überwachung habe der Arbeitnehmer statt Arbeitslohn nur noch Krankengeld bezogen. Ein Betrug gegenüber und zu Lasten der Arbeitgeberin könne somit nicht vorliegen und ein eventueller Betrug gegenüber der Krankenkasse könne nicht die Überwachung durch die Arbeitgeberin rechtfertigen. Selbst eine vorsätzliche Wettbewerbsverletzung rechtfertige den Detektiveinsatz nicht, da es sich dabei zwar um eine schwere Vertragsverletzung, aber nicht um eine Straftat handele.

### **Anmerkung:**

In der Revision beim Bundesarbeitsgericht (Az: 2 AZR 597/16) ist der Termin für den 29.06.2017 anberaumt worden.

Behält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Bestand, werden sich Arbeitgeber künftig beim Einsatz von Privatdetekteien nur dann mit Erfolg auf etwaige belastende Ermittlungsergebnisse gegenüber Arbeitnehmern berufen können, wenn es um die Aufklärung einer gegen den jeweiligen Arbeitgeber gerichteten Straftat geht.



**Sebastian Kolb, Berlin**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



## **Betriebsratstätigkeit - Arbeitszeit**

- BAG, Urteil vom 18.01.2017 - 7 AZR 224/15 -

Ein Betriebsratsmitglied, das zwischen zwei Nachtschichten außerhalb seiner Arbeitszeit tagsüber an einer Betriebsratssitzung teilzunehmen hat, ist berechtigt, die Arbeit in der vorherigen Nachtschicht vor dem Ende der Schicht einzustellen, wenn nur dadurch eine ununterbrochene Erholungszeit von elf Stunden am Tag gewährleistet ist, in der weder Arbeitsleistung, noch Betriebsratstätigkeit zu erbringen ist. Nach § 5 Abs. 1 ArbZG ist dem Arbeitnehmer nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von elf Stunden zu gewähren. Es kann dahinstehen, ob die Zeit der Erbringung von Betriebsratstätigkeit Arbeitszeit i.S.v. § 2 Abs. 1 ArbZG ist und § 5 Abs. 1 ArbZG deshalb Anwendung findet. Jedenfalls ist bei der Beurteilung, ob dem Betriebsratsmitglied in einer solchen Situation die Fortsetzung der Arbeit in der Nachtschicht wegen der bevorstehenden Betriebsratstätigkeit unzumutbar ist, die Wertung des § 5 Abs. 1 ArbZG zu berücksichtigen.

Der Kläger ist Mitglied des im Betrieb der Beklagten gebildeten Betriebsrats und arbeitet im Dreischichtbetrieb. Er war in der Nacht vom 16.07. auf den 17.07.2013 für die Nachtschicht von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr bei einer Pause von 2:30 Uhr bis 3:00 Uhr eingeteilt. Am 17.07.2013 nahm der Kläger von 13:00 Uhr bis 15:30 Uhr an einer Betriebsratssitzung teil. Mit Rücksicht auf diese Betriebsratssitzung stellte er in der vorherigen Nachtschicht seine Arbeit um 2:30 Uhr ein. Ihm wurde für diese Nachtschicht von der Beklagten nur der Zeitraum bis 3:00 Uhr und von 5:00 Uhr bis 6:00 Uhr auf seinem Arbeitszeitkonto gutgeschrieben. Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger u.a. die Gutschrift der beiden weiteren Stunden von 3:00 Uhr bis 5:00 Uhr verlangt. Die Klage hatte vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts – ebenso wie zuvor beim Landesarbeitsgericht – Erfolg.

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats auch dann von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung ihres Arbeitsentgelts zu befreien, wenn eine außerhalb der Arbeitszeit liegende erforderliche Betriebsratstätigkeit die Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar gemacht hat. Vorliegend war dem Kläger die Erbringung der Arbeitsleistung am 17.07.2013 jedenfalls ab 3:00 Uhr wegen der um 13:00 Uhr beginnenden Betriebsratssitzung unzumutbar, weil ihm bei Fortsetzung seiner Arbeit zwischen den Arbeitsschichten keine durchgehende Erholungszeit von elf Stunden zur Verfügung gestanden hätte.



## **Inhaltskontrolle von Arbeitsvertragsänderungen**

- BAG, Urteil vom 15.11.2016 - 3 AZR 539/15 -

Vom Arbeitgeber als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gestellte Vertragsbedingungen, mit denen der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses abgeändert wird, unterliegen einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht, wenn sich der Arbeitgeber im Vorfeld der Vertragsänderung im Hinblick auf die geänderten Regelungen einer Rechtsposition berührt.

Der Kläger ist seit Oktober 2000 bei der Beklagten, einer Bank in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts, beschäftigt. Die Beklagte hatte einem Teil der Arbeitnehmer, so auch dem Kläger, eine an der Beamtenversorgung orientierte Gesamtversorgung zugesagt. Darüber hinaus gewährte sie unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitnehmern, die 20 Jahre im Kreditgewerbe, davon zehn Jahre bei ihr beschäftigt waren, ein „Versorgungsrecht“. Dadurch wurden diese Arbeitnehmer nicht nur hinsichtlich ihrer Altersversorgung, sondern auch hinsichtlich des Kündigungsschutzes, der Beihilfe und der Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Beamten angenähert. Damit wurde das Arbeitsverhältnis sozialversicherungsfrei.

Im Jahr 2009 beschloss die Beklagte aufgrund ihrer schlechten wirtschaftlichen Lage, die Gesamtversorgungszusage zu widerrufen und keine Versorgungsrechte mehr zu erteilen. Sie bot eine beitragsorientierte betriebliche Altersversorgung an. Der Kläger unterzeichnete – wie eine Vielzahl anderer Arbeitnehmer – im Jahr 2010 ein von der Beklagten vorbereitetes Formular, in dem er sich auch mit „der Einstellung der Erteilung“ des Versorgungsrechts „einverstanden“ erklärte. Am 15.05.2012 entschied das Bundesarbeitsgericht (u.a. Az: 3 AZR 610/11) für Arbeitnehmer, die keine derartige Erklärung abgegeben hatten, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen ein Anspruch aus betrieblicher Übung auf Gewährung des Versorgungsrechts besteht.

Der Kläger hat mit seiner Klage die Feststellung begehrt, die Beklagte sei verpflichtet, ihm bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Versorgungsrecht zu erteilen. Wie bereits in den Vorinstanzen hatte diese Klage vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Mit seiner Erklärung aus dem Jahr 2010 hat der Kläger ein Angebot der Beklagten angenommen, das auch die Aufgabe des Anspruchs auf Erteilung des Versorgungsrechts enthielt. Damit kam eine Vereinbarung über eine Vertragsänderung zustande. Der Inhalt der Vereinbarung war nicht unklar oder überraschend. Die Vertragsänderung unterliegt der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht. Prüfungsmaßstab ist das gem. § 779 BGB zugrunde liegende Rechtsprinzip, welches eine Streitbeilegung durch gegenseitiges Nachgeben vorsieht. Die Inhaltskontrolle geht zugunsten der Beklagten aus, da die Vertragsänderung nicht unangemessen ist. Sonstige Rechtsgründe stehen dem Kläger nicht zur Seite.



## **Entschädigungsanspruch für abgelehnte Lehramtsbewerberin mit muslimischem Kopftuch**

- LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 09.02.2017 - 14 Sa 1038/16 -

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat einer Klägerin eine Entschädigung zugesprochen, die sich mit muslimischem Kopftuch um eine Stelle als Grundschullehrerin beim Land Berlin beworben hat und deren Bewerbung nach ihrer Erklärung, sie wolle ihr muslimisches Kopftuch auch im Unterricht tragen, abgelehnt wurde.

Damit hat das Landesarbeitsgericht die Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin (s. hierzu die Pressemitteilung Nr. 18/16 vom 14.04.2016) abgeändert.

Das Landesarbeitsgericht hat in der Ablehnung der Bewerbung im Zusammenhang mit dem muslimischem Kopftuch eine Benachteiligung der Klägerin im Sinne des § 7 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes gesehen. Das „Berliner Neutralitätsgesetz“ (Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin vom 27.01.2005, GVBl. 2005, 92) müsse im Hinblick auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 27.01.2015 (1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10) und vom 18.10.2016 (1 BvR 354/11) ausgelegt werden. Nach der hiernach vorgegebenen erheblichen Bedeutung der Glaubensfreiheit sei ein generelles Verbot eines muslimischen Kopftuchs ohne konkrete Gefährdung nicht zulässig. Eine konkrete Gefährdung durch die Klägerin mache auch das beklagte Land nicht geltend.

Das Landesarbeitsgericht hat unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eine Entschädigung in Höhe von zwei Monatsgehältern der Lehrerstelle entsprechend 8.680,00 Euro festgesetzt.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Das Landesarbeitsgericht hat für das Land Berlin die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

## **Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern**

- ArbG Berlin, Urteil vom 01.02.2017 - 56 Ca 5356/15 -

Das Arbeitsgericht Berlin hat die Klage einer Reporterin des ZDF aufgrund einer Ungleichbehandlung bei der Vergütung wegen des Geschlechts abgewiesen.

Die Reporterin hatte geltend gemacht, sie erhalte allein wegen ihres Geschlechts eine geringere Vergütung als ihre männlichen Kollegen. Das ZDF sei deshalb zur Auskunft über die Vergütung ihrer Kollegen und zur Zahlung einer Entschädigung wegen einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung verpflichtet.



Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Klägerin in Bezug auf ihre Vergütung liege nicht vor.

Die von der Klägerin benannten Mitarbeiter seien nicht vergleichbar, weil diese zum Teil in einem anderen Rechtsverhältnis tätig sind oder – soweit sie in einem vergleichbaren Rechtsverhältnis stehen – über längere Beschäftigungszeiten verfügen. Da somit eine Diskriminierung der Klägerin nicht festgestellt werden könne, stehe ihr auch ein Entschädigungsanspruch nicht zu.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig; es kann mit dem Rechtsmittel der Berufung an das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg angegriffen werden.

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## Kanzleigespräche 2017

Im Herbst veranstalten wir am **21.09.2017** ein **Kanzleigespräch in Berlin** und im Winter, am **09.11.2017**, findet auch wieder unser alljährliches **Kanzleigespräch in Frankfurt am Main** statt.

Über Eure/Ihre zahlreichen Anmeldungen für unsere oben genannten Veranstaltungen freuen wir uns schon heute.



## **Dr. Michael Bachner / Peter Gerhardt**

Grundlage der IT-Mitbestimmung

in: Computer und Arbeit (CuA) 2017, S. 8 ff.

*Dieser Aufsatz kann gerne als PDF-Datei auf Wunsch per E-Mail angefordert werden ([michaela.winkler@schwegler-rae.de](mailto:michaela.winkler@schwegler-rae.de))*

IT-Mitbestimmung und Zuständigkeit

in: Computer und Arbeit (CuA) 2017, S. 13 ff.

*Dieser Aufsatz kann gerne als PDF-Datei auf Wunsch per E-Mail angefordert werden ([michaela.winkler@schwegler-rae.de](mailto:michaela.winkler@schwegler-rae.de))*

## **Dr. Herbert Grimberg**

Prämie für Gewerkschaftsaustritt ist unzulässig, Urteilsanmerkung ArbG Gelsenkirchen vom 09.03.2016 – 3 Ga 3/16

in: Arbeitsrecht im Betrieb (AiB) 2016, S. 63 ff.

## **Ariane Mandalka**

Personelle Kontinuität der Betriebsrattätigkeit als Befristungsgrund, Urteilsbesprechung BAG vom 20.01.2016 – 7 AZR 340/14

in: Arbeitsrecht Aktuell (ArbR) 2016, S. 323

Bereichsausnahme, gesetzlicher Mindestlohn, Urteilsbesprechung LAG Hamm vom 25.05.2016 – 4 Sa 1620/15

in: Arbeitsrecht Aktuell (ArbR) 2016, S. 584

## **Dr. Lars Weinbrenner**

VG Ansbach: Verwendung von Wahlumschlägen bei Personalratswahl

in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2016, S. 262

BAG: Eingruppierung - Klageänderung in der Revisionsinstanz

in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2017, S. 59



**V.i.S.d.P.:**

RA Dr. Michael Bachner  
Schillerstraße 28  
60313 Frankfurt am Main  
[bachner@schwegler-rae.de](mailto:bachner@schwegler-rae.de)

**Kontakt:**

**Düsseldorf**

Königsallee 60 G  
D-40212 Düsseldorf  
Tel.: 0211/300 43-0  
Fax: 0211/300 43-499  
[duesseldorf@schwegler-rae.de](mailto:duesseldorf@schwegler-rae.de)

Lorenz Schwegler\*  
Felix Laumen\*  
Yvonne Reinartz\*  
Dr. Michael Schwegler\*  
Michael Schoden  
Dr. Johannes Vöcking

Prof. Dr. Heinz Klinkhammer  
Simone Rohs  
Dr. Alexander Metz, LL.M.  
Charlotte Roth

**Berlin**

Unter den Linden 12  
D-10117 Berlin  
Tel.: 030/440137-0  
Fax: 030/440137-12  
[berlin@schwegler-rae.de](mailto:berlin@schwegler-rae.de)

Gunter Rose  
Michael Merzhäuser\*  
Ralf Trümner\*  
Heike Merzhäuser\*  
Dr. Sascha Lerch\*  
Dr. Lars Weinbrenner\*  
Sebastian Kolb

Karsten Sparchholz  
Johan Fischer  
Hans-Otto Umlandt  
Dario Dell`Anna  
Patrick Kessler  
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin

**Frankfurt**

Schillerstraße 28  
D-60313 Frankfurt  
Tel.: 069/216599-0  
Fax: 069/216599-18  
[frankfurt@schwegler-rae.de](mailto:frankfurt@schwegler-rae.de)

Dr. Michael Bachner\*  
Peter Gerhardt  
Ariane Mandalka

**Köln**

Riehler Straße 36  
D-50668 Köln  
Tel.: 0221/35557-0  
Fax: 0221/35557-599  
[koeln@schwegler-rae.de](mailto:koeln@schwegler-rae.de)

Dieter Lenz\*  
Dr. Herbert Grimberg  
Werner Lohre  
Özer Arslan

**Oldenburg**

Am Festungsgraben 45  
D-26135 Oldenburg  
Tel.: 0441/9250-263  
Fax: 0441/25112  
[oldenburg@schwegler-rae.de](mailto:oldenburg@schwegler-rae.de)

Hajo A. Köhler\*  
Jürgen Oehlmann  
Anna-Lena Trümner

**Wissenschaftliche Berater:**

Prof. Dr. Wolfgang Däubler  
Prof. Dr. Bernhard Nagel

\* Partner

**Hinweis und Haftungsausschluss**

Dieser Newsletter ist sorgfältig zusammengestellt. Er soll den Mandanten von schwegler rechtsanwälte einen Überblick über das aktuelle Geschehen im Arbeitsrecht bieten. Im Einzelfall auftretende Rechtsfragen können nur unter Beachtung konkreter, immer differenziert zu betrachtender Sachverhalte beantwortet werden, so dass die Lektüre dieses Newsletters nicht die rechtliche Beratung im Einzelfall ersetzt. schwegler rechtsanwälte können deshalb für Schäden, die aus der Anwendung oder Übernahme von in diesem Newsletter gefundenen Inhalten in der Praxis resultieren, keine Haftung übernehmen.