



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

die Datenschutz-Grundverordnung gilt ab dem 25. Mai 2018 unmittelbar in allen EU-Mitgliedsstaaten. Welcher Handlungsbedarf sich für Betriebsräte ergibt, welche Folgen datenschutzrechtliche Verstöße haben werden und andere Fragestellungen im Zusammenhang mit der neuen Verordnung, behandeln wir in der Rubrik **„Ein-Blick“**.

Mit dem Thema, ob es sich bei ungeplanten oder überraschenden Überstunden auch bei Teilzeitbeschäftigten um zuschlagspflichtige Überstunden handelt, hat sich das BAG im März diesen Jahres beschäftigt. Die Entscheidung und ihre Auswirkungen für die Praxis stellen wir in unserer Rubrik **„Arbeitnehmer“** vor.

Bei der Gestaltung von Betriebsvereinbarungen zum Thema IT stellt sich immer wieder die Frage, inwieweit Datenerhebungen und Auswertungen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer verletzen und deshalb unverhältnismäßig sind. Weitere Orientierungen bietet die Entscheidung des BAG vom 25.04.2017, welche wir in der Rubrik **„Betriebsräte“** vorstellen.

Im **„Kurzüberblick“** haben wir weitere interessante und praxisrelevante Entscheidungen aus dem individuellen und kollektiven Arbeitsrecht, die für die Betriebsratsarbeit von Bedeutung sind, aufgenommen.

Auf **Seite 22** teilen wir Euch/Ihnen bereits den Termin unseres nächsten **Kanzleigesprächs** in **Frankfurt am Main** mit und würden uns freuen, wenn wir Euch/Sie auch im nächsten Jahr wieder zahlreich bei uns begrüßen dürfen.

Bis dahin wünschen wir Euch/Ihnen eine geruhsame und besinnliche Vorweihnachtszeit und ein erfolgreiches und glückliches Jahr 2018.

**Eure/Ihre  
schwegler rechtsanwälte**



<b>„Ein-Blick“</b>	<b><i>Betriebsvereinbarungen und Datenschutz-Grundverordnung – Akuter Handlungsbedarf für Betriebsräte?</i></b>	<b>3</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Belastungsstatistik – ein unverhältnismäßiger Eingriff?</i></b>	<b>7</b>
<b>Betriebsräte:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Durchführung einer Betriebsratswahl im Wege einer Online-Wahl ist unzulässig</li> <li>- Mitbestimmungsrecht bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Gehaltsbändern</li> <li>- Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Rahmen des Gesundheitsschutzes setzt bei § 3 Abs. 1 ArbSchG das Vorliegen einer konkreten Gefährdung voraus</li> <li>- Mindestbesetzung mit Pflegepersonal im Rahmen des Gesundheitsschutzes ist mitbestimmungspflichtige Maßnahme</li> </ul>	<b>10</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Teilzeitbeschäftigung und Zuschläge für ungeplante Überstunden im Bereich des TVöD</i></b>	<b>15</b>
<b>Arbeitnehmer:</b>	<b><i>Kurzüberblick über Entscheidungen</i></b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Befristung – institutioneller Rechtsmissbrauch</li> <li>- Sachgrundlose Befristung – Anschlussverbot gem. § 14 Abs. 2 TzBfG</li> <li>- Unbillige Weisung – Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des BAG</li> <li>- Mindestlohn als Berechnungsbasis für Nachzuschläge und Urlaubsentgelt</li> <li>- Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang</li> <li>- Teilnahmeberechtigung an Betriebsveranstaltungen nach Freistellung</li> </ul>	<b>19</b>
<b>Veranstaltungshinweis und Büchertipp</b>		<b>23</b>
<b>Veröffentlichungen</b>		<b>24</b>
<b>Impressum</b>		<b>25</b>



## **Betriebsvereinbarungen und Datenschutz-Grundverordnung – Akuter Handlungsbedarf für Betriebsräte?**

### **Einführung**

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) aus April 2016 ist in aller Munde – während viele Betriebsparteien in Deutschland bereits begonnen haben, ihre betriebliche Praxis und ihre Betriebsvereinbarungen anzupassen, hat der Umsetzungsprozess vielerorts überraschenderweise noch nicht begonnen. Worum es sich bei der DSGVO handelt und welche Aufgaben in der nächsten Zeit auf Betriebsräte zukommen, wird im nachfolgenden Beitrag geklärt.

### **Was ist die DSGVO?**

Bei der DSGVO handelt es sich um das „europäische Grundgerüst“, das den Datenschutz erstmalig einheitlich und zwingend in der EU regelt. Ihr Zweck liegt neben der Förderung des freien Datenverkehrs im Binnenmarkt im einheitlichen Schutz der personenbezogenen Daten innerhalb der EU (Artikel 8 EU-Grundrechte-Charta). Um dies zu gewährleisten, wird die DSGVO ab dem 25. Mai 2018 bestehende Regelungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten ersetzen. In Deutschland tritt zu diesem Zeitpunkt das neue BDSG in Kraft. Allerdings enthält die DSGVO – vergleichbar der Situation Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung – verschiedene Öffnungsklauseln, die es dem jeweiligen Mitgliedsstaat ermöglichen, Detailfragen selbst zu regeln.

### **Auf welche Normen der DSGVO haben Betriebsräte besonders zu achten?**

- Art. 5: Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten muss die „Rechtmäßigkeit der Verarbeitung“, „Zweckbindung“ und „Datenminimierung“ beachtet werden.
- Art. 6: Eine Datenverarbeitung ist nur zulässig, wenn einer der in der Vorschrift enthaltenen Erlaubnistatbestände (etwa Erfüllung einer gesetzlichen / vertraglichen Pflicht oder Einwilligung) gegeben ist.
- Art. 7: Die wirksame Einwilligung muss nicht schriftlich erfolgen, kann jederzeit widerrufen werden und darf sich nur auf erforderliche Daten beziehen.
- Art. 9: Besonderer Schutz von Informationen zur rassischen und ethnischen Herkunft, von politischen Meinungen, der Religion oder Weltanschauung, der Gewerkschaftszugehörigkeit, der Gesundheit, der sexuellen Orientierung sowie von genetischen/biometrischen Daten.
- Art. 17: Das „Recht auf Vergessenwerden“. Daten müssen endgültig gelöscht werden, wenn die ursprünglichen Verarbeitungszwecke erfüllt sind.
- Art. 25: Unternehmen haben bei der Anwendung ihrer Systeme die Grundsätze aus Art. 5 umzusetzen und als Voreinstellung zu gewährleisten.



### Wie hat der deutsche Gesetzgeber reagiert?

Die Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO erlaubt dem deutschen Gesetzgeber, den Beschäftigtendatenschutz weiterhin selber zu regeln. Art. 88 Abs. 2 DSGVO steckt die Anforderungen hierfür ab. Danach müssen die nationalen Vorschriften

*„angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz“*

umfassen.

Der deutsche Gesetzgeber hat zur Sicherstellung dieses neuen Schutzniveaus am 5. Juli 2017 das BDSG novelliert. Auch dieses tritt am 25. Mai 2018 in Kraft (s.o.).

Relevant ist dabei insbesondere § 26 Abs. 1 BDSG n.F.. Diese Bestimmung sieht vor, dass personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden dürfen,

- wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder
- nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder
- zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten

erforderlich ist.

§ 26 Abs. 4 BDSG n.F. sieht wiederum vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses dann auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zugelassen werden kann.

### Welche Folgen haben datenschutzrechtliche Verstöße ab dem 25. Mai 2018?

Verstöße gegen Bestimmungen der DSGVO können zu ganz erheblichen Bußgeldern für den Arbeitgeber führen, die bis zur Gefährdung seiner Liquidität führen können.



Während nach dem BDSG derzeit nur Bußgelder von bis zu EUR 300.000,- pro Einzelfall möglich sind, werden die möglichen Strafzahlungen ab dem 25. Mai 2018 erheblich erhöht. So sieht Art. 83 DSGVO für einzelne Unternehmen Geldbußen von bis zu EUR 20.000.000,- oder bis zu 4 % des gesamten weltweit erzielten Konzernjahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres vor – wobei jeweils der höhere Betrag veranschlagt wird.

### **Müssen Betriebsvereinbarungen zum 25. Mai 2018 überarbeitet werden?**

Ab dem 25. Mai 2018 gelten sowohl die DSGVO als auch das neue BDSG. Ab diesem Stichtag müssen alle Betriebsvereinbarungen den Bestimmungen der DSGVO sowie dem neuen BDSG entsprechen. Das Inkrafttreten der DSGVO kann grundsätzlich dazu führen, dass Betriebsvereinbarungen im Einzelfall unwirksam werden.

Insbesondere aufgrund der Überwachungspflicht des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, die sich auch auf die Einhaltung der Bestimmungen der DSGVO bezieht, haben die Gremien bereits jetzt die Pflicht, vorsorglich die Anpassung ihrer Betriebsvereinbarungen an die neue Rechtslage einzufordern.

### **Handlungsbedarf bei Betriebsvereinbarungen zur Zulassung der Verarbeitung personenbezogener Daten?**

Dringender Handlungsbedarf besteht für Betriebsräte aufgrund § 26 Abs. 4 BDSG n.F. bezüglich Betriebsvereinbarungen, durch die die Verarbeitung personenbezogener Daten überhaupt zugelassen wird, was häufig in sog. IT-Vereinbarungen (z.B. Email-Systeme) der Fall ist. Diese Betriebsvereinbarungen müssen zwingend sowohl den neuen Anforderungen der DSGVO, als auch denen des BDSG standhalten, denn sie legen damit den Grundstein für den Beschäftigtendatenschutz im Betrieb. Nach neuem Recht muss diese betriebliche Regelung zwingend angemessene und besondere Maßnahmen zum Schutz der berechtigten Interessen und der Grundrechte von Beschäftigten enthalten und die neuen Maßstäbe der DSGVO und des BDSG berücksichtigen.

### **Handlungsbedarf bei sonstigen Betriebsvereinbarungen mit datenschutzrechtlichen Bezügen?**

Auch sonstige Betriebsvereinbarungen mit datenschutzrechtlichen Bezügen müssen im Lichte des neuen Datenschutzrechts überprüft und bei Bedarf angepasst werden. Dies kann insbesondere nötig werden, wenn bei der jeweiligen Betriebsvereinbarung keine angemessenen und besonderen Maßnahmen zur Wahrung der



menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person erkennbar sind. Sehen bestehende Betriebsvereinbarungen kein „Recht auf Vergessenwerden“ oder umfassende Schutzmaßnahmen vor, wie etwa eine enge Zweckbindung und kurze Löschungsfristen, spricht vieles dafür, dass die Regelung dem neuen Datenschutzrecht nicht standhält und dringend zu überarbeiten ist.

Unsere **grundsätzliche Empfehlung** nach dem alten wie auch nach dem neuen Datenschutzrecht lautet, mit sog. **Datenschutz- und IT-Rahmenvereinbarungen** den betrieblichen Rahmen für die Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten möglichst umfassend „in einem Grundwerk“ durchzu-regeln.

Kommen Sie gerne auf uns zu, wenn insoweit Fragen bestehen.



**Rechtsanwalt Patrick Kessler, Berlin**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Belastungsstatistik – ein unverhältnismäßiger Eingriff?**

– BAG, Beschluss vom 25.04.2017 - 1 ABR 46/15 –

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob der Spruch über eine Gesamtbetriebsvereinbarung zum Thema Belastungsstatistik auf Basis einer Auswertung technisch erhobener Daten von Arbeitnehmern wirksam ist oder nicht.

Der Spruch enthielt unter u.a. folgende Regelungen:

### *„... 2. Zielsetzung*

*(1) Die Belastungsstatistik dient dazu, Ungleichgewichte in der Belastungssituation der Schadenaußenstellen, der Gruppen und der Mitarbeiter zu erkennen, zu analysieren und steuernd eingreifen zu können. Neben dieser Zielsetzung einer sach- und mitarbeitergerechten Arbeitssteuerung ermöglicht die Belastungsstatistik vergleichende Analysen der Schadenaußenstellen, um insbesondere Produktivitätsungleichgewichte zu erkennen, im Detail die Gründe zu analysieren und ggf. Maßnahmen zu ihrer Konsolidierung prüfen zu können.*

*(2) Sie soll den Gruppenleiter bei der gleichmäßigeren Verteilung der Arbeitslast sowie einer sach- und mitarbeitergerechten Arbeitssteuerung unterstützen.*

*(3) Den einzelnen Sachbearbeitern soll mit der Belastungsstatistik Gelegenheit gegeben werden, die eigene Arbeitssituation und das eigene Arbeitsverhalten zu erkennen und bewerten zu können, um es im Bedarfsfall zu verändern. Die Veränderungen sollen insgesamt zu einer weiteren Verbesserung der Rahmenbedingungen für die in der Schadenbearbeitung tätigen Mitarbeiter beitragen.*

### *... 3.2 Bewegungsdaten*

*(1) Für die Belastungsstatistik werden ausschließlich die erledigten Arbeitsmengen, die unerledigten Rückstände der einzelnen Sachbearbeiter, sowie die zur Analyse von Ungleichgewichten unbedingt erforderlichen Merkmale der Leistungserbringung und Belastung entsprechend der Anlage 2 zu dieser Gesamtbetriebsvereinbarung (Spalte Kennzahl) erfasst und gespeichert. ..."*

Anlage 2 legte u. a. die Kriterien „Gesprächsdauer beantworteter Gespräche“, „Anzahl ausgehender Telefonate“, „Gesprächsdauer ausgehender Telefonate“, „Anzahl der Zwangsabmeldungen“ und „Anzahl der Freistellungen vom Telefonbetrieb“ nebst Schwellenwerten als auswertbare Daten fest.



Der Gesamtbetriebsrat focht den Spruch der Einigungsstelle im Wege eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens an, weil in diesem keine abschließende Regelung des Themas „Gesundheitsschutz“ enthalten war.

## **Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts**

Das Fehlen abschließender Regelungen zum Thema Gesundheitsschutz führte nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts nicht zur Unwirksamkeit des Spruchs der Einigungsstelle. Gefährdungen im Sinne des § 3 ArbSchG waren vorliegend nicht festgestellt. Auch fehlte es an entsprechenden Gefährdungsbeurteilungen. Vor diesem Hintergrund bestand auch keine gesetzliche Handlungspflicht der Arbeitgeberin, bei deren Umsetzung der Gesamtbetriebsrat hätte mitwirken können.

Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts war der Spruch der Einigungsstelle jedoch unwirksam, weil er das nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer missachtet.

Die in der Gesamtbetriebsvereinbarung geregelten Datenerhebungen und Auswertungen beeinträchtigen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer unverhältnismäßig.

Zwar handelt es sich grundsätzlich um ein legitimes Anliegen eines Arbeitgebers, eine unterschiedliche Belastungssituation der Arbeitnehmer und deren Ursachen in Erfahrung zu bringen, um eine sach- und mitarbeitergerechte Arbeitssteuerung zu ermöglichen und die Effizienz der Arbeitsorganisation zu verbessern.

Zugunsten der Arbeitgeberin kann weiterhin davon ausgegangen werden, die erhobenen „Belastungsstatistiken“ seien für diesen Zweck erforderlich, auch wenn sich nicht erschließt, weshalb man sich nicht auf deren stichprobenartigen Einsatz beschränkt und damit die von einer dauerhaften Überwachung ausgehenden Gefahren für das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer mildert.

Es ist zweifelhaft, ob das eingesetzte Mittel der „Belastungsstatistik“ auf dieses Ziel gerichtet ist. Es wird die Erhebung solcher Daten gestattet, die ausschließlich die Erledigung von Arbeitsaufgaben erfassen, ohne Berücksichtigung des Schweregrads der konkreten Aufgabe und der Qualität des Arbeitsergebnisses. Vieles spricht dafür, dass die Mittel untauglich sind, den vorgegebenen Zweck zu fördern.

Anhand der Kennzahlen wird nicht die „Belastungssituation“ der einzelnen Ebene, sondern deren Produktivität, das erzielte oder nicht erreichte (Anzahl der „Rückstände“ und „Zwangsmeldungen“) Arbeitsergebnis, also die Leistung des einzelnen Sachbearbeiters ermittelt.





Die Gesamtbetriebsvereinbarung ist unverhältnismäßig im engeren Sinne. Die Gesamtbetriebsvereinbarung regelt die lückenlose und dauerhafte sowie sehr detaillierte automatisierte Erfassung des wesentlichen Arbeitsspektrums der Sachbearbeiter anhand der in der Anlage 2 aufgeführten Haupt- und Analyse-kennzahlen.

Der einzelne Arbeitnehmer muss folglich während der gesamten Dauer seiner Arbeitszeit in der Schadenaußenstelle davon ausgehen, dass sein wesentliches Aufgabenspektrum auf elektronischem Wege anhand einer Vielzahl von quantitativen Kriterien (Haupt- und Analyse-kennzahlen) im Rahmen der einzelnen „Arbeitsauslöser“ durchgehend detailliert erfasst und einer Auswertung zugeführt wird. Dies führt zu einem ständigen Überwachungs- und daran anknüpfenden Anpassungs- und Leistungsdruck in allen wesentlichen Arbeitsbereichen.

## **Anmerkung**

Aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts kann man folgern, dass umfassende Belastungsstatistiken mit Hilfe von technischen Einrichtungen eine umfassende und damit unverhältnismäßige Dauerüberwachung darstellen können. Eine solche kann nur dann verhältnismäßig sein, wenn der Überwachungsdruck gemildert wird. Insbesondere bei EDV-gestützten Telefonarbeiten in Callcentern besteht diese Gefahr einer Dauerüberwachung. Mithin sollte man als Betriebsrat bei der Verhandlung von Betriebsvereinbarungen für entsprechende Belastungsstatistiken besonders sorgfältig vorgehen.

Des Weiteren sind Arbeitnehmer an Telefonarbeitsplätzen, die häufig auch Bildschirmarbeitsplätze sind, in der Regel auf Grund ihrer Telefonarbeit starken psychischen Belastungen ausgesetzt, so dass es im Interesse der Arbeitnehmer sinnvoll ist, wenn man als Betriebsrat initiativ wird im Hinblick auf die Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen. Werden solche dann mitbestimmt durchgeführt, werden Gesundheitsgefahren aufgedeckt, so dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, diesen mit entsprechenden Gegenmaßnahmen zu begegnen. Wobei der Betriebsrat bei der Frage des „Wie“ dann wieder in der zwingenden Mitbestimmung ist.



**Sebastian Kolb, Berlin**

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)



## **Durchführung einer Betriebsratswahl im Wege einer Onlinewahl ist unzulässig**

– ArbG Hamburg, Beschluss vom 07.06.2017 - 13 BV 13/16 –

Das Arbeitsgericht Hamburg hat in seiner Entscheidung vom 07.06.2017 klargestellt, dass ein Betriebsrat neben der Präsenz- und Briefwahl nicht zusätzlich auch online gewählt werden darf.

Um die Wahlbeteiligung zu erhöhen, hatte der Wahlvorstand die Idee, den Mitarbeitern neben der Präsenz- und Briefwahl auch die Wahl online zu ermöglichen, sozusagen als elektronische Briefwahl. Hierzu hatten Wahlvorstand und Arbeitgeberin sich zuvor ein privates Rechtsgutachten erstellen lassen, das die elektronische Briefwahl rechtlich absicherte und im Ergebnis zu deren Zulässigkeit kam. Insgesamt stimmten 740 Mitarbeiter per Präsenz- bzw. Briefwahl ab, 628 Wahlberechtigte nutzten die Onlinewahl.

Arbeitnehmer des Betriebs haben daraufhin vor dem Arbeitsgericht Hamburg ein Verfahren auf Feststellung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl eingeleitet.

Eine Wahl ist bei schwerwiegenden und offensichtlichen Verstößen gegen die wesentlichen Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts, die so schwerwiegend sind, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht, nichtig.

Das Arbeitsgericht Hamburg bestätigte die Nichtigkeit der Betriebsratswahl, da die Onlinewahl in grober Weise gegen die Bestimmungen der Wahlordnung verstößt. Das Gericht führte in seiner Begründung aus, dass eine elektronische Stimmabgabe in der Wahlordnung nicht vorgesehen sei, vielmehr der Wortlaut der Wahlordnung von einer Präsenz- und Briefwahl ausgehe. Es bleibe auch kein Raum für eine zeitgemäße Auslegung gegen den eigentlichen Wortlaut, da sich seit dem Inkrafttreten der Wahlordnung im Jahre 2001 die Lebenswirklichkeit nicht besonders verändert habe und die zunehmende Digitalisierung bereits berücksichtigt wurde. Das Gericht zeigt Verständnis für den Wunsch nach der unkomplizierten Wahlmöglichkeit, weist aber noch einmal auf die mangelnde Transparenz einer Onlinewahl hin und gibt letztlich zu verstehen, dass eine Änderung der Situation nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden kann.

Hätte der Gesetzgeber die elektronische Betriebsratswahl regeln wollen, hätte er dies sicherlich gemacht. In jedem Fall ist es Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte hier nachzujustieren.



Das Gericht beurteilt die bewusste Anwendung eines Wahlverfahrens, das nicht in der Wahlordnung vorgesehen ist, auch als schwerwiegenden Verstoß gegen die Wahlvorschriften, insbesondere auch weil das Prinzip einer einheitlichen Urne gem. § 26 Abs. 1 WO nicht abgebildet wurde. Dieser schwerwiegende Verstoß ist zudem – trotz des rechtlichen Gutachtens – auch offensichtlich, weil erkennbar war, dass der Ersteller des Gutachtens eine absolute Mindermeinung vertritt und gute Gründe dafür sprachen, dass ein Gericht zu einer anderen Entscheidung kommt. Ansonsten könnte jede Einzelmeinung die Nichtigkeit einer Wahl zu Fall bringen. Im Übrigen hatte der Gutachter in seinem Gutachten auch darauf hingewiesen, dass eine Onlinewahl nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein könne, die im Betrieb schon nicht vorlagen.

## **Mitbestimmungsrecht bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Gehaltsbändern**

– LAG Düsseldorf, Beschluss vom 10.08.2016 - 4 TaBV 135/15 –

In einem Konzernunternehmen der Deutschen Bahn sah ein Tarifvertrag Gehaltsbänder vor. In Tarifgruppe 1 (TG 1) eingruppierte Arbeitnehmer erhielten zwischen 2.754,- € und 3.795,- €, in TG 2 sah der Beginn 2.398,- € und das Ende 2.702,- € und in TG 3 2.039,- € und 2.346,- € vor; TG 4-7 waren durch feste Beträge konkretisiert. Regelungen zur Bemessung hinsichtlich der Ersteingruppierung oder der Entwicklung innerhalb eines Gehaltsbandes sah der Tarifvertrag nicht vor. Als der Betriebsrat erfuhr, dass die Arbeitgeberin innerhalb der Gehaltsbänder die Gehälter der Mitarbeiter angehoben hatte, verlangte er die Mitbestimmung. Die Arbeitgeberin erklärte, dass es sich um individuelle einzelvertragliche Gehaltsänderungen handele, und lehnte die Mitbestimmung des Betriebsrats ab. Der Betriebsrat wandte sich an das zuständige Arbeitsgericht und wollte festgestellt wissen, dass die inhaltliche Ausgestaltung der Gehaltsbänder innerhalb der TG 1-3 sowie die Festlegung der Kriterien für die Ersteingruppierung der Mitarbeiter in die Gehaltsbänder und deren Änderung mitbestimmungspflichtig seien.

Das LAG Düsseldorf hat die Entscheidung des ArbG Duisburg bestätigt und entschieden, dass dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Ausgestaltung der Gehaltsbänder zustehe. Dieses Mitbestimmungsrecht ist auch durch den Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat dann nicht mitbestimmen kann, wenn eine tarifliche Regelung besteht, nicht ausgeschlossen, weil der Tarifvertrag selbst gerade keine Regelung zur Ausgestaltung der Gehaltsbänder vorsehe. Dass die tarifliche Regelung abschließend gemeint sein solle, lässt sich nicht herleiten. Ein dementsprechender Wille kann in der bloßen Regelung von Beginn und Ende des jeweiligen Gehaltsbandes nicht gesehen werden. Darüber hinaus betrifft auch jede



Entgeltfindung innerhalb einer Gehaltsbandbreite einen kollektiven Sachverhalt, sofern es sich nicht um eine auf einen einzelnen Arbeitnehmer begründete Ausnahmesituation handele. Das Mitbestimmungsrecht umfasse daher die inhaltliche Ausgestaltung der Gehaltsbänder, die Festlegung von Kriterien und Grundsätzen für die Ersteingruppierung und Veränderungen in den jeweiligen Gehaltsbändern, nicht jedoch die konkrete Lohnhöhe.

**Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Rahmen des Gesundheitsschutzes setzt bei § 3 Abs. 1 ArbSchG das Vorliegen einer konkreten Gefährdung voraus**

– BAG, Beschluss vom 28.03.2017 - 1 ABR 25/15 –

Im vorliegenden Fall stritten die Arbeitgeberin, ein Textilhandelsunternehmen und der Betriebsrat über die Wirksamkeit eines Teilspruchs der Einigungsstelle. Die Parteien einigten sich zur Erledigung aller Themen des Gesundheitsschutzes auf die Bildung einer Einigungsstelle, die im Folgenden einen Teilspruch erließ. Dagegen wandte sich die Arbeitgeberin mit der Begründung, dass in ihrem Betrieb keine unmittelbaren Gesundheitsgefahren bestehen und damit die Mitbestimmung im Rahmen der Generalklausel des § 3 ArbSchG nicht zwingend sei. Das Arbeitsgericht Berlin hat den Feststellungsantrag abgewiesen, das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat den Beschluss des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und festgestellt, dass der Teilspruch in weiten Teilen unwirksam ist. Gegen diese Entscheidung wandte sich der Betriebsrat.

Das BAG hat entschieden, dass die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats unbegründet ist, da der Teilspruch der Einigungsstelle unwirksam ist. Grundsätzlich kann eine Einigungsstelle einen Teilspruch fällen, sofern es verschiedene abgrenzbare Regelungsbereiche gibt. Entscheidend ist jedoch, dass der Regelungsauftrag der Einigungsstelle konkret erkennen lassen muss, was die Einigungsstelle regeln soll. Vorliegend ist allerdings nicht erkennbar, welcher Regelungskonflikt geklärt werden soll. Vielmehr haben die Parteien auf einen „bunten Strauß“ an Maßnahmen abgehoben, ohne dass erkenntlich war, ob überhaupt Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien bestanden. Dies führt zur Unwirksamkeit der gesamten Betriebsvereinbarung.

Darüber hinaus hat die Einigungsstelle ihre Regelungskompetenz offenkundig überschritten, so dass einige Regelungen der Betriebsvereinbarung auch deshalb unwirksam sind. Sie hat etliche Regelungen außerhalb des Anwendungsbereichs einer Rahmenvorschrift i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG beschlossen. Das BAG macht deutlich, dass, sofern sich der Betriebsrat auf eine Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG aufgrund der Rahmenvorschrift des § 3 ArbSchG beruft, eine Gefährdung feststehen oder sich eine solche aus einer Gefährdungsbeurteilung gem.



§ 5 ArbSchG ergeben muss. § 3 ArbSchG setzt nach Ansicht des BAG damit zwar keine konkrete Gesundheitsgefahr, wohl aber zwingend eine konkrete Gefährdung i.S.d. § 5 ArbSchG voraus. Leider geht das BAG nicht näher auf den Unterschied zwischen Gefährdung und Gefahr ein. Üblicherweise bezeichnet der Begriff Gefährdung im Unterschied zur Gefahr nur die „Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ohne bestimmte Anforderungen an ihr Ausmaß oder ihre Eintrittswahrscheinlichkeit“. Die Einigungsstelle selbst kann eine solche konkrete Gefährdung nicht feststellen, da sie weder die nach § 13 Abs. 1 ArbSchG verantwortliche Person für die Erfüllung der sich u.a. aus § 5 ArbSchG ergebenden Pflichten ist, noch können Arbeitsschutzpflichten an sie delegiert werden. Für eine Gefährdungsbeurteilung ist vielmehr der Arbeitgeber zuständig, unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei deren Durchführung. Damit fehlt es vorliegend an einer feststehenden konkreten Gefährdung, an der die Einigungsstelle ihre Regelungen hätte ausrichten können. Die vorherige Gefährdungsbeurteilung zur Feststellung von konkreten Gefährdungen gilt nach Ansicht des BAG auch für die Regelungen der ArbStättV und der LärmVibrationsArbSchV.

## **Mindestbesetzung mit Pflegepersonal im Rahmen des Gesundheitsschutzes ist mitbestimmungspflichtige Maßnahme**

– ArbG Kiel, Beschluss vom 26.07.2017 - 7 BV 67c/16 –

Der Betriebsrat und die Arbeitgeberin, eine Spezialklinik für Wirbelsäulen- und Gelenkerkrankungen, stritten über die Frage der Mindestbesetzung für den Pflegedienst auf einigen ihrer Stationen. Sie bildeten zur Beilegung der Meinungsverschiedenheiten eine Einigungsstelle. Um die Frage, ob eine gesundheitliche Gefährdung vorlag, zu beantworten, beauftragte die Einigungsstelle im September 2013 einen Gutachter zu der Frage „Arbeitsituation unter besonderer Berücksichtigung der gesundheitlichen Gefährdung der bei der Arbeitgeberin beschäftigten Pflegekräfte“. Dieser kam zu dem Ergebnis, dass die Arbeitsbelastung auf den streitgegenständlichen Stationen zu hoch ist und eine Gefährdung für die Mitarbeiter besteht. Im Folgenden gab es noch ein zweites Gutachten zur Arbeits- und Belastungssituation der Pflegekräfte sowie ein drittes Gutachten mit dem Gegenstand „Arbeitsbereichs-/tätigkeitsbezogene Gefährdungsbeurteilung der Tätigkeit der Pflegekräfte auf bestimmten Stationen“. Da die Parteien keine Einigung fanden, entschied die Einigungsstelle per Spruch, wie viele Pflegekräfte auf den jeweiligen streitgegenständlichen Stationen im Früh- und Spätdienst für eine bestimmte Patientenzahl zu planen sind. Hiergegen wandte sich die Arbeitgeberin u.a. mit dem Argument, dass es sich bei der Mindestbesetzung nicht um eine zwingend mitbestimmungspflichtige Angelegenheit handele und durch die Bestimmung einer Mindestbesetzung in unzulässiger Weise in die unternehmerische Freiheit eingegriffen werde. Das Arbeitsgericht Kiel entschied,



dass ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7, §§ 3, 5 ArbSchG besteht. Die zur Feststellung einer konkreten Gefährdung notwendige Gefährdungsbeurteilung ist durch das im September 2013 erstellte Gutachten erfolgt. Darin ist eine Gefährdung festgestellt worden. Darüber hinaus hatten die Parteien sich zuvor in einer Regelungsabrede darüber verständigt, dass die Einigungsstelle tätig werden soll, wenn zwischen den Parteien keine Einigung über Einzelheiten der Durchführung und Schlussfolgerung aus der Gefährdungsbeurteilung getroffen werden kann, d.h. die Einigungsstelle sollte folglich auch hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen tätig werden. Die Festlegung einer Mindestbesetzung ist dabei eine Maßnahme, durch die der Gefährdung entgegengetreten werden kann. Gleichzeitig stellt nach Ansicht des Arbeitsgerichts Kiel der Spruch auch keinen unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Freiheit aus Art. 12 GG dar. Hierbei vollzieht das Gericht eine Interessenabwägung zwischen den unternehmerischen Freiheiten aus Art. 12 GG und dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 31 EU-Grundrechte-Charta, wonach jeder Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen hat. Das Gericht führt aus, dass mit dem Spruch der Einigungsstelle keine starre Mindestbesetzung festgelegt wurde, sondern nur eine Festsetzung einer Mindestbesetzung im Verhältnis zur Patientenzahl. Damit sei der Eingriff in die unternehmerische Freiheit nicht schwerwiegend. Der Schutz der Arbeitnehmer auf körperliche Unversehrtheit ist jedoch hoch anzusetzen und daher im Rahmen der Abwägung vorrangig.

**Gegen den Beschluss ist Beschwerde vor dem LAG Schleswig-Holstein unter dem Aktenzeichen 6 TaBV 21/17 eingelegt worden.**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Teilzeitbeschäftigung und Zuschläge für ungeplante Überstunden im Bereich des TVöD**

– BAG, Urteil vom 23.03.2017 - 6 AZR 161/16 –

### **Leitsatz des Bundesarbeitsgerichts**

„Bei sogenannten ungeplanten Überstunden i.S.d. § 7 Abs. 8 Buchstabe c, Alt. 1 TVöD-K, die über die tägliche Arbeitszeit hinaus abweichend vom Schichtplan angeordnet werden, steht den betroffenen Arbeitnehmern Überstundenzuschlag zu.“

### **Problem**

Nach herrschender Auffassung sind Mehrarbeitszuschläge nur für Arbeitsstunden zu zahlen, die die tarifvertraglich geregelte Arbeitszeit eines Vollzeitarbeitnehmers übersteigen. Dagegen sind Überstunden, die lediglich über die Arbeitszeit einer vertraglich vereinbarten Teilzeitbeschäftigung hinausgehen (aber nicht über die Arbeitszeit eines Vollzeitarbeitnehmers), nicht zuschlagspflichtig.

Der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte nun darüber zu entscheiden, ob der teilzeitbeschäftigte Kläger Überstundenzuschläge auch für ungeplante und vom Arbeitgeber einseitig angeordnete Überstunden beanspruchen kann, auch wenn er damit die Wochenarbeitszeit eines Vollzeitarbeitnehmers nicht überschreitet. Dies hat das Bundesarbeitsgericht im vorliegenden Fall bejaht.

### **Zum Sachverhalt**

Der Kläger war bei der beklagten Arbeitgeberin mit einem Anteil von 75 % einer Vollzeitstelle und einer regelmäßigen Arbeitszeit von 29,25 Wochenarbeitsstunden als Gesundheits- und Krankenpfleger beschäftigt. Für das Arbeitsverhältnis galt kraft beiderseitiger Organisationszugehörigkeit der TVöD für den Dienstleistungsbereich „Krankenhäuser“ im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TVöD-K). Der Kläger wurde auf der Grundlage von monatlich im Voraus erstellten Schichtplänen in Wechselschicht eingesetzt.

Auf Anordnung der beklagten Arbeitgeberin überschritt der Kläger mehrfach die für ihn im Schichtplan vorgesehene tägliche Arbeitszeit und Wochenarbeitszeit. Teilweise überschritt der Kläger sogar die Wochenarbeitszeit eines Vollzeitarbeitnehmers (39 Stunden). Die Arbeitgeberin glich die Überstunden durch Freizeit aus. Überstundenzuschläge leistete sie nicht.

### **Entscheidung des BAG**

Der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts hält im Anwendungsbereich des TVöD-K ungeplante Überstunden, die über die tägliche Arbeitszeit hinaus abweichend vom Schichtplan angeordnet werden, für zuschlagspflichtig.



Dabei unterscheidet das Gericht zwischen zwei Formen der Anordnung von Überstunden:

1. Zu den im Schichtplan festgelegten „täglichen“ Arbeitsstunden werden zusätzliche, nicht im Schichtplan ausgewiesene Stunden kurzfristig angeordnet.
2. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit wird bereits durch die im Schichtplan angeordneten (Über)Stunden überschritten.

Erfüllen die vom Arbeitnehmer geleisteten Überstunden die Voraussetzungen der ersten Form der Anordnung von Überstunden, soll es sich um Überstunden i.S.d. § 7 Abs. 8, Buchstabe c, Alt. 1 TVÖD-K handeln. Diese Überstunden seien zuschlagspflichtig. Und zwar auch dann, wenn die regelmäßige Arbeitszeit eines Vollzeitarbeitnehmers nicht überschritten wird.

Hintergrund ist, dass der Arbeitnehmer, der entsprechend der zweiten Form der Anordnung von Überstunden bereits im Vorfeld geplante Überstunden leisten muss und diese mit seiner Freizeitgestaltung bzw. seinem privaten Leben einigermaßen vereinbaren kann. Er kann bei im Voraus feststehender Arbeitszeit seine Freizeit planen und zwar auch deshalb, weil zugleich der Zeitraum für den Zeitausgleich im Voraus bekannt ist.

Dagegen stellen Überstunden entsprechend der ersten Form der Anordnung – also solche, die nicht geplant sind, sondern kurzfristig angeordnet werden – eine besondere Härte dar. In diesen Fällen fordert der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer durch einseitige und kurzfristige Anordnung auf, Überstunden zu leisten. Der Arbeitgeber greift damit in besonderem Maße in das Recht des Arbeitnehmers ein, frei über seine Nichtarbeitszeit zu verfügen. Er nimmt ihm die Möglichkeit, seine Freizeit und damit das Privatleben konkret zu planen bzw. zu gestalten.

Im Übrigen geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass die ungeplant und abweichend vom Schichtplan angeordneten Überstunden auch nicht durch Freizeit ausgleichsfähig sind. Hierzu führt es aus, dass in den Fällen des § 7 Abs. 8, Buchstabe c, Alt. 1 TVÖD-K keine Möglichkeit bestehe entstandene Überstunden im Schichtplanturnus auszugleichen. Wenn zu den im Schichtplan festgesetzten „täglichen“ Arbeitsstunden, zusätzliche, nicht im Schichtplan ausgewiesene Stunden angeordnet werden, entstünden diese bereits zwingend ohne Ausgleichsmöglichkeit während des noch laufenden Schichtplanturnus.





## **Anmerkung**

Die Entscheidung ist zu begrüßen, setzt sie sich doch tatsächlich und nicht nur oberflächlich mit der Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten auseinander. Mit Blick auf § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG geht die herrschende Meinung weiterhin davon aus, eine Ungleichbehandlung zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten sei nicht gegeben.

Gem. § 4 TzBfG ist einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer „das Arbeitsentgelt ... in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht“. Dies geschehe bereits durch die Vergütung der im Verhältnis zu Vollzeitarbeitnehmern geleisteten Arbeitsstunden. Die herrschende Lehre schließt also eine Ungleichbehandlung bereits dann aus, wenn für die gleiche Anzahl von Arbeitsstunden die gleiche Gesamtvergütung geschuldet wird. So sieht es auch der 10. Senat des Bundesarbeitsgericht in seinem (zeitlich nach dem hier besprochenen) Urteil vom 26.04.2017. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Würde für die Überstundenzuschläge die Voraussetzung der Überschreitung der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten in § 7 Abs. 7 TVöD-K herangezogen und damit eine identische Belastungsgrenze für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte festgelegt werden, würde für Teilzeitbeschäftigte eine höhere individuelle Belastungsgrenze gezogen. Für Teilzeitbeschäftigte würde die Grenze der Entstehung ihres Anspruchs nicht proportional zu ihrer Arbeitszeit vermindert. Sie würden deshalb gegenüber vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern unmittelbar ungleichbehandelt. Und zwar auch in Bezug auf ihre Vergütung.

Die bislang herrschende Meinung und der 10. Senat verkennen zudem, dass Gleich- und Ungleichbehandlung nicht nur Auswirkung unterschiedlicher Vergütung sein können. Im Gegenteil: Ungleichbehandlung kann auch dann anzunehmen sein, wenn andere Rechtsgüter der Arbeitnehmer betroffen sind. Der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichtes verkennt zudem, dass durch die kurzfristige und einseitige Anordnung von Überstunden auch die Freiheit und das Recht der Arbeitnehmer, über ihre „Nichtarbeitszeit“ selbständig zu verfügen, betroffen sind.

Auch dieser Umstand ist gem. § 4 TzBfG geschützt und steht nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien. Folge man dagegen der bislang herrschenden Auffassung, würde man in der Konsequenz die stetige Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten in Kauf nehmen, da diese (jedenfalls nach der Logik des 10. Senates und der herrschenden Meinung) stets die günstigere Alternative für ungeplante Überstunden wären und in weiterer Konsequenz einen nicht kalkulierbaren Eingriff in die freie Gestaltung ihrer Freizeit hinzunehmen hätten, ohne dass dies durch einen, wie auch immer gearteten Ausgleich, zu kompensieren wäre.



Es bleibt nunmehr abzuwarten, wie die Instanzgerichte nach diesem Urteil in derartigen Fällen entscheiden werden. Besonders begrüßenswert wären Entscheidungen in dieser Richtung auch außerhalb des Geltungsbereiches des TVöD. Schließlich ist eine Benachteiligung i.S.d. § 4 TzBfG auch in anderen Fällen denkbar und dürfte sogar logische Konsequenz sein, wenn man denn dem Urteil des 6. Senats folgen wollte. Denn dieser sieht die Benachteiligung selbst für den Geltungsbereich des TVöD-K als gegeben, der in § 7 Abs. 7 TVöD-K eine identische Belastungsgrenze für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte vorsieht. Dann müsste die Benachteiligung erst recht in Fällen feststellbar sein, in denen eine derartige tarifvertragliche Regelung nicht existiert.

### **Praxistipp**

Jeder Beschäftigte, der ungeplant und abweichend vom Schichtplan Überstunden zu leisten hat, sollte für diese die Überstundenzuschläge schriftlich einfordern. Bereits geleistete Überstunden können rückwirkend im Rahmen ggf. geltender Ausschlussfristen gemacht werden. Gerne sind wir dabei behilflich.



**Özer Arslan, Köln**

◀ *zur Inhaltsübersicht*



## **Befristung – institutioneller Rechtsmissbrauch**

– BAG, Urteil vom 26.10.2016 - 7 AZR 135/15 –

Auch mit Sachgrund befristete Arbeitsverträge können nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zur Folge haben. Das BAG hat nun in seiner Entscheidung erstmals Schwellenwerte dafür definiert, wann Befristungen einer Missbrauchskontrolle unterliegen bzw. wann ein „Institutioneller Rechtsmissbrauch“ indiziert sein soll.

Der Kläger war bei der Beklagten als Vertretungslehrer im Zeitraum Oktober 2007 bis Februar 2014 befristet beschäftigt. Sein Arbeitsverhältnis wurde dabei insgesamt 15-mal befristet verlängert. Befristungsgrund war dabei stets die Vertretung für erkrankte Lehrer oder Kollegen in Elternzeit bzw. Mutterschutz. Der Kläger begehrte die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Befristungsabrede nicht beendet wurde. Er machte geltend, dass zum einen schon kein Sachgrund vorliege, die Befristung aber jedenfalls nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs unwirksam sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das LAG die Berufung zurückgewiesen. Die Revision des beklagten Landes war jedoch erfolgreich. Das BAG hat die Klage zurückgewiesen und die Befristung für wirksam gehalten.

Das BAG hat entschieden, dass sich das beklagte Land auf den Sachgrund der Vertretung berufen durfte, weil vorliegend die Grenzen zum „Institutionellen Rechtsmissbrauch“ noch nicht überschritten wurden.

Eine umfassende gerichtliche Kontrolle nach den Grundsätzen des „Institutionellen Rechtsmissbrauchs“ ist laut BAG regelmäßig dann geboten, wenn die **Gesamtdauer** der befristeten Arbeitsverhältnisse **acht Jahre überschreitet oder mehr als zwölf Verlängerungen** vereinbart wurden bzw. wenn die **Gesamtdauer sechs Jahre überschreitet und mehr als neun Verlängerungen** vereinbart wurden. In diesen Fällen hängt es von weiteren, durch den Kläger vorzutragenden Umständen ab, ob tatsächlich Rechtsmissbrauch anzunehmen ist.

Von einem indizierten Rechtsmissbrauch ist dagegen auszugehen, wenn die **Gesamtdauer** des Arbeitsverhältnisses **zehn Jahre überschreitet oder mehr als 15 Verlängerungen** vereinbart wurden bzw. wenn die **Gesamtdauer acht Jahre überschreitet und mehr als zwölf Verlängerungen** vereinbart wurden. Werden diese Grenzen überschritten, so muss der Arbeitgeber den Rechtsmissbrauch durch die Angabe besonderer Umstände entkräften.



## **Sachgrundlose Befristung – Anschlussverbot gem. § 14 Abs. 2 TzBfG**

– LAG Niedersachsen, Urteil vom 20.07.2017 - 6 Sa 1125/16 –  
– LAG Hessen, Urteil vom 11.07.2017 - 8 Sa 1578/16 –

Wir hatten bereits in unserem Newsletter 2/2017 darüber berichtet, dass das LAG Baden-Württemberg das Verbot der Vorbeschäftigung (anders als das BAG) in § 14 Abs. 2 TzBfG als zeitlich unbeschränkt ansieht. Dieser Ansicht haben sich nun auch andere Landesarbeitsgerichte angeschlossen, so das LAG Niedersachsen und auch das LAG Hessen. Das Arbeitsgericht Braunschweig (Beschluss v. 03.04.2014 - Az. 5 Ca 463/13) hat diese Frage sogar dem Bundesverfassungsgericht zur Vorabentscheidung vorgelegt. Die Entscheidungen des BAG wie auch des BVerfG dürften mit Spannung zu erwarten sein, zumal die Besetzung des hierfür zuständigen 7. Senats beim BAG seit seiner Entscheidung aus dem Jahre 2011 gewechselt hat.

## **Unbillige Weisung – Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung des BAG**

– BAG, Beschluss des 5. Senats vom 14.09.2017 - 5 AS 7/17 –

Wie in unserem letzten Newsletter berichtet, hatte der 10. Senat des BAG beim 5. Senat angefragt, ob dieser an seiner bisherigen Rechtsprechung zur unbilligen Weisung festhält. Der 5. Senat hat nun mitgeteilt, dass er an seiner bisherigen Rechtsprechung zur unbilligen Weisung nicht länger festhalten will.

Es ist davon auszugehen, dass das BAG seine Rechtsprechung dahingehend ändern wird, dass ein Arbeitnehmer eine nach § 106 GewO unbillige Weisung auch dann nicht befolgen muss, wenn noch keine rechtskräftige Entscheidung der Arbeitsgerichte vorliegt. Was diese Änderung der Rechtsprechung für die weitere arbeitsrechtliche Praxis bedeuten kann, werden wir in unserem nächsten Newsletter im Detail besprechen und darstellen.

## **Mindestlohn als Berechnungsbasis für Nachtzuschläge und Urlaubsentgelt**

– BAG, Urteil vom 20.09.2017 - 10 AZR 171/16 –

Das BAG hat in einem weiteren Grundsatzurteil zum Mindestlohn klargestellt, dass für Nachtzuschläge, die nach dem tatsächlichen Stundenverdienst berechnet werden, der Mindestlohn als untere Basis gilt. Diese Grenze gelte zudem auch für die Höhe der Entgeltfortzahlung an Feiertagen.

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin unterfiel kraft Nachwirkung dem Mantel-tarifvertrag für die Sächsische Metall- und Elektroindustrie. Darin war ein Nachtzuschlag in Höhe von 25 % des tatsächlichen Stundenverdienstes und ein Urlaubsentgelt in Höhe des 1,5-fachen durchschnittlichen Arbeitsverdienstes vorgesehen.



Der Arbeitgeber zahlte neben dem vertraglich vereinbarten Stundenlohn von 7,00 Euro eine Zulage (um den ab Januar 2015 geltenden Mindestlohn einzuhalten). Die Berechnung des Nachtzuschlags erfolgte aber (genau wie die Vergütung der Feier- und Urlaubstage) auf Grundlage des vertraglichen Stundenlohns und nicht auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns.

Die hiergegen erhobene Klage war in allen drei Instanzen erfolgreich. Auch das BAG hat nochmals betont, dass ein Arbeitgeber zur Berechnung von Zuschlägen nicht auf eine niedrigere vertragliche Vergütung zurückgreifen darf. Unterste Grenze hierfür ist stets der Mindestlohn. Hat der Arbeitgeber für Arbeitszeit, die z.B. aufgrund eines Feiertags ausfällt, das Entgelt zu zahlen, was er ohne den Ausfall hätte bezahlen müssen, dann gilt auch hierfür das Mindestlohngesetz. Auch wenn das Mindestlohngesetz eigentlich nur Ansprüche für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden gewährt, gilt dieses ebenfalls für Ansprüche, die nach dem sogenannten „Entgeltausfallprinzip“ zu vergüten sind.

### **Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang**

- BAG, Urteil vom 30.08.2017 - 4 AZR 95/14 -
- EuGH, Urteil vom 27.04.2017 - C-680/15 u. C-681/15 „Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt“ -

Verweist eine zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag vereinbarte Klausel dynamisch auf einen Tarifvertrag, so geht diese dynamische Wirkung nicht alleine wegen eines Betriebsübergangs im Verhältnis zum Erwerber verloren.

Der Arbeitsvertrag der Klägerin enthielt eine dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag (hier BMT-G II). Infolge einer Privatisierung ging das Arbeitsverhältnis zunächst auf eine ebenfalls tarifgebundene GmbH über. Nach einem weiteren Betriebsteilübergang im Jahre 1997 wurde das Arbeitsverhältnis bei einem nun nicht mehr tarifgebundenen Arbeitgeber fortgeführt. Dieser Arbeitgeber schloss mit der Klägerin eine Vereinbarung, dass *„der BMT-G II in der jeweils geltenden Fassung einschließlich der diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge“* weiterhin für das Arbeitsverhältnis gelten sollte. Zum 01.07.2008 ging das Arbeitsverhältnis im Wege eines weiteren Betriebsübergangs auf die Beklagte über. Die Klägerin beanspruchte gegenüber der Beklagten die Anwendung der Tarifverträge des TVöD-VKA und TVÜ-VKA.

Die Klägerin behielt in den Vorinstanzen Recht. Auch die Revision der Beklagten blieb erfolglos. Die zwischen der Veräußerin und der Klägerin vereinbarte dynamische Bezugnahmeklausel wirkt auch in dem Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten als Erwerberin und der Klägerin dynamisch fort. Das BAG hatte bereits mit Beschluss vom 17.06.2015 (Az. 4 AZR 95/14 (A)) den EuGH um



Vorabentscheidung gebeten, ob eine arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel auch nach einem Betriebsübergang weiterhin dynamisch wirkt, selbst wenn der Betriebserwerber an diese Tarifverträge gar nicht gebunden ist. Der EuGH hat hierzu entschieden, dass diese Auslegung des BAG mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Jedenfalls dann, wenn das nationale Recht sowohl einvernehmliche wie auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten (etwa über eine Änderungskündigung) für den Erwerber vorsieht.

Da im vorliegenden Fall eine solche Änderungskündigung aber nicht erklärt worden war, brauchte sich das BAG mit den Voraussetzungen einer solchen Änderungskündigung nicht näher auseinanderzusetzen. Die Erwerberin war daher an die dynamische Wirkung gebunden und musste dementsprechend die Tarifverträge weiterhin anwenden und daher in der Konsequenz auch die tariflichen Lohnerhöhungen gewähren.

## **Teilnahmeberechtigung an Betriebsveranstaltungen nach Freistellung**

– ArbG Köln, Urteil vom 22.06.2017 - 8 Ca 5233/16 –

Der Kläger schloss mit seinem Arbeitgeber außergerichtlich eine Freistellungsvereinbarung für den Zeitraum 01.01.2016 bis 28.02.2018 (Renteneintritt). Der Arbeitgeber richtete regelmäßig Betriebsausflüge, Karnevals- und Weihnachtsfeiern aus. Auch nach Beginn der Freistellung wurde der Kläger im Jahre 2016 zur Karnevalsfeier und dem jährlichen Betriebsausflug eingeladen und nahm daran teil. Bereits im Vorfeld des Betriebsausflugs 2016 war der Kläger allerdings gebeten worden an diesem nicht teilzunehmen, für die Weihnachtsfeier 2016 erhielt er gar keine Einladung mehr. Hiergegen klagte der Arbeitnehmer und verlangte zu den betrieblichen Veranstaltungen bis zu seinem Renteneintritt weiterhin eingeladen zu werden und an diesen teilnehmen zu dürfen.

Das Arbeitsgericht hat betont, dass es keine grundsätzliche Verpflichtung eines Arbeitgebers gibt, Veranstaltungen wie Betriebsausflüge oder Feiern auszurichten. Bietet ein Arbeitgeber diese Veranstaltungen aber betriebsöffentlich an, so verstößt es gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, wenn er einzelne Gruppen oder Arbeitnehmer hiervon ohne sachlichen Grund ausnimmt. Der bloße Umstand, dass der Kläger kein „aktiver Arbeitnehmer“ mehr war, sondern sich in einer Art „Vorruhestand“ befand, reicht für einen solchen sachlichen Grund nicht aus. Der Arbeitgeber muss darlegen, dass es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass wegen der Teilnahme des Arbeitnehmers eine Störung der Veranstaltung zu erwarten ist und dass dessen Ausschluss das mildeste Mittel ist, diese Störung abzuwehren.

◀ [zur Inhaltsübersicht](#)

### Veranstaltungshinweis:

#### Kanzleigespräch 2018 in Frankfurt am Main

Unser alljährliches Kanzleigespräch in Frankfurt am Main findet im nächsten Jahr am **21.06.2018** wieder in der Frankenallee 111, 60326 Frankfurt am Main im „**Saalbau Gallus**“ statt.

Nähere Informationen werden wir im kommenden Jahr bekannt geben.

### Aktuelle Empfehlungen für die Betriebsratsarbeit:



Der Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, ausschließlich bearbeitet von RechtsanwältInnen unserer Kanzlei



Mitautor Dr. Michael Bachner aus dem Frankfurter Büro

Und zu guter Letzt möchten wir Ihnen folgende Software, bei der Rechtsanwalt Peter Berg aus unserem Düsseldorfer Büro Mitautor ist, für die anstehenden Betriebsratswahlen 2018 empfehlen:

[https://www.bund-verlag.de/shop/betriebsratswahl-2018.html?force\\_sid=440f7f69335e541f06d433f5866a388d](https://www.bund-verlag.de/shop/betriebsratswahl-2018.html?force_sid=440f7f69335e541f06d433f5866a388d)

## **Dr. Michael Bachner**

Arbeitsrecht - Handbuch für die Praxis (Herausgeber: Michael Kittner/Bertram Zwanziger), Bund-Verlag, 9. Aufl., 2017, nachfolgende Teilabschnitte:

- Mindestlohn- und Arbeitnehmerentsendung
- Unternehmensumstrukturierung (Betriebsübergang, Unternehmensumwandlung)
- Auflösungsvertrag
- Bauhauptgewerbe
- Arbeitnehmerüberlassung
- Bundesfreiwilligendienst

## **Dr. Michael Bachner (Hrsg) / Hajo A. Köhler / Michael Merzhäuser / Peter Gerhardt / Dr. Alexander Metz / Simone Rohs / Özer Arslan / Johan Fischer**

**BetrVG für den Betriebsrat - Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz**, ausschließlich bearbeitet von RechtsanwältInnen unserer Kanzlei

## **Peter Berg**

Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen  
Handkommentar, Nomos-Verlag, 4. Auflage 2017, Kommentierung von §§ 6-18 AGG und des HAG

Tarifeinheitsgesetz auf dem Prüfstand  
in: AiB 2017, S. 28

Betriebsratswahl und Datenschutz  
in: CuA 2017, S. 15

Betriebsratswahl nur offline  
in: CuA 2017, S. 19

## **Yvonne Reinartz**

Manteltarifvertrag für das private Versicherungsgewerbe - Kommentar für die betriebliche Praxis (Reinartz/Thannheiser/Tiefenbacher), ver.di Bildung+Beratung, 1. Aufl., 2017

## **Dr. Lars Weinbrenner**

VG Düsseldorf: Unbeachtlichkeit einer Zustimmungsverweigerung  
in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2017, S. 198





**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\*

Simone Rohs  
Dr. Alexander Metz, LL.M.  
Charlotte Roth  
Peter Berg

**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\*  
Heike Merzhäuser\*  
Dr. Sascha Lerch\*  
Dr. Lars Weinbrenner\*  
Sebastian Kolb  
Karsten Sparchholz

Johan Fischer  
Hans-Otto Umlandt  
Dario Dell'Anna  
Patrick Kessler  
Katharina Portnjagin  
Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin

**Frankfurt am Main**

Schillerstraße 28  
D-60313 Frankfurt am Main  
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\*  
Ralf Trümner\*  
Jürgen Oehlmann  
Anna-Lena Trümner

**München**

Unsöldstraße 2  
80538 München  
Tel.: 089/230 35 327  
Fax: 0211/300 43-499  
[muenchen@schwegler-rae.de](mailto:muenchen@schwegler-rae.de)

Dr. Michael Schwegler\* (Zweigstelle)

**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.