

# michels.pmks

F a c h a n w ä l t e

## **Rheinische Arbeitsrechtstage**

### **Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung**

Köln, 30.08.2019

Ulrich Kortmann  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

# I. Gesetzgebung

- „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ (GeschGehG):
  - dient der Umsetzung der RL (EU) 2016/943 (Geheimnisschutz-RL)
  - ist am 26.04.2019 in Kraft getreten
- Ziel des Gesetzes:
  - Geschäftsgeheimnissen vor unerlaubter Erlangung, Nutzung und Offenlegung zu bewahren (§ 1 I GeschGehG).
- Regelungsinhalt
  - Begriffsbestimmungen, erlaubte Handlungen, verbotene Handlungen, Ausnahmen für „Whistleblower“.
  - Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.
  - Haftung bei Rechtsverletzung.
  - Verfahrensregelungen.
  - Strafvorschriften.

- Definition des Geschäftsgeheimnisses ( § 2)

„...eine Information

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

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

c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht“

- Anders als bisherige Rspr. zu Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen iSv § 17 UWG genügt ein subjektiver Geheimhaltungswille nicht.
- Nur das angemessen geschützte Geheimnis genießt den Schutz des Gesetzgebers.

- „Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“
  - Es handelt sich bei dieser Voraussetzung um eine 1:1-Übernahme aus der RL.
  - Was ist eine Geheimhaltungsmaßnahme?
    - Technische Maßnahmen (insbesondere Datensicherheit)
    - Organisatorische Maßnahmen (Beschränkung des Kreises der „Mitwisser“)
    - Rechtliche Maßnahmen, nach BT-Drucks. 19/4724, S. 24 auch Geheimhaltungsklauseln in Arbeitsverträgen.
  - Was ist angemessen? Nach Auffassung des Gesetzgebers Gesamtabwägung unter Berücksichtigung von:
    - Wert des Geschäftsgeheimnisses und dessen Entwicklungskosten,
    - der Natur der Informationen,
    - der Bedeutung für das Unternehmen, die Größe des Unternehmens,
    - den üblichen Geheimhaltungsmaßnahmen in dem Unternehmen,
    - der Art der Kennzeichnung der Informationen und vereinbarte vertragliche Regelungen mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern.

- „Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“
  - Insbesondere arbeitsrechtliche / arbeitsorganisatorische Maßnahmen:
    - Einschränkung von Zugriffsrechten (auf Ordner, E-Mail-Postfächer usw.).
    - Bei geheimhaltungsbedürftigen Projekten Beschränkung des Zugriffs auf die Projektmitglieder (ggf. gestuft)
    - Abschluss von gesonderten Geheimhaltungsvereinbarungen, ggf. vertragsstrafenbewehrt.
    - Auch im Übrigen sollten geheimhaltungsbedürftige Informationen nur einem eingeschränkten Nutzerkreis zugänglich sein (Beispiel: Zugriff auf Kundendatenbank nur für Vertrieb).

- Ausnahmen § 5 GeschGehG, insbesondere Whistleblowerschutz

„Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses fällt nicht unter die Verbote des § 4, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere

1. zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;
2. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;
3. im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann. “

- Ausnahmen, insbesondere Whistleblowerschutz ( § 5 GeschGehG)
  - Der Gesetzgeber beschränkt sich darauf, die Richtlinie „abzuschreiben“.
  - Für sämtliche Tatbestände des § 5 Nr. 1 bis 3 GeschGehG fehlt eine Konkretisierung, stattdessen sieht die Regelung eine Aneinanderreihung unbestimmter Rechtsbegriffe vor.
  - Es fehlt insbesondere Konkretisierung, ob und ggf. welches Verfahren Whistleblower einzuhalten haben (Vorrang innerbetrieblicher Klärung)
  - Als Nebenpflicht gem. § 241 II BGB dürfte m.E. weiterhin der Vorrang der innerbetrieblichen Klärung bestehen und der Versuch der innerbetrieblichen Klärung nur bei offenkundiger Aussichtslosigkeit entbehrlich sein (siehe EGMR, Urteil vom 21.07.2011 - 28274/08 – Heinisch).
  - Offenlegung ggü. dem Betriebsrat: Dies dürfte selten erforderlich sein, da der Betriebsrat vorrangig seinen eigenen Auskunftsanspruch ggü. dem Arbeitgeber durchsetzen kann ( § 80 BetrVG).



- Klauselvorschlag für Arbeitsverträge

„Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Verschwiegenheit in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Geschäftsgeheimnisse sind solche Informationen, die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich sind und daher von wirtschaftlichem Wert sind. Hierzu gehören insbesondere die folgenden Informationen....

Diese Verpflichtung gilt auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus. Sollte die nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht des Mitarbeiter in ihrem beruflichen Fortkommen unangemessen behindern, kann sie unter Angabe der Gründe hierfür vom Arbeitgeber die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht verlangen.

Die vorstehende Verschwiegenheitspflicht besteht nicht, wenn im Einzelfall eine Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses gesetzlich erlaubt ist.

## II. Rechtsprechung

# 1. „Gebot fairen Verhandeln“

BAG, Urteil vom 7. Februar 2019 – 6 AZR 75/18

## Sachverhalt:

- Lebensgefährte der Arbeitgeberin sucht die Klägerin in deren Wohnung auf, die krankheitsbedingt im Bett liegt.
- Nach im einzelnen streitigen Vortrag soll der Lebensgefährte gegenüber der Klägerin gesagt haben, dass er deren Faulheit nicht länger unterstützen wolle und ihr einen Aufhebungsvertrag hingehalten haben.
- Diesen habe die Klägerin unter dem Einfluss von Schmerzmitteln – „im Tran“ – unterschrieben.
- Der Aufhebungsvertrag sieht eine sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Abfindung vor, eine Ausgleichsklausel (ausgenommen „zu viel bezahlte Arbeitsstunden“) und ein wohlwollendes Zeugnis.

BAG, Urteil vom 7. Februar 2019 – 6 AZR 75/18

## Entscheidung:

- Anfechtung wg. Erklärungs-/Inhaltsirrtum, § 119 BGB? Nein, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung!
- Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung, § 307 BGB? Nein, in einem Aufhebungsvertrag ist die Beendigung Hauptleistung (ebenso wie die im Gegenzug versprochene Abfindung) und damit kontrollfrei.
- Widerruf möglich nach §§ 312g, 312b, 355 BGB (Verbrauchergeschäft außerhalb der Geschäftsräume eines Unternehmens)? Nein, Anwendungsbereich ist nicht eröffnet:
  - §§ 312 ff. gelten nur für Verbraucherverträge über entgeltliche Leistungen eines Unternehmers.
  - die weiteren Regelungen zu Fernabsatz, Informationspflichten, Versandkosten zeigten, dass diese ersichtlich nicht auf Aufhebungsverträge zugeschnitten sind.

# 1. „Gebot fairen Verhandeln“

BAG, Urteil vom 7. Februar 2019 – 6 AZR 75/18

## Entscheidung:

- Aber: Verstoß gegen das „Gebot fairen Verhandeln“
  - folgt aus allg. Rücksichtnahmepflichten ( § 241 II BGB)
  - schützt die Entscheidungsfreiheit unterhalb der Schwelle der Störung der Geistestätigkeit ( § 105 BGB) und des Anfechtungsrechts ( § § 119 ff. BGB)

„Es geht dabei nicht um ein Erfordernis der Schaffung einer für den Vertragspartner besonders angenehmen Verhandlungssituation, sondern um das Gebot eines Mindestmaßes an Fairness im Vorfeld des Vertragsschlusses“

- Dieses wird z. B. verletzt bei
  - Schaffung besonders unangenehmer Rahmenbedingungen
  - Ausnutzung einer objektiv erkennbaren körperlichen oder psychischen Schwäche oder unzureichender Sprachkenntnisse.
  - Überrumpelung
- BAG verwies den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung zurück.

# 1. „Gebot fairen Verhandeln“

BAG, Urteil vom 7. Februar 2019 – 6 AZR 75/18

## Bewertung:

- „Gebot fairen Verhandeln“ ist keine neue Erfindung, sondern wurde vom BAG in verschiedenen Entscheidungen bereits geprüft, meist wurde ein Verstoß verneint (vgl. BAG, Urteil vom 22. 4. 2004 - 2 AZR 281/03; BAG, Urteil vom 22.04.2004 - 2 AZR 281/03).
- Pate gestanden hat die amerikanische Rechtsfigur des *undue influence*
- So richtig die Entscheidung im Ergebnis ist, ist doch zweifelhaft, ob es dieser – außerhalb des Arbeitsrechts unbekannt – Rechtsfigur bedarf, da die Entscheidungsfreiheit auch mit Hilfe des bestehenden Instrumentariums (Anfechtung, Sittenwidrigkeit, Treuwidrigkeit) ausreichend geschützt werden kann.
- Reichweite des Gebot fairen Verhandeln ist unklar. Es dürfte auf Extremfälle beschränkt bleiben. Jedenfalls erforderlich ist eine subjektive Komponente (Schaffung oder Ausnutzung einer unfairen Verhandlungssituation), nicht ausreichend sind z.B. nicht erkannte Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit.

## 2. Kündigung eines katholischen Chefarztes wegen Wiederverheiratung

BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 – 2 AZR 746/14

### Sachverhalt:

- Chefarzt eines katholischen Krankenhauses lässt sich von seiner Ehefrau, die er nach katholischem Ritus geheiratet hatte, scheiden.
- Er heiratet seine neue Lebensgefährtin standesamtlich.
- Arbeitgeberin kündigt das Arbeitsverhältnis ordentlich verhaltensbedingt wegen Eingehung einer kirchenrechtlich ungültigen Ehe
- ArbG, LAG und BAG (Urt. vom 08.09.2011) halten die Kündigung für unwirksam.
- Das BVerfG hebt das Urteil des BAG auf und verweist den Rechtsstreit zurück (Beschluss vom 22.10.2014, 2 BvR 661/12).
- Nach Zurückverweisung legt das BAG dem EuGH den Rechtsstreit vor.
- Über die Vorlage entschied der EuGH mit Urteil vom 11.09.2018

## 2. Kündigung eines katholischen Chefarztes wegen Wiederverheiratung

BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 – 2 AZR 746/14

### Exkurs: Entscheidung des BVerfG vom 22.10.2014:

- BAG trägt nach Auffassung des BVerfG dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht nicht genügend Rechnung.

„Im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts könnten die Kirchen jedoch selbst festlegen, was die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert, was spezifisch kirchliche Aufgaben sind, was Nähe zu ihnen bedeutet, welches die wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre sind, was als Verstoß gegen diese anzusehen ist und welches Gewicht diesen Verstoß aus kirchlicher Sicht zukommt. Auch die Entscheidung darüber, ob und wie innerhalb der im kirchlichen Dienst tätigen Mitarbeiter eine Abstufung der Loyalitätsobliegenheiten eingreifen soll, ist eine dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht unterliegende Angelegenheit.“

- Arbeitsgerichte haben hinsichtlich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts lediglich eine Plausibilitätskontrolle durchzuführen.
- Auf einer 2. Prüfungsstufe offene Gesamtabwägung mit Grundrechten des betroffenen Arbeitnehmers im Wege praktischer Konkordanz



## 2. Kündigung eines katholischen Chefarztes wegen Wiederverheiratung

BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 – 2 AZR 746/14

### Entscheidung des BAG nach Vorabentscheidung des EuGH

- Es liegt kein verhaltensbedingter Grund vor. Das aus dem Arbeitsvertrag iVm. GrO folgende Verbot der Eingehung einer kirchenrechtlich ungültigen Ehe ist unwirksam gem. § 7 II AGG, da nur katholische Arbeitnehmer hiervon erfasst werden.
- Der Kläger werde wegen seiner (katholischen) Religion benachteiligt, ohne dass ein Rechtfertigungsgrund gem. § 9 II AGG vorliege.

„Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, ... von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.“

- Im Einklang mit der RL 2000/78/EG und dem EuGH unterliegen diese Anforderungen einer vollen gerichtlichen Kontrolle. Die Kirchen dürfen ihre Mitarbeiter nur dann je nach Religionszugehörigkeit unterschiedlich behandeln, wenn es sich um eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung handelt.

## 2. Kündigung eines katholischen Chefarztes wegen Wiederverheiratung

BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 – 2 AZR 746/14

### Entscheidung des BAG nach Vorabentscheidung des EuGH

- Besonderer Rechtfertigungsgrund Art. 4 II UAbs. 2 RL 2000/78/EG bzw. § 9 II AGG
  - „wesentlich“ ist eine berufliche Anforderung, sofern die Zugehörigkeit zu einer Religion aufgrund der Bedeutung der beruflichen Tätigkeit für die „Bekundung des Ethos“ der Religionsgemeinschaft notwendig erscheinen muss.
  - „rechtmäßig“ ist die Anforderung, wenn sie nicht zur Verfolgung eines sachfremden Ziels dient.
  - „gerechtfertigt“: Kirche muss dartun, dass ohne die Anforderung die Beeinträchtigung ihres Ethos wahrscheinlich und erheblich ist.
  - Zudem noch Prüfung der Verhältnismäßigkeit
- Das BAG ließ offen, ob sich eine kirchliche Einrichtung überhaupt auf Art. 4 II UAbs. 2 RL 2000/78/EG bzw. § 9 II AGG berufen könne, wenn sie sich in «marktüblicher Weise im Gesundheitswesen» betätigt.

## 2. Kündigung eines katholischen Chefarztes wegen Wiederverheiratung

BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 – 2 AZR 746/14

### Entscheidung des BAG nach Vorabentscheidung des EuGH

Argumente des Krankenhausträgers

BAG

„religiöse Dimension der karitativen Tätigkeit“, insbesondere im Bereich der Onkologie.



Mag sein, gilt aber auch für nicht-katholische Ärzte.

Repräsentationsfunktion des Chefarztes.



Erklärt nicht unterschiedliche Loyalitätspflichten in Abhängigkeit von der Religionszugehörigkeit.

Vorbildfunktion des Chefarztes.



Auch hier ist nicht erkennbar, wieso dies unterschiedlich abgestufte Loyalitätspflichten rechtfertigen soll.

## 2. Kündigung eines katholischen Chefarztes wegen Wiederverheiratung

BAG, Urteil vom 20. Februar 2019 – 2 AZR 746/14

### Was darf die Kirche noch?

- Bewerberauswahl nach der Religionszugehörigkeit?
  - allenfalls unter den strengen Voraussetzungen des EuGH/BAG, d. h. der kirchliche Arbeitgeber muss nachweisen, dass es sich um eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung handelt.
  - Im Krankenhausbereich m. E. praktisch ausgeschlossen.
- Loyalitätspflichten?
  - ohne Rücksicht auf die Religionszugehörigkeit geltende Loyalitätspflichten: kirchenfreundlicher Maßstab des BVerfG
  - nach Religionszugehörigkeit gestufte Loyalitätspflichten: strenger Maßstab des EuGH/BAG, m. E. von Ausnahmefällen abgesehen nicht zu rechtfertigen.

### 3. Pauschalvergütung von Überstunden durch Betriebsvereinbarung

BAG, Urteil vom 26. Juni 2019 - 5 AZR 452/18

#### Sachverhalt:

- Kläger ist Gewerkschaftssekretär bei ver.di. Die Arbeitsvertragsparteien haben „Vertrauensarbeitszeit“ vereinbart.
- Auf das Arbeitsverhältnis findet eine Gesamtbetriebsvereinbarung Anwendung, die vorsieht, dass Gewerkschaftssekretäre, die regelmäßig Mehrarbeit leisten, pauschal 9 Tage Freizeitausgleich pro Jahr erhalten.
- Die anderen Mitarbeiter erhalten hingegen für jede geleistete Überstunde Freizeitausgleich bzw. Vergütung zzgl. Überstundenzuschlag.
- Kläger verlangt knapp 10.000 € Überstundenvergütung unter Hinweis auf seine vom Vorgesetzten abgezeichneten Zeiterfassungsbögen.

### 3. Pauschalvergütung von Überstunden durch Betriebsvereinbarung

BAG, Urteil vom 26. Juni 2019 - 5 AZR 452/18

#### Entscheidung:

- Zu dieser Entscheidung liegt bislang nur eine PM vor.
- Zurückverweisung an das LAG zur weiteren Sachaufklärung.
- Die GBV sei unwirksam, soweit sie für bestimmte Gewerkschaftssekretäre eine Pauschalabgeltung von Überstunden vorsehe.
- Der Anwendungsbereich verstoße mit der Voraussetzung „regelmäßige Mehrarbeit“ gegen das Gebot der Normenklarheit, weil nicht klar ersichtlich sei, wann dies der Fall sein soll.
- Außerdem Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Eine wie auch immer geartete Regelmäßigkeit von Überstunden sei kein taugliches Differenzierungskriterium dafür, ob die Überstunden „spitz“ oder „pauschal“ abgerechnet werden.

### 3. Pauschalvergütung von Überstunden durch Betriebsvereinbarung

BAG, Urteil vom 26. Juni 2019 - 5 AZR 452/18

#### Bewertung:

- Ein Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot ( § 75 BetrVG) ist mE denkbar. Nicht erkennbar ist allerdings, inwieweit sachliche Gründe für eine Differenzierung vorgetragen wurden.
- Der vom BAG angenommene Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit wirft Fragen auf.
  - Der Begriff entstammt der Rspr. des BVerfG zum Rechtsstaatsprinzip. Insbesondere grundrechtseinschränkende Gesetze müssen hiernach Voraussetzungen und Reichweite des Grundrechtseingriff erkennen lassen.
  - Spielte bislang in der Rspr. des BAG eher eine untergeordnete Rolle, v. a. bei unverständlichen Tarifvorschriften (vgl. BAG v. 18.10.2012 – 6 AZR 261/11; BAG v. 25.04.2013 – 6 AZR 800/11).

### 3. Pauschalvergütung von Überstunden durch Betriebsvereinbarung

BAG, Urteil vom 26. Juni 2019 - 5 AZR 452/18

#### Bewertung:

- Die Verwendung von unbestimmten – auslegungsbedürftigen – Rechtsbegriffen wurde jedenfalls bislang kaum als problematisch empfunden, zumal auch bei formellen Gesetzen unbestimmte Rechtsbegriffe gang und gäbe sind.
- Ob durch die Entscheidung neue (höhere) Anforderungen an die Bestimmtheit von Regelungen in Betriebsvereinbarungen gestellt werden, bleibt abzuwarten.



## 4. Auskunftsanspruch des Betriebsrats – Schutz personenbezogener (sensibler) Daten

BAG, Urteil vom 9. April 2019 – 1 ABR 51/17

### Sachverhalt:

- Der Betriebsrat verlangt von der Arbeitgeberin, ihm unaufgefordert über jede Schwangerschaft Auskunft zu erteilen, die ihr bekannt wird. Er begründet dies damit, dass er eine allgemeine Überwachungspflicht hinsichtlich der zugunsten der Schwangeren bestehenden Gesetze hat (insbesondere das MuSchG)
- Die Arbeitgeberin ist hierzu nur bereit, wenn die Schwangere der Weitergabe an den Betriebsrat nicht widerspricht.
- Der Betriebsrat verlangt, dass auch im Falle eines Widerspruchs der betroffenen Schwangeren diese Information weitergegeben wird.

## 4. Auskunftsanspruch des Betriebsrats – Schutz personenbezogener (sensibler) Daten

BAG, Urteil vom 9. April 2019 – 1 ABR 51/17

### Entscheidung:

- Das bisherige Vorbringen des BR trägt nach Auffassung des BAG den geltend gemachten Auskunftsanspruch nicht.
- Derzeit sei schon kein konkreter Aufgabenbezug ersichtlich.
  - Der BR müsse schon die konkrete Arbeitsschutzvorgabe benennen, die er überwachen will und die sein Auskunftsverlangen tragen soll.
  - Einzelne Schutzpflichten betreffen nur besondere Situationen (z. B. Nachtarbeit) und betreffen daher nicht jede schwangere Mitarbeiterin.
  - Diesen Anforderungen wird der BR bislang in keiner Weise gerecht.

## 4. Auskunftsanspruch des Betriebsrats – Schutz personenbezogener (sensibler) Daten

BAG, Urteil vom 9. April 2019 – 1 ABR 51/17

### Entscheidung:

- Zurückverweisung an das LAG mit den folgenden Maßgaben:
  - Prüfung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit: Wenn ein Auskunftsanspruch bejaht werde, stehe gleichzeitig die Erforderlichkeit der Verarbeitung (sensibler) personenbezogener Daten fest.
  - Aber: der Betriebsrat müsse angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen, z. B:
    - Maßnahmen der Datensicherheit
    - Beschränkung der Kenntnis auf bestimmte BR-Mitglieder
    - Löschkonzept
  - Diese Maßnahmen sind Anspruchsvoraussetzung! Solange der BR keine oder nur unzureichende Maßnahmen zum Schutz dieser Daten trifft, darf der Arbeitgeber die Auskunft verweigern.
  - Es kann offen bleiben, ob der BR selbst verantwortliche Stelle ist oder Teil hiervon

## 4. Auskunftsanspruch des Betriebsrats – Schutz personenbezogener (sensibler) Daten

BAG, Urteil vom 9. April 2019 – 1 ABR 51/17

### Rechtlicher Hintergrund:

- Art. 9 I verbietet die Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten (Rasse und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse und weltanschauliche Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, genetische und biometrische Daten, Gesundheitsdaten und Daten zum Sexualleben bzw. der sexuellen Orientierung).
- Öffnungsklausel in Art. 9 II lit b DSGVO zur Erfüllung arbeitsrechtlicher Pflichten nach dem nationalen Recht.
- Hiervon hat Deutschland in § 26 BDSG Gebrauch gemacht: Verarbeitung ist zulässig,

„...wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, [...] erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.“

## 4. Auskunftsanspruch des Betriebsrats – Schutz personenbezogener (sensibler) Daten

BAG, Urteil vom 9. April 2019 – 1 ABR 51/17

### Rechtlicher Hintergrund:

- Zusätzlich gelten die Anforderungen des § 22 II BDSG. Es sind hiernach

„...angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen“

- Diese sind (beispielhaft):
  - technisch organisatorische Maßnahmen,
  - Sensibilisierung der an Verarbeitungsvorgängen Beteiligten,
  - Beschränkung des Zugangs zu den personenbezogenen Daten innerhalb der verantwortlichen Stelle und von Auftragsverarbeitern,
  - Pseudonymisierung
  - Verschlüsselung

## 4. Auskunftsanspruch des Betriebsrats – Schutz personenbezogener (sensibler) Daten

BAG, Urteil vom 9. April 2019 – 1 ABR 51/17

### Bewertung:

- Die Entscheidung verdeutlicht, dass Betriebsräte sich verstärkt mit Datenschutz auseinandersetzen müssen.
- Arbeitgeber sollten Betriebsräte hierzu im eigenen Interesse unterstützen.
- Offene Frage: Darf der Arbeitgeber dem BR sensible personenbezogene Daten überlassen, wenn er weiß, dass dieser keine angemessenen und spezifischen Maßnahmen iSv § 22 II BDSG getroffen hat?
- Problematisch, wenn ein Arbeitgeber den BR nach § 102 BetrVG anhören will zu einer krankheitsbedingten Kündigung!

## 5. Unterlassungsanspruch des Betriebsrats – Einwand des Rechtsmissbrauchs

BAG, Urteil vom 12. März 2019 – 1 ABR 42/17

### Sachverhalt:

- Beklagte betreibt ein Krankenhaus. Sie legt dem BR jeweils im Vormonat die Dienstpläne für den Folgemonat zur Genehmigung vor.
- Seit März 2015 weigert sich der BR, die Dienstpläne zu genehmigen. Er ist der Auffassung, mit dem derzeitigen Personalbestand könnten keine gesetzes- und tarifkonformen Dienstpläne aufgestellt werden.
- Anträge auf Errichtung einer Einigungsstelle lehnt der BR stets ab („nicht sinnvoll“, „zu komplex für eine Einigungsstelle“).
- Der Arbeitgeber beantragt seitdem monatlich beim ArbG die Errichtung einer Einigungsstelle. Zur Aufnahme der Tätigkeit einer Einigungsstelle kommt es im Ergebnis nie.
- Die Arbeitgeberin gibt gleichwohl die Dienstpläne monatlich im Betrieb bekannt.
- Der Betriebsrat begehrt im Beschlussverfahren von der Arbeitgeberin Unterlassung, ohne seine Zustimmung Dienstpläne aufzustellen oder abzuändern.

## 5. Unterlassungsanspruch des Betriebsrats – Einwand des Rechtsmissbrauchs

BAG, Urteil vom 12. März 2019 – 1 ABR 42/17

### Entscheidung:

- Unterlassungsanspruch besteht nicht, weder der allgemeine noch der aus § 23 III BetrVG folgende.
- Zwar hat die Arbeitgeberin das Mitbestimmungsrecht des BR aus § 87 I Nr. 2, 3 BetrVG mehrfach verletzt, in dem sie monatlich ohne die erforderliche Einigung mit dem BR zustande gekommene Dienstpläne bekannt gegeben und damit ihr Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern ausgeübt hat.
- Grundsätzlich ist auch unerheblich, dass sie zuvor erfolglos versucht hat, dass Einigungsstellenverfahren durchzuführen.
- Ausnahmsweise steht vorliegend dem Unterlassungsanspruch aber der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. Dieser Einwand folgt auf § 2 I BetrVG.



## 5. Unterlassungsanspruch des Betriebsrats – Einwand des Rechtsmissbrauchs

BAG, Urteil vom 12. März 2019 – 1 ABR 42/17

### Entscheidung:

- Eine unzulässige Rechtsausübung kann ausnahmsweise vorliegen, wenn sich eine Betriebspartei auf eine formale Rechtsposition beruft, die sie durch ein in erheblichem Maße eigenes betriebsverfassungswidriges Verhalten erlangt hat.
- Der Betriebsrat hat bei der Aufstellung der Dienstpläne, die für den ordnungsgemäßen Krankenhausbetrieb essentiell sind, eine Mitwirkungspflicht § § 74 I 2 iVm 2 I BetrVG.
- Vorliegend hat der BR hiergegen massiv verstoßen, da er weder konstruktiv mit der Arbeitgeberin verhandelt hat noch sich auf die gesetzlich vorgesehene Konfliktlösung (dh Einigungsstelle) eingelassen hat.
- Etwaige Verstöße einzelner Dienstpläne gegen gesetzliche und tarifliche Vorgaben rechtfertigen die Blockadehaltung des BR nicht.
- Die Arbeitgeberin hat indes alles erforderliche zur Verwirklichung der Mitbestimmung getan.

## 5. Unterlassungsanspruch des Betriebsrats – Einwand des Rechtsmissbrauchs

BAG, Urteil vom 12. März 2019 – 1 ABR 42/17

### Bewertung:

- Die Entscheidung überzeugt. Der BR hat hier den Bogen schlicht überspannt.
- Trotzdem sollte sich ein Arbeitgeber nicht darauf verlassen, dass bei einem „bockigen“ BR der Einwand des unzulässigen Rechtsausübung greift.
- Der Fall zeigt aber, dass gerade bei der neuralgischen Mitbestimmung gem. § 87 I Nr. 2, 3 BetrVG geeignete Vorkehrungen extrem wichtig sind. In Betracht kommen:
  - Rahmenvereinbarungen / -dienstpläne, Auffangregelungen im Falle der Nicht-Einigung.
  - ständige Einigungsstellen (v. a. in Großbetrieben)
  - Alternative Konfliktlösungsmechanismen, die – außerhalb einer Einigungsstelle – eine schnelle Lösung ermöglichen (z. B. interne Schlichtungsstellen),

## 6. Mitbestimmung bei der Zuteilung von Aktienoptionen durch ausländische Konzernmutter

BAG, Beschluss vom 12.06.2019 – 1 ABR 57/17

### Sachverhalt:

- Arbeitgeberin ist deutsche Tochtergesellschaft einer amerikanischen Konzernmutter.
- Ein bei der Konzernmutter bestehender Vergütungsausschuss entscheidet jährlich, ob und welchen Arbeitnehmern Stock Options und Time-Based Restricted Stock Unit Awards zugeteilt werden.
- Seit 2015 hat die Arbeitgeberin kein eigenes Vorschlagsrecht mehr.
- Die Arbeitsverträge der potentiell begünstigten Arbeitnehmern erwähnen die Aktienoptionen nicht.
- Die Arbeitgeberin rechnet lediglich die Lohnsteuer für den geldwerten Vorteil ab, soweit Optionsrechte ausgeübt werden.
- Der Betriebsrat reklamiert ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 10 BetrVG.

## 6. Mitbestimmung bei der Zuteilung von Aktienoptionen durch ausländische Konzernmutter

BAG, Beschluss vom 12.06.2019 – 1 ABR 57/17

### Entscheidung:

- Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates:
  - Es fehlt schon eine Handlung der Arbeitgeberin, an die ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates anknüpfen könnte.
  - Anhaltspunkte, dass die Arbeitgeberin Einfluss auf die Verteilung nimmt, bestehen nicht.
  - Dies gilt selbst dann, wenn – wie der BR behauptet – die Konzernmutter auf die von der Arbeitgeberin im HR-System hinterlegten Leistungsbeurteilungen Zugriff nimmt.
  - Die Arbeitgeberin ist auch nicht aus § 75 BetrVG verpflichtet, bei ihrer Muttergesellschaft Einfluss auf die Vergabekriterien zu nehmen.

## 6. Mitbestimmung bei der Zuteilung von Aktienoptionen durch ausländische Konzernmutter

BAG, Beschluss vom 12.06.2019 – 1 ABR 57/17

### Bewertung:

- Die Entscheidung ist knapp und überzeugend begründet: Wo kein Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers besteht, kann auch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates entstehen.
- Bei einer inländischen Muttergesellschaft würde sich die Sachlage etwas anders darstellen. Hier könnte ein Mitbestimmungsrecht auf Konzernebene ansetzen, soweit ein Konzernbetriebsrat gebildet wurde.
- Bei ausländischen Konzernmüttern besteht hingegen – wenn man so will – eine Schutzlücke.
- Auch individualrechtlich sind Ansprüche idR schwer durchsetzbar (ggf. Anwendbarkeit deutschen Rechts fraglich, ausländischer Gerichtstand, Vollstreckung im Ausland).

BAG, Urteil vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17

### Sachverhalt:

- Klägerin war bei der beklagten Behörde 1991-1992 als Hilfsbearbeiterin für Kindergeld beschäftigt.
- Sie ging vom 15.10.2014 bis 30.06.2016 erneut ein (sachgrundlos) befristetes Arbeitsverhältnis bei der Beklagten ein.
- Nach Ablauf der Befristung erhebt sie Befristungskontrollklage und beruft sich auf das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG

„Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat“

BAG, Urteil vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17

### Rechtlicher Hintergrund:

- 7. Senat des BAG hatte ursprünglich angenommen, dass keine einer sachgrundlosen Befristung entgegenstehende Vorbeschäftigung besteht, wenn zwischen beiden Arbeitsverhältnissen mindestens drei Jahre liegen.
- BVerfG, Beschluss vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 hatte in dieser Rechtsprechung eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung contra legem gesehen, hatte aber Ausnahmen für denkbar gehalten:

„Das ... Verbot der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags kann insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist. So liegt es etwa bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit ..., bei Werkstudierenden und studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung ...oder bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht“

BAG, Urteil vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17

### Rechtlicher Hintergrund:

- Im Nachgang zur Entscheidung des BVerfG hat das BAG im Urteil vom 23.01.2019 – 7 AZR 733/16 angenommen, dass 8 Jahre zwischen Ende der Zuvor-Beschäftigung und erneuter Begründung eines Arbeitsverhältnis noch nicht genügen.
- Allein der Zeitablauf von 8 Jahren genügt jedenfalls nicht.

„Nach der Entscheidung des BVerfG genügt es nicht, dass das Vorbeschäftigungsverhältnis lang zurückliegt, es muss vielmehr sehr lang zurückliegen. Das kann bei einem Zeitraum von acht Jahren nicht angenommen werden.“



BAG, Urteil vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17

### Entscheidung:

- Die sachgrundlose Befristung des 2014 geschlossenen Arbeitsvertrages war zulässig.
  - 22 Jahre sind „sehr lange“ im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG.
  - Besondere Umstände die dennoch eine Anwendung des Vorbeschäftigungsverbot es gebieten könnten, liegen nicht vor.
- Dies lässt zumindest offen, dass trotz Ablauf von 22 Jahren im Einzelfall das Vorbeschäftigungsverbot doch einmal greifen könnte.

## 8. Verhältnis Beschäftigungsanspruch Schwerbehinderter zur unternehmerischen Freiheit

BAG, Urteil vom 16. Mai 2019 – 6 AZR 329/18

### Sachverhalt:

- Schwerbehinderter Kläger ist bei der beklagten Gießerei als Kernmacher tätig.
- Die Beklagte kündigt nach einem erheblichen Rückgang des Arbeitsvolumens aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste u. a. den Kläger
- Der Kläger bestreitet nicht den Wegfall seines Arbeitsplatzes, meint jedoch, der aus § 164 IV Nr. 1 SGB IX folgende Beschäftigungsanspruch stehe einer unternehmerischen Entscheidung entgegen, die zum Fortfall seines Arbeitsplatzes führte.

## 8. Verhältnis Beschäftigungsanspruch Schwerbehinderter zur unternehmerischen Freiheit

BAG, Urteil vom 16. Mai 2019 – 6 AZR 329/18

### Entscheidung:

- Klage blieb erfolglos.
- Im Ausgangspunkt gewährt § 164 IV Nr. 1 SGB IX dem schwerbehinderten AN einen Anspruch auf Beschäftigung, bei der er seine Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln kann.
- Im bestehenden Arbeitsverhältnis können sb AN bis zur Grenze der Zumutbarkeit die Durchführung ihres Arbeitsverhältnisses entsprechend ihrer gesundheitlichen Situation verlangen. Die Organisationsfreiheit des AG ist insoweit eingeschränkt.
- Der Beschäftigungsanspruch schließt Tätigkeiten mit ein, die nicht vom Direktionsrecht umfasst werden. Der sb AN kann insoweit Vertragsanpassung verlangen.
- Der AG ist jedoch nicht daran gehindert, eine unternehmerische Entscheidung zu treffen, die zum Fortfall des Arbeitsplatzes des sb AN führt. Er ist auch nicht verpflichtet, für den sb AN einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen oder freizukündigen.
- Diese unternehmerische Entscheidung ist – wie auch sonst – nur auf Willkürfreiheit zu prüfen.

## 8. Verhältnis Beschäftigungsanspruch Schwerbehinderter zur unternehmerischen Freiheit

BAG, Urteil vom 16. Mai 2019 – 6 AZR 329/18

### Bewertung:

- Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung bleibt sakrosankt.
- Im Ergebnis sind bei betriebsbedingten Kündigungen sb AN keine Besonderheiten zu beachten, insbesondere sind keine höheren Anforderungen zu stellen.
- Die Bedeutung des Beschäftigungsanspruch § 164 IV SGB IX liegt daher im laufenden Arbeitsverhältnis, insbesondere bei behinderungsbedingten Störungen

## 9. Pflicht zur Einrichtung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung

EuGH, Urteil vom 14. Mai 2019 – C-55/18 (CCOO ./ Deutsche Bank SAE)

### Sachverhalt (Ausgangsverfahren):

- Spanische Gewerkschaft verlangt von der spanischen Niederlassung der Deutschen Bank die Einrichtung eines Systems zur Erfassung der Arbeitszeit.
- Das bestehende System erfasste nur ganztägige Fehlzeiten wie Urlaub oder Krankheit, nicht jedoch die geleisteten Arbeitsstunden.
- Das spanische Recht sieht keine Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit vor. Der Nationale Gerichtshof hegte Zweifel an der Vereinbarkeit mit Europäischem Recht und legte die Angelegenheit dem EuGH vor.

## 9. Pflicht zur Einrichtung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung

EuGH, Urteil vom 14. Mai 2019 – C-55/18 (CCOO ./ Deutsche Bank SAE)

### Entscheidung:

- Aufgrund der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG müssen nationale Regelungen der Mitgliedsstaaten ein System zur objektiven und verlässlichen Feststellung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit verpflichtend vorsehen.
- Ohne ein solches System gäbe es nämlich keine Garantie dafür, dass die in der Arbeitszeitrichtlinie vorgegebenen Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten tatsächlich eingehalten werden.
- Auf die Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, der Eigenheiten bestimmter Unternehmen, namentlich ihrer Größe, darf Rücksicht genommen werden.
- Gleiches gilt, wenn die Dauer der Arbeitszeit wegen besonderer Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht bemessen und/oder vorherbestimmt seien oder von den Arbeitnehmern selbst bestimmt werden könnten.

## 9. Pflicht zur Einrichtung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung

EuGH, Urteil vom 14. Mai 2019 – C-55/18 (CCOO ./ Deutsche Bank SAE)

### Folgerungen:

- Erst einmal keine: Die Richtlinie stellt kein unmittelbar geltendes Recht dar. Eine richtlinienkonforme Auslegung bestehender nationaler Regelungen ist m. E. nicht möglich.
- Insbesondere kann eine umfassende Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung nicht § 16 II ArbZG im Wege richtlinienkonformer Auslegung entnommen werden.
- § 16 II ArbZG sieht derzeit nur die Aufzeichnung der 8 Stunden täglich überschreitenden Arbeitszeit vor. Eine umfassende Aufzeichnungspflicht ist mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht vereinbar.

## 9. Pflicht zur Einrichtung eines Systems zur Arbeitszeiterfassung

EuGH, Urteil vom 14. Mai 2019 – C-55/18 (CCOO ./ Deutsche Bank SAE)

### Anforderungen an eine gesetzliche Neuregelung:

- Das System muss objektiv und verlässlich eine Erfassung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit ermöglichen, nicht nur die Gesamtdauer (sonst keine Kontrolle der Ruhezeiten möglich).
- Rücksicht auf die Größe des Unternehmens?
  - Eine pauschale Herausnahme von Kleinunternehmen erscheint nicht sachgerecht.
  - Auch bei den recht umfassenden Dokumentationspflichten nach dem MiLoG für bestimmte Branchen (Gastronomie, Baugewerbe, Logistik usw.) werden Kleinunternehmen nicht ausgenommen.
- Abwälzung auf Arbeitnehmer möglich?
  - ist die eigenverantwortliche Dokumentation noch „objektiv und verlässlich“ im Sinne des EuGH?
  - Andererseits: auch die Bedienung vom Arbeitgeber bereitgestellter Systeme setzt idR eine ordnungsgemäße Eingabe durch den Arbeitnehmer voraus.



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Ulrich Kortmann  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Hohenstaufenring 57  
50674 Köln  
Tel.: +49 - (0)221 / 50003 – 717  
Fax: +49 - (0)221 / 50003 – 636  
[www.michelspmks.de](http://www.michelspmks.de)  
E-Mail: [kortmann@michelspmks.de](mailto:kortmann@michelspmks.de)