

# Rundbrief

## ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte.

### **Manske & Partner**

Bärenschanzstraße 4  
90429 Nürnberg  
Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 265150  
kanzlei@manske-partner.de  
www.manske-partner.de

### **Europäische Datenschutzgrundverordnung**

Beschränkung der Informationsrechte des Betriebsrats? | Seite 3

### **Betriebsratswahl 2018**

Die ersten Schritte auf dem Weg zur erfolgreichen Wahl. | Seite 8

### **Diskriminierungs-Entschädigung steuerfrei**

Finanzgericht Rheinland-Pfalz bestätigt Vorteil gegenüber Abfindungen. | Seite 13

### **Unwiderrufliche Freistellung**

Probleme mit dem Arbeitslosengeld. | Seite 15

### **Arbeit 4.0 und Betriebsräte**

Wie nähert man sich dem Thema? | Seite 19

### **Echte Mitbestimmung bei Einstellungen**

BAG: § 87 Absatz 1 Nr. 2 ergänzt § 99 BetrVG. | Seite 25



Arbeitnehmer-  
Anwälte

in ganz Deutschland

→ Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Dortmund, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Hannover, Mannheim, Nürnberg, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

**[www.arbeitnehmer-anwaelte.de](http://www.arbeitnehmer-anwaelte.de)**

## Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) Beschränkung der Informationsrechte des Betriebsrats?



2018 wird in Fragen des Arbeitnehmerdatenschutzes eine neue Zeitrechnung beginnen: Die Europäische Datenschutzgrundverordnung wird ab 25. Mai ihre Wirksamkeit entfalten. Sie geht dann den eigenen Datenschutzgesetzen der EU-Staaten vor. Dieser Anwendungsvorrang bedeutet, dass Behörden und Gerichte deutsche Vorschriften - wie das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) - nicht anwenden dürfen, sofern die DSGVO gleiche Inhalte regelt. Zu spüren wird das in Deutschland vor allem durch einen neuen § 26 im BDSG sein, der die Vorgaben der DSGVO umsetzen soll. Die geplante neue Fassung des BDSG liegt bisher nur als Entwurf vor (BDSG-E). - Auch für die Arbeit der Betriebsräte werden sich viele neue Fragen stellen, unter anderem: Was wird aus den Informationsrechten des Betriebsrats?

## → Aktuelle Rechtslage

Das Zusammenspiel von Informationsrechten aus dem Betriebsverfassungsrecht und dem Datenschutz ist ein heiß umstrittenes Feld. Der Informationsanspruch des Betriebsrats ergibt schon aus der allgemeinen Regelung in § 80 Absatz 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Die Vorschrift ist jedoch nicht abschließend. Weitere Informationsansprüche des Betriebsrats können aus besonderen Normen des BetrVG oder auch aus einer Betriebsvereinbarung folgen.

Voraussetzung für ein Informationsrecht (und damit einhergehend eines Rechts auf Herausgabe von Unterlagen) ist aber immer ein **Aufgabenbezug**. Das Informationsrecht besteht also nicht um seiner selbst willen, sondern nur, wenn die Information gebraucht wird, um eine Aufgabe des Betriebsrats zu erfüllen.

Dabei kann sich das Informationsrecht des Betriebsrats natürlich auch auf personenbezogene Daten von Arbeitnehmern beziehen. Das ist etwa beim Einblick in die Bruttolohnlisten, bei Auskunft über „Stempelzeiten“ im Zeiterfassungssystem oder bei Auskunft über Zielvereinbarungen und vielem mehr der Fall.

Arbeitgeber versuchen schon heute, die berechtigten Informationsbegehren des Betriebsrats mit dem Argument zurückzuweisen, der Datenschutz des einzelnen Arbeitnehmers stehe entgegen oder es bedürfe der ausdrücklichen Einwilligung des Arbeitnehmers, dass die Daten herausgegeben werden dürften. Eine Einwilligung liegt in solchen Fällen natürlich nie vor. Sie ist aber auch gar nicht erforderlich, da der Einwand der Arbeitgeberseite falsch ist: Datenschutzrechtlich ist nämlich der Betriebsrat, der eine Information vom Arbeitgeber verlangt, keine eigene datenverarbeitende Stelle im Sinn des BDSG. Vielmehr ist er Teil der datenverarbeitenden Stelle „Arbeitgeber“. Damit stellt die Informationsgewährung auch keine **Datenübermittlung** dar, sondern lediglich eine **Datennutzung**.

**»Gewährt die Arbeitgeberin einem Betriebsratsmitglied ... Einsicht in die Bruttoentgeltlisten, handelt es sich um eine nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässige Form der Datennutzung. Dies folgt schon daraus, dass die Beteiligungsrechte der Interessenvertretung der Beschäftigten nach § 32 Abs. 3 BDSG durch die nach Abs. 1 dieser Bestimmung erlaubte Datennutzung nicht berührt werden. Zu den Interessenvertretungen ... zählt auch der Betriebsrat. Hinzu kommt, dass dieser selbst Teil der verantwortlichen Stelle im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG ist ...«**

LAG Schleswig-Holstein 09.02.2016, 1 TaBV 43/15

**»Der Arbeitgeber ist zur Vorlage von individuellen Zielvereinbarungen und der damit einhergehenden Informationen an den Betriebsrat aufgrund einer Betriebsvereinbarung zu Zielfestlegung und Leistungsbewertung verpflichtet.«**

LAG Niedersachsen 01.11.2016, 3 TaBV 32/15, Leitsatz [www.rechtsprechung.niedersachsen.de](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de)

Natürlich gilt der Betriebsrat nur dann als Teil der datenverarbeitenden Stelle, wenn der geltend gemachte Informationsanspruch auch tatsächlich aufgabenbezogen ist. Ferner unterliegt der Betriebsrat als Teil der verantwortlichen Stelle natürlich auch den Vorgaben des Datenschutzgesetzes selbst, wie etwa Datensparsamkeit und Datengeheimnis etc. Liegt ein Aufgabenbezug also vor, wird auch keine Einwilligung des Arbeitnehmers benötigt.

Obwohl diese Grundsätze eigentlich hinlänglich bekannt und in der Rechtsprechung anerkannt sind, sind sie häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, da Arbeitgeber gern einen uninformierten Betriebsrat sehen möchten. „Wissen ist Macht“ wird hier sehr ernst genommen.



### **Zu befürchtende Argumentation nach DSGVO**

Die Datenschutzgrundverordnung könnte nun diese häufigen Auseinandersetzungen nochmals befeuern. Schon bringen die Arbeitgeberanwälte in der juristischen Literatur ihre Argumente vor.

Hier wird vor allem auf Artikel 88 DSGVO verwiesen werden. Dort sind in Absatz 2 umfassende Garantien zum Schutz der von der Datenverarbeitung betroffenen Personen enthalten. Der Entwurf des § 26 BDSG sieht nun vor, dass die Datenverarbeitung auch zur Erfüllung und Ausübung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten zulässig ist. Jedoch erlaubt § 26 Absatz 1 BDSG-E die Verarbeitung personenbezogener Daten nur, sofern und soweit diese Verarbeitung „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“.

Und hier könnte die Verhinderungsstrategie der Arbeitgeberseite ansetzen: Der Begriff der „Erforderlichkeit“ sei nämlich vor allem durch datenschutzrechtliche Vorgaben geprägt – und nicht solche des Betriebsverfassungsrechts. Insofern trete „hier eine objektive Interessenabwägung zwischen dem Informationsinteresse des Betriebsrats und den davon betroffenen Interessen sowie Grundrechten und Grundfreiheiten der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers an die Stelle einer weitgehend subjektiven Feststellung eines möglichen betriebsverfassungsrechtlichen Aufgabenbezugs durch den Betriebsrat“ (Wybitul 2017). Deshalb sei der Arbeitgeber künftig an diese strengeren Vorgaben bei der Weitergabe von Informationen an den Betriebsrat gebunden, ebenso wie der Betriebsrat bei der Verarbeitung von Daten. Da die Einwilligung in die Verarbeitung von Daten einen Erlaubnistatbestand darstellt, wird möglicherweise auch das Argument Wiederauferstehung feiern, dass der Arbeitnehmer vor der Übermittlung von Informationen an den Betriebsrat dem zustimmen müsse.



### **Gegenargumente**

Auch wenn die Argumentationskette zunächst schlüssig klingen mag, so kann man als Betriebsrat gehalten: Denn eine Einschränkung der Informationsrechte des Betriebsrates sehen die DSGVO und der Entwurf des § 26 BDSG gerade nicht vor. Der hier benutzte Begriff der „Erforderlichkeit“ stellt schon immer darauf ab, dass eine Maßnahme notwendig sein muss, ein gesetztes legitimes Ziel zu erreichen. Mit anderen Worten: Es darf kein milderer Mittel ersichtlich sein, das ausreichend ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Das ist jedoch keine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Schon immer forderte das Bundesarbeitsgericht vom Betriebsrat, dass dieser einen betriebsverfassungsrechtlichen Aufgabenbezug herstellt. Mit anderen Worten: Der Betriebsrat muss die personenbezogenen Daten benötigen, um eine Aufgabe, die ihm das Betriebsverfassungsgesetz stellt, erfüllen zu können. Kann er diesen Zusammenhang herstellen, steht ihm das Informationsrecht genau so weit zu, dass er seine Aufgabe erfüllen kann. Somit liegt schon hier die objektive Schranke vor. Eine besondere Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers gegen die Interessen des Betriebsrats ist damit nicht erforderlich. Im Wesentlichen bleibt es somit bei den eingangs beschriebenen bisherigen Anforderungen der deutschen Rechtsprechung.

## Empfehlung

Sollte der Arbeitgeber die Herausgabe von Informationen an den Betriebsrat mit dem Argument Datenschutz verweigern, ist dies in den meisten Fällen unberechtigt. Natürlich muss sich der Betriebsrat selbst auch an die Vorgaben des Datenschutzes halten. Ist sich der Betriebsrat hier unsicher, wird er sich anwaltliche Beratung einholen.

### Siehe:

- Anwendungsvorrang der DSGVO: Gola/Pötters/Thüsing, RDV 2016, Seite 57
- Datenschutz steht der Information des Betriebsrats nicht entgegen:
  - Bezüglich der Bruttolohn- und -gehaltslisten: Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Beschluss vom 09.02.2016, Aktenzeichen 1 TaBV 43/15, [www.sit.de/lagsh/ehome.nsf](http://www.sit.de/lagsh/ehome.nsf), vergleiche Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 14.01.2014, Aktenzeichen 1 ABR 54/12, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)
  - Bezüglich Zielvereinbarungen: Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Beschluss vom 01.11.2016, Aktenzeichen 3 TaBV 32/15, [www.rechtsprechung.niedersachsen.de](http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de)
- Aufgabenbezug des Informationsanspruchs: Hessisches Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 04.05.2015, Aktenzeichen 16 TaBV 175/14, AiB 2016, Seite 62
- Kort, Schranken des Anspruchs des Betriebsrats auf Information gemäß § 80 BetrVG über Personaldaten der Arbeitnehmer, NZA 2010, Seite 1267
- Wybitul, Der neue Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG und Art. 88 DSGVO, NZA 2017, Seite 413



**Jürgen Markowski**

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Nürnberg

# Betriebsratswahl 2018

## Die ersten Schritte auf dem Weg zur erfolgreichen Wahl

Im Frühjahr 2018 ist es wieder so weit: in allen Betrieben sind Betriebsratswahlen durchzuführen. Ausgenommen sind nur diejenigen Betriebe, in denen nach dem 01.03.2017 jenseits des regulären Wahlzyklus ein neuer Betriebsrat gewählt wurde. Diese erst kürzlich gewählten Betriebsräte bleiben bis 2022 im Amt. - Was gibt es jetzt für alle anderen Betriebsräte zu tun?



### → Wann wird der Wahlvorstand bestellt?

Die Betriebsratswahlen werden durch Wahlvorstände durchgeführt, die der amtierende Betriebsrat bestellt. Mitglieder des Wahlvorstands können alle wahlberechtigten Beschäftigten des Betriebs sein. Das können auch solche Beschäftigten sein, die später für den Betriebsrat kandidieren möchten. Der Betriebsrat sollte schon jetzt darüber nachdenken, wer dieses Amt übernimmt, und den Wahlvorstand **im Herbst** bestellen. So bleibt für den Wahlvorstand ausreichend Zeit, sich das notwendige Wissen anzueignen und die Wahlen sorgfältig vorzubereiten. Allerspätestens ist der Wahlvorstand **zehn Wochen vor dem Ende der Amtszeit** des Betriebsrats zu bestellen.



→ **Gut zu wissen:** Wer für den Betriebsrat kandidiert, ist vor einer **Kündigung** geschützt. Sobald ein Wahlvorstand und eine vollständige Wahlvorschlagsliste mit ausreichend Stützunterschriften existieren, genießen alle auf der Vorschlagsliste genannten Kandidierenden einen besonders starken Kündigungsschutz gemäß § 15 Absatz 3 Kündigungsschutzgesetz. Ihnen kann nur aus wichtigem Grund und nur mit Zustimmung des Betriebsrats oder des Arbeitsgerichts gekündigt werden. Je früher ein Wahlvorstand bestellt wird, desto eher können mögliche Kandidierende abgesichert werden.

Die Vorschlagsliste muss mit Unterschriften von zwei Gewerkschaftsbeauftragten versehen sein oder von 5 % der wahlberechtigten Beschäftigten (mindestens jedoch 3 und maximal 50) durch Unterschrift gestützt sein. Für den Kündigungsschutz ist es nicht nötig, dass die Vorschlagsliste bereits beim Wahlvorstand eingereicht oder auch nur das Wahlausschreiben ausgehängt ist.

### Wie groß ist der Wahlvorstand?

Der Wahlvorstand besteht im Normalfall aus **drei** Mitgliedern. In Betrieben mit in der Regel mehr als 51 Wahlberechtigten, in denen die Wahl im sogenannten „normalen Wahlverfahren“ durchgeführt wird, kann diese Anzahl erhöht werden. In kleineren Betrieben, in denen das „vereinfachte Wahlverfahren“ zur Anwendung kommt (5 bis 50 Wahlberechtigte, nach Vereinbarung mit dem Arbeitgeber auch in Betrieben mit 51 bis 100 Wahlberechtigten), kann der Wahlvorstand nicht vergrößert werden. Im normalen Wahlverfahren ist zu beachten, die Mitgliederzahl nur dann erhöht werden darf, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich ist. Das kann zum Beispiel aufgrund der Größe des Betriebs, aufgrund von Schichtsystemen, wegen der Struktur des Betriebs oder der räumlichen Entfernung von Betriebsteilen zu bejahen sein. Die Zahl der Wahlvorstandsmitglieder muss immer **ungerade** sein. Es ist unbedingt darauf zu achten, dass eine Vergrößerung des Wahlvorstands nur dann beschlossen wird, wenn sie sich gut begründen lässt. Denn beschließt der Betriebsrat eine Vergrößerung des Wahlvorstands, ohne dass diese objektiv erforderlich ist, kann die Wahl allein aus diesem Grund angefochten werden.

### Sind Ersatzmitglieder zu bestellen?

Es empfiehlt sich, so viele Ersatzmitglieder für den Wahlvorstand zu bestellen, wie es Mitglieder gibt. Der Betriebsrat muss durch Beschluss festlegen, ob die Ersatzmitglieder sämtliche Wahlvorstandsmitglieder in einer bestimmten Reihenfolge vertreten sollen oder ob die Ersatzmitglieder jeweils einem bestimmten Vollmitglied zugeordnet werden. Wir empfehlen die erstgenannte Variante, da im Falle der Verhinderung von Vollmitglied und Ersatzmitglied weitere Ersatzmitglieder zur Verfügung stehen, die einspringen können.

### Wie erfolgt die Bestellung?

Kandidieren nur so viele Beschäftigte für den Wahlvorstand, wie Sitze zu vergeben sind, kann der Betriebsrat mit der Mehrheit der Anwesenden den Beschluss fassen, dass die Genannten zum Wahlvorstand bestellt werden. Für die Ersatzmitglieder



wird ein entsprechender Beschluss gefasst, wobei die Reihenfolge festzulegen ist, in der sie die Wahlvorstandsmitglieder vertreten.

Es empfiehlt sich, zumindest eine Person in den Wahlvorstand zu bestellen, die über Erfahrung mit Betriebsratsarbeit verfügt oder bereits in einem Wahlvorstand war. So ist mindestens ein Mitglied mit den formalen Abläufen (Beschlussfassung etc.) vertraut. Um dem Wahlvorstand größtmögliche Legitimation zu verleihen, sollte insbesondere in Betrieben mit mehreren Betriebsratsfraktionen darauf geachtet werden, dass Mitglieder verschiedener Fraktionen oder auch solche Mitglieder im Wahlvorstand vertreten sind, die nicht dem Betriebsrat angehören. Vorgeschrieben ist dies allerdings nicht. Es ist zu beachten, dass der Wunsch nach Repräsentation verschiedener Fraktionen kein Grund dafür ist, den Wahlvorstand zu vergrößern.

Werden mehr Beschäftigte für den Wahlvorstand vorgeschlagen, als Sitze zu vergeben sind, empfiehlt es sich, dass der Betriebsrat die Durchführung einer **Personenwahl** beschließt. Die Betriebsratsmitglieder können auf dieser Basis dann wählen, welche der vorgeschlagenen Beschäftigten gemeinsam den Wahlvorstand bilden sollen. Sie haben so viele Stimmen, wie Betriebsratssitze zu vergeben sind. Gewählt sind diejenigen, die die meisten Stimmen auf sich vereinigen. Der Betriebsrat muss vorher entscheiden, ob die Mitglieder und Ersatzmitglieder in getrennten Wahlgängen gewählt werden sollen oder ob ein einziger Wahlgang durchgeführt wird.

Der Betriebsrat bestellt ein Mitglied des Wahlvorstands als dessen Vorsitzende(n). Hat der Betriebsrat den Wahlvorstand bestellt, können dessen Mitglieder nicht abberufen werden. Nur das Arbeitsgericht kann den Wahlvorstand ersetzen (§ 18 Absatz 1 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz).

### Wie verschafft sich der Wahlvorstand das nötige Know-how?

Es ist anerkannt, dass der Besuch einer **Wahlrechts-Schulung** für jedes Wahlvorstandsmitglied erforderlich ist. Das gilt jedenfalls, wenn noch keine solche Schulung besucht wurde. Der Wahlvorstand kann nicht darauf verwiesen werden, dass nur ein oder zwei Wahlvorstandsmitglieder eine Schulung besuchen und ihr Wissen weitergeben. Geeignete Schulungen werden zum Beispiel von den gewerkschaftlichen Bildungsträgern und von Anwaltskanzleien angeboten. Sie können für größere Gremien auch als Inhouse-Schulung durchgeführt werden. Der Wahlvorstand muss einen Beschluss über die Entsendung seiner Mitglieder zu einer Wahlvorstandsschulung fassen. Die Kosten hat der Arbeitgeber zu tragen (§ 20 Absatz 3 BetrVG).

Das Recht zum Besuch einer Schulung besteht unseres Erachtens auch dann, wenn das Wahlvorstandsmitglied bereits eine Schulung zum Thema Wahlrecht besucht hat. Denn da das Wahlrecht ständig durch die Rechtsprechung weiterentwickelt wird, ist es für die ordnungsgemäße Wahl wichtig, sich im Rahmen einer Schulung das **aktuelle Wissen** anzueignen.

Ob auch die **Ersatzmitglieder** einen Anspruch auf den Besuch einer Wahlvorstandsschulung haben, ist nicht geklärt. Da die Ersatzmitglieder im Wahlverfahren unter Umständen Entscheidungen von großer Tragweite mit treffen müssen (zum Beispiel über die Gültigkeit von Vorschlagslisten), ist der Besuch einer Schulung jedenfalls für die ersten beiden Ersatzmitglieder als erforderlich zu erachten und unbedingt zu empfehlen. Verweigert die Arbeitgeberseite die Kostenübernahme, kann bei frühzeitiger Bestellung des Wahlvorstands noch rechtzeitig gerichtlich geklärt werden, ob die Schulungsteilnahme erforderlich ist.

### Kann der Wahlvorstand bei komplizierten Rechtsfragen juristischen Sachverstand hinzuziehen?

Im Wahlverfahren stellen sich dem Wahlvorstand diverse Rechtsfragen. So muss der Wahlvorstand prüfen, wer Arbeitnehmer und wer leitender Angestellter (§ 5 BetrVG) ist, welche Arbeitnehmer dem Betrieb angehören und wo die Grenzen dieses Betriebs (§ 1 BetrVG) verlaufen. Die korrekte Beantwortung dieser Rechtsfragen kann im Einzelfall sehr schwierig sein, so dass der Wahlvorstand anwaltlicher Unterstützung bedarf. Das Bundesarbeitsgericht erkennt an, dass der Wahlvorstand in entsprechender Anwendung des § 80 Absatz 3 BetrVG bei der Durchführung seiner Aufgaben eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt als Sachverständige(n) hinzuziehen kann. Dies muss vorher mit dem Arbeitgeber vereinbart werden. Wird die Zustimmung nicht erteilt, obwohl die Hinzuziehung erforderlich ist, kann sie in einem Eilverfahren durch das Arbeitsgericht ersetzt werden.

Verweigert es der Arbeitgeber, seine Pflichten gegenüber dem Wahlvorstand zu erfüllen (zum Beispiel zur Erteilung von Informationen zur Erstellung der Wählerliste oder zur Bereitstellung von Räumen und Sachmitteln für die Durchführung der Wahl), kann der Wahlvorstand auf Kosten des Arbeitgebers auch ohne vorherige Zustimmung des Arbeitgebers eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt hinzuziehen, um seine Rechte durchzusetzen. Die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers folgt aus § 20 Absatz 3 BetrVG.

## Ausblick

Die Wahl eines Betriebsrats ist nicht unkompliziert, lässt sich aber mit guter Vorbereitung und den richtigen Hilfsmitteln erfolgreich bewältigen. Das Wahlrecht ist kein Wahlverhinderungsrecht, sondern soll die Einhaltung demokratischer Wahlprinzipien sichern. Diesem Ziel dienen die vielen auf den ersten Blick unüberschaubar erscheinenden Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und der Wahlordnung. Der Besuch einer Wahlvorstandsschulung hilft ebenso dabei, das Regelungsdickicht zu lichten, wie die Nutzung der Wahlleitfäden samt umfassenden Mustertexten, die alle DGB-Gewerkschaften sowie der DGB selbst bereitstellen und die von den Autoren dieses Beitrags geschrieben wurden. Zu allen Schritten im Wahlverfahren finden sich zusätzlich Informationen im Wahl-Blog der Kanzlei Manske & Partner, der das Wahlverfahren begleitet ([www.manske-partner.de](http://www.manske-partner.de)). Die Wahlvorstandsmitglieder sollten und dürfen sich Zeit nehmen, um sich einzuarbeiten, einzulesen und rechtzeitig gegebenenfalls erforderlichen kompetenten Rechtsrat einzuholen.

### Siehe:

- Zum Beginn des Kündigungsschutzes für Wahlkandidaten: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.04.2012, Aktenzeichen 2 AZR 299/11, AiB 2013, Seite 722.
- Zur Erforderlichkeit eines vergrößerten Wahlvorstands: Landesarbeitsgericht Nürnberg, Beschluss vom 30.03.2006, Aktenzeichen 6 TaBV 19/06, AiB 2009, Seite 585.
- Zur Erforderlichkeit von Wahlrechts-Schulungen: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07.06.1984, Aktenzeichen 6 AZR 3/82, AiB 2006, Seite 46; Arbeitsgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 03.03.1999, Aktenzeichen 14 BV 210/98, AiB 1999, Seite 401.
- Zur Hinzuziehung von juristischen Sachverständigen: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 11.11.2009, Aktenzeichen 7 ABR 26/08, NZA 2010, Seite 353.
- Umfassend zur Betriebsratswahl 2018: Carlson/Kummert, Betriebsratswahl für uns – Wahlleitfaden Normales Wahlverfahren (2017); dieselben: Betriebsratswahl für uns – Wahlleitfaden Vereinfachtes Wahlverfahren (2017)



**Dr. Sandra Carlson, LL.M.**

Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für Arbeitsrecht, Nürnberg



**Nils Kummert**

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

# Diskriminierungs-Entschädigung steuerfrei

## Finanzgericht Rheinland-Pfalz bestätigt Vorteil gegenüber Abfindungen

Betriebsräte werden von Beschäftigten oft gefragt, wie es sich steuerlich auswirkt, wenn zum Beispiel nach einem Aufhebungsvertrag Abfindungen oder Entschädigungen gezahlt werden sollen. Betriebsräte sind an sich gut beraten, die Beschäftigten an ihre Steuerberater zu verweisen. Es schadet aber nichts, wenn sie auf neuere Rechtsprechung zu Entschädigungen hinweisen können, die wegen Diskriminierung, Mobbing oder sexueller Belästigung gezahlt werden. Diese Entschädigungen können nämlich steuerfrei sein.  
→ Die erste veröffentlichte Entscheidung zu diesem Thema liegt jetzt vom Finanzgericht Rheinland-Pfalz vor.



### → Versteuerung laut Finanzamt ...

Einer Arbeitnehmerin war wenige Wochen vor der arbeitgeberseitigen Kündigung ein Grad der Behinderung von 30 zuerkannt worden. Ihr wurde personenbedingt gekündigt. Im Kündigungsschutzprozess erweiterte sie ihre Klage und begehrte eine **Entschädigung aufgrund einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung**. Hierüber wurde heftig gestritten und dann ein arbeitsgerichtlicher Vergleich geschlossen, wonach die Kündigung bestehen blieb und vereinbart wurde: „Die Beklagte zahlt an die Klägerin eine Entschädigung gem. § 15 AGG in Höhe von 10.000,00 EUR.“ Damit bezogen sich die Parteien auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das den Arbeitgeber unter anderem zu einer Entschädigung für Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet. Die 10.000 Euro wurden vom Arbeitgeber nicht versteuert, und im Rahmen einer Steuerprüfung meinte das Finanzamt, es handle sich um steuerpflichtigen Arbeitslohn und nicht um eine Entschädigung wegen einer behinderungsbedingten Benachteiligung.

### ... und Korrektur durch das Finanzgericht

Gegen den Finanzamtsbescheid erhob die Arbeitnehmerin Klage und gewann. Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz argumentierte damit, dass nach der Klageerweiterung wesentlicher Streitpunkt in dem Prozess eine Entschädigung nach dem AGG war. Hierfür seien in dem Vergleich hinreichende Anhaltspunkte erkennbar. Die Bestandteile des arbeitsgerichtlichen Vergleiches müssten ausgelegt werden, und es ergebe sich aus dem Gerichtsverfahren, dass eine Diskriminierung als Behinderte und damit ein Rehabilitationsinteresse durchgesetzt werden sollte, das dann in die vereinbarte Zahlung von 10.000 Euro mündete. Darauf, dass in dem Gerichtsverfahren die

Arbeitgeberseite diese Behinderung bestritten hatte, komme es nicht an, sondern auf das Ergebnis, nämlich die **Vergleichsformulierung**. Kern des Rechtsstreits war die Frage, ob ein immaterieller Schaden (Nichtvermögensschaden) zu ersetzen sei. Dieser Schadensersatz sei kein Arbeitslohn und auch nicht eine Entschädigung für künftig entfallende Einkünfte und somit nicht wie eine Abfindung zu versteuern. Es sei nicht entscheidend, ob eine Benachteiligung möglicherweise stattgefunden habe, sondern welches Ergebnis das Verfahren gehabt hat.

### Praxistipp

Das AGG unterscheidet vom „Schadensersatz“ für materielle Schäden die „Entschädigung“ für immaterielle Schäden, eine Art Schmerzensgeld für die Verletzung der Persönlichkeitsrechte. Während sich ein Schadensersatz häufig nicht durchsetzen lässt, gelingt es immer wieder, eine Entschädigung zu regeln. Dies muss dann im gerichtlichen Verfahren oder in einer außergerichtlichen Vereinbarung deutlich dokumentiert werden, damit die Steuerfreiheit gesichert ist und kein Streit darüber entsteht, ob es sich nicht doch um eine zu versteuernde Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes handelt.

Betriebsräte, die mit Diskriminierungsfällen in Berührung kommen, sollten dringend auf die Ausschlussfristen im AGG hinweisen: Ansprüche müssen innerhalb von zwei Monaten ab Kenntniserlangung schriftlich geltend gemacht werden (§ 15 Absatz 4 AGG). Daran schließt sich noch eine im Arbeitsgerichtsgesetz „versteckte“ dreimonatige Klagefrist an (§ 61b Absatz 1 ArbGG). Die zweistufige Ausschlussfrist wird leider immer wieder versäumt, so dass die Ansprüche verfallen.

#### Siehe:

· [Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21.03.2017, Aktenzeichen 5 K 1594/14, BeckRS 2017, 94581](#)



**Jakob T. Lange**

Rechtsanwalt,

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Wiesbaden

# Unwiderrufliche Freistellung

## Probleme mit dem Arbeitslosengeld

Wenn Arbeitsverhältnisse durch Aufhebungsvertrag oder gerichtlichen Vergleich beendet werden, stellen Arbeitgeber meistens den Arbeitnehmer für die restliche Dauer des Arbeitsverhältnisses unwiderruflich von der Arbeit frei. Waren Vereinbarungen hierüber in den letzten Jahren unproblematisch, ist neuerdings wieder Vorsicht geboten. Hintergrund ist eine neue Dienstanweisung der Agentur für Arbeit vom Juli 2016.



### Die Ausgangslage

Soll ein Arbeitsverhältnis enden, vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer häufig einen Aufhebungsvertrag oder schließen einen gerichtlichen Vergleich über eine ausgesprochene Kündigung. Geregelt wird dann meistens auch, dass der Arbeitnehmer für die Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mehr arbeiten muss, aber dennoch die Vergütung weiter gezahlt bekommt. Häufig wird eine so genannte unwiderrufliche Freistellung vereinbart, die bedeutet, dass ein Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses seine Tätigkeit mit Sicherheit nicht wieder aufnehmen muss. Für Arbeitnehmer hat diese Regelung den Vorteil, dass sie sich etwa um eine neue Beschäftigung bemühen können, ohne zeitlich eingeschränkt zu sein. Und dadurch, dass der Arbeitnehmer nicht zurück an den Arbeitsplatz beordert werden kann, werden mögliche Konflikte zwischen den Arbeitsvertragsparteien auf den „letzten Metern“ der gemeinsamen Zeit vermieden.

Endet das Arbeitsverhältnis und hat der Arbeitnehmer noch keine neue Beschäftigung gefunden, kann er grundsätzlich Arbeitslosengeld I beantragen. Sind die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, stellt sich die Frage nach der Höhe des Arbeitslosengeldes. Diese errechnet sich aus dem Bruttolohn, den der Arbeitnehmer im sogenannten **Bemessungszeitraum** erzielt hat. In den Bemessungszeitraum fallen grundsätzlich alle Zeiten, in denen der Arbeitgeber bis zum Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis Lohn abgerechnet hat. Welcher Zeitraum konkret bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes berücksichtigt werden muss, bestimmt der sogenannte **Bemessungsrahmen**, der in der Regel ein Jahr beträgt. Kurz: Das Arbeitslosengeld wird in der Regel danach berechnet, was man in den letzten zwölf Monaten vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verdient hat.

### Das Problem

Die Bundesagentur für Arbeit hat nun eine interne Anweisung „FW 07/2016 § 150 SGB III“, die den Bemessungszeitraum definiert, geändert. Dort heißt es:

**„Der Bemessungszeitraum umfasst Entgeltabrechnungszeiträume versicherungspflichtiger Beschäftigungen ..., soweit sie beim Ausscheiden abgerechnet sind. ... Zeiten einer unwiderruflichen Freistellung und alle anderen Versicherungszeiten bleiben außer Betracht“**

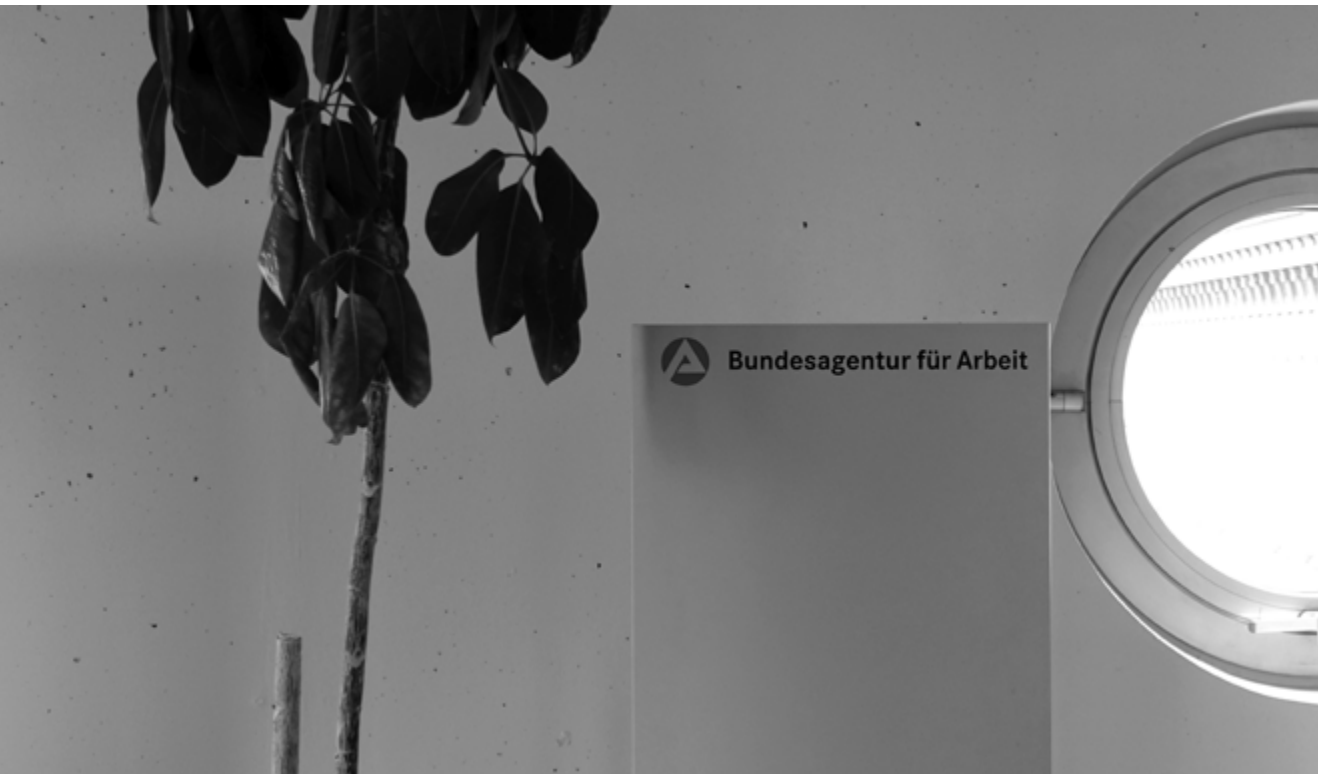


Bislang konnte man davon ausgehen, dass auch der Lohn, den man während einer unwiderruflichen Freistellungsphase erhält, bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes berücksichtigt wird. Nach der geänderten Geschäftsanweisung haben solche Regelungen nun aber zur Folge, dass insbesondere in Fällen einer sehr langen unwiderruflichen Freistellungsphase vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhebliche Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld drohen. Denn aus der Anweisung geht hervor, dass die Vergütung, die man während einer unwiderruflichen Freistellung erhält, nicht in die Berechnung des Arbeitslosengeldes einbezogen wird. Dies kann dazu führen, dass aufgrund der unwiderruflichen Freistellung nur ein Teil der vor der Arbeitslosigkeit erzielten Vergütung bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes berücksichtigt wird. Maßgeblich sind nämlich in der Regel die letzten zwölf Monate seit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, also dem Ende der Freistellungszeit. Die



Freistellungsmonate wirken sich also so aus, als habe der Arbeitnehmer in diesen Monaten nichts verdient. Demzufolge kann die Höhe des Arbeitslosengeldes deutlich niedriger ausfallen. Im schlimmsten Falle kann es sein, dass überhaupt keine anrechenbaren Zeiten im Bemessungszeitraum vorhanden sind.

Dies würde dazu führen, dass die Bundesagentur für Arbeit ein fiktives Einkommen zur Berechnung des Arbeitslosengeldes berücksichtigt. In der Regel ist davon auszugehen, dass das fiktive Gehalt, das sich an Berufsgruppen und Ausbildung orientiert, deutlich geringer sein wird als das eigentlich erzielte.



Die Autoren halten diese Geschäftsanweisung der Agentur für Arbeit für rechtswidrig. Es ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen keine Anhaltspunkte für die Annahme der Agentur für Arbeit.

Diese Geschäftsanweisung wird auch noch unverständlicher, wenn man bedenkt, dass die Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts weiter bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses fortbesteht. Das bedeutet, dass die Arbeitnehmer auch im Rahmen einer unwiderruflichen Freistellung weiter die entsprechenden Abgaben zahlen, aber hieraus keine Leistungspflicht der Agentur für Arbeit folgen soll.

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat die Praxis der Agentur für Arbeit in einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung bereits abgelehnt und die internen Anweisungen beanstandet:

**„Soweit die Durchführungsanweisungen der Beklagten [d. h. der Arbeitsagentur] in diesen Fällen dennoch immer noch ausschließlich auf die unwiderrufliche Freistellung des Arbeitnehmers abstellen und deshalb ein Beschäftigungsverhältnis ab diesem Zeitpunkt verneinen, entspricht dies nicht der Rechtslage.“ (LSG NRW 23.02.2017)**

### **Fazit**

Die neue Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit kann im Einzelfall dazu führen, dass ein deutlich geringeres Arbeitslosengeld gezahlt wird, als nach der vorher erzielten Vergütung eigentlich zu erwarten wäre. Da unwiderrufliche Freistellungen absolut üblich sind, kann diese Geschäftsanweisung in vielen Fällen zu ganz erheblichen Nachteilen beim Bezug von Arbeitslosengeld führen.

Betriebs- und Personalräte sollten Arbeitnehmer, die sich in Gesprächen über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses befinden, nach Möglichkeit auf diesen Umstand hinweisen und eine rechtliche Beratung empfehlen, um Nachteile beim Arbeitslosengeld zu vermeiden. Sollte sich durch eine unwiderrufliche Freistellung ein Nachteil ergeben haben, ist zu prüfen, ob gegen die entsprechenden Bescheide Rechtsbehelfe eingelegt werden sollten. Hier ist zunächst vor allem auf Fristen zu achten – in der Regel bleibt nur ein Monat Zeit, um einen Bescheid anzugreifen.

### **Siehe:**

- § 142 Absatz 1, § 150 Absatz 1, § 151 Absatz 1 Sozialgesetzbuch – Drittes Buch, kurz SGB III
- FW 07/2016 § 150 SGB III, abrufbar unter: [www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mtay/~edisp/l6019022dstbai407834.pdf?\\_ba.sid=L6019022DSTBAI407837](http://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mtay/~edisp/l6019022dstbai407834.pdf?_ba.sid=L6019022DSTBAI407837)
- Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23.02.2017, Aktenzeichen L 9 AL 150/15, insbesondere Randnummer 36 f., [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)
- Bundessozialgericht, Urteil vom 24.09.2008, Aktenzeichen B 12 KR 22/07 R: Versicherungspflicht bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (trotz Freistellung)



**Jakob T. Lange**

Rechtsanwalt,  
Fachanwälte für Arbeitsrecht, Wiesbaden



**Simon Kalck**

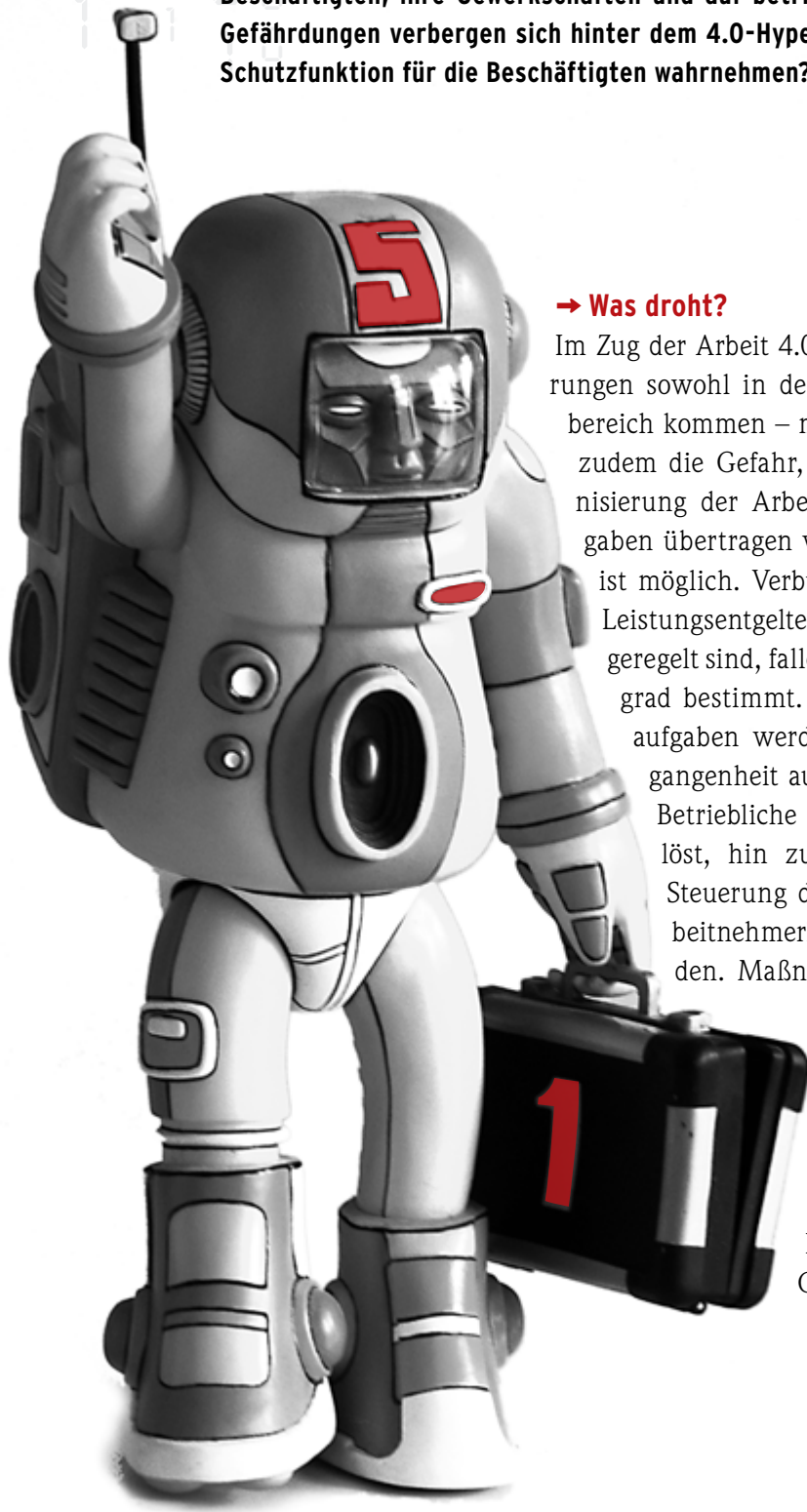
Rechtsanwalt,



## Arbeit 4.0 und Betriebsräte

### Wie nähert man sich dem Thema?

Über das Thema »Arbeit 4.0« wird viel geschrieben. Arbeitgeber und Regierung preisen die Chancen für den Wirtschaftsstandort Deutschland. Dies hat seine Wirkung auch auf die Beschäftigten, ihre Gewerkschaften und auf betriebsrätliche Positionen. Welche realen Gefährdungen verbergen sich hinter dem 4.0-Hype und wie können die Betriebsräte ihre Schutzfunktion für die Beschäftigten wahrnehmen?



#### → Was droht?

Im Zug der Arbeit 4.0 wird es zu umfangreichen Rationalisierungen sowohl in der Industrie als auch im Dienstleistungsbereich kommen – mit großem Arbeitsplatzabbau. Es besteht zudem die Gefahr, dass den Beschäftigten durch die Organisation der Arbeit 4.0 vermehrt zergliederte Arbeitsaufgaben übertragen werden – die Rückkehr zum Taylorismus ist möglich. Verbunden ist dies mit Qualifikationsverlust. Leistungsentgelte, wie sie in der Metallindustrie tariflich geregelt sind, fallen weg, weil die Maschine den Leistungsgrad bestimmt. Arbeitszeit wird entgrenzt und Arbeitsaufgaben werden in höherem Umfang als in der Vergangenheit ausgegliedert bis hin zum Crowdfunding. Betriebliche Organisationsstrukturen werden aufgelöst, hin zur Matrixorganisation. Die EDV-mäßige Steuerung des Arbeitsprozesses führt dazu, dass arbeitnehmerbezogen Leistungsdaten verarbeitet werden. Maßnahmen des Arbeitsschutzes sind sowohl zur Vermeidung von Kollisionen Mensch-Roboter wie aber auch beispielhaft zum Einsatz von Datenbrillen erforderlich. Die Zergliederung der Arbeit, damit einhergehende Monotonie und Qualifikationsverluste können genauso wie die Entgrenzung der Arbeit zu langfristigen Gesundheitsgefährdungen führen.



Die Arbeitgeber und ihre Berater haben sich positioniert. Wintermann schreibt unter dem Titel „Von der Arbeit 4.0 zur Zukunft der Arbeit“:

- » **Auch Arbeitnehmer werden zunehmend bezüglich ihrer fachlichen Eignung, ihres Kommunikationsverhaltens und ihrer Flexibilität und Fähigkeit zum mobilen Arbeiten hinterfragt werden. Wenn dann keine Eigenverantwortung und Offenheit für Neues vorhanden sind, wird die Luft auch für diese Arbeitenden dünn, warten doch vor den Toren des Unternehmens zunehmend hybrid arbeitende Menschen ... nicht nur aus dem eigenen Land sondern auf einem globalisierten Arbeitsmarkt, die bereit wären, flexibler und schneller für weniger Gehalt zu arbeiten.«**

Dzida schreibt in seinem Aufsatz „Big Data und Arbeitsrecht“:

- » **Jedoch bietet das geltende Recht hinreichenden Schutz vor einer 'Persönlichkeitsdurchleuchtung' von Arbeitnehmern: Das 'Wesen' und die Persönlichkeit eines Arbeitnehmers dürfen mit Hilfe von Big-Data-Analysen nicht ergründet werden, es sei denn, dass der Arbeitnehmer hierzu seine Einwilligung erteilt.«**

Unter dem Titel „Digital Leadership – Mitarbeiterführung in der Arbeitswelt 4.0“ führt schließlich Günther aus:

- » **Der Arbeitgeber hat zudem das Recht, Arbeitnehmer zur Führung und Vorlage von Tätigkeitsnachweisen anzuweisen. Der Führungskraft stehen dafür eine Vielzahl technischer Möglichkeiten zur Verfügung, wie Chatprogramme (bspw. *Slack*) oder Filehosting-Dienste (bspw. *Dropbox*) uvm. Konkret kann der Vorgesetzte kraft arbeitsvertraglichem Direktionsrecht auch den regelmäßigen Upload der Arbeitsprodukte in Datenräume zur Kontrolle anordnen. Neben einer offenen Kontrolle von Arbeitsergebnissen kann der Arbeitgeber auch ein gesteigertes Interesse an einer verdeckten Kontrolle haben.«**

Man sieht, die Arbeitgeberseite ist gut aufgestellt und denkt in die Zukunft.

## Was für einen Plan haben die Betriebsräte?

### 1. Die erste Schwierigkeit: Wann kommt Arbeit 4.0 in »meinem« Betrieb an?

Die dritte industrielle Revolution durch Einsatz von Elektronik und IT zur weiteren Automatisierung der Produktion und der Arbeitsabläufe im indirekten und im Dienstleistungsbereich ist eigentlich in allen Groß-, Mittel- und teilweise auch Kleinbetrieben angekommen. Dies ist die augenblickliche betriebliche Realität.

*Wenn man sich anschaut, ob und in welchem Umfang Betriebsräte in der Lage sind, das harte Mitbestimmungsrecht bei der Einführung von Hard- und Software, die geeignet ist, Arbeits- und Leistungsverhalten zu kontrollieren (§ 87 Absatz 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz), zu nutzen, so ergeben sich schon bei der traditionellen EDV-gestützten Technik erhebliche Defizite und Schwierigkeiten. Ich selbst bin jetzt im sechsten Jahr in einer Einigungsstelle in einem Medienkonzern tätig, in dem der Konzernbetriebsrat versucht, SAP HCM (HR) zu regeln – und zwar so zu regeln, dass einerseits die Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten massiv reduziert wird, andererseits die Betriebsräte auch in der Lage sind, die Einhaltung von Festlegungen zu kontrollieren. Fachwissen und Hartnäckigkeit sind hier gefordert. Konkrete Verantwortlichkeiten im EDV-Ausschuss auf Betriebsrats-, Gesamtbetriebsrats- oder Konzernbetriebsratsebene müssen festgelegt werden. Dies ist eine der Schwierigkeiten von Betriebsräten, sich dem Thema Arbeit 4.0 zu nähern, weil dies im Betriebsrat EDV-Affinität und EDV-Fachwissen fordert, um sich in der komplizierten virtuellen Realität zu bewegen und Forderungen zu entwickeln, wie das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG bei der Arbeit 4.0 faktisch genutzt werden kann.*

Und woran erkennt man den Übergang der Arbeitsabläufe zur Arbeit 4.0?

Während die traditionelle Automatisierung der Industrie 3.0 Informationsträger, Informationsaustausch und definierte Algorithmen beinhaltet, heißt Arbeit 4.0 Automatisierung auf der Basis cyber-physischer Systeme, das heißt autonome Vernetzungs- und Entscheidungsfähigkeit, technologische Intelligenz und Internetnutzung. Die Technologie wird als autonomer Akteur und Mitentscheider in einem hybriden System eingesetzt. Konkret heißt dies im industriellen Bereich Mensch-Roboter-Interaktion, Tracking des Beschäftigtenverhaltens, Produktionssteuerung über RFID als neue Datenträger, Optimierung auf der Grundlage von Big Data. Selten wird es so sein, wie im Bosch-Konzern, dass seitens der Konzernspitze ein Betrieb ausgesucht wird, um im Rahmen eines Pilotversuches, der über zwei Jahre angelegt ist, zu erproben, wie die Industrie 4.0 bei einer Multiproduktlinie eingesetzt werden kann. Dann gibt es natürlich andere Handlungsmöglichkeiten für die Betriebsräte. Da meines Erachtens das entscheidende Merkmal von Arbeit 4.0 ist, dass nicht der Mensch die digitalen Instrumente nutzt, um Arbeitsergebnisse zu erbringen, sondern die Arbeitsleistung – ob in Industrie oder Dienstleistungsbereich – nach EDV-mäßig gesteuerten Vorgaben zu leisten ist, sehe ich dies als wesentlichen Punkt an, an dem Betriebsräte aktiv werden können. Der Übergang ist für die Beschäftigten in ihrer eigenen Arbeitsrealität erkennbar und sollte deshalb der Ansatzpunkt sein, ab dem Betriebsräte auch im Rahmen Arbeit 4.0 tätig werden.

## 2. Die zweite Schwierigkeit: Was kann ich betrieblich lösen?

Wenn menschliche Arbeit durch Maschinen oder Computer-Systeme ersetzt wird, hat dies zwangsläufig zur Folge, dass menschliche Arbeitskraft eingespart wird und nach einer gewissen Einarbeitungszeit **Personalabbau** erfolgt. Dies ergibt sich aus unterschiedlichsten Prognosen, wie zum Beispiel von Frey/Osborne aus dem Jahr 2013, wonach in Deutschland 42 % der Beschäftigten in Berufen arbeiten, die mit hoher Wahrscheinlichkeit in den nächsten 10 bis 20 Jahren automatisierbar sein werden. Das „Substituierbarkeitspotenzial“ (Ersetzbarkeit menschlicher Arbeit durch Maschinen) wird in dem Bereich der Fertigungsberufe auf 73 %, in unternehmensbezogenen Dienstleistungsberufen auf 40 %, in medizinischen und nichtmedizinischen Gesundheitsberufen auf 22 %, in sozialen und kulturellen Dienstleistungsberufen auf 7 % geschätzt. Auch im Weißbuch des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales „Arbeiten 4.0“ wird angenommen, dass heute rund 12 % der Beschäftigten in Deutschland in Berufen arbeiten, die stark automatisierungsgefährdet sind. In den Positionen der Gewerkschaften, vor allem der IG Metall und ver.di, wird dieser Gesichtspunkt nicht als eine der vorrangigen Aufgaben von Gewerkschaften und Betriebsräten angesprochen; der Schwerpunkt liegt auf einer **Qualifizierungsoffensive**. Natürlich ist das Thema **Arbeitszeitverkürzung** (Verkürzung der Lebensarbeitszeit oder der wöchentlichen Arbeitszeit) betrieblich nicht zu lösen und auch in der gewerkschaftlichen Diskussion umstritten. Wenn allerdings die Beschäftigten sehen, dass durch die zunehmende Digitalisierung der Arbeit – ob im unmittelbaren Produktionsbereich oder in der Versicherung – Arbeitsplätze wegfallen, gibt es betriebliche Ansatzpunkte, hierüber zu diskutieren und Positionen zu entwickeln.

## 3. Die dritte Schwierigkeit: Welche Rechte haben wir, und wie nutzen wir sie?

Die unmittelbaren betriebsrätlichen Handlungsmöglichkeiten ergeben sich aus den Beteiligungsrechten, beispielhaft

- den Unterrichts- und Beratungsrechten der §§ 90 und 92 Betriebsverfassungsgesetz (Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen),
- dem § 92 BetrVG (Personalplanung),
- dem Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Absatz 1 Nr. 2 BetrVG (Entgrenzung und unternehmensseitig vorgegebener Flexibilisierung der Arbeitszeit entgegenwirken),
- dem § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG (keine EDV-mäßig gespeicherte personenbezogene Zuweisung von Kompetenzen im Arbeitsprozess, keine personenbezogene Erhebung von Leistungsdaten im Arbeitsprozess),
- dem § 87 Absatz 1 Nr. 7 BetrVG (der Zergliederung der Arbeit, damit einhergehender Monotonie und Qualifizierungsverlusten sowie der Entgrenzung der Arbeit entgegenwirken),
- dem § 98 BetrVG (betriebliche Qualifizierungsmaßnahmen mit dem Ziel, die Beschäftigten so zu qualifizieren, dass sie den neuen technischen und arbeitsmäßigen Anforderungen gerecht werden können).

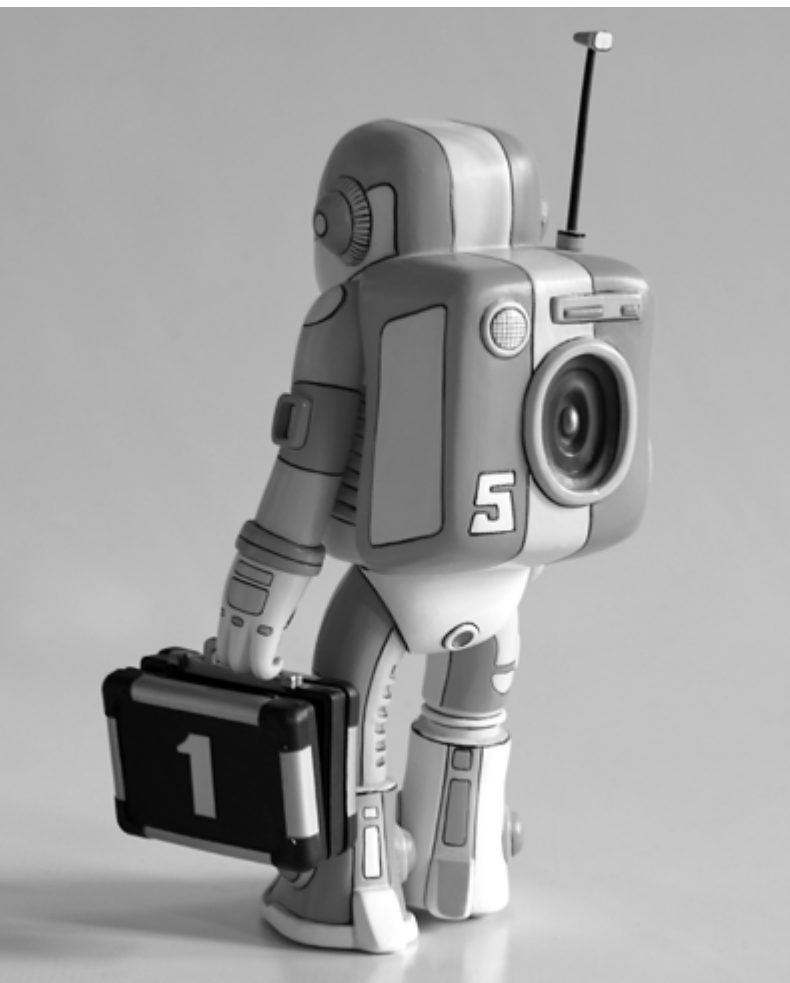


Wenn Arbeit 4.0 in einer Pilotphase in einem Betriebsteil oder im ganzen Betrieb eingeführt werden soll, sollten Betriebsräte außerdem überprüfen, ob eine Betriebsänderung gemäß § 111 BetrVG vorliegt, nämlich eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, der Betriebsanlagen oder die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren. Ziel ist, eine Betriebsvereinbarung zu erreichen, mit der die oben angesprochenen nachteiligen Auswirkungen der Arbeit 4.0 durch eine Regelung über die Gestaltung der Arbeitsprozesse etc. vermieden werden, soziale „Leitplanken“ eingezogen werden und der Betriebsrat Stopp sagen kann, wenn nächste Umsetzungsschritte geplant werden.

Das Bundesarbeitsgericht hat allerdings 2016 eine Betriebsänderung nicht schon in der Systemeinführung gesehen:

» Wird in einem Betrieb ein System durchgeführt, das die Strukturierung, Vereinheitlichung und Optimierung von Arbeitsprozessen sowie deren Rationalisierung zum Ziel hat, kann das mit einer Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG einhergehen. Es kommt insoweit aber auf die konkreten Maßnahmen und deren betriebliche Umsetzung an.«

(BAG 22.03.2016, Leitsatz)



In dieser Entscheidung hat das BAG die Sozialplanentscheidung einer Einigungsstelle aufgehoben mit der Begründung, dass ein Konzept, das auf schrittweise Verbesserung und Perfektionierung von Arbeitsprozessen fokussiert ist, nicht ohne Weiteres als Betriebsänderung gelte. Denn nur die konkrete betriebliche Veränderung stelle eine Betriebsänderung dar; ein Sozialplan auf Vorrat sei nicht erzwingbar. Die Entscheidung wirft die Frage auf: „BAG 4.0: Kann das Gericht Digitalisierung?“ – so die Überschrift eines Kommentars von Thomas Klebe, ehemaliger Chef-Jurist der IG Metall. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts soll allerdings das Agieren der Betriebsräte nicht verhindern. Zum einen ergibt sich aus dieser Entscheidung: Der Betriebsrat hat gemäß §§ 90, 92 und ggf. § 111 BetrVG Anspruch darauf, dass ihm der gesamte Plan zu Arbeit 4.0 anhand von Unterlagen dargestellt und erläutert wird. Schwierigkeiten haben Betriebsräte, wenn arbeitgeberseitig

Erhebungen durchgeführt werden verbunden mit der Aussage, man wisse auch noch nicht, wo das alles enden solle. Zum anderen: Arbeitgeber sind, wenn sie betriebliche Umstrukturierungsprozesse einführen, auch darauf angewiesen, dass die Beschäftigten dies mitmachen und ihre eigenen Ideen einbringen. Aufgabe der Betriebsräte ist es, die Gefahren, die aus der Einführung einer ganz neuen Arbeitsorganisation wie Arbeit 4.0 erfolgt, darzustellen und hierfür die Beschäftigten konkret anhand der zu erwartenden betrieblichen Veränderungen in ihrem Arbeitsbereich zu sensibilisieren. Vielleicht kann dies ja ein Weg sein, um Beschäftigte und Betriebsräte zu befähigen, auf eine menschengerechte Gestaltung der Arbeit trotz Arbeit 4.0 hinzuwirken.

### Fazit

Arbeit 4.0 ist ein komplexes Thema, das auch unter Nutzung der Mitbestimmungsrechte angegangen werden kann. Entscheidend ist, dass die Betriebsräte ihr Ohr an der Belegschaft haben, Veränderungen im Arbeitsprozess, in der EDV, in der Flexibilisierung der Arbeitszeit und Outsourcing mitbekommen und bewerten können. Im Betriebsrat wird es häufig unterschiedliche Arbeitsbereiche und Kompetenzen geben: Eine Kollegin ist im Thema Gesundheitsschutz, ein Kollege kennt sich in EDV-Prozessen aus; das Thema Arbeitszeit ist häufig Gegenstand von Betriebsratsarbeit. Wenn entsprechend der Qualifikation und den Interessen der Betriebsratsmitglieder das Thema Arbeit 4.0 in gemeinschaftlicher Arbeit angegangen wird, kann manches gelingen.

#### Siehe:

- Wintermann, Von der Arbeit 4.0 zur Zukunft der Arbeit, NZA 2017, Seite 537
- Dzida, Big Data und Arbeitsrecht, NZA 2017, Seite 541
- Günther, Digital Leadership - Mitarbeiterführung in der Arbeitswelt 4.0, NZA 2017, Seite 546
- Weißbuch Arbeiten 4. 0, [www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/a883-weissbuch.html](http://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/a883-weissbuch.html)
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 22.03.2016, Aktenzeichen 1 ABR 12/14, NZA 2016, Seite 894
- Klebe, BAG 4.0: Kann das Gericht Digitalisierung?, NZA 2017, Seite 226
- Bartelmeß/Angerer, Industrie 4.0: Mitbestimmung weg? - Rechte des Betriebsrats bei fortschreitender Digitalisierung, ArbeitnehmerAnwälte-Rundbrief Nr. 32 (09/2016)
- Bartl, Arbeit VIER\_Punkt\_NULL - Konstruktive Beschlüsse auf dem Juristentag, ArbeitnehmerAnwälte-Rundbrief Nr. 33 (12/2016)



**Detlef Fricke**

Rechtsanwalt, Hannover



# Echte Mitbestimmung bei Einstellungen

## BAG: § 87 Absatz 1 Nr. 2 ergänzt § 99 BetrVG

**Betriebsräte sind bei jeder Einstellung, auch von Leiharbeitnehmern, nach § 99 Betriebsverfassungsgesetz zu beteiligen. Schnellen Schutz gegen unerwünschte Einstellungen bietet das aber nicht, denn die Arbeitgeber können ohne Einverständnis des Betriebsrats vorläufig einstellen (§ 100 BetrVG). Hilfe kommt nach jüngsten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts aus § 87 Absatz 1 Nr. 2 BetrVG: Auch neue Beschäftigte sind in die mitbestimmte Dienstplanung zu integrieren. Somit können die Betriebsräte bei Einstellungen einen Unterlassungsanspruch geltend machen und die Einigungsstelle anrufen.**



### → Die Fälle

In mehreren Betrieben eines Arbeitgebers wurden seit Jahren Mitarbeiter in Dienstpläne/Schichtpläne eingeteilt, ohne dass das Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte dabei beachtet wurde. Die Betriebsräte machten geltend, dass der Arbeitgeber die Betriebsräte gemäß § 87 Absatz 1 Nr. 2 BetrVG wegen Zuordnung der Beschäftigten zu den Dienstplänen/Schichtplänen beteiligen müsse. Insbesondere haben die Betriebsräte geltend gemacht, dass dieses Mitbestimmungsrecht auch dann zu beachten ist, wenn Beschäftigte neu (oder wieder neu) eingestellt werden. In der Vergangenheit betraf dies insbesondere kurzfristig, zeitlich begrenzt auftretendes hohes Arbeitsaufkommen, wo vorübergehend Beschäftigte, zum Beispiel aus anderen Niederlassungen oder von extern als Leiharbeitnehmer, eingesetzt wurden, um fehlende Arbeitskapazitäten auszugleichen.

Zwar steht Betriebsräten bei jeder Einstellung, also auch bei kurzfristigem Einsatz von Beschäftigten aus anderen Niederlassungen oder bei Einsatz von Leiharbeitnehmern, das Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG (wegen Einstellung, bei Werksangehörigen auch wegen Eingruppierung) zu. Dies zog der Arbeitgeber auch nicht in Zweifel.

Streitpunkt war aber die Frage der Mitbestimmung zu Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit nach § 87 Absatz 1 Nr. 2 BetrVG. Der Arbeitgeber lehnte es ab, im Falle von Einstellungen vor dem erstmaligen Einsatz der Beschäftigten die Zustimmung der Betriebsräte für die Zuordnung zu den Dienstplänen/Schichtplänen einzuholen. Der Arbeitgeber hat die Meinung vertreten, das vom BAG seit Langem anerkannte Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte bei Zuordnung jedes einzelnen Beschäftigten zu bestehenden Dienstplänen/Schichtplänen gelte nicht im Einstellungsfall, sondern erst später, also bei einer Zuordnung zu Dienstplänen/Schichtplänen im weiteren laufenden Arbeitsverhältnis.

## Die Entscheidungen

Wie bereits in den Vorinstanzen haben sich die Betriebsräte mit ihrer Meinung auch beim 1. Senat des BAG durchgesetzt. Arbeitgeber sind verpflichtet, auch im Falle der Einstellung von Beschäftigten vor deren erstem Einsatz im Rahmen von Dienstplänen/Schichtplänen die Zustimmung des Betriebsrats des Betriebs, in dem der Beschäftigte eingesetzt wird, einzuholen.

Dem Einwand des Arbeitgebers, die Betriebsräte könnten damit den sofortigen Einsatz von neu eingestellten Beschäftigten durch ein langwieriges Einigungsstellenverfahren verhindern, ist das BAG mit dem Hinweis begegnet, dass es Arbeitgebern freistehe, mit den Betriebsräten vorsorglich zur Regelung eiliger Mitbestimmungsfälle eine ständige Einigungsstelle einzurichten.

Da Betriebsräten somit auch bei Einstellung von Beschäftigten das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Absatz 1 Nr. 2 BetrVG wegen Zuordnung zu Dienstplänen/Schichtplänen zusteht, hat das BAG den Betriebsräten wegen Verletzung ihres Mitbestimmungsrechts auch den allgemeinen Unterlassungsanspruch zuerkannt, den es in ständiger Rechtsprechung aus den Mitbestimmungsrechten des § 87 ableitet.

### Siehe:

- [Bundesarbeitsgericht, Beschlüsse vom 22.08.2017, Aktenzeichen 1 ABR 3/16, 1 ABR 4/16, 1 ABR 5/16](#)  
(Entscheidungsgründe liegen bisher noch nicht vor)



**Ewald Bartl**

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Stuttgart



**Michael Schubert**

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Freiburg im Breisgau

## Zur Beachtung

→ Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

## Unsere Kanzleien

### **10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte**

Marion Burghardt\*, Christian Fraatz\*, Dieter Hummel\*, Mechtild Kuby\*, Nils Kummert\*, Sebastian Baunack\*, Dr. Lukas Middel, Sandra Kunze\*, Dr. Silvia Velikova\*, Damiano Valgolio\*, Anne Weidner\*, Gerd Denzel, Norbert Schuster, Mara Neele Künkel, Daniel Weidmann\*, Dr. Raphaël Callsen  
**Immanuelkirchstraße 3-4**

**10405 Berlin**

**Telefon: 030 446792-0**

**Fax: 030 446792-20**

**info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de**

### **22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**

Klaus Müller-Knapp\*, Jens Peter Hjort\*, Manfred Wulff\*, Andreas Bufalica\*, Dr. Julian Richter\*, Heiner Fechner, Christopher Kaempf, Dr. Ragnhild Christiansen, Daniela Becker

**Kaemmererufer 20**

**22303 Hamburg**

**Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999**

**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**

**www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**

### **24103 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)**

Dr. Julian Richter\*

**Kleiner Kuhberg 2-6**

**24103 Kiel**

**Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124**

**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de**

### **28195 Bremen | Kanzlei Sieling · Winter · Dette · Nacken**

Tilo Winter\*, Dieter Dette\*, Michael Nacken\*, Sonja Litzig\*, Dr. jur. Pelin Ögüt\*, Dilek Ergün\*, Markus Barton, Simon Wionski, Christoph Gottbehüt

**Am Wall 190**

**28195 Bremen**

**Telefon: 0421 337570 | Fax: 0421 325836**

**kooperation@arbeitsrecht-bremen.de | www.arbeitsrecht-bremen.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**30159 Hannover | Kanzlei Detlef Fricke und Joachim Klug**

Detlef Fricke, Joachim Klug\*, Olivia Günter

**Goseriede 12**

**30159 Hannover**

**Telefon: 0511 70074-0 | Fax: 0511 70074-22**

**post@fricke-klug.de | www.fricke-klug.de**

**44137 Dortmund | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein**

Ingelore Stein\*, Iris Woerner\*, Kerstin Rogalla\*

**Kampstraße 4A (Krügerpassage)**

**44137 Dortmund**

**Telefon: 0231 822013 | Fax: 0231 822014**

**arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de**

**60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte**

Detlef Büdel\*, Udo Rein\*, Nina Krüger\*, Dr. Patrick Fütterer\*, Christine Zedler

**Petersstraße 4**

**60313 Frankfurt am Main**

**Telefon: 069 1338581-0 | Fax: 069 1338581-14**

**anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de**

**60318 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann.  
fachanwälte für arbeitsrecht**

Armin Franzmann\*, Yvonne Geilen\*, Jan Brückmann\*,  
Kathrin Poppelreuter, Kathrin Schlegel\*

**Scheffelstraße 11**

**60318 Frankfurt**

**Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821**

**mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de**

**65185 Wiesbaden | Schütte, Lange & Kollegen**

Reinhard Schütte\*, Jakob T. Lange\*, Simon Kalck\*, Julia Windhorst, LL.M.

In Bürogemeinschaft mit: Brigitte Strubel-Mattes\*

**Adolfsallee 22**

**65185 Wiesbaden**

**Telefon: 0611 950011-0 | Fax: 0611 950011-20**

**rae@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com**

**68161 Mannheim | Kanzlei für Arbeitsrecht - Dr. Growe & Kollegen**

Dr. Dietrich Growe\*, Andrea von Zelewski, Mirjam Scherm

**Q 7, 23**

**68161 Mannheim**

**Telefon: 0621 862461-0 | Fax: 0621 862461-29**

**mail@kanzlei-growe.de | www.kanzlei-growe.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**70176 Stuttgart | Bartl & Weise - Anwaltskanzlei**

Ewald Bartl\*, Dirk Weise, Benja Mausner\*, Maike Hellweg\*, Katharina Grenz\*,  
Diana Arndt-Riffler\* (in Bürogemeinschaft)

**Johannesstraße 75**

**70176 Stuttgart**

**Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320**

**info@bartlweise.de | www.bartlweise.de**

**79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus**

Michael Schubert\*, Ricarda Ulbrich\* (auch Fachanwältin für Sozialrecht und  
Mediatorin), Cornelia Czuratis\*, Dr. Lisa Moos, Dr. Sergio Fortunato\*

**Wilhelmstraße 10**

**79098 Freiburg**

**Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024**

**kanzlei@anwaltsbuero-im-hegarhaus.de | www.anwaltsbuero-im-hegarhaus.de**

**90429 Nürnberg | Manske & Partner**

Jürgen Markowski\*, Ute Baumann-Stadler\*, Beate Schoknecht\*, Sabine Feichtinger\*,  
Thomas Müller\*, Dr. Sandra B. Carlson\*, LL.M., Judith Briegel\*, Andreas Bartelmeß\*,  
Georg Sendelbeck\*, Axel Angerer\*, Magdalena Wagner, Sebastian Lohneis;  
Berater der Kanzlei: Wolfgang Manske

**Bärenschanzstraße 4**

**90429 Nürnberg**

**Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 265150**

**kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de**

\* Fachanwältin für Arbeitsrecht

## Impressum

- ➔ Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von dem Rechtsanwaltsbüro
  - **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**  
**Kaemmererufer 20**  
**22303 Hamburg**  
**Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999**  
**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**  
**www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**  
**Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816**
  - Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Julian Richter

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, D-20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer ([www.brak.de](http://www.brak.de)) eingesehen werden.

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation\_01 · netzwerk für digitale gestaltung  
[www.formation01.com](http://www.formation01.com)
- Autorenportraits: Autoren