

### ■ **Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht**

- 02 Einblicksrecht des Betriebsrats in Bruttoentgeltlisten  
BAG, Beschluss v. 7.5.2019 – 1 ABR 53/17 –
- 05 Zulässigkeit von Feststellungsanträgen in Bezug auf Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats  
BAG, Beschluss v. 19.11.2019 – 1 ABR 2/18 –
- 08 Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs zur Gefährdungsbeurteilung und hieraus folgender Schutzmaßnahmen  
BAG, Beschluss v. 19.11.2019 – 1 ABR 22/18 –
- 12 Einigungsstellenspruch zum betrieblichen Eingliederungsmanagement  
BAG, Beschluss v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18 –
- 17 Zwangsvollstreckung einer vom Betriebsrat eingegangenen Handlungsverpflichtung durch Inanspruchnahme einzelner Betriebsratsmitglieder  
BAG, Beschluss v. 23.10.2019 – 7 ABR 7/18 –

### ■ **Rechtsprechung zum Arbeits/Tarifrecht**

- 20 Streikbruchprämie als zulässiges Kampfmittel/Betriebsratstätigkeit während Arbeitskampf  
BAG, Urteil v. 14.8.2018 – 1 AZR 287/17 –
- 25 Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer bei tariflicher Altersfreizeit  
LAG Nürnberg, Urteil v. 7.11.2019 – 5 Sa 174/19 –
- 27 Erforderlichkeit einer Einwilligung zur Zeiterfassung mittels biometrischer Daten (Fingerprint)/Teilnahme an betriebsärztlicher Untersuchung  
ArbG Berlin, Urteil v. 16.10.2019 – 29 Ca 5451/19 –

### ■ **Rechtsprechung in Leitsätzen**

### ■ **Aufsätze und Berichte**

- 33 Datenschutz und Schweigepflicht beim Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM)

### ■ **Aktuelles**



## Einblicksrecht des Betriebsrats in Bruttoentgeltlisten

**Die Berechtigung des Betriebsausschusses oder eines nach § 28 BetrVG gebildeten Ausschusses gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen, ist nicht auf anonymisierte Listen beschränkt.**

BAG, Beschluss v. 7.5.2019 – 1 ABR 53/17 –

### Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten über das Einblicksrecht des Betriebsausschusses in Bruttoentgeltlisten.

Die Arbeitgeberin betreibt ua. in B eine Klinik, welche einem mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di geschlossenen, zum 31. Dezember 2016 gekündigten (Mantel-)Tarifvertrag unterfiel. Der in der Klinik errichtete Betriebsrat hat einen Betriebsausschuss gebildet.

Seit einiger Zeit führt die Arbeitgeberin die Bruttoentgeltlisten der Arbeitnehmer in elektronischer Form. Die Listen enthalten die Namen der Arbeitnehmer, deren Dienstart und Unterdienstart, Angaben zum Grundgehalt, zu verschiedenen Zulagen sowie zu beständigen und unbeständigen Bezügen. Anfang Februar 2017 gewährte die Arbeitgeberin Betriebsratsmitgliedern Einsicht in eine anonymisierte Fassung dieser Listen.

Der Betriebsrat hat geltend gemacht, dem Betriebsausschuss sei Einblick in die Bruttoentgeltlisten mit den Klarnamen der Arbeitnehmer zu gewähren. Nur so ließe sich feststellen, nach welchen Grundsätzen die Arbeitgeberin – insbesondere nach der Kündigung des einschlägigen Tarifvertrags – Sonderzahlungen oder Lohnerhöhungen gewähre; ggf. betreffe dies das betriebliche Entgeltsystem, bei dessen Änderung er mitzubestimmen habe. Auch im Hinblick auf seine Aufgabe, etwaige Benachteiligungen von Arbeitnehmern zu verhindern, beanspruche er Einblick in die nicht anonymisierten Bruttoentgeltlisten. Datenschutzrechtliche Gründe stünden dem nicht entgegen.

Nachdem der Betriebsrat sein Begehren erstinstanzlich noch anders gefasst hatte, hat er zuletzt – soweit für die Rechtsbeschwerde noch von Interesse – beantragt, der Arbeitgeberin aufzugeben, seinem Betriebsausschuss Einsicht in die Bruttolohn- und -gehaltslisten sämtlicher Mitarbeiter mit Ausnahme der leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG zu gewähren, wobei die Bruttolöhne und -gehälter hinsichtlich aller Entgeltbestandteile unabhängig von ihrem kollektiven Charakter aufzuschlüsseln sind und die Aufschlüsselung zumindest folgende Angaben zu enthalten hat: (...). (...)

### Aus den Gründen

Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Arbeitge-

berin gegen den dem Antrag stattgebenden Beschluss des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Der in die Rechtsbeschwerde gelangte Antrag des Betriebsrats ist zulässig und begründet.

I. Der Betriebsrat hat sein Begehren in zulässiger Weise angebracht. (...)

II. Der Antrag ist begründet. Die Arbeitgeberin ist nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG verpflichtet, dem Betriebsausschuss Einblick in die nicht anonymisierten Bruttoentgeltlisten zu gewähren. Datenschutz- und grundrechtliche Belange stehen dem Anspruch nicht entgegen.

1. Nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG sind dem Betriebsrat auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; in diesem Rahmen ist der Betriebsausschuss oder ein nach § 28 BetrVG gebildeter Ausschuss berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen. Der Betriebsrat kann allerdings nur Einsicht in Unterlagen verlangen, die der Arbeitgeber zumindest in Form einer elektronischen Datei tatsächlich besitzt. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, nicht vorhandene Unterlagen erst zu erstellen; ein auf Herstellung nicht existenter Listen gerichteter Anspruch des Betriebsrats lässt sich nicht auf § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG stützen. Das Einsichtsrecht nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG unterliegt zudem den Grenzen der allgemeinen Regelung in § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG. Es besteht nur, soweit dies zur Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist.

2. Der für das Einblicksrecht in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG notwendige Aufgabenbezug ist regelmäßig schon deshalb gegeben, weil der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen hat, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze und Tarifverträge durchgeführt werden. Hierzu gehört auch die sich aus § 75 Abs. 1 BetrVG ergebende Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beachtung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Der Darlegung eines besonderen Anlasses für die Ausübung dieses Einsichtsrechts bedarf es nicht. Der Betriebsrat benötigt die Kenntnis der effektiv gezahlten Vergütungen, um sich ein Urteil darüber bilden zu können, ob insoweit ein Zustand innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit existiert oder nur durch eine andere betriebliche Lohngestaltung erreicht werden kann. Ein Einsichtsrecht besteht deshalb auch dann, wenn der Betriebsrat gerade feststellen will, welche Arbeitnehmer Sonderzahlungen erhalten und wie hoch diese sind. Die Grenzen des Einsichtsrechts liegen dort, wo ein Beteiligungsrecht oder eine sonstige Aufgabe offensichtlich nicht in Betracht kommt.

3. Danach sind die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG im Streitfall erfüllt.

a) Das vom Betriebsrat geltend gemachte Einblicksrecht bezieht sich auf die von der Arbeitgeberin (in elektronischer Form) tatsächlich geführten Listen über die Bruttoentgelte der Arbeitnehmer. Diese sind nicht anonymisiert, ordnen also die Bruttoentgelte den Arbeitnehmern unter deren namentlicher Nennung zu. (...)

b) Der Einblick in die bei der Arbeitgeberin tatsächlich vorhandenen Bruttoentgeltlisten ist zur Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich.

aa) Der Betriebsrat will feststellen, ob die Arbeitgeberin nach Kündigung des einschlägigen Tarifvertrags die im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze geändert hat. Da dies jedenfalls nicht offensichtlich ausgeschlossen ist, besteht eine ausreichende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Außerdem möchte der Be-

#### *Das EntgTranspG*

*beschränkt die Rechte des Betriebsrats aus § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nicht.*

triebsrat prüfen, ob nach Ablauf des Tarifvertrags nur bestimmten Arbeitnehmern Entgelterhöhungen oder Sonderzahlungen gewährt werden, ob und nach welchen Grundsätzen die Arbeitgeberin hierbei verfährt und ob ggf. Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder das Maßregelungsverbot vorliegen. Damit legt der Betriebsrat einen hinreichenden Bezug zu einer Aufgabe iSv. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dar. (...)

c) Anderes folgt – entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde – nicht aus dem zum 6. Juli 2017 in Kraft getretenen Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG). Weder bedingt dieses ein anderes inhaltliches Verständnis des Einblicksrechts nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG noch beschränkt es die vom Arbeitgeber zu gewährende Einsicht auf eine anonymisierte Fassung der Bruttoentgeltlisten.

aa) Ziel des Entgelttransparenzgesetzes ist es, durch die Förderung der Transparenz von Entgelten und Entgeltregelungen eine unmittelbare und mittelbare Entgelt-diskriminierung wegen des Geschlechts zu beseitigen. Vor diesem Hintergrund statuiert § 10 EntgTranspG zur Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots ab einer bestimmten Betriebsgröße einen individuellen Auskunftsanspruch über die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung iSv. § 11 Abs. 2 EntgTranspG und das maßgebende Vergleichsentgelt iSv. § 11 Abs. 3 EntgTranspG. Bei der Beantwortung eines solchen Auskunftsverlangens ist der Schutz personenbezogener Daten der auskunftsbegehrenden Beschäftigten sowie

der vom Auskunftsverlangen betroffenen Beschäftigten zu wahren (§ 12 Abs. 3 Satz 1 EntgTranspG). Da das Auskunftsverlangen in den Fällen des § 14 Abs. 1 und § 15 Abs. 2 EntgTranspG grundsätzlich an den Betriebsrat zu richten ist, hat der Gesetzgeber in § 13 Abs. 3 EntgTranspG Regelungen getroffen, damit dieser das Auskunftsverlangen beantworten kann. Danach hat der Arbeitgeber dem Betriebsausschuss Einblick in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter zu gewähren und diese nach Geschlecht aufzuschlüsseln sowie so aufzubereiten, dass (so der Gesetzeswortlaut) „der Betriebsausschuss“ im Rahmen seines Einblicksrechts die Auskunft ordnungsgemäß erfüllen kann.

bb) Mit der Regelung in § 13 Abs. 3 EntgTranspG hat der Gesetzgeber – nach seinem verlautbarten Regelungs-willen – zwar einerseits auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG abgehoben, andererseits aber auch die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Pflicht des Arbeitgebers auf Erteilung weitergehender Auskünfte nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG in

den Blick genommen. Bereits dies lässt den Schluss darauf zu, dass sich der Anspruch des Betriebsrats nach § 13 Abs. 3 EntgTranspG von dem nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG dadurch unterscheidet, dass der Arbeitgeber dem Betriebs-

ausschuss Einblick nicht nur in die vorhandenen Listen über die Bruttolöhne und -gehälter der Beschäftigten zu gewähren hat, sondern in Listen, die – um den Anforderungen des § 13 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG zu genügen – ggf. nach § 13 Abs. 3 Satz 3 EntgTranspG entsprechend aufzubereiten und damit erst herzustellen sind. Eine Intention des Gesetzgebers, mit § 13 Abs. 3 EntgTranspG die inhaltliche Reichweite des Einsichtsrechts nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG auszugestalten oder auch nur klarzustellen, ist nicht ersichtlich. (...)

dd) § 13 Abs. 6 EntgTranspG, wonach gesetzliche und sonstige kollektiv-rechtlich geregelte Beteiligungsrechte des Betriebsrats von diesem Gesetz unberührt bleiben, zeigt ebenfalls, dass durch die Regelungen des Entgelttransparenzgesetzes das Einsichtsrecht nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG nicht beschnitten werden sollte. Dieses stellt typischerweise – so auch im vorliegenden Streitfall – sicher, dass der Betriebsrat ein etwaiges Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wahrnehmen kann. (...)

4. Die erstrebte Einsicht in die bei der Arbeitgeberin vorhandenen Listen mit einer namentlichen Nennung der Arbeitnehmer als Bezieher des jeweiligen Bruttoentgelts verbietet sich auch nicht in Ansehung der seit dem 25. Mai 2018 geltenden (...) Datenschutz-Grundverordnung – DS-GVO (...) und des (...) geänderten Bundesdatenschutzgesetzes – BDSG -. Die streitbefangene Einsichtnahme ist zwar auf eine Verarbeitung personenbezogener Daten gerichtet. Diese ist aber zulässig.

a) Das nach dem Antrag streitbefangene Einblicksrecht in Bruttoentgeltlisten mit der Angabe von Klarnamen der Arbeitnehmer fällt in den sachlichen Geltungsbereich der – gemäß Art. 288 AEUV in allen ihren Teilen verbindlichen und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat geltenden – DS-GVO nach deren Art. 2 Abs. 1 und in den Anwendungsbereich des BDSG nach dessen § 1 Abs. 1 Satz 2.

aa) Es handelt sich im Sinn dieser Vorschriften um eine auf „personenbezogene Daten“ gerichtete „Verarbeitung“, wobei beim Anwendungsbereich des BDSG auf die in der DS-GVO definierten Begrifflichkeiten zurückzugreifen ist.

(1) Die Namen der Arbeitnehmer und die ihnen zugeordneten Bruttoentgelte stellen „personenbezogene Daten“ iSv. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO dar.

(2) In der Gewährung von Einsicht in diese Listen durch die Arbeitgeberin gegenüber dem Betriebsausschuss liegt eine „Verarbeitung“ dieser Daten. Der Begriff der Verarbeitung bezeichnet nach Art. 4 Nr. 2 DS-GVO ua.

*„Verarbeitung“ ist u.a. jeder*

*Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten – auch ohne automatisiertes Verfahren.*

jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Hierzu zählt deren Offenlegung durch „Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung“, also die gezielte Kenntnissgabe von Daten an einen Empfänger, der – was seinerseits aus Art. 4 Nr. 9 DS-GVO folgt – kein Dritter sein muss. Damit ist es für die Annahme einer Datenverarbeitung – anders als bei § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 BDSG in seiner vom 28. August 2002 bis zum 24. Mai 2018 geltenden Fassung (aF), wonach es sich nur bei der Bekanntgabe von Daten gegenüber Dritten um eine Datenübermittlung gehandelt hat – nicht ausschlaggebend, ob der Betriebsrat Dritter iSv. Art. 4 Nr. 10 DS-GVO ist.

bb) Die Listen sind in Form elektronischer Dateien erstellt. (...)

b) Die mit der Berechtigung des § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten ist für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nach § 26 BDSG erlaubt.

aa) Das folgt allerdings nicht aus § 26 Abs. 6 BDSG. Zwar bleiben nach dieser Vorschrift im Hinblick auf die in § 26 BDSG geregelte Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten „unberührt“. Dieser Norm, welche § 32 Abs. 3 BDSG aF im Sinn einer klarstellenden Funktion übernommen hat, kommt indes

kein Regelungsgehalt als die Datenverarbeitung durch Arbeitgeber oder Betriebsrat eigenständig erlaubender Tatbestand zu.

bb) Die Datenverarbeitung ist aber nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig.

(1) Der Erlaubnistatbestand des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG wird nicht von § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG verdrängt. Entgegen anderslautender Stimmen im Schrifttum geht die betriebsverfassungsrechtliche Norm nicht als „andere Rechtsvorschrift des Bundes über den Datenschutz“ iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 BDSG den Bestimmungen des BDSG vor. Diese Frage stellte sich bereits vor dem Hintergrund des § 4 Abs. 1 BDSG aF, wonach „[d]ie Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ... nur zulässig“ war, „soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat“. Auf der Grundlage dieser bis 24. Mai 2018 geltenden Datenschutzrechtslage hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG keine spezifische Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitung gesehen; bei der Gewährung von Einblick in die Bruttoentgeltlisten nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG handelte es sich vielmehr „... um eine nach § 32 Abs. 1 BDSG zulässige Form der Datennutzung“. Hieran hat sich durch das Inkrafttreten der DS-GVO und der Neufassung des BDSG nichts geändert. Nach dem verlautbarten Willen des Gesetzgebers führt § 26 BDSG die Regelung des § 32 BDSG aF fort.

(2) Die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG sind erfüllt. Danach dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ua. dann verarbeitet werden, wenn dies zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist.

(a) Es handelt sich vorliegend um eine auf personenbezogene Daten von „Beschäftigten“ (vgl. § 26 Abs. 8 Nr. 1 BDSG) gerichtete Datenverarbeitung „für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“.

(b) Die verfahrensgegenständliche Einsichtsgewährung in Bruttoentgeltlisten ist zur Erfüllung eines Rechts des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG „erforderlich“ iSv. § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG.

(aa) Mit dem Kriterium der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung ist sichergestellt, dass ein an sich legitimes Datenverarbeitungsziel nicht zum Anlass genommen wird, überschießend personenbezogene Daten zu verarbeiten. (...)

(bb) Steht dem Betriebsrat ein Anspruch nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG zu, ist die von § 26 Abs. 1

Satz 1 BDSG verlangte Erforderlichkeit einer damit verbundenen Datenverarbeitung gegeben. Sie folgt aus der Erfüllung eines kollektivrechtlich bestehenden Anspruchs; einer gesonderten – auf jeden Einzelfall bezogenen – Abwägung zwischen objektiven Informationsinteressen des Betriebsrats einerseits und davon betroffenen Interessen des Arbeitgebers und/oder der Arbeitnehmer andererseits bedarf es nicht. Die datenschutzrechtlich notwendige Abwägung hat der Gesetzgeber durch die Anerkennung des in § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG enthaltenen Erlaubnistatbestands einer Datenverarbeitung zur Erfüllung einer gesetzlichen kollektivrechtlichen Pflicht vorgenommen. Bei einem (allgemeinen) Auskunftsanspruch des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist dies im Hinblick auf die strikte Bindung der Unterrichtsverpflichtung des Arbeitgebers an eine dem Betriebsrat obliegende Aufgabe, für dessen Wahrnehmung dieser das verlangte personenbezogene Datum benötigt, gerechtfertigt.

Auch beim Einblicksrecht in Bruttoentgeltlisten folgt die Rechtfertigung aus der inhaltlichen Ausgestaltung der entsprechenden kollektivrechtlichen Verpflichtung des Arbeitgebers. Nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG ist die Einsichtnahme in die Bruttoentgeltlisten an die Erforderlichkeit der Wahrnehmung und Durchführung von Aufgaben des Betriebsrats gebunden. (...)

(cc) Der Bindung der datenschutzrechtlichen Erforderlichkeit iSv. § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG an die Ausübung oder Erfüllung gesetzlicher Rechte oder Pflichten des Betriebsrats steht nicht entgegen, dass weder in der DS-GVO noch im BDSG eine – vormalig in § 5 BDSG aF ausdrücklich erwähnte und auch für den Betriebsrat geltende – Verpflichtung auf das Datengeheimnis explizit geregelt ist. (...). Der Betriebsrat hat seinerseits bei einer Datenverarbeitung – und so auch bei der Kenntnisnahme personenbezogener Daten im Zusammenhang mit dem Einblicksrecht in Bruttoentgeltlisten – die Datenschutzbestimmungen einzuhalten. Das gilt unabhängig davon, ob er iSv. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO Teil der verantwortlichen Stelle ist. Seine Verpflichtung, personenbezogene Daten vertraulich zu halten, ergibt sich aus den Vorgaben der DS-GVO iVm. dem BDSG, nach denen die Verarbeitung personenbezogener Daten nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist.

(3) Die auf § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG gründende Zulässigkeit der mit dem Einblicksrecht nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG verbundenen Datenverarbeitung begegnet keinen unionsrechtlichen Bedenken. (...)



[Download Vollversion](#)

## Zulässigkeit von Feststellungsanträgen in Bezug auf Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

**1. Ein Antrag des Betriebsrats auf Feststellung, dass er in einer bestimmten Angelegenheit mitzubestimmen hat, ist zulässig, wenn hierfür das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht.**

**2. Hiervon ist regelmäßig auszugehen, wenn der Arbeitgeber ein Mitbestimmungsrecht in einer bestimmten Angelegenheit in Abrede stellt oder sich der Betriebsrat eines solchen berührt.**

**3. Ist die Angelegenheit, auf die sich der Feststellungsantrag des Betriebsrats bezieht, bereits mitbestimmt ausgestaltet, fehlt es am erforderlichen Feststellungsinteresse. Den Inhalt einer bereits mitbestimmt gestalteten Angelegenheit kann der Betriebsrat jedenfalls nicht im Wege der Feststellung eines Mitbestimmungsrechts als solchem bezüglich dieser ausgestalteten Angelegenheit klären lassen.**

**4. Abstrakte Rechtsfragen, bloße Elemente eines Rechtsverhältnisses oder rechtliche Vorfragen sind kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO.**

(Orientierungssätze

der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Beschluss v. 19.11.2019 – 1 ABR 2/18 –

### Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten über die arbeitszeit- und vergütungsrechtliche Einordnung betrieblicher Umkleide- und Wegezeiten.

Die Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der Verpackungsindustrie mit Produktionsstandorten in W und L. An letzterem Standort beschäftigt sie etwa 1.000 Arbeitnehmer. Mit dem dort gewählten – das vorliegende Verfahren einleitenden – Betriebsrat schloss sie am 17. März 1992 eine „Arbeitsordnung“, in deren Abschnitt „III. Arbeitszeit“ es ua. heißt:

„§ 13 Regelmäßige Arbeitszeit

1. Die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit richtet sich nach den gesetzlichen, tariflichen und einzelvertraglichen Bestimmungen. Beginn und Ende der regelmäßigen Arbeitszeit und der Pausen sind mit dem Betriebsrat vereinbart und in betriebsüblicher Weise bekanntgemacht. Änderungen werden ebenfalls bekanntgegeben.

2. Jeder Mitarbeiter ist verpflichtet, die Arbeit, ggf. in Arbeitskleidung, zur festgesetzten Uhrzeit am Arbeitsplatz aufzunehmen und die Arbeitszeit einzuhalten. Maßgebend für die Arbeitszeit ist die Betriebsuhr, nach der auch die Laut- oder Leuchtzeichen zur Aufnahme und Beendigung der Arbeit gegeben werden.

3. Das Waschen und Umkleiden hat außerhalb der Arbeitszeit zu erfolgen. Wasch- und Badezeiten für Mitarbeiter, die durch ihre Tätigkeit einer besonders starken Verschmutzung ausgesetzt sind, werden besonders geregelt.

...

#### § 15 Arbeitszeitkontrolle

1. Für die Berechnung der bezahlten Arbeitszeit sind die Zeiterfassungsgeräte maßgebend; die Mitarbeiter sind verpflichtet, die Zeiterfassungsgeräte persönlich zu bedienen.

2. Die Zeiterfassungsgeräte sind bei Arbeitsbeginn nach und bei Arbeitsschluß vor dem Umkleiden persönlich zu bedienen.“

Mit dem im Unternehmen errichteten Gesamtbetriebsrat schloss die Arbeitgeberin am 13. November 2006 die „Gesamtbetriebsvereinbarung 06/06 Berufsbekleidung“ (GBV 06/06), wonach „Einigkeit darüber“ besteht, „dass an den Standorten L und W von den Mitarbeitern im Produktionsbereich Berufsbekleidung zu tragen ist (Tragepflicht)“. In einem Nachtrag zur GBV 06/06 ist ua. bestimmt, dass die Arbeitskleidung nicht auf dem Weg zur Arbeit oder nach Hause getragen werden darf und das „Umziehen in den Umkleideräumen erfolgen muss“.

Die Arbeitgeberin ist kraft Mitgliedschaft im jeweils tarifschließenden Verband an den Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Papier, Pappe und Kunststoffverarbeitung (MTV PPV) sowie den Rahmentarifvertrag für die Angestellten der Papier, Pappe und Kunststoffverarbeitung (RTV PPV) gebunden. Nach § 2 Nr. 1 MTV PPV beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ausschließlich der Pausen 35 Stunden. § 2 Nr. 10 MTV PPV lautet: „Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Arbeitnehmer in der jeweils festgesetzten Arbeitszeit zu beschäftigen. Der Arbeitnehmer hat die Arbeit pünktlich zu beginnen und darf sie erst mit dem Zeitpunkt beenden, an dem der Arbeitsschluss festgesetzt ist. Waschen und Umkleiden vor Beendigung der Arbeitszeit ist nicht gestattet.“ (...)

Auf Nachfrage des Betriebsrats teilte die Arbeitgeberin diesem Ende November 2014 per E-Mail mit, dass „Waschen und Umkleiden nicht zur Arbeitszeit des Mitarbeiters“ gehörten und „weder in Zeit noch in Entgelt“ zu vergüten seien. Für diese Ansicht verwies sie ua. auf § 2 Nr. 10 Satz 3 MTV PPV. (...)

## Aus den Gründen

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist begründet; die des Betriebsrats ist unbegründet. Die vom Betriebsrat angebrachten Begehren haben keinen Erfolg. Sie sind – was die Vorinstanzen zum Teil verkannt haben – bereits unzulässig.

I. Das gilt zunächst für das mit dem Antrag zu 1. hauptsächlich reklamierte Feststellungsbegehren.

1. Nach seinem eindeutigen Wortlaut zielt der Hauptantrag zu 1. auf die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts. Dieses bezieht der Betriebsrat – für eine näher beschriebene Beschäftigtengruppe („Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die nach der GBV 06/06 – Berufsbekleidung – vom 13. November 2006 verpflichtet sind, Arbeitskleidung zu tragen“) – auf die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit unter Einschluss näher beschriebener Umkleide- und Wegezeiten.

2. Diesem Begehren mangelt es am erforderlichen Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO.

a) Ein Antrag auf Feststellung, dass der Betriebsrat in einer bestimmten Angelegenheit mitzubestimmen hat, ist zulässig, wenn hierfür das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht. Nach der auch im Beschlussverfahren anwendbaren Vorschrift erfordert die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens ein besonderes rechtliches Interesse daran, dass das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Es handelt sich um eine – auch noch im Rechtsbeschwerdeverfahren zu prüfende – Verfahrensvoraussetzung. Sie stellt sicher, dass die Gerichte das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses tatsächlich klären können und nicht über bloße Meinungsverschiedenheiten der Betroffenen befinden. Es gehört nicht zu den Aufgaben der Gerichte, eine von einem konkreten Streit losgelöste Klärung von Rechts- oder Tatsachenfragen vorzunehmen oder Rechtsgutachten über Fragen zu erstellen.

b) Das erforderliche Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO ist regelmäßig gegeben, wenn der Arbeitgeber ein Mitbestimmungsrecht in einer bestimmten Angelegenheit in Abrede stellt oder sich der Betriebsrat eines solchen berührt. „Angelegenheit“ ist jeder betriebliche Vorgang oder jede Maßnahme des Arbeitgebers, deren Mitbestimmungspflichtigkeit unter den Betriebsparteien streitig ist. Das kann auch den Umfang des Mitbestimmungsrechts – nicht jedoch dessen konkrete Ausgestaltung – betreffen. Voraussetzung ist, dass entweder ein Konflikt dieses Inhalts aktuell besteht oder aber aufgrund der betrieblichen Verhältnisse zumindest jederzeit entstehen kann. Ob das der Fall ist, lässt sich nur ausgehend vom Verfahrensgegenstand und anhand

aller Umstände des Einzelfalls entscheiden. Der jeweilige Antragsteller ist darlegungspflichtig für diejenigen Tatsachen, aus denen sich das Feststellungsinteresse ergeben soll.

3. Danach mangelt es dem Betriebsrat für die hauptsächlich geltend gemachte Feststellung am Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. Es fehlt an einem konkreten Konflikt der Betriebsparteien über die verfahrensgegenständliche Angelegenheit.

a) Die Angelegenheit, für die ein Mitbestimmungsrecht festgestellt werden soll, ist mit „Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit“ – also mit dem Normwortlaut von § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – „unter Einschluss“ näher genannter Zeiten beschrieben. Mit letzterem ist lediglich die – in der Antragsformulierung grundsätzlich entbehrliche – rechtliche Einschätzung des Betriebsrats wiedergegeben, welche Zeiten nach seiner Auffassung zur Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gehören.

b) Die Arbeitgeberin hat keine einseitige Maßnahme zur Festlegung der betrieblichen Arbeitszeit für diejenigen Arbeitnehmer ergriffen, die verpflichtet sind, Berufsbekleidung zu tragen. Das schildert auch die Antragsbegründung nicht anders. Die Betriebsparteien haben vielmehr die verfahrensgegenständliche Angelegenheit („Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit“) für alle Beschäftigten bereits mitbestimmt ausgestaltet. Die vom Gesamtbetriebsrat in Auftragszuständigkeit des Betriebsrats nach § 50 Abs. 2 BetrVG geschlossene GBV 01/2004 regelt ein flexibles Schichtsystem und legt ua. Schichtbeginn und Schichtende fest. Allein in diesem Zusammenhang ist zwischen den Beteiligten streitig, ob die Umkleidezeiten und die Zeitspannen für die innerbetrieblichen Wege zwischen Umkleidestellen und Zeiterfassungsgeräten „mitzählen“. Dieser Konflikt betrifft jedoch das Verständnis einer bereits erfolgten Ausgestaltung der betrieblichen Arbeitszeit und nicht die – allein verfahrensgegenständliche – Frage, ob deren Ausgestaltung mitbestimmt zu erfolgen hat.

c) Soweit dem Betriebsrat nach der GBV 01/2004 ein noch auszuübendes Mitbestimmungsrecht (vornehmlich bei der konkreten, personenbezogenen Schichteinteilung) verbleibt, reklamiert er keine schichtzeitunabhängige oder außerhalb der festgelegten Schichtzeiten bestehende Mitgestaltungsbefugnis. Er hat sich vielmehr zur Antragsbegründung darauf berufen, die Umkleide- und Wegezeiten gehörten zur Arbeitszeit, die die Arbeitgeberin bei der Zeiterfassung zu berücksichtigen – und damit letztlich zu vergüten – habe. Auch danach liegt der erstrebten Feststellung keine Maßnahme der Arbeitgeberin oder eine noch mitbestimmt auszugestaltende betriebliche Angelegenheit zugrunde. Die Arbeitgeberin vertritt zwar eine andere Ansicht zum Inhalt der betriebsverfassungsrechtlich relevanten Ar-

beitszeit. Das ändert aber nichts daran, dass sie die auf die Lage der Arbeitszeit bezogene Mitgestaltungsbefugnis des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – welche Inhalt des von ihm reklamierten Anspruchs ist und welche er bei der Antragsformulierung lediglich mit der rechtlichen Bewertung des „Einschlusses“ von Umkleide- und Wegezeiten unterlegt nicht bestreitet. Dementsprechend waren auch die unterschiedlichen Auffassungen der Beteiligten über das richtige Verständnis der (vergütungspflichtigen) Arbeitszeit Anlass für die Einleitung des Verfahrens.

d) Auch soweit der Betriebsrat zum erstrebten Feststellungsausspruch vorgebracht hat, die Zeiten, die die Beschäftigten zum Schichtbeginn bzw. nach Schichtende für das Umkleiden und die dadurch veranlassten Wege benötigten, seien Arbeitszeit im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn, berührt er sich keiner (Mit-)Regelungsbefugnis, die die bereits mitbestimmte Arbeitszeitlege in ihrer Ausgestaltung modifizieren würde. Er macht nach seinen unmissverständlichen Ausführungen keine Mitbestimmung bei der Festlegung von Beginn und Ende konkreter – in der Konsequenz schichtzeitunabhängiger – Zeitspannen geltend, sondern bewertet diese lediglich als Bestandteile bereits festgelegter (Schicht-)Arbeitszeiten.

e) Was Inhalt einer mitbestimmt gestalteten Angelegenheit (der Schichtzeit) ist, kann der Betriebsrat nicht im Wege der Feststellung eines Mitbestimmungsrechts bezüglich dieser ausgestalteten Angelegenheit klären lassen. Dies unterscheidet den vorliegenden Sachverhalt

*Das Feststellungsinteresse liegt vor, wenn der Arbeitgeber ein Mitbestimmungsrecht bestreitet oder der Betriebsrat sich eines solchen berührt.*

von den Konstellationen in den vom Betriebsrat herangezogenen Entscheidungen, in denen der Senat erkannt hat, dass Zeiten des Umkleidevorgangs im Betrieb ebenso wie innerbetriebliche Wege zwischen Umkleide- und Arbeitsstellen zur Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gehören. Diesen Entscheidungen lagen entweder konkrete Anlässfälle eines Streits der Betriebsparteien über eine noch nicht mitbestimmt ausgestaltete Angelegenheit, die Anfechtung eines Einigungsstellenspruchs oder eine betriebliche Maßnahme des Arbeitgebers zugrunde. Das gilt auch für den im Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung noch nicht veröffentlichten Senatsbeschluss vom 22. Oktober 2019 (- 1 ABR 11/18 -), wonach Zeiten, die das Fahrpersonal für das Zurücklegen der Strecke zwischen Wohnung bzw. jeweiligem Aufenthaltsort zum Einsatz-/Ablöseort und vom Aus-/Ablöseort zur Wohnung oder jeweiligem Aufenthaltsort braucht, nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Nach dem dortigen verfahrensgegenstand haben die Betriebsparteien nicht – wie

vorliegend – darüber gestritten, wie bereits mitbestimmte betriebliche Arbeitszeitfestlegungen zu verstehen sind.

II. Der Feststellungshilfsantrag zu 1. ist gleichfalls unzulässig.

1. (...) 2. Jedenfalls aber folgt die Unzulässigkeit des Hilfsantrags zu 1. aus dessen mangelnder Bestimmtheit iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es ist auch unter Berücksichtigung des Vorbringens des Betriebsrats nicht erkennbar, für welche konkrete betriebliche Angelegenheit die reklamierte Mitbestimmung festgestellt werden soll. (...)

III. Ebenso ist der Antrag zu 2. unzulässig.

1. (...) 2. Der Antrag betrifft aber kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO.

a) Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann sich eine begehrte gerichtliche Feststellung nur auf ein Rechtsverhältnis richten. Durch diese Beschränkung wird der Bezug einer begehrten Entscheidung zu einem konkreten Rechtsschutzbegehren sichergestellt. Ein Rechtsverhältnis ist die aus einem konkreten Lebenssachverhalt resultierende Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache, die ein subjektives Recht enthält oder aus der ein solches Recht entspringen kann. Nur das Rechtsverhältnis selbst kann Gegenstand der Feststellung sein. Diese muss sich nicht notwendig auf das Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken, sondern kann auf einzelne

Beziehungen oder Folgen aus dem Rechtsverhältnis oder auf bestimmte Verpflichtungen aus ihm beschränkt sein. Kein Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO sind dagegen abstrakte Rechtsfragen, bloße Elemente eines Rechtsverhältnisses oder rechtliche Vorfragen. Die Klärung solcher Fragen liefe darauf hinaus, ein Rechtsgutachten zu erstellen. Das ist den Gerichten verwehrt.

b) Danach ist der Antrag zu 2. nicht auf ein Rechtsverhältnis gerichtet. Die vom Betriebsrat beanspruchte Feststellung zielt auf die fehlende Befugnis der Betriebsparteien, die näher angeführte Vereinbarung zu treffen. Das betrifft kein rechtliches Verhältnis eines Beteiligten zum jeweils anderen oder zu einer Sache. Vielmehr erstrebt der Betriebsrat die rechtliche Begutachtung eines Aspektes der betrieblichen Arbeitszeit. Die Erstattung von Rechtsgutachten entspricht jedoch nicht der von der Verfahrensordnung vorgesehenen Funktion der Gerichte.

IV. Schließlich ist auch der Antrag zu 3. unzulässig. Für die mit ihm verfolgte Feststellung sind die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt. Das gilt unabhängig davon, ob der Antrag als Feststellung eines Durchführungsanspruchs oder als Feststellung der (partiellen) Unwirksamkeit einzelner Regelungen der genannten Kollektivvereinbarungen zu verstehen ist. (...)



[Download Vollversion](#)

## Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs zur Gefährdungsbeurteilung und hieraus folgender Schutzmaßnahmen

1. Der **Regelungsauftrag einer Einigungsstelle ist nur dann geeignet, ihr die erforderliche Spruchkompetenz zu vermitteln, wenn er hinreichend bestimmt ist. Fehlt es hieran, ist der gesamte Spruch der Einigungsstelle unwirksam.**

2. **Aufgrund des rechtssystematischen Zusammenhangs zwischen den in § 5 ArbSchG und den in § 3 Abs. 1 ArbSchG geregelten Angelegenheiten kann sich der Einigungs- oder Bestellungsgegenstand bei der Errichtung einer Einigungsstelle nicht sowohl auf die Ausgestaltung des Verfahrens zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung als auch – im Vorgriff – schon auf ggf. erforderliche Schutzmaßnahmen und die Regelung ihrer Wirksamkeitskontrolle erstrecken.**

3. **Mit der mitbestimmten Ausgestaltung der für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung iSv. § 5 Arb-**

**SchG wesentlichen Grundlagen soll verhindert werden, dass zwischen den Betriebsparteien später Streit über das bei der Beurteilung der Arbeitsbedingungen angewandte Verfahren und die Methoden entstehen.**

(Orientierungssätze

der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Beschluss v. 19.11.2019 – 1 ABR 22/18 –

### Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs.

Die antragstellende Arbeitgeberin betreibt eine Spezialklinik zur Behandlung von Wirbelsäulen und Gelenken, für die der beteiligte Betriebsrat gebildet ist. Nach-



dem es zwischen den Beteiligten zu Auseinandersetzungen über die Mindestbesetzung des Pflegedienstes gekommen war, beschloss der Betriebsrat am 6. März 2013 die Einrichtung einer Einigungsstelle zum „Arbeits- und Gesundheitsschutz“. Dies teilte er der Arbeitgeberin am 7. März 2013 mit.

Mit E-Mail vom 3. April 2013 informierte der Verfahrensbvollmächtigte des Betriebsrats den Vorsitzenden der Einigungsstelle darüber, dass deren Gegenstand die „Mindestbesetzung in der Dienstplanung für den Pflegedienst für Früh-, Spät- und Nachtdienst in den Stationen 2a, 2b, 2c sowie 4a, 4b und 4c“ sei. In den Protokollen der beiden ersten Einigungsstellensitzungen am 16. April 2013 und 7. Mai 2013 ist der Regelungsgegenstand ebenfalls entsprechend bezeichnet. Ausweislich des Protokolls vom 16. April 2013 verständigten sich die Beteiligten darauf, die vom Betriebsrat „geltend gemachte gesundheitliche Gefährdungssituation der Beschäftigten näher zu analysieren und dies im Rahmen dieser Einigungsstelle zu tun ...“. In der Sitzung der Einigungsstelle am 7. Mai 2013 kamen deren Beisitzer überein, einen externen Sachverständigen hinzuzuziehen. Der von der Einigungsstelle beauftragte Arbeitswissenschaftler Dr. H legte im September 2013 einen gutachterlichen Bericht zur Arbeitssituation der Pflegekräfte auf den Stationen 4a und 4b vor.

Die Beteiligten schlossen am 23./25. September 2013 eine „Zwischenvereinbarung als Regelungsabrede“ (Regelungsabrede 2013), die auszugsweise lautet:

#### „Teil II

Zwischen den Betriebsparteien wird vereinbart, im Rahmen dieser Einigungsstelle nach § 87 I Nr. 7 BetrVG, dass nach Maßgabe der Empfehlung im Gutachten von Dr. H S. 20 f. eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt wird. (...).“

Am 14. März 2014 trafen die Beteiligten folgende „Vereinbarung“: „Die ... (Arbeitgeberin) bestreitet auch weiterhin die Zuständigkeit der Einigungsstelle im Hinblick auf eine Personalbemessung/Mindestbesetzung ... Dies vorausgeschickt vereinbaren die Betriebsparteien Folgendes: (...). (...).“ (...)

Die Beteiligten schlossen am 25. November 2014 eine für die Pflegekräfte der Stationen 3a bis 3c und 4a bis 4c geltende Betriebsvereinbarung zur „Regelung der Arbeit des Steuerkreises zur Gestaltung des Gefährdungsbeurteilungsprozesses in Ausführung der Regelungsabrede vom 14. März 2014“ (BV 2014). (...)

Die Einigungsstelle nahm – nachdem der Steuerkreis zunächst mehrmals getagt hatte – im Laufe des Jahres 2015 wieder ihre Tätigkeit auf. Am 17. Mai 2016 beschloss sie gegen die Stimmen der arbeitgeberseitigen Beisitzer die „Einholung eines Sachverständigen-gutachtens in Bezug auf den Gegenstand Arbeitsbe-

reichs-/Tätigkeitsbezogene Gefährdungsbeurteilung der Tätigkeit der Pflegekräfte auf den Stationen 2c, 3a, 3c, 4a und 4c (inklusive Ambulanz) einschließlich des Aufnahmezentrums ... mit Schwerpunkt psychischer Belastung“. Weiter heißt es in dem Beschluss:

„Dabei soll im Rahmen des Gutachtens aufgrund der bisherigen Anträge des Betriebsrates ... auch eine Stellungnahme zu folgenden Fragen erfolgen:

- Aufgrund welcher Risikofaktoren ist hinsichtlich der Arbeitssituation der Pflegekräfte generell bzw. aufgrund der speziellen Situation von einer Gefährdung der Gesundheit auszugehen?

...“

Die Personalleiterin der Arbeitgeberin erklärte sich Ende Juli 2016 mit der Erteilung des Gutachtauftrags an Herrn Dr. R auf der Grundlage des von diesem unterbreiteten Angebots einverstanden. Dieser legte seine „Gutachterliche Stellungnahme“ Ende November 2016 vor.

Die Einigungsstelle beschloss am 8. Dezember 2016 eine „Betriebsvereinbarung allgemeiner Pflegedienst zur Dienstplanung der Pflegekräfte in Abhängigkeit der Belegung der Stationen“ (BV Besetzung). (...)

Der vom Einigungsstellenvorsitzenden unterzeichnete Spruch wurde der Arbeitgeberin am 27. Dezember 2016 zugeleitet. Mit am selben Tag beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat sie diesen angefochten. (...)

## Aus den Gründen

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass der Spruch der Einigungsstelle vom 8. Dezember 2016 unwirksam ist.

I. (...) II. Der Antrag ist begründet. Zwar ist entgegen der Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts nicht davon auszugehen, dass das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG allein aus systematischen Gründen keine Maßnahmen erfasst, die – wie Besetzungsregeln – ggf. die Personaleinsatzplanung des Arbeitgebers und damit eine Angelegenheit iSd. § 92 BetrVG berühren. Dies verkennt, dass das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei der Personalplanung nach § 92 BetrVG einerseits und sein Mitbestimmungsrecht beim Arbeits- und Gesundheitsschutz nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG andererseits unterschiedliche Angelegenheiten betreffen. (...) Dennoch ist das Landesarbeitsgericht letztlich zutreffend davon ausgegangen, dass die auf dem Spruch beruhende BV Besetzung vom 8. Dezember 2016 unwirksam ist.

1. Der Regelungsauftrag der Einigungsstelle war mangels hinreichender Bestimmtheit schon nicht geeignet, ihr die erforderliche Spruchkompetenz zu vermitteln.

Der Mangel in der notwendigen Bestimmung des Regelungsauftrags der Einigungsstelle bewirkt die Unwirksamkeit des gesamten Spruchs.

a) Einigungs- oder Bestellungsgegenstand bei der Bildung einer Einigungsstelle sowohl nach § 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG als auch nach § 76 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 BetrVG iVm. § 100 ArbGG ist – neben der Person des Vorsitzenden und der Anzahl der vom Arbeitgeber und Betriebsrat zu benennenden Beisitzer – auch die Festlegung des von ihr zu verhandelnden Regelungsgegenstands. Dieser kann weit gefasst werden, was nicht zuletzt dem im Einigungsstellenverfahren angelegten Einigungsvorrang (§ 76 Abs. 3 Satz 3 BetrVG) entspricht. Stets aber muss hinreichend klar sein, über welchen Gegenstand die Einigungsstelle überhaupt verhandeln und ggf. durch Spruch befinden soll. Das ist unerlässlich, weil mit dem Regelungsgegenstand der Zuständigkeitsrahmen der Einigungsstelle begrenzt wird, damit diese der gesetzgeberischen Konzeption genügen kann, eine regelungsbedürftige Angelegenheit im Rahmen der gestellten Anträge vollständig zu lösen. Da ein Einigungsstellen-spruch auch dann unwirksam ist, wenn die Einigungsstelle ihrem Regelungsauftrag nicht ausreichend nachkommt und keine abschließende Regelung trifft, muss sowohl für das Einigungsstellenverfahren als auch für die gerichtliche Überprüfung der Zuständigkeit der Einigungsstelle oder ihres Spruchs erkennbar sein, für welche konkreten Regelungsfragen sie errichtet worden ist. Das gilt auch für eine Einigungsstelle zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten in den Angelegenheiten des Arbeits- und Gesundheitsschutzes nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.

b) Ausgehend hiervon lassen die Vereinbarungen der Beteiligten nicht erkennen, welchen Regelungsauftrag die Einigungsstelle zum Zeitpunkt ihres Spruchs zu erfüllen hatte.

aa) Der anfangs im Beschluss des Betriebsrats vom 6. März 2013 zur Anrufung der Einigungsstelle und in der Mitteilung an die Arbeitgeberin vom 7. März 2013 benannte Regelungsauftrag „Arbeits- und Gesundheitsschutz“ war wegen seiner inhaltlichen Unbestimmtheit nicht geeignet, eine Spruchkompetenz zu vermitteln. (...)

bb) Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Beteiligten diesen unbestimmten Regelungsauftrag (...) nachfolgend zunächst einvernehmlich auf den Regelungsgegenstand „Mindestbesetzung in der Dienstplanung für den Pflegedienst für Früh-, Spät- und Nachtdienst in den Stationen 2a, 2b, 2c sowie 4a, 4b und 4c“ beschränkt haben. Denn jedenfalls haben die Betriebsparteien den Regelungsauftrag der Einigungsstelle durch die Bestimmungen in Teil III der Regelungsabrede 2013 erheblich erweitert. (...) Aufgrund der in Teil III Buchst. a der Re-

gelungsabrede 2013 getroffenen Vereinbarung war die Einigungsstelle damit einerseits für die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten in Bezug auf die Ausführung („Durchführung“) der Gefährdungsbeurteilung zuständig; andererseits sollte sie im Konfliktfall auch die sich aus der durchgeführten Gefährdungsbeurteilung ergebenden erforderlichen Maßnahmen iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG regeln. Zu diesen gehörte die – ausdrücklich in Teil III Buchst. b Regelungsabrede 2013 aufgeführte – „Betriebsvereinbarung Per-

*Der von der Einigungsstelle  
zu verhandelnde Regelungsgegenstand muss  
klar definiert werden.*

sonalbesetzung“. Der übrige Inhalt der Regelungsabrede 2013 spricht dafür, dass sich diese Regelungsgegenstände in personeller Hinsicht nicht auf das Personal des gesamten Krankenhauses, sondern nur auf den Pflegedienst auf den (damals vorhandenen) Stationen beziehen.

cc) Sowohl durch die Regelungen in Nr. 4 Satz 1, Satz 4 und Nr. 5 der Vereinbarung vom 14. März 2014 als auch durch die nachfolgend vereinbarte BV 2014 haben die Betriebsparteien den bisherigen Regelungsgegenstand der Einigungsstelle inhaltlich erneut verändert. (...)

dd) Die Betriebsparteien haben den Regelungsauftrag der Einigungsstelle auch in der Folgezeit nicht einvernehmlich auf den Gegenstand „Mindestbesetzung der Pflegekräfte“ zurückgeführt. Ungeachtet dessen, ob eine solche Beschränkung wegen des Konflikts der Beteiligten über die Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme überhaupt möglich gewesen wäre, fehlt es jedenfalls an dem notwendigen Einverständnis der Arbeitgeberin. Diese hat im Laufe des Einigungsstellenverfahrens ausdrücklich geltend gemacht, die Einigungsstelle sei für eine Regelung zur Personalbesetzung oder Mindestbesetzung der Pflegekräfte unzuständig. (...) Vor diesem Hintergrund kann weder davon ausgegangen werden, die Betriebsparteien hätten den Regelungsauftrag durch ihre wechselseitig in das Einigungsstellenverfahren eingebrachten Entwürfe einvernehmlich konkretisiert, noch kann das im Spruch benannte Regelungsthema als ein abtrennbarer Teilbereich eines pauschal gefassten Gesamtauftrags und damit als dessen einvernehmliche Beschränkung verstanden werden.

2. Auch wenn der Senat – zu Gunsten des Betriebsrats – annehmen würde, die Regelungen in Nr. 3.1 und Nr. 3.3 bis Nr. 3.5 BV 2014 seien dahin zu verstehen, dass der Einigungsstelle nicht nur die Ausgestaltung der Beurteilung der Arbeitsbedingungen iSv. § 5 ArbSchG („Gefährdungsbeurteilung“), sondern auch die Regelung erforderlicher Schutzmaßnahmen iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1

ArbSchG sowie die Regelung ihrer Wirksamkeitskontrolle iSv. § 3 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG obliegen sollte, vermag ein solcher Regelungsauftrag keine Spruchkompetenz zu vermitteln. Einer Einigungsstelle kann im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nicht gleichzeitig ein Auftrag zur Ausgestaltung der von § 5 ArbSchG und der von § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbSchG erfassten Angelegenheiten übertragen werden.

a) Die Errichtung einer Einigungsstelle richtet sich nach § 76 Abs. 2 Satz 1 bis Satz 3 BetrVG. Grundlage hierfür ist in den Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung stets ein gegenwärtiger Regelungskonflikt der Betriebsparteien. Die Einigungsstelle soll – wie § 87

*Die Mitbestimmung im Zusammenhang mit § 3 ArbSchG setzt voraus, dass eine konkrete Gefährdung feststeht oder nach § 5 ArbSchG festgestellt wurde.*

Abs. 2 Satz 1 BetrVG zeigt – eingeschaltet werden, wenn eine Einigung der Betriebsparteien über eine Angelegenheit iSd. § 87 Abs. 1 BetrVG nicht zustande kommt und daher der vorhandene Regelungskonflikt nur mit ihrer Hilfe einer Lösung zugeführt werden kann.

b) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat der Betriebsrat bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen, die der Arbeitgeber auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift zu treffen hat, bei deren Gestaltung ihm aber Handlungsspielräume verbleiben. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen Fehlens einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen. Sowohl § 5 ArbSchG als auch § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbSchG stellen zwar ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschriften in diesem Sinne dar. Allerdings kann ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG erst eingreifen, wenn eine konkrete Gefährdung nach Art und Umfang entweder feststeht oder im Rahmen einer nach § 5 ArbSchG vom Arbeitgeber durchgeführten Beurteilung der Arbeitsbedingungen festgestellt wurde.

c) Systematisch baut die Regelung in § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG damit auf § 5 ArbSchG auf. Welche Schutzmaßnahmen angemessen und geeignet sind, lässt sich erst beurteilen, wenn im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung das von der Arbeit für die Beschäftigten ausgehende Gefährdungspotential eruiert wurde. Die vom Arbeitgeber – und nicht von den Betriebsparteien gemeinsam – durchzuführende Beurteilung der Arbeitsbedingungen iSv. § 5 ArbSchG umfasst die Überprüfung, ob und ggf. welche Gefährdungen mit einer Tätigkeit einhergehen. Die mit der Arbeit des Beschäftigten verbundenen möglichen Gefährdungen müssen anhand

der jeweiligen Gefahrenquellen ermittelt und im Hinblick auf ihre Schwere (Art und Umfang des möglichen Schadens) und das Risiko ihrer Realisierung (Eintrittswahrscheinlichkeit) bewertet werden. Untrennbare Bestandteile der Gefährdungsbeurteilung sind die Prüfung, ob Schutzmaßnahmen geboten sind, und die Bewertung der Dringlichkeit eines Handlungsbedarfs. Das im Rahmen von § 5 ArbSchG von der Einigungsstelle auszugestaltende Verfahren zur Durchführung der Gefährdungsbeurteilung erfasst jedoch weder die Beantwortung der Frage, welche konkreten Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer angesichts einer festgestellten Gefährdung ergriffen werden können, noch die auf konkrete Schutzmaßnahmen

bezogene Kontrolle ihrer Wirksamkeit. Ein dem Arbeitgeber bei diesen Angelegenheiten zustehender Entscheidungsspielraum ist – mitbestimmungsrechtlich – den Rahmenvorschriften des § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbSchG zugeordnet. Sofern das Vorliegen einer konkreten Gefährdung der Arbeitnehmer zwischen den Betriebsparteien nicht außer Streit steht, ist daher zunächst eine Beurteilung der Arbeitsbedingungen nach § 5 ArbSchG durchzuführen. Ergibt diese, dass Schutzmaßnahmen erforderlich sind, hat sie der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG zu treffen. Kann einer Gefährdung mittels unterschiedlicher Schutzmaßnahmen begegnet werden, besteht im Rahmen dieser Norm ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei der Entscheidung, welche der möglichen Maßnahmen umgesetzt werden soll.

d) Aufgrund dieses rechtssystematischen Zusammenhangs zwischen § 5 ArbSchG einerseits und § 3 Abs. 1 ArbSchG andererseits kann sich der Einigungs- oder Bestellungsgegenstand bei der Errichtung einer Einigungsstelle nicht sowohl auf die Ausgestaltung des Verfahrens zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung iSv. § 5 ArbSchG als auch – im Vorgriff – auf ggf. erforderliche Schutzmaßnahmen und die Regelung ihrer Wirksamkeitskontrolle nach § 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbSchG erstrecken. Das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 3 Abs. 1 ArbSchG bestimmt sich nach Maßgabe konkret feststehender Gefährdungen, die einen Handlungsbedarf für die Betriebsparteien erzeugen. Dieser ist von ihnen zu beraten und einer Lösung zuzuführen. Ein mit Hilfe des Einigungsstellenverfahrens nach § 87 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu lösender, gegenwärtiger Konflikt der Betriebsparteien kann erst dann auftreten, wenn derartige Verhandlungen gescheitert sind. In Bezug auf die von § 3 Abs. 1 ArbSchG erfassten Angelegenheiten kann der Regelungsauftrag der Einigungsstelle daher nur rahmenvorschriftbezogen festgelegt und – zB personen- oder arbeitsplatzbezogen – nach den zu gestaltenden Konstellationen konkretisiert werden. Die hiervon abweichende Einsetzung einer Einigungsstelle „ins Blaue hinein“ widerspricht dem in § 87 Abs. 2 BetrVG angelegten Verhandlungsprimat der Betriebsparteien.

3. Ungeachtet dessen ist der Spruch auch dann unwirksam, wenn der Einigungsstelle der Regelungsauftrag Mindestbesetzung der Pflegekräfte in den Stationen 2c, 3a incl. 2a, 3c, 4b und 4c incl. 4a erteilt worden wäre. Denn selbst dann fehlte es hinsichtlich der Regelungen in §§ 2, 3 BV Besetzung an einem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG.

a) Besteht – wie vorliegend – zwischen den Betriebsparteien Streit darüber, ob die Arbeitnehmer durch psychische Belastungen bei der Arbeit gefährdet sind, müssen sie zunächst die Vorgaben für die nach § 5 Abs. 1 ArbSchG vom Arbeitgeber durchzuführende Beurteilung der Arbeitsbedingungen festlegen. Nach der Konzeption des Arbeitsschutzgesetzes ist die Gefährdungsbeurteilung das maßgebende Instrument, um von der Arbeit ausgehende Gefährdungen zu ermitteln. Je genauer und wirklichkeitsnäher im Betrieb die Gefährdungen anhand der jeweiligen Gefahrenquellen ermittelt und beurteilt werden, umso gezielter können konkrete Maßnahmen getroffen werden. Das dem Betriebsrat bei der Ausgestaltung der Gefährdungsbeurteilung iSv. § 5 ArbSchG zustehende Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG umfasst die Klärung, inwieweit die Arbeitsbedingungen mehrerer Beschäftigter gleichartig sind und deshalb die Beurteilung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit ausreicht (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 ArbSchG). Zudem müssen die Betriebsparteien regeln, mit welchen Methoden und Verfahren das Vorliegen und der Grad einer Gefährdung sowie die Dringlichkeit eines möglichen Handlungsbedarfs festgestellt werden sollen. Dies gilt auch für Gefährdungen, die mit psychischen Belastungen bei der Arbeit verbunden sind (vgl.

§ 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG). Die nach der gesetzlichen Konzeption mitbestimmte Ausgestaltung der für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung wesentlichen Grundlagen soll verhindern, dass später Streit über das angewandte Verfahren und die Methoden entstehen. Können die Betriebsparteien hierüber kein Einvernehmen erzielen, hat nach § 87 Abs. 2 BetrVG die Einigungsstelle zu entscheiden.

b) Grund und Ausmaß von Gefährdungen der Arbeitnehmer durch Arbeit können nicht durch die Einigungsstelle selbst geklärt werden. Diese ist weder die nach § 13 Abs. 1 ArbSchG verantwortliche Person für die Erfüllung der sich ua. aus § 5 ArbSchG ergebenden Pflichten des Arbeitgebers, noch können an sie Arbeitsschutzpflichten iSd. § 13 Abs. 2 ArbSchG delegiert werden. Daher ist es auch nicht ihre Aufgabe, die Beurteilung, ob Gefährdungen vorliegen, selbst vorzunehmen oder diese selbst durch Hinzuziehung von Sachverständigen zu ermitteln. Die Einigungsstelle kann allerdings Sachverständige hinzuziehen, um sich zu den in Betracht kommenden Verfahren zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung sachkundig zu machen.

c) Daran gemessen waren die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG im Streitfall nicht gegeben. Es fehlt an einer – vorliegend zunächst erforderlichen – Gefährdungsbeurteilung iSv. § 5 Abs. 1 ArbSchG, die auf der Grundlage einer von den Beteiligten zuvor getroffenen Regelung über das Verfahren zur Beurteilung der Arbeitsbedingungen durchgeführt wurde. (...)



[Download Vollversion](#)

## Einigungsstellenspruch zum betrieblichen Eingliederungsmanagement

1. Ein Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs umfasst die Prüfung, ob einzelne Spruchregelungen unwirksam sind. Eine teilweise Spruchunwirksamkeit hat das erkennende Gericht als ein Weniger nach § 308 Abs. 1 ZPO zuzuerkennen.  
2. Nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist der Arbeitgeber – wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind – verpflichtet, mit der zuständigen Interessenvertretung (bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung) mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Einer

Einigungsstelle mit dem Regelungsauftrag „betriebliches Eingliederungsmanagement“ ist das Aufstellen derjenigen Maßgaben übertragen, die diese Verpflichtung verfahrensmäßig ausformen und in ihren betrieblichen Rahmenbedingungen gestalten.

3. Der konkret-individuelle Klärungsprozess des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX findet nicht ohne Beteiligung des Arbeitnehmers statt.

4. Die verfahrensmäßige Ausgestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements dahingehend, dass der Arbeitnehmer zwischen dessen Durchführung mit den Interessenvertretungen und ohne deren Beteiligung wählen kann, entspricht einem regelkonformen betrieblichen Eingliederungsmanagement.

5. Die Initiativlast für die Einbindung der in § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX genannten Stellen hat der Arbeitgeber.

**Dem darf eine (im Spruchwege beschlossene) Betriebsvereinbarung zu verfahrensmäßigen Gestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht zuwiderlaufen.**

**6. Im konkret zu entscheidenden Fall war die von der Einigungsstelle beschlossene Betriebsvereinbarung „Betriebliches Eingliederungsmanagement“ unwirksam. Nach den mit ihr festgelegten Verfahrenskriterien war die Hinzuziehung des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung zum konkreten Klärungsprozess teilweise in die initiative Verantwortung des betroffenen Arbeitnehmers gestellt.**

(Orientierungssätze

der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Beschluss v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18 –

## Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs zum betrieblichen Eingliederungsmanagement.

Die Arbeitgeberin – ein Logistikunternehmen mit mehr als 1.000 Beschäftigten – verhandelte mit dem in ihrem Betrieb in H gebildeten Betriebsrat erfolglos über Regelungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement. Nach einer Einigung der Betriebsparteien über die Einsetzung einer Einigungsstelle zum Gegenstand „Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement“ beschloss diese im Spruchwege am 25. September 2012 eine „Betriebsvereinbarung zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement“. Dieser Spruch wurde von der Arbeitgeberin erfolgreich angefochten. Im daraufhin fortgesetzten Einigungsstellenverfahren beschloss die Einigungsstelle am 22. Juni 2017 die „Betriebsvereinbarung zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)“ (BV) mit dem Wortlaut: „Ablauf des BEM ...“

Der Betriebsrat hat beantragt 1. festzustellen, dass der Spruch der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist; hilfsweise (...). (...)

## Aus den Gründen

(...) II. (...) 2. Der (Haupt-)Antrag ist begründet. Der angefochtene Einigungsstellenspruch ist unwirksam.

a) Es bestehen allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass der Spruch bereits aus formellen Gründen unwirksam ist. (...)

b) Des Weiteren ist der Spruch der Einigungsstelle – anders als vom Landesarbeitsgericht angenommen – nicht deshalb unwirksam, weil die Einigungsstelle mit der beschlossenen BV ihren Regelungsauftrag grundsätzlich verfehlt hätte.

aa) Übertragen die Betriebsparteien – wie vorliegend – der Einigungsstelle den Auftrag, „das betriebliche Eingliederungsmanagement“ zu regeln, betrifft dies die betrieblichen Rahmenbedingungen zur Ausgestaltung der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (...). Der Regelungsauftrag bezieht sich auf die Aufstellung derjenigen Maßgaben, nach denen ein Eingliederungsmanagement iSd. § 167 Abs. 2 SGB IX im jeweiligen Betrieb konkret durchgeführt werden soll.

bb) Dabei kommen als die Spruchkompetenz der Einigungsstelle vermittelnde Tatbestände das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, bei der Nutzung und Verarbeitung von (Gesundheits-) Daten das nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und bei der Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes das nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX in Betracht. Bei § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX handelt es sich bezogen auf Verfahrensregelungen über die „Klärung von Möglichkeiten“ um eine die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auslösende Rahmenvorschrift. Die durch den Betriebsrat mitzubestimmende Ausgestaltung erstreckt sich allerdings nicht auf die Umsetzung konkreter Maßnahmen. Mitzubestimmen ist das Aufstellen prozeduraler Vorgaben für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements.

cc) Daran gemessen bleibt der Spruch der Einigungsstelle nicht hinter deren Regelungsauftrag zurück.

(1) Die von der Einigungsstelle beschlossenen Regelungen beziehen sich auf die Vorbereitung und den Ablauf des betrieblichen Eingliederungsmanagements. Sie legen ein einleitendes Informationsgespräch mit dem sog. BEM Berechtigten gem. Ziff. (1) bis (2) BV und ein sich – nach näheren Maßgaben – anschließendes BEM-Fallgespräch gem. Ziff. (6) BV fest. Hierbei ist – bei Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers – der Betriebsrat und ggf. die Schwerbehindertenvertretung einbezogen (vgl. Ziff. (6) Satz 1 BV). Mit diesen ist der Termin für das Fallgespräch abzustimmen (vgl. Ziff. (4) Satz 3 BV). Für die Einladungen des BEM-Berechtigten, für seine Antworten sowie ggf. zu fertigende erneute Anschreiben der Arbeitgeberin ist die Verwendung formalisierter Schreiben unter Beilegung näher angegebener Informationsblätter gestaltet. Ähnliches gilt für die formalisierten Dokumentationen im Zusammenhang mit dem konkret durchgeführten betrieblichen Eingliederungsmanagement.

(2) Damit mangelt es nicht von vornherein an Bestimmungen zur (verfahrensmäßigen) Gestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements.

(a) Für die konkrete Suche nach Möglichkeiten zur Überwindung von Arbeitsunfähigkeit bzw. ihrer Vorbeugung

ist mit Ziff. (6) BV das BEM-Fallgespräch vorgesehen. Das bestimmt zugleich, dass der Suchprozess iSv. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX diskursiv stattzufinden hat. Hierin liegt eine zwar rudimentäre, aber auch ausreichende Ausgestaltung iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Sie enthält zugleich die prozedurale Festlegung einer kommunikativen Verständigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeberin über die Möglichkeiten iSv. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Auch diese erfolgt nach Ziff. (6) BV im BEM-Fallgespräch, an dem der Betriebsrat bei einem entsprechenden Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers teilzunehmen hat. Der konkrete Klärungsprozess des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX findet nicht ohne Beteiligung des Arbeitnehmers zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber statt. (...)

(b) Der Regelungsauftrag ist auch nicht deswegen verfehlt, weil für die Teilnahme des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung „an einem bEM“ – was konkret das BEM-Fallgespräch betrifft – dem BEM-Berechtigten nach den standardisierten Vorgaben der Anlage 6 zur BV neben der Ablehnung des betrieblichen Eingliederungsmanagements die Wahl eröffnet ist, diesem „mit“ oder „ohne“ Beteiligung des Betriebsrats bzw. ggf. auch der Schwerbehindertenvertretung zuzustimmen. Der Spruch der Einigungsstelle gestaltet mit dieser Bestimmung die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements; ob die konkret getroffene Regelung wirksam ist, ist keine Frage der Erfüllung des Regelungsauftrags. Gleiches gilt, soweit der Betriebsrat geltend macht, die Festlegungen zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements seien nicht hinreichend bestimmt. Der Betriebsrat erkennt, dass die Auslegungsbedürftigkeit einer von der Einigungsstelle beschlossenen Betriebsvereinbarung ebenso wenig zu einer Unvollständigkeit des Spruchs führt wie das Unterlassen ggf. möglicher weitergehender Regelungen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die mitbestimmte auszugestaltende Angelegenheit nicht substantiell ungeregt ist. Betroffen ist in solch einem Fall nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Ausgestaltung der mitbestimmten Angelegenheit.

(c) Der vom Betriebsrat vermissten Ausgestaltung seiner Verständigung mit der Arbeitgeberin über die Möglichkeiten, Arbeitsunfähigkeit zu überwinden oder mittels Leistungen oder Hilfen Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu erhalten auch in den Fällen, in denen sich der BEM-Berechtigte gegen eine Teilnahme des Betriebsrats am Fallgespräch entscheidet, stehen die Vorgaben in § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX für den Klärungsprozess entgegen. Danach klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung und ggf. der Schwerbehindertenvertretung „mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person“ die in der Vorschrift näher benannten Möglichkeiten. Das bindet die Gremienhinzuziehung an die Zustimmung des Arbeitnehmers. (...)

(d) Der Umstand, dass sich Ziff. (6) Satz 1 BV für den Inhalt des BEM-Fallgesprächs und dessen Zweck (lediglich) auf die Wiedergabe des Normwortlauts von § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX beschränkt, steht der Annahme einer in der Gesprächsfestlegung „an sich“ liegenden hinreichenden Ausgestaltung des Klärungsprozesses nicht entgegen. (...)

(e) Die vom Betriebsrat beanstandete „Beschränkung“ der Ausgestaltung des Verfahrens des betrieblichen Eingliederungsmanagements auf seine – von der Einverständniserklärung des Arbeitnehmers abhängige – Teilnahme am BEM-Fallgespräch besteht nicht. Die von der Einigungsstelle beschlossenen Regelungen sind weitreichender und enthalten – entsprechend ihrem Regelungsauftrag – den gesamten prozeduralen Ablauf des betrieblichen Eingliederungsmanagements als betriebliches, dem Gesundheitsschutz dienendes Präventionsinstrument (Kontaktaufnahme, Informationsgespräch, Fallgespräch, Abschluss).

(f) Auch der Einwand des Betriebsrats, es fehle an einer Regelung von Unterrichtungspflichten der Arbeitgeberin gegenüber dem Betriebsrat, verfängt nicht. Diese fallen nicht in die Spruchkompetenz der Einigungsstelle. Sie folgen unmittelbar aus dem Gesetz. (...)

c) Gegen die in Erfüllung ihres Regelungsauftrags von der Einigungsstelle beschlossenen Bestimmungen von Ziff. (1) bis Ziff. (4) BV bestehen – anders als der Betriebsrat meint – zwar keine durchgreifenden Bedenken. Je-

*Einleitungsschwelle, Beteiligungen  
und Hinweispflichten des Arbeitgebers sind vom Gesetz in  
gewissem Umfang formalisiert.*

doch ist der Spruch insgesamt unwirksam, weil die mit ihm beschlossene Ausgestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements im Hinblick auf Ziff. (5) Satz 1 Alt. 1 BV gesetzeswidrig ist.

aa) Bei der Regelung des betrieblichen Eingliederungsmanagements haben die Betriebsparteien – bzw. die Einigungsstelle – zu beachten, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 167 Abs. 2 SGB IX bereits von Gesetzes wegen in gewissem Umfang formalisiert ist. Das gilt hinsichtlich der Einleitungsschwelle, der Beteiligungen und des Inhalts der dem Arbeitgeber obliegenden Hinweispflichten. Im Übrigen entspricht nur ein Verfahren, das die zu beteiligenden Stellen einbezieht, keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt und in dem die eingebrachten Vorschläge erörtert werden können, den gesetzlichen Anforderungen. Dieser verfahrensmäßigen (Mindest-)Ausstattung dürfen – mitbestimmt aufgestellte – allgemeine Regeln zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements

nicht widersprechen. Sie dürfen auch der gesetzlich vorgegebenen Beteiligung des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung nicht zuwiderlaufen.

bb) Hiervon kann in Anbetracht von Ziff. (5) Satz 1 Alt. 1 BV nicht ausgegangen werden.

(1) Nach den Verfahrensregelungen von Ziff. (1) bis Ziff. (5) BV erfolgt ein Erstkontakt des die Voraussetzungen des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfüllenden Arbeitnehmers mittels eines standardisierten Anschreibens unter Beifügung standardisierter Informationsblätter und einem vorgefertigten Antworttext für den BEM-Be-

*Der Arbeitnehmer hat das Recht, zwischen BEM mit und ohne Interessenvertretung zu wählen. Das muss ihm in jedem Verfahrensschritt deutlich gemacht werden.*

rechtigten. Die formularmäßige Antwort sieht als eine der möglichen Reaktionen des Arbeitnehmers vor, dass er eine unmittelbare Einladung zum BEM-Fallgespräch wünsche und bestätige, „bereits über das Ziel des BEM, den Ablauf sowie die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten informiert“ zu sein. Ist dies der Fall – woran wiederum Ziff. (5) Satz 1 Alt. 1 BV maßgebend anknüpft -, enthält das vorformulierte Einladungsschreiben zum BEM-Fallgespräch keine Option für den Arbeitnehmer, eine ausdrückliche Erklärung zur Beteiligung des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung bei der Klärung iSv. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX abzugeben. Eine solche ist nach der Verfahrensgestaltung nur im Informationsgespräch, das nach Maßgabe des als Anlage 6 zur BV statuierten Leitfadens stattfindet, vorgesehen.

(2) Diese prozedurale Gestaltung verstößt gegen die kollektiv-kooperative Vorgabe der gesetzlichen Klärungsverpflichtung des Arbeitgebers gem. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.

(a) Anders als der Betriebsrat meint, ist diese Annahme aber nicht durch die mit der Anlage 6 zur BV erfolgte Gestaltung eines „Forced-Choice“ zum Einverständnis des BEM-Berechtigten zum betrieblichen Eingliederungsmanagement „mit“ oder „ohne“ Betriebsrat bzw. Schwerbehindertenvertretung vorgegeben. Das Recht des betroffenen Arbeitnehmers, zwischen der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements mit und ohne Beteiligung der Interessenvertretungen zu wählen, sowie ein Hinweis darauf, entspricht einem regelkonformen betrieblichen Eingliederungsmanagement.

(b) Hingegen läuft die Gestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements mit der beschriebenen Verfahrensfolge der Beteiligung des Betriebsrats – und ggf. der Schwerbehindertenvertretung – am Klärungsprozess

aus anderen Gründen zuwider. Ist der Klärungsprozess im engeren Sinne „das BEM-Fallgespräch“, so muss dem Arbeitnehmer die seinem Einverständnis unterliegende Einbindung der Interessenvertretungen hieran zumindest eröffnet sein. Bei den durch die BV gestalteten Abläufen ist das bei einem Arbeitnehmer, der sich gegen das Informationsgespräch entscheidet, nicht und damit insgesamt nicht lückenlos gesichert. Insoweit reicht auch der allgemein gehaltene Passus im ersten Anschreiben, dass – falls gewünscht – die Möglichkeit der Teilnahme von Betriebsrat und ggf. Schwerbehindertenvertretung am BEM-Gespräch bestünde, nicht. Ebenso kann nicht – wie die Arbeitgeberin meint – darauf verwiesen werden, dass der Arbeitnehmer, der sich für ein BEM-Gespräch ohne vorheriges Informationsgespräch entscheide, mit seiner Bestätigung, er sei über das betriebliche Eingliederungsmanagement bereits ausreichend informiert, auch erkläre, er wisse um die Beteiligungsmöglichkeit anderer

Stellen. Die Beteiligung der Interessenvertretung liegt nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nicht in der initiativen Verantwortung des betroffenen Arbeitnehmers. Vielmehr hat der Arbeitgeber zusammen mit dem Betroffenen – den er zu informieren und dessen Zustimmung er einzuholen hat – eine an den gesetzlichen Zielen des betrieblichen Eingliederungsmanagements orientierte Klärung mit der zuständigen Interessenvertretung (und ggf. der Schwerbehindertenvertretung) zu unternehmen. Damit liegt die Initiativlast für die Beziehung dieser Stellen zum Klärungsprozess zwingend beim Arbeitgeber.

cc) Die unzureichende verfahrensmäßige Gestaltung der BV in diesem Punkt führt zu deren Gesamtnichtigkeit. Die übrigen Bestimmungen zur Verfahrensabfolge können nicht als sinnvolle Regelungen aufrechterhalten bleiben.



[Download Vollversion](#)

## Anmerkung

### I. Zum Sachverhalt

Die Beteiligten des Verfahrens vor dem BAG<sup>1</sup> streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruches: Die Arbeitgeberin verhandelte mit dem Betriebsrat erfolglos über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement. Die Betriebsparteien einigten sich darauf, eine Einigungsstelle zum Gegenstand „Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement“ einzusetzen. Die Einigungsstelle entschied per Einigungsstellenspruch. Dieser wurde von der Arbeitgeberin erfolgreich angefochten, daraufhin setzten die Beteiligten das Einigungsstellenverfahren fort. Am 22. Juni 2017 beschloss diese fortgesetzte Einigungsstelle die „Betriebsvereinbarung zur Durchfüh-

<sup>1</sup> Siehe vorstehend BAG v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18.

„In einem Informationsgespräch wird der BEM-Berechtigte über die Durchführung des BEM aufgeklärt. Der BEM-Berechtigte wird darüber informiert, dass mit seinem Einverständnis der Betriebsrat und, im Falle eines schwerbehinderten oder gleichgestellten BEM-Berechtigten, die Schwerbehindertenvertretung am BEM-Fallgespräch teilnehmen kann.“

„In einem Informationsgespräch wird der BEM-Berechtigte über die Durchführung des BEM aufgeklärt. Der BEM-Berechtigte wird darüber informiert, dass mit seinem Einverständnis der Betriebsrat und, im Falle eines schwerbehinderten oder gleichgestellten BEM-Berechtigten, die Schwerbehindertenvertretung am BEM-Fallgespräch teilnehmen kann.“

Weiterhin enthielt die Betriebsvereinbarung eine Regelung, wonach der Berechtigte wählen konnte, ob er zunächst ein Informationsgespräch wünscht oder ob er sich bereits hinreichend informiert fühlt und direkt mit

### Konsequenzen für die Praxis

Der Beschluss zeigt, wie wichtig es ist, die Einigungsstelle mit sachverständigen Personen zu besetzen. Außerdem sollten die Betriebs- und Personalräte dringend überprüfen, ob sich die vom BAG vorgegebenen Mindestanforderungen<sup>2</sup> an das betriebliche Eingliederungsmanagement in ihren Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen wiederfinden.

dem Fall-Gespräch starten möchte. Entschied sich der Berechtigte für Letzteres, wurde er nicht noch einmal darauf hingewiesen, dass bei dem Gespräch sowohl der Betriebsrat als auch die Schwerbehindertenvertretung anwesend sein können, wenn er dies wünscht.

Nachdem dem Betriebsrat der Einigungsstellenspruch am 30. Juni 2017 zugestellt wurde, machte dieser mit Antragschrift vom 14. Juli 2017 in der Hauptsache die Unwirksamkeit des gesamten Einigungsstellenspruchs und hilfsweise die Unwirksamkeit einzelner Regelungen der Betriebsvereinbarung geltend. Der Betriebsrat vertat die Auffassung, die Einigungsstelle habe ihren Regelungsauftrag nicht erfüllt, darüber hinaus sei der Spruch insgesamt – zumindest aber hinsichtlich einzelner Regelungen – „rechts- und ermessensfehlerhaft“. Das Arbeitsgericht wies die Anträge ab, das LAG gab dem Hauptantrag statt. Nunmehr begehrt die Arbeitgeberin mit ihrer Rechtsbeschwerde die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

### II. Zu den Gründen

Das BAG entschied zu Gunsten des Betriebsrats, dass der verfahrensgegenständliche Spruch der Einigungsstelle unwirksam ist. Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs umfasste als Minus auch eine Prüfung, ob einzelne Spruchregelungen unwirksam seien. Bei der Regelung des BEM hätten die Betriebsparteien bzw. die Einigungsstelle beachten müssen, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einleitung des BEM bereits von Gesetzes wegen in gewisser Weise formalisiert ist. Dies gelte hinsichtlich der

Einleitungsschwelle, der Beteiligung und des Inhalts der dem Arbeitgeber obliegenden Hinweispflichten. Im Übrigen entspreche nur ein Verfahren, das die zu beteiligenden Stellen einbezieht, keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt und in dem die eingebrachten Vorschläge erörtert werden können, den gesetzlichen Anforderungen.<sup>2</sup> Diesen Mindestanforderungen dürften allgemeine Regeln zur Durchführung des BEM nicht widersprechen. Sie dürften auch der gesetzlich vorgegebenen Beteiligung des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung nicht widersprechen, so das BAG.

Vorliegend enthalte das vorformulierte Einladungsschreiben zum Fallgespräch keine Option für den Arbeitnehmer, eine ausdrückliche Erklärung zur Beteiligung des Betriebsrats und

gegebenenfalls der Schwerbehindertenvertretung bei der Klärung im Sinne von § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX abzugeben. Eine solche sei nach der Verfahrensgestaltung nur im Informationsgespräch vorgesehen. Diese Gestaltung verstoße gegen die kollektiv-kooperative Vorgabe der gesetzlichen Klärungs-

verpflichtung des Arbeitgebers gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Die unzureichende verfahrensmäßige Gestaltung der Betriebsvereinbarung in diesem Punkt führe zu deren Gesamtunwirksamkeit. Die übrigen Bestimmungen zur Verfahrensabfolge könnten nicht als sinnvolle Regelungen aufrechterhalten werden.

### III. Stellungnahme

Der Entscheidung des BAG ist zuzustimmen. Insbesondere soll hervorgehoben werden, dass das BAG den Einigungsstellenspruch inhaltlich überprüfen durfte. Dies ist immer dann der Fall, wenn – wie hier – durch die Einigungsstelle höherrangiges Recht verletzt wird.<sup>3</sup>

Zutreffend hat das BAG entschieden, dass die Gestaltung der Betriebsvereinbarung gegen die kollektiv-kooperative Vorgabe der gesetzlichen Klärungsverpflichtung des Arbeitgebers verstoße. Damit bleibt das BAG auf seiner Linie, denn bereits 2016 entschied das BAG, dass eine Betriebsvereinbarung, die bezüglich der möglichen Beteiligung des Betriebsrats ein fehlerhaftes Musterschreiben enthält, unwirksam sei.<sup>4</sup> Dieser konsequente Schutz der Beteiligungsrechte des Betriebsrats auf der einen und der Rechte des einzelnen Arbeitnehmers auf der anderen Seite ist sehr zu begrüßen.

Matthias Baring LL.M\*, Bochum

<sup>2</sup> BAG v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, BAGE 154, 329, ZBVR *online* 12/2016, S. 9.

<sup>3</sup> Vgl. BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398.

<sup>4</sup> Kühnreich, in: NK-GA, 1. Aufl. 2016, § 76 BetrVG Rn. 52.

<sup>5</sup> BAG v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, BAGE 154, 329, ZBVR *online* 12/2016, S. 9.



## Zwangsvollstreckung einer vom Betriebsrat eingegangenen Handlungsverpflichtung durch Inanspruchnahme einzelner Betriebsratsmitglieder

Hat sich der Betriebsrat gegenüber einzelnen Betriebsratsmitgliedern in einem gerichtlichen Vergleich zur Vornahme unvertretbarer Handlungen verpflichtet, kann die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich nicht gegenüber anderen Betriebsratsmitgliedern erfolgen. Die Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegen einzelne Betriebsratsmitglieder in entsprechender Anwendung von § 731 ZPO kommt nicht in Betracht. Dies gilt auch dann, wenn das einzelne Betriebsratsmitglied materiell-rechtlich verpflichtet wäre, die titulierte Handlungspflicht für den Betriebsrat zu erfüllen.

(Orientierungssätze

der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Beschluss v. 23.10.2019 – 7 ABR 7/18 –

### Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten über die Erteilung einer Vollstreckungsklausel zu einem mit dem Betriebsrat geschlossenen gerichtlichen Vergleich, um zur Durchsetzung einer darin geregelten Handlungsverpflichtung des Betriebsrats die Zwangsvollstreckung gegen einzelne Betriebsratsmitglieder zu betreiben.

Die zu 1. und 3. beteiligten Antragsteller und die Beteiligten zu 6., 7., 9. und 10. sind Mitglieder des zu 11. beteiligten Betriebsrats im Betrieb der zu 12. beteiligten Arbeitgeberin. Von den 21 Mitgliedern des Betriebsrats wurden 15 Mitglieder über die Liste der IG Metall gewählt, darunter die Beteiligten zu 6., 7., 9. und 10. Die Antragsteller wurden über die Liste „Alternative“ zu Betriebsratsmitgliedern gewählt. Bei den Beteiligten zu 6., 7., 9. und 10. handelt es sich um den Betriebsratsvorsitzenden, dessen Stellvertreter sowie um Sprecher von Betriebsratsausschüssen.

In einem vorherigen Beschlussverfahren hat das Arbeitsgericht Berlin auf Antrag ua. der Antragsteller des vorliegenden Verfahrens durch Teilbeschluss vom 31. Januar 2014 den Betriebsrat verpflichtet, ua. den Antragstellern jederzeit auf elektronischem Wege Einsichtnahme in sämtliche elektronisch gespeicherten Dateien im Zusammenhang mit der Betriebsratsarbeit zu gewähren. In der Beschwerdeinstanz des früheren Verfahrens schlossen ua. die Antragsteller und der Betriebsrat im Anhörungstermin vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg am 3. Dezember 2014 den folgenden Vergleich:

„I. Zum elektronischen Leserecht und zur E-Mail-Korrespondenz werden folgende Regelungen getroffen:

1. Die E-Mail-Korrespondenz des Betriebsrats mit der Arbeitgeberin wird über den Account w abgewickelt.

Alle Betriebsratsmitglieder haben ein Einblicksrecht in diesen Account ohne zeitliche Verzögerung.

Werden an den Betriebsrat gerichtete Nachrichten an die E-Mail-Adressen der einzelnen Betriebsratsmitglieder gesandt, sind diese an den oben genannten Account weiterzuleiten.

2. Alle Betriebsratsmitglieder haben ein Einblicksrecht auf die unter ‚ePeople/BR99‘ und ‚MAZ-WORKFLOW‘ gespeicherten Dateien. Die Antragsteller zu 1., 4. – 6. werden bis Mitte Januar 2015 von Frau R zum Umgang mit den System ‚ePeople/BR 99‘ und ‚MAZ-WORKFLOW‘ eine Unterweisung erhalten.

II. Damit ist das vorliegende Beschwerdeverfahren erledigt.“

Mit dem vorliegenden Beschlussverfahren haben die Antragsteller – soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Bedeutung – die Erteilung einer Vollstreckungsklausel zu diesem Vergleich gegen die zu 6., 7., 9. und 10. beteiligten Betriebsratsmitglieder beantragt. (...)

### Aus den Gründen

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 6., 7., 9. und 10. ist begründet. (...)

I. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag der Beteiligten zu 1. und 3. zu Unrecht teilweise stattgegeben. Der Antrag ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts unzulässig.

1. Der Antrag ist zwar hinreichend bestimmt iSd. auch im Beschlussverfahren anzuwendenden § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. (...)

2. Der Antrag ist jedoch unzulässig, weil die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des gerichtlichen Klauselerteilungsverfahrens nach § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG iVm. § 731 ZPO nicht vorliegen.

a) Nach § 85 Abs. 1 Satz 1 ArbGG findet aus rechtskräftigen Beschlüssen der Arbeitsgerichte im Beschlussverfahren oder gerichtlichen Vergleichen, durch die einem Beteiligten eine Verpflichtung auferlegt wird, die Zwangsvollstreckung statt. Für die Zwangsvollstreckung gelten nach § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG die Vorschriften des Achten Buches der Zivilprozessordnung weitestgehend – mit Modifikationen hinsichtlich der Zwangsmittel – entsprechend. Da das zivilprozessuale Zwangsvoll-

streckungsverfahren ein Parteienverfahren ist, das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren aber nur Beteiligte kennt, gilt zudem der nach dem Titel Verpflichtete nach § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG als Schuldner und derjenige, der die Erfüllung der Verpflichtung verlangen kann, als Gläubiger.

aa) Danach setzt die Zwangsvollstreckung einer Handlungsverpflichtung, die in einem im Beschlussverfahren geschlossenen gerichtlichen Vergleich festgelegt ist, nach § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG iVm. § 795 Satz 1, § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die Erteilung einer Vollstreckungsklausel auf dem Vollstreckungstitel (vollstreckbare Ausfertigung) nach §§ 724 ff. ZPO und die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung voraus. Die Vollstreckungsklausel nach § 724 ZPO, für deren Erteilung der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle nach § 724 Abs. 2 ZPO zuständig ist, wird erteilt, wenn der Titel rechtskräftig

*Es gibt keinen gesetzlichen  
Regelungsplan, dass alle Titel, auch solche gegen den Betriebsrat, ausnahmslos vollstreckbar sein müssen.*

oder vorläufig vollstreckbar ist, die Vollstreckung aus ihm – abgesehen von den Fällen des § 726 Abs. 2 und § 751 ZPO – nicht bedingt ist und keine Umschreibung auf eine im Titel nicht genannte Person bzw. Stelle notwendig ist.

Anders verhält es sich in den Fällen des § 726 Abs. 1 ZPO und der §§ 727 bis 729 ZPO. Nach § 726 Abs. 1 ZPO darf bei Titeln, deren Vollstreckung von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird. Nach § 727 ZPO kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des Gläubigers sowie gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners, gegen den das Urteil nach § 325 ZPO wirksam ist, erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. (...) Zuständig zur Erteilung einer solchen sog. qualifizierten Vollstreckungsklausel ist nach § 20 Abs. 1 Nr. 12 RPfIG der Rechtspfleger.

bb) Kann derjenige, der die Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel begehrt, den nach § 726 Abs. 1, §§ 727 bis 729 ZPO erforderlichen Urkundsbeweis nicht erbringen, eröffnet § 731 ZPO die Möglichkeit, Klage auf Erteilung der qualifizierten Vollstreckungsklausel zu erheben. In diesem eigenständigen Verfahren, für das die verfahrensrechtlichen Grundsätze des Erkenntnisverfahrens gelten, können die Parteien Beweis über ihre tatsächlichen Behauptungen durch alle Beweismittel erbringen. Bei dem Klauselerteilungsverfahren nach

§ 731 ZPO handelt es sich um eine besondere auf die Feststellung gerichtete Klage, dass die Klausel zu erteilen ist. Deren Zulässigkeit setzt voraus, dass der nach §§ 726 ff. ZPO erforderliche Nachweis nicht in der erforderlichen Form geführt werden kann, um eine titelergänzende oder titelumerschreibende Klauselerteilung im Verfahren nach den §§ 726 ff. ZPO vor dem Rechtspfleger zu erwirken. Diese besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten nach § 85 Abs. 1 ArbGG iVm. §§ 795, 794 Abs. 1 Nr. 1, § 731 ZPO auch für den Antrag auf Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel zu einem im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zustande gekommenen Vergleich.

b) Der vorliegende Antrag erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Die Antragsteller machen weder geltend, ein Urkundsnachweis nach §§ 726 ff. ZPO sei erforderlich, noch, dass ein solcher nicht in der vorgeschriebenen Form geführt werden könne, um eine titelergänzende oder titelumerschreibende Klauselerteilung im Verfahren nach den §§ 726 ff. ZPO zu erwirken. Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Vergleichs scheiterte im Streitfall nicht daran, dass die zu vollstreckende Verpflichtung bedingt war oder ein Fall der Rechtsnachfolge, des Nacherbes, einer Vermögens- und Firmenübernahme oder eines Titels gegen den Testamentsvollstrecker vorlag. Vielmehr verfügen die Antragsteller über eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs gegen den Betriebsrat als Vollstreckungsschuldner nach § 724 Abs. 1 ZPO.

3. Die gerichtliche Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel gegen einzelne Betriebsratsmitglieder zur Durchsetzung einer gegen den Betriebsrat titulierten unvertretbaren Handlungspflicht kann auch nicht in entsprechender Anwendung von § 731 ZPO erfolgen. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 731 ZPO sind nicht erfüllt.

a) Die analoge Anwendung einer Vorschrift ist nur möglich, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält, deren Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden kann. (...)

b) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

aa) Das gesetzliche Regelungsgefüge ist nicht planwidrig lückenhaft. Zwar ist ein Titel, der den Betriebsrat zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung verpflichtet, gegen den Betriebsrat wegen dessen Vermögenslosigkeit nicht vollstreckbar und die Möglichkeit der Klauselerteilung gegen einzelne Betriebsratsmitglieder zu einem gegen den Betriebsrat als Gremium gerichteten Vollstreckungstitel ist nicht vorgesehen. Den gesetzlichen Vorschriften zur Vollstreckbarkeit von im Beschlussverfahren ergangenen Titeln liegt jedoch kein Regelungsplan zugrunde, der vorsieht, dass alle Titel,

auch solche gegen den Betriebsrat, ausnahmslos vollstreckbar sein müssen. Ein derartiges Regelungskonzept kann § 85 Abs. 1 Satz 1 ArbGG nicht entnommen werden, wonach aus rechtskräftigen Beschlüssen der Arbeitsgerichte oder gerichtlichen Vergleichen, durch die einem Beteiligten eine Verpflichtung auferlegt wird, „die Zwangsvollstreckung stattfindet“. Darin kommt zum Ausdruck, dass das Gesetz im Grundsatz von der Vollstreckbarkeit von im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren erwirkten Titeln ausgeht. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass ausnahmslos jeder Titel – auch ein solcher, der eine unvertretbare Handlungsverpflichtung bzw. eine Unterlassungspflicht des Betriebsrats festlegt – vollstreckbar sein muss. Das Regelungskonzept des § 23 BetrVG lässt vielmehr erkennen, dass der Gesetzgeber die Schwierigkeit der Durchsetzung von Handlungspflichten gegen den Betriebsrat als Gremium erkannt und berücksichtigt hat. Diese Bestimmung sieht in ihrem Absatz 3 bei groben Verstößen gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten einen Anspruch des Betriebsrats ua. auf Unterlassung oder Vornahme einer Handlung gegen den Arbeitgeber vor, nicht jedoch einen solchen des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat. Stattdessen weist sie dem Arbeitgeber nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Befugnis zu, bei grober Verletzung der dem Betriebsrat obliegenden gesetzlichen Pflichten die Auflösung des Betriebsrats zu beantragen. Damit hat der Gesetzgeber berücksichtigt, dass ein gegen den Betriebsrat gerichteter Anspruch auf Vornahme einer unvertretbaren Handlung vollstreckungsrechtlich keinen Sinn ergibt, da der Betriebsrat vermögenslos ist und ihm gegenüber eine Androhung, Festsetzung oder Vollstreckung eines Zwangsgeldes nicht in Betracht kommt.

bb) Zudem fehlt es für eine analoge Anwendung von § 731 ZPO an einer mit den in § 731 ZPO geregelten Tatbeständen vergleichbaren Interessenlage.

(1) Der Zweck der durch § 731 ZPO eröffneten Möglichkeit der Klage auf Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel besteht vor allem darin, die Rechtsschutzlücke für den Gläubiger zu schließen, die dadurch entstehen kann, dass in Fällen der bedingten Vollstreckbarkeit und der Rechtsnachfolge einerseits aufgrund der Rechtskraftwirkung der zu vollstreckenden Entscheidung – auch für und gegen den Rechtsnachfolger – eine erneute Klagemöglichkeit nicht bestünde, andererseits aber der Nachweis des Bedingungseintritts bzw. der Rechtsnachfolge im Verfahren nach § 726 Abs. 1, §§ 727 ff. ZPO allein durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden im Verfahren vor dem Rechtspfleger nicht gelingt.

(2) Die Interessenlage des Gläubigers eines gegen den Betriebsrat als Vollstreckungsschuldner gerichteten Titels, mit dem eine Handlungspflicht des Betriebsrats durchgesetzt werden soll, ist mit dieser Situation nicht

vergleichbar. Eine Rechtsschutzlücke für diesen entsteht nicht dadurch, dass ein etwaiger Nachweis nicht bereits durch Vorlage von Urkunden gelingt. Zudem steht auch kein nach Rechtshängigkeit erfolgter Wechsel in der Person oder Stelle, die den titulierten Anspruch zu erfüllen hat, in Rede. Eine mit dem Sinn und Zweck des Klauselerteilungsverfahrens nach § 731 ZPO vergleichbare Situation liegt auch dann nicht vor, wenn das Betriebsratsmitglied, gegen das die Klausel erteilt werden soll, materiell-rechtlich zur Vornahme der Handlung für

*Ein gegen den Betriebsrat gerichteter*

*Anspruch auf Vornahme einer unvertretbaren Handlung ist wegen dessen Vermögenslosigkeit sinnlos.*

den Betriebsrat verpflichtet ist. Die Rechtskraft des gegen den Betriebsrat erwirkten Titels erstreckt sich nicht auf die einzelnen Betriebsratsmitglieder, da die Rechtskrafterstreckung grundsätzlich auf das Beteiligtenverhältnis beschränkt ist und die Mitglieder des Betriebsrats nicht dessen Rechtsnachfolger sind.

(3) Die entsprechende Anwendung von § 731 ZPO ist – entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts – auch nicht zur Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs des Gläubigers einer gegen den Betriebsrat titulierten unvertretbaren Handlungsverpflichtung und zur Vermeidung einer ansonsten entstehenden Rechtsschutzlücke geboten.

Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes erfordern, dass materiell-rechtliche Ansprüche – auch in der Zwangsvollstreckung – effektiv durchgesetzt werden können. Allerdings kommt gegenüber dem Betriebsrat als Schuldner einer unvertretbaren Handlung die Zwangsvollstreckung nicht in Betracht, da angesichts seiner Vermögenslosigkeit die Festsetzung oder Vollstreckung von Zwangsgeld nicht möglich ist. Zwangs- und Ordnungsgeld können auch nicht in die Geldmittel des Betriebsrats vollstreckt werden, die ihm vom Arbeitgeber nach § 40 Abs. 1 BetrVG zur Deckung von erforderlichen Kosten überlassen werden, da diese zweckgebunden sind und dies letztlich zu einer Schädigung des Arbeitgebers führen würde. Diese Gegebenheiten erfordern es aber nicht, in entsprechender Anwendung des § 731 ZPO die Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel gegen einzelne Betriebsratsmitglieder zur Durchsetzung einer gegen den Betriebsrat titulierten unvertretbaren Handlungspflicht zu ermöglichen. Dies unterläge rechtsstaatlichen Bedenken, weil die Betriebsratsmitglieder der Vollstreckung aus einem gegen den Betriebsrat erwirkten Titel – ggf. in ihr Privatvermögen – unterworfen wären, ohne dass ihnen persönlich im Erkenntnisverfahren rechtliches Gehör gewährt wurde. Soweit im Schrifttum vertreten wird, dem sei dadurch Rechnung zu tragen, dass im Klauselerteilungsverfahren

entsprechend § 731 ZPO zu prüfen sei, ob das betreffende Betriebsratsmitglied materiell-rechtlich zur Vornahme der Handlung für den Betriebsrat verpflichtet ist, entspräche dies nicht dem Zweck von § 731 ZPO. In dem Verfahren nach § 731 ZPO wird das Bestehen der materiell-rechtlichen Verpflichtung, die vollstreckt werden soll, nicht mehr geprüft; zu prüfen ist nur, ob die Vollstreckung beginnen kann (§ 726 ZPO) oder gegen welche Person aus dem Titel vollstreckt werden kann (§§ 727 ff. ZPO). Wenn in einem Verfahren entsprechend § 731 ZPO geprüft werden müsste, ob und ggf. welche einzelnen Betriebsratsmitglieder verpflichtet sind, die gegenüber dem Betriebsrat titulierte Handlungspflicht für den Betriebsrat zu erfüllen, bestünde keine Rechtsschutzlücke für den Gläubiger der Verpflichtung, da die einzelnen Betriebsratsmitglieder dann auch unmittelbar auf Vor-

nahme der Handlung in Anspruch genommen werden könnten. Eine entsprechende Anwendung von § 731 ZPO kann unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes auch nicht damit begründet werden, dass in diesem Verfahren die Vollstreckungsklausel gegen das Betriebsratsmitglied zügiger erwirkt werden könnte. Das trifft nicht zu. Wenn in einem solchen Verfahren die materiell-rechtliche Verpflichtung des Betriebsratsmitglieds zu prüfen wäre, könnte dieses alle Einwendungen vorbringen, die es in einem Erkenntnisverfahren geltend machen könnte, in dem der Titel unmittelbar gegen das Betriebsratsmitglied erstritten wird. Daher würde ein Verfahren in entsprechender Anwendung von § 731 ZPO die Rechtsschutzgewährung nicht beschleunigen. (...)



[Download Vollversion](#)

## Streikbruchprämie als zulässiges Kampfmittel/Betriebsratstätigkeit während Arbeitskampf

1. Ein bestreikter Arbeitgeber ist grundsätzlich berechtigt, mittels Zahlung einer Streikbruchprämie einem Streikdruck zu begegnen.
2. Ein Betriebsratsmitglied, das vor Beginn eines Arbeitskampfes zur Wahrnehmung von Betriebsratsarbeit für einen festliegenden Zeitraum von seiner beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts befreit war, verliert den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nicht allein deswegen, weil während dieser Zeit der Beschäftigungsbetrieb bestreikt wurde.

(1. amtl. Leits., 2. Leits. a. d. Gründen)

BAG, Urteil v. 14.8.2018 – 1 AZR 287/17 –

### Zum Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Zahlung einer Streikbruchprämie. Der Kläger ist bei der Beklagten – einem nicht tarifgebundenen Einzelhandelsunternehmen – in deren Betrieb in B als Verkäufer zu einer monatlichen Bruttovergütung i. H. v. 1.480,00 Euro vollzeitbeschäftigt. Er bekleidet das Amt des dort gewählten einköpfigen Betriebsrats und ist Ersatzmitglied im Personalausschuss des im Unternehmen gebildeten Gesamtbetriebsrats. Der Betrieb wurde am 15. und 16. Oktober 2015, 12. November 2015, 5. Dezember 2015, 19. Dezember 2015, 6. Februar 2016, vom 8. bis 10. Februar 2016 sowie am 1. April 2016 bestreikt. Hierzu hatte die ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) mit dem Ziel aufgerufen, mit der Beklagten einen Tarifvertrag zur Anerkennung einschlägiger Einzelhandeltarifverträge zu schließen. Vor Beginn der von ver.di zunächst für den 15. und 16. Oktober 2015 angekündigten Streikmaßnahmen gab die Beklagte mit einem betrieblichen Aushang Folgendes bekannt:

### „STREIKBRUCHPRÄMIE

Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
wir erwarten, dass die Gewerkschaft ver.di in unserem Markt zum Streik aufrufen wird.

Sollte es in unserem Markt tatsächlich zu einem Streik an einem oder mehreren Tagen kommen und die Verkaufsfähigkeit des Marktes erheblich gefährdet sein, hat T entschieden, allen arbeitswilligen Mitarbeitern und Auszubildenden, die bei einem Streik ihrer regulären Tätigkeit nachgehen und nicht streiken, eine Prämie in Höhe von 200,00 EUR brutto je Streiktag (Vollzeit) (Teilzeit wird stundenanteilig berechnet) auszuzahlen. (...)

Anfang November 2015 veröffentlichte die Beklagte folgenden Aushang:

### „STREIKBRUCHPRÄMIE (...)"

Am 16. Oktober 2015 nahm der Kläger entsprechend seiner der Beklagten mit Schreiben vom 8. Oktober 2015 mitgeteilten Ankündigung an einer Schulung des Personalausschusses des Gesamtbetriebsrats teil. Sein für diesen Tag fortgezahltes Entgelt umfasste keine Streikbruchprämie. An den anderen Streiktagen folgte er dem gewerkschaftlichen Streikaufruf und legte die Arbeit nieder.

Mit seiner Klage hat der Kläger zunächst für den Tag seiner Schulungsteilnahme und mit späterer Klageerweiterung auch für die Tage, an denen er sich am Streik beteiligt hatte, die den nichtstreikenden Arbeitnehmern versprochenen Prämien (...) verlangt. (...)

## Aus den Gründen

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Der Kläger kann die begehrten Prämienzahlungen nicht auf eine in den betrieblichen Aushängen zu sehende Gesamtzusage stützen. Er erfüllt nicht deren Voraussetzungen. Eine Rechtsgrundlage für die streitbefangenen Zahlungen ist auch nicht durch die Gesamtzusage i. V. m. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz oder durch das Maßregelungsverbot des § 612a BGB oder – was nur die für den 16. Oktober 2015 verfolgte Prämienzahlung betreffen könnte – durch das betriebsratsamtsbezogene Benachteiligungsverbot vermittelt.

Der Kläger erfüllt nicht die Voraussetzungen, die sich nach den Bedingungen der in der ausgelobten Streikbruchprämie liegenden Gesamtzusage bestimmen.

Das folgt für (...) schon daraus, dass er an diesen Tagen dem gewerkschaftlichen Streikaufruf gefolgt ist und seine „reguläre Tätigkeit“ nicht erbracht hat. (...)

Auch hinsichtlich des 16. Oktober 2015 liegen die Voraussetzungen der Prämienzahlung nicht vor.

Der Kläger hat an diesem Tag in Ausübung seines Mandats als Ersatzmitglied des beim Gesamtbetriebsrat gebildeten Personalausschusses an einer Schulung teilgenommen. Hierfür war er nach § 37 Abs. 6 Satz 1 i. V. m.

*Das BetrVG ist auch während eines Arbeitskampfes anwendbar - eine Einschränkung muss arbeitskampfrechtlich gerechtfertigt werden.*

Abs. 2 BetrVG von seiner beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts befreit und hat Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts nach § 611 Abs. 1 BGB i. V. m. § 37 Abs. 6 und Abs. 2 BetrVG.

Dem steht nicht entgegen, dass der Betrieb an diesem Tag bestreikt worden ist. Ein Betriebsratsmitglied, das vor Beginn eines Arbeitskampfes für einen festliegenden Zeitraum von seiner beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts befreit war, verliert den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nicht allein deswegen, weil während dieser Zeit der Beschäftigungsbetrieb bestreikt wurde. Ein Arbeitskampf schließt nicht aus, dass während Zeiten einer Arbeitsniederlegung erforderliche Betriebsratstätigkeit zu leisten ist. Das Betriebsverfassungsgesetz ist während eines Arbeitskampfes prinzipiell anzuwenden. Seine Einschränkungen bedürfen einer arbeitskampfrechtlichen Rechtfertigung. Verrichtet dementsprechend ein Betriebsratsmitglied erforderliche Betriebsratstätigkeit, ist es

grundsätzlich unerheblich, ob es sich am Streik beteiligt hätte, wäre es für diese Zeit nicht von seiner Arbeitspflicht befreit gewesen. Das gilt jedenfalls solange es nicht seine Teilnahme am Streik trotz der Arbeitsbefreiung erklärt oder sich tatsächlich am Streikgeschehen beteiligt.

Soweit die Beklagte die Auffassung vertreten hat, die Schulungsteilnahme sei freiwillig und nicht erforderlich gewesen, schließt das die Annahme eines dem Grunde nach bestehenden Entgeltanspruchs gemäß § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 37 Abs. 6 und Abs. 2 BetrVG nicht aus. Nach dem unwidersprochenen schriftsätzlichen Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz hat er als einköpfiger Betriebsrat seine Teilnahme an der Schulung beschlossen und dies vor deren Beginn der Beklagten angezeigt. Diese hat ihm das Entgelt für diesen Tag (fort-)gezahlt. Der Sache nach hat sie damit die vor Beginn des Streiks feststehende Befreiung des Klägers von seiner Arbeitspflicht am 16. Oktober 2015 aufgrund einer erforderlichen amtsbezogenen Schulung und die Voraussetzungen des Entgeltfortzahlungsanspruchs nicht in Abrede gestellt.

Diesen Anspruch hat die Beklagte vollständig erfüllt. Die dem Kläger für den 16. Oktober 2015 fortzuzahlende Vergütung umfasst nicht die in dem ersten betrieblichen Aushang zugesagte Streikbruchprämie.

Arbeitsentgelt iSv. § 37 Abs. 2 BetrVG sind alle Vergütungsbestandteile, nicht dagegen Aufwendersatz. Eine dritte Kategorie von Zahlungen, also solche, die weder Aufwendersatz noch Arbeitsentgelt darstellt, ist der gesetzlichen Regelung des § 37 Abs. 2 BetrVG fremd. Entsprechend sind im Rahmen des Lohnausfallprinzips nach § 37 Abs. 2 BetrVG neben der Grundvergütung alle Zuschläge und Zulagen zu zahlen, die das Betriebsratsmitglied ohne Arbeitsbefreiung verdient hätte, insbesondere Zuschläge für Mehr-, Über-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, Erschwernis- und Sozialzulagen. Hierzu zählen (...) grundsätzlich auch Leistungen, die den tatsächlichen Arbeitsantritt voraussetzen.

Der Kläger unterfällt hingegen nicht dem Kreis der Anspruchsberechtigten, an die sich die ausgelobte Streikbruchprämie richtete. Unter Heranziehung der für eine Gesamtzusage maßgebenden Auslegungsgrundsätze war die Sonderzahlung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn ausschließlich denjenigen Arbeitnehmern versprochen, deren Arbeitspflicht an einem Streiktag nicht aus einem anderen Grund als dem der Teilnahme am Streik suspendiert war.

Darauf deutet bereits die im jeweiligen betrieblichen Aushang formulierte Beschreibung des Adressatenkreises der „arbeitswilligen Mitarbeiter...“, die bei einem Streik ihrer regulären Tätigkeit nachgehen und nicht

streiken“ hin. Vor allem aber folgt dies aus dem Charakter der vor Beginn der Streikmaßnahmen zugesicherten Prämie. Sie richtete sich nur an Arbeitnehmer, die – dem erwarteten Streikaufruf nicht Folge leistend – tatsächlich während des Streiks ihre Arbeitsleistung erbringen. Die Beklagte hat sich, erkennbar für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, mit der Prämie keines Mittels allgemeiner Motivationssteigerung bedient, sondern wollte in der spezifischen Situation der Auseinandersetzung um einen Tarifvertragsschluss und eines vor diesem Hintergrund erwarteten Streiks dessen Folgen begrenzen. Eine Aufrechterhaltung des Betriebs trotz des Streiks vermochten nur diejenigen Arbeitnehmer zu gewährleisten, die ihrer Arbeitspflicht tatsächlich nachkommen konnten und hiervon nicht aus anderen Gründen – sei es Urlaub, Arbeitsunfähigkeit oder auch erforderliche Betriebsratstätigkeit – befreit waren.

Dieses Verständnis der Streikbruchprämie verbietet sich im Hinblick auf die Freistellung wegen erforderlicher Betriebsratstätigkeit nicht wegen der Schutzbestimmungen des § 78 BetrVG.

Nach dessen Satz 1 dürfen u. a. die Mitglieder des Betriebsrats in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Weiterhin dürfen sie nach Satz 2 wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. (...)

Der Kläger wird als Betriebsratsmitglied, dessen Arbeitspflicht an dem Streiktag aus Gründen seiner Mandats-tätigkeit suspendiert war, durch die „Vorenthaltung“ der Streikbruchprämie nicht wegen seiner Betriebsratstätigkeit gegenüber anderen Arbeitnehmern benachteiligt. Das Betriebsratsmitglied wird nicht anders behandelt als diejenigen Arbeitnehmer, die aus anderen Gründen von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt waren und deshalb ihre „reguläre Tätigkeit“ nicht erbracht haben.

II. Ein Anspruch auf die Prämienzahlungen wird nicht durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vermittelt.

Allerdings folgt das nicht aus der Begründung des Landesarbeitsgerichts. Dieses ist davon ausgegangen, die Streikbruchprämie aufgrund des ersten betrieblichen Aushangs sei zwar rechtswidrig; der Kläger habe aber keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, weshalb er die Prämie nicht verlangen könne. Diese Argumentation vernachlässigt, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwar für sich gesehen keine Anspruchsgrundlage bildet. Wendet jedoch ein Arbeitgeber einer nach bestimmten Kriterien definierten Gruppe von Arbeitnehmern eine Leistung zu und nimmt damit andere Arbeitnehmer hiervon aus, kann dies dazu führen, dass er verpflichtet ist, dem (Kreis der) ausgeschlossenen Arbeitnehmer die der Gruppe ver-

sprochene Leistung zu gewähren, wenn er bei der Festlegung der zugrunde liegenden Anspruchsvoraussetzungen gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. (...)

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Beklagte nicht zu den Prämienzahlungen verpflichtet.

Für die Prämie ist der Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes eröffnet. Die Beklagte hat diese als freiwillige Leistung nach einem selbstbestimmten generalisierenden Prinzip zugesagt und in zweifacher Hinsicht eine Gruppenbildung vorgenommen. Sie hat zum einen unterschieden zwischen streikenden und nichtstreikenden Arbeitnehmern und zum anderen zwischen denjenigen Arbeitnehmern, deren Arbeitspflicht an einem Streiktag von vornherein aus anderen als streikbedingten Gründen suspendiert war, und denjenigen, bei denen das nicht der Fall war.

Aus der Ausgestaltung der Prämie ergibt sich deren Zweck. Die Beklagte wollte die zur Arbeitsleistung verpflichteten Arbeitnehmer mittels einer finanziellen Leistung dazu anhalten, sich an einem von ihr aufgrund der Tarifaussensatzung mit ver.di konkret erwarteten Streik nicht zu beteiligen, also von der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Möglichkeit zur Teilnahme an dieser Arbeitskampfmaßnahme keinen Gebrauch zu machen. (...)

Gemessen an diesem Zweck sind die Gruppenbildungen aus arbeitskampfrechtlichen Gründen zulässig. Eine Prämie, mit der ein bestreikter Arbeitgeber die zum Arbeitskampf aufgerufenen Arbeitnehmer von der Beteiligung am Streik abzuhalten und seinen Betrieb aufrechtzuerhalten sucht, ist kein generell unzulässiges Kampfmittel. Es erweist sich auch in der hier von der Beklagten ausgelobten Gestaltung nicht als unzulässig.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats muss der Arbeitgeber die Folgen einer gegen ihn gerichteten arbeitskampfbedingten Arbeitsniederlegung nicht hinnehmen. Er kann vielmehr versuchen, durch Gegenmaßnahmen die Folgen der streikbedingten Betriebsstörung zu begrenzen. Solche Maßnahmen sind durch die Arbeitsniederlegung bedingt und Teil des Systems von Druck und Gegendruck, das den Arbeitskampf kennzeichnet. Das während einer Auseinandersetzung um den Abschluss eines Tarifvertrags erfolgte arbeitgeberseitige Versprechen einer finanziellen Zusatzleistung mit dem Ziel, die zum Streik aufgerufenen Arbeitnehmer von der Beteiligung am Streik abzuhalten, stellt eine Arbeitskampfmaßnahme dar. (...)

Das Arbeitskampfrecht ist weitgehend durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts richterrechtlich – auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 GG und auf der Ebene einfachen Gesetzesrechts – geregelt. Zentraler Maßstab für die Beurteilung der unterschiedlichen Er-

scheinungsformen des Arbeitskampfs ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn. Das betrifft nicht nur auf die Erzwingung eines Tarifvertragsabschlusses gerichtete gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen, sondern ebenso hiergegen gerichtete Kampfmittel der anderen (möglichen) Tarifvertragspartei. Dabei ist nicht entscheidend, ob es sich um von einem Arbeitgeberverband getragene Abwehr- oder Verteidigungsaktionen gegen einen auf den Abschluss eines Verbandstarifvertrags gerichteten Streik handelt oder um gegen die Erzwingung eines Haustarifvertrags (...) gerichtete Maßnahmen eines nicht verbandsangehörigen Arbeitgebers. Letzterer kann selbst Tarifvertragspartei sein (§ 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG). Demzufolge gelten die Grundsätze des Arbeitskampfrechts auch für Arbeitskämpfe um den Abschluss eines Tarifvertrags mit einem Außenseiter-Arbeitgeber.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert eine Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderlich ist und bezogen auf das Kampfziel angemessen (proportional) eingesetzt wird. (...)

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist eine Streikbruchprämie kein generell unzulässiges Kampfmittel. Die Prämie ist nicht von vornherein ungeeignet, das von der Arbeitgeberseite verfolgte Ziel – die Abwehr oder Milderung der Folgen eines Streiks – zu erreichen. Der durch eine kollektive Arbeitsniederlegung ausgeübte Druck auf die Arbeitgeberseite als Tarifvertragspartei ist umso geringer, je weniger Arbeitnehmer einem Streikaufruf folgen. Die Wahl des Mittels, welches der Arbeitgeber für diesen Zweck für geeignet hält, unterliegt in der jeweiligen konkreten Arbeitskampsituation seiner Einschätzungsprärogative.

Die Prämie ist kein offensichtlich nicht erforderliches Mittel, um dem Druck, der durch einen Streik ausgeübt werden könnte, entgegenzuwirken. Ein Arbeitgeber, demgegenüber von Seiten der Gewerkschaft Streikmaßnahmen konkret in Aussicht gestellt werden, muss mit der Auslobung der Streikbruchprämie auch nicht warten, bis ein Streik tatsächlich begonnen hat. Soll mit dem Zahlungsversprechen der Druckausübung durch einen Streik begegnet werden, ist es ohnehin kein milderes Mittel, hiermit bis zum Beginn der kollektiven Arbeitsniederlegung zuzuwarten. Zudem ist es den Tarifpartnern grundsätzlich unbenommen, schon vor der kampfwisen Auseinandersetzung ihre Kampfmittel offenzulegen.

Eine Streikbruchprämie ist nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne.

Mit ihr ist keine unangemessene Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition der streikführenden Gewerkschaft verbunden. Der Arbeit-

geberstrategie, Streikdruck durch finanzielle Anreize an nichtstreikende Arbeitnehmer zu minimieren, ist die zum Streik aufrufende Gewerkschaft nicht in dem Sinn wehrlos ausgesetzt, dass der von ihr getragene Streik strukturell sinnentleert würde. Sie kann vielmehr – für ihre Forderungen werbend – auf zum Streik aufgerufene Arbeitnehmer einwirken und versuchen, sie trotz zugesag-

*Ein Arbeitskämpfungsmittel muss zur Erreichung des (rechtmäßigen) Kampfziels geeignet und erforderlich sein.*

ter Streikbruchprämie für eine Teilnahme am gewerkschaftlichen Streik zu gewinnen. Des Weiteren kann sie ihre Kampfpraktik auf eine Streikbruchprämienauslobung einstellen und etwa eine gezielte Rotation der tatsächlich die Arbeit niederlegenden Arbeitnehmer organisieren, um die Selbstschädigung der Streikenden zu mildern und eine Abschöpfung der ausgelobten Prämie als Schädigung des Arbeitgebers zu bewirken. Es erscheint im Übrigen nicht ausgeschlossen, dass bei einer solchen in der Belegschaft kommunizierten, solidarischen „Prämienrotation“ der vom Streikaufruf erfassten Arbeitnehmer deren Streikbereitschaft prinzipiell gesteigert werden könnte. Hinzu kommt, dass sich der Arbeitgeber mit der Streikbruchprämie keines Arbeitskämpfungsmittels bedient, welches für ihn ohne Folgewirkungen wäre. (...)

Die Höhe der Streikbruchprämie – und deren Verhältnis zum Verdienst der zum Streik aufgerufenen Arbeitnehmer – ist für sich gesehen bei der Angemessenheitsprüfung des Arbeitskämpfungsmittels regelmäßig kein geeignetes Kriterium. (...)

In einem nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Verhalten – im Sinn der die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichernden einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts – liegt keine nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtige Abrede oder rechtswidrige Maßnahme. (...)

Deshalb folgt die Unzulässigkeit der als Kampfmaßnahme kollektiv rechtlich zu beurteilenden Streikbruchprämie nicht aus dem Umstand, dass der individualrechtliche Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf Prämienzahlung dessen Nichtteilnahme am Streik voraussetzt. (...)

Danach hat sich die Beklagte mit der von ihr zugesagten Streikbruchprämie keines unzulässigen Kampfmittels bedient. Die Prämie ist auch im konkreten Arbeitskampf und in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht unverhältnismäßig im engeren Sinn.

Das gilt zum einen im Hinblick auf die Höhe der Streikbruchprämie von (bei Vollzeitbeschäftigung) täglich 200,00 Euro und später 100,00 Euro. Selbst wenn man

davon ausgeht, dass damit Streikbrucharbeit in starkem Maß gefördert gewesen sein dürfte, ist nicht ersichtlich, dass hiervon ein Zwang auf die zum Streik aufgerufenen Arbeitnehmer ausgeht, dem die streikführende Gewerkschaft wehrlos ausgesetzt gewesen wäre.

Es gilt zum anderen im Hinblick auf das von ver.di verfolgte Ziel der Durchsetzung eines Tarifvertragsschlusses mit der nicht verbandsangehörigen Beklagten. (...)

Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung steht einer Streikbruchprämie der hier streitbefangenen Art als zulässiges Kampfmittel nicht Art. 11 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) entgegen. (...)

Durch die Zulässigkeit einer Streikbruchprämie als gegen einen Streik gerichtetes arbeitgeberseitiges Kampfmittel wird das Streikrecht nicht unverhältnismäßig beschränkt. (...)

Die Streikbruchprämie bezweckt nicht, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, einer Gewerkschaft beizutreten oder eine solche zu gründen. Ebenso wenig zielt sie darauf, einen Streik zu verbieten oder den Einzelnen auf Dauer von der Teilnahme an einem Streik und damit der Ausübung seines Streikrechts abzuhalten. (...)



[Download Vollversion](#)

## Anmerkung

### I. Zum Sachverhalt

Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Zahlung einer Streikbruchprämie von seinem Arbeitgeber. Die Beklagte ist ein nicht tarifgebundenes Einzelhandelsunternehmen, der Kläger vollzeitbeschäftigter Verkäufer und Mitglied des Betriebsrats sowie Ersatzmitglied im Personalausschuss des Gesamtbetriebsrats des Unternehmens. Im Betrieb der Beklagten kam es zwischen Oktober 2015 und April 2016 insgesamt neunmal zum Streik. Zu diesem Streik rief die Gewerkschaft ver.di auf, um die Beklagte zu einem Abschluss eines einschlägigen Tarifvertrages zu bewegen. Nach der ersten Ankündigung des Streiks im Oktober reagierte die Beklagte mit dem Aushang einer Streikbruchprämie. Darin versprach die Beklagte, im Falle eines Streikes den arbeitswilligen Mitarbeitenden, die trotz Streik ihrer regulären Tätigkeit nachgehen, eine Prämie i.H.v. 200,00 Euro je Streiktag zu zahlen. Im November folgte ein neuer Aushang durch die Beklagte,

in dem sie unter denselben Voraussetzungen den nicht streikenden Mitarbeitenden die Prämie i.H.v. 100,00 Euro je Streiktag zusagte. Für den 16. Oktober 2015 zahlte die Beklagte dem Kläger keine Streikbruchprämie, sondern nur sein normales Entgelt, da er an diesem Tag an einer Schulung des Personalausschusses des Gesamtbetriebsrats teilnahm. Auch für die Tage, an denen der Kläger dem Streikaufruf nachkam, fordert er nun die Streikbruchprämie und begründet dies u.a. mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

### II. Zu den Gründen

Das BAG wies die Klage zurück. Der Kläger kann die begehrten Prämienzahlungen nicht auf eine in den betrieblichen Aushängen zu sehende Gesamtzusage stützen, da er u.a. nicht die Voraussetzungen erfüllt. Dies stützt das BAG vor allem darauf, dass er seine Tätigkeit nicht regulär ausgeübt hat, sondern seine Arbeit an besagten Tagen niederlegte.

Als Rechtsgrundlage für die streitbefangenen Zahlungen kommt auch nicht die Gesamtzusage i. V. m. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht. Zwar ist für die Prämie der Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes eröffnet, doch erfolgte die vorgenommene Gruppenbildung zwischen streikenden/nicht streikenden und von der Arbeit freigestellten/nicht vom Dienst befreiten Mitarbeitenden aus einem sachlich gerechtfertigten Zweck. Die Beklagte wollte die zur Arbeitsleistung verpflichteten Arbeitnehmenden mittels einer finanziellen Leistung dazu anhalten, sich nicht an dem zu erwartenden Streik zu beteiligen, um damit eine Betriebsstörung zu begrenzen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert eine Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und

## Konsequenzen für die Praxis

1. Streikbruchprämien sind vom BAG als Arbeitskampfmittel für Arbeitgebende anerkannt.
2. Die Höhe der Streikbruchprämie ist nicht gedeckelt. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung von Höhe der Prämie zum üblichen Entgelt wäre wünschenswert.
3. Verrichtet ein Betriebsratsmitglied während des Streiks erforderliche Betriebsratsstätigkeit, kann es – je nach dem vom Arbeitgeber damit verfolgten Zwecks – Anspruch auf eine ausgelobte Streikbruchprämie haben. Ob es sich ohne die Arbeitsbefreiung zur Wahrnehmung von Betriebsratsarbeit am Streik beteiligt hätte, ist unerheblich. Das gilt jedenfalls solange es nicht seine Teilnahme am Streik trotz der Arbeitsbefreiung erklärt oder sich tatsächlich am Streikgeschehen beteiligt.

erforderlich ist und bezogen auf das Kampfziel angemessen eingesetzt wird. Dies bejaht das Gericht und erklärt die Streikbruchprämie als zulässiges Arbeitskampfmittel.



Für den 16. Oktober 2015 griff auch nicht das betriebsratsamtsbezogene Benachteiligungsverbot. Der Kläger war an diesem Tag zum Zwecke einer Schulung des Gesamtbetriebsrats von seiner beruflichen Tätigkeit befreit. Während dieser Freistellung hatte er Anspruch auf Fortzahlung seines Entgeltes. Während einer Freistellung kommt es nicht auf den Willen des Mitarbeitenden an, sich an einem Streik zu beteiligen, solange die Teilnahme nicht ausdrücklich erklärt wurde oder tatsächlich eine Beteiligung am Streikgeschehen erfolgte.

### III. Stellungnahme

Das BAG erkennt die Streikbruchprämie in seinem Urteil als zulässiges Arbeitskampfmittel an. Es gibt der Arbeitgeberseite damit ein mächtiges Abwehrmittel vor oder während eines Streikes. Mit dieser Prämie können Arbeitgeber versuchen, die streikwilligen Mitarbeitenden von der Niederlegung ihrer Arbeit abzuhalten. So entsteht ein System aus Druck und Gegendruck. Dies

scheint im Hinblick auf die Arbeitskampffreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG, aus der auch die Arbeitskammittelfreiheit folgt, gerecht. Diese Rechte spricht Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionen, also Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, zu. Hier ist die Beklagte und Arbeitgeberseite jedoch gar kein Verbandsmitglied. Trotzdem gewährt das BAG der Beklagten dieselben Rechte. Dies ist doch zumindest bemerkenswert.

Bemerkenswert ist außerdem, dass das BAG die Höhe der ausgelobten Streikprämie nicht in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezieht. So geschehen in der Vorinstanz. Denn es fällt auf, dass die Prämie i.H.v. 200,00 Euro zu einem Bruttomonatsentgelt von ca. 1.500,00 Euro in einem unangemessen hohen Verhältnis steht. Auf diese Weise können finanzstarke Arbeitgeber die Arbeitswilligkeit der Mitarbeitenden einfach zurückkaufen.

Sina Eckert, Berlin

## Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer bei tariflicher Altersfreizeit

**Die Regelung des § 2a Ziff. 1 Abs. 1 des Manteltarifvertrags für die feinkeramische Industrie stellt eine unzulässige Ungleichbehandlung im Bereich der Teilzeitarbeit i.S.d. § 4 Abs. 1 TzBfG dar, weil Teilzeitbeschäftigte im Gegensatz zu Vollzeitbeschäftigten keinen Anspruch auf Gewährung der tariflichen Altersfreizeit haben und eine solche Differenzierung, die von der konkreten Tätigkeit unabhängig ist und sich allein am Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit von älteren Arbeitnehmern orientiert nicht sachlich gerechtfertigt ist.**

(Leits. d. Red.)

LAG Nürnberg, Urteil v. 7.11.2019 – 5 Sa 174/19 – (n. rkr.)

### Zum Sachverhalt

Die Parteien streiten um einen Anspruch auf tarifliche Altersfreizeit durch Verkürzung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit der teilzeitbeschäftigten Klägerin. Die am 14.07.1958 geborene Klägerin ist seit 01.10.2007 bei der Beklagten als Produktionshelferin in Teilzeit mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden und einem monatlichen Bruttoarbeitsentgelt von 1.032,75 € beschäftigt.

Auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten findet der Manteltarifvertrag für die feinkeramische Industrie der Bundesrepublik Deutschland kraft beidseitiger Verbandszugehörigkeit Anwendung. Die regelmäßige tarifliche Wochenarbeitszeit beträgt 38 Stunden nach § 2 Ziffer 1 a.) MTV.

Der MTV sieht in § 2a Altersfreizeit (...) vor:

1. Arbeitnehmer, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, erhalten eine Altersfreizeit von 2 Stunden je Woche.

Diese Regelungen gelten nicht für Teilzeitbeschäftigte und Arbeitnehmer, die Kurzarbeit leisten sowie für Arbeitnehmer, deren vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit unter der Arbeitszeit liegt, die sich aus § 2 Ziffer 1 a.) ergibt.

2. Die Altersfreizeiten sind zu vollen Freischichten zu bündeln. Die Lage der Freischichten wird im Einvernehmen zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat nach den Bedürfnissen des Betriebes festgelegt. Wünsche der Arbeitnehmer sollen im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten berücksichtigt werden.

Einigen sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht, so fallen die Altersfreizeiten jeweils in der 1. bzw. in der 3. Woche eines Monats auf den Mittwoch. Der Stundenausgleich ist dabei gegebenenfalls zu berücksichtigen.

...

5. Für die Arbeitszeit, die infolge einer Altersfreizeit ausfällt, wird das Arbeitsentgelt fortgezahlt, das der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn er gearbeitet hätte, einschließlich der tariflichen Schichtzuschläge, jedoch ohne alle sonstigen manteltariflichen Zuschläge und Zulagen.

6. Die Altersfreizeit entfällt, wenn der Arbeitnehmer am gleichen Tag aus einem anderen Grunde, insbesondere wegen Urlaub, Krankheit, Kuren, Feiertag oder Freistellung von der Arbeit nicht arbeitet. Macht der Arbeitnehmer von einer Altersfreizeit keinen Gebrauch, so ist eine Nachgewährung ausgeschlossen.

Die Klägerin hat am 14.07.2016 das 58. Lebensjahr vollendet. Sie hat bei der Beklagten den Anspruch auf die tarifliche Altersfreizeit mit Schreiben vom 20.12.2016 (...) geltend gemacht. Die Beklagte hat den Anspruch zurückgewiesen.

Mit Klageschrift vom 31.01.2017 (...) hat die Klägerin den Anspruch gerichtlich geltend gemacht. (...)

Das Arbeitsgericht Weiden – Kammer Schwandorf – hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die Klägerin entsprechend den tarifvertraglichen Vorschriften als Teilzeitbeschäftigte keinen Anspruch auf die Altersfreizeit nach § 2 a Ziff. 1, Abs. 1 des Manteltarifvertrages habe. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Altersfreizeit aus dem Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG in Verbindung mit § 2 a Ziff. 1 Abs. 1 MTV. Die unterschiedliche Behandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten auf der tariflichen Ebene sei aus einem sachlichen Grund gerechtfertigt. Zweck der getroffenen Regelung im Tarifvertrag sei eine Belastungsreduzierung für einen definierten Kreis von Arbeitnehmern. Die Tarifvertragsparteien würden sich im Rahmen ihrer Einschätzungsprärogative in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten bewegen, wenn sie nur für einen doppelt begrenzten Personenkreis der Beschäftigten mit einem Lebensjahr von

*Die Tarifvertragsparteien können – bei Beachtung höherrangigen Rechts – grundsätzlich frei den Zweck einer tariflichen Leistung bestimmen.*

mehr als 58 Lebensjahren und in Vollzeitbeschäftigung von 38 Stunden oder mehr eine Entlastung bei der Arbeitszeit mit vollem Lohnausgleich schaffen wollen würden. Auch auf der Rechtsfolgenseite hätten die Tarifvertragsparteien einen Gestaltungsspielraum und würden mit der entsprechenden tariflichen Regelung nicht gegen § 4 Abs. 1 TzBfG verstoßen.

Das Urteil des Arbeitsgerichts Weiden (...) ist den Klägervertretern am 24.04.2019 zugestellt worden. (...)

## Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Klägerin erweist sich als begründet.

I. Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Klägerin ist form- und fristgerecht eingelegt und be-

gründet worden (§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO). Der von der Klägerin nunmehr in der Berufungsinstanz ausdrücklich gestellte Feststellungsantrag ist zulässig. (...)

II. Die Berufung erweist sich auch als begründet. Die erkennende Kammer folgt der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23.07.2019, Aktenzeichen: 9 AZR 372/18, das in einem vergleichbaren Fall entschieden hat, dass der Anspruch auf Gewährung der tariflichen Altersfreizeit aus § 2a Ziff. 1 MTV i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG gegeben ist.

1. Zutreffend hat das Erstgericht ausgeführt, dass ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden darf, als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Teilzeitbeschäftigte werden wegen der Teilzeitarbeit ungleich behandelt, wenn die Dauer der Arbeitszeit das Kriterium darstellt, an das die Differenzierung hinsichtlich der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen anknüpft. Eine solche liegt hier in § 2a Ziff. 1 Abs. 2 Satz 2 MTV vor, wie das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 23. Juli 2019 (...) ausgeführt hat.

Die Herabsetzung der wöchentlichen Arbeitszeit entsprechend der tarifvertraglichen Regelung unter Fortzahlung des Entgeltes nach Maßgabe von § 2 a Ziff. 5 MTV führt bei den Begünstigten zu einer Erhöhung des Arbeitsentgeltes pro Arbeitsstunde. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer erhalten, obwohl sie das 58. Lebensjahr vollendet haben, eine geringere Vergütung pro geleisteter Stunde, weil ihr Monatsentgelt nicht entsprechend angehoben wird. Die in § 2a Ziff. 1 Abs. 2 Satz 1 MTV vorgesehene Beschränkung des Anspruchs auf bezahlte Altersfreizeit auf Vollzeitbeschäftigte verstößt auch unter Berücksichtigung des den Tarifvertragsparteien zustehenden

Gestaltungsspielraums gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG. Insoweit hat das Arbeitsgericht zwar zutreffend ausgeführt, dass die Tarifvertragsparteien grundsätzlich darin frei sind, den Zweck einer tariflichen Leistung zu bestimmen und ihnen steht bei der Normsetzung auch ein weiterer Gestaltungsspielraum zu. Tarifliche Regelungen müssen jedoch mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Verstößt eine Tarifnorm gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 TzBfG ist sie nichtig. Der den Tarifvertragsparteien zuzubilligende Gestaltungsspielraum ist jedoch vorliegend überschritten.

2. § 2a Ziff. 1 Abs. 1 MTV geht von einer mit zunehmendem Alter sinkenden Belastbarkeit und infolgedessen von einem gesteigerten Erholungsbedürfnis der Arbeitnehmer aus, die das 58. Lebensjahr vollendet haben. Für Teilzeitkräfte, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, legt der Tarifvertrag, in dem er deren Arbeitszeit

nicht proportional zu ihrer individuellen Arbeitszeit absenkt, eine höhere individuelle Belastungsgrenze fest, als wie für Vollzeitbeschäftigte und regelt dementsprechend einen geringeren Entlastungsbedarf. Zutreffend führt das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 23.07.2019 (...) aus, dass sich diese von der konkreten Tätigkeit unabhängige, sich allein am Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit von älteren Arbeitnehmern orientierte Differenzierung bei der Gewährung vergüteter Altersfreizeit nicht durch Unterschiede im Tatsächlichen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG sachlich rechtfertigen lässt.

Es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz, der die Annahme rechtfertigen könnte, bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 38 Stunden bestehe für alle Arbeitnehmer ab Vollendung des 58. Lebensjahres eine qualitative Belastung, die bei Teilzeitbeschäftigten derselben Altersgruppe nicht in einem Maß auftritt, der dem Umfang ihrer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit entspricht. Ebenso wenig existiert ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass die mit der Erbringung der Arbeitsleistung einhergehende Belastung erst dann ansteigt, wenn ein Vollzeitverhältnis vorliegt und sich das gesteigerte Erholungsbedürfnis von Arbeitnehmern, die das 58. Lebensjahr vollendet haben,

mit sinkender Zahl der zu leistenden Wochenarbeitsstunden nicht linear vermindert, sondern bei einer Wochenarbeitszeit von weniger als 38 Stunden vollständig entfällt. Der Zweck der tariflichen Altersfreizeit, älteren Arbeitnehmern zu ihrer Entlastung bezahlte Freistellung zu gewähren, rechtfertigt es deshalb nicht, gleichaltrige in Teilzeit beschäftigte Arbeitnehmer, deren Wochenarbeitszeit die einer Vollzeitskraft unterschreitet, entgegen § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG von dieser geldwerten Leistung generell auszuschließen.

Wie das Bundesarbeitsgericht in der genannten Entscheidung ausführt, ist Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG, dass der Klägerin die ihr zu Unrecht vorenthaltene vergütete Altersfreizeit in dem Umfang zu gewähren ist, der dem Anteil ihrer Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Bei einer vereinbarten Arbeitszeit der Klägerin von 20 Wochenstunden und einer regelmäßigen tariflichen Wochenarbeitszeit von 38 Stunden entspricht die der Klägerin zu gewährende Altersfreizeit mindestens der von ihr beantragten Stunde pro Woche. (...)



[Download Vollversion](#)

## Erforderlichkeit einer Einwilligung zur Zeiterfassung mittels biometrischer Daten (Fingerprint)/Teilnahme an betriebsärztlicher Untersuchung

**Die Zeiterfassung durch ein Zeiterfassungssystem mittels Fingerprint ist nicht erforderlich im Sinne von § 26 Abs. 1 BDSG und damit ohne Einwilligung der betroffenen Person nicht zulässig.**

ArbG Berlin, Urteil v. 16.10.2019 – 29 Ca 5451/19 – (n. rkr.)

### Zum Sachverhalt

Soweit für das Schlussurteil noch von Belang, streiten die Parteien über die Entfernung dreier Abmahnungen aus der Personalakte des Klägers.

Der Kläger wurde zum 1. Juni 2007 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten als MTR-Assistent eingestellt. Nach dem Arbeitsvertrag vom 14. Juni 2007 beträgt das Bruttogehalt des Klägers aktuell .... EURO.

Zum 01. August 2018 führte die Beklagte das Zeiterfassungssystem Model „ZEUS“ der Firma I. GmbH ein. Bis zur Einführung des neuen Zeiterfassungssystems trugen die Mitarbeiter der Beklagten auf dem ausgedruckten und ausliegenden Dienstplan per Hand sowohl ihre

geleisteten Arbeitszeiten ein als auch ihre Einsatzwünsche. In aller Regel wiesen die handschriftlich eingetragenen Arbeitszeiten auch geleistete Mehrarbeitsstunden aus. Gelegentlich wurden abweichende Dienstzeiten mündlich nachgeliefert. Eine Kontrolle der eingetragenen Zeiten fanden nicht statt.

Mit Rundmail vom 27. Juli 2018 wurde allen Mitarbeitern mitgeteilt, wie die Funktionsweise des Zeiterfassungssystems gestaltet ist, verbunden mit dem Hinweis „Ab 1. August 2018 gelten ausschließlich die mittels der Zeiterfassung ermittelten Arbeitszeiten – alles was schriftlich im Dienstplan notiert wird, wird nicht mehr anerkannt ...“. (...) Im Datenblatt ist unter anderem vermerkt „Innerhalb des IT&200 FE befindet sich nur eine Record-Nummer und die dazugehörigen Minutien. Ein Bezug zu einer natürlichen Person kann nicht hergestellt werden.“

Der Kläger weigerte sich in der Folgezeit, das Zeiterfassungssystem zu benutzen, insbesondere erteilte er auch keine Einwilligung.

Am 5. Oktober 2018 erteilte die Beklagte dem Kläger daher eine Abmahnung (...).

Unter dem 26. März 2019 erteilte die Beklagte dem Kläger wegen des gleichartigen Sachverhalts eine erneute Abmahnung (...).

Ferner forderte die Beklagte den Kläger auf, sich am 20. März 2019 einer für das gesamte MTRA-Team organisierten betriebsärztliche Untersuchung zu unterziehen. Dies verweigerte der Kläger. Daher erteilte die Beklagte dem Kläger ebenfalls unter dem 26. März 2019 diesbezüglich eine Abmahnung (...). Sie wies darauf hin, dass er zur Untersuchung verpflichtet sei.

Mit seiner bei Gericht am 03. Mai 2019 eingegangenen Klage begehrt der Kläger Entfernung der drei erwähnten Abmahnungen aus der Personalakte (...).

Der Kläger ist der Auffassung, die streitgegenständlichen Abmahnungen seien aus der Personalakte zu entfernen. Betreffend die Nichtbenutzung des Zeiterfassungssystems ZEUS gelte, dass eine Einwilligung des Klägers nicht vorliege. Der Kläger habe in der Vergangenheit seine Arbeitszeiten präzise und konsequent durch das bisher verwendete System erfasst. Ferner bezweifle er, dass das besagte Erfassungssystem vollends einsatzfähig sei.

Die Untersuchungspflicht gemäß Anhang Teil 2 Absatz 1 Ziffer 3 lit. bb ArbMedVV sei nicht gegeben. Der Kläger führe keine Tätigkeiten aus, bei denen es regelmäßig und in größerem Umfang zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten, Körperausscheidungen oder Körpergewebe kommen könne, insbesondere Tätigkeiten mit erhöhter Verletzungsgefahr oder Gefahr von Verspritzen und Aerosolbildung. Der Kläger behauptet diesbezüglich, er sitze am MRT / PC und untersuche den jeweiligen Patienten, der ihm vom Arzt zugewiesen worden sei. Er injiziere nie Kontrastmittel, Beruhigungsspritzen oder Kochsalzlösungen und komme auch mit Körperflüssigkeiten niemals in Kontakt. Er ziehe auch keine Kanüle aus dem Arm. Er stehe auch nicht daneben, wenn der Arzt Kontrastmittel spritze und führe auch keine Voraufklärungsgespräche. Er lagere lediglich Patienten in dem Gerät, komme dort jedoch nicht in Kontakt mit Körperflüssigkeiten.

Der Kläger beantragt (...),

1. Die Beklagte zu verurteilen, die am 05.10.2018 schriftlich erteilte Abmahnung, welche dem Kläger am 05.10.2018 zugegangen ist, aus der Personalakte zu entfernen;
2. Die Beklagte zu verurteilen, die am 26.03.2019 schriftlich erteilte Abmahnung betreffend die betriebsärztliche Untersuchung, welche dem Kläger am 26.03.2019 zugegangen ist, aus der Personalakte zu entfernen;
3. Die Beklagte zu verurteilen, die am 26.03.2019 schrift-

lich erteilte Abmahnung betreffend die Zeiterfassung, welche dem Kläger am 26.03.2019 zugegangen ist, aus der Personalakte zu entfernen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hält die streitgegenständlichen Abmahnungen sämtlich für berechtigt. Zwar liege die Einwilligung des Klägers zur Nutzung des Zeiterfassungssystems ZEUS nicht vor, jedoch sei die Verarbeitung dieser Daten erforderlich. Es würde auch kein Fingerabdruck genommen, vielmehr würden nur die Minutien des Fingerabdrucks erfasst. Alle anderen Zeiterfassungssysteme seien manipulierbar.

Die Untersuchungspflicht für den Kläger ergebe sich aus dem Anhang Teil 2 Abs. 1 Ziffer 3 lit. bb ArbMedVV. Sie behauptet, der Kläger übe Tätigkeiten aus, bei denen es zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten kommen könne, insbesondere Tätigkeiten mit erhöhter Verletzungsgefahr oder Gefahr von Verspritzen und Aerosolbildung hinsichtlich Hepatitis B oder Hepatitis C. Der Kläger habe direkten Umgang mit den Patienten, insbesondere beim Injizieren von Kochsalzlösungen oder Kontrastmitteln. Ergänzend behauptet die Beklagte, der Kläger führe unter anderem auch Voraufklärungsgespräche durch und lagere die Patienten in der Maschine, wobei der Arzt zum Beispiel Kontrastmittel spritze und der Kläger stehe daneben, wobei es auch zum Austritt von Körperflüssigkeiten kommen könne. Außerdem ziehe der MTA nach der Untersuchung die Kanüle aus dem Arm. (...)

## Aus den Gründen

Die Abmahnung vom 5. Oktober 2018 sowie die Abmahnung vom 26. März 2019 wegen Nichtbenutzung des Zeiterfassungssystems ZEUS sind aus der Personalakte des Klägers zu entfernen.

Arbeitnehmer können in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt.

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Der Kläger ist nicht verpflichtet, das Zeiterfassungssystem ZEUS zu nutzen.

Erfolgte die Zeiterfassung früher üblicherweise analog mittels Stechuhr, ist heute eine digitale Zeiterfassung, zum Beispiel über softwarebasierte oder webbasierte Zeiterfassungssysteme, teilweise auch per Smartphone oder Tablet, die Regel. Relativ neu ist die digitale Zeit-

erfassung mittels Fingerprint. Diese Form der Arbeitszeiterfassung soll unter anderem verhindern, dass Mitarbeiter für Kollegen „mitstempeln“ und hierdurch Arbeitszeitbetrug begehen.

Bei der Zeiterfassung mittels Fingerprint meldet sich der Mitarbeiter durch Abgleich seines Fingerabdrucks mit den im Zeiterfassungsterminal gespeicherten Daten im Zeiterfassungsprogramm an und ab. Hierfür werden aus dem Fingerabdruck des Mitarbeiters zunächst sogenannte Minutien (individuelle, nicht vererbare Fingerlinienverzweigungen) mittels eines speziellen Algorithmus extrahiert. Der Minutiendatensatz wird sodann im Zeiterfassungsterminal gespeichert und zum Abgleich des Fingerabdrucks des Mitarbeiters bei der An- und Abmeldung verwendet. Nicht gespeichert wird grundsätzlich der Fingerabdruck des Mitarbeiters. Aus dem gespeicherten Minutiendatensatz kann der Fingerabdruck des Mitarbeiters auch nicht wieder generiert werden.

Datenschutzrechtlich handelt es sich bei dem Minutiendatensatz um biometrische Daten nach Artikel 9 Abs. 1 DSGVO und besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von § 26 Abs. 3 BDSG. Diesen Daten ist eigen, dass eine Verarbeitung die Privatsphäre des Mitarbeiters und damit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im besonderen Maße verletzen kann. Die Verarbeitung von biometrischen Daten – und

*Die Verarbeitung biometrischer  
Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber ist nach § 26 Abs. 3  
BDSG zu beurteilen und nur zulässig, wenn sie geeignet,  
erforderlich und angemessen ist.*

somit auch von Minutiendatensätzen – ist daher nach Artikel 9 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich verboten. Allerdings enthält Artikel 9 Abs. 2 DSGVO mehrere Erlaubnistatbestände, bei deren Vorliegen eine Verarbeitung (ausnahmsweise) doch zulässig ist. Arbeitsrechtlich relevant sind insbesondere die Erlaubnistatbestände „Erforderlichkeit“, „Freiwillige Einwilligung“ und „Kollektivvereinbarung“.

Eine Einwilligung und eine Kollektivvereinbarung liegen hier nicht vor.

Folglich ist zu prüfen, ob die Verarbeitung der biometrischen Daten im Rahmen der Zwecke der Beschäftigungsverhältnisse im Sinne des § 26 Abs. 1 BDSG erforderlich ist, damit der Verantwortliche (Arbeitgeber) den ihm „aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes“ erwachsenden Rechte und Pflichten nachkommen kann. Es darf kein Grund zu der Annahme bestehen, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person (des Beschäftigten) an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Biometrische Merkmale eines Beschäftigten darf der Arbeitgeber

nach § 26 Abs. 3 BDSG somit nur dann verarbeiten, wenn dies für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.

Die Erhebung und Verwendung von biometrischen Merkmalen muss im Rahmen der dreistufigen Prüfung folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. Das biometrische Verfahren muss für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses geeignet sein, das heißt, der jeweils auf das Beschäftigungsverhältnis bezogene Zweck muss tatsächlich befördert werden können.
2. Es darf kein anderes, gleich wirksames, das Persönlichkeitsrecht weniger beeinträchtigendes Mittel existieren.
3. Als Ergebnis einer umfassenden Abwägung der schutzwürdigen Interessen und Grundrechte des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers muss die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Beschäftigten durch das Biometrische Verfahren in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck der Datenverwendung stehen.

Dabei gilt folgende Regel: Je intensiver in das Persönlichkeitsrecht eingegriffen werden soll, desto schwerer muss der vom Arbeitgeber mit dem Verfahren verfolgte konkrete Zweck wiegen. So wird das Interesse des Arbeitgebers an einer biometrischen Zugangskontrolle zu Bereichen mit sensiblen Geschäfts-, Produktions- und Entwicklungsgeheimnissen eher überwiegen als bei einer angestrebten Zugangssicherung zu normalen Bürobereichen. So können biometrische Daten zwar zur Kontrolle beim Eintritt in Sicherheitsbereiche, nicht jedoch im Rahmen der Arbeitszeiterfassung verwendet werden.

Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Arbeitszeiterfassung durch Fingerprint wirklich erforderlich ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dadurch die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen erheblich beeinträchtigt werden. Wenn auch vereinzelt Missbrauch von Zeiterfassungssystemen durch Falscheintragungen oder im Falle einer Stempelkarte durch „mitstempeln“ durch Kollegen auftreten mögen, so ist dennoch in der Regel davon auszugehen, dass sich die weit überwiegende Mehrheit der Arbeitnehmer rechtstreu verhält, also für eine solche Art von Kontrollen keinerlei Anlass gegeben ist, es sei denn, dass konkrete Umstände im Einzelfall (Nachweise über Missbräuche in nicht unerheblichem Umfang) die Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme begründen können.

Derartige hat die Beklagte jedoch nicht vorgetragen. Sie hat weder vorgetragen, dass durch das bisherige

„händische“ System der Zeiterfassung erheblicher Missbrauch betrieben worden ist, noch hat sie darlegen können, dass im Fall der Einführung eines anderen Zeiterfassungssystems (ohne die Speicherung biometrischer Daten) Missbrauch in erheblichem Umfang oder auch nur in nennenswertem Umfang zu befürchten ist. Es ist auch nicht dargetan, dass etwa der Kläger in der Vergangenheit durch Falschangaben betreffend seine Arbeitszeit negativ aufgefallen ist.

Nach alledem vermag die Kammer nicht festzustellen, dass vorliegend die Interessen der Beklagten das schutzwürdige Interesse des Klägers an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegen.

Daher sind diese Abmahnungen aus der Personalakte des Klägers zu entfernen. Auch die Abmahnung vom 26. März 2019 betreffend die Nichtteilnahme an der betriebsärztlichen Untersuchung ist aus der Personalakte des Klägers zu entfernen.

Der Verstoß gegen eine tarif- oder einzelvertraglich geregelte Pflicht des Arbeitnehmers, bei gegebener Veranlassung auf Wunsch des Arbeitgebers an einer ärztlichen Untersuchung zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit mitzuwirken, kann je nach den Umständen geeignet sein, eine Kündigung zu rechtfertigen. Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Abmahnung dann berechtigt sein kann, wenn der Kläger gegen eine Pflicht an einer ärztlichen Untersuchung mitzuwirken, verstoßen hat. Eine tarifvertragliche Pflicht oder einzelvertraglich geregelte Pflicht ist vorliegend nicht einschlägig. In Betracht kommt jedoch eine Untersuchungspflicht gemäß Anhang Teil 2 Abs. 1 Ziffer 3 lit. bb ArbMedVV. Voraussetzung wären dann Tätigkeiten des Klägers, bei denen es regelmäßig und im größerem Umfang zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten, Körperausscheidungen oder Körpergewebe kommen kann, insbesondere Tätigkeiten mit erhöhter Verletzungsgefahr oder Gefahr von Verspritzen und Aerosolbildung, hinsichtlich Hepatitis-B-Virus oder Hepatitis-C-Virus. Dies kann für den Kläger ohne weiteres verneint werden. Zwar behauptet die Beklagte, die MTA kämmen mit Patienten in Kontakt, stünden daneben, wenn der Arzt Kontrastmittel spritze, wobei es auch zum Austritt von

Körperflüssigkeiten kommen könne. Außerdem ziehe der MTA nach der Untersuchung die Kanüle aus dem Arm. Diese Angaben hat jedoch der Kläger bestritten. Aber selbst wenn man unterstellt, dass die Angaben der Beklagten aus dem Kammertermin zutreffend sind, so sind die Voraussetzungen für die Untersuchungspflicht gleichwohl nicht gegeben. Die Norm erfordert nämlich, dass Tätigkeiten ausgeführt werden, bei denen es regelmäßig und in größerem Umfang zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten, Körperausscheidungen oder Körpergewebe kommen kann.

Dies kann hier nicht bejaht werden. Es ist nicht ersichtlich, dass bei der Tätigkeit des Klägers es regelmäßig und in größerem Umfang zu Kontakt mit Körperflüssigkeiten, Körperausscheidungen oder Körpergewebe kommt. Lediglich ganz ausnahmsweise könne – so die Beklagte – beim Spritzen von Kontrastmitteln eventuell ein Austritt von Körperflüssigkeiten in Betracht kommen. Desgleichen beim Ziehen der Kanüle aus dem Arm.

Jedenfalls aber hat die Beklagte auch dafür keinen Beweis angetreten, dass konkret der Kläger in derartiger Weise mit den Patienten in Kontakt kommt. Dies gilt umso mehr, als der Kläger substantiiert dargestellt hat, dass er eben genau diesen Patientenkontakt nicht habe. Er lagere lediglich Patienten auf dem MRT-Gerät. Auch im Rahmen seiner persönlichen Befragung hat Ge-

*Eine Abmahnung kann berechtigt sein, wenn ein Arbeitnehmer gegen eine Pflicht zur Teilnahme an einer ärztlichen Untersuchung verstößt.*

schäftsführer der Beklagten, Herr M, nur dargestellt, dass der MTA danebenstehe, wenn der Arzt Kontrastmittel spritze. Ferner ziehe der MTA nach der Untersuchung die Kanüle aus dem Arm. Ob dies auch auf den Kläger konkret zutrifft, hat der Geschäftsführer jedoch nicht erklärt. Er hat lediglich ganz allgemein zu Tätigkeiten des MTA in seiner Praxis vorgetragen.

Nach alledem ist auch diese Abmahnung aus der Personalakte des Klägers zu entfernen. (...)



[Download Vollversion](#)

## Rechtsprechung in Leitsätzen

### Betriebsvereinbarung

#### Gesamtzusage/Ablösende Betriebsvereinbarung

Der Arbeitgeber kann eine Sachleistung, die er dem Arbeitnehmer im Wege einer Gesamtzusage für die Zeit nach Eintritt eines Versorgungsfalls zusätzlich zu einer Betriebsrente verspricht und die er generell auch aktiven Arbeitnehmern gewährt, („endbezugsbezogen“) dahingehend ausgestalten, dass der Versorgungsempfänger nur diejenige Leistung beanspruchen kann, die bei Eintritt des Versorgungsfalls einem aktiven Arbeitnehmer zustand.

BAG, Urteil v. 30.1.2019 – 5 AZR 442/17 –

### Einigungsstelle

#### Vergütung des Einigungsstellenvorsitzenden bei Insolvenz des Arbeitgebers

1. Nach § 76a Abs. 3 BetrVG hat ein betriebsfremdes Mitglied einer Einigungsstelle gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit im Einigungsstellenverfahren. Wird die Höhe der Vergütung nicht durch vertragliche Absprache mit dem Arbeitgeber geregelt, ist eine einseitige Bestimmung der Höhe der Vergütung durch das Mitglied der Einigungsstelle gemäß §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen und unter Berücksichtigung der in § 76a Abs. 4 BetrVG genannten Grundsätze vorzunehmen. Übt das externe Einigungsstellenmitglied sein Leistungsbestimmungsrecht durch eine entsprechende Willenserklärung aus, ist diese Gestaltungserklärung für den Bestimmenden unwiderruflich.

2. Der Vergütungsanspruch des Vorsitzenden einer Einigungsstelle, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (weiter) tätig geworden ist und durch einen Spruch einen Sozialplan iSd. § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG beschlossen hat, ist eine Masseverbindlichkeit iSd. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO und keine Insolvenzforderung iSd. § 38 InsO. Dies gilt auch für den Fall, dass die Einigungsstelle bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Arbeitsgericht eingesetzt worden war und ihre Tätigkeit aufgenommen hatte.

3. Mitglieder der Einigungsstelle, die nicht dem Betrieb angehören, können vom Arbeitgeber die Erstattung ihrer Honorardurchsetzungskosten verlangen. Diese Kos-

ten können einen nach § 286 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Verzugsschaden darstellen. Anwaltskosten sind dabei nur nach dem Streitwert erstattungsfähig, der dem Honorar entspricht, mit dem der Arbeitgeber in Verzug war.

(Orientierungssätze

der Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Beschluss v. 11.12.2019 – 7 ABR 4/18 –

#### Rechtsmissbräuchlicher Antrag auf gerichtliche Einsetzung des Einigungsstellenvorsitzenden

1. Wird die von dem Antragsteller erstinstanzlich benannte Person durch das Arbeitsgericht antragsgemäß zum Vorsitzenden einer Einigungsstelle bestimmt, ist die hiergegen von dem Antragsteller dann gleichwohl mit dem Ziel der Auswechslung der Person des Einigungsstellenvorsitzenden eingelegte Beschwerde mangels Beschwer unzulässig. Legt auch der Antragsgegner Beschwerde ein, kann der Antragsteller sein Beschwerdeziel zulässig allerdings als Anschlussbeschwerde weiterverfolgen.

2. Einem Antrag auf gerichtliche Einsetzung einer Einigungsstelle gemäß § 100 ArbGG fehlt grundsätzlich das Rechtsschutzbedürfnis, wenn zuvor nicht der nach § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vorgesehene Versuch einer Einigung mit Vorschlägen zur Beilegung der Meinungsverschiedenheiten unternommen wurde. Dabei gelten folgende Grundsätze:

-Immer muss zumindest die antragstellende Partei vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens ernsthaft versucht haben, mit der Gegenseite in Verhandlungen zum Thema der Einigungsstelle einzutreten, wozu insbesondere gehört, eigene Vorstellungen zum Regelungsthema zu formulieren, über die dann überhaupt erst verhandelt werden könnte. Hiervon kann allein dann eine Ausnahme gemacht werden, falls die Gegenseite ausdrücklich oder konkludent erklärt hat, Verhandlungen abzulehnen.

-Wird die Aufnahme von Verhandlungen trotz vordergründig artikulierter Verhandlungsbereitschaft von einer Partei dann gleichwohl verzögert, kann die andere Partei direkt die Einigungsstelle anrufen und gerichtlich einsetzen lassen. Hierbei kommt ihr eine weitreichende Einschätzungsprärogative zu, die gerichtlich nur noch auf offensichtliche Unbegründetheit zu überprüfen ist.

-Sind Verhandlungen begonnen worden, gelangt jedoch eine der Seiten nach ihrer nicht offensichtlich unbegründeten subjektiven Einschätzung zu der Annahme, dass die Verhandlungen nicht oder nicht in absehbarer Zeit zum Erfolg führen werden, kann sie ebenfalls die Einigungsstelle anrufen und gerichtlich einsetzen lassen.

3. In Anwendung dieser Grundsätze liegt schon kein ernsthafter Verhandlungsversuch vor, wenn ein Betriebsrat einfach nur beschließt, den Arbeitgeber zu einem mitbestimmungspflichtigen Thema zu Verhandlungen aufzufordern, hierbei aber keinerlei Angaben dazu macht, was er zu regeln wünscht. Hierfür benötigt

#### Hinweis:

Fehlt eine nähere Angabe, handelt es sich um die amtlichen Leitsätze des erkennenden Gerichts. „Leitsätze der Schriftleitung“ wurden von der Redaktion oder dem Einsender der Entscheidung formuliert. „Leitsätze aus den Gründen“ sind von der Redaktion ausgewählte wörtliche bzw. nur in geringfügig veränderter Syntax zitierte Auszüge aus den Entscheidungsgründen. „Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG“ sind als solche erkennbar gemacht.

der Betriebsrat auch (noch) keinen juristischen Sachverstand.

4. Verknüpft der Betriebsrat seine solchermaßen unzureichende Aufforderung zu Verhandlungen dann auch noch mit der Aufforderung, eine Honorarvereinbarung des als juristischen Sachverständigen gewünschten Rechtsanwalts zu unterzeichnen und erklärt schon von vornherein die Verhandlungen zum Mitbestimmungsthema für gescheitert, falls die Honorarvereinbarung nicht fristgerecht akzeptiert wird, handelt er grob rechtsmissbräuchlich.

5. Missbraucht der Betriebsrat ein ihm zustehendes mitbestimmungsrechtliches Initiativrecht zur Erreichung offensichtlich zweckwidriger Ziele, ist dies das Gegenteil dessen, wozu ihn § 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet. Solchermaßen rechtsmissbräuchliches Vorgehen führt dazu, dass einem Antrag auf gerichtliche Einsetzung einer Einigungsstelle das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

LAG Düsseldorf, Beschluss v. 16.7.2019 – 3 TaBV 36/19 – Volltext unter [www.nrw.de](http://www.nrw.de)

## Tarif-/Tarifvertragsrecht

### Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen

1. Die verfassungsrechtlichen Befugnisse der Koalitionen sind nicht unzulässig überschritten, wenn Tarifverträge auf eine Allgemeinverbindlicherklärung angelegt werden. Art. 9 Abs. 3 GG ermöglicht den Koalitionen auch Tarifverträge, die von vornherein darauf zielen, Außenseiter einzubeziehen. Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG in der hier maßgeblichen Fassung lässt sich zudem als ein Rechtssetzungsakt eigener Art beschreiben, der seine Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG findet und bei der sich der Staat hinsichtlich Inhalt und Geltungsdauer dem Willen der Tarifparteien unterwirft. Allerdings folgt daraus kein Anspruch der Koalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG auf eine Allgemeinverbindlicherklärung. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Normsetzungsbefugnis der Koalitionen erstreckt sich grundsätzlich nur auf die Mitglieder der tarifvertragsschließenden Parteien. Tarifverträge können zwar auf Außenseiter zielen, doch kann der Staat seine Normsetzungsbefugnis nicht beliebig außerstaatlichen Stellen überlassen und die Bürgerinnen und Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt von Akteuren ausliefern, die ihnen gegenüber nicht demokratisch beziehungsweise mitgliedschaftlich legitimiert sind.

2. Der Gesetzgeber hat die Allgemeinverbindlicherklärung in § 5 TVG dementsprechend als Ermessensentscheidung gefasst („kann“ in § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 TVG), die im öffentlichen Interesse auch rückgängig gemacht werden kann (§ 5 Abs. 5 Satz 1 TVG). Damit ist eine Allgemeinverbindlicherklärung verfassungsrechtlich nur zu rechtfertigen, wenn der die Außenseiter bindende Geltungsbefehl dem Staat vorbehalten bleibt. Dem Staat verbleibt also eine Entscheidungsmacht, die zwar keine Einmischung in der Sache legitimiert, aber einen Vorbehalt des öffentlichen Interesses beinhaltet. Damit

ist der Staat nicht verpflichtet, den Geltungsbereich von Tarifverträgen durch eine Allgemeinverbindlicherklärung auszuweiten.

3. Ein Anspruch auf Allgemeinverbindlicherklärung folgt auch nicht aus der allgemeinen Verpflichtung des Gesetzgebers, durch die Schaffung einfach-rechtlicher Regelungen zu ermöglichen, dass von der Koalitionsfreiheit auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden kann. Zwar gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG mit der Koalitionsfreiheit zugleich ein gesetzlich geregeltes Tarifvertragssystem, weil sonst die Koalitionen ihre Funktion, in dem von der staatlichen Rechtssetzung frei gelassenen Raum das Arbeitsleben im Einzelnen durch Tarifverträge zu ordnen, nicht sinnvoll erfüllen könnten. Auch wenn Art. 9 Abs. 3 GG in erster Linie ein Freiheitsrecht ist, geht sein Gewährleistungsinhalt über die reine Abwehr staatlicher Maßnahmen hinaus.

4. Diese „Bewirkungsdimension“ des Art. 9 Abs. 3 GG geht aber nicht so weit, dass jeder Tarifvertrag, der auf Allgemeinverbindlichkeit angelegt ist, auch dazu erklärt werden muss. Art. 9 Abs. 3 GG enthält kein Gebot, jeder Zielsetzung, die Koalitionen verfolgen, zum praktischen Erfolg zu verhelfen. Zwar kann der Gesetzgeber die Durchsetzung der Ziele der Koalitionen fördern, muss aber nur die Funktionsbedingungen sichern. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren liegen außerhalb der Verantwortung des Gesetzgebers. Er ist nicht gehalten, schwachen Verbänden Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen, denn Art. 9 Abs. 3 GG verlangt keine Optimierung der Kampfbedingungen, sondern verpflichtet den Staat auch insoweit zur Neutralität.

5. Das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG garantiert den Koalitionen also grundsätzlich weder Stärke noch Erfolg, sondern gewährleistet die tatsächlich realisierbare Chance, durch ihre Tätigkeit die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern. Soweit diese Chance nicht gegeben ist, weil der gesetzliche Rahmen die Realisierung strukturell nicht zulässt, kann aus Art. 9 Abs. 3 GG Abhilfe verlangt werden (hier verneint).

6. Offen bleiben kann danach, ob den Beschwerdeführenden der geltend gemachte Anspruch auf Allgemeinverbindlicherklärung überhaupt als einklagbares Recht zustehen könnte. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht zur einfachrechtlichen Bestimmung des § 5 TVG die Auffassung vertreten, die Allgemeinverbindlicherklärung diene zumindest auch den Interessen der Koalitionen, deren Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden sollen. Unabhängig davon, ob das auch verfassungsrechtlich gilt, sprechen jedoch das Gebot staatlicher Neutralität und die ambivalente Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung – sie stärkt den konkreten Tarifvertrag, schwächt aber die Attraktivität der Mitgliedschaft in einer Koalition – gegen einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Allgemeinverbindlicherklärung.

(Red. Leitsätze)

BVerfG, Beschluss v. 10.1.2020 – 1 BvR 4/17 –



# Datenschutz und Schweigepflicht beim Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM)

Prof. Dr. Michael Kort, Augsburg\*

## I. Allgemeine Bedeutung des Schutzes personenbezogener Daten für das BEM

Das in § 167 Abs. 2 SGB IX vorgesehene Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) verfolgt vor allem zwei Zwecke, nämlich zum einen, einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses aus gesundheitlichen Gründen möglichst frühzeitig vorzubeugen,<sup>1</sup> sowie zum anderen, die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden.<sup>2</sup> Das BEM hat in der Praxis große Bedeutung, denn ein BEM ist nach der Rechtsprechung und nach herrschender Meinung auch in Hinblick auf nicht behinderte Beschäftigte durchzuführen.<sup>3</sup> Das BEM betrifft nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Beamte.<sup>4</sup>

Beim BEM lassen sich zwei Phasen unterscheiden, nämlich die **Einleitung des BEM** bis zur Entscheidung des Beschäftigten, ob und ggf. unter welchen Bedingungen er an einem BEM teilnehmen möchte,<sup>5</sup> und die zweite Phase des BEM, in der es um die eigentliche **Durchführung des BEM** geht.<sup>6</sup>

Sowohl in der ersten Phase des BEM, in der es u.a. um die Information der Interessenvertretung über die potentiell für ein BEM in Betracht kommenden Beschäftigten geht (dazu näher unten VII.2.), sowie um die Information des potentiell für ein BEM in Betracht kommenden Beschäftigten über das BEM, als auch in der zweiten Phase, also bei der Durchführung des BEM, kommt es zur Erfassung und Verarbeitung von Personaldaten, insbesondere von **Gesundheitsdaten**, die als **sensible Daten des Beschäftigten von besonderer Bedeutung** sind.

Bereits § 167 Abs. 2 SGB IX adressiert die Datenverarbeitung: So heißt es in § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX, dass der vom BEM potentiell betroffene Beschäftigte vorab auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist.

Der Umgang mit Personaldaten im Rahmen des BEM beurteilt sich allerdings nicht ausschließlich nach § 167 Abs. 2 SGB IX, sondern auch nach Maßgabe datenschutzrechtlicher Bestimmungen der DSGVO und des BDSG (dazu näher unten III.). Insgesamt betrachtet sind der Datenschutz und – damit einhergehend – die Reichweite der Schweigepflicht derjenigen, die Informationen im Rahmen des BEM erhalten, von großer Bedeutung.

Im Folgenden wird u.a. auf das Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) und auf das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) als Bundesgesetze Bezug genommen. Die ggf. einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen (Personalvertretungsgesetze und Datenschutzgesetze der Länder) enthalten sinngemäß weitgehend entsprechende Regelungen wie die beiden Bundesgesetze.

## II. Pflicht des Arbeitgebers zur Information des für ein BEM in Frage kommenden Beschäftigten

### 1. Information über die Ziele des BEM

Nach § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX hat der Arbeitgeber den potentiell vom BEM betroffenen Beschäftigten zum einen über die Ziele des BEM zu informieren, zum anderen aber auch über Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten. Hierfür reichen pauschale Verweise auf eine etwa bestehende Dienst-/Betriebsvereinbarung zum BEM oder schlichte Hinweise auf die gesetzliche Regelung, also auf § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX, nicht aus.<sup>7</sup>

Als **Ziele des BEM** können etwa die Klärung, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden soll, wie einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und wie das Arbeitsverhältnis erhalten werden soll, genannt werden. Der Beschäftigte muss klar erkennen, dass es **um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht und dazu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll**, in dem der betroffene Beschäftigte auch Vorschläge einbringen kann.

Das Gebot zur Information des Beschäftigten gem. § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX soll diesem die Entscheidung ermöglichen, ob er dem BEM zustimmt oder nicht.<sup>8</sup>

### 2. Information über die am BEM Beteiligten

Von Bedeutung ist auch die Angabe zu möglicherweise am BEM Beteiligten. Dazu muss sich der Arbeitgeber

\* Prof. Dr. Michael Kort ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Arbeitsrecht, Universität Augsburg.

1 BT-Drucks. 14/5074, S. 61; Rolfs, in: *ErfKomm ArbR*, 20. Aufl., 2020, § 167 SGB IX Rn. 4.

2 Rolfs, in: *ErfKomm ArbR*, 20. Aufl., 2020, § 167 SGB IX Rn. 4.

3 BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 47/17, NZA 2018, 162; Gutzeit, in: *BeckOK Sozialrecht*, 54. Ed., Stand: 1.9.2019, SGB IX § 167 Prävention Rn. 11; Gundermann/Oberberg, *AuR* 2007, 19 f.

4 BVerwG v. 5.6.2014, NVwZ 2014, 1309; MünchHdBArbR/Kiel, 4. Aufl., Bd. 2, 2018, § 113 Rn. 32; Burger, *Der Schutz gesundheitsbezogener Daten*, 2013, S. 237.

5 Hinze, *Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) 2018*, S. 70.

6 Hinze, *Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) 2018*, S. 153.

7 BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13, NZA 2015, 931.

8 BAG v. 24.3.2011 – 1 AZR 412/09, Rn. 23, NZA 2011, 992 = *ZBVR online* 10/2011, S. 8.

zunächst überlegen, welche Beteiligten er konkret zum BEM hinzuziehen möchte. Nicht ausreichend ist eine Information darüber, dass ggf. etwa der Betriebsrat, eine Fachkraft für Arbeitssicherheit oder ein Vertreter des Integrationsamts am BEM beteiligt sein könnten.<sup>9</sup> Der Arbeitgeber muss vielmehr klar und konkret die Beteiligten nennen, die er hinzuzuziehen beabsichtigt.

### 3. Information über die Bedeutung der Beschäftigten-Zustimmung zum BEM

Ferner muss die Information nach § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX den Hinweis umfassen, dass die Durchführung des BEM von der Zustimmung des Beschäftigten abhängt. Außerdem muss diese Information dem betroffenen Beschäftigten verdeutlichen, dass sich die **Interessenvertretung nur mit vorheriger Zustimmung des Beschäftigten am BEM beteiligen darf** und das BEM andernfalls ohne die Interessenvertretung (bei Zustimmung des Beschäftigten zum BEM als solchem) durchgeführt wird.<sup>10</sup>

### 4. Information über Art und Umfang der Datenverarbeitung

Aus der Rechtsprechung des BVerwG<sup>11</sup> und des BAG<sup>12</sup> ergibt sich ferner, dass der Arbeitgeber gem. § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX klarstellen muss, dass nur solche Daten erhoben und eventuell genutzt werden, deren Kenntnis für ihn erforderlich ist, um einen zielführenden, der Gesundheit und Gesunderhaltung des Beschäftigten dienenden Suchprozess durchführen zu können. Hierfür ist es erforderlich, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten darüber informiert, **welche sensiblen Daten** gem. Art. 9 Abs. 1 DSGVO erhoben und gespeichert werden und **für welche Zwecke** sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden.<sup>13</sup>

Die Datenerhebung und Datenverarbeitung bezieht sich beim BEM u.a. auf die **Personaldaten**, zu denen der Name, das Geburtsdatum und der Status der Schwerbehinderung bzw. der Gleichstellung des Beschäftigten gehören, sowie die **Beschäftigungsdaten**, insbesondere die Beschäftigungsdauer.<sup>14</sup> Außerdem muss darüber informiert werden, dass **Daten zu Fehlzeiten und Arbeitsunfällen sowie Gesundheitsdaten** zu erheben und zu verarbeiten sind, die sich aus Attesten und ärztlichen Gutachten ergeben. Ferner gehören zur Datenverarbeitung beim BEM Daten, die auf die ausgeübte Tätigkeit sowie auf Analysen des Arbeitsplatzes und auf Gefährdungsbeurteilungen bezogen sind, also **Tätigkeitsdaten**. Außer-

dem ist der Beschäftigte darauf hinzuweisen, dass **Daten über Verläufe und Ergebnisse des BEM** erfasst und verarbeitet werden können.<sup>15</sup>

Ferner ist der Beschäftigte darüber zu informieren, dass sensible Daten i. S. von Art. 9 Abs. 1 DSGVO **ausschließlich für Zwecke des BEM verwendet werden**, dass der **Datenschutz eingehalten** wird, die **Informationen vertraulich behandelt** werden und getrennt von der Personalakte (dazu unten V.) aufbewahrt werden.<sup>16</sup>

## III. Verhältnis von § 167 Abs. 2 SGB IX zur DSGVO und zum BDSG

### 1. § 167 Abs. 2 SGB IX als spezialgesetzliche Norm?

§ 167 Abs. 2 SGB IX als das BEM regelnde Norm ist nicht als spezialgesetzliche Regelung gegenüber der DSGVO oder dem BDSG anzusehen. Als deutsche und somit nationale Norm kann § 167 Abs. 2 SGB IX die unionsrechtliche DSGVO nicht verdrängen oder einschränken. Auch ist § 167 Abs. 2 SGB IX keine „spezifischere Vorschrift“ i.S. der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO, da § 167 Abs. 2 SGB IX gerade keinen gegenüber der DSGVO spezifischeren Charakter trägt.<sup>17</sup> Auch geht § 167 Abs. 2 SGB IX nicht etwa dem BDSG (und hier insbesondere: § 26 BDSG) i.S. der Subsidiaritätsklausel des § 1 Abs. 2 BDSG vor, da § 167 Abs. 2 SGB IX nicht spezifisch datenschutzrechtliche Fragen regelt.<sup>18</sup>

### 2. Verhältnis der Zustimmung des Beschäftigten zur Durchführung des BEM zur datenschutzrechtlichen Einwilligung

#### 2.1 Keine Gleichsetzung von BEM-Zustimmung und datenschutzrechtlicher Einwilligung

Ist das BEM nach den soeben getroffenen Feststellungen somit nicht nur an § 167 Abs. 2 SGB IX, sondern auch an der DSGVO und am deutschen BDSG zu messen, so fragt sich, ob die nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfor-

*Der Arbeitgeber muss den Beschäftigten darauf hinweisen, dass die Interessenvertretung am BEM nur mit seiner Zustimmung beteiligt werden darf.*

derliche Zustimmung des Beschäftigten zum BEM-Verfahren die datenschutzrechtliche Einwilligung des Beschäftigten bei der Verarbeitung sensibler Daten gem. § 26 Abs. 3 Satz 2 i.V. mit § 26 Abs. 2 BDSG „ersetzt“ bzw. die Anforderungen an die datenschutzrechtliche Beschäftigten-Einwilligung erfüllt. Das ist nicht der Fall.

9 LAG Hessen v. 13.8.2018 – 16 Sa 1466/17, NZA-RR 2019, 26.

10 BAG v. 17.4.2019 – 7 AZR 292/17, NZA 2019, 1355; Gutzeit, in: BeckOK Sozialrecht, 54. Ed., Stand: 1.9.2019, SGB IX § 167 Prävention Rn. 12.

11 BVerwG v. 23.6.2010, NZA-RR 2010, 554.

12 BAG v. 29.6.2017, NZA 2017, 1605.

13 Rolfs, in: ErfKomm ArbR, 20. Aufl., 2020, § 167 SGB IX Rn. 5a.

14 Kiel, in: MünchHdBArbR, 4. Aufl., Bd. 2, 2018, § 113 Rn. 39.

15 Kiel, in: MünchHdBArbR, 4. Aufl., Bd. 2, 2018, § 113 Rn. 39.

16 Kiel, in: MünchHdBArbR, 4. Aufl., Bd. 2, 2018, § 113 Rn. 40.

17 A.A. insofern Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2019, Art. 88 DSGVO Rn. 121.

18 Entsprechend schon zum alten BDSG Boecken/Gebert, VSSR 2013, 77 (89).

Die BEM-Zustimmung ist von der datenschutzrechtlichen Einwilligung beim BEM zu unterscheiden.<sup>19</sup>

## 2.2 Unterschiede zwischen BEM-Zustimmung und datenschutzrechtlicher Einwilligung

Die Anforderungen an die Zustimmung des Beschäftigten nach § 167 Abs. 2 Satz 1 i.V. mit Satz 3 SGB IX sind nicht identisch mit den Anforderungen an eine datenschutzrechtliche Einwilligung. Zwar haben die Zustimmung des Beschäftigten nach § 167 Abs. 2 SGB IX und die datenschutzrechtliche Einwilligung nach § 26 Abs. 3 Satz 2 i.V. mit § 26 Abs. 2 BDSG **eine Reihe von Gemeinsamkeiten**: Beide sind freiwillig, bei beiden ist der Beschäftigte jederzeit in der Lage, die Zustimmung bzw. Einwilligung einzuschränken oder ganz zurückzunehmen, und bei beiden bedarf es einer vorherigen Aufklärung über die Ziele des BEM sowie über Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten (dazu § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).

Jedoch können die **Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung** über die Anforderungen an die BEM-Zustimmung hinausgehen, so etwa in Hinblick auf § 26 Abs. 2 Satz 4 BDSG: Die datenschutzrechtliche Einwilligung setzt u.a. eine **Aufklärung über die Zweckbindung der Datenvereinbarung** nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO voraus.<sup>20</sup> Auch muss sich die datenschutzrechtliche Einwilligung ausdrücklich auf die Datenverarbeitung sensibler Daten („besonderer Kategorien personenbezogener Daten“ i.S. von Art. 9 Abs. 1 DSGVO) beziehen.<sup>21</sup> Ferner muss dem Betroffenen im Sinne einer **„informierten“ Einwilligung** vorab erklärt werden, wer mit seinen Daten im Einzelnen in Berührung kommt.

## 3. Datenschutzrechtliche Rechtfertigung der Datenverarbeitung beim BEM durch § 26 Abs. 1 BDSG?

Als datenschutzrechtliche Alternative zur Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung beim BEM-Verfahren kommt § 26 Abs. 1 BDSG nicht in Betracht.<sup>22</sup> Das gilt hinsichtlich der Verarbeitung sensibler Personendaten bei BEM schon deshalb, weil bei der Verarbeitung sensibler Daten wie etwa Gesundheitsdaten als Alternative zu der datenschutzrechtlichen Einwilligung nach § 26 Abs. 3 Satz 2 i.V. mit Abs. 2 BDSG allenfalls der Erlaubnistatbestand des § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG in Betracht kommt, da es beim BEM in erster Linie nicht um die Verarbeitung allgemeiner Personendaten der Beschäftigten geht, sondern um die **Verarbeitung sensibler Personendaten der Beschäftigten**, wie auch das BAG in einer BEM-Entscheidung vom 7. Februar 2012 – da-

mals noch zum alten BDSG – zutreffend festgestellt hat.<sup>23</sup>

Aber auch im Übrigen – also bei der Verarbeitung nicht-sensibler, allgemeiner Personendaten der Beschäftigten im Rahmen eines BEM – lässt sich die Datenverarbeitung nicht auf § 26 Abs. 1 BDSG stützen, weil es an der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für das Beschäftigungsverhältnis fehlt.<sup>24</sup>

## 4. Datenschutzrechtliche Rechtfertigung der Verarbeitung sensibler Daten beim BEM durch § 26 Abs. 3 Satz 1 oder Satz 2 BDSG?

Daher fragt sich, ob sich die Verarbeitung personenbezogener Daten beim BEM als Alternative zur datenschutzrechtlichen Einwilligung auf § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG stützen lässt. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu betonen, dass die **Zustimmung nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX**, die – wie oben festgestellt – von der datenschutzrechtlichen Einwilligung zu trennen ist, jedenfalls vorliegen muss.

Teilweise wird vertreten, dass für den Fall, dass der Beschäftigte dem BEM gem. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zugestimmt hat, eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten auch ohne (zusätzlich zur BEM-Zustimmung zu erteilende) datenschutzrechtliche Einwilligung nach § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG zulässig sei.<sup>25</sup> Gegen diese zum alten Datenschutzrecht vom BAG in seiner BEM-Entscheidung von 2012<sup>26</sup> vertretene Auffassung spricht aus heutiger Sicht jedoch, dass § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX den Anforderungen an Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO und § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG nicht genügen dürfte. Im Übrigen war es auch unter dem alten Datenschutzrecht schon zweifelhaft, ob sich die Datenverarbeitung beim BEM auf § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG a.F. stützen ließ.<sup>27</sup>

Jedenfalls in der **zweiten Phase des BEM** bedarf es daher der auch in der Rechtspraxis üblichen datenschutzrechtlichen informierten Einwilligung in die Verarbeitung sensibler Daten.<sup>28</sup> In der zweiten Phase ist deshalb neben der auf jeden Fall **durchgängig erforderlichen Zustimmung des Beschäftigten nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zusätzlich eine datenschutzrechtliche Einwilligung** nach § 26 Abs. 2 i.V. mit § 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG erforderlich.

19 Kiel, in: MünchHdBArbR, 4. Aufl., Bd. 2, 2018, § 113 Rn. 39; Wortmann, ArbRB 2018, 304 (305); entsprechend schon zum alten BDSG Deinert, NZA 2010, 969 (973), sowie Boecken/Gebert, VSSR 2013, 77 (98 f.).

20 Lunk, NJW 2019, 2349 (2352).

21 Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl., 2019, Rn. 399c.

22 Oberthür, ArbRB 2018, 301 (302); a.A. wohl Evermann, NZA 2019, 1465 (1467 f.).

23 BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, ZfPR online 12/2012, S. 12 = AP SGB IX § 84 Nr. 4 mit Anm. Kort.

24 Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2019, Art. 88 DSGVO Rn. 121.

25 Lunk, NJW 2019, 2349 (2352); wohl auch Forst, in: Auernhammer, DSGVO BDSG, 6. Aufl., 2018, § 26 BDSG Rn. 111.

26 BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, ZfPR online 12/2012, S. 12 = AP SGB IX § 84 Nr. 4 mit Anm. Kort.

27 Verneinend etwa Gundermann/Oberberg, AuR 2007, 19 (22).

28 Groeger (Hrsg.), Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, 3. Aufl., 2020, Präventive Maßnahmen zum Gesundheitsschutz (Insb. BEM), Rn. 3.57; wohl auch Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl., 2019, Rn. 238 ff.; entsprechend schon zum alten BDSG Deinert, NZA 2010, 969 (973).

## 5. Widerruf der Zustimmung zum BEM-Verfahren bzw. der datenschutzrechtlichen Einwilligung

### 5.1 Unterschiede zwischen dem Widerruf der Zustimmung zum BEM-Verfahren und Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Da der betroffene Beschäftigte in jeder Phase des BEM „Herr des Verfahrens“ ist,<sup>29</sup> kann er **jederzeit ohne Grund die Zustimmung zur (weiteren) Durchführung des BEM widerrufen**. Das BEM endet dann. Rückwirkung hat der Widerruf der BEM-Zustimmung allerdings nicht. Ist das BEM-Verfahren mithin abgeschlossen, so bleibt es trotz Widerrufs der Zustimmung bei den Wirkungen des BEM. Wie oben ausgeführt, ist die datenschutzrechtliche Einwilligung nicht mit der BEM-Zustimmung identisch, sondern unterliegt teilweise anderen (engeren) Voraussetzungen. Daher ist auch der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung getrennt vom Widerruf der BEM-Zustimmung zu betrachten.<sup>30</sup>

### 5.2 Voraussetzungslosigkeit des Widerrufs der BEM-Zustimmung und der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Wie der Widerruf der BEM-Zustimmung kann auch der Widerruf zur datenschutzrechtlichen Einwilligung **jederzeit und ohne Grund** erfolgen. In der Praxis geht trotz der begrifflichen Trennung zwischen der BEM-Zustimmung und der datenschutzrechtlichen Einwilligung (und deren nicht deckungsgleichem Inhalt, dazu oben III.2.) in aller Regel der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung mit dem Widerruf der BEM-Zustimmung uno actu einher.

### 5.3 Rechtsfolgen des Widerrufs der BEM-Zustimmung bzw. der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Der Widerruf der BEM-Zustimmung hat die Beendigung des BEM zur Folge.<sup>31</sup> Allerdings entfaltet der Widerruf der BEM-Zustimmung keine Rückwirkung. Das bereits durchgeführte BEM wird somit nicht rückwirkend unzulässig.<sup>32</sup> Der Widerruf der Zustimmung wirkt sich wegen seiner ex-nunc-Wirkung nicht auf die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess (dazu unten VI.) aus, bei der auf die fehlerhafte oder ordnungsgemäße Durchführung des BEM abgestellt wird.<sup>33</sup>

Wird die BEM-Zustimmung durch Widerruf (ausnahmsweise ohne gleichzeitigen Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung) beendet, so lässt sich eine

Fortsetzung des BEM auch datenschutzrechtlich nicht mehr rechtfertigen, da der Beschäftigte in jeder Phase des BEM „Herr des Verfahrens“ ist.

Dasselbe, also eine Beendigung der (weiteren) Durchführung des BEM, gilt auch für den Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung, da sich die Rechtfertigung der Datenverarbeitung bei der zweiten Phase des

*In der Praxis ist der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung mit dem Widerruf der Zustimmung zum BEM verbunden.*

BEM nicht auf § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG stützen lässt, sondern nur auf § 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG (dazu oben III.4.).

## IV Die Anwendung allgemeiner datenschutzrechtlicher Grundsätze auf das BEM

### 1. Datensparsamkeit

Für die Personaldatenverarbeitung beim BEM gilt Art. 5 DSGVO, der u.a. den Grundsatz der Datensparsamkeit (Datenminimierung) in Absatz 1 lit. c enthält.<sup>34</sup> Der Grundsatz der Datenminimierung gilt sowohl für die erste als auch für die zweite Phase des BEM.<sup>35</sup> Aus dem Grundsatz der Datenminimierung folgt, dass die Zahl der beim BEM in den Prozess der Datenverarbeitung einzuschaltenden Personen möglichst klein zu halten ist und dementsprechend der Zugriff auf die BEM-Akte (dazu unten V.) auf eine möglichst geringe Anzahl an Personen zu begrenzen ist.<sup>36</sup>

### 2. Dauer der Speicherung von Personaldaten und Löschpflicht

Die Dauer der Speicherung von Gesundheitsdaten beim BEM sowie eine damit einhergehende Löschpflicht ergibt sich in erster Linie aus Art. 17 DSGVO.<sup>37</sup> Nach Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO hat der betroffene Beschäftigte das Recht, vom Arbeitgeber zu verlangen, dass die betreffenden personenbezogenen Daten unverzüglich gelöscht werden, wenn die personenbezogenen Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind.

In Hinblick auf BEM-Verfahren wird eine **Aufbewahrungszeit von bis zu drei Jahren nach Ende des BEM** für erforderlich gehalten.<sup>38</sup> Wegen der Möglichkeit der Er-

29 Edenfeld, DB 2019, 1267, 1268.

30 Differenzierung bei Hinze, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) 2018, S. 146 ff.

31 Burger, Der Schutz gesundheitsbezogener Daten, 2013, S. 259.

32 Hinze, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) 2018, S. 146.

33 Hinze, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) 2018, S. 147.

34 Winkler in: Deinert/Welti (Hrsg.), Behindertenrecht, 2. Aufl., 2018, Nr. 40 Betriebliches Eingliederungsmanagement, Rn. 18.

35 Hinze, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) 2018, S. 53 f.

36 Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl., 2019, Rn. 399f.

37 Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), SGB IX, 5. Aufl., 2019, § 167 Rn. 102.

38 Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), SGB IX, 5. Aufl., 2019, § 167 Rn. 102; Kiesche, RDV 2014, 321 (324).

hebung von Schadenersatzklagen im Rahmen der beiden Phasen des BEM wird teilweise sogar eine Ausdehnung der Höchstfrist auf fünf Jahre befürwortet.<sup>39</sup> Eine derartig lange Höchstfrist der Aufbewahrung von Gesundheitsdaten im Rahmen eines BEM-Verfahrens ist indes angesichts der strengen Anforderungen der DSGVO fragwürdig. Die eher theoretische Möglichkeit der Erhebung von Schadenersatzansprüchen nach einer so langen Zeit gebietet nicht eine Ausdehnung der

*Nach dem Grundsatz der Direkterhebung müssen die für das BEM erforderlichen Daten vorrangig beim Betroffenen selbst beschafft werden.*

Frist auf fünf Jahre. Darüber hinaus ist es sogar fraglich, ob die Drei-Jahres-Frist nicht zu lang ist. Gerade angesichts der strengen Vorgaben der DSGVO und des BDSG dürfte eine **Höchstfrist von einem Jahr eher geboten** sein.<sup>40</sup>

### 3. Datenerhebung bei Dritten

Zwar enthalten die DSGVO und das neue BDSG nicht mehr explizit den Grundsatz der **Direkterhebung der Personaldaten beim Betroffenen** (hier: dem vom BEM betroffenen Beschäftigten), der Grundsatz der Direkterhebung wird jedoch teilweise aus allgemeinen Grundsätzen, etwa aus Art. 5 DSGVO, auch für das neue Datenschutzrecht hergeleitet.

Der Grundsatz der Direkterhebung gebietet, dass im Rahmen eines BEM Personaldaten in erster Linie beim betroffenen Beschäftigten beschafft werden müssen. Eine Erhebung bei Dritten scheidet daher in aller Regel aus.

## V. Allgemeine Personalakte und BEM-Akte

Gesundheitsdaten sind als sensible Daten aufzubewahren und müssen von den übrigen Personaldaten getrennt in besonderer Weise aufbewahrt und gesichert werden.<sup>41</sup> Daraus folgt, dass diese Daten nicht in die allgemeine Personalakte aufgenommen werden dürfen, eine getrennte Aufbewahrung ist in jedem Fall geboten.<sup>42</sup>

Daher empfiehlt sich die **Bildung einer gesonderten BEM-Akte**.<sup>43</sup> Nur so ist gewährleistet, dass die Daten der BEM-Akte nicht der Begründung einer krankheitsbedingten Kündigung dienen.<sup>44</sup>

Aus der besonderen Zweckbestimmung des BEM ergibt sich, dass im Rahmen des BEM erhobene Personaldaten kein zulässiger Gegenstand der Personalakte sind. Zulässig ist es nur, **Informationen im Rahmen des BEM, die sich nicht auf Gesundheitsdaten des Beschäftigten beziehen, zu Dokumentationszwecken in die allgemeine Personalakte aufzunehmen**. Hierzu gehören etwa Nachweise für die ordnungsgemäße Durchführung des BEM sowie eine Kopie der Einladung zu einem BEM-Gespräch, die Antwort des Beschäftigten auf diese Einladung oder ein Vermerk über das Unterbleiben einer Antwort des Beschäftigten, ein Vermerk über die Beendigung des Verfahrens oder über die Ablehnung des Verfahrens durch den Beschäftigten.<sup>45</sup>

Abgesehen von der Möglichkeit, eine BEM-Akte beim (auch für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, nicht aber für Beamte zu bestellenden) Betriebsarzt zu führen (dazu unten VIII.), besteht auch die Möglichkeit, die BEM-Akte bei einer besonderen Organisationseinheit außerhalb der Personalverwaltung zu führen, so etwa bei einem BEM-Beauftragten, der informationell abgeschottet agiert und Vertraulichkeit gewährleisten kann und muss.<sup>46</sup> Die Beihilfestelle kommt hierfür angesichts ihrer auf die bloße Beihilfeleistung ausgerichteten Funktion und ihrer Stellung nicht in Betracht.

## VI. Datenschutzrechtliche Implikationen der kündigungsrechtlichen Konsequenzen des BEM

Kündigungsrechtlich ist zwischen den kündigungsrechtlichen Konsequenzen bei ordnungsgemäßer Durchführung des BEM und den kündigungsrechtlichen Konsequenzen bei unterbliebenem oder nicht ordnungsgemäßigem BEM zu unterscheiden.<sup>47</sup> Kündigungsrechtliche Konsequenzen im Zusammenhang mit dem BEM implizieren auch datenschutzrechtliche Fragen.

39 Hinze, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) 2018, S. 179.

40 S. zum alten Datenschutzrecht schon Burger, Der Schutz gesundheitsbezogener Daten, 2013, S. 268.

41 Winkler, in: Deinert/Welti (Hrsg.), Behindertenrecht, 2. Aufl., 2018, Nr. 40 Betriebliches Eingliederungsmanagement, Rn. 18.

42 Huth, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2. Aufl., 2018, Formular 1. Betriebsvereinbarung zu Kranken- und BEM-Unterlagen, Anm. 11.

43 Schian, in: Deinert/Welti (Hrsg.), Behindertenrecht, 2. Aufl., 2018, Nr. 50 Datenschutz, Rn. 68; Burger, Der Schutz gesundheitsbezogener Daten, 2013, 267; Huth, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2. Aufl., 2018, Formular 1. Betriebsvereinbarung zu Kranken- und BEM-Unterlagen, Anm. 17 und 19.

44 Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl., 2019, Rn. 399g.

45 Gola, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl., 2019, Rn. 1916.

46 Gola, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl., 2019, Rn. 1917.

47 Rofls, in: ErfKomm ArbR, 20. Aufl., 2020, § 167 SGB IX Rn. 8 f., 10 ff.

### 1. Kündigungsrechtliche Konsequenzen der Ablehnung des BEM durch den Beschäftigten

Da der Beschäftigte in jeder Phase des BEM „Herr des Verfahrens“ ist und frei darüber entscheiden kann, ob er seine Zustimmung zur Durchführung des BEM erteilt bzw. widerruft, darf eine Ablehnung des BEM durch den Beschäftigten keine negativen kündigungsschutzrechtlichen Konsequenzen haben.<sup>48</sup>

### 2. Kündigungsrechtliche Konsequenzen der ordnungsgemäßen Durchführung des BEM

#### 2.1 Privilegierung des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess

Nach der Rechtsprechung des BAG kann ein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren, das nicht zur Möglichkeit einer leidensgerechten Beschäftigung führt, den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess insofern privilegieren, als der Arbeitgeber bereits dann seiner Darlegungslast genügt, wenn er unter Hinweis auf das BEM-Ergebnis vorträgt, es bestünden keine leidensgerechten Beschäftigungsmöglichkeiten.<sup>49</sup>

Der Beschäftigte kann nicht mehr auf alternative Beschäftigungsmöglichkeiten verweisen, die Gegenstand des BEM waren und verworfen worden sind. Auch auf im BEM nicht behandelte Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung kann sich der Beschäftigte im Prozess nicht berufen, wenn er diese bereits im BEM-Verfahren hätte geltend machen können. Der Beschäftigte kann nur auf Möglichkeiten der Beschäftigung verweisen, die sich erst nach Abschluss des BEM bis zum Zeitpunkt der Kündigung ergeben haben.<sup>50</sup>

#### 2.2 Verwendung der BEM-Erkenntnisse für krankheitsbedingte Kündigung?

Ferner stellt sich die Frage, ob die im Laufe eines ordnungsgemäßen BEM-Verfahrens gewonnenen Erkenntnisse für eine krankheitsbedingte Kündigung verwendet werden können.

Das ist **im Grundsatz zu verneinen**. Datenschutzrechtlich bedeutet die Verwertung von Erkenntnissen bei ordnungsgemäßer Durchführung eines BEM für eine krankheitsbedingte Kündigung eine **Zweckänderung**.<sup>51</sup>

Der Zweck der Verwendung der Gesundheitsdaten für eine krankheitsbedingte Kündigung ist ein anderer Zweck als derjenige, für den das BEM-Verfahren ursprünglich durchgeführt worden ist. Ein solch weiterer

Zweck wird in aller Regel von der datenschutzrechtlichen Einwilligung des Beschäftigten im Rahmen des BEM-Verfahrens (dazu oben III.2.) nicht erfasst sein. Selbst wenn sich aber aus dem Wortlaut der Einwilligungserklärung ergibt, dass sie sich auch auf die Verwertung von im BEM-Verfahren gewonnenen Gesundheitsdaten für eine krankheitsbedingte Kündigung erstrecken soll, so dürften dann **Zweifel an der Freiwilligkeit der Einwilligung**, die Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung ist, bestehen.<sup>52</sup>

Lässt sich somit die Verwertung von im BEM-Verfahren gewonnenen Gesundheitsdaten des Beschäftigten für eine krankheitsbedingte Kündigung nicht mittels einer Beschäftigten-Einwilligung rechtfertigen, so fragt sich, ob ein anderer datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand für ihre Verwendung im Kündigungsschutzprozess besteht. Das ist im Ergebnis nicht der Fall, da sich die Darlegungslast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess nicht mit dem Erfordernis der Verarbeitung von Gesundheitsdaten „zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht“ rechtfertigen lässt, also nicht auf § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG gestützt werden kann.<sup>53</sup>

Kann der Arbeitgeber somit im Laufe eines BEM-Verfahrens gewonnene Gesundheitsdaten nicht für eine krankheitsbedingte Kündigung einsetzen, so stehen datenschutzrechtliche Erwägungen der Verwertung von gleichsam **„zufällig“ im Laufe des BEM-Verfahrens gewonnenen Erkenntnissen als Grundlage einer verhaltensbedingten Kündigung** nicht entgegen. So hat das BAG 2018 entschieden, dass bei ernstlichen Drohungen eines Beschäftigten im Rahmen der Durchführung eines BEM (dort: Amok-Drohung) die Verwertung dieser ernstlichen Drohung im Kündigungsschutzprozess nicht ausgeschlossen ist. Wie das BAG zutreffend ausführte, gebietet es die Durchführung des BEM nicht, ernstlichen Drohungen des Beschäftigten von vornherein und losgelöst von den Besonderheiten des Einzelfalls kein Gewicht beizulegen.<sup>54</sup>

### 3. Kündigungsrechtliche Konsequenzen bei unterbliebenem BEM oder nicht ordnungsgemäß erfolgtem BEM

Das Unterlassen eines BEM ohne oder gegen den Willen des Beschäftigten oder ein nicht ordnungsgemäß erfolgtes BEM schließen zwar eine Kündigung wegen Krankheit nicht aus,<sup>55</sup> **erschweren jedoch die Kündigung**

48 BAG v. 24.3.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, 993.

49 BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398; vom Stein, ZfA 2016, 549 (562).

50 BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398.

51 Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2019, Art. 88 DSGVO Rn. 121; Winkler, in: Deinert/Welti (Hrsg.), Behindertenrecht, 2. Aufl., 2018, Nr. 40 Betriebliches Eingliederungsmanagement, Rn. 18; vom Stein, ZfA 2016, 549 (564); Oberthür, ArbRB 2018, 301 (303).

52 Gola, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl., 2019, Rn. 1918; Burger, Der Schutz gesundheitsbezogener Daten, 2013, S. 261.

53 Entsprechend zum alten Datenschutzrecht vom Stein, ZfA 2016, 549 (564).

54 BAG v. 29.6.2017 – 2 AZR 47/16, NZA 2017, 1605.

55 BAG v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NJW 2016, 106 (mit Anm. Schunder) = ZBVR *online* 2/2016. S. 2; Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2019, Art. 88 DSGVO Rn. 121.

**des Arbeitgebers** für den Fall der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes durch **hohe Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess**.<sup>56</sup>

Der Arbeitgeber hat dann nicht mehr generell die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, ihm seien keine der Erkrankung angemessene Einsatzmöglichkeiten bekannt,<sup>57</sup> sondern der Arbeitgeber muss dann umfassend und konkret zu der Unmöglichkeit des Einsatzes des Beschäftigten auf seinem bisherigen Arbeitsplatz Stellung nehmen sowie begründet darlegen, warum eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung des Arbeitsplatzes ausgeschlossen ist, warum durch die gesetzlich vorgesehenen Hilfen oder Leistungen der Reha-Träger eine Reduzierung der krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht hätte erreicht werden können und warum der Beschäftigte nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden kann.<sup>58</sup>

Sind alle Anforderungen an das BEM erfüllt, unterbleibt das BEM aber mangels Zustimmung des Beschäftigten, so wirkt sich das nicht negativ auf die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers aus.<sup>59</sup>

## VII. Datenschutzrechtliche Stellung des Personalrats bzw. des Betriebsrats beim BEM

### 1. Datenschutzrechtliches Verhältnis des Arbeitgebers zum Personalrat bzw. zum Betriebsrat

Es besteht kein allgemeiner Vorrang des BetrVG und des SGB IX gegenüber der DSGVO und dem BDSG. Das Verhältnis des Arbeitgebers zum Personalrat bzw. zum Betriebsrat beim BEM beurteilt sich daher **neben dem BetrVG und § 167 Abs. 2 SGB IX auch nach datenschutzrechtlichen Normen**. § 167 Abs. 2 SGB VI geht der DSGVO und dem deutschen BDSG nicht vor (dazu schon oben III.).<sup>60</sup>

Ein genereller Vorrang des Personalvertretungsrechts des Bundes und der Länder, des BetrVG und des SGB IX

vor den datenschutzrechtlichen Bestimmungen der DSGVO und des BDSG ergibt sich auch nicht aus § 26 Abs. 6 BDSG.

§ 26 Abs. 6 BDSG ist keine generelle „Vorfahrtsregelung“ personalvertretungsrechtlicher oder betriebsverfassungsrechtlicher Normen gegenüber dem Erfordernis

*Das PersVG in Bund und  
Ländern, BetrVG und SGB IX haben keinen generellen  
Vorrang vor den datenschutzrechtlichen Bestimmungen  
in DSGVO und BDSG.*

datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestände für die Datenverarbeitung durch den Personalrat bzw. durch den Betriebsrat.<sup>61</sup>

Die Frage, ob der Personalrat bzw. der Betriebsrat datenschutzrechtlich als Teil der datenschutzrechtlich verantwortlichen Stelle „Arbeitgeber“ bzw. „Dienststelle“ anzusehen ist oder aber „Dritter“ gem. Art. 4 Nr. 10 DSGVO oder sogar „Verantwortlicher“ gem. Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist,<sup>62</sup> ist strittig. Unabhängig von der Beantwortung dieser Frage **unterliegt der Personalrat bzw. der Betriebsrat jedenfalls allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätzen** wie etwa denjenigen des Art. 5 DSGVO.<sup>63</sup>

### 2. Recht der Interessenvertretung auf frühzeitige namentliche Nennung der am BEM beteiligten Beschäftigten

Nach der datenschutzrechtlich bedenklichen<sup>64</sup> Auffassung des BVerwG<sup>65</sup> und des BAG<sup>66</sup> ist dem Personalrat bzw. dem Betriebsrat **bereits in der ersten Phase des BEM, also sehr frühzeitig, eine nicht anonymisierte Liste derjenigen Beschäftigten vorzulegen, die für ein BEM in Betracht kommen**. Da sich nach Auffassung der Rechtsprechung die Zustimmung des betroffenen Beschäftigten zur Durchführung des BEM und zur Hinzuziehung der Interessenvertretung gem. § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX nur auf die zweite Phase des BEM bezieht (zur Einteilung des BEM in zwei Phasen s. oben I.), **kommt es für die Vorlegungspflicht nicht auf die Zustimmung des Beschäftigten an**.

56 BAG v. 21.11.2018 – 7 AZR 394/17, NZA 2019, 309; BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 29. Aufl., 2018, § 80 Rn. 29; Beck, NZA 2017, 81, 84; Grimm/Hauck-Scholz, in: Groeger (Hrsg.), Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, 3. Aufl., 2020, Präventive Maßnahmen zum Gesundheitsschutz (Insb. BEM), Rn. 3:56; vom Stein, ZfA 2016, 549 (550).

57 BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13, NZA 2015, 931.

58 BAG v. 21.11.2018 – 7 AZR 394/17, NZA 2019, 309.

59 BAG v. 17.4.2019 – 7 AZR 292/17, NZA 2019, 1355; Gutzeit, in: BeckOK Sozialrecht, 54. Ed., Stand: 1.9.2019, SGB IX § 167 Prävention Rn. 117; zu weitgehend aber LAG Berlin-Brandenburg v. 27.2.2019, NZA-RR 2019, 307, mit krit. Anm. Schunder: Kündigungsneutralität des Unterbleibens des BEM ggf. auch bei Unterlassung einer ordnungsgemäßen Einladung.

60 Kort, NZA 2019, 502 (504).

61 Kort, NZA 2019, 502 (504).

62 Dazu Gola, RDV 2019, 275.

63 Kort, NZA 2019, 504 f.; Oltmanns /Fuhlrott, NZA 2019, 1384 (1387).

64 Kritisch etwa Kort, Anm. in AP SGB IX § 84 Nr. 4, sowie Kort, DB 2012, 688; kritisch auch Hinze, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) 2018, S. 87 ff., insbes. S. 99; kritisch ferner Gola, Handbuch Beschäftigtendatenschutz, 8. Aufl., 2019, Rn. 1921; der Rechtsprechung des BAG und des BVerwG zustimmend hingegen Jousen, ZD 2013, 546, sowie Burger, Der Schutz gesundheitsbezogener Daten, 2013, 264.

65 BVerwG v. 4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4.

66 BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, ZfPR *online* 12/2012, S. 12 = AP SGB IX § 84 Nr. 4 mit Anm. Kort.

Strittig ist, wie oft die Unterrichtung der Interessenvertretung über die vom BEM betroffenen Beschäftigten zu erfolgen hat. Großteils wird es als ausreichend angesehen, wenn die entsprechenden Listen quartalsmäßig erstellt werden,<sup>67</sup> teilweise wird sogar ein halbjähriger Turnus für ausreichend erachtet.<sup>68</sup> Nach einer Entscheidung des VGH München ist jedoch eine monatliche Aktualisierung der Listen geboten.<sup>69</sup>

Das Initiativrecht der Interessenvertretung für die Einleitung eines BEM spricht eher für eine **monatliche Pflicht zur Aktualisierung der Listen**, die über die vom BEM betroffenen Beschäftigten informieren.<sup>70</sup>

### 3. Information über das Unterrichtungsschreiben gem. § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX

Ferner muss nach Auffassung der Rechtsprechung der Arbeitgeber bzw. die Dienststelle dem Personalrat bzw. dem Betriebsrat das **Unterrichtungsschreiben** gem. § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (dazu oben II.1.) zur Kenntnis bringen.<sup>71</sup> Der Personalrat bzw. Betriebsrat kann hingegen nicht verlangen, dass ihm ohne Zustimmung des Beschäftigten dessen **Antwortschreiben** zur Kenntnis gebracht wird.<sup>72</sup>

### 4. Wahrung des Persönlichkeitsrechts des Beschäftigten bei der Information der Interessenvertretung

Nach zutreffender Auffassung des BVerwG ist die Information der Interessenvertretung über die potentiell für das BEM in Betracht kommenden Beschäftigten sowie die Information über die Unterrichtungsschreiben (dazu oben VII. 2. und 3.) zwecks Wahrung des Persönlichkeitsrechts des Beschäftigten möglichst **auf ein Mitglied der Interessenvertretung zu begrenzen**.<sup>73</sup> Dieses Mitglied der Interessenvertretung darf die ihm bekannten Tatsachen nicht den anderen Mitgliedern der Interessenvertretung offenbaren (dazu unten IX.1.2.4).<sup>74</sup>

### 5. Kein Recht des Personalrats bzw. des Betriebsrats auf Beteiligung an BEM gegen den Willen des Beschäftigten

Aus der neueren Rechtsprechung ergibt sich, dass im Rahmen eines BEM die Hinzuziehung des Personalrats oder des Betriebsrats in der zweiten Phase des BEM (zur Einteilung des BEM in zwei Phasen s. oben I.) nur mit vorheriger Zustimmung des Beschäftigten erfolgen

darf.<sup>75</sup> Im Informationsschreiben nach § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX muss der Arbeitgeber den Beschäftigten darauf hinweisen, dass er den Personalrat bzw. den Betriebsrat beim BEM hinzuziehen kann, der Arbeitgeber darf also den Personalrat bzw. den Betriebsrat in seinem BEM-Einladungsschreiben nicht „aussparen“.<sup>76</sup>

Der Beschäftigte kann seine Zustimmung zum BEM erteilen, aber die Hinzuziehung der Interessenvertretung ablehnen. Dann muss der Arbeitgeber das BEM ohne die (weitere) Beteiligung der Interessenvertretung durchführen.<sup>77</sup> Weder die Interessenvertretung selbst noch der Arbeitgeber dürfen, etwa in einer Dienstvereinbarung bzw. in einer Betriebsvereinbarung, den Beschäftigten zu einer Beteiligung der Interessenvertretung zwingen.<sup>78</sup>

### 6. Recht des Personalrats bzw. des Betriebsrats auf Einsichtnahme in die allgemeine Personalakte und in die BEM-Akte?

#### 6.1 Einsicht in die allgemeine Personalakte

Es besteht personalvertretungsrechtlich bzw. betriebsverfassungsrechtlich kein generelles Recht der Interessenvertretung auf Einsichtnahme in die allgemeine Personalakte des Beschäftigten.<sup>79</sup>

#### 6.2 Einsicht in die gesondert geführte BEM-Personalakte

Ebenso wenig besteht ein generelles Recht des Personalrats bzw. des Betriebsrats auf Einsichtnahme in die getrennt von der allgemeinen Personalakte geführte BEM-Akte. Ein solches generelles Einsichtsrecht in die BEM-Akte lässt sich nicht mit ggf. bestehenden Mitbestimmungsrechten des Personalrats bzw. des Betriebsrats im Rahmen des BEM rechtfertigen. Auch aus der Möglichkeit der Hinzuziehung des Personalrats bzw. des Betriebsrats durch den vom BEM betroffenen Beschäftigten ergibt sich kein vom Willen des Beschäftigten unabhängiges Recht des Personalrats oder des Betriebsrats, Einblick in die BEM-Akte zu nehmen.

Ein Recht auf Einsicht der Interessenvertretung in die BEM-Akte besteht nur dann, wenn der Beschäftigte in diese Einsicht einwilligt. Die Zustimmung des Beschäftigten zur Hinzuziehung des Personalrats oder des Betriebsrats zum BEM ist nicht als konkludente Einwilligung in die Einsichtnahme der Interessenvertretung in

67 Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2019, Art. 88 DSGVO Rn. 121.

68 Rolfs, in: ErfKomm ArbR, 20. Aufl., 2020, § 167 SGB IX Rn. 7

69 VGH Bayern v. 15.3.2016 – 17 P 14.2689, ZfPR *online* 6/2016, S. 6.

70 Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), SGB IX, 5. Aufl., 2019, § 167 Rn. 98.

71 BVerwG v. 4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4.

72 BVerwG v. 4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4;

Rolfs, in: ErfKomm ArbR, 20. Aufl., 2020, § 167 SGB IX Rn. 7.

73 BVerwG v. 4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4;

s. auch Gräfl in: Richardi/Dörner/Weber (Hrsg.), Personalvertretungsrecht, 5. Aufl., 2020, § 68 BPersVG Rn. 74.

74 Gräfl, in: Richardi/Dörner/Weber (Hrsg.), Personalvertretungsrecht, 5. Aufl., 2020, § 68 BPersVG Rn. 74.

75 Dazu BAG v. 17.4.2019 – 7 AZR 292/17, NZA 2019, 1355;

BAG v. 11.12.2018 – 1 ABR 12/17, ZBVR *online* 3/2019, S. 8;

BAG v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, NZA 2016, 1283; VGH Bayern v. 8.1.2018, BeckRS 2018, 14005; dazu auch Manhart, SPA 2019, 105, 106 f.

76 Manhart, SPA 2019, 105, 107.

77 Dazu BAG v. 17.4.2019 – 7 AZR 292/17, NZA 2019, 1355;

BVerwG v. 23.6.2010 – 6 P 8.09, ZfPR *online* 12/2010, S. 2; Gutzeit, in: BeckOK Sozialrecht, 54. Ed., Stand: 1.9.2019, SGB IX § 167 Prävention Rn. 12.

78 VGH Bayern v. 8.1.2018, BeckRS 2018, 14005.

79 Dazu Kort, ZD 2015, 3.



die BEM-Akte zu werten. Dasselbe gilt für die bloße Hinzuziehung einzelner Personalratsmitglieder bzw. Betriebsratsmitglieder durch den Beschäftigten.

Da der Beschäftigte in Bezug auf die Beteiligung der Interessenvertretung „Herr des BEM-Verfahrens“ ist, bedarf es für die Einsichtnahme in die BEM-Akte durch Mitglieder des Personalrats oder des Betriebsrats der **gesonderten Einwilligung des Beschäftigten in die Einsichtnahme**.

### 7. Bedeutung von Dienst- bzw. Betriebsvereinbarungen beim BEM

Es ist in der Praxis üblich, zahlreiche Fragen des BEM in einer Dienstvereinbarung bzw. in einer Betriebsvereinbarung zu regeln. Das betrifft u.a. auch Fragen des Schutzes sensibler Daten (Gesundheitsdaten) von Beschäftigten im Rahmen des BEM. Fraglich ist, ob sich die Datenverarbeitung im Rahmen eines BEM auf der Basis einer entsprechenden Dienst- oder Betriebsvereinbarung rechtfertigen lässt. Zwar kommt eine Dienst- bzw. eine Betriebsvereinbarung nach § 26 Abs. 4 Satz 1 BDSG als datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand für eine Datenverarbeitung grundsätzlich in Betracht, und zwar auch bei der Verarbeitung sensibler Daten.

Die Kollektivvereinbarung darf jedoch **nicht negativ vom Schutzniveau des BDSG und der DSGVO abweichen** und kann daher nicht andere datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände wie die datenschutzrechtliche Einwilligung des betroffenen Beschäftigten in die Datenverarbeitung beim BEM „ersetzen“.<sup>80</sup>

### VIII. Datenschutzrechtliche Stellung des Betriebsarztes beim BEM

Gemäß § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX kann ein Betriebsarzt – soweit erforderlich – zum BEM hinzugezogen werden, wenn es um die Klärung geht, ob vom Arbeitsplatz Gefahren für die Gesundheit des Beschäftigten ausgehen und künftig durch geeignete Maßnahmen vermieden werden können. Der Betriebsarzt unterstützt den Arbeitgeber beim Arbeitsschutz und bei der Unfallverhütung und berät ihn in Fragen des Gesundheitsschutzes (§ 1 Satz 2, § 3 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 ASiG).<sup>81</sup> Wegen seiner besonderen Stellung und Aufgaben gemäß dem Arbeitssicherheitsgesetz ist der Betriebsarzt datenschutzrechtlich nicht als „Verantwortlicher“ i.S. von Art. 4 Nr. 7 DSGVO anzusehen, sondern als **Teil der Dienststelle bzw. des Arbeitgebers als „Verantwortlicher“**.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Wie hier Beck, NZA 2017, 81 (85); a. A. Schiefer, RdA 2016, 196 (201).

<sup>81</sup> Kiel, in: MünchHdBArbR, 4. Aufl., Bd. 2, 2018, § 113 Rn. 48.

<sup>82</sup> So zum alten Datenschutzrecht Burger, Der Schutz gesundheitsbezogener Beschäftigtendaten, 2013, S. 244.

Wie oben ausgeführt, sind im Rahmen des BEM gewonnene sensible personenbezogene Daten der betroffenen Beschäftigten getrennt von der Personalakte des Beschäftigten aufzubewahren. Zu denken ist insbesondere an eine Aufbewahrung dieser Daten bei dem nach dem Arbeitssicherheitsgesetz für den Betrieb bestellten Betriebsarzt.<sup>83</sup>

## IX. Schweigepflicht beim BEM

### 1. Schweigepflicht der Mitglieder des Personalrats bzw. des Betriebsrats

#### 1.1 Allgemeine Schweigepflicht gegenüber Dritten

Wie oben (VII.) aufgezeigt, können die Mitglieder des Personalrats bzw. des Betriebsrats im Rahmen der Beteiligung der Interessenvertretung sowohl in der ersten Phase als auch in der zweiten Phase des BEM Informationen erhalten, die Personaldaten der betroffenen Beschäftigten betreffen. Dann stellt sich die Frage einer Schweigepflicht der Mitglieder der Interessenvertretung.

Schweigepflichten der Mitglieder der Personalvertretung bzw. der Betriebsratsmitglieder sind teilweise explizit normativ geregelt. So sieht § 10 Abs. 1 Satz 1 BPersVG eine Geheimhaltungspflicht der Personalratsmitglieder in Hinblick auf ihnen im Rahmen der Wahrnehmung von Personalratsaufgaben bekannt gewordene Angelegenheiten und Tatsachen vor.

§ 79 BetrVG statuiert – angesichts seines Wortlauts scheinbar enger als § 10 Abs. 1 Satz 1 BPersVG – eine Pflicht der Betriebsratsmitglieder, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Sowohl aus persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen als auch aus datenschutzrechtlichen Überlegungen ergibt sich indes, dass § 79 BetrVG nicht etwa im Umkehrschluss zu entnehmen ist, dass im Bereich der Betriebsverfassung in Hin-

*In PersVG und BetrVG gilt:*

*Die Gremienmitglieder sind ganz allgemein zur Geheimhaltung verpflichtet.*

blick auf andere vertrauliche Informationen als die in § 79 Abs. 1 Satz 1 BetrVG genannten Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse keine Schweigepflichten von Betriebsratsmitgliedern bestehen würden.

Vielmehr gilt unausgesprochen auch im Betriebsverfassungsrecht der für das Personalvertretungsrecht explizit in § 10 Abs. 1 Satz 1 BPersVG niedergelegte Grundsatz, dass Mitglieder einer Interessenvertretung ganz allgemein zur Geheimhaltung verpflichtet sind. Das gilt auch

<sup>83</sup> Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2019, Art. 88 DSGVO Rn. 121.

und gerade beim BEM, bei dem es in erster Linie sogar um besonders sensible Daten, nämlich Gesundheitsdaten, geht.

## 1.2 Schweigepflicht auch gegenüber anderen Mitgliedern der Interessenvertretung?

### 1.2.1 Teilweise gesetzliche Regelung

Sowohl in der ersten als auch in der zweiten Phase des BEM stellt sich die Frage, ob diese Geheimhaltungspflicht in Bezug auf Personaldaten der Beschäftigten beim BEM auch gegenüber anderen Mitgliedern der Interessenvertretung bestehen kann. Angesichts des Wortlauts von § 10 Abs. 1 Satz 2 BPersVG (und entsprechender Bestimmungen in den Landespersonalvertretungsgesetzen) nehmen die Rechtsprechung<sup>84</sup> sowie die Literatur im Personalvertretungsrecht<sup>85</sup> an, dass die Geheimhaltungspflicht des § 10 Abs. 1 Satz 1 BPersVG nicht gegenüber den anderen Mitgliedern der Personalvertretung gilt. Im Betriebsverfassungsrecht findet sich in § 79 Abs. 1 Satz 3 sowie in § 99 Abs. 1 Satz 3 und in § 102 Abs. 1 Satz 5 BetrVG die Aussage, dass für die dort jeweils geregelte Materie (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse; mitwirkungspflichtige oder mitbestimmungspflichtige personelle Einzelmaßnahmen) keine Schweigepflicht der Betriebsratsmitglieder untereinander besteht.

Fraglich ist, ob es im Personalvertretungsrecht und im Betriebsverfassungsrecht einen allgemeinen Grundsatz gibt, dass bei jeglicher Beteiligung eines Personalratsmitglieds bzw. eines Betriebsratsmitglieds an einem Entscheidungsprozess dieses Mitglied der Interessenvertretung berechtigt ist, alle Informationen, die es über einen Beschäftigten erhalten hat, an die übrigen Mitglieder der Interessenvertretung weiterzugeben.

Im Personalvertretungsrecht gilt angesichts des Wortlauts von § 10 Abs. 2 Satz 1 BPersVG die Regel, dass keine Schweigepflicht der Mitglieder der Personalvertretung untereinander besteht. Jedoch zeigt § 68 Abs. 2 Satz 3 BPersVG, dass dieser Grundsatz nicht durchgängig gilt.

Im BetrVG besteht keine § 10 Abs. 2 Satz 1 BPersVG entsprechende gesetzlich formulierte Regel einer Entbindung der Mitglieder der Interessenvertretung von der Schweigepflicht untereinander. § 83 Abs. 1 Satz 3 BetrVG zeigt – insofern ebenso wie § 68 Abs. 2 Satz 3 BPersVG –, dass eine Schweigepflicht des vom Beschäftigten zur Einsichtnahme in die Personalakte hinzugezogenen Mitglieds der Interessenvertretung auch gegenüber anderen Mitgliedern der Interessenvertretung besteht.

84 VGH Bayern v. 8.12.1999, PersV 2000, 273.

85 Treber, in: Richardi/Dörner/Weber (Hrsg.), Personalvertretungsrecht, 5. Aufl., 2020, § 10 Rn. 23.

### 1.2.2 Schweigepflicht in der ersten Phase des BEM

Erhält ein Mitglied der Interessenvertretung in der ersten Phase des BEM (zur Einteilung des BEM in zwei Phasen s. oben I.) Informationen über die potentiell für das BEM in Betracht kommenden Beschäftigten sowie die Information über die Unterrichtungsschreiben (dazu oben II.2.), darf es nach zutreffender Auffassung des BVerwG die ihm bekannt gewordenen Tatsachen den anderen Mitgliedern der Interessenvertretung nicht offenbaren, sondern darf lediglich, soweit das zur Aufgabenerfüllung der Interessenvertretung erforderlich ist, die ihm bekannt gewordenen Tatsachen in Form von Schlussfolgerungen in die Beratung der Interessenvertretung einbringen.<sup>86</sup>

### 1.2.3 Recht zur Hinzuziehung einzelner Mitglieder der Interessenvertretung beim BEM

Im Rahmen des BEM spricht viel dafür, dass der Beschäftigte nicht nur im Sinne eines „Alles-oder-Nichts-Grundsatzes“ die Möglichkeit hat, den Personalrat bzw. den Betriebsrat als Gremium zu beteiligen oder dessen Hinzuziehung abzulehnen, sondern auch die Möglichkeit hat, ein **einzelnes Mitglied der Interessenvertretung**, dem der Beschäftigte **besonders vertraut**, hinzuzuziehen.<sup>87</sup>

Bisweilen finden sich auch Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und der Interessenvertretung, die dem Beschäftigten explizit das Recht einräumen, beim BEM ein **Mitglied der Interessenvertretung seiner Wahl** hinzuzuziehen. Aber auch ohne eine solche Vereinbarung zwischen der Interessenvertretung und dem Beschäftigten hat – nach allerdings strittiger Auffassung – der Beschäftigte diese Möglichkeit.

### 1.2.4 Schweigepflicht einzeln hinzugezogener Mitglieder der Interessenvertretung gegenüber anderen Mitgliedern der Interessenvertretung

Macht der Beschäftigte von dieser Möglichkeit Gebrauch, so spricht viel dafür, dass dasjenige Mitglied der Interessenvertretung, das vom Beschäftigten zum BEM hinzugezogen worden ist, einer Schweigepflicht gegenüber den anderen Mitgliedern der Interessenvertretung unterliegt.<sup>88</sup> Das ergibt sich aus einer Parallelen zwischen der Art und Weise der Beteiligung der Interessenvertretung im Rahmen des BEM und der Art und Weise der Beteiligung der Interessenvertretung bei Einsichtnahme in die Personalakte (§§ 68 Abs. 2 BPersVG; § 83 BetrVG) bzw. der Parallelen anderer betriebsver-

86 BVerwG v. 4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4; s. auch Gräfl, in: Richardi/Dörner/Weber (Hrsg.), Personalvertretungsrecht, 5. Aufl., 2020, § 68 BPersVG Rn. 74.

87 Kort, NZA 2019, 502, 503; a. A. („zu weitgehend“) Edenfeld, DB 2019, 1741.

88 Kort, NZA 2019, 502; dem folgend Tiedemann in: Sydow (Hrsg.), BDSG, 1. Aufl., 2020, § 26 Rn. 49; dem wohl auch folgend Gola/Klug, NJW 2020, 660 (663), und Gutzeit, in: BeckOK Sozialrecht, 54. Ed., Stand: 1.9.2019, SGB IX § 167 Prävention Rn. 14.

fassungsrechtlicher Individualrechte (§§ 81 und 82 BetrVG) und dem BEM.<sup>89</sup>

Auch das BVerwG nimmt an, dass ein einzelnes Personalratsmitglied, das im Rahmen des BEM Informationen über Beschäftigte erhalten hat, die ihm bekannt gewordenen Tatsachen den übrigen Personalratsmitgliedern nicht offenbaren darf, sondern nur, soweit dies zur Wahrnehmung der Personalratsaufgaben erforderlich

*Der Arbeitgeber darf sensible  
personenbezogene Daten nur dann an den Betriebsrat  
übermitteln, wenn dieser den Schutz dieser Daten durch  
geeignete Maßnahmen gewährleistet.*

ist, die ihm bekannt gewordenen Tatsachen in Form von Schlussfolgerungen in die Beratung des Personalrats einbringen darf.<sup>90</sup>

Es ist möglich, in einer Dienstvereinbarung bzw. in einer Betriebsvereinbarung die **Hinzuziehung einzelner Mitglieder der Interessenvertretung durch den Beschäftigten**<sup>91</sup> sowie eine **Schweigepflicht** von Mitgliedern der Interessenvertretung, die im Rahmen ihrer Hinzuziehung beim BEM über Personaldaten von Beschäftigten informiert worden sind, **gegenüber anderen Mitgliedern dieser Interessenvertretung** vorzusehen.

Allerdings spricht viel dafür, dass das **Persönlichkeitsrecht** des betroffenen Beschäftigten es auch ohne eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Interessenvertretung gebietet, dass der Beschäftigte beim BEM ein Personalrats- bzw. Betriebsratsmitglied seiner Wahl hinzuziehen kann und diejenigen Mitglieder der Interessenvertretung, die Informationen über Personaldaten des Beschäftigten beim BEM erhalten, diese Informationen nicht ohne Weiteres an andere Mitglieder der Interessenvertretung weitergeben dürfen. Es besteht somit eine „**ungeschriebene**“ **Schweigepflicht** auch gegenüber anderen Mitgliedern der Interessenvertretung.

### 1.2.5 Datenschutzrechtliche Überlegungen

Auch datenschutzrechtliche Überlegungen sprechen für eine **weitgehende Schweigepflicht** von Mitgliedern der Interessenvertretung sowohl gegenüber Dritten als auch gegenüber anderen Mitgliedern in der Interessenvertretung.

<sup>89</sup> Zu diesen Parallelen Kort, NZA 2019, 502, 503 f.

<sup>90</sup> BVerwG v. 4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4; Gräfl in: Richardi/Dörner/Weber (Hrsg.), Personalvertretungsrecht, 5. Aufl., 2020, § 68 BPersVG Rn. 74.

<sup>91</sup> Insofern wie hier auch Edenfeld, DB 2019, 1741.

So hat das BAG in einer Entscheidung vom 9. April 2019 festgestellt, dass der Arbeitgeber **sensible personenbezogene Daten an den Betriebsrat** nur übermitteln dürfen, wenn der Betriebsrat seinerseits sicherstelle, dass er **angemessene und spezifische Maßnahmen vorhält, um den Schutz der Daten zu gewährleisten**.<sup>92</sup>

Der auch auf die Personalratsarbeit bzw. die Betriebsratsarbeit anwendbare Art. 5 DSGVO gebietet u.a. die **Datensparsamkeit**. Aus dem **Grundsatz der Datensparsamkeit** folgt, dass auch innerhalb der Interessenvertretung **nicht unnötig viele Mitglieder** mit den sensiblen Daten eines Beschäftigten befasst sein dürfen. Das gilt insbesondere, wenn beim BEM ein bestimmtes Mitglied der Interessenvertretung vom betroffenen Beschäftigten hinzugezogen worden ist, aber auch darüber hinaus bei der übrigen Aufgabenwahrnehmung der Interessenvertretung im Rahmen des BEM.<sup>93</sup>

### 2. Schweigepflicht des beim BEM beteiligten Betriebsarztes

Ein betroffener Beschäftigter ist im Rahmen eines BEM nicht zur Offenbarung seiner Gesundheitsdaten an einen Betriebsarzt verpflichtet.<sup>94</sup> Erfährt der Betriebsrat im Rahmen eines BEM aber Gesundheitsdaten, so unterliegt dieser einer beruflichen Schweigepflicht.<sup>95</sup> Dem Arbeitgeber gegenüber darf der Betriebsrat selbst dann, wenn der betroffene Beschäftigte in eine Untersuchung eingewilligt hat, nicht Diagnosen mitteilen, sondern nur berufsbezogene Einschränkungen.<sup>96</sup>

Ein nach § 167 Abs. 3 Satz 2 SGB IX beim BEM hinzugezogener Betriebsarzt unterliegt der allgemeinen ärztlichen Schweigepflicht nach § 203 StGB. **Angaben zu medizinischen Befunden und die Nennung von Diagnosen gegenüber Dritten sind deshalb nicht zulässig**, es sei denn, der Beschäftigte hat den Betriebsarzt zuvor explizit von der Schweigepflicht entbunden. Empfehlungen in Hinblick auf einen Wechsel des Arbeitsplatzes oder in Hinblick auf besondere zusätzliche Schutzmaßnahmen darf der Betriebsarzt nur aussprechen, wenn das ihm **vom Beschäftigten genehmigt** wird.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> BAG v. 9.4.2019 – 1 ABR 51/27, NZA 2019, 1055 = ZBVR *online* 11/2019, S. 10.

<sup>93</sup> S. dazu etwa BVerwG v. 4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4.

<sup>94</sup> Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), SGB IX, 5. Aufl., 2019, § 167 Rn. 103.

<sup>95</sup> Schian, in: Deinert/Welti (Hrsg.), Behindertenrecht, 2. Aufl., 2018, Nr. 50 Datenschutz, Rn. 68.

<sup>96</sup> Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), SGB IX, 5. Aufl., 2019, § 167 Rn. 103.

<sup>97</sup> Kiel, in: MünchHdBArbR, 4. Aufl., Bd. 2, 2018, § 113 Rn. 48.

## Aktuelles

### Corona: Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

---

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat am 23. März 2020 aus Anlass der Corona-Krise eine „Erklärung zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit der Betriebsräte mit Blick auf Covid-19“ veröffentlicht. In dieser appelliert der Bundesminister für Arbeit und Soziales, Hubertus Heil, an Arbeitgeber und Betriebsräte, schnelle und pragmatische Lösungen zu suchen. Dabei verweist er insbesondere auf eine verantwortungsvolle Nutzung der Möglichkeit der Durchführung von Betriebsratssitzungen als Video- und Telefonkonferenzen.

Zur Herstellung einer sicheren Rechtsgrundlage soll der bereits vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung (BT-Drucksache 19/17740) im Gesetzgebungsverfahren durch einen Änderungsantrag ergänzt werden, mit dem insbesondere ein neuer § 129 in das BetrVG eingefügt werden soll.

„§ 129 Sonderregelungen aus Anlass der Covid-19-Pandemie

(1) Die Teilnahme an Sitzungen des Betriebsrats, Gesamtbetriebsrats, Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung und der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung sowie die Beschlussfassung können mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig. § 34 Absatz 1 Satz 3 gilt mit der Maßgabe, dass die Teilnehmer ihre Anwesenheit gegenüber dem Vorsitzenden in Textform bestätigen.

(2) Für die Einigungsstelle und den Wirtschaftsausschuss gilt Absatz 1 Satz 1 und 2 entsprechend.

(3) Versammlungen nach den §§ 42, 53 und 71 können mittels audio-visueller Einrichtungen durchgeführt werden, wenn sichergestellt ist, dass nur teilnahmeberechtigte Personen Kenntnis von dem Inhalt der Versammlung nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig.

(4) Die Sonderregelungen nach den Absätzen 1 bis 3 treten mit Ablauf des 31. Dezember 2020 außer Kraft.“

Entsprechende Änderungen soll es auch im BPersVG geben.

Mit diesen Maßnahmen will die Bundesregierung die Handlungsfähigkeit der Betriebs- und Personalräte sicherstellen (Pressemitteilung).

### Corona-Informationen

---

Auch wenn der Corona-Virus in diesen Zeiten in den Betrieben und Dienststellen Manches durcheinanderbringt, gewohnte Abläufe verändert oder gar unmöglich macht und Arbeitgeber und Beschäftigte vor enorme Herausforderungen stellt: Die Rechte der Betriebsräte nach dem BetrVG sind auch in der gegenwärtigen Situation nicht eingeschränkt.

Wohl aber ist es mehr denn je eine Zeit, in der es der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen den Betriebspartnern und des beiderseitigen Willens bedarf, zum Wohle der Beschäftigten zusammen zu wirken, kooperativ und konstruktiv zu sein und ggf. schnell zu handeln.

Der dbb hält auf seiner Website [www.dbb.de](http://www.dbb.de) unter „dbb SPEZIAL zur Corona-Pandemie“ laufend aktualisierte Informationen bereit.

**Impressum**

**Herausgeber und Verlag:** DBB Verlag GmbH, Friedrichstraße 165, 10117 Berlin, Telefon 030.726 19 170, Telefax 030.726 19 1740, E-Mail: [zeitschriften@dbbverlag.de](mailto:zeitschriften@dbbverlag.de).

**Schriftleitung:** Stefan Sommer, Fachanwalt für Arbeitsrecht/Ass. jur. Susanne Süllwold, Dreizehnmorgenweg 36, 53175 Bonn, Telefon 02 28.307 78 90, Telefax 02 28.307 78 59, E-Mail: [ZBVR-Schriftleitung@dbb.de](mailto:ZBVR-Schriftleitung@dbb.de).

**Erscheinungsweise:** elfmal jährlich.

**Bezugspreis:** Jahresabonnement 28,90 € inkl. MwSt. Mindestlaufzeit 1 Jahr. Einzelausgabe 5,50 € inkl. MwSt. Abonnementkündigungen müssen bis zum 1. Dezember in Textform bei der DBB Verlag GmbH eingegangen sein, ansonsten verlängert sich der Bezug um ein weiteres Kalenderjahr.

**Nutzungsrechte:** Mit der Annahme eines Beitrages durch die Schriftleitung erwirbt die DBB Verlag GmbH das räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkte ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in Print, Online und anderen Formaten. Die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Hefte oder Beiträge – ganz oder teilweise – in jeder Art bedarf der ausdrücklichen Genehmigung durch die DBB Verlag GmbH. Widerrechtliche Verstöße gegen das Urheberrechtsgesetz werden rechtlich streng geahndet.

**Zitierweise:** ZBVR *online*, Ausgabe/Jahrgang, Seite.