

# ArbeitnehmerAnwälte

Rundbrief Nr. 13  
Dezember 2010

Die Anwaltskooperation  
für ArbeitnehmerInnen,  
Betriebs- und Personalräte

## Leiharbeitnehmer- Einstellung: Schwerbehinderte berücksichtigt?

### BAG bestätigt wichtigen Ansatz für Zustimmungsverweigerung

Wer einen Arbeitnehmer einstellen will, muss nach dem Gesetz prüfen, ob die Stelle mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzt werden kann, und hierbei auch den Betriebsrat einbeziehen. Dies wird oft übersehen. Bei Leiharbeitnehmern bietet diese Rechtslage einen wichtigen Prüfungspunkt für den Betriebsrat. Der Betriebsrat kann der Einstellung ggf. die Zustimmung verweigern.

In § 81 Absatz 1 SGB IX ist bestimmt:

„Die Arbeitgeber sind verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit ... gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Sie nehmen frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit auf. Die Bundesagentur für Arbeit oder ein Integrationsfachdienst schlägt den Arbeitgebern geeignete schwerbehinderte Menschen vor. Über die Vermittlungsvorschläge und vorliegende Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen haben die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 genannten Vertretungen [das heißt: auch mit dem Betriebsrat] unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. ... Bei der Prüfung nach Satz 1 beteiligen die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 und hören die in § 93 genannten Vertretungen [das heißt: auch den Betriebsrat] an. Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 93 genannte Vertretung [das heißt: auch der Betriebsrat] mit der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden, ist diese unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern. ...“

Bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern machen sich Arbeitgeber über diese gesetzliche Verpflichtung oft keine Gedanken. Sie gilt jedoch uneingeschränkt auch bei Leiharbeitnehmern. Auch Betriebsräte wissen und beachten dies häufig nicht und übersehen ihre Möglichkeit, die Zustimmung zur Einstellung zu verweigern.

**Franzmann Büdel Bender**  
Fachanwälte für Arbeitsrecht

Armin Franzmann, Detlef Büdel,  
Achim Bender, Yvonne Geilen,  
Jan Brückmann

**Petersstraße 4**  
**60313 Frankfurt am Main**  
**Telefon 069 - 133 85 81 - 0**  
**Telefax 069 - 133 85 81 - 14**  
**[anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de](mailto:anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de)**  
**[www.fbb-arbeitsrecht.de](http://www.fbb-arbeitsrecht.de)**

Anders war es in einem Fall, der kürzlich vom Bundesarbeitsgericht in letzter Instanz entschieden worden ist: Der Betriebsrat hatte seine Zustimmung zur Einstellung eines Leiharbeitnehmers unter anderem deshalb verweigert, weil der Arbeitgeber gegen seine schwerbehindertenrechtliche Prüfungs- und Konsultations-(Erörterungs-)pflicht verstoßen hatte.

### Die Kooperation ArbeitnehmerAnwälte – von Hamburg bis Konstanz

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

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften.

Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich an elf Standorten in Deutschland: Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg, Hannover, Konstanz, Mannheim, München, Nürnberg und Wiesbaden.



Kontaktinformationen finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

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

Das Landesarbeitsgericht ersetzte trotzdem die Zustimmung des Betriebsrats. Dem ist das BAG in dritter Instanz entgegengetreten. Es stellt klar, dass ein Verstoß gegen § 81 Absatz 1 Satz 1 und 2 SGB IX den Betriebsrat berechtigt, nach § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG wegen eines Gesetzesverstoßes die Zustimmung zur Einstellung zu verweigern. Zwar verstoße die Einstellung des nicht schwerbehinderten Menschen als solche nicht gegen ein Beschäftigungsverbot. Der Zweck der verletzten schwerbehindertenrechtlichen Vorschrift könne aber nur dadurch erreicht werden, dass die endgültige Einstellung des nicht schwerbehinderten Menschen – auch in Form der Leiharbeit – jedenfalls zunächst unterbleibe. – Anders sieht das BAG dies etwa bei Verstößen gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: Verstöße gegen das AÜG sollen den Betriebsrat *nicht* berechtigen, die Zustimmung zur Einstellung nach § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG zu verweigern.

Zu beachten ist auch, dass die Argumentation des BAG nur die Einstellung betrifft, nicht die innerbetriebliche Versetzung.

**Fazit:** Nach der eher zurückhaltenden Rechtsprechung des BAG zu den Rechten des Betriebsrats bei den sehr praxisrelevanten Verstößen gegen das AÜG bestätigt die neue Entscheidung eine beachtenswerte Möglichkeit, um bei der (oft rechtsmissbräuchlichen) Einstellung von Leiharbeitnehmern betriebsverfassungsrechtlich einzugreifen. Da der Betriebsrat an seine bei der Zustimmungsverweigerung genannten Gründe gebunden ist, ist es von großer Wichtigkeit, den § 81 Absatz 1 Satz 1 und 2 SGB IX von vornherein im Anhörungsverfahren zu berücksichtigen und sich gegebenenfalls ausdrücklich auf diese Vorschrift zu berufen.

**Siehe:**  Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 23.6.2010, Aktenzeichen 7 ABR 3/09, [www.arbeitundrecht.eu](http://www.arbeitundrecht.eu)  Keine Zustimmungsverweigerung bei AÜG-Verstoß: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 21.07.2009, Aktenzeichen 1 ABR 35/08, [www.arbeitundrecht.eu](http://www.arbeitundrecht.eu)

# Verschlechterung des Datenschutzes für Beschäftigte

## Der Gesetzesentwurf der Regierung am Beispiel der Videoüberwachung

Videoüberwachung am Arbeitsplatz, die im Falle Lidl sogar bis in die Sozialräume reichte, diene oft nur der Ausspähung und ist bei den Menschen auf Empörung gestoßen. Ein neu überarbeiteter Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes (BDSG-E) liegt nun seit dem 25.08.2010 vor. Durch klarere gesetzliche Regelungen soll die Rechtssicherheit für Arbeitgeber und Beschäftigte erhöht werden. Die Beschäftigten sollen vor der unrechtmäßigen Erhebung und Verwendung ihrer personenbezogenen Daten und vor Bespitzelungen geschützt werden. – Aber wird der Entwurf diesen Zielen gerecht? Dieser Beitrag soll anhand der Videoüberwachung zeigen, welche Veränderungen dem Datenschutz am Arbeitsplatz drohen.

### *Videoüberwachung am Arbeitsplatz bislang nicht geregelt*

Die Videoüberwachung am Arbeitsplatz ist bislang nicht gesetzlich geregelt. § 6b BDSG regelt ausschließlich die Videoüberwachung für öffentlich zugängliche Räume; das sind beispielsweise Ausstellungsräume eines Museums, Verkaufsräume oder Schalterhallen, in denen unter anderem die Beobachtung erkennbar zu machen ist (§ 6b Abs. 2 BDSG). Nur wenn sich der Arbeitsplatz in einem solchen öffentlichen Bereich befindet, kommt § 6b BDSG zur Anwendung. Eine Videoüberwachung ist dann aber auch nicht als Totalüberwachung gestattet. Ein privater Arbeitgeber kann sich im öffentlichen Bereich auf die Wahrnehmung des Hausrechts oder sonstige berechnete Interessen als legitimen Zweck einer Videoüberwachung berufen. Die Videoüberwachung muss für den festgelegten Zweck geeignet und erforderlich sein, und es dürfen keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Erforderlich ist eine Videoüberwachung nur dann, wenn kein gleich geeignetes milderes Mittel denkbar ist, den festgelegten Zweck zu erreichen. Nur das sachlich Notwendige ist gestattet, und das Prinzip der Datenvermeidung und Datensparsamkeit ist zu beachten.

### *Grundsätze des Bundesarbeitsgerichts – offene und heimliche Überwachung*

Für Arbeitsplätze außerhalb öffentlich zugänglicher Bereiche hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) Grundsätze entwickelt, nach denen im Einzelfall eine Überwachung per Video gestattet sein kann. Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) könne nur aufgrund schutzwürdiger Belange anderer Grundrechtsträger, insbesondere des Arbeitgebers, gerechtfertigt sein. Insoweit wird auf das Eigentum (Art. 14 GG) und das Briefgeheimnis (Art. 10 GG – da es im konkreten Fall um die Überwachung in einem Briefzentrum ging) verwiesen.

Bei einer offenen Videoüberwachung müsse der Grundrechtseingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich, geeignet und angemessen sein, um den angestrebten Erfolg zu erreichen. Dabei sei bei der Angemessenheit der Maßnahme die Eingriffsintensität mitentscheidend. Eine Notwehrsituation oder eine notwehrrähnliche Lage könne die Videoüberwachung dann rechtfertigen, wenn diese sich gegen einen konkreten Angreifer richte. Das Hausrecht des Arbeitgebers allein rechtfertige die Videoüberwachung von Arbeitnehmern während der Arbeitszeit nicht (BAG vom 29.06.2004 – 1 ABR 21/03).

Einer heimlichen Videoüberwachung steht nach dem BAG das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers entgegen. Dies werde jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe könnten durch die Wahrnehmung überwiegend schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Danach soll eine heimliche Videoüberwachung zulässig sein, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (BAG vom 27.03.2003 – 2 AZR 51/02).

### ***Keine heimliche Überwachung mehr, ...***

---

Der BDSG-Entwurf in der Fassung vom 25.08.2010 enthält, anders als seine Vorgänger, nur noch Regelungen zu der offenen Videoüberwachung. Eine heimliche Videoüberwachung ist somit nicht mehr – auch nicht in den Grenzen der obigen Rechtsprechung des BAG – gestattet. Dies ist zu begrüßen.

### ***... aber offene Überwachung ausgeweitet***

---

Ob der Gesetzgeber auch im Weiteren den Schutzanspruch der Beschäftigten tatsächlich ernst genommen hat oder vielmehr die Festlegung verlässlicher Vorgehensweisen für die Arbeitgeber im Fokus des Interesses stand, lässt sich an dem Vergleich der Rechtsprechung des BAG und des Entwurfes des Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes feststellen: Die Regelungen in dem Gesetzesentwurf führen zu weniger Schutz des Arbeitnehmers, als er von Seiten des BAG und auch des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht festgelegt worden ist.

Dies spiegelt sich zunächst in der Menge der Regelbeispiele und unbestimmten Rechtsbegriffe in Absatz 1 des geplanten § 32f wider.

So hat das BAG bei der offenen Videoüberwachung bestimmt, dass der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nur aufgrund schutzwürdiger Belange anderer Grundrechtsträger gerechtfertigt sei. Als diesbezüglich in Betracht kommende schutzwürdige Belange anderer Grundrechtsträger sind das Eigentum, die Gesundheit, das Briefgeheimnis oder die Berufsfreiheit denkbar. Somit scheiden die in Absatz 1 des § 32f genannten Regelbeispiele Zutrittskontrolle, Wahrnehmung des Hausrechts sowie Qualitätskontrolle nach dem BAG bereits als schutzwürdige Belange und Eingriffsgrundlage in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus. Dass das Hausrecht des Arbeitgebers allein eine Videoüberwachung von Arbeitnehmern während der Arbeitszeit nicht rechtfertigt, hat das BAG 2003 bereits ausdrücklich festgestellt. Die oben genannten Regelbeispiele erweitern somit die Möglichkeiten der Videoüberwachung gegenüber der Rechtsprechung des BAG.

Hinsichtlich der weiter genannten Regelbeispiele wird lediglich unter Ziffer 3 auf das Eigentum abgestellt. Die anderen Regelbeispiele – wie Sicherheit des Beschäftigten, Sicherung von Anlagen, Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Betriebes – mögen in bestimmten Konstellationen auch das Eigentum oder die Gesundheit betreffen und somit die Interessen anderer Grundrechtsträger beinhalten, doch sind sie so unbestimmt, dass sie auch aus diesem Grund nicht den Voraussetzungen des BAG an einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmers entsprechen können.

Gleiches gilt für die weitere Voraussetzung der Videoüberwachung, die in dem unbestimmten Rechtsbegriff „Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen“ festgehalten ist. Dieser weit von den Grundrechten losgelöste Maßstab kann nach dem BAG für einen Eingriff in das Grundrecht des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht herangezogen werden. So bleiben bis auf das Regelbeispiel Eigentum alle anderen Regelbeispiele und auch der unbestimmte Rechtsbegriff „Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen“ hinter den Anforderungen des BAG zurück.

### ***Verweis auf Verhältnismäßigkeit zu unbestimmt***

Im Übrigen wird in § 32f Abs. 1 BDSG-E auf § 6b Abs. 3 und 4 BDSG verwiesen. § 6b Abs. 3 und § 32 f Abs. 1 enthalten beide lediglich das Kriterium der Erforderlichkeit in Bezug auf den verfolgten Zweck bzw. die Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen. Gleiches gilt für die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen, die nicht überwiegen dürfen.

§ 6b Abs. 3 BDSG enthält in Satz 2 den Hinweis, dass die gewonnenen Videoaufnahmen nur verarbeitet und genutzt werden dürfen, soweit dies zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist. Bei einer entsprechenden Anwendung in nicht öffentlich zugänglichen Betriebsstätten hat dies zur Folge, dass die gewonnenen Videoaufnahmen der offenen Überwachung auch dazu eingesetzt werden können, Straftaten gegen den Arbeitgeber bzw. Dritte zu verfolgen.

Gegenüber einer vorherigen Fassung des BDSG-E ist die entsprechende Anwendbarkeit des § 32e Abs. 3 BDSG-E entfallen. Dort ist geregelt, dass eine Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten nach Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass verhältnismäßig sein muss. Sie ist nur zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise erschwert oder weniger erfolgversprechend wäre. Die Erhebung ist abubrechen, wenn der Zweck nicht zu erreichen ist; sie ist zu unterbrechen, wenn der Zweck nur vorübergehen nicht zu erreichen ist. Sie ist zeitlich auf das unumgängliche Maß zu beschränken.

Auch bei der offenen Videoüberwachung hat das BAG festgelegt, dass das zulässige Maß eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt. Die Regelung muss geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den erstrebten Erfolg zu erreichen. Auch bei der offenen Videoüberwachung ist die Eingriffsintensität für die Angemessenheit mit entscheidend. Es ist unter anderem von Bedeutung, wie viele Personen ihr ausgesetzt sind, ob diese anonym oder erkennbar sind, ob sie einen Anlass für den Eingriff gegeben haben, insbesondere, ob sie einer bereits begangenen oder drohenden Straftat oder Rechtsgutverletzung verdächtig sind, wo die Überwachungsmaßnahmen stattfinden, wie lange und intensiv sie sind und welche Technik dabei eingesetzt wird.

Auch nach dem BAG ist somit eine Totalüberwachung der Arbeitnehmer nicht zulässig. Die in § 32e Abs. 3 BDSG-E formulierten Einschränkungen der Überwachung zur Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hätten auch in § 32f BDSG-E aufgenommen werden sollen. Dort und in § 6b Abs. 3 BDSG wird nur auf die Erforderlichkeit abgestellt. Die Verweisung auf § 32e Abs. 3 BDSG-E hätte der vielfach kritisierten Unbestimmtheit dieser Norm entgegen wirken können.

## **Keine Vorabkontrolle – kein Beweisverwertungsverbot**

Eine Vorabkontrolle gemäß § 4d Abs. 5 BDSG ist in der letzten Fassung des § 32f BDSG-E ebenfalls nicht mehr enthalten. Die Videoaufnahmen von Arbeitnehmern weisen jedoch besondere Risiken für ihre Rechte und Freiheiten auf, so dass nicht nachzuvollziehen ist, warum die Anwendbarkeit von § 4d Abs. 5 BDSG nicht aufgenommen worden ist.

Bedauerlicherweise ist in § 32f kein Beweisverwertungsverbot aufgenommen worden, welches die ohne Mitwirkung des Betriebsrates gemäß § 87 BetrVG gewonnenen Bilder als Beweismittel gegen einen Arbeitnehmer im Gerichtsverfahren ausschließt.

## **Privat- oder Intimsphäre**


In § 32f Abs. 2 BDSG-E wird weiterhin geregelt, dass eine Videoüberwachung von Teilen von Betriebsstätten, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung der Beschäftigten dienen, unzulässig ist. Dies gelte insbesondere für Sanitär-, Umkleide- und Schlafräume. Diese Regelung ist jedoch weder eindeutig noch weitgehend genug. Laut Begründung des BDSG-E sollen z. B. Raucherzimmer nicht darunter fallen. Dass die jetzige Regelung des § 32f Abs. 2 BDSG-E im Sinne der Arbeitnehmer zu verbessern ist, ergibt sich auch aus der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des BDSG vom 05.11.2010. Dort nimmt der Bundesrat unter anderem Stellung zu § 32f Abs. 2 BDSG-E und erläutert, dass die bisherige Formulierung des Satzes 1 missverständlich sei, weil es nicht darauf ankomme, ob Teile der Betriebsstätten der privaten Lebensgestaltung dienen, sondern ob ihre Benutzung der Privat- oder Intimsphäre zuzurechnen sei. – Der Bundesrat erklärt, § 32f Abs. 2 sei wie folgt zu fassen:

„Eine Videoüberwachung von Betriebsstättenteilen, deren Benutzung der Privat- oder Intimsphäre der Beschäftigten zuzurechnen ist, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Pausen-, Sanitär-, Umkleide- und Ruheräume.“


Der Bundesrat hat in Satz 2 den Begriff „Schlafräume“ durch den umfassenderen Begriff „Ruheräume“ ersetzt; darüber hinaus hat der Bundesrat Pausenräume, also Räume, die dem Beschäftigten bei Unterbrechung der Arbeitszeit zur Benutzung offen stehen, als Örtlichkeiten eingestuft, deren Benutzung der Privatsphäre der Beschäftigten zuzurechnen ist. Es bleibt abzuwarten, ob dieser zutreffende Vorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren vom Bundestag berücksichtigt wird.

Fazit: Der Entwurf enthält in § 32f tatsächlich nicht ein Mehr an Schutz für die Beschäftigten, sondern führt zu einer inhaltlichen Erweiterung der offenen Videoüberwachung. Die Erweiterung der Videoüberwachung, insbesondere die Qualitätskontrolle, ermöglichen ein Mehr an Erkenntnissen über einzelne Personen. Diese Erkenntnisse können in jedem Fall unangenehme Folgen, wie eine Abmahnung oder Kündigung, zur Folge haben.

Auch eine offene Videoüberwachung hat im Übrigen die Folge, dass sich Arbeitnehmer nicht mehr unbefangen und angstfrei bewegen werden. Eine natürliche Offenheit und Unbefangenheit am Arbeitsplatz wird somit eingeschränkt bis aufgehoben.

Siehe:  § 32f BDSG-E:

[www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwuerfe/Entwurf\\_Beschaeftigtendatenschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwuerfe/Entwurf_Beschaeftigtendatenschutz.pdf?__blob=publicationFile)

 **Mehr zum Thema Änderung des Beschäftigtendatenschutzes** in der Zeitschrift **AuR**, Heft 10/2010 (Aufsätze von Körner, Viotto, Hilbrans, S. 416 ff.) und der Zeitschrift **AiB**, Heft 11/2010 (Aufsatz von Hjort, S. 639 ff.)

*Kathrin Schlegel, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, Wiesbaden*

## Kein Wettbewerbsverbot bei einfachen Nebentätigkeiten

### BAG: Die Reichweite des Wettbewerbsverbots auf unmittelbare Konkurrenz-tätigkeiten beschränkt

Das BAG hat eine Änderung seiner bisher restriktiven Rechtsprechung im Bereich des arbeitsrechtlichen Wettbewerbsverbots bei Ausübung von Nebentätigkeiten angekündigt. Nicht jede Hilfstätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber kann sich als Konkurrenz auswirken und aus diesem Grund untersagt werden. Der zehnte Senat erwägt eine Beschränkung des Wettbewerbsverbots nur auf unmittelbare Konkurrenz-tätigkeiten. Bloße Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug sollen hiervon nicht erfasst werden.

Die Klägerin war als Briefsortiererin bei der Deutschen Post AG in Teilzeit beschäftigt und übte eine Nebentätigkeit als Zeitungszustellerin bei einem anderen Unternehmen aus, das ebenfalls die Zustellung von Briefen und anderen Postsendungen betrieb. Die Beklagte untersagte die Ausübung der Nebentätigkeit und berief sich auf die einschlägige Tarifregelung, die eine Untersagung aus Gründen des unmittelbaren Wettbewerbs ermöglichte. Die Klägerin machte geltend, dass sie aufgrund der Teilzeitbeschäftigung auf die Ausübung einer weiteren Erwerbstätigkeit angewiesen sei.

Das BAG hat der Klägerin im Gegensatz zu den Vorinstanzen Recht gegeben. Die einschlägige Tarifregelung weiche von den allgemeinen Grundsätzen zugunsten der Arbeitnehmer ab, indem sie eine Untersagung der Nebentätigkeit nur bei unmittelbaren Wettbewerb-tätigkeiten zulasse. Hierzu müsse nach der Stellung des Arbeitnehmers oder der Art der Nebentätigkeit eine unmittelbare Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers drohen. Die Tätigkeit der Klägerin habe jedoch als bloße Hilfstätigkeit keinen Wettbewerbsbezug. Eine nur untergeordnete Unterstützung des Wettbewerbers reiche für die Untersagung einer Nebentätigkeit nicht aus.


Das BAG nahm den vorliegenden Fall zum Anlass, die allgemeinen Grundsätze bei der Untersagung von Nebentätigkeiten aus Konkurrenzgründen zu überprüfen. Nach der bisherigen Rechtsprechung war für die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich eine Tätigkeit als Konkurrenz auswirkt, unerheblich, auf welche Art und Weise der Konkurrent durch die Nebenbeschäftigung unterstützt wird und welche Funktion der Arbeitnehmer in seinem Unternehmen hat. Es konnte grundsätzlich jede Dienstleistung verboten werden, es sei denn es fehlte von vornherein an jeglicher unterstützender Wirkung. Nunmehr kündigt das BAG an, an dieser Rechtsprechung nicht mehr festhalten zu wollen, soweit es sich um einfache Hilfstätigkeiten handelt, die allenfalls zu einer untergeordneten Unterstützung des Konkurrenzunternehmens führen können. Es sei unter Berücksichtigung der Art der Haupt- und Nebentätigkeit festzustellen, ob eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers vorliege. Nach Ansicht des BAG spricht viel dafür, das Wettbewerbsverbot auf unmittelbare Konkurrenz-tätigkeiten zu beschränken und nicht auf bloße Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug anzuwenden.

Die Ankündigung dieses Rechtsprechungswandels ist von großer praktischer Bedeutung. Das allgemeine Wettbewerbsverbot, das vielfach aus der Treuepflicht des Arbeitgebers bzw. aus der Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners abgeleitet wird, ist auch bei Nebentätigkeiten anwendbar. Der Arbeitnehmer ist jedoch auf die Ausübung einer weiteren Erwerbstätigkeit in vielen Fällen zur Siche-

nung seines Lebensunterhalts angewiesen. Dies ist vor allem bei Arbeitnehmern der Fall, die nur eine Teilzeitbeschäftigung ausüben bzw. eine Vergütung erhalten, die nicht zur Sicherung des Lebensunterhalts ausreichend ist. Diese weit verbreiteten Probleme auf dem Arbeitsmarkt dürfen bei der Anwendung des arbeitsrechtlichen Wettbewerbsverbots nicht außer Acht gelassen werden. Der Arbeitnehmer kann nicht auf die Ausübung einer Nebenbeschäftigung ausschließlich in einer anderen Branche beschränkt werden. Aufgrund der vorhandenen Qualifikation ist dies in der Regel auch gar nicht möglich.

Ein Verbot der Nebentätigkeit aus Konkurrenzgründen stellt zudem einen Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Arbeitnehmers dar. Aus diesem Grund betont das BAG die Erforderlichkeit einer Abwägung der gegenseitigen Interessen im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Umstände. Eine Nebenbeschäftigung, die sich auf bloße Hilfstätigkeiten beschränkt, ist in der Regel nicht geeignet, die Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen oder zu gefährden. Auf der anderen Seite ist die Belastung für den Arbeitnehmer bei einer Untersagung der Nebentätigkeit enorm. Unter Umständen wäre der Beschäftigte sogar gezwungen, staatliche Unterstützung zur Sicherung seines Lebensunterhalts in Anspruch zu nehmen. Diese Aspekte hat das BAG zutreffend gewürdigt und die Reichweite des Wettbewerbsverbots bei bloßen Hilfstätigkeiten entsprechend eingeschränkt.

Diese Rechtsprechungsänderung ist zu begrüßen, da sie auf einen Ausgleich der gegenüberstehenden Interessen ausgerichtet ist und im Gegensatz zu der bisher restriktiven Handhabung des Wettbewerbsverbots eine angemessene Berücksichtigung der Interessen der Beschäftigten erkennen lässt.

**Siehe:**  Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 24.03.2010, Aktenzeichen 10 AZR 66/09, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)

*Dr. Silvia Velikova, Rechtsanwältin, Berlin*

---

## Anspruch auf Laptop mit Netzanschluss

### Erstmals Erfolg eines Personalrats vor Verwaltungsgericht

Ein Personalrat verlangte vom Dienstherrn einen Laptop mit Anschlussmöglichkeit an das interne Computernetz der Dienststelle. Vor dem Verwaltungsgericht Sigmaringen hatte er – soweit ersichtlich, als erster in einem solchen Fall – Erfolg.

So wie wir heute über den Streit über die Erforderlichkeit einer Schreibmaschine für den Personal- oder Betriebsrat in der Vergangenheit schmunzeln, wird man in 10 Jahren über den vorliegenden Streit des Personalrates mit seiner Dienststelle über den Anspruch auf einen Laptop mit Netzanschluss möglicherweise ebenfalls schmunzeln.

Woraus ergibt sich der Anspruch? Gemäß § 45 Abs. 2 Landespersonalvertretungsgesetz (LPVG) Baden-Württemberg hat die Dienststelle der Personalvertretung für die Sitzungen, Sprechstunden und laufende Geschäftsführung in erforderlichem Umfang Räume, Geschäftsbedarf und Schreibkräfte zur Verfügung zu stellen.

Die Erforderlichkeit des Geschäftsbedarfs zur sachgerechten Aufgabenerfüllung des Personalrats bestimmt sich unter Berücksichtigung der betrieblichen Verhältnisse nach Inhalt und Umfang der vom Personalrat wahrzunehmenden Aufgaben. Weiterhin verlangt die Erforder-

derlichkeit mehr als bloße Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit – die technische Entwicklung muss sich in den konkreten betrieblichen Verhältnissen niederschlagen.

Wie wurde argumentiert? Ausgangspunkt für den Antragsteller war, dass ein wesentlicher Teil der Personalratstätigkeit in Arbeitsgruppen stattfindet, die sich regelmäßig in unterschiedlichen Räumen und an verschiedenen Standorten des Unternehmens treffen. Auch ein Großteil der Arbeit des Personalratsvorsitzenden findet nicht im Personalratsbüro statt. Der Personalrat war der Ansicht, dass für den vereinfachten Transport von Unterlagen, für Mitschriften, Protokolle sowie für den Zugriff auf Unterlagen, die im Intranet hinterlegt sind, ein Laptop mit entsprechender Anschlussmöglichkeit an das Intranet erforderlich sei. Die besonderen betrieblichen Gegebenheiten machten es notwendig, dass ein eigener Laptop anstelle eines Leih-Laptops genutzt werden könne.

Bezüglich der konkreten betrieblichen Verhältnisse wurde dargelegt, dass bereits in mehreren unterschiedlichen Abteilungen und Ebenen auf Laptops umgestiegen worden sei. Auch die Anzahl der im Einsatz befindlichen Laptops habe sich stark erhöht und werde sich auch weiter erhöhen.

Die Dienststelle hatte argumentiert, dass der Erforderlichkeit bestimmte Sicherheitsprobleme entgegen stünden. Dies wurde von der Kammer jedoch abgelehnt. Personalratsmitglieder seien, so die Kammer, wie die übrigen Beschäftigten verpflichtet, die Dienstvorschriften bezüglich der EDV-Nutzung zu beachten. Darüber hinaus werde ohnehin von der Antragsgegnerin ein neues Sicherheitskonzept eingeführt, wodurch die Gefahr des Einspeisens von Viren minimiert würde.

Der Einwand der Dienststelle, dass in den verschiedenen Gebäuden überall stationäre Computer vorhanden seien und der Personalrat während einer Sitzung kurzfristig darauf zugreifen könne, überzeugte das Gericht nicht. Es folgte vielmehr der Argumentation des Personalrats, Konflikte mit gerade an diesen PCs arbeitenden Mitarbeitern seien durch diese Handhabung programmiert. Dies sei dem Personalrat als Vertretungsorgan für Mitarbeiterinteressen aber nicht zumutbar.





Das Gericht vertritt im Ergebnis die Auffassung, dass in dem konkreten Fall „die sachgerechte Wahrnehmung der Personalratsarbeit, gerade angesichts der Ausstattung vergleichbarer Arbeitsbereiche, auch unter dem Aspekt des Behinderungsverbots die Innehabung eines netzfähigen Laptops gebietet“.

Bedeutung der Entscheidung: Das Urteil des Verwaltungsgerichts Sigmaringen ist argumentativ nicht nur für Personal-, sondern auch für Betriebsräte nutzbar. Ein Anspruch der Betriebsräte ergibt sich hierbei aus § 40 Abs. 2 BetrVG.

Zu beachten sind aber die hohen Anforderungen, die die Kammer an die Erforderlichkeit des mobilen Computers gestellt hat. So dürfte nicht genügen, dass die Nutzung eines Laptops die Arbeit der Personal- bzw. Betriebsratsmitglieder bloß erleichtert. Der technische Standard, wie er im jeweiligen Betrieb gegeben ist, kann eine entscheidende Rolle spielen. Ist für die Mitarbeiter der verschiedenen Ebenen keine Nutzung für Laptops vorgesehen, dürfte es schwierig werden, für den Personal- bzw. Betriebsrat einen solchen Anspruch durchzusetzen.

Bezüglich der Kosten für die Anschaffung eines Laptops wies die Kammer darauf hin, dass diese den finanziellen Aufwand für die Anschaffung eines lokalen Computers nicht übersteigen dürften. Ein Laptop kommt nach dem Beschluss insbesondere dann in Betracht, wenn der Betrieb an mehreren Standorten vertreten ist und der Personal- bzw. Betriebsrat seiner Tätigkeit notwendigerweise an unterschiedlichen Standorten nachzugehen hat.

Diese Voraussetzungen sind bei der Geltendmachung substantiiert und präzise darzulegen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Erforderlichkeit mangels Anhaltspunkten verneint wird.

**Siehe:**  Verwaltungsgericht Sigmaringen, Beschluss vom 13.09.2010 (Aktenzeichen PL 11 K 4215/09 – rechtskräftig). Den Beschluss stellt Rechtsanwalt Wirlitsch Interessierten per Telefax zur Verfügung. Anfragen bitte unter der Faxnummer 07531-131616.  Vgl. auch: VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.10.2001, Aktenzeichen PB 15 S 2437/00  BAG, Beschluss vom 11.03.1998, PersR 1998, 437 f.  LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 27.01.2010, Aktenzeichen 3 TaBV 31/09, [www.sit.de/lagsh/ehome.nsf/suche?Openform](http://www.sit.de/lagsh/ehome.nsf/suche?Openform), zu der vergleichbaren Vorschrift des § 40 Abs. 2 BetrVG

---

*Michael Wirlitsch, M.A.E.S. (Univ. Basel), Fachanwalt für Arbeitsrecht, Konstanz*

## Zur Beachtung

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

## Kanzleien

### Berlin:

Hummel · Kaleck

Dieter Hummel\*, Mechtild Kuby\*,  
Gerd Denzel, Christian Fraatz,  
Tobias Wolters\*, Dr. Silvia Velikova

Immanuelkirchstraße 3–4  
10405 Berlin  
Telefon 030-446 792-0  
Telefax 030-446 792-20  
kanzlei@diefirma.net  
www.diefirma.net

### Düsseldorf:

Bell & Windirsch Anwaltsbüro

Stefan Bell\*, Regine Windirsch\*, Sigrid  
Britschgi\*, Christopher Koll\*, Verena Linz,  
Maike Grolms

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Telefon 0211-863 20 20  
Telefax 0211-863 20 222  
info@fachanwaeltInnen.de  
www.fachanwaeltInnen.de

### Frankfurt am Main:

Franzmann Büdel Bender

Armin Franzmann\*, Detlef Büdel\*, Achim  
Bender\*, Yvonne Geilen\*, Jan Brückmann\*

Petersstraße 4  
60313 Frankfurt am Main  
Telefon 069-133 85 81-0  
Telefax 069-133 85 81-14  
anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de  
www.fbb-arbeitsrecht.de

### Freiburg:

Anwaltsbüro im Hegarhaus

Michael Schubert\*, Dr. Henrike Vetter

Wilhelmstraße 10  
79098 Freiburg  
Telefon 0761-387 92 11  
Telefax 0761-280 02 4  
schubert@anwaltsbuero-im-hegarhaus.de  
www.anwaltsbuero-im-hegarhaus.de

### Hamburg:

Kanzlei Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier

Klaus Müller-Knapp\*, Jens Peter Hjort\*,  
Wolfgang Brinkmeier\*, Manfred Wulff\*,  
Andreas Bufalica, Ute Kahl\*,  
Dr. Julian Richter\*, Jasmin Stahlbaum-Philp\*,  
Sebastian Stoffregen

Kaemmererufer 20  
22303 Hamburg  
Telefon 040-696 57 63  
Telefax 040-280 74 93  
kanzlei@anwaelte-mkhhb.de  
www.anwaelte-mkhhb.de

### Hannover:

Kanzlei Detlef Fricke und Joachim Klug

Detlef Fricke, Joachim Klug\*

Goseriede 12  
30159 Hannover  
Telefon 0511-700 74-0  
Telefax 0511-700 74-22  
post@fricke-klug.de  
www.fricke-klug.de

### Konstanz:

Anwaltsbüro Haenel Wirlitsch

Michael Wirlitsch\*, Anja Reinke

Münzgasse 29  
78462 Konstanz  
Telefon 07531-1316-0  
Telefax 07531-1316-16  
kanzlei@haenelwirlitsch.de  
www.haenelwirlitsch.de

### Mannheim:

Kanzlei für Arbeitsrecht  
Dr. Growe & Kollegen

Dr. Dietrich Growe\*, Petar Drakul\*

P 7, 6–7 (ÖVA-Passage)  
68161 Mannheim  
Telefon 0621 21825  
Telefax 0621 105456  
growe-mannheim@t-online.de

## München:

Kanzlei Rüdiger Helm  
Menschenrechte im Betrieb

Rüdiger Helm, Christiane Fuchs, Susanne Gäbelein, Gerd Nies, Christine Steinicken, Thorben Brockmeyer

Schwanthalerstraße 73  
80336 München  
Telefon 089-51 701 660  
Telefax 089-51 701 661  
kanzlei@kanzlei-helm.de  
www.kanzlei-helm.de

## Nürnberg:

Manske & Partner

Wolfgang Manske\*, Ute Baumann-Stadler\*, Beate Schoknecht\*, Jürgen Markowski\*, Sabine Feichtinger\*, Thomas Müller\*, Martina Siedler, Christian Sperber, Judith Strauß

Bärenschanzstraße 4  
90429 Nürnberg  
Telefon 0911-30 73 10  
Telefon 0911-26 26 37  
Telefax 0911-26 51 50  
kanzlei@manske-partner.de  
www.manske-partner.de

## Wiesbaden:

Schütte & Kollegen

Reinhard Schütte\*, Kathrin Schlegel\*

In Bürogemeinschaft mit:  
Brigitte Strubel-Mattes\*, Robert K. Müller


Adolfsallee 22  
65185 Wiesbaden  
Telefon 0611-95 00 11-0  
Telefax 0611-95 00 11-20  
rae@wiesbaden-arbeitsrecht.com  
www.wiesbaden-arbeitsrecht.com

\*) Fachanwälte für Arbeitsrecht

## Impressum

Der Rundbrief der Anwaltskooperation Arbeitnehmer-Anwälte wird herausgegeben von dem Rechtsanwaltsbüro Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier (Rechtsanwälte Klaus Müller-Knapp, Jens Peter Hjort, Wolfgang Brinkmeier, Manfred Wulff), Kaemmererufer 20, D-22303 Hamburg, Telefon: 040-6965763, Telefax: 040-2807493, E-Mail: kanzlei@anwaelte-mkhhb.de. Verantwortlich: Rechtsanwalt Dr. Julian Richter.

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Brinkmeier sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, D-20354 Hamburg. Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer ([www.brak.de](http://www.brak.de)) eingesehen werden.

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