Rundbrief

ARBEITNEHMERANWÄLTE

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

Industrie 4.0: Mitbestimmung weg?
Rechte des Betriebsrats bei fortschreitender Digitalisierung. | Seite 3

Abmeldepflicht bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern
BAG fordert Abmeldung vor Verlassen des Betriebs. | Seite 10

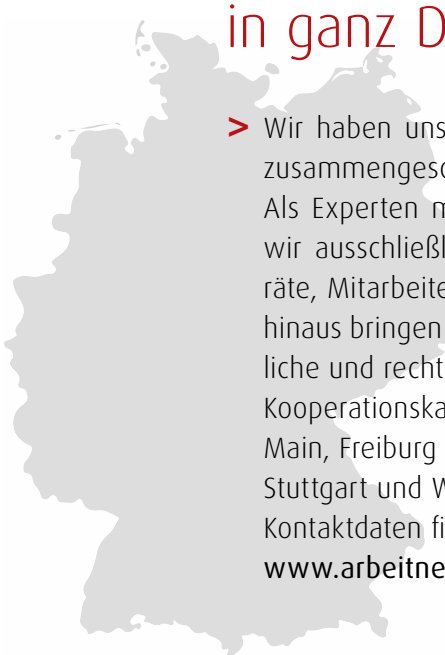
Kein »Oma-Tag« für Teilzeitbeschäftigte?
Ungleichbehandlung durch Tarifvertrag. | Seite 14

Betriebliches Eingliederungsmanagement
Ein Überblick. | Seite 18

Kalendersoftware mitbestimmungspflichtig ...
... auch im öffentlichen Dienst. | Seite 22

Arbeitnehmer-
Anwälte

in ganz Deutschland



> Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.
Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.
Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Dortmund, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Hannover, Mannheim, Nürnberg, Stuttgart und Wiesbaden.
Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:
www.arbeitnehmer-anwaelte.de

Industrie 4.0: Mitbestimmung weg?

Rechte des Betriebsrats bei fortschreitender Digitalisierung

Industrie 4.0, Internet of Things, Smart Factory, Home- oder Mobile-Office und Desk-Sharing, Crowdworking sowie BYOD (bring your own device): So manchem Betriebsrat wird's bei all diesen Schlagworten ganz schwindelig. Und die Unsicherheit in den Gremien nimmt zu. Hat das geltende Arbeitsrecht die passenden Antworten auf die fortschreitende Digitalisierung der industriellen Fertigung parat? Steht der Industrie 4.0 also ein »Arbeitsrecht 4.0« gegenüber? Oder lässt sich die vierte industrielle Revolution mit einem Betriebsverfassungsgesetz aus dem Jahr 1972 nicht in den Griff bekommen? Diesen Fragen soll anhand zweier Beispiele nachgegangen werden.

Mobiles Arbeiten

Notebooks, Tablet-PCs und Smartphones machen es in vielen Fällen bereits jetzt möglich: Arbeiten, anywhere und anytime. Flexibilität hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit schätzen dabei nicht nur die Arbeitgeber, sondern auch die Arbeitnehmer. Das Arbeiten von zu Hause (Home-Office) oder von unterwegs aus (Mobile-Office) wird daher aller Voraussicht nach weiter zunehmen.

Arbeitgeber erhoffen sich dabei, einerseits durch das mobile Arbeiten näher am Kunden zu sein und andererseits Kosten zu sparen. Wenn zunehmend Arbeitnehmer ihren Büroarbeitsplatz nicht mehr benötigen, muss ein solcher auch nicht vorgehalten werden. Stattdessen kann bei Bedarf und nach vorheriger Buchung ein Arbeitsplatz im Büro im Wege des Desk-Sharing genutzt werden. Auch den Arbeitnehmern bieten variable Arbeitsorte und -zeiten Vorteile. Dies gilt vor allem dann, wenn es im Sinne einer Work-Life-Balance darum geht, Familie und Beruf miteinander zu vereinbaren. Wer im Home-Office arbeitet, kann etwa die restlichen E-Mails des Arbeitstages dann beantworten, wenn die Kinder im Bett sind und schlafen.

Arbeiten, wo ich will und wann immer ich will: So verlockend dies für Arbeitnehmer klingen mag, so gefährlich ist ein solches »entgrenztes« Arbeiten zugleich. Betriebsräte sollten daher der Flexibilität einen Rahmen vorgeben; die erforderlichen Mittel bietet das geltende Arbeitsrecht, allen voran das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Selbst wenn ein Arbeitgeber den Arbeitsplatz in ein Home- oder Mobile-Office auslagert, ist er nach wie vor dazu verpflichtet, Vorschriften des Arbeitsschutzes (wie etwa §§ 3, 4 Arbeitsschutzgesetz) einzuhalten. Psychischen Belastungen, die möglicherweise durch ein Arbeiten ohne örtliche und zeitliche Grenzen verursacht werden, könnte mit einer Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG begegnet werden.

Gefährdungen durch psychische Belastungen bei der Arbeit gehören mittlerweile zum Katalog der Gefährdungen (§ 5 Absatz 3 Nr. 6 ArbSchG). § 5 ArbSchG ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift im Sinn des § 87 Absatz 1 Nr. 7 BetrVG. Damit kann der Betriebsrat mitbestimmen, wie eine Gefährdungsbeurteilung konkret auszugestalten ist. Die Gefährdungsbeurteilung stellt dabei nur einen Zwischenschritt dar. Am Ende des Verfahrens steht die erforderliche Maßnahme des Arbeitsschutzes. Neben Regeln, wie der Arbeitsplatz auszugestalten ist, sollten dementsprechend in eine Betriebsvereinbarung zum Arbeiten im Home- oder Mobile-Office insbesondere solche Arbeitsschutzmaßnahmen aufgenommen werden. Um eine dauernde Erreichbarkeit (»always on«) beim mobilen Arbeiten zu vermeiden, könnte beispielsweise dem Arbeitgeber durch den Betriebsrat aufgegeben werden, den Zugang zum Firmennetzwerk mittels einer VPN-Verbindung oder das Senden sowie Empfangen von E-Mails zu bestimmten Zeiten abzuschalten. Will der Betriebsrat eine ständige Erreichbarkeit von Arbeitnehmern im Home- oder Mobile-Office und damit ein Verschwimmen von Beruf und Privatleben verhindern, kann er sich auch auf § 87 Absatz 1 Nr. 2 und 3 BetrVG berufen. Beginn und Ende der Arbeitszeit sowie Überstunden unterliegen der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats. Der Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Absatz 1 Nr. 2 BetrVG besteht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor allem darin, die Grenze zwischen Arbeitszeit und Freizeit zu bestimmen. Eine Rolle spielt es schließlich auch, wie vom Betriebsrat entsprechend seiner Überwachungsaufgabe (§ 80 Absatz 1 Nr. 1 BetrVG) überprüft werden kann, ob beim mobilen Arbeiten das Arbeitszeitgesetz eingehalten wird. Dieses sieht grundsätzlich einen 8-Stunden-Tag sowie eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden vor (§ 3 Satz 1 bzw. § 5 Absatz 1 ArbZG).

Aus dem Arbeitsschutzgesetz:

»§ 3 Grundpflichten des Arbeitgebers

(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. ...«

»§ 4 Allgemeine Grundsätze

Der Arbeitgeber hat bei Maßnahmen des Arbeitsschutzes von folgenden allgemeinen Grundsätzen auszugehen:

1. Die Arbeit ist so zu gestalten, daß eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und die psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird; ...«

»§ 5 Beurteilung der Arbeitsbedingungen

... (3) Eine Gefährdung kann sich insbesondere ergeben durch

... 6. psychische Belastungen bei der Arbeit.«

Aus dem Arbeitszeitgesetz:

»§ 3 Arbeitszeit der Arbeitnehmer

Die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer darf acht Stunden nicht überschreiten. ...«

»§ 5 Ruhezeit

(1) Die Arbeitnehmer müssen nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden haben. ...«

Smart Factory

Smart soll im Zuge von Industrie 4.0 nicht nur das Phone, sondern auch die Fabrik sein. Eine schlaue Fabrik – gibt's so etwas? Ja, durch die zunehmende Digitalisierung der Fertigung. Wie ein Kühlschrank, der seinem Nutzer mitteilt, dass das Mindesthaltbarkeitsdatum des Joghurts morgen abläuft, so könnten in naher Zukunft beispielsweise Arbeitnehmer in der Produktion mit Robotern Hand in Hand arbeiten, wobei die Roboter nicht nur untereinander, sondern auch mit Werkstücken vernetzt sind. Durch einen solchen Informationsaustausch könnte sich die Fertigung von der Materialausgabe bis hin zur Endkontrolle selbst steuern. Überwacht werden könnte ein solcher Produktionsprozess von den Arbeitnehmern mittels Smartphone oder Tablet, weil etwa ein Sensor am Fließband verschiedene Produktionsdaten wie die Zahl der gefertigten Teile oder die Ausschussmenge über eine drahtlose Bluetooth-Verbindung übermittelt. Solche Daten wiederum könnten an den Kunden als Auftraggeber just in time gesendet werden. Die Kommunikation wäre umfassend und fände zwischen Werkstücken und Maschinen sowie Arbeitnehmern und Kunden statt.

Sind in der Fertigung einzelne Prozesse miteinander vernetzt, ist in aller Regel das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG gegeben. Bei der Arbeitnehmerüberwachung durch technische Einrichtungen geht diese Norm als Spezialvorschrift der Regelung in § 87 Absatz 1 Nr. 1 BetrVG (Ordnungsverhalten) vor. Betriebsräten wird insoweit ermöglicht, die fortschreitende Digitalisierung mit Hilfe des Betriebsverfassungsgesetzes mit zu gestalten. Zwar hat der Betriebsrat nach dem Wortlaut des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG nur dann ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht,

wenn technische Einrichtungen eingeführt oder angewendet werden sollen, die dazu **bestimmt** sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts lässt es aber ausreichen, wenn technische Einrichtungen zur Leistungs- oder Verhaltenskontrolle objektiv **geeignet** sind. Somit löst die bloße Möglichkeit einer Überwachung das Mitbestimmungsrecht bereits aus. Digitale Systeme, die in der Produktion Arbeitnehmer und Maschinen miteinander vernetzen, sind zumeist geeignet zur Arbeitnehmerüberwachung. Denn bei technischen Arbeitsmitteln, die auf die EDV gestützt sind, werden fast immer Daten gewonnen, aus denen unmittelbar oder zumindest mittelbar auf die Leistung und das Verhalten der Arbeitnehmer geschlossen werden kann. Soll eine technische Innovation, die der Vorschrift des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG unterfällt, eingeführt werden, müssen sich die Betriebsparteien somit einigen. Kommt eine solche Einigung nicht zustande, entscheidet die Einigungsstelle. Diese Schritte kann ein Betriebsrat freilich nur dann gehen, wenn die technische Innovation auch als technische Überwachungseinrichtung erkannt wird. Vor diesem Hintergrund sollten Betriebsräte daher immer ihre Unterrichtungs- und Beratungsrechte nach §§ 90, 106 Absatz 3 Nr. 5 BetrVG einfordern sowie an eine Betriebsänderung denken, da durch neue technische Arbeitsmittel grundlegend neue Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren eingeführt werden könnten (§ 111 Satz 3 Nr. 4 und 5 BetrVG).

Aus dem Betriebsverfassungsgesetz:

»§ 90 Unterrichtungs- und Beratungsrechte

(1) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Planung

1. von Neu-, Um- und Erweiterungsbauten von Fabrikations-, Verwaltungs- und sonstigen betrieblichen Räumen,
2. von technischen Anlagen,
3. von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen oder
4. der Arbeitsplätze

rechtzeitig ... zu unterrichten.

(2) Der Arbeitgeber hat mit dem Betriebsrat die vorgesehenen Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf die Arbeitnehmer, insbesondere auf die Art ihrer Arbeit sowie die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Arbeitnehmer so rechtzeitig zu beraten, dass Vorschläge und Bedenken des Betriebsrats bei der Planung berücksichtigt werden können. Arbeitgeber und Betriebsrat sollen dabei auch die gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit berücksichtigen.«

»§ 106 Wirtschaftsausschuss

... (2) Der Unternehmer hat den Wirtschaftsausschuss rechtzeitig und umfassend über die wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten ... sowie die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Personalplanung darzustellen. ...

(3) Zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten im Sinne dieser Vorschrift gehören insbesondere

... 5. Fabrikations- und Arbeitsmethoden, insbesondere die Einführung neuer Arbeitsmethoden; ...«

»§ 111 Betriebsänderungen

In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Unternehmer den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten. ... Als Betriebsänderungen im Sinne des Satzes 1 gelten

... 4. grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen,

5. Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren.«

Fazit

Wie im Fall des mobilen Arbeitens hat der Betriebsrat auch beim Beispiel der Smart Factory verschiedene Mittel in der Hand, um auf die Herausforderungen, welche die Industrie 4.0 mit sich bringt, sachgerecht reagieren zu können. Dennoch lässt sich derzeit nur schwer abschätzen, ob mit den Mitteln des Betriebsverfassungsgesetzes die fortschreitende Digitalisierung der industriellen Fertigung zum Wohl und zum Schutz der Arbeitnehmer sachgerecht gestaltet werden kann. Den Schluss, das geltende Arbeitsrecht sei als Arbeitsrecht 4.0 für die Digitalisierung der Industrie gut gerüstet, lassen die beiden Beispielsfälle nicht zu. Dies gilt auch mit Blick auf Matrixorganisationen, für die ein Auseinanderfallen der fachlichen und disziplinarischen Führung der Arbeitnehmer kennzeichnend ist. Denn solche Matrixstrukturen lassen sich bereits jetzt nur schwer durch die klassischen Organisationsmodelle des Betriebsverfassungsgesetzes abbilden.

Wenngleich nicht verlässlich prognostiziert werden kann, wie die Arbeitswelt in einigen Jahrzehnten aussehen wird, so sollten die beiden Beispielsfälle zumindest verdeutlicht haben, dass die teils auch von IT- und Datenschutz-Beratern geschürte Angst, mit der Industrie 4.0 falle die Mitbestimmung weg, aus der Luft gegriffen ist. Eher könnte das Gegenteil der Fall sein: Besonders hinsichtlich § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG sprechen Arbeitgeber-Vertreter gerne von einem Mitbestimmungsrecht, das im Kontext der Industrie 4.0 uferlos ausgedehnt werden könne. Da praktisch jede technische Innovation zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle geeignet sei, muss nach deren Ansicht diese Vorschrift von der Rechtsprechung auf seinen ursprünglichen Wortlaut (»bestimmt«) beschränkt werden. Alles andere wäre nicht zeitgemäß.

Ähnliche Argumente werden von Vertretern der Arbeitgeberverbände sowie von Rechtsanwälten aus dem Arbeitgeberlager bezüglich des Arbeitszeitgesetzes herangezogen. Dieses Gesetz entspreche modernen Anforderungen nicht mehr. Eine bedarfsorientierte Produktion, wie sie die Industrie 4.0 verlange, erfordere eine flexible Arbeitszeit. Tägliche Höchstarbeitszeiten sowie vorgeschriebene Ruhezeiten ließen sich hiermit nicht vereinbaren.

Ungeachtet solcher politischer Diskussionen lässt sich mit Blick auf das derzeit geltende Arbeitsrecht festhalten: Den Betriebsräten wird mit dem Betriebsverfassungsgesetz ein geeigneter Werkzeugkasten an die Hand gegeben. Mit diesem Handwerkszeug lassen sich nach dem jetzigen Stand möglicherweise nicht alle, aber viele arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution meistern – sofern die vorhandenen Werkzeuge rechtlich gekonnt eingesetzt werden.

Siehe:

- www.arbeitenviernull.de (Internetseite des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales)
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 08.06.2004, Aktenzeichen 1 ABR 13/03, NZA 2004, Seite 1175 (Mitbestimmung beim Gesundheitsschutz)
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 30.06.2015, Aktenzeichen 1 ABR 71/13, AiB 2016, Seite 62 (Betriebsrat – Mitbestimmung – Arbeitszeit – Personalgespräch)
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 06.12.1983, Aktenzeichen 1 ABR 43/81, NJW 1984, Seite 1476 (Mitbestimmung bei Datensichtgeräten)
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 29.06.2004, Aktenzeichen 1 ABR 21/03, NZA 2004, Seite 1278 (Videoüberwachung am Arbeitsplatz – Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

Andreas Bartelmeß
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Nürnberg

Axel Angerer
Rechtsanwalt, Nürnberg

> Industrie 4.0 – Smart Factory

Einsatz intelligenter (smarter) Geräte im Betrieb: Das Internet of Things (IoT) wird im Betrieb und betriebsübergreifend genutzt, um Steuerung, Kontrolle und Informationsaustausch zwischen den Geräten und den Standorten zu erleichtern. Noch weiter können diese Kontakte bis zur eigenständigen Kommunikation der Maschinen mit Kunden und Lieferanten gehen. Die Geräte steuern und kontrollieren sich selbst und melden eigenständig die Fertigstellung des Produkts, auftretende Fehler, fehlende Teile oder Störungen. Durch die Selbstverwaltung entstehen Leistungsverdichtung und Leistungsdruck auf die Arbeitnehmer. Der Bedarf an Arbeitnehmern kann aufgrund der Automatisierung sinken, das Risiko, den Arbeitsplatz zu verlieren, steigen.

> Internet of Things (IoT) – Das Internet der Dinge

Geräte sind intelligent (smart) und miteinander vernetzt. Sie informieren sich gegenseitig oder ihren Nutzer über Ort, Inhalt oder Eigenschaften. Über das Internet werden die Informationen ausgetauscht, gespeichert und ausgewertet. Hierdurch steuern sich die Geräte selbst und reagieren in Zusammenarbeit mit anderen Geräten eigenständig auf neue Situationen wie beispielsweise zur Neige gehende Ressourcen. Problematisch ist hierbei, dass die Daten auch Rückschlüsse auf die Leistung und das Verhalten der Arbeitnehmer zulassen, die diese Geräte bedienen. Der Arbeitnehmer verliert den Überblick über die Datenmeldungen und wird für den Arbeitgeber transparent.

> Bring your own device – BYOD

Dieser Begriff beschreibt die Möglichkeit für Arbeitnehmer, private Geräte wie zum Beispiel Smartphone oder Laptop auch für berufliche Zwecke zu nutzen. Dies spart dem Arbeitgeber die Anschaffung von Dienstgeräten und dem Arbeitnehmer die Nutzung von mehreren Geräten gleicher Art. Eine Trennung von Berufs- und Privatsphäre ist dann aber nur noch schwer möglich. Die privaten Geräte müssen zwingend mit dem Firmennetzwerk verbunden werden. Die Datensicherheit ist mangels »Know-how« in den Betrieben nicht immer gewährleistet. Immer wenn ein Mitarbeiter diese Geräte privat benutzt, ist er auch für den Arbeitgeber erreichbar, hierdurch entsteht Kontrolldruck. Die Grenze zwischen Arbeit und Freizeit verschwimmt. Es besteht die Gefahr der Überforderung und Überarbeitung.

> Crowdworking

Arbeitsaufträge werden über das Internet unbekannten Auftragnehmern angeboten. Diese erledigen diesen einen Auftrag »selbstständig«, sind daher keine Arbeitnehmer und haben auch keinen Arbeitsvertrag. Die Arbeit wird in Kleinstkomponenten aufgeteilt und wird so von vielen einzelnen Auftragnehmern abgearbeitet. Viele Menschen (crowd: Masse, Menschenmenge) erledigen die Arbeit. Diejenigen, die solche Aufträge als Solo-Selbstständige bearbeiten, sind nicht durch die arbeitsrechtlichen Gesetze wie Mindestlohngesetz und Arbeitszeitgesetz geschützt. Sie sind daher meist schlecht bezahlt. Als »selbstständige« Auftragnehmer tragen sie das Risiko, ob die Bearbeitung des Auftrags abgenommen und auch bezahlt wird. Oft werden auch unentgeltliche Vorarbeiten geleistet. Die »normalen« Arbeitnehmer können sich einer unkontrollierbaren Konkurrenz ausgesetzt sehen.

Abmeldepflicht bei freigestellten BR-Mitgliedern

BAG fordert Abmeldung vor Verlassen des Betriebs

Freigestellte Betriebsratsmitglieder müssen sich bei ihrem Arbeitgeber unter Angabe der voraussichtlichen Dauer abmelden, wenn sie zur Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben den Betrieb verlassen wollen. Nach ihrer Rückkehr in den Betrieb müssen sie sich beim Arbeitgeber zurückmelden. Dies hat das Bundesarbeitsgericht im Februar 2016 entschieden und ist damit von den Vorinstanzen abgewichen.

> Der entschiedene Fall

Im zugrunde liegenden Fall gab der Arbeitgeber den dauerhaft nach § 38 BetrVG freigestellten Mitgliedern des Betriebsrats auf, sich zukünftig vor der Wahrnehmung außerbetrieblicher Betriebsratstätigkeit bei der Geschäftsführung unter Angabe der voraussichtlichen Dauer der Abwesenheit abzumelden. Anschließend sollten sich die Betriebsratsmitglieder nach ihrer Rückkehr in den Betrieb auch wieder bei der Geschäftsleitung zurückmelden. Außerdem verlangte der Arbeitgeber, dass die Betriebsratsmitglieder vor Verlassen des Betriebs mitteilen, an welchem Ort sie die Betriebsratsarbeit wahrnehmen werden.

Der Betriebsrat wollte daraufhin gerichtlich feststellen lassen, dass der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse an der An- und Abmeldung von dauerhaft freigestellten Betriebsratsmitgliedern habe, da die Erreichbarkeit des Betriebsrats trotz der Abwe-

senheit gewährleistet sei und insbesondere auch die abwesenden Betriebsratsmitglieder selbst jederzeit über ihr Mobiltelefon erreichbar seien.
Nachdem der Betriebsrat in erster und zweiter Instanz zunächst Recht bekam, hat das Bundesarbeitsgericht die Anträge des Betriebsrats zum größten Teil zurückgewiesen.

Bezug zur bisherigen Rechtsprechung

Bereits in der Vergangenheit hatte das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass sich – nicht freigestellte – Betriebsratsmitglieder grundsätzlich beim Arbeitgeber abmelden müssen, wenn sie zur Erledigung notwendiger Betriebsratsaufgaben, auch innerhalb des Betriebs, ihren Arbeitsplatz verlassen.
Im Jahr 2011 hatte das Bundesarbeitsgericht diese Rechtsprechung auf die Fälle erstreckt, in denen – nicht freigestellte – Betriebsratsmitglieder ihren Arbeitsplatz nicht verlassen müssen, um Betriebsratstätigkeit nachzugehen. Der Arbeitgeber habe ein Interesse daran, über Arbeitsausfallzeiten, welche aufgrund der Durchführung von Betriebsratsarbeit entstehen, informiert zu werden und gegebenenfalls organisatorische Maßnahmen zu ergreifen. Je nach Umständen des Einzelfalls sei aber eine abweichende Handhabung möglich, da der Arbeitgeber nicht immer ein berechtigtes Informationsinteresse habe (vgl. Rundbrief Nr. 16, Dezember 2011). Diese Rechtsprechungslinie hat das Bundesarbeitsgericht in der vorliegenden Entscheidung auf freigestellte Betriebsratsmitglieder bei Abwesenheit vom Betrieb ausgedehnt.

Freigestellte Betriebsratsmitglieder sind nicht von der Anwesenheitspflicht befreit

Als Begründung für seine Entscheidung zieht das BAG neben dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 Absatz 1 BetrVG zusätzlich eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht der einzelnen Betriebsratsmitglieder zur Meldung gegenüber dem Arbeitgeber heran.

Ein freigestelltes Betriebsratsmitglied sei zwar im Gegensatz zu einem nicht freigestellten Betriebsratsmitglied von seiner Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt, nicht aber von seiner Anwesenheitspflicht im Betrieb. Vielmehr habe sich das nach § 38 Absatz 1 BetrVG freigestellte Betriebsratsmitglied im Betrieb für anfallende Betriebsratstätigkeiten bereit zu halten. Des Weiteren habe der Arbeitgeber ein Interesse daran zu wissen, welche Betriebsratsmitglieder im Betrieb anwesend seien und somit auch persönlich als Ansprechpartner zur Verfügung stünden. Die Möglichkeit, das Betriebsratsmitglied auf dem Mobiltelefon zu erreichen, sei nicht ausreichend.

Die Entscheidung geht allerdings nicht so weit, dass die Betriebsratsmitglieder dem Arbeitgeber **vor** Verlassen des Betriebes den Ort mitteilen müssen, an welchem sie außerbetriebliche Betriebsratsarbeit wahrnehmen. Denn daran habe der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse, da er aufgrund der Abmeldung unter Angabe der voraussichtlichen Dauer und anschließender Rückmeldung im Betrieb ausreichende Planungssicherheit erlangen könne.

Achtung!

Die Aussage des Bundesarbeitsgerichts, dass die Betriebsratsmitglieder dem Arbeitgeber vor Verlassen des Betriebes nicht den Ort mitteilen müssen, an dem sie Betriebsratsarbeit wahrnehmen, bedeutet nicht, dass dem Arbeitgeber der Ort der Betriebsratstätigkeit überhaupt nicht mitgeteilt werden muss. Um zum Beispiel einen Antrag auf Kostenerstattung daraufhin überprüfen zu können, ob die Auswärtstätigkeit des Betriebsratsmitglieds erforderlich war, kann es nach Meinung des BAG notwendig sein, dass das Betriebsratsmitglied dem Arbeitgeber nachträglich mitteilt, an welchem Ort es die Betriebsratstätigkeit wahrgenommen hat.

Fazit

Das BAG weitet die Abmeldepflicht der Betriebsräte auf freigestellte Betriebsräte aus, obwohl sich der Arbeitgeber in diesen Fällen nicht organisatorisch auf den Ausfall von Arbeitskraft einstellen muss. Dadurch könnte man auf den ersten Blick meinen, dass in das Recht der eigenverantwortlichen Organisation der Betriebsratsarbeit eingegriffen wird. Es bleibt aber zu betonen, dass der Arbeitgeber auch weiterhin kein Recht zur inhaltlichen Überwachung der BR-Arbeit hat. Das Betriebsratsmitglied darf weiterhin frei entscheiden, wann es den Betrieb zur Erledigung von Betriebsratsarbeit verlassen möchte.

Auch ob die Arbeitgeber im Betriebsalltag tatsächlich die An- und Abmeldung der freigestellten Betriebsräte verlangen werden, ist fraglich. Auch wenn aus der Entscheidung eine unbedingte Pflicht zum Ab- und Anmelden herausgelesen werden könnte, ist es gut denkbar, dass viele Arbeitgeber nicht auf der Abmeldepflicht bestehen werden und in Absprache mit dem Betriebsrat wie bisher verfahren. Da die Abmeldepflicht aber auf eine vertragliche Nebenpflicht gestützt wird und es unklar ist, ob im Falle der Verletzung dieser Pflicht arbeitsrechtliche Konsequenzen – wie zum Beispiel eine Abmahnung – drohen, kann es sinnvoll sein, sich über die konkrete Handhabung vorab mit dem Arbeitgeber zu verständigen.

Siehe:

- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 24.02.2016, Aktenzeichen 7 ABR 20/14, NZA 2016, 831, ArbRAktuell 2016, 333
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 29.06.2011, Aktenzeichen 7 ABR 135/09, NZA 2012, 47, ArbRAktuell 2011, 671

Katharina Grenz
Rechtsanwältin, Stuttgart

Kein »Oma-Tag« für Teilzeitbeschäftigte?

Ungleichbehandlung durch Tarifvertrag

Es gibt Großthemen des Arbeitsrechts, die entsprechen in besonderer Weise dem Zeitgeist. Altersgerechtes Arbeiten ist ein solches Thema – der gesunde Übergang von Erwerbsarbeit zum Ruhestand bei steigender Lebenserwartung und immer späterem Renteneintritt. Ein anderer Dauerbrenner: die Teilzeitarbeit, als Ausdruck des wachsenden Wunsches der Arbeitnehmer nach »Zeitsouveränität«. Ob und wie sich diese beiden Ziele miteinander verbinden lassen, davon handelt der vorzustellende Fall.

> Die großen Themen herunterzubrechen und im Arbeitsalltag zur Anwendung zu bringen, sind in Deutschland bekanntlich nicht zuletzt die Gewerkschaften berufen, die durch Tarifverträge die Ordnung der Arbeitsverhältnisse gestalten. Mit Innovationen zum altersgerechten Arbeiten hat sich hierbei unter anderem die Industriegewerkschaft Bau, Chemie, Energie (IG BCE) hervorgetan. Neben Regelungen zur klassischen Altersteilzeit und Demografie-Fonds kennen die Tarifverträge vieler Mitarbeiter der chemischen Industrie auch die sogenannte **»Altersfreizeit«**: Mitarbeiter, die ein bestimmtes Lebensalter (zum Beispiel 55 oder 57 Jahre) erreicht haben, erhalten je tatsächlich geleistetem Arbeitstag eine bezahlte Freizeit, nach Alter gestaffelt etwa 0,60 Stunden, 0,75 Stunden oder 1 Stunde je Arbeitstag. Die so erworbene Altersfreizeit soll möglichst zusammengefasst zu ganzen Tagen gewährt werden – so ergibt sich für ältere Arbeitnehmer rechnerisch alle 7–10 Tage im Volksmund der »Oma-Tag« oder »Opa-Tag«.

Auf diesen Oma-Tag freute sich auch eine Arbeitnehmerin in einem norddeutschen Chemie-Unternehmen, in dem es einen Haustarifvertrag gab, der an den Manteltarifvertrag der chemischen Industrie angelehnt war. Das Problem: Die Arbeitnehmerin hatte schon zuvor etwas für ihre Gesundheit getan und ihre Arbeitszeit im Einvernehmen mit der Arbeitgeberin auf eine Vier-Tage-Woche reduziert und erwartete nun die entsprechend anteilige bezahlte Reduzierung ihrer Arbeitszeit. Dem hatten jedoch die Tarifvertragsparteien einen Riegel vorgeschoben und bestimmt: »Diese Regelungen [der Altersfreizeit] gelten nicht für Teilzeitbeschäftigte und Arbeitnehmer, die Kurzarbeit leisten oder Altersteilzeit in Anspruch nehmen.«

Die Arbeitnehmerin erhob Klage vor dem Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven und machte geltend, dass diese Herausnahme der Teilzeitbeschäftigten aus der Altersfreizeit gegen das Diskriminierungsverbot des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) verstoße. § 4 Absatz 1 TzBfG besagt: »Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht.«
Daraus ergibt sich die Frage: Ist die schon vorhandene Teilzeitbeschäftigung ein »sachlicher Grund«, eine weitere (bezahlte) Arbeitszeitreduzierung zu versagen?
So sah es die Arbeitgeberin und argumentierte: Sinn und Zweck der Altersfreizeit sei es, ältere Arbeitnehmer durch mehr Freizeit zu entlasten und ihrem **erhöhten Erholungsbedürfnis** – auch wegen des steigenden Renteneintrittsalters – Rechnung zu tragen. Bei einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer seien jedoch die Arbeitsbelastung und in der Folge das Erholungsbedürfnis geringer, das Regelungsziel werde daher bereits durch die verringerte Arbeitszeit der Teilzeitbeschäftigten erreicht.

Unzulässige Diskriminierung, entschied hingegen das Arbeitsgericht und sprach der klagenden Arbeitnehmerin die bezahlte Altersfreizeit anteilig im Verhältnis zu ihrer Teilzeitbeschäftigung (»pro rata temporis«) zu.
Die überzeugende Begründung des Arbeitsgerichts: Die Ungleichbehandlung durch bezahlte Freizeit nur für Vollzeitarbeitnehmer wirkt sich letztlich im Bereich der Vergütung aus und bedarf daher einer besonders strengen Rechtfertigungsprüfung.
Zwar seien die Tarifvertragsparteien grundsätzlich frei darin, in Ausübung ihrer grundgesetzlich geschützten Regelungsmacht den Zweck einer tariflichen Leistung zu bestimmen. Soweit durch eine tarifliche Regelung besondere Belastungen im Arbeitsalltag ausgeglichen werden sollen, ist aber festzustellen, ob diese tatsächlich nur bei vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern bestehen und bei Teilzeitbeschäftigten nicht einmal anteilig. Der behauptete Differenzierungsgrund muss objektiv vorhanden sein. Die bloße Einschätzung des Arbeitgebers, bestimmte Belastungen träten nur bei vollbeschäftigten Arbeitnehmern ein, reicht nicht einmal dann aus, wenn diese Einschätzung vertretbar erscheint. Das Erholungsbedürfnis sei bei Teilzeitbeschäftigung (die ihrerseits auf einer Vielzahl von Gründen beruhen kann, etwa der Pflege von Angehörigen, Familienarbeit, besonderen körperlichen Bedürfnissen) zwar anteilig geringer, entfalle jedoch keinesfalls vollständig.
Das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven setzt sich damit in Widerspruch zu zwei Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Köln aus den Jahren 2000 und 2016, das in ähnlich gelagerter tariflicher Konstellation zu dem klagabweisenden Schluss gekommen war: **»Bei Teilzeitbeschäftigten ist die Arbeitsbelastung geringer, damit auch das für die tarifliche Regelung maßgebende – gesteigerte – Erholungsbedürfnis. Dies entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, und bedarf angesichts seiner Offenkundigkeit keines Beweises.«**

Urteil vom 12.05.2000, Randnummer 38

Demgegenüber hat jüngst das LAG Baden-Württemberg die gleiche Haltung eingenommen wie das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven und es für diskriminierend gehalten, Teilzeitbeschäftigten eine anteilige bezahlte Arbeitszeitverkürzung zu versagen.

Das LAG Köln hat nunmehr wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Rechtsstreits die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen. Für das BAG wiederum wäre es angezeigt, die Rechtsfrage zur Vorabentscheidung an den Europäischen Gerichtshof vorzulegen, da das Diskriminierungsverbot gegenüber Teilzeitbeschäftigten auch auf Europäischem Richtlinienrecht beruht (RL 97/81/EG). Würde das BAG dieser Vorlagepflicht nicht nachkommen, verstieße es damit – erneut – gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters, Artikel 101 Absatz 1 Grundgesetz.

Fazit

Auch für den Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien gilt der Vorrang des Gesetzes und des Europarechts. Ob das, was das LAG Köln für »offenkundig« hält, erstens richtig ist und zweitens die Ungleichbehandlung der Teilzeitbeschäftigten rechtfertigen kann, werden nun das Bundesarbeitsgericht und ggf. der EuGH zu behandeln haben. Das Problem der »Opa-« und »Oma-Tage« steht in einer Reihe mit vielen anderen Hindernissen, auf die die Rechte teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer und – ganz überwiegend – Arbeitnehmerinnen im betrieblichen Alltag stoßen und die jeweils einer Prüfung auf ihre objektive Rechtfertigung hin standhalten müssen. Betriebsräte können zur Gleichbehandlung der Teilzeitbeschäftigten beitragen, indem sie in den Regelungen, die sie selbst mit dem Arbeitgeber treffen, auf klarstellende Formulierungen zum Umgang mit Teilzeit achten.

Siehe:

- Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven, Urteil vom 26.01.2016, Aktenzeichen 9 Ca 9163/15, rechtskräftig. Die Entscheidung kann beim Autor angefordert werden.
- Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 29.01.2016, Aktenzeichen 17 Sa 84/15, BeckRS 2016, 67717
- Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 12.05.2000, Aktenzeichen 12 (10) Sa 1474/99, veröffentlicht bei Juris
- Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 08.01.2016, Aktenzeichen 10 Sa 730/15, veröffentlicht bei Juris; Revision beim Bundesarbeitsgericht unter Aktenzeichen 10 AZR 358/16
- Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 25.02.2010, Aktenzeichen 1 BvR 230/09 (Verstoß des BAG gegen Artikel 101 Absatz 1 Grundgesetz durch Nichtvorlage an den EuGH)

Simon Wionski
Rechtsanwalt, Bremen

Betriebliches Eingliederungsmanagement Ein Überblick

Sind Beschäftigte in einem Jahr länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank, schreibt das Gesetz den Arbeitgebern seit 2004 ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) vor. In einem BEM soll den Ursachen von Arbeitsunfähigkeitszeiten nachgegangen und es sollen Möglichkeiten gesucht werden, künftig solche Zeiten zu vermeiden oder zu verringern. Durch frühzeitige Maßnahmen des Arbeitgebers soll der Arbeitsplatz langfristig erhalten bleiben.

> Beteiligte

Der Arbeitergeber muss das BEM einleiten. Der Arbeitnehmer ist hingegen nicht verpflichtet, am BEM teilzunehmen. Ohne sein Wissen und seine Zustimmung dürfen keine Maßnahmen getroffen werden. Der Arbeitnehmer darf seine Zustimmung jederzeit widerrufen. Dann muss das BEM gestoppt werden.

Sinnvoll und ratsam ist es, Betriebs-, Werks- oder Personalarzt am BEM zu beteiligen. Diese kennen (hoffentlich) die Anforderungen an den Arbeitsplatz und die Arbeitsbedingungen und können einschätzen, welche Gesundheitsgefahren dem Arbeitnehmer drohen. Auch die Beteiligung der behandelnden externen Ärzte ist möglich, sofern sie von der Schweigepflicht entbunden sind.

Am BEM können also beteiligt werden:

- der Arbeitgeber
- der Arbeitnehmer
- der Betriebs- oder Personalrat
- die Schwerbehindertenvertretung
- der Betriebs-, Werks- oder Personalarzt
- Rehabilitationsträger
- das Integrationsamt
- behandelnde Ärzte

Nicht nur schwerbehinderte Arbeitnehmer

Die rechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung eines BEM sind im Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch – geregelt (SGB IX). Dieses regelt die Rechte schwerbehinderter Menschen. Das in § 84 Absatz 2 SGB IX geregelte BEM ist aber nicht nur bei Schwerbehinderten durchzuführen; diese Präventionsvorschrift gilt für alle Beschäftigten.

Datenschutz

Um das Ziel eines BEM überhaupt zu erreichen, müssen alle Beteiligten die datenschutzrechtlichen Vorgaben einhalten. Nur wenn für den Beschäftigten verlässlich geregelt und geklärt ist, ob und wie seine Angaben vertraulich behandelt werden, kann seine Bereitschaft erwartet werden, am BEM teilzunehmen.

Das gilt insbesondere für die Offenlegung der **Diagnosen**. Beschäftigte müssen sie zwar nicht offenlegen. Ein BEM kann aber oft nur erfolgreich sein, wenn alle Beteiligten wissen, welche Tätigkeiten aus welchen Gründen nicht mehr möglich sind.

Nicht alle Vorgänge um das BEM dürfen in die Personalakte. Der Arbeitgeber darf dort vermerken, dass er ein BEM angeboten hat und dieses vom Arbeitnehmer angenommen oder abgelehnt worden ist. Auch kann er festhalten, welche Maßnahmen im Rahmen des Angebots durchgeführt wurden.

Alle weiteren Daten, die im Rahmen des BEM bekannt geworden sind, sind **außerhalb der Personalakte** aufzubewahren. Vor allem gilt dies für medizinische Diag-

nosen. Diese sind – wenn vorhanden – nur beim Betriebs-, Werks- oder Personalarzt aufzubewahren. Er darf die Daten nur mit Einwilligung des Beschäftigten an den Arbeitgeber, das Integrationsamt oder sonstige Dritte weiterleiten.

Rechte des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht, wenn es um die allgemeinen Grundsätze für das BEM geht (§ 87 Absatz 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG). Außerdem kann der Betriebsrat verlangen, dass der Arbeitgeber ihm die Arbeitnehmer benennt, welche die Voraussetzungen für die Durchführung des BEM erfüllen (§ 80 Absatz 1 Nr. 1 BetrVG und § 84 Absatz 2 Satz 7 SGB IX). Nur dann kann der Betriebsrat seinen Überwachungsaufgaben nachkommen. Der Betriebsrat kann die Namen unabhängig von einer Zustimmung der Betroffenen einfordern. Der Datenschutz steht dem nicht entgegen, so das BAG. Die Weitergabe ist nach § 28 Absatz 6 Nr. 3 Bundesdatenschutzgesetz zulässig. Ob der Betriebsrat darüber hinaus im konkreten Verfahren beteiligt wird, entscheidet der Arbeitnehmer.

Kündigungsschutz

Ein BEM schützt nicht immer vor einer krankheitsbedingten Kündigung. Sogar ohne BEM kann eine krankheitsbedingte Kündigung wirksam sein. Das BAG begründet seine Auffassung damit, dass das Gesetz keine Rechtsfolgen für ein fehlendes BEM vorsieht.

Aber der Arbeitgeber geht ohne ordnungsgemäßes BEM ein großes Risiko ein. Es gilt immer: Eine Kündigung ist nur wirksam, wenn es keine **milderen Mittel** gibt. Durch ein korrektes BEM können mildere Mittel erkannt und entwickelt werden. Vielleicht genügt eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu anderen Arbeitsbedingungen. In manchen Fällen kommt eine Umsetzung auf einen anderen, leidensgerechten Arbeitsplatz in Frage, selbst wenn der andere Arbeitsplatz besetzt ist.

Führt der Arbeitgeber kein BEM durch, muss der Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzverfahren beweisen, dass ein BEM nicht möglich war oder nichts genützt hätte. Ein pauschaler Vortrag reicht hierzu vor Gericht nicht aus. So hat der Arbeitgeber auch nachzuweisen, dass gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger die Fehlzeiten nicht ernsthaft verringert hätten.

Wurde ein **BEM erfolgreich durchgeführt**, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die sich daraus ergebende Empfehlung umzusetzen. Auch der Arbeitnehmer tut gut daran, sich daran zu halten. Ergibt das BEM, dass zum Beispiel eine stationäre Heilmaßnahme erforderlich ist, und **lehnt der Arbeitnehmer diese Maßnahme ab**, muss ihn der Arbeitgeber auf eine drohende Kündigung hinweisen. Erst dann kann eine Kündigung wirksam sein. Aber: Nach der Rechtsprechung des BAG kann eine Kündigung auch ohne einen solchen Hinweis wirksam sein, wenn der Arbeitgeber darlegen kann, dass die vorgeschlagene Maßnahme keine Besserung des Leidens gebracht hätte und es weiterhin zu erheblichen Fehlzeiten gekommen wäre. Wird im ordnungsgemäßen BEM keine Möglichkeit gefunden, wie der Be-

schäftigte weiterarbeiten kann, muss der Arbeitgeber bei Gericht nur vortragen, dass keine andere Beschäftigungsmöglichkeit besteht. Den Arbeitnehmer rettet dann nur noch, wenn er Alternativen findet, die zwar während des BEM erwähnt, aber nicht behandelt worden sind oder sich erst nach Abschluss des BEM ergeben haben.

Fazit

Fast immer sollten Beschäftigte bei einem BEM mitwirken. Sich verweigern hilft selten. Der Arbeitnehmer tut gut daran, sich von seinem Betriebsrat im BEM begleiten zu lassen. Die Praxis hat gelehrt: Nur mit engagiertem Betriebsrat, Personalrat oder engagierter Schwerbehindertenvertretung laufen BEMs erfolgreich. Der Betriebsrat und auch der Personalrat haben Mitbestimmungsrechte, wie ein BEM zu verlaufen hat.

Siehe:

- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 07.02.2012, Aktenzeichen 1 ABR 46/10, AiB 2012, Seite 605 – Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat Arbeitnehmer benennen, die die BEM-Voraussetzungen erfüllen
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12.07.2007, Aktenzeichen 2 AZR 716/06, NZA 2008, Seite 173 – BEM ist nicht immer Voraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.12.2009, Aktenzeichen 2 AZR 400/08, NZA 2010, Seite 398 – Zur Darlegungs- und Beweislast bei Kündigung trotz Nichtdurchführung der Maßnahmen aus dem BEM
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30.09.2010, Aktenzeichen 2 AZR 88/09, NZA 2011, Seite 38 – Zur Darlegungs- und Beweislast bei unterlassenem BEM
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.11.2014, Aktenzeichen 2 AZR 755/13, NZA 2015, Seite 612 – Zur Darlegungs- und Beweislast bei unterlassenem BEM und bei Ablehnung von Maßnahmen durch den Arbeitnehmer
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 22.03.2016, Aktenzeichen 1 ABR 14/14, BeckRS 2016, 69981 – Zur Beteiligung und Mitbestimmung des Betriebsrats beim BEM
- IG Metall: Musterbetriebsvereinbarung unter: www.ergo-online.de/html/service/download_area/PDF_Instrumente-BV_BEM.pdf

Stefan Gild-Weber
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mannheim

Mirjam Scherm
Rechtsanwältin, Mannheim

Kalendersoftware mitbestimmungspflichtig ...

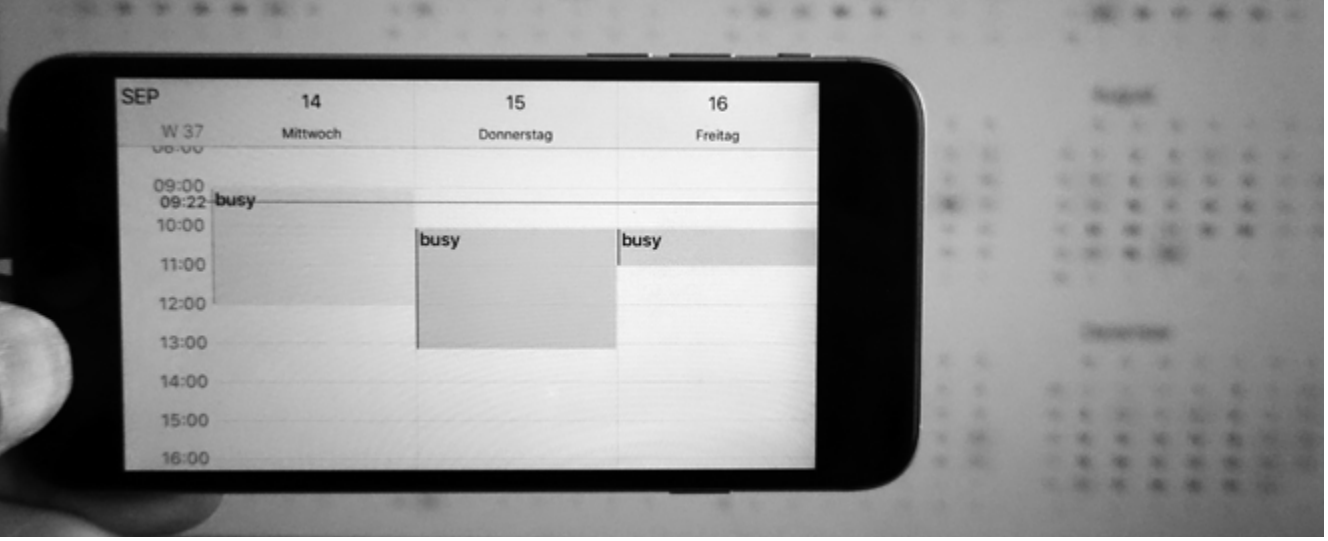
... auch im öffentlichen Dienst

Man sieht sie häufiger: Menschen überprüfen anhand ihres Smartphones, ob ihr – natürlich voller – Terminkalender noch eine Lücke lässt für ein Treffen mit Freunden. Wenn ja, tippen sie die Verabredung ein. Alles im Griff. Was im privaten Bereich eher nützlich und unkritisch sein mag, ist zunehmend in Betrieben und auch in Verwaltungen ein Mittel zur Personalführung und Personalkontrolle. Der Personalrat hat aber mitzureden.

> Google preist die Online-Kalender als Planungstool für Unternehmen mit den Worten an: »**Planen Sie im Handumdrehen Termine, indem Sie die Verfügbarkeit Ihrer Kollegen prüfen oder deren Kalender in einer einzigen Ansicht übereinanderlegen. Wenn Sie Ihre Kalender für andere Nutzer freigeben, können Sie festlegen, ob sämtliche Termindetails angezeigt werden sollen, oder lediglich Ihre generelle Verfügbarkeit.**« https://apps.google.de/intx/de/products/calendar/

Manche Unternehmen und Verwaltungen führen auch selbstentwickelte Software ein – so auch eine Universität, die im Jahr 2013 beschloss, eine zentrale Kalendersoftware einzuführen. Ziel war im Wesentlichen die Planung der Termine an zentraler Stelle. Neben der Möglichkeit des Nutzers, einen eigenen Kalender zu führen, bildet einen zentralen Bestandteil des Kalendersystems die Option, den eigenen Kalender **für andere Nutzer einsehbar zu machen**. Der Kalenderdienst ermöglicht zudem die Einrichtung von Gruppen.

Die Nutzung der Kalendersoftware soll dem Grundsatz nach freiwillig sein. Die verbindliche Entscheidung zum Einsatz des Dienstes durch die Beschäftigten obliegt den jeweiligen Einrichtungsleitungen der Universität. Diese können die Nutzung der Software der Sache und dem Umfang nach per Direktionsrecht gegenüber den Beschäftigten anordnen, sie können Beschäftigte aus ihrem Zuständigkeitsbereich verpflichten, Gruppen beizutreten, können im Gruppenkalender bestimmte Termine für Gruppenmitglieder eintragen, haben nach Einräumung einer entsprechenden Zugriffsmöglichkeit durch den jeweiligen Kalenderinhaber lesenden Zugriff auf die individuellen Kalender wie auch eigenes Schreibrecht.



Der zuständige Gesamtpersonalrat der Universität wurde an der Einführung des zentralen Kalenderdienstes nicht beteiligt. Er leitete beim Verwaltungsgericht Hannover ein Beschlussverfahren ein, um feststellen zu lassen, dass die Einführung des zentralen Kalenderdienstes für die Beschäftigten seinem Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen unterliegt. Dieses Recht ist für Personalräte in Niedersachsen in § 67 Absatz 1 Nr. 2 NPersVG geregelt.

Der Antrag hatte Erfolg. In seiner Begründung führt das Verwaltungsgericht aus:

» Kennzeichnet der Nutzer den jeweiligen Zeitraum als ›busy‹, so wird ihm dieser Zeitraum als für eine anderweitige Terminvergabe geblockt angezeigt. Zudem zeigt der durch den Kalenderinhaber im Voraus festgelegte buchbare Bereich an, welchen Zeitraum innerhalb eines Tages er überhaupt für Terminvergaben grundsätzlich zur Verfügung stellt. Auf dieser Basis kann ein Dritter, der Zugriff auf den elektronischen Terminkalender hat, etwa der Dienststellenleiter oder ein in derselben Arbeitsgruppe tätiger Beschäftigter, im Verlauf mehrerer Monate durch die Anzahl, Dauer und Platzierung der Termine eine Art Verabredungsprofil für den betreffenden Kalenderinhaber erstellen. Ein derartiges Verabredungsprofil ermöglicht beispielsweise Rückschlüsse dergestalt, dass ein Beschäftigter die Morgenstunden meidet und die Verabredungen nicht vor zehn Uhr terminiert, ein anderer hingegen regelmäßig die späten Nachmittagsstunden für Terminvergaben blockiert, ein Dritter wiederum auffällige viele Termine in den Mittagsstunden oder an Freitagnachmittagen anberaumt. Kennt der Betrachter die konkrete Dauer eines Außentermins, so kann ein hierüber hinausgehender als ›busy‹ gekennzeichneter Zeitraum bei ihm die Frage aufwerfen, ob der Kalenderinhaber anlässlich des Termins noch Privatgeschäfte erledigt. Schließlich können Beschäftigte, die ihrem Stellenprofil gemäß besonders häufig Außendienst leisten, als besonders fleißig erscheinen, während bei schwerpunktmäßig im Innendienst tätigen Beschäftigten auffällig viele Verhinderungen ins Auge stechen mögen. ...

Die Wahlfreiheit der Beschäftigten, die Teilnahme an dem elektronischen Kalender ... insgesamt zu verweigern oder nur ausgewählten Nutzern bestimmte Zugriffsrechte zu gewähren, kann nach den Umständen des Falles nicht als derart effektiv und frei von Beeinflussungsmöglichkeiten angesehen werden, dass es

der autonomen Entscheidung der Beschäftigten unterläge, ob eine Überwachung ihres Verhaltens und ihrer Leistung erfolgt. ...
In diesen Fällen entfaltet sich – zumindest in Arbeitsgruppen bzw. -einheiten von überschaubarer Größe – ein sozialer Druck, der für den Einzelnen durchaus spürbar ist und einer völlig autonomen Entscheidung des Beschäftigten entgegensteht. Denn es ist allgemein anerkannt, dass auch das Streben nach Anerkennung durch Vorgesetzte oder Kollegen sowie das Bemühen, Kritik am eigenen Arbeitsverhalten zu vermeiden, das Verhalten eines Beschäftigten beeinflussen. Gerade die beim Beteiligten zum Einsatz kommende Organisationsform der Arbeitsgruppe wird unter diesem Gesichtspunkt als besonders effizient angesehen, weil sie auf dem Gedanken beruht, dass die Beschäftigten im Wege der ›aktiven Selbstkontrolle‹ ihre Leistungen steigern (vgl. hierzu generell BAG, Beschl. v. 26. 7.1994 – 1 ABR 6/94 – ...).«

Und – man ist gar nicht mehr daran gewöhnt – es folgt auch eine Auseinandersetzung mit verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, nämlich:

» Dass die drohende Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten aufgrund gruppendynamischer Kontrollprozesse als eine vom Beteiligten ausgehende Beeinträchtigung zu werten ist, steht zudem mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu mittelbaren Grundrechtseingriffen im Einklang. Hiernach ist anerkannt, dass ein durch den Staat veranlasstes, grundrechtsbeeinträchtigendes Handeln (privater) Dritter dem Staat auch ohne eine entsprechende subjektive Beeinträchtigungsabsicht als mittelbarer Grundrechtseingriff zuzurechnen ist, sofern das beeinträchtigende Verhalten der Dritten objektiv voraussehbar war und von den staatlichen Organen in Kauf genommen wurde (vgl. hierzu generell: BVerfG, Beschl. v. 16.12.1983 – 2 BvR 1160/83 ...).«

Fazit

Die erfreuliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts Hannover ermöglichte dem Gesamtpersonalrat der Universität, bei der Einführung der Kalendersoftware mitzureden. Darüber hinaus enthält sie wichtige und deutliche Klarstellungen und Argumente, die auch in anderen Fällen überwachungsgeeigneter technischer Einrichtungen helfen können, die Beteiligung der Mitbestimmungsgremien durchzusetzen.

Siehe:

- Verwaltungsgericht Hannover, Beschluss vom 24.06.2015, Aktenzeichen 17 A 7805/13 (rechtskräftig).
  Die Entscheidung kann bei Interesse vom Autor angefordert werden.

Detlef Fricke
Rechtsanwalt, Hannover

Zur Beachtung

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

Unsere Kanzleien

10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte
Marion Burghardt*, Christian Fraatz*, Dieter Hummel*, Mechtild Kuby*,
Nils Kummert*, Sebastian Baunack*, Dr. Lukas Middel, Sandra Kunze*,
Dr. Silvia Velikova*, Damiano Valgolio*, Anne Weidner*, Gerd Denzel,
Norbert Schuster, Mara Neele Künkel, Daniel Weidmann*, Dr. Raphaël Callsen
Immanuelkirchstraße 3–4
10405 Berlin
Telefon: 030 446792-0
Fax: 030 446792-20
info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de

22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft
Klaus Müller-Knapp*, Jens Peter Hjort*, Manfred Wulff*, Andreas Bufalica*,
Dr. Julian Richter*, Dr. Lisa Moos, Heiner Fechner, Christopher Kaempf,
Dr. Ragnhild Christiansen, Charlotte Kleveman
Kaemmererufer 20
22303 Hamburg
Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999
kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

24103 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)
Dr. Julian Richter*
Kleiner Kuhberg 2–6
24103 Kiel
Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124
kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de

28195 Bremen | Kanzlei Sieling · Winter · Dette · Nacken
Tilo Winter*, Dieter Dette*, Michael Nacken*, Sonja Litzig*, Dr. jur. Pelin Öğüt*,
Dilek Ergün*, Markus Barton, Simon Wionski, Christoph Gottbehüt
Am Wall 190
28195 Bremen
Telefon: 0421 337570 | Fax: 0421 325836
kooperation@arbeitsrecht-bremen.de | www.arbeitsrecht-bremen.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

30159 Hannover | Kanzlei Detlef Fricke und Joachim Klug
Detlef Fricke, Joachim Klug*, Olivia Simatic
Goseriede 12
30159 Hannover
Telefon: 0511 70074-0 | Fax: 0511 70074-22
post@fricke-klug.de | www.fricke-klug.de

44137 Dortmund | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein
Ingelore Stein*, Iris Woerner*, Kerstin Rogalla
Kampstraße 4A (Krügerpassage)
44137 Dortmund
Telefon: 0231 822013 | Fax: 0231 822014
arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de

60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte
Detlef Büdel*, Udo Rein*, Nina Krüger*, Dr. Patrick Fütterer*, Christine Zedler
Petersstraße 4
60313 Frankfurt am Main
Telefon: 069 1338581-0 | Fax: 069 1338581-14
anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de

60318 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann. fachanwälte für arbeitsrecht
Armin Franzmann*, Yvonne Geilen*, Jan Brückmann*,
Kathrin Poppelreuter, Kathrin Schlegel*
Scheffelstraße 11
60318 Frankfurt
Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821
mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de

65185 Wiesbaden | Schütte & Kollegen
Reinhard Schütte*, Jakob T. Lange*, Simon Kalck*
In Bürogemeinschaft mit: Brigitte Strubel-Mattes*
Adolfsallee 22
65185 Wiesbaden
Telefon: 0611 950011-0 | Fax: 0611 950011-20
rae@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com

68161 Mannheim | Kanzlei für Arbeitsrecht – Dr. Growe & Kollegen
Dr. Dietrich Growe*, Stefan Gild-Weber*, Andrea von Zelewski, Mirjam Scherm
P 7, 6–7 (ÖVA-Passage)
68161 Mannheim
Telefon: 0621 862461-0 | Fax: 0621 862461-29
mail@kanzlei-growe.de | www.kanzlei-growe.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

70176 Stuttgart | Bartl & Weise – Anwaltskanzlei

Ewald Bartl*, Dirk Weise, Benja Mausner*, Maike Hellweg, Katharina Grenz, Diana Arndt-Riffler* (in Bürogemeinschaft)
Johannesstraße 75
70176 Stuttgart
Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320
info@kanzlei-bww.de | www.kanzlei-bww.de

79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus

Michael Schubert*, Ricarda Ulbrich* (auch Fachanwältin für Sozialrecht und Mediatorin), Cornelia Czuratis
Wilhelmstraße 10
79098 Freiburg
Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024
kanzlei@anwaltsbuero-im-hegarhaus.de | www.anwaltsbuero-im-hegarhaus.de

90429 Nürnberg | Manske & Partner

Jürgen Markowski*, Ute Baumann-Stadler*, Beate Schoknecht*, Sabine Feichtinger*, Thomas Müller*, Dr. Sandra B. Carlson*, LL.M., Judith Briegel*, Andreas Bartelmeß*, Georg Sendelbeck*, Axel Angerer, Magdalena Wagner, Sebastian Lohneis;
Berater der Kanzlei: Wolfgang Manske
Bärenschanzstraße 4
90429 Nürnberg
Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 265150
kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

Impressum

» Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von dem Rechtsanwaltsbüro

- **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**
  Kaemmererufer 20
  22303 Hamburg
  Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999
  kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
  www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
  Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816
- Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Julian Richter

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

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

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation_01 · netzwerk für digitale gestaltung
  www.formation01.com
- Autorenportraits: Autoren