

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Februar 2019**

## Inhalt

### Neues vom Gesetzgeber

**Bundeskabinett beschließt Entwurf eines  
Fachkräfteeinwanderungsgesetzes**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Kopftuchverbot am Arbeitsplatz – BAG ruft EuGH an**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Sachgrundlose Befristung bei acht Jahre zurückliegender  
Vorbeschäftigung unwirksam**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Trotz Entgelttransparenzgesetz: Weiterhin kein Anspruch  
des Betriebsrats auf dauerhafte Überlassung von  
Entgeltlisten**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Twitter & Facebook? Nicht ohne den Betriebsrat!**

## Neues vom Gesetzgeber

### Bundeskabinett beschließt Entwurf eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes

*Am 18.12.2018 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes beschlossen. Das Gesetz befindet sich nun im weiteren Gesetzgebungsverfahren, gegenwärtig beim Bundesrat. Wir werden Sie nach Inkrafttreten des Gesetzes über die Inhalte im Detail unterrichten, möchten aber heute schon die wesentlichen Inhalte kurz vorstellen.*

Beim Fachkräfteeinwanderungsgesetz handelt es sich um ein Artikelgesetz. Das heißt, die bestehenden Normen werden verändert. Ein von vielen geforderter Wechsel des Grundsystems ist ausgeblieben. Ebenso wenig ist ein „Einwanderungsgesetzbuch“ geschaffen worden. Auch eine Einwanderung nach Beschäftigungskategorien oder ein punktebasiertes Einwanderungssystem sind ausgeblieben. Durch viele Detailwechsel im geltenden Recht soll die Zuwanderung von Fachkräften attraktiver gemacht und der Fachkräftemangel in Deutschland gelindert werden. Der Arbeitsmarkt wird dadurch nicht nur für Hochqualifizierte geöffnet, sondern auch für Menschen mit anerkannter Berufsausbildung.

Wichtigste Neuerungen sind:

- Hochschulabsolventen und Beschäftigte mit qualifizierter Berufsausbildung werden unter einem „einheitlichen Fachkräftebegriff“ zusammengefasst.
- Die bisher durchgeführte Vorabprüfung entfällt bei anerkannter Qualifikation und Vorliegen eines Arbeitsvertrages. Der Gesetzgeber behält sich jedoch vor, bei Verschlechterung der Arbeitsmarktlage die Vorabprüfung kurzfristig wieder einzuführen.
- Auch die Begrenzung auf Mangelberufe entfällt bei Vorliegen einer qualifizierten Berufsausbildung.
- Fachkräfte mit qualifizierter Berufsausbildung können nun – wie schon bisher bei Hochschulabsolventen – für eine befristete Dauer von sechs Monaten zur Arbeitsplatzsuche nach Deutschland kommen. Voraussetzung sind Sprachkenntnisse und die Sicherung des eigenen Lebensunterhalts. Bis zu zehn Stunden wöchentlich ist eine Probearbeit möglich.
- Verfahrensmäßig wird die ausländische Berufsqualifikation gebündelt und im Wege eines „beschleunigten Fachkräfteverfahrens“ anwenderfreundlicher gestaltet.

Wir werden Sie über die Gesetzesänderungen, die materiell-rechtlich vor allem in den neuen §§ 18 bis 20 AufenthaltG-E enthalten sind, nach deren Abstimmung ausführlich und ggf. in einer Sonderausgabe unterrichten.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Kopftuchverbot am Arbeitsplatz – BAG ruft EuGH an

*Am 30.01.2019 hat das BAG über die Wirksamkeit eines arbeitgeberseitigen Kopftuchverbotes im Einzelhandel verhandelt. In den ersten beiden Instanzen hatte die Arbeitnehmerin, die bei ihrer Kassiertätigkeit weiter Kopftuch tragen wollte, obsiegt. Das BAG hat den EuGH zur Klärung verschiedener Fragen des Europarechts angerufen. Nach der Entscheidung des EuGH und der Umsetzung durch das BAG wird Klarheit bestehen, ob Unternehmen derartige Regeln aufstellen dürfen.*

Der Arbeitgeber hatte sich auf seine unternehmerische Freiheit und die Kleiderordnung im Unternehmen berufen. Danach waren sowohl Trainings- und Jogginganzüge als auch „Kopfbedeckungen aller Art ... bei Kundenkontakt“ verboten. Verschiedene Entscheidungen des EuGH aus dem Jahr 2017 hatten es für möglich erachtet, dass solche internen Regelungen als sachliche Rechtfertigungen dienen können.

Das BAG will nun vom EuGH wissen, ob eine allgemeine Anordnung in der Privatwirtschaft (also die Regel im Unternehmen), die auch das Tragen auffälliger religiöser Zeichen verbietet, aufgrund der von Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) geschützten unternehmerischen Freiheit diskriminierungsrechtlich stets gerechtfertigt ist.

In einer zweiten Frage – wenn die erste Frage in ihrer Absolutheit verneint wird – will das BAG wissen, ob die Religionsfreiheit der Arbeitnehmerin bei der Abwägung, ob eine arbeitgeberseitige Weisung berechtigt ist, berücksichtigt werden muss.

Ungeachtet der Frage, wie der EuGH im Einzelnen entscheiden wird, empfehlen wir, solche allgemeingültigen Regelungen im Unternehmen aufzustellen, falls das Tragen religiöser Symbole – gleich welcher Art und gleich welcher Religion – in einem Unternehmen der Privatwirtschaft unterbunden werden soll. Wir erwarten, dass solchen Regelun-

gen bei der Abwägungsentscheidung mit Blick auf den vom BAG zitierten Art. 16 der GRC hohe Bedeutung zukommen wird. Bei der Erstellung auf Ihr Unternehmen angepasster Regelungen unter Berücksichtigung etwaiger Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG unterstützen wir Sie gerne.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Sachgrundlose Befristung bei acht Jahre zurückliegender Vorbeschäftigung unwirksam

*Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hatte im Juni des letzten Jahres entschieden, dass die vom BAG vorgenommene Begrenzung des sog. Vorbeschäftigungsverbots des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG auf drei Jahre verfassungswidrig ist. Wir hatten in unserem Juli-Newsletter darüber berichtet. In einem Urteil vom 23.01.2019 hat das BAG seine Rechtsprechung nun ausdrücklich aufgegeben und entschieden, dass eine sachgrundlose Befristung auch dann unwirksam ist, wenn die Vorbeschäftigung bereits acht Jahre zurückliegt (Az. 7 AZR 733/16).*

Der Kläger war von März 2004 bis September 2005 als gewerblicher Mitarbeiter bei der Beklagten tätig gewesen. Im August 2013 stellte die Beklagte ihn erneut sachgrundlos befristet ein, zunächst bis Februar 2014. Die Parteien vereinbarten anschließend wiederholt Verlängerungen der Vertragslaufzeit. Im August 2015, also nach genau zwei Jahren durchgehender Beschäftigung, sollte das Arbeitsverhältnis schließlich enden.

Die hiergegen gerichtete Klage hatte in allen drei Instanzen Erfolg. Bereits das LAG Baden-Württemberg hatte unter Berufung auf die frühere Rechtsprechung des BAG (vor 2011) entschieden, dass das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zeitlich uneingeschränkt gelte.

Nach der klaren Entscheidung des BVerfG vom 06.06.2018 (1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14) blieb dem BAG nichts anderes übrig, als die im Jahr 2011 etablierte Rechtsprechung, wonach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in verfassungskonformer Auslegung solche Vorbeschäftigungen nicht erfasse, die länger als drei Jahre zurückliegen, aufzugeben. Es weist allerdings darauf hin, dass die Fachgerichte auch nach Auffassung des BVerfG den **Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränken** könnten und müssten, **soweit das Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar** sei, weil eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht bestehe und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich sei, das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung könne insbesondere dann unzumutbar sein, wenn eine **Vorbeschäftigung sehr lange zurückliege, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer gewesen** sei. **Nicht ausreichend** sei, dass das frühere Arbeitsverhältnis – wie im zu entscheidenden Fall – **acht Jahre** zurückliege.

Wichtig ist auch die Klarstellung des BAG, dass **für Altverträge kein Vertrauensschutz** gewährt wird. Arbeitgeber können sich also nicht darauf berufen, die Befristung im Vertrauen auf die im Jahr 2011 ergangenen Entscheidungen des BAG vereinbart zu haben. Sie hätten bei Abschluss des Vertrags die Möglichkeit in Betracht ziehen müssen, dass die vom BAG vorgenommene verfassungskonforme Auslegung vor dem BVerfG möglicherweise keinen Bestand haben würde.

Bis die Rechtsprechung ausgelotet hat, wann die Grenzen für eine Unzumutbarkeit des Vorbeschäftigungsverbots erreicht sind, bleibt bei der Vertragsgestaltung weiterhin absolute Vorsicht geboten. Alle diese Probleme stellen sich nicht, wenn man die Befristung auf einen Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG stützen kann.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Trotz Entgelttransparenzgesetz: Weiterhin kein Anspruch des Betriebsrats auf dauerhafte Überlassung von Entgeltlisten

*Seit dem 06.07.2017 ist das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) in Kraft. Das Gesetz gewährt Arbeitnehmern in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten einen Anspruch auf Auskunft über den statistischen Median des Entgelts, das Arbeitnehmern des jeweils anderen Geschlechts für eine vergleichbare Tätigkeit gezahlt wird. Sechs Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes konnte der Anspruch erstmal geltend gemacht werden. Übernimmt der Arbeitgeber die Auskunftsverpflichtung gemäß § 14 Abs. 2 EntgTranspG, muss er den Betriebsrat umfassend und rechtzeitig über eingehende Auskunftsverlangen sowie seine Antwort hierauf informieren. Der Betriebsrat wiederum hat gemäß § 13 Abs. 2 EntgTranspG das Recht, die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter „einzusehen und auszuwerten“. Das LAG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 23.10.2018 (Az. 8 TaBV 42/18) klargestellt, dass es bei einem bloßen Einsichtsrecht bleibt.*

Bei der Arbeitgeberin, einer Dienstleisterin im Bereich Mobilfunk, Festnetz, Datendienste und Breitbandinternet, hatten in den ersten Monaten des Jahres 2018 insgesamt 28 Arbeitnehmer Auskunftsansprüche nach dem Entgelttransparenzgesetz geltend gemacht. In diesem Zusammenhang hatte die Arbeitgeberin dem Betriebsrat die Entgeltlisten der Arbeitnehmer entweder auf einem ihm zur Verfügung gestellten PC als pdf-Datei oder als Ausdruck der Datei zur Einsicht zur Verfügung gestellt. Dem Betriebsrat war gestattet, Notizen zu machen und Auswertungen unter Zuhilfenahme elektronischer Hilfsmittel wie Taschenrechner oder Laptop vorzunehmen.

Damit gab sich der Betriebsrat jedoch nicht zufrieden und argumentierte, sein Aufgabenkanon sei durch die Einführung des Entgelttransparenzgesetzes um die Auswertung der Entgeltlisten erweitert worden. Eine Auswertung der Entgeltlisten sei indes nur dann möglich, wenn ihm diese dauerhaft überlassen würden, etwa als Fotokopie.

Das LAG Düsseldorf ist dem entgegengetreten. Schon der **eindeutige Wortlaut** des § 13 Abs. 2 Satz 1 EntgTranspG spreche von einem Recht auf „**Einsicht**“. Spiegelbildlich verpflichte § 13 Abs. 3 EntgTranspG den Arbeitgeber zur Gewährung von „**Einblick**“ in die Entgeltlisten. „Einsicht“ bzw. „Einblick“ verlangten gerade **keine Einräumung einer dauerhaften physischen Verfügungsgewalt** über die Entgeltlisten. Etwas anderes folge auch nicht aus dem gesetzlich normierten Recht zur Auswertung der Entgeltlisten. Eine Auswertung setze ebenfalls keine zeitlich unbeschränkte Verfügungsgewalt voraus. Auch aus bloß zu sichtenden Quellen ließen sich Informationen herauslesen.

Im Übrigen folge aus § 13 Abs. 1 Satz 1 EntgTranspG, dass der Betriebsrat die Durchsetzung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern im Betrieb lediglich „im Rahmen seiner Aufgabe nach § 80 Absatz 1 Nummer 2a des Betriebsverfassungsgesetzes“ fördere. Die **Aufgaben des Betriebsrats** seien durch das Entgelttransparenzgesetz also gerade **nicht erweitert**, sondern lediglich klargestellt worden.

Das LAG Düsseldorf hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zugelassen. Eine gegenteilige Entscheidung des BAG ist aus unserer Sicht jedoch eher nicht zu erwarten.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Twitter & Facebook? Nicht ohne den Betriebsrat!

*Die Außendarstellung über Social-Media-Tools ist inzwischen nicht nur im Weißen Haus, sondern auch für deutsche Unternehmen eine Selbstverständlichkeit. Deutsche Arbeitgeber sind jedoch gut beraten, eine mögliche Mitbestimmung des Betriebsrats nicht außer Acht zu lassen. Das LAG Hamburg hat mit Beschluss vom 13.09.2018 (Az. 2 TaBV 5/18) nun den Twitter-Account einer Arbeitgeberin – im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG zum Facebook-Auftritt eines Unternehmens (Az. 1 ABR 7/15) – als mitbestimmungspflichtige Überwachungseinrichtung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG qualifiziert.*

Die Arbeitgeberin betreibt mehrere Multiplex-Kinos und nutzte zur eigenen Unternehmenspräsentation und Interaktion mit Kunden einen Twitter-Account. Auf Tweets der Arbeitgeberin konnten Kunden mit einer nicht zu deaktivierenden „Antwort“-Funktion reagieren. Inhalt entsprechender Reaktionen, die sowohl die Arbeitgeberin als auch jedenfalls registrierte Twitter-User einsehen konnten, waren regelmäßig auch Kundenbewertungen hinsichtlich einzelner Mitarbeiter oder Serviceleistungen. Unter Zuhilfenahme weiterer Informationen (Dienstpläne o.ä.) konnten die Bewertungen ggf. einzelnen Mitarbeitern eindeutig zugeordnet werden.

Der nicht beteiligte Betriebsrat hatte mit seinem Unterlassungsanspruch Erfolg. Das Gericht entschied, dass dem Betriebsrat im Rahmen der Einrichtung und des Betriebs des Twitter-Accounts ein **Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG** zusteht. Auf einer Linie mit der recht weitgehenden Rechtsprechung des BAG nahm das LAG an, dass der Twitter-Account der Arbeitgeberin eine technische Einrich-



tung darstelle, die dazu bestimmt sei, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Eine zur Überwachung bestimmte technische Einrichtung liege bereits vor, wenn die technische Einrichtung **objektiv geeignet** ist, Verhaltens- und Leistungsinformationen über den Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen. **Nicht erforderlich** sei hingegen, dass die technische Einrichtung auf die Überwachung der Leistung und des Verhaltens der Arbeitnehmer **ausgerichtet** ist oder dass der Arbeitgeber eine solche **beabsichtigt**.

Das LAG hielt es daher für die Annahme eines Mitbestimmungsrechts für ausreichend, dass ein Tweet bzw. eine Antwort von Kunden **in Verbindung mit weiteren gewonnenen Erkenntnissen eine Beurteilung einzelner Mitarbeiter ermöglicht**. Unerheblich sei hingegen – aus Sicht des Gerichts konsequent –, dass die Arbeitgeberin nicht selbst Beiträge über Arbeitnehmer verfasste und die Twitter-Nutzer nicht explizit dazu aufforderte, Tweets zum Verhalten oder zur Leistung der Mitarbeiter abzugeben. Ausreichend sei vorliegend, dass Twitter über die „Antwort“-Funktion dazu geeignet sei, entsprechende Daten zu sammeln und die Arbeitgeberin Twitter jedenfalls auch dazu nutzte, einen „offenen Meinungs-austausch“ zu fördern. Da die Mitarbeiter stets damit rechnen müssten, dass die Arbeitgeberin das Kunden-Feedback auch personenbezogen auswerten könnte, seien sie einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt.

Der Beschluss des LAG Hamburg ist noch nicht rechtskräftig. Auch in Anbetracht der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung spricht jedoch vieles dafür, dass sich das BAG der Rechtsauffassung des LAG anschließen wird.

Aufgrund des weiten Verständnisses der Rechtsprechung hinsichtlich des Mitbestimmungstatbestands des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sollten Arbeitgeber auch beim Einsatz von Social-Media-Tools stets prüfen, ob – wenn auch unbeabsichtigt – dadurch eine Überwachungsmöglichkeit geschaffen wird. In diesen Fällen ist der Betriebsrat rechtzeitig einzubinden.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.kuehne@loschelder.de

## Impressum

**LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE**

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de