

Paluka
Sobola



Partner
Rechtsanwälte

Arbeitsrecht für Arbeitgeber

- Handlungsmöglichkeiten in der Wirtschaftskrise
- BAG-Entscheidungen in 2009
- BR-Wahlen in 2010

Oktober 2009

Andrea Pfundstein
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Medizinrecht

Dr. Elmar Killinger
Rechtsanwalt

Paluka Sobola & Partner

Neupfarrplatz 10
93047 Regensburg

Tel. 0941 58 57 1-0
Fax 0941 58 57 1-14

info@paluka.de
www.paluka.de

Einleitung

Die Finanzkrise hat die Unternehmer bereits vor einiger Zeit erreicht. Die Kurzarbeit ist eine Möglichkeit, diese schwierige Zeit zu überbrücken. Es gibt aber auch Alternativen zur Kurzarbeit, wie Teilzeitarbeit, flexible Arbeitszeiten und Abarbeiten von Arbeitszeitkonten. Diese werden **im ersten Teil** kurz dargestellt werden.

Parallel dazu sollte jeder Arbeitgeber (übrigens regelmäßig und nicht nur in Krisenzeiten) den status quo seiner Arbeitsverträge prüfen: Welche finanziellen Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag müssen erfüllt werden, welche vertraglichen Bedingungen gewähren dem Arbeitgeber einen Spielraum? Dazu gehört auch die Prüfung (und ggf. Anpassung der Arbeitsverträge dahingehend), ob die vertraglichen Regelungen nach der neuesten Rechtsprechung überhaupt noch zulässig sind und den ursprünglich beabsichtigten Zweck erfüllen. **Im zweiten Teil** erfolgen dazu einige Hinweise, unter Beachtung der aktuellen Rechtsprechung. Weitere wichtige Entscheidungen des BAG folgen **im dritten Teil**.

Der vierte Teil beschäftigt sich mit einem aktuellen Thema in 2010: Es stehen die regulären Betriebsratswahlen an. Existiert ein Mitbestimmungsorgan im Unternehmen, stehen kollektivrechtliche Überlegungen und konkrete Beratungen mit dem Betriebsrat unmittelbar auf dem Plan. Die Missachtung von Mitbestimmungsrechten kann zu der Einrichtung von Einigungsstellen bis hin zu einstweiligen Verfügungsverfahren auf strafbewehrte Unterlassung von personellen Maßnahmen führen, die den Arbeitgeber vor allem eines kosten: Zeit und Geld. Beides ist in der aktuellen Lage nur begrenzt vorhanden.

Der Newsletter steht zum Download auf der Homepage www.paluka.de unter „Aktuelles“ zur Verfügung.

Regensburg, im Oktober 2009

Andrea Pfundstein
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Medizinrecht



Dr. Elmar Killinger
Rechtsanwalt



I. Kurzarbeit und alternative Maßnahmen

Die Senkung der Personalkosten steht in der Regel an vorderster Stelle auf der Liste der Maßnahmen, die in Krisenzeiten zu ergreifen sind. Bei der **Kurzarbeit** wird die übliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer vorübergehend gekürzt und der daraus resultierende Verdienstaufschlag durch das sog. Kurzarbeitergeld, gezahlt von der Bundesagentur für Arbeit, ausgeglichen.

Die Bezugsfrist für das Kurzarbeitergeld wurde mit Wirkung ab 05.06.2009 auf maximal 24 Monate verlängert. Da bezogen auf den Verdienstaufschlagbetrag aber weiterhin vom Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen sind, beschloss die damalige Bundesregierung ferner, dass die Sozialversicherungsbeiträge für ab dem 01.01.2009 durchgeführte Kurzarbeit ab dem 7. Kalendermonat des Bezugs auf Antrag vollständig von der Bundesagentur für Arbeit erstattet werden. Auch Zeiträume vor Inkrafttreten dieser Regel werden für den Sechsmonats-Zeitraum berücksichtigt. Dies gilt zunächst befristet bis zum 31.12.2010.

Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit jedoch arbeitsrechtlich nur einführen, wenn ihm dies kollektiv- oder einzelvertragliche Vereinbarungen mit den Arbeitnehmern ermöglichen. Ein dahingehendes Direktionsrecht existiert nämlich nicht. Möglich ist der Abschluss einer Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG (vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit). Für 2010 und die künftige Zusammenarbeit mit einem erstmals gewählten Betriebsrat gilt: Hier besteht ein echtes Mitbestimmungsrecht, das bei Verweigerung zur Einigungsstelle führt, wobei in der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist, ob und in welchem Maße die Rechte des Betriebsrats die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers belasten dürfen. Ungeklärt ist auch, ob ein Arbeitgeber ohne Betriebsrat den einzelnen Arbeitnehmer im Wege der Änderungskündigung zu einer befristeten Verkürzung der Arbeitszeit zwingen kann.

Vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung stehen im Falle von Nachfrage- bzw. Auftragsrückgängen der **Abbau von Arbeitszeitkonten und die Anordnung von Betriebsferien** im Raum. Zu beachten ist dabei, dass eine Anrechnung von Betriebsferien auf den Jahresurlaub zum einen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegt (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG). Zum anderen muss dem einzelnen Arbeitnehmer ein wesentlicher Teil des Jahresurlaubs weiterhin zur freien Verfügung stehen.

Sieht hingegen der Arbeitsvertrag eine zulässige Regelung zum vereinbarten Arbeitszeitkonto vor, kann der Arbeitgeber durch einseitige Anweisung deren Abbau anordnen.

Dauerhafte Lösungen können durch einvernehmliche Vertragsänderungen erfolgen. Eine **Flexibilisierung von Arbeitszeiten und die Einführung von Arbeitszeitmodellen** können im Gegenzug zum (befristeten) Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen ein geeignetes Verhandlungsargument gegenüber dem Arbeitnehmer sein.

Der Arbeitgeber kann darüber hinaus den Arbeitnehmern, die bislang auf die Möglichkeiten des **Teilzeit- und Befristungsgesetzes** verzichtet haben, hier konkrete Angebote unterbreiten. Es besteht von Gesetzes wegen nur ein Recht des Arbeitnehmers, Teilzeitarbeit in Anspruch zu nehmen (§ 8 TzBfG), jedoch keine Pflicht. Der Vorteil besteht auf Arbeitgeberseite darin, auf eine überschaubare Dauer Arbeitsverhältnisse mit verminderten finanziellen Verpflichtungen führen zu können – der Arbeitnehmer hingegen kann die Möglichkeit nutzen, mehr Zeit für seine Familie zu haben oder in der so gewonnenen freien Zeit Qualifizierungs- oder Fortbildungsmaßnahmen wahrzunehmen, die ihm im laufenden Arbeitsverhältnis bzw. auf dem Arbeitsmarkt generell einen Vorteil verschaffen können.

Die **unbezahlte Freistellung** (ohne Anrechnung auf bezahlte Urlaubsansprüche) stellt – anders als das sog. Sabbatical in größeren Unternehmen, das sich der Arbeitnehmer im voraus erarbeitet – die Variante dar, die das größte Verhandlungsgeschick des Arbeitgebers erfordert. Dies lässt sich nur einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer regeln, der zumindest die Garantie hat, in diesem Zeitraum sozialversicherungsrechtlich abgesichert zu sein. Dies sollte mit der jeweiligen Einzugsstelle für Sozialversicherungsbeiträge jedoch individuell abgestimmt sein.

II. Die Überprüfung und Anpassung von Arbeitsverträgen

Neben der Grundvergütung (nach Stunden, Wochen, Monat oder auch pro Jahr), die unabhängig vom Erfolg der Tätigkeit innerhalb des vereinbarten Zeitraums auch in wirtschaftlich schlechten Zeiten zu zahlen ist, kommen als Vergütungsform in Betracht übertarifliche Zulagen, Zuschläge, Tantiemen, Prämien, Dienstwagen, Gratifikationen, Zielvereinbarungen und Aktienoptionen.

Nur innerhalb eng gesteckter Grenzen ist es dem Arbeitgeber möglich, eine Vergütung als freiwillige Leistung oder widerruflich zu vereinbaren.

In der Regel stellen Arbeitsverträge Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB dar, d.h. diese Bedingungen werden vom Arbeitgeber gestellt und in einer Vielzahl von Verträgen gleichlautend verwendet (Formulararbeitsverträge). Häufig findet sich in Arbeitsverträgen, zumal bei länger bestehenden Arbeitsverhältnissen, z.B. die Formulierung:

Sonstige betriebliche Leistungen

Der Arbeitnehmer erhält eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Bruttomonatsgehalts nach den betrieblichen Vereinbarungen. Ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation besteht nicht. Wird eine solche gewährt, stellt sie eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers dar.

Diese Klausel ist nach geltender BAG-Rechtsprechung insgesamt wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Die Konsequenz: Zwar kann der Arbeitgeber bei Sonderzahlungen wie z.B. der Weihnachts-**Gratifikation** einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume ausschließen und kann sich die Entscheidung, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewähren will, vorbehalten. Enthält eine solche Klausel jedoch sich widersprechend einerseits die Zusage des Arbeitgebers auf Zahlung, wird die Leistung andererseits unter einen Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalt gestellt, verstößt sie gegen das Transparenzgebot des § 307 BGB, wonach eine unangemessene Benachteiligung (des Arbeitnehmers als Vertragspartner) auch darin bestehen kann, dass eine Bestimmung (Klausel) nicht klar und verständlich ist.

Auch ein Widerrufsvorbehalt für Leistungen an den Arbeitnehmer ist an den Regelungen des BGB, hier der § 308 Nr. 4 BGB zu messen. Eine wirksame Klausel muss demnach wenigstens abstrakt die möglichen Widerrufsgründe benennen, wie z.B. wirtschaftliche Gründe, Gründe im Verhalten oder der Leistung des Arbeitnehmers. Der allgemeine Hinweis auf die wirtschaftliche Notlage des Unternehmens reicht nicht aus. Diese Notlage muss in der Klausel näher konkretisiert sein, damit sie dann auch geltend gemacht werden kann. Wichtig: Der für das Unternehmen maßgebliche Tariflohn darf nicht unterschritten werden und: Der widerrufliche Teil muss unter 25-30% des Gesamtverdienstes liegen.

Die **Anrechnung von Tariferhöhungen auf übertarifliche Zulagen** ist auch ohne ausdrücklichen vertraglichen Anrechnungsvorbehalt zulässig. Eine Ausnahme ist bei Zulagen/**Zuschlägen** mit einem besonderen Zweck gegeben, wie z.B. eine Erschwernis-, Schicht- oder Auslandszulage, die in der Regel tariffest sind.

Tantiemen beteiligten den Mitarbeiter am Erfolg des Unternehmens. Es besteht Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung zur Höhe der Tantieme, nicht aber auf Vorlage einzelner Belege zu den Bilanzposten. In wirtschaftlich angestrenzter Lage besteht hier in der Regel Einsparpotential, das anhand konkreter Zahlen vergleichsweise einfach durchzusetzen ist.

Hauptanwendungsfall der **Prämien** sind Anwesenheitsprämien, die geleistet werden bei Unterschreitung einer bestimmten Anzahl von Fehltagen pro Jahr sowie sog. Treueprämien für die Zeiten der Betriebszugehörigkeit. Zudem sind diese in der Regel mit Kürzungsregelungen für Fehlzeiten verknüpft, wie z.B.

Eine anteilige Kürzung der Jahressonderleistung erfolgt bei

- a) *Unterbrechen der Arbeitsleistung zu Aus- und Fortbildungszwecken*
- b) *Krankheitsbedingte Arbeitsunterbrechungen*
- c) *Fehlzeiten, die durch Streik oder Kurzarbeit entstehen*

Für die Fehlzeiten-Regelung bei krankheitsbedingter Abwesenheit ist jedoch § 4a EFZG im Auge zu behalten. Eine einseitige Kürzung z.B. wegen Kurzarbeit ist ohne vorhergehende vertragliche Vereinbarung unzulässig.

Gratifikationen sind Sonderleistungen, die für die erbrachte Arbeitsleistung über die Festvergütung hinaus gezahlt werden (wie z.B. 13.Monatsgehalt, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, Jubiläumszuwendungen) oder als Belohnung und Anreiz für bisherige und künftige Betriebstreue. Im Letzteren Fall kann die Klausel mit Wartenfristen, Mindestbeschäftigungszeiten oder Stichtagsregelungen verknüpft werden. Diese Unterscheidung hat u.a. Bedeutung für eine Rückzahlungsverpflichtung: Stellt es einen Ausgleich für erbrachte Arbeitsleistung (wofür schon die Bezeichnung ein Indiz sein kann), dann ist diese Gratifikation auch bei Aufnahme einer Stichtagsregelung und Vorliegen der Voraussetzungen nicht zurückzuzahlen.

Rückzahlungsklauseln für die Betriebstreue-Gratifikation müssen angemessen formuliert sein im Verhältnis von Bindungsdauer zur Höhe der Zahlung. Steht aufgrund der vertraglichen Regelung nicht fest, in welcher Höhe die Gratifikation jeweils gewährt wird, was insbesondere bei Ermessenszahlungen oder Boni der Fall sein dürfte, so sollte im Vertrag geregelt sein, bei welcher Gratifikationshöhe welche konkrete Bindungsdauer besteht.

III. Einzelne Entscheidungen des BAG aus 2009

14.01.2009 Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten (3 AZR 900/07)

Der Fall:

Die Arbeitnehmerin nahm an einer Ausbildung mit dem Ziel Betriebswirtin (HWK) teil. Die Gesamtausbildungsdauer betrug 500 Stunden zuzüglich der Prüfungsstunden. Die Beklagte stellte die Klägerin für insgesamt 32 Tage von der Arbeitsleistung frei und zahlte das vereinbarte Arbeitsentgelt fort. Zudem wurden

die Fortbildungskosten mit Euro 3.100 nebst Prüfungsgebühr von Euro 260 vom Arbeitgeber getragen. In einer Ergänzung zum Arbeitsvertrag wurde u.a. eine Bindungsklausel von fünf Jahren vereinbart. Ca. sieben Monate nach Abschluss der Fortbildung kündigte die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis, der Arbeitgeber klagte auf anteilige Rückzahlung von Fortbildungskosten. Das BAG hat ebenso wie die Vorinstanzen den Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers insgesamt abgewiesen.

Die Rechtslage:

Es ist grundsätzlich zulässig, in vom Arbeitgeber gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vorformulierte Arbeitsverträge) die Rückzahlung von Fortbildungskosten zu vereinbaren und die Höhe des Rückzahlungsbetrages davon abhängig zu machen, ob der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis innerhalb einer bestimmten Bindungsdauer beendet. Die Bindungsdauer darf den Arbeitnehmer nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligen. Grundsätzlich gilt dabei Folgendes: Bei einer Fortbildungsdauer von bis zu einem Monat ohne Verpflichtung zur Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Bezüge ist eine Bindungsdauer bis zu sechs Monaten zulässig, bei einer Fortbildungsdauer von bis zu zwei Monaten eine einjährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von drei bis vier Monaten eine zweijährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von sechs Monaten bis zu einem Jahr keine längere Bindung als drei Jahre und bei einer mehr als zweijährigen Dauer eine Bindung von fünf Jahren.

Gibt der Arbeitgeber eine zu lange Bindungsdauer vor, ist die daran geknüpfte Rückzahlungsklausel grundsätzlich insgesamt unwirksam. Ein Rückzahlungsanspruch besteht nicht.

24.03.2009 Änderung der Rechtsprechung zur Urlaubsabgeltung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (9 AZR 983/07)

Der Fall:

Die Klägerin war von August 2005 bis 31. Januar 2007 als Erzieherin für den beklagten Verein tätig. Sie erlitt im Juni 2006 einen Schlaganfall und war vom 2. Juni 2006 über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus zumindest bis August 2007 durchgehend arbeitsunfähig. Das BAG hat gegen das Berufungsgericht der Revision – und damit den Zahlungsansprüchen – stattgegeben.

Die Rechtslage:

Bis zur Entscheidung des EuGH vom 20.01.2009 (C-350/06 und C-520/06) wurden die Regelungen in § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG so ausgelegt, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch erlischt, wenn der gesetzliche Urlaubsanspruch aufgrund der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bis zum

Ende des Übertragungszeitraums (31.03. des Folgejahres) nicht erfüllt werden kann. Durch die Entscheidung vom 20.01.09 stehen damit nationale Rechtsvorschriften den europarechtlich festgestellten Ansprüchen entgegen, wonach Arbeitnehmern, die wegen Krankheit den Jahresurlaub nicht in Anspruch können, am Ende des Arbeitsverhältnisses eine finanzielle Vergütung gezahlt werden muss.

06.05.2009 Teilbarkeit einer Klausel in einem Formulararbeitsvertrag – Zielvereinbarung und Bonuszahlung (10 AZR 443/09)

Der Fall:

Der Kläger, der Erbe eines am 03.12.2005 verstorbenen Bankangestellten in der Position Bereichsleiter Vertrieb Kfz, klagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft für den Bonus 2005 und im Anschluss auf Zahlung. Der Erblasser nahm am jeweiligen Bonussystem für leitende Mitarbeiter der Beklagten teil mit folgender Regelung:

„Die Höhe des Bonus hängt von der Zielerreichung des Mitarbeiters (quantitative und/oder qualitative Ziele), der individuellen Beurteilung sowie von dem wirtschaftlichen Ergebnis der S Gruppe ab. Die individuellen quantitativen und/oder qualitativen Ziele werden zu Beginn des jeweiligen Geschäftsjahres zwischen Gesellschaft und Mitarbeiter vereinbart. Die Auszahlung des Bonus erfolgt nach Durchführung der Beurteilung und Feststellung der jeweiligen Zielerreichung im ersten Quartal des Folgejahres. Voraussetzung für die Auszahlung des Bonus ist ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Geschäftsjahres. Die Gewährung des Bonus erfolgt freiwillig unter dem Vorbehalt der einseitigen Änderungsmöglichkeit durch die Gesellschaft sowie mit der Maßgabe, dass auch durch eine wiederholte Zahlung ein Rechtsanspruch für die Zukunft nicht begründet wird.“

Die Klage wurde in der Revisionsinstanz insgesamt abgewiesen.

Die Rechtslage:

Ist eine Klausel in einem Formulararbeitsvertrag sprachlich teilbar und wird der unwirksame Teil der Klausel „mit einem blauen Stift“ gestrichen (sog. blue-pencil-test), ist die restliche Regelung aufrechtzuerhalten, wenn sie verständlich und wirksam ist. Streitgegenständlich war die etwaige unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers durch den Begriff „ungekündigt“, ohne Differenzierung nach der Partei, die die Kündigung ausspricht und insbesondere ohne Differenzierung, aus welchem Grund die Kündigung ausgesprochen wird. Streicht man das Wort „ungekündigt“ jedoch, bleibt eine Regelung aufrechterhalten, die die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt.

Weiter entschied das BAG: Treffen die Arbeitsvertragsparteien eine entgeltrelevante Zielvereinbarung und vereinbaren sie gemeinsam für jedes Geschäftsjahr Ziele, wird der Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligt i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Anspruch auf die Bonuszahlung daran gebunden ist, dass das Arbeitsverhältnis am Ende des Geschäftsjahres (hier der 31.12.2005) noch besteht.

23.06.2009 Weigerung der Teilnahme an einem Personalgespräch – Abmahnung (2 AZR 606/08)

Der Fall:

Der beklagte Arbeitgeber strebte wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten eine einvernehmliche Verminderung des 13. Gehalts der Mitarbeiter an. Es fand zunächst eine Gruppenbesprechung mit allen betroffenen Arbeitnehmern statt. Da hier ein Einverständnis zur Vertragsänderung nicht erzielt werden konnte, beabsichtigte der Arbeitgeber, die Mitarbeiter in Einzelgesprächen nochmals zu dem von ihm gewünschten Ziel zu bewegen. Die Klägerin, eine Altenpflegerin, erschien zwar zu dem Einzelgespräch, wollte sich jedoch nur in Anwesenheit aller anderen Mitarbeiter – wie zuvor auch - dazu einlassen. Dies lehnte der Arbeitgeber wiederum ab und erteilte der Klägerin eine Abmahnung wegen Verweigerung der Arbeitsleistung, hier in Form eines Personalgesprächs.

Die Rechtslage:

Der Arbeitgeber kann im Rahmen seines Weisungsrechts nach § 106 Gewerbeordnung Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen unter Beachtung arbeitsvertraglicher Regelungen, Betriebsvereinbarungen oder geltenden Tarifverträgen und gesetzlicher Bestimmungen. Die Weisung zur Teilnahme an einem Personalgespräch, in dem es ausschließlich um eine bereits abgelehnte Vertragsänderung zur Gehaltskürzung geht, ist von § 106 GewO hingegen nicht gedeckt. Die Klage auf Herausnahme der Abmahnung aus der Personalakte hatte damit Erfolg.

IV. Betriebsratswahlen in 2010

Alle vier Jahre werden in den meisten Betrieben neue Betriebsräte gewählt. Als Arbeitgeber sollten Sie sich sowohl bei Erstwahlen als auch bei routinemäßigen Neuwahlen über die wesentlichen Abläufe informieren, ebenso über Ihre Möglichkeiten, korrigierend einzugreifen.

Dazu sollten Sie wissen:

Welche Arbeitnehmer dürfen in Ihrem Betrieb wählen, welche dürfen sich zur Wahl aufstellen ? Wie steht es z.B. mit Altersteilzeitmitarbeiter in der aktiven und passiven Phase, wie mit den ins Ausland entsandten Mitarbeitern oder den sich in Freistellungsphase befindenden Arbeitnehmern ? Dürfen freie Mitarbeiter und gekündigte Mitarbeiter noch mitwählen ? Besonders zu beachten: die Gruppe der Leiharbeiter. Hier ist **aktuell** eine Rechtsbeschwerde beim BAG anhängig unter dem Aktenzeichen 7 ABR 111/09, in der es um die Frage geht, ob Leiharbeiter im Sinne des § 9 BetrVG (Betriebsgröße und Anzahl der Betriebsratsmitglieder) mitzuzählen sind oder nicht.

Die Zahl der Betriebsräte bemisst sich nach der Betriebsgröße. Auch dies ist zu prüfen, inwieweit die Wahlvorstände von der korrekten Mitarbeiteranzahl ausgehen. Gleiches gilt für die Verpflichtung des Arbeitgebers, Betriebsräte in bestimmter Zahl komplett von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung freizustellen. Dies muss schon jetzt bei der Einstellung von neuen Mitarbeitern oder Verlängerung von Verträgen berücksichtigt werden.

In der Regel unterstützen die tarifzuständigen Gewerkschaften die Ersteinrichtung von Betriebsräten. In welcher Form dies auch geschehen kann, ohne dass der Arbeitgeber dies unterbinden kann, zeigt nachfolgende Entscheidung des Bundesarbeitsgericht:

20.01.2009 Gewerkschaftswerbung per Email (1 AZR 515/08)

Eine tarifzuständige Gewerkschaft ist grundsätzlich berechtigt, E-Mails zu Werbezwecken auch ohne Einwilligung des Arbeitgebers und Aufforderung durch die Arbeitnehmer an die betrieblichen E-Mail-Adressen der Beschäftigten zu versenden. Ein Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers besteht daher nicht. Ein gegen die Gewerkschaft gerichteter Unterlassungsanspruch aus § 7 BDSG wegen Nutzung der betrieblichen E-Mail-Adressen der Beschäftigten steht dem Arbeitgeber jedenfalls bezogen auf die Gruppe der Gewerkschaftsmitglieder nicht zu.

Auch wenn es nicht unmittelbar mit Betriebsratswahlen in Verbindung steht: Gewerkschaften haben verschiedene Möglichkeiten, sich in einem Betrieb Gehör zu verschaffen, so geschehen in einem Vorfall, der Basis nachfolgender BAG-Entscheidung war:

22.09.2009 Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ (1 AZR 972/08)

Die Gewerkschaft ver.di hatte im Rahmen eines Arbeitskampfes zur Durchsetzung tariflicher Ziele als einständige Aktion eine sog. Flashmob-Aktion in einem Einzelhandelsbetrieb organisiert. Dabei führten ca. 40 kurzfristig aufgerufene Teilnehmer durch den koordinierten Kauf geringwertiger Waren („Pfennig-Artikel“) und dementsprechende Warteschlangen an den Kassen sowie das Befüllen und Stehenlassen von vollgepackten Einkaufswägen in einem Einzelhandelsgeschäft

eine Störung der betrieblichen Abläufe herbei. Der Kläger, ein Arbeitgeberverband wollte erreichen, dass der Gewerkschaft der Aufruf zu sog. Flashmob-Aktionen im Einzelhandel untersagt wird. Die Klage wurde wie in allen Vorinstanzen auch abgewiesen, da der Arbeitgeber Verteidigungsmöglichkeiten hat wie z.B. die Ausübung seines Hausrechtes oder eine kurzfristige Betriebschließung. Damit war die Aktion von ver.di nicht unangemessen und als Arbeitskämpfungsmittel zulässig.

Während des Wahlverfahrens sollte sich der Arbeitgeber in Geduld üben und – nicht zuletzt auch aufgrund seiner Kostentragungspflicht – von Behinderungsversuchen absehen. Zu einer „Idee“ des Arbeitgebers in diesem Zusammenhang entschied das **Arbeitsgericht Berlin (29.05.2009, 16 BVGa 9922/09)**: Es bedeutet eine Behinderung der Betriebsratswahl, wenn der Arbeitgeber während der Zeit der geplanten Wahlversammlung eine Erste-Hilfe-Ausbildung anordnet.

Nach der Wahl haben Sie als Arbeitgeber die Möglichkeit, die Ordnungsgemäßheit der Wahl und des Ergebnisses zu überprüfen und auch gerichtliche Schritte z.B. in Form des Anfechtungsverfahrens einzuleiten, falls Sie Zweifel daran haben.

Ist der Betriebsrat eingerichtet, stehen regelmäßig zunächst die „allgemeinen Themen“ an. Dies bedeutet: Einrichtung eines Betriebsratsbüros für Sprechstunden und Büroarbeit mit entsprechender Ausstattung, also Möbel, Technik (nach aktuellem Stand) und abschließbare Schränke. Dabei kann der Betriebsrat nach Empfinden des Arbeitgebers häufig eine „Wunschliste“ abarbeiten. Es besteht jedoch kein Anspruch auf einen Zugang zum Betriebsratsbüro, der für den Arbeitgeber uneinsehbar ist mit dem Argument, der Arbeitgeber dürfe nicht, auch nicht durch Zufall, sehen, welche Mitarbeiter das Betriebsratsbüro aufsuchen. Die Grenze muss das tatsächlich Machbare und für den Arbeitgeber innerhalb seiner Betriebsorganisation Zumutbare sein.

Eine weitere Entscheidung des BAG befasste sich mit dem Betriebsratsrechten im Zusammenhang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers, eine Beschwerdestelle einzurichten.

21.07.2009 Beschwerdestelle nach AGG und Mitbestimmung des Betriebsrats (1 ABR 42/08)

Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 AGG haben Arbeitnehmer das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn sie sich aus einem der im AGG genannten Gründen benachteiligt fühlen, z.B. wegen ihres Geschlechts, ihres Alters oder ihrer Religion. Der Arbeitgeber muss diese Stelle im Betrieb einrichten und bekannt machen (§ 12 Abs. 5 AGG). Die Einführung und Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens unterliegt dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Der Betriebsrat kann zu diesem Zweck selbst die Initiative ergreifen und ein Verfahren über eine Einigungsstelle einrichten. Dieses Recht endet jedoch bei der Entscheidung des Arbeitgebers, wo (örtlich) die

Beschwerdestelle eingerichtet wird und wie sie personell besetzt wird. Dies sind organisatorische Entscheidungen, die nicht mehr zu den Betriebsratsaufgaben zählen.

Als nächstes werden Schulungen für die Betriebsratsmitglieder geltend gemacht werden, die je nach Inhalt, Veranstalter und zeitlichem Aufwand im einzelnen geprüft werden sollten.

Es empfiehlt sich – zumal bei einer erstmaligen Betriebsratsstätigkeit – jede unternehmerische Maßnahme im Vorfeld, also im Planungsstadium, auf etwaige Informations- Beratungs- oder echte Mitbestimmungsrechte zu prüfen.

Eine vorhergehende anwaltliche Beratung ist regelmäßig wirtschaftlich sinnvoller als die kostenintensiven Interessenausgleichssitzungen, Einigungsstellen oder gar arbeitsgerichtlichen Zustimmungseretzungsverfahren, die insgesamt auf Kosten der Arbeitgeber durchgeführt werden. Dies gilt zumal auch für die Kosten des anwaltlichen Beraters der Betriebsräte, entgegen des sonstigen Grundsatzes im Arbeitsrecht, wonach (abgesehen von zweitinstanzlichen Verfahren) jede Partei unabhängig vom Ausgang des Verfahrens seine Anwaltskosten selbst trägt.

