

# ***sfm-arbeitsrecht***

## *aktuell*

1. Halbjahr 2019

### **NEUES**

#### **vom BAG**

**Überstundenzuschlag bei**

**Teilzeit- Befristung nach § 41**

**Satz 3 SGB VI – SchwbV und**

**Kündigung – Altersdiskriminierung –**

**SokaSiG – Streikmaßnahme auf Firmenparkplatz –**

**Benachteiligung wegen Religion –**

**Vorbeschäftigungszeit nach TV-L –**

**Reisezeit - Verzugspauschale-**

**Ausschlussfrist und Mindestlohn –**

**Vorbeschäftigungszeit bei TVöD –**

**Videouberwachung –**

### **Weitere Themen**

- ▶ **Neues von der Matrix S. 3**
- ▶ **Novelle des BBiG S. 6**
- ▶ **Der kleine Alltagshelfer für den BR S. 6**
- ▶ **Minijobber S. 7**
- ▶ **Vorsicht Falle S. 9**
- ▶ **Hitzefrei S. 11**
- ▶ **Frisch am Tisch-S. 13**

## **Ende der Vertrauensarbeitszeit?!**

**EuGH vom 14.05.2019 - C-55/18: Mitgliedstaaten müssen Arbeitgeber zu systematischer Arbeitszeiterfassung verpflichten**

Laut EuGH müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, um die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit zu erfassen. Aus Sicht des EuGH kann nur so kontrolliert und durchgesetzt werden, dass die Arbeitszeitregelungen eingehalten und der damit bezweckte Gesundheitsschutz gewährleistet wird.

Der EuGH betont, dass jeder Arbeitnehmer ein Grundrecht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten habe, das in der EU-Grundrechtecharta verbürgt sei und durch die Arbeitszeitrichtlinie weiter präzisiert werde. Die Mitgliedstaaten müssten dafür sorgen, dass den Arbeitnehmern die ihnen verliehenen Rechte zugutekommen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer i. d. R. die schwächere Partei des Arbeitsvertrags ist.

Ohne ein System der systematischen Arbeitszeiterfassung könne weder die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden und ihre zeitliche Verteilung noch die Zahl der Überstunden objektiv und verlässlich ermittelt werden, so der EuGH weiter. Für die Arbeitnehmer sei es in diesem Fall äußerst schwierig oder gar praktisch unmöglich, ihre Rechte durchzusetzen (eine Erfahrung, die wohl jeder Beschäftigte, der schon einmal versucht hat, Überstunden gerichtlich geltend zu machen, bestätigen kann). Denn die objektive und verlässliche Bestimmung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit sei unerlässlich für die Feststellung, ob die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschließlich der Überstunden sowie die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten eingehalten worden seien.

Damit erteilt der EuGH allen vermeintlich im Lichte von Ar-

beitswelt 4.0 erforderlichen Flexibilisierungstendenzen in Richtung Vertrauensarbeitszeit eine klare Absage.

Auch der deutschen Gesetzgeber ist damit in der Pflicht. Denn in §16 Abs. 2 ArbZG ist lediglich eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Aufzeichnung der über acht Stunden hinausgehenden werktäglichen Arbeitszeit vorgeschrieben.

Etwas Wasser gießt der EuGH gleich selbst in den Wein: den Mitgliedstaaten ist ein Umsetzungsspielraum eröffnet, hinsichtlich der konkreten Modalitäten eines solchen Systems zur Arbeitszeiterfassung. Zu berücksichtigende Punkte könnten hierbei insbesondere Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs und auch die Unternehmensgröße sein. Bleibt also abzuwarten, wie sich der deutsche Gesetzgeber hier positioniert. Und zu hoffen, dass er den Forderungen aus dem Lager der Arbeitgeber (vertreter) nach „zeitgemäßen Zeiterfassungssystemen“ oder einer schlichten „Delegierung“ der Aufzeichnungspflicht an die Arbeitnehmer klar entgegentritt.

Betriebsräten sei bereits jetzt empfohlen, zu prüfen, ob bei betrieblichen Regelungen ggf. im Hinblick auf die vom EuGH aufgestellten Grundsätze Anpassungsbedarf besteht.

*RAin B. Renkl*

### **Mehrarbeitszuschläge auch bei Teilzeitarbeit**

Eine Regelung in einem Tarifvertrag (MTV Systemgastronomie) kann im Einklang mit § 4 Abs. 1 TzBfG dahin auszulegen sein, dass Mehrarbeitszuschläge

# **BAG-Splitter**

## **Berichtszeitraum: 2. Halbjahr 2018**

Bitte beachten, dass Wiedergabe stark verkürzt ist und damit eine Übertragung auf ähnliche, nicht identische Fälle immer erst zu prüfen ist.

bei Teilzeitbeschäftigten für die Arbeitszeit geschuldet sind, die über die Teilzeitquote hinausgeht, die Arbeitszeit einer Vollzeittätigkeit jedoch nicht überschreitet (Regelung in TV: Zuschlag bei Überschreitung Jahresarbeitszeit).

*BAG, Urteil vom 19. Dezember 2018 - 10 AZR 231/18, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26. Januar 2018 - 2 Sa 1365/17, zit. nach PM des BAG Nr. 70/18*

### **Befristung über Altersgrenze hinaus nach § 41 Satz 3 SGB VI**

§ 41 Satz 3 SGB VI, der es ermöglicht, im Falle der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen der Regelaltersgrenze den Beendigungszeitpunkt durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses hinauszuschieben, ist nach Ansicht des BAG grundsätzlich wirksam. Unentschieden blieb, ob eine Hinausschiebungsvereinbarung voraussetzt, dass nur der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses, nicht aber die übrigen Vertragsbedingungen geändert werden.

*BAG, Urteil vom 19. Dezember 2018 - 7 AZR 70/17, Bestätigung von LAG Niedersachsen, Urteil vom 29. November 2016 - 10 Sa 218/16, zit. nach PM des BAG Nr. 69/18*

### **unverzügliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Kündigung**

Nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX a.F. (seit dem 01.01.2018 § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) ist die Schwerbehindertenvertretung bei Kündigungen von Schwerbehinderten unverzüglich zu beteiligten. Eine Kündigung ist aber nicht allein deshalb unwirksam, weil der Ar-

beitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen der Vorgabe nicht unverzüglich über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitteilt.

*BAG, Urteil vom 13. Dezember 2018 - 2 AZR 378/18, Aufhebung und Rückverweisung von Sächsisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 8. Juni 2018 - 5 Sa 458/17, zit. nach PM des BAG Nr. 68/18*

### **Altersabstandsklausel bei Hinterbliebenenversorgung**

Sieht eine Versorgungsregelung vor, dass die Hinterbliebenenversorgung eines jüngeren hinterbliebenen Ehepartners für jedes volle über zehn Jahre hinausgehende Jahr des Altersunterschieds der Ehegatten um 5 vH gekürzt wird, liegt darin nach Ansicht des BAG keine gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstößende Diskriminierung wegen des Alters vor. Das hatte die 7. Kammer des LAG München noch (europarechtskonform) anders gesehen.

Der Dritte Senat des BAGs meint, dass die durch diese Altersabstandsklausel bewirkte unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters gerechtfertigt sei, da der Arbeitgeber ein legitimes Interesse habe, das finanzielle Risiko zu begrenzen.

*BAG, Urteil vom 11. Dezember 2018 - 3 AZR 400/17, Aufhebung von LAG München, Urteil vom 24. Februar 2017 - 7 Sa 444/16, zit. nach PM des BAG Nr. 66/18*

### **SokaSiG aus Sicht des Zehnten Senats verfassungsgemäß**

Das am 25. Mai 2017 in Kraft getretene Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz - SoKaSiG) vom 16. Mai 2017 ist nach Auffassung des Zehnten Senats des BAGs verfassungsgemäß.

*BAG, Urteil vom 20. November 2018 - 10 AZR 121/18, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12. Januar 2018 - 9 Sa 999/17, zit. nach PM des BAG Nr. 64/18*

### **AVE vom 04.05.2016 des TV über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe wirksam**

Die Allgemeinverbindlicherklärung vom 4. Mai 2016 des TV über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe ist rechtswirksam. Die von § 5 TVG begründeten Voraussetzungen waren erfüllt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 5 TVG neuer Fassung hat der Senat nicht. Vernünftige Zweifel an der Tariffähigkeit oder der Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes bestanden nicht. Das BMAS durfte annehmen, dass der Erlass der angegriffenen Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erschien.

*BAG, Beschluss vom 20. November 2018 - 10 ABR 12/18, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 12. Dezember 2017 - 16 BVL 5012/16, zit. nach PM des BAG Nr. 63/18*

### **Streikmobilisierung auf Firmenparkplatz**

Das Streikrecht umfasst die Befugnis einer streikführenden Gewerkschaft, die zur Arbeitsniederlegung aufgerufenen Arbeitnehmer unmittelbar vor dem Betreten des Betriebes anzusprechen, um sie für die Teilnahme am Streik zu gewinnen. Eine solche Aktion kann - abhängig von den konkreten örtlichen Gegebenheiten - mangels anderer Mobilisierungsmöglichkeiten auch auf einem vom bestreikten Arbeitgeber vorgehaltenen Firmenparkplatz vor dem Betriebsgebäude zulässig sein.

*BAG, Urteil vom 20. November 2018 - 1 AZR 189/17, Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29. März 2017 - 24 Sa 979/16, zit. nach PM des BAG Nr. 62/18*

## **Neues von der Matrix**

### **Über die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Vorgesetzten, die Aufgaben in mehreren Betrieben des Unternehmens wahrnehmen**

Videokonferenzen, Zusammenarbeit per WebEx, jederzeitige Erreichbarkeit über Smartphone - heute existieren viele Möglichkeiten der Zusammenarbeit, ohne dass man dafür im Betrieb anwesend sein muss. Viele Unternehmen nutzen diese Möglichkeit zur Matrixorganisation, Abteilungen werden über die Grenzen der Betriebe hinaus gebildet und von einem Vorgesetzten geführt, der nicht notwendigerweise auch persönlich im Betrieb anwesend sein muss.

Ein solcher Fall wurde am 12.06.2019 vom BAG unter dem Aktenzeichen 1 ABR 5/18 entschieden. Dort saß ein Vorgesetzter im Betrieb A und nahm dort auch Führungsaufgaben wahr, allerdings war er auch Vorgesetzter von Arbeitnehmern in dem Betrieb B, der etwa 12 km vom Betrieb A entfernt liegt. Seinen regelmäßigen Arbeitsplatz hatte der Vorgesetzte im Betrieb A und suchte den Betrieb B nur gelegentlich auf. Der Betriebsrat in B wurde an der Einstellung dieses Vorgesetzten nach § 99 BetrVG beteiligt und verweigerte seine Zustimmung wegen unterbliebener innerbetrieblicher Stellenausschreibung. Der Arbeitgeber Betrieb B verlangte nach § 101 BetrVG die Rückgängigmachung der Maßnahme. Das Landesarbeitsgericht gab dem Betriebsrat Recht und hielt die Übernahme der Aufgaben als Vorgesetzter im Betrieb B für eine Einstellung im Betrieb B. Weil die Stellenausschreibung im Betrieb B unterblieben war, gab das Landesarbeitsgericht dem Betriebsrat Recht und verpflichtete den Arbeitgeber zur Rückgängigmachung der Maßnahme. Die Rechtsbeschwerde wurde zugelassen.

Jetzt entschied das BAG am 12.06.2019, dass die Zuweisung der Führungsaufgabe im Betrieb B auch dann eine Einstellung im Betrieb B darstellt, wenn der Vorgesetzte sich dort nicht ständig aufhält. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts verwirklichte der Vorgesetzte mit seiner Tätigkeit auch den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs in B. Darauf kommt es an. Wird der arbeitstechnische Zweck des Betriebs durch die Tätigkeit des Vorgesetzten verwirklicht, dann stellt dies eine Einstellung im Sinn von § 99 BetrVG im Betrieb B dar. Dieser Vorgesetzte muss nicht ständig vor Ort anwesend sein, es schadet auch nicht,

*weiter auf nächster Seite*

### **Entschädigung wegen Benachteiligung wegen der Religion**

Die Evangelischen Kirche in Deutschland durfte für die Stelle eines Referenten/einer Referentin (Gegenstand der

Tätigkeit ist schwerpunktmäßig die Erarbeitung des Parallelberichts zum deutschen Staatenbericht zur Umsetzung der UN-Antirassismuskonvention durch Deutschland sowie Stellungnahmen und Fachbeiträge und die projektbezogene

## ... Neues von der Matrix ...

wenn er solche Führungsaufgaben auch in anderen Betrieben des Unternehmens wahrnimmt.

Anders als das Landesarbeitsgericht ersetzte aber das Bundesarbeitsgericht die Zustimmung des Betriebsrats zu dieser Einstellung, weil es nach Meinung des Ersten Senats in diesem Fall keinen „Arbeitsplatz, der besetzt werden soll“ (§ 93 BetrVG) gab. Der Vorgesetzte war bereits in A als Vorgesetzter tätig und dieser Arbeitsplatz war nicht „unbesetzt“. Im Gegenteil: Der Vorgesetzte in A war ja Inhaber dieser Stelle. Insofern muss dieser Arbeitsplatz auch nicht im Betrieb B ausgeschrieben werden, er ist jedenfalls schon besetzt und damit hat der Betriebsrat kein Recht, der Einstellung des Vorgesetzten in B die Zustimmung wegen unterbliebener Ausschreibung der Stelle zu verweigern.

Die Entscheidung ist noch nicht begründet und es bleibt abzuwarten, was der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts im Einzelnen zu diesen Fragestellungen ausführt.

### Praxistipp

Die Entscheidung gibt den Betriebsräten Rechte: Dort, wo eine Matrixorganisation im Unternehmen dazu führt, dass Vorgesetzte in mehr als einem Betrieb des Unternehmens tätig sind, ist der Betriebsrat an der Einstellung solcher Vorgesetzte zu beteiligen, wenn ihnen Führungsaufgaben Betrieb übertragen werden. Der Betriebsrat muss dann überlegen, ob er einer solchen Arbeitsorganisation zustimmt. Gegen solche Organisationsformen spricht, dass der Vorgesetzte für die Arbeitnehmer, für die er im Betrieb zuständig ist, vielleicht schwieriger zu erreichen ist und möglicherweise auch die konkreten betrieblichen Abläufe nur ungenügend kennt. Entscheidet sich der Betriebsrat dazu, die Zustimmung zu einer solchen Einstellung zu verweigern, wird er sich im Regelfall dann nicht auf die unterbliebene Ausschreibung der Stelle beziehen können, wenn der Vorgesetzte schon in einem anderen Betrieb eingestellt ist und diese Tätigkeit dort auch schon länger ausübt. Die anderen Zustimmungsverweigerungsgründe aus § 99 Abs. 2 Z. 1, 3-5 BetrVG stehen aber zur Verfügung.

Weist der Arbeitgeber dem Vorgesetzten Führungsaufgaben im Betrieb zu, ohne den Betriebsrat an der Einstellung zu beteiligen, kann der Betriebsrat bei Bedarf die Rückgängigmachung der Einstellung im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren durchsetzen, § 101 BetrVG. Ob der Betriebsrat zu einem solchen Mittel greift, hängt immer von den Umständen des Einzelfalls ab und wird nur dann sinnvoll sein, wenn es den Interessen der Belegschaft nützt.

*RA Krikor Seebacher*

Eine Rechtfertigung der Benachteiligung nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG scheidet aus. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG (Berufen auf Selbstbestimmungsrecht) ist einer unionsrechtskonformen Auslegung im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht zugänglich und muss deshalb unangewendet bleiben.

Eine Rechtfertigung nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG liegt nicht vor. Nach § 9 Abs. 1 Alt. 2 AGG - in unionsrechtskonformer Auslegung - ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion nur zulässig, wenn die Religion nach der Art der Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Religionsgemeinschaft bzw. Einrichtung darstellt. Im konkreten Fall haben die Bundesrichter keine wahrscheinliche und erhebliche Gefahr gesehen, dass das Ethos des Beklagten beeinträchtigt würde.

*BAG, Urteil vom 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14, Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28. Mai 2014 - 4 Sa 157/14, 4 Sa 238/14, aber nicht voller Klagebetrag zugestanden, zit. nach PM des BAG Nr. 53/18*

### Berücksichtigung von im Ausland erworbener Berufserfahrung bei der Stufenzuordnung gemäß § 16 TV-L

Die Parteien streiten über die Berücksichtigung von Zeiten einschlägiger Berufserfahrung aus einem vorherigen Arbeitsverhältnis in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union bei der Stufenzuordnung im Entgeltsystem des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L).

Der Sechste Senat des BAG hat noch nicht über die Sache entschieden, sondern den Europäischen Gerichtshof angerufen und angefragt, ob aus dessen Sicht die § 16 Abs. 2 TV-L innewohnende Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit durch den mit der Privilegierung der bei demselben Arbeitgeber erworbenen einschlägigen Berufserfahrungszeiten nach § 16 Abs. 2

Vertretung der Diakonie Deutschland gegenüber der Politik, der Öffentlichkeit und Menschenrechtsorganisationen sowie die Mitarbeit in Gremien) nicht davon abhängig machen, dass die Mitgliedschaft in einer evangelischen oder der

ACK angehörenden Kirche vorausgesetzt wird.

Die Benachteiligung wegen der Religion war nicht nach § 9 Abs. 1 AGG ausnahmsweise gerechtfertigt.

Satz 2 TV-L bezweckten Schutz befristet beschäftigter Arbeitnehmer gerechtfertigt ist.

*BAG Beschluss vom 18. Oktober 2018 - 6 AZR 232/17 (A), Vorinstanz: LAG Niedersachsen Urteil vom 9. März 2017 - 4 Sa 86/16 E, zit. nach PM des BAG Nr. 52/18*

### Reisezeiten bei Auslandsentsendung sind zu vergüten

Entsendet der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer vorübergehend ins Ausland, erfolgen die Reisen zur auswärtigen Arbeitsstelle und von dort zurück ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers und sind deshalb in der Regel wie Arbeit zu vergüten. Erforderlich ist dabei grundsätzlich die Reisezeit, die bei einem Direktflug, den der Arbeitgeber anbietet, anfällt (vorliegend auf Wunsch des Klägers Flug mit Zwischenstopp in Business statt Direktflug in Eco). Mangels ausreichender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zum Umfang der tatsächlich erforderlichen Reisezeiten wurde die Sache an das LAG zurückverwiesen.

*BAG, Urteil vom 17. Oktober 2018 - 5 AZR 553/17, Aufhebung und Rückverweisung von LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13. Juli 2017 - 2 Sa 468/16, zit. nach PM des BAG Nr. 51/18*

### Kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung von Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB bei Verzug des Arbeitgebers mit der Entgeltzahlung?

Der 8. Senat des BAG verneint die Zahlung der Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsverhältnis. Zwar fände § 288 Abs. 5 BGB grundsätzlich auch in Fällen Anwendung, in denen sich der Arbeitgeber mit der Zahlung von Arbeitsentgelt in Verzug befindet, allerdings schließt § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG als spezielle arbeitsrechtliche Regelung nicht nur einen prozessualen Kostenerstattungsanspruch, sondern auch einen entsprechenden materiell-

rechtlichen Kostenerstattungsanspruch und damit auch den Anspruch auf Pauschalen nach § 288 Abs. 5 BGB aus.

*BAG, Urteil vom 25. September 2018 - 8 AZR 26/18, Aufhebung von LAG Düsseldorf, Urteil vom 10. Oktober 2017 - 8 Sa 284/17, zit. nach PM des BAG Nr. 46/18*

### Mindestlohn – allumfassende arbeitsvertragliche Ausschlussfrist unwirksam

Eine vom Arbeitgeber vorformulierte arbeitsvertragliche Verfallklausel, die ohne jede Einschränkung alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und damit auch den ab dem 1. Januar 2015 von § 1 MiLoG garantierten Mindestlohn erfasst, verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist - jedenfalls dann - insgesamt unwirksam, wenn der Arbeitsvertrag nach dem 31. Dezember 2014 geschlossen wurde.

*BAG, Urteil vom 18. September 2018 - 9 AZR 162/18, Aufhebung von LAG Hamburg, Urteil vom 31. Januar 2018 - 33 Sa 17/17, zit. nach PM des BAG Nr. 43/18*

### Unterbrechungen von bis zu 6 Monaten bei Stufenzuordnung im TVöD (VKA) unschädlich

Bei der Stufenzuordnung nach Begründung eines Arbeitsverhältnisses, auf das der TVöD-VKA anzuwenden ist, sind Zeiten einschlägiger Berufserfahrung aus vorherigen befristeten Arbeitsverhältnissen mit demselben Arbeitgeber zu berücksichtigen, wenn die Wiedereinstellung für eine gleichwertige oder

gleichartige Tätigkeit erfolgt („horizontale“ Wiedereinstellung) und es zu keiner längeren als einer sechsmonatigen Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen gekommen ist.

*BAG, Urteil vom 6. September 2018 - 6 AZR 836/16, Aufhebung von LAG Hamm, Urteil vom 7. Juli 2016 - 8 Sa 334/16, zit. nach PM des BAG Nr. 42/18*

### Offene Videoüberwachung – hier kein Verwertungsverbot

Die Speicherung von Bildsequenzen aus einer rechtmäßigen offenen Videoüberwachung, die vorsätzliche Handlungen eines Arbeitnehmers zulasten des Eigentums des Arbeitgebers zeigen, wird nicht durch bloßen Zeitablauf nach § 6b Abs. 5 BDSG-alt unverhältnismäßig, solange die Ahndung der Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber arbeitsrechtlich möglich ist. Bei einer rechtmäßigen offenen Videoüberwachung nach § 6b Abs. 5 BDSG-alt ist die Verarbeitung und Nutzung der einschlägigen Bildsequenzen daneben nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG-alt zulässig. Dann, so das BAG, sei das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (noch) nicht verletzt.

*BAG, Urteil vom 23. August 2018 - 2 AZR 133/18, Aufhebung von LAG Hamm, Urteil vom 20. Dezember 2017 - 2 Sa 192/17, zit. nach PM des BAG Nr. 40/18*

*202/15 – zit. nach PM des BAG Nr. 2/18*

*Bearbeitung: RA M. Fleischmann*

## Korrektur zur Vorausgabe:

Wir hatten in der letzten Ausgabe versehentlich eine falsche Zahl erwischt. Daher sicherheitshalber noch mal der richtige Wert für den Mindestlohn ab dem 01.01.2019: 9,19 Euro brutto je Stunde.

Weitere Infos:

<https://www.dgb.de/schwerpunkt/mindestlohn/mindestlohn-2019-was-aendert-sich-in-2019>

<https://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Mindestlohn/Rechner/mindestlohn-rechner.html>

## Bundesregierung plant Novellierung des Berufsbildungsgesetzes

Ziel der Neufassung soll es sein, jungen Menschen eine duale berufliche Bildung wieder schmackhaft zu machen und gerade auch potentielle Studierende für eine Berufsausbildung zu gewinnen. Die Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität der dualen beruflichen Bildung solle für potentielle Auszubildenden und Betrieben gleichermaßen gesteigert werden. Eine attraktive berufliche Bildung sei auch volkswirtschaftlich unverzichtbar zur Sicherung der zukünftigen Fachkräftebasis. (vgl. Gesetzentwurf der BReg vom 11.06.19, BT-Drs. 19/1081519).

Insbesondere folgende Maßnahmen sind geplant:

- Schaffung einer (tarifdispositiven) gesetzlichen Mindestvergütung für Auszubildende im BBiG (aktuell beginnend mit € 515 im ersten Ausbildungsjahr, Steigerung im zweiten und dritten Jahr um 18% bzw. 35 %)
- Einführung neuer Abschlussbezeichnungen zur Stärkung der höherqualifizierenden Berufsbildung (Geprüfte(r) Berufsspezialist(in); Bachelor Professional Master Professional)
- Verbesserung der Durchlässigkeit auch innerhalb der

beruflichen Bildung

- Verbesserung der Möglichkeiten für eine Teilzeitberufsausbildung

Ein guter Ansatz, jedoch zu wenig. So muss denn auch aus Sicht der Gewerkschaften kräftig nachgelegt werden. Insbesondere müsse die Freistellung für die Berufsschule klar und eindeutig – unabhängig vom Alter der Azubis – im Gesetz abgesichert werden. Auch eine Einbeziehung von dual Studierenden in den Geltungsbereich des Berufsbildungsgesetzes wird gefordert (vgl. Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Bildung und Forschung). (br)

## Der kleine Alltagshelfer für den Betriebsrat

– Bearbeitungshinweis für alltäglich auftretende Themen -

### 3. Eingruppierung/ Umgruppierung, § 99 BetrVG [Stand 28.06.2019]

#### Ablauf der Antragsbearbeitung:

- (1) Feststellung des Zugangszeitpunkts des Antrags und Berechnung der Wochenfrist zur Reaktion
- (2) Prüfung der Vollständigkeit der Information und ggf. Nachforderung
- (3) Aufnahme in Tagesordnung der Betriebsratssitzung oder des zuständigen Ausschusses
- (4) Beschlussfassung über Zustimmungsverweigerung
- (5) Ausfertigung der Zustimmungsverweigerung mit Begründung unter Bezug auf die Fälle des § 99 Abs. 2 Ziff. 1 – 6 BetrVG und Zuleitung an Arbeitgeber innerhalb Wochenfrist

**Begriff:** Eingruppierung und Umgruppierung sind für den Betriebsrat letztlich gleich zu behandeln. Oftmals wird auch im betrieblichen Alltag lediglich der Begriff der Eingruppierung benutzt. Das Gesetz geht davon aus, dass die Eingruppierung die erste Zuordnung zur maßgebenden Lohn- oder Gehaltsgruppe der jeweiligen Vergütungsordnung darstellt und die späteren Veränderungen unter den Begriff der Umgruppierung fallen.

**Frist:** Die Frist endet mit dem gleichen Wochentag der Folgewoche an dem der Antrag zugegangen ist. Ist der Antrag zum Beispiel am Montag, den 02. Februar, zugegangen, so endet die Frist am Montag den 09. Februar. Fällt das Fristende (nicht der Beginn) auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, so endet die Frist am darauf folgenden Werktag.

**Schriftform** der Zustimmungsverweigerung: Schriftlich bedeutete hier nach herrschender Meinung lange

Zeit, dass die Zustimmungsverweigerung im Original unterschrieben sein muss. In einer Entscheidung 2002 hat das BAG ein Telefax genügen lassen, und schließlich im Beschluss vom 10. 3. 2009 - 1 ABR 93/07 die Einhaltung der Textform nach § 126b BGB, da es sich nicht um eine Willenserklärung, sondern nur um eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung handelt. Damit kann auch eine E-Mail genügen, **wenn** der richtige Absender erkenntlich handelt und die Erklärung erkenntlich zugeordnet werden kann (also bitte nicht undurchsichtig gequotetes Mischmach und am Ende Name und Funktion).

**Begründung:** Die Begründung der Zustimmungsverweigerung muss sich auf Gründe beziehen, welche in § 99 Abs. 2 Ziff. 1 – 6 BetrVG angegeben sind. Die Begründung muss sich zumindest den gesetzlichen Tatbeständen zuordnen lassen, so die Rechtsprechung. Eine Zustimmungsverweigerung bei Ein- oder

Umgruppierung wird primär auf § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG gestützt werden, da in der Regel die im Betrieb anzuwendenden Eingruppierungssysteme auf Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung beruhen. Handelt es sich jedoch lediglich um ein einseitig erlassenes oder angewandtes Eingruppierungsschema, so kann bei der Nichteinhaltung desselben ein Nachteil für den Betroffenen nach § 99 Abs. 2 Ziff. 4 BetrVG gegeben sein. In der Praxis bietet es sich der Einfachheit halber an, jeweils beide Ziffern als Verweigerungsgrund zu benennen.

Ob die Verweigerungsgründe des Betriebsrats berechtigt und ob alle Angaben hundertprozentig richtig sind, ist erst in einem eventuellen späteren Zustimmungsersetzungsverfahren zu klären. Der Arbeitgeber hat zwar kein Vorprüfungsrecht im Hinblick auf die Stichhaltigkeit der Begründung, darf jedoch eine Begründung, welche sich offensichtlich

nicht auf gesetzliche Verweigerungsgründe bezieht oder nur den Wortlaut des Gesetzes wiedergibt, ignorieren.

### **Abweichung zum Verfahrensgang bei § 101 BetrVG:**

Da es bei der Ein- und Umgruppierung nicht um eine tatsächliche Veränderung der Arbeitssituation im Betrieb geht und auch der Arbeitnehmer nicht vergütungslos gestellt werden kann und soll, ist § 101 BetrVG entgegen seinem Wortlaut so auszulegen und anzuwenden, dass nicht die Eingruppierung aufzuheben ist, sondern vielmehr, dass dem Arbeitgeber aufzugeben ist die Zustimmung zur Eingruppierung beim Betriebsrat zu beantragen und im Verweigerungsfall das Zustimmungsersetzungsverfahren beim Arbeitsgericht zu betreiben.

*Michael Fleischmann, RA*

## **Praxiswissen Individualarbeitsrecht: Minijobber – Beschäftigte zweiter Klasse?**

Leider gilt es heutzutage ja bereits fast als normal, dass neben der Hauptbeschäftigung noch ein oder mehrere Nebenjobs ausgeübt werden müssen, um über die Runden zu kommen. Aus einer Statistik der Bundesagentur für Arbeit von Mai 2018 über sozialversicherungspflichtige Beschäftigte mit geringfügig entlohntem Nebenjob ergibt sich, dass die Zahl der Mehrfachbeschäftigten immer mehr zunimmt. Im Jahr 2017 wurden 3,3 Millionen Mehrfachbeschäftigte gezählt (statistik.arbeitsagentur.de). Dabei stellen Beschäftigte mit einer Hauptbeschäftigung und einem geringfügig entlohnten Nebenjob (sog. Minijobber) die größte

Gruppe dar. Trotz dieser Häufigkeit ergibt sich jedoch aus der täglichen Praxis, dass geringfügig Beschäftigte ihre Rechte oftmals nicht kennen und daher auch nicht einfordern. Nachfolgend sollen daher Antworten zu häufig in der Praxis gestellten Fragen gegeben werden:

Die Ausgangsfrage und zugleich wichtigste Frage soll zunächst gleich beantworten werden: Nein, Beschäftigte in einem geringfügig entlohnten Arbeitsverhältnis sind keine Beschäftigten zweiter Klasse, sondern als **gleichwertige Arbeitnehmer** zu



## Schulungsbedarf?!

**Kein Platz mehr frei beim  
gewerkschaftlichen Schu-  
lungsträger?**

**Kein Angebot für Eure  
spezifischen Bedürfnisse  
dort?**

**sfm nach**

**Inhouse-Schulung  
fragen**

behandeln. Sie gelten gem. § 2 Abs. 2 Teilzeitbefristungsgesetz (TzBfG) als Teilzeitbeschäftigte und dürfen gem. § 4 TzBfG nicht schlechter behandelt werden als vergleichbare Arbeitnehmer in einer Vollzeitbeschäftigung, außer es kann ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung dargelegt werden.

Geringfügig Beschäftigte haben daher natürlich auch **Anspruch auf Erholungsurlaub**. Der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch beträgt gem. § 3 TzBfG bei einer Sechs-Tage-Woche 24 Werktage. Wird an weniger Tagen in der Woche gearbeitet, ist die Dauer des Urlaubsanspruches entsprechend der tatsächlichen Arbeitszeittage umzurechnen ist. Aus arbeits- oder tarifvertraglichen Regelungen kann sich natürlich auch ein höherer Urlaubsanspruch als der gesetzliche ergeben.

Eine häufige Frage ist in Zusammenhang mit einer geringfügigen Beschäftigung ist auch, ob der Nebenjob während des Urlaubs im Hauptjob weiter ausgeübt werden darf. Grundsätzlich ist Urlaub ja zur Erholung da, sodass § 8 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit verbietet. Anders ist dies jedoch, wenn die geringfügige Nebenbeschäftigung bereits erlaubt ausge-

übt wurde. In diesem Falle muss nicht in beiden Arbeitsverhältnissen zur gleichen Zeit Urlaub in Anspruch genommen werden.

Auch alle weiteren arbeitsrechtlichen Vorschriften, wie z.B. die **Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Arbeitsausfall an Feiertagen sowie das Mutterschutzgesetz** finden uneingeschränkte Anwendung auch auf Minijobber.

Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung ergibt sich zudem, dass geringfügig Beschäftigte den gleichen Anspruch auf **Sonderzahlungen** und Gratifikationen haben wie vergleichbare vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, außer ein sachlicher Grund rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung. Andernfalls besteht ein Anspruch auf eine anteilige Zahlung, die dem Anteil seiner Arbeitszeit entspricht. Vorsicht ist für die Beschäftigten nur dahingehend geboten, dass die Hinzuverdienstgrenzen für die Steuer- und Sozialversicherungsfreiheit nicht überschritten werden.

Eine Besonderheit ergibt sich für Minijobber außerdem aus dem **Arbeitszeitgesetz**. Nach § 2 Abs. 2 ArbZG werden Arbeitszeiten in mehreren unselbständigen Arbeitsverhältnissen zusammengerechnet, wobei die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten zu beachten sind. Zur Frage ob man überhaupt und wenn ja, welchen Nebenjob man ausüben darf, nehmen wir Bezug auf unseren Beitrag in sfm-aktuell 1. Hj 2017.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der geringfügig Beschäftigte auch den gleichen **Kündigungsschutz** wie ein in Vollzeit tätiger Arbeitnehmer hat und der Arbeitgeber die sich aus Gesetz, Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag ergebenden Kündigungsfristen beachten muss. Darüber hinaus enthält § 11 TzBfG ein besonderes Kündigungsverbot, wonach das Arbeitsverhältnis nicht allein deshalb gekündigt werden darf, weil sich ein Arbeitnehmer weigert, von einem Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis oder umgekehrt zu wechseln.

Natürlich ist auch vor der Kündigung eines geringfügig Beschäftigten der Betriebsrat gem. § 102 BetrVG anzuhören.

Trotz der Feststellung, dass aus arbeitsrechtlicher Sicht also nicht von Beschäftigten zweiter Klasse gesprochen werden kann, muss jedoch gehofft werden, dass die hohe Zahl der Mehrfachbeschäftigten nicht noch weiter anwächst, da dies letztendlich Ausdruck einer erheblichen sozialen Schieflage ist.

*A. Daumoser, RAin*



# Vorsicht Falle

**Wer als Betriebsrat nicht bei der Einsetzung der Einigungsstelle kooperiert, verliert nach neuer Rechtsprechung des BAG den Unterlassungsanspruch**

**Anmerkungen zu BAG vom 12.3.2019 - 1 ABR 42/17**

Betriebsräte haben die Aufgabe, die Interessen der Belegschaft zu vertreten. Das kann der Betriebsrat durch Wahrnehmung seiner Mitbestimmungsrechte tun, etwa wenn er die Regeln für die Arbeitszeit gestaltet. Was aber, wenn der Betriebsrat das, was der Arbeitgeber will, überhaupt nicht nachvollziehen kann? Muss dann der Betriebsrat dennoch im Rahmen seiner Mitbestimmungsrechte gestalten, obwohl das damit angestrebte Ziel den Interessen der Belegschaft diametral entgegensteht?

## Ohne Kooperation kein Unterlassungsanspruch?

In dem vom Bundesarbeitsgericht jüngst entschiedenen Fall verweigerte der Betriebsrat einer Klinik die Zustimmung zu einem Dienstplan wegen unzureichender Personalbemessung. Mit so wenig Menschen, dachte sich der Betriebsrat kann die Arbeit nicht erledigt werden. Der Arbeitgeber verlangte die Einsetzung einer Einigungsstelle, der Betriebsrat wirkte daran nicht mit. Als der Arbeitgeber daraufhin den Dienstplan einseitig und insoweit mitbestimmungswidrig durchführte, leitete der Betriebsrat das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren ein mit dem Ziel, dem Arbeitgeber die Durchführung zukünftiger mitbestimmungswidriger Dienstpläne verbieten zu lassen. Damit hatte er auch noch vor dem LAG Erfolg. Auf die Rechtsbeschwerde des Arbeitgebers hin hob das BAG am 12.3.2019, Az. 1 ABR 42/17, die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts auf und wies den Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung der Durchführung eines mitbestimmungspflichtigen Dienstplans zurück.

Die Begründung des BAG lässt aufhorchen: Dem grundsätzlich bestehenden Unterlassungsanspruch des Betriebsrats stünde ausnahmsweise der Einwand

der unzulässigen Rechtsausübung (§ 2 Abs. 1 BetrVG) entgegen. Eine gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit verstoßende und damit unzulässige Rechtsausübung könne ausnahmsweise vorliegen, wenn sich eine Betriebspartei auf eine formale Rechtsposition beruft, die sie durch ein in erheblichem Maße eigenes betriebsverfassungswidriges Verhalten erlangt hat. Im vorliegenden Fall habe der Betriebsrat mit seiner „Blockadehaltung“ (Rn. 58) grob gegen seine „Mitwirkungspflicht nach § 74 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG“ (Rn. 53) verstoßen. Danach haben die Betriebsparteien über strittige Fragen mit dem ernstesten Willen zur Einigung zu verhandeln und Vorschläge für die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zu machen.

Der Betriebsrat habe weder versucht, innerbetrieblich im Sinne eines konstruktiven Dialogs mit der Arbeitgeberin in Verhandlungen über die Ausgestaltung der - aus seiner Sicht - nicht ordnungsgemäßen Dienstpläne einzutreten, noch habe er sich bemüht, mit Hilfe der nach § 87 Abs. 2 BetrVG vom Gesetzgeber vorgesehenen Konfliktlösung zu einer Einigung über die streitigen Dienstpläne zu gelangen. Vielmehr habe er jeden Monat - bis auf zwei Ausnahmefälle - jegliche Mitwirkung bei einer einvernehmlichen Errichtung der unstrittig zuständigen Einigungsstelle verweigert und damit deren unverzügliches Tätigwerden verhindert.

## Eine Rolle rückwärts

Mit dieser Entscheidung stellt das Bundesarbeitsgericht den mit der Entscheidung vom 3.5.1994, 1 ABR 24/93 erstmals bejahten allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch infrage. Damals hielt das BAG fest, dass dem Betriebsrat bei der

Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG ein Anspruch auf Unterlassung der mitbestimmungswidrigen Maßnahme zusteht und führte dazu aus „*Verweist man den Betriebsrat auf das Verfahren der Einigungsstelle im Falle eines mitbestimmungswidrigen Vorgehens des Arbeitgebers, werden die Rollen vertauscht. Der Betriebsrat hat häufig gar kein Interesse an der vom Arbeitgeber angestrebten Regelung - etwa der Kürzung übertariflicher Zulagen oder der Einführung von Schichtarbeit -, also auch keinen Anlass, ein Einigungsstellenverfahren einzuleiten.*“

Das BAG begründete 1994 den Unterlassungsanspruch sinngemäß wie folgt. Mitbestimmungspflichtige Anordnungen (z.B. Überstunden) sind ohne Beteiligung des Betriebsrats unwirksam. Von Beschäftigten kann nicht verlangt werden scheinwirksamen Anordnungen zu folgen. Sie haben ein Leistungsverweigerungsrecht und müssen der Anordnung nicht folgen. Das reicht als Schutz der Beschäftigten nicht aus. Daher ist der kollektive Schutz durch den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats notwendig. Diese kollektive Schutzfunktion würde entwertet, wenn der Unterlassungsanspruch abhängig vom Verhalten des Betriebsrats oder einem geschickten Arbeitgebervortrag vor Gericht entfallen kann. Darüber hinaus lässt sich nicht greifen, was aus einer angenommenen Verletzung der „Mitwirkungspflicht“ des Betriebsrats abgeleitet werden kann. Denn eine „Nichtmitwirkung“ kann die von § 87 BetrVG geforderte Einigung nicht ersetzen. Soll ausnahmsweise eine Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers an der Mitbestimmung vorbei bestehen?

## Das Bundesverfassungsgericht stützt den Unterlassungsanspruch

Jetzt also erfolgt die Rolle rückwärts. Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats war und ist notwendig, da das individuelle Leistungsverweigerungsrecht gegen mitbestimmungswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers nicht ausreichen kann und keinen kollektiven Schutz gewährt. Aber wenn der Betriebsrat nicht an der von ihm nicht gewünschten Entscheidung über eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme mitwirkt, soll er diesen Unterlassungsanspruch, der die kollektiven Interessen der Belegschaft schützen soll, verlieren. Dieser Entscheidung kann nicht gefolgt werden. Wenn „*Betriebsräte ihre Rechtsposition konsequent, extensiv und möglicherweise in Anlehnung an*

*von Gewerkschaften entwickelten Vorstellungen wahrnehmen ... verstoßen sie weder gegen Verfassungsnormen, noch gegen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes*“ (BVerfG 10.12.1985, 1 BvR 1724/83, Rn. 9, juris).

Es trifft natürlich zu, dass mit § 2 Abs. 1 BetrVG für beide Betriebsparteien die Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit besteht. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass vom Betriebsrat verlangt werden kann, sich für mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten einzusetzen, die er ablehnt. Es gibt Fälle, in denen Betriebsrat Überstunden konsequent ablehnen, wenn in anderen Betrieben der Branche zum Streik aufgerufen wird. Dann handeln sie in Anlehnung an von Gewerkschaften entwickelten Vorstellungen. Das ist nach dem BVerfG nicht zu beanstanden. Bleibt zu hoffen, dass die Entscheidung des BAG ein Ausnahmefall bleibt.

## Praxistipp:

In dem, der Entscheidung vom 12.3.2019, 1 ABR 42/17 zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte der Betriebsrat Verstöße einzelner von ihm abgelehnter Dienstpläne gegen gesetzliche und tarifliche Vorgaben geltend gemacht, ohne diese Verstöße jedoch näher zu substantiieren. Und gegen die Einsetzung der Einigungsstelle hatte er vorgebracht, diese sei *angesichts der Komplexität nicht in der Lage, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen*. Diese Argumentation lässt sich natürlich verbessern.

### (1) Alle Gründe der Ablehnung durch den Betriebsrat stets konkretisieren

Dort, wo mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten auf die Ablehnung des Betriebsrats stoßen, muss der Betriebsrat im Einzelnen und detailliert darlegen, aus welchen Gründen er sich gegen welche vom Arbeitgeber vorgeschlagene Regelung wendet. Es genügt also nicht zu behaupten, die Pläne des Arbeitgebers seien rechtswidrig, tarifwidrig oder datenschutzwidrig. Vielmehr muss der Betriebsrat die einzelnen Regelungen des Arbeitgebers aufgreifen und die nach seiner Meinung entgegenstehenden Normen gegenüberstellen. Dort, wo die Pläne des Arbeitgebers (Beispiel: Überstunden und Streikfolgen vorzubeugen oder zu beseitigen) gegen die von Gewerkschaften entwickelten Vorstellungen verstoßen kann der Betriebsrat unter Bezug auf die Entscheidung des BVerfG vom 10.12.1985, 1

BvR 1724/83 so mitteilen, die Tarifautonomie steht unter dem Schutz des Art. 9 GG. Aber eines darf der Betriebsrat nicht: Einfach nur „nein“ sagen.

## (2) Gründe gegen die Einsetzung der Einigungsstelle nennen

Ruft der Arbeitgeber die Einigungsstelle an oder betreibt das Einsetzungsverfahren gemäß § 100 ArbGG, darf sich der Betriebsrat nicht mit der Argumentation, die Einigungsstelle sei angesichts der Komplexität nicht in der Lage, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen der Einsetzung verweigern. Besser ist es, Einwände gegen die Person des vorgeschlagenen Vorsitzenden zu erheben oder darauf hinzuweisen, dass Verhandlungen noch nicht begonnen haben oder auch noch nicht begonnen haben können, da keine ausreichende Unterrichtung vorliegt. Das sind alles gute Gründe, sich der Einsetzung einer Einigungsstelle zu widersetzen, das Argument „die Einigungsstelle kann es nicht“ führt den Betriebsrat nicht zum Ziel.

## (3) Fazit

Auch wenn das BAG den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch auf besonders schwerwiegende und eng begrenzte Ausnahmefälle beschränken will, öffnet das Gericht mit dieser Entscheidung doch die Tür zur Demontage des Unterlassungsanspruchs. Dies ist im höchsten Maße bedenklich, da in der Rechtsprechung so bereits bei vom Arbeitgeber gewünschter Sonntagsöffnung im Handel argumentiert wurde. Der Betriebsrat kann dem drohenden Verlust des Unterlassungsanspruchs entgegentreten, wenn er möglichst konkret Gründe gegen die von ihm abgelehnte mitbestimmungswidrige Maßnahme des Arbeitgebers nennt und Sachgründe gegen die Einsetzung der Einigungsstelle ins Feld führt.

RA K. Seebacher, München  
RA Dr. Helm, München und Kapstadt

# Hitzefrei?

## ... und weil's schon wieder passt, unsere (durchgesehenen) Hinweise aus dem letzten Jahr...

Alle Jahre wieder stellt sich die Frage, was man tun kann oder auch muss, wenn es am Arbeitsplatz heiß und stickig wird.

### Arbeitgeber muss Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schützen

Arbeitsrechtlicher Ausgangspunkt ist § 618 BGB, wonach der Arbeitgeber die „Räume, (...), so einzurichten und zu unterhalten (hat) (...), dass der Verpflichtete (also der Arbeitnehmer) gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.“ Ergänzt wird dies (zumindest theoretisch) durch das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB, wonach der Arbeitnehmer „die geschuldete Leistung verweigern“ kann, wenn er einen fälligen Anspruch gegen den Arbeitgeber hat und dieser noch nicht erfüllt wurde. Fälliger Anspruch in diesem Sinne könnte dann das zur Verfügung stellen eines zumutbaren Arbeitsplatzes sein. Soweit die Theo-

rie. In der Praxis ist es so, dass trotz zahlreicher Normen eine exakte Bestimmung des unter Hitzegegesichtspunkten Zulässigen schwer möglich ist.

### Arbeitsschutzgesetz

Ausgangspunkt ist § 3 Abs. 1 ArbSchG, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung von Gesundheitsaspekten zu treffen.

### Arbeitsstättenverordnung

Die Arbeitsstättenverordnung wiederum normiert in § 3a Abs. 1 S. 1, dass dafür zu sorgen sei, „dass Arbeitsstätten so eingerichtet und betrieben werden, dass Gefährdungen für die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten möglichst vermieden und verbleibende Gefährdungen möglichst gering gehalten werden.“ Der Anhang zur Arbeitsstättenverordnung beschreibt dann die Anforderungen an Arbeitsstätten

schon etwas genauer. Ziff. 3.5 „Raumtemperatur“ fordert „eine gesundheitlich zuträgliche Raumtemperatur“.

## Arbeitsstättenrichtlinie

Die Arbeitsstättenrichtlinie 3.5 (ASR 3.5) schließlich definiert in 4.2. Abs. 3 dann eine Soll-Obergrenze von +26 °C. Dies wird dann aber für den Fall von Außenlufttemperaturen von über +26 °C in Ziff. 4.4 wieder relativiert. Liegen die Außenlufttemperaturen über dieser Grenze und die Innenraumtemperatur ebenfalls, so sollen (lediglich) zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden.

Als beispielhafte Maßnahmen werden angeführt:

- a) effektive Steuerung des Sonnenschutzes (z. B. Jalousien auch nach der Arbeitszeit geschlossen halten)
- b) effektive Steuerung der Lüftungseinrichtungen (z. B. Nachtauskühlung)
- c) Reduzierung der inneren thermischen Lasten (z. B. elektrische Geräte nur bei Bedarf betreiben)
- d) Lüftung in den frühen Morgenstunden
- e) Nutzung von Gleitzeitregelungen zur Arbeitszeitverlagerung
- f) Lockerung der Bekleidungsregelungen
- g) Bereitstellung geeigneter Getränke (z. B. Trinkwasser)

Bei über 30 °C müssen wirksame Maßnahmen ergriffen werden, wobei technische und organisatorische Maßnahmen personenbedingten Maßnahmen vorgehen. Schließlich ist sogar eine Tätigkeit bei über 35 °C denkbar, wobei dann jedoch zwingend Luftduschen, Entwärmungsphasen oder Hitzeschutzkleidung erforderlich wären (4.4. Abs. 3). Ohne diese Maßnahmen wäre der Raum nicht als Arbeitsraum geeignet.

## Kein eigenmächtiges Hitzefrei

Da in aller Regel ein absolutes Verbot der Tätigkeit nicht gegeben sein wird bzw. die persönliche Einschätzung des Arbeitnehmers nicht unbedingt mit der eines späteren Richters übereinstimmen muss, ist von individueller Arbeitsverweigerung dringend abzuraten.

## Bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen zum Arzt

Wenn andererseits das hitzebedingte Unwohlsein so stark wird, dass eine relevante gesundheitliche Beeinträchtigung zu konstatieren ist, sollte der Arzt aufgesucht werden, da nur ein solcher in der konkreten Situation eine Arbeitsunfähigkeit wirklich bescheinigen kann. Vorbelastete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können sich auch im Vorfeld medizinisch attestieren lassen, welche klimatischen Bedingungen aus medizinischer Sicht eine Arbeitsleistung als unzumutbar erscheinen lassen. Dies wird aber nur in speziellen medizinisch begründeten Fällen möglich sein.

## Arbeitnehmer haben Recht aus § 17 ArbSchG

Handelt der Arbeitgeber nicht von alleine, unter anderem um die Erhöhung des Unfallrisikos einzudämmen oder aber auch dem signifikanten Abfall der Leistungsfähigkeit ab Temperaturen über 22 °C entgegenzuwirken, so kann der Arbeitnehmer sich nach § 17 ArbSchG mit Vorschlägen an den Arbeitgeber wenden und - wenn das nichts hilft - auch an die Arbeitsschutzbehörden.

## Betriebsrat hat Aufgabe und auch Mitbestimmungsrecht

Gleichzeitig hat der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG auf die Einhaltung der zu Gunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze hinzuwirken. Neben dieser Verpflichtung besteht auch die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG i.V.m. § 3a ArbStättV.

Nach unserem Dafürhalten kann man dabei bei akuten Handlungspflichten der Arbeitgeber nicht darauf verwiesen werden, dass erst eine Gefährdungsbeurteilung erstellt werden müsste. Das BAG sieht dies im Beschluss vom 28.3.2017 – 1 ABR 25/15 leider enger („Erfordernis von feststehenden oder im Rahmen einer Gefährdungsbeurteilung festzustellenden Gefährdungen“). Dies widerspricht eigentlich dem Präventionsansatz. Daher sollten – wo noch nicht geschehen - dringend Gefährdungsbeurteilungen eingefordert werden, die auch die Frage der klimatischen Situation umfassen.

RA Michael Fleischmann

## Frisch am Tisch:

### Arbeitsgericht München vom 08.05.2019 – 5 BV 272/18 – Ein- gruppierung von Stationsleitungen großer Stationen in P13:

Das Arbeitsgericht bejaht das Vorliegen einer „großen Station“ ab mehr als 12 Unterstellten.

Es hat u.a. ausgeführt: *„Die in den Anträgen V. bis XI. benannten Stationsleitungen sind nicht in die Entgeltgruppe P12 TVöD-K/VKA einzugruppieren. Sie erfüllen die Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppe P13.*

*Für die Beurteilung, ob eine Station „groß“ im Sinne der Entgeltgruppe P13 ist, ist grundsätzlich die Anzahl der der Stationsleitung unterstellten Beschäftigten und hier bei ein Wert von „in der Regel“ zwölf Beschäftigten maßgebend. Die Tarifvertragsparteien haben unter Ziffer 1 der Vorbemerkungen geregelt, was typischerweise eine Station kennzeichnet, nämlich eine regelmäßige Obergrenze der in der Organisationseinheit Beschäftigten.*

### Große Station bei mehr als 12 Unterstellten

*Dementsprechend liegt die Bedeutung der Anzahl der Beschäftigten gerade darin,*

*dass sie den typischen Fall einer Station bestimmt und eine höhere Beschäftigtenzahl die organisatorische Einheit deshalb in der Regel atypisch, überdurchschnittlich und damit im Sinn der Tätigkeitsmerkmale der Entgeltgruppen „groß“ erscheinen lässt. Ein anderer Anwendungsbereich und Regelungszweck als der zur Abgrenzung einer gewöhnlichen von einer großen organisatorischen Einheit ist bei diesen Zahlengrenzen für die Kammer nicht zu erkennen. Die Beteiligte zu 1) behauptet selbst, dass sich bei ihr die regelhafte Stationsgröße zwischen 11 und 17 Vollzeitkräften bewegt. Damit ist eine*

*Beschäftigtenzahl in der organisatorischen Einheit „Station“ in der Regel größer als die tarifvertraglich benannte Obergrenze. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis der tariflichen Regelung ist damit bei der Beteiligten zu 1) nicht ein gehalten.*

Der Arbeitgeber hatte argumentiert, die Regelgröße in der Vorbemerkung der Eingruppierungsnorm habe keine (echte) Bewandnis, wir hingegen hatten argumentiert, dass die Regelgröße beide Varianten der Station umfassen müsse, die „Normale“ wie auch die „Große“. Damit beginne aus unserer Sicht „groß“ bereits unter 12. Dem wollte das Arbeitsgericht nicht ganz folgen, hat aber erfreulicherweise Stationen über 12 als „groß“ angesehen.

Anm: Auch das Arbeitsgericht Freiburg, Urteil vom 13.02.2019 – 10 Ca 44/18 bejaht die 12-er-Grenze. (fl)

### BAG vom 21.11.2018 – – 7 ABR 16/17 – Unterlassene Anhörung zur Einstellung nicht heilbar

Eine gänzlich unterlassene Anhörung zur Einstellung nach § 99 BetrVG kann nicht heilend nachgeholt werden. Die Maßnahme müsse zunächst aufgehoben und dann neu begonnen werden.

Anders verhält es sich, wenn eine Anhörung an sich erfolgte, diese aber unvollständig war, so das BAG. (fl)

+++

### ArbG Köln vom 25.10.2018 – 14 Ca 2289/18: Ausschlussfrist unwirk- sam wenn Schriftform gefordert

Das Arbeitsgericht hat mutig entschieden, dass wenn eine arbeitsvertragliche Verfallklausel vorsieht, dass die beiderseitigen Ansprüche verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich erhoben werden, dies gegen § 309 Nr. 13 Buchst. b BGB verstößt (Textform) und damit unwirksam ist. (Berufung am LAG anhängig unter 3 Sa 766/18) (fl)

**Kündigungsschutz +++ Abfindung +++ Gehaltsforderungen +++ Betriebsverfassungsrecht +++ Personalvertretungsrecht +++ Arbeitsrecht pur +++ [www.sfm-arbeitsrecht.de](http://www.sfm-arbeitsrecht.de)**

## **Unsere Kooperationspartner in Düsseldorf und Hamburg:**

**silberberger.lorenz.towara, Düsseldorf - [www.slt-arbeitsrecht.de](http://www.slt-arbeitsrecht.de)**

**Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg - [www.gsp.de](http://www.gsp.de)**

Zusammen sind wir mehr als 30 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im Arbeitsrecht auf Seiten der ArbeitnehmerInnen und ihrer Vertretungen

### **Impressum:**

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht, seidlstr. 30, 80335 münchen  
tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - mail: [kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de](mailto:kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de)

Redaktion: Michael Fleischmann (fl), (verantwortlich i.S.d.P.), Barbara Renkl (br); Dank auch an die weiteren Kolleginnen und Kollegen, die Beiträge geliefert haben.

Hinweis: Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden. Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

Hinweis: Unser Archiv steht derzeit leider nicht online zur Verfügung. Alte Ausgaben der sfm-aktuell können direkt bei uns angefordert werden.

**Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet**